Проф. М. Я. Пергаментъ.

ДОГОВОРНАЯ НЕУСТОЙКА

и

ИНТЕРЕСЪ

ИЗДАНІЕ ВТОРОЕ,

ПЕРЕСМОТРѢННОЕ И ДОПОЛНЕННОЕ.

ИЗДАНІЕ КНИЖНАГО МАГАЗИНА
И. К. ГОЛУБЕВА подъ фирмою „ПРАВОВѢДѢНІЕ“,
КОММИССІОНЕРА ГОСУДАРСТВЕННОЙ ТИПОГРАФІИ.
Москва, Никольская, д. „Славянскаго Базара“.

ЦАБ "Автограф"

Типо-Литографія І. И. Пашкова, Москва, Милютинскій пер., д. Арбатской.
1905 г.

ЦАБ "Автограф"

ПАМЯТИ

МОИХЪ УЧИТЕЛЕЙ

Эрнста Экка

и

Альфреда Перниса.

ЦАБ "Автограф"

Предисловіе къ первому изданію.

Настоящее изслѣдованіе представляетъ переработку моей книги „Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältniss zu einander", появившейся въ печати три года тому назадъ. Сочувственные отзывы въ нѣмецкой критической литературѣ побудили меня взяться за новое ея изданіе на русскомъ языкѣ. Это изданіе оказалось въ значительной степени дополненнымъ и измѣненнымъ сравнительно съ первымъ, нѣмецкимъ. Особенно расширенъ обзоръ современныхъ законодательствъ по трактуемымъ вопросамъ: ему въ настоящее время удѣлена цѣлая „часть" книги, причемъ, естественно, обращено надлежащее вниманіе и на русское право. Затѣмъ отведено мѣсто анализу природы нашего института и его юридической конструкціи; далѣе, разсмотрѣны моменты интерпелляціи и culpae и другіе въ связи съ договорной пеней, включенъ разборъ одной недавно выставленной гипотезы о происхожденіи неустойки въ римскомъ правѣ, подчеркнута постановка дѣла de lege ferenda, приняты въ соображеніе указанія научной критики и т. д.

Надѣюсь, что отъ компетентнаго и внимательнаго читателя не ускользнетъ равнымъ образомъ и то обстоятельство, что въ своемъ новомъ видѣ работа преслѣдуетъ, между прочимъ, и цѣль методологическую: освѣтить на конкретномъ примѣрѣ тѣ пріемы и способы, какіе вообще должны примѣняться при изслѣдованіи нормъ римскаго права—какъ съ точки зрѣнія полнаго уразумѣнія истиннаго смысла и состава римскихъ опредѣленій, такъ и съ точки зрѣнія выясненія ихъ значенія для права современнаго и пользованія ими въ видахъ законодательной политики и общей теоріи гражданскаго права.

Наконецъ, еще только два слова. Въ предисловіи ко второму тому своей „Системы" Беккеръ не безъ остроумія замѣчаетъ: „Vorreden pflegen Entschuldigungen zu sein; wer sich frei weiss von aller Schuld, lasse die Hand davon". Эти слова отчасти справедливы и по моему адресу. Моя „вина" заключается въ нѣкоторомъ несоотвѣтствіи между загла-

ЦАБ "Автограф"

віемъ моей книги и ея содержаніемъ: первое гораздо уже послѣдняго, книга въ сущности пытается дать отвѣтъ на всѣ или почти всѣ мало-мальски серьезные вопросы изъ области нашего института. Въ этомъ легко убѣдиться хотя бы изъ только-что проведенной параллели между нею и ея нѣмецкимъ образцомъ. Если же я тѣмъ не менѣе рѣшилъ сохранить прежнее заглавіе, то произошло это по особой причинѣ, которую я излагаю ниже на стр. 5.

М. П.

Одесса,
февраль 1899.

Предисловіе ко второму изданію.

Въ настоящее время мною приняты во вниманіе нѣкоторыя законодательства, оставшіяся раньше въ сторонѣ, включены позднѣйшая литература и судебная практика и разсмотрѣны новые проекты гражданскихъ кодексовъ, въ томъ числѣ прежде всего проектъ нашего будущаго гражданскаго уложенія.

М. П.

Юрьевъ-Дерптъ,
апрѣль 1905.

ЦАБ "Автограф"

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ЧАСТЬ I.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимномъ отношеніи по римскому праву.

Стр.

ВВЕДЕНІЕ 3

I. Отношеніе стипуляціи о неустойкѣ къ абстрактному обязательству.

§ 1. Простая (или ординарная) стипуляція и сложная (или двойная) стипуляція 7

Fr. 115 §§ 1, 2 de V. O.—Аналогія съ легатомъ.—Понятіе неустойки.

§ 2. Контроверза относительно легата 16

Юліанъ и его сторонники; Павелъ.—Практическія послѣдствія разности воззрѣній.—Отношеніе Папиніана къ той и другой конструкціи.—C. 14 de pactis 2, 3.—Взглядъ на дѣло Гербера и Максена.

§ 3. Quasi-новація во fr. 44 § 6 D. de O. et. A. (44, 7). 26

§ 4. Результатъ 30

Выводъ для чисто римскаго права.—Толкованіе fr. 1 § 6 D. de stip. serv. (45, 3).—Выводъ для пандектнаго права.

II. Отношеніе договора о неустойкѣ къ матеріальному обязательству

Глава I.

Отношеніе альтернативное.

§ 5. Ограниченіе вѣрителя о д н и м ъ требованіемъ съ предоставленіемъ ему права в ы б о р а между главнымъ обязательствомъ и договоромъ о неустойкѣ. 35

Указаніе на источники.—Толкованіе fr. 4 § 7 de doli mali et met. exc. (44, 4) и c. 40 de transact. (2, 4).

ЦАБ "Автограф"

Стр.

§ 6. Право вѣрителя производить дополнительное взысканіе 50

Fr. 41 и 42 pro socio (17, 2); fr. 28 de A. E. V. (19, 1).— Ученіе о томъ, что эти мѣста интерполированы, и его оцѣнка.—Экскурсъ въ область стеченія исковъ.—Новые доводы, выставленные противъ подлинности тѣхъ же отрывковъ.—Форма неустоичнаго соглашенія.

§ 7. Неустойка въ своемъ качествѣ заранѣе опредѣленнаго въ пользу вѣрителя интереса 73

Отдѣльныя положенія, вытекающія изъ такого характера неустойки. — Ученіе Вендта о природѣ неустойки и его критика. — Расширеніе понятія неустойки (Вендтъ, Гиншіусъ).

§ 8. Практика судебныхъ мѣстъ въ территоріяхъ пандектнаго права 88

Проведеніе начала альтернаціи.—Вопросъ о погашеніи права на неустойку вслѣдствіе принятія вѣрителемъ удовлетворенія по главному обязательству.

Глава II.

Отношеніе кумулятивное.

§ 9. Кумуляція, какъ исключеніе въ источникахъ . 97

Общія замѣчанія о кумуляціи.—Мѣста источниковъ.—Кумуляція при мировой сдѣлкѣ.—Кумуляція въ византійскомъ правѣ.

§ 10. Выдѣленіе отрывковъ съ кажущейся только кумуляціей 109

Fr. 47 de A. E. V. (19, 1). Его интерпретація. Ошибка римскаго юриста.—Fr. 122 § ult. de V. O. (45, 1). Смыслъ рѣшенія классика. Другія толкованія того же фрагмента.

§ 11. Когда допускать кумуляцію? Природа неустойки при кумулятивномъ отношеніи 124

Глава III.

Tertium non datur.

§ 12. Къ характеристикѣ римскоправовой фигуры, дающей право требовать только неустойки 130

Эта фигура самымъ тѣснымъ образомъ связана съ римскимъ абстрактнымъ договоромъ.—Ея правовыя положенія

ЦАБ "Автограф"

Стр.

непримѣнимы, когда условіе о неустойкѣ укрѣпляетъ материальное обязательство.—Разборъ мнѣнія Бертолини и друг.

§ 13. Fr. 71 pr. D. pro socio (17, 2). 138

Толкованіе этого мѣста. — Имѣющаяся въ немъ интерполяція.

§ 14. Опроверженіе воззрѣнія Вангерова и Виндшейда. 145

Неустойка и отступное. — Полемика съ Зеккелемъ и Васьковскимъ.

ДОБАВЛЕНІЕ.

Гипотеза Sjögren'a 157

Сущность гипотезы. — Повѣрка ея состоятельности на примѣрахъ: 1) компромисса, 2) мировой сдѣлки, 3) предварительнаго договора, 4) договора о товариществѣ, 5) обязательства уплачивать проценты; далѣе, на случаяхъ 6) установленія сервитута, 7) договоровъ въ пользу третьихъ лицъ и во вредъ имъ и 8) обязательствъ безъ имущественнаго интереса. — Лженеустойка. — Общій выводъ

ЧАСТЬ II.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимоотношеніи по новымъ кодексамъ.

I. Прусско-французская система.

§ 15. Прусское Земское Уложеніе 173

Главныя положенія. — Неудовлетворительность постановки вопроса сравнительно съ римскимъ строго альтернативнымъ принципомъ.—Нѣкоторыя второстепенныя постановленія о неустойкѣ, заключающіяся въ прусскомъ кодексѣ.

§ 16. Французское законодательство и подражанія ему. 184

Совпаденіе съ прусскимъ правомъ. — Тенденція, обнаруживающаяся въ судебной практикѣ.—Редакція ст. 1229 п. 1. — Неустойка за несвоевременность исполненія. — Неустойка въ обезпеченіе мировой сдѣлки.—Заимствованіе нормъ изъ Code civil кодексами италіанскимъ и отчасти испанскимъ, а въ настоящее время и японскимъ.

ЦАБ "Автограф"

Стр.

§ 17. Общее гражданское Уложеніе Австрійской Имперіи 1811 года. 195

Неустойка—только вознагражденіе за ущербъ.—Ученіе о кумулированіи исполненія по основному договору съ неустойкою.—Ложность этого ученія.—Неустойка въ законодательствѣ и въ теоріи XVIII вѣка и начала XIX.

II. Средній типъ.

§ 18. Саксонское гражданское уложеніе и аналогичныя законодательства 203

Право выбора вѣрителя между возмѣщеніемъ убытковъ и неустойкою. — Отсутствіе дополнительнаго иска о разности между однимъ требованіемъ и другимъ.— Цюрихское и чилійское гражд. уложенія.

III. Римская система.

§ 19. Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ 1881 года 207

Усвоеніе римскихъ началъ. — Отступленіе въ одномъ частномъ случаѣ по вопросу о винѣ, какъ реквизитѣ для commissio poenae. — Черногорскій Имущественный Законникъ.

§ 20. Гражданское Уложеніе Германской Имперіи (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich). . . 209

Нормы для неустойки, назначенной на случай неисполненія, и для неустойки, назначенной на случай ненадлежащаго исполненія. — Диспозитивный характеръ этихъ нормъ.—Предѣлы колебанія вѣрителя.—Неустойка денежная и состоящая въ иномъ удовлетвореніи. — Неустойка въ прежнемъ Торговомъ уложеніи и въ нынѣшнемъ. — § 75 п. 2 новаго H. G. B.'a; заключеніе, которое дѣлаетъ изъ него Зеккель, и его неправильность.

§ 20a. Проектъ Венгерскаго общаго гражданскаго Уложенія. 220

§ 21. Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ. . . . . .

Цѣлесообразная кодификація положеній пандектнаго права.—Редакціонные и иные промахи, допущенные составителями Свода.

ЦАБ "Автограф"

IV. Система кумулятивнаго отношенія.

Стр.

§ 22. Статья 1585 т. X ч. 1 226

Толкованіе этой статьи Сенатомъ и господствующимъ мнѣніемъ.—Экскурсъ въ португальское право.—Неустойка, какъ наказаніе или кара.—Полная неудовлетворительность подобной нормировки и желательность ея отмѣны въ будущемъ.

§ 23. Продолженіе. 234

Обращеніе къ источникамъ статьи 1585.—Ея происхожденіе: она заимствована изъ австрійскаго права. — Освѣщеніе § 1336 австрійскаго кодекса.—Zeiller и его взглядъ.—Отразился-ли этотъ взглядъ на Сперанскомъ и нашей отечественной нормѣ и въ какой мѣрѣ?—Анализъ ст. 1585.—Духъ нашего законодательства. — Практическій выводъ и его утѣшительность.

ЧАСТЬ III.

Право судьи на пониженіе неустойки.

Предварительное замѣчаніе. 255

24. Право на пониженіе въ случаѣ частичнаго исполненія главнаго обязательства. 256

Римское право.—Ст. 1231 Наполеонова кодекса. Ея обоснованіе, примѣнимость и происхожденіе; сходныя нормы въ другихъ законодательствахъ.—Fr. 9 § 1 si quis cautionibus (2, 11). Его отношеніе къ общему началу, принятому въ римскомъ правѣ.—Вліяніе въ Римѣ формы неустоичнаго соглашенія на вопросы о послѣдствіяхъ частичнаго исполненія и судьбѣ неустойки при наслѣдованіи. затѣмъ на вопросы о томъ, съ какого момента пеня заслужена, и о значеніи вины на сторонѣ должника.—Каковъ выводъ для современнаго права? — Заблужденіе Іеринга насчетъ culpa и ея несущественности при неустойкѣ. — Положеніе вопроса въ пандектномъ правѣ, новыхъ законодательствахъ и въ частности въ германскомъ гражданскомъ уложеніи.—Желательное и отчасти уже осуществившееся регулированіе остальныхъ намѣченныхъ вопросовъ. — Юридическая конструкція добровольной неустойки, предложенная Гольмстеномъ (и Neuenfeldt'омъ съ Mauler'омъ). — Анализъ отдѣльныхъ моментовъ, какъ критеріевъ для опредѣленія природы договорной пени. Непригодность въ этомъ смыслѣ однихъ моментовъ и пригодность другихъ.

ЦАБ "Автограф"

Стр.

§ 25. Право на пониженіе независимо отъ частичнаго исполненія основного обязательства. 294

Законодательства, допускающія подобное правомочіе судьи.—Исторія § 343 германскаго гражданскаго уложенія и критическія замѣчанія по адресу этой нормы: судебная практика въ Австріи и другихъ странахъ; предложеніе О. Бера; охрана, предоставляемая законами о ростовщичествѣ; трудности, связанныя съ осуществленіемъ судейскаго права понижать неустойку; регулированіе вопроса въ торговомъ правѣ.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

I. Договорная неустойка по Проекту Редакціонной Комиссіи по составленію Гражданскаго Уложенія. . 313

Общая характеристика. — Постатейный разборъ положеній, посвященныхъ неустойкѣ (ст. 57—64 проекта I и ст. 41—48 проекта II).

II. Источники 339

III. Литература 350

ЦАБ "Автограф"

Опечатки и пропуски.

Страница.	*Строка.*	*Напечатано.*	*Слѣдуетъ читать.*
14	13 сверху	de acceptis	de receptis
16	15 „	II стр. 220	II, 1 стр. 220
—	4 снизу	Небезинтересно	Небезъинтересно
30	18 „	„translatio и ademptio“	„translatio“ и „ademptio“
64	6 сверху	de pact. datal.	de pact. dotal.
68	8 снизу	Gewisseit	Gewissheit
78	3 „	Видшейда	Виндшейда
233	11 „	ступепяхъ	ступеняхъ
247	22 „	капитала“) II;	капитала“);

Страница.	*Строка.*	*Пропущено.*
35	6 сверху	§ 5.
46	1 снизу	Въ новомъ (1905 г.) изданіи Моммзена и Павла M. Meyer'a см. I, 2 стр. 90.
195	8 „	См. теперь еще статью Goraï „Influence du Code civil sur le Japon“ въ „Le Code civil. 1804—1904. Livre du centenaire“ II стр. 779 слл. и особенно стр. 789.

ЦАБ "Автограф"

ЧАСТЬ I.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимномъ отношеніи по римскому праву.

ЦАБ "Автограф"

ВВЕДЕНІЕ.

Изъ области договора о неустойкѣ по своей важности и, такъ сказать, центральности выдѣляется ученіе о взаимоотношеніи неустойки и интереса — отношеніи неустойки къ исполненію обязательства, съ одной, и затѣмъ къ вознагражденію за вредъ и убытки, съ другой стороны. Не подлежитъ сомнѣнію, что первоначально названное ученіе въ римскомъ правѣ не могло ни возбуждать того вниманія, ни пользоваться тѣмъ развитіемъ, какія выпали на его долю впослѣдствіи. Объясняется это тѣмъ, что первоначально въ древнемъ Римѣ не наблюдается, какъ извѣстно, полной и всесторонней оцѣнки интереса: право той эпохи не было ни достаточно чуткимъ, ни достаточно гибкимъ, чтобы оказаться способнымъ принять въ соображеніе интересъ лица въ требуемой степени, во всемъ его объемѣ. Добровольная неустойка въ то время являлась поэтому не только желательнымъ, но нерѣдко и единственнымъ, а вслѣдствіе того и необходимымъ средствомъ обезопасить себя отъ послѣдствій невыполненія контрагентомъ принятаго имъ на себя обязательства. Здѣсь — пока, на этой ступени — значеніе названнаго ученія и связанныхъ съ нимъ вопросовъ, естественно, относительно маловажно, подчасъ минимально. Но неустойка продолжаетъ свое существованіе и въ позднѣйшемъ, развитомъ правѣ. Мало того: съ расширеніемъ оборота, съ усложненіемъ юридическихъ сдѣлокъ и гражданскихъ правоотношеній, она пріобрѣтаетъ особенное, чрезвычайно широкое распространеніе. Съ одной стороны, римскій index получаетъ ничѣмъ почти не стѣсненную возможность считаться

ЦАБ "Автограф"

съ разнообразными видами и оттѣнками интереса, цѣнить какъ damnum emergens, такъ и lucrum cessans, какъ непосредственный, прямой, такъ и посредственный, косвенный интересъ: процессуальныя формулы съ входившими въ нихъ ссылками: «quanti ea res est» или «erit» и «quidquid ob eam rem dare facere oportet» отнынѣ уполномочиваютъ судью поступать подобнымъ образомъ. А съ другой стороны, неустойка попрежнему и въ большей еще даже противъ прежняго мѣрѣ — любимѣйшая фигура римской правовой жизни. Классическіе юристы преподаютъ сторонамъ — основательный, повидимому — совѣтъ по возможности прибѣгать къ неустойкѣ:

> fr. ult. D. de stipulat. praetoriis (46, 5). Venuleius libro octavo actionum. In eiusmodi stipulationibus, quae «quanti ea res est» promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.
>
> fr. 137 § 7 D. de V. O. (45, 1). Venuleius libro primo stipulationum. Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatius et elegantius esse Labeo ait sic subici poenam: «si ita factum non erit»: at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: si adversus ea factum erit»...

Совѣтъ этотъ повторяется еще императоромъ Юстиніаномъ въ его институціяхъ.

> § ult. I. de V. O. (3, 15). Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri, et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare, quid eius intersit.

Соотвѣтственно только-что сказанному, мы въ римскихъ источникахъ—главнымъ образомъ въ дигестахъ и въ кодексѣ—встрѣчаемся съ цѣлымъ, весьма многочисленнымъ, рядомъ мѣстъ — отрывковъ, рескриптовъ, конституцій и т. п.—, трактующихъ о добровольной неустойкѣ. Стороны къ ней обращаются по возможности часто и притомъ одинаково какъ при строгихъ stricti iuris, такъ и при болѣе свободныхъ bonae fidei iudicia. Вотъ тутъ-то и обнаруживается вся важность нашего ученія, вотъ когда становятся жгучими вопросы: каково же въ самомъ дѣлѣ отношеніе условленной неустойки къ интересу? Вправѣ-ли вѣритель искать и т о и д р у г о е, или же, быть можетъ, онъ обязанъ удовлетвориться о д н и м ъ только: тѣмъ и л и другимъ, — а въ такомъ случаѣ ч ѣ м ъ? И какъ, наконецъ, быть тогда, когда добровольная неустойка и причиненный невыполненіемъ

ЦАБ "Автограф"

обязательства вредъ не одинаковы по своему объему или своей цыфрѣ, когда они не покрываютъ другъ друга?

Выясненіе этихъ сейчасъ намѣченныхъ вопросовъ и отвѣтъ на нихъ составляетъ главнѣйшую задачу предлагаемаго изслѣдованія. Главнѣйшую, но не единственную. Выше я упомянулъ о центральномъ положеніи ученія о взаимоотношеніи неустойки и интереса среди области договорной неустойки вообще. Эта центральность служитъ причиною тѣснѣйшей связи нашего ученія съ другими сторонами того же института. Она посему даетъ мнѣ возможность, а до извѣстной степени и ставитъ меня въ необходимость затронуть и освѣтить едва ли не огромное большинство этихъ сторонъ. А главное: наше ученіе является рѣшающимъ для любопытнѣйшаго въ занимающей насъ сферѣ вопроса — вопроса объ юридической конструкціи добровольной неустойки, о правовой ея природѣ. Вполнѣ естественно поэтому удѣлить и ему достодолжное мѣсто. Анализъ этого и другихъ вопросовъ будетъ, однако, производиться мною лишь попутно, по мѣрѣ того какъ въ изслѣдованіи указаннаго раньше, главнѣйшаго, ученія изъ договора о неустойкѣ — отношенія ея къ интересу — мы подойдемъ къ тому или другому пункту. Срединнымъ, повторяю, и проходящимъ красною нитью чрезъ книгу ученіемъ должно служить именно это взаимоотношеніе.

Обращаясь къ нему въ настоящее время, я сейчасъ же замѣчу предварительно, что намъ необходимо здѣсь—во избѣжаніе смѣшенія разнородныхъ матерій—строго различать и раздѣльно разсматривать абстрактныя обязательства или, иначе стипуляцію, съ одной, и матеріальныя обязательства, съ другой стороны. Отвѣтъ на интересующую насъ тему и заключающіяся въ ней трудности долженъ быть отысканъ и данъ самостоятельно и особо для каждой изъ означенныхъ двухъ группъ. Только такимъ путемъ мы достигнемъ результатовъ, дѣйствительно соотвѣтствующихъ ученію источниковъ, только такое разъединеніе способно пролить истинный свѣтъ на принципы, которыми римскіе юристы руководились въ нашей области. Юристы эти смотрятъ на отношеніе неустоичнаго соглашенія къ стипуляціи, разъ, и къ матеріальному договору, два, какъ на два независимыхъ другъ отъ друга, мало въ чемъ соприкасающихся ученія. Ближайшее углубленіе въ матеріалъ, имѣющійся въ источникахъ, убѣдитъ насъ въ этомъ самымъ несомнѣннымъ и краснорѣчивымъ образомъ.

ЦАБ "Автограф"

Мы сначала будемъ говорить о неустойкѣ при стипуляціи, чтобы затѣмъ перейти къ неустойкѣ при обязательствѣ матеріальномъ или каузальномъ[1]).

---

[1]) Нѣмецкая критика съ рѣдкимъ единодушіемъ признала правильность указаннаго въ текстѣ различенія. Заслуга его „открытія“, впрочемъ, не принадлежитъ мнѣ. Оно извѣстно было уже Савиньи, встрѣчается отчасти и раньше (см. напр., Донелла ad Tit. Dig. De Verborum Obligationibus Commentar. ad leg. 115 num. 33) и на твердую почву поставлено въ работѣ Сальковскаго „Zur Lehre von der Novation nach Römischem Recht“, который, въ свою очередь, опирался на предшествующіе ему труды Либе („Die Stipulation“) и Сальпіуса („Novation und Delegation“). Тѣмъ не менѣе различеніе это, по странной случайности, вплоть до послѣдняго времени не стало общимъ достояніемъ науки. Оно далеко не всѣми раздѣлялось, многими игнорировалось, въ курсахъ встрѣчалось лишь спорадически и рѣдко. Попытка положить его въ основаніе монографическаго изслѣдованія о неустойкѣ, провести его во всей строгости и указать на его значеніе для современнаго гражданскаго права—впервые предложена въ нѣмецкомъ изданіи настоящей книги. Съ тѣхъ поръ воскрешенная точка зрѣнія сдѣлалась, какъ мнѣ кажется, безусловно господствующимъ мнѣніемъ. См. отзывъ Geib'a въ Savigny-Zeitschrift XVII Rom. Abth. стр. 357: „Gerade die scharfe Hervorhebung der verschiedenen Behandlung, welche im römischen Recht dem Strafversprechen zu Theil wurde, je nachdem dasselbe mit einer abstracten oder einer materiellen Obligation verbunden war, erscheint uns als ein sicheres und bleibendes Verdienst der vorliegenden Arbeit“. Того же взгляда держатся: Seckel въ Kritische Vierteljahresschrift XL стр. 394: „In der scharfen Betonung und Durchführung dieser Distinction liegt ein Hauptverdienst der Arbeit“, H. Krüger: „... die von P. vollzogene glückliche Scheidung... In der That rechtfertigen die Quellen diese Unterscheidung, die auch für das moderne Recht, wie sich zeigen wird, von Bedeutung ist“ (Grünhuts Zeitschrift XXIV стр. 411 и Iuristisches Litteraturblatt № 77), далѣе, Oertmann (въ своемъ Archiv f. bürgerliches Recht XI стр. 192 сл. и въ „Правѣ“ 1901 стр. 1506 сл.), Crome (въ Deutsche Juristenzeitung II № 10) и др.

ЦАБ "Автограф"

I.

Отношеніе стипуляціи о неустойкѣ [1]) къ абстрактному обязательству.

---

§ 1.

Простая (или ординарная) стипуляція и сложная (или двойная) стипуляція.

Во главѣ даннаго перваго отдѣла необходимо поставить извѣстное изреченіе юриста Павла, причинившее много горя его толкователямъ. Я имѣю ввиду fr. 44 §§ 5, 6 D. de O. et A. (44, 7).—libro septuagensimo quarto ad edictum praetoris.

Здѣсь, въ § 5, юристъ сначала разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ:

> Si ita stipulatus sim: «si fundum non dederis, centum dare spondes»? Sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.

Въ § 6 онъ послѣ того продолжаетъ такъ:

> Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.

Для правильнаго пониманія цитированнаго отрывка, необходимо прежде всего сосредоточить вниманіе на различіи въ формулировкѣ двухъ стипуляцій—той, о которой рѣчь идетъ въ § 5, по сравненію съ стипуляціоннымъ обязательствомъ слѣдующаго за тѣмъ параграфа. А въ этомъ для насъ здѣсь крайне важномъ отношеніи чрезвычайно поучительно другое мѣсто источниковъ, проливающее свѣтъ на ходъ историческаго развитія въ нашемъ дѣлѣ. На немъ намъ предварительно и слѣдуетъ остановиться. Это

---

[1]) Формою неустоичнаго соглашенія въ древнемъ Римѣ всегда или почти всегда служила именно стипуляція. Ниже, въ § 6, мы убѣдимся въ справедливости этого положенія, а равно и въ цѣлесообразности такой формы.

ЦАБ "Автограф"

fr. 115 D. de V. O. (45, 1). Papinianus libro secundo quaestionum.

§ 1. Sed et si ita stipulatus fuero: «si in Capitolium non ascenderis» vel «Alexandriam non ieris, centum dari spondes?» nonstatim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere vel Alexandriam pervenire potueris, sed cum certum esse coeperit te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse.

§ 2. Item si quis ita stipuletur: «si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?» Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari. confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti «si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?» sed ita concepta sit stipulatio: «Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?»...

Отсюда видно, что юристы Пегасъ и Сабинъ держались двухъ различныхъ мнѣній. Первый изъ нихъ полагалъ, что въ приведенномъ случаѣ исполненіе обязательства наступитъ только въ тотъ моментъ, когда дѣйствіе, составляющее предметъ условія, окажется уже невозможнымъ. И съ точки зрѣнія принциповъ, прилагаемыхъ къ ученію объ осуществленіи условій, Пегасъ былъ совершенно правъ. Въ стипуляціи, о которой идетъ рѣчь въ § 2 cit., имѣется condicio negativa, а отрицательное условіе, какъ извѣстно, считается осуществившимся лишь тогда, когда уже стало несомнѣннымъ, что обстоятельство, не долженствующее выполниться, дѣйствительно болѣе не выполнится (совсѣмъ не выполнится или, по крайней мѣрѣ, въ продолженіе извѣстнаго срока, буде таковой опредѣленъ впередъ). Въ видѣ примѣровъ только, укажу на fr. 27 [§ 1 и fr. 99 de V. O. (45, 1). Въ стипуляціи, которая подлежала разсмотрѣнію нашихъ двухъ юристовъ, дѣло нѣсколько усложнялось еще вслѣдствіе того, что обусловленное дѣйствіе вполнѣ зависѣло отъ воли лица обязаннаго[1]). Здѣсь

[1]) Я избѣгаю въ текстѣ выраженій: условіе „произвольное“, condicio „potestativa“ потому, что въ основаніе дѣленія условій на случайныя, произвольныя и смѣшанныя императоромъ Юстиніаномъ (c. un. § 7 C

посему для рѣшенія того, осуществилось ли условіе, или нѣтъ, пришлось бы, если бы строго слѣдовать только-что изложенному началу, ожидать, быть можетъ, очень долго, ожидать до тѣхъ поръ, пока не умретъ либо промитентъ, либо рабъ Памфилъ. Что подобное положеніе вопроса едва ли, однако, могло быть пріятно стипулятору да и вообще соотвѣтствовать волѣ сторонъ, не требуетъ поясненій. Отсюда понятно, почему второй изъ названныхъ юристовъ, Сабинъ, держался иного взгляда. Исходя изъ намѣренія сторонъ («ex sententia contrahentium»), онъ приходилъ къ заключенію прямо противоположному выводу Пегаса, а именно: онъ утверждалъ, что условіе осуществилось, а вмѣстѣ съ тѣмъ и вся стипуляція подлежитъ исполненію уже съ той минуты, какъ обѣщанная выдача раба стала выполнима для промитента. Ты можешь «dare Pamphilum» и тѣмъ не менѣе не даешь его; такъ не угодно ли «dare centum»? Вотъ рѣшеніе Сабина—рѣшеніе, не согласное съ общими правилами насчетъ осуществленія отрицательныхъ условій, но зато, повторяю, отвѣчающее предположительному намѣренію контрагентовъ [1]).

Папиніанъ избираетъ средній путь. Онъ не склоняется абсолютно ни на сторону Пегаса, ни на сторону его противника Сабина, а установляетъ нѣкоторое различіе. Слѣдуетъ, говоритъ онъ, считаться съ формою стипуляціи и рѣшить вопросъ отдѣльно для

---

de caducis tollendis 6, 51) положена степень участія воли лица не условно обязаннаго, а условно управомоченнаго, honoratae personae. Къ сожалѣнію, такое словоупотребленіе не всегда, впрочемъ, строго выдерживается. См. Dernburg, Pandekten I § 106 прим. 5.

[1]) Составляло ли разсматриваемое разногласіе двухъ юристовъ вмѣстѣ съ тѣмъ и объектъ спора между двумя школами, между Прокулеянцами и Сабиніанцами, какъ то, повидимому, думаетъ Куяцій ad l. 115 de V. O.,—сказать трудно. Несомнѣнно только, что несогласіе Сабина съ Пегасомъ касалось стипуляціи непремѣнно простой, а не сложной: формулировка „si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?“ по своей ясности не оставляетъ желать лучшаго. Вслѣдствіе того я не могу признать правильнымъ мнѣніе фонъ-Зейлера („Zur Lehre von der Conventionalstrafe nach römischem Recht“ стр. 127 сл.), что названные два юриста спорили насчетъ стипуляціи типа: „Pamphilum dari spondes et, si non dederis, centum dari spondes?“. Еще менѣе основательно утвержденіе новѣйшаго изслѣдователя ученія о неустойкѣ, Sjögren'a („Ueber die römische Conventionalstrafe etc.“ стр. 77), будто Сабинъ l. c. имѣлъ ввиду стипуляцію о неустойкѣ въ связи съ договоромъ матеріальнымъ. Откуда это видно или хотя бы даже отдаленно слѣдуетъ ? Sjögren здѣсь, на мой взглядъ, проявилъ полное непониманіе существа всего спора и вопроса.

ЦАБ "Автограф"

стипуляціи простой, ординарной и отдѣльно для стипуляціи двойной или сложной. Къ первой, по Папиніану, примѣнимъ, правда, взглядъ Пегаса, но зато по отношенію ко второй должно считать правымъ непремѣнно Сабина.

Проводимое Папиніаномъ различіе становится много понятнѣе, оно получаетъ интересное освѣщеніе и усиленное значеніе, если поставить его въ связь съ извѣстнаго рода отказами и нѣсколько углубиться въ ту аналогію, которая проводится Сабиномъ. Свое рѣшеніе послѣдній отстаиваль «exemplo penus legatae», т. е. ссылкою на отказанные въ завѣщаніи съѣстные припасы. И на этотъ счетъ также римскіе юристы-классики далеко не были согласны между собою. И здѣсь проявляется разномысліе. Къ одному мнѣнію примыкали въ данномъ случаѣ Ульпіанъ, Марцеллъ и Юліанъ, какъ это явствуетъ изъ

> fr. 1. D. de penu leg. (33, 9). Ulpianus libro vicesimo quarto ad Sabinum. Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres dare iussus est, si non dedisset, nummos dare damnatus est: quaeritur, an penus legata peti possit an vero solummodo sit in praestatione et, si non praestetur, tunc quantitas petatur, et si quidem semel penus sit legata, non per singulos annos, certo iure utimur, ut et Marcellus libro trigesimo nono digestorum apud Iulianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse [1]).

и изъ

> fr. 19 pr. D. quando dies leg. (36, 2). Iulianus libro septuagensimo digestorum. Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: «uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato», unum legatum intellegitur centum et statim peti potest...

Другого мнѣнія, напротивъ того, держался Павелъ, и держался

---

[1]) Faber, Rationalia III p. 188 col. 1. считаетъ этотъ отрывокъ интерполированнымъ. Вся lex ему кажется весьма подозрительной: „valde mihi suspecta est... et Triboniano dignior quam Ulpiano“. Ульпіанъ, заявляетъ Фаберъ, никогда бы не употребилъ оборота въ родѣ: „uxori suae... iussus est“ или „habebit igitur heres oblationem tamdiu et rel.“ (см. ниже). Но заявленіе это, разумѣется, совершенно голословно. Что приведенныя предложенія составлены „barbare ac insulse“, ничѣмъ не доказывается и основано не болѣе какъ на субъективномъ чувствѣ самого Фабера.

Ленелемъ въ его Palingenesia Ulp. № 2672 приписываются компиляторамъ заключительныя слова фрагмента: „heredis indevotione coercenda“. Для насъ безразлично, насколько это предположеніе вѣрно, такъ какъ оно смысла нисколько не измѣняетъ.

ЦАБ "Автограф"

сознательно: онъ хорошо понималъ, что его ученіе раздѣляется далеко не всѣми:

fr. 1 § 8 D. ad leg. Falc. (35, 2). Paulus libro singulari ad legem Falcidiam. Item si ita legatum sit: «heres meus Seio penum dato; si non dederit, decem dato», quidam putant omnimodo in legato decem esse, penum autem mortis causa capi nec in Falcidiam imputare id heredem posse, ego autem didici, si in continenti heres penum solverit, videri hoc legatum esse et in legem Falcidiam imputari posse: et quod dixi «in continenti» ita accipiendum cum aliquo spatio[1]).

fr. 24 pr. D. quando dies leg. (36, 2). Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam. Si penum heres dare damnatus sit vel fundum et, si non dedisset, decem, ego accepi et penum legatam et translatam esse in decem, si noluerit penum heres dare et tunc pecuniam deberi cum interpellatus[2]) fundum non dedisset...

Отвлечемся на минуту отъ пункта разногласія между юристами (мы къ нему сейчасъ же возвратимся, чтобы заняться имъ поближе) и обратимъ пока вниманіе на слѣдующее обстоятельство. Во всѣхъ четырехъ цитированныхъ фрагментахъ проводится одна одинаковая мысль. Она состоитъ въ томъ, что при легатѣ типа: «uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum (decem) dato» отказанная сумма можетъ быть немедленно вытребована. Это для всѣхъ—какъ для Павла, такъ и для прочихъ юристовъ—было ясно; они отсюда просто исходили. На этотъ, слѣдовательно, счетъ никакого недоумѣнія не возникало, никто никакихъ сомнѣній не выражалъ.

Но внимательному читателю не можетъ вмѣстѣ съ тѣмъ не броситься въ глаза одно обстоятельство. Это то значительное и даже поразительное, можно сказать, сходство, какое существуетъ между легатомъ только-что указаннаго вида и вытекающими изъ него послѣдствіями, съ одной, и рѣшеніемъ Папиніана во fr. 115 § 2 cit., съ другой стороны. Дѣло въ томъ, что Папиніанъ раздѣляетъ взглядъ Сабина и склоняется въ пользу немедленнаго выполненія обѣщанія,—но не абсолютно, не всегда и не при всѣхъ условіяхъ. Согласно уже упомянутому, проводимому имъ, разграниченію, онъ

[1]) Насчетъ „aliquod spatium“ слѣдуетъ сравнить: fr. 105 D. de solut. (46, 3), fr. 23 D. de O. et A. (44, 7) и fr. 21 § ult. D. de receptis (4,8).

[2]) По вопросу о небходимости предваренія должника вѣрителемъ, или такъ наз. интерпелляціи см. ниже § 24.

ЦАБ "Автограф"

защищаетъ Сабина только въ томъ случаѣ, когда стипуляція, по аналогіи съ легатомъ указаннаго типа, формулирована слѣдующимъ образомъ: «Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?» — другими словами, тамъ, гдѣ сначала самое дѣйствіе («Pamphilum dari») выговаривается pure, т. е. безусловно, и гдѣ затѣмъ только присоединяется угроза неустойкою въ видѣ второй, уже условной стипуляціи. Тутъ объектъ сдѣлки, in casu рабъ Памфилъ, дѣйствительно подлежитъ выдачѣ сейчасъ же или, точнѣе, при первой къ тому возможности. И это-то, между прочимъ, и есть случай истиннаго договора о неустойкѣ, настоящей неустойки въ строгомъ смыслѣ слова. Гдѣ, наоборотъ, формулировка гласитъ иначе, гдѣ все сводится къ простой одночленной стипуляціи «si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes»,— тамъ и Папиніанъ видитъ не болѣе какъ обыкновенное условіе: онъ даже подчеркиваетъ этотъ чисто условный характеръ стипуляціи, заявляя: «si stipulatio a condicione non coepit», и готовъ (вмѣстѣ съ Пегасомъ) примѣнить здѣсь соотвѣтственныя правила о condicio вообще и condicio negativa въ частности.

Прежде чѣмъ идти дальше, полезно сдѣлать небольшое отступленіе и сказать нѣсколько словъ болѣе или менѣе общаго характера по адресу неустойки, ея понятія и опредѣленія въ связи съ внѣшней ея формой.

Говоря о стипуляціи типа «Pamphilum dari spondes? si non dederis tantum dari spondes?», я сейчасъ усмотрѣлъ въ ней и только въ ней случай настоящей неустойки. Это требуетъ поясненія. Необходимо замѣтить, что въ наукѣ и литературѣ такой взглядъ, если, быть можетъ, и является господствующимъ, то во всякомъ случаѣ претендовать на всеобщее признаніе отнюдь не вправѣ. Не иной кто какъ Савиньи [1]) учитъ, что существуютъ два вида неустоичнаго договора: во 1-хъ, видъ простой, подъ которымъ онъ разумѣетъ самую обыкновенную по внѣшности условную стипуляцію въ родѣ уже знакомаго намъ обѣщанія «si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?» (съ естественнымъ на вопросъ отвѣтомъ: «spondeo»),—и во 2-хъ, видъ сложный или составной («die zusammengesetzte Anwendung des Strafvertrags»). Послѣдній совпадаетъ съ не-

[1]) Obligationenrecht II § 80, въ русскомъ переводѣ Фукса и Мандро стр. 538 слл. Ср., впрочемъ, уже de Retes, De stipulatione poenali § 1.

ЦАБ "Автограф"

устойкой въ собственномъ смыслѣ слова по нашему пониманію к предполагаетъ двухчленную, уже неоднократно нами упоминавшуюся стипуляцію. И Савиньи со своимъ раздѣленіемъ и своею терминологіей не стоитъ одиноко. Его взглядъ усвоили себѣ, главнымъ образомъ, французскіе юристы [1]), выработавшіе даже спеціальныя выраженія: stipulation de peine: a) isolee ou principale и b) accompagnée ou accessoire (=составной формѣ Савиньи). Но и среди нѣмецкихъ ученыхъ тотъ же взглядъ встрѣтилъ извѣстное сочувствіе: еще въ новѣйшее время за него высказались Оттонъ Беръ и отчасти Г. Гартманъ [2]).

Нельзя не видѣть однако, что Савиньи и его послѣдователи дѣлаютъ серьезнѣйшую ошибку, ту самую ошибку, которой такъ тщательно старался избѣжать Папиніанъ. Они не въ достаточной мѣрѣ сознаютъ различіе, существующее между двумя видами стипуляціи: въ одномъ случаѣ неустойка несомнѣнна,—въ другомъ ея совсѣмъ нѣтъ. Савиньи погрѣшаетъ противъ понятія нашего института. Его знаменитое воззрѣніе на неустойку, какъ на «основанное на частномъ произволѣ уголовно-правовое установленіе въ миніатюрѣ» («eine durch Privatwillkür begründete Criminalanstalt im Kleinen»). не точно, а потому и не вѣрно, не взирая на всю красоту изреченія и на лежащую на немъ печать высокаго таланта. Характеристика неустойки сказаннымъ имъ не исчерпывается. Одна только цѣль въ этомъ смыслѣ еще не служитъ рѣшающимъ моментомъ. Савиньи казалось, что разъ «въ основѣ условнаго обѣщанія лежитъ намѣреніе достичь результата, противоположнаго выраженному условію» [3]), то eo ipso имѣется уже и договоръ о неустойкѣ. Но Са-

[1]) См., напр., Cuq, Les institutions juridiques des Romains II стр. 560, P. Girard, Manuel de droit Romain. 3 изд., стр. 653 сл.; Accarias, Précis de droit Romain II стр. 299 сл.; van Wetter, Les obligations en droit Romain I стр. 151 сл.; Lacaze, De la nature de la stipulation de peine стр. 21 слл., 48 и друг. Ср. еще Bertolini, Teoria generale della pena convenzionale § 5 и поименованныхъ у него писателей.

[2]) Первый въ Kritische Vierteljahresschrift XXVIII стр. 580 сл.; второй въ Archiv für die civilistische Praxis LXXIII стр. 376 сл. Изъ болѣе старой нѣмецкой литературы назову Keller'a (Pandekten I стр. 495), Arndts'a (Lehrbuch der Pandekten § 211) и Lang'a (Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern II стр. 4 и 31).—О германскомъ гражданскомъ уложеніи § 343 п. 2 см. ниже § 25.

[3]) Таково его опредѣленіе неустойки: „Conventionalstrafe heisst ein bedingtes Versprechen, etwas zu geben, wenn dabei die Absicht zu Grunde liegt, auf das Gegentheil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken".

ЦАБ "Автограф"

виньи упустилъ при этомъ изъ виду, что для наличности неустойки нуженъ еще и другой моментъ, всегда при ней наблюдаемый. Онъ забываетъ, что цѣль, ею преслѣдуемая, сложнѣе; что неустойка стремится къ обезпеченію вѣрителя, что желанное сторонами обезсиленіе и неосуществленіе условія самымъ тѣснымъ образомъ связано съ исполненіемъ обязательства или долга, который неустойка призвана упрочить и по отношенію къ которому она служитъ чѣмъ-то дополнительнымъ, побочнымъ, вспомогательнымъ. Савиньи игнорируетъ, словомъ, что неустойка—это средство укрѣпленія обязательства.

Между тѣмъ римляне такой ея характеръ прекрасно поняли и по достоинству оцѣнили. Въ подтвержденіе я приведу только c. 1 C. de acceptis (2, 55), въ которой императоръ Антонинъ (Каракалла) подчеркиваетъ съ особеннымъ удареніемъ интересующій насъ здѣсь моментъ:

«... ob hoc invicem poena promittitur. ut metu eius a placitis non recedatur». [1])

Далѣе, можно указать и на отдѣльныя послѣдствія, вытекающія изъ такого акцессорнаго характера неустойки. Не вдаваясь въ излишнія подробности, достаточно будетъ на этотъ счетъ напомнить хотя бы

fr. 15. D. de novat. (46, 2). Iulianus libro tertio decimo digestorum. Si creditor poenam stipulatus fuerat, si ad diem pecunia soluta non esset, novatione facta non committitur stipulatio [2]).

Приблизительно того же взгляда, какъ и Савиньи, держится въ данномъ отношеніи Фиттингъ въ извѣстной статьѣ о безнравственныхъ условіяхъ въ Archiv für die civilistische Praxis N. F. VI стр. 399 сл. 404 слл., Но защищаемое имъ распространеніе fr. 2 D. de his quae poenae 34, 6 (Марціанъ въ немъ говоритъ: „Poenam a condicione voluntas testatoris separat et an poena, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet: idque divi Severus et Antoninus rescripserunt“) на двусторонніе договоры мнѣ представляется произвольнымъ: оно не подтверждается ни однимъ изреченіемъ, а сужденіемъ Папиніана во fr. 115 § 2 D. cit, котораго Фиттингъ совсѣмъ не замѣчаетъ, даже прямо опровергается.

[1]) Ср. Code civil art. 1226: „La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution“.

и Bürgerliches Gesetzbuch § 339: „Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht... erfüllt“

[2]) Нѣкоторыя любопытныя послѣдствія придаточнаго характера неустойки изъ современной практики судебныхъ мѣстъ можно найти

ЦАБ "Автограф"

Что это рѣшеніе всецѣло зависитъ отъ доказываемаго качества, не требуетъ, разумѣется, поясненія. Оно могло получиться, конечно, только на почвѣ положенія: «Quum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent» (fr. 178 D. de R. I. 50, 17).

Акцессорная природа неустойки можетъ, такимъ образомъ, считаться внѣ сомнѣнія.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ несомнѣнно также и то, что о неустойкѣ можетъ идти рѣчь исключительно лишь при стипуляціи второго типа «Pamphilum dari spondes? Si non dederis, tantum dari spondes?» или другими словами, при составной неустойкѣ, по терминологіи Савиньи. При одночленной стипуляціи «si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes» то дѣйствіе, которое стороны имѣютъ ввиду и котораго онѣ желаютъ, находится только in condicione, а не in obligatione; предмета самостоятельнаго, главнаго обязательства оно тутъ не составляетъ, а, слѣдовательно, и говорить тутъ о какомъ-нибудь дополнительномъ или акцессорномъ характерѣ договора совершенно немыслимо. На мой взглядъ, всего правильнѣе поэтому указанную простую форму не относить къ категоріи неустойки, а причислять ее къ разряду обыкновенныхъ отрицательныхъ условій. Какъ по своимъ качествамъ, такъ и по юридическимъ послѣдствіямъ, съ нею связаннымъ [1]), она существенно отличается отъ неустойки, какъ способа обезпеченія уже наличнаго обязательства [2]).

Sprenger'a, „Die Konventionalstrafe nach dem Entwurf etc." въ Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts XXXIII стр. 656. Ср. еще Madeyski, „Die Conventionalstrafe etc." въ Allgem. Oester. Gerichts-Zeitung XXXI стр. 285

[1]) Отмѣчу, напримѣръ. хотя бы различіе, наблюдаемое въ вопросѣ о распредѣленіи бремени доказыванія при чисто условномъ обязательствѣ, съ одной стороны, и, съ другой, при обязательствѣ съ неустойкою Въ первомъ случаѣ onus probandi лежитъ въ большей мѣрѣ на истцѣ, чѣмъ во второмъ, гдѣ отвѣтчикъ долженъ доказать исполненіе главнаго обязательства, между тѣмъ какъ въ первомъ случаѣ на долю истца выпадаетъ необходимость доказывать наступленіе условія, т. е. неисполненіе договора. Ср. Wetzell System des ordentlichen Civilprocesses стр. 150 сл., Wächter Pandekten I стр. 527, Sprenger въ указанномъ мѣстѣ стр. 648, 681 сл.

[2]) Обязательства. Непремѣнно ли вмѣстѣ съ тѣмъ договора? Господствующее мнѣніе допускаетъ возможность примѣненія неустойки при всякомъ обязательственномъ отношеніи, въ томъ числѣ и при obligatio ex lege (*напримѣръ, при обязательствѣ доставлять законные алименты*) или ex delicto: Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts II § 285, Endemann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1898 II § 133. Иного взгляда держится Дерн-

ЦАБ "Автограф"

Сказаннымъ, прибавлю еще, я, разумѣется, не думаю отрицать значенія для неустойки формы условія. Эта форма, въ которую облекается и двучленная стипуляція, а, стало быть, и неустойка, проявляетъ свое вліяніе не въ одномъ лишь отношеніи, и въ дальнѣйшемъ мы сами будемъ имѣть полную возможность убѣдиться въ этомъ. Но отсюда еще, конечно, совсѣмъ не слѣдуетъ отождествленіе неустойки съ чистымъ условіемъ или справедливость того ученія, по которому stipulatio poenae должна во всемъ обсуждаться по законамъ, существующимъ для сдѣлокъ условныхъ [1]).

§ 2.

Контроверза относительно отказа.

Перехожу къ намѣченному разсмотрѣнію этой для насъ далеко не безразличной контроверзы.

бургъ, Pand. II стр. 130 (см., однако, его же Das bürgerl. Recht des Deutschen Reiches II стр. 220) и въ особенности фонъ-Зейлеръ назв. соч. стр. 10 слл. (Ср. также Code civil art. 1226 въ отличіе отъ Bürgerliches Gesetzbuch §§ 339, 340, 341). Послѣдній приводитъ то объясненіе, что и обязательство недоговорнаго происхожденія, при присоединеніи къ нему неустоичнаго обезпеченія, предварительно по необходимости облекается въ форму договорную, вслѣдствіе чего и можно утверждать, что базисомъ для дополнительнаго соглашенія о неустойкѣ служитъ всегда „Haupt vertrag", т. е. договоръ, какъ главное обязательство. Такое объясненіе, однако, едва ли не искусственно. Противъ сужденія, отстаиваемаго фонъ-Зейлеромъ (съ большимъ, впрочемъ, знаніемъ дѣла), повидимому, говоритъ также нѣкоторое сравненіе неустойки съ constitum'омъ: при обѣщаніи платежа, какъ извѣстно, можетъ имѣться ввиду самое разнообразное первоначальное требованіе, между прочимъ, и возникшее изъ дѣянія недозволеннаго: fr. 29 D. de pecun. constit. (13, 5). Ср. еще Fr. Mommsen, Beiträge III стр. 165 сл., а также Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II стр. 722 сл. Впрочемъ, практически весь вопросъ представляется мнѣ довольно безразличнымъ. Къ тому же въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ — съ этимъ нельзя не согласиться—неустойка, дѣйствительно, выговаривается въ обезпеченіе именно договора. Противъ фонъ Зейлера высказывается теперь и Kunze, Wesen und Bedeutung der arrha... стр. 55 сл.

[1]) Такое ученіе проводится въ трудѣ Wolff'a „Zur Lehre von der Mora". Ср. противъ него Синтениса, „Das practische gemeine Civilrecht" II § 88 и Вангерова, Lehrbuch der Pandekten III стр. 338 сл., а также Mauler, De la nature de la clause pénale p. 93 suiv. Небезинтересно, что въ новѣйшее время Іерингъ (Rechtsgutachten стр. 5 сл.) положилъ въ основаніе своего рѣшенія по одному частному дѣлу ту же мысль, какая въ свое время защищалась Вольфомъ. См. ниже § 24.

ЦАБ "Автограф"

Изъ приведенныхъ въ предыдущемъ параграфѣ мѣстъ источниковъ (fr. 1 D. de penu leg. 33,9; fr. 19 pr. D. quando dies leg. 36. 2; fr. 1 § 8 ad leg. Falc. 35, 2 и fr. 24 pr. quando dies leg. 36, 2) можно было видѣть, что Юліанъ, а съ нимъ Марцеллъ и Ульпіанъ держались того взгляда, что при двучленномъ отказѣ вида: „uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato“ имѣется все-таки только одинъ отказъ, предметомъ коего являются деньги (nummi, centum, decem). По своей недвусмысленности, изреченія названныхъ юристовъ не оставляютъ здѣсь мѣста никакому сомнѣнію. «In praestatione esse dumtaxat penum», говоритъ Ульпіанъ во fr. 1 cit.; «unum legatum intellegitur centum», выражаетъ то же самое положеніе на другой ладъ Юліанъ во fr. 19 pr. cit. Такимъ образомъ, предыдущее опредѣленіе или, точнѣе, первый членъ въ разсматриваемой формулѣ легата имѣетъ лишь то дѣйствіе, что, благодаря его наличности, отказанныя сто (десять) тысячъ сестерцій легатаріемъ могутъ быть потребованы немедленно: Говоря иначе: penoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita peno heres liberetur (fr. 19 pr. i. f. cit.)[1]).

Павелъ объясняетъ себѣ правоотношеніе совсѣмъ инымъ образомъ. По его мнѣнію, и съѣстные припасы (или земельный участокъ) составляютъ объектъ отказа. Этотъ объектъ видоизмѣняется: припасы (или участокъ) затѣмъ дѣйствительно обращаются въ денежную сумму. Но когда? съ какихъ поръ? Съ того только времени, разсуждаетъ юристъ, какъ наслѣдникъ не выполнилъ должнаго дѣйствія, другими словами, не выдалъ отказопринимателю первоначальнаго предмета легата, т. е. припасовъ. Техническія выраженія, которыми пользуется при этомъ Павелъ, не лишены извѣстнаго значенія. Это «legatum transfusum» и «penus translata[2])». Все дѣло тутъ происходитъ совершенно такъ же, какъ при резолютивномъ условіи. Это доказывается продолженіемъ цитированнаго fr. 24 pr.:

---

[1]) Do fr. 1 cit. значится: „habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur...“; ср. fr. 84 D. de V. O. (45,1).

[2]) Это, повторяю, termini technici. Нелишне въ этомъ отношеніи, во 1-хъ, сопоставить инскрипцію разбираемаго fr. 24 cit. съ инскрипціей же другого отрывка—fr. 6 D. de adimendis vel transferendis legatis 34, 4 (см. Lenel, Palingenesia Paul. №№ 951 и 961)—и, во 2-хъ, отмѣтить, что l. 1 D. de penu leg. извлечена изъ 24-ой книги ad Sabinum, въ которой Ульпіанъ толковалъ какъ разъ „de adimendis vel transferendis legatis“: r. 3 и fr. 7 D. h. t. (34, 4); ср. Lenel, Ulp. №№ 2671 слл

ЦАБ "Автограф"

Namque cum dictum est: «at Publicius fundum dato», perfectum est legatum et cum dicit: «si non dederit, centum dato», sub condicione fundi legatum ademptum videri eo casu, quo centum deberi coeperint.

Слѣдовательно, первый членъ формулы отказа поставленъ въ резолютивно-условную зависимость отъ второго члена, который и самъ по себѣ точно также является условіемъ, но условіемъ уже суспензивнымъ и отрицательнымъ.

Конечный результатъ, заключающійся въ томъ, что отнынѣ, съ момента означеннаго превращенія легата, только деньги (centum) находятся in obligatione и что притомъ деньги эти могутъ быть вытребованы у наслѣдника,—этотъ результатъ долженъ быть признанъ абсолютно тождественнымъ съ результатомъ, констатированнымъ нами у Юліана, Марцелла и Ульпіана.

На совпаденіе въ этомъ отношеніи мною уже указывалось[1]). Пока, стало быть, различіе конструкцій не привело насъ ни къ какимъ ощутительнымъ послѣдствіямъ. Тѣмъ не менѣе было бы большимъ заблужденіемъ полагать, что данный споръ римскихъ юристовъ былъ исключительно только теоретическаго характера. Контроверза эта, напротивъ того, оказывается или, по крайней мѣрѣ, способна оказаться весьма важной и практически. И на этотъ счетъ точно также отношеніе юристовъ-классиковъ вполнѣ сознательное, и здѣсь коллизія взглядовъ обнаружилась со всею желательною полнотой и ясностью.

Во fr. 1 § 8 D. cit. мы уже имѣли случай наблюдать одно частное послѣдствіе разногласія римскихъ юристовъ касательно легата—послѣдствіе, проявляющееся и на практикѣ. Павелъ выдвигалъ вопросъ объ исчисленіи Фальцидіевой четверти. Его научные противники не хотѣли здѣсь принимать въ соображеніе съѣстные припасы, между тѣмъ какъ онъ, Павелъ, признавалъ зачетъ ихъ безусловно правильнымъ и склонялся, такимъ образомъ, въ пользу рѣшенія дѣла, болѣе благопріятнаго для наслѣдника. Но этого мало. Интересующій насъ споръ становится практически значительно серьезнѣе, если сдѣлать одно предположеніе. Допустимъ, что pendente condicione, т. е. во время еще нерѣшительнаго состоянія условія, отказоприниматель умираетъ. Что тогда наступаетъ?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ даетъ намъ прежде всего Юліанъ. Во

---

[1]) См выше стр. 11.

ЦАБ "Автограф"

fr. 19 § 1 D. quando dies leg. (36, 2) онъ продолжаетъ свое (начатое въ principium'ѣ того же мѣста) разсужденіе въ слѣдующихъ словахъ:

> Quod si ita scriptum sit[1]) «si penum intra kalendas non dederit, centum dato[1])», non efficitur, ut duo legata sint, sed ut centum legata sub condicione videantur: idcirco si uxor ante kalendas decesserit, heredi suo neque penum relinquet, quia legata non est, neque centum, quia dies legati cesserit necesse est legataria viva[2]).

Итакъ, вдова или, лучше, ея наслѣдникъ не получаетъ ничего: ни провизіи (или же помѣстья), ни денегъ. Выводъ для нихъ мало утѣшительный.

Совсѣмъ иное вытекаетъ изъ конструкціи Павла. Въ послѣдней части уже извѣстнаго намъ fr. 24 D. cit. говорится:

> .... Si interea decesserit legatarius, tunc heredi eius non nisi fundum deberi... Quorum (scil. centum) quia condicio vivo legatario non exstiterit, forte quia interpellatus heres non sit, evenit, ut ademptio nihil egerit fundique legatum duraverit.

Павелъ, такимъ образомъ, разсуждаетъ строго послѣдовательно. Легатъ «heres fundum dato» долженъ, думаетъ онъ, почитаться перфектнымъ. Далѣе, отмѣна («ademptio») этого легата только условная («si heres non dederit»), а потому она, согласно элементарнымъ правиламъ, въ состояніи проявить свое дѣйствіе только въ томъ случаѣ, если условіе осуществится при жизни легатарія[3]). Но наслѣдника, какъ примѣра ради предполагаетъ Павелъ, не тревожатъ: къ нему вовсе не обращаются съ требованіемъ о передачѣ по-

---

[1]) Здѣсь, передъ дальнѣйшимъ „si penum intra kalendas non dederit et rel." необходимо, конечно, вставить первую половину формулы: „uxori meae penum heres intra kalendas dato". Необходимость такого дополненія явствуетъ изъ противоположенія нашего (перваго) параграфа началу (principium'у) того же отрывка, гдѣ обсуждается тотъ же самый вопросъ, но только безъ опредѣленія времени („sine praefinitione temporis"). Кромѣ того, и § 1, самъ по себѣ, въ достаточной мѣрѣ указываетъ на пропускъ: не будь здѣсь пропуска, резонно замѣчаетъ Salkowski (назв. соч. стр. 205 прим. 14), то не могла бы даже и возникнуть мысль о двухъ легатахъ („duo legata").

[2]) Такимъ представляется конецъ параграфа послѣ образцоваго исправленія въ текстѣ, произведеннаго Теод. Момзеномъ. Ни одно изъ прежнихъ чтеній не могло считаться удовлетворительнымъ. Предложеніе обыкновенно заканчивали словомъ „cesserit", причемъ весьма часто передъ этимъ глаголомъ вставлялось еще отрицаніе. Ср., напр., Синтениса въ нѣмецкомъ переводѣ Corpus'a Iuris III стр. 788 прим. 4 или того же Сальковскаго l. c. у обоихъ къ „cesserit" прибавлено „non".

[3]) Ср. fr. 5 § 2 D. quando dies leg. (36, 2).

ЦАБ "Автограф"

мѣстья, а вслѣдствіе того онъ и не можетъ отказать въ выполненіи дѣйствія, вмѣненнаго ему завѣщателемъ въ обязанность. Нельзя слѣдовательно, сказать, что heres non dedit: до этого дѣло не дошло. Между тѣмъ умираетъ отказопринимательница, uxor, вдова. Спрашивается: какъ вопросъ обстоитъ теперь? Отвѣтъ простой. Вслѣдствіе смерти легатарія не наступило, не успѣло, быть можетъ, наступить осуществленіе условія. Условіе, стало быть, отпало, а вмѣстѣ съ тѣмъ ясно, что отказъ, который и раньше уже былъ перфектенъ, продолжаетъ свое существованіе и впредь. И теперь его существованіе вполнѣ обезпечено и твердо: Дамоклова меча, висѣвшаго надъ нимъ и угрожавшаго ему прекращеніемъ, нѣтъ болѣе, и правоотношеніе стало безповоротнымъ.

Если подвести итогъ всему разсужденію Павла, то выходитъ, что fundus, земельный участокъ долженъ отойти къ наслѣднику нашей отказопринимательницы или вдовы [1]).

Почти излишне добавлять, что все сказанное не относится къ тому случаю, когда передъ нами простой, одночленный отказъ, legatum «a condicione incipiens», если можно такъ выразиться. Чтобы убѣдиться въ этомъ, довольно бросить взглядъ на

> fr. 24 § 1 D. eod. Plane si sic legatum sit: «si penum non dederit, decem dato», dicimus non esse penum legatam.

и съ нимъ сопоставить

> fr. 1 § 8 D. cit. i. f... si ab initio ita legatum datum sit: «si penum non dederit, decem dato», quia hic penus non est legata et penus si datur, mortis causa capitur, quia deficit legati condicio.

Приведенное изложеніе до очевидности, надѣюсь, доказало, что въ отдѣльномъ практическомъ случаѣ могли получаться результаты различные и даже діаметрально противоположные, въ зависимости отъ того, которую изъ двухъ конструкцій положить въ основаніе юридическаго вывода: пониманіе Юліана приводило къ одному заключенію, пониманіе Павла къ совершенно другому, прямо обратному.

Но всѣ эти юристы въ одномъ отношеніи были вполнѣ между собою солидарны, какъ мною уже было подчеркнуто. Всѣ они, повторяю, признавали, что при наличности легата съ формулировкою двухленною легатарій вправѣ былъ сейчасъ же и безъ даль-

---

[1]) Ср. Salkowski назв соч стр. 203 прим 13.

ЦАБ "Автограф"

нѣйшаго предъявить свое требованіе къ наслѣднику. Вотъ это положеніе—но только mutatis mutandis—и высказываетъ Папиніанъ въ знакомомъ намъ fr. 115 § 2 D. cit., съ перенесеніемъ его на договоръ о неустойкѣ и на участниковъ въ немъ. Какимъ путемъ Папиніанъ пришелъ къ своему выводу, которая изъ двухъ конструкцій послужила для него точкой отправленія, объ этомъ онъ не говоритъ намъ ни слова. И нигдѣ въ источникахъ не встрѣчается на этотъ счетъ ни указанія, ни даже слабаго намека. Равнымъ образомъ и дальнѣйшихъ заключеній изъ своего рѣшенія Папиніанъ точно также не дѣлаетъ. Передъ нами только голое изреченіе, что Сабинъ, молъ, правъ при условіи наличности двойной стипуляціи: никакихъ разъясненій, ничего другого оно не содержитъ. Чему, далѣе, приписать такое обстоятельство, обычной ли сжатости и лаконизму рѣчи величайшаго изъ корифеевъ среди римскихъ юристовъ[1]), или же какой-нибудь посторонней причинѣ, опять-таки, разумѣется, остается неизвѣстнымъ. Случайное-ли это молчаніе, или, наоборотъ, предпамѣренное, не желалъ ли, быть можетъ, Папиніанъ воздержаться отъ сообщенія побудившихъ его къ рѣшенію мотивовъ, или же просто углубленіе въ матерію представлялось ему для его цѣлей и по плану его работы излишнимъ,—въ отвѣтъ на всѣ эти вопросы едва ли возможна хотя бы догадка болѣе или менѣе научнаго свойства: здѣсь вполнѣ умѣстна ars nesciendi. Мнѣ вслѣдствіе того кажутся мало обоснованными и даже произвольными попытки нѣкоторыхъ современныхъ писателей опредѣлить, кому изъ споривших между собой юристовъ Папиніанъ сочувствовалъ. Что подобныя попытки должны оказаться разнорѣчивыми, понятно само собою. Либе[2]), напримѣръ, убѣждаетъ насъ въ томъ, что Папиніанъ склоняется на сторону Павла, между тѣмъ какъ Сальковскій[3]) съ такою же непоколебимой твердостью заявляетъ, что Папиніанъ—«очевидный» сторонникъ Юліана и его двухъ товарищей[4]). Но источники наши, повторяю, не заключаютъ

[1]) Ср. P. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts стр. 201.

[2]) Назв. соч. стр. 318, 315, 312. Ср. также Leipziger Kritische Jahrbücher Richter'a XIII стр. 13.

[3]) Назв. соч. стр. 200.

[4]) Другого рода неточность наблюдается въ изложеніи Муромцева (Гражданское право древняго Рима стр. 503 сл.). Онъ отправляется отъ положенія, что Сабинъ имѣлъ ввиду формулу: „обѣщаешь ли дать то-то? если не дашь то обѣщаешь ли дать сто?—положенія, безъ сомнѣнія, невѣрнаго (см. выше

ЦАБ "Автограф"

никакого ровно указанія ни въ одномъ, ни въ другомъ направленіи, и всякое отыскиваніе соотвѣтственнаго матеріала—не болѣе какъ праздный трудъ.

Замѣтимъ по этому поводу еще слѣдующее: Тотъ же fr. 115 § 2 D. cit. Папиніаномъ, между прочимъ, заканчивается такъ:

> quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur, sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem [1]) defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

Если Вангеровъ [2]) отсюда, въ частности изъ словъ: «ut homo solvatur aut pecunia petatur» дѣлаетъ тотъ (согласный съ мнѣніемъ Сальковскаго) выводъ, будто Папиніанъ придерживается ученія Юліана,—то въ отвѣтъ на это Вангерову необходимо напомнить одно имъ, очевидно, не въ достаточной мѣрѣ оцѣненное обстоятельство. Дѣло въ томъ, что и конструкція вѣдь, Павла, въ относящемся сюда конечномъ итогѣ не даетъ ни отличныхъ отъ Юліановыхъ результатовъ, ни, съ другой стороны, чего-нибудь несогласнаго съ тѣми положеніями, какія заключаются въ только-что выписанныхъ строкахъ Папиніана. Нельзя забывать, что требовать то управомоченный, и по Павлу, можетъ только денежную сумму. Мы въ этомъ уже успѣли убѣдиться и ниже, въ слѣдующемъ параграфѣ изслѣдованія, еще болѣе укрѣпимся въ томъ же убѣжденіи.

Для лучшаго выясненія самаго способа выраженія Папи-

стр. 9 прим.). Онъ затѣмъ допускаетъ, что Папиніанъ пошелъ еще дальше Сабина и раздѣлялъ его взглядъ даже во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда при существованіи хотя бы одночленной стипуляціи „изъ ея смысла будетъ очевидно, что она содержитъ въ себѣ неустойку",—каковое допущеніе опять-таки не можетъ быть признано соотвѣтствующимъ источникамъ: „itaque potest Sabini sententia recipi", говоритъ Папиніанъ во fr. § 2 D. cit., „si... ita concepta sit stipulatio: Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?" Папиніанъ, стало быть, настаиваетъ именно на формѣ стипуляціи. Въ результатѣ Муромцевъ приходитъ къ совершенно послѣдовательному, но, въ силу неправильности посылокъ, едва-ли справедливому заключенію, что „Павелъ и здѣсь остался позади Папиніана".

[1]) Вмѣсто „idem" писать „non idem" (какъ то предлагаетъ Manns, „Von der Konventionalstrafe" стр. 61 сл., усматривающій въ нашемъ текстѣ пропускъ) нѣтъ рѣшительно никакой надобности.

[2]) Lehrb. der Pandekten III стр. 342.

ЦАБ "Автограф"

niana l. c., выдвинутаго Вангеровымъ, я приведу аналогичное же словоупотребленіе въ другомъ мѣстѣ источниковъ. На этотъ разъ обращаюсь къ кодексу и цитирую:

> c. 14. C. de pactis (2, 3). Imp. Gordianus A. Caecilio militi. Si pacto, quo poenam adversarium tuum promisisse proponis, si placito non stetisset, stipulatio subiecta est, ex stipulatu agens vel id quod in conventionem devenerat, ut fiat, consequeris vel poenam stipulatione comprehensam more iudiciorum exiges... PP. k. April. Gordiano A. II et Pompeiano conss. [a. 241].

Для правильнаго пониманія значенія въ нашемъ вопросѣ настоящаго рескрипта, нужно предварительно обратить вниманіе на соотношеніе между собою частей разбираемой императоромъ сдѣлки. При вдумчивомъ чтеніи текста не можетъ, на мой взглядъ, оставаться никакого сомнѣнія на тотъ счетъ, что она составилась слѣдующимъ образомъ. Сначала заключенъ былъ договоръ безформеннаго характера, содержавшій въ себѣ какъ соглашеніе («placitum» по словамъ Гордіана), такъ и условіе о неустойкѣ (poenae promissio). Затѣмъ къ получившемуся такимъ путемъ договору («pactum») была присоединена стипуляція («stipulatio subiecta est»). Нашъ воинъ Авлъ Цецилій, очевидно, спросилъ: «ea ita dari fieri (praestari) spondes?», въ отвѣтъ на что его контрагентъ, а нынѣ противникъ («adversarius») сказалъ: «spondeo». Все вслѣдствіе того облеклось въ форму стипуляціи, получило характеръ и значеніе абстрактнаго договора. Отсюда понятно, почему императоръ обсуждаетъ предложенный на его разрѣшеніе судебный случай по тѣмъ началамъ, которыя примѣняются именно къ стипуляціи о неустойкѣ, присовокупляемой, въ свою очередь, къ стипуляціи же, т. е. къ главному абстрактному обязательству.

Согласно съ этимъ императоръ и пишетъ въ своемъ рескриптѣ: неустойку ты, истецъ, вправѣ требовать («exiges»); что же касается содержанія самой сдѣлки, то таковое ты можешь только получить («consequeris»),—послѣднее, конечно, въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ самъ предпочтетъ совершить слѣдуемое и такою цѣною пожелаетъ избѣжать присужденія съ него неустоичной суммы. Принудить его къ тому немыслимо [1]).

---

[1]) Ср. Salkowsky назв. соч. стр. 206 сл. По счастливой случайности до нашихъ дней сохранился одинъ конкретный образецъ договора, по своему составу безусловно аналогичнаго съ казусомъ въ c. 14 C. cit. Я

ЦАБ "Автограф"

И здѣсь, слѣдовательно, имѣется тотъ же неоднократно мною подчеркивавшійся результатъ: предметомъ иска можетъ явиться только неустойка, главное же выговоренное подъ страхомъ неустойки дѣйствіе служитъ единственно къ тому, чтобы посредствомъ его выполненія дать должнику возможность освободиться отъ всякаго принятаго имъ на себя обязательства.

Къ той же категоріи вопросовъ безъ отвѣта, къ какой я отнесъ вопросъ о конструкціи, принятой Папиніаномъ во fr. 115 § 2 D. cit, слѣдуетъ, по моему мнѣнію, причислить еще и такого рода вопросъ, не наблюдается ли извѣстный историческій процессъ развитія въ занимающихъ насъ здѣсь взглядахъ римскихъ юристовъ? нельзя ли подмѣтить нѣкотораго постепеннаго теченія или движенія, начавшагося, быть можетъ, ученіемъ Пегаса и совершавшагося по направленію къ противоположному ученію Павла?

Ограничиваюсь тѣмъ, что ставлю вопросъ. Но нелишне, пожалуй, обратить вниманіе на то обстоятельство, что изъ трехъ научныхъ противниковъ Павла всего болѣе его напоминаютъ именно Ульпіанъ, т.-е. юристъ позднѣйшій и къ Павлу по времени ближайшій. И Ульпіанъ точно также въ кругъ своихъ размышленій и разсужденій вводитъ такъ наз. transfusio и translatio legati, о которой, напротивъ того, ни Юліанъ, ни Марцеллъ не обмолвились ни единымъ словомъ:

> fr. 1 D. de penu leg. cit. Quid ergo, si una summa legata sit et primo (scil. anno) penus non sit praestita? utrum tota summa debeatur, quasi toto penoris legato transfuso, an vero quantitas primi anni aestimationis sola sit translata, dubitari potest.

имѣю ввиду одну изъ сдѣланныхъ въ Трансильваніи находокъ in forma triptychi, договоръ о товариществѣ отъ 167 года по Р. Х. (C. I. L. III. 2, 950; Bruns, Fontes iuris Romani antiqui, изд. 6, стр. 334; Girard, Textes de droit Romain, изд. 3, стр. 817. Компаньоны здѣсь соглашаются насчетъ участія въ прибыляхъ, убыляхъ и вкладахъ и затѣмъ прибавляютъ условіе о неустойкѣ:

> „In qua societate si quis dolo malo fraudem fecisse deprehensus fuerit, in asse uno denarium unum... denarium unum denarios XX... alio inferre debedit...“

Въ заключеніе въ таблицѣ, какъ въ своего рода протоколѣ состоявшагося соглашенія, повѣствуется о стипуляціи, которую учинили стороны, облекшія, такимъ образомъ, въ форму абстрактнаго словеснаго договора всю сдѣлку со всѣми ея статьями и оговорками: „Id dari fieri praestarique stipulatus est Cassius Frontinus, spopondit Iulius Alexander“.

ЦАБ "Автограф"

Въ заключеніе настоящаго параграфа, я приведу еще мнѣніе двухъ новыхъ юристовъ, характерное по своему отношенію къ анализированной нами конструкціи Павла. Въ своихъ работахъ, посвященныхъ ex professo отдѣльнымъ матеріямъ изъ области защиты или, точнѣе, судебнаго осуществленія правъ, Gerber («Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast») и Maxen («Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen») сравнительно подробно останавливаются на нашемъ вопросѣ и здѣсь, входя въ обсужденіе разныхъ взглядовъ, принадлежащихъ классическимъ юристамъ, подвергаютъ ученіе Павла самой рѣзкой критикѣ, порицая его до крайности [1]).

Мнѣ кажется, однако, что къ этому едва-ли представляется какое-либо основаніе. Предыдущее изложеніе выяснило, что ученіе Павла имѣетъ точно такой же raison d'être, какъ и ученіе Юліана и его сторонниковъ, не соглашавшихся съ Павломъ. Герберъ и Максенъ, правда, говорятъ объ искусственности, слабости и непослѣдовательности осуждаемаго ими воззрѣнія, далѣе, о томъ «туманѣ», *который окутываетъ все правоотношеніе, если держаться конструкціи Павла*, и т. п.,—но доказательства справедливости этихъ утвержденій мы у названныхъ писателей не встрѣчаемъ вовсе. Все сводится къ голословнымъ заявленіямъ и упрекамъ. Такъ, по Герберу [2]), изъ fr. 115 § 2 D. cit. можно-де «съ увѣренностью» заключить, что теорія Павла среди римскихъ юристовъ отнюдь не нашла себѣ признанія. Какъ мало, однако, изреченіе Папиніана способно подкрѣпить подобное мнѣніе, хотя бы выраженное въ гораздо менѣе категорической формѣ, — мы уже видѣли. Затѣмъ Герберъ [3]) предлагаетъ замѣнить теорію Павла другою, которую онъ именуетъ теоріей «множественности практическихъ объектовъ при единствѣ объекта юридическаго» (!). Но чтобы такая замѣна вела къ упрощенію, естественности и полной удовлетворительности, какъ то думаетъ ея творецъ, позволительно сомнѣваться.

Въ свою очередь, Максенъ [4]) полагаетъ, что при двучленной стипуляціи наступаетъ совершенно то же правоотношеніе, что и при стипуляціи простой, типа «si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?» А если такъ — заключаетъ онъ — то очевидно, что Павелъ сильно ошибается. — Но въ такомъ случаѣ неизбѣжно признать, что

---

[1]) Герберъ въ назв. соч. стр. 89 слл., Максенъ въ назв. соч. стр. 230 слл.

[2]) Назв. соч. стр. 91.

[3]) Назв. соч. стр. 89.

[4]) Назв. соч. стр. 235 сл.

ЦАБ "Автограф"

и самъ Папиніанъ не безгрѣшенъ. И дѣйствительно: Максенъ договаривается и до этого, заявляя, что и Папиніанъ «былъ сбитъ съ толку» и что положеніе, высказанное имъ во fr. 115 § 2 D. cit., «ошибочно»...

Къ сожалѣнію, ни Герберъ, ни Максенъ не задали себѣ труда поразмыслить надъ практическими результатами, связанными съ пониманіемъ именно Павла. А результаты эти [1]) всего нагляднѣе способны показать, что конструкція Павла полна смысла и что она не только не расходится съ намѣреніями завѣщателя и контрагента, но даже въ большей, быть можетъ, степени соотвѣтствуетъ имъ, чѣмъ та другая конструкція, противоположная ей.

§ 3.

Quasi-новація во fr. 44 § 6 D. de O. et A. (44. 7).

Въ связи съ предыдущимъ изложеніемъ дается легко и просто ключъ къ пониманію quasi-новаціи и трактующаго о ней изреченія Павла, выписаннаго нами цѣликомъ въ началѣ настоящаго отдѣла. Параллель съ отказомъ и его судьбою сглаживаетъ здѣсь всякія трудности, отчего я и полагалъ цѣлесообразнымъ остановиться на ней по возможности детально.

Прежде всего совершенно ясно, что одночленную стипуляцію Павелъ считаетъ строго условною, точь въ точь какъ Папиніанъ во fr. 115 § 2 D. cit. Глосса ad l. 44 § 5 D. cit. по этому поводу пользуется даже выраженіемъ Папиніана: «a condicione coepit, non a pactione», говорится въ ней. Другими словами, въ стипуляціи, приведенной въ видѣ примѣра у Павла: «si fundum non dederis, centum dare spondes?», заключается всего только одно обѣщаніе, причемъ предметомъ его служитъ centum, а отнюдь не земельный участокъ:

sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.

Далѣе, не менѣе ясно и то, что Павелъ не признаетъ тѣхъ же правовыхъ послѣдствій при наличности двойной стипуляціи. Тамъ онъ видѣлъ не болѣе какъ условное денежное обѣщаніе, здѣсь онъ усматриваетъ самостоятельное обязательство съ придаточной неустойкою. И въ полнѣйшей аналогіи со своимъ рѣшеніемъ вопроса о двойномъ легатѣ—рѣше-

---

[1]) См. выше стр. 19 сл.

ЦАБ "Автограф"

ніемъ, проводившимся имъ въ разрѣзъ съ мнѣніемъ уже знакомыхъ намъ классиковъ, Павелъ здѣсь утверждаетъ, что при стипуляціи съ двумя членами fundus, т. е. участокъ, находится in stipulatione, является ея настоящимъ объектомъ.

Такой его взглядъ съ несомнѣнностью вытекаетъ изъ противоположенія другъ другу параграфовъ пятаго и шестого толкуемаго fr. 44 D. cit., раздѣленныхъ союзомъ «sed». Отсюда же вытекаетъ, между прочимъ, и какого рода вопросъ ставится юристомъ въ § 6-мъ. Этотъ вопросъ не въ томъ, конечно заключается, имѣемъ ли мы тутъ одну стипуляцію или двѣ. Такого вопроса Павелъ не могъ возбудить послѣ сказаннаго имъ раньше. Онъ, разумѣется, уже отправляется отъ положенія, что въ фингированномъ имъ казусѣ двѣ стипуляціи (опять-таки согласно съ той точкой зрѣнія, которая отстаивалась имъ при отказѣ). Разсуждая послѣдовательно, Павелъ затѣмъ спрашиваетъ: оказываетъ ли осуществленіе условія во второй, условной, стипуляціи вліяніе и дѣйствіе [1]) на первую, или нѣтъ, не оказываетъ. Правда, нельзя не согласиться, что самая формулировка дилеммы не изъ удачныхъ: ея два предложенія недостаточно рельефно обозначены и выдвинуты другъ противъ друга. Строго говоря, слѣдовало бы «utrum» (соотвѣтствующее другой частицѣ «an») отнести къ словамъ «non tollat», поставивъ его или здѣсь, передъ отрицаніемъ, на которомъ, вѣдь, главное удареніе, или, по крайней мѣрѣ, передъ «existens». Предшествующее же предложеніе должно было, вслѣдствіе такой перестановки, оказаться не вопросительнымъ, какимъ оно является въ настоящемъ своемъ видѣ, а утвердительнымъ. Говоря проще, Павлу слѣдовало l. c. написать приблизительно слѣдующее:

> Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, duae stipulationes *sunt*, pura et condicionalis, sed (et) videndum, utrum non tollat priorem existens sequentis condicio, an vero transferat in se et rel.

Но если выраженіе Павла въ касающемся насъ здѣсь отношеніи и оставляетъ желать лучшаго, то при нѣкоторомъ вниманіи все-таки весьма легко уяснить себѣ истинный смыслъ его словъ. И невольно приходится удивляться, почему вслѣдствіе означеннаго только внѣшняго промаха чисто редакціоннаго свойства цѣ-

---

[1]) Я пока намѣренно употребляю это общее и нѣсколько неопредѣленное выраженіе.

ЦАБ "Автограф"

лый рядъ новѣйшихъ писателей превратно поняли мысль Павла, приписавъ ему постановку вопроса, о которой онъ, несомнѣнно, не думалъ[1]).

Возбужденный Павломъ вопросъ имъ же разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ. По его мнѣнію, вторая стипуляція оказываетъ дѣйствіе на первую—и дѣйствіе даже немалое: въ зависимости отъ исполненія условія послѣдующаго обѣщанія предыдущее въ него переходитъ, претворяется. Получается какъ бы нѣкоторая новація, то, что Павломъ зовется quasi-novatio.

Слова «et quasi novatio prioris fiat» безконечно часто подвергались обсужденію въ литературѣ, преимущественно въ старой и старѣйшей[2]). Но уже сравнительно рано пришли къ сознанію, что о новаціи въ собственномъ и техническомъ смыслѣ слова здѣсь не можетъ быть рѣчи. Правда, Аккурсій въ глоссѣ ad h. l. учитъ, что здѣсь имѣется настоящая новація, и Діонисій Готофредъ въ своихъ «notae» еще повторяетъ такое воззрѣніе. Но уже Куяцій ad l. 115 D. de V. O. (45, 1) замѣчаетъ, что новаціи быть не можетъ, ибо, справедливо добавляетъ онъ, при новаціи мѣняется «causa debendi», а никакъ не «ipsum debitum», не самый долгъ[3]). Свое убѣжденіе въ невозможности новаціи при наличныхъ обстоятельствахъ особенно энергично выражаетъ, далѣе, Анторъ Фаберъ: «nec... fieri unquam novatio posset, nec si novandi animus millies intervenisset [4])». А въ другомъ

---

[1]) Сальковскій (назв. соч. стр. 201) упрекаетъ въ этой ошибкѣ Сальпіуса (назв. соч. стр. 241) и не замѣчаетъ при этомъ, что Сальпіусъ въ данномъ случаѣ повиненъ только въ повтореніи заблужденія Либе (назв. соч стр. 315), своего непосредственнаго предшественника по разработкѣ той же матеріи. Изъ видныхъ писателей французской школы то же самое недоразумѣніе встрѣчается, напр., у Molitor'a, Les obligations en droit Romain I стр 208.

[2]) По свидѣтельству Lauterbach'a (Disputatio inauguralis de poena conventionali 1666, § 59), уже въ его время насчитывалось по этому поводу цѣлыхъ 13 мнѣній! Ср. Либе назв. соч. стр. 316 сл

[3]) Тотъ же мотивъ находимъ, напримѣръ, у Accarias, назв. соч. II стр. 305 прим 1 и у Aubry, De la stipulatio poenae en droit Romain стр. 48. Не противорѣчитъ этому fr. 28 D. novat. 46, 2 (Lenel Papin. № 56) на томъ простомъ основаніи, что въ разбираемомъ fr. 44 § 6 D. cit centum не является продуктомъ оцѣнки, между тѣмъ какъ во fr 28 D. cit. pecunia служитъ именно эквивалентомъ помѣстья, или предмета новируемаго обязательства („quanti fundus est", „aestimatio"). Ср. P. Girard, Manuel de droit Romain, 3 изд., стр. 690.

[4]) Op. cit III p. 190 col. 1.

ЦАБ "Автограф"

мѣстѣ[1]) тотъ же Фаберъ говоритъ: нельзя себѣ представить ничего болѣе безсмысленнаго и несогласнаго съ существомъ неустойки, чѣмъ именно новацію. Новація, разсуждаетъ онъ, призвана освобождать промитента отъ первоначальнаго обязательства, въ то время какъ цѣль соглашенія о неустойкѣ состоитъ, наоборотъ, въ томъ, чтобы это обязательство утвердить и усилить. У Донелла мы, между прочимъ, читаемъ ad l. 115 D. de V. O. точно такое же соображеніе: «absurdissimum (est) dicere praecedentem stipulationem tolli ex stipulatione quae praecedentis firmandae causa adhibetur». Фаберъ правъ еще въ томъ своемъ заявленіи, что и самъ Павелъ во fr. 44 § 6 D. cit., очевидно, отрицаетъ наличность настоящей новаціи: иначе онъ не употребилъ бы выраженія «quasi novatio» [2]).

Все это чрезвычайно вѣрно и безспорно: находить въ анализируемомъ здѣсь случаѣ истинную новацію было бы, дѣйствительно, неправильно[3]).

И при всемъ томъ нельзя не признать, что въ концѣ концовъ, при подведеніи послѣдняго итога всему правоотношенію, у насъ получается результатъ, тождественный съ результатомъ, наблюдаемымъ при новаціи обязательства. Въ самомъ дѣлѣ: какъ совершается занимающій насъ здѣсь процессъ? Сначала производится первое обѣщаніе въ видѣ безусловной стипуляціи съ объектомъ «fundus» или «navem fieri». Но затѣмъ, вслѣдствіе неисполненія этой stipulatio pura, налицо оказываются всѣ данныя для вступленія въ силу второй, уже условной, стипуляціи. Отнынѣ у вѣрителя только права, вытекающія изъ этого второго обязательства: онъ посему можетъ требовать обѣщанныя въ немъ сто тысячъ сестерцій, но не можетъ искать помѣстья, а равнымъ образомъ не можетъ предъявить требованія о сооруженіи ему корабля на основаніи перваго обязательства. Перваго обязательства какъ бы нѣтъ болѣе.

---

[1]) Ibid. p. 460 col. 2, p. 461 c. 2, cf. de Retes op. cit. §§ 6, 9.

[2]) Чтобы терминъ этотъ погрѣшалъ противъ красоты языка, я не усматриваю. Вѣдь, говоритъ же Цицеронъ de nat. deor. I c 18, 49 (какъ справедливо подмѣчено Либе въ назв. соч. стр. 314 прим.) и объ „quasi corpus и объ „quasi sanguis“. Герберу (назв. соч. стр 91), напротивъ того. quasi-novatio представляется какой-то „юридической небывальщиной“; двойная стипуляція напоминаетъ ему сказочнаго двухголоваго звѣря, и т. п.

[3]) Ср еще Gide, Etudes sur la novation et le transport des créances en droit Romain стр. 149 сл.

ЦАБ "Автограф"

Но, спрашивается, развѣ это не есть вмѣстѣ съ тѣмъ послѣдствіе, развѣ не таково дѣйствіе новаціи въ обширномъ смыслѣ слова, какъ погашенія прежняго обязательства изамѣны его новымъ? Полагаю, что да. Вотъ этотъ-то конечный результатъ, этотъ исходъ дѣла, это подобное обновленію дѣйствіе Павелъ и имѣетъ ввиду, когда произноситъ свое рѣшеніе: оно внушаетъ ему мысль о quasi-новаціи.

«Послѣдовательное отношеніе» («ein successives Verhältniss») между двумя обязательствами, прекрасно выражается на этотъ счетъ Вангеровъ[1]), неизбѣжно приводитъ къ тому, что первое обязательство не можетъ стать предметомъ иска, а потому должно казаться подвергшимся новаціи.

Мы вправѣ, слѣдовательно, утверждать, что положенія Павла во fr. 44 § 6 D. cit., во-первыхъ, совершенно понятны и, во-вторыхъ, прекрасно согласуются съ его же конструкціей относительно легата. Этотъ отрывокъ, такимъ образомъ, объясняется вполнѣ просто, естественно и непринужденно. Даже глаголъ «transferre» употребленъ въ немъ въ уже извѣстномъ намъ значеніи: онъ здѣсь соотвѣтствуетъ терминамъ «translatio и ademptio» во fr. 24 D. quando dies leg., «transfusio» во fr. 1 § 8 ad leg. Falc.[2]). Тутъ, видимо, предъ Павломъ носилась картина новаціи, какъ ее рисуетъ намъ знаменитое опредѣленіе во fr. 1 pr. D. de nov. (46. 2):

> Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio...

§ 4.

Результатъ.

Предыдущее разсужденіе оказалось нѣсколько пространнымъ и сложнымъ. Безъ него едва ли, однако, возможно было разсчитывать на болѣе или менѣе полное освѣщеніе и пониманіе дѣла — воззрѣній римскихъ юристовъ въ затронутой нами матеріи, существа и значенія ихъ спора между собой. Теперь же, послѣ всего сказаннаго,

---

[1]) Въ указанномъ выше мѣстѣ.

[2]) Совсѣмъ напрасно, стало быть, Manns (назв. соч. стр. 223) полагаетъ, будто Павелъ въ вопросѣ объ отказѣ пошелъ дальше, чѣмъ въ вопросѣ о стипуляціи. Доводы, приводимые имъ, далеко не убѣдительны.

ЦАБ "Автограф"

нетрудно дать и отвѣтъ на главнѣйшій вопросъ, помѣщенный въ заголовкѣ къ настоящему отдѣлу,—вопросъ, интересующій насъ здѣсь прежде всего.

Изъ предшествующаго, третьяго, параграфа нашего изслѣдованія отношеніе стипуляціи о неустойкѣ къ абстрактному обязательству вытекаетъ уже само собою. Получаемая въ данномъ случаѣ фигура вовнѣ имѣетъ форму двучленной стипуляціи. Изъ нея предметомъ принужденія и иска способенъ стать только второй членъ, второе, подъ отлагательнымъ условіемъ заключенное обязательство. Что касается перваго члена или перваго обѣщанія, то вся его роль исчерпывается, какъ мною уже указывалось, одною функціей: это не болѣе какъ средство для должника сложить съ себя всякую отвѣтственность, выполнивъ дѣйствіе, выговоренное отъ него въ этомъ первомъ и главномъ обязательствѣ[1]).

Исходя изъ такой точки зрѣнія, Юліану, Марцеллу и Ульпіану казалось, что и вообще in obligatione имѣется только одинъ предметъ. Это—денежная сумма, centum. Другой же предметъ—penus или fundus, смотря по тому,—по ихъ мнѣнію, вовсе не находится in obligatione, а только in praestatione или in solutione. Спѣшу прибавить, что и такое представленіе имѣетъ, конечно, достаточное основаніе, а потому точно также заслуживаетъ

---

[1]) Уже здѣсь заслуживаетъ быть упомянутымъ слѣдующее:

Присоединеніе договора о неустойкѣ къ стипуляціи своимъ послѣдствіемъ можетъ имѣть еще иной результатъ, кромѣ только-что указаннаго. Можетъ случиться такъ, что взысканію будетъ подлежать не одна только неустойка. Мыслимо, что стороны при своемъ соглашеніи имѣли ввиду кумуляцію неустоичной суммы и дѣйствія изъ главнаго обязательства—другими словами, установили, что на случай невыполненія слѣдуемаго должникъ внесетъ неустойку, оставаясь въ то же время обязаннымъ по основному абстрактному договору. Не можетъ тогда подлежать никакому сомнѣнію, что, соотвѣтственно такому намѣренію и условію сторонъ, должникъ въ предусмотрѣнномъ случаѣ обязанъ будетъ совершить оба дѣйствія: исполнить обязанное по главному договору, разъ, и сверхъ того еще уплатить неустойку, два.

Такое именно кумулятивное отношеніе Папиніанъ и имѣетъ ввиду, когда говоритъ во fr. 115 § 2 D cit:

quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur.

Мы къ этому вопросу еще возвратимся ниже, въ §§ 9 слл., гдѣ разсмотримъ его ex professo.

ЦАБ "Автограф"

признанія. Необходимо только твердо помнить одно, безъ чего немыслимо правильное орьентированіе въ нашей области: что три названныхъ юриста исходили изъ иска или, точнѣе, изъ способности служить объектомъ иска и одну лишь эту способность и принимали въ расчетъ въ своихъ изреченіяхъ. Такое отношеніе (характерное для «судебнаго» взгляда римлянъ) и приводило ихъ съ необходимостью къ теоріи единства обязательства[1]).

---

[1]) Нѣкоторое недоумѣніе возбуждаетъ воззрѣніе того же Юліана, высказанное имъ по другому поводу. Во fr. 1 § 6 D. de stipul. servor. (45, 3) Iulianus libro quinquagensimo secundo digestorum читаемъ:

> Cum servus communis Titii et Maevii stipulatur in hunc modum: „decem kalendis Titio dare spondes? si decem kalendis Titio non dederis, tunc Maevio viginti dare spondes?“ duae stipulationes esse videntur, (sed) et si kalendis decem data non fuerint uterque dominus ex stipulatu agere poterit, sed (in) secunda obligatione Maevio commissa Titius exceptione doli summovebitur.

Цитированное мѣсто, дѣйствительно, способно навести на размышленіе: въ немъ Юліанъ не только признаетъ duas stipulationes (отказываясь, такимъ образомъ, отъ имъ же проповѣдывавшагося единства обязательства и устраняя параллель съ аналогичнымъ случаемъ легата), но допускаетъ даже, что въ случаѣ нарушенія договора „uterque dominus agere poterit“, что, слѣдовательно, и Titius вправѣ будетъ искать свои decem. Юліанъ, другими словами, допускаетъ, что дѣйствіе перваго и главнаго обязательства можетъ стать предметомъ иска, чего, какъ мы знаемъ, не считалъ возможнымъ даже Павелъ и что явно противорѣчитъ рѣшенію Папиніана въ fr. 115 § 2 D. cit.

Какъ объяснить это отступленіе отъ твердо установленныхъ нами началъ?

Не кроется ли тутъ причина въ томъ обстоятельствѣ, что рабъ не въ силахъ лишить своего господина (Тиція) разъ пріобрѣтеннаго въ его пользу требованія? Такъ думаетъ, напримѣръ, Thoureau, De la clause pénale стр. 32, и такое объясненіе мнѣ представляется не совсѣмъ неосновательнымъ. Рабъ—орудіе только пріобрѣтенія правъ; ослабить уже полученное обѣщаніе онъ не въ состояніи. Другое дѣло, конечно, завѣщатель *при легатѣ*: онъ, помимо всего другого, въ своемъ распоряженіи имѣетъ уже отчасти извѣстную намъ translatio legati (въ данномъ случаѣ a persona in personam): fr. 6 pr., fr. 7 D. de adim. vel transfer. leg. 34, 4).

При всей справедливости только-что замѣченнаго, одно рабское состояніе стипулятора само по себѣ едва ли можетъ вполнѣ удовлетворительно объяснить интересующую насъ здѣсь разность рѣшеній Юліана. И это вотъ почему. Вѣдь, то положеніе, которое онъ, Юліанъ, отстаиваетъ по отношенію къ двойному легату („unum legatum intellegitur“, fr. 19 pr. D. quando dies leg. 36, 2), оно, въ примѣненіи къ нашему fr. 1 § 6 D. cit., ведетъ къ слѣдующему: къ тому, что для Тиція даже и не возникаетъ prima obligatio, и что decem Titio praestanda оказываются только in solu-

ЦАБ "Автограф"

Въ заключеніе настоящаго отдѣла скажемъ еще пару словъ по адресу такъ называемаго пандектнаго права. Волею судебъ это право въ настоящее время почти совершенно лишено значенія, какъ право дѣйствующее.[1]) Но все же поучительно задуматься надъ вопросомъ: каковъ для пандектнаго права итогъ и выводъ изъ всего до сихъ поръ сказаннаго?

Этотъ выводъ, думается,—отрицательный. Все отношеніе договора о неустойкѣ къ абстрактной стипуляціи должно было въ такъ наз. современномъ римскомъ правѣ утратить какой бы то ни было смыслъ,—безразлично, принять ли конструкцію Павла, или конструкцію его противниковъ.

Новый оборотъ не знаетъ и не зналъ стипуляціи, а нашъ необходимо абстрактный, отрѣшенный отъ своей causa договоръ—я, конечно, имѣю ввиду, главнымъ образомъ, вексель—не допускаетъ

---

tione. А потому, если на вопросъ смотрѣть съ этой, Юліановской, точки зрѣнія, то способность раба отнять право требованія у своего господина совершенно не причемъ.

Очевидно, причину кажущейся непослѣдовательности Юліана слѣдуетъ искать въ другомъ. На мой взглядъ, въ томъ именно, что въ первой и во второй половинахъ нашей двучленной стипуляціи рабъ называетъ двухъ промиссаровъ, двухъ различныхъ вѣрителей (Titius-Maevius). Отсюда понятно, что и обязательствъ получается цѣлыхъ два, а не одно только. А въ связи съ подчеркнутымъ уже правовымъ положеніемъ стипулятора становится понятнымъ и то, почему ipso iure „uterque dominus ex stipulatu agere poterit".

Но — необходимо сказать дальше — развѣ, съ другой стороны, намѣреніе контрагентовъ при заключеніи договора было направлено на кумуляцію, т. е. на то, чтобы нарушившій свое обѣщаніе должникъ уплатилъ и то и другое—и decem Тицію и viginti Мевію?—Едва ли, нѣтъ. Можно ли здѣсь утверждать, парафразируя слова Папиніана (см. предыдущее примѣчаніе): „id actum probatur, ut et decem Titio et viginti Maevio debeantur"?—Нѣтъ, нельзя. Вотъ потому-то Юліанъ, считаясь со смысломъ соглашенія, предоставляетъ промитенту возраженіе, exceptio doli—на тотъ случай, если „secunda obligatione Maevio commissa" явится, въ свою очередь, Тицій и станетъ искать ex prima obligatione.

Практическій результатъ и здѣсь, слѣдовательно, въ концѣ концовъ прежній, намъ хорошо знакомый. Дѣло обстоитъ такъ, какъ если бы мы и здѣсь признали наличность только одного обязательства. Но основаніе для своего рѣшенія во fr. 1 § 6 D. cit. Юліанъ почерпаетъ не изъ формулировки стипуляціи, а по исключенію изъ воли сторонъ. Эта воля находитъ себѣ осуществленіе iure praetorio.

[1]) См. Dernburg Pand. I, изд. 7, стр. 3, а также Stammler, Aufgaben aus dem röm. Recht стр. 8 (русск. перев. подъ моей редакц. стр. 4).

ЦАБ "Автограф"

включенія придаточнаго условія о неустойкѣ. А потому нельзя не видѣть, что та юридическая фигура, которою мы были заняты, въ новомъ гражданскомъ правѣ должна была исчезнуть. Отсюда вмѣстѣ съ тѣмъ ясно, что въ новое время вопросъ о взаимномъ отношеніи неустоичнаго договора и основного обязательства всегда регулируется согласно началамъ, опредѣляющимъ отношеніе договора о неустойкѣ къ главному обязательству матеріальнаго или каузальнаго свойства. И слѣдовательно, отвѣтъ на этотъ вопросъ будетъ почерпаться непремѣнно изъ тѣхъ положеній, разбору которыхъ посвященъ слѣдующій отдѣлъ настоящаго изслѣдованія[1]).

---

[1]) Savigny Obligationenrecht II стр. 278 (русск. переводъ Фукса и Мандро стр. 542), Baron Pandekten стр. 365 (русск. перев. Петражицкаго вып. 3 стр. 22) и Hölder Konventionalstrafe въ Rechtslexikon Гольцендорфа II стр. 544. Насчетъ воззрѣнія Виндшейда (Lehrb. II § 285 п. 4, прим.16) см. ниже §§ 12, 14.

ЦАБ "Автограф"

II.

Отношеніе договора о неустойкѣ къ матеріальному[1]) обязательству.

Глава I.

Отношеніе альтернативное.

Ограниченіе вѣрителя однимъ требованіемъ съ предоставленіемъ ему права выбора между главнымъ обязательствомъ и договоромъ о неустойкѣ.

> Fr. 28 D. de act. empti venditi (19, 1). Iulianus libro tertio ad Urseium Ferocem. Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi. respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stupulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris...

Нѣкто Сей купилъ у Тиція недвижимое имущество, причемъ обязался предъ продавцемъ къ извѣстному дѣйствію. Къ какому именно, приведенный отрывокъ не упоминаетъ. Позволительно предположить какую-нибудь relocatio, т. е. отдачу куп-

---

[1]) Этимъ обозначеніемъ, противополагаемымъ обязательству абстрактному (отдѣлъ I), я, въ видахъ краткости выраженія, думаю обнять все, что способно служить базисомъ для договора о неустойкѣ, кромѣ обязательства изъ стипуляціи. Савиньи (назв. соч. II стр. 277) въ этомъ же смыслѣ говоритъ о договорѣ bonae fidei, что едва-ли заслуживаетъ предпочтенія.

ЦАБ "Автограф"

ленной земли въ аренду бывшему собственнику Тицію[1]), или взятіе на себя покупателемъ ипотечныхъ долговъ, связанныхъ съ недвижимостью, или что-нибудь въ этомъ родѣ. Для насъ здѣсь важнѣе другое: то, что къ совершенію своего дѣйствія Сей обязался подъ страхомъ уплаты неустойки. Изъ предложенной species facti, далѣе, явствуетъ, что предусмотрѣнный контрагентами случай наступилъ. Сей не выполнилъ того, къ чему обязался. Тогда Тицій обращается къ юристу, который даетъ ему слѣдующій отвѣтъ. Ты вправѣ, говоритъ юристъ, требовать какъ уплаты неустойки—и съ этой цѣлью въ твоемъ распоряженіи искъ ex stipulatu—такъ и выполненія обѣщаннаго тебѣ дѣйствія, для чего у тебя опять-таки имѣется средство—actio venditi. Но—продолжаетъ юристъ (и въ этомъ заключается центръ тяжести рѣшенія)—необходимо произвести выборъ. Ты, Тицій, имѣешь право только на одинъ изъ названныхъ исковъ, а потому: предъявляй или тотъ, или другой, но никакъ не оба вмѣстѣ. Предъявленіе обоихъ не принесетъ тебѣ пользы. И вотъ на какомъ основаніи. Если ты сперва станешь искать ex vendito, а затѣмъ потребуешь себѣ неустойки, тогда противникъ легко отразитъ тебя, выставивъ противъ твоего второго иска exceptio doli. Если же, наоборотъ, ты сначала станешь добиваться полученія неустойки и послѣ того возбудишь искъ о совершеніи выговореннаго дѣйствія, въ такомъ случаѣ iudex откажетъ тебѣ самъ, безъ дальнѣйшаго, ipso iure. Итакъ, помни, у тебя только одно требованіе,—по твоему, правда, выбору, но не болѣе, чѣмъ одно.

Рѣшеніе, какъ и дѣло, въ высшей степени простое и ясное[2]). Неравенство обоихъ случаевъ—въ первомъ для торжества правосудія требуется еще заявленіе особой exceptio doli, во второмъ это представляется излишнимъ—точно также чрезвычайно понятно. Actio empti venditi, о которой въ нашемъ спорѣ идетъ рѣчь, какъ извѣстно, относится къ такъ наз. bonae fidei iudicia. А потому здѣсь судья свободнѣе. Онъ не нуждается

---

[1]) Такое предположеніе дѣлаетъ глосса.

[2]) По странному недоразумѣнію, Nettelbladt, Der Strafvertrag nach gemeinem Rechte стр. 45 видитъ во fr. 28 D. cit. чисто условное обѣщаніе. Непонятно также, на чемъ основывается французскій романистъ Labbé, когда говоритъ, что въ fr. 28 cit. была выговорена stipulatio duplae на случай эвикціи, каковая эвикція затѣмъ и наступила (Labbé въ дополненіяхъ къ „Explication historique des instituts" Ortolan'a III стр. 812).

ЦАБ "Автограф"

въ непремѣнной еще вставкѣ отдѣльной эксцепціи: на основаніи препровожденной ему преторской формулы или, точнѣе, имѣющейся въ ней клаузулы «ex fide bona», онъ уже вправѣ принять въ разсчетъ совершившійся фактъ полученія продавцомъ условленной пени. Но это, разумѣется, въ томъ только случаѣ, если истецъ предъявилъ actio venditi послѣ actio ex stipulatu. При обратной послѣдовательности требованій, къ судьѣ пойдетъ, въ качествѣ второго по времени иска, такъ наз. certi condictio, принадлежащая, естественно, къ stricti iuris iudicia. Тутъ нашъ iudex оказался бы безсильнымъ помочь Сею, не будь уже in iure допущена спасительная exceptio doli: оттого-то она здѣсь и нужна.

Остановимся еще на

> fr. 4 § 7 D. de doli mali et met. exc. (44, 4). Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum. Labeo ait, si de homine petito secundum actorem fuerit iudicatum et iussu iudicis satisdatum sit hominem intra certum diem tradi, et, si traditus non fuisset, poenam stipulatus sit, petitorem, qui et hominem vindicat et poenam petit, exceptione esse repellendum: iniquum enim esse et hominem possidere et poenam exigere.

Лабеонъ, а за нимъ и Ульпіанъ высказываютъ взглядъ, вполнѣ соотвѣтственный тому положенію, съ которымъ мы только-что познакомились въ fr. 28. D. cit.

Истецъ, доказавшій свой искъ въ процессѣ о правѣ собственности на раба и добившійся благопріятнаго рѣшенія, можетъ либо вытребовать даннаго раба и взять его себѣ, либо отыскивать неустойку, которую онъ выговорилъ себѣ на случай, если отвѣтчикъ не поставитъ раба къ опредѣленному сроку. Но на то и другое онъ, истецъ, не имѣетъ права. Вступивъ во владѣніе рабомъ, нельзя требовать еще сверхъ того и внесенія пени: иначе—гласитъ изреченіе—была бы нарушена справедливость.

Изъ приведенныхъ двухъ фрагментовъ нетрудно вывести слѣдующій принципъ. Вѣритель по матеріальному обязательству, обезпечившій свое право добавочнымъ условіемъ о неустойкѣ, имѣетъ альтернативное право требовать по своему выбору одно изъ двухъ: или исполненія по основному обязательству, или уплаты выговоренной неустойки.

Этотъ принципъ подмѣченъ нами на судебныхъ случаяхъ, въ ко-

ЦАБ "Автограф"

торыхъ пеня призвана была укрѣпить уже и безъ того существовавшее обязательство положительнаго свойства и содержанія. Но то же начало въ источникахъ римскаго права проведено и тамъ, гдѣ придаточное соглашеніе о неустойкѣ имѣетъ цѣлью укрѣпить какой-нибудь pactum de non petendo или какую-нибудь transactio и т. п.,—гдѣ, стало быть, принятое на себя должникомъ обязательство болѣе отрицательнаго содержанія и характера: сторона отрекается или прощаетъ, т. е. обязуется не предъявлять извѣстнаго требованія, которое до заключенія pactum'a de non petendo ей, быть можетъ, и принадлежало,—или соглашается соблюдать мировую сдѣлку, т. е. другими словами не возвращаться къ status quo ante transactum, не возбуждать старыхъ вопросовъ.

Для обоснованія и иллюстраціи сказаннаго сейчасъ, я укажу на слѣдующія мѣста нашихъ источниковъ, извлекаемыя мною какъ изъ дигестъ, такъ и изъ кодекса.

fr. 10 § 1 D. de pactis (2, 14). Ulpianus libro quarto ad edictum. Si pacto subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio[1]). Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui

---

[1]) Какъ примирить допущеніе этого иска съ тѣмъ, что предписываетъ, напр., fr. 24 D. de R. C. (12, 1)? Отвѣтить на этотъ вопросъ очень трудно. L. c. тотъ же Ульпіанъ говоритъ:

Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

Слѣдовательно, въ нашей l. 10 § 1 D. cit. (въ которой, отмѣтимъ кстати, еще не узрѣли интерполяціи: напр., Ленель № 250) классикъ долженъ былъ предоставить сторонѣ не actio ex stipulatu съ ея интенціей „quidquid ob eam rem Nm Nm A⁰ A⁰ dare facere oportet", а condictio certae pecuniae (Lenel, Edictum стр. 121 сл. 184 сл. 187; ср. хотя бы Зома, Institutionen 11 изд. стр. 384 сл., русскій переводъ Нечаева стр. 241). Между тѣмъ Ульпіанъ поступаетъ, повидимому, какъ разъ обратно. — Въ своей критикѣ на нѣмецкое изданіе моей работы Зеккель (въ указанномъ мѣстѣ стр. 396 прим.) обращаетъ вниманіе на возбужденіе мною вопроса объ означенномъ противорѣчіи, прибавляя въ то же время, что никто пока не приступалъ къ его разрѣшенію. Мѣста, на которыя рецензентъ ссылается въ подтвержденіе выясненной мною непослѣдовательности, не идутъ впрочемъ, къ дѣлу: во fr. 21 § 12 D. de recept. (4, 8) не названа ex stipulatu actio, а во fr. 31 D. eod., по всей вѣроятности, совсѣмъ не обусловлена poena при компромиссѣ, что, разумѣется, вполнѣ возможно: fr. 27 § ult., fr. 28 D. eod. (ср. мои замѣчанія въ Savigny-Zeitschrift XVIII Rom. Abth. стр. 301).

ЦАБ "Автограф"

stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre.

Fr. 12 § 2 de pactis dotal. (23, 4). Paulus libro trigesimo quinto ad edictum. Si mulier pacta sit. ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, Mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.

Цитированные два флагмента въ интересующемъ насъ здѣсь отношеніи не нуждаются въ поясненіи: дотого просто и ясно то правило, которое въ нихъ положено въ основу рѣшеній. Лицу, управомоченному по pactum de non petendo, предоставляется выборъ. Оно вправѣ предъявить exceptio pacti и въ такомъ случаѣ обязано учинить признаніе въ получсніи или, вѣрнѣе, въ погашеніи неустойки. Но оно съ равнымъ основаніемъ можетъ взыскать слѣдуемую неустойку, утративъ взамѣнъ право на возраженіе изъ главнаго договора de non petendo.

И, наконецъ, еще

c. 40 C. de transact. (2, 4). Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio pp. Ubi pactum vel transactio scripta est atque Aquilianae stipulationis et acceptilationis vinculis firmitas iuris innexa est, aut subsecutis secundum leges accommodandus est consensus aut poena una cum his quae data probantur ante cognitionem causae, si et adversarius hoc maluerit, inferenda est. D. III non. Iun. Constantinopoli Eucherio et Syagrio conss. (a. 381).

Отношеніе и здѣсь, несомнѣнно, альтернативное[1]). Стороны вступили въ мировую сдѣлку, причемъ, очевидно, одна изъ нихъ внесла другой извѣстную вещь или сумму денегъ. Къ мировой сдѣлкѣ былъ затѣмъ присоединенъ еще неустоичный договоръ на случай ея нарушенія. Согласно съ такою species facti названные императоры и пишутъ въ своемъ рескриптѣ, что контрагентамъ необходимо соблюдать условія полюбовнаго соглашенія. Въ случаѣ же ихъ

---

[1]) Обратное ошибочно утверждается Молиторомъ (назв. соч. I стр. 193 сл.). Правильно на дѣло смотритъ, напр., Jäger въ своей диссертаціи „De stipulatione poenae etc.“ стр. 53 сл.

ЦАБ "Автограф"

несоблюденія виновная сторона обязана уплатить предусмотрѣнную пеню. Она, кромѣ того, должна будетъ возвратить еще ту денежную сумму или вещь, которая ей дана была ея противникомъ при заключеніи трансакта. Послѣднее совершенно естественно и необходимо въ видахъ полнаго возстановленія стараго, предшествовавшаго трансакту порядка вещей.

Такимъ образомъ, нетрудно усмотрѣть, что и въ c. 40 C. cit. допускается только одно: или сохраненіе въ силѣ совершившейся мировой сдѣлки, или же присужденіе къ уплатѣ неустойки, но зато съ устраненіемъ дѣйствія самой сдѣлки. И то и другое вмѣстѣ рѣшительно не допускается. Такое отрицательное отношеніе къ началу кумулятивному даже рѣзко проявлено въ словахъ императоровъ: aut subsecutis[1]) secundum leges[2]) accommodandus est consensus, aut poena[3]) et rel.

Изъ пяти мѣстъ источниковъ, съ которыми мы нѣсколько ближе познакомились въ настоящемъ параграфѣ, два—fr. 4 § 7 D. 44, 4 и c. 40 C. 2, 4—представляютъ нѣкоторыя трудности. Въ интересахъ связности и ясности изложенія, я пока этихъ трудностей не коснулся. Теперь же, въ дополненіе къ уже замѣченному, считаю цѣлесообразнымъ, для лучшаго уразумѣнія содержанія и смысла цитированныхъ двухъ мѣстъ, присовокупить еще слѣдующее.

Ad l. 4 § 7 D. cit.

Далеко не безразличный для насъ вопросъ состоитъ здѣсь вотъ въ чемъ. Между какими обязательствами или исками происходитъ выборъ на основаніи ученія Лабеона и Ульпіана?

Въ литературѣ было выражено мнѣніе, что этотъ выборъ относится къ стипуляціи о неустойкѣ и къ стипуляціи же, въ которую облечено обѣщаніе (satisdatio) «hominem intra certum diem tradi», какъ основное въ данномъ случаѣ обязательство. При такомъ предположеніи дѣлавшіе его сейчасъ же сами становились въ

---

[1]) Scilic. conventionibus (такъ глосса) или iis quae gesta sunt (такъ Донеллъ ad. h l, ср. Cod. Theodos. 2, 9, 2).

[2]) Ср. c. 39 C. eod.. Quamvis eum qui pactus est statim paeniteat, transactio rescindi et his instaurari non potest

[3]) Ср. c. 37 C. eod: Promissis transactionis causa non impletis poenam in stipulationem deductam, si contra factum fuerit, exigi posse constitit.

ЦАБ "Автограф"

тупикъ, недоумѣвая: почему же тогда не происходитъ поглощенія одной стипуляціи другою? какъ можетъ сохраниться, рядомъ съ искомъ о неустойкѣ, еще и главный искъ?[1]). Ульпіанъ, вѣдь, о виндикаціи раба говоритъ уже послѣ всего, послѣ соглашенія, стало быть, насчетъ пени. Созданное такимъ образомъ затрудненіе пытались обойти посредствомъ того, напримѣръ, соображенія, что неустоичная стипуляція не производитъ знакомой намъ quasi-новаціи, если... она слѣдуетъ не сейчасъ же, непосредственно за основнымъ абстрактнымъ обязательствомъ, что-де во fr. 4 § 7 D. cit. какъ разъ имѣетъ мѣсто[2]).

Насколько изложенное мнѣніе состоятельно, всего лучше выяснится изъ разсмотрѣнія другого вопроса, находящагося въ тѣснѣйшей связи съ первымъ.

Ульпіанъ (вмѣстѣ съ Лабеономъ), какъ отчасти уже было замѣчено, ведетъ рѣчь о виндикаціи («hominem vindicat»), послѣ того какъ «secundum actorem fuerit iudicatum» и вслѣдствіе того «iussu iudicis satisdatum sit». Не представляется-ли здѣсь удивительнымъ то обстоятельство, что первоначальный искъ, rei vindicatio, видимо, уцѣлѣлъ еще послѣ литисконтестаціи и deductio in iudicium? Внѣ соединенія съ требованіемъ пени римскіе юристы этотъ искъ какъ будто считаютъ допустимымъ, несмотря на все произошедшее съ момента начала процесса.

Странность эта, конечно, обратила на себя вниманіе ученыхъ романистовъ. Изъ нихъ Беккеръ въ своемъ извѣстномъ трудѣ «Die Aktionen des römischen Privatrechts» [3]) высказалъ предположеніе, что въ нашемъ отрывкѣ дѣло, по всей вѣроятности, идетъ о спонзіонномъ процессѣ и что fr. 4 § 7 D. cit. является, слѣдовательно, однимъ изъ крайне немногочисленныхъ остатковъ этой древней или древнѣйшей формы судопроизводства въ компиляціи Юстиніана. Что отсутствіе консумпціи виндикаціоннаго иска въ разбираемомъ мѣстѣ объясняется именно такимъ путемъ, т. е. предъявленіемъ не иного чего, какъ только такъ наз. in rem actio per

---

[1]) См. выше § 3.

[2]) „.... non novat si ex intervallo sequatur“: Доцеллъ, Commentar. de iure Civili l. XV cap. II § 12 Nota Osualdi Hilligeri.

[3]) Томъ I, стр. 268 сл.

ЦАБ "Автограф"

sponsionem (mere praeiudicialis) [1]), думаетъ точно также и H. Kruger. [2]). Наконецъ, и я въ нѣмецкомъ изданіи данной работы указалъ мимоходомъ на гипотезу Беккера, какъ на удачную попытку разрѣшить занимающую насъ здѣсь трудность [3]).

Это послѣднее обстоятельство дало, между прочимъ, поводъ Зеккелю (въ его уже названной рецензіи моей книги) изложить свое толкованіе fr. 4 § 7 D. cit.—толкованіе, которое—охотно соглашаюсь—дѣйствительно, заслуживаетъ предпочтенія предъ Беккеровскимъ и въ общемъ, какъ мнѣ теперь кажется, можетъ считаться безусловно правильнымъ.

Зеккель говоритъ слѣдующее [4]). Въ спонзіонномъ процессѣ отвѣтчикъ присуждается къ той суммѣ, на какую стороны бились объ закладъ. Поэтому остается совершенно непонятнымъ, какимъ образомъ officium iudicis при такихъ условіяхъ можетъ привести къ его приказу обезпечить одержавшаго верхъ истца посредствомъ «satisdatio hominem intra certum diem tradi». Это замѣчаніе основательно Съ своей стороны, Зеккель представляетъ себѣ дѣло такъ. Истецъ вчалъ обыкновенный вещный искъ о правѣ собственности, предъявивъ formulam petitoriam. Процессъ затѣмъ подвинулся до такъ наз. pronuntiatio de re. когда судья высказывается о принадлежности истцу спорнаго права, или даже до послѣдующей стадіи, т. е. до arbitratus de restituendo, когда отвѣтчику объявляется приказъ добровольно возвратить спорный объектъ,—но ни въ какомъ случаѣ процессъ не успѣлъ еще завершиться присужденіемъ или окончательною condemnatio. Отвѣтчикъ далѣе, видимо, не сразу, не сейчасъ удовлетворяетъ истца, на

---

[1]) Которая, несомнѣнно, не могла вести къ консумпціи: Gai IV. 93, 94 Ср. Keller, Der römische Civilprocess §§ 26 и 27, Karlowa, Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen § 12.

[2]) Beiträge zur Lehre von der exceptio doli I стр 208 сл. Ср. еще v. Koschembahr-Lyskowski, Die Theorie der Exceptionen nach klassischem römischem Recht I, 1 стр. 141.—На объясненіи, даннымъ Manns'омъ въ назв соч стр. 33 (ср. къ нему глоссу), я не останавливаюсь, такъ какъ оно явно ошибочно. Весьма мало вѣроятно и предположеніе Павла Крюгера (Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses стр. 119 прим 23), что „вторая“ виндикація направлена не противъ прежняго уже отвѣтчика, а противъ какого-то новаго владѣльца раба.

[3]) Konventionalstrafe und Interesse прилож. VI стр. 24 сл

[4]) L. c. стр. 398 сл.

ЦАБ "Автограф"

что онъ, впрочемъ, имѣетъ право [1]), но зато тутъ же обѣщаетъ—съ поручительствомъ и подъ страхомъ неустойки—передать раба не позже опредѣленнаго дня. Обѣщаніе это дается iussu iudicis. Новаціи вещнаго притязанія, которое in iudicio перешло уже въ фазисъ «condemnari oportere», satisdatio не вызываетъ. Теперь производство предъ iudex'омъ пріостановлено, но не закончено. Условленный срокъ однако отвѣтчикомъ пропускается. Каковы послѣ этого права истца? Ему. несомнѣнно, принадлежитъ выборъ. Одно изъ двухъ: или онъ предъявляетъ искъ изъ стипуляціи и требуетъ на ея основаніи уплаты неустойки (отнюдь не выдачи раба: обязательство «hominem tradi» изъ основной стипуляціи поглощено дополнительною стипуляціей о неустойкѣ) [2]),—или же онъ продолжаетъ пріостановленный на время виндикаціонный процессъ и проситъ судью довести дѣло до благополучнаго конца, т. е. въ крайнемъ случаѣ до litis aestimatio и кондемнаціи («hominem vindicat»). Если затѣмъ истецъ, какъ, очевидно, предполагается въ нашей species facti, получитъ раба въ свои руки и захочетъ еще. кромѣ того, взыскать также неустоичную сумму, то при такихъ условіяхъ отвѣтчикъ вправѣ будетъ противопоставить exceptionem doli и съ ея помощью парализовать кумулятивное требованіе противника.

Такъ приблизительно разсуждаетъ Зеккель, и разсужденіе это, повторяю, представляется мнѣ въ общемъ весьма убѣдительнымъ. Отмѣчу кстати, что оно лишній разъ подтверждаетъ справедливость того положенія, что истина и въ области романистическихъ изысканій и загадокъ по большей части проста и естественна и что самая правильная интерпретація фрагментовъ римскихъ юристовъ обыкновенно вмѣстѣ съ тѣмъ и самая непринужденная [3]). Зеккелю принадлежитъ, на мой взглядъ, главнѣйшая заслуга по истолкованію нашего «до сихъ поръ не объясненнаго мѣста» (Бек-

---

[1]) О нѣкоторой отсрочкѣ (tempus) въ этомъ отношеніи см. fr. 6 § 2 D. de confessis (42, 2) и въ особенности § 2 I. de officio iudicis (4, 17).

[2]) См. опять-таки выше §§ 3 и 4.

[3]) Блестящій примѣръ въ этомъ отношеніи представляетъ объясненіе извѣстной crux, fr. 7 § 1 D. sol. matrim. (24, 3), данное въ послѣднее время Л. І. Петражицкимъ,—объясненіе, справедливо получившее всеобщее почти признаніе въ романистической наукѣ. См. Petrażycki „Die Fruchtvertheilung...“, „Abhandlung I: Die Theilung der Dotalfrüchte..“ Berlin 1892, въ русск. переводѣ, Кіевъ 1896 Ср Dernburg, Pandekten III § 22 с.) въ 3-мъ и дальнѣйшихъ изданіяхъ.

ЦАБ "Автограф"

керъ l. c.). Вмѣсто сложной гипотезы о спонзіонномъ процессѣ, онъ выставляетъ самое обыденное явленіе—пріостановку или перерывъ процесса; вмѣсто кондемнаціи въ томъ, отжившемъ, производствѣ онъ въ словахъ «secundum actorem fuerit iudicatum» усматриваетъ нормальнѣйшее сужденіе iudex'a о правѣ истца, встрѣчающееся во всякомъ процессѣ о правѣ собственности [1]).

Въ приведенную интерпретацію я желалъ бы внести только одну поправку. Зеккель полагаетъ, что слова «hominem vindicat» выражаютъ продолженіе виндикаціоннаго процесса. Едва-ли однако Лабеонъ или даже Ульпіанъ способны выразиться такимъ образомъ по адресу человѣка, который виндикаціонный искъ уже вчалъ и даже успѣлъ довести до постановленія рѣшенія по существу. Въ этомъ пунктѣ объясненіе Зеккеля грѣшитъ нѣкоторой искусственностью. Проще и вѣрнѣе, какъ мнѣ кажется, понимать здѣсь «vindicare» въ смыслѣ менѣе техническомъ и перевести его однимъ изъ словъ: притязать, вытребовать, взять себѣ и т. п. При этомъ совершенно открытымъ оставляется вопросъ, какимъ способомъ истецъ получилъ впослѣдствіи раба на самомъ дѣлѣ. Быть можетъ, въ виду послѣдовавшихъ pronuntiatio и, пожалуй, arbitratus de restituendo, истцу удалось добиться своего права тѣмъ или другимъ болѣе или менѣе мирнымъ путемъ (въ особенности при содѣйствіи поручителей). Не исключена, конечно, и возможность продолженія процесса въ томъ смыслѣ, какъ оно понимается Зеккелемъ. Но возможность эта мнѣ представляется не единственною. Другими словами, фраза «hominem vindicat», на мой взглядъ, только обнимаетъ и этотъ, между прочимъ, случай, но никакъ не исчерпывается имъ, не имѣетъ исключительно и спеціально его въ виду. Важно одно: важно, что дальнѣйшее «hominem possidere» служитъ послѣдствіемъ предыдущаго «hominem vindicat», а потому выражаетъ, что это предшествующее дѣйствіе повело къ переходу раба во власть истца.

Послѣ всего сказаннаго ясно, что странность, будто rei vindicatio уцѣлѣла еще и послѣ литисконтестаціи и оказывается пригодною для возбужденія новаго иска,—что эта странность только кажу-

[1]) Для подкрѣпленія своего мнѣнія, Зеккель l. c. собралъ цѣлый рядъ мѣстъ источниковъ, гдѣ „iudicare“ не относится къ конечному приговору, къ осужденію или оправданію отвѣтчика, а равносильно термину „pronuntiare“ при actiones arbitrariae.

ЦАБ "Автограф"

щаяся. А вмѣстѣ съ тѣмъ ясенъ отвѣтъ и на главный, поставленный нами вопросъ: между какими обязательствами или исками допускаютъ выборъ Лабеонъ, а вслѣдъ за нимъ и Ульпіанъ? Или еще иначе: съ чѣмъ тутъ конкурируетъ искъ о неустойкѣ?—Онъ конкурируетъ, отвѣтимъ мы на основаніи изложеннаго, съ притязаніемъ на право собственности. Это притязаніе было возбуждено въ видѣ rei vindicatio помощью formula petitoria vel arbitraria и, преобразовавшись затѣмъ при переходѣ in iudicium въ новую форму «condemnari oportere», успѣло дойти до фазиса признанія его судьей, когда у него возникъ конкурентъ въ искѣ объ уплатѣ неустойки. Послѣдняя основана на satisdatio, т. е. на cautio или stipulatio съ поручительствомъ, и вытекаетъ, слѣдовательно, изъ договора абстрактнаго. Но того же нельзя, очевидно, сказать о главномъ притязаніи вещнаго характера. А потому мы правы были, относя разсмотрѣніе нашего fr. 4 § 7 D. cit. къ настоящему, второму, отдѣлу изслѣдованія. посвященному неустойкѣ въ ея соединеніи съ обязательствомъ матеріальнымъ въ принятомъ нами широкомъ смыслѣ слова. И, наоборотъ, не правъ Донеллъ, высказывая приведенное раньше мнѣніе о конкуренціи обязательства о неустойкѣ съ абстрактнымъ же обязательствомъ, между которыми Ульпіанъ, будто-бы, допускаетъ выборъ. Трудность создана такимъ образомъ, самимъ Донелломъ, и всѣ попытки къ ея устраненію должны считаться въ одинаковой мѣрѣ и искусственными и ненужными.

Мнѣ въ заключеніе остается присовокупить, что я, разумѣется, во fr. 4 § 7 D. cit. никакой интерполяціи не нахожу и надобности въ ея допущеніи не вижу. Ульпіанъ виновенъ, правда, въ нѣкоторой непослѣдовательности грамматической конструкціи, не поставивъ отдѣльнаго подлежащаго при сказуемомъ «stipulatus sit». Но отъ такого легко поправимаго анаколута классическая рѣчь не можетъ пострадать сколько-нибудь существенно [1]).

---

[1]) Въ связи съ этимъ послѣднимъ замѣчаніемъ упомяну еще объ одной догадкѣ, сообщенной мнѣ виднымъ нѣмецкимъ романистомъ. Онъ предполагаетъ, что, вмѣсто „et hominem vindicat“, слѣдуетъ читать: „et hominem (secum) ducit“. Одно могло де легко при перепискѣ обратиться въ другое. Спору нѣтъ: „ducit“ нѣсколько упрощаетъ вопросъ, но (не говоря о произвольномъ характерѣ замѣны!) вѣдь, смыслъ все-таки остается неизмѣнно тотъ же, какой получается и при моемъ толкованіи термина „vindicare“. Истецъ-побѣдитель и тутъ получилъ раба, и тутъ „possidere“ оказывается

ЦАБ "Автограф"

Ad. l. 40 C. de transact. (2, 4).

При первомъ знакомствѣ съ этимъ мѣстомъ [1]) мною опущенъ былъ одинъ, не лишенный значенія моментъ. Нашъ рескриптъ представляетъ капитальное затрудненіе слѣдующаго рода. Онъ допускаетъ возможность возрожденія права путемъ простого соглашенія, несмотря на погашеніе его ipso iure вслѣдствіе послѣдовавшей acceptilatio въ связи съ stipulatio Aquiliana. Что такой результатъ рѣзко расходится съ основными и безспорно установленными въ римскомъ правѣ положеніями, вполнѣ ясно. Достаточно въ этомъ отношеніи напомнить

> c. 3 C. de acceptilationibus 8, 43 (44). Per Aquilianam stipulationem pacto subditam obligatione praecedente sublata et acceptilatione, quae fuerit inducta, perempta ei, qui ex nulla causa restitui potest, omnis agendi via praecluditur.

Cf. c. 2 C. eod. и, въ качествѣ общей нормы съ примѣненіемъ и внѣ сферы acceptilatio, fr. 27 § 2 D. de pactis (2, 14).

Acceptilatio, такимъ образомъ, и въ нашей c. 40 C. cit. должна бы рѣшительно воспрепятствовать всякому возвращенію къ прежнему, безповоротно похороненному иску. Именно acceptilatio, эта формальная и строгая сдѣлка, погашающая обязательство ipso iure. Конечно, не будь ея, юридическія послѣдствія, наблюдаемыя нами въ рескриптѣ трехъ императоровъ, были бы совершенно естественны и понятны. Нисколько поэтому не вызываетъ удивленія ни

> c. 14. C. de transact. 2, 4. Si diversa pars contra placitum agere nititur, aequitatis ratio suadet refusa pecunia, cum et tu hoc desideras, causam ex integro agi.

ни наша же c. 40 C. cit. въ томъ видѣ, въ какомъ она помѣщена въ Θеодосіевомъ кодексѣ (C. Th. 2, 9, de pact. et. transact. c. 2) [2]), гдѣ рѣчь идетъ только объ Aquiliana stipulatio безъ acceptilatio.

Но другое дѣло конституція Граціана и его соправителей въ формѣ, приданной ей въ сборникѣ Юстиніана. Здѣсь она, какъ уже указано, возбуждаетъ серьезное недоумѣніе.

Какъ разрѣшить его? какъ объяснить противорѣчіе между c. 40

послѣдствіемъ предыдущаго успѣшнаго дѣйствія по осуществленію своего вещнаго права, а это одно только и важно.

[1]) См. выше стр. 39 сл.

[2]) Въ изданіи Hänel'я стр. 215 сл.

ЦАБ "Автограф"

C. cit. и прочими мѣстами источниковъ, трактующими о правовомъ эффектѣ той же acceptilatio?

Дать вполнѣ удовлетворительный отвѣтъ на этотъ вопросъ— отвѣтъ, который былъ бы способенъ примирить наше мѣсто съ общимъ ученіемъ о той же матеріи, едва-ли возможно.

Въ попыткахъ на этотъ счетъ недостатка не было. Уже схоліастъ къ Базиликамъ (XI, 2, 57) повторяетъ положеніе, что истецъ «pristinam actionem movere nequit, Aquiliana stipulatione et acceptilatione semel sublatam» [1]), но разъясненія онъ представить не съумѣлъ. Въ глоссѣ встрѣчается около пяти различныхъ мнѣній, изъ которыхъ ни одно не выдерживаетъ, однако, и самой снисходительной критики. Далѣе, Донеллъ (ad h. l.) высказываетъ такого рода мнѣніе: прежній искъ, думаетъ онъ, не можетъ быть возстановленъ силою простого соглашенія сторонъ («conventione sola transigentium suscitari»). Противъ этого нельзя-де спорить. Но возможенъ, вѣдь, другой еще искъ, такъ наз. actio praescriptis verbis, представляемый на основаніи «datio» тому контрагенту, который возвращаетъ деньги. Ибо возвращеніе это, разсуждаетъ Донеллъ, очевидно, направлено къ тому, чтобы, взамѣнъ его, получить право вернуться къ старому порядку вещей: сторона даетъ деньги «ea lege ut sibi de eadem re agere liceat».

Не стану останавливаться на оцѣнкѣ этого, имѣвшаго извѣстный успѣхъ, но въ концѣ концовъ все-таки несомнѣнно невѣрнаго объясненія, а отсылаю къ труду Oertmann'a «Der Vergleich» [2]), въ которомъ читатель найдетъ, между прочимъ, изложеніе и критику и большинства остальныхъ, выражавшихся по тому же поводу воззрѣній.

Въ виду второстепеннаго значенія вопроса для цѣлей настоящаго изслѣдованія, я ограничусь тѣмъ, что вкратцѣ приведу, главнымъ образомъ, еще только свое собственное объясненіе разбираемой аномаліи.

Прежде всего я никакъ не могу признать того, чтобы въ нашей с. 40 C. cit. имѣлась какая-либо безсознательная и случайная «порча» или поддѣлка первоначальнаго текста рескрипта. Такое предполо-

---

[1]) По гречески: „οὐ δύναται λυῆσαι τὴν ἀρχαίαν ἀγωγήν, τὴν ἅπαξ ἀναιρεθεῖσαν διὰ τῆς Ἀκουιλιανῆς ἐπερωτήσεως καὶ ἀκεπτιλατίονος“, по изданію Heimbach'a I стр 722 (схолія Θеодора).

[2]) Стр. 181 сл.

ЦАБ "Автограф"

женіе дѣлаетъ уже названный мною Эртманъ [1]). Его мнѣніе, въ болѣе точной передачѣ, сводится къ признанію словъ «Aquilianae» и «et acceptilationis»—перваго глоссемою, оказавшеюся налицо уже ко времени редакціи кодекса Ѳеодосія II, послѣднихъ безцѣльной интерполяціей Трибоніана и его товарищей по комиссіи. Не могу я согласиться съ такимъ взглядомъ по двумъ причинамъ: во-первыхъ, потому, что подобный способъ обращенія съ текстомъ источниковъ мнѣ кажется не въ мѣру свободнымъ. «Исправленія», предпринимаемаго Эртманомъ, никто, полагаю, кромѣ него самого, не назоветъ «незначительнымъ» («ganz leichte Emendation»). Во-вторыхъ, еще и потому, что въ Юстиніановомъ кодексѣ, кромѣ указанной прибавки къ нашей конституціи сравнительно съ кодексомъ Ѳеодосіевымъ, наблюдается еще другая. Въ c. 40 C. cit., въ самомъ концѣ, значатся слова: «si et adversarius hoc maluerit», каковыхъ опять-таки въ C. Th. 2, 9, 2 нѣтъ. На эту послѣднюю вставку Эртманъ не обратилъ вниманія, а между тѣмъ она едва-ли не стоитъ въ связи съ прибавкой «et acceptilationis»: быть можетъ, одно призвано было уравновѣсить другое. Во всякомъ случаѣ объясненіе Эртмана, по вѣрному заключенію Зеккеля [2]), равносильно отказу разрѣшить поставленную задачу, истолковать текстъ Cod. Just.

Мнѣ кажется, что ключъ къ занимающей насъ здѣсь задачѣ содержится въ измѣнившемся значеніи самой acceptilatio [3]). Во времена Юстиніана она не обладаетъ болѣе первоначальной силою, не вызываетъ прежняго, строгаго дѣйствія. Она теперь входитъ въ качествѣ составной части въ извѣстную утерявшую внутреннее юридическое значеніе формальность или процедуру, служитъ при уплатахъ или расчетахъ безцвѣтнымъ и пустымъ шаблономъ. Въ своемъ прекрасномъ трудѣ «Reichsrecht und Volksrecht»[4]) Миттейсъ приводитъ и другой примѣръ подобнаго рода явленія: онъ наглядно показываетъ, какъ выраждалась и выродилась «стипуляція» (достаточно напомнить объ ея употребленіи въ завѣщаніяхъ!), какое жалкое и число внѣшнее существованіе она влачитъ въ позднѣйшее время, по утратѣ того содержанія и той

---

[1]) Въ указ. соч. стр. 184 сл.

[2]) Въ указ. мѣстѣ стр. 397.

[3]) Со мною соглашается Зеккель l. c. Ср. того же Эртмана въ назв. соч. стр. 183.

[4]) См. стр. 488 слл.

ЦАБ "Автограф"

важности, какія ей присущи были въ періодъ классическій. Совершенно то же, по моему мнѣнію, слѣдуетъ сказать и по адресу acceptilatio. Тогда станетъ совершенно понятнымъ, почему по чрезвычайномъ ослабленіи своего значенія и производимаго ею дѣйствія, она отнынѣ не можетъ болѣе служить препятствіемъ къ возвращенію ad statum quo ante, къ прежнему обязательству, къ прежнему иску и т. п., разъ только послѣдовавшее соглашеніе почему-либо желательно устранить и уничтожить. Необходимо твердо помнить, что предъ нами право и процессъ императора Юстиніана, а, по справедливому мнѣнію Noodt'a [1]), «permittunt insuper Principes negligi Juris formam solemnem quidem, at supervacuam, ob litigantium consensum». Правда, цитированная раньше c. 37 C. eod. стоитъ на другой почвѣ. Болѣе того: даже Граціанъ, Валентиніанъ и Ѳеодосій, повидимому, держатся еще старой точки зрѣнія: c. 2 C. Th. cit. Но на это можетъ быть данъ весьма простой отвѣтъ: то былъ годъ 294 по Р. Х. или, въ крайнемъ случаѣ, 381, между тѣмъ какъ обнародованіе интересующаго насъ здѣсь Codex repetitae praelectionis совпадаетъ, какъ извѣстно, съ концомъ уже 534 года. Промежутокъ времени, несомнѣнно, почтенный. Для Юстиніана воля сторонъ, ихъ «malle», ихъ соображенія и желанія уже пересиливаютъ все остальное, считаются моментомъ главнымъ и рѣшающимъ [2]).

---

[1]) „De pactis et transactionibus" cap. XIV, въ его Opera omnia (1763) I p. 458 col. 2.

[2]) G. Girard, De la stipulatio poenae стр. 100 объясняетъ отмѣну дѣйствія акцептиляціи и возстановленіе стараго иска дополнительнымъ и молчаливымъ условіемъ сторонъ, причемъ ему, Жирару, дѣло представляется совершенно нормальнымъ. Въ подтвержденіе онъ ссылается на fr. 43 pr. D. de iure dot. 23, 3. Но подобное объясненіе (даваемое, между прочимъ, не впервые, см. Oertmann назв. соч. 182) и ссылка основаны на недоразумѣніи. Формальный актъ не можетъ, разумѣется, быть устраненъ актомъ безформеннымъ, къ тому же молчаливымъ выраженіемъ воли. Что же касается fr. 43 pr. D. cit., то здѣсь acceptilatio, совершенная matrimonii causa, объявляется, правда, недѣйствительной при незаключеніи брака, но происходитъ это по совершенно иной причинѣ. Римскіе юристы, какъ извѣстно, смотрятъ въ данномъ случаѣ на condicio „si nuptiae secutae fuerint", какъ на внутреннюю, самой constitutio dotis по необходимости присущую condicio iuris (Ср. fr. 21 D. eod. и Bechmann, Dotalrecht II стр. 14; нѣсколько двусмысленно толкованіе Czyhlarz'a, Dotalrecht стр. 146 и, безспорно, ошибочна интерпретація Erxleben'a Die condictiones sine causa II стр. 101). Такое возвы-

ЦАБ "Автограф"

§ 6.

Право вѣрителя производить дополнительное взысканіе.

Въ предыдущемъ параграфѣ мы видѣли, что вѣрителю принадлежитъ право выбора между искомъ изъ главнаго обязательства и искомъ объ обѣщанной неустойкѣ.

При этомъ мыслима двоякая возможность: по своему размѣру искъ изъ основного обязательства или, что въ данномъ случаѣ то же, искъ объ убыткахъ можетъ быть равенъ неустойкѣ, какъ можетъ быть и неравенъ ей. Въ первомъ случаѣ, т. е. при совпаденіи обѣихъ величинъ, послѣ проведенія кредиторомъ одного изъ двухъ альтернативно принадлежащихъ ему исковъ, другой его искъ исчезаетъ безслѣдно. Это съ необходимостью вытекаетъ изъ существа дѣла.—Но такъ-ли оно бываетъ и во второмъ случаѣ, когда оба иска направлены на суммы неодинаковыя, когда одна сумма больше другой? Слѣдуетъ-ли и тутъ сказать, что вѣритель, взыскавъ причитавшееся ему по одному требованію, eo ipso совсѣмъ лишился всякаго права, вытекающаго изъ другого требованія? Или, быть можетъ, тому же вѣрителю, несмотря на альтернативное или элективное отношеніе между двумя его исками, все-таки дозволяется еще дополучить тотъ остатокъ или плюсъ, на который не вчатый и болѣе прибыльный искъ превышаетъ первый, уже предъявленный? Одно требованіе простирается на 100, другое на 90. По послѣднему произведено взысканіе. Спрашивается: какъ быть съ разностью въ 10? Утерялъ-ли на нее право нашъ кредиторъ, обезпечившій себя неустойкой, или нѣтъ?

Источники на поставленный вопросъ даютъ совершенно ясный и категорическій отвѣтъ во второмъ смыслѣ, т. е. въ пользу сохраненія за кредиторомъ означеннаго права.

шеніе условной оговорки или поднятіе ея на ступень condicionis quae taciti inest съ точки зрѣнія римскихъ юристовъ казалось тѣмъ болѣе желательнымъ и естественнымъ, что acceptilatio dotis (въ отличіе отъ datio dotis), какъ actus legitimus, уже съ формальной стороны (fr. 4, 5 D. h. t. 46, 4; fr. 77 D. de R. I. A. 50, 17) не допускала истиннаго условія сторонъ даже указаннаго содержанія. Что вообще acceptilatio въ силу condicio iuris можетъ находиться in pendenti, слишкомъ хорошо извѣстно (хотя бы изъ приводимыхъ въ учебникахъ мѣстъ дигестъ), чтобы на этомъ вопросѣ стоило останавливаться.

ЦАБ "Автограф"

Укажу на

fr. 41 D. pro socio (17, 2), Ulpianus libro vicensimo ad edictum. Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit.

fr. 42 D. eod. Idem libro quadragensimo quinto ad Sabinum. Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.

и, наконецъ, на уже знакомый намъ fr. 28 D. de A. E. V. (19, 1), заключительныя слова котораго нами раньше [1]) были опущены:

.... si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri.

Въ первомъ изъ этихъ отрывковъ, fr. 41 D. cit., утверждается, что товарищъ (socius), который выговорилъ себѣ неустойку, не станетъ пользоваться принадлежащей ему actio pro socio, если только интересъ его не превышаетъ условленной пени. «Pro socio non aget»: это значитъ, что онъ не прибѣгнетъ къ иску изъ договора товарищества. И понятно, почему не прибѣгнетъ: по той простой причинѣ, что искъ, вытекающій изъ стипуляціи (въ которую облеченъ договоръ о пенѣ) гораздо болѣе выгоденъ и удобенъ, чѣмъ тотъ другой искъ, относящійся къ bonae fidei iudicia. Потому-то, главнымъ образомъ, контрагентъ и требуетъ условія о неустойкѣ, что онъ хочетъ оказаться въ будущемъ свободнымъ отъ необходимости доказывать свой интересъ, его наличность и объемъ, что онъ на этотъ счетъ хочетъ быть вполнѣ обезпеченнымъ и спокойнымъ. Въ этомъ и заключается весь смыслъ выписанныхъ мною во введеніи [2]) совѣтовъ римскихъ юристовъ, Лабеона и Венулея, а равно императора Юстиніана. Справедливо затѣмъ замѣчаетъ Эйзеле [3]): «во fr. 41 D. cit. только сказано, что́ въ подобномъ случаѣ фактически произойдетъ, въ предположеніи, что «tantundem in poenam sit и т. д.». Произойдетъ то, что actio ex stipulatu или, лучше, condictio certae pecuniae должна будетъ получить предпочтеніе предъ actio pro socio (по уже намѣченнымъ основаніямъ). Ничего больше fr. 41 D. cit. не содержитъ. Въ немъ Ульпіанъ не говоритъ ни о томъ, что искъ уже вчатъ, ни о по-

[1]) Выше стр. 35 слл.

[2]) Стр. 4.

[3]) Въ Archiv für die civilistische Praxis LXXIX стр. 368, прим. 37.

ЦАБ "Автограф"

слѣдовавшеи уплатѣ истцу причитающейся ему пени, ни о чемъ-либо дальнѣйшемъ.

Дальнѣйшее, впрочемъ, весьма ясно и помимо всякаго указанія: если при данныхъ условіяхъ товарищъ дѣйствительно началъ процессъ и въ самомъ дѣлѣ успѣлъ добиться внесенія обѣщанной ему неустойки, то онъ сверхъ того ничего не получитъ, ничего не въ состояніи получить. У него были до того два альтернативныя и равныя по величинѣ требованія. Однимъ изъ нихъ онъ уже воспользовался. Что же тутъ еще можетъ оставаться въ его распоряженіи?!

Иное положеніе дѣла рисуетъ намъ l. 42 D. cit., тѣсно примыкающая къ предыдущей.

Здѣсь тотъ же Ульпіанъ представляетъ себѣ случай, когда оба иска не одинаковы по своей выгодности. При этомъ species facti выбрана такъ, что искъ изъ договора товарищества оказывается болѣе прибыльнымъ и лучше вознаграждаетъ за причиненные неисполненіемъ обязательства вредъ и убытки, чѣмъ искъ изъ побочнаго соглашенія о неустойкѣ. Согласно съ этимъ, юристъ безъ всякаго колебанія и разрѣшаетъ вопросъ слѣдующимъ образомъ. Если истецъ, несмотря на сравнительную малоцѣнность иска о неустойкѣ, взыщетъ именно ее, тогда онъ вправѣ будетъ предъявить еще actionem pro socio, съ цѣлью вытребовать заключающійся въ ней остаточный плюсъ. Другими словами, и послѣ иска ex stipulatu истцу еще принадлежитъ искъ изъ договора товарищества, но за вычетомъ того, что уже получено въ качествѣ неустойки.

Совершенно аналогичное постановленіе содержитъ третье и вмѣстѣ съ тѣмъ послѣднее изъ цитированныхъ мѣстъ, fr. 28 D. cit., гдѣ конкурирующими исками являются: съ одной стороны, все тотъ же искъ о пенѣ, а съ другой, actio venditi, искъ продавца на основаніи договора купли-продажи.

Таковы отдѣльныя опредѣленія по нашему вопросу въ законодательномъ сборникѣ Юстиніана. Подчеркиваю послѣднія слова потому, что мнѣ послѣ сказаннаго необходимо поставить еще вопросъ: но соотвѣтствуютъ-ли также эти опредѣленія истиннымъ взглядамъ римскихъ классическихъ юристовъ, которымъ они приписаны, подъ чьимъ именемъ и ярлыкомъ они выпущены? дѣйствительно-ли все это именно такъ было высказано Ульпіаномъ и Юліаномъ? Или еще иначе: есть-ли разсмотрѣнное нами

ЦАБ "Автограф"

Юстиніаново право вмѣстѣ съ тѣмъ и право классическое? и не являются-ли, наоборотъ, рѣшенія, относящіяся къ дополнительному требованію, дѣломъ рукъ компиляторовъ?

Необходимо замѣтить, что всѣ три цитированныя мѣста оказались въ разное время и съ разныхъ сторонъ заподозрѣнными: на ихъ поддѣльность новые и новѣйшіе романисты настойчиво указывали и по сей день еще продолжаютъ указывать.

Начну съ Сальпіуса [1]). Этотъ писатель утверждаетъ, что fr. 41 D. cit. у насъ имѣется не въ настоящемъ, а въ измѣненномъ Трибоніаномъ видѣ. Изъ приводимыхъ основаній, однако, видно, что Сальпіусъ сталъ жертвой явнаго недоразумѣнія. По его мнѣнію, если принять въ расчетъ «способъ выраженія» даннаго отрывка, то необходимо заключить, что «actio pro socio устраняется уже вслѣдствіе неустоичной стипуляціи, какъ таковой, а отнюдь не вслѣдствіе еще только уплаты неустойки». Весьма естественно, что такой выводъ показался Сальпіусу неудовлетворительнымъ и что онъ потому счелъ себя вправѣ отнестись отрицательно къ неточному, будто бы, выраженію нашей lex, усматривая въ ней очевидную интерполяцію.

Но изложенное нами раньше толкованіе fr. 41 D. cit. самымъ несомнѣннымъ образомъ доказываетъ несостоятельность предположенія Сальпіуса, его первой посылки. Если бы онъ на отрывокъ посмотрѣлъ просто и непредвзято, то получилъ бы результатъ, который, безспорно, ему самому пришелся бы по вкусу. Погашеніе одного иска изъ двухъ равныхъ и альтернативныхъ въ силу взысканія по другому одобряется имъ самимъ, а между тѣмъ ничего другого не узаконяетъ и Ульпіанъ. Что же касается ll. 42 D. cit. и 28 D. cit., то оба эти мѣста Сальпіусъ признаетъ подлинными, въ связи съ безусловнымъ признаніемъ за вѣрителемъ права требовать плюса, содержащагося въ невчатомъ искѣ противъ вчатаго [2]).

Къ Сальпіусу въ послѣднее время примкнулъ въ интересующемъ насъ здѣсь отношеніи Бертолини [3]), которому принадлежитъ полнѣйшая и новѣйшая монографія о римской неустойкѣ на италіанскомъ языкѣ.

---

[1]) Назв. соч. стр. 243.

[2]) Тамъ же стр. 242.

[3]) Teoria generale della pena convenzionale стр. 74 сл.

ЦАБ "Автограф"

Бертолини, точно такъ же, какъ и Сальпіусъ, думаетъ, что для приведенія въ связь (чисто искусственную) fr. 41 и fr. 42 D. citt. (двухъ отрывковъ, почерпнутыхъ изъ различныхъ сочиненій [1]) Ульпіана), понадобилась извѣстная передѣлка со стороны редакторовъ. Но только въ отличіе отъ своего предшественника, Бертолини объявляетъ интерполированнымъ не первое, а второе изъ указанныхъ мѣстъ. Ульпіанъ—разсуждаетъ италіанскій романистъ—во fr. 42 D. cit. подвергъ разсмотрѣнію два случая: какъ тотъ случай, когда интересъ равняется неустойкѣ или меньше ея, такъ и тотъ, когда онъ неустойку превосходитъ. Въ первомъ юристъ-классикъ постановилъ рѣшеніе противъ дополнительнаго требованія посредствомъ actio pro socio, во второмъ, наоборотъ, въ пользу такого требованія, въ размѣрѣ разности между двумя претензіями.

Но къ чему же, спросимъ мы тогда Бертолини, компиляторы включили бы въ дигесты еще fr. 41 ? ! Развѣ въ этомъ—съ только-что упомянутой точки зрѣнія — представлялась хотя малѣйшая надобность? Fr. 42, вѣдь, уже самъ по себѣ содержалъ всестороннюю нормировку вопроса, лучше которой и желать не приходилось!

И при всемъ томъ — такъ увѣряетъ насъ Бертолини — редакторы заимствовали также fr. 41, а затѣмъ, во избѣжаніе повтореній, сократили слѣдующій fr. 42. Но—продолжаетъ Бертолини — въ дѣлѣ сокращенія они, повидимому, нѣсколько увлеклись, а потому урѣзали уже слишкомъ много: изъ fr. 42 оказалась вслѣдствіе этого выпущенной и та часть, которая въ предшествующемъ fr. 41 совсѣмъ не встрѣчается и которая, очевидно, относилась къ случаю даже превышенія неустойкою интереса.

Но кто же всему этому повѣритъ ? ! Меньшее уже силою вещей входитъ въ бо́льшее. Разъ иска изъ главнаго договора незачѣмъ и нельзя предъявлять при томъ соотношеніи, что размѣръ его достигаетъ размѣра пени, то, естественно, предъявленіе того же иска такъ же точно невозможно или, пожалуй, еще менѣе

---

[1]) Кстати отмѣчу, что Сальпіусъ вслѣдствіе страннаго lapsus calami пишетъ, будто ll. 41 и 42 citt. взяты изъ различныхъ книгъ одного и того же коментарія Ульпіана ad Sabinum. Приведенныя выше (стр. 51) инскрипціи ошибочными не считаются: Lenel Palingenes. Ulp. №№ 646 и 2920, Edict. стр. 447.

ЦАБ "Автограф"

возможно въ томъ случаѣ, когда сослужившій службу искъ о пенѣ прибыльнѣе другого. Никто, конечно, не станетъ ожидать по адресу послѣдней комбинаціи какихъ-либо спеціальныхъ правилъ или рѣшеній.

Вся гипотеза (если удостоивать этого названія догадку Бертолини) представляется мнѣ чистѣйшей фантазіей, къ тому же совершенно излишней, ненужной даже для цѣлей самого Бертолини. Зачѣмъ ему, спрашивается, доискиваться какихъ-то интерполяцій въ цитированныхъ отрывкахъ, когда онъ самъ признаетъ полное тождество воззрѣній Ульпіана и Трибоніана по разбираемому вопросу и нисколько не сомнѣвается въ возможности дополнительнаго требованія разности уже во времена классической юриспруденціи?!

Несравненно серьезнѣе отношеніе къ тому же вопросу Гуго Крюгера[1]). Онъ подвергаетъ болѣе или менѣе детальному и глубокому анализу цѣлый рядъ мѣстъ, трактующихъ о стеченіи исковъ изъ договора о неустойкѣ и изъ основного обязательства, разсматриваетъ послѣдствія стеченія здѣсь и въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ и приходитъ къ заключенію, что требованіе о доплатѣ допускается изъ всѣхъ отрывковъ всего только въ двухъ — во fr. 28 и fr. 42 citt. Въ остальныхъ о немъ не упоминается. Отсюда дѣлается тотъ выводъ, что означенныя два мѣста неподлинны. Въ качествѣ внѣшнихъ причинъ, подтверждающихъ такой взглядъ, Крюгеромъ выдвигается, во-первыхъ, заключительное предложеніе во fr. 28 cit., санкціонирующее правомочіе истца по требованію доплаты разности, и, во-вторыхъ, стоящій позади и прихрамывающій («der nachhinkende») ablativus absolutus во fr. 42 cit. Соотвѣтственно указанному, Крюгеръ полагаетъ, что послѣднія слова fr. 28 cit. «nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri» не принадлежатъ Юліану, равно какъ Ульпіанъ во fr. 42 cit. не написалъ всей приписываемой ему фразы, а выразился лишь приблизительно такъ: «postea pro socio agere non potest». Въ пользу своего предположенія Крюгеръ въ числѣ другихъ мѣстъ еще цитируетъ, между прочимъ, позднѣйшую, уже намъ извѣстную c. 14 C. de pactis (2, 3), какъ совершенно умалчивающую о какомъ-либо добавочномъ требованіи остатка.

Конечный результатъ Крюгера тотъ, что въ періодъ классическаго права это добавочное требованіе врядъ-ли уже

---

[1]) Назв. соч. I стр. 204 сл.

ЦАБ "Автограф"

существовало, и что признаніе его должно отнести ко временамъ позднѣйшимъ[1]).

Но и Крюгеру нельзя не сдѣлать нѣсколько существенныхъ возраженій. Начать хотя бы съ c. 14 C. cit. Рескриптъ этотъ совсѣмъ не идетъ къ дѣлу и здѣсь, при разрѣшеніи интересующаго насъ теперь вопроса, примѣненъ быть не можетъ. Какъ уже выяснено въ первомъ отдѣлѣ даннаго изслѣдованія[2]), императоръ Гордіанъ въ c. 14 C. cit. не предоставляетъ вѣрителю права выбора между двумя исками; онъ объ этомъ и не помышляетъ, а допускаетъ одинъ только искъ объ уплатѣ неустоичной суммы. Такое, безспорно сильное, ограниченіе правъ кредитора имѣетъ своимъ основаніемъ (какъ опять-таки въ свое время показано) воззрѣніе римскихъ юристовъ на соотношеніе между двумя стипуляціями—стипуляціей о неустойкѣ и стипуляціей же по главному обязательству. Но въ настоящее время предъ нами мѣста, которыя относятся всецѣло къ матеріальному обязательству и уполномочиваютъ истца на предъявленіе (хотя и альтернативное) обоихъ исковъ,—каковое право истца ни Крюгеромъ, ни другимъ кѣмъ не испаривается. Среди этихъ leges названной c. 14 C. cit. нѣтъ мѣста: внѣ главнаго стипуляціоннаго или абстрактнаго обязательства она ничего не разрѣшаетъ, и ссылаться на нее неправильно[3]).

Что касается, далѣе, грамматической конструкціи во fr. 42 cit.,

---

[1]) Утилизируемыя Крюгеромъ положенія болѣе общаго характера касательно стеченія исковъ вообще я оставляю въ сторонѣ и считаю себя вправѣ поступить такъ тѣмъ болѣе, что разсужденія Крюгера въ этомъ направленіи уже успѣли устарѣть вслѣдствіе появившихся въ томъ же 1892-мъ году изысканій Эйзеле (см. ниже),

[2]) См. стр. 23 сл.

[3]) Съ этимъ замѣчаніемъ въ нѣмецкомъ изданіи моей книги, повидимому, согласился и самъ Крюгеръ. Онъ не защищаетъ своего привлеченія c. 14 C. cit., несмотря на то, что возвращается къ вопросу о дополнительномъ требованіи въ пору классической юриспруденціи, причемъ отстаиваетъ свой прежній взглядъ (см. ниже). По адресу же перваго отдѣла моей книги, гдѣ дана, между прочимъ, и интерпретація c. 14 cit, онъ говоритъ въ указанномъ мѣстѣ: „Verf. entwickelt zunächst seine Ansicht über das Verhältniss der Pönalstipulation zur Hauptstipulation, die ich hier nur auseinanderzusetzen in der erfreulichen Lage bin, da sie mir vollständig begründet und mit den Quellen in Einklang stehend erscheint“.

ЦАБ "Автограф"

на которую, отмѣчу мимоходомъ, указываетъ и Бертолини[1]), то ей, понятно, значенія приписывать нельзя: въ лучшемъ случаѣ она могла бы служить только подкрѣпленіемъ для другихъ вѣскихъ основаній, если бы таковыя имѣлись. Но при наличномъ положеніи вещей вся уступка, которую справедливо будетъ сдѣлать Крюгеру, можетъ состоять лишь въ признаніи злосчастнаго ablativus absolutus стилистической погрѣшностью. Извѣстно однако, что такихъ погрѣшностей у Ульпіана встрѣчается немало, а потому и данное неизящество выраженія легко отнести за счетъ самого юриста-классика.

Остается такимъ образомъ. только заключительное предложеніе во fr. 28 D. de A. E. V. На его поддѣльности Крюгеръ особенно настаиваетъ. Но соглашаясь съ тѣмъ, что предложенія, начинающіяся съ «nisi» («die nisi-Sätze» у нѣмцевъ), весьма часто интерполированы и въ значительной степени «подозрительны», все же нельзя усматривать интерполяцію во всякомъ предложеніи по той только причинѣ, что впереди стоитъ союзъ «nisi».

Мнѣ могутъ возразить, что подозрѣніе въ данномъ случаѣ сильнѣе обыкновеннаго вслѣдствіе того обстоятельства, что въ концѣ fr. 28 cit. допущена еще и непослѣдовательность: второе лицо въ рѣчи вдругъ измѣнено на третье, вмѣсто «quod pluris tua interfuerit...», значится: «quod pluris eius interfuerit».

Не буду настаивать на мелочахъ. Не стану опровергать своихъ научныхъ противниковъ указаніемъ на то, напримѣръ, что въ нашемъ отрывкѣ и раньше наблюдается переходъ прямой рѣчи въ косвенную, и наоборотъ; не стану точно также цитировать всѣхъ отрывковъ, гдѣ безпричинное и даже ошибочное чередованіе личныхъ мѣстоименій ни въ комъ не возбуждаетъ изумленія и безпокойства[2]): все это едва-ли было бы интересно и скорѣе грѣшило бы противъ чувства мѣры. Взамѣнъ того, я пріиму оспариваемое въ отношеніи fr. 28 D. cit. мнѣніе и на минуту допущу, что этотъ отрывокъ

[1]) Назв. соч. стр. 75.

[2]) См. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten стр. 33. Въ видѣ небольшого образца, на который мало кто обратилъ пока вниманіе, сошлюсь на fr. 14 § 3 D. de praescr. verbis (19, 5). Въ немъ юристъ долженъ былъ написать: „qua experiri possis. а не „.... possim“. Ср. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten X стр. 275. А между тѣмъ никто не видитъ изъ-за этого интерполяціи во fr. 14 § 3 D. cit.: Lenel Ulp. № 2867. Дѣйствительный залогъ „experire“ не встрѣчается: Forcellini, Georges s. h. v.

ЦАБ "Автограф"

дѣйствительно видоизмѣненъ компиляторами. Но что отсюда слѣдуетъ? Для вопроса (единственно для насъ здѣсь интереснаго) о правѣ добавочной доплаты во времена классической юриспруденціи— ровно ничего.

Всѣми, не исключая и самыхъ усердныхъ искателей интерполяцій[1]), признается въ настоящее время, что вставка предложенія съ «nisi» далеко не всегда свидѣтельствуетъ о матеріальномъ разногласіи, т. е. о противоположности по существу между классическимъ правомъ, съ одной, и Юстиніановымъ, съ другой стороны: подобныя предложенія весьма часто имѣютъ значеніе только объясненія или дополненія, подчасъ чисто теоретической прибавки, нерѣдко они являются просто излишними. Все это, если принять во вниманіе характеръ и упадокъ творчества права въ Византіи въ VI и даже болѣе раннихъ вѣкахъ, никого, разумѣется, удивить не можетъ. А потому и по адресу нашего отрывка слѣдуетъ заключить: если бы даже согласиться, что послѣднія слова въ немъ вылились изъ-подъ пера Трибоніана, то и тогда бы не имѣлось никакого еще доказательства въ пользу проводимой Крюгеромъ мысли. Это еще не значило бы, что Юліанъ отрицалъ право требовать уплаты остатка; редакторы дигестъ прекрасно могли дополнить изреченіе въ смыслѣ самого же автора, они могли лишь полнѣе выразить то, чего хотѣлъ и самъ классическій юристъ.

Но на худой конецъ, in pessimum eventum, въ пользу отстаиваемаго мною положенія все жъ-таки попрежнему оставалась бы и говорила l. 42 D. cit.!

Наконецъ, и Альфредъ Пернисъ, авторитетнѣйшій историкъ римскаго гражданскаго права и въ частности изслѣдователь римской классической юриспруденціи, и онъ считаетъ недоказаннымъ и сомнительнымъ существованіе въ классическомъ правѣ требованія доплаты, въ размѣрѣ разности между двумя исками, о которыхъ мы ведемъ рѣчь[2]).

[1]) См. Eisele „Zur Diagnostik der Interpolationen“ въ Zeitschrift der Savigny-Stiftung VII Rom. Abth. стр. 26 сл. и его же „Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen“ тамъ же X стр. 296 сл. Ср. Ленеля тамъ же IX стр. 182 сл.—Кстати упомяну, что ни Ленель, ни Эйзеле не считаютъ ни одного изъ трехъ разбираемыхъ отрывковъ (fr. 41, fr. 42 D. 17, 2 и fr. 28 D. 19, 1) интерполированнымъ: Ленель Ulp. №№ 646 и 2920, Jul. № 911, Эйзеле въ Arch. für die civ. Praxis LXXIX стр. 368.

[2]) Labeo, Romisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit,

ЦАБ "Автограф"

«Въ рядѣ мѣстъ» говоритъ Пернисъ, «дополнительное требованіе не упоминается тамъ, гдѣ его слѣдовало бы ожидать; а потому тѣ мѣста, которыя трактуютъ о дополнительномъ требованіи (Nachforderung) или о зачисленіи въ счетъ (Einrechnung) становятся подозрительны». Подозрѣніе это, на взглядъ Перниса, усиливаетъ, наряду съ такими мѣстами, какъ fr. 47 pr. D. pro socio (17,2), также и разобранное уже нами мѣсто—fr. 28 de A. E. V. Но по преимуществу интерполированнымъ Пернису кажется другой отрывокъ. Это fr. 41 D. pro socio. По его адресу онъ замѣчаетъ: «что Ульпіанъ не написалъ глубокомысленной премудрости, заключающейся въ fr. 41, достаточно, думается, ясно»[1]).

На эти утвержденія Перниса я, съ одной стороны, отвѣчу, что fr. 41 D. cit., вопреки его мнѣнію, имѣетъ, какъ мы видѣли[2]), вполнѣ разумный смыслъ и несомнѣнное значеніе. А, съ другой, возражу, что не иной кто какъ самъ Пернисъ постарался и успѣлъ убѣдить насъ въ томъ, что Ульпіанъ далеко не всегда и не вездѣ является глубокимъ мудрецомъ[3]). Да будетъ позволено обратить противъ Перниса его же собственное оружіе.

Впрочемъ и тутъ прибавлю: l. 41 для нашего вопроса обладаетъ относительно только небольшой важностью: капитальнымъ мѣстомъ, въ которомъ весь центръ тяжести, служитъ послѣдующая l. 42 D. cit., а ея-то Пернисъ не только не критикуетъ, но и со всѣмъ почти не затрагиваетъ.

Если, послѣ всего, взвѣсить доводы за и противъ и подвести итогъ, то, пожалуй, можетъ показаться, что основанія, приводимыя въ пользу наличности интерполяціи въ названныхъ трехъ фрагментахъ, въ своей совокупности, не совсѣмъ лишены

---

2 изд. II, 1 стр. 272 слл. Оговариваюсь, во избѣжаніе недоразумѣнія, что все послѣдующее изложеніе въ настоящемъ § 6 относится только къ праву требованія доплаты при такомъ стеченіи исковъ, когда одинъ изъ нихъ вытекаетъ изъ договора о неустойкѣ. Разсужденіе на ту же тему въ болѣе общемъ видѣ, при всѣхъ возможныхъ конкурирующихъ искахъ, естественно, въ задачи и планъ моего изслѣдованія не входитъ.

[1]) Назв. соч. II стр. 273 прим. 3: „Dass (aber) Ulpian die tiefsinnige Weisheit des fr. 41 nicht geschrieben habe, sollte doch wol klar sein“. И раньше: „Der Cento fr. 41 sq. p. soc. 17, 2 ist für mich nicht mehr zu entwirren“.

[2]) Выше стр. 51 сл.

[3]) См. Pernice, „Ulpian als Schriftsteller“ въ отчетахъ засѣданій Прусской королевской академіи наукъ за 1885 годъ стр. 443 слл.

ЦАБ "Автограф"

значенія. Но обязательными или даже только убѣдительными ихъ во всякомъ случаѣ признать трудно, невозможно.

Изъ доводовъ, выдвигаемыхъ защитниками интерполяцій, наиболѣе интересенъ единственный внутренній моментъ: тотъ, молъ, фактъ, что остальныя (кромѣ трехъ занимающихъ насъ) мѣста не знаютъ никакого требованія о доплатѣ, несмотря на разность величинъ исковъ при стеченіи. Такое соображеніе дѣйствительно способно было бы усилить позицію противниковъ и навести на нѣкоторое раздумье и сомнѣніе на счетъ подлинности истолкованныхъ мѣстъ,—если бы не одно обстоятельство, на которое оспариваемые мною писатели забыли обратить достодолжное вниманіе.

Возьмемъ уже знакомыя[1]) намъ l. 10 § 1 D. de pactis (2, 14) и l. 12 § 2 D. de pact. dotal. (23, 4). На первый взглядъ, отсутствіе признанія въ нихъ права на остаточный плюсъ какъ бы говоритъ противъ меня. Но всмотримся ближе, и картина мѣняется. Оказывается, что приведенному аргументу нельзя присваивать не только большого, но и вообще какого бы то ни было значенія. Почему? А потому, что ни въ l. 10 § 1 D. cit., ни въ l. 12 § 2 D. cit. основное обязательство не снабжено, не защищено самостоятельнымъ искомъ, особою actio. Въ обоихъ случаяхъ неустойка выговорена съ какой цѣлью? Съ цѣлью укрѣпленія pactum'a de non petendo, соглашенія о неистребованіи. Такое соглашеніе вооружается, какъ извѣстно, средствами не для войны наступательной, т. е. не искомъ, а для войны оборонительной, т. е. возраженіемъ или эксцепціей. Какъ же при такихъ условіяхъ управомоченному лицу осуществлять свое правомочіе въ направленіи добавочнаго притязанія? У него нѣтъ требуемаго оружія, нѣтъ иска изъ основного договора. Напротивъ того: не только мыслимо, но чрезвычайно легко и удобно дополучить разность путемъ предъявленія иска изъ договора купли-продажи или товарищества, путемъ возбужденія какой-нибудь actio venditi (fr. 28 D. cit.) или actio pro socio (fr. 42 D. cit.). Что касается единственнаго fr. 4 § 7 D. de doli mali et met. exc. (44, 4), къ которому мое разсужденіе не совсѣмъ примѣнимо, то и здѣсь (вопреки Г. Крюгеру)[2]) отсутствіе упоминанія требованія о доплатѣ опять без-

---

[1]) См. выше стр. 38 сл.

[2]) Назв. соч. стр. 208 сл.

ЦАБ "Автограф"

доказательно — потому, что въ цитированномъ мѣстѣ, какъ показало его же толкованіе[1]), римскій юристъ занятъ былъ прежде всего и даже исключительно однимъ только вопросомъ — необходимостью отклонить кумулятивное отношеніе, или парализовать взысканіе неустойки, послѣ того какъ спорный рабъ уже оказался вытребованнымъ и въ рукахъ истца-собственника.

Итакъ, полагаю я, несмотря на новыя изысканія въ изслѣдуемомъ здѣсь направленіи, позволительно будетъ впредь держаться старой точки зрѣнія и optima fide признавать существованіе права истца на требованіе дополнительнаго остатка въ нашей области уже во времена классической юриспруденціи.

Категорически абсолютной, впрочемъ, формы ни Пернисъ, ни Крюгеръ не придаютъ своимъ выводамъ. Первому отрывки только кажутся «подозрительными», послѣдній [2]) допускаетъ даже возможность, что право добавочнаго требованіи, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, возникло въ періодъ позднокласссическій, бывъ введено Ульпіаномъ и Павломъ.

Въ заключеніе умѣстно выдвинуть еще одно опять-таки внутреннее обстоятельство. Это обстоятельство, на мой взглядъ, подтверждаетъ оспариваемое право вѣрителя у юристовъ-классиковъ и, какъ мнѣ кажется, окончательно перевѣшиваетъ чашку вѣсовъ въ его пользу.

Съ этой цѣлью мнѣ необходимо сказать нѣсколько словъ по вопросу о стеченіи исковъ.

На основаніи прекрасной работы Эйзеле «Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz» [3]), этотъ вопросъ въ своихъ результатахъ, по-

---

[1]) См. выше стр. 37 и 40 слл.

[2]) Назв. соч. стр. 208.

[3]) Въ Archiv'ѣ für die civ. Praxis LXXIX № 10. Ср. также другую его статью „Korrealität und Solidarität" тамъ же LXXVII № 15.— Не лишено интереса, что здѣсь, какъ и въ интерполяціонной или исторической теоріи по вопросу о возвращеніи добросовѣстнымъ владѣльцемъ еще не потребленныхъ плодовъ (см. Petrażycki Die Fruchtvertheilung стр. 146, Pernice Labeo II во второмъ изданіи стр. 357 и Петражицкій Bona fides въ гражд. правѣ и т. д. стр. 63), мысль нѣмецкихъ романистовъ предвосхитилъ Алибранди, написавшій еще въ 70-мъ году статью о конкуренціи исковъ (вообще), о чемъ тѣ опять-таки не знали вплоть до послѣдняго времени (1896), когда стало выходить въ свѣтъ посмертное изданіе сочиненій знаменитаго итальянскаго юриста; первый томъ, въ числѣ многихъ другихъ работъ, содержитъ и названную: VI.

ЦАБ "Автограф"

сколькуонинасъздѣськасаются, представляется въ слѣдующемъ видѣ. Предварительно еще только отмѣчу, что добытыя Эйзеле данныя получили широкое признаніе въ наукѣ и раздѣляются учеными романистами самыхъ различныхъ лагерей [1]).

Эйзеле доказалъ три положенія:

1) При такъ наз. стеченіи исковъ («Klagenkonkurrenz», «actiones concurrentes» [2]). можетъ случиться такъ, что одинъ и тотъ же фактическій составъ дѣла подходитъ подъ нѣсколько правовыхъ точекъ зрѣнія и, будучи, стало быть, разсматриваемъ съ разныхъ сторонъ, обнаруживаетъ заключающееся въ немъ множественное правонарушеніе. Тутъ въ классическомъ правѣ вопросъ обсуждается на основаніи началъ процессуальной консумпціи. Возбужденіе одного иска съ необходимостью влечетъ за собой устраненіе, потерю другого, безразлично, достигнутъ-ли притомъ помощью выбраннаго иска какой-нибудь матеріальный, дѣйствительный результатъ, или нѣтъ.

Такого рода отношеніе у Эйзеле носитъ названіе «Konsumptionskonkurrenz», т. е. стеченія, устраняемаго посредствомъ консумпціи или погашенія иска.

2) Путемъ систематическаго, болѣе или менѣе выдержаннаго, интерполированія этотъ только-что намѣченный порядокъ вещей оказался въ Юстиніановомъ Corpus Iuris измѣненнымъ. Перемѣна произошла въ томъ смыслѣ, что отнынѣ потеря одной actio происходитъ не вслѣдствіе уже предъявленія конкурирующаго съ нею иска (или, что то же, вслѣдствіе его in iudicium deductio въ связи съ litis contestatio), а только послѣ и вслѣдствіе удовлетворенія по вчатому иску. Если удовлетвореніе это получено, тогда другой, не возбужденный искъ утратилъ свой объектъ: онъ сталъ безпредметнымъ, безцѣльнымъ, и его предъявленію можно теперь съ успѣхомъ противодѣйствовать, выдвинувъ exceptio doli.

Для этого второго отношенія Эйзеле употребляетъ чрезвы-

Del concorso delle azioni, стр. 161—204; ср. особенно стр. 184. См. Pernice, Ilario Alibrandi въ Savigny-Zeitschrift XVIII Rom. Abth. стр. 227 слл., 238.

[1]) См., съ одной стороны, Перниса въ назв. соч. стр. 270 прим. 2, а, съ другой, Дернбурга Pandekten I § 135 п. 3 и прим. 11 въ послѣднихъ и въ особенности въ 4-мъ изданіяхъ.

[2]) См. инскрипцію къ fr. 34 D. de O. et A. (44, 7) и fr. 89 D. de furtis (47, 2).

ЦАБ "Автограф"

чайно мѣткій терминъ «Solutionskonkurrenz», т. е. стеченіе, устраняемое при посредствѣ удовлетворенія.

Въ томъ случаѣ однако, когда помощью второй actio возможно достигнуть *бо́льшаго*, когда, слѣдовательно, истецъ, хотя и удовлетворенъ, но не въ максимальномъ доступномъ для него размѣрѣ,—тутъ въ Юстиніановомъ правѣ ничто не мѣшаетъ возбудить еще второй искъ въ качествѣ дополненія къ первому и въ объемѣ разности между ними.

Сказанное могло бы навести на мысль, что и спеціально нашъ случай стеченія исковъ изъ договора о неустойкѣ и основного обязательства точно также подчиняется приведеннымъ двумъ положеніямъ и что потому принципъ консумпціи и здѣсь былъ отмѣненъ и исчезъ лишь въ Юстиніановомъ законодательствѣ.

Но подобное заключеніе было бы поспѣшно и ошибочно. Эйзеле, кромѣ того, доказалъ (назовемъ это положеніемъ

3), что такъ наз. Konsumptionskonkurrenz встрѣчается только тамъ, гдѣ римскіе юристы усматриваютъ одинъ и тотъ же фактическій составъ дѣла, или, говоря языкомъ источниковъ, гдѣ имѣется eadem res, т. е. гдѣ къ тождеству преслѣдуемой исками цѣли еще присоединяется и тождество лежащей въ ихъ основаніи causa или правопроизводящаго факта. Такъ оно бываетъ главнымъ образомъ при стеченіи двухъ личныхъ исковъ, изъ которыхъ одинъ происходитъ изъ недозволеннаго дѣянія (actio ex delicto), а другой—изъ договора (actio ex contractu).

Но классическіе юристы, напротивъ того, не усматривали eandem rem въ другомъ правоотношеніи, между прочимъ въ томъ, которое насъ занимаетъ. Здѣсь они находили не болѣе какъ однородную цѣль, но отнюдь не требуемое тождество causae, ибо таковою здѣсь признавался самый договоръ, а не правонарушающее дѣйствіе, какъ при стеченіи исковъ ex delicto и ex contractu.

Съ самаго начала поэтому здѣсь никогда не примѣнялась Konsumptionskonkurrenz: уже въ классическій періодъ правовѣдѣнія здѣсь всецѣло господствуетъ принципъ удовлетворенія, solutionis.

Такимъ образомъ, въ разбираемомъ вопросѣ мы находимся на почвѣ Эйзелевской Solutionskonkurrenz. Это обстоятельство не можетъ подлежать ни малѣйшему сомнѣнію. Въ послѣднее время оно

ЦАБ "Автограф"

вдобавокъ получило еще новое подтвержденіе: Пернисъ [1]), путемъ сопоставленія отрывковъ изъ источниковъ, весьма наглядно показалъ, что оборотъ «contentum esse alterutra actione (alterutro)» у римскихъ юристовъ означаетъ примѣненіе именно начала удовлетворенія. Между тѣмъ этотъ оборотъ, какъ мы помнимъ, встрѣчается во fr. 12 § 2 D. de pact. dotal. (23, 4), гдѣ обсуждается отношеніе возраженія на основанія pactum de non petendo къ иску изъ stipulatio poenae при стеченіи такихъ exceptio и actio другъ съ другомъ [2]).

---

[1]) Назв. соч. II стр. 271.

[2]) Замѣчаніе текста по вопросу о стеченіи исковъ нелишне, быть можетъ, дополнить двумя-тремя словами насчетъ судьбы вопроса въ новомъ правѣ.

Въ современномъ процессѣ, какъ извѣстно, нѣтъ никакой надобности слѣдовать римскому образцу и обозначать поименно вчинаемые иски. Въ настоящее время совершенно достаточно, если судьѣ изложить фактическія обстоятельства правопроизводящаго свойства,—если, выражаясь проще, разсказать ему, въ чемъ дѣло. Мы только изливаемъ передъ судьею свое горе — бо́льшаго не требуется—и затѣмъ просимъ помочь намъ, а онъ, судья, уже самъ подыскиваетъ юридическую точку зрѣнія, оправдывающую наше требованіе, нашъ „просительный пунктъ“. „Dabis mihi factum, dabo tibi ius“. Мало того: въ силу своего „nobile officium“, современный судья опять-таки самъ, на основаніи сообщеннаго ему матеріала, получаетъ возможность (и, конечно, пользуется ею) предоставить истцу наиболѣе выгодное для него право требованія. Такъ, напримѣръ, еще весьма недавно, въ странахъ пандектнаго права, онъ давалъ сторонѣ, при наличности соотвѣтственныхъ обстоятельствъ, не искъ, допустимъ, изъ поклажи, а непремѣнно actio legis Aquiliae, такъ какъ послѣдній искъ былъ все еще для истца благопріятнѣе, чѣмъ actio depositi directa (стоитъ лишь вспомнить различіе между обоими случаями въ вопросѣ о винѣ или culpa, ср. Dernburg Pandekten II § 131 прим. 22).—Римскоправовая система, слѣдовательно, въ разсматриваемомъ отношеніи отошла въ исторію, исчезла. См. Pernice Pandekten (вмѣсто рукописи) § 68, Eisele въ указанномъ мѣстѣ стр. 404 сл., Dernburg Pandekten I § 152.

Но все сказанное, естественно, относится исключительно только къ случаямъ древней Konsumptionskonkurrenz. Контрагентъ, заключившій договоръ и выговорившій себѣ при этомъ неустойку, долженъ всегда требовать либо исполненія по главному обязательству или понесенныхъ убытковъ, либо уплаты неустойки. Здѣсь уже не дѣло судьи заняться изслѣдованіемъ того, что́ для истца прибыльнѣе. И это по той простой причинѣ, что здѣсь двѣ независимыхъ causae, два основанія иска или юридическихъ отношенія. Но, добавлю мимоходомъ, обстоятельство это не препятствуетъ, разумѣется, вчать искъ по главному обязательству и одновременно, на случай неисполненія, искъ о неустойкѣ (ср. Dernburg, Pandekten II § 46 прим. 14, съ ссылкою на меня).

Указанное явленіе еще болѣе выясняетъ справедли-

ЦАБ "Автограф"

Я ставлю теперь слѣдующаго рода вопросъ: если мой споръ съ Пернисомъ, Г. Крюгеромъ и другими касается сферы «Solutionskonkurrenz» (а это фактъ); если далѣе, собственно, оба иска могутъ быть предъявлены, каждый въ полномъ размѣрѣ, и въ силу только общности цѣли разрѣшается лишь однократное исполненіе, а не двойное; если, наконецъ, притязаніе, строго говоря, можетъ считаться удовлетвореннымъ только тогда, когда интересъ принятъ въ разсчетъ въ наиболѣе полной мѣрѣ, допускаемой правопорядкомъ, и посредствомъ наиболѣе выгоднаго количественно иска,—если дѣло обстоитъ такъ, то нельзя-ли съ величайшей внутренней вѣроятностью прійти отсюда къ выводу о правѣ истца на дополнительное требованіе остатка? Не является-ли тогда это его право до извѣстной степени неизбѣжнымъ, навѣяннымъ самою идеей римской solutio, идеей реальнаго и совершеннаго удовлетворенія? По моему мнѣнію: безспорно, да. Отчего бы въ самомъ дѣлѣ римскіе юристы-классики остановились здѣсь на полудорогѣ? отчего бы они не сдѣлали еще одного шага, одинаково необходимаго какъ съ точки зрѣнія послѣдовательности, такъ и съ точки зрѣнія практичности?![1]).

Пусть при Konsumptionskonkurrenz будетъ иначе. Тамъ дѣйствительно несущественно, достигался-ли, или нѣтъ, лучшій результатъ, какой-нибудь высшій размѣръ при посредствѣ другого, не предъявленнаго иска. Но тамъ это понятно: тамъ порядокъ вещей «обусловленъ основной мыслью консумпціи; искъ можетъ быть консумированъ только цѣликомъ; невозможно, чтобы часть его или какое-нибудь отдѣльное притязаніе оставались въ силѣ и послѣ того въ качествѣ предмета требованія» [2]). Здѣсь же рѣшаетъ

вость моего взгляда, по которому отношеніе между двумя исками въ изслѣдуемой области не аналогично со случаями, обобщенными нами въ положеніи 1) подъ терминомъ „Konsumptionskonkurrenz“.

[1]) Зеккель (l. c. стр. 401) возражаетъ мнѣ: „Die eben gedachte Prämisse des Verf. erscheint im Lichte historischer Betrachtung als zweifellose (!) petitio principii“. Не думаю. Мой критикъ упускаетъ изъ виду, что я исхожу изъ римскаго понятія solutionis и что римскіе же классическіе юристы дошли до принципа удовлетворенія въ нашемъ вопросѣ и до сознанія цѣлесообразности этого именно начала, какъ критерія въ дѣлѣ погашенія конкурирующаго иска.

[2]) Pernice въ назв. соч. II стр. 270: „.... Das verbietet der Grundgedanke der Konsumption: die Klage kann nur vollständig „aufgezehrt“ werden; es ist unmöglich, dass ein Stück davon oder ein einzelner Anspruch daraus als klagbar bestehen bleibe“.

ЦАБ "Автограф"

не понятіе формальной consumptio, а противоположное понятіе матеріальной solutio. Чтобы одинъ изъ исковъ и внѣ почвы консумпціи долженъ былъ устраняться обязательно цѣликомъ, ни откуда не слѣдуетъ [1]). Наоборотъ: такъ какъ здѣсь въ объемѣ плюса или разности между двумя исками конкуренціи, строго говоря, совсѣмъ нѣтъ, то понятно, что въ этихъ предѣлахъ невозможно и поглощеніе.

Еще только одно замѣчаніе. Пернисъ резонно говоритъ: «мы ничего не знаемъ (изъ источниковъ) относительно процессуальной стороны дѣла: полагались-ли просто на officium iudicis? вставляли-ли какую-нибудь ограничительную прибавку въ condemnatio? или, быть можетъ, истца уже in iure принуждали съузить свое требованіе? Все это вопросы, которые въ такой же мѣрѣ важны для классическаго права, какъ безразличны для Юстиніана» [2]).

Но слѣдуетъ-ли изъ молчанія источниковъ о ходѣ процесса дѣлать выводъ объ отсутствіи самаго права? Едва-ли. Да и самое молчаніе развѣ не находитъ себѣ болѣе или менѣе удовлетворительнаго объясненія въ томъ обстоятельствѣ, что въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ добавочное требованіе о разности возбуждалось посредствомъ bonae fidei iudicium? И тогда судья, опираясь на свои полномочія, на клаузулу «ex fide bona», просто и безъ дальнѣйшаго, самолично ограничивалъ присужденіе остаткомъ. Только въ сравнительно рѣдкихъ случаяхъ порядокъ могъ быть обратный, т. е. интересующій насъ плюсъ получался не изъ главнаго иска договора, а изъ придаточнаго о неустой-

[1]) Пернисъ (назв. соч. II стр. 271) и на этотъ счетъ другого мнѣнія. Но происходитъ это оттого, что имъ не оцѣнивается по достоинству фактъ независимости другъ отъ друга конкурирующихъ исковъ—фактъ, на который, между прочимъ, онъ самъ указываетъ на предыдущей страницѣ: „Bei der Solutionskonkurrenz dagegen stehen die beiden Klagen frei neben einander: jede beruht auf ihrem eigenen Rechtsgrunde". Изъ семи мѣстъ, на которыя Пернисомъ сдѣлана ссылка (стр. 271 прим. 1, 2, 3), шесть кѣстъ трактуютъ о случаяхъ Konsumptionskonkurrenz, седьмое же (fr. 25 § 10 D. fam. ercisc. 10, 2) не имѣетъ вообще отношенія къ спорному вопросу.

[2]) Назв. соч. II стр. 272 сл.: „Wir erfahren nirgends etwas über die prozessualische Gestaltung der Dinge: verliess man sich einfach auf das officium iudicis? wurde ein einengender Zusatz in die Verurteilung eingeschaltet? nötigte man den Kläger schon in iure seinen Anspruch einzuschränken? Das sind alles Fragen, die so wichtig für das klassische Recht sind, wie gleichgiltig für Justinian".

ЦАБ "Автограф"

кѣ. Тутъ, очевидно, нужно было дѣйствительно призадуматься, прежде чѣмъ предъявить строгую condictio: необходимо было заранѣе вычислить себѣ искомую разность и соотвѣтственно съ нею уже in iure опредѣлить величину своего требованія. Безъ этой предосторожности положеніе истца могло стать критическимъ: онъ могъ проиграть тяжбу вслѣдствіе допущенной съ его стороны pluspetitio. Но подобные случаи, несомнѣнно, были исключеніями: правиломъ служили случаи прямо противоположные—въ древнемъ Римѣ совершенно такъ же, какъ и у насъ въ настоящее время [1]).

Мнѣ остается только добавить нѣсколько словъ по адресу критики, которой подверглось мое сейчасъ изложенное воззрѣніе по вопросу о дополнительномъ требованіи.

Изъ относительно многочисленныхъ рецензій, появившихся на мою книгу въ Германіи и Австріи, нѣкоторыя, болѣе краткія, обходятъ вопросъ молчаніемъ; другія, обстоятельныя, высказываются противъ меня. Ни одна, несмотря на весьма сочувственный въ общемъ тонъ и на полное раздѣленіе моихъ взглядовъ въ остальномъ, не заключаетъ признанія правильности моихъ выводовъ примѣнительно къ классической юриспруденціи.

Это обстоятельство характерно для нѣкоторыхъ крайностей новѣйшаго теченія въ нѣмецкой романистической литературѣ и наукѣ.

---

[1]) См. ниже. Легко замѣтить, что при такой постановкѣ вопроса, признаніе или непризнаніе дополнительнаго иска въ классическую эпоху въ примѣненіи къ нашему институту не зависитъ отъ того, на какую точку зрѣнія стать въ громкомъ спорѣ о частичномъ дѣйствіи exceptionis doli (такъ наз. condemnationsmindernde Wirkung der Einrede). Положительное отношеніе къ этому дѣйствію (главнымъ образомъ Дернбурга въ его „Compensation“) для насъ представляется, конечно, болѣе благопріятнымъ, чѣмъ отрицательное. При немъ даже тому истцу, который предъявилъ свою condictio послѣ иска изъ основного обязательства, нечего опасаться полнаго отказа: exceptio doli приведетъ лишь къ частичной absolutio въ объемѣ уже уплаченнаго по первому требованію и, слѣдовательно, къ желательной condemnatio въ размѣрѣ разности. Но даже второе, отрицательное, отношеніе (принадлежащее преимущественно Эйзеле въ его „Compensation“) къ той же „minuierende Wirkung“ не предрѣшаетъ отрицательнаго отвѣта на нашъ вопросъ о добавочномъ взысканіи остатка,—какъ то видно изъ текста, въ которомъ я (въ виду недоказанности означеннаго дѣйствія exceptionis doli при Solutionskonkurrenz) предпочелъ держаться взгляда для меня сравнительно менѣе выгоднаго.

ЦАБ "Автограф"

Нисколько не отрицая значенія интерполяціоннаго метода и той пользы, какую онъ принесъ уясненію истиннаго содержанія и смысла нашихъ источниковъ римскаго права, и отнюдь не принадлежа къ его противникамъ,—я при всемъ томъ думаю, что слишкомъ далеко идти въ этомъ направленіи, въ особенности же безъ нужды и при отсутствіи достаточныхъ доказательствъ, не слѣдуетъ. Est modus in rebus. Несоблюденіе мѣры, готовность усмотрѣть интерполяцію во всякомъ не абсолютно совершенномъ мѣстѣ, зачисленіе того или другого отрывка въ разрядъ «подозрительныхъ» по соображеніямъ подчасъ только чувства, ощущенія и субъективнаго вкуса,—все это представляется мнѣ крайностью, способною только вредить дѣлу [1]). Такимъ образомъ утрачивается всякій, хотя сколько-нибудь надежный критерій для распознаванія подлинности или неподлинности приписываемыхъ римскимъ классикамъ фрагментовъ. Нерѣдко, далѣе, и вообще ускользаетъ почва подъ ногами, не оказывается матеріала, на который бы можно опереться даже въ крупныхъ и, повидимому, твердо установившихся вопросахъ. Наконецъ, подрывается довѣріе къ самому интерполяціонному методу и къ добытымъ имъ результатамъ, между тѣмъ какъ самъ по себѣ этотъ методъ, какъ одно изъ средствъ обнаруженія истины, заслуживаетъ, настаиваю, полнаго признанія.

Граденвицъ — ученый, котораго, разумѣется, никто не упрекнетъ въ особенно скептическомъ къ интерполяціямъ отношеніи, — говоритъ: Wer... eine Interpolation behauptet, der muss, wenn die Sache nur an sich selbst plausibel ist, d. h. wenn der Inhalt der Stelle durch eine Weglassung oder Aenderung sich wesentlich verbessert, nur wenige äussere Gründe beibringen, und das Schwergewicht neigt sich auf seine Seite: d. h. es wird wahrscheinlicher, dass die Stelle interpolirt, als dass dieselbe echt ist. Von da bis zur Gewisseit ist natürlich ein weiter Weg....» [2])

Требованіе, какъ легко видѣть, не чрезмѣрное! Но и въ немъ, въ этомъ minimum'ѣ, все-таки заключается реквизитъ вѣроятія

---

[1]) Ср. Петражицкаго въ его „Bona fides въ гражд. правѣ“ стр. 62 слл. и его критику интерполяціоннаго теченія, не чуждую, впрочемъ, извѣстной доли преувеличенія.

[2]) Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten стр. 199.

ЦАБ "Автограф"

исправленія, т.-е. существеннаго улучшенія даннаго мѣста путемъ опущенія или измѣненія одного или нѣсколькихъ словъ[1]).

Примѣняя даже эту скромную мѣрку къ нашей контроверзѣ, мы необходимо приходимъ къ заключенію, что серьезной научной почвы для разрѣшенія ея въ смыслѣ интерполяціонномъ не имѣется.

Какова, въ самомъ дѣлѣ, разумная цѣль признанія здѣсь интерполяцій? Ея нѣтъ, ибо мы констатировали, что даже вопросъ о minutio condemnationis не связанъ неразрывно съ такимъ признаніемъ. Но, быть можетъ, имѣются доводы въ пользу наличности интерполяцій, отличающіеся особенною вѣскостью? — Нѣтъ, ихъ тоже не имѣется. Внѣшнія указанія, какъ мы могли усмотрѣть, шатки и произвольны; внутреннія же, изъ коихъ главное—отсутствіе дополнительнаго требованія въ прочихъ аналогичныхъ фрагментахъ, разбиваются, во-первыхъ, о ближайшій анализъ этихъ прочихъ, въ дѣйствительности не вполнѣ аналогичныхъ мѣстъ и, во-вторыхъ, о матеріальный характеръ конкуренціи связанныхъ съ нашимъ правоотношеніемъ исковъ.

Въ результатѣ: является-ли исправленіе «правдоподобнымъ»? — Едва-ли. Получается-ли «существенное отъ него улучшеніе»?—Опять-таки: нѣтъ.

И тѣмъ не менѣе какъ Geib[2]), такъ и H. Krüger[3]), такъ, наконецъ, и Seckel[4]), — всѣ они попрежнему сомнѣваются въ существованіи права требованія остатка у классиковъ. При этомъ новыхъ данныхъ ими не приводится или почти не приводится — за исклю-

---

[1]) А кромѣ того, не лишено значенія, какъ мнѣ кажется, еще слѣдующее: onus probandi (отвлекаясь, конечно, отъ ригористической обстановки процесса съ его распредѣленіемъ ролей истца и отвѣтчика и отказомъ истцу при недоказанности имъ своего требованія), въ извѣстной, по крайней мѣрѣ, степени, признается и Граденвицемъ лежащимъ на сторонѣ, утверждающей интерполяцію: на ея обязанности, такимъ образомъ, представить соображенія въ пользу защищаемаго ею измѣненія, сдѣлать хотя бы только вѣроятнымъ или правдоподобнымъ („plausibel“), что вложенныя въ уста римскимъ юристамъ мысли въ дѣйствительности не принадлежатъ имъ. Пока этого нѣтъ, пока мы съ римскимъ присяжнымъ должны сказать: non liquet, до тѣхъ поръ правильнѣе и цѣлесообразнѣе, по моему глубокому убѣжденію, держаться старой и традиціонной почвы.

[2]) Въ указанномъ мѣстѣ стр. 355.

[3]) Въ указанномъ мѣстѣ стр. 413 сл.

[4]) Въ указанномъ мѣстѣ стр. 401 и прим.

ЦАБ "Автограф"

ченіемъ одного только замѣчанія насчетъ fr. 28 D. de A. E. V. (a l. 42 D. pro socio? ее совсѣмъ игнорируютъ!), котораго я еще долженъ коснуться.

Крюгеръ обращаетъ вниманіе на то явленіе, что Юліанъ изъ двухъ возможныхъ комбинацій допускаетъ добавочный искъ только при одной, тогда именно, когда послѣдующимъ требованіемъ является вытекающее изъ основного обязательства. Если бы—разсуждаетъ Крюгеръ—Юліанъ признавалъ право на отдѣльный искъ въ размѣрѣ разности, то онъ о такомъ правѣ упомянулъ бы совершенно явно и при обратномъ порядкѣ предъявленія требованій. Но онъ этого не сдѣлалъ. Ergo: онъ и вообще дополнительнаго иска не допускалъ, а внесли таковой уже компиляторы, которые, кстати, составили и предложеніе: «quantum poenae nomine stipulatus esset», обративъ въ него слова Юліана: «quanti interfuisset».

Мнѣ, напротивъ, думается, что Юліанъ достаточно полно высказалъ все необходимое и что требованіе двойного, повторнаго подчеркиванія одного и того же во имя какой-то симметріи нѣсколько педантично. Не говорю уже о томъ, что случай взысканія остатка помощью иска о неустойкѣ принадлежитъ къ рѣдкимъ[1]), а потому могъ Юліану представиться мало вѣроятнымъ, отступающимъ на задній планъ.

Только-что приведенный доводъ Крюгера выдвигается и Зеккелемъ, который о своемъ предшественникѣ въ данномъ отношеніи не знаетъ. Вся разница по сравненію съ Крюгеромъ заключается лишь въ томъ, что Зеккель цитированнымъ словамъ: «quantum poenae nomine stipulatus esset» придаетъ еще большее (уже едва-ли не преувеличенное) значеніе, чѣмъ Крюгеръ. Зеккель дѣлаетъ изъ нихъ выводъ, что Юліанъ или Urseius Ferox допускаетъ exceptionem doli только въ случаѣ строго одинаковой величины обоихъ исковъ. Если, стало-быть, предыдущій искъ по главному обязательству далъ меньше, чѣмъ сколько можетъ дать condictio на основаніи соглашенія о неустойкѣ, то exceptionem doli противоставить нельзя, и, слѣдовательно, остаточный плюсъ подлежитъ взысканію.

Казалось бы, и прекрасно; тѣмъ больше основанія отстаивать текстъ дигестъ. Оказывается, нѣтъ. Зеккель аргументируетъ иначе: такъ какъ классическое право стоитъ, молъ, на другой почвѣ, то отсюда вытекаетъ, что предложеніе «quantum poenae nomine et rel.»

---

[1]) См. выше стр. 66 и ниже.

ЦАБ "Автограф"

тоже интерполировано. У юриста-классика — заявляется въ концѣ-концовъ — вмѣсто этихъ словъ, значилось нѣчто въ родѣ: «quantum emptor ei condemnatus est».

Это-ли не petitio principii, въ которой меня же послѣ того упрекаютъ?!

Въ настоящемъ мѣстѣ изслѣдованія всего удобнѣе хотя бы вкратцѣ выяснить вопросъ о формѣ придаточнаго неустоичнаго договора. И это потому, что разсмотрѣнная нами и необходимая, какъ мы видѣли, независимость юридическихъ основаній, на которыхъ покоятся, съ одной стороны, главное обязательство, а, съ другой, обязательство о неустойкѣ, въ достаточной уже мѣрѣ обусловливаетъ собою и форму соглашенія относительно нашей пени. Для насъ теперь должно быть ясно, что такъ какъ это соглашеніе нуждается въ своей особой causa, то его, слѣдовательно, интересно облечь въ форму непремѣнно стипуляціи. И дѣйствительно: стипуляція въ римскомъ правѣ была безусловно господствующей, почти единственной формой договора о неустойкѣ. На это въ достаточной уже мѣрѣ указываетъ само названіе «stipulatio poenae» въ смыслѣ соотвѣтственнаго условія[1]).

Даже при bonae fidei contractus римляне или совсѣмъ не пользовались или, въ крайнемъ случаѣ, пользовались чрезвычайно рѣдко какимъ-нибудь pactum adiectum въ видѣ условія о неустойкѣ.

И оно вполнѣ естественно. Сторона, выговорившая себѣ пеню помимо стипуляціи, совершенно напрасно поставила бы себя въ затруднительное положеніе: она очутилась бы въ невозможности взыскать неустойку иначе, какъ только одновременно и въ тѣснѣйшей связи съ требованіемъ по основному обязательству. Для нея было бы, конечно, немыслимо получить отдѣльно остаточный плюсъ,—точно такъ же, какъ немыслимо, напримѣръ, послѣ погашенія иска на капиталъ предъявлять еще опирающееся на pactum adiectum требованіе о процентахъ[2]). Оба явленія аналогичны.

---

[1]) Встрѣчаются еще обозначенія: „poenalis stipulatio“ (въ fr. 15 D. de transact. 2, 15 и fr. 1 § 6 D. quar. rer. act. 44, 5) и „stipulationis poena“ (въ fr. 42 D. de rec. 4, 8 и c. 5 § 6 C. de spons. 5, 1).

[2]) Ср. Петражицкаго въ „Die Lehre vom Einkommen“ II стр. 244 слл.

ЦАБ "Автограф"

Но этого мало. Если бы договоръ о неустойкѣ внѣшнимъ образомъ представлялъ не формальное побочное соглашеніе, то въ такомъ случаѣ управомоченная сторона лишилась бы вмѣстѣ съ тѣмъ и другой далеко не маловажной выгоды, которая, благодаря stipulatio poenae, за ней обезпечивается вполнѣ.

Я имѣю ввиду положеніе

> § 19 J. de inutil. stipul. (3, 19). Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in condicione stipulationis. ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena «nisi dederis tot aureos dare spondes?» tunc committitur stipulatio.
>
> Cf. fr. 38 § 17 D. de V. O. (45, 1) и fr. 3 D. eod («... hic non quaerimus, cuius intersit»).

Отсюда ясно, что безъ стипуляціи, какъ таковой, успѣхъ требованія истца зависѣлъ бы отъ наличности и размѣра доказаннаго имъ интереса.

Въ примѣненіи къ частному случаю справедливость такого заключенія подтверждается еще знаменитымъ изреченіемъ Папиніана во fr. 7 D. de serv. export. (18, 7),—единственномъ, кстати, мѣстѣ въ Corpus Iuris, въ которомъ отсутствіе стипуляціи въ договорѣ о неустойкѣ можетъ быть положительно установлено («citra stipulationem») [1]). Савиньи, правда, учитъ,

[1]) Случаевъ соглашенія о процентахъ подъ видомъ только неустойки я здѣсь не принимаю въ разсчетъ. Приводимый, далѣе, Зеккелемъ (въ указанномъ мѣстѣ стр. 414) fr. 11 § 3 D. de rec. (4, 8) не относится къ неустойкѣ въ собственномъ смыслѣ слова: см. ниже § 24.

Внѣ законодательныхъ сборниковъ Юстиніана неустойка безъ стипуляціи встрѣчается при pecuniа constituta въ одномъ изъ дошедшихъ до насъ договоровъ in forma triptychi. Къ сожалѣнію, эта точно также (см. выше стр. 26) въ Трансильваніи сдѣланная находка сводится къ одной только третьей таблицѣ: двѣ первыя утеряны Договоръ составленъ на греческомъ языкѣ. Въ сохранившейся своей части онъ, въ переводѣ Брунса на латинскій языкъ, гласитъ слѣдующимъ образомъ:

ЦАБ "Автограф"

что если римскій юристъ выражаетъ здѣсь сомнѣніе въ дѣйствительности или, лучше, въ значеніи обѣщанія неустойки, то происходитъ это вслѣдствіе безнравственной, будто бы, цѣли соглашенія [1]). Но Савиньи ошибается. Указанное сомнѣніе основано не на иномъ чемъ, какъ на отсутствіи требуемаго интереса. Все дѣло въ томъ, что Папиніанъ (хорошо извѣстный благородствомъ своего образа мыслей) отказывается признать интересъ въ какой-нибудь «poena non inrogatae indignatio», или vindicta, или въ чемъ-нибудь подобномъ. А безъ должнаго интереса неустойка, *выговоренная «citra stipulationem»*, взысканію не подлежитъ. Положимъ, Папиніанъ не останавливается на неудовлетворительности для истца этой выбранной сторонами формы неустоичнаго соглашенія, но онъ и не имѣетъ достаточнаго къ тому повода при наличности подлежащей его разрѣшенію species facti.

§ 7.

Неустойка въ своемъ качествѣ заранѣе опредѣленнаго въ пользу вѣрителя интереса.

Ближайшій анализъ матеріала, заключающагося въ нашихъ источникахъ по изслѣдуемому вопросу, выяснилъ, что самымъ обыкновеннымъ, нормальнымъ отношеніемъ между исполненіемъ по главному обязательству и исполненіемъ по обязательству неустоичному оказывается отношеніе несомнѣнно альтернативное. Дальнѣйшее изложеніе насъ еще болѣе убѣдитъ въ этомъ, показавъ, что

... reliquorum XX... denarios XXIII et horum centesimam me soluturum ex die supra scripta in diem IV k. Oct.; si vero tibi non reddidero in diem constitutam, reddam pro accessione amplius denarios XXV: Act. Ald. mai.

[.... καὶ τῶν λοιπῶν κ'... γων δηνάρια κγ' καὶ τούτων ἑκατοστὴν τίσειν ἀπὸ τῆς προγεγραμμένης ἡμέρας εἰς τὴν δ' κ. Ὀκτωβρίας· ἐὰν δὲ μὴ ἀποδῶ σοι εἰς τὴν ἡμέραν ὡρισμένην, ἀποδώσω ὡς πρωϊὸν ἔτι δηνάρια κε'. Ἐγένετο εἰς Ἄλβουρνον μεγάλην.]

C. J. L. III, 2, 933; Bruns Fontes стр. 312; Girard Textes стр. 818 сл.

[1]) Савиньи назв. соч. II § 80 прим. a. Ср., впрочемъ, относительно толкованія не совсѣмъ легкаго fr. 7 D. cit. и предшествующаго ему fr. 6 § 1 D. eod. Пассека, Неимущественный интересъ въ обязательствѣ стр. 192 слл. и приведенную у него литературу, а въ послѣднее время еще Kohler'a, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch въ его Archiv für bürgerliches Recht XII стр. 55 слл.

ЦАБ "Автограф"

иного рода отношеніе допускается и встрѣчается лишь изрѣдка, въ видѣ только исключенія изъ правильно повторяющейся альтернаціи.

Отсюда дозволителенъ тотъ выводъ, что неустойка является по преимуществу суррогатомъ интереса и служитъ цѣлямъ облегченія положенія истца. Она освобождаетъ его отъ подчасъ тяжелой для него необходимости доказывать размѣръ своего интереса или, что то же, вреда и убытковъ, причиненныхъ ему неисполненіемъ главнаго обязательства. Такимъ образомъ, въ полной мѣрѣ оправдывается знакомая намъ мысль, нашедшая себѣ выраженіе въ неоднократно уже упоминавшихся изреченіяхъ юриста-классика Венулея (fr. ult. D. de stip. praetor. 46, 5) и Юстиніана (§ ult. I. de V. O. 3, 15): commodius, optimum est poenam subicere! Выговоривъ себѣ пеню, человѣкъ не зависитъ ни отъ усмотрѣнія судьи, ни отъ возможныхъ случайностей въ процессѣ объ убыткахъ: онъ можетъ относиться совершенно спокойно къ неисправности своего контрагента, зная, что онъ отъ нея не потерпитъ и что вознагражденіе обезпечено ему въ установленномъ заранѣе размѣрѣ[1]).

Чрезвычайно вѣрнымъ поэтому и мѣткимъ слѣдуетъ признать воззрѣніе Виндшейда, который договорной неустойкѣ присваиваетъ «природу напередъ сдѣланной въ пользу вѣрителя оцѣнки его интереса»[2]).

Изъ всего до сихъ поръ изложеннаго легко вывести слѣдующія два положенія[3]).

---

[1]) При этомъ мною даже оставляются въ сторонѣ нѣкоторые чисто римскіе моменты (судопроизводственнаго характера) въ родѣ, напримѣръ, большей легкости взысканія по стипуляціи, чѣмъ по матеріальному обязательству, или, далѣе, увеличенія отвѣтственности противной стороны при condictio certae pecuniae вслѣдствіе возможной здѣсь sponsio poenalis tertiae partis (G. IV, 171). Все это, безспорно, представляло въ древнемъ Римѣ лишній рядъ выгодъ, который, естественно, еще сильнѣе побуждалъ древняго римлянина обращаться особенно часто къ испытанной помощи неустойки.

[2]) Въ указ. мѣстѣ прим. 15. Совершенно неосновательно отвергается это частью французскихъ юристовъ, писавшихъ о нашемъ предметѣ. См., напримѣръ, Thoureau De la clause pénale стр. 12.

[3]) Ср. Дернбурга, Pand. II § 46 п. 3. Къ тѣмъ же приблизительно выводамъ приходитъ и Madeyski (въ назв. статьѣ § 8), съ тою разницей, что представленная имъ схема отличается изумительной сложностью и неясностью, отчасти благодаря нѣкоторымъ вносимымъ имъ терминамъ и понятіямъ собственнаго изобрѣтенія.

ЦАБ "Автограф"

1) Если неустойка условлена на случай полнаго неисполненія или ненаступленія дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства, то вѣритель вправѣ по своему выбору потребовать либо исполненія обязательства или вознагражденія за причиненные убытки, либо, взамѣнъ этого, уплаты неустойки.

2) Если, напротивъ, неустойка условлена на случай неисполненія частичнаго—опозданія[1]) со стороны должника или неудовлетворительности исполненія имъ обязательства,—то вѣритель можетъ, разумѣется, потребовать исполненія, но сверхъ того имѣетъ право только на одно изъ двухъ: или на неустойку, или на соотвѣтственный интересъ.

Въ первомъ случаѣ неустойка (p_1) представляетъ изъ себя эквивалентъ всего дѣйствія, обѣщаннаго по главному обязательству (a), и всего интереса вѣрителя по исполненію (b). Формула здѣсь такая:

$$a \text{ или } p_1,\ b \text{ или } p_1.$$

Во второмъ случаѣ неустойка (p_2) равноцѣнна интересу только частичному (m): она замѣняетъ ущербъ отъ предусмотрѣнной несвоевременности или недостаточности главнаго дѣйствія. Формула здѣсь:

$$a + m \text{ или } a + p_2.$$

Но въ обоихъ случаяхъ альтернативное начало одинаково ясно. И въ обоихъ оно одинаково вмѣстѣ съ тѣмъ справедливо и необходимо, ибо одинъ и тотъ же интересъ или вредъ дважды не вознаграждается. Вѣритель, какъ резонно замѣчаетъ Дернбургъ[2]), не долженъ, благодаря неустойкѣ, получать что-либо вдвойнѣ. Альтернація, прибавлю отъ себя, обусловливается римскимъ и общегражданскимъ афоризмомъ: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur[3]).

Нашему началу нисколько, понятно, не противорѣчитъ уже знакомое намъ право кредитора на дополнительное требованіе, возможность дополучить остаточный плюсъ путемъ позднѣйшаго предъявленія болѣе выгоднаго изъ двухъ принадлежащихъ ему исковъ.

---

[1]) Просрочка приравнивается къ частичному неисполненію, по поговоркѣ: minus solvit qui tardius solvit.

[2]) Въ указанномъ мѣстѣ: „Der Gläubiger soll durch die Konventionalstrafe nicht Doppeltes erhalten“.

[3]) Гай во fr. 57 D. de R. I. A. (50, 17).

ЦАБ "Автограф"

Въ самомъ дѣлѣ. Мы сказали, что неустойка, съ точки зрѣнія альтернативнаго по выбору вѣрителя отношенія, является не инымъ чѣмъ, какъ заранѣе оцѣненнымъ въ его, кредитора, пользу интересомъ. Отсюда, конечно, слѣдуетъ, что должникъ, при неисполненіи своего обязательства, не вправѣ возвращаться къ интересу и настаивать на его величинѣ, не вправѣ отвѣчать кредитору, ищущему неустойки: «Нѣтъ, столько тебѣ не причитается, ибо твой интересъ, размѣръ дѣйствительно причиненнаго тебѣ ущерба не достигаетъ такой цыфры; меньше, изволь, я готовъ уплатить»[1]). Но изъ той же природы неустойки, изъ той же подмѣченной нами роли ея отнюдь не слѣдуетъ, чтобы и самъ вѣритель не имѣлъ права доказывать высоту своего интереса, не могъ заявлять притязаніе на извѣстную намъ разность, всякій разъ какъ она оказывается налицо.

---

[1]) Мнѣ нѣтъ, думаю, надобности развивать въ подробности ту мысль, что такое право должника лишило бы неустойку всякаго существеннаго значенія и практически почти окончательно обезцѣнило бы этотъ, несомнѣнно, благодѣтельный въ общемъ институтъ, предлагаемый законодателемъ въ интересахъ гражданскаго оборота. Все сбереженіе времени и труда, выгадываемое, благодаря неустойкѣ, какъ сторонами, такъ и судьей, должно бы неминуемо исчезнуть. Справедливо замѣчаетъ по этому поводу Іеринъ (назв. соч. стр. 10 слл.), что допустить отвергаемое здѣсь право должника значитъ уничтожить всю процессуальную важность неустойки, которая въ томъ-то и заключается, чтобы отрѣзать путь всякимъ спорамъ насчетъ интереса. Онъ затѣмъ весьма рельефно продолжаетъ: „An Stelle der einfachen klaren Gestaltung des Verhältnisses, wie es von den Parteien bei Abschluss des Vertrages in Ausübung des ihnen gesetzlich zugestandenen Autonomierechts beliebt worden ist, würde eine Komplizirung des Verhältnisses treten, welche die Aufgabe der Parteien wie des Richters in gleicher Weise erschweren würde“. И дальше: „Nur der Jurist weiss, was ein Streit über das Interesse zu bedeuten hat und mit welchen Schwierigkeiten der Beweis desselben verbunden ist. Unter allen Thatbeständen, welche Gegenstände der prozessualischen Beweisführung bilden können, gibt es keinen, bei dem erfahrungsmässig der Beweis sich so schwer herstellen lässt, als der Betrag des Interesses, denn während der Beweis bei allen anderen Thatbeständen sich darum dreht, was geschehen ist, dreht er sich darum, was geschehen sein würde, wenn eine gewisse dem Beklagten zur Last fallende Thatsache nicht eingetreten sein würde: Dort hat er Thatsachen zum Gegenstande, hier Möglichkeiten, deren Verwirklichung eben durch den Beklagten abgeschnitten worden ist. Jede Interessenklage ist eine Wahrscheinlichkeitsrechnung und als solche etwas ausserordentlich Missliches, bei keiner Klage ist der Richter in dem Masse der Gefahr ausgesetzt, beim besten Willen ein Unrecht gegen die Partei zu begehen, als bei ihr“.

ЦАБ "Автограф"

Отчего бы ему быть связаннымъ неустойкою? Вѣдь условлена она въ видахъ его только пользы, облегченія и улучшенія его положенія. Затѣмъ же обращать ее въ обоюдоострое, опасное для того же кредитора оружіе?! Вредить кредитору неустойка не должна, не можетъ. Отъ ея присоединенія къ основному обязательству положеніе вѣрителя ухудшиться не въ состояніи. Такого отрицательнаго ея значенія никакъ нельзя бы разумно объяснить: оно не оправдывается ни природою нашего института, ни источниками римскаго права, поскольку мы успѣли съ ними ознакомиться.

Не слѣдуетъ также забывать—и это точно также говоритъ противъ прикрѣпленія вѣрителя къ неустойкѣ, — что при обязательствѣ, обезпеченномъ неустойкой, получаются, строго говоря, два обязательства, выговариваемыя для себя кредиторомъ и принимаемыя на себя должникомъ. Вытекающіе изъ этихъ двухъ обязательствъ два иска существуютъ рядомъ, другъ подлѣ друга и взаимно ограничиваются только отчасти, въ томъ лишь соображеніи, что оба они служатъ одной и той же цѣли вознагражденія вѣрителя. а дважды одна и та же цѣль не должна осуществляться. Выражаясь болѣе технически, все ограниченіе сводится къ матеріально-альтернативному отношенію «quo ad quantitates concurrentes». Дальше оно не идетъ. Или еще другими словами: неустойка для вѣрителя является только тѣмъ минимумомъ, на который онъ вправѣ притязать. Соглашеніемъ на ея счетъ онъ хочетъ избавить себя отъ необходимости доказывать размѣры своего интереса, но онъ тѣмъ не думаетъ лишать себя права прибѣгать къ такому доказательству, когда почему-либо считаетъ его для себя выгоднымъ.

Въ связи съ только-что сказаннымъ и въ виду одного существующаго въ литературѣ мнѣнія[1]), я здѣсь еще verbis expressis подчеркну, что, какъ намъ уже извѣстно изъ предыдущаго параграфа, вѣритель воленъ получить свой плюсъ или разность между двумя требованіями въ какомъ ему угодно порядкѣ: онъ можетъ сначала взыскать неустойку и затѣмъ, убѣдившись, что причиненный ему ущербъ по своему размѣру больше, вчать еще дополнительный искъ объ остаткѣ, исходя изъ другого, точно также уполномочивающаго его, основного обязательства. Но онъ съ пра-

---

[1]) См., напримѣръ, Heimbach'a въ статьѣ „Conventionalstrafe“ въ Rechtslexikon Weiske III стр. 64.

ЦАБ "Автограф"

нымъ правомъ и успѣхомъ можетъ сперва предъявить требованіе объ убыткахъ и послѣ того просить о добавкѣ, опираясь на придаточное соглашеніе о неустойкѣ. Послѣднее подчасъ отрицается. Но безъ малѣйшаго къ тому основанія. Нѣтъ причины относиться къ указаннымъ двумъ случаямъ различно. Истцу обѣщана неустойка во 100. Неисполненіе договора причинило ему, на его взглядъ, убытковъ на 120. Онъ, естественно, оставляетъ пока условіе о неустойкѣ въ сторонѣ и возбуждаетъ дѣло о возмѣщеніи именно убытковъ. Но судья противъ ожиданія, не соглашается съ нимъ и понесенный имъ ущербъ оцѣниваетъ всего только въ 90. Тогда нашъ истецъ пользуется условіемъ о пенѣ и дополучаетъ свои 10, какъ разность между 100 и 90.

Правда, что при обычномъ теченіи вещей вѣритель всегда начнетъ не съ иска по основному обязательству, а съ иска о неустойкѣ. Весьма понятно: такимъ путемъ избѣгается доказываніе интереса, въ чемъ вѣритель стремится прежде всего. Этимъ, между прочимъ, объясняется, почему римскіе юристы, при обсужденіи вопроса о дополнительномъ требованіи, вовсе не затрагиваютъ случая требованія неустойки послѣ главнаго иска. Этотъ случай имъ справедливо рисуется сравнительно рѣдкимъ и даже исключительнымъ. Но возможной и юридически дозволенной необходимо признавать также и эту послѣдовательность, — съ чѣмъ согласно и громадное большинство современныхъ писателей [1]).

Такимъ образомъ, всѣ до сихъ поръ нами разсмотрѣнныя положенія прекрасно согласуются съ намѣченной природой нашего института въ римскомъ правѣ. И такое пониманіе ея, повидимому, не было чуждо самимъ римскимъ юристамъ. По крайней мѣрѣ, можно указать на одно изреченіе Павла, въ которомъ ясно проглядываетъ и даже подчеркивается характеръ неустойки, какъ суммы, предназначенной служить оцѣнкѣ интереса.

Это мало извѣстная

l. 39 D. de operis libert. (38, 1). Paulus libro septimo ad Plautium.

pr. Si ita stipulatio a patrono facta sit: «si decem dierum ope-

[1]) Ср. Вангерова (Lehrb. III стр. 343). Видшейда (Lehrb. II § 285 прим. 15), Дернбурга (Pand. II стр. 132), Барона (въ указанномъ мѣстѣ), Бертолини (назв. соч. стр. 73 прим. 1).

ЦАБ "Автограф"

ras non dederis, viginti nummos dare spondes»? videndum est, an et rel.

§ 1. Sequens illa quaestio est, an libertus impetrare debeat, ne maioris summae quam viginti condemnetur, quia videtur quodammodo patronus tanti operas aestimasse ideoque non deberet egredi taxationem viginti...

Здѣсь, какъ и во всѣхъ прочихъ мѣстахъ источниковъ, съ которыми мы встрѣчались, моментъ штрафа, наказанія или возмездія въ нашей «poena» совсѣмъ отсутствуетъ или во всякомъ случаѣ чрезвычайно отодвинутъ на задній планъ. А вслѣдствіе того я никакъ не могу заявить себя солидарнымъ съ тѣми писателями, которые именно въ карательномъ элементѣ усматриваютъ все существо неустойки. Такое воззрѣніе принадлежитъ, какъ извѣстно, преимущественно нѣмецкому писателю Wendt'у, который въ своей статьѣ «Begriff und Wesen der Conventionalstrafe»[1]) проводитъ мысль діаметрально противоположную нашей.

Онъ прямо говоритъ: «Ich formulire als Gegenbehauptungen: Der Begriff der Strafe hat keine innere, aus dem Wesen der Strafe folgende Beziehung zum Schadenersatz». Наказаніе внѣ отношенія къ вознагражденію за вредъ и убытки! Далѣе: «Оно, наказаніе, обращаетъ свой взоръ на преступника и постановляетъ in odium eius нѣчто такое, что служитъ удовлетворенію исключительно только публичнаго интереса. Между тѣмъ возмѣщеніе убытка вращается въ сферѣ частнаго оборота, и производится оно in favorem лица, потерпѣвшаго правонарушеніе...». Нельзя, продолжаетъ Вендтъ, не стать на точку зрѣнія наказанія («Strafe») и въ дѣлѣ неустойки («Conventionalstrafe»); нельзя не усмотрѣть, что и ея существо заключается тоже въ обузданіи или карѣ, «in der coërcitio», какъ энергично выражается нашъ авторъ, «welche um eines Thuns oder Lassens willen den Schuldigen treffend, ihm Leid und Pein zu bereiten bestimmt ist und von der Rücksicht auf einen Gegner und die Interessen desselben völlig frei und unabhängig bleibt»[2]).

---

[1]) Это, собственно, четвертая глава его болѣе общей статьи подъ заглавіемъ „Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis“, помѣщенной въ Jahrbb. Іеринга XXII. Ср. его же Lehrbuch der Pandekten § 73 и еще Sjögren'a въ назв. соч. §§ 1 и 2 i. f.

[2]) Въ указанномъ мѣстѣ стр. 399 сл.

ЦАБ "Автограф"

Но съ Вендтомъ согласиться, на мой взглядъ, нельзя. Онъ прежде всего безусловно неправъ въ отождествленіи настоящей, законной и публичной, poena съ такъ наз. poena conventionalis [1]). Его перенесеніе на неустойку моментовъ уголовно-правовыхъ оказывается поэтому вполнѣ произвольнымъ. Вмѣсто того чтобы индуктивно, такъ сказать, убѣдиться, что̀ за характеръ и значеніе римское право придавало изслѣдуемому нами институту, и отсюда уже выводить его природу и затѣмъ, на твердой основѣ положительнаго матеріала, заниматься его юридической конструкціей,—вмѣсто этого, Вендтъ апріорно, опираясь на внѣшнюю только терминологію, сливаетъ воедино существо неустойки съ существомъ уголовно-правового наказанія, послѣ чего ему, естественно, остается только одно: игнорировать степень соотвѣтствія или, лучше, несоотвѣтствія своего предвзятаго ученія истинному смыслу римско-правовыхъ рѣшеній. Вендтъ даже не пытается оправдать или подтвердить свои положенія ссылкою на источники и провѣркою ихъ. Стоя на почвѣ пандектнаго права, онъ разсуждаетъ однако такъ, какъ если бы ни одного изъ интерпретированныхъ нами мѣстъ въ Corpus Iuris не существовало. Лишь мимоходомъ имъ упоминается, что общія l. 9 и l. 34 i. f. de R. I. A. 50, 17 («Semper in obscuris quod minimum est sequimur», «ad id, quod minimum est, redigenda summa est») могли бы господствующимъ мнѣніемъ цитироваться въ свою пользу, но что въ сущности и эти изреченія бездоказательны. Излишне напоминать, что ни тотъ, ни другой изъ этихъ отрывковъ намъ не понадобился для нашихъ цѣлей и, разумѣется, понадобиться не могъ.

Но сказаннаго недостаточно. Вендтъ ошибается еще и въ другомъ отношеніи. Разсуждая о природѣ наказанія и абсолютномъ его характерѣ, онъ какъ бы находится совершенно внѣ времени и пространства [2]). Вопросъ о томъ, всегда-ли въ древнемъ Римѣ строго производилось разграниченіе между карою, съ одной, и вознагражденіемъ, съ другой стороны, Вендтомъ не возбуждается и даже, повидимому, не приходитъ ему на мысль. Между тѣмъ вопросъ этотъ весьма и весьма важенъ. Если бы Вендтъ его себѣ хотя

---

[1]) Ср. G. Hartmann, Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung въ Archiv für die civ. Praxis LXXIII стр. 380.

[2]) Къ послѣдующему ср. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II стр. 720 сл.

ЦАБ "Автограф"

предложилъ, то онъ, несомнѣнно, самъ бы и разрѣшилъ его въ смыслѣ отрицательномъ, т. е. противъ себя и своей конструкціи. Отъ его вниманія тогда, конечно, не могло бы ускользнуть, что римская poena, поражавшая делинквента, далеко не всюду имѣла въ виду его одного, этого правонарушителя; что она, напротивъ, считалась и съ тѣмъ другимъ лицомъ, лицомъ потерпѣвшимъ, на долю котораго при деликтѣ выпадала роль пассивная и которому право стремилось доставить удовлетвореніе, — въ сравнительно позднее еще время точно такъ же, какъ въ отдаленную эпоху господства кровавой мести и системы денежныхъ композицій. Моменты in odium одного и in favorem другого, такимъ образомъ, вовсе не обязательно отдѣлялись другъ отъ друга. Но помимо того: Вендтъ забываетъ, далѣе, о существованіи такихъ, напримѣръ, явленій, какъ такъ наз. actiones mixtae, въ которыхъ до очевидности ясно соединены и притомъ сознательно соединены обѣ стороны— какъ возмездіе, такъ и возмѣщеніе причиненнаго ущерба.

Но и этого мало. Въ Римѣ, при присужденіи въ пользу истца по деликту, нерѣдко главнѣйшую роль играетъ именно вознагражденіе за вредъ. Тотъ излишекъ, который съ виновнаго взыскивается сверхъ того, не выдѣляется особо, не отличается или не строго отличается отъ остального: и то и другое вмѣстѣ сливается въ одно общее представленіе о poena, центръ тяжести которой подчасъ заключается, настаиваю, въ компенсаціи убытка. Классическій примѣръ такого рода явленія, очевидно, имѣется въ извѣстной actio legis Aquiliae, въ этомъ, по удачному выраженію Перниса, штрафномъ искѣ, направленномъ на вознагражденіе [1]).

То же самое, говоритъ Карлова, наблюдается и при договорной poena, т. е. при неустойкѣ. И при ней римское право принимаетъ въ соображеніе отнюдь не только одного отвѣтчика, не выполнившаго или ненадлежаще выполнившаго свое обязательство, но и вѣрителя. Послѣдній получаетъ удовлетвореніе; что въ этомъ удовлетвореніи существенную роль играетъ интересъ, ясно само собой. Въ какомъ при этомъ размѣрѣ вѣритель выговариваетъ себѣ удовлетвореніе, его дѣло или,

---

[1]) „Die Aquilia eine Pönalklage auf Ersatz“, въ Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach Römischem Rechte стр. VIII, 116 слл.

ЦАБ "Автограф"

лучше, дѣло соглашенія: что выговорено, то онъ вправѣ требовать,—даже въ томъ случаѣ, если оно превышаетъ величину интереса. Но важно, что въ эту условленную сумму входитъ вмѣстѣ съ тѣмъ уже и интересъ, что подлежащая здѣсь взысканію роепа разсматривается, какъ одно цѣлое, въ которомъ отдѣльныя части—интересъ и возможный, дополнительный штрафной плюсъ—слиты нераздѣльно.

Разсужденіе Карловы мнѣ кажется совершенно правильнымъ и содержитъ еще одинъ доводъ противъ теоріи Вендта. Но и этимъ не исчерпываются всѣ возраженія. Карлова, безспорно, указываетъ на отношеніе неустойки къ интересу, на ихъ связь между собой, но и онъ въ общемъ стоитъ еще слишкомъ близко къ области наказанія и допускаетъ, повидимому, еще слишкомъ много точекъ соприкосновенія между нашимъ институтомъ и деликтомъ. Онъ не выдвигаетъ чисто договорнаго характера неустойки, не опирается въ своей критикѣ ученія Вендта на строго гражданскую ея природу. А между тѣмъ въ этомъ именно и заключается едва-ли не серьезнѣйшій аргументъ противъ оспариваемой конструкціи. Добровольная неустойка, утверждаю я, не имѣетъ ничего общаго *со сферою наказанія* въ техническомъ смыслѣ слова. Неустойка, естественно, безконечно далека отъ публичной уголовно-правовой кары (которая одна только и носилась предъ воображеніемъ Вендта), но она равнымъ образомъ совершенно не сродни штрафу при такъ наз. delicta privata, т. е. проступкахъ или недозволенныхъ дѣйствіяхъ, караемыхъ на почвѣ частно-правовой.

Зависимость — даже историческая — нашей неустойки отъ роепа publica или privata не поддается доказательству и ни откуда не явствуетъ. Изреченіе римскихъ юристовъ о неустойкѣ не содержитъ ни разу, несмотря на свою многочисленность, ни малѣйшаго указанія или хотя бы намека на связь ея—хотя бы въ прошедшемъ — даже съ деликтнымъ штрафомъ. Наоборотъ: всюду наблюдается исключительно гражданско-правовое на нее воззрѣніе и оперированіе, отрѣшенное отъ всякой примѣси или остатковъ деликтнаго свойства. Достаточно назвать actio ex stipulatu или condictio, какъ искъ изъ неустоичнаго договора, или упомянуть о пассивной его преемственности (противъ наслѣдниковъ отвѣтчика), или вспомнить, далѣе,

ЦАБ "Автограф"

объ отношеніи между интересомъ и неустойкою — отношеніи, подходящемъ подъ категорію «Solutionskonkurrenz», а не Konsumptionskonkurrenz [1]); достаточно, наконецъ, сослаться на тотъ фактъ, что внѣшняя форма соглашенія о неустойкѣ, форма условія, въ значительной степени опредѣляетъ собой связанныя съ нашимъ институтомъ юридическія послѣдствія [2]), — чтобы неизбѣжно прійти къ заключенію о крайней невѣроятности какой бы то ни было, въ томъ числѣ и генетической, близости между договорной пенею и наказаніемъ за проступокъ.

Мысль о происхожденіи многихъ договорныхъ обязательствъ и исковъ изъ обязательствъ и исковъ деликтныхъ, эта мысль, оказавшаяся истинною и для римскаго права [3]), въ области нашего института не находитъ себѣ примѣненія [4]). Результатъ изысканій Іеринга, что идея крѣпости обязательственнаго правоотношенія должна была сперва пролагать себѣ путь чрезъ деликтъ и деликтную точку зрѣнія,—къ добровольной неустойкѣ отношенія не имѣетъ. На почвѣ римскаго права, если не уходить въ сферу непровѣренныхъ и неподлежащихъ провѣркѣ гипотезъ, невозможно, повторяю, уловить хотя бы одно, хотя слабое звено, связующее добровольную неустойку съ міромъ уголовнымъ или даже частноуголовнымъ.

Если, далѣе, тотъ же Іерингъ свое изслѣдованіе заканчиваетъ словами: «Съ ростомъ идеи права вымираютъ наказанія, арсеналъ карательныхъ средствъ находится въ обратномъ отношеніи къ степени совершенства правопорядка и зрѣлости народовъ»,—то къ этимъ прекраснымъ словамъ знаменитаго романиста можно только присоединиться, но къ институту poenae stipulatio они опять-таки неприложимы и противъ неизмѣнно договорнаго, на всѣхъ доступныхъ намъ ступеняхъ историческаго развитія строго гражданскаго характера явленія ничего не способны заключать.

Скорѣе можно бы, разсуждая a contrario, извлечь изъ нихъ извѣстный аргументъ въ пользу защищаемаго здѣсь взгляда. Я, по крайней мѣрѣ, склоненъ видѣть характерное указаніе, идущее въ разрѣзъ съ теоріей Вендта, какъ разъ въ распро-

---

[1]) См. выше стр. 62 слл.

[2]) Мы въ этомъ убѣдимся ниже въ § 24.

[3]) См., главнымъ образомъ, Іеринга, Das Schuldmoment im römischen Privatrechte гл. III. Ср. Pernice, M. Antistius Labeo I стр. 443 слл.

[4]) Вопреки Sjögren'у, назван. соч. стр. 83 сл.

ЦАБ "Автограф"

страненности нашего института и въ любви къ нему со стороны оборота и его представителей въ эпоху полнаго разцвѣта права въ Римѣ, достиженія имъ высшей степени мѣнового строя и народнаго хозяйства. Что добровольная неустойка и въ современномъ затѣмъ гражданскомъ быту—излюбленнѣйшее средство, что пользованіе ею идетъ не уменьшаясь, а, напротивъ, постоянно увеличиваясь, соразмѣрно естественному росту количества сдѣлокъ,— фактъ, [1]) наглядно показывающій, насколько непримѣнимъ къ нашему институту, справедливый самъ по себѣ, афоризмъ Іеринга, и насколько, слѣдовательно, ошибочно отстаиваемое Вендтомъ отождествленіе неустойки съ настоящимъ наказаніемъ.

Въ заключеніе еще только слѣдующее. Одному названію или терминy придавать особенное значеніе, по моему мнѣнію, неосновательно. Между тѣмъ въ литературѣ такое отношеніе нерѣдко встрѣчается и помимо Вендта. Такъ, Sjögren [2]) недоумѣваетъ, почему римскіе юристы стали бы говорить о «poena», если бы ими не имѣлась ввиду дѣйствительная и неподдѣльная кара: источники, прибавляетъ онъ, нигдѣ не намекаютъ на то, чтобы здѣсь было словоупотребленіе per abusionem.

Но подобное подчеркиваніе терминологіи является преувеличеніемъ, способнымъ повести къ заблужденію. Слово «poena» употреблялось въ Римѣ, очевидно, въ смыслѣ самомъ общемъ [3]): по адресу нашего института оно, на языкѣ юристовъ-классиковъ, означаетъ приблизительно то же самое, что невыгода или уронъ. Не болѣе. И мы въ современной рѣчи выражаемся почти точно такъ же: отвѣтчикъ, говоримъ мы теперь, за неисполненіе обязательства наказанъ, онъ жестоко поплатился, и т. п. Но значенія возмездія за проступокъ мы этимъ выраженіямъ не придаемъ; въ область криминальную или деликтную они насъ не уносятъ, какъ не уноситъ въ нее и извѣстное (знакомое намъ) опредѣленіе неустойки, предложенное Савиньи, даромъ, что онъ необыкновенно остроумно называетъ ее «уголовно-правовымъ установленіемъ въ

---

[1]) Онъ удостовѣряется уже тѣмъ интересомъ къ вопросамъ о неустойкѣ, какой наблюдается на Западѣ въ обществѣ, среди юристовъ—теоретиковъ и практиковъ—и даже неюристовъ. Этотъ интересъ проявился особенно сильно въ послѣднее время въ Германіи по поводу нормированія ученія о неустойкѣ въ новомъ общемъ гражданскомъ уложеніи.

[2]) Назв. соч. стр. 6, 12.

[3]) Ср. Savigny, System V стр. 59.

ЦАБ "Автограф"

миніатюрѣ». Отмѣчу еще, что указанное общее значеніе слова «poena» дало возможность заимствовать его изъ римскаго права и удержать въ громадномъ большинствѣ новыхъ законодательствъ, — между прочимъ, и въ тѣхъ изъ нихъ, гдѣ характеръ неустойки, какъ вознагражденія за вредъ и убытки, стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія[1]).

Въ связи съ разобраннымъ ученіемъ Вендта и въ дополненіе къ уже сказанному[2]) по опредѣленію неустойки, считаю полезнымъ присовокупить еще слѣдующія соображенія.

Съ Вендтомъ и въ другомъ еще отношеніи согласиться невозможно. Дѣло въ томъ, что этотъ писатель, независимо отъ своего сопоставленія неустойки съ уголовною карою, высказалъ еще другой, опять-таки оригинальный взглядъ по занимающему насъ институту. Къ категоріи неустойки, учитъ онъ, относится и такъ наз. lex commissoria. Наряду съ пенею, создающею обязательство, должна быть поставлена пеня, уничтожающая или разрушающая обязательство: и та и другая — виды соглашенія о неустойкѣ. Существуютъ, по нѣмецкой терминологіи Вендта одинаково и «obligatorische» и «kommissorische» «Strafverträge» (послѣдніе называются имъ также «Verwirkungsverträge», «cassatorische Clauseln» и т.п.)[3]). Если, стало быть, купля заключена съ уговоромъ, что при несвоевременномъ внесеніи покупной суммы право собственности на купленную вещь имѣетъ возвратиться къ продавцу, то здѣсь, по мнѣнію Вендта, содержится соглашеніе о пенѣ, ибо и здѣсь контрагенту за нарушеніе имъ принятыхъ на себя обязанностей грозитъ наказаніе. Равнымъ образомъ и по тѣмъ же причинамъ, условіе о неустойкѣ имъ усматривается и въ томъ, напримѣръ, случаѣ, когда лацо, отдающее внаймы, выговариваетъ себѣ право выселить нанимателя при невнесеніи послѣднимъ въ опредѣленные сроки квартирной платы (такъ наз. «Exmissionsrecht»), и т. п.

Но Вендтъ снова неправъ. Неустойка вовсе не имѣетъ своею цѣлью прекращеніе правоотношенія къ невыгодѣ должника. Въ понятіе ея не входитъ всякое условленное и невыгодное для лица по-

---

[1]) См. вторую часть настоящей работы.

[2]) См. § 1 стр. 12 слл.

[3]) Въ указанной статьѣ стр. 407 слл., Lehrbuch стр. 199, Reurecht und *Gebundenheit bei Rechtsgeschäften II стр.* 149.

ЦАБ "Автограф"

слѣдствіе отъ неисполненія имъ главнаго обязательства. Неустойка въ собственномъ смыслѣ необходимо установляетъ новую обязанность для должника, новое право для вѣрителя[1]). Неустойку нельзя видѣть тамъ, гдѣ само главное притязаніе при неисправности должника поражается въ корнѣ, какъ это происходитъ при lex commissoria и при всякомъ вообще отмѣнительномъ условіи. Необходимо строго разграничивать смежныя области неустоичнаго и родственныхъ съ нимъ соглашеній[2]).

И римскіе юристы не стоятъ на точкѣ зрѣнія Вендта. Папиніанъ проводитъ рѣзкое различіе между неустойкою, съ одной, и, lex commissoria, съ другой стороны. Послѣдняя, полагаетъ классикъ, является при куплѣ-продажѣ всегда дозволеннымъ договоромъ; первая—нѣтъ, такъ какъ стороны могутъ ею воспользоваться для обхода закона о процентахъ и, такимъ образомъ, обратить ее въ орудіе для цѣлей скрытаго ростовщичества:

> Vat. 11. Papinianus libro tertio resp. Convenit ad diem pretio non soluto venditori alterum tantum praestari. Quod usurarum centesimam excedit, in fraudem iuris videtur additum. Diversa causa est commissoriae legis, cum in ea specie non fenus inlicitum exerceatur, sed lex contractui non inprobabilis dicatur.

Рѣшеніе Папиніана одобряется и Ульпіаномъ во fr. 13 § 26 D. de A. E. V. (19, 1).

Чуть-ли не еще дальше Вендта хотѣлъ идти Hinschius[3]). Рамки, въ которыхъ вмѣщается неустойка, раздвигаются имъ еще шире. И lex commissoria при закладномъ договорѣ, по Гиншіусу, тоже не иное что, какъ условіе о неустойкѣ. Въ

---

[1]) Ср. весьма ясное опредѣленіе въ Badisches Landrecht (Satz 1226), представляющее свободный переводъ соотвѣтствующей статьи Наполеонова кодекса: „Ein Strafgeding ist dasjenige, wodurch Jemand zur Sicherheit der Vertragsvollziehung für den Fall der Nichterfüllung zugleich eine weitere Verbindlichkeit übernimmt“.

[2]) Ср. Дернбурга Pand. II стр. 130 (и Bürg Recht II стр. 220 сл.), а также Mauler, назв. соч. стр. 98 слл.—Неправъ R. Leonhard въ своихъ примѣчаніяхъ къ изданному имъ (послѣ смерти автора) курсу Eck'a по праву германскаго гражданскаго уложенія (Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I стр. 327).

[3]) См. его статью: „Das Gesetz für den Norddeutschen Bund, betreffend die vertragsmässigen Zinsen, und seine Einwirkung auf das bisherige Civilrecht“ въ издававшейся имъ же Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen II стр. 14 слл. 51 слл.

ЦАБ "Автограф"

самомъ дѣлѣ, разсуждаетъ онъ, неустойка — и, быть можетъ, даже значительная—имѣется и здѣсь: она здѣсь заключается въ разности между цыфрою долга (какъ вычитаемымъ) и тою суммою, которая получилась бы отъ судебной продажи предмета залога (какъ уменьшаемымъ). Изъ своего ученія Гиншіусъ дѣлаетъ самые обширные выводы. Такъ какъ, говоритъ онъ, законодательствомъ 66, 67 и 68 гг. въ Германіи и Австріи былъ отмѣненъ maximum размѣра роста и неустойки и, взамѣнъ того, проведенъ принципъ полной свободы контрагентовъ въ дѣлѣ опредѣленія этого размѣра; такъ какъ, далѣе, встрѣчающаяся при залогѣ lex commissoria, какъ уже сказано,— видъ неустоичнаго соглашенія, то заключеніе отсюда получается то, что вмѣстѣ съ законною нормою для процентовъ и пени оказался уничтоженнымъ и запретъ трактуемой здѣсь lex commissoria при закладѣ. Благодѣтельная конституція Константина (c. 3 C. de pact. pignor. 8, 34) съ конца шестидесятыхъ годовъ, слѣдовательно, перестала дѣйствовать въ пандектномъ правѣ, какъ тогда же пересталъ дѣйствовать и соотвѣтственный параграфъ въ прусскомъ земскомъ уложеніи, въ австрійскомъ и саксонскомъ гражданскихъ кодексахъ, въ Code civil (поскольку идетъ рѣчь о примѣненіи его въ Германіи) и т. д. Все это, по мнѣнію Гиншіуса, eo ipso покончило свое существованіе.

Но такое воззрѣніе безусловно неправильно и въ настоящее время оставлено даже бывшими его сторонниками [1]). Противъ него въ обстоятельномъ, хорошо мотивированномъ рѣшеніи высказался и имперскій судъ въ Лейпцигѣ [2]). Здѣсь достаточно будетъ подчеркнуть, что истинная природа обсуждаемой Гиншіусомъ lex commissoria совсѣмъ иная, чѣмъ неустойки. Соотвѣтственно съ этимъ, императоръ Константинъ, когда сталъ принуждать вѣрителя искать осуществленія своего закладного права опредѣленнымъ способомъ, путемъ непремѣнно продажи предмета заклада, то стремился исключить возможность антиципированной передачи права собственности, но вовсе не добивался того, чтобы ограничить размѣръ вознагражденія вѣрителя за предостав-

---

[1]) Предшественникомъ Гиншіуса въ разбираемомъ направленіи является Jaques въ своей работѣ „Die Wuchergesetzgebung und das Civil- und Strafrecht“ 1867.

[2]) См., главнымъ образомъ, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen IV (1881), 12 стр. 51 слл.

ЦАБ "Автограф"

ленный должнику капиталъ. А потому и германское законодательство о процентахъ и замѣняющей ихъ неустойкѣ не могло коснуться данной lex commissoria, какъ спеціальнаго института залогового права, и регулирующихъ ее постановленій.

Если, прибавлю еще, все дѣло въ неустойкѣ сводить къ имущественной невыгодѣ для должника на случай нарушенія имъ принятаго на себя обязательства и къ созданію такимъ способомъ косвеннаго для него побужденія выполнить это свое обязательство,—тогда я не вижу причины, почему бы не находить одной сплошной неустойки и во всемъ залоговомъ правѣ въ его совокупности. Кто не платитъ, обязанъ допустить продажу заложенной въ обезпеченіе вещи (невыгода); страхъ предъ этой продажей побудитъ къ требуемой уплатѣ (стимулъ, compelle).

Понятіе неустойки тутъ, очевидно, чрезмѣрно расширяется, окончательно расплывается и утрачиваетъ всякое опредѣленное содержаніе, а съ нимъ и всякую способность служить цѣлямъ законодательства и права.

§ 8.

Практика судебныхъ мѣстъ въ территоріяхъ пандектнаго права.

Въ предыдущемъ мы выяснили положеніе изслѣдуемыхъ вопросовъ въ томъ видѣ, въ какомъ они намъ представляются преимущественно въ чистомъ римскомъ правѣ — классическомъ и Юстиніановомъ. Прежде чѣмъ перейти къ дальнѣйшимъ главамъ работы, поучительно бросить взглядъ на такъ наз. нынѣшнее римское право. Разсмотрѣніе нѣсколькихъ наиболѣе выдающихся случаевъ изъ судебной практики высшихъ германскихъ судовъ въ областяхъ дѣйствія пандектнаго права послужитъ хорошей иллюстраціей къ добытымъ результатамъ и покажетъ, какъ намѣченныя начала примѣнялись въ жизни и насколько современной дѣйствительностью подтверждалась и оправдывалась установленная нами природа добровольной неустойки.

Въ одномъ (сравнительно старомъ) рѣшеніи высшаго апелляціоннаго суда въ Кассель отъ 1848 года[1]) начало альтернаціи вы-

[1]) Въ Archiv Seuffert'a für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten III, 38.

ЦАБ "Автограф"

ражается очень ясно. Дѣло шло о договорѣ, заключенномъ между владѣльцемъ табачной фабрики, съ одной стороны, и между мастеромъ, служившимъ раньше на этой фабрикѣ по личному найму, съ другой. При поступленіи на службу къ фабриканту, мастеръ въ свое время обязался въ продолженіе всего срока найма и трехъ лѣтъ по истеченіи онаго не занимать мѣста ни въ какомъ другомъ табачномъ дѣлѣ [1]). На случай нарушенія этого обязательства, по принятому при подобныхъ сдѣлкахъ обычаю, выговорена была неустойка. Впо-

---

[1]) Въ какой мѣрѣ подобныя соглашенія и обязательства вообще дѣйствительны, я здѣсь, естественно, ex professo обсуждать не могу. Вопросъ этотъ чрезвычайно интересенъ и многократно обсуждался въ литературѣ. Отсылаю къ книгѣ Steinbach'a, Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation 1897, гдѣ читатель найдетъ сжатое, но достаточное изложеніе такъ наз. Concurrenzclauseln и гдѣ приняты, между прочимъ, въ соображеніе и результаты изслѣдованій Колера („Die Ideale im Recht" и друг.), собравшаго рядъ судебныхъ рѣшеній самыхъ различныхъ странъ. См. также Штаммлера, Die Lehre von dem richtigen Rechte 1902 стр. 439 слл. Въ общемъ можно выставить то положеніе, что договоры, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, дѣйствительны лишь постольку, поскольку они не идутъ въ разрѣзъ съ публичнымъ правомъ или, говоря точнѣе, не ведутъ къ уничтоженію или существенному умаленію хозяйственной личности отвѣтчика. Условленное запрещеніе конкуренціи должно, слѣдовательно, быть ограниченнымъ во времени и пространствѣ, причемъ для границъ этихъ не долженъ допускаться слишкомъ широкій просторъ. Характерно на этотъ счетъ выражается французскій кассаціонный судъ: „Si la convention prive d'une manière absolue un citoyen du droit d'exercer son industrie, en quelque lieu que ce soit et pour toujours, elle est illicite, car elle détruit le droit que la constitution de 1789, d'accord avec la nature, déclare inaliénable". То же начало положено и въ основаніе соотвѣтственной нормы новаго германскаго торговаго уложенія отъ 10 мая 1897 года (§§ 74 слл.: „... nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird"; ср. еще Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs 1897 стр. 67 слл. и соотвѣтственныя мѣста въ Materialien zum HGB.). Безотрадную картину состоянія вопроса въ Германіи до изданія этого новаго законодательства рисуетъ статья въ журналѣ Soziale Praxis за 1896 годъ (V, 16) стр. 417 слл.—Обобщеніе новой германской нормы, въ примѣненіи ко всякой дѣятельности, представляетъ § 959 новаго Проекта Венгерскаго гражданскаго уложенія: „.. für eine bestimmte Zeit oder hinsichtlich eines bestimmten Ortes... insoweit giltig, als sich die Beschränkung nothwendig erweist, damit die andere Partei an ihrem eigenen Gewerbe oder an ihrer eigenen Beschäftigung durch den Wettbewerb des die Verpflichtung Eingehenden nicht geschädigt werde." (нѣмецкій официозный переводъ, 1901).

ЦАБ "Автограф"

слѣдствіи мастеръ своего обѣщанія не исполнилъ, принявъ еще до окончанія указаннаго срока новое предложеніе. Тогда владѣлецъ фабрики потребовалъ судебнымъ порядкомъ, чтобы нашего мастера, во-первыхъ, признать обязаннымъ оставить немедленно занимаемое имъ мѣсто, безъ права поступленія на какую-нибудь табачную фабрику въ Германіи впредь до такого-то еще срока, и, во-вторыхъ, присудить къ уплатѣ условленной неустоичной суммы. — Но названный судъ совершенно справедливо отвергъ это кумулятивное требованіе какъ исполненія основного обязательства, такъ и внесенія пени по придаточному, а предоставилъ истцу право на то или другое, по его выбору, вмѣнивъ ему, такимъ образомъ, въ необходимость ограничиться однимъ изъ двухъ.

Безусловно въ томъ же смыслѣ высказались, напримѣръ, еще кассаціонный судъ въ Вольфенбюттелѣ въ рѣшеніи отъ 10. X. 1860 года [1]) и позже апелляціонный судъ въ Брауншвейгѣ въ рѣшеніи отъ 9. II. 1880 [2]), причемъ первый (точно такъ же, впрочемъ, какъ и Кассельскій судъ въ изложенномъ процессѣ) за истцомъ открыто признаетъ право вчать затѣмъ еще дополнительный искъ о разности между двумя требованіями, буде предъявленное требованіе окажется менѣе выгоднымъ другого (побочный искъ о неустойкѣ, обезпечивавшій главный договоръ, имѣлъ своимъ предметомъ 80000 гульденовъ).

Далѣе, въ одномъ относительно новомъ рѣшеніи (отъ 20. II. 1893) [3]) апелляціонная инстанція въ Килѣ, исходя изъ извѣстныхъ намъ началъ, разсудила, что вѣритель, если взыскиваетъ неустойку вслѣдствіе неисполненія договора контрагентомъ, не вправѣ удержать за собою тѣ суммы или предметы, какіе имъ получены въ счетъ или какъ часть исполненія главнаго обязательства («Theilleistung»). Истицей продана была отвѣтчику принадлежавшая ей гостинница со всѣмъ инвентаремъ, причемъ покупная сумма (82000 марокъ) подлежала внесенію по частямъ въ опредѣленные сроки. Уплативъ своевременно въ первый разъ причитавшуюся съ него сумму въ 5000, отвѣтчикъ уже второй уплаты сдѣлать не могъ. Истица вслѣдствіе того потребовала внесенія обѣщаннои на этотъ случай неустойки, желая, однако, сохранить вмѣстѣ съ тѣмъ взятыя ею раньше 5000 марокъ. Но судъ ей въ этомъ отказалъ. Изъ мотивовъ рѣ-

[1]) Archiv Seuffert'a XIX, 136.

[2]) Archiv Seuffert'a N. F. V, 198.

[3]) Archiv Seuffert'a N. F. XIX, 11.

ЦАБ "Автограф"

шенія для насъ здѣсь интересно то, что «за истицей признается право на выборъ либо настаивать на силѣ основного договора и требовать убытковъ за промедленіе, либо расторгнуть этотъ договоръ и взыскать неустойку, какъ установленный по взаимному соглашенію размѣръ интереса».

Наконецъ, все то же начало альтернаціи проводится еще въ другомъ рѣшеніи (отъ 29. X. 1850), произнесенномъ на этотъ разъ высшимъ судомъ въ Любекѣ [1]). И въ немъ, при внимательномъ отношеніи къ дѣлу, легко видѣть примѣненіе принципа именно альтернативнаго, а никакъ не кумулятивнаго. Суду пришлось высказаться объ издательскомъ договорѣ, по которому авторъ сочиненія обязался доставить въ совершенно полномъ и готовомъ къ печати видѣ рукопись второго тома не позже, чѣмъ, черезъ годъ, считая съ момента выхода въ свѣтъ перваго тома. Въ противномъ случаѣ авторъ соглашался на потерю половины своего гонорара или, что то же самое, обѣщалъ неустойку, равную этой половинѣ. Изъ содержанія договора явствовало. что неустойка была назначена на случай опозданія, а потому призвана была обезпечить убытки, могущіе произойти отъ этого именно опозданія или промедленія. Когда въ назначенный годъ требуемаго манускрипта представлено не было, а издательская фирма тѣмъ не менѣе продолжала настаивать на исполненіи договора, причемъ просила судъ объ опредѣленіи новаго, необходимаго для написанія книги срока,—тогда нашъ авторъ отвѣчалъ, что цѣною потери половины вознагражденія онъ воленъ и вовсе не представлять рукописи.

Но во всѣхъ инстанціяхъ дѣло имъ было проиграно. Опираясь на указанный смыслъ договора, судьи рѣшили — и правильно рѣшили,—что уплата неустойки не можетъ въ данномъ случаѣ освободить отъ выполненія главнаго обязательства, — на томъ основаніи, что альтернативнаго отношенія здѣсь нужно искать не между основнымъ дѣйствіемъ и неустойкою, а между послѣднею и ущербомъ отъ промедленія. Наряду съ требованіемъ о выполненіи основного договора, издатель, слѣдо-

---

[1]) Archiv Seuffert'a X, 246. По своей поучительности данный процессъ, а также процессъ между фабрикантомъ и мастеромъ включены Штаммлеромъ въ его сборники юридическихъ казусовъ: см., напримѣръ, Praktische Pandektenübungen 2 изд. стр. 328.

ЦАБ "Автограф"

вательно, былъ вправѣ искать еще и неустойки или, вмѣсто нея, понесенныхъ имъ вслѣдствіе проволочки автора вреда и убытковъ.

Практика нерѣдко наталкиваетъ на слѣдующаго рода вопросъ. При соединеніи главнаго дѣйствія съ неустойкой, т.-е. когда неустойка выговорена на случай несвоевременности или неудовлетворительности исполненія и, стало быть, имѣетъ своей цѣлью покрывать лишь частичный интересъ (какъ въ послѣднемъ изъ изложенныхъ процессовъ), — при этихъ условіяхъ можетъ случиться такъ, что вѣритель, уже получившій право на неустойку вслѣдствіе неисправности своего должника, соглашается на выполненіе послѣднимъ основного обязательства — безъ дальнѣйшаго. Спрашивается: *лишается-ли* тутъ вѣритель права на (уже заслуженную) неустойку, на poena iam commissa?! Другими словами (такъ принято формулировать нашу контроверзу), погашается-ли притязаніе на неустойку съ принятіемъ главнаго дѣйствія безъ оговорки или резерваціи («bei vorbehaltloser Annahme der Hauptleistung»)? Примѣръ: Собственникъ магазина *A* заключилъ съ оптовымъ торговцемъ *B* договоръ о доставкѣ ему, *A*, партіи лѣтняго товара къ 1 мая будущаго года, подъ условіемъ платежа за каждый день промедленія 25 марокъ. По винѣ *B* товаръ доставляется не 1 мая, а 21 числа того же мѣсяца. *A* тѣмъ не менѣе принимаетъ его безъ какого-либо заявленія съ своей стороны, но затѣмъ при расчетѣ хочетъ уплатить не всѣ условленныя за товаръ деньги, а на 500 марокъ меньше, предъявляя compensando требованіе на эту цыфру на основаніи запозданія продавца на 20 дней и соглашенія насчетъ неустойки. Возникаетъ вопросъ: вправѣ-ли *A* такъ поступить?

Аналогичныя дѣла нерѣдко доходили до судебнаго разбирательства, и при этомъ нѣкоторые высшіе германскіе суды дотого правильно и мѣтко высказались на ихъ счетъ, что въ общемъ достаточно указать на соотвѣтствующія рѣшенія. Такъ, въ особенности обращаетъ на себя вниманіе рѣшеніе, относящееся къ семидесятымъ годамъ и принадлежащее бывшему высшему апелляціонному суду въ Іенѣ[1]). Здѣсь дается чрезвычайно вѣрное толкованіе тѣхъ мѣстъ источниковъ римскаго права, въ которыхъ думали найти отвѣтъ на занимающій насъ вопросъ. Это извѣстныя: 1) l. ult. D. de eo quod certo loco (13, 4), 2)

---

[1]) Archiv Seuffert'a N. F. III, 215; см. также XXI, 226.

ЦАБ "Автограф"

l. 6 § 2 D. de lege commissor. (18, 3), 3) l. 8 C. de usuris (4, 32) и 4) l. 23 pr. D. de receptis (4, 8). Судъ резонно отвергаетъ мнѣніе романистовъ[1]), извлекающихъ изъ приведенныхъ отрывковъ и рескрипта положеніе, будто въ принятіи главнаго дѣйствія безъ оговорки заключается вмѣстѣ съ тѣмъ молчаливый отказъ отъ неустойки. Удивительно, главнымъ образомъ, то обстоятельство, что къ разрѣшенію вопроса могли привлечь послѣдній изъ перечисленныхъ фрагментовъ, l. 23 pr. D. cit. Совершенно очевидно, что вся контроверза имѣетъ вообще смыслъ и значеніе исключительно только въ томъ предположеніи, что пеня можетъ быть взыскана наряду съ главнымъ дѣйствіемъ,—какъ отчасти уже указано[2]). Но тогда о ней не можетъ быть рѣчи при римскомъ компромиссѣ (рѣшеніи дѣла третейскимъ судомъ), такъ какъ при немъ вѣритель, какъ извѣстно, не въ силахъ былъ принудить отвѣтчика къ исполненію главнаго дѣйствія, а долженъ былъ довольствоваться требованіемъ присужденія ему неустойки на основаніи sententia arbitri. Тутъ болѣе чѣмъ естественно, что принятіе объекта главнаго обязательства исключаетъ возможность взысканія неустойки или, какъ ее здѣсь называютъ, pecunia (poena) compromissa. Но къ нашей контроверзѣ это явленіе, повторяю, ни мало не относится. Тѣмъ болѣе странно, что и теперь еще въ учебникахъ пандектъ можно встрѣтить ссылку на fr. 23 pr. D. cit. въ подтвержденіе означеннаго мнѣнія, а равнымъ образомъ, что само мнѣніе это, устарѣлое и для римскаго права безусловно ошибочное, отстаивается, какъ истинное[3]).

И по существу, впрочемъ, правильно понятое римское воззрѣніе заслуживаетъ предпочтенія предъ господствовавшимъ раньше. Уже сравнительно давно имперскій судъ[4]) резонно выяснилъ, что соглашаясь на выполненіе главнаго дѣйствія, вѣритель тѣмъ самымъ еще нисколько не отказывается отъ неустойки, и что его молчаніе насчетъ дальнѣйшихъ его притязаній не предрѣшаетъ ничего. Заявляя эти притязанія впослѣдствіи, вѣритель не вступаетъ въ про-

---

[1]) См., напримѣръ, Синтениса, Das practische gemeine Civilrecht II § 88 и особенно примѣч. 32.

[2]) Ср. еще Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen IX (1883), 51 стр. 200.

[3]) См., напримѣръ Барона Pandekten § 218 и прим. 10.

[4]) Указанное рѣшеніе стр. 199, ср. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts XXIV, 16.

ЦАБ "Автограф"

тиворѣчіе съ самимъ собою и не погрѣшаетъ противъ честнаго, основаннаго на римской bona fides отношенія къ контрагенту. Всегда и непремѣнно заявлять неисправному должнику о своихъ дѣйствіяхъ въ будущемъ—такой обязанности вѣритель не имѣетъ. Въ настоящее время справедливость подобнаго взгляда признается лучшими цивилистами[1]). Неустойка, далѣе, не отличается какимъ-либо ненавистнымъ характеромъ, который оправдывалъ бы юридическую презумпцію означеннаго отказа: неустойка—не иное что, какъ апріорная оцѣнка причиненнаго ущерба безъ примѣси момента уголовнаго, она вытекаетъ изъ свободнаго соглашенія сторонъ и стремится вознаградить одного, а не покарать другого. Если, вообще говоря, вредъ, понесенный въ силу, скажемъ, промедленія должника, можетъ быть съ него взысканъ, несмотря на молчаливое отъ него принятіе предмета основного обязательства, то почему бы, спрашивается, дѣло обстояло иначе при неустойкѣ, т. е. тогда, когда тотъ же вредъ таксированъ заранѣе?!

Мало того. Если даже забыть о неутѣшительной казуистикѣ[2]), по необходимости вызываемой требованіемъ особой всякій разъ оговорки со стороны кредитора и наблюдаемой въ странахъ, какъ, напримѣръ, Пруссія, гдѣ было кодифицировано ошибочное пониманіе римско-правового положенія[3]),—то все же нужно сказать, что критикуемое воззрѣніе способно привести къ неудовлетворительнымъ съ нравственной стороны послѣдствіямъ. Мало-ли по какимъ побужденіямъ—вполнѣ дозволеннымъ и одобрительнымъ—вѣритель могъ молчать! Быть можетъ, онъ просто упустилъ изъ виду въ данную минуту, что имѣетъ еще добавочное право на неустойку, или не знаетъ этого, или не сразу взвѣсилъ весь причиненный ему ущербъ. Между тѣмъ должникъ будетъ тщательно стараться избѣгать вопроса о неустойкѣ, дабы отвлечь своего вѣрителя отъ мысли о ея взыска-

---

[1]) См., напримѣръ, Дернбурга Pand. II § 46 прим. 12; ср. тамъ же § 42 прим. 5.

[2]) См. преимущественно Дернбурга, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts II стр. 105 сл. и Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts I § 107 прим. 46. Ср. нынѣ еще того же Дернбурга въ его Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs II § 103, IV.

[3]) Allgemeines Landrecht I, 5 § 307. То же самое произошло въ Саксоніи (§ 1429 Саксонскаго гражданскаго уложенія) и отчасти въ Швейцаріи (§ 179 п. 2 Швейцарскаго союзнаго закона объ обязательствахъ) и въ проектѣ Венгерскаго гражданскаго уложенія § 1046.

ЦАБ "Автограф"

ніи,—а впослѣдствіи, когда кредиторъ, вспомнивъ о своемъ правѣ или пожелавъ имъ воспользоваться, предъявитъ свое дополнительное требованіе, тотъ же должникъ, который раньше призналъ бы требованіе вполнѣ естественнымъ, теперь станетъ оспаривать его съ успѣхомъ. При отсутствіи достаточныхъ внутреннихъ причинъ, при наличности одной только положительной нормы, уполномачивающей должника дѣйствовать подобнымъ образомъ, это выводы едва-ли желательные, если стремиться къ согласному съ общественной этикой регулированію гражданскихъ правоотношеній, не исключая и сравнительно маловажныхъ.

Мнѣ поэтому кажется предпочтительной римская точка зрѣнія, предоставлявшая разрѣшеніе вопроса толкованію въ каждомъ конкретномъ случаѣ истиннаго намѣренія сторонъ и воздержавшаяся отъ всякихъ спеціальныхъ правовыхъ предписаній,—словомъ, разсматривавшая нашъ спорный пунктъ, какъ quaestio facti, а не iuris[1]).

Все изложенное, замѣчу еще мимоходомъ, не помѣшало, однако, редакторамъ новаго германскаго гражданскаго уложенія склониться въ пользу мнѣнія обратнаго. Исходя изъ соображеній (въ общемъ весьма почтенныхъ, но въ данномъ случаѣ врядъ-ли идущихъ къ дѣлу) мягкости и снисходительности къ должнику[2]), они пришли къ слѣдующему постановленію, составляющему нынѣ содержаніе § 341 п. 3:

Если кредиторъ принялъ исполненіе, то онъ можетъ потребовать уплаты неустойки въ томъ только случаѣ, если онъ при принятіи выговорилъ себѣ на сіе право[3]).

Первый проектъ (въ § 421 п. 3) содержалъ умѣряющее добавленіе къ этой нормѣ. Въ немъ говорилось, что она не находитъ себѣ примѣненія, если вѣрителю при принятіи главнаго дѣйствія было неизвѣстно его право на неустойку. Но вторая комиссія даже эту прибавку отбросила, все въ тѣхъ же видахъ на-

---

[1]) Ср. Шпренгера въ указанной статьѣ стр. 669 сл.

[2]) См. Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich II стр. 277.

[3]) „Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält".—Своему образцу—германскому гражданскому уложенію—и въ данномъ вопросѣ остается вѣренъ нашъ Проектъ: Обязательства ст. 61 п. 3.

ЦАБ "Автограф"

дѣленія должника сильнѣйшею по возможности защитой и преграждения въ то же время пути ко всякаго рода спорамъ[1]).

Что при этомъ не обошлось безъ протеста во имя соблюденія хотя бы «основныхъ началъ правосудія», что равнымъ образомъ и вообще должны были раздаваться голоса въ пользу романистическаго взгляда,— ясно почти само собой, но... они оказались въ меньшинствѣ, и римское право на этотъ разъ вышло изъ борьбы побѣжденнымъ[2]).

---

[1]) Ср Коментарій Planck'a (II) ad h l

[2]) См. официозно изданные протоколы засѣданій комиссіи для выработки второго проекта I стр. 777 слл

ЦАБ "Автограф"

Глава II.

Отношеніе кумулятивное.

§ 9.

Кумуляція, какъ исключеніе въ источникахъ.

Если въ предыдущемъ я старался показать, что въ римскомъ правѣ—какъ въ древнемъ, такъ и въ «нынѣшнемъ»,—отношеніе между неустойкою и интересомъ кредитора должно быть признано чисто альтернативнымъ, то этимъ, разумѣется, я еще не имѣлъ ввиду утверждать, будто такое отношеніе считается вмѣстѣ съ тѣмъ и единственно возможнымъ. Важно было выяснить и, соотвѣтственно, мною подчеркивалось только то, что альтернація—правило, что она нормальное, наиболѣе частое въ нашемъ институтѣ явленіе. Но правило не устраняетъ, какъ извѣстно, возможности и наличности исключеній. Такъ оно и здѣсь. Вполнѣ мыслимо и другое, кромѣ альтернативнаго, отношеніе. Мыслимо, что стороны желаютъ установить иного рода отвѣтственность за нарушеніе обязательства и заключаютъ соглашеніе въ томъ смыслѣ, что на этотъ случай подлежитъ взысканію не только неустойка, но также и интересъ, одно и другое.

Такъ именно на дѣло взглянула и практика. Въ уже знакомыхъ намъ рѣшеніяхъ на почвѣ пандектнаго права судебныя мѣста формулировали свое воззрѣніе слѣдующимъ правильнымъ образомъ: in dubio или по общему правилу, говорили они, предполагается начало альтернативное между занимающими насъ двумя требованіями[1]).

Вотъ точка зрѣнія римскаго права.

Насколько часто, затѣмъ, стороны въ древнемъ Римѣ отсту-

---

[1]) См. преимущественно Archiv Seuffert'a III, 38 и XIX, 136.

ЦАБ "Автограф"

пали отъ обычной нормы и заведеннаго порядка вещей, опредѣлить, конечно, трудно. Но судя по количеству дошедшихъ до насъ данныхъ, такіе случаи едва-ли можно назвать многочисленными. Почти такъ же, какъ и въ современномъ оборотѣ западной, по крайней мѣрѣ, Европы, они попадаются лишь изрѣдка, въ качествѣ настоящихъ аномалій. Очевидно, и римляне временъ Августа, Адріана или Севера относились къ принципу кумулятивному не многимъ болѣе сочувственно, чѣмъ относится большая часть культурнаго человѣчества семнадцать или восемнадцать вѣковъ спустя: и они, по всей вѣроятности, въ подобномъ отношеніи между интересомъ и неустойкою обыкновенно усматривали излишнюю, чрезмѣрную суровость и крутость по адресу бѣднаго должника и отвѣтчика[1]).

Въ общемъ, подчеркиваю это, въ нашемъ институтѣ безусловно господствовалъ въ Римѣ принципъ альтернаціи.

Послѣдующее изложеніе имѣетъ цѣлью представить всѣ мѣста источниковъ изъ дигестъ и кодекса, въ которыхъ, помимо права на исполненіе или вознагражденіе за убытки, признается еще право и на неустойку. Такихъ мѣстъ—предпосылаю это заявленіе—насколько мнѣ извѣстно, всего только три. Число, безспорно, небольшое.

Но прежде чѣмъ заняться ближайшимъ съ ними ознакомленіемъ, необходимо предварительно еще выяснить самое понятіе кумуляціи и согласиться насчетъ того, что́ мы въ дальнѣйшемъ будемъ разумѣть подъ этимъ терминомъ. Необходимо это, главнымъ образомъ, потому, что весьма многіе писатели, и даже едва-ли не большинство ихъ, находятъ кумулятивное отношеніе уже тамъ, гдѣ «возможно требовать какъ исполненія главнаго договора, такъ и платежа (вмѣстѣ съ тѣмъ) неустойки»[2]). Ясно, что на основаніи этой формулировки кумуляція оказывается уже тамъ, гдѣ неустойка назначается на случай, скажемъ, опозданія должника и, естественно,

---

[1]) Geib (въ указ. мѣстѣ стр. 355) возражаетъ мнѣ: „Dass eine solche [auf die Cumulation zielende Vereinbarung] heutzutage stets als „eine starke Härte gegen den Schuldner“ empfunden werde, daran wird übrigens (insbesondere im Hinblick auf Conventionalstrafen von verhältnissmässig ganz geringfügigem Betrag, die ganz offenkundig nicht den Zweck einer Interessefixirung verfolgen) P. selbst nicht festhalten wollen“. Конечно,—но не такія минимальныя, въ оборотѣ ничего почти не значащія и едва-ли особенно частыя неустойки мною имѣются ввиду.

[2]) См., напримѣръ, Савиньи наз. соч. II стр. 276 сл. (стр. 541 русскаго перевода) или Виндшейда Lehrb. II § 285 п. 4.

ЦАБ "Автограф"

уплачивается независимо отъ выполненія основного дѣйствія [1]). Между тѣмъ, такое правоотношеніе рѣшительно не подходитъ подъ категорію кумуляціи, если понимать ее не внѣшнимъ только

---

[1]) Это положеніе многими высказывается открыто. См., напримѣръ, II Жирара, который въ своемъ курсѣ римскаго права стр. 656 прим. 1 говоритъ слѣдующее: „Le cumul est la règle dans le système du droit moderne, C. civ., art. 1229, il est au contraire l'exception à Rome, où, par suite du système des condamnations pécuniaires, les dommages et intérêts, dont la stipulatio poenae joue le rôle, ne sont pas une indemnité de l'exécution tardive ou incomplète, mais de l'inexécution totale". Что̀ тутъ Жираромъ понимается подъ „cumul", слѣдуетъ какъ изъ его ссылки на статью французскаго Code (см. ниже вторую часть настоящей книги § 16), такъ и изъ подчеркнутыхъ мною словъ.

Кромѣ этого воззрѣнія, на неточность котораго мною указывается въ текстѣ, я желалъ бы обратить вниманіе на взглядъ Жирара, по которому неустойка въ древнемъ Римѣ выговаривалась не на случай частичнаго или несвоевременнаго исполненія должникомъ своего обязательства, а на случай неисполненія полнаго, каковой фактъ приводится въ связь съ особенностью римскаго процесса—требованіемъ непремѣнно денежной condemnatio. Этотъ взглядъ мнѣ кажется справедливымъ (хотя и не въ той, впрочемъ, абсолютной формѣ, какую ему придаетъ авторъ, ср. fr. 47 D. de A. E. V. 19, 1 въ слѣдующемъ параграфѣ). При невозможности принудить отвѣтчика къ выполненію обязательства in natura и необходимости довольствоваться, взамѣнъ того, извѣстною только суммою денегъ, для вѣрителя-римлянина дѣйствительно оказывалось меньше основанія условливаться о неустойкѣ за промедленіе, чѣмъ для насъ нынѣ. Все равно — могъ тамъ разсуждать вѣритель по какой-нибудь obligatio, допустимъ, faciendi—главнаго дѣйствія мнѣ не добиться вопреки волѣ должника: мой контрагентъ можетъ и вовсе не исполнить обязательства, а потому лучше сразу условиться о неустойкѣ на случай полнаго его нарушенія.

Но, очевидно, совсѣмъ другое дѣло въ настоящее время, когда основное дѣйствіе (поскольку оно еще выполнимо) подлежитъ совершенію in natura. Тутъ дѣйствіе останется дѣйствіемъ, разсчитываетъ кредиторъ, требуемая вещь — вещью: ихъ таксировать, стало быть, незачѣмъ, а достаточно заранѣе опредѣлить ущербъ отъ возможнаго только запозданія и тому подобныхъ дефектовъ исполненія.

Кстати отмѣчу, что связь неустойки съ pecuniaria condemnatio была подмѣчена уже и Іерингомъ („... das unerlässliche Complement der Geldcondemnation des römischen Prozesses: die Conventionalpön", въ его Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn въ его же Jahrbb. XVIII стр. 127), — но въ другомъ, правда, направленіи. Іерингъ думаетъ, что неустойка (точнѣе, высота ея) была призвана въ Римѣ побуждать недобросовѣстнаго отвѣтчика къ исполненію самаго дѣйствія, согласно принятому имъ на себя обязательству и несмотря на наличность процессуальнаго принципа обязательности денежной именно condemnatio. Безспорно такъ. Но только не слѣдуетъ преувели-

ЦАБ "Автограф"

образомъ, а нѣсколько глубже и видѣть въ ней не одно только соединеніе неустойки съ чѣмъ-то еще другимъ. Конечно, и въ этомъ случаѣ можно взыскать неустойку и, кромѣ того, потребовать еще исполненія обязательства. Но, вѣдь, неустойка означаетъ здѣсь что? Она означаетъ ущербъ отъ промедленія, каковой ущербъ можетъ быть взысканъ и безъ всякаго соглашенія о неустойкѣ, не умаляя притомъ права на основное требованіе объекта главнаго договора. Неужели мы и тутъ станемъ признавать кумулятивное отношеніе, станемъ говорить о кумуляціи между главнымъ дѣйствіемъ и причиненными убытками?! Конечно, нѣтъ. Но отсюда понятно, что указанная терминологія должна представляться неточной и сбивчивой.

Исходя изъ смысла понятія, я усматриваю кумуляцію въ нашемъ вопросѣ только тамъ, гдѣ сверхъ всякаго интереса можетъ быть взыскана вдобавокъ еще неустойка, гдѣ, стало быть, по одному и тому же пункту производится взысканіе дважды: одинъ разъ въ видѣ требованія соотвѣтствующаго дѣйствія или соотвѣтствующихъ убытковъ, а другой разъ — неустойки. Отсюда слѣдуетъ: если неустойка назначена на случай полнаго невыполненія главнаго обязательства, то наличность кумулятивнаго отношенія должна признаваться лишь тогда, когда вѣритель вправѣ будетъ потребовать: 1) совершенія главнаго дѣйствія (a) или возмѣщенія всего интереса вѣрителя (b) плюсъ 2) уплаты неустойки (p_1). Формула здѣсь:

$$a + p_1 \text{ или } b + p_1.$$

Этотъ случай не возбуждаетъ, впрочемъ, недоразумѣнія.

Но если, далѣе, неустойка назначена на случай несвоевременнаго, положимъ, исполненія обязательства, т.-е. призвана покрывать интересъ отъ промедленія, то здѣсь я, въ отличіе отъ цитированныхъ писателей и господствующаго мнѣнія, считаю правильнымъ

чивать значеніе этого момента, какъ то дѣлаетъ Іерингъ („Daher der ausserordentlich häufige, man möchte sagen: fast regelmässige Gebrauch derselben bei den Römern"). Во-первыхъ, юристы-классики никогда не мотивируютъ стойки необходимостью парализовать процессуальное несовершенство и не потому они совѣтуютъ пользоваться неустойкою; а, во вторыхъ, въ устахъ Юстиніана (§ ult. I. de V. O. 3, 15, см. выше стр. 4) подобный совѣтъ, съ точки зрѣнія Іеринга, долженъ бы быть признанъ полнѣйшимъ анахронизмомъ,—если даже забыть, что у Юстиніана повторяется почти буквально мотивъ классиковъ. Центръ тяжести, главнѣйшій смыслъ неустойки, очевидно, въ другомъ.

ЦАБ "Автограф"

называть кумулятивнымъ только то правоотношеніе, при которомъ требованію со стороны вѣрителя подлежатъ: 1) главное дѣйствіе (a) плюсъ 2) понесенный отъ опозданія вредъ (m) плюсъ 3) неустойка (p_2). Формула, такимъ образомъ, здѣсь:

$$a + m + p_2.$$

Наоборотъ, сумма $a + p_2$ не даетъ еще кумуляціи, какъ не даетъ ея $a + m$[1]).

Нѣкоторой иллюстраціей къ только-что сказанному о существѣ кумуляціи можетъ служить одно мѣсто изъ извѣстной «donatio Flavii Syntrophi». Въ ней даритель, какъ извѣстно, путемъ манципаціи nummo uno и традиціи отдаетъ своему вольноотпущеннику въ собственность и владѣніе цѣлый рядъ объектовъ — сады, зданіе, виноградники и проч., — предварительно заключивъ съ нимъ стипуляцію, въ которой онъ, Flavius Syntrophus, является стипуляторомъ, а promissor'омъ — донатарій, и содержаніе которои составляютъ условія пользованія даромъ. Правильное выполненіе этихъ условій обезпечивается слѣдующей заключительной статьей:

> v. 18 sqq... Si adversus ea factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, et amplius poenae nomine, HS L milia nummum stipulatus est T. Flavius Syntrophus, spopondit T. Flavius Aithales libertus[2]).

Слова эти наглядно показываютъ составъ кумулятивнаго требованія: въ него входитъ весь интересъ и, кромѣ того, неустойка.

Приступая теперь къ разсмотрѣнію тѣхъ трехъ мѣстъ источниковъ, которыя заключаютъ, какъ уже предпослано, примѣненіе начала кумуляціи въ нашемъ вопросѣ, замѣчу, что одно изъ нихъ относится собственно не къ настоящему отдѣлу нашего изслѣдованія, а къ предыдущему, гдѣ обсуждалось отношеніе неустоичной стипуляціи къ главному абстрактному или стипуляціонному же обязательству и гдѣ о данномъ отрывкѣ въ свое время упоминалось. Возвращаюсь къ нему, главнымъ образомъ, съ цѣлью сопоставленія всѣхъ мѣстъ въ Corpus Iuris съ кумулятивнымъ характеромъ.

---

[1]) Ср. выше стр. 75 и Синтениса въ назв. соч II § 88 прим. 21: „so dass... der Gläubiger möglicher Weise dreierlei fordern kann, die Hauptleistung, das Interesse wegen deren verzögerter Leistung und die Strafe".

[2]) C. I L. VI, 10239; Bruns, Fontes стр. 298; Girard, Textes стр. 791.

ЦАБ "Автограф"

Дѣло идетъ о fr. 115 § 2 D. de V. O. (45, 1) [1]). Здѣсь Папиніанъ допускаетъ возможность, что воля сторонъ направлена въ сторону соединенія обоихъ моментовъ, т. е. необходимости для должника произвести и выдачу раба, о которомъ ведется рѣчь, и уплату обѣщанной роепа. Требуется только, чтобы такого рода намѣреніе было внѣ сомнѣнія:

«.... cum id actum probatur, ut .... et homo et pecunia debeatur».

Другое мѣсто — это:

fr. 16 D. de transact. (2, 15). Hermogenianus libro primo iuris epitomarum. Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, si contra placitum fecerit rato manente pacto[2]), stipulanti recte promiserat, praestare cogetur.

Гермогеніанъ постановляетъ рѣшеніе въ томъ смыслѣ, чтобы не только раньше состоявшаяся мировая сдѣлка оставалась въ силѣ (для поддержанія ея въ распоряженіи отвѣтчика имѣется exceptio: наряду съ общими exceptio pacti и doli, еще спеціальная exceptio transactionis или transacti negotii) [3]),—но чтобы независимо отъ этого была внесена еще и пеня, обѣщанная на случай нарушенія мировой сдѣлки. Что юристъ проводитъ здѣсь принципъ кумуляціи, не требуетъ поясненій: неустойка взыскивается, а по обезпечиваемому ею главному дѣйствію все-таки требуется исполненіе въ полной мѣрѣ.

На первый взглядъ рѣшеніе это способно вызвать удивленіе. Оно какъ будто находится въ прямомъ противорѣчіи съ результатами, добытыми нами раньше, преимущественно изъ толкованія c. 40 C. de transact. (2, 4) и однородныхъ съ нею мѣстъ[4]). Но ближайшее знакомство съ fr. 16 D. cit. устраняетъ всякое недоумѣніе. Дѣло въ томъ, что въ этомъ отрывкѣ необходимо подчеркнуть выраженіе «rato manente pacto», какъ имѣющее особенное, весьма

[1]) См. выше стр. 31 прим.

[2]) Такъ именно слѣдуетъ разставить знаки препинанія. Запятая должна стоять послѣ „pacto“, а не послѣ „fecerit“, гдѣ она значится по нѣкоторымъ устарѣлымъ изданіямъ дигестъ, въ томъ числѣ и по изданію братьевъ Кригель: слова „rato manente pacto“ являются составной частью стипуляціи, а не сужденія юриста.

[3]) Ср. Oertmann, назв. соч. стр. 157 сл.

[4]) См выше стр. 38 слл.

ЦАБ "Автограф"

важное значеніе. Въ условіе о неустойкѣ стороны включили заявленіе, что неустойка подлежитъ уплатѣ съ сохраненіемъ притомъ полюбовной сдѣлкою своей силы. Стороны прямо оговорили, что эта сдѣлка остается нерушимою, несмотря на внесеніе пени. Такимъ образомъ, оказывается, что Гермогеніанъ — если принять во вниманіе, что предусмотрѣнный контрагентами случай дѣйствительно наступилъ—произнесъ свое сужденіе въ пользу кумулятивнаго отношенія лишь въ строгой зависимости отъ воли самихъ сторонъ и въ совершенномъ согласіи съ явно выраженнымъ содержаніемъ ихъ договора.

Что въ этомъ именно, а не въ чемъ-нибудь иномъ заключается причина различнаго отношенія къ двумъ, повидимому, одинаковымъ случаямъ въ c. 40 C. cit., съ одной, и во fr. 16 D. cit., съ другой стороны,—съ очевидностью вытекаетъ изъ c. 17 C. de transact. (2, 4), третьяго и, по моему мнѣнію, вмѣстѣ съ тѣмъ послѣдняго мѣста, санкціонирующаго кумуляцію.

> *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Marcello.* Cum proponas ab ea, contra quam supplicas, litem quam tecum habuit transactione decisam eamque acceptis quae negotii dirimendi causa placuerat dari nunc de conventione resiluisse, ac petas vel pacto stari vel restitui data, perspicis, si quidem de his reddendis manente transactionis placito statim stipulatione, si contra fecerit, prospexisti et quinque et viginti annis maior fuit, quod exceptionem pacti et actionem datorum habeas: quod si nihil tale convenit, exceptio tibi, non etiam eorum quae dedisti repetitio competit securitate parta. PP. V. id. Iun. ipsis AA. V et IIII conss. [a. 293].

Нѣкто Марцеллъ заключилъ съ настоящей отвѣтчицей мировую сдѣлку, которую та затѣмъ нарушила. Вслѣдствіе этого онъ теперь взываетъ къ императорамъ, которые отвѣчаютъ ему, что для него является достаточной защитой exceptio transactionis. Отвѣтъ весьма понятный. Правда, Діоклетіанъ и Максиміанъ могли и, пожалуй, даже должны были дополнить свой рескриптъ указаніемъ на то обстоятельство, что послѣ произошедшаго и Марцеллу, въ свою очередь, принадлежитъ право отступить отъ полюбовнаго соглашенія, если онъ того пожелаетъ. Но ихъ молчаніе на этотъ счетъ легко объяснить: у нихъ не было повода коснуться вопроса о прекращеніи мировой сдѣлки посредствомъ mutuus dissensus, такъ какъ самъ проситель ничего не заявлялъ противъ того, чтобы

ЦАБ "Автограф"

оставаться при заключенномъ раньше трансактѣ, и весь вопросъ, очевидно, шелъ только о томъ, какіе ему будутъ принадлежать права въ предстоящемъ процессѣ, предполагая дальнѣйшее существованіе сдѣлки [1]).

Пока, слѣдовательно, нашъ случай не представляетъ ничего ни сложнаго, ни даже для насъ интереснаго. Но содержаніе c. 17 cit. этимъ не ограничивается. Произнося свое рѣшеніе, Діоклетіанъ и Максиміанъ дѣлаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ добавочное указаніе, и оно-то и важно для занимающаго насъ вопроса. Марцеллу говорится слѣдующее: «Въ настоящее время—разъ уже обстоятельства сложились такъ, а не иначе — тебѣ принадлежитъ не болѣе, какъ право на возраженіе, вытекающее изъ мировой сдѣлки.» «Но пойми:»— добавляютъ императоры, и въ этой прибавкѣ вся суть дѣла—«если бы на случай нарушенія обязательства ты выговорилъ себѣ возвращеніе уплаченныхъ тобою денегъ manente transactionis placito, т.-е. съ оставленіемъ вдобавокъ договора въ прежней силѣ, тогда ты имѣлъ бы не только возможность предъявить эксцепцію, но также и право взыскать означенныя деньги».

Обратимъ вниманіе на то, что въ данномъ отвѣтѣ или, точнѣе, въ условно допущенномъ въ немъ предположеніи возвращеніе суммъ, переданныхъ контрагенту для заключенія съ нимъ трансакта, очевидно, разсматривается, какъ уплата неустойки [2]). Смыслъ мнѣнія Діоклетіана и Максиміана, стало быть, такой: выполненіе полюбовной сдѣлки плюсъ внесеніе неустойки или, другими словами, кумулятивное соединеніе главнаго дѣйствія съ пенею могло бы наступить тогда, если бы сами стороны при вступленіи въ договоръ пожелали этого именно правоотношенія и проявили свою волю въ такомъ именно направленіи.

Выраженіе, которымъ пользуются императоры, очень близко къ выраженію Гермогеніана въ fr. 16 D. cit.: тамъ употреблена формула «rato manente pacto», здѣсь—«manente transactionis placito» [3]).

---

[1]) Ср. Erxleben Die condictiones sine causa II стр. 326 слл., Risch Die Lehre vom Vergleich стр. 210 и Oertmann назв. соч. стр. 179.

[2]) Ср. Glück, Коментарій IV стр. 537 прим.

[3]) Излишне, думаю, останавливаться на взглядахъ и выводахъ тѣхъ толкователей, которые словамъ рескрипта „si nihil tale convenit“ придаютъ значеніе отсутствія какого то ни было соглашенія насчетъ неустойки и соотвѣтственно переводятъ: если, молъ, мировая сдѣлка совсѣмъ не подкрѣп-

ЦАБ "Автограф"

Мы исчерпали случаи кумуляціи въ источникахъ. Не безполезно въ заключеніе выдвинуть два момента.

Во-первыхъ, разобранныя мѣста относятся—въ своемъ большинствѣ или (если отвлечься отъ гипотетическаго только предположенія во fr. 115 § 2 cit.) даже всецѣло—къ случаямъ мировой сдѣлки. Обстоятельство это не представляется случайнымъ. При мировой сдѣлкѣ сторонѣ, обезпечивающей себя неустойкою, нерѣдко всего важнѣе избѣжать въ будущемъ всякаго рода препирательствъ и тяжбъ. Возьмемъ въ особенности случаи, когда трансактъ одного лица съ другимъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ какое-нибудь non facere, когда онъ сводится, скажемъ, къ pactum de non petendo, въ силу котораго лицо А или Тицій обязуется не предъявлять извѣстнаго требованія къ В или Мевію. Допустимъ еще, что это обязательство дано подъ угрозой уплаты неустойки. Каково тутъ намѣреніе сторонъ? Весьма легко возможно, что онѣ здѣсь желаютъ именно кумулятивнаго отношенія, и вотъ почему. Тицій безпокоитъ Мевія, приставая къ нему съ напоминаніемъ о долгѣ, котораго тотъ не хочетъ признать. Если затѣмъ Мевій, стремясь избавиться отъ преслѣдованій, вступилъ съ Тиціемъ въ полюбовное соглашеніе, пошелъ на необходимую уступку и уплатилъ часть суммы, требуемой противникомъ, — то онъ при этомъ могъ имѣть ввиду преимущественно свое спокойствіе. А если, вдобавокъ, онъ потребовалъ отъ своего контрагента еще подкрѣпленія заключеннаго pactum de non petendo неустойкою, то онъ, видимо, главнымъ образомъ желалъ всѣми силами предупредить процессъ и связанные съ нимъ расходы, хлопоты, безпокойство, быть можетъ огласку и проч. Но при альтернативномъ началѣ онъ этой цѣли едва-ли въ состояніи достигнуть съ достаточною, по крайней мѣрѣ, увѣренностью. Искъ Тиція, вчатый вопреки состоявшемуся соглашенію, имъ, Мевіемъ, будетъ, естественно, отраженъ безъ труда при помощи простой эксцепціи. Но этого мало. Съ одной стороны, здѣсь не будетъ удовлетворенія для человѣка, принесшаго жертву съ тѣмъ только, чтобы избѣжать суда, и въ концѣ концовъ все-таки поставленнаго въ необходимость судиться со своимъ безпокойнымъ противникомъ. Съ другой, для послѣдняго нѣтъ серьезной угрозы, которая бы заставила его уважать договоръ и угомониться. Онъ знаетъ, что Мевіи не со

лена неустойкою. Условіе о неустойкѣ, заключаютъ они, при трансактѣ всегда влечетъ за собою кумулированіе требованій. Ср. Ж. Жирара назв соч. стр. 94.

ЦАБ "Автограф"

гласится на уничтоженіе мировой сдѣлки и на возвращеніе къ прежнему неопредѣленному положенію, что, стало быть, неустойка взыскана не будетъ. А при такихъ условіяхъ онъ можетъ съ незначительнымъ для себя рискомъ возобновить нападеніе и попытать счастье. Иначе, разумѣется, при началѣ кумулятивномъ, которое, дѣйствительно, способно отбить у него охоту обращаться къ суду послѣ правильно заключенной полюбовной сдѣлки, а въ худшемъ случаѣ доставитъ Мевію компенсацію, не приводя къ расторженію трансакта и не воскрешая старыхъ несогласій и вопросовъ.

Вотъ тотъ расчетъ сторонъ, или, лучше, стороны, тотъ психологическій, пожалуй, мотивъ, который при мировомъ соглашеніи, точнѣе, при извѣстномъ намѣченномъ его видѣ, скорѣе и чаще, чѣмъ вообще, приводитъ къ условію о неустойкѣ въ смыслѣ кумуляціи ея съ главнымъ дѣйствіемъ, т. е. съ соблюденіемъ сдѣлки. Вотъ причина вмѣстѣ съ тѣмъ, почему въ источникахъ, повторяю, анализируемый принципъ встрѣчается именно въ связи съ fides transactionis [1]).

Это—одно соображеніе, на которое наводятъ истолкованныя въ данномъ параграфѣ мѣста источниковъ. Другое состоитъ въ слѣдующемъ.

Тѣ же мѣста относятся къ послѣклассическому періоду. А потому, въ связи съ ними и съ ихъ содержаніемъ, для насъ здѣсь далеко не безразличны нѣкоторыя выдающіяся черты нашего института въ эпоху еще позднѣйшую, въ правѣ уже византійскомъ. Ограничусь, впрочемъ, на этотъ счетъ только наиболѣе существеннымъ.

Въ своей образцовой исторіи греко-римскаго права Цахаріэ [2]) правильно указываетъ на необыкновенное учащеніе договоровъ съ неустой-

---

[1]) Но изъ сказаннаго, конечно, вовсе не вытекаетъ, будто цѣль неустоичнаго договора при мировой сдѣлкѣ только и можетъ быть упомянутая, будто по самому смыслу своему здѣсь пеня неминуемо ведетъ къ кумуляціи. Ошибочность такого воззрѣнія доказывается уже наличностью случаевъ того же рода, но съ противоположнымъ исходомъ, изложенныхъ въ § 5 настоящаго изслѣдованія. Принадлежитъ оно ряду французскихъ писателей, о чемъ ниже въ § 16.

[2]) Zachariä von Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts 3 изд. стр. 305 слл. См. въ дополненіе къ послѣдующему еще Mitteis назв. соч. стр. 532 сл. и Sjögren назв. соч. стр. 40 слл.

ЦАБ "Автограф"

кой въ Византіи по сравненію съ Римомъ [1]). Какъ на объясненіе этого явленія, онъ ссылается на такъ наз. graeca fides, на обычное неисполненіе своихъ обязательствъ должниками изъ византійцевъ, на ихъ представленія объ оборотѣ, рѣзко расходящіяся съ тою bona fides, неоспоримое господство которой отличаетъ чисто римское классическое право. Такое объясненіе мнѣ кажется весьма вѣроятнымъ. Возможно еще, что не безъ вліянія оказался и вообще соціальный, экономическій и правовой строй византійской имперіи. Какъ бы то ни было, для насъ важнѣе то, что начиная VIII вѣкомъ, простой договоръ безъ особенной формы и даже безъ прибавки о неустойкѣ— πρόστιμον на языкѣ тогдашнихъ памятниковъ—ничего или почти ничего не значитъ. Чрезвычайно характерно въ этомъ отношеніи замѣчаніе схоліаста къ Базиликамъ: «Λέγεται δὲ ψιλὸν (σύμφωνον) καὶ τὸ ἄνευ προστίμου γενόμενον». («Nudum pactum illud quoque dicitur, quod sine poena initum est».) [2])

Параллельно съ этимъ идетъ и усиленіе послѣдствій отъ присоединенія къ сдѣлкѣ неустоичнаго условія. Развитіе здѣсь оканчивается предписаніемъ императора Мануила Комнена въ XII столѣтіи, узаконяющимъ въ качествѣ правила кумулятивное отношеніе между неустойкою и интересомъ. Но уже полное измѣненіе порядка вещей и вмѣстѣ съ тѣмъ полное вырожденіе характера добровольной неустойки наступаетъ тогда, когда судья по собственному почину начинаетъ налагать денежную пеню на неисправнаго должника—даже тамъ, гдѣ ея не назначили стороны. И эта пеня въ источникахъ точно также носитъ названіе

---

[1]) По этому поводу нелишне, быть можетъ, указать на чрезвычайную распространенность неустойки и въ древне-эллинскомъ мірѣ. См. Hitzig въ Savigny-Zeitschrift XVIII Rom. Abth. стр. 194 и въ особенности страницы 430 слл. тома IV разбираемаго имъ труда Beauchet, Histoire du droit privé de la république athénienne.

[2]) Basil. XI, 1, 7, schol. 6, въ изданіи Геймбаха I стр. 564. — Не менѣе характеренъ способъ выраженія въ Πεῖρα (XLV, 1. Самый титулъ озаглавленъ: „Περὶ συμφώνων καὶ προστίμων“). „Τῶν συμφώνων (такъ начинается изложеніе) ὅσα μὲν ἔχουσι πρόστιμα καὶ ἀνάγκην τοῦ πληροῦσθαι, ταῦτα κρατοῦσι . . . “, чему затѣмъ противополагается: „ὅσα δὲ οὐκ ἔχουσι πρόστιμον οὐδὲ ἀνάγκην τοῦ πληρωθῆναι...“ Zachariae, Ius Graeco-Romanum I стр. 208. Ср. нашего Гарменопуло I, 9, 6,—въ Сенатскомъ изданіи 1831 года стр. 63: „Изъ договоровъ только тѣ имѣютъ дѣйствіе, съ которыми сопряжены штрафъ и необходимость исполнять оныя...; но въ тѣхъ договорахъ, при которыхъ нѣтъ ни штрафа, ни обходимости (sic) исполнить ихъ...“.

ЦАБ "Автограф"

«πρόστιμον». Наконецъ, весь процессъ достойнымъ образомъ вѣнчается побѣдою еще одного новаго начала: неустойка перестаетъ уплачиваться вѣрителю: она отнынѣ поступаетъ въ казну, наравнѣ со всякой multa. [1])

Только-что намѣченныя положенія подтверждаются и въ спеціальномъ примѣненіи къ мировой сдѣлкѣ: и здѣсь наблюдается повседневное употребленіе неустойки, и здѣсь обыкновенно желательна именно кумуляція.

Приведу только двѣ относящіяся сюда цитаты:

Basil. XI, 2, 9.
Qui per fallaciam coheredum suorum rei veritatem ignorans transegit sine Aquiliana stipulatione, *id est*, *sine poenae et redditionis promissione*, decipi, nec vero pacisci videtur [2]).

Fr. 9 § 2 D. de transact. (2, 15).
Qui per fallaciam coheredis ignorans universa, quae in vero erant, instrumentum transactionis sine Aquiliana stipulatione interposuit, non tam pacisci tur quam decipitur.

Многозначительное включеніе неустойки въ составъ стипуляціи!

Затѣмъ Basil. XI, 2, 34[3]) (=c. 17 C. de transact. 2, 4).

Парафразируя извѣстный намъ рескриптъ, византійскій законодатель доходитъ до предположенія, дѣлаемаго Діоклетіаномъ и Максиміаномъ, и здѣсь выражается такъ:

«...Ὅτι εἰ μὲν ἐπηρώτησας, ἐὰν παραβαίῃ τὴν διάλυσιν, καὶ ἀναδοῦναι σοι αὐτήν, ἅπερ ἔλαβε, καὶ μεῖναι τὴν διάλυσιν ἐῤῥωμένην, ὡς εἰώθασι μέχρι σήμερον ποιεῖν οἱ διαλυσάμενοι· ἐπερωτῶντες γὰρ πρόστιμον ἐκ παραβάσεως εἰώθασιν ἐπιφέρειν πρὸς τῷ καὶ μετὰ τὴν τοῦ προστίμου καταβολὴν οὐδὲν ἧττον ἐῤῥῶσθαι τὴν διάλυσιν....».

«... Si quidem stipulatus es, si fidem transactionis non servaverit, et reddere eam tibi ea, quae accepit, et ratam manere transactionem ut hodienunc facere solent, qui transigunt: poenam enim stipulati, si contra factum sit, subicere solent, poena quoque soluta, transactionem nihilominus ratam mansuram...».

Освѣщеніе мѣстъ изъ Corpus Iuris, допускающихъ кумулятивное начало, постановленіями права византійскаго способно, думается мнѣ, заронить мысль, что мѣста эти содержатъ уже право до извѣстной

[1]) Объ этомъ см. теперь еще Brassloff'a въ Savigny-Zeitschrift XXV Rom. Abth. стр. 304 сл.

[2]) Изд. Геймбаха I стр. 683 сл.: „.... διαλυσάμενος οὐκ Ἀκουιλιανῶς, τουτέστιν, οὐ μετὰ προστίμου καὶ ὁμολογίας ἀναδόσεως....“.

[3]) Изд. Геймбаха I стр. 702.

ЦАБ "Автограф"

степени переходное и подготовительное къ праву значительно новѣйшей формаціи, и еще болѣе укрѣпить насъ въ томъ убѣжденіи, что право классическое, за самыми рѣдкими исключеніями, не знало кумуляціи интереса съ неустойкою.

§ 10.

Выдѣленіе отрывковъ съ кажущейся только кумуляціей.

Въ наукѣ выражалось мнѣніе, что и другіе еще отрывки, кромѣ разсмотрѣнныхъ нами, говорятъ въ пользу изслѣдуемаго кумулятивнаго отношенія.

Но, прежде всего, не серьезно указаніе на

> fr. 15 D. de transact. (2, 15). Paulus (=Sent. I, 1, 3). Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed consultius est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest.

Этотъ фрагментъ достаточно привести, чтобы видѣть, что въ немъ нѣтъ и слѣда кумуляціи, и мнѣ не было бы надобности упоминать о немъ, если бы схоліасты къ этому мѣсту въ Базиликахъ (XI, 2, 15)[1]) не открыли въ немъ начала именно кумулятивнаго. Страннымъ образомъ, они ссылаются при этомъ на слѣдующую l. 16. D. eod., упуская изъ виду, что въ ней, въ отличіе отъ предыдущаго fr. 15, имѣется оговорка «rato manente pacto» — главнѣйшее, безспорно, основаніе для рѣшенія, принятаго Гермогеніаномъ[2]).

Равнымъ образомъ, и второе еще мѣсто[3]), которое приводятъ, c. 37 C. de transact. (2, 4), очевидно, не содержитъ и намека на кумуляцію. Оно вовсе не говоритъ о томъ, вправѣ-ли сторона, вмѣстѣ со взысканіемъ пени, настаивать также и на сохраненіи въ силѣ мировой сдѣлки. На вопросъ объ отношеніи между основнымъ требованіемъ и неустоичнымъ данная конституція не даетъ никакого отвѣта[4]).

---

[1]) Изд. Геймбаха I стр. 688 схоліи 1—3.

[2]) Куяцій (ad l. 15 D. cit., cf. Opera I p. 360 ed. Neapol.) правильно толкуетъ мѣсто въ пользу альтернаціи, но впадаетъ въ другого рода ошибку: онъ почему-то, по примѣру c. 40 C. de transact. (2, 4), и въ l. 15 D. cit. усматриваетъ наличность acceptilationis, вслѣдствіе чего вынужденъ потомъ прибѣгнуть къ мало вѣроятному объясненію, дабы выпутаться изъ произвольно созданной трудности.

[3]) Оно отпечатано уже выше стр. 40 прим. 3.

[4]) Ср. Ж. Жираръ назв. соч. стр. 94 сл., Bertolini назв. соч. стр. 66 сл., Oertmann назв. соч. стр. 171, а также глоссу ad. h. l.

ЦАБ "Автограф"

Значительно существеннѣе съ разсматриваемой точки зрѣнія указаніе на два другихъ мѣста. Даже видные писатели[1]) видятъ въ нихъ побѣду кумулятивнаго принципа надъ альтернативнымъ. Я разумѣю: 1) fr. 47 D. de A. E. V. (19, 1) и 2) fr. 122 § ult. D. de V. O. (45, 1). Но и эти отрывки—и первый и второй — не оправдываютъ, на мой взглядъ, подобнаго, часто съ ними соединяемаго представленія.

Займемся сначала толкованіемъ

fr. 47 D. de A. E. V. (19, 1). Paulus libro sexto responsorum. Lucius Titius accepta pecunia ad materias vendendas sub poena certa, ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis decessit: cum igitur testator in poenam commiserit neque heres eius reliquam materiam exhibuerit, an et in poenam et in usuras conveniri possit, praesertim cum emptor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit? Paulus respondit ex contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse. in actione quoque ex empto officio iudicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere.

Отрывокъ этотъ, отмѣтимъ мимоходомъ, интересенъ еще и по судьбѣ своей. Въ свое время его выдвигали одинаково и сторонники правила «dies interpellat pro homine» и его противники. Только позже обѣ стороны его признали нейтральнымъ и безобиднымъ [2]).

Species facti въ нашемъ случаѣ совершенно ясна, и весь вопросъ состоитъ исключительно въ томъ, отчего римскій юристъ предоставляетъ право требовать отъ продавца не только неустойки, но вмѣстѣ съ тѣмъ и процентовъ. Уже глосса высказывала на этотъ счетъ мнѣніе, но безусловно невѣрное. Истинная причина или объясненіе дѣла заключается въ слѣдующемъ.

Прежде всего, если стать на точку зрѣнія продавца, то необходимо сказать: если бы ему уплачено было при самой передачѣ проданнаго товара, т.-е. одновременно съ нею, тогда въ случаѣ своего запозданія, онъ, несомнѣнно, сохранилъ бы пользованіе этимъ товаромъ еще въ теченіе нѣкотораго промежутка времени послѣ условленнаго для доставки срока, — но зато онъ

---

[1]) См., напримѣръ, Синтениса назв. соч. II § 88 прим. 20.

[2]) См. Madai Die Lehre von der Mora стр. 406, Wolff назв. соч. стр. 368 прим. 242.

ЦАБ "Автограф"

тогда, безспорно, оказался бы лишеннымъ вмѣстѣ съ тѣмъ пользованія покупной цѣною въ продолженіе того же промежутка. Но въ дѣйствительности дѣло обстояло иначе: въ разбираемомъ отрывкѣ указывается, что деньги за товаръ или, точнѣе, за лѣсъ, который продавецъ успѣлъ поставить только отчасти, были уплачены впередъ. Такимъ образомъ, продавецъ, въ результатѣ, получаетъ всю выгоду: выгоду отъ проданной и неправильно удержанной вещи, разъ, и выгоду отъ платы, взятой за эту вещь, два. Это, естественно, представляется несправедливымъ. Съ другой стороны, если обратиться къ покупателю и его интересамъ, то оказывается, что онъ не получаетъ купленнаго лѣса и что терпитъ вслѣдствіе того убытки. Правда, въ предвидѣніи таковыхъ, онъ выговорилъ себѣ неустойку (обусловленную промедленіемъ контрагента)[1]), но это обстоятельство, на взглядъ Павла, нисколько не касается и не покрываетъ другого вреда, точно также испытываемаго покупателемъ, — вреда отъ платежа полностью впередъ. Для иллюстраціи этого именно ущерба римскій юристъ еще упоминаетъ о томъ, что деньги на покупку необходимо было предварительно занять, и притомъ занять на чрезвычайно тяжелыхъ условіяхъ, за огромные проценты[2]). Двойной прибыли на сторонѣ должника соотвѣтствуетъ, такимъ образомъ, двойная же убыль на сторонѣ кредитора. Одинъ изъ убытковъ послѣдняго вознаграждается, какъ уже замѣчено, неустойкою, — но другой?

Чтобы и этотъ второй ущербъ какъ-нибудь покрыть, не остается, по вѣрному замѣчанію Момзена, повидимому, ничего иного,

---

[1]) Конечно, произошло это путемъ стипуляціи. Такъ, правильно, думаютъ, между прочимъ Готофредъ (въ своихъ примѣчаніяхъ ad h. l.) и Момзенъ (Beiträge III стр. 92). Напротивъ того, Веберъ (Commentatio iuridica... de poena conventionali § 7) утверждаетъ, что неустойка во fr. 47 D cit. — результатъ соглашенія сторонъ, выразившагося только въ pactum adiectum, а потому въ качествѣ средства для взысканія пени Веберъ здѣсь допускаетъ лишь actio empti venditi. Но онъ не считается съ тѣмъ, что Павелъ раздѣляетъ требованіе о процентахъ и требованіе о неустойкѣ, чего онъ, разумѣется, не могъ бы сдѣлать, если бы предположеніе Вебера было справедливо.

[2]) Добавленіе „praesertim cum emptor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit“ сдѣлано, такимъ образомъ, очень кстати: оно сообщаетъ дѣлу полезное освѣщеніе, на что и обращаетъ вниманіе Madai назв. соч. стр. 407 сл.

ЦАБ "Автограф"

какъ возвратить покупателю выгоду отъ пользованія покупной платою. Сообразно съ этимъ, Павелъ и рѣшаетъ: проценты съ этой суммы долженъ будетъ принять въ соображеніе судья, и притомъ ex officio, т.-е. въ силу своихъ полномочій, на основаніи формулы, intentio которой гласила: «quidquid ob eam rem.... d^e f^e oportet ex fide bona» и которою вслѣдствіе того всего удобнѣе было воспользоваться для устраненія указаннаго нежелательнаго послѣдствія.

Отсюда ясно, что неустойка и присуждаемые истцу проценты призваны представлять совершенно различные интересы. Мало того: ясно, что взысканіе этихъ процентовъ съ отвѣтчика обсуждается съ точки зрѣнія, совершенно чуждой договору купли-продажи, какъ таковому. Весь вопросъ объ «usurae (pretii)» своимъ происхожденіемъ обязанъ исключительно только факту внесенія цѣны впередъ, это вопросъ привходящій и случайный. Съ возмѣщеніемъ ущерба, понесеннаго отъ неисполненія главнаго дѣйствія или, лучше, отъ несвоевременной доставки проданнаго товара, дѣло о процентахъ даже не стоитъ въ непосредственной связи. Требованія эти поэтому не должно смѣшивать[1]).

При такихъ обстоятельствахъ, по адресу fr. 47 de A. E. V. не можетъ, по моему убѣжденію, быть рѣчи о кумуляціи неустойки съ интересомъ. Нельзя забывать, что подобная кумуляція предоставляетъ за одинъ и тотъ же вредъ какъ искъ объ убыткахъ, такъ и право на неустойку.

Изложенное только-что объясненіе (одобряемое, между прочимъ, также H. Krüger'омъ[2]) и Seckel'емъ)[3]), надѣюсь, достигло своей цѣли— показать, что fr. 47 D. de A. E. V. не заключаетъ примѣненія кумулятивнаго начала къ неустойкѣ и интересу и что, слѣдовательно, классическій юристъ не стремится въ немъ къ кумулятивной отвѣтственности должника въ принятомъ нами смыслѣ. Съ этой стороны нашъ отрывокъ ничего аномальнаго не содержитъ и при-

---

[1]) Ср. Pothier, Pandectae Iustinianeae in novum ordinem digestae стр. 191, который, опираясь на Куяція ad. h. l., со всею силою подчеркиваетъ, что пеня и проценты „propter diversa petuntur“. Ср. также Glück назв. соч. IV стр. 539.—Несостоятельно толкованіе нашего мѣста, данное Manns'омъ назв. соч. стр. 30: онъ полагаетъ, что Павелъ занятъ только вопросомъ, поглощается-ли actio empti равноцѣннымъ искомъ о неустойкѣ, или нѣтъ.

[2]) Въ указанномъ мѣстѣ стр. 415.

[3]) Въ указанномъ мѣстѣ стр. 404.

ЦАБ "Автограф"

мириться съ нимъ можно. Но совсѣмъ другой вопросъ, насколько данное рѣшеніе Павла вообще правильно. На этотъ счетъ позволительно будетъ усомниться и высказаться противъ классика. Я лично, по крайней мѣрѣ, не согласился бы подписать его responsum. Дѣло въ слѣдующемъ. Павелъ судитъ формально. Онъ какъ бы беретъ два случая, тождественные между собою, съ тою лишь разницею, что въ одномъ, въ первомъ, скажемъ, продавецъ получаетъ деньги впередъ, уже при заключеніи договора, а въ другомъ, во второмъ—только въ моментъ врученія имъ товара. Затѣмъ юристъ разсуждаетъ приблизительно такъ: продавецъ запоздалъ, оказался in mora; онъ, слѣдовательно, обязанъ уплатить неустойку, обязанъ и здѣсь и тамъ, и притомъ неустойку въ обоихъ случаяхъ одинаковую (цыфры, допустимъ вездѣ равныя). Это послѣднее обстоятельство Павла, видимо, и смущаетъ. Какъ, думаетъ онъ, допустить одинаковую отвѣтственность, если въ первомъ случаѣ положеніе покупателя-истца хуже, а продавца-отвѣтчика лучше, нежели во второмъ? Вотъ, съ цѣлью избѣжать такой, по его мнѣнію, несправедливости, съ цѣлью уравнять условія, Павелъ въ первомъ случаѣ и присуждаетъ въ пользу покупателя, сверхъ всего, еще проценты съ покупной цѣны.

Но поступаетъ онъ такимъ образомъ, какъ мнѣ кажется, совершенно напрасно. Второй дополнительной частью своего рѣшенія онъ не установляетъ, а, напротивъ того, нарушаетъ (истинное, а не внѣшнее только) равенство положенія въ томъ и другомъ случаѣ. Въ самомъ дѣлѣ. Проценты подлежатъ взысканію, говоритъ Павелъ. Пусть такъ, но съ какого срока? — Начиная съ момента просрочки (mora), отвѣчаетъ онъ.—Отчего же не съ самаго момента платежа денегъ продавцу? — Оставаясь послѣдовательнымъ, Павелъ, безспорно, долженъ былъ съ этой именно минуты допустить требованіе процентовъ. Но онъ этого не дѣлаетъ. Не дѣлаетъ потому, что считается съ условіемъ сторонъ. Сами стороны въ первомъ изъ случаевъ, соотвѣтствующемъ случаю нашего fr. 47 D. cit., заявили: если къ такому-то сроку товаръ будетъ доставленъ, то все въ порядкѣ. Искать, стало быть, проценты за промежутокъ отъ внесенія денегъ до срока поставки товара невозможно, было бы нелѣпо. Очевидно, проценты эти контрагентами уже приняты въ соображеніе при заключеніи договора, при назначеніи, главнымъ образомъ, цѣны.

ЦАБ "Автограф"

Но безусловно то же самое нужно сказать и о процентахъ съ минуты просрочки. И они тоже, такъ или иначе, при соглашеніи о модальностяхъ сдѣлки успѣли войти въ расчетъ и уже оказать свое вліяніе. Это вліяніе или воздѣйствіе не могло не отразиться на томъ добавочномъ соглашеніи, которое предусматривало именно нарушеніе контрагентомъ своихъ обязанностей, — короче, на условіи о неустойкѣ, преимущественно на ея размѣрѣ. Отсюда ясно, что требовать, кромѣ неустойки, еще уплаты процентовъ, хотя бы «post moram intercedentem», значитъ предъявлять требованіе повторное, до извѣстной степени двойное. Никакихъ процентовъ сверхъ пени покупатель взыскивать не вправѣ. Конечно, Павелъ не имѣетъ ввиду кумуляціи. Кумуляція, впрочемъ, и не получается. Простой примѣръ способенъ убѣдить въ этомъ. Пусть ущербъ отъ несвоевременной поставки лѣса равенъ, положимъ, 100. Эта цыфра представитъ собою тотъ ущербъ, который проискаетъ отъ неисполнительности продавца: покупатель, скажемъ. пропустилъ выгодный случай перепродать лѣсъ и заработать такимъ путемъ указанные 100. Неустойка. допустимъ далѣе, обѣщана въ размѣрѣ 150, а интересующіе насъ здѣсь проценты пусть составляютъ 25. Кумулятивное къ дѣлу отношеніе (если держаться изложеннаго выше[1]) взгляда) дало бы въ итогѣ въ пользу покупателя $100 + 150 = 250$. Но столько-ли присуждаетъ Павелъ? Нѣтъ, онъ присуждаетъ: $150 + 25 = 175$. Кумуляціи здѣсь, стало быть, нѣтъ. — но нѣчто лишнее дѣйствительно есть—есть потому, что въ цыфру 150 уже входитъ—tacite—и наша другая цыфра 25: покупатель и ея не забылъ, когда опредѣлялъ размѣръ неустойки. Вотъ этого-то, думается мнѣ, римскій юристъ и не понялъ. Случайное, какъ уже замѣчено было, обстоятельство—уплата денегъ впередъ—привело Павла къ допущенію нѣкоторой повторности взысканія. Сдѣлать продавца отвѣтственнымъ въ объемѣ какъ неустойки, такъ и вреда, причиненнаго его неисправностью и неосуществленіемъ вслѣдствіе того какой-нибудь представлявшейся покупателю выгоды, — классикъ никогда не согласился бы. Но указанное обстоятельство его все-таки сбило съ толку, ввело въ заблужденіе. Его ошибка, слѣдовательно, если формулировать ее, заключается въ невниманіи къ процессу образованія условія о цѣнѣ и вообще условій въ сдѣлкахъ,

[1]) См. стр. 98 слл.

ЦАБ "Автограф"

подобныхъ разбираемой и относящихся къ категоріи мѣновыхъ сдѣлокъ въ обширномъ смыслѣ слова[1]).

Если затѣмъ спросить, какимъ образомъ юристъ, какъ Павелъ, могъ впасть въ подобную ошибку, то отвѣтъ на этотъ вопросъ кроется, по моему мнѣнію, въ моментѣ историческомъ, — въ томъ явленіи, что купля-продажа въ древнемъ Римѣ была первоначально, какъ справедливо думаютъ, договоромъ съ природой не консенсуальной, а реальной. Другими словами, я объясняю себѣ заблужденіе классика отголоскомъ того времени, когда сдѣлка купли-продажи предполагала совпаденіе передачи покупаемой вещи и уплачиваемой за нее цѣны. Гдѣ такого совпаденія нѣтъ, тамъ юристъ, даже позднѣйшій, подъ вліяніемъ давно пережитыхъ воззрѣній, все еще исходитъ изъ такой одновременности обоюдныхъ дѣйствій, стремится къ тому, чтобы по возможности пригнать къ одному моменту взаимныя права и требованія сторонъ. Рѣшеніе Павла принадлежитъ, такимъ образомъ, къ той же категоріи историческихъ переживаній при куплѣ-продажѣ, какъ и положеніе о periculum emptoris, или о непереходѣ права собственности на купленную и полученную вещь до внесенія или, по крайней мѣрѣ, до обезпеченія pretii (что, будто бы, введено въ законодательство децемвирами) и т. п.[2]), или еще, быть можетъ, объ уплатѣ покупателемъ процентовъ съ цѣны вещи post diem traditionis[3]). Послѣдняя норма даже удивительно близко, какъ мнѣ кажется, подходитъ къ критикуемому рѣшенію Павла, представляя полную съ нимъ аналогію и параллель—въ противоположномъ только направленіи. И мотивъ къ ней, приводимый римскими юристами (напримѣръ, Ульпіаномъ въ fr. 13 § 20 D. de A. E. V. 19, 1), мотивъ, и тамъ не идущій къ дѣлу, хотя по другимъ уже причинамъ, — тотъ же, который, очевидно, продиктовалъ классику его отвѣтъ въ fr. 47 D. cit.: это — желаніе избѣжать соединенія на одной и той же сторонѣ пользованія и вещью и платою за нее.

Перехожу къ

fr. 122 § ult. D. de V. O. (45, 1) Scaevola libro vicensimo octavo digestorum. Duo fratres hereditatem inter se diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos et, si contra quis

---

1) Ср. Pernice назв соч. I стр. 456 сл., Petrażycki Die Lehre vom Einkommen II стр. 46 сл.

2) См. Pernice въ указанномъ мѣстѣ.

3) Ср. Petrażycki, Einkommen II стр. 153 сл.

ЦАБ "Автограф"

fecisset, poenam alter alteri promisit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredibus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a patre relicti debitam et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an poena commissa esset, respondit poenam secundum ea quae proponuntur commissam.

Что касается этого второго мѣста, то по его адресу особенно часто раздавались голоса, утверждавшіе наличность въ немъ кумуляціи неустойки съ интересомъ [1]). Даже юристы, какъ Вангеровъ и Виндшейдъ [2]), и тѣ, повидимому, держатся того же взгляда. Синтенисъ прямо отправляется отъ кумулятивнаго начала, считая его здѣсь не подлежащимъ сомнѣнію, и въ дальнѣйшемъ своемъ разсужденіи только старается отыскать для него достаточную причину. Эту причину онъ и находитъ въ томъ обстоятельствѣ, что въ рѣшенномъ Сцеволою случаѣ предметомъ обѣщанія является не «facere», а «non facere», воздержаніе отъ дѣйствія, при которомъ, вдобавокъ, «*возможно нарушеніе не однократное, а повторное*». Стороны, говоритъ Синтенисъ, стремятся здѣсь установить «прочный порядокъ вещей» и поставить дѣло такъ, чтобы «этотъ порядокъ не нарушался никогда, чтобы отъ него нельзя было отступить ни въ одномъ пунктѣ» [3]). Но сразу же ясно, что рисуемая Синтенисомъ картина повторяется, въ большой или меньшей степени, при всякой мировой сдѣлкѣ, а при такихъ сложныхъ трансактахъ, какъ, напримѣръ, изображенный въ с. 40 C. 2, 4, и подавно,—а между

---

[1]) См., напримѣръ, J. A. Seuffert Praktisches Pandektenrecht II § 281 прим. 9, Neuenfeldt Ist die Conventionalstrafe etc. стр. 30, Manns назв. соч. стр. 92 сл. Мимоходомъ отмѣчу, что взглядъ на наше мѣсто послѣдняго изъ названныхъ писателей стоитъ въ тѣснѣйшей связи съ его своеобразнымъ и едва-ли заслуживающимъ вниманія различеніемъ между „Identitäts stipulation“ и „Disparitäts stipulation“ Объ этомъ дѣленіи, а равно и основномъ (по меньшей мѣрѣ безплодномъ) воззрѣніи автора, проходящемъ красной нитью чрезъ всю его книгу (кстати, несравненно болѣе слабую, нежели его же позднѣйшій, выдержавшій два изданія трудъ „Das Poenitenzrecht“), см. Nettelbladt'a назв. соч. стр. 13 слл.

[2]) Послѣдній въ Lehrb. II § 285 прим. 14, первый въ Pand. III стр. 344.

[3]) „...Wo ein non facere zugesagt ist und zwar kein einmaliges, sondern ein wiederholtes Zuwiderhandeln möglich ist, also wenn ein dauernder Zustand geordnet worden, dem niemals zuwidergehandelt werden und der in keinem Punkte rückgängig werden soll. So in dem [Falle] des fr. 122 § 6 de V. O.“ (въ указ. мѣстѣ).

ЦАБ "Автограф"

тѣмъ нами констатировано было, что въ означенномъ рескриптѣ, какъ и въ другихъ мѣстахъ источниковъ, альтернативный принципъ—безусловное правило, допускающее исключеніе только при наличности спеціальнаго соглашенія.

Объясненіе Синтениса не въ состояніи, такимъ образомъ, помочь намъ при разрѣшеніи вопроса. Но точно также, думаю я, и всякое другое объясненіе. И это по той простой причинѣ, что никакое толкованіе нашей l. 122 § 6 D. cit. не въ силахъ устранить фактъ противорѣчія ея общему началу,—если продолжать находить въ ней отношеніе кумуляціи Предполагать же молчаливое на этотъ счетъ условіе сторонъ мы едва-ли вправѣ, за неимѣніемъ хотя бы малѣйшихъ на то намековъ.

Но, по счастью, въ подобномъ предположеніи и нѣтъ надобности. Въ интересующемъ насъ фрагментѣ Сцевола, по своему обыкновенію, высказывается кратко и безъ мотивировки. «Secundum ea quae proponuntur», отвѣчаетъ онъ, «poena est commissa». Но что значитъ это рѣшеніе? Какъ его понимать?

Всмотримся ближе въ нашу species facti. Отецъ въ своемъ завѣщаніи назначаетъ своими наслѣдниками двухъ сыновей, причемъ на каждаго изъ нихъ возлагаетъ (взаимный) фидеикомиссъ въ пользу остающагося въ живыхъ брата,—быть можетъ, на тотъ случай, если умирающій окажется бездѣтнымъ [1]). Послѣ кончины отца братья вступаютъ въ миролюбивое между собою соглашеніе [2]), дѣлятъ наслѣдственную массу и подкрѣпляютъ свою сдѣлку придаточнымъ договоромъ о неустойкѣ. Въ немъ они обязуются другъ передъ другомъ не предпринимать ничего въ противность состоявшемуся раздѣлу, подъ страхомъ уплаты такой-то пени.

«Nihil te contra eam divisionem facturum spondes? Si contra feceris, centum spondes?» — «Spondeo».

Таковы приблизительно были вопросъ и отвѣтъ братьевъ другъ другу.

Затѣмъ, рано или поздно, одинъ изъ нихъ умираетъ, не оставляя, скажемъ, послѣ себя потомства и завѣщавъ свое имущество третьимъ лицамъ. Тогда пережившій братъ предъявляетъ къ этимъ лицамъ требованіе о выдачѣ ему полученнаго ими наслѣдства, на томъ

---

[1]) Такъ думаетъ Готофредъ ad. h. l., что не лишено вѣроятности.

[2]) Что такого рода transactiones о наслѣдствѣ были нерѣдки, доказываютъ: fr. 35 D. de pact. 2, 14, fr. 36 D. fam. erc. 10, 2, c. 2 C. de transact 2, 4.

ЦАБ "Автограф"

основаніи, что оно-де теперь принадлежитъ ему въ силу указаннаго фидеикомисса въ первомъ, отцовскомъ завѣщаніи. Въ этомъ требованіи ему, однако, отказывается: судья рѣшаетъ, что и вопросъ о фидеикомиссѣ тоже былъ объектомъ мировой сдѣлки, что и онъ вошелъ въ нее, а, слѣдовательно, исчерпанъ. Возвращаться къ нему снова нельзя, «quasi (такъ какъ) [1]) de hoc quoque transactum fuisset».

Согласно съ изложеннымъ («secundum ea quae proponuntur»), Сцевола и говоритъ: «poena commissa est». Другими словами: случай, предусмотрѣнный неустоичнымъ условіемъ, наступилъ. Ничего больше въ отвѣтѣ знаменитаго классика не содержится. Обстоятельство это необходимо подчеркнуть со всею силою. Сомнѣніе, настаиваю, сводилось къ тому, касается-ли трансактъ также и вопроса о фидеикомиссѣ, похороненъ-ли этотъ вопросъ теперь, или нѣтъ. Ввиду того, что сомнѣніе разрѣшено въ смыслѣ положительномъ, оказывается, что сторона, которая ссылается на фидеикомиссъ, поступаетъ тѣмъ самымъ вопреки состоявшейся сдѣлкѣ. Ergo, разсуждаетъ юристъ, сторона эта подпадетъ подъ неустойку: наступившій случай и есть именно тотъ, который братьями-наслѣдниками имѣлся ввиду при дѣленіи и сопровождавшихъ его стипуляціяхъ. Вотъ что Сцевола высказываетъ со свойственнымъ ему лаконизмомъ. И только. Всѣ прочіе вопросы онъ оставляетъ совершенно открытыми Это въ особенности относится къ вопросу, подлежитъ-ли взысканію неустоичная сумма, или не подлежитъ. Рѣшеніе этого обстоятельства, въ свою очередь, зависитъ отъ разнообразныхъ причинъ и условій, которыя всѣ, однако, лежатъ внѣ предмета разсмотрѣнія нашего классика и по адресу которыхъ онъ потому и не считаетъ нужнымъ обмолвиться ни единымъ словомъ. Прежде всего, оно зависитъ отъ того, какое будетъ принято рѣшеніе наслѣдниками умершаго брата: они могутъ отказаться отъ перешедшихъ на нихъ правъ по мировой сдѣлкѣ и потребовать внесенія неустойки, но они вправѣ поступить и обратно, отдавъ предпочтеніе именно трансакту и распростившись съ пенею. Такъ—въ случаѣ альтернаціи. Но нѣтъ, равнымъ образомъ, ничего невозможнаго и въ томъ, что первоначальные контрагенты, т. е. производящіе раздѣлъ братья, заключили особаго рода условіе, послѣдствіемъ чего въ настоящее

---

[1]) См. Dirksen, Manuale или словарь Heumann'a s. h. v.

ЦАБ "Автограф"

время является отношеніе кумулятивное и, соотвѣтственно съ тѣмъ, право новыхъ наслѣдниковъ не только настаивать на удержаніи въ силѣ полюбовной сдѣлки, но и взыскать еще помимо и сверхъ того неустоичную сумму. Все это, однако, повторяю, соображенія, не имѣющія непосредственной связи съ рѣшеніемъ Сцеволы: его рѣшеніе нисколько не затрагиваетъ ихъ, а тѣмъ менѣе предназначено извлечь изъ нихъ какое-либо окончательное для даннаго случая указаніе [1]).

При такомъ пониманіи наше мѣсто не представляетъ, очевидно, ничего ненормальнаго и страннаго и отнюдь не идетъ въ разрѣзъ съ выведеннымъ нами изъ источниковъ общимъ принципомъ альтернативнаго отношенія между интересомъ и неустойкою [2])

Иллюстраціей къ сказанному можетъ послужить одинъ судебный случай, который въ свое время былъ предметомъ разбирательства въ высшемъ апелляціонномъ судѣ города Касселя въ качествѣ послѣдней инстанціи и на который здѣсь умѣстно будетъ обратить вниманіе [3]). Нѣкто Н заключилъ домашнимъ порядкомъ договоръ о покупкѣ имъ недвижимаго имущества, причемъ на случай неисполненія этого договора обязался уплатить извѣстную неустойку Къ сожалѣнію, въ числѣ прочихъ пунктовъ имѣлся одинъ, отличавшійся неточностью и неясностью, а между тѣмъ далеко не безразличный, такъ какъ имъ-то какъ разъ опредѣлялись тѣ условія, при

---

[1]) Донеллъ ad h l. справедливо, на мой взглядъ подчеркиваетъ, что выраженіе „poenam commissam esse“ равносильно тому, какъ если бы юристъ сказалъ „poenam peti posse“. Прибавлю отъ себя, что Сцевола не говоритъ, вѣдь, о томъ, что „poena praestari (exigi, consequi) debet“ или что-нибудь въ этомъ родѣ Употребленный же имъ терминъ, согласно объясненію, данному въ текстѣ, всего лучше, думается, перевести словами· неустойка заслужена (навлечена). Точнѣе латинскій смыслъ передаютъ обороты—нѣмецкій. die Strafe ist verwirkt (verfallen), и французскій: la peine est encourue. Ср еще fr. 14 D de transact. (2, 15), гдѣ тотъ же Сцевола говоритъ: „utilibus actionibus conveniendus est“, что означаетъ однако возможность, а не необходимость: Oertmann назв соч стр 145 слл.

[2]) Куяцій (ad l 10 D. de pactis 2, 14) усматриваетъ даже прямо альтернацію во fr. 122 § 6 D. cit Но его аргументація не убѣдительна Онъ оперируетъ съ „ipso iure“ и „ope exceptionis“, полагая, что Сцевола имѣлъ ввиду возможность взысканія неустойки ipso iure, безъ вниманія къ exceptio doli которою промитентъ могъ оградить себя отъ этого взысканія, разъ оно замѣнило, а не сопровождало требованіе изъ основного трансакта.

[3]) Archiv Seuffert'a XXII, 127, отъ 3 III 1863.

ЦАБ "Автограф"

соблюденіи которыхъ продавцомъ покупатель не вправѣ былъ отступить отъ заключенной сдѣлки. Вслѣдъ за нѣкоторыми дѣйствіями своего контрагента Н. сталъ утверждать, что условія эти нарушены и что, слѣдовательно, на основаніи намѣченнаго параграфа договора, онъ, Н., считаетъ себя совершенно свободнымъ отъ принятаго обязательства. Тогда продавецъ, естественно, возбудилъ искъ, требуя уплаты обѣщанной неустойки. И дѣйствительно, названное судебное мѣсто признало, что данное покупателемъ Н. толкованіе спорнаго параграфа было неправильно. Такимъ образомъ, оказался налицо предусмотрѣнный сторонами случай незаконнаго односторонняго нарушенія договора, а вмѣстѣ съ тѣмъ случай, съ которымъ связана была уплата неустойки [1]).

Если принять предложенную выше интерпретацію fr. 122 § ult. D. cit., то и выходитъ, что изображенный сейчасъ въ главнѣйшихъ штрихахъ процессъ, по своему punctum saliens, по возбуждавшему недоумѣніе вопросу, аналогиченъ съ казусомъ Сцеволы.

Эта моя интерпретація не встрѣтила въ литературѣ вѣскихъ возраженій. Изъ нѣмецкихъ критиковъ, обсуждавшихъ первоначальное изданіе моей работы, никто почти, за однимъ только исключеніемъ, не возсталъ противъ нея. Зеккель даже открыто выражаетъ ей свое сочувствіе [2]),—и только H. Krüger заявляетъ себя несолидарнымъ

---

[1]) Прибавлю еще, что Кассельскій высшій судъ присудилъ отвѣтчика Н. только условно: на случай если бы Н. не предпочелъ сдѣлать добровольно все необходимое для выполненія заключеннаго договора. Судъ при такомъ своемъ постановленіи принялъ въ расчетъ моменты bona и mala fides; онъ полагалъ, что, ввиду отсутствія доказанной недобросовѣстности со стороны Н., было бы несправедливо сразу подвергнуть его взысканію. (Ср. также мнѣніе Heuser'a въ его припискѣ къ разсматриваемому рѣшенію, тамъ же стр. 196 сл.) Что подобная точка зрѣнія не соотвѣтствуетъ, однако, ни чисто римскому, ни пандектному праву, будетъ разъяснено ниже (§ 24). Тамъ неисправный должникъ навлекаетъ на себя неустойку совершенно независимо отъ какой-либо своей вины, а тѣмъ менѣе отъ злого умысла. Сообразно съ тѣмъ, и Сцевола, понятно, не занимается изслѣдованіемъ вопроса, почему пережившій братъ поступилъ вопреки сдѣлкѣ: потому-ли, что съ его стороны былъ проявленъ dolus или имѣлась по крайней мѣрѣ culpa, или же потому, что онъ просто, безъ всякой вины, ошибался въ толкованіи трансакта: для юриста-классика вполнѣ достаточно факта, что „adversus eum pronuntiatum est“, что, стало быть, объективно договоръ, несомнѣнно, нарушенъ.

[2]) Въ указанномъ мѣстѣ стр. 404.

ЦАБ "Автограф"

съ нею [1]). Но доводы послѣдняго ничего новаго не содержатъ. Всѣ они высказывались уже и раньше, а въ новѣйшее время еще разъ были цѣликомъ повторены Бертолини [2]), при разборѣ толкованія Донелла. Спрашиваютъ: какими судьбами Сцевола могъ совершенно умолчать о вопросѣ насчетъ взысканія неустойки въ дѣйствительности? При этомъ, однако, забывается или, по крайней мѣрѣ, недостаточно помнится, что Сцевола весьма часто бываетъ не въ мѣру кратокъ. «Solet Scaevola de iure breviter et abscisse respondere», справедливо признаетъ уже Куяцій [3]). Если, далѣе, Крюгеръ въ своей рецензіи говоритъ: «Gewiss drückt sich Scaevola, was Verf. zu seinen Gunsten zu wenden sucht, in seinen Entscheidungen kurz und bundig aus: aber sein Spruch hatte ja dem pythischen Orakel alle Ehre gemacht, wenn Pergament's Auslegung richtig wäre», — то я, съ своей стороны, на это не лишенное остроумія замѣчаніе моего критика могу только возразить, что допускаемая мѣра краткости— величина растяжимая, разнообразящаяся въ зависимости отъ субъективныхъ воззрѣній и вкусовъ. Что Донеллу, Куяцію, мнѣ и, какъ я думаю, самому Сцеволѣ кажется только краткимъ просто, то Крюгеру и другимъ можетъ, разумѣется, казаться слишкомъ краткимъ. Доказательства противъ моего толкованія тутъ нѣтъ. Но помимо того: не слѣдуетъ упускать изъ виду, что юридически интереснымъ (особенно съ точки зрѣнія такого классика, какимъ является авторъ нашего фрагмента) могъ быть только одинъ указанный выше вопросъ: наступилъ-ли случай взысканія неустойки? подвергъ-ли себя виновный опасности уплатить неустойку? да или нѣтъ? Сцевола рѣшаетъ: разъ мировая сдѣлка, какъ выяснено на судѣ, обнимаетъ и фиденкомиссъ, то при такомъ положеніи вещей (повторяю: «secundum ea quae proponuntur») я высказываюсь утвердительно: да. Вотъ что единственно существенно; все остальное должно было представляться Сцеволѣ весьма

[1]) Въ указ. мѣстѣ стр. 415: „... die Stelle von Scaevola in Dig. 45, 1, 122, 6 hat meines Erachtens seine zwar scharfsinnige, aber gesuchte Interpretation nicht aus dem Wege zu räumen vermocht".

[2]) Назв. соч. стр. 66, 28. Въ своемъ позднѣйшемъ трудѣ о мировой сдѣлкѣ („Della transazione secondo il diritto Romano" 1900) Бертолини снова къ нимъ возвращается, отстаиваетъ свой прежній взглядъ и полемизируетъ со мною. Къ сожалѣнію, мы и тутъ (стр. 333 слл.) не находимъ ничего новаго,— кромѣ развѣ отсутствія требуемой добросовѣстности въ научномъ спорѣ.

[3]) Ad. l. 10 D. de pactis (2, 14). Ср. P. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts стр. 195 сл.

ЦАБ "Автограф"

несложнымъ и элементарнымъ и разрѣшалось само собою. Все вниманіе его, настаиваю, сосредоточивалось на одномъ: примѣнимо-ли по своему смыслу соглашеніе о неустойкѣ и къ наступившимъ обстоятельствамъ? Соотвѣтственно съ этимъ, и responsum его тоже относится лишь къ этому одному пункту [1]).

Крюгеръ (а также Бертолини) усматриваетъ въ нашемъ фрагментѣ рѣшеніе въ смыслѣ начала кумулятивнаго. При этомъ оба полагаютъ, что кумуляція въ немъ можетъ быть объяснена какимъ-нибудь молчаливымъ на этотъ счетъ условіемъ контрагентовъ,—что, молъ, (Бертолини) и подтверждается выраженіемъ «secundum ea etc». Этого объясненія я уже отчасти коснулся. Правдоподобнымъ я его не считаю. Допускать, что въ означенной стереотипной, почти неизмѣнно повторяющейся у Сцеволы формулѣ заключается указаніе на какое-то особое. скрытое соглашеніе,— значитъ, по моему мнѣнію, сильно преувеличивать ея важность. Къ тому же, развѣ не удивительно, что тогда рѣшающій какъ разъ моментъ, главнѣйшій мотивъ сужденія классика оказался бы прямо обойденнымъ, не удостоеннымъ ни единаго даже слова?! [2]).

---

[1]) Ср. fr. 132 pr. D de V. O (45, 1). Этотъ длинный отрывокъ Павелъ посвящаетъ толкованію нѣсколькихъ только словъ изъ заключеннаго сторонами договора Римскаго юриста и здѣсь по преимуществу интересуетъ значеніе состоявшейся стипуляціи „quem intellectum habeat haec conceptio „si eum aliter quam ut filium observasset", non prospicio"

[2]) Прочіе доводы противниковъ сдва-ли заслуживаютъ спеціальнаго опроверженія. Такъ, Крюгеръ ссылается еще на то, что дѣло идетъ о трансактѣ Какъ будто этого достаточно, какъ будто въ извѣстной с. 40 C. cit. и въ другихъ мѣстахъ не о трансактѣ идетъ рѣчь! Или слѣдующее: Крюгеру представляется, что Сцевола произноситъ приговоръ „poenam esse commissam", послѣ того какъ наслѣдники умершаго брата уже сохранили наслѣдство. Но это невѣрно: еще только постановлено рѣшеніе въ ихъ пользу. Другими словами, они только вправѣ сохранить перешедшее къ нимъ имущество (буде предпочтутъ это взысканію пени). Еще слабѣе въ томъ же направленіи замѣчаніе Бертолини въ его „Transazione" № 235

Излишне прибавлять, что отвергая кумулятивное начало во fr. 122 § 6 D cit, я руководствуюсь, конечно, не стремленіемъ къ согласованію римскоправовыхъ отрывковъ во что бы ни стало или къ подведенію ихъ подъ одну категорію и одинъ образецъ Такое стремленіе было понятно въ свое время въ Германіи со стороны какого-нибудь пандектиста, желавшаго дать судьѣ въ Целле, Гамбургѣ или Лейпцигѣ твердую и цѣлесообразную основу для его рѣшеній Но оно было бы болѣе, чѣмъ неумѣстно, не

ЦАБ "Автограф"

Заканчивая настоящій параграфъ, я не могу не привести еще одного воззрѣнія на наше мѣсто—воззрѣнія особенно распространеннаго (по преимуществу во французско-италіанской литературѣ), а потому и выдѣляемаго мною изъ ряда другихъ.

Отчасти, по крайней мѣрѣ, оно уже извѣстно намъ изъ предыдущаго, такъ какъ стоитъ въ тѣснѣйшей связи съ ученіемъ, гласящимъ, что при трансактѣ договоръ о неустойкѣ всегда ведетъ къ отношенію кумулятивному[1]). Рельефнѣе всѣхъ выражается старикъ Pothier[2]). Условливаясь относительно пени—разсуждаетъ онъ—каждый изъ братьевъ во fr. 122 § ult. D. cit. вовсе не безпокоился о томъ, что другой обезсилитъ только-что благополучно заключенную полюбовную сдѣлку. На этотъ счетъ оба были спокойны: трансактъ уже самъ по себѣ, будучи дѣйствителенъ, служилъ вполнѣ удовлетворительной въ этомъ направленіи охраною и безъ всякой дополнительной стипуляціи. Соглашаясь о неустойкѣ, каждый изъ нихъ имѣлъ ввиду другое: онъ добивался того, чтобы братъ совсѣмъ не возбуждалъ противъ него спора. При такихъ условіяхъ понятно, что для взысканія неустойки совершенно достаточно, если контрагентомъ процессъ былъ уже только затѣянъ, хотя бы безуспѣшно. Другая сторона уже тогда имѣетъ право быть недовольной и потребовать себѣ пеню: она не желала процесса, всячески избѣгала его и въ концѣ-концовъ все-таки принуждена была вести его.

Словомъ, уплата неустойки, по мысли Pothier, обусловлена уже фактомъ попытки нарушить мировую сдѣлку, независимо отъ

говоря уже обо всемъ прочемъ, въ настоящее время и, вдобавокъ, у насъ въ Россіи, гдѣ римское право дѣйствующимъ законодательствомъ никогда не было. Истинно научное и въ данной части безусловно признанное историческое или, лучше, историко-догматическое (или еще „аналитическое“) направленіе, считаясь и съ пространствомъ времени, къ которому относятся завѣщанные намъ отрывки римскихъ корифеевъ, и съ индивидуальностью послѣднихъ (вопреки извѣстному изреченію, они далеко не „fungible Personen“), и т. д.,—вовсе не старается о соединеніи текстовъ quand même и вовсе не страшится разногласія и антиномій См. мою статью „Къ вопросу о задачахъ науки римскаго права“ („Право“ 1899 № 44), а также Юшкевича „Историко-аналитическое направленіе въ наукѣ римскаго права“.

[1]) См. выше стр. 106.

[2]) Oeuvres III № 340.

ЦАБ "Автограф"

исхода или результата начинанія. Въ подтвержденіе этой мысли новѣйшими писателями выставляется еще формулировка стипуляціи во fr. 122 § ult.: «nihil se contra eam divisionem facturos», причемъ указывается, что обязательство, принятое стороною на основаніи такой стипуляціи, много шире обыкновеннаго, и что, слѣдовательно, установленная здѣсь пеня должна считаться не эквивалентомъ правильнаго выполненія трансакта, а вознагражденіемъ за безпокойство и трудъ, которые выпали на долю подвергшагося нападенію контрагента и брата[1]).

Мое отношеніе къ этому толкованію вытекаетъ съ достаточной ясностью изъ всего предыдущаго изложенія въ настоящей главѣ.

§ 11.

Когда допускать кумуляцію? Природа неустойки при кумулятивномъ отношеніи.

Читатель могъ убѣдиться въ томъ, что римское право по исключенію только признаетъ соединеніе пени съ интересомъ. Кумуляція не предполагается безъ дальнѣйшаго. Для примѣненія кумулятивнаго начала необходимо всякій разъ имѣть какія-нибудь особыя побудительныя причины. Обыкновенно можно удовлетвориться спеціальнымъ соглашеніемъ сторонъ.

Въ разобранныхъ нами мѣстахъ изъ римскихъ источниковъ это соглашеніе, какъ мы видѣли, было явное. Объ явномъ, прямо выраженномъ условіи нами пока и велась, главнымъ образомъ, рѣчь. Но мы впали бы, думается мнѣ, въ ошибку, если бы хотѣли ограничивать весь вопросъ непремѣнно открытымъ, обязательно вовнѣ проявленнымъ условіемъ. Напрасно иные комментаторы утверждаютъ, что такое именно соглашеніе — condicio sine qua non, что всякое другое не въ состояніи создать кумуляцію[2]). Не вижу достаточнаго основанія для подобной постановки вопроса. На мой взглядъ, нѣтъ причины различать въ занимающемъ насъ

---

[1]) G. Girard назв. соч. стр. 97. Ср. Molitor назв. соч. 1 стр. 194 или еще, напримѣръ, Oumé Kenjirô, De la transaction № 171, а изъ италіанцевъ главнымъ образомъ Bertolini въ указ. мѣстѣ въ „Teoria...“: „... la pena in quella fattispecie è stabilita come risarcimento delle inquietudini e dei danni in genere del dover sostenere una lite (un giudizio, a parte l'esito del medesimo)“.

[2]) Ср. Faber op. cit. III p. 461 c. 1: „.. fieri numquam potest, ut qui poenam stipulatus est, utrumque consequatur.... nisi stipulationi inseruerit clausulam....“

ЦАБ "Автограф"

здѣсь отношеніи виды соглашенія и отдавать одному преимущество предъ другимъ. И молчаливое соглашеніе способно привести къ тому же точно результату, какъ и явное, —даже въ чисто римскомъ правѣ. Важно только одно: чтобы особенность воли контрагентовъ, направленной въ сторону кумуляціи, была въ должной мѣрѣ установлена и не подлежала сомнѣнію.

Если бы для подтвержденія моей мысли еще потребовалось представить какой-нибудь аргументъ положительнаго свойства—по поговоркѣ: iurisconsultus sine lege erubescit —, то можно бы сослаться на неоднократно уже цитированныя слова изъ Папиніанова fr. 115 § 2 D. de V. O.:

«cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur».

Этого однако мало. Савиньи обратилъ вниманіе на то, что уже самое содержаніе договора способно дать ключъ къ кумулятивному требованію. И это вполнѣ справедливо. Свое воззрѣніе Савиньи къ тому же формулировалъ до такой степени безукоризненно, что къ его словамъ прибавлять нечего. Вотъ что онъ говоритъ въ дословномъ почти переводѣ: «Изъ особаго содержанія обоихъ договоровъ [т.-е. договора главнаго и дополнительнаго неустоичнаго] можно заключить о подобномъ [т.-е. кумулятивномъ] намѣреніи сторонъ, хотя бы оно и не было прямо выражено,—такъ, въ томъ, напримѣръ, случаѣ, когда размѣръ неустойки, сравнительно съ денежной стоимостью исполненія главнаго договора, представляется дотого несоразмѣрно ничтожнымъ, что стороны никакъ не могли считать неустойку замѣною исполненія, а только усиленнымъ побужденіемъ къ исполненію. Чѣмъ выше неустойка, тѣмъ невѣроятнѣе такое толкованіе договора[1])».

Послѣ всего сказаннаго ясно, что найденному нами въ первой главѣ изслѣдованія принципу альтернативнаго отношенія между интересомъ и неустойкою нельзя присваивать значенія нормы абсолютной, принудительной. Это, разумѣется, не ius

[1]) Назв. соч. II § 80 прим. i. Ср. Unterholzner Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen I стр. 248, Baron назв. соч. стр. 364 сл., Schumacher Die Conventionalstrafe etc. стр. 18, Bertolini назв. соч. стр. 61 сл. и Aubry назв. соч. стр. 129: „... le juge trouvera ses éléments de décision dans la comparaison qu'il fera entre le montant de la peine et l'étendue du préjudice total".

ЦАБ "Автограф"

cogens, а только ius dispositivum, право вспомогательное, уступчивое, оставляющее просторъ частному произволу, примѣняемое лишь поскольку правоотношеніе не регулировано инымъ образомъ самими участниками, поскольку имѣется пробѣлъ въ распоряженіяхъ автономныхъ.

Нѣкоторые пандектисты какъ будто идутъ еще дальше. Все вліяніе неустойки на основное обязательство, говорятъ они, сводится къ вопросу толкованія[1]). По существу эта формулировка въ общемъ соотвѣтствуетъ нашему пониманію дѣла. Но удачной я ее тѣмъ не менѣе назвать не могу — не могу потому, что она недостаточно выдвигаетъ альтернативное начало, не отправляется отъ него, какъ отъ правила, только допускающаго отступленіе. In dubio или, лучше, при отсутствіи особыхъ причинъ, судья, въ своемъ рѣшеніи по римскому праву, долженъ стать на почву альтернаціи, какъ нормальнаго отношенія. Кумуляція—исключеніе и, какъ таковое, повторяю, не предполагается, а необходимо каждый разъ доказывается[2]).

---

[1]) См., напримѣръ, Виндшейда Lehrb. II § 285 п. 4 („eine Auslegungsfrage") и Arndts'a Pand. § 211 („Sache der Willensauslegung").

[2]) Отмѣчу еще, что въ монографической, по преимуществу, литературѣ о неустойкѣ нерѣдко высказывались странныя и даже прямо несообразныя мнѣнія по изслѣдуемому вопросу. Такъ, Nettelbladt (назв. соч. стр. 61 прим. 133) полагаетъ, что по общему правилу вѣритель можетъ требовать неустойки вмѣстѣ съ исполненіемъ: такое утвержденіе, думаетъ онъ, согласуется и съ источниками. Того же взгляда держится, напримѣръ, Kersten въ своей сравнительно очень извѣстной диссертаціи „De poena conventionali". Впрочемъ, вся глава его книги, посвященная вопросу объ отношеніи между собою главнаго договора и придаточнаго о неустойкѣ (VIII, стр. 31 слл. „de effectu poenae"), написана ниже всякой критики.

Равнымъ образомъ, съ выводами текста интересно сравнить слѣдующее, напримѣръ, заявленіе Hemleben'a, трактующаго о нашемъ вопросѣ въ спеціальной работѣ „De contractu rato manente, poena conventionali quoque soluta". Кумулятивное начало, увѣряетъ онъ насъ (§§ 7 слл.) господствуетъ абсолютно. Неудивительно, конечно, что, для обоснованія подобнаго взгляда (кстати, совершенно искаженнаго въ передачѣ Bernhard'a „Von der Conventionalstrafe" стр. 31 и другихъ), автору понадобилось прибѣгнуть къ самымъ рискованнымъ толкованіямъ отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ. Въ видѣ примѣра упомяну только объ его интерпретаціи извѣстнаго намъ fr. 10 § 1 D. de pactis (2, 14). Этотъ отрывокъ, полагаетъ Hemleben, не опредѣляетъ, что искъ о пенѣ и возраженіе изъ договора о невостребова-

ЦАБ "Автограф"

Еще только нѣсколько словъ о характерѣ или природѣ неустойки въ случаѣ примѣненія кумулятивнаго начала.

Въ самомъ дѣлѣ, можно-ли и здѣсь остаться при выясненной нами раньше при альтернаціи [1]) природѣ института? Вправѣ-ли мы успокоиться на установленномъ тамъ и сказать, что и въ случаѣ совмѣстнаго взысканія понесенныхъ убытковъ, разъ, и условленной пени, два, послѣдняя все же по прежнему сохраняетъ характеръ заранѣе опредѣленной (въ пользу вѣрителя) оцѣнки интереса?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ, разумѣется, долженъ быть данъ отрицательный. Одинъ и тотъ же ущербъ подлежитъ вознагражденію только одинъ разъ. Если сверхъ этого ущерба взыскивается еще какая-нибудь сумма, хотя бы и равная ему по величинѣ, то она, очевидно, уже перестаетъ выполнять функцію возмѣщенія вреда. Ея функція тогда становится чисто карательной, она пріобрѣтаетъ значеніе наказанія. Правильная, обычная, наблюдавшаяся нами до сихъ поръ цѣль (обезпеченіе кредитора, поставленіе его внѣ зависимости отъ таксаціи его убытковъ судьею, удовлетвореніе на худой конецъ въ размѣрѣ не ниже выговоренной неустойки),—эта цѣль при наличности кумулятивнаго отношенія между интересомъ и пенею отступаетъ на задній планъ или, вѣрнѣе, совсѣмъ исчезаетъ. Тутъ цѣль преслѣдуется другая, строго штрафная.

Все это не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію [2])

нiи могутъ принадлежать лицу только альтернативно. Нѣтъ, Ульпіанъ въ немъ говоритъ лишь то, что управомоченный вправѣ выбирать, к о т о р ы м ъ изъ двухъ находящихся въ его распоряженіи требованій онъ воспользуется с н а ч а л а и которымъ— п о т о м ъ. Исчерпавъ одно, всегда-де можно утилизировать еще и другое въ полномъ его объемѣ!

Относительно прочихъ, отчасти совершенно превратныхъ воззрѣній по тому же вопросу отсылаю къ Glück'y (назв. соч. IV стр. 533 сл.) и Синтенису (назв. соч. II § 88 прим. 20).

Напротивъ того, в ѣ р н о е указаніе или хотя вѣрный н а м е к ъ на альтернацію, какъ правило, даетъ de Wangenheim (Braun), Disputatio iuridica de poena conventionali etc. § 12, а въ послѣднее время тотъ же (альтернативный) принципъ справедливо выдвинутъ Oertmann'омъ (назв. соч. стр. 170 слл.) для одной, по крайней мѣрѣ, области — области отношеній между неустойкой и объектомъ м и р о в о й с д ѣ л к и, какъ основного, обезпечиваемаго пенею договора.

[1]) См. § 7, стр. 74 слл.

[2]) Сказанное въ текстѣ болѣе или менѣе точно соотвѣтствуетъ тому, что

ЦАБ "Автограф"

Приписывая неустойкѣ, получаемой помимо вознагражденія за вредъ и убытки, функцію карательную, удѣляя ей при такой комбинаціи роль наказанія и даже чистаго наказанія, я нисколько, впрочемъ, не опасаюсь того, что неустойка здѣсь можетъ быть понята, какъ наказаніе въ смыслѣ уголовномъ. Оговорка Зеккеля, что и въ разсматриваемомъ случаѣ обозначеніе пени «чисто штрафною» должно понимать только «cum grano salis», едва-ли поэтому нужна: она продиктована нѣкоторой, небезвредной, педантичностью. Смѣшивать не только публично-правное наказаніе, но и poena privata въ тѣсномъ смыслѣ слова съ гражданскою пенею никто и безъ того не станетъ,—не долженъ, по крайней мѣрѣ, если вспомнить то, что въ своемъ мѣстѣ излагалось о полномъ различіи — въ настоящемъ и прошедшемъ — между природою poenae въ уголовномъ и въ гражданскомъ правѣ [1]). Положеніе, доказанное тамъ, при альтернаціи, справедливо и сохраняетъ силу также здѣсь, при дѣйствіи принципа кумулятивнаго. Основаніе для своего утвержденія тамъ мы почерпали не изъ функціи неустойки, не изъ факта замѣны ею интереса, а изъ договорной ея природы, изъ того обстоятельства, что соглашеніе сторонъ служитъ ея базисомъ, даетъ ей жизнь.

Говоря о «штрафѣ», «карѣ» или «наказаніи», *я, понятно, не* разумѣю ничего иного, какъ независимое отъ наличнаго вреда имущественное взысканіе, направленное въ

мною изложено въ началѣ § 10 нѣмецкаго изданія моей работы. Если я въ ней же затѣмъ въ другомъ мѣстѣ (§ 11 стр. 71, также 77) говорю: „denselben Schaden doppelt vergüten", „doppelt entschädigen" и т. п., то этимъ, естественно, я не хочу сказать ничего другого и не думаю установлять еще какую-то новую, по числу, быть можетъ, третью функцію или природу неустойки, какъ, повидимому, допускаютъ Geib (въ указанномъ мѣстѣ стр. 357) и Seckel (въ указ. мѣстѣ стр 403). Только употребленныя мною нѣмецкія выраженія не могутъ, охотно признаюсь въ томъ, считаться вполнѣ удачными. Впрочемъ, тѣ же или подобныя имъ выраженія встрѣчаются въ литературѣ весьма часто: см., напримѣръ, у Г. Крюгера (Beiträge etc. стр. 203): „doppelte Leistung", въ смыслѣ doppelte Ersatzleistung; у самого Дернбурга (*см. выше стр.* 82) читаемъ: „der Gläubiger soll... nicht Doppeltes erhalten", а въ своемъ новомъ трудѣ „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens" Дернбургъ даже говоритъ (II, 1 стр. 229): „Doppelte Befriedigung soll sie [die Vertragsstrafe]... nicht verschaffen".

[1]) См. выше стр. 78 слл.

ЦАБ "Автограф"

пользу и обогащеніе вѣрителя, во вредъ и убытокъ должнику.

Отношеніе къ дѣлу Зеккеля приводитъ его къ непониманію и совершенно напрасному вслѣдствіе того отрицанію смысла неоднократно уже упоминавшагося нами извѣстнѣйшаго изреченія Савиньи, который, конечно, не сливалъ воедино разнородныхъ и отличныхъ toto coelo матерій, а тѣмъ не менѣе назвалъ нашъ институтъ «уголовнымъ установленіемъ», «eine, durch Privatwillkur begründete, Criminalanstalt im Kleinen» [1]).

---

[1]) Наоборотъ, Зеккель въ указанномъ мѣстѣ стр. 404: „Die Conventionalstrafe bildet also niemals eine „Criminalanstalt im Kleinen“ (so allerdings Savigny)“.

ЦАБ "Автограф"

Глава III.

Tertium non datur.

§ 12.

Къ характеристикѣ римскоправовой фигуры, дающей право требовать только неустойки.

Въ двухъ предыдущихъ главахъ настоящаго отдѣла мы исчерпали кругъ отношеній неустоичнаго обѣщанія къ матеріальному обязательству. Мы видѣли, что отношеніе тутъ бываетъ либо альтернативное съ правомъ выбора вѣрителя—и это правило—,либо кумулятивное, состоящее въ правѣ соединенія требованія неустойки съ требованіемъ интереса, что является исключеніемъ.

Этимъ можно было бы, собственно говоря, и ограничиться, считая болѣе или менѣе выясненнымъ все входящее въ изслѣдуемую область, — если бы не одно обстоятельство. Необходимо замѣтить, что существуетъ небезынтересное мнѣніе, принадлежащее высоко авторитетнымъ юристамъ и важное для насъ здѣсь потому, что оно сводится къ признанію еще третьей возможности, еще третьяго рода отношенія между тою же неустойкою и правомъ требованія, вытекающимъ изъ каузальнаго обязательства. Игнорировать это мнѣніе мы, естественно, не вправѣ и должны не только представить изложеніе его сущности, но и высказаться также по вопросу о его правильности и пригодности. И это тѣмъ болѣе, что подобное критическое (въ томъ или другомъ смыслѣ) къ нему отношеніе дастъ намъ вмѣстѣ съ тѣмъ основаніе и поводъ войти въ разсмотрѣніе нѣкоторыхъ новыхъ и родственныхъ вопросовъ, соприкасающихся съ предметомъ нашей работы.

ЦАБ "Автограф"

Вангеровъ и Виндшейдъ [1]) держатся того взгляда, что въ результатѣ соглашенія о неустойкѣ можетъ получиться такого рода правоотношеніе [2]), въ силу котораго должникъ оказывается обязаннымъ къ исполненію только неустоичнаго договора, другими словами, къ одной лишь уплатѣ неустойки. Правда, названные ученые не говорятъ при этомъ открыто о матеріальномъ договорѣ, какъ обязательствѣ основномъ, укрѣпляемомъ условіемъ о пенѣ,—но оба они, и Вангеровъ и Виндшейдъ, несомнѣнно, имѣютъ здѣсь ввиду именно такой, не абстрактный договоръ. Это вытекаетъ (и помимо ихъ аргументаціи) уже изъ того обстоятельства, что упомянутое правоотношеніе, какъ послѣдствіе неустоичнаго обезпеченія, ими допускается и признается возможнымъ въ наше время и въ новомъ правѣ. Замѣчу тутъ же, что мой взглядъ на данное ученіе безусловно отрицательный: выставленное положеніе мнѣ кажется прямо ошибочнымъ.

Еще въ концѣ перваго отдѣла настоящей части работы было указано на то обстоятельство, что отношеніе неустоичной стипуляціи къ главному обязательству абстрактнаго характера—для такъ наз. нынѣшняго римскаго права, или gemeines Recht лишено какого бы то ни было значенія. Мы тогда основывались на томъ соображеніи, что новоевропейское право не знаетъ римской стипуляціи, которая, конечно, реципирована не была, что въ современной наукѣ считается неоспоримой истиной. Но изъ истины этой вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ, что добытый нами въ свое время результатъ—ограниченіе вѣрителя въ смыслѣ предоставленія ему права требовать одной только неустойки,—что и онъ точно также новому времени неизвѣстенъ и чуждъ, такъ какъ находится въ прямой и неразрывной связи со стипуляціей и ея свойствами.

Считаю одинаково нужнымъ и умѣстнымъ остановиться теперь на этой связи и зависимости нѣсколько подробнѣе.

Что касается чисто римскаго права, то по его адресу нѣтъ, конечно, возможности отрицать различіе, проводимое (классиками) между случаями нашего перваго и второго отдѣла. Утверждать, что обѣщаніе пени въ соединеніи съ абстрактнымъ, съ одной, и съ матеріальнымъ обязательствомъ, съ другой стороны, имѣетъ одно и

---

[1]) Первый въ назв. соч. III стр. 342, второй въ назв. соч. II § 285 п. 4.

[2]) Виндшейдомъ это отношеніе, наряду съ двумя намъ уже извѣстными, приводится прямо какъ третье, подъ буквою с.

ЦАБ "Автограф"

то же дѣйствіе,—значитъ оказаться въ явномъ и непримиримомъ противорѣчіи съ фактами.

Та точка зрѣнія, отъ которой римскіе юристы отправлялись въ случаяхъ одной категоріи; тѣ пріемы и моменты, которыми они здѣсь оперировали, которые здѣсь причиняли имъ трудности и вели, какъ мы наблюдали, къ оживленному обмѣну мыслей и разногласію,—все это въ случаяхъ другой, второй категоріи совершенно не интересно, никого не занимаетъ и не волнуетъ. Мало того: изъ разсмотрѣнныхъ нами въ послѣднемъ отдѣлѣ мѣстъ ни въ одномъ не обсуждается и даже не возбуждается вопросъ, нигдѣ нѣтъ хотя бы намека на то, чтобы тѣ моменты, та отправная точка зрѣнія и т. п. и здѣсь когда-либо утилизировались. Никто, повидимому, ни разу и ни на минуту не усомнился въ ихъ полной непригодности примѣнительно къ каузальному обязательству. Изслѣдователь, который сталъ бы спорить противъ этого, оказался бы, по моему убѣжденію, виновнымъ въ недостаточной оцѣнкѣ источниковъ. Между отношеніемъ условія о неустойкѣ къ стипуляціи, разъ, и къ матеріальному контракту, два, лежитъ, безъ преувеличенія, цѣлая пропасть. Ни волновавшая тамъ умы юристовъ «una obligatio», ни «quasi novatio», дававшая по Павлу перевѣсъ и рѣшавшая все дѣло,—ни то ни другое не принимается въ расчетъ при второмъ отношеніи. И нельзя не признать такого явленія вполнѣ естественнымъ и въ высшей степени правильнымъ. Какъ могли римскіе классики бесѣдовать объ una obligatio тамъ, гдѣ основной договоръ былъ договоромъ купли-продажи или товарищества, а договоръ о неустойкѣ являлся чистѣйшей стипуляціей?! Объ causae (civiles) были, вѣдь, въ томъ и другомъ случаѣ, безусловно разныя, противоположныя.

Но гораздо важнѣе слѣдующее. Въ томъ же первомъ отдѣлѣ [1]) мы выяснили, что при обѣщаніи типа «navem fieri spondes? si non feceris, centum dari spondes?» не можетъ, правда, идти рѣчь о настоящей новаціи, но что тѣмъ не менѣе обѣщаніе это сводится къ тому же приблизительно, какъ если бы новація наступила: въ результатѣ «in obligatione» находится лишь centum, navis же оказывается только «in solutione». Оправданіе для этого явленія мы усматривали въ формулировкѣ, въ томъ обстоятельствѣ, что вторая стипуляція (которая, сама по себѣ, суспензивно

[1]) См. выше стр. 28 слл.

ЦАБ "Автограф"

условна) служитъ вмѣстѣ съ тѣмъ резолютивнымъ условіемъ при первой стипуляціи, безусловной, если брать ее въ отдѣльности.

Возможно-ли усматривать то же соотношеніе между частями договора, ту же роль одной изъ нихъ при другой и въ томъ также случаѣ, когда предъ нами соединеніе стипуляціи о пенѣ не съ абстрактнымъ, а съ матеріальнымъ контрактомъ? Не думаю. При такой комбинаціи у насъ всякій разъ, по справедливому мнѣнію Сальковскаго, не одинъ актъ, а «два совершенно отличныхъ другъ отъ друга правовыхъ акта, которые соотвѣтственно и производятъ два отдѣльныхъ обязательства» [1]). Условіе о неустойкѣ,

---

[1]) Назв. соч. стр. 207 сл. Какъ видно изъ текста, я принялъ объясненіе Сальковскаго по вопросу о причинѣ неодинаковаго обсужденія въ источникахъ занимающихъ насъ здѣсь двухъ случаевъ. Ср. Aubry назв. соч. стр. 127 сл. Неудовлетворительно объясненіе, данное на этотъ счетъ Сальпіусомъ (назв. соч. стр. 241 сл.), будто причина, почему искъ изъ матеріальнаго контракта внѣ зависимости отъ неустоичной стипуляціи, заключается въ различіи объекта обоихъ обязательствъ. Сальпіусъ, впрочемъ, заслуживаетъ признанія въ томъ смыслѣ, что стоитъ на твердой почвѣ необходимости разъединенія той и другой категоріи случаевъ. Наоборотъ, Либе (назв. соч. стр. 318 сл.) тѣ же случаи различаетъ недостаточно строго.

Въ послѣднее время Sjögren (назв. соч. стр. 74 слл., 79) пытался дать интересующему насъ различію новое и оригинальное объясненіе. Причину явленія онъ усматриваетъ въ „неравной силѣ“ основного обязательства или „фундамента“, какъ онъ выражается. Но этотъ взглядъ является не болѣе какъ послѣдствіемъ общей и неудовлетворительной гипотезы автора, съ которой мы познакомимся ниже (въ добавленіи). Пока я ограничусь указаніемъ, что Sjögren уже потому оказывается неправымъ, что стипуляція, какъ основа для условія о пенѣ, нисколько не слабѣе обязательства каузальнаго. Заблужденію Sjogren'а способствуетъ то, что временами онъ совсѣмъ забываетъ о существованіи стипуляціи, въ которую облекается главное обязательство, т. е. перваго члена обѣщанія: „navem fieri spondes?“. Вмѣсто доводовъ, авторъ ограничивается заявленіемъ, что все дѣло въ „моментѣ, отъ котораго идетъ упадокъ значенія стипуляціи“. Между тѣмъ этотъ моментъ въ данномъ случаѣ болѣе или менѣе безразличенъ; его связь съ разсматриваемымъ вопросомъ болѣе чѣмъ проблематична. Въ этомъ отношеніи достаточно вспомнить, что именно Павелъ, въ противоположность Юліану, Марцеллу и Ульпіану, удѣляетъ наибольшее и вполнѣ независимое значеніе абстрактному договору, обезпечиваемому пенею, и что изъ его противниковъ къ нему всего ближе подходитъ Ульпіанъ, т. е какъ разъ позднѣйшій изъ трехъ юристовъ (см. выше § 2).

ЦАБ "Автограф"

резонно замѣчаетъ тотъ же писатель [1]), здѣсь никакъ не поддается толкованію въ смыслѣ отмѣнительнаго условія главнаго обязательства.

При основномъ абстрактномъ договорѣ рядъ юристовъ-классиковъ даже совсѣмъ не допускалъ, какъ мы видѣли, мысли о двухъ обязательствахъ: въ отличіе отъ Павла, ими признавалось только одно обязательство, причемъ первая его половина, по этому ученію, предназначалась служить спеціальной цѣли, не составляя, однако, отдѣльной obligatio. Обѣ стипуляціи—такъ казалось Юліану и его сторонникамъ—какъ бы охвачены здѣсь однимъ кольцомъ. Подчасъ и самая редакція обѣщанія представляла нѣкоторую опору для этого ихъ пониманія. Дѣло въ томъ, что нерѣдко заключительное слово «spondes» употреблялось въ стипуляціи только одинъ разъ (вмѣсто двухъ), въ самомъ концѣ, только во второмъ членѣ [2]), какъ это встрѣчается, напримѣръ, во fr. 115 pr. D. de V. O. (45, 1):

> Ita stipulatus sum: «te sisti in certo loco: si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?» [3]).

---

[1]) Стр. 208: „... Es kann eine Resolutivbedingung in die Hauptverpflichtung gar nicht hineininterpretirt werden".

[2]) Сальковскій (назв. соч. стр. 208 прим.), безъ сомнѣнія, увлекается, когда полагаетъ, что таковъ былъ обыкновенный порядокъ формулированія. Въ опроверженіе стоитъ только сослаться на важнѣйшій и основной для всего ученія § 2 того же fr. 115 D. cit. Напрасно также Сальковскій, парафразируя (стр. 201) знакомую намъ l. 44 § 6 de O. et. A. (44, 7), возстановляетъ обсуждаемую въ ней стипуляцію въ такомъ видѣ: navem fieri et si non feceris centum dari spondes? Изъ словъ Павла это отнюдь не слѣдуетъ, какъ равнымъ образомъ не слѣдуетъ и изъ редакціи мѣстъ, трактующихъ объ отказѣ (fr. 1 § 8 D. ad leg. Falc. 35, 2, fr. 19 pr., fr. 24 pr. D. quando dies leg. 36, 2), гдѣ „dato" всякій разъ повторено.

[3]) Пользуюсь случаемъ, чтобы указать на одно обстоятельство, въ данномъ мѣстѣ не имѣющее, правда, отношенія къ предмету нашего изслѣдованія, но далеко небезынтересное съ точки зрѣнія возсозданія подлинныхъ текстовъ классическихъ юристовъ и полнаго уразумѣнія ихъ писаній. Въ цитированномъ fr. 115 pr. D. de V. O. (45, 1) терминъ „aureos", разумѣется, интерполированъ. О своемъ переводѣ одной денежной единицы на другую повѣствуетъ самъ Юстиніанъ въ § 3 I. de success. libert. (3, 7): „sic enim legis Papiae summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur". Соотвѣтственно съ тѣмъ, у Ленеля въ его Palingenesia (Papin. № 79) и значится—совершенно правильно,—что въ дѣйствительности Папиніанъ написалъ, было, иное, чѣмъ то, что ему приписано, а именно: HS L. Но никѣмъ пока, насколько мнѣ по крайней мѣрѣ извѣстно, не обра-

ЦАБ "Автограф"

Мыслимо-ли, спрошу я послѣ всего приведеннаго, сливать или даже только сопоставлять съ этими и подобными явленіями тѣ случаи, которые намъ извѣстны изъ разобранныхъ отрывковъ въ родѣ ll. 28 и 47 de A. E. V. (19, 1), или l. 10 § 1 D. de pactis (2, 14), или еще ll. 41 и 42 D. pro socio (17, 2) и т. д.?!

Отвѣтъ на этотъ вопросъ, думается мнѣ, слишкомъ ясенъ, чтобы могли потребоваться еще какіе-нибудь новые доводы.

Раньше я сказалъ, что если бы современный юристъ отрицалъ различіе, существующее въ источникахъ между случаями абстрактнаго и неабстрактнаго договора, какъ главнаго, укрѣпляемаго добавочнымъ соглашеніемъ о пенѣ обязательства,—то онъ очутился бы въ прямомъ противорѣчіи съ яснымъ смысломъ изреченій римскихъ классиковъ. Между тѣмъ на такой именно путь вступилъ въ новѣйшее время уже не разъ цитированный мною Бертолини[1]). Онъ утверждаетъ, что при всѣхъ рѣшительно условіяхъ о неустойкѣ примѣняются одни и тѣ же положенія, безотносительно къ намѣченному нами различію. Точнѣе: по его, Бертолини, мнѣнію, источники знаютъ только одно правоотношеніе, и притомъ то, которое нами принято при наличности основного матеріальнаго обязательства.

Почти излишне прибавлять, что доводы италіанскаго юриста должны, по необходимости, оказаться въ высшей степени слабыми.

Во fr. 115 § 2 D. cit., говоритъ Бертолини, рѣшеніе Папиніана слѣдуетъ объяснять спеціальнымъ уговоромъ, на что-де римскій юристъ и указываетъ въ словахъ: «sed et si ita cautum sit»: не будь этого уговора, кредиторъ, несомнѣнно, имѣлъ бы право выбора между требованіемъ уплаты денежной суммы и требованіемъ выдачи раба.

щено вниманія на тотъ фактъ, что, благодаря такой замѣнѣ, нашъ fr. 115 pr. D. cit. получаетъ новое и яркое освѣщеніе. Оказывается, что такимъ образомъ открывается второе мѣсто въ дигестахъ, которое подтверждаетъ изложеніе Гая (IV, 186) и можетъ служить отличнымъ примѣромъ примѣненія упоминаемой Гаемъ цыфры въ 50.000 сестерцій. Первое мѣсто, какъ извѣстно,—fr. 3 § 4 D. de eo per quem 2, 10 (см. Keller Civilprocess прим. 540, Lenel Edictum стр. 65 прим. 9). Упомяну еще, что fr. 115 D. cit. извлеченъ изъ liber secundus quaestionum, гдѣ, какъ мы болѣе или менѣе твердо знаемъ, Папиніаномъ помѣщенъ былъ трактатъ „de vadimoniis“ (ср. fr. 15 D. si quis caut. 2, 11, Lenel Papin. № 78). Все, слѣдовательно, согласуется какъ нельзя лучше.

[1]) Teoria... della pena convenzionale №№ 43 слл.

ЦАБ "Автограф"

Въ свою очередь, я не сомнѣваюсь въ томъ, что для читателя ясенъ иной смыслъ только-что приведенныхъ словъ. «Sed et si ita cautum sit»—выраженіе только параллельное другому выраженію того же параграфа: «cum id actum probatur», а, слѣдовательно, имѣетъ цѣлью отрицать кумулятивное соединеніе требованій, но отнюдь не право выбора между ними. О выборѣ нѣтъ рѣчи: онъ и безъ того не существуетъ, устраненный уже силою двучленной стипуляціи.

Папиніанъ, замѣчаетъ далѣе Бертолини, упоминаетъ о «voluntas». Но и этому обстоятельству нельзя придавать значенія противъ нашего толкованія, въ виду такихъ мѣстъ, какъ fr. 44 § ult. de O. et A. (44, 7) или c. 14 de pactis (2, 3). Voluntas въ устахъ Папиніана здѣсь означаетъ, повидимому, только то, что воля контрагентовъ направлена въ сторону немедленнаго исполненія договора: обѣщаніе желательно сдѣлать тотчасъ же осуществимымъ. На такое именно намѣреніе указываетъ общій смыслъ мѣста, связь отдѣльныхъ его частей другъ съ другомъ[1]).

Всѣ остальныя соображенія Бертолини уже прямо лишены какого бы то ни было основанія. Такъ, въ c. 14 C. cit. онъ предполагаетъ совершенно немыслимую species facti. Толкованіе Сальковскаго, принятое, между прочимъ, также Виндшейдомъ [2]), имъ отвергается и, взамѣнъ того, дается другое: «placitum», заявляетъ Бертолини, нужно считать равнозначащимъ съ формальной «stipulatio», обѣщаніе же неустойки было первоначально облечено въ безформенное только (тѣмъ не менѣе) соглашеніе. Даже такое невѣроятнѣйшее предположеніе, какъ соединеніе условія о пенѣ въ видѣ pactum adiectum съ главнымъ стипуляціоннымъ договоромъ,— и оно, такимъ образомъ, не въ состояніи смутить нашего автора! Далѣе: въ конституціи императора Гордіана говорится: одно ты, истецъ, «consequeris», другое «exiges». Несмотря на это, Бертолини, предоставляетъ истцу право требовать какъ того, такъ и другого.

Что касается аналогіи съ легатомъ, то нашъ авторъ, безъ всякаго почти обоснованія, отказывается признавать ее. Единственный его мотивъ при этомъ тотъ, что и Папиніанъ не соглашается съ воззрѣніемъ Сабина, что-де явствуетъ изъ словъ «idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam»(!!).

---

[1]) См. мои замѣчанія въ §§ 1 и слѣдующихъ.

[2]) Lehrb. II § 285 прим. 16; см. выше стр. 23 сл.

ЦАБ "Автограф"

Благополучно парализовавъ подобной (крайне незамысловатой, конечно) аргументаціей рядъ мѣстъ, разобранныхъ нами въ §§ 1 и 2 нашего изслѣдованія, Бертолини обращается, наконецъ, къ fr. 44 § 6 D. cit. Но здѣсь никакое уже толкованіе, какъ бы искусственно оно ни было, не въ силахъ помочь автору въ дѣлѣ отстаиванія его апріорной точки зрѣнія. А потому ему остается только прибѣгнуть къ героическому средству, что онъ и дѣлаетъ: онъ признаетъ отрывокъ Павла дотого неудовлетворительнымъ и темнымъ («un testo imperfetto ed oscuro»), что утилизировать его никакъ, молъ, не приходится. Если, патетически заключаетъ въ концѣ концовъ Бертолини, лишеніе вѣрителя права выбора идетъ въ разрѣзъ съ началами права, логикой, справедливостью и т. п., то совершенно необъяснимо, какими бы судьбами стало возможнымъ удѣлять тому же вѣрителю право потребовать только неустойки!..

За разрѣшеніемъ этого недоумѣнія я позволю себѣ отослать италіанскаго романиста къ первымъ параграфамъ настоящей книги, которые, думаю, показали, что дѣло не такъ уже необъяснимо и непонятно, какъ оно можетъ представиться на первый взглядъ.

Считаю, впрочемъ, долгомъ присовокупить, что подобное же недоразумѣніе раздѣляется и однимъ изъ моихъ критиковъ[1]), который, относясь къ моему изслѣдованію вообще сочувственно, возстаетъ противъ моихъ выводовъ въ той ихъ части, которая касается стипуляціи, какъ главнаго обязательства. Онъ замѣчаетъ: «Es ist... gänzlich unerfindlich, wie die abstracte Natur der Stipulation der Abmachung der Parteien hinderlich sein soll, dass der Gläubiger nicht nur aus der Hauptstipulation, sondern wahlweise auch aus der Pönalstipulation solle klagen können». Ввиду того, однако, что этимъ замѣчаніемъ (несовсѣмъ правильно, вдобавокъ, формулирующимъ содержаніе вопроса) исчерпывается все болѣе или менѣе существенное, имѣющееся на этотъ счетъ у Matthias'а, и я, съ своей стороны, ограничиваюсь лишь тѣмъ, что отмѣчаю здѣсь его разногласіе.

Одинъ только пунктъ еще требуетъ, пожалуй, разъясненія. Мой критикъ говоритъ, что мною, повидимому, обсуждается лишь тотъ случай, когда неустоичная стипуляція присоединяется тутъ же in continenti. — Несомнѣнно, отвѣчу я. — Но, спрашиваетъ дальше Matthias: какъ же быть въ другомъ случаѣ, когда стипуляція о

---

[1]) Matthias'омъ въ Centralblatt für Rechtswissenschaft XV стр. 324 сл

ненѣ привходитъ позже, послѣ извѣстнаго промежутка времени? остается-ли и тогда взглядъ автора въ силѣ?—Разумѣется, нѣтъ. И это на томъ простомъ основаніи, что тогда нельзя уже вести рѣчь объ одномъ правовомъ актѣ и объ одномъ обязательствѣ: тогда налицо будутъ имѣться, очевидно, двѣ совершенно обособленныя стипуляціи, безъ взаимодѣйствія другъ на друга; и отношеніе между ними тогда должно быть то же, что и между неустоичной стипуляціей и основнымъ матеріальнымъ договоромъ[1]).

§ 13.

Fr. 71 pr. D. pro socio (17, 2).

Съ какою точностью и осторожностью римскіе юристы относились къ интересующему насъ вопросу, всего лучше видно изъ знаменитой l. 71 D. pro socio:

> Paulus libro tertio epitomarum Alfeni digestorum. Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: «haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?» quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent «haec ita dari fieri spondes?», futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati «ea ita dari fieri spondes?» sed «si ea ita facta non essent, decem dari?» non videri sibi rem in stipulationem pervenisse. sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.

Два лица, точнѣе, преподавателя[2]) заключили между собой договоръ товарищества, изложили его письменно, а затѣмъ дали другъ другу слѣдующее обѣщаніе, прибѣгнувъ къ помощи обоюдныхъ стипуляцій:

---

[1]) Ср. Salkowski назв. соч. стр. 208 прим. и выше стр. 132 слл.

[2]) Kuntze (Cursus des römischen Rechts § 657) называетъ ихъ нѣсколько забавно „доцентами филологіи“.

ЦАБ "Автограф"

«haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?»[1]).

Возникаетъ вопросъ: можно-ли, на основаніи совершеннаго контракта, вчать actio pro socio? Римскій юристъ отвѣчаетъ утвердительно. Свой отвѣтъ онъ мотивируетъ такъ. Если бы, разсуждаетъ онъ, къ договору было прибавлено только: «haec ita dari fieri spondes?»[2]), въ такомъ случаѣ наступила бы, конечно, новація, т. е. произошло бы превращеніе матеріальнаго контракта въ абстрактный, въ стипуляцію[3]),—и тогда не могло бы быть рѣчи объ actio pro socio. Но на самомъ дѣлѣ контрагенты поступили, вѣдь, иначе: они присоединили къ договору всю указанную формулу, а эта формула (согласно изложенному) должна разсматриваться, какъ одно цѣлое. Она, стало быть, выполняетъ функцію только неустойки, а потому неспособна, какъ намъ хорошо извѣстно[4]), воз-

---

[1]) См. относящіяся сюда формулы въ § ult. I. de V. O. (3, 15) и fr. 71, fr. 137 § 7 de V. O. (45, 1). Ср. также Brissonius, De formulis lib. VI № 179. И безъ особаго доказательства ясно, что словечко „poena" не является непремѣнно нужнымъ, обязательнымъ. На этотъ счетъ согласны всѣ: ср., напримѣръ, à Beyma Tractatus de Poenal. Stipulationibus въ его Comment. стр. 600, Lauterbach Disputatio... de poena conventionali § 11, Kersten назв. соч. стр. 15, Uellenberg De poena convent. стр. 17 и др.

[2]) Такъ оно случилось, чтобы не ходить далеко за примѣрами, въ уже приведенномъ выше (стр. 23 сл.) Семиградскомъ договорѣ товарищества.

[3]) Ср. Savigny, System des heutigen Röm. Rechts V стр. 494 прим. b.

[4]) Въ дополненіе къ уже знакомымъ намъ изъ § 5 мѣстамъ источниковъ, я процитирую еще

> fr. 122 § 2 D. de V. O. (45, 1). Scaevola libro vicensimo octavo digestorum. Flavius Hermes hominem Stichum manumissionis causa donavit et ita de eo stipulatus est: „Si hominem Stichum, de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, poenae nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, spopondit Claudius". quaero, an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire potest. respondit nihil proponi cur non potest....

Эта lex не содержитъ, понятно, никакой особенности in favorem libertatis,—вопреки мнѣнію многихъ романистовъ. (Назову только Böcking'a, Pandekten II § 131 прим. 4 и Пухту, Pandekten § 231 прим. g, а изъ новѣйшихъ Schumacher'a назв. соч. стр. 50 слл.) Такъ, справедливо, учитъ Vangerow, Pand. III стр. 341. Напротивъ того, во fr. 5 pr. D. de publicanis (39. 4) дѣйствительно наблюдается аномальность сингулярнаго характера, но въ этомъ отрывкѣ дѣло идетъ уже не о договорной пенѣ. Ср. Madai назв. соч. стр. 494.

ЦАБ "Автограф"

дѣйствовать на матеріальный договоръ въ томъ смыслѣ, чтобы устранить порождаемый имъ искъ. Actio pro socio остается, такимъ образомъ, въ полной силѣ.

Для полнаго уясненія только-что сказаннаго, необходимо еще обратить вниманіе на слѣдующее. Несомнѣнно, что штрафная клаузула, которую стороны включили въ свой договоръ,—не иное что, какъ двучленная стипуляція. А потому, если бы мы разложили ее на составныя части и стали обсуждать каждую изъ полученныхъ частей въ отдѣльности, то, безспорно, пришли бы къ результату, прямо противоположному тому, который полученъ Павломъ. Первая часть стипуляціи—«haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri?»—должна была бы измѣнить договоръ товарищества въ абстрактный контрактъ, а вторая ея половина—«si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?»—въ качествѣ стипуляціи о неустойкѣ при основномъ договорѣ стипуляціоннаго же вида, неминуемо привела бы (въ силу положеній, установленныхъ нами въ первомъ отдѣлѣ книги) къ тому результату, что in obligatione осталась бы одна только неустойка.

Но Павелъ рѣшаетъ иначе. Вспомнимъ при этомъ, что, въ противоположность Юліану и другимъ юристамъ-классикамъ, онъ, Павелъ, отстаиваетъ положеніе, что въ сложномъ обѣщаніи съ неустойкой слѣдуетъ видѣть два обязательства. Тѣмъ краснорѣчивѣе свидѣтельствуетъ о юридическомъ его тактѣ то обстоятельство, что это его ученіе имъ не проводится абсолютно и не примѣняется, между прочимъ. тамъ, гдѣ (какъ въ занимающемъ насъ въ данную минуту случаѣ) двучленная стипуляція стоитъ не одиноко, а въ связи съ матеріальнымъ договоромъ. Здѣсь она и для Павла является единымъ и неразрывнымъ цѣлымъ[1]), вслѣдствіе чего обсужденіе вопроса и со стороны Павла происходитъ въ томъ же смыслѣ, какъ если бы имѣлась только простая или одночленная стипуляція типа: «si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?». Очевидно, что все предыдущее—«haec quae supra et rel.»—по мнѣнію классика,—не болѣе какъ соединительное звено или точка касанія между договоромъ товарищества и соглашеніемъ о неустойкѣ[2]). «Non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam»,

---

[1]) Не безъ вліянія, конечно, оказался тотъ фактъ, что, несмотря на внѣшнюю форму двойной стипуляціи, взысканію подлежитъ всегда одна лишь пеня.

[2]) Ср. Liebe назв. соч. стр. 318 и Salkowski назв. соч. стр. 210 и 222.

ЦАБ "Автограф"

рѣшаетъ въ результатѣ Павелъ и тѣмъ спасаетъ нашу societas вмѣстѣ съ вытекающимъ изъ нея искомъ. Неустойкѣ же онъ eo ipso отводитъ ея обычную роль, сообщаетъ нормальное значеніе средства укрѣпленія или обезпеченія договора[1]).

Въ добавленіе ко всему этому я сдѣлаю одно замѣчаніе. Оно относится къ предложенію: «si novationis causa id fecissent». Это предложеніе я считаю интерполированнымъ. И вотъ на какомъ основаніи. Уже на первый взглядъ поражаетъ, что въ разсужденіи, въ которомъ все дѣло сводится къ различнымъ формулировкамъ и способамъ выраженія, вдругъ выплываетъ внутренній моментъ воли. Два случая противопоставляются другъ другу, каждый изъ нихъ имѣетъ свою особую редакцію, неоднородность редакцій ведетъ къ опредѣленному сужденію. Но въ первомъ изъ этихъ двухъ случаевъ еще почему-то упоминается о намѣреніи совершить новацію, между тѣмъ второй случай не знаетъ ничего соотвѣтственнаго этому намѣренію. Слова «si novationis causa id fecissent» не вяжутся, слѣдовательно, съ рѣчью, съ ея смысломъ и характеромъ, съ ея теченіемъ: они составляютъ какой-то чуждый ей, не согласующійся со всѣмъ остальнымъ элементъ. Невольно чувствуется, что произошла извѣстная вставка. Это чувство значительно затѣмъ усиливается, если принять въ соображеніе, что объ animus novandi, этомъ столь важномъ моментѣ, говорится только вскользь, мимоходомъ. Повышеніе въ имѣющемся условномъ періодѣ (такъ наз. protasis), а вмѣстѣ съ нимъ и вся формулировка случая уже, собственно говоря, закончены; мало того: уже началось даже пониженіе періода (apodosis),—и только тутъ, какъ бы впопыхахъ и едва замѣтно, вставляются слова: «si novationis causa.. », послѣ чего продолжается естественное теченіе прерваннаго такимъ образомъ заключительнаго предложенія.

Но всѣ эти и подобные моменты, разумѣется, вопроса рѣшить не могутъ. Чувствомъ и ощущеніемъ, уже сказали мы при слу-

---

[1]) *Приведенное толкованіе одобряется* Зеккелемъ (въ указ. мѣстѣ стр. 405 сл.) и въ особенности H. Krüger'омъ (въ указ. мѣстѣ стр. 415 сл.: „... eine sehr schöne Interpretation des Fragments Dig. 17, 2, 71 pr. Für sich betrachtet erscheint sie auffallend und könnte sie zum Widerspruch reizen; aber im Zusammenhange mit seinen treffenden Ausführungen im ersten Abschnitte erscheint sie plausibel und verständlich. Sie passt vollkommen in das Gesammtbild, das Verf. hier im stricten Anschluss an die Quellen entworfen hat“).

ЦАБ "Автограф"

чаѣ, не должно и нельзя руководиться въ дѣлѣ открытія интерполяцій и приближенія къ классической юриспруденціи. Перевѣсъ въ пользу намѣченной гипотезы и иного, стало быть, текста, чѣмъ какой намъ переданъ въ сборникѣ Юстиніана, даютъ соображенія другого рода—соображенія логическаго свойства на болѣе или менѣе твердомъ базисѣ положительнаго матеріала.

Что въ древне-римскомъ правѣ дѣйствіе юридическихъ сдѣлокъ опредѣлялось въ немалой степени ихъ формою, что намѣреніе сторонъ отступало часто на задній планъ,—въ настоящее время истина, ставшая всеобщимъ достояніемъ и перешедшая уже въ учебники [1]). Это справедливо вообще, справедливо въ частности и въ особенности по отношенію къ новаціи. Гай (III, 176 sqq.) еще ничего не знаетъ объ animus novandi, какъ спеціальномъ условіи осуществленія новаціи. И болѣе чѣмъ вѣроятно, что еще въ классическую эпоху права какой-нибудь новый договоръ неминуемо велъ къ погашенію стараго, предыдущаго,—при условіи только тождества объектовъ того и другого. На необходимость такого именно порядка вещей проливаетъ интересный свѣтъ извѣстное [2]) сопоставленіе съ новаціей дедукціи in iudicium или литисконтестаціи, что, между прочимъ, дало право признать за послѣдней значеніе вида новаціи подъ названіемъ novatio necessaria.

Постепенный упадокъ формализма приводитъ и въ области новаціи къ торжеству внутренняго начала надъ внѣшнимъ, къ тому, что и здѣсь первое мѣсто отнынѣ удѣляется и принадлежитъ волѣ сторонъ. На этой новой почвѣ и стоитъ знаменитая конституція Юстиніана, въ которой императоромъ открыто высказывается порицаніе прежде господствовавшему ученію [3]).

Нисколько не удивительно поэтому, если компиляторы, отправляясь отъ новаго воззрѣнія, всюду подчеркиваютъ намѣреніе совершить новацію; весьма естественно, что, дѣлая извлеченія изъ трудовъ классическихъ юристовъ, они подвергаютъ ихъ отрывки, трактующіе о новаціи, небольшому измѣненію, вводя въ нихъ

---

[1]) Ср. новый (и прекрасный) курсъ римскаго права Парижскаго профессора P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit Romain (въ самое короткое время выдержавшій три изданія), изд. 3 стр. 689.

[2]) Ср., напримѣръ, Fragm. Vat. 263, fr. 11 § 1 D. de nov. 46, 2 и c. 3 § 2 C. de usur. rei iudic. 7, 54.

[3]) L. ult. C. de nov. 8, 41 (42) (отъ средины 530 года!), ср. § 3 a I. quib. mod. obl. tollitur 3, 29.

ЦАБ "Автограф"

элементъ воли и согласуя ихъ такимъ путемъ съ намѣченнымъ взглядомъ императора и новѣйшаго законодательства.

И дѣйствительно, на интерполяціи въ этомъ направленіи указывалось уже неоднократно, и въ настоящее время онѣ не подлежатъ почти сомнѣнію. Граденвицъ успѣлъ собрать нѣсколько относящихся сюда мѣстъ, которыя всѣ, съ большей или меньшей вѣроятностью, интерполированы редакціонной комиссіей, исходившей, повторяю, изъ точки зрѣнія полезности замѣны внѣшнихъ и формальныхъ критеріевъ критеріями внутренними и матеріальными или, что то же самое, изъ желанія умалить значеніе всесильныхъ нѣкогда verba и, наоборотъ, усилить значеніе противоположнаго фактора, т. е. animus'a [1]).

Возвращаясь къ нашему мѣсту, къ fr. 71 pr. D. cit., или, точнѣе, къ выдвинутому мною въ немъ пункту, необходимо имѣть ввиду, что къ нему вполнѣ примѣнимо все только-что сказанное. А потому я не колеблюсь считать предложеніе «si novationis causa id fecissent» вставленнымъ, интерполированнымъ, дѣломъ рукъ Трибоніана. Правда, его подлинности Граденвицъ не заподозрилъ, равнымъ образомъ не сдѣлалъ этого и Ленель [2]), но объясняется это въ значительной степени тѣмъ простымъ обстоятельствомъ, что эти писатели свое преимущественное вниманіе въ интересующемъ насъ отношеніи обратили на титулы ex professo: de novationibus et delegationibus (46, 2) и de verborum obligationibus (45, 1) [3]).

---

[1]) Gradenwitz назв. соч. стр. 218 сл. Противъ Граденвица, впрочемъ, высказывается теперь небезызвѣстный италіанскій романистъ Costa (Studii giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer I 1898 стр. 47 слл.), который отстаиваетъ подлинность большинства заподозрѣнныхъ въ упомянутомъ смыслѣ отрывковъ классиковъ. Но главнѣйшій доводъ, выставляемый Costa, во всякомъ случаѣ недостаточенъ. Онъ заключается въ томъ, что указаніе на одинъ только animus novandi совсѣмъ не согласуется съ идеями Юстиніана въ его конституціи—на томъ, молъ, основаніи, что императоръ въ ней требуетъ яснаго выраженія желанія новировать,—между тѣмъ какъ означенное указаніе, наоборотъ, совершенно въ духѣ именно классической юриспруденціи послѣдней половины второго и затѣмъ третьяго вѣка, реагировавшей противъ строгаго формализма предшествовавшей ей эпохи (Гая).—Самая мысль о подобномъ процессѣ или ходѣ дѣла не отличается, впрочемъ, новизною: см. Дернбурга, Pand. II § 60 п. 3 и Виндшейда, Lehrb. II § 354 прим. 12.

[2]) Palingenes. Alfenus № 51.

[3]) Ср., напримѣръ, fr. 8 §§ 1, 2, 5 D. h. t. (Lenel Ulp. № 2929) или fr 58 D. de V. O. (Lenel Iul № 715).

ЦАБ "Автограф"

Только Сальпіусъ [1]) признаетъ наличность вставки въ указанномъ мѣстѣ, но вставки, которая, по его мнѣнію, происхожденія не компиляторскаго, а болѣе ранняго и должна быть отнесена за счетъ еще Павла, какъ автора извлеченія изъ труда Альфена («epitomarum Alfeni digestorum»). Въ пользу того, что предъ нами именно nota Pauli, Сальпіусъ приводитъ то соображеніе, что компиляторы, если бы они произвели въ текстѣ измѣненіе, держались бы, по обыкновенію, способа выраженія, который гораздо ближе подходилъ бы къ цитированной императорской конституціи, чѣмъ дѣйствительно употребленный. Но Сальпіусъ при этомъ забываетъ, что компиляторы почти нигдѣ не поступаютъ иначе и почти всюду въ аналогичныхъ случаяхъ вставляютъ одинъ изъ терминовъ: «novationis causa», или «novandi animo», или «hoc agitur ut novetur», и т. п. [2]). Что же касается собственной гипотезы нашего автора, то онъ не съумѣлъ обосновать ее рѣшительно никакими данными: все сводится къ заявленію, что гипотеза служитъ «прямымъ подтвержденіемъ» историческаго процесса развитія, открытаго имъ въ римскоправовой теоріи новаціи [3]) и [4]).

---

[1]) Назв. соч. стр. 234 сл. Сальпіусу и здѣсь вторитъ Manns (назв. соч стр. 24), книга котораго и вообще является въ значительной мѣрѣ чѣмъ-то въ родѣ подкрѣпленія или провѣрки общей теоріи Сальпіуса о погашающемъ и поглощающемъ дѣйствіи (Consumptions-und Absorptionswirkung) стипуляціи на частномъ примѣрѣ неустоичной стипуляціи. Ср. выше стр. 127 прим. 1.

[2]) Ссылки на мѣста источниковъ можно найти у Граденвица въ указанномъ мѣстѣ.

[3]) Ср. еще Costa въ указ. статьѣ стр. 52. Противъ Сальпіуса вообще см. преимущественно H. Witte „Zur Lehre von der Stipulation etc." въ Krit. Vierteljahresschrift VIII стр. 330 и R. Merkel, Der römischrechtliche Begriff der Novatio стр. 23.

Мое предположеніе объ интерполяціи принято Ф. П. Бремеромъ и въ настоящее время вошло въ его изданіе „Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt" 1 стр. 207, 318 (ed. Teubneriana). Признаніе мѣста неклассическимъ, между прочимъ, способно въ значительной степени ослабить также то недоумѣніе, въ какое Сальковскаго (назв. соч. стр. 222 сл.) повергаетъ прямое желаніе контрагентовъ произвести новацію.

[4]) Изложенное въ настоящемъ параграфѣ избавляетъ меня, думаю, отъ необходимости заняться опроверженіемъ взгляда Labbé, который на основаніи именно fr. 71 pr. pro socio отказывается признать значеніе за тѣмъ обстоятельствомъ, стипуляція ли—основное обязательство. или нѣтъ. Для Labbé рѣшительно все сводится къ намѣренію сторонъ, до такой степени, что при всякомъ главномъ договорѣ — одинаково stricti iuris и bonae fidei—воз-

ЦАБ "Автограф"

§ 14.

Опроверженіе воззрѣнія Вангерова и Виндшейда.

Если я остановился подробно на толкованіи fr. 71 pr. D. cit.[1]) и въ частности занялся также вопросомъ о наличности въ немъ интерполяціи, то сдѣлано это было, главнымъ образомъ, потому, что мнѣ казалось интереснымъ обнаружить все то огромное значеніе, какое принадлежитъ редакціи договора спеціально въ нашей области и притомъ въ классическій періодъ римскаго права, и выяснить, насколько тѣсно и неразрывно тотъ или другой результатъ связанъ съ оболочкой и внѣшней формулировкою соглашенія сторонъ. Нашему времени, позволительно думать, чуждо подобное могущество или господство слова. Мы нынѣ смотримъ прежде всего на намѣреніе сторонъ и, согласно съ тѣмъ, обсуждаемъ отношеніе основного дѣйствія къ неустойкѣ не въ зависимости отъ формы обѣщанія, какъ то, повторяю, имѣло мѣсто въ лучшую эпоху юриспруденціи древняго Рима, а считаясь съ данными, проливающими свѣтъ на волю участниковъ сдѣлки.

Но эти соображенія вмѣстѣ съ тѣмъ всего лучше обнаруживаютъ истинность того положенія, что все отношеніе между двумя стипуляціями—главной и неустоичной—покоится исключительно только на римскомъ абстрактномъ договорѣ. Положеніе это было выставлено нами уже въ первомъ отдѣлѣ книги,—теперь же, послѣ обоснованія его въ настоящей главѣ, оно едвали еще можетъ подвергаться сомнѣнію: приведенныя данныя наглядно, надѣюсь, показали, что именно комбинація двухъ стипуляцій, а не иное что, имѣла своимъ послѣдствіемъ неоднократно уже упоминавшееся ограниченіе правъ вѣрителя. Гдѣ этой комбинаціи, этого

можно, по его мнѣнію, и наступленіе и ненаступленіе т. наз. quasi-новаціи *исключительно* въ зависимости отъ воли контрагентовъ (Ortolan - Labbé III стр. 813 сл.).

[1]) Изъ этой же интерпретаціи, отмѣчу мимоходомъ, съ полною ясностью видна ошибочность мнѣнія тѣхъ ученыхъ, которые, подобно, напримѣръ, Савиньи (назв. соч. II § 80 прим. l) или Дернбургу (назв. соч. II § 46 прим. 15, ср. Specka, Die Conventionalstrafe als Interesseersatz стр. 48), цитируютъ нашъ отрывокъ для подтвержденія того правила, что и послѣ удовлетворенія притязанія помощью одного иска (изъ главнаго или неустоичнаго обязательства) все же разрѣшается довзыскать плюсъ, могущій получиться помощью другого. Этого вопроса l. 71 pr. D. cit., очевидно, совсѣмъ не затрагиваетъ.

ЦАБ "Автограф"

сопоставленія не было, тамъ и въ самомъ римскомъ правѣ исходные моменты оказывались совсѣмъ другіе, тамъ и конечный выводъ, естественно, получался совершенно отличный. Въ настоящее время, когда римская стипуляція отжила свой вѣкъ, а вмѣстѣ съ нею стала чисто историческимъ достояніемъ и вся изученная нами фигура, исчезло, конечно, и отношеніе штрафной и главной стипуляцій другъ къ другу, какъ потерявшее всякое практическое значеніе.

Изложенныя соображенія, разумѣется, приходятъ на мысль и Вангерову. Онъ съ ними даже считается. Въ его пандектахъ можно читать: «въ наше время, послѣ утраты стипуляціи, наблюдается недостатокъ въ соотвѣтственной формѣ, изъ примѣненія которой непосредственно вытекаетъ такого рода [т.-е. направленное на предоставленіе права требовать только пени] намѣреніе контрагентовъ»[1]). Связь между обоими явленіями Вангеровымъ, стало быть, понимается весьма правильно. Тѣмъ болѣе удивительно, что онъ самъ, не взирая на это обстоятельство, настаиваетъ на прямо противоположномъ заключеніи. Нельзя, говоритъ онъ, разумно сомнѣваться въ томъ, «что подобные случаи могутъ, однако, встрѣтиться и въ нашей современной правовой жизни». «Но въ дѣйствительности», спѣшитъ онъ прибавить, «они, по всей вѣроятности, встрѣчаются лишь крайне рѣдко, и во всякомъ случаѣ требуется всякій разъ особенное доказываніе, что стороны заключили неустоичный договоръ въ такомъ именно смыслѣ...»[2])

---

[1]) Lehrb. III стр. 342: „... fehlt es auch h. z. T., nach dem Wegfallen der Stipulation, an einer entsprechenden Form, aus deren Anwendung unmittelbar eine solche Vertrags-Intention der Kontrahenten hervorgeht".

[2]) Тамъ же: „Es kann wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, dass Fälle dieser Art möglicher Weise auch noch in unserem heutigen Rechtsleben vorkommen können; aber in der That kommen sie wohl nur äusserst selten vor, und jedenfalls ist immer eine besondere Beweisführung nöthig, dass die Kontrahenten den Pönalvertrag gerade in dieser Absicht abgeschlossen haben ..".

Мимоходомъ замѣчу слѣдующее. Если принять въ расчетъ, что самъ Вангеровъ разбираемую фигуру приводитъ въ непосредственное соотношеніе со стипуляціей, то смѣло можно сказать, что и ему ничего не мѣшало признать справедливость дѣленія, предложеннаго Савиньи, Сальпіусомъ и Сальковскимъ, или, другими словами, дѣлить вмѣстѣ съ ними (и съ нами) всѣ случаи на два разряда, въ зависимости отъ того обстоятельства, каковъ основной договоръ—абстрактный-ли, или матеріальный. Вмѣсто этого, Вангеровъ предпочелъ установить другое, собственное дѣленіе, несо-

ЦАБ "Автограф"

Уже эти ограниченія, и помимо всего остального, до такой степени значительны, что можно бы по праву спросить: да вѣритъ-ли послѣ всего и самъ Вангеровъ въ жизнеспособность воскрешеннаго имъ правоотношенія? Какъ бы то ни было однако, а на возможности этого правоотношенія и въ новое время Вангеровъ настаиваетъ. По его мысли, оно наступаетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда контрагенты самымъ недвусмысленнымъ образомъ постановили, что, кромѣ неустойки, вѣритель ничего болѣе взыскивать не вправѣ. Необходимо только помнить одно: «подобные договоры никогда не должны предполагаться или презумироваться».

Съ своей стороны, и я не думаю отрицать возможность существованія такого рода соглашеній, но — полагаю и утверждаю, что въ такомъ случаѣ, т.-е. при наличности подобныхъ сдѣлокъ. не можетъ уже вестись рѣчь о неустойкѣ. (Здѣсь я вмѣстѣ съ тѣмъ перехожу къ опроверженію Виндшейда.) Неустойка служитъ— какъ было выяснено съ самаго начала и какъ не разъ уже подчеркивалось на пространствѣ изслѣдованія—дѣлу укрѣпленія, обезпеченія обязательствъ. Теперь допустимъ, что два лица уславливаются прямо и открыто (какъ того требуетъ Вангеровъ) въ слѣдующемъ: «мы — говорятъ или пишутъ они — заключаемъ другъ съ другомъ договоръ такого-то содержанія, но при этомъ добавляемъ, что ни одинъ изъ насъ не вправѣ настаивать на исполненіи другимъ принятаго имъ на себя по договору обязательства, а каждый, вмѣсто того, долженъ удовлетвориться уплатою ему назначаемой симъ неустойки». Спрашивается: можно-ли въ подобномъ условіи (если бы даже внести въ его редакцію какое-нибудь видоизмѣненіе) видѣть укрѣпленіе или подтвержденіе договора?! Конечно, нѣтъ. Всякій, напротивъ того, скажетъ: дополнительный пунктъ содержитъ ослабленіе соглашенія, умаленіе шансовъ его нерушимости. Юристъ же, а въ особенности ученый, присовокупитъ еще: предъ нами здѣсь не неустойка, а отступное, то, что въ наукѣ зовется multa poenitentialis[1]).

мнѣнно, однако, менѣе удовлетворительное. Онъ различаетъ: 1) тѣ случаи, когда неустоичная стипуляція является въ роли самостоятельнаго обязательства (что соотвѣтствуетъ случаямъ нашего перваго отдѣла), и 2) случаи, когда таже неустоичная стипуляція служитъ только придаткомъ, соглашеніемъ акцессорнымъ (что должно соотвѣтствовать случаямъ нашего второго отдѣла).

[1]) По-нѣмецки Reugeld или Wandelpön, по-французски dédit. Arndts (въ указ. мѣстѣ, а равнымъ образомъ Madeyski въ назв. статьѣ § 14

ЦАБ "Автограф"

Смѣшеніе пени съ отступнымъ предвидятъ, его опасаются также и Вангеровъ съ Виндшейдомъ. Оба поэтому стремятся предупредить возможность такого смѣшенія и безразличнаго отношенія къ неустойкѣ и отступному. Но успѣхъ ихъ стараній на этотъ счетъ мнѣ представляется, по меньшей мѣрѣ, гадательнымъ. Вся разница, по ученію Вангерова и Виндшейда, сводится къ тому, что при одномъ правовомъ образованіи, при такъ наз. multa poenitentialis «должникъ и послѣ неисполненія не становится обязаннымъ уплатить пеню, а по-прежнему остается обязаннымъ только исполнить»[1]), между тѣмъ какъ при другомъ нарушеніе обязательства создаетъ именно необходимость уплаты условленной на этотъ случай суммы. Или иначе: при отступномъ «in obligatione» находится только предметъ главнаго договора, самая же пеня находится всегда in solutione[2]); наоборотъ, при отстаиваемомъ Вангеровымъ и Виндшейдомъ видѣ неустойки или, короче, при неустойкѣ привативной самая сумма съ неисполненіемъ должника переходитъ in obligationem.

Что критерій этотъ, выдвинутый названными романистами, страдаетъ, однако, абстрактностью и едва-ли можетъ похвалиться особенной практичностью[3]), что во всякомъ случаѣ

и друг.) видитъ въ отступномъ случай альтернативнаго обязательства (obligatio alternativa). Но это невѣрно или, по крайней мѣрѣ, неточно: соглашеніе объ отступномъ создаетъ только такъ наз. facultas alternativa на сторонѣ должника.

[1]) Windscheid Lehrb. II § 285 прим. 17: „Der Unterschied gegen den vorigen Fall ist der, dass hier der Schuldner auch durch Nichterfüllung nicht zur Leistung der Strafe verpflichtet wird, sondern verpflichtet immer nur zur Erfüllung bleibt".

[2]) Vangerow Pand. III стр. 343: „Im Gegensatz zu den vorher... dargestellten Fällen, stellt sich das Verhältniss so heraus, dass zwar nur das Objekt des Hauptvertrags in obligatione, die Strafe aber stets in solutione ist".

[3]) Противъ этого сильно протестуетъ Зеккель (въ указ. мѣстѣ стр. 406 слл.). Но безъ достаточнаго основанія. Зеккель приводитъ цѣлыхъ шесть пунктовъ, чтобы убѣдить меня въ несправедливости моего положенія, будто различіе между интересующими насъ здѣсь образованіями — отступнымъ, съ одной, и спорнымъ правоотношеніемъ, или привативною неустойкою, съ другой стороны, *не особенно практично* („nicht allzu praktisch"). Но всѣ эти пункты для меня не убѣдительны. Изъ нихъ первые три содержатъ только простое переложеніе словъ Виндшейда и едва-ли способны выяснить серьезную на дѣлѣ практичность различія, а изъ послѣднихъ трехъ

ЦАБ "Автограф"

указанное разграниченіе нисколько не устраняетъ выставленныхъ мною возраженій,—понятно само собою. Виндшейдъ, правда, приводитъ въ пользу своего взгляда еще то соображеніе, что въ изслѣдуемомъ нами случаѣ вѣритель точно также извлекаетъ выгоду изъ дополнительнаго условія, каковая выгода состоитъ-де въ томъ, что онъ свободенъ отъ необходимости доказывать высоту своего

(не стоящихъ, между прочимъ, ни въ какой уже связи съ положеніемъ оспариваемыхъ мною писателей) п 4 касается не совсѣмъ безспорнаго вопроса о culpa и въ лучшемъ случаѣ справедливъ для римскаго и точно также пандектнаго права (но отнюдь не для общегерманскаго гражданскаго уложенія[1]), а, наоборотъ, п. 5, затрагивающій такъ наз „Massigungsrecht" судьи (помимо своей сомнительности), очевидно, можетъ имѣть отношеніе только къ новому праву Германіи и лишенъ всякаго значенія для римскаго права и бывшаго gemeines Recht. (На почвѣ какого же законодательства стоитъ рецензентъ?) Послѣдній затѣмъ пунктъ и совсѣмъ не даетъ какого-либо дѣйствительнаго контраста Въ итогѣ, стало быть, съ Зеккелемъ, по меньшей мѣрѣ, трудно согласиться, когда онъ говоритъ объ „einschneidende Verschiedenheiten zwischen Reugeld und privativer Conventionalstrafe". Мнѣ, напротивъ того, выдвигаемыя различія представляются чѣмъ то въ родѣ пресловутыхъ distinctiones эпохи постглоссаторовъ Самъ Зеккель (стр 407 прим. 2) долженъ допустить, что въ конструируемомъ мною въ текстѣ примѣрѣ „die typische (?) Form des Rücktrittspreises" оказывается „durch die Disposition der Contrahenten abgewandelt und die Unterscheidung von Reugeld und Conventionalstrafe erschwert, aber (добавляетъ онъ) nicht unmoglich gemacht, vgl. den folgenden Text unter Ziffer 5, 6" (каковые пункты однако бездоказательны, см также ниже). Нѣсколько странно звучитъ затѣмъ и признаніе (стр. 409) „Nun giebt es allerdings auch einige (!) Aehnlichkeiten zwischen den beiden Rechtsinstituten: beidemal hat es der Schuldner in der Hand, durch sein Verhalten es lediglich zur Zahlung der Summe des Straf- bezw. Reugeldes kommen zu lassen, beidemal kann der Glaubiger die Hauptleistung nicht erzwingen" Да развѣ, кромѣ этого, еще что-нибудь требуется для признанія обоихъ правоотношеній однородными?! Въ этомъ — и только въ этомъ — заключается, вѣдь, вся суть

Еще лишь нѣсколько словъ по поводу примѣровъ (впрочемъ, только изъ новыхъ законодательствъ), приводимыхъ противъ меня проф Васьковскимъ въ его рецензіи на первое изданіе этой книги (въ Журн. Мин Юст. за 1899 г № 7) Здѣсь говорится (стр 144 слл): „Возьмемъ для примѣра такой случай: одинъ изъ контрагентовъ нарушилъ договоръ послѣ того, какъ приступилъ къ его исполненію Если въ договорѣ была обусловлена привативная неустойка, то виновная сторона можетъ уплатой ея избавиться отъ дальнѣйшаго исполненія договора, а противникъ въ правѣ требовать уничтоженія договора и взысканія неустойки [Здѣсь дѣлается ссылка на ст 751 св воен постан изд 1859 кн XVIII, см ниже § 23, но упоминаемая въ ней привативная „не

ЦАБ "Автограф"

интереса[1])». Но и этотъ доводъ врядъ-ли способенъ доказать что-либо, кромѣ развѣ того, что Виндшейдъ самъ, повидимому, чувствуетъ всю слабость своей позиціи, а потому считаетъ нужнымъ ее усилить. Въ

устойка", какъ двѣ капли воды, похожа на отступное.] Въ иномъ положеніи находятся стороны, если въ договорѣ установлено отступное: нарушитель договора уже не можетъ воспользоваться правомъ отступного, ибо, начавъ исполненіе договора, онъ тѣмъ самымъ отказался отъ этого права [здѣсь ссылка на соотвѣтственныя статьи саксонскаго и австрійскаго уложеній]; противной же сторонѣ нельзя взыскивать отступное, а приходится только настаивать на дальнѣйшемъ исполненіи договора". . „Кромѣ того, возьмемъ еще одинъ весьма практическій моментъ — вопросъ о взысканіи и судебныхъ издержкахъ. Если должникъ предложилъ кредитору въ срокъ получить отступное и тотъ почему-либо (напр., по ошибкѣ смѣшавъ отступное съ привативной неустойкой) не пожелалъ его взять, то всѣ его претензіи къ должнику погашаются: предъявивъ впослѣдствіи искъ объ отступномъ или объ исполненіи, онъ проиграетъ дѣло и уплатитъ судебныя издержки. Напротивъ, если была выговорена привативная неустойка и должникъ предложилъ ее до наступленія срока исполненія договора кредитору, который отказался ее принять, то по наступленіи означеннаго срока и нарушеніи договора должникомъ, кредиторъ можетъ взыскать съ него неустойку и судебныя издержки. Слѣдовательно, практическая разница имѣется и въ томъ пунктѣ, который указанъ г. Пергаментомъ и въ которомъ, по его мнѣнію, «заключается вся суть»."—Что касается перваго случая. то должно сказать: упущено изъ виду выяснить в а ж н ѣ й ш е е обстоятельство, а именно что саксонскій, напр., судья н е счелъ бы отступнымъ такъ наз. привативной неустойки, не подвелъ бы подъ типъ перваго и послѣдней (ея н е з н а е т ъ Саксонское гражд. уложеніе, см. ниже § 18, а Австрійское и п о д а в н о: ниже § 17). Пока это не сдѣлано, нѣтъ нужды входить въ дальнѣйшее. По адресу другого примѣра ограничусь замѣчаніемъ, что особенно „практическимъ" онъ мнѣ отнюдь не кажется: 1) зачѣмъ кредитору отказываться отъ денегъ, положимъ, 1-го апрѣля, когда въ лучшемъ случаѣ онъ имѣетъ право лишь на т у ж е сумму 1-го октября?! 2) нужно думать, что нашъ должникъ, получившій отказъ въ принятіи денегъ въ апрѣлѣ, догадается приготовить ихъ и къ октябрю, — къ этому сроку вручить кредитору. переслать ему или его повѣренному, внести въ депозитъ суда и т. п.; — и 3) не знаю, какъ мой уважаемый критикъ, а что до меня, то я почувствовалъ бы себя положительно неловко на судейскомъ креслѣ, если бы мнѣ пришлось присудить человѣка къ судебнымъ издержкамъ з а т о, что тѣ же самыя деньги, къ платежу коихъ теперь онъ всего только и обязанъ, имъ же предлагались полгода тому назадъ (realiter, opportuno tempore ac loco etc.). Вѣдь, не о векселѣ же идетъ рѣчь, гдѣ дѣйствительно до наступленія срока вѣритель не только не вправѣ требовать, но и не обязанъ принимать платежа.—При всей своей непрактичности, послѣдній примѣръ, полагаю, небезъинтересенъ: онъ показываетъ, куда приводитъ обособленіе привативной неустойки, какъ самостоятельнаго, отличнаго отъ отступного, правового вида.

[1]) Въ указанномъ мѣстѣ прим. 16.

ЦАБ "Автограф"

самомъ дѣлѣ, ему нельзя не возразить, что, во-первыхъ, при томъ же соглашеніи сторонъ обѣщаніе штрафа доставляетъ преимущество не только вѣрителю, но и должнику. Это, между прочимъ, долженъ признать (и дѣйствительно признаетъ) и самъ Виндшейдъ,— по крайней мѣрѣ, «поскольку должникъ теперь воленъ рѣшить, къ чему считать себя обязаннымъ, къ исполненію-ли, или къ уплатѣ штрафа[1])». Съ другой стороны, необходимо замѣтить, что одна лишь выгода кредитора безъ дальнѣйшаго далеко не служитъ рѣшающимъ моментомъ для признанія изслѣдуемаго института неустойки: дѣло идетъ прежде всего и главнѣйшимъ образомъ объ укрѣпленіи договора, а договоръ, безспорно, ослабляется, разъ нельзя искать судомъ именно выполненія его, разъ должнику дозволяется его невыполненіе,—безразлично, проистекаетъ-ли для кредитора выгода, или невыгода отъ его права потребовать выговоренную имъ пеню[2]).

---

[1]) Тамъ же: „Der Vortheil, welchen das Strafversprechen dem Gläubiger gewährt, besteht auch in diesem Falle darin, dass er der Nothwendigkeit, die Höhe seines Interesse zu beweisen, enthoben ist... Von der anderen Seite hat auch der Schuldner einen Vortheil von dem Strafversprechen, insoferne es nun von seinem Willen abhängt, wozu er verbunden sein will, ob zur Erfüllung oder zur Leistung der Strafe".

[2]) Зеккель (стр. 409 сл.) и съ этимъ не соглашается. Но вся его аргументація въ данномъ случаѣ сводится къ тому, что привативная неустойка ceteris paribus обыкновенно (?) значительнѣе по своему предмету или своей суммѣ, чѣмъ отступное; что она достаточно высока, чтобы явиться побужденіемъ для должника исполнить свое обязательство, и что, слѣдовательно, и она является способомъ укрѣпленія договора. (Ср. также Madeyski въ указ. мѣстѣ стр. 306.) На это я отвѣчу, что размѣръ или количественная разность не можетъ, конечно, служить правовымъ критеріемъ. И Зеккель самъ признаетъ возможность случаевъ, когда несмотря на наличность привативной пени, должникъ все-таки предпочтетъ уплатить ее и не соблюсти договора. Тогда, говоритъ онъ, „fehlt es aber an Verwirklichung der Geschäftstendenz, nicht an dieser selbst". Но фактъ все-таки остается фактомъ: кредиторъ не вправѣ настоять на исполненіи контракта, между тѣмъ какъ онъ могъ бы это сдѣлать, не будь выговорено привативной пени. Хорошо же укрѣпленіе контракта, если оно ведетъ къ его уничтоженію! При этомъ не слѣдуетъ забывать еще и то, что ошибочнымъ расчетомъ вѣрителя дѣло, вопреки Зеккелю, не ограничивается. Стоитъ лишь представить себѣ наступившее послѣ заключенія условія измѣненіе цѣнъ на рынкѣ или слѣдующій, напримѣръ, случай: заключается pactum de emendo vendendo относительно одного имѣнія, причемъ я, покупатель, выговариваю себѣ сравнительно высокую пеню, (въ смыслѣ Зеккелевскомъ); впослѣдствіи, однако, продавецъ успѣваетъ раз-

ЦАБ "Автограф"

Виндшейдъ, положимъ, до извѣстной степени какъ бы въ состояніи не считаться съ этимъ рѣшающимъ, на мой взглядъ, обстоятельствомъ. Его положеніе исключительное, такъ какъ договорная неустойка разсматривается имъ не среди способовъ укрѣпленія договоровъ, какъ это дѣлается обыкновенно, а въ ученіи о «повышеніи правомочій вѣрителя» («Steigerung der Macht des Glaubigers»)[1]). Но при всемъ томъ согласиться съ его воззрѣніемъ невозможно. Разбираемое правоотношеніе не можетъ входить въ область нашей неустойки: одинъ и тотъ же институтъ никакъ не способенъ служить цѣлямъ какъ усиленія, такъ и ослабленія обязательства. Пеня, назначаемая въ видахъ укрѣпленія соглашенія, какъ гарантія его, съ тѣмъ чтобы сдѣлать его по возможности незыблемымъ, и, затѣмъ, какая-нибудь плата или премія, цѣною которой дозволено договоръ расторгнуть, обратить въ ничто,— эти два явленія относятся, по моему мнѣнію, къ двумъ различнымъ, мало того: двумъ противоположнымъ одна другой областямъ гражданско-правовой мысли: подводить ихъ подъ одну категорію или одинъ образецъ, по меньшей мѣрѣ, насильственно[2]).

богатѣть и теперь отказывается продать мнѣ любезную ему землицу, охотно уплачивая, взамѣнъ того, штрафъ. И здѣсь побочный договоръ, вслѣдствіе, будто бы, неустоичной прибавки, въ результатѣ далъ ослабленіе, а не усиленіе. А убытки для меня, быть можетъ, громадные: я собирался на купленномъ участкѣ построить фабрику, заводъ, ввести новую систему хозяйства, заработать, словомъ, тысячи и даже сдѣлалъ въ виду этого рядъ крупныхъ затратъ. И подобныхъ случаевъ можно привести, конечно, сколько-угодно. Единственный надежный юридическій критерій — тотъ, долженъ-ли основной договоръ оставаться въ силѣ, если того потребуютъ, или нѣтъ. Всякая другая почва и шатка и непринципіальна.

[1]) См., впрочемъ, Виндшейда же, Lehrb. II § 324.

[2]) Въ этомъ мѣстѣ у меня въ нѣмецкомъ изданіи настоящей работы шло примѣчаніе, въ которомъ указывалось, что въ данномъ какъ разъ отношеніи Савиньи (назв. соч. II стр. 276) держится иного взгляда. Затѣмъ говорилось, что и Arndts (Pand. § 211) и другіе точно также смотрятъ на отступное, какъ на видъ неустойки, но что такое мнѣніе ложно, причемъ въ подтвержденіе я ссылался на Hölder'a (l. c. стр. 545) и другихъ.

Главнѣйшее здѣсь указаніе—разногласіе Савиньи—не совсѣмъ точно. Если выхватить одно имѣющееся у него предложеніе, то, дѣйствительно, можно прійти къ тому выводу, который раньше сдѣлалъ я, а затѣмъ и Зеккель въ своей полемикѣ со мною. Но едва-ли тогда получается истинный смыслъ и вѣрное освѣщеніе словъ Савиньи. Я поэтому привожу теперь все интересное для насъ здѣсь мѣсто цѣликомъ, въ наиболѣе близкой къ подлиннику

ЦАБ "Автограф"

Мы, думается, не ошибемся, если въ итогѣ скажемъ, что изложенная попытка спасти римскоправовую фигуру и для нашего права должна считаться неудавшейся. При всемъ уваженіи къ Вангерову и Виндшейду, нельзя, кажется, не согласиться, что попытка эта—не что иное, какъ продуктъ извѣстной тенденціи переносить римское право въ нашъ современный оборотъ въ возможно чи-

---

(и нѣсколько отличной отъ существующаго русскаго перевода стр. 540 сл. передачѣ нѣмецкаго текста. Савиньи говоритъ: „Такимъ образомъ, цѣль неустоичнаго договора всегда одна и та же—укрѣпленіе главнаго договора. Поэтому взглядъ на неустойку, какъ на отступное, цѣною коего должникъ можетъ произвольно отказаться отъ исполненія главнаго договора, будетъ полнымъ непониманіемъ указанной, несомнѣнной вообще цѣли неустоичнаго договора. Разумѣется, стороны могутъ придать и такой смыслъ [отступного] своему шрафному договору. Но тогда онъ будетъ служить уже не укрѣпленіемъ, а ослабленіемъ главнаго договора. Подобное значеніе никогда, впрочемъ, не предполагается само собою, а можетъ явиться лишь результатомъ открытаго волеизъявленія сторонъ“.

Какова мысль Савиньи? Мнѣ кажется, что ближе къ истинѣ предположить (въ особенности, если сравнить подчеркнутыя мною мѣста), что Савиньи различалъ и даже противополагалъ другъ другу отступное и неустойку и отнюдь не думалъ представлять ихъ въ отношеніи понятій видового и родового. Въ этомъ меня убѣждаетъ еще и то обстоятельство, что, переходя въ дальнѣйшемъ къ вопросу объ отношеніи неустоичнаго договора къ главному, Савиньи сейчасъ же заявляетъ, что это отношеніе бываетъ двоякое: кумулятивное или альтернативное. О третьемъ, спорномъ, такъ наз. привативномъ, имъ не упоминается вовсе.

Зеккель же (въ указ. мѣстѣ) говоритъ: „Warum aber ein und dasselbe Institut nicht der Abschwächung und zugleich der Bestärkung einer Obligation solle dienen können, ist schlechterdings nicht einzusehen (übereinstimmend Savigny u. A.)“. Ссылка, какъ мы только-что видѣли, не оправдывается. Что касается утвержденія по существу, то, при отсутствіи на этотъ счетъ доказательствъ у моего критика, я тоже ограничусь утвержденіемъ, что свое высказанное въ текстѣ положеніе я считаю аористическимъ, непосредственно истиннымъ, продиктованнымъ силою вещей. Двумъ господамъ служить нельзя. „Въ одну телѣгу впрячь не можно коня и трепетную лань“. Иного, думается мнѣ, не скажешь, но и сказать нѣтъ надобности. Ср. Kunze (назв. соч. стр. 48) и Freytag (Die Unterschiede des Reugeldes von der Vertragsstrafe стр. 16); оба одобряютъ мою постановку вопроса. — Если Зеккель продолжаетъ: „Dafür haben auch die römischen Juristen kein Verständniss gehabt“, то это возраженіе неосновательно потому, что римляне находились въ данномъ отношеніи въ совершенно исключительныхъ условіяхъ (см. ниже въ текстѣ).

ЦАБ "Автограф"

стомъ и неприкосновенномъ видѣ. Она, слѣдовательно, принадлежитъ къ ряду тѣхъ (потерпѣвшихъ крушеніе) теорій и ученій, которыя не разъ уже ставились въ упрекъ строго романистическимъ юристамъ или романистамъ-фанатикамъ, какъ ихъ не безъ преувеличенія, впрочемъ, называютъ въ Германіи.

По поводу отвергаемаго ученія, наконецъ, нелишне, быть можетъ, еще разъ подчеркнуть и окончательно выяснить взаимную роль внѣшняго и внутренняго элементовъ въ римскомъ соглашеніи, обезпеченномъ неустойкою. Какъ Вангеровъ, такъ и Виндшейдъ, настаиваютъ на моментѣ намѣренія сторонъ («Vertragsintention der Kontrahenten», «Sinn der Verabredung» и т. д.). Но оба они при этомъ не въ достаточной мѣрѣ принимаютъ въ соображеніе, что какъ разъ эта внутренняя, волевая сторона дѣла въ изученной нами фигурѣ съ приватившымъ характеромъ всего болѣе отступаетъ въ римскомъ правѣ на задній планъ. Результатъ тутъ получается уже въ силу самой редакціи обѣщанія. Спеціальнаго направленія воли контрагентовъ, съ цѣлью установленія такого именно правоотношенія, вовсе не требуется. Въ этомъ и сказывается, на мой взглядъ, выдвигавшаяся мною раньше необыкновенная мощь формы и слова, представляющая вмѣстѣ съ тѣмъ одинъ изъ разительныхъ контрастовъ между римскимъ и въ особенности классическимъ правомъ, съ одной стороны, и правомъ нынѣшней Европы, съ другой. Но оттого-то и позволительно думать, что въ римскомъ правѣ, въ противоположность современному, скорѣе можно было или имѣлось больше основанія признавать и въ данномъ, занимающемъ насъ здѣсь юридическомъ отношеніи точно также неустойку. Тамъ противорѣчіе между ослабленіемъ обязательства, какъ слѣдствіемъ дополнительнаго соглашенія, и укрѣпленіемъ, какъ функціей неустойки,—до извѣстной степени отодвигалось, стушевывалось. Контрагенты тамъ не стремились или явно, по крайней мѣрѣ, не стремились къ интересующему насъ результату: онъ наступалъ самъ собою, силою формальной необходимости, помимо воли сторонъ, а подчасъ, можетъ быть,—кто знаетъ?—и противъ ихъ воли, если онѣ не умѣли придать своему намѣренію достодолжнаго по точности и развитію выраженія. Что фактически въ древнемъ Римѣ и приватившое правоотношеніе приводилось въ связь съ неустойкою, признаю и я. Самая терминологія—stipulatio poenae—проливаетъ въ этомъ смыслѣ нѣкоторый свѣтъ. Согласно съ тѣмъ, мною на этотъ счетъ не выражалось никогда никакихъ

ЦАБ "Автограф"

сомнѣній. Весь первый отдѣлъ изслѣдованія можетъ служить краснорѣчивымъ свидѣтельствомъ въ этомъ смыслѣ. Что касается моего разсужденія въ данной главѣ, то оно своею исключительною цѣлью имѣетъ показать и доказать, что нынѣ о томъ правоотношеніи въ связи съ неустойкой не можетъ быть рѣчи, что его время прошло. Нисколько, затѣмъ, не колеблюсь сдѣлать отсюда тотъ конечный выводъ, что понятіе или категорія чисто римской неустойки, такимъ образомъ, оказывается шире, а обнимаемые ею случаи многочисленнѣе, чѣмъ въ правѣ современномъ[1]).

---

[1]) Зеккель и здѣсь, разумѣется, является рѣшительнымъ противникомъ (стр. 410).—Характерно, что онъ ни разу не задался вопросомъ: да какое же въ самомъ дѣлѣ можетъ нынѣ имѣться прочное конкретное мѣрило для распознаванія и различенія воли, направленной на привативную неустойку, съ одной, и на отступное, съ другой стороны? (Терминологія сторонъ такимъ мѣриломъ, какъ извѣстно, служить не можетъ, не говоря уже о томъ, что въ громадномъ числѣ случаевъ стороны не употребятъ никакихъ вообще терминовъ.) Зеккель этого вопроса не предложилъ себѣ (хотя предложить долженъ былъ, см. его самого выше стр. 148 сл.) и вслѣдствіе того остался позади даже Вангерова. Задумайся онъ только надъ указаннымъ вопросомъ, онъ самъ, несомнѣнно, пришелъ бы къ заключенію, что оберегаемое имъ дѣтище — такъ наз. привативная неустойка — есть плодъ мертворожденный, схоластичный, въ родѣ какой-нибудь culpa levissima прусскаго Земскаго Уложенія или другого продукта чисто теоретическаго, кабинетнаго измышленія.—Ошибка Зеккеля произошла оттого, что онъ не проникся связью между защищаемой имъ фигурою и чисто римской стипуляціей: онъ недостаточно исторически взглянулъ на дѣло. Ему не пришло на умъ хотя бы такое, напр., соображеніе: если привативная неустойка возможна и въ настоящее еще время, то она должна была быть возможной въ древнемъ Римѣ и помимо стипуляціи. Отчего же, при всей многочисленности завѣщанныхъ намъ и относящихся къ нашему вопросу текстовъ, мы ни въ одномъ изъ нихъ не встрѣчаемся съ привативной неустойкой при обязательствѣ казальномъ? И не знаменательное-ли это обстоятельство?

Немаловажная польза отъ углубленія въ римскіе источники для права современнаго заключается, между прочимъ, въ томъ, чтобы, уловивъ римское положеніе во всей его совокупности, окраскѣ и обстановкѣ и уразумѣвъ всѣ вызвавшіе его мотивы и условія—соціальные, экономическіе, процессуальные, формальные, философскіе и т. д. и т. д.,—взвѣсить, применимы-ли эти мотивы и условія и къ нашей нынѣшней дѣйствительности и насколько,—и въ томъ, чтобы затѣмъ, въ случаѣ отрицательнаго отвѣта, съумѣть отрѣшиться отъ римскаго наслѣдія, какъ отслужившаго свою службу, съумѣть не влачить его за собою, а отбросить, какъ не

ЦАБ "Автограф"

нужный уже балластъ. — Къ сожалѣнію, подобное отношеніе — дѣло, повидимому, нелегкое.

Спѣшу, впрочемъ, оговориться, что далеко не всѣ считаютъ, подобно Зеккелю, „die Position von Vangerow und Windscheid für unerschüttert und sogar für unangreifbar". Напротивъ: въ нѣмецкой литературѣ выводы настоящей, заключительной въ данномъ отдѣлѣ главы были приняты въ общемъ особенно сочувственно (см. уже цитированныя критики, затѣмъ анонимную рецензію въ Literarisches Centralblatt № 40 за 1896 годъ: „Mit Erfolg wird die Ansicht Vangerow's und Windscheid's bekämpft"..., а также, напр., Freytag назв. соч. стр. 78 сл.: „Den Versuch v. Vangerows und Windscheids, dieses privative Verhältnis für ihre Zeit zu retten, muss ich... mit Pergament als verfehlt ansehen"). Въ послѣднее время и Дернбургъ заявилъ себя сторонникомъ защищаемаго мною воззрѣнія, но объ этомъ ниже, при разсмотрѣніи нормъ германскаго гражданскаго уложенія.

ЦАБ "Автограф"

ДОБАВЛЕНІЕ.

Гипотеза Sjögren'a[1]).

Почти одновременно съ выходомъ въ свѣтъ моей работы «Konventionalstrafe und Interesse» (въ началѣ 1896 года) появилась въ Берлинѣ книга приватъ-доцента Упсальскаго университета, Sjögren'a, уже до того бывшаго извѣстнымъ нѣмецкой юридической публикѣ по обширной статьѣ на интересную тему, помѣщенной въ Ежегодникѣ Іеринга[2]). Въ своей книгѣ шведскій авторъ соединилъ *два* изслѣдованія—одно *изъ области римскаго*, другое *изъ области древнегерманскаго* права. Соотвѣтственно съ этимъ, онъ и озаглавилъ свой трудъ «Ueber die römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden». Изъ этихъ двухъ частей насъ здѣсь интересуетъ *только первая*, которой и посвящаются нижеслѣдующія строки.

Sjögren ставитъ себѣ задачей отыскать для всего ученія о неустойкѣ «*новую* точку зрѣнія». Если, говоритъ онъ, подчеркнуть или выдвинуть въ неустоичномъ обѣщаніи его «*фундаментъ*», т.-е. тотъ главный или основной элементъ, къ которому примыкаетъ придаточный договоръ въ качествѣ средства усиленія,—то эта искомая точка зрѣнія и будетъ найдена. До настоящаго времени, утверждаетъ авторъ, въ работахъ по неустойкѣ замѣчалось полное пренебреженіе къ *этой* сторонѣ дѣла, а между тѣмъ именно «фундаментъ» *всего важнѣе* для вопросовъ о примѣненіи неустойки и о цѣнности ея въ гражданскомъ оборотѣ. *Ключъ* къ истинному пониманію римской stipulatio poenae заключается, такимъ образомъ, по словамъ Sjögren'a, въ томъ,

---

[1]) Ср. къ послѣдующему *мою* критику въ Zeitschrift der Savigny-Stiftung XVIII Rom. Abth. стр. 299 слл.

[2]) „Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung" (Jherings Jahrbücher XXXV).

ЦАБ "Автограф"

чтобы, въ отличіе отъ господствующей до сихъ поръ теоріи, не ограничиваться характеристикой неустойки, какъ средства укрѣпленія или обезпеченія, а включать въ разсмотрѣніе также и соотвѣтственный коррелатъ, т.-е. потребность въ укрѣпленіи («Sicherungs bedürftigkeit»), ощущаемую фундаментомъ неустойки. Правда, продолжаетъ Sjögren, источники римскаго права рисуютъ намъ только неполную и неясную картину нашего института, во многихъ отношеніяхъ не уцѣлѣвшаго въ чистомъ видѣ. Но при всемъ томъ нельзя не видѣть, что обычная и характерная функція римской договорной пени — это укрѣпленіе тѣхъ именно правовыхъ образованій, которыя въ такой поддержкѣ нуждаются. А вслѣдствіе этого необходимо признать, что вся роль нашей неустойки сводится въ Римѣ къ «служенію объективнымъ цѣлямъ правового порядка» или, точнѣе, къ устраненію на пути этого служенія дефектовъ закономъ созданныхъ положеній («Legal disposition») посредствомъ опредѣленій частной воли сторонъ («Parteidisposition»).

Съ цѣлью прослѣдить указанное значеніе пени, Sjögren подвергаетъ разбору цѣлый рядъ отдѣльныхъ случаевъ ея примѣненія. Не претендуя на исчерпывающій характеръ своихъ изысканій въ данномъ отношеніи, онъ все-таки надѣется, что его изложеніе типичныхъ фундаментовъ римской договорной пени способно будетъ убѣдить въ справедливости его руководящей идеи: въ томъ, повторяю, что потребность въ неустоичномъ соглашеніи вызывается всякій разъ не инымъ чѣмъ, какъ слабостью правового института и ненадежностью его для цѣлей оборота[1]).

Исходя изъ этой точки зрѣнія, авторъ разсматриваетъ въ послѣдовательномъ порядкѣ слѣдующіе «фундаменты»: 1) компромиссъ, 2) мировую сдѣлку, 3) стипуляцію, 4) предварительный договоръ (pactum de contrahendo), 5) договоръ товарищества, 6) договоры въ пользу и во вредъ третьихъ лицъ, 7) установленіе сервитута, 8) обязательство платить проценты и 9) обязательство безъ денежнаго интереса[2]). Остановимся на каждомъ изъ нихъ въ отдѣльности.

Что касается прежде всего компромисса или рѣшенія третейскаго суда въ древнемъ Римѣ, то, по мнѣнію Sjögren'а, подобное рѣшеніе вообще способно вызывать правовое дѣйствіе только

---

[1]) Ср. Sohm, Institutionen 11 изд. стр. 380.

[2]) См. соотвѣтственные параграфы (§ 1—§ 9) главы II (стр. 24—72).

ЦАБ "Автограф"

сомнительной твердости. Это потому, что вмѣстѣ съ нарожденіемъ государственнаго судоустройства и судопроизводства появляется враждебное отношеніе къ порядку третейскаго разбирательства. По этой и только по этой причинѣ, разсуждаетъ Sjögren, должна по необходимости выступить на сцену неустойка со своей санкціей, — дабы обезпечить выполненіе рѣшенія, подчиненіе ему.

Едва-ли, однако, можно согласиться съ нашимъ авторомъ. О какой-либо враждебной тенденціи со стороны общественнаго правопорядка по адресу компромисса не можетъ быть рѣчи. Безспорно, что рѣшеніе третейскаго судьи затрагиваетъ и публичное право: отправленіе правосудія не есть, конечно, дѣло частное. Но отсюда еще нисколько не слѣдуетъ правильность воззрѣнія Sjögren'а. Въ самомъ дѣлѣ: какое наступаетъ послѣдствіе отъ только-что упомянутаго соприкосновенія третейскаго суда съ сосѣднею областью или даже отъ вторженія въ нее? Единственное послѣдствіе—это государственное урегулированіе нашего института, нѣкоторая публичноправовая къ нему примѣсь и соотвѣтственная окраска. Какъ суррогатъ чисто судебнаго разрѣшенія гражданскихъ споровъ, третейское разбирательство удостоивается со стороны правопорядка вниманія, нормировки и— защиты. Съ одной стороны, правопорядокъ не отказываетъ ему въ нѣкоторой помощи. Эта помощь въ Римѣ, какъ извѣстно, состоитъ въ томъ, что преторъ, по просьбѣ сторонъ, обѣщаетъ третейскаго судью принудить (чрезвычайными средствами: путемъ multae dictio или pignoris capio) къ исполненію добровольно принятой обязанности. Съ другой стороны, тотъ же правопорядокъ ставитъ условія, при наличности которыхъ онъ согласенъ допустить и признать третейское разбирательство. Эти условія сближаютъ занимающій насъ институтъ съ публичнымъ судоговореніемъ и отчасти сообщаютъ ему публично-правовое освѣщеніе. «Враждебнаго противоположенія» элементовъ государственнаго и частнаго я во всемъ этомъ рѣшительно не усматриваю. Но точно также не усматриваю и той слабости правового образованія, изъза которой, по мнѣнію автора, привходитъ неустоичное обѣщаніе. Правда, что рѣшеніе третейскаго судьи не надѣлялось въ Римѣ законной силою рѣшенія, что при немъ не получалась res iudicata, что sententia arbitri не создавала иска о приведеніи въ исполненіе. Но противъ этой, дѣйствительно кардинальной, слабости договорная неустойка или въ данномъ случаѣ такъ

ЦАБ "Автограф"

наз. poena compromissa была, вѣдь, совершенно безсильна. И это уже по той простой причинѣ, что она простиралась только на одинъ изъ двухъ частныхъ договоровъ, необходимыхъ для рѣшенія спора о правѣ третейскимъ судомъ, а именно только на договоръ спорящихъ лицъ между собою — договоръ, который обсуждался на основаніи началъ частнаго права и сравнительно мало подвергался публично-правовымъ вѣяніямъ. Напротивъ того: къ recepium'y, т.-е. договору спорящихъ сторонъ съ избранникомъ ихъ совѣсти или будущимъ третейскимъ судьею, неустойка не имѣла никакого ровно отношенія: этотъ второй договоръ находился въ прямомъ подчиненіи нормамъ преторскаго эдикта; онъ носилъ отпечатокъ по преимуществу процессуальный; на него распространялись въ немаломъ числѣ правила, заимствованныя изъ области гражданскаго судопроизводства, но, наоборотъ, совсѣмъ не вліяла неустойка сторонъ, которая, вполнѣ естественно, и вообще оставалась безъ какого бы то ни было воздѣйствія на всю судебную сторону дѣла[1]).

По моему мнѣнію, роль неустойки при римскомъ компромиссѣ въ общемъ ничѣмъ не отличается отъ той весьма обыкновенной ея роли, которая наблюдалась нами уже раньше. Неустойка и здѣсь является напередъ установленнымъ интересомъ. Къ этому заключенію меня приводятъ два соображенія. Не слѣдуетъ, во-первыхъ, забывать, что обоюдное обѣщаніе при компромиссѣ уплатить неустойку—порядокъ только нормальный, а никакъ не исключительный, не единственно только возможный. Кромѣ этого способа, еще встрѣчаются, какъ извѣстно[2]):

а) Прямое обѣщаніе, въ формѣ стипуляціи данное, о признаніи arbitrium'a, безъ присоединенія къ нему условія о неустойкѣ. Изъ такого обѣщанія вытекаетъ, разумѣется, actio ex stipulatu, и предметомъ ея служитъ интересъ:

> fr. 27 § 7 D. h. t. (4, 8) (Ulpianus). Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio.
>
> fr. 28 D. eod. (Paulus). Non autem interest, certa an incerta summa compromissa sit, ut puta «quanti ea res erit».

---

[1]) Объ этомъ разграниченіи, которое Sjögren недостаточно принимаетъ во вниманіе, см. Matthiass, Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts стр. 18 слл. и Mitteis въ Kritische Vierteljahresschrift XXXIII стр. 344 слл.

[2]) Ср. Arndts Pand. § 270 прим. 1.

ЦАБ "Автограф"

b) Compromissum безъ всякой или, по крайней мѣрѣ, безъ обоюдной стипуляціи, съ отдачею только на храненіе самаго предмета спора: fr. 11 § 2 D. h. t. (Ulpianus).

c) Compromissum nudo pacto:

> fr. 11 § 3 D. eod. Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum...

Равнымъ образомъ, источники представляютъ намъ еще рядъ другихъ модификацій, не говоря уже о нововведеніяхъ Юстиніана въ c. 4 и c. 5 h. t. (2, 55), выходящихъ, правда, за предѣлы строго римскаго института третейскаго суда.

Во-вторыхъ, — этотъ доводъ важнѣе предыдущаго — обѣщаніе уплатить неустойку дается, вѣдь, точно также и въ обыкновенномъ процессѣ. И тамъ элементъ договорный имѣлъ огромное значеніе, какъ опять-таки хорошо извѣстно. Стоитъ только вспомнить всѣ многочисленныя преторскія стипуляціи въ широкомъ смыслѣ слова. Небезынтересно теперь спросить: въ чемъ въ этихъ преторскихъ стипуляціяхъ заключалось требованіе стороны? Отвѣтить, очевидно, должно такъ: помимо возвращенія спорной вещи (restitutio rei), требованіе или притязаніе всегда направлялось на вознагражденіе за причиненные вредъ и убытки, другими словами, на incerta quantitas, — на основаніи той части формулы, которая гласила: «quanti ea res est»: fr. 2 pr. § 2 D. de stip. praetor. 46, 5[1]). Отсюда уже вполнѣ понятно пользованіе неустойкою и въ этихъ случаяхъ. Что оно здѣсь практиковалось, мы знаемъ. Это обстоятельство засвидѣтельствовано въ рядѣ мѣстъ:

> fr. 6 D. h. t. (Paulus). In omnibus praetoriis stipulationibus, in quibus primo fieri aliquid, deinde, si factum non sit, poenam inferimus, poenae nomine stipulatio committitur[2]).

Но этого мало. По счастью, засвидѣтельствовано и то, съ какой цѣлью практиковалось означенное пользованіе неустойкою, какого рода функціи она здѣсь выполняла. Одинъ изъ римскихъ юристовъ выражается на этотъ счетъ особенно ясно. Это — Венулей въ уже знакомомъ намъ отрывкѣ изъ его liber octavus actionum:

---

[1]) Ср. цитированный выше fr. 28 D. de receptis (4, 8).

[2]) Ср. еще, напримѣръ, fr. 8 § 2 D. ratam rem haberi (46, 8).

ЦАБ "Автограф"

In eiusmodi stipulationibus, quae «quanti ea res est» promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, et rel.[1]).

Мы видимъ: указаніе классика безусловно согласуется съ обычнымъ назначеніемъ договорной пени (cf. § ult. I. de V. O. 3, 15) и подтверждаетъ весьма естественныя въ томъ же смыслѣ предположенія. Остается отмѣтить, что между упомянутыми преторскими стипуляціями и компромиссомъ древняго Рима существуетъ самая тѣсная связь и ближайшая аналогія. Чрезвычайно справедливо по этому поводу замѣчаетъ Беккеръ, что мы наблюдаемъ одинъ и тотъ же процессъ или порядокъ вещей въ обѣихъ областяхъ—какъ въ области названныхъ стипуляцій, такъ и въ дѣлѣ компромисса. Въ послѣднемъ случаѣ трудности, сопряженныя съ необходимымъ вычисленіемъ понесеннаго ущерба, могли, по мнѣнію Беккера, чрезвычайно рано всѣмъ броситься въ глаза, а потому вызвать постоянное обращеніе къ услугамъ опредѣленныхъ суммъ или цѣнностей[2]).

Въ качествѣ второго „фундамента“ для римской неустойки Sjögren'омъ выдвигается мировая сдѣлка. Мотивы, по которымъ авторъ приходитъ къ убѣжденію въ наличности непрочнаго и нуждающагося въ укрѣпленіи образованія, здѣсь въ сущности тѣ же самые, что при договорѣ компромисса. И въ трансактѣ предъ нами „опять-таки до извѣстной степени публично-правовой договоръ, дѣйствію котораго присуща принципіальная слабость“. Объективное право должно, по выраженію Sjögren'a, относиться къ мировой сдѣлкѣ неувѣренно или скептически («sich zweifelnd stellen»)—все по той же причинѣ, что рѣшеніе тяжбъ принадлежитъ судебнымъ мѣстамъ, а не сторонамъ.

Переходя къ оцѣнкѣ этого взгляда въ примѣненіи къ институту трансакта, я опять долженъ выразить свое коренное несогласіе съ авторомъ.

---

[1]) Fr. ult. D. h. t. (см. выше стр. 4).

[2]) Bekker, Die Aktionen II стр. 45 прим.: „Diesen Vorgang treffen wir auch bei den Kompromissen. Anspruch wider den, der vom schiedsrichterlichen Ausgleich abfällt, auf soviel als der andere, der dabei beharren möchte, durch diesen Abfall Schaden leidet; soviel betrüge das „quanti res est“ das von jeder Seite zu versprechen wäre. Die Schwierigkeiten der erforderlichen Ermittelung mochten hier besonders früh in die Augen springen, und zur regelmässigen Substitution bestimmter Werte führen, ohne dass darum Komprommisse auf „quanti res e.“ ganz aus der Praxis verschwunden wären“...

ЦАБ "Автограф"

Мировая сдѣлка въ древнемъ Римѣ была частноправной сдѣлкой и осталась таковой. Правда, она сопоставляется съ рѣшеніемъ. Но принимать такое сравненіе или сближеніе (указываю преимущественно на с. 20 h. t. 2, 4) за наличную, такъ сказать, монету—глубоко ошибочно и до нѣкоторой степени наивно. Рядъ весьма извѣстныхъ положеній и мѣстъ источниковъ безпощадно разрушаетъ иллюзію подобнаго отождествленія и препятствуетъ проводить его въ конкретныхъ частностяхъ[1]). Подчеркнутая Sjögren'омъ природа института доказываетъ опять-таки не болѣе какъ необходимость его признанія правопорядкомъ, надѣленія его высшей санкціей. Эта санкція, и вообще, разумѣется, важная, здѣсь, по исключенію, пріобрѣтаетъ особенно большой вѣсъ и значеніе. Но этимъ дѣло и ограничивается: другихъ послѣдствій отсюда не вытекаетъ. Такимъ образомъ, природа мировой сдѣлки рѣшительно не въ состояніи подтвердить воззрѣніе автора.

Между тѣмъ противъ автора говоритъ многое—говоритъ, между прочимъ, и такой существенный моментъ, какъ безформенность мировой сдѣлки:

> fr. 2 D. h. t. (2, 15) (Ulpianus). Transactum accipere quis potest... et si pactum conventum fuerit factum.

Нормальной (но только нормальной) формой трансакта служила, впрочемъ, такъ наз. Aquiliana stipulatio въ связи съ acceptilatio,—но по причинамъ совершенно спеціальнаго характера, какъ это явствуетъ изъ fr. 4 h. t.

Далѣе: усиленіе трансакта помощью неустойки нисколько не было обязательно или предписано. Лучшимъ тому доказательствомъ можетъ служить фактъ, что во всемъ tit. Dig. de transactionibus о неустойкѣ рѣчь идетъ только въ двухъ отрывкахъ. При этомъ далеко нелишне еще отмѣтить, что оба раза совѣтъ воспользоваться условіемъ о пенѣ преподаютъ юристы позднѣйшаго классическаго, отчасти даже послѣклассическаго періода (это, какъ мы уже знаемъ[2]), Павелъ въ fr. 15 и отчасти Гермогеніанъ въ fr. 16 h. t.); что, затѣмъ, неустойка при трансактѣ появляется по преимуществу въ кодексѣ и, наконецъ, что общепринятымъ

---

[1]) См. въ настоящее время, главнымъ образомъ, Oertmann'a назв соч. § 27.

[2]) См. выше стр. 102 сл. и 109 сл.

ЦАБ "Автограф"

придаткомъ мировой сдѣлки она становится лишь въ византійскій уже періодъ[1]).

Предъ нами, слѣдовательно, процессъ развитія, который несомнѣнно, самымъ тѣснымъ образомъ связанъ съ упадкомъ содержанія и силы стипуляціи и акцептиляціи, но, съ другой стороны, совершенно бездоказателенъ для гипотезы о слабости трансакта въ исходный моментъ его развитія и о необходимости укрѣпить его вслѣдствіе того неустойкою въ тотъ первоначальный періодъ его существованія.

Заслуживаетъ упоминанія и то, что въ эту позднѣйшую эпоху самый характеръ договорной неустойки сильно измѣняется. Изъ заранѣе таксированнаго сторонами въ пользу вѣрителя интереса она превращается, какъ намъ уже извѣстно [2]), въ средство карательное, въ чистое (къ тому же нерѣдко уплачиваемое фиску) наказаніе. Альтернативное отношеніе между требованіями по основному и неустоичному обязательству прекращается, какъ мы помнимъ, и настаетъ царство кумуляціи.

Не говоритъ въ пользу теоріи автора и большинство его остальныхъ, уже перечисленныхъ «фундаментовъ».

Такъ, если онъ указываетъ на предварительный договоръ, какъ на ненадежное правовое образованіе, требующее для себя опоры въ соглашеніи о неустойкѣ, — то цитируемый имъ извѣстный fr. 68 D. de V. O. (45, 1) не только не оправдываетъ дѣлаемой на него ссылки, но даже прямо идетъ въ разрѣзъ съ тезисомъ автора.

Достаточно привести означенное мѣсто:

> Paulus libro secundo ad edictum. Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio, quod si ita stipulatus fuero: «pecuniam te mihi crediturum spondes?», incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

чтобы видѣть, что въ немъ присваивастся неустойкѣ совсѣмъ иная роль, чѣмъ та, на которой настаиваетъ Sjögren. Со всей желательной ясностью Павелъ учитъ, что условіе о пенѣ обращаетъ стипуляцію изъ неопредѣленной по своему предмету или размѣру («incerta»)

---

[1]) Ср. самого Sjögren'a стр. 40 слл.

[2]) См. выше стр. 107 сл.

ЦАБ "Автограф"

въ точно опредѣленную («certa»); что, другими словами, неустойка здѣсь, какъ вообще, служитъ дѣлу таксаціи убытковъ. По странному недоразумѣнію, Sjögren съ этимъ именно значеніемъ изслѣдуемаго института удивительно мало считается, а, взамѣнъ того, открываетъ въ словахъ Павла совершенно не существующее положеніе, будто юридическое дѣйствіе всякаго pactum de contrahendo, въ томъ числѣ и облеченнаго въ форму стипуляціи, «непрочно» и «сомнительно», разъ при немъ нѣтъ дополнительнаго обѣщанія неустойки.

Равнымъ образомъ, неправъ Sjögren и тогда, когда полагаетъ, что римскій договоръ товарищества былъ внутренне до того слабымъ построеніемъ, что даже присоединеніе къ нему стипуляціи [1]) мало въ чемъ могло помочь горю. Простой абстрактный договоръ, думаетъ авторъ, въ самой незначительной только мѣрѣ способенъ былъ устранить эту слабость, и только стипуляція съ условіемъ о пенѣ оказывалась въ силахъ привнести «нѣчто новое» и доставить дѣйствительное обезпеченіе.

На самомъ дѣлѣ весь вопросъ и здѣсь заключается въ оцѣнкѣ интереса. Прямо немыслимо, чтобы заключенный путемъ двусторонней стипуляціи договоръ товарищества могъ оказаться непрочнымъ и нуждаться еще въ укрѣпленіи. Всякое утвержденіе въ этомъ смыслѣ неизбѣжно разбивается о неоспоримыя и незыблемыя данныя изъ области римскоправовой системы контрактовъ. Нельзя не обратить вниманіе также, что мѣста въ законодательныхъ сборникахъ Юстиніана, трактующія о неустойкѣ при societas, далеко не многочисленны: въ tit. Dig. pro socio такихъ (разсмотрѣнныхъ нами) [2]) отрывковъ всего лишь три: fr. 41, 42 и 71 pr. Всѣ они, вдобавокъ, относятся опять-таки къ позднеклассическому періоду и не оставляютъ никакого сомнѣнія на тотъ счетъ, въ чемъ искать основанія для привлеченія неустойки. Что это основаніе не заключается въ слабости основного договора, всего лучше видно изъ того обстоятельства, что во всѣхъ трехъ цитированныхъ отрывкахъ признается неоспоримое право и полная возможность обратиться къ иску изъ самой societas, т. е. къ (сопровождаемой безчестіемъ !) actio pro socio.

---

[1]) Точнѣе: стипуляціи „съ предисловіемъ", „cum praefatione" (fr. 134 § 1 D. de V. O.) или так. наз. „Receptiv stipulation", по принятой теперь въ нѣмецкой романистической литературѣ терминологіи.

[2]) См. выше стр. 51 слл. и 138 слл.

ЦАБ "Автограф"

Совершенно неправильнымъ, наконецъ, должно быть названо указаніе Sjögren'a на обязательство платить проценты, какъ на типичный фундаментъ (въ принятомъ авторомъ смыслѣ) для неустоичнаго условія. Положеніе, будто право на проценты не является «прочнымъ», разумѣется, произвольно — произвольно даже по адресу usurae quae officio iudicis praestantur, а тѣмъ болѣе въ примѣненіи къ usurae ex obligatione при stricti iuris iudicia, гдѣ проценты, какъ извѣстно, должны были стипулироваться вѣрителемъ, такимъ же точно образомъ, какъ и самая неустойка [1]). Что въ послѣднемъ случаѣ участники сдѣлки никакъ уже не могли ощущать потребность въ сообщеніи ей большей устойчивости или силы, признаетъ и самъ Sjögren. Но тогда должно быть ясно, что если, несмотря на это, въ источникахъ неоднократно встрѣчается stipulatio poenae въ соединеніи именно съ займомъ, то причина и цѣль подобнаго привнесенія неустоичнаго условія не могутъ состоять въ томъ, въ чемъ ихъ находитъ Sjögren. А могутъ онѣ состоять и дѣйствительно состоятъ единственно въ желаніи дать точную оцѣнку имѣющему быть уплаченнымъ вознагражденію, въ стремленіи заблаговременно предупредить всякаго рода излишніе споры и проволочки, въ намѣреніи замѣнить неизвѣстное или неопредѣленное заранѣе извѣстнымъ и строго опредѣленнымъ [2]).

Послѣ всего сказаннаго справедливо будетъ признать несостоятельнымъ утвержденіе автора, будто римская неустойка первоначально присоединялась только къ слабому въ правовомъ смыслѣ образованію, къ фундаменту, нуждающемуся въ усиленіи, какъ выражается авторъ. Въ такой абсолютной формѣ теорія (точнѣе гипотеза) Sjögren'a о томъ, что договорная пеня — не болѣе какъ своего рода опора или «клюка» на случай немощи, не заслуживаетъ одобренія и должна быть отвергнута.

---

[1]) Отмѣтимъ, что fr. 47 D. de A. E. V. Sjögren'омъ (стр. 63), видимо, не понятъ, ибо онъ цитируется имъ въ доказательство того, что обязательство уплаты процентовъ приходилось усиливать посредствомъ неустойки. Во избѣжаніе повтореній, я отсылаю къ данному раньше (стр. 110 слл.) толкованію этого (несовсѣмъ, впрочемъ, легкаго) отрывка.

[2]) Мною, конечно, оставляется въ сторонѣ другое примѣненіе неустойки--примѣненіе неправомѣрное, выражающееся въ пользованіи ею съ цѣлью обхода высшаго предѣла дозволеннаго закономъ роста, т. е. въ видахъ скрытаго ростовщичества (см. ниже § 24).

ЦАБ "Автограф"

Правда, въ основной своей идеѣ эта гипотеза все-таки заключаетъ крупинку истины. Факты дѣйствительно подтверждаютъ существованіе одного-другого института, развившагося въ тѣснѣйшей связи съ обѣщаніемъ неустойки и при несомнѣнной ея помощи. Но всякое обобщеніе въ этомъ направленіи оказывается преувеличеніемъ и насиліемъ противъ фактовъ же и источниковъ,—поскольку тѣ и другіе доступны научному раскрытію.

Справедливо, во-первыхъ, что роль средства укрѣпленія при слабомъ правовомъ образованіи наша неустойка съиграла при договорномъ установленіи сервитутовъ. Что здѣсь дѣйствительно была и чувствовалась потребность въ усиленіи, слишкомъ хорошо извѣстно, чтобы нужно было останавливаться на этомъ вопросѣ подробнѣе. Въ знаменитомъ разсказѣ Гая (II, 31) (повторяющемся въ источникахъ не одинъ разъ) относительно созданія сервитутовъ «pactionibus et stipulationibus» подъ послѣдними, безспорно, должны пониматься именно штрафныя или неустоичныя стипуляціи. Въ соединеніи съ этимъ, не можетъ подлежать сомнѣнію, что первоначально примѣненіе пени въ данной области почти не знало исключеній. Если вспомнить содержаніе нѣкоторыхъ отрывковъ римскихъ юристовъ (хотя бы интереснаго fr. 7 D. si serv. vind. 8, 5 Павла съ его характерной cautio, cf. fr. 85 § 3 D. de V. O. 45, 1), то можно даже возсоздать болѣе или менѣе ясную картину относящихся сюда случаевъ. Дѣло, очевидно, происходило слѣдующимъ образомъ: промитентъ давалъ обѣщаніе за себя и своихъ наслѣдниковъ, что ни самому стипулятору, ни его наслѣдникамъ не будутъ чиниться никакія препятствія при пользованіи пріобрѣтаемымъ сервитутомъ — подъ страхомъ уплаты, въ случаѣ нарушенія этого обѣщанія, неустойки въ извѣстномъ размѣрѣ [1]). Даже много позже договорная пеня остается въ употребленіи, и употребленіи постоянномъ, хотя, впрочемъ, не прямо уже обязательномъ [2]).

Не спорю, во-вторыхъ, и противъ того взгляда автора, что договоры въ пользу третьихъ лицъ и во вредъ имъ, какъ равнымъ образомъ обязательства, лишенныя денежнаго (имущественнаго) интереса, дѣйствительно должны были казаться

---

[1]) Cf. Theophil. II, 3 § 4.

[2]) Ср., напримѣръ, fr. 2 §§ 5, 6 D. de V. O. (45, 1), гдѣ о poena не упоминается.

ЦАБ "Автограф"

въ древнемъ Римѣ непрочными и нуждавшимися въ укрѣпленіи помощью неустоичнаго соглашенія.

Относительно перваго рода договоровъ дѣло не подлежитъ никакому сомнѣнію: классики явно указываютъ на stipulatio poenae, какъ на средство придать значеніе такому договору. Сошлюсь только на извѣстный fr. 38 §§ 1, 2, 4, 17 D. de V. O. (45, 1) Ульпіана и на дословное почти повтореніе содержащейся въ немъ мысли еще Юстиніаномъ въ его § 19 I. de inutil. stipul. (3, 19)[1]).

Но точно также вѣрно, что и въ дѣлѣ признанія неимущественнаго интереса неустойка выполнила именно ту задачу, которую ей приписываетъ Sjögren. И здѣсь она доставляла защиту, которой, помимо нея, нельзя было добиться. Гдѣ съ обѣщаннымъ дѣйствіемъ не было связано имущественнаго интереса, тамъ неустоичное соглашеніе являлось на практикѣ прямо-таки необходимымъ. Такъ оно было, напримѣръ, когда объектомъ обѣщанія служило отпущеніе на волю раба (fr. 122 § 2 de V. O.)[2]), или когда дѣло шло о дозволеніи или недозволеніи хоронить покойника въ покупаемомъ мѣстѣ (fr. 11 de relig. 11, 7)[3]). Въ этихъ и подобныхъ случаяхъ контрагентъ, который уславливался насчетъ неустойки, избавлялся отъ необходимости доказывать свой интересъ и, слѣдовательно, отъ необходимости представленія данныхъ, которыхъ онъ фактически представить не могъ. И объ этомъ тоже повѣствуетъ уже цитированное изреченіе Ульпіана, заключительныя слова котораго относятся и къ настоящему вопросу:

> Fr. 38 § 17 cit. i. f..... poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.

Для Юстиніанова права, отмѣчу еще въ заключеніе, два послѣдніе только-что поименованные случая являются вмѣстѣ съ тѣмъ и единственными, когда договорная пеня служитъ только косвеннымъ психологическимъ стимуломъ, когда, другими словами, исключительная ея цѣль заключается въ побужденіи должника къ выполненію извѣстнаго дѣйствія, которое само по себѣ не составляетъ предмета обязательства, а потому и не можетъ быть потребовано отъ должника или отвѣтчика. Здѣсь неустойка

---

[1]) См. выше стр 72, гдѣ этотъ параграфъ приведенъ цѣликомъ.

[2]) См. выше стр. 139.

[3]) Ср. Pernice, Labeo III стр. 147, а также 83 сл.

ЦАБ "Автограф"

перестаетъ служить средствомъ укрѣпленія обязательства и обращается въ средство замѣны обязательства. Соотвѣтственно съ этимъ, здѣсь невозможенъ вопросъ о какомъ-либо конкурентномъ отношеніи (альтернаціи или кумуляціи) между принадлежащими вѣрителю требованіями, — ибо двухъ требованій у вѣрителя вовсе нѣтъ, а есть только одно требованіе, создаваемое соглашеніемъ о неустойкѣ.

Съ точки зрѣнія догматика мнѣ кажется вполнѣ основательнымъ усматривать въ обоихъ случаяхъ ненормальную до извѣстной степени функцію неустойки. Весьма мѣтко поэтому, на мой взглядъ, выражался покойный Эккъ[1]), когда говорилъ, что въ нихъ нѣтъ настоящей договорной пени, а имѣется только «Pseudoconventionalstrafe», т.-е. лже неустойка[2]).

---

[1]) Въ своихъ образцовыхъ чтеніяхъ по пандектному праву.

[2]) Сказаннымъ въ текстѣ опровергается въ то же время ученіе тѣхъ писателей, которые, на основаніи обобщенія упомянутыхъ исключительныхъ случаевъ примѣненія неустойки (точнѣе: quasi-неустойки), заключаютъ, что неустоичное соглашеніе не отличается акцессорнымъ характеромъ и что въ понятіе его не входитъ реквизитъ укрѣпленія обязательства. См. выше стр. 12 сл. Любопытно отмѣтить, что о противоположномъ (т. е. правильномъ) ученіи, едва-ли не господствующемъ (если не ограничиваться французскою только литературой) *французскіе юристы нерѣдко отзываются, какъ объ ученіи уже отжившемъ.* Такъ, Lacaze (назв. соч. стр. 41) замѣчаетъ: „Cette doctrine, qui a joui d'une très-grande faveur près des anciens interprètes du Droit romain, compte aujourd'hui peu (?!) de partisans". Ср. Mauler назв. соч. стр. 103 слл., 112.

Далѣе, нелишне, быть можетъ, обратить вниманіе на то обстоятельство, что занимающіе насъ здѣсь рѣдкіе случаи не слѣдуетъ смѣшивать со случаями римской двучленной стипуляціи, на которой мы останавливались достаточно долго и въ первомъ отдѣлѣ и въ настоящей главѣ второго отдѣла. Нельзя упускать изъ виду, что въ стипуляціи, гласящей: „Pamphilum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?" (fr. 115 § 2 de V. O.), уже первая ея половина, независимо отъ присоединенія къ ней второй стипуляціи, безусловно дѣйствительна и способна подлежать осуществленію судебнымъ порядкомъ, путемъ соотвѣтственнаго иска. Придаточный характеръ неустоичнаго обѣщанія и здѣсь, такимъ образомъ, внѣ всякаго сомнѣнія. Отсюда классиками дѣлается слѣдующій, между прочимъ, вполнѣ резонный выводъ:

> Fr. 126 § 3 D. de V. O. Paulus libro tertio quaestionum. Si ita stipulatus fuero te sisti et, nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.

ЦАБ "Автограф"

Впрочемъ, и съ точки зрѣнія юриста-историка дѣло едва-ли мѣняется. Вопросъ все-таки представляется въ томъ же или почти въ томъ же свѣтѣ. Если отвлечься отъ двухъ-трехъ спорадическихъ случаевъ приложенія неустойки въ до-классическомъ правѣ (напомню о разсмотрѣнной уже роли неустойки при установленіи сервитута и укажу еще, что подобная же историческая роль, быть можетъ или даже вѣроятно, выпала на долю неустойки и въ процессѣ признанія стипуляціи, направленной на facere, а не на dare)[1]), — то оказывается, что мы постоянно встрѣчаемся съ одной и той же, неизмѣнной природой неустойки: это всегда и вездѣ интересъ, заранѣе опредѣленный посредствомъ автономной таксаціи сторонъ.

Еще только два слова о другомъ воззрѣніи нашего автора — воззрѣніи, чрезвычайно близко подходящемъ къ уже знакомому намъ и разобранному ученію Вендта[2]). Опираясь на послѣдняго, и Sjögren всячески выставляетъ и подчеркиваетъ штрафной, карательный характеръ изслѣдуемаго института въ римскомъ правѣ, сравнивая неустойку съ закономъ установленнымъ возмездіемъ и характеризуя ее, какъ ослабѣвшую въ теченіе вѣковъ форму или разновидность публично-правового наказанія[3]). Что Вендтъ не сумѣлъ обосновать своего сопоставленія и взгляда и не успѣлъ его сдѣлать хотя нѣсколько правдоподобнымъ, мы уже знаемъ. Остается добавить, что и Sjögren'у это удалось не лучше. Онъ не выдвигаетъ ни одного новаго момента въ качествѣ связующаго звена между сближаемыми явленіями, не приводитъ ни одной мало-мальски существенной черты въ пользу защищаемой имъ конструкціи.

Cf. fr. 97 pr. D. eod. (Celsus) (и Code civil ст. 1227 п. 2: „La nullité de celle-ci—scil. de la clause pénale — n'entraîne point celle de l'obligation principale").

Къ „лженеустойкѣ" все это, конечно, непримѣнимо.

[1]) Ср. Карлова Röm. Rechtsgesch. II стр. 719, Sjögren назв. соч. стр. 36 слл.

[2]) См. выше стр. 79 слл.

[3]) Sjögren назв. соч. стр. 11 сл., 45, 82 сл.

ЦАБ "Автограф"

ЧАСТЬ II.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимоотношеніи по новымъ кодексамъ.

ЦАБ "Автограф"

I.

Прусско-французская система.

---

§ 15.

Прусское Земское Уложеніе.

Нормировку неустойки Ландрехтъ начинаетъ слѣдующимъ характернымъ опредѣленіемъ:

> I, 5 § 292. Das Interesse, welches ein Contrahent dem Andern bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im voraus bestimmt werden.

Итакъ, по смыслу этой статьи договорная неустойка не иное что, какъ напередъ опредѣленный интересъ. О силѣ этого принципа въ прусскомъ правѣ спорятъ. Фёрстеръ и Дернбургъ въ своихъ извѣстныхъ курсахъ высказываютъ два прямо противоположные взгляда. Первый полагаетъ, что пеня имѣетъ одну только функцію замѣны интереса и что единственная ея цѣль—это стремленіе исправить или «компенсировать тотъ имущественный вредъ, который причиненъ управомоченному лицу неисполненіемъ или нарушеніемъ обязательственнаго долга»[1]). Напротивъ того, Дернбургъ

---

[1]) Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts I § 107 прим. 3. Ср. нынѣ еще Eck'a въ его „Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs". Эккъ говоритъ, что по прусскому праву названіе „Vertragsstrafe" лишено всякого основанія" (1 стр. 325).

ЦАБ "Автограф"

утверждаетъ, что въ приведенномъ параграфѣ кодекса даже нельзя видѣть указанія на сущность пени[1]).

И тотъ и другой взглядъ мнѣ представляется крайнимъ, а потому неправильнымъ. Вѣрнѣе будетъ согласиться съ третьимъ мнѣніемъ, занимающимъ золотую средину и выраженнымъ, между прочимъ, главными коментаторами прусскаго права, Koch'омъ и Gruchot'омъ. Не отрицая того свойства договорной пени, которое выдвигается интересующей насъ нормою, они основательно замѣчаютъ, что имъ нисколько однако не исчерпывается понятіе неустойки. И это потому, что и въ Пруссіи, несомнѣнно, контрагенты, уславливаясь насчетъ неустойки, имѣютъ ввиду угрозою пени побудить къ достодолжному исполненію принятаго обязательства, что и тамъ, слѣдовательно, неустойка, помимо своего значенія въ качествѣ заранѣе оцѣненнаго интереса, является вмѣстѣ съ тѣмъ средствомъ укрѣпленія договора и обезпеченія кредитора въ этомъ также смыслѣ[2]).

Что неустойка и по Ландрехту не сводится исключительно къ одному интересу, на мой взглядъ, доказывается уже наличностью въ немъ самомъ такихъ, напримѣръ, положеній, какъ I, 5 §§ 308, 309, допускающихъ обѣщаніе пени третьему лицу, непричастному къ сдѣлкѣ между данными сторонами и, быть можетъ, совершенно незаинтересованному въ правильномъ осуществленіи должникомъ договора[3]).

Вотъ въ этой-то не упомянутой въ Ландрехтѣ роли неустойки Дернбургъ усматриваетъ весь центръ тяжести. Рѣшающимъ для него является значеніе неустойки, какъ угрозы, способной побудить должника къ добросовѣстному выполненію лежащаго на немъ обязательства.

Но и этотъ взглядъ страдаетъ, повторяю, односторонностью. Съ Дернбургомъ еще можно согласиться, когда онъ заявляетъ: «Diess (т.-е. подчеркнутая имъ функція) muss auch im preussischen Rechte

---

[1]) Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts II § 39 прим. 6.

[2]) Koch, Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preussischem Rechte II § 114 прим. 1, Gruchot въ своихъ Beiträge zur Erläuterung des preussischen Privatrechts II стр. 133 слл. Ср. и Леонарда, который вноситъ вѣрную поправку къ приведенному выше мнѣнію Экка (Eck-Leonhard въ указ. мѣстѣ).

[3]) Ср. коментарій Коха къ относящимся сюда статьямъ и, главнымъ образомъ, къ I, 5 § 302, примѣч. 8.

ЦАБ "Автограф"

durchschlagen. Die eingefuhrten Rechtssätze sind hiermit auch sehr wohl vereinbar». Но уже никакъ нельзя считать его правымъ, когда онъ дальше говоритъ (какъ мною раньше указывалось): «Sie treffen hiernach (?) nicht das Wesen des Instituts, sondern sind nur nebensächlicher Natur».

Насколько выдвинутый прусскимъ законодателемъ моментъ интереса дѣйствительно сказывается во всемъ ученіи Ландрехта о неустойкѣ и въ особенности отражается на отдѣльныхъ положеніяхъ, регулирующихъ изслѣдуемое взаимоотношеніе между неустойкою и интересомъ, приводя здѣсь къ результату отличному отъ того, который нами найденъ былъ для римскаго и пандектнаго права, — выясняется уже изъ краткаго обозрѣнія нормъ Земскаго Уложенія.

Уже I, 5 § 293 гласитъ:

> Wo dergleichen Strafe festgesetzt worden, da findet die Forderung eines höheren Interesse nicht statt.

Отсюда, правда, слѣдуетъ, что и въ прусскомъ правѣ кредитору принадлежитъ выборъ между требованіями, съ одной стороны, на неустойку, а, съ другой, на главное (еще выполнимое) дѣйствіе основного обязательства. Но изъ этого же параграфа съ очевидностью вытекаетъ, что какъ только основное дѣйствіе перестало быть выполнимымъ in natura, то у вѣрителя сохраняется одно только право — право на искъ въ размѣрѣ неустойки или, что то же, право взыскать неустойку. Никакихъ иныхъ требованій относительно должника у него не остается. Вотъ здѣсь-то и коренится практически важнѣйшее отступленіе отъ знакомой намъ нормировки вопроса на основаніи постановленій законодательныхъ сборниковъ Юстиніана.

Совершенно аналогично съ тѣмъ, что сейчасъ замѣчено, должно обсуждать наше отношеніе и въ томъ случаѣ, когда неустойка призвана обезпечить собою не полное нарушеніе должникомъ своего обязательства, а нарушеніе только частичное, въ родѣ запозданія или какого-нибудь дефекта требуемаго дѣйствія. Выписанный § 293, безспорно, примѣнимъ и къ такого рода соглашенію сторонъ. Тутъ кредиторъ вправѣ предъявить требованіе объ уплатѣ неустойки сверхъ исполненія главнаго обязательства, но разнообразить это свое требованіе онъ не можетъ. Направить свое взысканіе на интересъ, вмѣсто пени, ему не дозволено.

ЦАБ "Автограф"

Альтернативнаго выбора между неустойкою и суммою понесенныхъ убытковъ онъ не имѣетъ, а, слѣдовательно, не имѣетъ и права дополнительнаго требованія того плюса или остатка, на какой дѣйствительный ущербъ превышаетъ обѣщанную неустойку.

Въ римскомъ правѣ строго альтернативное отношеніе двухъ интересующихъ насъ требованій дало намъ основаніе охарактеризовать договорную пеню, какъ заранѣе послѣдовавшую въ пользу вѣрителя оцѣнку интереса[1]). Въ примѣненіи къ Прусскому Земскому Уложенію эту формулу необходимо нѣсколько видоизмѣнить, отбросивъ слова «въ пользу вѣрителя». Для прусскаго законодателя пеня является таксаціей интереса, одинаково обязательной для обѣихъ сторонъ: по установленіи пени, вѣритель точно такъ же, какъ и должникъ, лишается права уклониться отъ размѣровъ суммы, точно опредѣленной неустоичнымъ условіемъ. Онъ утрачиваетъ, такимъ образомъ, свое естественное право, вытекающее изъ главнаго договора, искать нанесеннаго ему ущерба, требовать вознагражденія на общихъ началахъ.

Въ результатѣ нетрудно видѣть, что въ прусскомъ правѣ неустойка далеко не всегда можетъ быть названа благодѣтельнымъ институтомъ для кредитора. Выговоривъ себѣ пеню по договору, вѣритель можетъ очутиться въ худшемъ положеніи, чѣмъ если бы никакого прибавленія къ основному договору сдѣлано не было. Этотъ причиняемый дополнительнымъ условіемъ вредъ нерѣдко можетъ оказаться относительно даже весьма ощутительнымъ. Поясню свою мысль слѣдующимъ несложнымъ казусомъ.

Архитекторъ или подрядчикъ заключаетъ съ капиталистомъ и будущимъ домовладѣльцемъ условіе, въ силу котораго онъ, подрядчикъ, обязуется за извѣстную сумму выстроить домъ, согласно представляемому плану. Домъ этотъ въ готовомъ видѣ подлежитъ передачѣ не позже точно опредѣленнаго срока, 1-го октября слѣдующаго года, подъ угрозою платежа въ противномъ случаѣ неустойки въ двѣ тысячи за каждый мѣсяцъ промедленія. И у насъ, а тѣмъ болѣе на Западѣ дома или, точнѣе, отдѣльныя въ нихъ квартиры часто сдаются уже тогда, когда домъ отстроенъ еще только вчернѣ. Пусть оно такъ произошло и въ нашемъ случаѣ. Домовладѣлецъ уже лѣтомъ, т.-е. за

---

[1]) См. выше § 7.

ЦАБ "Автограф"

нѣсколько мѣсяцевъ до указаннаго срока, заключилъ рядъ контрактовъ о наймѣ, срокомъ съ октября мѣсяца.

Къ сожалѣнію, архитекторъ запаздываетъ, и домъ къ этому времени еще далеко не отдѣланъ. Тогда наниматели, уже успѣвшіе отказаться отъ своихъ прежнихъ квартиръ, остаются къ октябрю безъ помѣщенія и временно переѣзжаютъ въ гостиницы — конечно, за счетъ домохозяина. Послѣдній, въ предвидѣніи могущаго произойти промедленія, выговорилъ, какъ сказано, неустойку. Но, какъ теперь выясняется, эта неустойка едва-ли его обезпечитъ. Она не можетъ покрыть всѣхъ убытковъ, на томъ основаніи, что въ октябрѣ мѣсяцѣ цѣны въ гостиницахъ оказываются вдругъ необыкновенно высокія (въ зависимости отъ непредвидѣннаго обстоятельства: одно многочисленное общество избираетъ данный именно городъ мѣстомъ своего годичнаго съѣзда).

И дѣйствительно: когда къ 1-му числу слѣдующаго мѣсяца домъ благополучно сдается и въ немъ, наконецъ, поселяются наниматели, когда затѣмъ производится расплата и подводятся счеты, то въ итогѣ получается, что нашъ домохозяинъ терпитъ убытки въ цѣлыхъ пять тысячъ. Но, казалось бы, ему тревожиться нечего: свои убытки онъ долженъ имѣть право переложить, въ свою очередь, на плечи своего неисправнаго контрагента, — другими словами, ему должна быть дана возможность взыскать означенныя пять тысячъ съ подрядчика.

Такъ, дѣйствительно, слѣдовало бы на общемъ основаніи. Но на самомъ дѣлѣ регулированіе отношеній по прусскому праву произойдетъ иначе. Подрядчикомъ была обѣщана неустойка въ размѣрѣ двухъ тысячъ. Никакого другого вознагражденія, стало быть, по точному смыслу уже извѣстнаго намъ I, 5 § 293, требовать нельзя. Больше-ли, меньше-ли дѣйствительный вредъ, безразлично. Если этотъ вредъ теперь достигаетъ пяти тысячъ, то выводъ отсюда только одинъ: разность въ три тысячи не перелагается на подрядчика, а несется самимъ домохозяиномъ, который вправѣ съ него искать всего только двухъ тысячъ, согласно безповоротно установленной пенѣ.

При такихъ условіяхъ до очевидности ясно, что тотъ же подрядившій домохозяинъ очутился бы въ болѣе выгодномъ положеніи, если бы вовсе не договаривался насчетъ неустойки и вовсе не задумалъ усиливать обязательство подрядчика добавочнымъ соглашеніемъ неустоичнаго характера.

ЦАБ "Автограф"

Совершенно такъ же обстоитъ дѣло и тогда, когда требованію подлежатъ проценты за проволочку (ex mora), если при этомъ была выговорена пеня на случай неисправнаго платежа денежнаго долга. Опредѣленная по договору неустойка здѣсь всецѣло поглощаетъ закономъ установляемый интересъ или, точнѣе, закономъ предусматриваемые проценты. И здѣсь, слѣдовательно, вѣрителю можно только рекомендовать осторожность: его дѣло взвѣсить, насколько придаточное условіе вообще желательно; сообразить, не свяжетъ ли оно его въ будущемъ, ограничивъ его претензію цыфрою пени — цыфрою, быть можетъ, малою сравнительно съ суммою, допускаемой въ видѣ вознагражденія помимо всякихъ особыхъ соглашеній[1]).

Сказаннымъ вмѣстѣ съ тѣмъ предрѣшается вопросъ о цѣлесообразности истолкованныхъ нормъ прусскаго уложенія.

Въ дополненіе къ этому, а равнымъ образомъ въ развитіе соображеній, приводившихся раньше, при обсужденіи нормъ римскаго права[2]), я замѣчу еще только слѣдующее.

Прусскими юристами справедливо подчеркивается, что «договоръ неустойки своей цѣлью имѣетъ обезпеченіе права вѣрителя и усиленіе обязательства должника, но отнюдь не какое-либо ограниченіе вѣрителя въ дѣлѣ осуществленія имъ своихъ притязаній»[3]). Съ этимъ нельзя не согласиться. Откуда бы, въ самомъ дѣлѣ, могло получиться подобное ограниченіе?! Вѣдь, выговаривая себѣ извѣстную пеню дополнительнымъ порядкомъ, путемъ придаточнаго условія, вѣритель тѣмъ самымъ не выражаетъ намѣренія и не думаетъ отрекаться, отказываться отъ какого-либо изъ принадлежащихъ ему на общемъ основаніи правъ—правъ, вполнѣ естественно вытекающихъ изъ основного, заключеннаго между сторонами договора.

И далѣе: отправляясь отъ представленія о договорной неустойкѣ, какъ о стимулѣ или психологическомъ мотивѣ къ выполненію обязательства, необходимо прійти къ тому (впрочемъ, посредственному)

---

[1]) См. въ особенности Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals LXVII стр. 323 (или Archiv Striethorst'a для этихъ рѣшеній LXXXVI стр. 181), гдѣ высшее судебное мѣсто оперируетъ съ „законнымъ понятіемъ неустойки", отыскивая его въ „установляемомъ по договору возмѣщеніи интереса". Ср. еще Förster-Eccius назв. соч. I § 107 прим. 19.

[2]) См. выше § 7 стр. 76 слл.

[3]) Gruchot въ указанномъ мѣстѣ стр. 137 сл.

ЦАБ "Автограф"

выводу, что неустойка стремится къ доставленію выгоды кредитору, а не должнику. А потому — продолжаетъ тотъ же Gruchot— слѣдуетъ признать, что правило § 293 Ландрехта «не соотвѣтствуетъ природѣ правоотношенія и способно повести къ величайшей несправедливости или обидѣ («zu den grössten Harten») во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда при самомъ опредѣленіи неустойки еще нельзя составить понятіе о будущемъ интересѣ вѣрителя, который можетъ выясниться лишь впослѣдствіи, въ зависимости отъ позднѣйшихъ обстоятельствъ» [1]).

Въ видѣ иллюстраціи къ мнѣнію Gruchot'a я сошлюсь на представленный мною примѣръ съ подрядчикомъ по постройкѣ дома.

Но и этимъ, какъ мнѣ кажется, еще не исчерпываются отрицательныя стороны разбираемаго регулированія вопроса. Оно влечетъ за собою нежелательныя послѣдствія еще и другого рода. Если, вмѣстѣ съ Петражицкимъ[2]), стать на почву принципа «мотиваціи» или «этическаго воздѣйствія», то придется признать, что начало, принятое прусскимъ законодателемъ, и съ точки зрѣнія гражданско-политической едва-ли заслуживаетъ одобренія или заимствованія.

Въ самомъ дѣлѣ: не даетъ-ли оно вѣрителю нерѣдко поводъ и возможность измѣнять въ нѣкоторой части свое обязательство или произвольно отступать отъ него? Полагаю, что даетъ. Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ только нѣсколько модифицировать все тотъ же случай договора домохозяина съ архитекторомъ. Представимъ себѣ, что просрочка, о которой тамъ велась рѣчь, произошла не случайно. Допустимъ, что въ силу какихъ-нибудь опредѣленныхъ, но проходящихъ, временныхъ причинъ дома сразу поднялись въ цѣнѣ, и что вмѣстѣ съ тѣмъ повысилась стоимость квартиръ, а, равнымъ образомъ, вслѣдствіе значительно увеличившагося спроса, стоимость строительнаго матеріала и, главное, рабочаго труда — поденная плата каменщиковъ, плотниковъ, землекоповъ и т. д. Пусть, предположимъ далѣе, все это является результатомъ игры или спекуляціи на дома, того, что подчасъ называютъ строительной горячкой. Прекращеніе искусственнаго повышенія и быстрое затѣмъ паденіе цѣнъ нетрудно

---

[1]) Ср еще выписанные у Gruchot'a l. c. мотивы къ соотвѣтственной статьѣ дѣйствовавшаго до послѣдняго времени германскаго торговаго уложенія (см. ниже), извлеченные имъ изъ протоколовъ Нюренбергской конференціи для выработки проекта торговаго законодательства. Подробнѣе у Lutz'a, Protokolle etc. II. стр. 411 сл. и III стр. 1312 сл.

[2]) Bona fides въ гражд. правѣ стр. 224 (во 2 изд. стр. 239).

ЦАБ "Автограф"

предвидѣть, но мѣсяцъ, два, три, а, быть-можетъ, даже полгода и больше цѣны все-таки поддерживаются на ненормальномъ уровнѣ, и съ этимъ, конечно, считаешься[1]). При такихъ условіяхъ можетъ легко случиться, что для нашего архитектора расходы по своевременной сдачѣ дома превысятъ сумму неустойки, вслѣдствіе чего онъ подвергнется искушенію (къ несчастію, весьма часто непреодолимому) затянуть, продлить постройку, разсчитывая (не безъ основанія), что по прошествіи горячихъ, лѣтнихъ скажемъ, мѣсяцевъ и съ возвращеніемъ къ прежнимъ условіямъ, ему дешевле обойдется выполненіе принятаго на себя обязательства. Можетъ оказаться, что въ итогѣ, даже уплативъ неустойку, онъ все-таки, благодаря существенной разницѣ въ цѣнахъ до и послѣ условленнаго срока, выиграетъ, заработаетъ. Между тѣмъ подобныя соображенія и «дѣла» были бы, разумѣется, немыслимы, если бы, несмотря на соглашеніе о пенѣ, должникъ могъ тѣмъ не менѣе быть привлеченъ къ отвѣтственности въ размѣрѣ дѣйствительно причиненныхъ контрагенту убытковъ: ему пришлось бы поплатиться дороже за преднамѣренную неисправность, вслѣдствіе чего исчезъ бы поводъ къ соблазну и борьбѣ съ нимъ.

Повидимому, и самъ Суарецъ былъ близокъ къ истинѣ. Это доказывается существованіемъ въ томъ же Ландрехтѣ спеціальнаго параграфа, предусматривающаго выдвинутыя мною послѣдствія и стремящагося парализовать ихъ. Въ I, 11 § 834 мы читаемъ:

> Hat jedoch der Schuldner, bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen, die Zahlung verzögert, so kann der Gläubiger, statt der Zögerungszinsen, oder der Conventionalstrafe, den Ersatz des aus diesem Verzuge ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen.

Къ сожалѣнію только, этотъ параграфъ 1) имѣетъ ограниченное примѣненіе, относясь лишь къ случаямъ займа, 2) представляетъ то неудобство, что является отдѣльною нормою, которая въ другихъ законодательствахъ, принадлежащихъ къ той же системѣ или построенныхъ на тѣхъ же началахъ, можетъ не встрѣчаться и фактически дѣйствительно отсутствуетъ,—и, наконецъ, 3) доказательство или установленіе въ процессѣ наличности требуемаго данной нормой

---

[1]) Укажу, что въ ту минуту, когда я впервые писалъ эти строки, Одесса переживала подобное состояніе: данный примѣръ не можетъ, стало быть, считаться невѣроятнымъ.

ЦАБ "Автограф"

злого умысла (dolus) или грубой неосторожности (culpa lata) на практикѣ—*и нелегкое и безотрадное явленіе* [1]).

Высказываясь противъ изложенной общей нормировки вопроса въ прусскомъ правѣ и за сохраненіе римско-правового принципа альтернаціи во всей его чистотѣ, я, послѣ всего мною приведеннаго, не ожидаю упрека въ пристрастіи: масштабомъ при критикѣ Ландрехта въ нашей области для меня служитъ не фактъ совпаденія или несовпаденія его положеній съ положеніями Corpus iuris [2]), а внутреннее его достоинство и пригодность съ точекъ зрѣнія справедливости и цѣлесообразности нравственной и практической.

Въ послѣднее время, по случаю оцѣнки соотвѣтственныхъ постановленій проектовъ общегерманскаго гражданскаго уложенія, были снова выражаемы сужденія по адресу разобранныхъ нами параграфовъ Земскаго Права, причемъ, однако, ничего новаго по существу ни pro, ни contra приведено не было.

Такъ, съ одной стороны, главные противники римскаго права въ ученіи о неустойкѣ, O. Гирке [3]) и O. Беръ [4]), довольствуются порицаніемъ романистическихъ и восхваленіемъ прусскихъ началъ. Съ другой, его защитники подчеркиваютъ неудовлетворительность прусскаго I, 5 § 293, повторяя уже извѣстныя намъ соображенія.

[1]) См. Förster-Eccius назв. соч. I § 68 прим. 83: „Die Bestimmung ist wegen der Schwierigkeit, die Zahlungsmittel als hinreichend zu erweisen unpraktisch".

[2]) См. остроумныя и вѣрныя замѣчанія Schey'я въ его книгѣ „Über den redlichen und unredlichen Besitzer" стр. 6, гдѣ говорится о критеріи, прилагавшемся цивилистами къ оцѣнкѣ гражданско-правовыхъ нормъ новыхъ кодексовъ еще въ недалекую отъ насъ пору.

[3]) Въ пользующейся громкой извѣстностью критикѣ перваго проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія подъ заглавіемъ „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht", появившейся первоначально въ Jahrbuch'ѣ Schmoller'a für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. См. т. XIII стр. 215: „Die Vorschriften des Entwurfs über Konventionalstrafe sind geeignet, masslose Ansprüche wach zu rufen. Entgegen dem preussischen... Recht soll im Zweifel neben der bedungenen Strafe noch der Ersatz eines höheren Schadens gefordert werden können". Вотъ и все обсужденіе занимающей насъ нормы.

[4]) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich въ Kritische Vierteljahresschrift XXX стр. 384 (ср. его же Gegenentwurf § 406): „Meiner Ansicht nach enthält der Grundsatz des preussischen Landrechts..., dass im Zweifel die vereinbarte Conventionalstrafe das Vertragsinteresse fixire, das gesündere Recht". И здѣсь, слѣдовательно, точно такъ же нѣтъ никакого обоснованія.

ЦАБ "Автограф"

Этотъ параграфъ, аргументируетъ, напримѣръ, L. Seuffert, потому-де не можетъ быть признанъ «достойнымъ подражанія, что нельзя предположить, чтобы лицо, выговорившее себѣ неустойку, желало путемъ добавочнаго условія уменьшить свое право на возмѣщеніе возможныхъ впослѣдствіи убытковъ»[1]).

Для насъ важны изъ прусскаго кодекса еще слѣдующія постановленія [2]).

> I, 5 § 294. Ist aber die Strafe nur auf eine gewisse Art des Schadens, welcher aus der Nichterfüllung des Vertrages entsteht, gerichtet, so bleibt es in Ansehung anderer Arten und Fälle bei den Vorschriften der Gesetze.

Чрезвычайно понятное (хотя и лишнее) положеніе. Опредѣленный вредъ, который сторонами не былъ предусмотрѣнъ въ отдѣльности и на который установленная пеня не простирается, обсуждается по общимъ правиламъ о возмѣщеніи вреда: неустоичное соглашеніе нисколько не должно здѣсь вліять. Это резонно: интересъ, вѣдь, можетъ быть самый разнообразный. И соотвѣтственно этому, можно различать и отдѣльные роды или виды вреда. Бываетъ вредъ отъ полнаго неисполненія, затѣмъ вредъ отъ запозданія только или отъ доставки не въ условленномъ мѣстѣ; далѣе, ущербъ, причиняемый, допустимъ, эвикціей, и т. д.,— и каждый ущербъ можетъ предусматриваться особо, каждый интересъ обезпечиваться особой неустойкой. Въ случаѣ, который имѣется въ виду въ нашемъ § 294, мыслимо, слѣдовательно, взысканіе одновременно неустоичной суммы и вмѣстѣ съ тѣмъ интереса. Но, очевидно, отношеніе, которое тогда получится, не подойдетъ подъ понятіе

---

[1]) Die Allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurfe (въ Beiträge Bekker'a и Fischer'a вып. XI) стр. 72. Ср. выше стр. 77, 178. Изъ болѣе старыхъ писателей въ качествѣ защитника пандектнаго права въ интересномъ здѣсь отношеніи можно назвать Lang'a, Bayrischer Entwurf II стр. 33 сл.

[2]) Замѣчу, что если я и теперь еще останавливаюсь болѣе или менѣе подробно на нормахъ Ландрехта, несмотря на то, что ихъ дѣйствіе успѣло прекратиться, то это дѣлается потому, что въ силу извѣстнаго свойства прусскаго уложенія—детальности его правоположеній, стремящихся предусмотрѣть все и обнять все, согласно Бэконовскому принципу: „optimam esse legem quae minimum relinquit arbitrio iudicis“,—мнѣ представляется особенно удобнымъ разностороннее освѣщеніе занимающей насъ матеріи на нормахъ именно этого кодекса, — старѣйшаго, между прочимъ, изъ трехъ главнѣйшихъ законодательствъ, усвоившихъ себѣ одну и ту же, отличную отъ римской, систему, которую я выше назвалъ прусско-французской.

ЦАБ "Автограф"

кумуляціи. Онъ все же останется альтернативнымъ — на томъ основаніи, что пеня и интересъ тутъ призваны покрывать не одинъ и тотъ же ущербъ, а, выражаясь языкомъ закона, разные «виды ущерба»[1]).

Не лишенъ для насъ значенія еще

> I, 5 § 295. War die Strafe nur auf die Zogerung in der Erfullung gesetzt, so ist der andere Theil bei seinem Anspruche auf dasjenige Interesse. welches aus der ganzlichen Nichterfullung entsteht, an diese Bestimmung [vide § 293] nicht gebunden.

Такимъ образомъ, въ опредѣляемомъ настоящей нормой случаѣ вѣритель вправѣ требовать присужденія и свыше выговоренной неустонки. Но, разумѣется, должно помнить, что въ одномъ интересѣ, въ большемъ, уже заключается интересъ другой, сравнительно меньшій: вознагражденіе, связанное съ совершеннымъ нарушеніемъ обязательства, естественно, поглощаетъ собою и вознагражденіе частичное, за простое, напримѣръ, промедленіе, а равнымъ образомъ поглощаетъ и неустойку, назначенную на случай именно

[1]) ALR: II, 1, 113 допускаетъ взысканіе неустойки, условленной на случай неисполненія обѣщанія вступить въ супружество. На ряду съ этимъ, II. 1 § 112 разрѣшаетъ возмѣщеніе, кромѣ того, издержекъ, понесенныхъ вслѣдствіе такого обѣщанія. Тѣмъ не менѣе здѣсь примѣненія кумулятивнаго отношенія видѣть нельзя. Неустойка въ данномъ случаѣ представляетъ собою интересъ иного рода, нежели тотъ, который выражается въ полученіи обратно денегъ, израсходованныхъ на приданое (платье и бѣлье), на устройство, быть-можетъ, пріемовъ и празднествъ и т. п Ея значеніе здѣсь дать извѣстное удовлетвореніе скорѣе нравственнаго свойства, нѣкоторую сатисфакцію, служить цѣлямъ неимущественнаго интереса И въ этомъ смыслѣ она конкурируетъ или съ другими денежными статьями (§§ 114, 115) или, что въ высшей степени характерно, съ денежнымъ взысканіемъ уже, несомнѣнно, уголовнаго характера и, наконецъ, даже попросту съ тюремнымъ заключеніемъ (§§ 118, 119)

Римское право, впрочемъ, отвергало, какъ извѣстно, всякую возможность неустоичнаго условія на случай отступленія отъ обѣщаннаго брака. Соотвѣтственная стипуляція ни для кого въ Римѣ не была обязательна, такъ какъ считалась contra bonos mores interposita „inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta“, говоритъ Павелъ во fr. 134 pr de V. O. (45, 1) См § 1297 п 2 общегерманскаго гражданскаго уложенія („Das Versprechen einer Strafe für den Fall, dass eine Eingehung der Ehe unterbleibt, ist nichtig“) и почти равнозначащія статьи проектовъ нашего семейственнаго права (ст. 53) и швейцарскаго гражданскаго уложенія (ст. 100 п. 2). Ср еще ст. 1008 т. X ч. 1.

ЦАБ "Автограф"

промедленія. Что данный параграфъ никакого, впрочемъ, не содержитъ отступленія отъ общаго начала, усвоеннаго прусскимъ Земскимъ Уложеніемъ, ясно уже по первому взгляду.

Наконецъ, въ заключеніе приведу

> I, 5 § 296. War hingegen die Strafe auf die gänzliche Nichterfullung gesetzt, so darf in Fällen, wo nur ein Theil des Vertrages unerfullt geblieben, oder nur in der Art, der Zeit, oder dem Orte der Erfullung gefehlt ist, nicht die Strafe, sondern das erweisliche Interesse geleistet werden.

Это постановленіе имѣетъ цѣлью нормировать случай, противоположный случаю предшествующаго параграфа [1]). Оно, между прочимъ, находится въ прямомъ противорѣчіи съ соотвѣтственной нормой римскаго права. Съ этой послѣдней мы познакомимся позже, когда займемся разрѣшеніемъ вопроса о правѣ судьи понижать договорную неустойку. Въ настоящее же время я ограничусь только тѣмъ, что, въ связи съ цитированнымъ § 296, укажу еще на выработанное практикою положеніе слѣдующаго содержанія. Если одна и та же пеня призвана укрѣпить соглашеніе, направленное на исполненіе двухъ различныхъ, но имѣющихъ одновременно наступить дѣйствій должника, то при такого рода условіи принимается за презумптивное выводимое изъ предполагаемой воли сторонъ) правило, что пеня въ полномъ своемъ размѣрѣ подлежитъ уплатѣ уже тогда, когда осталось невыполненнымъ хотя бы только одно изъ двухъ обѣщанныхъ должникомъ дѣйствій [2]).

§ 16.

Французское законодательство и подражанія ему.

Послѣ всего изложеннаго примѣнительно къ прусскому Земскому Уложенію выясненіе нашей матеріи по французскому праву не можетъ представить затрудненій.

Въ общемъ Code civil во всѣхъ разсмотрѣнныхъ нами вопросахъ стоитъ на той же почвѣ, на какой стоитъ и прусскій кодексъ.

---

[1]) Относительно примѣненія его на практикѣ см. рѣшеніе Reichsoberhandelsgericht'a XIV стр. 267 слл.

[2]) См. интересное рѣшеніе того же Reichsoberhandelsgericht'a XXII стр. 168 слл. (Archiv Seuffert'a N. F. IV, 193); ср. также Дернбурга, Preuss. Privatrecht II стр. 104 прим. 5.

ЦАБ "Автограф"

Въ первой, впрочемъ, статьѣ, служащей введеніемъ къ нормамъ объ изслѣдуемомъ нами институтѣ и дающей его опредѣленіе, Code, въ отличіе отъ Ландрехта, выражаетъ правильное воззрѣніе на неустойку, отмѣчая ея значеніе, какъ средства укрѣпленія обязательства должника.

> Art. 1226. La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution [1]).

Здѣсь справедливо, такимъ образомъ, указывается на ту именно цѣль, преслѣдуемую неустоичнымъ соглашеніемъ, которая прусскимъ законодателемъ совершенно игнорируется.

Но изъ этого принципіальнаго, безусловно вѣрнаго положенія Наполеоновъ кодексъ не дѣлаетъ всѣхъ послѣдовательныхъ выводовъ. Въ частности, въ конкретномъ примѣненіи общихъ началъ къ отношенію между неустойкою и интересомъ, оба законодательства ничѣмъ по существу не отличаются другъ отъ друга.

И здѣсь вѣрителю принадлежитъ несомнѣнное право выбора между главнымъ дѣйствіемъ и обѣщанной пеней:

> Art. 1228. Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution principale.

Но и по Code'у вѣрителю принадлежитъ право требовать только неустойки, какъ скоро главное дѣйствіе перестало быть исполнимымъ.

---

[1]) Planiol (Traité élémentaire de droit civil, 2 изд., II, 1902, № 254) считаетъ подчеркнутыя слова анахронизмомъ, остаткомъ отъ того времени, когда помимо неустойки основное обѣщаніе не являлось обязательнымъ. Въ правѣ современномъ исполненіе дозволенныхъ соглашеній всегда-де обезпечено („est toujours assurée") уже закономъ, и безъ неустойки. Другое дѣло, напр., въ древнемъ Римѣ: тамъ, дѣйствительно, неустоичное условіе имѣло, главнымъ образомъ, цѣлью помочь вѣрителю всюду, гдѣ iure civili не получалось настоящаго обязательства. Отсюда авторъ, между прочимъ, дѣлаетъ тотъ выводъ, что „услуги", которыя неустойка оказываетъ нынѣ и оказывала въ Римѣ, сильно отличны другъ отъ друга.—Но Planiol неправъ. По адресу римскаго права мы здѣсь встрѣчаемся съ тою же мыслью, съ какою, въ болѣе развитомъ видѣ, мы уже хорошо знакомы, благодаря гипотезѣ Sjögren'a (выше стр. 157 слл), нами отвергнутой; вмѣстѣ съ этой мыслью и гипотезой падаетъ и выводъ Planiol'я. По адресу же ст. 1226 Code'a скажу, что слова „pour assurer etc.", могутъ быть прекрасно поняты въ смыслѣ укрѣпленія, т. е. вящшаго обезпеченія договора, а не въ смыслѣ только сообщенія ему юридической силы.

ЦАБ "Автограф"

Art. 1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

И даже точка зрѣнія, приведшая къ такому постановленію, совершенно та же, которая наблюдалась нами при разборѣ нормъ Ландрехта.

Art. 1229 al. 1. La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Данный пунктъ статьи выдвигаетъ, слѣдовательно, вторую или другую цѣль, преслѣдуемую сторонами при неустоичномъ соглашеніи, — желаніе собственными силами и заранѣе опредѣлить цыфру вознагражденія на случай неисправности должника, дабы предупредить всякіе на этотъ счетъ споры и устранить усмотрѣніе и произволъ судьи въ будущемъ процессѣ.

При этомъ сумма неустойки оказывается (въ полнѣйшемъ попрежнему согласіи съ соотвѣтственной нормой прусскаго уложенія) обязательной для обоихъ контрагентовъ — для вѣрителя не менѣе, чѣмъ для должника. И по Code'у, стало-быть, неустойка, по своей природѣ, — не иное что, какъ впередъ установленная оцѣнка интереса (безъ прибавки «въ пользу вѣрителя»), — до такой степени, что французскіе писатели прямо отождествляютъ одно съ другимъ. «Dommages et intérêts conventionnels et clause pénale», заявляетъ, напримѣръ, Baudry-Lacantinerie[1]), «sont une seule et même chose sous des noms différents».

Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что французскіе же юристы и отчасти французская судебная практика проявляютъ, хотя и слабую, но несомнѣнную, на мой взглядъ, тенденцію по возможности меньше стѣснять вѣрителя размѣрами условленной неустойки, — въ силу уже извѣстнаго намъ соображенія, что пеня должна усиливать, а не уменьшать его правомочія. Достигается это, главнымъ образомъ, нѣкоторымъ расширительнымъ толкованіемъ ст. 1228. Если, говорятъ, законъ предоставляетъ кредитору право

---

[1]) Précis de droit civil 8 изд. („suivant l'ordre du Code civil"), II (1903), № 1003, въ самомъ началѣ отдѣла о неустойкѣ

ЦАБ "Автограф"

настаивать на осуществленіи in natura содержанія основного обязательства, то отсюда вытекаетъ, что кредитору должно принадлежать и право расторженія главнаго договора. Одно — не болѣе какъ слѣдствіе другого: ст. 1184. [1]) А вмѣстѣ съ прекращеніемъ обязательственнаго отношенія вѣритель, безспорно, имѣетъ и возможность ликвидировать причиненный ему ущербъ и потребовать отъ неисправнаго должника вознагражденія за дѣйствительные убытки—вознагражденія, которое уже не зависитъ отъ раньше установленной цыфры пени и, слѣдовательно, можетъ и превышать ее.

И при наличности неустоичнаго соглашенія—заключаютъ, такимъ образомъ, французскіе юристы, опираясь на одно громкое рѣшеніе Парижскаго кассаціоннаго суда [2]),— кредиторъ сохраняетъ всѣ свои права, основанныя на главномъ договорѣ. Подобнымъ, окольнымъ, конечно, путемъ французскіе юристы въ сущности стремятся возвратиться къ римскому, хорошо знакомому намъ принципу и отношенію.

Этого они достигаютъ еще въ другомъ случаѣ, а именно тогда, когда неисполненіе обязательства должника произошло умышленно, отъ его dolus'a. И тутъ разсужденіе коментаторовъ не совсѣмъ естественное, а, скорѣе, натянутое, объясняющееся той цѣлью, которая имѣется ввиду. Аргументируютъ такъ. Спрашиваютъ: что̀ означаетъ неустойка? и отвѣчаютъ: она означаетъ вредъ и убытки, предусмотрѣнные сторонами, — другими словами, она эквивалентъ этихъ убытковъ. Но, продолжаютъ затѣмъ, злой умыселъ никогда не предполагается, а потому и пеня, назначенная сторонами, очевидно, не можетъ обнимать собою случая dolus'a, --тѣмъ болѣе, что самъ законъ смотритъ на dolus, какъ на спеціальное основаніе для вознагражденія: въ ст. 1150 и 1151 законъ отдѣльно регулируетъ ущербъ, происшедшій, съ одной стороны, отъ неисправности по простой винѣ въ тѣсномъ смыслѣ слова, а, съ другой, причиненный умышленно. Въ результатѣ—такъ заключаютъ [3])—необходимо сказать, что при налич-

[1]) Въ особенности п. 2. „... La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts".

[2]) Arrêt отъ 2 декабря 1856 года, см. Sirey, Recueil general, 1856, 1, 356. Ср. Laurent,Principes de droit civil français XVII № 446 и G. Girard назв. соч. стр. 153 сл.

[3]) См., напримѣръ, Thoureau назв. соч. № 205 или G. Girard назв. соч стр. 150.

ЦАБ "Автограф"

ности dolus'a наступившее въ дѣйствительности неисполненіе не есть то, которое контрагентами предвидѣлось, вслѣдствіе чего и не можетъ быть распространена на него неустойка, охватывающая только предусмотрѣнные случаи [1]), а должно допустить вознагражденіе на общемъ основаніи.

Но помимо только-что намѣченныхъ исключеній, и по французскому дѣйствующему праву, какъ по прусскому, цыфра убытковъ опредѣляется соотвѣтственной неустойкой, безъ права отступить отъ нея ни въ направленіи плюса, ни въ направленіи минуса [2]).

Съ этой-то точки зрѣнія договорная пеня и квалифицируется во французской литературѣ, какъ «un forfait», «un aléa».

Съ этой же точки зрѣнія, далѣе, порицается редакція ст. 1229 п. 1. Выраженія «compensation» et «souffre», дѣйствительно, употреблены здѣсь неправильно или, по крайней мѣрѣ, неточно. Французскіе юристы [3]) обращаютъ вниманіе на то, что о зачетѣ въ техническомъ смыслѣ слова въ этомъ пунктѣ не можетъ быть рѣчи уже по той причинѣ, что тогда получилось бы положеніе вещей, какъ разъ обратное тому, какое хочетъ установить означенная норма. Ибо тогда, очевидно, тотъ излишекъ, на который сумма фактически понесеннаго ущерба превышаетъ сумму пени, оставался бы не погашеннымъ и могъ бы, слѣдовательно, взыскиваться вѣрителемъ въ качествѣ дополненія. Отсюда ясно, что, слово «compensation» въ данномъ мѣстѣ не имѣетъ настоящаго значенія, а равносильно термину «estimation» или «représentation».

Далѣе, и употребленіе другого слова «souffre» не можетъ почи-

---

[1]) См., для иллюстраціи этого положенія (explicite, какъ мы видѣли, выраженнаго въ ALR: I, 5 § 294), судебную практику французскую и бельгійскую у Laurent назв. соч. XVII №№ 447—450.

[2]) Чрезвычайно характерно, впрочемъ, по моему мнѣнію, еще то обстоятельство, что французскіе писатели, когда связываютъ вѣрителя условіемъ о неустойкѣ и ея величиною, то основываются не на существѣ или юридической конструкціи договорной пени, а на совершенно иномъ моментѣ. Они въ этомъ видятъ лишь частное примѣненіе извѣстной статьи 1134 Code'a, гласящей: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". См., напримѣръ, Laurent назв. соч. XVI № 303 въ связи съ XVII № 451.

[3]) См., напримѣръ, Aubry et Rau Cours de droit civil français III § 309, Colmet de Santerre Cours analytique de Code civil V № 165 bis, Larombiere Theorie et pratique des obligations III ст. 1229 прим. 2.

ЦАБ "Автограф"

таться удачнымъ. Оно способно ввести въ заблужденіе [1]), заставивъ предположить, будто для полученія неустойки необходимо дѣйствительное понесеніе ущерба. Между тѣмъ, такое предположеніе явнымъ образомъ противорѣчитъ самому понятію договорной неустойки и преслѣдуемой ею цѣли: должникъ не въ правѣ даже приступить къ доказыванію отсутствія убытка на сторонѣ вѣрителя.

Критикуемая норма [2]) своимъ происхожденіемъ обязана одному мѣсту въ трудахъ знаменитаго Pothier, оказавшаго, какъ извѣстно, огромнѣйшее вліяніе на творцовъ французскаго гражданскаго кодекса, и притомъ не только съ внутренней стороны, но и съ внѣшней, благодаря своему образцовому, поистинѣ, слогу [3]). У Pothier въ его «Traité des obligations» мы читаемъ: «Cette peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale; elle est par conséquent compensatoire des dommages-intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale» [4]).

Эта редакція была, несомнѣнно, справедлива для эпохи Pothier, который настаивалъ на эквивалентности неустойки и причиненнаго вреда, дозволяя измѣнять опредѣленные ею размѣры—кредитору въ смыслѣ ея увеличенія, отвѣтчику въ смыслѣ ея уменьшенія, сообразно съ истиннымъ и доказаннымъ интересомъ. Правда, говоритъ Pothier, судья вообще не долженъ склоняться на сторону вѣрителя, который утверждаетъ, что неустойка не вознаграждаетъ его въ достаточной мѣрѣ,—другое, однако, дѣло,

---

[1]) См. стоящаго особнякомъ Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique, V° Obligations avec clause pénale, XXXIII № 1595, который заявляетъ, что изъ формулировки нашей статьи слѣдуетъ непримѣнимость ея, „quand le créancier n'a souffert aucun préjudice".

[2]) Отмѣтимъ мимоходомъ, что и стилистически она тоже не безгрѣшна. Ели что-либо и можетъ служить компенсаціей убытковъ, то уже никакъ не условіе о пенѣ („la clause pénale"), а въ крайнемъ случаѣ сама лишь пеня. Ср. Laurent, Avant-projet de révision du Code civil IV стр. 204.—Редакціонные промахи ст. 1229 п. 1 старался исправить уже баденскій гражданскій кодексъ (какъ извѣстно, переводъ Наполеонова Code civil). Его Satz 1229 Abs. 1 гласитъ:

Die zugesagte Strafe dient für Entschädigung wegen Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit.

[3]) Въ изслѣдуемой области на Pothier, въ свою очередь, вліялъ другой французскій (небезъизвѣстный и старѣйшій) юристъ Dumoulin (Molinaeus) своимъ „Tractatus de eo quod interest".

[4]) Oeuvres III № 342, ср. № 345.

ЦАБ "Автограф"

если тотъ же вѣритель имѣетъ на то вѣскія доказательства («à moins que le créancier n'eût la preuve en mains»). Равнымъ образомъ и относительно должника, подчинившаго себя чрезмѣрной неустойкѣ, Pothier, подъ вліяніемъ началъ aequitatis [1]), въ концѣ-концовъ, приходилъ къ допущенію модификаціи пени, причемъ ссылался на произошедшее со стороны должника заблужденіе [2]).

Но съ тѣхъ поръ все это совершенно перемѣнилось. Творцы Code'a старую практику подвергли порицанію и отбросили, отказавшись въ данномъ отношеніи идти за своимъ обычнымъ руководителемъ. Одинъ изъ нихъ, Bigot-Préameneu, говорилъ въ Законодательномъ Корпусѣ: «La peine stipulée par les contractans fait la loi entre eux. Le créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le debiteur à prétendre qu'elle est excessive [3]). Quel serait le juge qui, mieux que les parties, pourrait faire connaître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé ici la fixation de la peine?» [4]).

Раньше, въ секціи законовъ Государственнаго Совѣта [5]), мнѣнія, было, раздѣлились, но затѣмъ восторжествовалъ взглядъ, требовавшій устойчивости и неизмѣнности въ интересующемъ насъ вопросѣ. Получился рѣшительный запретъ ст. 1152. Les parties— заявлялъ и здѣсь тотъ же Bigot-Préameneu — sont les appréciateurs les plus sûrs du dommage qui peut résulter de l'inexécution d'un engagement; ainsi leur volonté doit être respectée. Si l'on accorde au juge le droit de diminuer les dommages-intérêts qu'elles ont fixés, il faut donc aussi lui donner le pouvoir de les augmenter lorsque les circonstances portent la perte du créancier au delà de ce qui avait été prévu» [6]).

Альтернативное начало въ отношеніи между неустойкою и интересомъ выдвигается особенно въ

---

[1]) „Toujours l'équité qui vient modifier le droit!", восклицаетъ, кажется не безъ неудовольствія Laurent (назв. соч. XVI стр. 362).

[2]) Мы пока совершенно отвлекаемся отъ ст. 1231, о которой будетъ рѣчь ниже, въ слѣдующей части.

[3]) Эти слова Laurent, Avant-projet etc. IV стр. 206, хочетъ внести въ самый текстъ закона.

[4]) Locré, La législation civile etc. de la France XII стр. 362, Exposé de motifs № 109 (засѣданіе 7 плювіоза XII =28 января 1804 года).

[5]) Въ засѣданіи 11 брюмера XII (=3 ноября 1803).

[6]) Locré назв. соч. XII стр. 142 сл. Ср. Zachariä-Crome Französisches Civilrecht II стр. 289, Duranton Cours de droit français VI №№ 340 и сл., Sirey Codes annotés ст. 1229 прим. 1 и 2.

ЦАБ "Автограф"

Art. 1229 al. 2. Il (scil. le créancier) ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.

Ясно, что и въ случаѣ, который въ данномъ пунктѣ приводится, какъ исключеніе, точно такъ же нѣтъ кумуляціи: неустойка тутъ представляетъ интересъ, связанный лишь со своевременностью исполненія. Французская юридическая терминологія даже выработала два особыхъ выраженія для такого именно интереса или ущерба, разъ, и затѣмъ для ущерба, происходящаго отъ полнаго неисполненія обязательства, два: она оперируетъ съ «dommages-intérêts moratoires» и съ «dommages-intérêts compensatoires». Ст. 1229 п. 1 въ оговоркѣ предвидитъ перваго рода убытки и однородную съ ними неустойку, а потому въ ней никакой конкуренціи съ исполненіемъ основного дѣйствія не можетъ быть.

Если бы въ какомъ-нибудь конкретномъ случаѣ возникъ вопросъ, которая именно неустойка имѣлась ввиду сторонами, то подобное сомнѣніе, какъ quaestio facti, должно было бы разрѣшаться всякій разъ судомъ на основаніи всей обстановки и совокупности моментовъ, способныхъ пролить свѣтъ на истинное намѣреніе договаривающихся лицъ. Какъ на одинъ изъ такихъ моментовъ, французскіе юристы особенно часто указываютъ на отношеніе размѣровъ пени къ интересу, ожидаемому отъ главнаго дѣйствія. Если—весьма наглядно иллюстрируетъ свою мысль, напримѣръ, Mourlon[1]) — вѣритель въ правѣ ожидать отъ обязательства прибыли, скажемъ, въ 100 т.. а неустойка равняется 80, 90, 100 или даже 110 т., т.-е не уклоняется значительно отъ цыфры, опредѣляющей стоимость самаго обязательства, то предъ нами, кажется, пеня, призванная обезпечить собою именно исполненіе. Если, наоборотъ, она многимъ ниже и доходитъ въ данномъ примѣрѣ всего только до 10—20 т., то очевидно, что она выговорена на случай только опозданія.

Со значеніемъ относительной цѣнности главнаго договора и неустоичнаго мы, впрочемъ, встрѣчались уже и раньше, по другому поводу, когда стремились дать точку опоры для примѣненія начала дѣйствительно кумулятивнаго[2]).

Точно также мы уже знакомы изъ первой части съ сущностью еще одного вопроса, являющагося здѣсь, во французскомъ правѣ.

---

[1]) Répétitions écrites sur le Code Napoléon II № 1303 п. 4.

[2]) См. выше стр. 125 сл.

ЦАБ "Автограф"

серьезной контроверзою. Этотъ вопросъ заключается въ слѣдующемъ: состоитъ-ли неустойка при мировой сдѣлкѣ (санкціонируемая статьей 2047) всегда и обязательно, силою уже вещей, въ кумулятивномъ съ главнымъ договоромъ соединеніи, — или же вопросъ и въ данномъ случаѣ зависитъ отъ конкретной воли контрагентовъ? (Никѣмъ, впрочемъ, не отрицается, что пеня какъ разъ при трансактѣ, мирномъ раздѣлѣ и т. п. сдѣлкахъ всего чаще кумулируется съ основнымъ дѣйствіемъ, и что въ этомъ своемъ примѣненіи она проявляетъ нѣкоторую склонность или тенденцію къ кумулятивному именно отношенію)[1]). Первое воззрѣніе высказано, главнымъ образомъ, Toullier[2]), второе является теперь безусловно господствующимъ[3]). Въ связи съ тѣмъ, что́ мною приводилось по этому вопросу при толкованіи римскаго права, я не колеблюсь признать правильнымъ и для французскаго также права послѣднее именно мнѣніе. Ссылка противниковъ на то обстоятельство, что статьей 2047 имѣлось ввиду создать прямое исключеніе изъ общей нормы (ст. 1229), опровергается простой исторической справкой, убѣдительно доказывающей, что редакторы Code'a и другія лица, принимавшія участіе въ его созданіи, разсматривали договорную пеню при мировомъ соглашеніи, какъ самую нормальную неустойку, а касательно регулирующихъ ее правилъ прямо отсылали къ тѣмъ нормамъ и статьямъ, которыя мы разобрали въ настоящемъ параграфѣ[4]) и [5]).

---

[1]) По причинамъ, уже изложеннымъ: см. выше стр. 105 сл., ср. 123 сл.

[2]) Droit civil français VI № 830. Ср. также Sirey въ указ. мѣстѣ прим. 4. Подобный же взглядъ пытался кодифицировать извѣстный Фейербахъ въ своемъ проектѣ Баварскаго законодательства (§ 1321), имѣвшемъ цѣлью ввести въ Баваріи французское право (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Baiern 1808—1809, ср. о немъ Roth, Bayrisches Civilrecht I § 1).

[3]) См. Demolombe назв. соч. XXVI № 659 и цитированную у него литературу.

[4]) См. Locré назв. соч. XV стр. 420, 433, 445. — Дальнѣйшую казуистику по изслѣдуемымъ вопросамъ можно найти у Zachariä-Crome l. c., а также у Sirey (см. и Supplément, т. е. дополнительный томъ) въ примѣчаніяхъ къ ст. 1229.

[5]) О Баденскомъ Земскомъ Правѣ, прекратившемъ нынѣ свое дѣйствіе, еще см. 1-ое изданіе моей „Договорной неустойки...“ стр. 211 сл.

ЦАБ "Автограф"

Относящіяся къ нашему ученію положенія италіанскаго права мало въ чемъ расходятся съ правомъ французскимъ [1]). Codice Civile del Regno d'Italia постановляетъ:

> Art. 1209. La clausola penale è quella, con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia *o ne ritardi l'esecuzione*.
>
> Art. 1211. Il creditore può domandare al debitore che è in mora l'esecuzione del obbligazione principale, invece della pena stipulata.
>
> Art. 1212. La clausole penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale.
>
> Il creditore non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata pel semplice ritardo.

Нетрудно видѣть, что (за исключеніемъ курсивомъ отмѣченной прибавки въ ст. 1209, ничего, впрочемъ, по существу не измѣняющей) эти статьи являются дословнымъ переводомъ статей 1226, 1228 и слѣдующей Наполеонова кодекса, вплоть до подчеркнутыхъ неточностей, повторенныхъ въ ст. 1212 п. 1, включительно.

Французскій art. 1152 точно такъ же буквально воспроизведенъ въ италіанскомъ.

> Art. 1230. Quando la convenzione stabilisce, che colui il quale mancherà di eseguirla debba pagare una determinata somma a titolo di danni, non si può attribuire all' altra parte una somma maggiore o minore.

Настоящая статья содержитъ, впрочемъ, еще одинъ несовсѣмъ безъинтересный пунктъ, котораго въ Code'ѣ нѣтъ и который своею цѣлью, очевидно, имѣетъ связать данную норму, принадлежащую къ другому отдѣленію или даже къ другой главѣ, съ ученіемъ о неустойкѣ (и съ задаткомъ). Этотъ пунктъ гласитъ:

> Lo stesso ha luogo, se l'accertamento dei danni è fatto sotto forma di clausola penale, o mediante caparra data al tempo dei conchiuso contratto. [2]).

---

[1]) Ср. къ послѣдующему Pacifici-Mazzoni, Istituzioni di diritto civile italiano V № 42.

[2]) „То же правило соблюдается, если убытки назначены подъ видомъ неустойки или задатка, выданнаго во время совершенія договора". Переводъ здѣсь и ниже С. Зарудnаго („Гражданское уложеніе италіанскаго королевства и русскіе гражданскіе законы"). Неудаченъ его переводъ ст. 1212 п. 2

ЦАБ "Автограф"

Болѣе существенное отступленіе отъ французскаго образца наблюдается только въ ст. 1767. Здѣсь говорится:

> Въ [мировыхъ] сдѣлкахъ дозволяется включать условія о неустойкѣ противъ неисполнившаго условіе.
>
> Эта неустойка замѣняетъ вознагражденіе за убытки, причиненные замедленіемъ, но обязанность исполненія сдѣлки остается въ своей силѣ.

Такимъ образомъ, въ данной нормѣ (въ отличіе отъ ст. 2047 Наполеонова кодекса, заключающей лишь первую часть сейчасъ приведенной статьи 1767) санкціонировано, какъ правило, кумулятивное начало при трансактѣ. Неоднократно упоминавшаяся тенденція, преимущественно французско-италіанской школы [1]), оказалась въ данномъ случаѣ побѣдительницей. [2]).

На французской же почвѣ стоитъ въ нашемъ ученіи сравнительно новое Испанское гражданское уложеніе 1889 года, что явствуетъ уже изъ слѣдующихъ двухъ положеній.

> Art. 1152 al. 1. Dans les obligations avec clause pénale, la peine remplacera la réparation du dommage et le compte des intérêts en cas d'inaccomplissement, à moins qu'on ne soit convenu d'autre chose.
>
> Art. 1153. .... le créancier ne pourra réclamer conjointement l'accomplissement de l'obligation et le paiement de la peine, si cette faculté ne lui a été clairement accordée.[3])

Редакція послѣдней статьи, соотвѣтствующей ст. 1229 п. 2 Code'a, очевидно, и шире и цѣлесообразнѣе французской редакціи.

Упомяну еще о новомъ Японскомъ гражданскомъ кодексѣ, три первыя книги котораго—общая часть, вещное и обязательственное право—опубликованы уже въ 1896 году.

---

[1]) См. выше стр. 192.

[2]) Ср. еще, напримѣръ, изъ южно-американскихъ гражданскихъ уложеній Чилійское 1855 года:

> Art. 2463. S'il a été stipulé une peine contre celui qui n'exécutera pas la transaction, il y aura lieu d'appliquer cette peine sans préjudice de donner effet à la transaction dans toutes ses parties.

(Французскій переводъ Prudhomme'a въ его „Code civil chilien", 1904.)

[3]) Переводъ Levé („Code civil espagnol", 1890).

ЦАБ "Автограф"

Что и этотъ кодексъ находится подъ вліяніемъ французскаго права — фактъ въ общемъ достаточно извѣстный [1]). Неудивительно поэтому, что и въ дѣлѣ нормировки института неустойки онъ вступилъ на путь, указанный его прототипомъ.

Французскій переводъ ст. 420 гласитъ:

> Les parties peuvent fixer, par avance, le montant des dommages-intérêts qu'entraînera l'inexécution. Dans ce cas le tribunal ne peut ni élever ni abaisser la somme fixée par les parties.
>
> La fixation des dommages-intérêts, faite par avance, n'empêche pas la demande d'exécution ou de résiliation.
>
> La clause pénale est présumée être une fixation de dommages-intérêts faite par avance

Если вспомнить сказанное нами объ отношеніи французской литературы и практики къ истолкованнымъ положеніямъ Code'a, то необходимо прійти къ заключенію, что въ этой нормѣ японскаго права предъ нами новѣйшее изданіе этихъ положеній, провѣренное и исправленное на основаніи указаній критики и судебныхъ мѣстъ.

§ 17.

Общее гражданское Уложеніе Австрійской Имперіи 1811 года.

Къ тому же типу законодательствъ необходимо причислить и кодексъ, названіе котораго приведено въ заголовкѣ.

§ 1336 п. 1 здѣсь опредѣляетъ:

> Die vertragschliessenden Theile konnen eine besondere Uebereinkunft treffen, dass, auf den Fall des entweder gar nicht, oder nicht auf gehorige Art, oder des zu spat erfullten Versprechens, anstatt des zu

---

[1]) Несмотря на переработку, которой подвергся первоначальный проектъ, принадлежавшій парижскому профессору Boissonade. Ср. историческое предисловіе къ появившемуся въ 1898 году французскому изданію: „Code civil de l'empire du Japon“ trad par Motono et Tomii, а также Amiaud, Législations civiles de l'Europe, de l'Amérique etc стр. 113 Въ нѣкоторое преувеличеніе, кажется, впадаетъ нѣмецкій переводчикъ того же кодекса Lonholm, когда полагаетъ, что французскій элементъ въ японскомъ уложеніи сведенъ въ настоящее время, послѣ пересмотра, къ минимуму или даже нулю (Предисловіе стр. III). Во всякомъ случаѣ въ ученіи о неустойкѣ такой взглядъ не находитъ себѣ подтвержденія; ст. 408—410 проекта даже ничѣмъ по содержанію не отличаются отъ приведенной дальше ст. 420 японскаго закона: Boissonade, „Projet de code civil pour le Japon“.

ЦАБ "Автограф"

vergütenden Nachtheiles ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle [1]).

Уже одно включеніе ученія о неустойкѣ (которой законъ присваиваетъ отличное отъ принятаго въ остальныхъ нѣмецкихъ законодательствахъ именованіе «Vergütungsbetrag» [2]), въ главу («Hauptstück» XXX) «о правѣ вознагражденія за вредъ и убытки....» — доказываетъ съ достаточной ясностью, что мы и въ австрійскомъ правѣ встрѣчаемся съ тѣмъ же принципомъ, какой нами наблюдался въ правѣ прусскомъ и французскомъ. Изъ приведеннаго текста § 1336 можно усмотрѣть, что если отвлечься отъ главнаго дѣйствія in natura, то взысканію подлежитъ только неустойка и что съ нею не можетъ конкурировать ни полный интересъ — при совершенномъ неисполненіи—, ни дополнительный или частичный интересъ при запозданіи или наличности другихъ дефектовъ исполненія. О томъ, чтобы дозволено было требовать того или другого интереса вмѣстѣ съ неустойкой, не можетъ быть рѣчи. Но и права выбора у вѣрителя точно такъ же, безспорно [3]), нѣтъ. Слова: «вмѣсто возмѣщенія ущерба» не оставляютъ на этотъ счетъ никакого, на мой взглядъ, сомнѣнія.

---

[1]) Интересенъ еще Галиційскій гражданскій кодексъ (Bürgerliches Gesetzbuch für West (Ost) galizien 1797), послужившій, какъ извѣстно, первоначальнымъ проектомъ для дѣйствующаго австрійскаго кодекса (такъ наз. „Urentwurf"),—въ томъ смыслѣ, что онъ повторяетъ соображеніе Юстиніана (§ ult. I. de V. O.) о томъ, зачѣмъ выговаривать неустойку: „Wollen die Contrahenten dem Rechtsstreite, welcher wegen Ausmessung des Interesse entstehen könnte, durch Bestimmung eines Geld-oder andern Betrages ausweichen; so sind sie berechtigt eine besondere Uebereinkunft darüber zu treffen, und auf den Fall, dass entweder das Versprechen gar nicht, oder zu spät erfüllt würde, sich eine Strafe auszubedingen" (Theil III, § 488).

[2]) Мимоходомъ отмѣчу, что австрійское гражданское уложеніе въ данномъ отношеніи принадлежитъ къ числу тѣхъ крайне немногочисленныхъ законодательствъ, которыя, подобно нашему русскому праву, избѣжали включенія момента или оттѣнка наказанія или кары во внѣшнее обозначеніе нашего института,—по крайней мѣрѣ, въ текстѣ статьи. Заголовокъ къ § 1336 гласитъ: „Bedingung des Vergütungsvertrages (Conventionalstrafe)". Мотивомъ къ устраненію изъ нормы термина „наказаніе" послужило то, что наказаніе „по самому понятію можетъ быть налагаемо всегда лишь судьею". См. Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II стр. 202.

[3]) Ср. Коментарій Stubenrauch'a III § 1336 и Randa, Zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe стр. 36.

ЦАБ "Автограф"

А потому нельзя допустить и требованія въ размѣрѣ разности между неустойкою и превышающимъ ее ущербомъ, который фактически понесенъ. И по австрійскому, стало быть, кодексу соглашеніе о договорной пенѣ — условіе, заключенное въ интересахъ также должника: оба контрагента здѣсь равномѣрно связаны установленной цыфрою. И австрійское, слѣдовательно, право въ нашемъ ученіи проникнуто сравнительной доброжелательностью и мягкостью по адресу должника. Дальнѣйшимъ, еще болѣе вѣскимъ указаніемъ въ этомъ же смыслѣ намъ послужитъ разрѣшаемое австрійскимъ законодателемъ право судебнаго уменьшенія неустойки.

Если принять въ соображеніе всѣ эти обстоятельства и въ особенности взвѣсить тотъ фактъ, что въ намѣченныхъ правилахъ Общаго Гражданскаго Уложенія не усматривается никакого отступленія отъ соотвѣтственныхъ положеній прусскаго Ландрехта и Наполеонова Code'a, то нельзя не согласиться, что было бы, по меньшей мѣрѣ, удивительно, если бы вдругъ оказалось, что то же самое австрійское право санкціонируетъ настоящее кумулятивное начало въ дѣлѣ отношенія неустойки къ совершенію главнаго обязательства. А между тѣмъ это именно утверждается, это именно думаютъ найти въ заключительномъ пунктѣ (Schlusssatz'ѣ) того же § 1336. Здѣсь говорится:

> Die Bezahlung des Vergütungsbetrages befreiet, ausser dem Falle einer besondern Verabredung, nicht von der Erfüllung des Vertrages[1]).

Stubenrauch, Randa[2]) и другіе полагаютъ, что на этомъ основаніи должникъ обязанъ, во-первыхъ, исполнить договоръ (если исполненіе еще, разумѣется, возможно), а, во-вторыхъ, уплатить сверхъ того обѣщанную пеню, и притомъ безразлично, назначена-ли она на случай только нѣкоторой частичной неисправности должника, какъ, напримѣръ, на случай его запозданія и т. п., или же на случай полнаго нарушенія имъ своего обязательства. Весьма естественно, что при подобномъ толкованіи наша норма, въ ея примѣненіи къ

---

[1]) Въ русскомъ переводѣ (Вербловскаго): „Платежъ неустойки не освобождаетъ отъ исполненія договора, за исключеніемъ случая особаго о томъ соглашенія".

[2]) Первый въ указ. мѣстѣ, второй въ назв. соч. стр. 34 слл., особ. прим. 80. Ср. также поименованныхъ у Randa писателей, къ которымъ должно причислить еще Krainz'a, System des österreichischen Privatrechts II § 317 и Stobbe-Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts III стр. 173 прим. 54.

ЦАБ "Автограф"

случаямъ послѣдняго рода, должна казаться въ высокой степени странной и наводить на раздумье рѣшительно всѣхъ, не исключая и самихъ защитниковъ приведеннаго воззрѣнія.

Но ложность этого воззрѣнія и толкованія внѣ всякаго, на мой взглядъ, сомнѣнія. Если даже оставить въ сторонѣ характеръ и духъ австрійскаго права въ нашемъ ученіи, безспорно, идущіе въ разрѣзъ съ указанной интерпретаціей, то все-таки ясно, что разбираемый Schlusssatz ничего другого не можетъ имѣть ввиду, какъ желаніе предупредить отождествленіе неустойки съ отступнымъ. Стоитъ вспомнить изъ Прусскаго Уложенія I, 5 § 311 («Dagegen befreiet die Erlegung der Strafe keinesweges von der Erfüllung des Vertrages»), чтобы прійти къ заключенію, что и послѣдняя часть австрійскаго параграфа, посвященнаго неустойкѣ, не стремится къ установленію какого-либо кумулятивнаго отношенія, а опредѣляетъ лишь слѣдующее: неустойкѣ in dubio нельзя придавать содержанія и значенія такъ наз. multa poenitentialis. Считаю даже болѣе чѣмъ вѣроятнымъ, что означенный § 311 не былъ забытъ редакторами австрійскаго кодекса и что въ дѣлѣ созданія занимающей насъ теперь нормы сказалось именно его вліяніе[1]). Въ этомъ меня убѣждаетъ, между прочимъ, то обстоятельство, что первоначальный проектъ, въ приведенномъ раньше § 488, вовсе не заключалъ нашего Schlusssatz'a, который впервые появляется уже въ исправленномъ проектѣ (такъ наз. «Revidirter Entwurf»), въ его § 1314[2]).

Напротивъ того, Ранда[3]) такое толкованіе считаетъ неправильнымъ, — по двумъ, главнымъ образомъ, причинамъ. Прежде всего, думаетъ онъ, формулировка разбираемаго предложенія является «совершенно общей» («ganz allgemein»): въ ней не подчеркивается исключительно только отрицаніе за должникомъ права отступить отъ договора цѣною уплаты преміи. И, во-вторыхъ, въ концѣ прошедшаго столѣтія практика, молъ, склонялась въ пользу кумулированія основного дѣйствія и неустойки.

---

[1]) Что на прусское право въ остальныхъ вопросахъ о неустойкѣ обращалось вниманіе, ясно видно изъ коментарія Zeiller'a къ толкуемому 1336 прим. * (III, 2 стр. 776) и нисколько не удивительно, если вспомнить, то вліяніе, какое Ландрехтъ вообще оказалъ на австрійскій кодексъ. См Pfaff'a, Ueber die Materialien des öster. allg. bürg. Gesetzb. въ Zeitschrift f. d. Privat-und öffentl. Recht der Gegenwart Grünhut'a II стр. 292 сл. и Ofner'a въ предисловіи къ 1-му тому названнаго труда.

[2]) См. Ofner назв. соч. II стр. 201 сл., 803 сл.

[3]) Въ указ. мѣстѣ.

ЦАБ "Автограф"

Но ни тотъ, ни другой доводъ нисколько, по моему мнѣнію, не убѣдителенъ. Что касается редакціи заключительнаго постановленія въ § 1336, то я рѣшительно отказываюсь признать за ней какую-либо доказательность: при всемъ желаніи, не могу въ ней найти мало-мальски существеннаго отличія отъ ст. 284 общаго германскаго торговаго уложенія 1861 года, на которую въ данномъ мѣстѣ ссылается Ранда[1]),—а съ нормой Ландрехта I, 5 § 311 она даже почти дословно совпадаетъ. Что же касается названной практики, то необходимо отмѣтить, что въ интересующемъ насъ отношеніи она едва-ли могла имѣть серьезное значеніе. Общее гражданское Уложеніе Австрійской Имперіи было опубликовано въ 1811 году, а работы по его составленію были закончены лишь къ началу предыдущаго 1810 года[2]). Но къ этому времени даже французскій Code, а тѣмъ болѣе прусское законодательство уже сравнительно давно были въ дѣйствіи. Ранда основывается на свидѣтельствѣ Глюка[3]), но не замѣчаетъ при этомъ, что, во-первыхъ, практика, которую послѣдній имѣетъ ввиду, относится къ періоду до 1796 года (со вступленіемъ въ силу двухъ большихъ кодификацій практика—и судебная и иная—могла, а отчасти даже должна была измѣниться)[4]), и, что, во-вторыхъ, и самое утвержденіе Глюка (какъ справедливо указываетъ Hasenöhrl)[5]) едва-ли заслуживаетъ особаго вниманія: такъ, извѣстный, напримѣръ, Тибо[6]) твердо держится почвы альтернаціи, а по своему вліянію, прибавлю отъ себя, Тибо, разумѣется, способенъ выдержать сравненіе съ Richter-Hemleben'омъ, котораго приводитъ Глюкъ и диссертацію котораго мы уже успѣли оцѣнить по достоинству[7]).

---

[1]) H. G. B. Art. 284 Abs. 2: „Der Schuldner ist im Zweifel nicht berechtigt, sich durch Erlegung der Konventionalstrafe von der Erfüllung zu befreien".

[2]) Первое чтеніе завершается только къ концу 1806 года: см. Harrasowsky, Geschichte der Codification des osterreichischen Civilrechtes стр. 164. Ср. еще § 736 проекта Саксонскаго гражданскаго уложенія, въ которомъ безъ перемѣны единой іоты воспроизводилось послѣднее предложеніе австрійскаго § 1336. И тѣмъ не менѣе, никто въ этой предполагавшейся статьѣ и не думалъ видѣть санкцію какой бы то ни было кумуляціи: см. Specielle Motiven zu dem Entwurfe etc. стр. 162 сл.

[3]) Въ его коментаріи IV стр. 537.

[4]) Ср. выше стр. 189 сл.

[5]) Das Oesterreichische Obligationenrecht I § 41 прим. 34.

[6]) Thibaut, System des Pandekten-Rechts § 83.

[7]) См. выше стр. 126 сл.

ЦАБ "Автограф"

Между тѣмъ наблюдается чрезвычайно характерное явленіе другого рода—явленіе, которое, по моему мнѣнію, можетъ послужить рѣшающимъ моментомъ и доказательствомъ въ пользу защищаемаго здѣсь взгляда. Я имѣю ввиду то усиленное и рѣзко обнаруживающееся стремленіе предостеречь отъ смѣшенія неустойки съ отступнымъ, какое замѣчается въ данную именно эпоху. Въ сочиненіяхъ и въ частности въ диссертаціяхъ того времени, т. е. XVIII столѣтія и начала XIX, мы постоянно встрѣчаемся все съ тѣмъ же настойчиво преподаваемымъ совѣтомъ не забывать о необходимости разграниченія обоихъ правовыхъ образованій[1]). И, повидимому, предостереженіе это дѣлалось не безъ основанія[2]). По крайней мѣрѣ, достовѣрно извѣстно, что по нѣкоторымъ партикулярнымъ законодательствамъ неустойка прямо-таки была не инымъ чѣмъ, какъ отступнымъ[3]). Довольно назвать въ этомъ отношеніи вліятельное Любекское

---

[1]) См., напримѣръ, Priess, Comm. iuridica utrum poena conventionalis pro surrogato obligationis principalis habenda sit... §§ 11, 17 или Bernhard назв. соч. стр. 20. И Lauterbach, Collegium Theoretico-Practicum Lib. XVIII Tit. I § 77, равно какъ De Berger, Oeconomia iuris стр. 436 выдвигаютъ положеніе, что внесеніе пени не освобождаетъ должника отъ его обязанностей по исполненію основного договора. При этомъ еще замѣчу, что ссылка на „Collegium...“ Лаутербаха пріобрѣтаетъ особенный интересъ оттого, что въ литературѣ этому труду приписывалось огромнѣйшее вліяніе на редакторовъ знаменитаго Codex Theresianus, изъ котораго, какъ извѣстно, постепенно создалось нынѣшнее австрійское гражданское уложеніе: Saxl, „Eine alte Quelle des allgem. bürg. Gesetzbuches“ въ Zeitschrift Grünhut'a XXIV стр. 425 слл. — Ср. еще Фейербаха въ Баварскомъ проектѣ 1808/9 года ст 1323 п. 3: „Der Schuldner hat nicht die Wahl zwischen der Hauptverbindchkeit oder der Strafe, ausser wenn die letztere als ein Reugeld oder eine Wandelpön ausdrücklich verabredet worden ist“.

[2]) Такъ, напр., тотъ же Hemleben назв. соч. § 3 свидѣтельствуетъ, что большинство ученыхъ докторовъ права среди его современниковъ смотрѣли на дѣло превратно, полагая, что уплата неустойки прекращаетъ главное обязательство. Ср. еще въ подтвержденіе чудовищную перетасовку всѣхъ мыслимыхъ въ нашемъ вопросѣ точекъ зрѣнія у далеко не безъизвѣстнаго въ свое время Jo. Aug. Bach'a въ его Diss. iuridica de multa poenitentiali (Opuscula X §§ 1, 4, 8).

[3]) См. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts II § 340 (... „nach manchen Gesetzen hat nicht nur die Conventionalpön regelmässig die Natur eines Reugeldes, sondern es ist auch wohl ohne eine solche Verabredung gestattet, gegen Erlegung einer gewissen Summe von dem Contract abzugehen“). Ср. также Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts II стр. 257. Насчетъ значенія Любекскаго права ср. Stobbe-

ЦАБ "Автограф"

городское право, на которое въ литературѣ ссылаются особенно часто[1]). Что, затѣмъ, ошибки и промахи при различеніи нашихъ двухъ институтовъ были, а до извѣстной степени и остались дѣломъ совершенно обычнымъ,—въ этомъ всего лучше убѣждаютъ тѣ писатели, на которыхъ указываетъ самъ Ранда l. c., когда упрекаетъ коментаторовъ австрійскаго права въ томъ, что они «по примѣру Цейллера совершенно неправильно смѣшиваютъ («in einen Topf werfen») вопросъ о допустимости кумуляціи съ отличнымъ отъ него вопросомъ о томъ, можно-ли толковать неустойку, какъ отступное»[2]).

Несомнѣнно, характерно въ занимающемъ насъ вопросѣ также и то, что въ разсматриваемую эпоху появляются кодексы, какъ, напримѣръ, (составленное Крейтмайромъ) Баварское Земское Право, которое по адресу неустойки не содержитъ ничего, кромѣ одного только опредѣленія, что неустойка не есть отступное:

> IV, I. § 11, 2. Poena conventionalis oder der Poenfall, welcher auf den Contraventions-Fall zuweilen pactirt wird, massen der Uebertreter ungeachtet des entrichteten Poenfalls nichtsdestoweniger in der Hauptsache selbst obligat bleibt, ausser soweit per Pactum ein anderes beliebt ist[3]).

То же самое слѣдуетъ сказать и о городскомъ правѣ Роштока отъ 1757 года.

> III, 6, 29. Ist dem Kauf-Contract eine conventional poena bey gefüget worden, so muss der Contravenient nicht allein die Straffe

---

Geschichte der Deutschen Rechtsquellen II стр. 293 слл. и Kahle, Das Lübische Gesetzbuch стр. 1 слл.

[1]) Вотъ что постановляетъ статья 551 „Гражданскаго Уложенія княжества Сербіи“ 1844 г.,—кодекса, нынѣ дѣйствующаго:

> Если договоръ заключенъ съ отступнымъ или съ неустойкою (на одустаницу или пишманлук), т.-е. если опредѣлена сумма, которую должна уплатить сторона, отступившая отъ договора до исполненія его, или неустоявшая, то она обязана или исполнить договоръ, или заплатить неустойку.

(Русскій переводъ по изданію редакціонной комиссіи по составленію гражданскаго уложенія.)

[2]) Немало и другихъ писателей повинны въ томъ же: ср., напр., Vering, Geschichte und Pandekten стр. 533.

[3]) Цитирую по новому (частному) изданію Danzer'a: Das Bayerische Landrecht--Codex Maximilianeus Bavaricus civilis—vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung. Ср. Anmerkungen über den Codicem самого Kreittmayr'a IV стр. 29 сл.

ЦАБ "Автограф"

erlegen, sondern es kan auch noch ohnedem ad implementum Contractus geklaget werden, wo nicht ein anders verabredet worden»[1]).

Наконецъ, и фактъ помѣщенія спорной въ австрійскомъ правѣ нормы въ концѣ параграфа (въ пунктѣ четвертомъ), какъ мнѣ кажется, тоже не безъ значенія. Если бы въ ней шла рѣчь о кумуляціи, то она, по всей вѣроятности, оказалась бы сейчасъ же послѣ перваго предложенія, регулирующаго отношеніе неустойки къ возмѣщенію убытковъ,—а не позади постановленій о размѣрѣ неустойки при займѣ и о правѣ судьи понижать условленную цыфру. И въ этомъ отношеніи точно также нетрудно уловить сходство съ прусскимъ уложеніемъ, въ которомъ соотвѣтственный I, 5 § 311 уже служитъ переходомъ къ ученію объ отступномъ («Wandelpön»; о ней говорятъ § 312— § 316)[2]).

---

[1]) Rostocksches Stadtrecht publiciret im Jahr 1757. Rostock. Офиціальное, повидимому, изданіе (изъ библіотеки Reichsjustizamt'a въ Берлинѣ, Katalog стр. 58). О самомъ памятникѣ см. Stobbe, Geschichte der Deutschen Rechtsquellen II стр. 232.

Чрезвычайно поучительно отмѣтить мимоходомъ, что въ кодексъ, появившійся сто слишкомъ лѣтъ спустя и по ту сторону океана, включается норма, которая имѣетъ въ сущности тотъ же смыслъ, что приведенныя постановленія Баварскаго или Роштокскаго права. Калифорнское гражданское уложеніе въ ст. 2144 (3389) говоритъ: „Понудительное исполненіе договора, исполненіе коего натурою вообще возможно, можетъ быть требуемо, хотя бы въ договорѣ былъ назначенъ денежный штрафъ или опредѣленъ размѣръ вознагражденія за вредъ на случай его нарушенія, и не исполнившая договоръ сторона была согласна уплатить то или другое“ (по изд. редакціонной комиссіи по составленію гражданскаго уложенія). Относительно подчеркнутыхъ мною терминовъ (по англійски: „penalty“ и „liquidated damages“) см., напр., Story A treatise on the law of contracts II № 1020 слл., Lehr Eléments de droit civil anglais стр. 544 и 556 сл., The American and English Encyclopedia of Law XIII s. v. Liquidated damages.

[2]) См. по этому поводу Förster-Eccius наз. соч. I § 107 i. f. и Dernburg, Preussisch. Privatrecht II § 42 прим. 3.—Другіе еще аргументы въ пользу нашего толкованія Schlusssatz'a § 1336 можно найти у Hasenöhrl'я (назв. соч. I § 41. III), который защищаетъ правильное, отстаиваемое и мною, воззрѣніе. Вѣрный взглядъ высказали еще Ellinger, Handbuch des österr. allgem. Civil-Rechtes прим. къ ст. 1336, и въ послѣднее время Schuster von Bonnott, Grundriss des Obligationenrechts (въ Grundriss des Oesterreichischen Rechts I, 4) стр. 23 сл. См. также ниже § 23.

ЦАБ "Автограф"

II.

Средній типъ.

§ 18.

Саксонское гражданское уложеніе и аналогичныя законодательства [1]).

Гораздо б л и ж е уже къ римскому праву, чѣмъ разсмотрѣнныя до сихъ поръ законодательства, «Гражданское уложеніе королевства Саксонскаго».

§ 1428 этого кодекса предусматриваетъ случай, когда кто-либо обѣщалъ

> ... eine Strafe, Busse, Conventionalstrafe, für den Fall, dass ein Vertrag nicht erfüllt oder eine sonstige Leistung nicht bewirkt wird...,

и на этотъ случай опредѣляетъ, что управомоченному лицу принадлежитъ выборъ

> ... (die Wahl) ob er Erfüllung des Vertrages oder die sonstige Leistung und E r s a t z d e r d u r c h d i e N i c h t e r f ü l l u n g e t w a e n t s t a n d e n e n S c h ä d e n, oder ob er die Strafe verlangen will.

На основаніи этого параграфа (редакцію котораго, замѣчу мимоходомъ, едва ли можно признать удачною) [2]) вѣрителю, слѣдовательно,

---

[1]) И саксонское и упоминаемое вслѣдъ за нимъ цюрихское гражданскія уложенія — послѣднее въ области внѣ-обязательственной доживаетъ послѣдніе дни—какъ дѣйствующія законодательства, для насъ, очевидно, болѣе не интересны. Но оба они, безспорно, заслуживаютъ вниманія, какъ представители того типа кодексовъ въ изслѣдуемомъ направленіи, который сейчасъ мною названъ „с р е д н и м ъ“ типомъ.

[2]) Прилагаю поэтому еще русскій переводъ нѣмецкаго текста (по изданію редакціонной комиссіи по составленію гражданскаго уложенія): „Если кто обѣщалъ другому уплатить неустойку, штрафъ, пеню, на тотъ случай, если не будетъ исполненъ договоръ или не будетъ произведено иное удовле-

ЦАБ "Автограф"

предоставляется право предпочесть неустойкѣ не только основное дѣйствіе, но и вознагражденіе за вредъ и убытки. Отношеніе, такимъ образомъ, здѣсь римское альтернативное.

То же самое относится и къ случаю, который имѣется ввиду въ слѣдующемъ § 1429, когда договорная пеня подлежитъ уплатѣ при исполненіи обязательства «не въ надлежащее время или не въ надлежащемъ мѣстѣ». Здѣсь, говоритъ законъ, «управомоченному разрѣшается требовать осуществленія главнаго дѣйствія и вмѣстѣ съ тѣмъ неустойки». На первый взглядъ это положеніе какъ бы совпадаетъ съ соотвѣтственными нормами прусскаго и французскаго права, но если вглядѣться въ него внимательнѣе, то, наоборотъ, оказывается, что и оно въ полномъ согласіи съ римскимъ правомъ. Смыслъ § 1429, очевидно, тотъ, что кредитору дается право выбора, съ одной стороны, между возмѣщеніемъ понесеннаго ущерба вслѣдствіе неправильнаго по мѣсту или по времени исполненія и, съ другой, между условленной пенею. Отношеніе и здѣсь, стало быть, для вѣрителя произвольно альтернативное, чего, конечно, нельзя сказать о прусскомъ Ландрехтѣ или Наполеоновскомъ кодексѣ.

Что данную норму слѣдуетъ примѣнять именно такъ, вытекаетъ прежде всего изъ нормы предыдущей, т.-е. § 1428. Нѣтъ рѣшительно никакого основанія допускать различное обсужденіе одной и другой и полагать, что въ одномъ случаѣ неустойка можетъ конкурировать съ вознагражденіемъ за вредъ, а въ другомъ, напротивъ того, не можетъ. Но, кромѣ того, въ пользу нашего соображенія говоритъ еще другой моментъ, много болѣе важный, это — точный текстъ и смыслъ § 1431. Этотъ параграфъ гласитъ слѣдующимъ образомъ:

> Fordert der Berechtigte die versprochene Strafe, so kann er wegen Nichterfüllung, oder verspäteter Erfüllung, oder Erfüllung am unrechten Orte nicht einen weiteren Schädenanspruch geltend machen. Schädenansprüche aus anderen Gründen, als für welche die Strafe versprochen ist, werden nicht ausgeschlossen.

твореніе, то съ того времени какъ возникло право на неустойку, лицу, въ пользу коего она обѣщана, независимо отъ того, оно-ли само или третье лицо должно получить ее, принадлежитъ выборъ: или требовать исполненія договора либо иного удовлетворенія и возмѣщенія причиненнаго вслѣдствіе неисполненія вреда, или же требовать уплаты одной неустойки".

ЦАБ "Автограф"

Разность, слѣдовательно, между суммами неустоичной и наличнаго убытка не подлежитъ взысканію. Этого уклоненія отъ римскаго права нельзя не видѣть. Тотъ остаточный плюсъ, который тамъ признавался, какъ самостоятельный объектъ иска, — его здѣсь вѣритель дѣйствительно теряетъ. Но когда теряетъ? сейчасъ-ли?— Нѣтъ, только послѣ предъявленія имъ требованія, только вслѣдствіе принятаго рѣшенія. До тѣхъ поръ онъ воленъ свободно производить выборъ, отдавать преимущество одному предъ другимъ. Одно соглашеніе о неустойкѣ или ея установленіе еще не лишаетъ кредитора этого права. Абсолютной и безповоротной фиксаціи интереса саксонское право, такимъ образомъ, не знаетъ (въ отличіе отъ ALR: I, 5 § 293 или, положимъ, ст. 1152 Code civil. [1]).

Въ итогѣ необходимо признать, что саксонское гражданское уложеніе даетъ возможность избѣжать несправедливаго отношенія къ вѣрителю какъ разъ въ наиболѣе существенныхъ случаяхъ, встрѣчающихся на практикѣ всего чаще. Это тѣ случаи, когда для вѣрителя проистекаетъ ущербъ по причинамъ отъ него независящимъ—потому, что въ моментъ заключенія условія онъ никакъ не въ состояніи былъ обозрѣть и опредѣлить, хотя бы только приблизительно, размѣры своего интереса и возможныхъ въ будущемъ (при неисправности должника) убытковъ. Здѣсь кредиторъ, по саксонскому праву, не оказывается связаннымъ имъ же самимъ выговоренной неустойкой, какъ то, наоборотъ, происходитъ по прусскому, напримѣръ, праву: неустойка не обращается для него въ ловушку, а, съ другой стороны, и для должника не

---

[1]) Равнымъ образомъ здѣсь нѣтъ того порядка вещей, который наблюдается въ прусскомъ правѣ и тамъ наблюдался и нами выше стр. 178. здѣсь неустойка при денежномъ займѣ не поглощаетъ собой законнаго, высшаго, процента, разъ, а послѣдній, въ свою очередь, не исключаетъ ликвидаціи фактически причиненнаго ущерба, превышающаго узаконенный процентъ ex mora, два: § 742 (ср. ALR: 1, 11 § 833).

Прибѣгая къ нѣсколько смѣлому (и не совсѣмъ, пожалуй, научному) сравненію, можно бы сказать: если бы Пернисъ, Крюгеръ и др. (см. выше стр 52 слл.) были правы въ своемъ отрицаніи занимавшаго насъ дополнительнаго требованія для классическаго періода римскаго права,—то саксонское уложеніе являло бы въ изслѣдуемой области примѣръ законодательства, тождественнаго съ правомъ временъ Юліана или Папиніана.

ЦАБ "Автограф"

служитъ поводомъ или соблазномъ уклониться отъ добросовѣстнаго исполненія принятаго на себя по договору обязательства. [1])

Цюрихское гражданское Уложеніе 1853—56 года въ нашемъ ученіи совершенно согласно съ только-что разсмотрѣннымъ саксонскимъ кодексомъ. Возможно, что оно на послѣдній даже оказало свое вліяніе [2]). Ограничусь поэтому лишь ссылкою на §§ 969 и 971 и примѣчанія къ нимъ самого составителя и главнѣйшаго коментатора уложенія, знаменитаго Блунчли. [3]) и [4]).

На той же почвѣ стоитъ, повидимому, и Чилійское гражданское уложеніе. Вопросъ объ отношеніи между неустойкою и ущербомъ здѣсь исчерпывается сказаннымъ въ ст. 1543:

> On ne pourra demander à la fois la peine et la réparation des préjudices, à moins de l'avoir stipulé en termes exprès; mais le créancier pourra toujours, à son choix, demander les dommages-intérêts ou la peine. [5])

---

[1]) У большинства писателей, занимавшихся обработкою саксонскаго права, страннымъ образомъ, встрѣчается по нашему вопросу почти одна только дословная передача приведенныхъ параграфовъ. См. Siebenhaar Lehrbuch des sächsischen Privatrechts § 433, Schmidt Vorlesungen über das in dem Königreiche Sachsen geltende Privatrecht I стр. 465. Коментаріи (Siebenhaar-Poschmann'a или, далѣе, Wengler и Brachmann'a), правда, многорѣчивѣе, но и они почему-то не выдвигаютъ или даже не касаются самой важной и юридически интереснѣйшей стороны дѣла.

[2]) Въ этомъ я, впрочемъ, изъ опубликованныхъ мотивовъ къ саксонскому кодексу не успѣлъ убѣдиться.

[3]) Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. Bluntschli, Redactor des Gesetzes (т. III).

[4]) Объ общепризнанныхъ достоинствахъ цюрихскаго кодекса и, соотвѣтственно съ тѣмъ, крупномъ его значеніи см. Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes I стр. 56 слл., а также Amiaud назв. соч. стр. 141 сл.

[5]) По французскому переводу, уже цитированому выше стр. 194.—Отмѣчу еще, что примѣру саксонскаго, цюрихскаго и т. п. законодательствъ въ нашемъ ученіи слѣдуетъ и анонимный авторъ проекта имперскаго гражданскаго кодекса для Германіи („Ein Reichsgesetzbuch über das Privatrecht. In sieben Büchern entworfen von , 1896") въ § 294, ср. стр. 11.

ЦАБ "Автограф"

III.

Римская система.

---

§ 19.

Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ 1881 года.

Весьма поучительно, что этотъ новый кодексъ, пользующійся, какъ извѣстно, прекрасной и заслуженной славой[1]), въ ученіи о неустойкѣ возвращается къ постановкѣ римскаго права во всей ея чистотѣ — въ тѣхъ, по крайней мѣрѣ, предѣлахъ, какіе насъ прежде всего интересуютъ[2]).

Мы здѣсь встрѣчаемся и съ правомъ кредитора производить выборъ между основнымъ дѣйствіемъ и обѣщанной пеней (ст. 179 п. 1), и съ правомъ на исполненіе обязательства вмѣстѣ съ полученіемъ пени при назначеніи ея на случай частичной неисправности на сторонѣ должника (ст. 179 п. 2). Наконецъ, встрѣчаемся—что должно быть особенно подчеркнуто—съ правомъ кредитора предпочитать неустойкѣ соотвѣтствующій интересъ и предпочитать притомъ въ любой моментъ — до и послѣ истребованія неустойки. Другими словами, швейцарскій законодатель, въ полномъ согласіи съ Юстиніаномъ, разрѣшаетъ вѣрителю и дополнительное взысканіе въ размѣрѣ того плюса, на который одно требованіе больше другого.—

---

[1]) Ср. предисловіе къ русскому переводу въ изд. редакц. комисс. по составленію гражданскаго уложенія стр. XIV слл.

[2]) Нѣкоторыя уклоненія см. частью выше стр. 94, частью ниже въ § 25.— Къ послѣдующему ср. Haberstich, Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts I стр. 168 слл. и двѣ обстоятельныя швейцарскія диссертаціи: Stahel, „Die Conventionalstrafe mit specieller Berücksichtigung des schweizerischen Obligationenrechts“, стр. 97 слл., и уже называвшуюся работу Mauler'a, стр. 48 слл.

ЦАБ "Автограф"

Въ ст. 180 п. 2 значится

Uebersteigt der erlittene Schaden den Betrag der Strafe, so kann der Gläubiger den Mehrbetrag nur so weit einfordern, als er ein Verschulden nachweist.	Si le dommage qu'il a souffert dépasse le montant de la peine, le créancier ne peut réclamer une indemnité supérieure qu'en établissant une faute à la charge du débiteur.

Для правильной оцѣнки данной нормы, необходимо указать на то обстоятельство, что, говоря вообще, данный швейцарскій кодексъ не требуетъ въ примѣненіи къ нашему институту наличности вины должника, отказывая въ присужденіи неустойки только при невозможности исполненія по винѣ самого вѣрителя или вслѣдствіе непреодолимой силы (ст. 181)[1]. Замѣтимъ мимоходомъ, что и въ этомъ отношеніи наблюдается совершенная солидарность швейцарскаго закона съ тѣмъ же римскимъ правомъ[2]. Правда, цитированная ст. 180 въ своей второй части какъ бы составляетъ исключеніе изъ означеннаго начала, снова вводя требованіе вины для спеціальнаго нормируемаго ею случая. Но въ сущности исключенія здѣсь нѣтъ: оно только кажущееся. Реквизитъ момента вины въ ст. 180 оказывается совершенно естественнымъ, если сообразить, что взысканіе разности между вредомъ, понесеннымъ вѣрителемъ, и выговоренной имъ пенею можетъ, конечно, вытекать только изъ общаго иска объ убыткахъ, каковой искъ, разумѣется, обязательно предполагаетъ неосторожность или вину на сторонѣ должника.

Такимъ образомъ, даннымъ пунктомъ ст. 180 производится лишь перемѣщеніе бремени доказыванія — съ плечъ отвѣтчика на плечи вѣрителя. Не болѣе[3].

---

[1]) Ср. еще коментарій къ союзному закону объ обязательствахъ Schneider'a и Fick'a прим. 2 къ ст. 180.

[2]) Вообще о значеніи вины при неустоичномъ соглашеніи см. ниже § 24

[3]) Въ этомъ смыслѣ я вношу поправку къ невполнѣ точному (хотя и не отмѣченному критикою) изложенію дѣла въ нѣмецкомъ изданіи настоящей работы. Ср. еще ст. 110 (и къ ней Haberstich назв. соч. I стр. 224, 228 сл.).— Въ первоначальномъ проектѣ (бернскаго профессора Munzinger'a), въ соотвѣтствующемъ нашему п. 2 ст. 180 пунктѣ 2 ст. 82, вмѣсто простой вины, говорилось о зломъ умыслѣ или грубой неосторожности („böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit"). Mauler (указ. соч. стр. 51, 67 сл., 125) рекомендуетъ возвратиться къ этой болѣе ранней редакціи—по слѣдующей причинѣ. Неустойка безповоротно опредѣляетъ цыфру убытковъ: таково намѣреніе сторонъ,

ЦАБ "Автограф"

§ 20.

Гражданское Уложеніе Германской Имперіи (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich).

И это важнѣйшее законодательство, процессъ созданія котораго сравнительно недавно закончился, сосредоточивъ на себѣ чрезвычайное вниманіе всей юридической Европы,—въ нашемъ ученіи держится, безспорно, романистическихъ началъ. Въ частности въ вопросахъ отношенія интереса и неустойки оно даже попросту кодифицируетъ положенія Corpus iuris[1]).

съ которымъ законодатель обязанъ считаться; отсюда ясна невозможность довзысканія плюса, на который пеня превышается вредомъ. (Точка зрѣнія автора, очевидно, французская: и для него неустойка—„un forfait", см. выше стр. 188). Единственное исключеніе можетъ быть допущено на случай dolus'a или приравниваемой къ нему culpa lata, такъ какъ здѣсь случай непредусмотрѣнный (не предполагается, чтобы стороны имѣли ввиду умыселъ), создающій новое основаніе для вознагражденія за испытанный ущербъ. Ср. выше стр. 187 сл.

Желаніе Mauler'a приблизительно осуществлено въ чрезвычайно интересномъ и цѣнномъ „Общемъ Имущественномъ Законникѣ для Княжества Черногорскаго". Статья 554 второго его изданія 1898 года гласитъ такъ:

> Когда убытки отъ неисполненія превышаютъ условленный штрафъ или неустойку, должникъ за этотъ излишекъ не платитъ.
>
> Однако, когда бы кредиторъ доказалъ, что въ этомъ была особая вина должника, или что убытки произошли отъ чего-либо другого, а не отъ того, за что была условлена неустойка, тогда и этотъ излишекъ должникъ долженъ уплатить.

(Русскій переводъ Кусакова, подъ редакціей Спасовича, издан. „Вѣстн. Права" 1901.)

Въ остальномъ ограничиваюсь указаніемъ на то несомнѣнное вліяніе, которое на творца „Законника", проф. Богишича, оказали образцы французскій (ср. еще ст. 553 „Законника" со ст. 1229 Code'a) и, въ особенности, прусскій: насколько приведенная ст. 554 напоминаетъ уже извѣстные намъ ALR: I, 5 §§ 293 слл., не требуетъ выясненія.

[1]) Ср. Motive zu dem Entwurfe (I) eines B. G. B. 's etc. II стр. 275 слл. Въ первомъ проектѣ неустойкѣ („Conventionalstrafe") были посвящены § 420—§ 425; во второмъ ей же („Vertragsstrafe", о перемѣнѣ въ названіи см. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung I стр. 775 сл.) были отведены §§ 291 слл., въ третьемъ (Reichstagsvorlage)—§§ 333 (334) слл., и, наконецъ, въ настоящее время, въ получившей законодательную санкцію редакціи, она составляетъ предметъ § 339—§ 345.

ЦАБ "Автограф"

Мнѣ поэтому нѣтъ надобности останавливаться въ подробности на соотвѣтственныхъ нормахъ германскаго уложенія. Основываясь на выясненномъ уже по адресу римскаго права, я здѣсь лишь вкратцѣ изложу главнѣйшія касающіяся насъ постановленія[1]).

Прежде всего надлежитъ отмѣтить, что будущее право Германіи, при регулированіи института неустойки, очевидно, исходитъ изъ соображенія о двойной (уже знакомой намъ) цѣли, преслѣдуемой институтомъ. Коментаторы и писатели справедливо указываютъ на это обстоятельство[2]), подтверждаемое въ полной мѣрѣ отдѣльными нормами кодекса.

Въ силу § 340, предусматривающаго назначеніе неустойки на случай (полнаго) неисполненія должникомъ своего обязательства, вѣритель вправѣ требовать либо исполненія или соотвѣтствующаго вознагражденія, либо уплаты обѣщанной неустойки. Далѣе, въ силу слѣдующаго § 341, относящагося къ неустойкѣ, установленной на случай ненадлежащаго, въ особенности же несвоевременнаго исполненія, вѣрителю предоставляется, наряду съ правомъ на основное дѣйствіе, еще и право выбора между заслуженной пенею и причиненными запозданіемъ или иною неисправностью убытками[3]). И притомъ

---

[1]) О § 343, содержащемъ узаконеніе такъ наз. „richterliches Ermässigungsrecht", матеріи очень громкой, будетъ сказано ниже въ § 25.

[2]) Ср. Planck (Bürgerliches Gesetzbuch etc. erläutert von) II, изд. 1 и 2, ad § 339 прим. 1, Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, ad § 340 прим. 5, Crome System des Deutschen Bürgerlichen Rechts II (1902) стр. 211 слл., 218, Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, изд. 5 стр. 600. Почему-то въ дальнѣйшемъ изложеніи (стр. 602 сл.) Endemann говоритъ, что въ случаѣ обезпеченія неустойкою только частичнаго ущерба одна изъ цѣлей—психологическое побужденіе къ исправному исполненію обязательства—выдвигается впередъ, оттѣсняя другую функцію неустойки какъ заранѣе опредѣленнаго интереса: „Ihr (der Strafe) Hauptzweck ist dann, einen Druck auf den Schuldner auszuüben". Такое мнѣніе кажется мнѣ неосновательнымъ: различіе ни изъ чего не вытекаетъ.

[3]) Planck назв. соч. II въ прим. 1 къ § 341 замѣчаетъ: „Der Mangel der Erfüllung kann aber auch von der Art sein, dass er nachträglich noch beseitigt werden kann. So z. B. kann das auf Grund eines Werkvertrags gelieferte Werk Mängel haben, die beseitigt werden können und die der Unternehmer auf Verlangen des Bestellers zu beseitigen verpflichtet ist (§ 633 Abs. 2). Bezieht sich das Strafversprechen auch auf solche Mängel, so kann sowohl die Beseitigung der Mängel als auch die Strafe gefordert werden". Съ этимъ изложеніемъ, въ столь общей, по крайней мѣрѣ, формѣ, я согласиться не могу. Коментаторъ, повидимому, не видитъ, что онъ санкціонируетъ не иное что, какъ кумулятивную неустойку, которая, какъ извѣстно, не имѣетъ ничего общаго съ неустойкою, обезпечивающею исполненіе. Ср. Dernburg Pandekten II, изд. 5 § 39 II, Leonhard Allgemeines Schuldrecht des BGB. (1929) стр. 284 сл., Oertmann Recht der Schuldverhältnisse, изд. 5 (1928) ad § 341 прим. 2 b, Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, изд. 15 (1958) § 54 II 2 b, Staudinger-Kober Kommentar zum BGB. II, изд. 10/11 (1936) ad § 341 прим. 3 b, Soergel-Siebert Kommentar zum BGB. II, изд. 8 (1963) ad § 341 прим. 3.

ЦАБ "Автограф"

въ обоихъ случаяхъ, при примѣненіи какъ § 340, такъ и § 341, неустойка, на которую кредиторомъ пріобрѣтено право, считается только минимальнымъ размѣромъ («Mindestbetrag») понесеннаго вреда. Отсюда непосредственно слѣдуетъ выводъ,—впрочемъ, дѣлаемый самимъ законодателемъ и даже повторяемый имъ дважды (§ 340 п. 2 и § 341 п. 2): выборъ вѣрителемъ неустойки не исключаетъ его права искать добавочнаго вознагражденія за ущербъ (поскольку, разумѣется, ущербъ превышаетъ размѣръ неустойки)[1]).

Первый проектъ (въ §§ 420 сл.), замѣтимъ еще, этого дополнительнаго права вѣрителя не зналъ. Но вторая комиссія его ввела. Мотивами при этомъ для нея послужили два обстоятельства. Во-первыхъ, опасеніе, что безъ того гражданскій оборотъ окажется вынужденнымъ прибѣгать къ чрезвычайно высокимъ неустоичнымъ суммамъ,—соображеніе. не лишенное нѣкотораго основанія. Вѣритель, опасаясь, что можетъ не получить возмѣщенія всего испытаннаго имъ вреда, будетъ непремѣнно стремиться принудить своего контрагента къ возможно болѣе капитальной неустойкѣ, чтобы обезопасить себя на всякій случай. Во-вторыхъ, разсуждали члены комиссіи, въ аналогичномъ же случаѣ просрочки законъ признаетъ за вѣрителемъ, кромѣ права на проценты ex mora, еще и право на вознагражденіе за дальнѣйшій ущербъ (B. G. B. § 288 п. 2). Отчего же закону оказаться непослѣдовательнымъ въ ученіи о неустойкѣ, отступить здѣсь отъ того начала, которое принято тамъ?! [2]).

Изъ приведенныхъ предложеній видно, что совпаденіе съ римскимъ правомъ полное: и отдѣльныя постановленія и даже распредѣленіе

лятивное (во вредъ должнику) отношеніе требованій. Если неустойка имѣетъ цѣлью вознаградить за наличность опредѣленныхъ дефектовъ, а допущенные первоначально дефекты вслѣдъ затѣмъ исправляются in natura и исчезаютъ, то за что́ же, спрашивается, вознаграждать вѣрителя?—развѣ только за промедленіе? Но тутъ уже вредъ и интересъ другіе. Все, конечно, зависитъ отъ намѣренія сторонъ—выясненіе этого намѣренія есть серьезнѣйшая задача судьи—,но in dubio утвержденіе Planck'a мнѣ представляется ошибочнымъ. Со мной согласенъ Kipp (Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II стр. 156).

[1]) Cohn'омъ, „Das neue Deutsche Bürgerliche Recht in Sprüchen" II стр. 30 придуманы слѣдующія удачныя поговорки: „Strafleistung für Nichtleistung schwindet Hauptleistung", далѣе, „Verzugs (Ungehörigkeits) strafe schwindet Hauptleistung nicht" и, наконецъ, „Die Strafe ist des Schadens Minimum". Уже этими тремя афоризмами въ сущности исчерпывается приблизительно вся нормировка идущихъ къ дѣлу отношеній.

[2]) Protokolle I стр. 776, Planck назв. соч. II стр. 121.

ЦАБ "Автограф"

законодательнаго матеріала, — все это совершенно тождественно съ тѣмъ, что нами раньше было выведено на основаніи источниковъ [1]).

Почти излишне прибавлять, что только-что изложенныя нормы надѣлены, конечно, лишь диспозитивнымъ характеромъ [2]),— опять-таки согласно съ тѣмъ, что нами наблюдалось въ римскомъ правѣ. Контрагенты вольны условиться насчетъ кумуляціи неустойки съ интересомъ въ случаѣ нарушенія должникомъ своего обязательства,— и такое соглашеніе, естественно, будетъ приниматься въ соображеніе и правопорядкомъ. Они могутъ и, обратно, заключить договоръ въ томъ смыслѣ, чтобы уплата должникомъ пени исключала дальнѣйшее требованіе высшихъ, превышающихъ ея размѣръ убытковъ,— и съ этимъ условіемъ, разумѣется, точно также должно будетъ считаться: въ такомъ случаѣ судья въ Берлинѣ положитъ именно это условіе въ основаніе своего рѣшенія, какъ если бы онъ призванъ былъ примѣнить нормы не новаго общегерманскаго, а попрежнему стараго прусскаго уложенія [3]).

Необходимо упомянуть объ одномъ опредѣленіи положительнаго свойства въ общегерманскомъ кодексѣ.

На случай выбора между основнымъ дѣйствіемъ и неустойкой — случай, регулируемый въ п. 1 § 340 — законъ говоритъ, что «если кредиторъ заявилъ должнику, что онъ требуетъ уплаты неустойки, то притязаніе на исполненіе исключается». Отсюда слѣдуетъ, что если, наоборотъ, вѣритель рѣшается въ пользу исполненія, то онъ eo ipso еще не теряетъ своего притязанія на неустойку, а можетъ, напротивъ того, измѣнить свое состоявшееся рѣшеніе и въ концѣ концовъ все-таки склониться въ пользу требованія именно неустойки. Должнику принадлежитъ, конечно, естественное право сдѣлать кредитору, пока тотъ колеблется, заявленіе о своей готовности исполнить обязательство и тѣмъ самымъ заставить его принять рѣшеніе и высказаться. Но должникъ не вправѣ, ссылаясь, положимъ, на § 264 п. 2 уложенія, назначить вѣрителю извѣстный срокъ для учиненія выбора, съ тѣмъ, чтобы по истеченіи его, если вѣритель

---

[1]) См. выше стр. 74 сл.

[2]) На этотъ счетъ согласны почти всѣ: см., наприм., Eck-Leonhard назв. соч. I стр. 334 сл., Crome назв. соч. II стр. 218 прим. 51, Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch II, 1 стр. 130. Противоположнаго мнѣнія, кажется, только G. Hartmann въ указ. мѣстѣ стр. 381.

[3]) Ср. Laband, Zum zweiten Buch des Entw. eines B. G. B.'s въ Archiv f. d. civ. Praxis LXXIV стр. 46.

ЦАБ "Автограф"

не успѣлъ имъ воспользоваться, право выбора уже перешло къ нему, должнику. Означенный § 264 относится къ случаямъ медлительности кредитора при раздѣлительномъ или альтернативномъ обязательствѣ, между тѣмъ какъ въ нашемъ ученіи строго альтернативнаго права (въ техническомъ смыслѣ) на неустойку или исполненіе у кредитора не получается [1]).

Упоминая раньше о правомочіи вѣрителя взыскать добавочнымъ порядкомъ тотъ плюсъ, который заключается въ непредъявленномъ требованіи, я опустилъ одно обстоятельство, котораго не могу не привести въ настоящемъ мѣстѣ.

Обстоятельство это касается того случая (§ 342), когда «въ качествѣ неустойки обѣщана не денежная сумма, а иное удовлетвореніе» [2]). При такого рода условіи «требованіе кредиторомъ неустойки исключаетъ притязаніе на возмѣщеніе ущерба» [3]).

[1]) Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts I изд. 4 (1903) стр. 334 сл., Endemann назв. соч. I стр. 602, Matthiass, Lehrbuch. des Bürgerlichen Rechts I, изд. 2, стр. 367, Planck назв. соч. II прим.1 къ § 340. Послѣдній (ср. Oertmann Kommentar zum B. G. B., Das Recht der Schuldverhältnisse ad § 340 прим. 2) еще, впрочемъ, утверждаетъ, что на основаніи § 420 перваго проекта обязательство дѣйствительно обращалось въ альтернативное. Это неточно. Матеріальныхъ измѣненій на этотъ счетъ вторая комиссія не внесла: Protokolle I стр. 776.

[2]) Въ нѣмецкомъ текстѣ сказано: „Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen...“.

[3]) Всѣ (въ нормальномъ порядкѣ) возможныя и разсмотрѣнныя нами комбинаціи отношеній по B. G. B. могутъ быть графически изображены въ слѣдующемъ видѣ (ср. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren стр. 162 и Bruck, Tafeln zum Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil № 13:

	Неустойка	
	денежная	состоящая въ иномъ удовлетвореніи
на случай неисполненія	Исполненіе или неустойка (съ возмѣщеніемъ дальнѣйшаго ущерба) или возмѣщеніе ущерба.	Исполненіе или неустойка или возмѣщеніе ущерба.
на случай ненадлежащаго исполненія	Исполненіе и неустойка (съ возмѣщеніемъ дальнѣйшаго ущерба) или исполненіе и возмѣщеніе ущерба.	Исполненіе и неустойка или исполненіе и возмѣщеніе ущерба.

ЦАБ "Автограф"

Это отступленіе отъ общаго правила или исключеніе въ общемъ, на мой взглядъ, резонно и заслуживаетъ одобренія. Въ первомъ проектѣ его, однако, не было, а внесено оно уже второй комиссіей, полагавшей, что вытекающія изъ него юридическія послѣдствія должны оказаться цѣлесообразными и всего болѣе соотвѣтствовать намѣренію сторонъ[1]). И дѣйствительно: сохраненіе первоначальной редакціи закона привело бы къ необходимости всякій разъ оцѣнивать предметъ удовлетворенія, причемъ, конечно, открылось бы широкое поле для всякаго рода споровъ относительно стоимости обѣщаннаго объекта[2]).

Позволительно сомнѣваться только насчетъ одного: не слишкомъ-ли уже далеко идетъ германское уложеніе въ данномъ вопросѣ и не слишкомъ-ли уже узокъ терминъ «денежная сумма»? Какое, въ самомъ дѣлѣ, основаніе обсуждать неодинаково одно и то же отношеніе въ примѣненіи, съ одной стороны, къ горожанину, которому обѣщается неустойка въ столько-то марокъ, а съ другой, къ крестьянину, нерѣдко выговаривающему себѣ столько-то мѣръ пшеницы или бочекъ вина въ качествѣ все той же договорной пени? Разницы по существу въ положеніи того и другого нѣтъ. Все дѣло въ томъ, насколько объектъ неустойки, на которомъ остановились стороны, имѣетъ общую, рыночную, такъ сказать, цѣнность; насколько его стоимость во всякое время легко поддается опредѣленію. Но что при пшеницѣ, картофелѣ, винѣ и т. п. оцѣнка не можетъ представлять затрудненій, по моему мнѣнію, достаточно ясно. Названные предметы въ деревнѣ часто замѣняютъ деньги, являясь нерѣдко въ роли настоящихъ платежныхъ средствъ[3]).

Не придавая, впрочемъ, этому вопросу особеннаго значенія, я все-таки полагалъ бы умѣстнымъ указать, что римскіе юристы, очевидно, не проводили при регулированіи дѣла никакого различія въ зависимости отъ того, что служило предметомъ договорной неустойки. Въ тѣхъ отрывкахъ источниковъ, которые трактуютъ о

---

[1]) Protokolle I стр. 776, Planck назв. соч. II прим. къ § 342.

[2]) Какъ въ имѣющемся у Экка (Eck-Leonhard назв. соч. стр. 334) примѣрѣ: актеръ обязался въ случаѣ неисполненія имъ опредѣленной роли исполнить въ наказаніе, въ видѣ неустойки, другую роль. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ, говорятъ еще, пеня и возмѣщеніе вреда—величины несоизмѣримыя (Эккъ въ указ. мѣстѣ, Crome назв. соч. II стр. 219).

[3]) *Не соглашается со мною* Deus, Die Vertragsstrafe nach dem B. G. B. стр. 20 сл.

ЦАБ "Автограф"

правѣ дополнительнаго требованія (fr. 28 de A. E. V., fr. 42 pro socio и, пожалуй, еще fr. 41 eod.), говорится всюду просто о «poena ex stipulatu», а подъ этимъ терминомъ въ Римѣ разумѣлась, безспорно, далеко не одна только денежная неустойка. Охотно допускаю, что и тамъ въ то время, какъ у насъ нынѣ, такая именно пеня должна была встрѣчаться и встрѣчалась всего чаще: это обусловливается самой природой вещей, свойствомъ денегъ, какъ общаго мѣрила цѣнности. Но вѣрно также и то, что и другіе предметы могли и могутъ, съ неменьшимъ весьма часто успѣхомъ, выговариваться въ качествѣ неустойки и вести къ достиженію цѣлей, преслѣдуемыхъ неустоичнымъ соглашеніемъ,—къ усиленію обязательства должника и къ избавленію вѣрителя отъ тяжелой необходимости доказывать размѣры своего интереса. И римляне это отлично понимали. Говоря о неустойкѣ, они не даютъ повода заключить, что рѣчь ведется непремѣнно о деньгахъ. Они вездѣ подчеркиваютъ только реквизитъ опредѣленности объекта пени и ея величины. Все дѣло для нихъ въ «quantitas»: о ней толкуетъ Ульпіанъ въ уже извѣстномъ намъ fr. 38 § 17 i. f. de V. O. [1]), — тотъ самый Ульпіанъ, замѣчу между прочимъ, которому мы, главнымъ образомъ, обязаны свѣдѣніями по праву взысканія разности между двумя требованіями; о ней же, этой quantitas, упоминаетъ въ своихъ институціяхъ (§ ult. I. de V. O.) и Юстиніанъ, который, согласно съ общимъ смысломъ цитированнаго параграфа, могъ бы съ равнымъ, несомнѣнно, правомъ, вмѣсто дѣйствительно приведеннаго имъ примѣра: «tum poenae nomine decem aureos dare spondes?», привести другой: «tum poenae nomine tritici Africi optimi modios decem dare spondes?».

Резюмирую. Обороту древняго Рима была знакома неустойка не только въ видѣ денежной суммы [2]); далѣе мы не видимъ, чтобы эта poena non numraria подчинялась какимъ-либо особымъ правиламъ— ни вообще, ни въ частности примѣнительно къ обсуждаемому здѣсь

---

[1]) Ср. еще его же fr. 11 § 2 D. receptis (4, 8).

[2]) На выясненіи этого факта не приходилось бы спеціально останавливаться, если бы не утвержденіе нѣкоторыхъ юристовъ (Heimbach'a въ указ. мѣстѣ стр. 59 прим. 1, Maynz'a Cours de droit Romain соч. II § 258 прим. 5, и друг.), что неустойка должна обязательно состоять въ деньгахъ. Правильнаго мнѣнія держатся, напримѣръ, Lauterbach въ назв. дисс. §§ 18 и 19, Jäger De stipulatione poenae etc. стр. 22, Sintenis назв. соч. II § 88 прим. 3 и въ особенности Schiemann въ статьѣ „Ueber den Gegenstand der Conventionalstrafe“ въ Dorpater Zeitschrtft II стр. 4 слл.

ЦАБ "Автограф"

вопросу о самостоятельномъ взысканіи остаточнаго плюса; и, наконецъ: отъ подобнаго порядка вещей никто, повидимому, не ощущалъ особеннаго неудобства.

Прежнее Общегерманское Торговое уложеніе 1857—61 гг. (и понынѣ еще дѣйствующее въ Австріи) заключало въ себѣ самостоятельную нормировку института неустойки. Такое отношеніе къ дѣлу представляется вполнѣ естественнымъ и понятнымъ, если принять во вниманіе тогдашнее разнообразіе отдѣльныхъ нѣмецкихъ гражданскихъ законодательствъ и вспомнить ту пеструю картину, которая здѣсь открывается взорамъ наблюдателя. Старое торговое уложеніе въ нашемъ ученіи было построено на чисто романистическихъ началахъ. Пользовавшаяся большой извѣстностью статья 284 выставляла (въ п. 2 и п. 3) всѣ тѣ положенія, какія мы вывели изъ изслѣдованія римскаго права, не исключая и дополнительнаго иска о разности между двумя принадлежащими вѣрителю требованіями. Общій принципъ, выраженный въ ст. 284, еще находилъ себѣ частное примѣненіе въ одномъ случаѣ, который предусматривался ст. 398 и относился къ фрахтовому договору. Наконецъ, и практика судовъ, въ особенности же практика славнаго высшаго суда для торговыхъ дѣлъ, такъ наз. (Bundes-, а впослѣдствіи) Reichsoberhandelsgericht'a, была строго романистическая, совершенно сходная съ той, съ которой мы познакомились въ территоріяхъ дѣйствія пандектнаго права[1]).

Съ созданіемъ гражданскаго уложенія для всей Германской имперіи отдѣльное регулированіе нашей матеріи въ торговомъ кодексѣ стало дѣломъ излишнимъ,—въ особенности ввиду того, что само гражданское уложеніе усвоило себѣ именно римскія начала. Приходилось бы, такимъ образомъ, повторяться[2]). Поэтому новое торговое уложеніе (отъ 10 мая 1897 г.) не содержитъ болѣе общихъ положеній о неустойкѣ.

Изъ спеціальныхъ нормъ мнѣ здѣсь необходимо указать только на одну. Это п. 2 § 75, имѣющій отношеніе къ возбудившему много споровъ вопросу о конкурентной дѣятельности бывшему хозяину со стороны лицъ, служившихъ у него, по оставленіи ими мѣста.

---

[1]) См. обо всемъ этомъ моею Konventionalstrafe und Interesse стр. 44 сл. и 42.

[2]) См. Entwurf eines Handelsgesetzbuches 1897 стр. 209, 278 (въ изд. 1896 стр. 194, 261).

ЦАБ "Автограф"

Этого вопроса, со стороны его принципальной постановки, мы имѣли случай коснуться уже раньше, когда обозрѣвали прежнюю практику судовъ по пандектному праву [1]). Въ настоящее время намъ слѣдуетъ, по адресу означеннаго параграфа и пункта, отмѣтить, что онъ преслѣдуетъ цѣль защитить по возможности сильнѣе интересъ служащаго. Въ этихъ видахъ онъ опредѣляетъ, что если «приказчикъ на случай нарушенiи имъ принятаго на себя по договору обязательства [*о неконкурированiи, ст.* § 74] *обѣщалъ неустойку, то хозяинъ* вправѣ требовать только неустойки; притязаніе на исполненіе или на возмѣщеніе дальнѣйшаго вреда исключается». При этомъ данному положенію присваивается сила абсолютная, такъ что всякаго рода соглашенія, клонящіяся къ устраненію его примѣненія, признаются ничтожными (п. 3). Только подобный характеръ нормы, говорится въ мотивахъ къ ней [2]), способенъ въ достаточной мѣрѣ обезопасить служащаго отъ грозящей ему опасности быть вынужденнымъ не только уплатить договорную пеню, но и прекратить начатую конкурентную дѣятельность, покинуть новое, только-что полученное мѣсто и т. п.

Замѣтимъ еще, что въ значительной мѣрѣ именно этотъ пунктъ 2 § 75 побудилъ Зеккеля [3]) къ защитѣ такъ наз. привативной неустойки, какъ самостоятельнаго вида интересующаго насъ института: безъ допущенія этой разновидности, утверждаетъ Зеккель, германское имперское право совсѣмъ не можетъ быть понято [4]).

Ограничусь указаніемъ, что едва-ли, однако, Зеккель правъ и въ данномъ отношеніи. То обстоятельство, что законъ здѣсь называетъ подлежащую уплатѣ сумму пенею (Strafe, Vertragsstrafe), конечно, бездоказательно. Оно только лишній разъ подтверждаетъ справедливость выдвигавшагося мною взгляда, что названіе или терминъ и въ нашемъ ученіи не имѣетъ серьезнаго значенія и что выводить отсюда характеръ нашего института невозможно, превратно [5]). Развѣ не смѣшивается въ общежитіи отступное съ неустойкой?

[1]) См. выше стр. 89 сл., а также Gierke, Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches, Vortrag стр. 25 слл., Каминка, Новое германское торговое уложеніе въ Журналѣ министерства юстиціи 1898, 1 стр. 29 слл., Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 5 изд. (1900) стр. 114 сл.

[2]) Denkschrift стр. 70, ср. также Materialien 189 (277) и др.

[3]) См. выше стр. 148 слл.

[4]) Въ указ. мѣстѣ стр. 411.

[5]) См. выше стр. 84 сл., ср. стр. 155.

ЦАБ "Автограф"

развѣ стороны не говорятъ и не пишутъ: контрагентъ вправѣ отступить отъ договора цѣною уплаты неустойки въ столькото? Несомнѣнно. И у нѣмцевъ формулировка въ родѣ «Rücktrittsrecht gegen Zahlung einer Strafe von X» принадлежитъ точно также къ самымъ обыкновеннымъ.

Считаться должно съ существомъ дѣла, а существо въ данномъ, регулируемомъ § 75, случаѣ таково, что я и здѣсь нисколько не колеблюсь признать наличность отступного, а никакъ не неустойки. Въ самомъ дѣлѣ: нельзя не видѣть, что нашъ должникъ, т.-е. приказчикъ, поставленъ не только въ тѣ условія, въ какихъ находился прусскій, напримѣръ, должникъ въ силу ALR: I, 5 § 293 или и теперь находится французскій должникъ въ силу ст. 1152 Code'a: онъ не только не обязанъ уплатить большее вознагражденіе, чѣмъ какое предопредѣлено неустойкою, но—и въ этомъ заключается весь центръ тяжести — не обязанъ даже исполнить. Отсюда прямо слѣдуетъ, что въ его, должника, руки отдано рѣшеніе вопроса, соблюсти-ли взятое на себя обязательство, или же нарушить его цѣною внесенія нѣкоторой преміи.

Другими словами: законъ измѣняетъ здѣсь неустойку въ отступное. Или точнѣе: законъ объявляетъ, что всякое дополнительное условіе по обезпеченію обязательства о неконкурированіи извѣстнаго рода онъ, законъ, будетъ разсматривать, какъ отступное. Возможность, а весьма нерѣдко (какъ въ обсуждаемомъ случаѣ) и разумность подобнаго отношенія къ дѣлу со стороны законодателя не можетъ подлежать сомнѣнію. Самый результатъ или фактъ во всякомъ случаѣ ясенъ: предъ нами уже отступное, а не пеня въ истинномъ смыслѣ слова.

Равнымъ образомъ весьма понятно, что правопорядокъ воленъ идти еще дальше по тому же пути расположенія къ должнику и заботливаго охраненія его отъ ущерба: онъ воленъ разрѣшить, напримѣръ, извѣстное смягченіе или уменьшеніе (въ порядкѣ судебномъ) установленной сторонами цыфры. Упоминаю объ этомъ потому, что подобное явленіе (чисто положительнаго, очевидно. свойства) наблюдается какъ разъ въ примѣненіи къ занимающему насъ здѣсь правоотношенію между принципаломъ и его служащимъ[1]). Но это обстоятельство на юридическое существо уплачиваемой суммы, естественно, никакого вліянія оказать не можетъ,—какъ не мо-

[1]) H. G. B § 75 Abs. 2 Satz 2.

ЦАБ "Автограф"

жетъ оказать вліянія и то, положимъ, соображеніе, что въ какихъ-нибудь частностяхъ характеризуемая сумма оказывается подчиненной не тѣмъ правиламъ, которыя въ данномъ кодексѣ установлены для отступного [1]). Все это не въ силахъ изъять ее изъ категоріи отступного, куда она относится по самой природѣ своей, и перенести ее въ разрядъ неустоичныхъ взысканій, отъ которыхъ она, наоборотъ, по этой же своей природѣ безконечно далека [2]).

---

[1]) См., напр., правило въ В. G. B. § 359.

[2]) Когда приведенное въ текстѣ мнѣніе было высказано въ первомъ изданіи настоящаго труда (стр. 235 слл.), *я стоялъ одиноко и затруднился бы* назвать союзника въ моемъ спорѣ съ Зеккелемъ насчетъ п. 2 § 75 германскаго торговаго уложенія. Съ тѣхъ поръ дѣло значительно измѣнилось—въ пользу моего взгляда. Вотъ что учитъ Дернбургъ въ своемъ курсѣ германскаго гражданскаго права: „Ist eine Strafe versprochen, so soll nach § 75 Abs. 2 nur diese beansprucht werden können; sie ist also bei Handlungsgehilfen gesetzlich Wandelpön". „Die Wandelpön ist keine Vertragsstrafe, denn sie ist nicht geschuldet, der Schuldner ist nur berechtigt, sich durch ihre Erlegung zu befreien. Sie untersteht den Grundsätzen der Vertragsstrafe nicht. Auch das richterliche Ermässigungsrecht steht bei ihr nicht offen. Es ist also etwas Besonderes, dass dasselbe bezüglich der an das Konkurrenzverbot der Handlungsgehilfen angeknüpften Vertragsstrafe, welche H. G. B. § 75 im wesentlichen zur Wandelpön gestaltet hat, anerkannt wird" (*назв. соч.* II, 1 стр. 226, 244 *сл.*, ср. Crome *назв. соч.* II стр. 214 прим. 28: „Danach hat die Verabredung gesetzlich den Charakter einer Wandelpön"). Далѣе, вотъ слова Экка въ его чтеніяхъ по германскому гражданскому уложенію: „Ist die Verabredung einer Konventionalstrafe als einer blossen Wandelpön statthaft, so dass der Schuldner eine Befreiung durch Zahlung der Strafe erhält? Das Gesetzbuch sagt hierüber nichts. Es ist aber zulässig, doch kann man dann nicht mehr von einer Vertragsstrafe reden, sondern es liegt dann ein Reugeld vor mit der Wirkung, dass der Schuldner die facultas alternativa hat, die Obligation zu erfüllen oder die Strafe zu leisten. Dann liegt aber in Wirklichkeit keine Bestärkung der Hauptschuld, sondern eine Abschwächung derselben vor... Diese Behandlung einer Vertragsstrafe ist durch § 75 Abs. 2 des neuen H. G. B... direkt vorgeschrieben". (Eck-Leonhard *назв. соч.* I стр. 334 сл.). Еще только укажу на новѣйшую монографію объ ограниченіяхъ свободы конкуренціи, которымъ посвящены и §§ 74—76 герм. торг. уложенія. Ея авторъ, Tiedemann, тоже полагаетъ, что п. 2 § 75 придалъ неустойкѣ характеръ отступного, вслѣдствіе чего она здѣсь перестаетъ служить средствомъ усиленія и ведетъ, наоборотъ, къ ослабленію обязательства должника (Das gesetzliche Konkurrenzverbot und die Konkurrenzklausel des Handlungsgehülfen nach dem neuen Handelsgesetzbuch, 1904, стр. 133. Изложеніе этой книги см. въ рецензіи г. Шендорфа въ Вѣстн. Права 1904 ноябрь стр. 242 слл.).—Ср. выше § 14.

ЦАБ "Автограф"

§ 20 a.

Проектъ Венгерскаго общаго гражданскаго Уложенія.

Онъ въ точности воспроизводитъ знакомые намъ §§ 340 — 342 германскаго кодекса. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно привести соотвѣтствующія нормы Проекта. (Пользуюсь уже указаннымъ нѣмецкимъ официознымъ переводомъ 1901 года.)

§ 1045. Ist die Strafe fur den Fall der Nichterfullung der Hauptverbindlichkeit bedungen, so hangt es von dem Glaubiger ab, ob er die Erfullung der Hauptverbindlichkeit oder statt jener die fallige Strafe fordern wolle.

Hat er die Strafe gefordert, so kann er die Erfullung der Hauptverbindlichkeit nicht mehr fordern; dagegen hebt das Fordern der Erfullung sein Recht auf die Strafe noch nicht auf.

§ 1046. Ist die Strafe fur den Fall der nicht gehorigen Erfullung der Hauptverbindlichkeit bedungen, so kann der Glaubiger ausser der fallig gewordenen Strafe auch die Erfullung fordern... [1]).

§ 1047. In den Fallen der §§ 1045 und 1046 kann der Glaubiger, falls ihm wegen der Nichterfullung der Hauptverbindlichkeit oder wegen deren nicht gehoriger Erfullung ein Recht auf Schadensersatz zusteht, als Schaden den Betrag der Strafe fordern; die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

Besteht die Strafe nicht in einer Geldleistung, so kann uberdies ein Schadensersatz nicht gefordert werden.

§ 21.

Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ.

Кто знакомъ съ характеромъ этого свода и съ исторіей кодификаціи 1864 года — преимущественно въ предѣлахъ интересующаго насъ здѣсь обязательственнаго права —, тотъ, конечно, не удивится, что и въ вопросахъ, связанныхъ съ институтомъ неустойки, остзейскій сводъ стремится кодифицировать пандектное право и слѣдуетъ римскимъ образцамъ, — не всегда, впрочемъ, правильно понятымъ [2]).

[1]) О второй половинѣ § 1046 (ср. B. G. B. § 341 Abs. 3) см. выше стр. 94

[2]) Ср къ послѣдующему Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Est-und Curland IV стр. 36 слл.

ЦАБ "Автограф"

Ограничусь указаніемъ на принадлежащее вѣрителю право выбора между исполненіемъ основного обязательства и внесеніемъ неустойки (ст. 3372) и обращу вниманіе на то обстоятельство, что это его право прекращается съ момента обращенія къ должнику съ требованіемъ о чемъ-либо одномъ: «обратясь съ требованіемъ объ уплатѣ, онъ уже не можетъ потомъ домогаться исполненія по договору и наоборотъ». Такимъ образомъ, по о б о и м ъ направленіямъ проведено то ограниченіе вѣрителя, какое въ общегерманскомъ уложеніи установлено только въ о д н о м ъ смыслѣ [1]). Интересно отмѣтить, что въ примѣненіи къ данной статьѣ еще спеціально оговорено, что «если предметомъ договора было н е с о в е р ш е н і е чего-либо, то сіе даетъ право требовать лишь одной неустойки», причемъ въ качествѣ источника этого положенія приведена извѣстная намъ l. 122 § 6 D. de V. O. (45, 1). Редакторы (Бунге, Мейковъ), повидимому, склонялись къ нѣсколько необычному толкованію означеннаго фрагмента [2]).

Далѣе, одна изъ послѣдующихъ статей (3374) предоставляетъ кредитору «право требовать вмѣстѣ и неустойку, и исполненіе договора: 1) когда такъ именно было условлено и 2) когда неустойка была опредѣлена не столько на случай неисполненія, сколько на случай исполненія не въ свое время» [3]).

---

[1]) § 340 Abs. 1 Satz 2, см. выше стр. 212 сл.

[2]) См. выше стр. 115 слл.

[3]) Въ одномъ изъ рѣшеній мѣстныхъ судовъ (Zwingmann, Civilrechtliche Entscheidungen der Riga'schen Stadtgerichte IV № 1056 отъ 28 III. 1879) изъ этого второго пункта ст. 3374 (въ соединеніи со ст. 3372 и 3376) сдѣлано то заключеніе, что наряду съ вознагражденіемъ за (полное) неисполненіе должникомъ своего обязательства вѣритель вправѣ потребовать еще с в е р х ъ того платежа условленной на случай опозданія неустойки или, взамѣнъ нея, возмѣщенія соотвѣтственнаго (за опозданіе) ущерба. Мотивируетъ свое мнѣніе судъ тѣмъ соображеніемъ, что на мѣсто н е и с п о л н е н н а г о обязательства поступаетъ возмѣщеніе (полнаго) интереса, но послѣднимъ не затрагивается неустойка, какъ вознагражденіе за неисполненіе в о в р е м я. По адресу этого рѣшенія Erdmann назв. соч. IV стр. 37 сл. прим. 9 совершенно справедливо, на мой взглядъ, замѣчаетъ, что при возмѣщеніи ущерба не взвѣшивается а б с т р а к т н о цѣнность дѣйствія, къ коему должникъ обязанъ, а что принимаются въ расчетъ также и тѣ к о н к р е т н ы я обстоятельства, которыя въ д а н н о м ъ случаѣ возвышаютъ эту цѣнность. Судья, слѣдовательно, прибавлю отъ себя, въ оцѣнку полнаго интереса в к л ю ч и т ъ и ущербъ, причиненный тѣмъ, что въ н а с т о я щ у ю и м е н н о м и н у т у желаннаго дѣйствія нѣтъ: п о л н ы й интересъ п о г л о т и т ъ, стало быть, неустойку за промедленіе или аналогичное вознагражденіе. Судья не станетъ о с о б о оцѣ-

ЦАБ "Автограф"

Въ общемъ эта статья понятна и правильна, хотя и не безупречна. Во-первыхъ, пунктъ 1) формулированъ слишкомъ узко [1]). Подъ него не подойдутъ всѣ тѣ (нерѣдкіе) случаи, на которые указалъ Савиньи [2]), когда одновременное требованіе исполненія и пени вытекаетъ изъ явной разницы въ цѣнности одного и другой. Вѣритель, который въ подкрѣпленіе обязательства должника, имѣющаго принести десятокъ тысячъ, выговорилъ себѣ неустойку въ нѣсколько сотъ рублей, по остзейскому праву можетъ потребовать только либо исполненія, либо указанной штрафной суммы. Естественно, что онъ потребуетъ перваго, но тогда онъ получитъ, вопреки своему несомнѣнному намѣренію, лишь то, что получилъ бы и безъ всякаго добавочнаго условія. Между тѣмъ (хорошо извѣстный намъ) fr. 115 § 2 D. de V. O., помѣщенный подъ разбираемымъ узаконеніемъ, для него оказался бы, безспорно, благопріятнѣе.

Узкимъ, во-вторыхъ, мнѣ представляется и избранное въ пунктѣ 2) выраженіе. Отчего говорить только объ исполненіи «не въ свое время»? Только запозданіе, правда, имѣетъ ввиду Наполеоновъ кодексъ, но лучше расширить постановку вопроса и прибавить хотя бы «или не въ своемъ мѣстѣ» [3]), или упомянуть

нивать одно и потомъ другое; нерѣдко, думается мнѣ, онъ и не въ состояніи это сдѣлать. Въ критикуемомъ рѣшеніи судъ оперировалъ чисто логически, строго формально, какъ если бы ему предложена была задача изъ области математики, а не права. Раздѣльная оцѣнка можетъ происходить развѣ только въ тѣхъ случаяхъ, когда неисполненіе должникомъ лежащаго на немъ дѣйствія обнаружилось не сразу, когда полное нарушеніе не сразу стало окончательнымъ, а только послѣ нѣкотораго промежутка времени. Вѣритель, побуждаемый, быть можетъ, увѣреніями должника, что онъ въ концѣ концовъ все-таки исполнитъ, что, положимъ, поставитъ обѣщанный товаръ,— требуетъ только платежа неустойки, установленной на случай запозданія. Но черезъ нѣкоторое время, черезъ мѣсяцъ-другой, выясняется, что товаръ и вовсе не будетъ поставленъ. Тогда покупателю остается, разумѣется, лишь одно: предъявить искъ о присужденіи ему убытковъ за неисполненіе продавцомъ своего обязательства вообще. Здѣсь, такимъ образомъ, по исключенію, дѣйствительно будетъ имѣться раздѣльное и послѣдовательное присужденіе подвумъ интересамъ. Но такіе случаи, настаиваю, едва-ли часто встрѣтятся.

[1]) Въ нѣмецкой редакціи точно такъ же: „wenn dies ausdrücklich verabredet worden".

[2]) См. выше стр. 125.

[3]) См., напримѣръ, саксонское гражд. улож. § 1429, швейцарскій союзный законъ ст. 179

ЦАБ "Автограф"

о «неисправности» вообще, или, по крайней мѣрѣ, вставить спасительное слово «особенно» (или «преимущественно», или т. п.) [1]).

Что касается мѣстъ римскихъ источниковъ, на которыя дѣлается ссылка во второмъ пунктѣ статьи, то ни l. 16 D. de transact. 2, 15, ни l. 12 C. de contrah. et committ. stipul. 8, 37 (38) не идутъ къ дѣлу: отрывокъ Гермогеніана долженъ былъ быть отнесенъ къ первой части законоположенія [2]), а весьма извѣстная конституція Юстиніана обсуждаетъ посторонній въ данномъ случаѣ вопросъ о томъ, нужна-ли интерпелляція со стороны вѣрителя.

Затѣмъ отмѣчу еще (не въ видѣ, впрочемъ, жестокаго упрека), что ст. 3374, съ точки зрѣнія изслѣдуемаго отношенія, заключаетъ несомнѣнно разнородныя предложенія: п. 1 санкціонируетъ кумуляцію, а п. 2, несмотря на совмѣстное требованіе и одного и другого,—все-таки не болѣе какъ альтернацію [3]).

Остзейское право знаетъ, далѣе, и добавочное требованіе убытка, «насколько таковой превышаетъ размѣръ неустойки» («развѣ бы именно было условлено противное»). Эта норма (3376)—римская, и совершенно правильно указаны въ ея подтвержденіе три интерпретированныхъ нами въ свое время [4]) фрагмента: fr. 28 D. empti venditi (19, 1), fr. 41 и 42 D. pro socio (17, 2).

Къ сожалѣнію, другая (первая) часть той же ст. 3376 построила изъ спорнаго fr. 47 empti venditi общее или рѣшительное и въ такой формѣ, во всякомъ случаѣ, ошибочное опредѣленіе: «Уплата неустойки не освобождаетъ подвергшагося ей ... отъ слѣдующихъ съ него процентовъ или плодовъ [5])».

---

[1]) См., напримѣръ, Badisches Landrecht Satz 1229 Abs. 2 и B. G. B. § 341, подъ который подводятъ, кромѣ несвоевременности, еще исполненіе не въ надлежащемъ мѣстѣ и, затѣмъ, исполненіе не въ полномъ объемѣ и не надлежащаго качества; см., наприм., Crome назв. соч. II стр. 219 прим. 63 и выше стр. 182, 184. Шире, чѣмъ въ ст. 3374 п. 2, ставится вопросъ и въ ст. 3369 остзейскаго же свода (о ней дальше).

[2]) См. выше стр. 102 сл.

[3]) См. выше стр. 98 слл.

[4]) См. выше стр. 41 слл.

[5]) Но, конечно, противорѣчія между данною ст. 3376 и ст. 3372 читатель, знакомый съ ученіемъ о неустойкѣ, не усмотритъ, вопреки Пахману, Исторія кодификаціи гражданскаго права II стр. 398.

Въ статьѣ „Договорная неустойка по гражданскому праву Прибалтійскихъ губерній" (въ № 2 „Юридической Газеты" за 1904 г.) г. М. Гр—ъ находитъ мое толкованіе первой части ст. 3376 невполнѣ правильнымъ. Если, говоритъ

ЦАБ "Автограф"

Не лишено также интереса, что сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній остзейскихъ въ части третьей настойчиво подчеркиваетъ, что отъ нашего института должно отличать «встрѣчающееся въ договорахъ побочное опредѣленіе, по которому одной сторонѣ предоставляется отступиться отъ договора безъ спроса другой вносомъ или потерею извѣстной суммы (Reugeld)». Та же мысль, заключающаяся здѣсь, въ примѣчаніи къ вступительной статьѣ (3369), повторяется и позже въ ст. 3373. «Подвергшійся неустойкѣ — говорится въ ней — не

онъ, обратиться къ ея нѣмецкому тексту (гласящему: „Die Erlegung der Pön befreit den Verpflichteten nicht von der ihm etwa obliegenden Entrichtung von Zinsen oder Früchten"), то ясно, что рѣчь идетъ не о кумулированіи неустойки съ процентами или плодами, а „объ исключительномъ специальномъ случаѣ", составъ коего выясняется изъ приведенной подъ даннымъ пунктомъ ст. 3376 l. 47 D. empti venditi.— Обстоятельное толкованіе этого фрагмента дано выше стр. 110 слл., и въ немъ, дѣйствительно, какъ мы видѣли, истинной кумуляціи нѣтъ,—но авторъ указанной замѣтки все таки, полагаю, едва-ли правъ. „Уплата паустойки—переводитъ онъ—не освобождаетъ должника отъ слѣдующихъ съ него, быть можетъ, процентовъ". Однако, почему проценты могутъ слѣдовать? По моему мнѣнію, только либо а) потому, что такъ было условлено, либо б) потому, что неустойка была выговорена не за тотъ вредъ, который призваны возмѣстить проценты. Но первый случай уже предусмотрѣнъ въ п. 1 ст. 3374; второй же, очевидно, не нуждается въ нормировкѣ, а если бы, несмотря на то, все же удостоился таковой (по примѣру хотя бы прусскаго I, 5 § 294), то оказался бы, нужно думать, редактированъ въ общемъ видѣ, а не въ примѣненіи лишь къ процентамъ и плодамъ.—Нѣтъ, дѣло, на мой взглядъ, объясняется иначе: въ fr. 47 cit. пандектисты долго и упорно усматривали кумуляцію (см. выше стр. 110), и эта ложная доктрина, очевидно, повліяла и на редакторовъ остзейскаго свода, а такъ какъ юристъ-классикъ въ своемъ отрывкѣ присуждаетъ съ неустойкой проценты, то отсюда установленіе въ п. 1 ст. 3376 (настоящей) кумуляціи пени именно съ процентами, и притомъ какъ правила. Смыслъ, стало-быть, таковъ: поскольку („etwa") проценты (если отвлечься отъ неустоичнаго условія) слѣдуютъ, они взыскиваются вмѣстѣ съ неустойкой, независимо отъ того, какого рода интересъ они представляютъ—тотъ же ли самый, что неустойка, или другой. Говоря проще: разъ проценты (въ указанномъ смыслѣ) возможны, и они также платятся. Словечко „etwa", такимъ образомъ, ограниченія не вноситъ и вообще по существу ничего не прибавляетъ: вотъ отчего, при переводѣ на русскій языкъ, оно могло быть спокойно опущено безъ ущерба для дѣла.— Проектъ остзейскаго гражданскаго свода („Provincialrecht der Ostseegouvernements. Dritter Theil. Entwurf des Privatrechts", 1860—62) не вноситъ свѣта въ сейчасъ разсмотрѣнный вопросъ: его ст. 3824 дословно совпадаетъ съ ст. 3376 закона.

ЦАБ "Автограф"

имѣетъ права выбора между уплатою оной или исполненіемъ договора[1])».

Наконецъ, заслуживаетъ упоминанія ст. 3370, которая открыто разрѣшаетъ назначать договорную пеню «не только деньгами, но и всякими другими предметами». Прибавленіе: «кромѣ только тѣлесныхъ наказаній и такихъ взысканій, коими ограничивается личная свобода или наносится безчестіе» (ср. ALR: I, 5 § 297) — объясняется воспоминаніями и отголосками стараго права германскаго, гдѣ подобныя, нынѣ отвергаемыя, средства обезпеченія договоровъ дѣйствительно практиковались — въ видѣ, напримѣръ, любопытнаго въ историческомъ отношеніи pactum obstagii («Einlager», «Einreiten», «Leistungspflicht»)[2]). Въ связи съ этой статьей находится и самая дефиниція, даваемая неустойкѣ въ сводѣ. «Подъ неустойкою»—гласитъ ст. 3369—«разумѣется невыгода, установляемая, по взаимному соглашенію, въ связи съ другимъ обязательствомъ, на случай неисполненія сего послѣдняго или исполненія онаго несоотвѣтственно договору и не такъ, какъ слѣдовало».

Къ этому опредѣленію относится отрицательно Пахманъ[3]). Но помимо стилистической стороны дѣла, оставляющей въ русской редакціи остзейскаго гражданскаго кодекса всегда желать очень многаго, — настоящая статья, на мой взглядъ, въ общемъ удовлетворительна: «невыгода», разумѣется, означаетъ невыгоду имущественную, что вытекаетъ уже изъ сравненія съ первой по порядку нормой прибалтійскаго обязательственнаго права (ст. 2907), которая признаетъ необходимымъ для права требованія реквизитъ матеріальной цѣнности, согласно знаменитому изреченію Ульпіана въ fr. 9 § 2 D. de statuliber. 40, 7: «ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt».[4])

[1]) Обоснованіе этого положенія выписанными подъ статьей мѣстами источниковъ и здѣсь должно быть признано неудачнымъ: о fr. 23 pr. D. de recept. (4, 8) см. выше стр. 92 сл., о fr. 9 D. de naut. foen. (22, 2) и fr. 77 D. de V. O. (45, 1) ниже § 24.

[2]) См. Schiemann въ указ. мѣстѣ стр. 12 слл., Gerber-Cosack System des Deutschen Privatrechts § 193 прим. 1., Gierke Grundzüge des Deutschen Privatrechts въ Encyclopädie der Rechtswissenschaft Holtzendorff-Kohler'a I стр. 525 и Stobbe-Lehmann Handbuch III § 218 прим. 2, гдѣ приведена и литература предмета.

[3]) Назв. соч. II стр. 397 сл. Его критика, впрочемъ, въ значительной мѣрѣ объясняется тѣмъ, что онъ не понялъ ст. 3370.

[4]) О нашемъ Проектѣ гражданскаго Уложенія см. ниже приложеніе I.

ЦАБ "Автограф"

IV.

Система кумулятивнаго отношенія.

---

§ 22.

Статья 1585 т. X ч. 1.

Въ числѣ средствъ «обезпеченія договоровъ и обязательствъ вообще» наше гражданское законодательство указываетъ и на неустойку (ст. 1554), которая можетъ быть или законной, т.-е. опредѣляться закономъ, или добровольною, т.-е. установляться «особымъ условіемъ въ договорѣ по обоюдному согласію обязывающихся сторонъ» (ст. 1573). Оставляя въ сторонѣ неустойку законную (ст. 1574 слл.) и обращаясь къ «неустойкѣ по добровольному условію», необходимо сосредоточить вниманіе на ст. 1585, какъ на центральной, важнѣйшей и почти единственной въ кодексѣ нормѣ, регулирующей существо и значеніе договорной пени въ области отечественныхъ общихъ законовъ, нашего ius universale[1]).

Ст. 1585 гласитъ:

> Неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ, развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежемъ неустойки онъ прекращается.

Статья эта почти единогласно и во всякомъ случаѣ огромнымъ большинствомъ нашихъ русскихъ цивилистовъ[2]) толкуется въ смыслѣ

---

[1]) Статей (права партикулярнаго) 1584 и 1586 мы коснемся ниже въ § 24.

[2]) Весьма добросовѣстное и болѣе или менѣе полное сопоставленіе литературныхъ указаній можно найти у Анненкова въ его „Системѣ русскаго гражданскаго права“ III, изд. 2, стр. 248 слл. Съ своей стороны, я только дополню приведенный у него перечень ссылкою на анонимнаго автора въ энциклопедическомъ словарѣ Брокгаузъ-Ефрона („Неустойка“, XX, 932). Ср. еще Lehr, Eléments de droit civil russe II № 830, а также мою Konventionalstrafe etc. стр. 76 слл.

ЦАБ "Автограф"

признанія у насъ принципа кумулятивнаго отношенія между интересующими насъ требованіями, между требованіями неустойки и интереса. При этомъ означенное начало кумуляціи проводится у насъ строго послѣдовательно и въ полной мѣрѣ по двумъ направленіямъ, въ двойномъ смыслѣ: въ смыслѣ совмѣстнаго требованія съ неустойкой—съ одной стороны, исполненія самаго обязательства и, съ другой, возмѣщенія ущерба, понесеннаго отъ неисполненія. Договоръ — такъ аргументируютъ — долженъ оставаться въ силѣ и при взысканіи неустойки: это предписываетъ законъ. А потому взысканіе неустойки не должно оказывать никакого вліянія на общія послѣдствія нарушенія должникомъ принятаго имъ на себя обязательства,—другими словами, не должно лишать вѣрителя ни права соединенія неустоичнаго требованія съ искомъ объ исполненіи условленнаго въ договорѣ, ни, смотря по обстоятельствамъ, съ искомъ о вознагражденіи за вредъ и убытки. Взысканіе по неисполненію, о которомъ упоминаетъ толкуемая статья, обнимаетъ, говорятъ, и то и другое—какъ исполненіе, такъ и вознагражденіе въ случаѣ неисполненія (ст. 569, 570). Отсюда двойное заключеніе, на которое указано, двойное значеніе постановленія законодателя по адресу неустойки[1]).

Наша высшая инстанція и верховный руководитель въ дѣлѣ разъясненія смысла и примѣненія гражданскихъ законовъ, Гражданскій Кассаціонный Департаментъ Правительствующаго Сената точно также держится только-что намѣченной точки зрѣнія. Начиная съ 69 года, съ небезъизвѣстнаго рѣшенія по дѣлу торговаго дома Карали съ Ржевкинымъ (№ 310), Сенатъ послѣдовательно [2]) стоитъ на почвѣ строго кумулятивнаго отношенія, заявляя, что, кромѣ полученія неустойки, вѣрителю принадлежитъ «не... одно только право требовать исполненія договора, но и... право производить взысканіе за послѣдствіе неисполненія онаго». Судебная Палата (въ названномъ случаѣ—Московская) высказала, было, мнѣніе, что «взысканіе неустойки, обусловленное въ контрактѣ на случай могущихъ произойти для контрагента убытковъ, уже само собой исключаетъ возможность взысканія убытковъ сверхъ означенной неустой-

---

[1]) Ср., напримѣръ, Гольмстена „Юридическая конструкція добровольной неустойки“, въ его „Юридическихъ изслѣдованіяхъ и статьяхъ“ стр. 177 слѣд.

[2]) См. рѣшенія гражд кассац деп. 70/572, 70/877, 71/891, 72/638, 73 539 и др.

ЦАБ "Автограф"

ки»,—но Сенатъ нашелъ, что такое заключеніе Палаты «не согласно съ постановленіями нашего гражданскаго права о неустойкѣ». Изъ словъ нашего закона, продолжаетъ Сенатъ, «видно только то, что условіе неустойки служитъ укрѣпленіемъ и обезпеченіемъ договора или обязательства, т. е. ручательствомъ въ точномъ исполненіи онаго; но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы законъ смотрѣлъ на неустойку, какъ на вознагражденіе за убытки, причиненные неисполненіемъ договора» [1]).

Неустойка—говоритъ, напротивъ того, Сенатъ. а вмѣстѣ съ нимъ и безусловно господствующее среди отечественныхъ цивилистовъ мнѣніе —«это условленная сторонами особая кара за нарушеніе договора; это не эквивалентъ чего-либо, уступленнаго одной стороной другой, а условленное обогащеніе одного контрагента на счетъ другого, собственно въ наказаніе послѣдняго за нарушеніе договора» [2]).

Такимъ образомъ, справедливо будетъ сказать, что то принципіальное воззрѣніе на неустойку, которое въ западно-европейской литературѣ было выдвинуто и развито Вендтомъ и которое въ ученіи о неустойкѣ проводитъ одну только исключительную точку зрѣнія наказанія и возмездія [3]),—что оно для русскаго права и русской практики оказывается истиннымъ. Исходя изъ своего основного положенія, Вендтъ прямо указываетъ на необходимость допущенія кумулятивнаго отношенія между принадлежащими вѣрителю требованіями. «Общая природа кары», говоритъ онъ, «по

---

[1]) Для обоснованія своего взгляда Сенатъ прибавляетъ: „Право на взысканіе неустойки открывается съ самаго того момента, въ который неисполненный договоръ долженъ быть исполненъ, хотя въ этотъ моментъ собственно не могло еще послѣдовать никакихъ убытковъ, такъ какъ они могутъ произойти лишь при дальнѣйшемъ неисполненіи договора“. Но этотъ доводъ, очевидно, несостоятеленъ. И въ другихъ законодательствахъ *право на взысканіе неустойки возникаетъ въ этотъ моментъ, и однако это* отнюдь не мѣшаетъ тамъ неустойкѣ являться именно заранѣе оцѣненнымъ интересомъ. Въ томъ, вѣдь, и заключается, между прочимъ, смыслъ этой апріорной таксаціи, что она устраняетъ необходимость соотвѣтствія между выговоренной цѣнностью и дѣйствительнымъ ущербомъ, вслѣдствіе чего и оказывается возможнымъ взыскать неустойку, хотя бы на дѣлѣ вовсе не получилось никакого убытка.

[2]) Боровиковскій, Отчетъ *судьи* I стр. 249.

[3]) Мы на немъ останавливались выше стр. 79 слл.

ЦАБ "Автограф"

самому существу дѣла противоположна возмѣщенію убытка». Она-то и обусловливаетъ присужденіе должника, при наступленіи предусмотрѣннаго сторонами случая, «къ уплатѣ неустойки, независимо и сверхъ исполненія по основному обязательству». «Только такимъ путемъ», рѣшаетъ Вендтъ, «можетъ достигаться цѣль наказанія (der Strafzweck)».

Все это нашло, какъ мы видимъ, полное осуществленіе и рельефнѣйшее выраженіе въ нашемъ отечественномъ законодательствѣ, которое, слѣдовательно, способно послужить прекраснымъ примѣромъ и наглядной иллюстраціей теоріи названнаго романиста (безъ его, впрочемъ, о томъ вѣдома).

Къ сказанному считаю небезполезнымъ добавить слѣдующее.

Безспорно, что природа неустойки не является ни чѣмъ-то неизмѣннымъ, ни чѣмъ-то апріорнымъ. Несомнѣнно, что въ зависимости отъ того или другого регулированія ученія о неустойкѣ въ томъ или другомъ законодательствѣ, долженъ соотвѣтственно измѣняться и взглядъ на ея природу. Отрицать это я могу тѣмъ менѣе, что подобное отрицаніе значило бы для меня впасть въ противорѣчіе съ самимъ собой и со всѣмъ изложеннымъ раньше. Потому-то мною и опровергалась гипотеза Вендта для римскаго и пандектнаго права, что ученіе именно римскихъ юристовъ и практика германскихъ судовъ, примѣнявшихъ «общее» право (das gemeine Recht), діаметрально противоположны идеямъ Вендта, идутъ безусловно въ разрѣзъ съ ними. Разсужденіе въ нашемъ вопросѣ внѣ времени и пространства, какъ я уже подчеркивалъ, безплодно, немыслимо. Если, стало быть, въ какомъ-нибудь отдѣльномъ кодексѣ — положимъ, въ нашемъ т. X — мы встрѣчаемся съ нормами иного свойства, нежели въ Corpus Iuris, то, естественно, не только ничего не мѣшаетъ, но даже обязательно и неизбѣжно признать за нашимъ институтомъ въ этомъ законодательствѣ — въ данномъ случаѣ въ русскомъ — иную природу, природу пени или штрафа въ смыслѣ кары и возмездія.

Такъ дѣло обстоитъ de lege lata, и, повторяю, я далекъ отъ отрицанія различія въ существѣ изслѣдуемаго института по римскому праву, съ одной, и по русскому, съ другой стороны. Но если отвлечься отъ уже существующаго и перенестись на почву de lege ferenda, то едва-ли намѣченная разность представится столь же естественной и основательной, едва-ли можно будетъ

ЦАБ "Автограф"

такъ же легко примириться съ нею и успокоиться на добытыхъ результатахъ противоположенія. Съ точки зрѣнія цѣлесообразности и желательности, постановка вопроса въ русскомъ правѣ не заслуживаетъ сопоставленія съ римской, признанія наряду и параллельно съ римской. Въ самомъ дѣлѣ: мы видѣли, что римскій взглядъ на неустойку есть вмѣстѣ съ тѣмъ — въ большей или меньшей степени—взглядъ общеевропейскій; у всѣхъ почти народовъ неустойка оказывается неустойкой оцѣночной, а не штрафной или карательной. Мы видѣли, что если извѣстныя законодательства въ нѣкоторой мѣрѣ и отступили отъ римскаго права, то произошло это въ направленіи не усиленія отвѣтственности должника, а, напротивъ того, ея ослабленія: прусскій и французскій и послѣдовавшіе за ними кодексы связываютъ не только должника, но и вѣрителя разъ установленной цыфрой убытковъ. Но на путь кумуляціи ни одно или почти ни одно[1]) новое законо-

[1]) Я имѣю ввиду Португальскій гражданскій кодексъ 1867 года, который въ ст. 676 говоритъ:

La partie qui exécute son obligation peut exiger de celle qui n'exécute point la sienne, non seulement la restitution de ce qu'elle a donné ou une indemnité correspondante, mais encore la peine stipulée.

§ 1. Si, les parties n'ayant encore ni l'une ni l'autre exécuté le contrat, l'une d'elles offre seule de l'exécuter, elle peut exiger de l'autre ou l'exécution de l'obligation principale, ou l'indemnité correspondante, ou la peine stipulée, mais seulement l'une des trois choses.

(Французскій переводъ Laneyrie и Dubois, 1896).

Такимъ образомъ, первая часть цитированной статьи санкціонируетъ совмѣстное требованіе какъ исполненія или убытковъ, такъ и соотвѣтствующей неустойки. Кумулятивное отношеніе, слѣдовательно, внѣ сомнѣнія. Долженъ, однако, прибавить, что тѣмъ не менѣе далеко не все здѣсь представляется вполнѣ яснымъ. Такъ, напримѣръ, какое отношеніе— кумуляція или альтернація — беретъ верхъ при договорахъ не двустороннихъ или даже двусторонихъ, но неполныхъ, когда при обычномъ теченіи дѣлъ обязанность для одной стороны (скажемъ, ссудодателя или, пожалуй, поклажедателя) вовсе не возникаетъ? Если на этотъ вопросъ отвѣтить въ смыслѣ начала альтернативнаго (а я склоненъ отвѣтить именно такъ), то получится тотъ результатъ, что трактуемое кумулятивное начало въ португальскомъ гражданскомъ правѣ примѣняется на пространствѣ отнюдь не безграничномъ, да и здѣсь не всегда, а лишь при наличности извѣстнаго, точно указаннаго предположенія: значеніе кумуляціи оказывается, стало быть, серьезно ослабленнымъ.—Въ остальномъ ограничусь тѣмъ, что обращу вниманіе на оригинальность какъ критерія, принятаго въ ст. 676 для раз-

ЦАБ "Автограф"

дательство, какъ бы въ остальномъ оно ни относилось къ римскимъ ученіямъ и къ романизму, не вступило. И причина такого явленія, по моему пониманію, весьма проста. Ее нужно искать не въ иномъ чемъ, какъ въ несоотвѣтствіи кумулятивнаго начала въ нашемъ институтѣ правовому сознанію или чувству современнаго культурнаго человѣка. Неустойка представляется намъ въ настоящее время по преимуществу суррогатомъ вознагражденія за ущербъ. А потому мы не сочувствуемъ взысканію и неустойки и убытковъ совмѣстно, развѣ бы такое взысканіе находило себѣ достаточную основу въ автономномъ опредѣленіи и доброй волѣ самихъ сторонъ. Присужденіе должника, помимо этого случая, къ платежу договорной пени, разъ, и внесенію соразмѣрнаго удовлетворенія, два, нами невольно ощущается, какъ нѣчто въ родѣ двойного присужденія за одно и то же. Между тѣмъ положеніе «ne bis in idem» для каждаго изъ насъ нынѣ—настоящій императивъ, афоризмъ, перешедшій въ нашу кровь и плоть. Оттого-то, безъ сомнѣнія, и русскій судья по малѣйшему поводу, а нерѣдко даже подъ тѣмъ или инымъ предлогомъ, отказываетъ вѣрителю въ благопріятномъ рѣшеніи въ отвѣтъ на его притязаніе по неустоичной записи. Требуемое истцомъ рѣшеніе ему, нашему судьѣ, кажется глубоко неправильнымъ, *совершенно несовмѣстимымъ со смысломъ пословицы*: съ одного вола двухъ шкуръ не деруть.

Весьма понятно, что соглашеніе о неустойкѣ, призванное укрѣплять и обезпечивать исполненіе обязательства, косвенно вмѣстѣ съ тѣмъ призвано улучшать положеніе вѣрителя, доставлять ему извѣстную выгоду. Но этотъ плюсъ вовсе не долженъ заключаться обязательно въ правѣ вѣрителя кумулировать неустойку со своимъ интересомъ. И помимо такой кумуляціи преимущества,

---

личенія случаевъ альтернаціи и кумуляціи, такъ и самаго допущенія послѣдней хотя бы въ означенныхъ предѣлахъ. Все это тѣмъ болѣе неожиданно, что предъ нами гражданское уложеніе въ общемъ, какъ извѣстно, довольно близкое къ Наполеонову кодексу (см., наприм., „введеніе“ къ другому французскому же переводу, сдѣланному Lepelletier въ 1894 г., стр. XXIII слл.) и въ частности въ ученіи о неустойкѣ тоже въ значительной мѣрѣ приближающееся къ *своему французскому образцу: ст. 673 и 676 § 2 по содержанію* повторяютъ ст. 1227 и 1230 Code'a, и даже право судьи на пониженіе неустойки при частичномъ исполненіи главнаго обязательства, допущенное французскимъ законодательствомъ въ ст. 1231 и свидѣтельствующее о доброжелательномъ отношеніи къ должнику,—и оно имѣется въ ст. 675 португальскаго кодекса (см. ниже § 24).

ЦАБ "Автограф"

доставляемыя управомоченной сторонѣ условіемъ о пенѣ, вполнѣ явственны и ощутительны. Они состоятъ прежде всего въ устраненіи неопредѣленности, неминуемо сопряженныхъ съ вычисленіемъ ex post facto размѣра интереса; далѣе и въ связи съ этимъ,—въ избавленіи кредитора отъ нелегкой обязанности доказывать этотъ размѣръ и, съ другой стороны, въ правѣ не допускать своего противника къ доказыванію отсутствія интереса или послѣдовавшаго вреда, а равнымъ образомъ наличности интереса въ меньшихъ противъ неустойки размѣрахъ. Указываемыя преимущества заключаются, наконецъ, и въ томъ вытекающемъ изъ предыдущаго обстоятельствѣ, что на долю вѣрителя можетъ выпадать и фактически выпадаетъ нѣкоторая разность между суммами неустойки и дѣйствительно понесеннаго ущерба, нѣкоторый излишекъ надъ послѣднимъ—излишекъ, который далеко не всегда (въ виду свойственной вѣрителямъ въ большинствѣ случаевъ предусмотрительности) является quantité négligeable и, очевидно, служитъ чистымъ обогащеніемъ для контрагента, выговорившаго себѣ неустойку. Вотъ тѣ выгоды для одной стороны и невыгоды для другой, какія совершено естественно создаются дополнительнымъ соглашеніемъ объ (оцѣночной) пенѣ [1]) и какихъ бы безъ этого соглашенія не могло быть. Но этихъ выгодъ или невыгодъ вмѣстѣ съ тѣмъ и вполнѣ достаточно—достаточно для того, чтобы сломить неправомѣрную волю должника, побудить его къ исполненію принятаго на себя обязательства и тѣмъ самымъ обезпечить вѣрителю плоды заключеннаго имъ договора,—другими словами, чтобы осуществить цѣль, преслѣдуемую неустойкой [2]). Перечисленными моментами, на мой взглядъ, и долженъ исчерпываться тотъ «карательный элементъ», который присущъ нашему институту и который—въ намѣченныхъ границахъ и въ упомянутомъ смыслѣ—усматривается въ немъ болѣе или менѣе правильно[3]). Не требуется, слѣдовательно, ни большей выгоды отъ добавочнаго условія для кредитора, ни большей невыгоды отъ него для должника.

De lege ferenda, скажемъ мы, такимъ образомъ, подводя итогъ.

---

[1]) См. выше стр. 73 слл.

[2]) Ср. Madeyski въ указанномъ мѣстѣ стр. 278.

[3]) См., напр., Таганцева въ статьѣ „Карательная дѣятельность государства и ея границы“ въ Журналѣ Гражданскаго и Уголовнаго Права 1882, 1 стр. 50.

ЦАБ "Автограф"

кумулятивное отношеніе, практикуемое въ русскомъ правѣ въ занимающемъ насъ вопросѣ, не заслуживаетъ сохраненія. По моему глубокому убѣжденію, оно должно отойти въ область прошлаго и увеличить собою число безвозвратно пережитыхъ нами правовыхъ явленій. Изреченіе нашего Сената, что «неустойка... есть обязательство весьма тяжкое» [1]), пока, для дѣйствующаго права, къ несчастію, справедливо: тѣмъ болѣе, безспорно, можно будетъ порадоваться, когда оно утратитъ свою истинность, когда перестанетъ находить для себя основаніе и почву въ отечественномъ законодательствѣ и его примѣненіи [2]).

---

[1]) Рѣш. гражд. касс деп. 71/175 (стр. 288).

[2]) Возставая противъ кумулятивнаго начала, нѣкоторые писатели выдвигаютъ другіе доводы, игнорируя приведенный мною выше въ текстѣ. Такъ, Madeyski (въ указ. мѣстѣ) пишетъ: „Es stimmt aber auch die Annahme einer reinen Strafe als Grund für die Conventionalstrafe mit der natürlichen Anschauung des alltäglichen Verkehres nicht überein. Die Conventionalstrafe ist nicht Folge einer über den Privatwillen erhabenen Rechtssatzung, sondern ein Product des Parteiwillens, also auch des Willens des Schuldners selbst. Freiwilliger Unterwerfung unter reine Privatstrafe mangelt es an Realität: das wirkliche Leben kennt eine solche nicht".

Французскіе писатели, по своему обыкновенію, выставляютъ болѣе реальныя соображенія. G. Girard (назв. соч стр. 85), напримѣръ, говоритъ: „... le créancier en demandant par supplément la peine obtiendrait plus que ce qui lui est dû: il en serait comme du créancier hypothécaire. qui demanderait à la fois l'objet de sa créance, et la propriété de l'immeuble hypothéqué à la dette".

Но все это, по моему мнѣнію, не особенно убѣдительно Неубѣдительно также, думается мнѣ, было бы аргументировать въ томъ, молъ, направленіи, что съ повышеніемъ уровня хозяйственной и этической культуры общества долженъ совершаться переходъ отъ принципа кумуляціи къ принципу альтернаціи въ интересующей насъ области. Естественно, что болѣе развитое правовое чувство станетъ интенсивнѣе ощущать несправедливость кумуляціи, какъ правила, нежели менѣе развитое. Равнымъ образомъ ясно, что на низкихъ ступеняхъ матеріальной и, главнымъ образомъ, духовной жизни народа, при малой распространенности началъ честности и спасительной въ гражданскомъ оборотѣ bona fides, желательны сравнительно рѣзкія неустойки съ сильно выраженнымъ карательнымъ характеромъ, какъ серьезная угроза должнику, склонному нарушить свое обязательство. Но мало-мальски вѣскихъ указаній положительнаго характера въ пользу означеннаго процесса замѣны кумулятивнаго отношенія альтернативнымъ исторія обязательственнаго права не представляетъ, не даетъ, насколько мнѣ извѣстно, ни исторія римскаго, ни исторія германскаго (см. Heusler назв соч. I стр. 64), ни, наконецъ. исторія русскаго права. А потому я считаю научно риско-

ЦАБ "Автограф"

§ 23.

Продолженіе.

Въ предыдущемъ, при обсужденіи интересующаго насъ вопроса о характерѣ договорной пени въ русскомъ правѣ, я отправлялся отъ господствующаго толкованія ст. 1585, по общему мнѣнію, устанавливающей безусловную кумуляцію. И дѣйствительно, если ограничиваться только грамматической интерпретаціей, то насчетъ правильности такого пониманія нашей нормы т. X ч. 1 не можетъ возникнуть никакого сомнѣнія. Приведенныя разсужденія Сената и нашихъ цивилистовъ — если брать статью, считаясь лишь со значеніемъ ея словъ или объясняя только ея выраженія, — должны признаваться основательными, дающими въ результатѣ истинный, повидимому, смыслъ закона.

Но инымъ, какъ мнѣ кажется, представляется дѣло, инымъ содержаніе статьи и инымъ или, по крайней мѣрѣ, нѣсколько инымъ конечный результатъ,—если обратиться къ толкованію логическому, если въ частности освѣтить ст. 1585 исторически, остановившись на процессѣ ея созданія.

Въ самомъ дѣлѣ: откуда получилась наша статья? Отвѣтъ, казалось бы, весьма простъ: онъ дается узаконеніями, подъ нею приведенными, а такъ какъ законодатель отсылаетъ въ данномъ случаѣ къ узаконеніямъ, имѣющимся подъ статьей 1530, то, стало быть, этими послѣдними. Но въ дѣйствительности отвѣтъ не такой. Въ нашей цивилистической литературѣ уже обращено вниманіе на то, что ни одно изъ положеній, на которыя официально опирается ст. 1530, а, слѣдовательно, и ст. 1585, не подтверждаетъ сдѣланной на него ссылки, ни одно не служитъ истиннымъ источникомъ ни 1530, ни 1585 статьи. Въ своей обстоятельной статьѣ «Къ вопросу объ источникахъ X тома Свода законовъ» Винаверъ весьма убѣдительно, на мой взглядъ, доказалъ, что значительнѣйшее число нормъ изъ нашей (уже подвергшейся его разсмотрѣнію) «общей части обязательственнаго права» — происхожденія не своего, а

ваннымъ оперировать въ данномъ случаѣ съ моментами историческаго свойства и вслѣдствіе того воздерживаюсь отъ приведенія подобныхъ доводовъ въ подтвержденіе своей мысли о неудовлетворительности въ настоящее время кумуляціи, какъ общаго начала для регулированія отношеній между неустойкою и интересомъ.

ЦАБ "Автограф"

иноземнаго и что введены эти нормы въ нашъ т. X путемъ контрабандныхъ—такъ или иначе. Не стану излагать здѣсь вновь аргументовъ, выдвигаемыхъ Винавероmъ въ подкрѣпленіе своего открытія [1]) - ни общаго характера, относительно тенденцій Сперанскаго и его образа дѣйствій среди окружавшихъ его лицъ и обстановки, ни характера спеціальнаго, примѣнительно къ отдѣльнымъ статьямъ и заимствованіямъ, — а, во избѣжаніе ненужныхъ повтореній, отошлю къ соотвѣтственнымъ страницамъ «Журнала Министерства Юстиціи» за 1895 годъ [2]). Упомяну только, по адресу ст. 1530 и 1585, что произведенная въ данномъ случаѣ Винавероmъ выписка указовъ, поименованныхъ подъ статьями, прямо разительно выясняетъ полное отсутствіе какого бы то ни было, хотя бы даже наружнаго, отношенія этихъ «источниковъ» къ содержанію нормъ. Указы здѣсь говорятъ объ учрежденіи штата писцовъ для составленія крѣпостей, о непризнаніи не утвержденныхъ управою

---

[1]) Ср., впрочемъ, уже Змирлова въ статьѣ „О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ“ въ „Журналѣ Гражданскаго и Уголовнаго Права“ за 1885 годъ (XV), 6 стр 65. Съ Винавероmъ совершенно соглашается и Шершеневичъ (Исторія кодификаціи гражданскаго права въ Россіи стр. 97 сл., ср. стр. 77, 94 и 96, теперь и Курсъ гражданскаго права I, 2, 1902, стр. 433 слл.), который справедливо напоминаетъ, что „уже между современниками Сперанскаго возникало сомнѣніе, дѣйствительно-ли Сводъ представляетъ вѣрное извлеченіе изъ существующихъ законовъ“ (Корфъ, Жизнь графа Сперанскаго II стр. 321 и другіе). См. также Цитовича, Курсъ гражданскаго права, Одесса 1878 I, 1 стр. 11 прим. 10 и Васьковскаго, Учебникъ гражданскаго права вып. I стр. 39.—Въ самое послѣднее время противъ Винавера въ данномъ отношеніи высказался проф. Кассо (Журн. Мин. Юст. 1904 кн. 3 стр. 53 слл.). Но при полномъ признаніи цѣнности вклада, сдѣланнаго авторомъ статьи въ „Исторію свода законовъ гражданскихъ“, я, съ другой стороны, не могу согласиться, чтобы тѣмъ самымъ была доказана неправильность точки зрѣнія Винавера. Такъ какъ, однако, и проф. Кассо усматриваетъ заимствованія изъ иностранныхъ кодексовъ въ четвертой книгѣ нашего т. X, а эта книга одна только для насъ здѣсь и интересна, то я могу ограничиться сказаннымъ (Мимоходомъ замѣчу: въ другой работѣ „Къ столѣтію кодекса Наполеона“, въ Журн. Мин. Юст. 1904 кн. 1 стр. 2, проф. Кассо указываетъ на немалочисленные слѣды иностранныхъ образцовъ даже въ прочихъ частяхъ нашего гражданскаго законодательства—и кромѣ части, отведенной „обязательствамъ по договорамъ“.) — На соображеніяхъ г. Курдиновскаго въ Журн. Мин. Нар. Просв. 1900 кн. 1 стр. 167 слл. и проф. Загоровскаго въ его (по достоинству оцѣненной) критикѣ трудовъ Васьковскаго, какъ имѣющихъ мало общаго съ наукою, я не считаю возможнымъ остановиться.

[2]) I, 10 стр. 1—68 (въ особенности стр. 1 слл., 14 слл., 35 слл.), ср. еще III (1897), 6 стр. 87 слл., 100.

ЦАБ "Автограф"

благочинія обществъ, объ извѣстномъ порядкѣ взысканія убытковъ комиссіею по сооруженію Храма Спасителя въ Москвѣ, и т. д. и т. д.,—но о регулированіи отношенія между двумя требованіями, возникающими при неустоичномъ соглашеніи, ни одинъ изъ указовъ, какъ легко видѣть, не говоритъ ни полслова[1]).

Не столь, правда, очевиднымъ, но все же въ высокой степени правдоподобнымъ является, далѣе, указываемое Виноградомъ заимствованіе ст. 1585 изъ австрійскаго права. Хорошо извѣстный намъ заключительный пунктъ § 1336 австрійскаго гражданскаго кодекса [2]), повидимому, послужилъ прототипомъ для русской нормы. Какъ главнѣйшая часть всего параграфа, онъ сосредоточилъ на себѣ вниманіе редакторовъ нашего Свода, Сперанскаго и его помощниковъ, которые и создали изъ него статью. Гласитъ онъ, какъ мы помнимъ, въ дословномъ русскомъ переводѣ такъ:

«Платежъ неустойки не освобождаетъ отъ исполненія договора, за исключеніемъ случая особаго о томъ соглашенія».

Сходство съ отечественной нормой, безспорно, большое. Но одно это сходство, охотно сознаюсь, могло бы резонно показаться недостаточнымъ. Въ соединеніи, однако, съ другими обстоятельствами, оно пріобрѣтаетъ рѣшающее значеніе. Эти обстоятельства слѣдующія:

1) До 1832 у насъ вовсе не имѣлось правила на интересующій насъ счетъ. Неволинъ основательно замѣчаетъ: «Законы до изданія Свода вообще не опредѣляли, должна-ли быть взыскиваема неустойка, въ случаѣ неисполненія обязательства, независимо отъ взысканія по неисполненію его, или платежомъ неустойки дѣйствіе договора прекращается» [3]).

---

[1]) Только два изъ перечисленныхъ въ настоящее время узаконеній (изъ нихъ одно опущено Виноградомъ, какъ изданное послѣ 1832 года, а другое впервые указано въ изд 1900 года т. X ч. 1) своимъ предметомъ дѣйствительно имѣютъ неустойку, но и они содержанія ст. 1585 нисколько не касаются. Это — Высочайше утвержденныя мнѣнія Государственнаго Совѣта: 1) отъ 2 февраля 1834 года (П. С. З. № 6775) „о непочитаніи лихвенными процентами неустойку, полагаемую на случай неплатежа въ срокъ занимаемыхъ подъ закладныя капиталовъ, по особымъ условіямъ заимодавца и кредитора“ и 2) отъ 24 мая 1893 года (П. С. З. № 9654) „о преслѣдованіи ростовщическихъ дѣйствій“ (см. ниже § 24).

[2]) См выше стр. 197 слл.

[3]) Исторія Россійскихъ гражданскихъ законовъ III § 391 (Полное собран сочиненій V стр. 24 сл.).—Такимъ требуемымъ правиломъ, разумѣется, не мо-

ЦАБ "Автограф"

2) Итакъ, приходилось заимствовать нужное положеніе. Но откуда? Вообще заимствованія производились, весьма естественно, изъ одного изъ двухъ новѣйшихъ въ то время уложеній—либо изъ французскаго (или у Потье, что весьма часто не составляло существенной разницы), либо изъ австрійскаго [1]). Но заимствова-

---

жетъ почитаться § 45 части третьей „Проэкта Гражданскаго Уложенія" 1814 года, говорящій о неустойкѣ. По странной случайности, на него пока никѣмъ, кажется, не обращено вниманія.

Въ § 45 читаемъ:

> Когда въ договорѣ постановлена неустойка, то платежъ ея освобождаетъ отъ всякаго другаго взысканія; но договоръ остается въ своей силѣ, развѣ бы имянно сказано было въ договорѣ, что платежемъ неустойки оный уничтожается.

(См. Архивъ Государственнаго Совѣта IV, 1, Журналы по дѣламъ Департамента Законовъ, Приложенія стр. 166, и отдѣльно: „въ Санктпетербургѣ, въ Типографіи Правительствующаго Сената. 1814".)

Нетрудно, между прочимъ, видѣть, что эта проектированная норма опредѣляетъ нѣчто весьма отличное отъ того, что потомъ узаконила настоящая ст. 1585 т. X ч. 1. Это обстоятельство можетъ, разумѣется, служить только лишнимъ подтвержденіемъ того, что Сперанскимъ впослѣдствіи былъ утилизированъ источникъ, подъ вліяніемъ котораго онъ успѣлъ измѣнить свой взглядъ. Гораздо труднѣе отвѣтить на вопросъ о томъ, каковъ былъ источникъ самого § 45. Если обратить вниманіе на положеніе этого параграфа въ проектѣ, то есть поводъ утвердиться въ извѣстномъ воззрѣніи на уложеніе 1809—1814 гг., какъ на подражаніе французскому кодексу. Укажу только на то, что предыдущій § 44 у Сперанскаго, безъ сомнѣнія,—не иное что, какъ сокращенный переводъ ст. 1151 Code'a, а послѣдующій § 46, въ свою очередь, представляетъ, хотя и плохое, но опять-таки безспорное воспроизведеніе ст. 1153. Такимъ образомъ, казалось бы, образцомъ для § 45 послужила ст. 1152 (напечатанная выше стр. 186). Не скрою, однако, что содержаніе или, лучше, формулировка обѣихъ нормъ значительно все-таки разнится другъ отъ друга Возможно, впрочемъ, что Сперанскій совершенно парафразировалъ означенную ст. 1152 потому, что желалъ принять въ соображеніе и отдѣльную „section" о неустойкѣ въ Code'ѣ, которой не включилъ въ свое Уложеніе (ср въ особенности art. 1228). Гораздо больше, правда, напоминаютъ нашъ § 45 двѣ статьи Прусскаго Земскаго Права (1,5 §§ 293 и 311, ср. § 312)—первая и послѣдняя изъ ученія о неустойкѣ—,но противъ мысли о заимствованіи нашей нормы изъ Ландрехта, повидимому, говоритъ: 1) непользованіе вообще прусскимъ кодексомъ при составленіи даннаго проекта гражданскаго уложенія и 2) стоящее въ связи съ этимъ незнакомство Сперанскаго до 1812 г. съ нѣмецкимъ языкомъ и съ иностранными законодательствами, кромѣ одного лишь французскаго (Корфъ, назв. соч. I стр. 154)

[1]) Примѣры въ качествѣ подтвержденія см. у Винавера.

ЦАБ "Автограф"

ніе изъ Code'a статей, посвященныхъ въ немъ неустойкѣ, представлялось нежелательнымъ—нежелательнымъ потому, что въ началѣ текущаго столѣтія существовалъ неодобрительный взглядъ по ихъ адресу, имѣвшій въ своемъ основаніи ошибочное о нихъ представленіе (о чемъ ниже). Такимъ образомъ, оставалось усвоить предложеніе законодательства австрійскаго.

Что въ данномъ случаѣ Сперанскій воодушевился именно австрійскими образцами, подтверждается

3) еще тѣмъ соображеніемъ, что наши термины «укрѣпляемы и обезпечиваемы» (ст. 1554) находятъ свое объясненіе въ выраженіяхъ австрійскаго права [1]), —а, главное, тѣмъ, что

4) мы обладаемъ достовѣрнымъ свидѣтельствомъ самого Сперанскаго, способнымъ пролить яркій свѣтъ на вопросъ—и притомъ въ защищаемомъ какъ разъ направленіи. Сперанскій былъ, несомнѣнно, знакомъ съ нормировкой интересующаго насъ ученія въ австрійскомъ правѣ и, очевидно, не прочь былъ и въ этомъ ученіи послѣдовать примѣру австрійскаго законодателя. Это неопровержимо доказываютъ его собственныя слова. Винаверъ справедливо выдвигаетъ это обстоятельство. «Есть мнѣніе—говоритъ Сперанскій,—что залоги принадлежатъ къ наличнымъ имуществамъ, jus rerum. Въ Австрійскомъ Уложеніи они отнесены къ обязательствамъ, но особеннымъ раздѣломъ подъ названіемъ Befestigung etc., и сіе кажется удобнѣе. Посему послѣ раздѣла III можно сдѣлать особенный раздѣлъ IV объ укрѣпленіи договоровъ: 1) условіемъ неустойки, 2) поручительствомъ, 3) залогомъ, 4) закладомъ (pignus). Здѣсь собрать все, что принадлежитъ къ симъ предметамъ [2])».

Совокупность всѣхъ перечисленныхъ моментовъ даетъ, кажется, право считать заимствованіе нашей ст. 1585 изъ австрійскаго уложенія весьма вѣроятнымъ—скажу болѣе: почти доказаннымъ [3]).

---

[1]) См. Винавера въ указ. мѣстѣ стр. 42 сл.

[2]) „Обозрѣніе книгъ и главъ Свода Законовъ Гражданскихъ“ въ Архивѣ историческихъ и практическихъ свѣдѣній и т. д. Калачова за 1859 г. книга 2 стр. 24.

[3]) Не теряю надежды, что какое-нибудь новое опубликованіе одной изъ бумагъ гр. М. М. Сперанскаго или какая-нибудь счастливая находка въ рукописномъ отдѣленіи Императорской Публичной Библіотеки или въ актахъ бывшаго II Отдѣленія Собственной Е. И. В. Канцеляріи внесетъ полную ясность, между прочимъ, и въ этотъ вопросъ, равно какъ въ вопросъ о вліяніи иностранныхъ образцовъ на другія также статьи нашего т. X ч. 1.

ЦАБ "Автограф"

Заслуга обнаруженія заимствованія, повторяю, принадлежитъ Винаверу. Но самъ Винаверъ не изслѣдовалъ, съ точки зрѣнія содержанія нормы, значенія и послѣдствій того сближенія, которое онъ установилъ. Въ введеніи къ своей статьѣ онъ только замѣчаетъ, что «вопросъ о происхожденіи институтовъ нашего гражданскаго права имѣетъ практическое значеніе... потому, что знаніе дѣйствительнаго источника закона дастъ возможность провѣрить правильность его толкованія, —выяснить, не дала-ли недомолвка или неясность въ законѣ простора для построенія теорій, несогласныхъ съ существомъ заимствованныхъ отношеній, и не возведено-ли случайное противорѣчіе или неполнота въ самомъ законѣ на степень чего-то предусмотрѣннаго, а, слѣдовательно, должнаго».

Слова эти, по моему убѣжденію, оправдываются на примѣрѣ неустойки. Нисколько не придавая результатамъ своихъ размышленій на этотъ счетъ характера чего-то категорическаго или безспорнаго, я тѣмъ не менѣе считаю умѣстнымъ подѣлиться ими съ читателемъ, ожидая, что послѣдующее разсужденіе будетъ принято, какъ извѣстная только гипотеза, стремящаяся, главнымъ образомъ, путемъ разносторонняго освѣщенія предмета, вызвать пересмотръ толкованія статьи 1585.

Я исхожу изъ того положенія, что эта подлежащая интерпретаціи норма заимствована изъ австрійскаго права. Отсюда съ очевидной необходимостью вытекаетъ важность для правильнаго пониманія русскаго закона—правильнаго отношенія къ закону австрійскому. На послѣднемъ мы уже подробно останавливались [1]). По моему мнѣнію, слѣдуетъ думать, что заключительное предложеніе § 1336 не содержитъ признанія начала кумуляціи, а что оно, напротивъ того, только установляетъ различіе между неустойкою и отступнымъ, стремясь предупредить ихъ смѣшеніе, замѣну первой вторымъ. Все дѣло, однако, въ томъ, что Сперанскій могъ этого не понять, могъ истолковать Schlusssatz § 1336 именно въ смыслѣ или въ пользу кумулятивнаго отношенія. Эта догадка, на первый взглядъ просто возможная, пріобрѣтаетъ значительную степень вѣроятности, если принять во вниманіе слѣдующее небезъинтересное обстоятельство.

Главнѣйшій и едва-ли не единственный въ то время—время составленія

---

[1]) Выше § 17 (стр 195 слл.). Обращаюсь здѣсь къ читателю съ усердной просьбою предварительно освѣжить въ своей памяти содержаніе этого §

ЦАБ "Автограф"

нашего Свода—коментарій къ австрійскому кодексу на нѣмецкомъ языкѣ принадлежалъ извѣстному Zeiller'у, одному изъ послѣднихъ редакторовъ австрійскаго уложенія [1]). Но Zeiller, какъ видно изъ его замѣчаній и какъ мы отчасти уже знаемъ [2]), безусловно смѣшивалъ два вопроса: вопросъ о непредоставленіи должнику права освобождаться отъ исполненія обязательства цѣною внесенія неустойки, разъ, съ вопросомъ о правѣ вѣрителя на кумулятивное требованіе исполненія главнаго обязательства и уплаты неустойки, два. Zeiller не отдавалъ себѣ отчета въ томъ, что если кредитору и не предоставить права искать совмѣстно какъ исполненія по основному договору, такъ и пени по дополнительному, то неустойка тѣмъ не менѣе еще не утрачиваетъ eo ipso своего характера неустойки и не обращается въ отступное.

Въ связи съ этимъ должно понимать и ошибочное (отрицательное) его сужденіе о постановленіяхъ французскаго кодекса, которыя даютъ вѣрителю только право на одно изъ двухъ требованій и въ которыхъ онъ, Zeiller, вслѣдствіе того видитъ отступное [3]). А такъ какъ страхъ, какъ мы въ свое время выяснили [4]), предъ отождествленіемъ отступного съ неустойкою былъ великъ, то и вносится извѣстный Schlusssatz, опредѣленіе о томъ, что одно не есть другое или, точнѣе, что платежъ неустойки не избавляетъ отъ обязательства.

Что касается австрійскаго права, то на его толкованіе взглядъ Zeiller'а, по моему убѣжденію, безсиленъ оказать какое-либо вліяніе. Пусть самъ Zeiller и связывалъ съ положеніемъ § 1336

---

[1]) Объ этомъ коментаріи см. Pfaff и Hofmann, Commentar zum österr. allgem. bürg. Gesetzbuche I, 1 стр. 61.

[2]) Zeiller назв. соч. III, 2 стр. 776 (коментарій къ § 1336): „Der Vergütungsbetrag bezieht sich nur auf die Schadloshaltung und Genugthuung. dass die Verbindlichkeit noch nicht gehörig erfüllet worden ist. Er befreyet also, wofern er nicht zugleich als ein Reugeld bestimmt ward (§ 909), nicht von der Erfüllung der Verbindlichkeit an dem gehörigen Orte, und in der gehörigen Art". См. выше стр. 201.

[3]) Zeiller въ примѣч. ** къ выписанному раньше мѣсту: „Der Codex Napoleons betrachtet die Conventionalstrafe vielmehr als eine Art von Reugeld so dass der Gläubiger diese und die Hauptsache nicht zugleich fordern könne; sie müsste denn bloss auf den Verzug gesetzt seyn (art. 1229)"...—Объ отрицательномъ отношеніи Zeiller'а къ Code civil вообще см. Pfaff'а въ указ. статьѣ въ Zeitschrift Grünhut'а II стр. 294 сл.

[4]) См. выше стр. 200 слл.

ЦАБ "Автограф"

представленіе о кумуляціи,—но, во-первыхъ, ни откуда не слѣдуетъ, чтобы это представленіе раздѣлялось и другими соредакторами, и, во-вторыхъ (что важнѣе), оно нигдѣ не проявилось. А при такихъ условіяхъ, на какую бы почву ни стать въ спорѣ о значеніи воли законодателя для содержанія закона [1]), необходимо признать, что съ заблужденіемъ Zeiller'a считаться не приходится. «Разъ (случайно ставшее извѣстнымъ) намѣреніе какого-нибудь составителя закона не отразилось на самомъ законѣ и на его формулировкѣ и не присуще ему по самой его природѣ, то оно и не составляетъ части закона, а потому безразлично» [2]). Это—основательно добавляютъ цитируемые авторы—справедливо даже тогда, когда составители закона (въ качествѣ, положимъ, народныхъ представителей) принимаютъ правовое участіе въ законодательствѣ, а тѣмъ болѣе справедливо, когда они (какъ въ данномъ, напримѣръ, случаѣ) являются простыми редакторами нормъ законодательнаго сборника. Не отразилось же занимающее насъ представленіе на заключительной части § 1336 потому, что на нее должно смотрѣть, какъ на простую стереотипную формулу: вставляя ее, компиляторы австрійскаго уложенія не только не вводили ничего особеннаго, отдавая лишь обязательную дань своему времени, но и въ дѣлѣ редакціи формулы имѣли уже готовые образцы [3]). Самая формула означала, настаиваю, одно то, что неустойка не тождественна съ отступнымъ. Но что такое неустойка, что̀ именно она изъ себя представляетъ и каково ея отношеніе къ исполненію,—этого наша формула не выражала и точно также не выражаетъ и въ австрійскомъ правѣ. Этого, стало быть, и нельзя, очевидно, выводить изъ текста толкуемаго пункта. Отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ почерпаться изъ другихъ моментовъ—моментовъ, обязательно, впрочемъ, заключающихся въ самомъ законѣ и, прибавлю еще, существенно отличныхъ въ этомъ смыслѣ отъ туманныхъ соображеній и намековъ одного или хотя бы даже нѣсколькихъ

---

[1]) Ср. по этому поводу хотя бы Pandekten Регельсбергера стр. 143 сл. (въ русскомъ переводѣ Базанова „Общее ученіе о правѣ" стр. 142 сл.). Подробнѣе у Васьковскаго, Ученіе о примѣненіи и толкованіи гражданскихъ законовъ стр. 22 слл.

[2]) Pfaff и Hofmann (назв. соч. I, 1 стр. 183), коментарій которыхъ къ a. b. G. B. §§ 6 и 7 заслуживаетъ особеннаго вниманія по вопросамъ герменевтики.

[3]) См. выше стр. 198.

ЦАБ "Автограф"

редакторовъ въ ихъ толкованіяхъ на законъ или мотивахъ къ закону. Но моменты эти (если, главнымъ образомъ, вспомнить общую природу неустойки въ австрійскомъ правѣ, явствующую изъ того же § 1336), безспорно, таковы, что рѣшаютъ вопросъ въ пользу отношенія альтернативнаго, а никакъ не кумулятивнаго.

Таково положеніе дѣла въ австрійскомъ кодексѣ, и оно мнѣ кажется дотого яснымъ, что самое возникновеніе и наличность контроверзы я въ состояніи себѣ объяснить только фактомъ встрѣчи позднѣйшихъ коментаторовъ со сбивчивымъ замѣчаніемъ у Zeiller'a [1]). Если не суживать круга изслѣдованія и не ограничиваться предѣлами одного только австрійскаго кодекса, а обнять и современныя его появленію ученія пандектнаго права въ нашей области и затѣмъ аналогичныя также нормы другихъ законодательствъ, то оказывается, что нѣтъ вообще вопроса, нѣтъ никакой почвы и пищи для колебанія и разногласія [2]).

Но далеко не такъ обстоитъ дѣло въ русскомъ правѣ, совсѣмъ не то приходится сказать о нашей статьѣ 1585, хотя она и заимствована изъ австрійской, которой принадлежитъ указанное, выясненное такимъ образомъ, значеніе. Необходимо имѣть ввиду, что на русской нормѣ, въ отличіе отъ австрійской, взглядъ ея составителя, допускающій кумулятивное отношеніе,

---

[1]) Что, впрочемъ, съ Zeiller'омъ и помимо того случались ошибки; что, далѣе, въ комиссіи съ нимъ далеко не всегда соглашались и что его, хотя и несомнѣнно большой, авторитетъ преувеличивать тѣмъ не менѣе не должно,— объ этомъ см. указанія у Pfaff'a и Hofmann'a назв соч. I, 1 стр. X и въ особенности у Pfaff'a въ указ статьѣ стр. 262 сл.

[2]) Напомню здѣсь наставленіе Унгера: «Es müssen... die Werke der älteren Civilrechtslehrer und Praktiker sorgfältig und genau studirt werden, um die Ansichten und deren Genesis kennen zu lernen, welche über die fragliche Materie zu jener Zeit galten, als die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches gebildet wurden, da die Bestimmungen desselben in ihrer überwiegenden Mehrzahl nichts anderes als die Wiedergabe der Doctrin jener Zeit sind". (Изъ его извѣстной и прекрасной статьи „Ueber den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches", появившейся въ Jahrb. d. deutsch. Rechtswissenchaft Schletter'a I (1855) стр. 353 слл., а, начиная съ 3-го изданія (1868) „Системы" Унгера, печатаемой въ качествѣ приложенія къ первому ея тому.) Ср. еще System I § 13 примѣч. 29.

ЦАБ "Автограф"

успѣлъ отразиться. Свое пониманіе австрійскаго законоположенія (пониманіе, навѣянное, какъ я полагаю, мнѣніемъ Zeiller'a въ его коментаріи къ § 1336) и направленное, повторяю, въ сторону кумуляціи, Сперанскій прямо внесъ въ статью 1585,—а при такихъ условіяхъ, естественно, не можетъ быть рѣчи о томъ, что означенное пониманіе редактора для интерпретаціи закона несущественно. Нѣтъ, здѣсь оно прямо вошло въ содержаніе закона, составляетъ неразрывную его часть.

Слова толкуемой статьи:

> «Неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ...»

не оставляютъ на этотъ счетъ ни малѣйшаго сомнѣнія. Другое дѣло, если должникъ предлагаетъ или уплачиваетъ, самъ уплачиваетъ [1]) неустойку: постановить здѣсь, что договоръ остаетъ въ силѣ, значитъ только утверждать, что право выбора не принадлежитъ должнику, что, другими словами, предъ нами нѣтъ отступного. Но сказать, что неустойка взыскивается (кѣмъ? очевидно, вѣрителемъ) и что, несмотря на это взысканіе, и главный договоръ еще остается въ силѣ,—это, разумѣется, не можетъ означать ничего иного, какъ только то, что вѣритель имѣетъ право какъ на одно требованіе, такъ и на другое, т. е. на оба совмѣстно.

Своимъ парафразомъ австрійскаго, неправильно, по моему убѣжденію, понятаго имъ предложенія, Сперанскій ввелъ у насъ принципъ кумулятивный. Для насъ теперь всякое другое толкованіе австрійскаго предложенія совершенно безполезно, ибо намъ путь къ отступленію отрѣзанъ.

Что сейчасъ изложенное не является только продуктомъ фантазіи, доказываетъ вторая половина той же ст. 1585. Она гласитъ:

> развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежемъ неустойки онъ прекращается,

и, въ свою очередь, является описаніемъ части австрійской нормы, а именно ея оговорки: «ausser dem Falle einer besonderen

---

[1]) Ср.: „Die Bezahlung des Vergütungsbetrages“ (§ 1336), «die Erlegung der Strafe» (ALR: I, 5 § 311).

ЦАБ "Автограф"

Verabredung»[1]). Но оговорка эта, вполнѣ умѣстная и разумная при правильномъ пониманіи § 1336,—въ ст. 1585, при наличности внесенныхъ въ нее сравнительно съ § 1336 измѣненій, перестаетъ быть умѣстной и находиться въ соотвѣтствіи съ общимъ положеніемъ, изъ котораго она должна представлять исключеніе. Въ самомъ дѣлѣ: что́ означаетъ вторая часть ст. 1585? Отвѣтъ для всякаго юриста ясенъ: она заключаетъ указаніе на отступное, при которомъ, говоритъ законодатель, не наступаютъ послѣдствія, предусмотрѣнныя въ первой части статьи. А эта первая часть что́ установляетъ?—Она установляетъ кумуляцію. Но развѣ отступное, это дѣйствительно — исключеніе изъ принципа кумулятивнаго?! На этотъ вопросъ приходится отвѣтить: нѣтъ, нисколько. Стоитъ только на одну минуту вникнуть въ дѣло, чтобы видѣть, что настоящаго соотвѣтствія между частями нѣтъ. Отступное отдаетъ выборъ между исполненіемъ и платежемъ условленной суммы на случай неисполненія — въ руки должника. Прямое противоположеніе ей, это — обычная, т.-е. альтернативная неустойка, при которой тотъ же выборъ принадлежитъ не должнику, а вѣрителю. Съ другой стороны, та же альтернація служитъ противоположеніемъ кумуляціи, но въ иномъ уже смыслѣ: первая дозволяетъ вѣрителю одно изъ двухъ наличныхъ требованій, послѣдняя уполномочиваетъ его предъявить оба требованія вмѣстѣ. Логически вполнѣ правильно только исключеніе двоякое: либо исключеніе въ пользу альтернаціи изъ кумуляціи (или наоборотъ), либо исключеніе въ пользу отступного изъ альтернаціи. Но непослѣдовательно исключеніе изъ кумуляціи въ пользу отступного, какъ это санкціонируетъ ст. 1585. Это по меньшей мѣрѣ непродуманность. Гдѣ же при такихъ условіяхъ остается случай альтернаціи — случай всюду и вездѣ, какъ мы знаемъ, нормальный и повседневный?! Какъ быть съ нимъ?

Передача австрійскаго положенія собственными словами въ результатѣ дала, такимъ образомъ, логическій скачокъ, логическую ошибку. До сихъ поръ, одобрительно-ли, или неодобрительно, относились къ толкуемой отечественной нормѣ, но въ нелогично-

[1]) При редакціи этой половины ст. 1585 могли, впрочемъ, быть приняты въ расчетъ и заключительныя слова § 45 Уложенія 1814 года (см. выше стр. 237). Болѣе чѣмъ вѣроятно, что Сперанскій эту свою прежнюю норму не совсѣмъ забылъ. По существу, однако, дѣло отъ этого не измѣняется.

ЦАБ "Автограф"

сти, насколько мнѣ извѣстно, ея не упрекали. Между тѣмъ такой упрекъ, думается, справедливъ: норма, несомнѣнно, отличается ирраціональностью, нѣкоторымъ уродствомъ[1]).

Вытекаетъ-ли изъ сказаннаго какой-нибудь практическій выводъ? Можно-ли приведенными соображеніями воспользоваться въ вопросахъ примѣненія статьи 1585? Полагаю, что можно.

Мы видѣли, что Сперанскій внесъ въ толкуемую норму начало кумулятивное, — но всецѣло-ли, въ полномъ-ли объемѣ? Другими словами, хотѣлъ-ли нашъ Трибоніанъ провести кумуляцію по всѣмъ направленіямъ и осуществилъ-ли онъ это свое намѣреніе? Ни то, ни другое. Zeiller'у, а вслѣдъ за нимъ и Сперанскому желательно было только соединеніе исполненія съ неустойкой (отсутствіе такого соединенія уничтожаетъ, по ихъ взглядъ, наличность неустойки), но соединенія убытковъ, иска о вознагражденіи съ неустойкою, — этого другого проявленія кумулятивнаго принципа Zeiller не желалъ, къ нему онъ не стремился. Неопровержимымъ тому доказательствомъ служитъ то же австрійское право, которое не только не разрѣшаетъ кумулированія убытковъ съ пенею, но даже ограничиваетъ кредитора только и непремѣнно пенею, не предоставляя ему даже выбора между нею и ущербомъ и становясь, слѣдовательно, на почву уже не римскую, а прусскую, — въ чемъ Zeiller ничего неправильнаго и нежелательнаго не усматривалъ. И понятно, почему не усматривалъ: эта сторона дѣла не находится въ связи съ его ошибочнымъ воззрѣніемъ на неустойку и отступное и на различіе между ними.

По примѣру Zeiller'а и австрійскаго законодателя, и Сперанскій, повидимому, не думалъ о соединеніи съ неустойкою убытковъ и во всякомъ случаѣ это соединеніе едва-ли установилъ въ законѣ. Правда, если выхватить выраженіе 1585 статьи: «незави-

---

[1]) У насъ, повидимому, обращалось вниманіе только на то, что при кумуляціи кредиторъ получаетъ и то и другое, а при отступномъ или преміи—лишь одно. Этимъ довольствовались, констатируя въ этомъ искомое противоположеніе. Въ сущности въ основаніи подобнаго разсужденія лежитъ (хотя и безсознательно, быть можетъ) все то же воззрѣніе, по которому, разъ нѣтъ кумуляціи, то налицо уже отступное, т.-е. воззрѣніе, котораго держались Zeiller и другіе. Ошибки живучи. Даже такой романистически образованный цивилистъ, какъ нашъ Мейеръ, — и тотъ (Русское гражданское право, изд. 8, стр. 422) не замѣчаетъ несоотвѣтствія исключенія общей нормѣ и не задумывается надъ вопросомъ о возможности существованія права на искъ объ исполненіи безъ взысканія неустойки.

ЦАБ "Автограф"

симо отъ взысканія по неисполненію самаго договора» и толковать его отдѣльно отъ всего прочаго, какъ это дѣлаетъ, напримѣръ, Сенатъ, то, на основаніи грамматической интерпретаціи, можно, а, быть можетъ, и должно прійти къ заключенію, что это выраженіе обнимаетъ два случая — случай исполненія и случай удовлетворенія за неисполненіе. Но если обратиться къ интерпретаціи логической и, вспомнивъ добытыя нами историческія данныя, сопоставить означенное выраженіе съ послѣдующими словами статьи: «который [т.-е. договоръ] и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ», — то, кажется, справедливѣе будетъ сказать, что слова «по неисполненію самаго договора» относятся къ самому исполненію договора,—въ особенности, если принять въ соображеніе еще и заключительную часть нормы, имѣющую ввиду отступное, т.-е. прежде всего освобожденіе (цѣною внесенія преміи) отъ исполненія, точнѣе, отъ исполненія in natura[1]).

Въ результатѣ, такимъ образомъ, я склоняюсь къ тому мнѣнію, которое въ нашей литературѣ было уже высказано Пестржецкимъ, Любавскимъ и Змирловымъ[2]), которое, далѣе, выражалось и Московской Судебной Палатой въ изложенномъ принципіальномъ рѣшеніи по дѣлу Карали, отмѣненномъ Кассаціоннымъ Сенатомъ. Но только, въ отличіе отъ своихъ предшественниковъ, я отвергаю возможность по нашему законодательству кумулированія убытковъ съ неустойкою не на основаніи того положенія (изъ котораго, погрѣшая нѣкоторою апріорностью сужденія, исходили до сихъ поръ)[3]), что не-

[1]) Подобное же толкованіе я нахожу въ одномъ дѣлѣ, по которому состоялось Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта: въ этомъ процессѣ II Отдѣленіе Собственной Е. И. В. Канцеляріи, въ противоположность Адмиралтействъ-Совѣту, приходило къ указанному выводу какъ разъ на основаніи сопоставленія отдѣльныхъ частей нашей статьи (дѣло подполковника Балашова и купца Ненюкова 1853 г. въ Сборникѣ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта по гражданскимъ дѣламъ т. II № 77 стр. 583).

[2]) Первымъ въ статьѣ „Неустойка, лихва и личное задержаніе за долги“ въ Судебномъ Вѣстникѣ за 1870 г. № 27, вторымъ въ замѣткѣ „Замѣна неустойкой взысканія убытковъ“ въ Юридическомъ Вѣстникѣ III (1871) 2 стр. 113 сл., третьимъ въ Журналѣ Гражданскаго и Уголовнаго Права XV (1885), 6 стр. 65 сл.

[3]) Змирловъ (въ указанномъ мѣстѣ) ссылается, впрочемъ, и на заимствованіе статьи 1585, но ошибочно полагаетъ, что она взята изъ Наполеонова кодекса.

ЦАБ "Автограф"

устойка—не болѣе какъ опредѣленная заранѣе сумма вознагражденія за вредъ и убытки, — а на основаніи изслѣдованія генезиса нашей статьи, который не допускаетъ широкаго ея толкованія, установленнаго Сенатской практикой и упрочившагося, благодаря ей же [1]).

---

[1]) Мнѣ могутъ еще возразить: общій смыслъ, духъ нашего законодательства говоритъ въ пользу кумуляціи а, слѣдовательно, и толкованія Сената (ср. Гольмстенъ въ указ. мѣстѣ стр. 178). И это, могутъ прибавить, важнѣе, чѣмъ историческія данныя. Но съ подобнымъ возраженіемъ нельзя согласиться по многимъ причинамъ. Во-первыхъ, законодатель договорную неустойку и вытекающія изъ нея отношенія, видимо, хотѣлъ нормировать въ статьѣ 1585, независимо отъ всего остального, а потому необходимо прежде всего истолковать надлежащимъ образомъ именно эту статью, чтобы изъ нея, по возможности, получить искомый отвѣтъ. И это тѣмъ болѣе, что говорить о „духѣ“ нашего законодательства въ 1832 году, тогда какъ, по уже приведенному свидѣтельству Неволина, у насъ раньше никакихъ опредѣленій на интересующій счетъ не было,—трудно. Затѣмъ, и въ настоящее даже время, если отвлечься отъ ст. 1585, едва-ли можно сказать, что наши законоположенія таковы, чтобы должно было изъ нихъ вывести общій кумулятивный смыслъ. По крайней мѣрѣ, я въ томъ убѣдиться не могъ. Правда, ст. 1575 и 641 т. X ч. 1 дозволяютъ кумулированіе законной неустойки съ указными процентами (П. С. З. 1834, 2. II. № 6775, 35: „Кто не заплатитъ своихъ обязательствъ въ срокъ, на того за неустойку положить единожды три процента со всего незаплаченнаго капитала“) II; правда, далѣе, и то, что при казенныхъ подрядахъ и поставкахъ неустойка имѣетъ значеніе настоящаго штрафа (Положеніе о казен. подр. ст. 87—90 и 208), какъ и въ нѣкоторыхъ еще другихъ случаяхъ (о нихъ см. Побѣдоносцева, Курсъ гражд. права,1896, III стр. 282 сл. и, полнѣе, въ Сборн. гражд. зак. Гожева и Цвѣткова II стр. 748 слл.),—но, съ другой стороны, въ нашемъ же законодательствѣ встрѣчается случай (при цертепартіи), когда „положенная за неустойку пеня“ является въ роли даже отступного (Уст. Торгов. ст. 375 изд. 1903 г.), что затѣмъ повторяется и при подрядахъ и поставкахъ въ военномъ вѣдомостьѣ, гдѣ отдѣльныя нормы нерѣдко весьма характерны. Такъ, ст. 23 Свода военныхъ постановленій книги XVIII (по изд. 1869 г.) гласитъ: „Неустойка должна соотвѣтствовать тому вреду или убытку, который можетъ послѣдовать для казны отъ невыполненія или несвоевременнаго исполненія договора..“ Въ ст. 79 (тамъ же) читаемъ: „.... ни съ залоговъ, ни съ имущества подрядчика не взыскиваются убытки, которые можетъ понести казна, производя заготовленіе собственнымъ распоряженіемъ при неисправности подрядчика, который, заплативъ полную неустойку, опредѣленную условіями договора, освобождается отъ исполненія принятаго имъ на себя обязательства“. Интересно, между прочимъ, еще указать на это же положеніе въ изд. 59 года, гдѣ оно составляло ст. 751 ч. IV кн. 1: „Подрядчикъ, заплативъ, за неисправность по договору, неустойку, освобождается отъ ис-

ЦАБ "Автограф"

Въ итогѣ, слѣдовательно, если обратиться къ формуламъ, въ свое время выведеннымъ нами для трактуемаго отношенія — альтернативнаго и кумулятивнаго—между двумя требованіями, то положеніе вопроса по русскому праву представится намъ въ слѣдующемъ видѣ.

полненія принятой обязанности; развѣ въ самомъ договорѣ было бы сказано, что платежемъ неустойки онъ не прекращается, или самъ подрядчикъ пожелалъ бы окончить поставку". Это опредѣленіе, какъ легко видѣть, діаметрально противоположно опредѣленію ст. 1585 т. X ч. 1.

Наконецъ, и аргументація въ томъ смыслѣ, что неустойка по нашему законодательству включается въ договоръ „въ подкрѣпленіе силы долговыхъ обязательствъ" (ст. 1583 т. X ч. 1), а потому должна быть штрафомъ съ непремѣнно кумулятивнымъ началомъ,—точно также несправедлива, какъ основанная на недоразумѣніи. Неустойка всегда служитъ дѣлу укрѣпленія или обезпеченія обязательства—одинаково, съ кумуляціей ли она связана, или съ альтернаціей. Что и въ послѣднемъ случаѣ должникъ испытываетъ лишнюю (по сравненію съ обыкновеннымъ дѣйствіемъ договора) угрозу, которая, въ свою очередь, для него служитъ лишнимъ стимуломъ выполнить свое обязательство, а для послѣдняго моментомъ укрѣпляющимъ,—совершенно ясно и выше (стр. 231 сл.) уже развивалось. Ср. еще Hasenöhrl назв. соч. I § 41 прим. 34. Словомъ, обезпеченіемъ обязательства истинная договорная неустойка всегда бываетъ: весь вопросъ лишь въ томъ, является-ли она вдобавокъ, одновременно съ этимъ, настоящимъ штрафомъ, подлиннымъ гражданскимъ наказаніемъ, налагаемымъ на неисправнаго должника независимо и сверхъ всего, — или же только предопредѣленіемъ вознагражденія за вредъ и убытки. Въ западно-европейскихъ кодексахъ и правахъ неустойка, какъ мы видѣли, выполняетъ функціи укрѣпленія обязательства, что ей, однако, не мѣшаетъ быть тамъ, почти всюду, вмѣстѣ съ тѣмъ заранѣе таксированной цыфрой ущерба и регулироваться, слѣдовательно, на основаніи принципа альтернаціи, а не кумуляціи. Что кумуляція—для должника еще болѣе страшный Дамокловъ мечъ и вслѣдствіе того еще лучше въ состояніи „укрѣпить" обязательство,—весьма возможно, но, во-первыхъ, это обстоятельство, конечно, нисколько не противорѣчитъ значенію и оцѣночной также неустойки, какъ средства подобнаго же обезпеченія или усиленія договоровъ и обязательствъ, — а, во-вторыхъ, что же изъ него слѣдуетъ? Не стану отрицать, что если бы неисправнаго должника подвергать, положимъ, какому-нибудь штрафу вдесятеро противъ цѣны договора, то угроза оказалась бы еще сильнѣе. Равнымъ образомъ въ то доброе старое время, когда извѣстнаго рода неустоичныя условія сопровождались, при нарушеніи обязательства, лишеніемъ свободы или позорящими наказаніями (см. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Iurisprudenz стр. 55 слл., а какъ воспоминаніе о подобномъ отдаленномъ порядкѣ вещей, ср. уже упомянутую выше стр. 225 ст. 3370 Св. гражд. узак. губ. Прибалт.), обезпеченіе вѣрителя, нельзя не согласиться, было еще полнѣе. Но, вѣдь, отсюда никто не станетъ дѣлать практическихъ выводовъ въ извѣстномъ направленіи...

ЦАБ "Автограф"

Пусть a опять означаетъ дѣйствіе по главному обязательству, b — соотвѣтственный полный эквивалентъ, m — частичный интересъ или убытокъ отъ ненадлежащаго исполненія, напримѣръ, отъ опозданія, и p — неустойку, причемъ пусть имѣется p_1, когда неустойка условлена на случай полнаго неисполненія договора, и p_2, когда она назначена на случай только частичной неисправности должника. Тогда права вѣрителя по ст. 1585 выразятся въ формулахъ:

$a + p_1$ Здѣсь, безпорно, кумуляція, но она здѣсь прямо предусмотрѣна закономъ. Зато ея нѣтъ ни въ одной изъ дальнѣйшихъ формулъ. Если основное дѣйствіе невыполнимо болѣе, или если кредиторъ не настаиваетъ на его исполненіи, то онъ имѣетъ право только на одно изъ двухъ: либо на вредъ и убытки отъ неисполненія, т. е. на: b, либо на соотвѣтственную неустойку, т. е. на: p_1. Наоборотъ, $b + p_1$ не допускается. И далѣе, при частичной неустойкѣ, кредиторъ получитъ:

$a + p_2$ или

$a + m$, но никакъ не $a + m + p_2$, — по общему, по крайней мѣрѣ, правилу, когда нѣтъ особаго на то между сторонами соглашенія[1]).

Если исходить изъ желательности начала альтернативнаго и нежелательности начала кумуляціи, то получив-

---

[1]) Ср. выше стр. 75 и 100 сл.—О моемъ толкованіи ст. 1585 т. X высказались въ литературѣ проф. Васьковскій, г. Шендорфъ и г. Анненковъ. Вотъ ихъ отзывы. „Особенный интересъ и громадную практическую важность — говоритъ проф. Васковскій въ уже указанной критикѣ моего труда стр. 147 слл. — представляютъ тѣ совершенно новые выводы, къ которымъ пришелъ авторъ, толкуя постановленія австрійскаго уложенія и основанную на нихъ статью 1585 нашего X тома... Блестящая и по существу глубоко вѣрная интерпретація г. Пергамента даетъ нашимъ судамъ законный выходъ изъ затрудненія, и остается только пожелать, чтобы она поскорѣе была усвоена судебной практикой и санкціонирована Сенатомъ“. Присоединяется къ моему взгляду и другой критикъ, г Шендорфъ, въ Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre т. VI и VII (1904) стр. 1330: „Neu ist... das Resultat, zu dem Pergament auf dem Gebiete des russischen Rechts kommt... Die Beweisführung Pergaments ist überzeugend und klar“. Напротивъ, не соглашается со

ЦАБ "Автограф"

шіеся выводы нельзя не признать извѣстнымъ шагомъ впередъ. Нашему судьѣ—если онъ усвоитъ себѣ предлагаемое здѣсь толкованіе ст. 1585 (вытекающее, повторяю, изъ историческаго ея освѣщенія и чуждое, смѣю думать, всякой тенденціозности) - въ огромномъ числѣ, а, быть можетъ, даже въ большинствѣ относящихся сюда случаевъ не прійдется болѣе постановлять рѣшеніе, при которомъ его чувство и симпатіи окажутся въ разладѣ и коллизіи съ его судейской обязанностью примѣнять норму закона, хотя бы несогласную съ его собственнымъ пониманіемъ правды. Судьѣ—въ изслѣдуемыхъ предѣлахъ - - не прійдется тогда ни подчинять своего разумѣнія мнимымъ требо-

---

мною г. Анненковъ во 2-мъ изданіи т. III своей „Системы“ стр. 251 сл.: „Если..., въ виду отсутствія въ нашихъ прежнихъ узаконеніяхъ чего-либо подобнаго правилу этой [т. е. 1585] статьи и возможно считать вполнѣ правдоподобнымъ предположеніе о заимствованіи ея изъ какого-либо иностраннаго и даже не изъ Наполеонова кодекса, какъ предполагаетъ Змирловъ, а именно изъ уложенія австрійскаго, какъ утверждаетъ Пергаментъ, то все же въ виду полнаго при ея заимствованіи изъ послѣдняго извращенія смысла его постановленія о ней, врядъ ли представляется возможнымъ утверждать, чтобы, несмотря на это, постановленіе этой статьи нашего закона подлежало обязательно примѣненію въ смыслѣ того постановленія уложенія австрійскаго, изъ котораго оно заимствовано, потому что при неизвѣстности тѣхъ мотивовъ, которые вызвали появленіе его въ нашемъ законѣ въ такомъ его видѣ и съ такими значительными отступленіями отъ постановленія послѣдняго уложенія, врядъ ли представляется возможнымъ допущеніе исправленія его въ смыслѣ послѣдняго постановленія въ виду, какъ полагаетъ Пергаментъ, изложенія его въ нашемъ законѣ въ извращенномъ видѣ, вслѣдствіе недоразумѣнія или непониманія точнаго смысла его Сперанскимъ, составителемъ нашего Свода законовъ, бывшаго введеннымъ въ этомъ отношеніи въ заблужденіе коментаріемъ Цейллера. На самомъ дѣлѣ нельзя, кажется, не считать, что въ виду коренного отличія этого постановленія нашего закона отъ аналогичнаго ему постановленія уложенія австрійскаго объясненіе его въ смыслѣ послѣдняго представляется уже не логическимъ его толкованіемъ, какъ полагаетъ Пергаментъ, а такимъ его исправленіемъ, которое можетъ считаться допустимымъ только въ порядкѣ законодательномъ, тѣмъ болѣе еще потому, что и самъ Пергаментъ утверждаетъ, что при грамматическомъ его толкованіи оно, по смыслу его, представляется такимъ, за какое его принимаетъ большинство нашихъ цивилистовъ и сенатъ“. Далѣе слѣдуетъ возраженіе, мною опускаемое, какъ основанное на недоразумѣніи (авторъ не понялъ смысла примѣчаній, приведенныхъ выше на стр. 247 сл. и на стр. 246[1]), послѣ чего г. Анненковъ заканчиваетъ такъ: „Хотя, затѣмъ, и нельзя не согласиться съ указаніемъ Пергамента на нѣкоторую нелогичность правила этой статьи, какъ правила, заключающаго въ себѣ смѣшеніе понятій неустойки и отступного, но дѣло въ томъ, что одно это обстоятельство врядъ ли возможно принимать за поводъ къ исправленію его *въ смыслѣ аналогичнаго ему постановленія уложенія австрійскаго*“.

ЦАБ "Автограф"

ваніямъ закона, ни, что еще хуже, путемъ искусственнаго толкованія конкретнаго договора—ухватившись за какой-нибудь внѣшній, побочный, юридически ничего не значащій моментъ — находить рѣшеніе, правда, удовлетворяющее его, судью, съ точки зрѣнія даннаго спорнаго отношенія, но ложное съ точки зрѣнія его же собственнаго толкованія примѣняемаго имъ закона[1]). Въ такихъ случаяхъ усиленіе чувства законности въ обществѣ и странѣ — сугубо желательное у насъ, въ Россіи —можетъ, какъ мнѣ кажется, только выиграть отъ принятія интерпретаціи, безспорно, способной въ значительной степени устранить намѣченную коллизію[2]).

[1]) „Наша судебная практика... вообще недоброжелательно смотритъ на просьбы о взысканіи неустойки, отказывая въ удовлетвореніи ихъ во всякомъ случаѣ, гдѣ есть какая-либо къ тому возможность"... „При введеніи новаго судопроизводства въ краѣ [новороссійскомъ], судебныя мѣста съ видимымъ нерасположеніемъ относились постоянно ко всякаго рода неустойкамъ, далеко не поощряя ихъ своими рѣшеніями. Это строго нравственное отношеніе къ дѣлу доходило иногда до крайности и шло въ разрѣзъ съ правильностью юридическихъ положеній...." (передовыя статьи въ Судебномъ Вѣстникѣ за 1868 годъ № 49 и за 1874 г. № 274).

[2]) Въ одномъ рѣшеніи отъ 1850 года „о взысканіи княземъ Голицынымъ съ графа Зубова денегъ по совершенному на поставку вина контракту" (Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Гос. Сов. т. I № 52 стр. 395) тогдашній Управляющій Министерствомъ Юстиціи съ (четырьмя) сенаторами (а вмѣстѣ съ ними и Государственный Совѣтъ) высказываютъ, повидимому, то воззрѣніе, что вѣритель, обезпечившій себя неустойкою, ничего другого взыскивать не можетъ или, другими словами, что возмѣщенія убытковъ онъ не вправѣ требовать. Обосновывается такой взглядъ указаніемъ на статью 1288 т. X (по изд. 1842 г. = ст. 1536 по изд. 1857 года), предписывающую, что „договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ смыслу" (ср. выше стр. 188 прим. 2).—Здѣсь, такимъ образомъ, постановка вопроса уже совершенно австрійская или, что то же, прусско французская (неустойка покрываетъ и исключаетъ искъ объ убыткахъ),—но постановка, несомнѣнно, ложная. Своего естественнаго права искать, на основаніи основного договора, вознагражденія за понесенный вредъ вѣритель, разумѣется, можетъ лишиться только въ силу прямого опредѣленія закона, направленнаго именно на ограниченіе его, вѣрителя, неустойкою при нарушеніи должникомъ своего обязательства. Такое опредѣленіе и встрѣчается дѣйствительно какъ въ прусскомъ и французскомъ, такъ и въ австрійскомъ правѣ. Но изъ послѣдняго къ намъ въ ст. 1585 не были перенесены слова § 1336 „anstatt des zu vergütenden Nachtheiles". Ничто, слѣдовательно, не можетъ препятствовать кредитору предъявить свое требованіе объ убыткахъ, отказавшись отъ дополнительнаго, установленнаго въ его же пользу условія о неустойкѣ, т. е. поступить такъ, какъ если бы этого условія совсѣмъ не было (см. выше стр. 178 сл.).

ЦАБ "Автограф"

ЧАСТЬ III.

Право судьи на пониженіе неустойки.

ЦАБ "Автограф"

Предварительное замѣчаніе.

Мы видѣли, что по римскому праву и ряду современныхъ западно-европейскихъ законодательствъ вѣритель вправѣ предъявить дополнительное требованіе на разность между дѣйствительно испытаннымъ ущербомъ и неустойкою. Имѣя ввиду конечный результатъ этого требованія, можно бы выразиться и такъ: вѣритель вправѣ домогаться увеличенія неустойки до размѣровъ дѣйствительнаго интереса. Съ означенной, пожалуй, практической точки зрѣнія и эта формулировка, поточно также совершенно правильна. Но она вмѣстѣ съ тѣмъ и плодотворна. Ибо изъ нея сейчасъ же, вполнѣ естественно, вытекаетъ еще другой вопросъ: если вѣритель можетъ требовать увеличенія обѣщанной пени до величины наличнаго интереса, то не вправѣ ли, и обратно, должникъ добиваться уменьшенія неустойки до того же самаго оказавшагося налицо вреда? Въ свое время [1]) мы видѣли, что на этотъ вопросъ дается отвѣтъ вообще отрицательный: нѣтъ, такого права должникъ не имѣетъ. Но не допускаетъ ли правопорядокъ отступленій отъ этого отвѣта, не знаетъ ли онъ и иного рѣшенія дѣла въ какихъ-нибудь особыхъ, исключительныхъ случаяхъ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ содержится въ нормахъ и ученіи о правѣ судьи на пониженіе неустойки. Это судейское право, такимъ образомъ, является оборотной стороной, чѣмъ-то въ родѣ противовѣса того права на дополнительное вознагражденіе, которое принадлежитъ кредитору, когда условленная пеня меньше фактически понесенныхъ имъ убытковъ. Вотъ почему намъ

---

[1]) См. выше стр. 76, 189 сл., 232.

ЦАБ "Автограф"

необходимо теперь, въ заключительной части нашего изслѣдованія, еще заняться вопросами, связанными съ судейскимъ пониженіемъ размѣровъ неустойки, и вотъ чѣмъ объясняется не совсѣмъ понятный, быть можетъ, на первый взглядъ заголовокъ нашей третьей части [1]).

§ 24.

Право на пониженіе въ случаѣ частичнаго исполненія главнаго обязательства.

Римское, въ томъ числѣ и пандектное, право не знаетъ права судьи понижать размѣръ неустойки. Опредѣленія, которыя встрѣчаются въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ, какъ-то: fr. 9 pr., fr. 44 D. de usuris 22, 1, fr. 13 § 26 D. de A. E. V. 19, 1 (=Vat. 11) и c. 15 C. de usuris 4, 32, — не относятся къ нашему вопросу.

Вмѣстѣ съ тѣмъ подчеркну, что единственнымъ ограниченіемъ величины неустойки въ римскомъ правѣ служитъ то, которое вытекаетъ изъ запрета скрытаго ростовщичества [2]). Этотъ запретъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ соотвѣтственное уменьшеніе установленной между сторонами пени — уменьшеніе въ томъ размѣрѣ, на какой она превышаетъ дозволенный ростъ [3]). Въ настоящее время всѣ романисты согласны на тотъ счетъ, что господствовавшее раньше толкованіе извѣстной конституціи Юстиніана, l. un. C. de sententiis quae pro eo 7, 47, оказавшее вліяніе и на пар-

---

[1]) Ср. мою Konventionalstrafe und Interesse стр. 93 и Васьковскаго въ указ. статьѣ стр. 150 сл.

[2]) См. fr. 56 pr. D. de eviction. 21, 2, а также уже извѣстный намъ fr. 38 § 17 i. f. D. de V. O. (45, 1). Ср., напр., Сводъ остзейскихъ законовъ III ст. 3371 по изд. 1864 года:

> Опредѣленіе количества неустойки зависитъ совершенно отъ договаривающихся и не стѣсняется размѣромъ убытка, предвидимаго отъ неисполненія договора; запрещается только опредѣленіемъ неустойки обходить постановленія о размѣрѣ законныхъ процентовъ.

и, въ видѣ илюстраціи къ данной нормѣ, рѣшенія судовъ въ Прибалтійскомъ краѣ, приведенныя у Zwingmann'a I № 83 a и VI № 1064. Ср. еще Саксонск. улож. § 1430, Цюрихск. улож. § 970, Дрезденск. проектъ ст. 127, (новый) Венгерск. проектъ § 1048 и Чилійск. улож. ст. 1544 пп. 2 и 3

[3]) Это обстоятельство упущено, кажется, изъ виду контрагентами въ приведенномъ выше стр. 72 сл. договорѣ изъ числа открытыхъ въ Трансильваніи. Ср. Girard, Manuel, изд. 3, стр. 655 прим. 5.

ЦАБ "Автограф"

тикулярныя уложенія [1]), было ошибочнымъ. Равнымъ образомъ, современная наука перестала относить къ неустойкѣ и § 21 I.

[1]) См., напр, Прусское Земское Право I, 5 § 301 и къ нему Förster-Eccius назв. соч. I § 107 прим. 23, Koch Коментарій прим. 7 къ этому параграфу, Bornemann Systematische Darstellung des Preuss. Civilrechts mit Benutzung der Materialien II стр. 620 слл.—Ср. еще Чилійское гражданское уложеніе ст. 1544 п. 1.

Отразилась-ли и насколько данная конституція Юстиніана („hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere") и на нашей ст. 1584 т. X ч. 1, я не берусь рѣшить. Мы здѣсь читаемъ:

> Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской количество неустойки ни въ какомъ случаѣ не можетъ превышать суммы самаго обязательства, неустойкою обезпечиваемаго.

Сходство съ доктриной о невзысканіи ultra alterum tantum во всякомъ случаѣ большое! Въ остальномъ предоставляю выясненіе генезиса статьи историкамъ русскаго и въ особенности литовскаго права, ограничиваясь, съ своей стороны, постановкою вопроса объ ея связи—хотя бы даже косвенной—съ началами романистическими.

Пользуюсь случаемъ, чтобы обратить также вниманіе и на вторую партикулярную норму, относящуюся къ изслѣдуемой области и внесенную въ т. X ч. 1. Въ ст. 1586 говорится:

> Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской отвѣтственность въ платежѣ неустойки по обязательствамъ между частными лицами переходитъ на наслѣдниковъ обязавшагося лица въ томъ только случаѣ, когда искъ по оной начатъ установленнымъ порядкомъ еще при жизни сего лица, или когда въ самомъ обязательствѣ платежъ неустойки распространенъ на наслѣдниковъ.

Законодатель здѣсь, видимо, отправляется отъ воззрѣнія на неустоичный искъ, какъ на искъ пенальный, т.-е. повиненъ въ смѣшеніи, отъ котораго настойчиво предостерегалъ Савиньи (System des heutigen Röm. Rechts V стр. 59 сл.; см. также выше стр. 128 сл. Къ сожалѣнію, ни одинъ изъ толкователей ст. 1586 въ Судебной Газетѣ 1884 №№ 33, 37, 42 и 43 не подошелъ къ вопросу съ этой именно стороны). Какія вліянія сказались на данномъ положеніи? какія иноземныя законодательства оставили на немъ свой слѣдъ и отпечатокъ? Знаю, какъ опасно руководствоваться въ вопросахъ происхожденія одними только моментами сходства или даже тождества; помню справедливый на этотъ счетъ упрекъ, сдѣланный еще Кавелинымъ (Сочин. IV стр. 43),—и при всемъ томъ не могу отрѣшиться отъ мысли (выражаемой, впрочемъ, лишь въ качествѣ простой догадки), что римское право—такъ или иначе — отразилось и на ст. 1586. Извѣстное начало „in poenam heres non succedit" (fr. 22 D. de o. novi nunt. 39, 1), а, главное, исключеніе, претерпѣваемое этимъ началомъ съ момента литисконтестаціи (l. un. C. ex delictis defunctorum 4, 17), т.-е. начала процесса,—прямо совпадаютъ съ содержаніемъ нашей статьи (см. подчеркнутыя въ ней слова).

ЦАБ "Автограф"

de action 4, 6 [1]) Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы должны будемъ въ виду этого, ограничиться изслѣдованіемъ поставленнаго вопроса по нѣкоторымъ новымъ законодательствамъ. Изъ нихъ намъ прежде всего необходимо остановиться на Наполеоновомъ кодексѣ [2]).

Его ст. 1231 гласитъ:

> La peine peut etre modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

Отмѣтимъ тутъ же, что эта норма воспроизводится въ точности и статьеи 1214 итальянскаго гражданскаго уложенія («La pena può essere diminuita dal giudice, allorche l'obbligazione principale e stata

---

[1]) Ср Gluck Коментарій IV стр 532 сл, Lauterbach Disputatio § 26, Jager назв соч. стр 28 сл, Wellenberg назв. соч. стр. 13.

[2]) Въ послѣдующемъ я не касаюсь того уменьшенія неустойки до уровня законнаго процента, которое является результатомъ введеннаго во Франціи закона отъ 3 сентября 1807 года о предѣлѣ дозволеннаго роста Не касаюсь потому, что такое уменьшеніе вовсе не относится къ вопросу о судейскомъ правѣ пониженія размѣровъ неустойки въ собственномъ смыслѣ слова При наличности закономъ установленной высшей нормы процента (а въ особенности въ соединеніи съ такими нормами, какъ ст 1153 и 1229 французскаго Code), подобное ограниченіе пени вытекаетъ само собой, не требуя для себя особыхъ законоположеній (ср весьма правильное рѣшеніе нашего Гражд. Касс Департамента по одному дѣлу Царства Польскаго за 1850 г № 74), и согласно съ этимъ, примѣнялось одинаково и въ древнемъ Римѣ, какъ мы сейчасъ видѣли. Ср Zachariä-Crome Franzos Civilrecht II стр. 290, Planiol Traité II №№ 267, 272 сл и (относительно подробностей и исключеній) Thoureau назв. соч стр 117, 157 сл, G Girard назв соч. стр 161 сл

Въ связи съ этимъ прибавлю что планъ моего труда мнѣ, къ сожалѣнію, не дозволяетъ заняться вопросомъ объ ограниченіи въ новое время свободы опредѣленія роста при долговыхъ обязательствахъ („bei Darlehen und creditirten Forderungen“, по формулѣ нѣмецкихъ законодательствъ) и объ (естественно, повторяю, отсюда слѣдующемъ) ограниченіи также высоты неустойки въ тѣхъ же случаяхъ, а равно вопросомъ о новѣйшихъ законахъ о ростовщичествѣ, которые, въ свою очередь, не совсѣмъ безразличны для нашего института Болѣе или менѣе обстоятельное изложеніе всего этого, съ историческимъ очеркомъ и обозрѣніемъ важнѣйшихъ законодательствъ, читатель найдетъ у Kohlka въ его „Мнѣніи“, составленномъ для двадцатаго съѣзда нѣмецкихъ юристовъ (Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages II стр. 4 слл.) По специальному вопросу, насколько соглашеніе о неустойкѣ на случай неисправнаго платежа процентовъ подпадаетъ подъ запредъ анатоцизма, см. теперь Dernburg'a, Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs II, 1 стр 221 прим 11.

ЦАБ "Автограф"

eseguita in parte». Ср. также Собраніе гражданскихъ законовъ губерній Царства Польскаго ст. 1231: «Размѣръ неустойки можетъ быть судомъ уменьшенъ, если главное обязательство уже отчасти исполнено») [1]).

Въ мотивахъ къ приведенному положенію Code'a указывается на то, что въ случаѣ частичнаго неисполненія необходимо допустить исключеніе изъ общаго правила и прибѣгнуть къ помощи судейскаго пониженія размѣра неустойки. При этомъ выставляются два основанія. Уже знакомый намъ Bigot-Préameneu находилъ, что вмѣшательство судьи здѣсь желательно потому, что наступившій случай долженъ считаться отличнымъ отъ того, который сторонами имѣлся ввиду, а, слѣдовательно, случаемъ непредусмотрѣннымъ, стоящимъ внѣ всякаго отношенія къ условленной пенѣ. Другой ораторъ, Favard, не повторяя этого довода, съ своей стороны выставлялъ такое соображеніе: было бы, говорилъ онъ, несправедливо дѣлать въ одинаковой мѣрѣ отвѣтственными двухъ должниковъ, изъ которыхъ одинъ успѣлъ почти совершенно выполнить свое обязательство, въ то время какъ другой къ его выполненію еще даже не приступалъ [2]).

У французскихъ писателей мы встрѣчаемся съ оправданіемъ еще иного рода все того же положенія. Они выдвигаютъ то обстоятельство, что *если бы при неполномъ нарушеніи* договора неустойка не подвергалась уменьшенію, то въ такомъ случаѣ вѣритель получалъ бы двойное вознагражденіе въ той части выговореннаго дѣйствія, которая уже совершена. Это неизбѣжно слѣдуетъ — думаютъ Pothier, Duranton и другіе — изъ самаго существа неустой-

---

[1]) Испанское гражданское уложеніе въ ст. 1154 постановляетъ:

Le juge modifiera équitablement la peine lorsque le débiteur n'aura rempli l'obligation principale qu'irrégulièrement ou pour partie.

Здѣсь постановка опять (ср. выше стр. 194) болѣе широкая, чѣмъ въ французскомъ кодексѣ. Пониженіе пени имѣетъ наступить не только при частичномъ, но и при дефектномъ исполненіи обязательства. Между тѣмъ и Code, и прочія законодательства дефектное исполненіе считаютъ случаемъ особымъ, *не затрагиваемымъ условіемъ о неустойкѣ на случай неисполненія* и потому, при наличности подобнаго условія, разрѣшаемымъ на почвѣ общаго иска объ убыткахъ, совершенно независимо отъ соглашенія о пенѣ.

О португальскомъ и чилійскомъ гражд. уложеніяхъ упомянуто ниже.

[2]) Locré назв. соч. XII стр. 362, 448 сл.

ЦАБ "Автограф"

ки, которая количественно должна заключать только возмѣщеніе причиненныхъ убытковъ и ничего болѣе [1]).

---

[1]) Pothier Oeuvres III № 350, Duranton Cours VI № 358, ср. еще, напр.. Demolombe Cours XXVI № 666 и Aubry назв. соч. стр. 136.

Что касается приимѣнимости ст. 1231, то она далеко не абсолютная. Прежде всего, этой нормы нельзя прилагать тамъ, гдѣ неустойка установлена на случай только промедленія; далѣе, тогда, когда стороны исключили ея примѣненіе силою предварительнаго соглашенія или сами опредѣлили размѣръ пониженія въ случаѣ лишь частичнаго неисполненія (ср. Sirey, Codes annotés примѣчанія къ ст. 1231 въ первомъ и дополнительномъ томахъ). Наконецъ, на уменьшеніе судьей условленной между контрагентами цыфры слѣдуетъ смотрѣть, согласно ст. 1231, какъ на возможное только, а не непремѣнное (см. Zachariä-Crome, Französ. Civilrecht II стр. 290).

Послѣднее соображеніе стоитъ въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что не всякое частичное совершеніе должникомъ требуемаго дѣйствія представляетъ для вѣрителя интересъ, — хотя бы только частичный или даже незначительный. Бываютъ случаи, когда должникъ часть лежащаго на немъ обязательства выполнилъ, а вѣритель тѣмъ не менѣе испытываетъ точно такой же ущербъ, какой онъ испыталъ бы, если бы никакого исполненія не послѣдовало. У коментаторовъ французскаго права на этотъ счетъ повторяются постоянно одни и тѣ же примѣры. Кредиторъ выговорилъ себѣ предоставленіе дома въ совершенно готовомъ видѣ съ тѣмъ, чтобы въ немъ поселиться, причемъ обезпечилъ свое право требованія неустойкою. Къ назначенному сроку изъ двухъ этажей оказывается построеннымъ только одинъ. Здѣсь неустойка подлежитъ уплатѣ цѣликомъ: данное частичное дѣйствіе должника не приноситъ вѣрителю ни малѣйшей выгоды. То же самое необходимо сказать о такомъ, напримѣръ, случаѣ. Должникъ обязался изъ одного сѣвернаго, скажемъ, города отправиться въ другой, южный, въ Марсель, положимъ, по дѣламъ кредитора,—но доѣзжаетъ лишь до Парижа: и здѣсь ст. 1231, конечно, неприложима (Demolombe Cours XXVI №№ 669 слл., Colmet de Santerre Cours V № 168 bis I сл.). Въ качествѣ обратнаго примѣра у тѣхъ же писателей встрѣчается слѣдующій казусъ. По договору долженъ быть вырытъ ровъ или проложенъ водопроводъ на пространствѣ 100 метровъ, но должникъ ограничивается длиною въ 50 метровъ: назначенная неустойка, рѣшаютъ здѣсь французскіе юристы (другого мнѣнія, впрочемъ, Laurent назв. соч. XVII № 455), взыскивается въ половинномъ или частномъ вообще размѣрѣ, такъ какъ вѣритель и отъ половиннаго дѣйствія контрагента выгоду извлекаетъ. Замѣтимъ еще, что такая полезность частичнаго исполненія можетъ имѣться не только при дѣлимости, но даже и при недѣлимости основного обязательства (примѣры см. у Pothier, Oeuvres III № 352). — Наконецъ, касательно масштаба, которымъ слѣдуетъ пользоваться въ дѣлѣ пониженія суммы неустойки, ясно, что онъ долженъ быть относительнымъ, соотвѣтственнымъ той цѣнности, которую стороны придали всему дѣйствію. Абсолютнаго измѣренія здѣсь не должно быть, какъ, напримѣръ, и при actio quanti minoris; ср. Dernburg Pand. II § 101 прим. 18).

ЦАБ "Автограф"

Своимъ происхожденіемъ ст. 1231 обязана одному рѣшенію римскаго юриста-классика [1]) въ

fr. 9 § 1 D. si quis cautionibus (2, 11). Ulpianus libro septuagensimo septimo ad edictum. Si plurium servorum nomine iudicio sistendi causa una stipulatione promittatur, poenam quidem integram committi, licet unus status non sit, Labeo ait, quia verum sit omnes statos non esse: verum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur.

Нынѣ въ наукѣ установлено, что это изреченіе Ульпіана не согласуется съ общей нормой, обязательной для римской договорной неустойки. Начало, которымъ римское право дѣйствительно руководствовалось въ аналогичныхъ случаяхъ,—прямо противоположное. Ограничусь приведеніемъ на этотъ счетъ только главнѣйшихъ мѣстъ, подтверждающихъ правильное, отвѣчающее источникамъ воззрѣніе.

А потому въ приведенномъ случаѣ съ водопроводомъ, если условленная въ качествѣ пени цыфра равнялась въ немъ 1000, то нашъ должникъ обязанъ будетъ уплатить половину этой пени, т.-е. 500, независимо отъ истинной стоимости сдѣланнаго должникомъ или недодѣланнаго имъ (Demolombe и Colmet de Santerre ll. citt.). Оттого-то Португальское уложеніе формулируетъ ст. 1231 Code'a слѣдующимъ образомъ (переводъ тотъ же, что выше стр. 230):

Art. 675. En cas d'exécution partielle de l'obligation principale, la clause pénale peut être réduite proportionnellement.

И Чилійское гражд. уложеніе вноситъ въ соотвѣтственную статью моментъ относительности масштаба. Другой указанный раньше моментъ пригодности частичнаго исполненія здѣсь точно также получилъ свое выраженіе,— правда, не безъ нѣкотораго измѣненія въ пользу вѣрителя:

Art. 1539. Si le débiteur exécute seulement une partie de l'obligation principale et que le créancier accepte la dite partie, il y aura lieu de réduire proportionnellement la peine stipulée pour le défaut d'exécution de l'obligation principale.

(Переводъ, какъ выше стр. 194.)

Если, слѣдовательно, несмотря на полезность для кредитора уже части совершеннаго дѣйствія, онъ тѣмъ не менѣе не пожелаетъ принять ее, то смягченіе пени не наступитъ.

[1]) Ср. Merlin. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence s. v. Peine contractuelle IX стр. 219 (изд. 4). По всей вѣроятности, и прусскій I, 5 § 296 (см. выше стр. 184) точно также сложился подъ вліяніемъ даннаго fr. 9 § 1 D. cit. или, точнѣе, того покоившагося на этомъ отрывкѣ пандектнаго ученія, которое распространено было въ концѣ прошлаго столѣтія. См. Förster-Eccius назв. соч. I § 107 прим. 31, Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts III § 242 β ad 4.

ЦАБ "Автограф"

Это

fr. 85 § 6 D. de V. O. (45, 1). Paulus libro septuagensimo quinto 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 (scil. herede), quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

Далѣе, fr. 25 § 13 D. fam. ercisc. (10, 2), изъ котораго беру слѣдующія для насъ интересныя слова:

«tamen quia nihilum prodest ad poenam evitandam partem suam solvere...»

И затѣмъ еще слѣдующій параграфъ, fr. 25 § 14 D. eod., характерный потому, что заключаетъ сопоставленіе занимающаго насъ вопроса съ положеніемъ изъ области залогового права, о которомъ упоминается, какъ мы видѣли, и во fr. 85 § 6 D. cit. Такое сопоставленіе, разумѣется, весьма поучительно. Оно выясняетъ полную аналогію нашего правила изъ области неустойки съ извѣстнымъ предложеніемъ объ «indivisa pignoris causa»: подобно тому какъ тамъ при частичной неуплатѣ долга, обезпеченнаго залогомъ или закладомъ, закладное право продолжаетъ существовать для остатка безъ всякаго умаленія, точно также здѣсь рѣшительно вся неустойка можетъ быть взыскана уже тогда, когда только часть обязательства, укрѣпленнаго побочнымъ соглашеніемъ о пенѣ, оказалась невыполненной [1]).

Но какъ объяснить fr. 9 § 1 D. cit.? На мой взглядъ, объясненіе слѣдуетъ находить въ томъ простомъ обстоятельствѣ, что дѣло идетъ о преторской стипуляціи, которая не подчинена абсо-

[1]) Ср, еще fr. 5 §§ 3 a, 4 D. de V. O (45, 1), а также fr. 13 § 2 i. f., § 5 D. de rebus dubiis (34, 5). Для обоснованія доказываемаго положенія, что неполное исполненіе не устраняетъ необходимости уплаты всей неустоичной суммы ,часто ссылаются и на знакомый намъ fr. 47 D. de A. E. V. (19, 1). Такъ поступаютъ, напримѣръ, Windscheid Lehrb. II § 285 прим. 8 и Дернбургъ Pand. II § 46 прим. 11. Ссылка эта, по моему мнѣнію, неправильна. Fr. 47 D. cit. содержитъ явное соглашеніе слѣдующаго содержанія: „ita ut. si non integras reprraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur....“ и, слѣдовательно, доказательнымъ въ интересующемъ насъ смыслѣ считаться не можетъ.—Въ той же неточности повинны, между прочимъ, и редакторы Остзейскаго Свода гражданскихъ узаконеній, который и здѣсь стоитъ на почвѣ римскаго права. (Въ ст. 3375 значится: „Если кто исполнитъ только часть лежавшаго на немъ по договору, то тѣмъ не менѣе онъ долженъ уплатить всю неустойку сполна, а не одну лишь долю ея по соразмѣрности“).

ЦАБ "Автограф"

лютно тѣмъ же правиламъ, какимъ подчинена стипуляція обыкновенная, совершенно свободно заключаемая сторонами. Не входя въ подробное обсужденіе вопроса, замѣчу только, что въ романистической литературѣ недостаточно, быть можетъ, считаются съ такими мѣстами, какъ

> fr. 9 D. de stip. praetor. (46, 5). Venuleius libro primo stipulationum. In praetoriis stipulationibus si ambiguus sermo acciderit, praetoris erit interpretatio: eius enim mens aestimanda est.

или

> fr. 52 pr. D. de V. O.(45, 1). Ulpianus libro septimo disputationum. In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant. enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris qui eas proposuit...,

гдѣ съ необыкновенной ясностью говорится и настаивается, что при наличности преторской стипуляціи рѣшающимъ является толкованіе именно претора. Между тѣмъ это толкованіе, конечно, далеко не всегда совпадаетъ, не можетъ всегда совпадать съ намѣреніями и видами контрагентовъ и съ положеніями, призванными нормировать строго договорную стипуляцію. Чтобы убѣдиться въ необходимомъ на этотъ счетъ различіи, довольно обратить вниманіе на тѣ цѣли, какія преслѣдовалъ преторъ при посредствѣ своихъ стипуляцій, и, главнымъ образомъ, на его стремленіе сломить этимъ путемъ упорство и неповиновеніе (contumaciam) тяжущихся [1]). Все это до такой степени естественно, что удивленіе, полагаю, должно бы вызываться какъ разъ обратнымъ явленіемъ, т.-е. фактомъ тождественнаго обращенія съ стипуляціями обоихъ родовъ. Кто хотя съ нѣкоторымъ вниманіемъ прочитывалъ титулъ дигестъ si quis cautionibus (2, 11), въ который входитъ и нашъ fr. 9 § 1 D. cit., для того не можетъ быть со-

---

[1]) Ср. Keller, Der römische Civilprocess § 77. — Что, далѣе, преторскія стипуляціи, несмотря на стипуляціонную свою форму, сближались съ bonae fidei iudicia (и вслѣдствіе того по необходимости пріобрѣтали черты, чуждыя общей договорной стипуляціи),—фактъ точно также общеизвѣстный (ср. Savigny, System V прилож. XIX). Достигалось это, главнымъ образомъ, благодаря включенію въ стипуляцію такъ наз. clausula de dolo: „dolumque malum (huic rei) abesse afuturumque esse", которая имѣлась, если не во всѣхъ cautiones, то во всякомъ случаѣ, какъ безусловно доказано, въ громадномъ ихъ большинствѣ (см. Lenel, Edictum §§ 280 слл.).

ЦАБ "Автограф"

мнѣнія въ справедливости указаннаго и защищаемаго мною взгляда. Уже второй по числу отрывокъ этого титула краснорѣчиво доказываетъ, что отношеніе къ вопросу римскихъ юристовъ здѣсь вовсе не то, какое наблюдается при добровольной неустойкѣ. Можно ли въ самомъ дѣлѣ думать, что многочисленныя причины неявки и т. п., признаваемыя со стороны претора уважительными и законными, хотя отчасти согласуются съ тѣмъ началомъ, которое лежитъ въ основаніи мѣстъ, подобныхъ, напримѣръ, fr. 77 D. de V. O. (45, 1) или fr. ult. de naut. faen. (22, 2)?! [1]). Очевидно, нѣтъ. Правъ, слѣдовательно, Вольфъ, первый подчеркнувшій въ новое время все различіе между преторскими стипуляціями, съ одной, и стипуляціями о добровольной неустойкѣ, съ другой стороны [2]). И напрасно его голосу не вняли или не вняли въ достаточной степени, несмотря на то, что опровергнуть его воззрѣніе не удалось [3]). Въ одномъ ученіи — ученіи о винѣ при договорной пенѣ — взглядъ Вольфа оказался, впрочемъ, принятымъ, но другихъ выводовъ, вытекающихъ изъ того же названнаго различія, не съумѣли усвоить. Въ частности ихъ не усвоили и не примѣнили и къ обсужденію занимающаго насъ теперь вопроса о дѣлимости или недѣлимости неустойки.

Послѣ изложеннаго нетрудно отнестись критически къ толкованію нашего fr. 9 § 1 D. cit., представленному нѣкоторыми (небезъизвѣстными) писателями. Такъ, Уббелоде и другіе находятъ искомое объясненіе обнаруженнаго разногласія между этимъ отрывкомъ и другими въ томъ (нелишенномъ, впрочемъ, остроумія) соображеніи, «что здѣсь только формально одно обязательство, а въ дѣйствительности столько отдѣльныхъ cautiones in iudicio sistendi, сколько

---

[1]) Мы ниже возвратимся къ этимъ отрывкамъ.

[2]) Въ трудѣ „Zur Lehre von der Mora“ (1841) стр. 19 слл. Мысль, сама по себѣ, не можетъ считаться новою. Мы находимъ ее выраженною съ полной ясностью уже у de Retes'a въ назв. соч. § 26. Въ свою очередь, de Retes ссылается на Донелла. Тѣмъ не менѣе заслуга Вольфа безспорна: она состоитъ въ томъ, что онъ вновь возбудилъ вопросъ, обсудилъ и обосновалъ наблюдаемое въ источникахъ неодинаковое отношеніе къ двумъ намѣченнымъ категоріямъ стипуляцій, что доказалъ правильность ихъ раздѣльнаго разсмотрѣнія. Нѣкоторыя данныя въ этомъ же направленіи встрѣчаются, впрочемъ, уже нѣсколько раньше у Унтергольцнера, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen etc. I § 123.

[3]) Ср., напримѣръ, Manns'a назв. соч. стр. 7 слл.

ЦАБ "Автограф"

нужно было доставить рабовъ». Другими словами, заявляетъ Уббелоде, матеріально вопросъ обстоитъ такъ, «какъ если бы на случай недоставленія каждаго раба была обѣщана только соразмѣрная часть всей неустоичной суммы» [1]).

Въ отвѣтъ цитированному автору мы должны будемъ сказать, что его толкованіе, съ одной стороны, едва ли достаточно, а, съ другой, излишне. Не достаточно оно потому, что не будь стипуляція въ данномъ случаѣ изъ числа преторскихъ, врядъ-ли бы (rebus sic stantibus) намѣченное намѣреніе, связанное съ обѣщаніемъ, *было принято въ расчетъ*, а, *скорѣе, послѣдовало бы присужденіе* неисправнаго должника къ уплатѣ всей выговоренной суммы. Излишне же это толкованіе въ силу того соображенія, что при наличности преторской cautio частичное присужденіе вполнѣ понятно и помимо спеціальнаго, указаннаго Уббелоде, направленія воли сторонъ [2]). Недопустимымъ оно здѣсь могло бы, думается мнѣ, оказаться только по исключенію — въ томъ развѣ случаѣ, если бы тѣ два, положимъ, раба, которыхъ необходимо было привести на судъ, составляли вмѣстѣ какую-нибудь одну цѣльную пару, причемъ каждый въ отдѣльности являлся бы или вовсе неимѣющимъ никакой цѣны, или относительно весьма малоцѣннымъ.

Отношеніе римскихъ юристовъ къ неустойкѣ и ея взысканію въ цѣломъ объемѣ при частичномъ только неисполненіи основного обязательства вытекаетъ изъ внѣшней формы условія, въ которую облечена стипуляція о неустойкѣ. Мы здѣсь встрѣчаемся съ проявленіемъ значенія именно этой формы обѣщанія пени—формы, *соблазнившей*, какъ уже было показано [3]), нѣкоторыхъ писателей—того же Вольфа и другихъ—и приведшей ихъ къ смѣшенію

---

[1]) Ubbelohde, Lehre von den untheilbaren Obligationen стр. 129; ср. Holzschuher въ указ. мѣстѣ, Jäger назв. соч. стр. 41. Въ книгѣ Уббелоде приведены и другія попытки объяснить трактуемый фрагментъ. См. еще Matthiae, Kontroversenlexikon I s. h. v. IV. — Ту же интерпретацію, что Уббелоде, даютъ въ сущности также Пернисъ (Labeo II, 1, изд. 2, стр. 299 сл.) и Г. Крюгеръ (назв. соч. стр. 188 слл.). Послѣдній старается дать освѣщеніе нашего мѣста съ точки зрѣнія классическаго права (отчасти основываясь на указаніяхъ Ленеля), аргументируетъ помощью данныхъ изъ римскаго процесса и все-таки не догадывается, что разъясненіе трудности заключается именно въ преторскомъ характерѣ толкуемой стипуляціи.

[2]) Ср. еще fr. 32 § 2 D. ad leg. Falc. (35, 2).

[3]) См. выше стр. 16.

ЦАБ "Автограф"

чисто условной стипуляціи съ неустоичной. Преувеличеніе или увлеченіе оказалось вреднымъ и здѣсь. Но одна-другая норма изъ области нашего института дѣйствительно объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что stipulatio poenae была вмѣстѣ съ тѣмъ stipulatio condicionalis. Въ силу этого содержаніе или дѣйствіе главнаго обязательства должно было очутиться in condicione, а потому какъ бы становилось недѣлимымъ. Условіе могло либо исполниться, либо не исполниться. Средняго исхода, неисполненія частичнаго, не могло наступить при такихъ обстоятельствахъ. или, точнѣе, такой исходъ по своему значенію являлся абсолютно равносильнымъ неисполненію полному [1]). Условіе (отрицательное) все-таки считалось осуществившимся, и притомъ въ полномъ своемъ объемѣ, какъ если бы должникъ не выполнилъ ровно ничего. Характерными мнѣ представляются въ этомъ отношеніи выраженія источниковъ—въ томъ же, напримѣръ, разобранномъ нами fr. 9 § 1 D. cit: «poenam... integram committi, licet unus status non sit, ... quia verum sit omnes statos non esse» или въ fr. 23 pr. D. de recept. (4, 8): «... quoniam semper verum est intra kalendas datum non esse» (cf. fr. 90 de V. O.) и т. п.

Весьма понятно, что природа римской неустойки должна была. вслѣдствіе сказаннаго, отличаться особенной силой и энергичностью, казаться „абсолютно принудительной“, по удачному выраженію Перниса [2]). «Nec enim aliud in his stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui potest», замѣчаетъ въ этомъ же смыслѣ Помпоній [3]). Ничего—желаетъ онъ этимъ выразить—кромѣ безусловно полнаго удовлетворенія вѣрителя, не пріемлется и въ счетъ не идетъ. Все прочее неизбѣжно влечетъ за собою обязанность уплатить всю пеню. Всякое другое регулированіе отвѣтственности было бы сопряжено съ нарушеніемъ интересовъ вѣрителя.

Тою же формою стипуляціоннаго соглашенія о неустойкѣ объясняются, далѣе, еще другія положенія, связанныя съ римской stipulatio poenae [4]). Такъ, форма является рѣшающей для вопроса о

---

[1]) Ср. fr. 23, 56 D. de cond. et dem. (35, 1) и затѣмъ еще fr. 38 § 17 i f. D. de V. O.

[2]) M. Antistius Labeo I стр. 371. Ср. Gruchot, Beiträge II стр. 140.

[3]) Fr. 5 § ult. i. f. de V. O. (45, 1).

[4]) Вопроса объ отвѣтственности по неустоичному обязательству при наслѣдованіи (какъ на сторонѣ должника—важнѣйшій случай—, такъ и на сторонѣ кредитора) я не излагаю въ дальнѣйшемъ. Этому вопросу фран-

ЦАБ "Автограф"

томъ, съ какого момента времени становится возможнымъ требованіе неустойки [1]). Слѣдуетъ отвѣтить, что эта возможность наступаетъ уже въ моментъ нарушенія основного обязательства и, слѣдовательно, нисколько не обусловлена предварительнымъ напоминаніемъ должнику со стороны вѣрителя. Между тѣмъ такое напоминаніе оказалось бы необходимымъ, если бы не было дополнительнаго договора о неустойкѣ. Теперь же, благодаря присоединенію этого договора, должникъ не вправѣ ожидать интерпелляціи, ибо пеня обѣщана подъ извѣстнымъ условіемъ, а это условіе должно считаться исполнившимся и помимо интерпелляціи. Оставляя въ сторонѣ (мало интересныя въ данномъ отношеніи) обязательства, направленныя на бездѣйствіе (и нарушенныя, очевидно, въ самый моментъ совершенія дѣйствія, запрещеннаго соглашеніемъ сторонъ),—укажу, что выраженное положеніе признается безспорнымъ для тѣхъ случаевъ, когда предъ нами

пузскіе писатели (въ виду статей 1232 и 1233 Code'a,—а также толкователи аналогичныхъ нормъ кодексовъ, принадлежащихъ къ группѣ французскаго права; ср., напр., обстоятельную диссертацію голландца Schade van Westrum „Verbintenissen met strafbepaling“ стр. 86 слл.) удѣляютъ особенное вниманіе (см. преимущественно Ж Жирара назв. соч. стр. 59 слл., который сопоставляетъ всѣ относящіяся сюда—и отчасти противорѣчащія одно другому—изреченія римскихъ юристовъ). Для насъ, съ затронутой точки зрѣнія, совершенно достаточно отмѣтить, что данный вопросъ совпадаетъ съ вопросомъ (уже разсмотрѣннымъ выше) о частичномъ неисполненіи. Самъ-ли должникъ не совершилъ половины своего (укрѣпленнаго пенею) обязательства, или же одинъ изъ его двухъ наслѣдниковъ не исполнилъ лежащей на немъ половины того же обязательства, или же, наконецъ, одинъ изъ двухъ наслѣдниковъ вѣрителя не получилъ слѣдуемой ему доли,—все равно: всюду наблюдается частичное нарушеніе обязательства, а потому всюду неустойка подлежитъ взысканію, и притомъ въ цѣломъ своемъ объемѣ. Допущеніе ея дѣлимости означало бы какъ въ первомъ, такъ и во второмъ, такъ, наконецъ, и въ третьемъ случаѣ, нарушеніе указаннаго начала, установленнаго для реализаціи условія, оно шло бы въ разрѣзъ съ характеромъ нераздѣльности условія. Потому-то и мѣста, которыя приводились мною въ текстѣ въ подтвержденіе необходимости уплаты всей неустоичной суммы (а не соотвѣтственной только части ея) при всякомъ нарушеніи договора,—могли заключать обсужденіе и случаевъ долевого (pro rata) исполненія или неисполненія обязательства наслѣдниками первоначальнаго контрагента.

[1]) Особенно выдвигаетъ это вліяніе здѣсь Пухта (Vorlesungen II стр. 25): „Die Conventionalstrafe ist verfallen, die Forderung derselben entstanden, so wie die Bedingung existirt.... Dieser Grundsatz folgt aus dem Charakter eines Versprechens sub conditione“

ЦАБ "Автограф"

обязательство съ обозначеніемъ опредѣленнаго срока для его совершенія [1]). Здѣсь рѣшительно никакой admonitio не требуется, въ то время какъ, повторяю, она была бы нужна при отсутствіи неустоичнаго условія (я исхожу изъ отрицанія пареміи «dies adiectus interpellat pro homine» для чисто римскаго права). Но не менѣе справедливо, на мой взглядъ, то же самое положеніе и тогда, когда не назначено момента времени для осуществленія должникомъ выговореннаго отъ него дѣйствія. Это подтверждаютъ мѣста, знакомыя намъ еще по первому отдѣлу настоящаго изслѣдованія, какъ-то: fr. 115 § 2 D. de V. O. 45, 1, fr. 19 pr. D. quando dies leg. 36, 2 и fr. 1 D. de penu leg. 33, 9 (за исключеніемъ развѣ fr. 24 pr. D. quando dies leg.). И тутъ, для полученія вѣрителемъ права взысканія пени, достаточно уже такъ наз. объективной mora со стороны должника, вмѣсто обычной субъективной (или mora въ тѣсномъ смыслѣ), предполагающей непремѣнно, между прочимъ, напоминаніе [2]).

Еще одно, значительно болѣе важное, послѣдствіе внѣшняго вида, придаваемаго договору о неустойкѣ, заключается въ слѣдующемъ. Требуется-ли, или не требуется вина на сторонѣ должника, для того чтобы вѣритель могъ произвести взысканіе условленной пени? Вообще этотъ моментъ, естественно, вовсе не безразличенъ. При обязательствѣ, не обезпеченномъ добавочнымъ неустоичнымъ соглашеніемъ, должникъ, какъ извѣстно, не отвѣчаетъ безъ вины, при наличности только простого случая или casus'a. Но иначе обстояло дѣло въ древнемъ Римѣ, когда привходило обѣщаніе неустойки. Тогда вступало въ силу упомянутое начало изъ области исполненія условій, тогда получала вліяніе одна лишь буква стипуляціи, принимался въ расчетъ одинъ только голый фактъ наступленія или ненаступленія желаннаго порядка вещей. Что это такъ, неоспоримо доказываютъ три извѣстныхъ мѣста—fr. 77 D. de V. O. 45, 1, fr. ult. D. de naut. faen. 22, 2 и fr. 22 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2—, въ которыхъ не можетъ быть рѣчи о какой бы то ни было culpa со стороны лица отвѣтственнаго, а тѣмъ не менѣе допущено присужденіе неустойки. Въ первыхъ двухъ отрывкахъ дѣло прямо

---

[1]) Fr. 23 D. de O. et A. 44, 7, c. 12 C. de contr. et comm. stip 8, 37 (38).

[2]) Ср. Виндшейда Lehrb. II § 285 прим. 3 и 4 и приведенныхъ у него писателей, а также Neuhaus'a, Die Conventionalstrafe стр. 24 слл. Нѣсколько иного мнѣнія Дернбургъ Pand. II § 46 прим. 7 слл.

ЦАБ "Автограф"

очевидно: ко дню уплаты долга должника уже нѣтъ въ живыхъ, а наслѣдникъ еще не успѣлъ принять наслѣдство,—и тѣмъ не менѣе poena признается commissa при невнесеніи въ этотъ же день слѣдуемыхъ денегъ. Въ третьемъ фрагментѣ species facti нѣсколько сложнѣе, но и она, несомнѣнно, подтверждаетъ сказанное. Лицо *A* обѣщало лицу *B* передать ему раба Стиха, подъ страхомъ неустойки въ случаѣ неисполненія своего обѣщанія. Вслѣдъ затѣмъ Стиха убиваетъ третье лицо *C*. Юристъ (Павелъ) рѣшаетъ: «utilitas venit in hoc iudicium». Это значитъ: *A*, взыскивая посредствомъ actio legis Aquiliae убытки, причиненные ему убіеніемъ раба, включитъ въ сумму взысканія съ *C* также и тотъ минусъ, тотъ ущербъ, который онъ, *A*, испыталъ, очутившись въ необходимости уплатить неустойку лицу *B*. Эту неустойку *A*, стало быть, уплатилъ. Но уплатилъ онъ ее, очевидно, безъ всякой своей вины, ибо къ умерщвленію раба онъ непричастенъ: въ умерщвленіи всецѣло виноватъ *C*. При неисполненіи главнаго обязательства, направленнаго на передачу Стиха, его, лица *A*, вины, слѣдовательно, вовсе не было, а пеня, между тѣмъ, все-таки была взыскана. Отсюда весьма нетрудно, разумѣется, вывести принципъ, руководившій римскими юристами въ занимающемъ насъ вопросѣ [1]).

---

[1]) Доводы, приводимые Labbé (указ. соч. III стр. 812) противъ подобнаго толкованія, крайне слабы.—Что въ аналогичныхъ же случаяхъ, но безъ включенія пени, римскіе юристы постановляютъ рѣшеніе совершенно отличное отъ сейчасъ разсмотрѣннаго, видно изъ fr. 18 § 5 D. de dolo malo 4, 3 и fr. 13 § 12 D. de A. E. V. 19, 1.—Въ дополненіи къ fr. 22 pr. D. cit. я упомяну еще объ одномъ мѣстѣ, которое мало извѣстно и цитируется лишь крайне рѣдко, несмотря на то, что оно находится въ ближайшей связи съ тѣмъ же вопросомъ о culpa при неустоичномъ соглашеніи. Я имѣю ввиду

> fr. 68 (67) § 1 D. de furtis (47, 2). Celsus libro duodecimo digestorum. Si tibi subreptum est, quod nisi die certa dedisses, poenam promisisti, ideoque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coaestimabitur.

Быть можетъ, этотъ отрывокъ потому игнорировался писателями, что они никакъ не предполагали найти въ libri terribiles случай договорной poena. Ср., впрочемъ, справедливыя замѣчанія Петражицкаго (Bona fides въ гражд. правѣ, изд. 2, стр. 104 сл.) насчетъ пріемовъ собиранія матеріала, содержащагося въ Corpus Iuris.

Наоборотъ, не идетъ къ дѣлу злополучный fr. 69 D. de V. O. (45, 1) Ульпіана, въ которомъ говорится о первоначальной (tempore promissionis невозможности исполнить обѣщанное главное дѣйствіе. Отсылаю къ толкова-

ЦАБ "Автограф"

Открытіе этого принципа принадлежитъ, главнымъ образомъ, уже не разъ названному мною Вольфу[1]), доказавшему, что въ нашихъ источникахъ culpa должника не является обязательнымъ реквизитомъ для права взысканія съ него пени. До Вольфа держались обратнаго ученія, безусловно господствовавшаго въ то время. Въ этомъ отношеніи довольно будетъ назвать Lauterbach'a или еще Jäger'a, которые въ своихъ работахъ, посвященныхъ нашему институту, даже вносятъ моментъ вины въ самое опредѣленіе неустойки[2]). Неудивительно, между прочимъ, что при такой постановкѣ дѣла романисты и цивилисты еще почти всей первой половины XIX столѣтія нерѣдко впадаютъ въ самый искусственный тонъ при объясненіи данной стороны изслѣдуемаго предмета: желаніе согласовать во что бы то ни стало свое ученіе и свои положенія съ рѣшеніями римскихъ классиковъ въ дигестахъ неизбѣжно приводитъ ихъ къ натяжкамъ и несообразностямъ[3]).

Какое можно изъ сказаннаго вывести поученіе въ примѣненіи къ современному праву? Интересно-ли и съ этой точки зрѣнія раскрытіе мотивовъ, диктовавшихъ римскимъ юристамъ ихъ рѣшенія по вопросамъ о судьбѣ неустойки при неполномъ исполненіи основного обязательства, далѣе, о напоминаніи и о моментѣ вины при наличности укрѣпленной пенею obligatio?—На мой взглядъ, несомнѣнно. Обнаруженіе началъ, лежащихъ въ основѣ соотвѣтственныхъ отрывковъ дигестъ, не можетъ не убѣдить самымъ наглядным образомъ, что эти начала въ настоящее время и для настоящаго права нисколько не соблазнительны,—мало того: не пригодны. Въ самомъ дѣлѣ: мы видимъ, что здѣсь, какъ и въ другихъ уже знакомыхъ намъ вопросахъ изъ области нашего института[4]), классики руководились при толкованіи договора его буквою, исходили изъ

нію этого мѣста въ трудѣ Бертолини о договорной неустойкѣ стр. 51 сл. и къ спеціальной работѣ о значеніи момента вины, когда выговорена пеня, Mann'a („Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten?") стр. 16 сл.

[1]) Все въ томъ же трудѣ „Zur Lehre von der Mora" стр. 38 слл.

[2]) Lauterbach назв. дисс. § 3 („... res, ad coercendum promissorem, qui promissum sua culpa non implet, promissa"), ср. Jäger назв. соч. стр. 10.

[3]) Сравнительно новую (и, естественно, опять неудачную) попытку въ этомъ же направленіи дѣлаетъ Madeyski въ указ. статьѣ § 3.

[4]) См. выше §§ 13 сл.

ЦАБ "Автограф"

строгихъ правилъ, прилагаемыхъ къ обсужденію условія при стипуляціи, этой сдѣлкѣ stricti iuris, — словомъ, придавали серьезнѣйшее значеніе сторонѣ формальной, отдавая ей преимущество предъ стороной другой — матеріальной. Что эти моменты и соображенія въ нынѣшнемъ правѣ должны всецѣло отойти на задній планъ или, лучше, совершенно утратить всякій вѣсъ, — понятно и безъ поясненій.

Но могутъ сказать: пусть мотивы, въ данномъ случаѣ приводившіе римлянъ къ ихъ выводамъ, въ наше время лишены значенія,—но результаты, къ которымъ они здѣсь пришли, тѣмъ не менѣе заслуживаютъ еще и теперь полнаго вниманія и сохраненія. И по настоящій еще день эти конечные выводы не утратили все-таки своего смысла и въ состояніи сослужить полезную службу, даромъ, что вызваны соображеніями, уже отжившими свой вѣкъ. На такой именно почвѣ стоитъ, повидимому, Іерингъ. Бывъ призванъ дать свое заключеніе въ громкомъ процессѣ, возникшемъ, съ одной стороны, между обществомъ по осуществленію Сенъ-Готардскаго желѣзнодорожнаго пути, а, съ другой, извѣстнымъ инженеромъ Фавромъ, взявшимъ на себя прорытіе туннеля чрезъ Готардъ, — Іерингъ, нисколько не колеблясь, сталъ на сторону общества, доказывая, что никакой случай (casus) не въ состояніи освободить Фавра отъ обязанности уплатить условленную неустойку, разъ онъ не выполнилъ своевременно возложенныхъ на него по договору работъ[1]). При этомъ Іерингъ, со свойственнымъ ему талантомъ, но и обычнымъ вмѣстѣ съ тѣмъ увлеченіемъ, проводитъ принципъ абсолютной всякій разъ, безъ какихъ бы то ни было ограниченій, отвѣтственности должника, связавшаго себя неустоичнымъ обѣщаніемъ,— отвѣтственности и въ современномъ, настаиваю, правѣ. На юридическомъ языкѣ, заявляетъ Іерингъ, этотъ принципъ гласитъ: «Der Promittent übernimmt das Periculum oder den Casus der Leistung». Доказывая свое положеніе, Іерингъ утверждаетъ, что принятіе на себя должникомъ страха въ этихъ, болѣе чѣмъ широкихъ, границахъ имѣетъ притомъ «разумное основаніе» («einen rationellen Grund»), не-

---

[1]) Относительно фактической стороны этого высоко интереснаго судебнаго спора см. Regelsberger, Rechtsgutachten in Sachen des Herrn Louis Favre in Genf gegen die Gotthardeisenbahn-Gesellschaft wegen Sicherheitsleistung (Zürich 1878) стр. 3 слл., а также O. Bähr, Gutachten etc. (появившійся въ печати вмѣстѣ съ „заключеніемъ“ Іеринга) стр. 22 слл. и въ особенности стр. 37 слл.

ЦАБ "Автограф"

зависимое отъ того обстоятельства, что положеніе встрѣчается въ римскомъ правѣ, что оно создано Лабеонами, Павлами и т. д. Пусть, предполагаетъ Іерингъ, должникъ не подвергается указанной отвѣтственности, — что тогда произойдетъ? А произойдетъ, рѣшаетъ онъ, то, что «неустойка окажется лишенной почти всякаго жизненнаго значенія», что принадлежащая ей «функція обезпеченія вѣрителя совершенно утратится», что правомѣрные интересы оборота подвергнутся чрезвычайной опасности[1]). А потому, учитъ Іерингъ, необходимо, чтобы въ дѣлѣ присужденія неустойки господствовала настоящая «неумолимость» («Unerbittlichkeit»): всякое иное, или «снисходительное», по выраженію Іеринга, отношеніе къ дѣлу со стороны судьи «равносильно ослабленію не только практическаго значенія неустойки, но и психологическаго ея воздѣйствія на должника». Судья, который сталъ бы принимать въ расчетъ случай, тѣмъ самымъ сталъ бы вторгаться въ правовую сферу вѣрителя,—мало того: онъ «совершалъ бы грабежъ по адресу лица, выговорившаго себѣ пеню» («würde damit einen Raub gegen den Besteller begehen»), посягалъ бы на прочность «одного изъ драгоцѣннѣйшихъ институтовъ жизни и оборота», причинялъ бы «безъ всякаго для себя оправданія» («in unverantwortlicher Weise») всеобщій вредъ, и т. д. и т. д.[2]).

Не думаю, чтобы должно или только можно было согласиться съ этой проповѣдью безпощадной строгости къ отвѣтчику, экономически нерѣдко значительно болѣе слабому, нежели его контрагентъ,—и чтобы при регулированіи нашего института было обязательно или желательно слѣдовать тому рѣзко практическому направленію, какое слышится во всемъ разсужденіи знаменитаго Геттингенскаго романиста.

Выдающіеся юристы, даже оставаясь на почвѣ пандектнаго права, далеки отъ крайностей, въ которыя впалъ Іерингъ. Не иной

---

[1]) См. Rechtsgutachten стр. 6 слл: „Ich hoffe den Nachweis liefern zu können, dass diese Gestaltung der Sache, so sehr sie durch den Schein der Billigkeit den Unkundigen bestechen mag, die berechtigten Interessen des Verkehrs in äusserster Weise gefährden, die Konventionalpön ihres praktischen Werthes nahezu berauben würde.—Damit würde die... Versicherungsfunktion der Konventionalpön, wie ich sie genannt habe, welche zum Zweck hat, dem Pomittenten die Gefahr aufzubürden und den Promissar völlig sicher zu stellen, gänzlich beseitigt sein“ (стр. 8).

[2]) Тамъ же стр. 9 слл.

ЦАБ "Автограф"

кто, какъ Виндшейдъ, пишетъ: «Wird dem Schuldner die Erfüllung ohne seine Schuld unmöglich, so ist er nach der Absicht der Parteien im Zweifel auch von der Strafe frei» и обосновываетъ этотъ свой взглядъ слѣдующимъ прекраснымъ соображеніемъ: «Es darf im Zweifel nicht angenommen werden, dass die Parteien durch die Strafstipulation die Verbindlichkeit dem Einfluss gesetzlich anerkannter Aufhebungsgründe haben entziehen wollen» [1]). Правда, въ послѣдующемъ изложеніи Виндшейдъ отступаетъ отъ выставленнаго имъ же начала, не проводитъ его съ полной послѣдовательностью, — но самое начало имъ во всякомъ случаѣ правильно понято и подчеркнуто — въ разрѣзъ съ принципомъ и мнѣніемъ Іеринга. Еще дальше по тому же пути идетъ, какъ и слѣдовало ожидать, Дернбургъ. Виндшейдъ не считается съ моментомъ вины при наличности неустойки, условленной на случай опозданія, призванной, стало быть, обезпечивать своевременность исполненія по главному обязательству. Дернбургъ и въ этомъ уже видитъ чрезмѣрную суровость. Въ качествѣ примѣра онъ приводитъ случай, когда заводчикъ обязывается поставить къ опредѣленному сроку нѣкоторое количество машинъ, но затѣмъ нарушаетъ это свое обязательство по причинамъ чрезвычайнымъ, вслѣдствіе непреодолимой силы, вслѣдствіе того, положимъ, что объявлена война или вспыхнуло возстаніе и оказались отрѣзанными всѣ пути сообщенія. Здѣсь, рѣшаетъ Дернбургъ, заводчика нельзя присудить къ уплатѣ неустойки: подобное присужденіе не согласовалось бы ни съ существомъ пени, ни съ вѣроятнымъ намѣреніемъ контрагентовъ. Самый принципъ у Дернбурга получается такой: неустойка, говоритъ онъ намъ, не подлежитъ взысканію, если неисполненіе вызвано причинами, которыя лежатъ внѣ лица должника («die ausserhalb des Schuldners und seiner Person liegen») [2]). Этою формулой маститый юристъ Берлинскій думаетъ хотя отчасти примирить желательную постановку дѣла съ завѣщанными и уже знакомыми намъ изреченіями римскихъ классиковъ. «So weit», добавляетъ онъ прямо, «ging (чрезвычайно характерный переходъ къ изложенію историческому!) man dagegen nicht, dass man die Strafe von der Verschuldung des Schuldners abhängig machte».

Мы вправѣ быть откровеннѣе. Съ точки зрѣнія общей теоріи гражданскаго права и de lege ferenda, намъ во всякомъ случаѣ нѣтъ

---

[1]) Lehrb. II § 285 п. 3 и прим. 9.

[2]) Pand. II § 46 п. 2 и прим. 5 и 6. Ср. Wendt'a, Lehrbuch § 73 i. f.

ЦАБ "Автограф"

надобности заниматься придумываніемъ тончайшихъ разграниченій и замысловатыхъ редакцій отдѣльныхъ положеній, съ цѣлью избѣжать открытой коллизіи съ мѣстами въ Corpus Iuris. Мы вправѣ и обязаны сказать, что договоръ, заключенный подъ угрозою неустойки, есть тотъ же договоръ гражданскаго права, неисполненіе котораго, по общему правилу и за сравнительно рѣдкими исключеніями (хорошо извѣстными и находящими свое объясненіе въ основаніяхъ въ значительной степени публично-правового, отчасти полицейскаго характера)[1]), — только тогда влечетъ за собою взысканіе съ должника, когда оно ему можетъ быть вмѣнено, когда, другими словами, оно произошло по его винѣ, когда налицо элементъ виновности. Не вижу причины, почему бы предопредѣленіе вѣрителемъ въ свою пользу цыфры вознагражденія за вредъ и убытки (а что въ общемъ именно таковъ юридическій взглядъ на неустойку, надѣюсь, показано) должно измѣнять основныя условія отвѣтственности по нарушенію договора[2]). Неустойка касается только величины интереса: меньше установленнаго сторонами размѣра судья (въ обычномъ порядкѣ) присудить не вправѣ, хотя бы дѣйствительный ущербъ, причиненный вѣрителю, и былъ меньше (или хотя бы его, можетъ быть, и вовсе не было). Но такое присужденіе должно имѣть мѣсто когда? всегда-ли? Нѣтъ, — естественно, только тогда, когда налицо общія предположенія, требуемыя для присужденія за нарушеніе обязательства, и въ томъ числѣ прежде всего какая-либо вина на сторонѣ должника. Съ этой стороны, стало быть, договоръ съ неустойкой ничѣмъ не

---

[1]) Ср. въ новѣйшее время Unger'a, Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz, 3 изд. стр. 1 слл., 128 слл.

[2]) Съ этимъ совершенно совпадаетъ то, что говоритъ въ одномъ изъ весьма недавнихъ своихъ рѣшеній Лейпцигскій Reichsgericht: „Das BGB. bietet keinen Anhalt, dass eine Vertragszusage deswegen, weil der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit zugleich die Zahlung einer Geldsumme versprochen hat, nach anderen Regeln auszulegen sei, als den allgemein gültigen“ (2. Spruchsammlung der Deutschen Juristen-Zeitung, 1904, ad BGB. § 339, стр. 13).—Нѣсколько иначе приходитъ къ тому же выводу Дернбургъ въ своемъ Курсѣ новаго германскаго права: „Die Vertragsstrafe—учитъ онъ здѣсь (II, 1 стр. 228) — soll auf den Willen des Schuldners zu pflichtmässigem Handeln wirken, ähnlich wie die öffentliche Strafe. Deshalb genügt zu ihrem Verfallen nicht der Umstand, dass dem Vertrage zuwider nicht erfüllt ist, vielmehr ist erforderlich, dass dies dem Schuldner zuzurechnen ist“. Ср. еще нашего Мейера назв. соч. стр. 421.

ЦАБ "Автограф"

долженъ отличаться отъ договора безъ нея: все остается въ томъ же положеніи, какъ если бы никакой предварительной таксаціи интереса не послѣдовало. Мнѣ, пожалуй, возразятъ: но, вѣдь, неустойка является вмѣстѣ съ тѣмъ и средствомъ укрѣпленія обязательства. Безспорно, отвѣчу я, но этой ея функціи я нисколько не упускаю изъ виду. И помимо отвѣтственности безъ вины, неустоичное соглашеніе создаетъ для должника совершенно достаточный психологическій стимулъ исполнить свой обязательственный долгъ — стимулъ настолько притомъ серьезный, что въ немъ нельзя не находить весьма существеннаго укрѣпленія обязательства и въ частности договора. Что касается моментовъ, создающихъ подобное желаніе или compelle, то они мною уже неоднократно указывались, вслѣдствіе чего я не стану повторять ихъ вновь, а позволю себѣ отослать читателя къ предыдущему изложенію[1]).

Не могу не упомянуть еще только объ одномъ. Развивая свое положеніе о несущественности момента вины при наличности неустоичнаго соглашенія, Іерингъ заявляетъ: «Für den Iuristen bedarf dies nicht der Begründung; für ihn reicht die blosse Bezugnahme auf die bekannte Theorie der Konventionalpön aus, wie sie von den römischen Iuristen in richtiger Erkenntnis (?) des obwaltenden Verhältnisses entwickelt und von allen neueren Gesetzgebungen, soweit mir bekannt ist, angenommen worden ist». Послѣднее утвержденіе всего удивительнѣе. Оно прямо поражаетъ[2]). Какъ Іерингъ могъ написать подчеркнутыя мною строки, для меня непостижимо. Неужели онъ не зналъ, что въ огромномъ большинствѣ новыхъ законодательствъ вопросъ обстоитъ какъ разъ

[1]) См. выше, главнымъ образомъ, стр. 231 сл.

[2]) Въ особенности когда, вдобавокъ, читаешь въ концѣ даннаго Іерингомъ заключенія (стр. 20 сл): „Ich übernehme für alle Ansichten, die ich in dieser Angelegenheit ausgesprochen habe, vor den Richtern und dem grösseren Publikum mit meinem Namen die Verantwortung.... Mögen Sie die Gesichtspunkte, welche ich angab, als Advocat in der Sache verwerthen, ich meinerseits mag und darf keine Ansichten aussprechen, denen der Vorwurf einer sachlich nicht bis in's Kleinste und Einzelnste gehenden Begründung gemacht werden kann. In Bezug auf die Fragen, welche ich im Vorstehenden beantwortet habe, habe ich diesen Vorwurf nicht zu befürchten (??)... Die so allbekannte und feststehende, dass der durch meine gegenwärtigen Verhältnisse [время было лѣтнее, и Іерингъ, по несчастію, писалъ свой „Rechtsgutachten“ въ горахъ Гарца] herbeigeführte Mangel literarischer Hülfsmittel dabei nicht in Betracht kam“.

ЦАБ "Автограф"

обратно тому, что установляло въ данномъ отношеніи римское право и что имъ, Іерингомъ, считается непреложной и вѣчной истиной? Его утвержденіе ошибочно, безъ всякаго сомнѣнія, для французскаго[1]), для австрійскаго[2]) и для саксонскаго[3]) права, ошибочно, по всей вѣроятности, и по адресу прусскаго права[4]). Такъ на дѣло смотрятъ всѣ или почти всѣ коментаторы названныхъ кодексовъ, а равнымъ образомъ судебная практика, — нисколько при этомъ не вступая въ коллизію ни съ буквою, ни со смысломъ или духомъ закона[5]).

Но этого мало. Іерингъ игнорируетъ даже разность мнѣній на почвѣ самаго пандектнаго права, довольствуясь тѣмъ, что приводитъ взглядъ Савиньи, по которому въ римскомъ правѣ въ интересующемъ намъ здѣсь отношеніи должно отличать stricti iuris negotia отъ negotia bonae fidei: при первыхъ, училъ Савиньи, culpa, дѣйствительно, не служитъ непремѣннымъ реквизитомъ для права взысканія пени съ должника, — напротивъ того, при вторыхъ, какъ и при преторскихъ стипуляціяхъ, мо-

[1]) Code ст. 1229 въ соединеніи со ст. 1147 сл., ср. Demolombe Cou XXVI №№ 676 слл., Laurent Principes XXVII № 440 и Planiol Traité II № 255. Ср. еще италіанскій Codice art. 1212 въ связи съ art. 1225 сл., и португальское уложеніе ст. 677, а теперь также черногорскій Законникъ ст. 555 (изд. 1898 г.).

[2]) Ср. Randa назв. соч. стр. 33, Hasenöhrl назв. соч. I § 41 п. 2 и Schey, Das allg. bürg. Gesetzbuch прим. 4 къ § 1336.

[3]) Sächs. bürg. Gesetzbuch § 1432 въ связи съ § 738. Ср. коментарій Siebenhaar-Pöschmann'a примѣч. къ § 1432.

[4]) См. Дернбурга, Lehrb. des Preuss. Privatrechts II § 39 п. 3.

[5]) Ср. еще Цюрихское гражд. уложеніе § 972 (иначе, какъ уже указывалось выше стр. 208, Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ ст. 180 сл.). И законопроекты точно также не подтверждаютъ заявленія Іеринга: см., напримѣръ, Дрезденскій проектъ ст. 128. Въ мотивахъ къ Баварскому проекту 1861—62 г. (стр. 69) высказывается та мысль, что моментъ вины — дотого естественный реквизитъ для права требованія неустойки, что о немъ даже незачѣмъ особо упоминать въ законѣ (см. Lang, Bayrisch. Entw. II стр. 36). Отмѣчу еще, что и проектъ нашего остзейскаго свода ч. III выставлялъ требованіе вины при неустоичномъ договорѣ въ ст. 3821 (b) „Ist aber die Erfüllung ohne sein [des Verpflichteten] Verschulden unmöglich geworden, so ist er von seiner Verbindlichkeit vollständig befreit"), съ ссылкой на l. 69 D. de V. O. Правда, впослѣдствіи это требованіе было опущено (остзейск. Сводъ III ст. 3373),—очевидно, въ видахъ согласованія нормы съ болѣе правильно понятымъ римскимъ правомъ. (См. еще ст. 3322 и затѣмъ рѣшенія въ сборникѣ Zwingmann'a III № 360, VI № 1218 и VII № 1327, но также IV № 555.)

ЦАБ "Автограф"

ментъ вины долженъ считаться обязательнымъ. «Этотъ послѣдній взглядъ», добавляетъ Савиньи: «одинъ только и можетъ имѣть значеніе для современнаго права, такъ что для насъ договорная неустойка умѣстна только по отношенію къ тѣмъ должникамъ, которымъ можетъ быть вмѣнено неисполненіе договора» [1]. Іерингъ это ученіе считаетъ превратнымъ и непонятнымъ и замѣчаетъ, что оно основательно вызвало общій протестъ [2]). Но онъ снова неправъ: въ его словахъ и неточность формальная или, лучше, фактическая [3]), и ошибка внутренняя, по существу, ибо мнѣнію Савиньи нельзя отказать ни въ справедливости, ни въ цѣлесообразности.

Не будемъ по этому поводу вдаваться въ изслѣдованіе или споръ о томъ, насколько въ занимающемъ насъ вопросѣ необходимо допущеніе въ право пандектное чисто римскихъ положеній и примѣненіе ихъ здѣсь, на почвѣ gemeines Recht. (По моему убѣжденію, подобную необходимость едва-ли можно усмотрѣть, если имѣть ввиду, что римскія положенія вытекли изъ толкованія условной стипуляціи.) Не будемъ точно также доискиваться, не было-ли уже и во времена классической юриспруденціи (даже внѣ круга преторскихъ стипуляцій) какихъ-нибудь единичныхъ исключительныхъ рѣшеній, допускавшихъ отступленіе отъ строгаго начала, принятаго въ fr. 77 de V. O., въ fr. ult. de naut. faen. и т. д. [4]), или не дѣлались-ли, по крайней мѣрѣ, попытки въ этомъ направленіи. Гораздо важнѣе, что при созданіи новаго германскаго уложенія никто не сталъ на почву Іеринга, и что нарисованные имъ ужасы, неминуемо, будто бы, сопряженные съ принятіемъ въ расчетъ отсутствія вины на сторонѣ должника, обязавшагося подъ угрозою неустойки,—что эти ужасы никого не устрашили. Всѣ комиссіи, напротивъ того, съ рѣдкимъ единодушіемъ признали желательность нормы, по которой должникъ, не виновный въ нарушеніи обязательства и могущій доказать эту свою невинность, не подвергается взысканію

---

1) Obligationenrecht II стр. 281 (русск. перев. стр. 544).

2) Тамъ же стр. 6 слл.

3) Ср. сопоставленіе взгляловъ у Mann'a въ назв. соч. стр. 2 слл.

4) Такихъ рѣшеній, замѣтимъ мимоходомъ, нельзя видѣть ни въ fr. 10 § 1 i. f. D. de lege Rhodia 14, 2 (приводимомъ подчасъ въ этомъ именно смыслѣ, Ж. Жираръ назв. соч. стр. 38), ни въ fr. 54 § 1 D. loc. cond. 19, 2, ни, наконецъ, въ fr. 122 § 3 D. de V. O. (45, 1). У Савиньи (l. c. примѣч. s) всѣ ссылки относятся къ stipulationes praetoriae.

ЦАБ "Автограф"

неустойки [1]). Редакторы, такимъ образомъ (а вслѣдъ за ними и законодатель), согласились именно съ Савиньи, — и, прибавимъ, не

---

[1]) См. въ первомъ проектѣ § 422 въ связи съ § 246, во второмъ § 291 и § 241, въ третьемъ § 333 (334) вмѣстѣ съ § 279 и, наконецъ, въ самомъ кодексѣ § 339 въ связи съ § 285. Ср. къ этому еще Motive II стр. 278.

Небезъинтересно отмѣтить еще слѣдующее Все сказанное въ текстѣ относится къ важнѣйшему случаю, когда должникъ обязался къ дѣйствію положительному (таковъ былъ и случай, подлежавшій разсмотрѣнію Іеринга). Наоборотъ, когда должникъ, подъ страхомъ неустойки, обѣщаетъ не совершать чего-нибудь, тогда commissio poenae обыкновенно связывается уже съ фактомъ совершенія запрещеннаго по договору дѣйствія—безъ дальнѣйшаго. Такъ, по крайней мѣрѣ, дѣло обстоитъ въ большинствѣ современныхъ и уже поименованныхъ законодательствъ (см. выше, причемъ ссылку относительно Code'a слѣдуетъ дополнить еще ст. 1145), такъ оно нормировано и въ общегерманскомъ BGB Но въ германскую комиссію по выработкѣ второго проекта было внесено предложеніе распространить правило о признаніи значенія за моментомъ вины и на тотъ случай, когда неустоичное обѣщаніе призвано обезпечить обязательство, направленное на бездѣйствіе или, лучше, на воздержаніе отъ дѣйствія При этомъ указывалось, что нѣтъ внутренней причины различно относиться въ интересующемъ насъ отношеніи къ obligationes faciendi, съ одной, и non faciendi, съ другой стороны. А между тѣмъ, прибавлялось, трактуемое отступленіе отъ общаго начала можетъ повести къ несправедливости въ особенности по адресу наслѣдника, который весьма часто можетъ и не знать о томъ укрѣпленномъ неустойкою обязательствѣ не предпринимать чего-либо, которое взялъ на себя его наслѣдодатель. Подобныя несправедливости — *заявлялось наконецъ — тѣмъ менѣе желательны, что современное* правовое развитіе идетъ, безспорно, въ направленіи смягченія суровости, проистекающей для должника отъ неустоичнаго соглашенія. — Но комиссія означенное предложеніе отвергла —Большинство полагало, что различіе между однимъ и другимъ видомъ обязательствъ все-таки имѣется и въ разсматриваемомъ отношеніи Въ одномъ случаѣ—мотивировали это утвержденіе—при дѣйствіяхъ положительныхъ, еще только предстоитъ *переходъ чужого добра въ имущество вѣрителя; наоборотъ*, въ другомъ, при обязательствахъ non faciendi, вѣритель все требуемое уже имѣетъ въ своемъ имуществѣ и только желаетъ обезопасить себя отъ могущаго произойти нарушенія этого уже наличнаго порядка вещей. Въ первомъ, молъ, случаѣ предполагается дѣйствіе должника, который при такихъ условіяхъ, буде не оказывается in mora, подлежитъ извиненію; во второмъ, съ точки зрѣнія интереса вѣрителя, довольно безразлично, виновенъ-*ли должникъ, или нѣтъ, а потому здѣсь несправедливо допускать* причиненіе ущерба первому, т. е. вѣрителю, вопреки договору. Сдѣланное предложеніе, говорилось еще, несогласно и съ правовымъ чувствомъ народа, а равнымъ образомъ и съ понятіями оборота, такъ какъ-де въ оборотѣ предпо-

ЦАБ "Автограф"

только они. Въ отличіе отъ огромнѣйшаго числа другихъ положеній, заключавшихся въ проектахъ германскаго гражданскаго кодекса и сопровождавшихся критикой, нерѣдко весьма рѣзкой, въ томъ числѣ и такихъ положеній, которыя относились къ области изслѣдуемаго нами института, — данное какъ разъ положеніе о значеніи culpa при неустоичномъ соглашеніи не только не вызвало серьезнаго порицанія, но даже заслужило всеобщее признаніе. Назову только Густава Гартмана, юриста, несомнѣнно, чуткаго къ запросамъ правовой жизни [1]).

Остается добавить, что и по остальнымъ вопросамъ изъ нашей области, разрѣшавшимся въ римскомъ правѣ въ зависимости отъ толкованія неустоичной стипуляціи въ формѣ условія,—по моему мнѣнію, нѣтъ основанія держаться римскихъ образцовъ. Не вижу, слѣдовательно, причины, почему бы въ современномъ правѣ не выставлять непремѣннымъ реквизитомъ для commissio poenae также и напоминаніе должнику объ исполненіи,—поскольку такое напоминаніе законодателя вообще требуется. Такъ посмотрѣли на дѣло, между прочимъ, и новые кодексы нашего времени—прусскій Ландрехтъ въ I, 5 § 305, французскій Code въ ст. 1230 (=италіанск. Codice ст. 1213), австрійское уложеніе въ § 1336, саксонское въ § 1432 и общегерманское въ § 339—,связывающіе право на взысканіе пени съ просрочкой (въ техническомъ смыслѣ слова) со стороны должника. Изъ нихъ французскій кодексъ, требующій для наличности mora напоминаніе («interpellation», «sommation», art. 1139) даже въ случаѣ обязательства съ назначеніемъ опредѣленнаго срока для исполненія, признаетъ ту же необходимость и при договорѣ, укрѣпленномъ неустойкою [2]). Другіе, не исключая и италіанскаго кодекса въ ст. 1223 (какъ усвоившіе правило: dies interpellat pro homine), ограничиваются

лагается, что при обязательствѣ, заключающемся въ воздержаніи отъ дѣйствія, обычное намѣреніе сторонъ таково, что должникъ принимаетъ на себя извѣстную гарантію. (См. Protokolle I стр. 779 сл.) Впрочемъ, нѣкоторые писатели, несмотря на это, допускаютъ льготное для должника толкованіе и въ этомъ случаѣ: таковъ, наприм., Дернбургъ (Das Bürgerl. Recht II, 1 стр. 229; ср. еще Eck-Leonhard въ назв. соч. I стр. 331). — B.G.B. § 339 послужилъ образцомъ для § 1044 венгерскаго проекта: то же различеніе обязательствъ faciendi и non faciendi съ тою же различной для обоихъ случаевъ нормировкой мы встрѣчаемъ еще въ чилійскомъ уложеніи (ст. 1538).

[1]) См. уже указанную статью его въ Arch. f. d. civ. Prax. LXXIII стр. 380.

[2]) Demolombe въ указ. мѣстѣ, Laurent назв. соч. XVII №№ 436 сл.

ЦАБ "Автограф"

требованіемъ интерпелляціи въ случаяхъ безъ обозначенія точнаго времени для выполненія обязательства [1]).

Равнымъ образомъ, едва-ли, думается, обязательно для современнаго судьи присуждать неустоичную сумму при неисполненіи должникомъ только части требуемаго дѣйствія. Изъ коментаторовъ новаго германскаго кодекса, не заключающаго на этотъ счетъ отдѣльной нормы, не всѣ, правда, согласны съ этимъ только-что высказаннымъ положеніемъ. Такъ, Эккъ и Дернбургъ[2]) еще не считаютъ себя вправѣ покинуть римскую точку зрѣнія. Затѣмъ и Эндеманъ[3]) слѣдуетъ римскому же правилу, допуская исключеніе развѣ для того случая, когда невыполненный остатокъ сравнительно ничтоженъ по своей величинѣ, вслѣдствіе чего принятіе его въ соображеніе представлялось бы недобросовѣстнымъ (аналогичное примѣненіе § 320 п. 2 гражданскаго уложенія). Но Cosack выражается уже гораздо осторожнѣе («Ob die Strafe auch dann verfallen ist, wenn der Schuldner die Hauptleistung teilweise bewirkt, teilweise nicht bewirkt hat, lässt sich nur im Einzelfall bestimmen»)[4]), a Oertmann, хотя принципіально и держится еще того же взгляда, что Эндеманъ, обосновывая этотъ взглядъ отчасти тѣмъ соображеніемъ, что вѣритель вовсе, вѣдь, не обязанъ принимать неполнаго или дефектнаго исполненія·

---

[1]) Относительно отзейскаго Свода вопросъ долженъ быть признанъ крайне спорнымъ. Для случаевъ, когда въ обязательствѣ срокъ назначенъ, сомнѣній, правда, нѣтъ: тутъ рѣшаетъ фактъ наступленія срока (ст. 3306 п. 3, 3322 и 3374). Но другое дѣло, когда такого срока нѣтъ. Тогда отвѣтъ зависитъ отъ предварительнаго разрѣшенія двухъ вопросовъ: 1) является ли т. наз. gemeines Recht субсидіарнымъ источникомъ права для Прибалтійскихъ губерній (о контроверзѣ см. Кассо, Обзоръ остзейскаго гражданскаго права § 49), и 2) каково здѣсь ученіе самаго пандектнаго права (см. Dernburg Pand. II § 46 прим. 9).—Erdmann'омъ назв. соч. IV § 297 i. f отвѣтъ дается по Виндшейду.

Укажу еще, съ точки зрѣнія общерусскаго гражданскаго законодательства (нашего ius universale), что Сенатъ сталъ на ту почву, „что право на взысканіе неустойки съ обязавшейся стороны возникаетъ для контрагента со времени просрочки исполненія подоговору“, и что, слѣдовательно, присужденіе неустойки за неисполненіе договора, хотя бы истецъ и не требовалъ отъ отвѣтчика исполненія договора, вполнѣ согласно съ 1573 и 1585 ст. 1 ч. X т. (рѣш. гражд. касс. деп. 79/40, ср. 75/872 и 78/183).

[2]) Первый въ назв. соч. I стр. 333, второй въ указанномъ выше мѣстѣ.

[3]) Въ назв. соч. II стр. 603.

[4]) Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts I стр. 335.

ЦАБ "Автограф"

(B. G. B. §§ 266, 363),—однако прибавляетъ: «Если же такое исполненіе тѣмъ не менѣе принято, то въ такомъ случаѣ предъ нами только «ненадлежащее исполненіе» въ смыслѣ § 341, и долженъ возникнуть вопросъ, условлена-ли неустойка и на этотъ случай, а если условлена, то какая»[1]).

Это разсужденіе Эртмана разумно и, понятно, примѣнимо не къ одному только германскому уложенію. Но нельзя не видѣть, что въ сущности оно значительно вмѣстѣ съ тѣмъ измѣняетъ выставленный коментаторомъ общій принципъ, превращая его на практикѣ весьма часто въ прямо противоположный. Изъ ограниченія, внесеннаго Эртманомъ, прямо слѣдуетъ, что вѣритель, принявшій часть исполненія обязательства, тѣмъ самымъ лишается права на взысканіе пени, обезпечивающей все или полное исполненіе. Ничего другого, очевидно, и я не требую, считая именно этотъ результатъ правильнымъ и желательнымъ[2]). Напомню еще только тѣ мотивы, которые приведены у французскихъ юристовъ въ оправданіе ст. 1231 Code'a[3]). Такимъ образомъ, въ сейчасъ указанномъ случаѣ (принятія части слѣдуемаго) вѣритель долженъ получить удовлетвореніе на общемъ основаніи, путемъ общаго иска объ убыткахъ (а не путемъ присужденія ему пени), что, повторяю, заслуживаетъ сочувствія. De lege ferenda, впрочемъ, трудно, кажется мнѣ, возражать и противъ такой нормы, какъ только-что упомянутая статья 1231 Наполеонова кодекса или какая-либо другая аналогичная, уже знакомая намъ, норма,—разумѣется, со всѣми тѣми ограниче-

---

[1]) Назв. коментарій прим. 4 къ § 339.

[2]) Типичный примѣръ рѣшенія въ противоположномъ смыслѣ на почвѣ римскаго права можно найти въ Archiv'ѣ Seuffert'a II, 277. Судъ (Любекскій) *призналъ, что если коми-вояжеръ заключилъ договоръ на три года, съ* обязательствомъ, подъ страхомъ неустойки въ 875 гульденовъ, доставлять ежегодно покупателей на сумму не менѣе 6000 талеровъ, то съ него можетъ быть взыскана пеня уже тогда, если онъ въ теченіе перваго года доставилъ своей фирмѣ дѣлъ меньше, чѣмъ на 6000. Судъ основывался на fr. 85 § 6 D. de V. O. и на другихъ уже извѣстныхъ намъ отрывкахъ классиковъ, а Pagenstecher, Pandekten-Praktikum стр. 344 сл. (данное рѣшеніе вошло въ сборникъ Girtanner'a, Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten № CCII) прибавляетъ, что коми-вояжеру не въ состояніи помочь и то обстоятельство, если онъ въ теченіе двухъ слѣдующихъ лѣтъ пополнитъ недочетъ за первый годъ, такъ какъ-де „condicio, quae semel extitit, iam non deficere potest".

[3]) См. выше стр. 259 сл.

ЦАБ "Автограф"

ніями, какія сопровождаютъ ея примѣненіе во французской судебной практикѣ [1]) и [2]).

Въ связи со сказаннымъ я долженъ коснуться одной попытки представить юридическую конструкцію добровольной неустойки—попытки, сдѣланной въ недавнее сравнительно время и принадлежащей перу проф. А. Х. Гольмстена [3]).

[1]) См. выше l. c. и въ особенности примѣч. на стр. 260 сл. Въ русской литературѣ высказалъ сочувствіе французской постановкѣ вопроса проф. Покровскій, который при этомъ исходитъ изъ соображенія, что „судъ долженъ руководствоваться или явно выраженнымъ или подразумѣвавшимся соглашеніемъ сторонъ“ („Справедливость, усмотрѣніе судьи и судебная опека“ въ Вѣстн. Права 1899 декабрь стр. 76).

[2]) Почти излишне прибавлять, что при переходѣ по наслѣдованію обязательства съ неустойкою послѣдняя должна дѣлиться между наслѣдниками (пассивно и активно). Это вытекаетъ изъ проводимой мною точки зрѣнія, по которой обязательство, укрѣпленное неустоичнымъ соглашеніемъ, должно обсуждаться въ затронутыхъ нами отношеніяхъ такимъ же точно образомъ, какъ о б ы к н о в е н н о е обязательство, за неисполненіе котораго съ должника слѣдуетъ вознагражденіе. Исходя отсюда, мнѣ представляется вѣрнымъ (хотя и ненужнымъ) положеніе нашего остзейскаго Свода въ ст. 3377: „Право требованія неустойки, равно какъ и отвѣтственность въ платежѣ оной, переходитъ на наслѣдниковъ обязавшагося (почему только о б я з а в ш а г о с я? недосмотръ переводчика!) лица; но отвѣтственность эта, когда наслѣдниковъ нѣсколько, не солидарна для нихъ“. Еще проще выражается прусскій Ландрехтъ въ отдѣлѣ о пріобрѣтеніи наслѣдства, I, 9 § 366: „Mit den Rechten und Pflichten in Ansehung der Conventionalstrafen hat es eben die Bewandniss, wie mit andern aus Verträgen entspringenden Befugnissen und Verbindlichkeiten“. Ср. австр. улож. § 1337: „Die Verbindlichkeit z u m E r s a t z e d e s S c h a d e n s und des entgangenen Gewinnes, oder z u r E n t r i c h t u n g d e s b e d u n g e n e n V e r g ü t u n g s b e t r a g e s haftet auf dem Vermögen und geht auf die Erben über“.

[3]) Юридическія изслѣдованія и статьи III, 3 стр. 171 слл.: „Юридическая конструкція добровольной неустойки“. Первоначально эта статья появилась въ (безвременно погибшей) „Юридической Лѣтописи“ (1891 г. кн. 3 стр. 187 слл.). Аналогичная же—по цѣли и пріему—попытка сдѣлана, въ примѣненіи главнымъ образомъ къ р и м с к о м у праву, и въ знакомой намъ диссертаціи Neuenfeldt'a „Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung?“ Въ виду того однако, что предложенное здѣсь авторомъ теоретическое обоснованіе, по справедливому мнѣнію Гольмстена, весьма слабо, я въ дальнѣйшемъ руководствуюсь изложеніемъ т о л ь к о Гольмстена въ названной работѣ, ограничиваясь констатированіемъ мѣстами взгляда и разногласія Neuenfeldt'a. Прибавлю лишь, что Neuenfeldt, видимо, оказалъ самое серьезное вліяніе на Mauler'a (назв. диссерт. стр. 18 сл.): различіе между ними, главнымъ образомъ, то, что, схема, предложенная Mauler'омъ, нѣсколько сложнѣе — но не лучше—схемы, послужившей образцомъ.

ЦАБ "Автограф"

«Ученіе о неустойкѣ», справедливо говоритъ Гольмстенъ, «—одна изъ благодарнѣйшихъ темъ для юридическаго анализа и юридической конструкціи, это—одна изъ любопытнѣйшихъ задачъ, предлагаемыхъ юридической логикѣ и разрѣшаемыхъ ею».

Суть дѣла, по Гольмстену, «заключается въ томъ, что если неустойка есть денежная пеня, налагаемая за неисправность, то отсюда вытекаетъ рядъ послѣдствій даннаго рода; если она есть сумма погашающая возможные убытки неисполненія обязательства—послѣдствія діаметрально противоположны».

Эти послѣдствія или, по крайней мѣрѣ, главнѣйшія изъ нихъ, резюмируются авторомъ въ шести пунктахъ, которые, въ послѣдовательномъ порядкѣ, относятся къ вопросамъ:

> 1) о винѣ, 2) о частичномъ исполненіи основного обязательства, 3) объ (альтернативномъ или кумулятивномъ) отношеніи между неустойкою и исполненіемъ обязательства, 4) о преемственности или, точнѣе, пассивномъ переходѣ на наслѣдниковъ обязанностей, вытекающихъ изъ неустоичнаго соглашенія, 5) объ ограниченіи размѣровъ неустойки закономъ или уменьшеніи ихъ судомъ и, наконецъ, 6) объ отношеніи (опять-таки альтернативномъ или кумулятивномъ) между неустойкою и причиненнымъ ущербомъ.

Если, полагаетъ Гольмстенъ, стать на почву пенальнаго или уголовнаго характера неустойки, то послѣдствія, по намѣченнымъ пунктамъ, представляются въ слѣдующемъ видѣ:

1) Моментъ вины долженъ считаться существеннымъ, такъ какъ «основное условіе уголовной отвѣтственности» — «виновность посягающаго». Отсюда то послѣдствіе, что случай исключаетъ обязанность платежа неустойки.

2) Частичное нарушеніе основного обязательства должно быть приравнено къ полному. И здѣсь и тамъ налицо «неисправность», т. е. именно то дѣяніе, которое предусмотрѣно въ нормѣ, а въ данномъ случаѣ—въ нормѣ договора, in lege privata.

3) Отношеніе между неустойкою и исполненіемъ главнаго обязательства необходимо кумулятивное,—подобно тому какъ «отбытіе наказанія не избавляетъ осужденнаго отъ необходимости исполнить впредь ту обязанность, за неисполненіе которой онъ былъ наказанъ».

4) Пассивной преемственности въ обязательствѣ платить неустойку не можетъ быть, ибо всякое «наказаніе должно быть личное».

ЦАБ "Автограф"

5) Ограниченію величины пени со стороны закона или сбавкѣ ея со стороны судьи нѣтъ мѣста: отличаясь характеромъ «устрашительнымъ и обезпечительнымъ», пеня можетъ стоять «внѣ всякаго отношенія къ цѣнѣ предмета главнаго обязательства».

6) Отношеніе между платежомъ неустойки и вознагражденіемъ за причиненные вредъ и убытки снова кумулятивное, въ полной аналогіи съ тѣмъ явленіемъ, что «преступное дѣяніе, независимо отъ карательныхъ послѣдствій, влечетъ за собою право лица пострадавшаго требовать вознагражденія за убытки, причиненные преступленіемъ».

Если же, наоборотъ, держаться другого воззрѣнія на неустойку, «по которому она есть сумма, напередъ выговоренная для погашенія убытковъ неисполненія обязательства»,—то въ такомъ случаѣ, учитъ Гольмстенъ, послѣдствія получаются совершенно другія:

1) Моментъ вины оказывается безразличнымъ. Это потому, что вѣритель, выговаривая себѣ неустойку, очевидно, хочетъ обезпечить себя отъ убытковъ, безотносительно ко всякимъ обстоятельствамъ, могущимъ послужить причиною неисполненія главнаго договора и нанесенія тѣмъ ущерба ему, вѣрителю. Считаться съ фактомъ наличности или отсутствія вины было бы противно намѣренію сторонъ.

2) Частичное исполненіе или неисполненіе влечетъ за собою соотвѣтственное уменьшеніе размѣра неустойки. Вредъ отъ неполнаго нарушенія обязательства не равенъ вреду отъ нарушенія полнаго: расчетъ, стало быть, измѣняется.

3) «Неустойка и исполненіе альтернативны». Это слѣдуетъ изъ того соображенія, что неустойка—эквивалентъ предмета главнаго обязательства.

4) «Какъ видъ обязательствъ вознагражденія за убытки», неустойка переходитъ и на наслѣдниковъ должника.

5) На томъ же основаніи, т. е. будучи вознагражденіемъ за убытокъ, неустойка «находитъ въ послѣднемъ свой объективный критерій». Сообразно могущему предвидѣться или дѣйствительно наступившему ущербу, неустойка подлежитъ и ограниченіямъ въ порядкѣ закона и пониженію судомъ.

6) Отношеніе между взысканіемъ неустойки и ущерба альтернативное. Иначе взысканіе было бы двойное.

По нашему мнѣнію, почтенному автору могутъ быть сдѣланы слѣдующія возраженія.

ЦАБ "Автограф"

Изъ намѣченныхъ шести пунктовъ не всѣ дѣйствительно состоятъ въ связи съ той или другой указанной точкой зрѣнія на договорную неустойку. Это прежде всего должно сказать относительно двухъ первыхъ моментовъ—вины (1) и неполнаго нарушенія главнаго обязательства (2).

Что касается здѣсь римскаго права, то въ немъ, какъ мы успѣли убѣдиться, дѣло обстоитъ такъ, что вопросъ о culpa, какъ реквизитѣ для права взысканія условленной пени, а равнымъ образомъ вопросъ о commissio poenae при частичномъ неисполненіи находятся въ зависимости отъ интерпретаціи осуществленія условія при стипуляціи. На рѣшеніе этихъ вопросовъ въ томъ или другомъ смыслѣ не оказываетъ, напротивъ того, вліянія соображеніе о пенальномъ или оцѣночномъ характерѣ неустойки[1]). Это видно, между прочимъ, и изъ самаго направленія рѣшенія, которое въ обоихъ вопросахъ состоялось въ смыслѣ наименѣе благопріятномъ для должника,—что вполнѣ понятно, если исходить изъ толкованія, повторяю, условія въ связи со строгимъ и точнымъ отношеніемъ къ stricti iuris negotium, но вовсе не понятно, если принять изложенное распредѣленіе послѣдствій по двумъ выдвинутымъ принципамъ. Иначе пришлось бы уже тутъ сказать, что римскіе юристы въ одномъ отношеніи положили въ основу своего сужденія одно начало, а въ другомъ—другое, обратное первому[2]).

---

[1]) Ср. еще Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II стр. 721, который отвергаетъ (противорѣчащій этому) взглядъ Neuenfeldt'a.

[2]) Neuenfeldt (§§ 28 сл.), правда, говоритъ о смѣшеніи точекъ зрѣнія въ римскомъ правѣ по адресу неустойки. Онъ предполагаетъ историческій процессъ, преобразовавшій неустойку изъ настоящаго наказанія въ то, чѣмъ она стала впослѣдствіи. Но я отказываюсь признать за его изложеніемъ доказательную силу. Мѣста изъ позднеклассическаго права (вдобавокъ, болѣе чѣмъ рѣдкія) подтвержденіемъ такого процесса, очевидно, служить не могутъ. Къ примѣру изъ области авторскаго права, гдѣ уголовная точка зрѣнія постепенно смѣнялась гражданскою, относиться, какъ къ доказательству,—трудно. Что касается нѣкоторыхъ другихъ приводимыхъ явленій, полнѣе извѣстныхъ изъ труда Іеринга (см. выше стр. 83 сл.), то въ ихъ истинности я не сомнѣваюсь. Но вся бѣда въ томъ, что къ добровольной неустойкѣ они не имѣютъ никакого отношенія; comparaison n'est pas raison. А кромѣ того, Neuenfeldt, видимо, смѣшиваетъ два явленія: фактъ примитивной, грубой оцѣнки ущерба, выражающейся въ какой-нибудь duplae stipulatio, и деликтное основаніе иска. Ставъ на точку зрѣнія Экка („Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums"), усматривающаго договорный характеръ даже въ actio auctoritatis (вопросъ о правильности этого взгляда

ЦАБ "Автограф"

Переходя затѣмъ къ новымъ кодификаціямъ, нельзя не согласиться, что теченіе права въ двухъ упомянутыхъ отношеніяхъ совпадаетъ съ смягченіемъ отвѣтственности должника: culpa получаетъ существенную важность (къ чему наблюдается стремленіе уже въ пандектномъ правѣ), это — разъ, и, два,замѣтна несомнѣнная тенденція уменьшить размѣры взысканія съ должника, который частью все же выполнилъ слѣдуемое съ него по договору — тенденція, приводящая къ извѣстному колебанію на этотъ счетъ или несходству правъ новой формаціи. Но этотъ процессъ развитія опять-таки не свидѣтельствуетъ въ пользу интересующихъ насъ двухъ моментовъ, какъ данныхъ для конструкціи автора, ибо обнаруживаетъ, что оспариваемая точка зрѣнія, во-первыхъ, допускаетъ исторически неправдоподобную двойственность въ движеніи права примѣнительно къ нашему институту (въ отношеніи пункта перваго о винѣ движеніе права шло бы въ направленіи къ пенальной природѣ неустойки; въ отношеніи пункта второго объ отвѣтственности при неполномъ нарушеніи обязательства — въ направленіи противоположномъ, приближаясь къ неустойкѣ въ ея качествѣ наперед таксированнаго интереса), — а, во-вторыхъ, противорѣчитъ тому твердо установленному (и справедливо признаваемому и самимъ авторомъ) факту, что неустойка въ современныхъ западныхъ законодательствахъ—не иное что, какъ именно особаго рода вознагражденіе за убытки.

Уже отсюда должно возникнуть сомнѣніе насчетъ истинности того положенія, что принятіе въ соображеніе момента виновности характеризуетъ пеню, какъ кару, и чуждо природѣ той же пени, какъ антиципированнаго возмѣщенія вреда. Въ самомъ дѣлѣ: откуда это положеніе почерпнуто? Изъ самаго-ли существа нашего института, или, быть можетъ, оно скорѣе навѣяно римскими ученіями? Думаю не ошибиться, разрѣшая вопросъ въ послѣднемъ смыслѣ. Такъ какъ мой взглядъ на реквизитъ вины при неустойкѣ уже достаточно ясенъ изъ предыдущаго[1]), то я ограничусь лишь тѣмъ, что еще разъ напомню, что и въ гражданскомъ

оставляется мною открытымъ: см., съ одной стороны, Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht I §§ 12 и 13 и Lenel, Edictum стр. 423 слл., а, съ другой, Pernice, Labeo III стр. 115 слл. и Girard, Manuel стр. 549 слл.),— уже во всякомъ случаѣ немыслимо конструировать пенальное происхожденіе стипуляціи, направленной на dupla (pecuniа...).

[1]) См. выше стр. 270 слл.

ЦАБ "Автограф"

правѣ обязанность вознаградить контрагента обусловливается, говоря вообще, виною должника. Въ понятіе неустойки въ какомъ-угодно значеніи отнюдь не входитъ обезпеченіе противъ всего, въ томъ числѣ и противъ фактовъ случайныхъ, стоящихъ внѣ сферы воли лица обязаннаго и не имѣющихъ ничего общаго ни съ его умысломъ, ни даже съ его небрежностью хотя бы въ слабой степени[1]). Разумѣется, стороны могутъ заключить и такого рода договоръ: онѣ могутъ согласиться, что должникъ принимаетъ на себя отвѣтственность за всякое неисполненіе обязательства, отъ чего бы оно ни произошло: требуемаго дѣйствія или положенія вещей не окажется налицо — онъ отвѣчаетъ. Противъ такого принятія на себя гарантіи за исходъ по добровольному соглашенію нельзя, конечно, ничего возразить: это, вѣдь, не pactio ne dolus praestetur[2]). Но чтобы такая гарантія была внутренне присуща оцѣночной неустойкѣ, какъ таковой, я не усматриваю:

---

[1]) Ср. Мейера (указ. соч. стр. 421 сл.): „Штакъ, если совершенно безъ вины контрагента, по какому-либо случаю, онъ оказывается неисправнымъ, то для него нѣтъ обязательства платить неустойку, тѣмъ болѣе, что она составляетъ обезпеченіе именно противъ неисправности контрагента, а не направляется къ обезпеченію противъ фактовъ, которые внѣ всякой вины лица обязаннаго; противъ обстоятельствъ случайныхъ мы обезпечиваемъ себя иными средствами, напр., прибѣгаемъ къ договору страхованія. Наша практика въ этомъ отношеніи стоитъ на правильной точкѣ зрѣнія: у насъ не требуется платежа неустойки, когда со стороны лица обязаннаго нѣтъ неисправности. Въ случаѣ судебнаго разбирательства по договору контрагентъ, обязанный неустойкою, долженъ доказать, что онъ невиненъ въ неисправности, и, по представленіи такого доказательства, не обязанъ платить неустойку". Для иллюстраціи, сошлюсь на рѣшенія Кассаціоннаго Сената 71/428 и (позднѣйшія) 1900/62 и 03/71 и замѣчу, что эта судебная практика безъ достаточнаго основанія порицается въ „Правѣ" (1901 г. стр. 1817 слл.): критикъ здѣсь въ общемъ проводитъ ту же точку зрѣнія, что Іерингъ въ извѣстномъ намъ „заключеніи" (выше стр. 271 сл.). Иное, конечно,—правильность или неправильность привлеченія Сенатомъ ст. 216 и 218 т. X полож. о казен. подр., но дѣло въ томъ, что взглядъ, высказанный нами въ текстѣ, вовсе не нуждается въ подкрѣпленіи данными статьями. Вся сила, повторяю, въ простой истинѣ, что обязательство съ неустойкою, какъ и безъ нея, ведетъ къ отвѣтственности только при наличности вины. Въ виду погрѣшности, допущенной Анненковымъ (назв. соч. III стр. 258), я долженъ добавить, что придаточный характеръ неустоичнаго соглашенія (и касс. рѣшеніе 98/18), такимъ образомъ, ровно ни при чемъ: это вопросъ совершенно отличный отъ нашего.

[2]) Ср. Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerl. Gesetzbuch стр. 128 сл.

ЦАБ "Автограф"

она возможна въ соединеніи съ неустоичнымъ соглашеніемъ, въ качествѣ дальнѣйшаго побочнаго условія, — какъ, разумѣется, возможна и безъ него.

Такимъ образомъ, моментъ вины. по моему крайнему разумѣнію, безразличенъ для юридической конструкціи договорной неустойки, точнѣе, для разрѣшенія вопроса о томъ, чѣмъ неустойка является— наказаніемъ-ли, или заранѣе опредѣленнымъ вознагражденіемъ. Но точно также безразличенъ и второй затронутый нами моментъ. Присуждать-ли неустойку при частичномъ нарушеніи должникомъ договора, или не присуждать, зависитъ не отъ того, которую избрать изъ двухъ означенныхъ точекъ зрѣнія, а отъ того, какъ толковать возложенное на должника обязательство. Въ Римѣ неустойка совершенно такъ же, какъ и во всей почти современной Европѣ, была оцѣночная. И тѣмъ не менѣе вся неустойка подлежала взысканію, хотя бы девять десятыхъ обязательства были исполнены, а неисполненной осталась лишь одна десятая. Почему? А потому, что на заключенный договоръ римскіе юристы смотрѣли подъ угломъ условія, а при такомъ углѣ зрѣнія, если кто не исполнилъ всего, то приходится (строго держась редакціи договора) сказать, что онъ вообще не исполнилъ. Тиціи обѣщаетъ поставить сто мѣръ пшеницы, а если ста мѣръ пшеницы не поставитъ, заплатить такую-то пеню. Но онъ ставитъ только 90. Римлянинъ тутъ разсуждаетъ такъ: поставилъ-ли Тиціи сто?—Нѣтъ, онъ не поставилъ ста, а разъ не поставилъ, то, согласно осуществившемуся вслѣдствіе того условію, онъ подвергается взысканію пени. Ходъ мысли здѣсь, очевидно, ничѣмъ рѣшительно не отличается отъ того, который хорошо знакомъ изъ римскаго процесса. При stricti iuris iudicia судья разсуждалъ совершенно аналогично. Онъ получалъ формулу претора, въ которой говорилось: Si p. N^m N^m A^0 A^0 sestertium decem milia dare oportere, iudex, N^m N^m A^0 A^0 sestertium decem milia c. s. n. p. a. Слѣдствіе затѣмъ выясняло, что отвѣтчикъ истцу дѣйствительно долженъ, но долженъ не десять, а девять тысячъ. Что дѣлалъ судья? что ему оставалось дѣлать? Онъ отказывалъ, принужденъ былъ отказать истцу во всѣхъ десяти тысячахъ, во всемъ искѣ. При наличности строгой condictio, формулы для actio certae creditae pecuniae, не дававшей ему никакого простора, онъ иначе поступить не могъ, ибо на вопросъ: оказалось-ли, что отвѣтчикъ истцу долженъ десять тысячъ, онъ, iudex, не могъ не отвѣтить: нѣтъ, не оказалось, non paret,—вслѣдствіе чего для него, iudex'а, самымъ неизбѣжнымъ обра

ЦАБ "Автограф"

зомъ возникала обязанность примѣнить вторую часть дилеммы, т. е. обязанность absolvere.

Такъ разсуждали въ древнемъ Римѣ. Но и въ современномъ правѣ, при нерѣдко строгомъ и формальномъ отношеніи къ обязательству, иные приходятъ къ тому же результату въ области дѣйствія тѣхъ законодательствъ, которыя, въ отличіе отъ прусскаго Земскаго Права или Наполеонова кодекса, не заключаютъ спеціальныхъ на данный счетъ опредѣленій. Мы видѣли[1]), что нѣкоторые коментаторы общегерманскаго гражданскаго уложенія допускаютъ возможность присужденія всей неустойки и при частичномъ только неисполненіи. Очевидно, они руководствуются соображеніемъ, что кто не все исполнилъ, тотъ и вообще не исполнилъ. И нельзя сказать, чтобы такое соображеніе было всегда невѣрно. Раньше я настаивалъ на томъ, что неполное нарушеніе не должно вести необходимо или обязательно къ присужденію пени, что этотъ абсолютный принципъ римскаго права не заслуживаетъ примѣненія и подражанія въ настоящее время. Но подобное послѣдствіе можетъ и теперь быть справедливымъ и цѣлесообразнымъ, а приведенное выше соображеніе вполнѣ правильнымъ — и притомъ правильнымъ не только съ точки зрѣнія формальной логики: часть исполненія можетъ быть и не желательна и не нужна вѣрителю. Но справедливо-ли будетъ въ такихъ случаяхъ утверждать, что предъ нами послѣдствіе пенальной природы института? Едва-ли, — ибо если отбросить дополнительное соглашеніе о неустойкѣ, то результатъ все-таки получится тотъ же самый или, точнѣе, аналогичный: и тогда при выполненіи должникомъ части обязательства, вѣритель нерѣдко тѣмъ не менѣе вправѣ будетъ взыскать съ него столько же, сколько ему причиталось бы, если бы его контрагентъ вовсе не приступалъ къ исполненію своихъ обязанностей.

И наоборотъ. Допустимъ, вмѣстѣ съ авторомъ и господствующимъ ученіемъ, что въ нашемъ отечественномъ правѣ неустойка отличается характеромъ безусловно штрафнымъ. Слѣдуетъ-*ли* отсюда, что ее обязательно взыскивать и при частичномъ уже нарушеніи договора? Не думаю. Правда, смягчать, т. е. соразмѣрно понижать, неустойку тогда невозможно, но это недозволительно и при другой ея природѣ, недозволительно вообще, разъ въ кодексѣ нѣтъ нормы (въ родѣ, напримѣръ, ст. 1231 Code'a), спеціально уполномачивающей

[1]) См. выше стр. 280 сл.

ЦАБ "Автограф"

судью. Но и при наличности карательной неустойки ничто не препятствуетъ совсѣмъ не примѣнять условія о ненѣ въ случаѣ частичнаго неисполненія, отсылая вѣрителя къ отыскиванію вреда и убытковъ на общемъ основаніи. Ибо въ томъ, по крайней мѣрѣ, случаѣ, когда вѣритель принялъ часть исполненія, всегда примѣнима — безотносительно къ характеру неустойки — извѣстная намъ аргументація французскихъ и нѣмецкихъ юристовъ, сводящаяся къ тому, что предусмотрѣнное сторонами неисполненіе не наступило, а наступилъ другой, непредусмотрѣнный случай—случай только ненадлежащаго исполненія[1]). Добавлю, что кто слѣдилъ за нашимъ изложеніемъ и убѣдился, что неустойка, назначаемая, какъ обезпеченіе исполненія, съ одной, и неустойка, какъ обезпеченіе полноты, правильности, своевременности и т. п. исполненія, съ другой стороны, — это дѣйствительно два различные типа неустойки. — тотъ не сочтетъ означенной аргументаціи ни пустой игрой словъ, ни софистической тонкостью.

Обращаясь къ одному изъ дальнѣйшихъ выставляемыхъ авторомъ моментовъ, къ способности или неспособности неустойки переходить на наслѣдниковъ должника (4), нельзя не видѣть, что моментъ этотъ могъ бы дѣйствительно служить реальнымъ и характернымъ критеріемъ, если бы выборъ шелъ между двумя природами неустойки, изъ коихъ одна являлась бы гражданскою, а другая уголовною, пенальною въ истинномъ смыслѣ слова. Но на самомъ дѣлѣ уголовный характеръ въ этомъ своемъ значеніи нигдѣ не присущъ нашему институту. Говоря о «карательной» его природѣ, о неустойкѣ, какъ «наказаніи» и т. п., мы всегда, конечно, разумѣемъ гражданское наказаніе, наказаніе въ смыслѣ самомъ общемъ и нами уже установленномъ[2]). Единственное здѣсь исключеніе,

---

[1]) Вопреки Анненкову (назв. соч. III стр. 256), эта аргументація вполнѣ допустима и въ русскомъ правѣ. „Неисполненіе“ (ст. 1585 т. X) нѣтъ необходимости толковать непремѣнно на римскій ладъ, т. е. какъ неисполненіе также частичное. Если стороны имѣли ввиду полное неисполненіе и на этотъ случай условились насчетъ неустойки, то неужели обязательно считать неустойку подлежащей взысканію и при наступившемъ исполненіи—принятой вѣрителемъ—части обязательства?! И Сенатъ, вѣдь, говоритъ, что „неустойка можетъ относиться до тѣхъ только условій договора, въ обезпеченіе исполненія которыхъ она установлена по обоюдному согласію сторонъ“ (67/209).

[2]) См. выше стр. 128 сл.

ЦАБ "Автограф"

это—партикулярная норма нашего т. X ч. 1, точнѣе, уже извѣстная намъ статья 1586[1]),—продуктъ, нужно полагать, простого недоразумѣнія. Вообще же, если отвлечься отъ этой совершенной аномаліи, то въ настоящемъ, не исключая и нашего общерусскаго права, пассивная и активная преемственность неустойки — явленіе столь безспорное и очевидное, что на этотъ счетъ не наблюдается ни разности взглядовъ, ни разности опредѣленій въ законодательствахъ[2]). Спорятъ — дѣйствительно — о томъ, какова отвѣтственность наслѣдниковъ должника, связавшаго себя неустойкою, — солидарная-ли она, или же проратарная, соразмѣрная, а если допустима и та и другая, то когда бываетъ одна и когда другая, — но это споръ, который ведется исключительно на чисто гражданской почвѣ и рѣшается не тѣмъ, которому изъ двухъ занимающихъ насъ характеровъ неустойки отдать предпочтеніе, а соображеніями опять-таки римско-правовыми и намъ уже извѣстными—объ исполнимости или, лучше, неисполнимости, въ извѣстной только части, обязательства подъ условіемъ и о пріобрѣтаемомъ обязательствомъ вслѣдствіе того свойствъ недѣлимости[3]).

---

[1]) См. выше стр. 257.

[2]) Для римскихъ юристовъ здѣсь не было и вопроса: ср., кромѣ уже цитированныхъ fr. 77 D. de V. O. 45, 1 и fr ult. de naut. faen 22, 2 („...perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris“), еще fr. 23 § 3 D de hered. instit. 28, 5 („Sed si sub condicione quis heres institutus sit et grave aes alienum sit, quod ex poena crescit, et rel.“) и fr. 1 § 1 D. de curat. bon. dando 42, 7.

[3]) Совершенно сознательно и ясно указываютъ на эту зависимость отъ римскихъ воззрѣній французскіе юристы, причемъ обнаруживаютъ рѣдкое единодушіе. Ср, для примѣра, Merlin Repertoire IX стр. 219, Aubry назв. соч стр. 40, Thoureau назв. соч. стр. 76, Acollas Manuel [de droit civil II № 1233 (особенно сильно подчеркивающій вліяніе формы: „formalisme Romain“) и друг. Отмѣтимъ кстати, что французскіе романисты (въ отличіе отъ нѣмецкихъ—по понятнымъ, конечно, причинамъ) удѣляютъ весьма серьезное вниманіе внѣшнему виду неустойки и его значенію для нормировки института. Вопросомъ о томъ, служитъ-ли неустойка карою, или только опредѣленнымъ заранѣе вознагражденіемъ, они, напротивъ того, не занимаются. Это для нихъ, очевидно, вопросъ, рѣшенный Ихъ интерссуетъ другое — интересуетъ, есть-ли неустоичное соглашеніе дополнительный договоръ о вознагражденіи за вредъ и убытки, или же условное просто обѣщаніе, а если то и другое, то поскольку одно, поскольку другое. Суть дѣла („la question fondamentale“) въ ученіи о неустойкѣ, заявляетъ, напримѣръ, П. Жираръ въ своемъ курсѣ стр. 654, заключается въ изслѣдованіи „jusqu'a quel point ses règles sont déterminées par son caract-

ЦАБ "Автограф"

Что касается, далѣе, слѣдующаго момента (5) — законнаго ограниченія размѣра договорной пени или пониженія его судомъ—, то необходимо замѣтить, что законодатель, ограничивая здѣсь свободу автономнаго опредѣленія контрагентовъ, преслѣдуетъ спеціальныя цѣли, не связанныя съ природою неустойки въ томъ или другомъ ея смыслѣ, а потому и приводящія къ послѣдствіямъ, мало характернымъ въ качествѣ критеріевъ для распознаванія этой ея природы. Законнымъ ограниченіемъ неустойки, главнымъ образомъ, имѣется ввиду предупредить и парализовать дѣйствіе in fraudem legis, обходъ закона относительно максимума дозволеннаго роста [1]). Это именно стремленіе ясно сказывается въ томъ обстоятельствѣ, что ограниченіе неустойки въ исторіи законодательства наблюдается обыкновенно при сдѣлкѣ займа и долговыхъ обязательствахъ, каковая связь и внѣшнимъ образомъ обнаруживается въ соединеніи по большей части въ одной и той же нормѣ запрета взиманія чрезмѣрнаго процента и чрезмѣрной, соотвѣтственной, неустойки. Такъ оно было въ германско-австрійскомъ законодательствѣ о процентахъ 67 и 68 гг. (§ 1), такъ оно въ новѣйшемъ германскомъ законодательствѣ о ростовщичествѣ (Strafgesetzbuch § 302 a даже объединяетъ проценты, неустойку и т. д. подъ терминомъ «Vermögensvortheile»), такъ оно, наконецъ, и въ нашемъ отечественномъ законѣ 24 мая 1893 года «о преслѣдованіи ростовщическихъ дѣйствій» [2]), создавшемъ ст. 182² (по прод. 1902 г.) Устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями: «За ссуду капитала», говорится здѣсь, «въ чрезмѣрный ростъ или подъ обезпеченіе чрезмѣрной неустойки...».

Уже одно это сопоставленіе нормъ способно, кажется, убѣдить, что извѣстный законный предѣлъ для неустойки возможенъ и встрѣчается независимо отъ взгляда на ея природу.

tère de fond de convention accessoire de dommages et intérêts ou au contraire par sa forme de stipulation conditionnelle". Что при этомъ одними выдвигается одна изъ этихъ двухъ сторонъ, а другими—другая (см. тамъ же), только естественно.

[1]) Ср. выше стр. 256 слл. Мною оставляется въ сторонѣ сингулярное и изолированное *положеніе прусскаго Ландрехта* I, 5 § 301 (ср. нашъ т. X ч. 1 ст. 1584), своимъ происхожденіемъ, повидимому (какъ уже выше l. c. упоминалось), обязанное неточному пониманію римско-правовыхъ ученій. Ср. еще, впрочемъ, Bornemann назв. соч. II стр. 620 слл.

[2]) П. С. З. 1893 мая 24 (9654), II; ср. выше стр. 236 и ст. 1707 (по Прод.) Улож. о Наказаніяхъ, а равно ст 608 новаго Уголовн. Уложенія („если виновный, занимающійся ссудами, скрылъ чрезмѣрность роста въ капитальную сумму, подъ видомъ неустойки...").

ЦАБ "Автограф"

Не менѣе справедливо, затѣмъ, сдѣлать тотъ же выводъ и относительно сбавки *судьею* цыфры условленной пени. Въ самомъ дѣлѣ, взвѣсимъ хотя бы слѣдующее. Новое германское гражданское уложеніе санкціонировало, вслѣдъ за нѣкоторыми европейскими кодексами, общее право судейскаго пониженія неустойки [1]). Предположимъ теперь, что какой-нибудь вѣритель въ Берлинѣ выговорилъ себѣ отъ своего должника, на случай нарушенія имъ обязательства, не только возмѣщеніе ущерба, но и уплату неустойки. Такое соглашеніе, будетъ, разумѣется, вполнѣ дѣйствительно, такъ какъ нормы германскаго кодекса, опредѣляющія *альтернативное* отношеніе между однимъ взысканіемъ и другимъ, являются, какъ мы въ своемъ мѣстѣ сказали, только *диспозитивными*,—въ полномъ согласіи съ римскимъ правомъ и съ остальными уже знакомыми намъ законодательствами [2]). Спрашивается: если назначенная въ силу даннаго договора неустойка, которая по необходимости будетъ отличаться характеромъ уже не оцѣночнымъ, а карательнымъ [3]),—если она къ тому же окажется, по убѣжденію Берлинскаго судьи, чрезмѣрно высокой, то неужели онъ, судья, не понизитъ ея? не понизитъ только потому, что, какъ «наказаніе», неустойка можетъ стоять «внѣ всякаго отношенія къ цѣнѣ предмета главнаго обязательства?» Не думаю. Напротивъ того, слѣдуетъ ожидать, что при соглашеніи, направленномъ на *кумулятивное* соединеніе взысканія причиненнаго вреда и штрафной пени, германскій судья *скорѣе и чаще* склоненъ будетъ смягчать ея нѣсколько суровые размѣры, чѣмъ при *той* неустойкѣ, которая *замѣняетъ* собой вознагражденіе убытковъ и ложится на должника сравнительно *меньшимъ* бременемъ. Естественно,—ибо съ чѣмъ же судьѣ прежде всего считаться, какъ не со степенью удовлетворенія вѣрителя и отягощенія должника?!

Такимъ образомъ, остаются моменты *отношенія неустойки* къ исполненію основного обязательства (3), разъ, и къ *возмѣщенію понесенныхъ убытковъ* (6), два. Въ отличіе отъ всѣхъ прочихъ эти моменты *дѣйствительно* являются типичными и реальными критеріями при распознаваніи природы неустойки и удѣленіи нашему институту значенія оцѣночнаго или карательнаго. Безусловно *справедливо* поэтому указаніе на нихъ въ этомъ смыслѣ со стороны автора. Согласно съ тѣмъ, они и нами были положены

[1]) См ниже слѣдующій параграфъ.

[2]) См. выше стр. 212.

[3]) См. выше стр. 127 слл.

ЦАБ "Автограф"

въ основу юридической конструкціи договорной неустойки и опредѣленія ея правовой природы. Занимавшее насъ на пространствѣ изслѣдованія отношеніе неустойки къ интересу было именно соединеніемъ отношенія ея къ исполненію in natura и, затѣмъ, къ вознагражденію за вредъ; оно слагалось какъ разъ изъ этихъ двухъ моментовъ [1]). Подчеркнемъ еще только, что оцѣночный характеръ нашего института не обусловливается непремѣнно прусско-французской постановкой вопроса, по которой вѣритель, наравнѣ съ должникомъ, связанъ установленной разъ навсегда цыфрою неустойки: и при римской, строго альтернативной (и предпочтительной, какъ мы въ своемъ мѣстѣ старались выяснить) [2]) системѣ природа неустойки, какъ опредѣляемаго anticipando интереса, не можетъ подлежать сомнѣнію [3]).

§ 25.

Право на пониженіе независимо отъ частичнаго исполненія основного обязательства.

Въ предыдущемъ параграфѣ мы успѣли познакомиться съ ученіемъ о правѣ судьи уменьшать размѣры неустойки въ случаѣ частичнаго исполненія должникомъ своего обязательства: мы изложили нормы относящихся сюда законодательствъ и подвергли разсмотрѣнію наиболѣе существенные вопросы, связанные — посредственно или непосредственно — съ означеннымъ ученіемъ.

Но этимъ еще не исчерпывается все то, что имѣетъ отношеніе къ судейскому праву понижать вообще цыфру договорной пени. Какъ извѣстно, существуетъ еще другая категорія законодательствъ, точно также допускающая указанное право судьи, но вмѣстѣ съ тѣмъ

---

[1]) См. выше стр. 5, 75, 100 сл. и passim.

[2]) См. выше стр. 76 слл. и 176 слл.

[3]) Neuenfeldt (§§ 8, 10 и 11, ср. §§ 24, 25 и 27) приводитъ еще три другихъ критерія, которые однако достаточно назвать, чтобы обнаружить ихъ слабость. Это: a) требованіе наличности главнаго обязательства и интереса, представляемаго имъ для вѣрителя, b) требованіе наличности имущественнаго интереса, представляемаго самой неустойкой, и c) правовая судьба неустойки при конкурсѣ. Послѣдній пунктъ могъ бы, впрочемъ, имѣть значеніе, если бы, наряду съ такими нормами, какъ, напримѣръ, § 55 (§ 62 по изд. 1898 года) п. 2 Конкурснаго устава германскаго, Neuenfeldt'у удалось найти положенія и противоположнаго характера. А безъ этого его критерій лишенъ жизненности, не говоря о томъ, что по тому же Конкурсному уставу § 63 (прежде § 56) п. 3 даже „Bussen“ подлежатъ удовлетворенію изъ конкурсной массы.

ЦАБ "Автограф"

рѣзко отличная отъ той, которая нами разобрана: въ цѣломъ рядѣ гражданскихъ уложеній судьѣ предоставляются правомочія несравненно болѣе широкія и болѣе важныя, чѣмъ предоставляемыя ему въ той же области, напримѣръ, французскимъ Code Napoléon.

Въ хронологической послѣдовательности эти кодексы слѣдующіе:

1. Австрійское гражданское уложеніе § 1336 п. 3:

> In andern Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er von dem Schuldner als übermässig erwiesen wird, von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung der Sachverständigen, zu mässigen[1]).

2. Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ ст. 182:

Die Konventionalstrafe kann von den Parteien in beliebiger Höhe bestimmt werden. Jedoch ist der Richter befugt, übermässige Strafen nach billigem Ermessen herabzusetzen.	Les parties sont libres de stipuler telle peine que bon leur semble; le juge a néanmoins le droit de mitiger les peines qu'il trouverait excessives [2]).

(Ср. гражданское уложеніе Цюрихскаго кантона § 970:

> Es hängt zunächst von der Willkür der Kontrahenten ab, die Grösse der Konventionalstrafe zu bestimmen. Indessen ist die Verabredung derselben ungültig, wenn sie zur Umgehung der Wuchergesetze missbraucht worden ist, und überdem ist der Richter berechtigt, übermässige Konventionalstrafen in billiger Erwägung der natürlichen Verhältnisse herabzusetzen [3]).)

---

[1]) Въ русскомъ переводѣ (Вербловскаго): „Въ прочихъ случаяхъ [т. е. кромѣ случаевъ займа], если должникъ докажетъ чрезмѣрность неустойки, она уменьшается судомъ, во всякомъ случаѣ по выслушаніи заключенія свѣдущихъ людей". Уже здѣсь замѣчу, что какъ этому законоположенію, такъ и послѣдующимъ, присущъ не обычный, наблюдавшійся нами раньше (см. выше стр. 293) диспозитивный характеръ, а, наоборотъ, характеръ абсолютный, принудительный. Предварительный отказъ должника отъ своего права прибѣгнуть къ судьѣ съ просьбою о пониженіи неустойки должно признать недѣйствительнымъ, какъ погрѣшающій contra bonos mores. Ср. Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im. B. G. B. стр. 78 и Schuster von Bonnott указ. соч. стр. 24.

[2]) Въ русскомъ переводѣ (Книрима): „Отъ усмотрѣнія договаривающихся сторонъ зависитъ опредѣлить размѣръ неустойки. Судъ однако вправѣ, если находитъ то справедливымъ, уменьшить чрезмѣрную неустойку".

[3]) Въ русскомъ переводѣ (Книрима и Гедримовича): „Отъ усмотрѣнія договаривающихся сторонъ зависитъ опредѣлить размѣръ неустойки. Однако соглашеніе о ней недѣйствительно, если имъ пользуются для обхода законовъ о лихвѣ; кромѣ того, судъ вправѣ уменьшать чрезмѣрную неустойку, обсудивъ по справедливости обстоятельства дѣла".

ЦАБ "Автограф"

3. Гражданское уложеніе Германской имперіи § 343:

Ist eine verwirkte Strafe unverhältnissmässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurtheilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht blos das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Das Gleiche gilt auch ausser den Fallen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt [1]).

---

[1]) Въ русскомъ переводѣ (издан. Журн. Министерства Юстиціи): „Если подлежащая уплатѣ неустойка несоразмѣрно велика, то по просьбѣ должника она можетъ быть уменьшена до соотвѣтствующихъ размѣровъ судебнымъ рѣшеніемъ. При обсужденіи надлежащаго размѣра принимаются во вниманіе не только имущественный, но и всякій иной интересъ кредитора. Послѣ уплаты неустойки уменьшеніе ея исключается.

То же правило примѣняется и помимо случаевъ, нормированныхъ въ §§-ахъ 339 и 342 [т. е. случаевъ, когда неустойка служитъ укрѣпленіемъ обязательства], когда кто-либо обѣщалъ уплатить неустойку на случай совершенія или несовершенія какого-либо дѣйствія".

Совершенно ясно, что вторая половина данной нормы относится къ случаямъ ненастоящей неустойки или „лженеустойки", какъ мы сказали выше стр. 169. (Коментаторы германскаго уложенія еще называютъ ее „нетехнической" неустойкой, см. наприм., Эртмана указ. соч. „Vorbemerkung", къ §§ 339—45; Дернбургъ указ. соч. II, 1 стр. 220 говоритъ о „strafähnliches Versprechen", и т. п.) Къ этимъ случаямъ, естественно, примѣнимы уже не положенія о неустойкѣ, съ которыми мы до сихъ поръ знакомились, а правила для сдѣлокъ подъ условіемъ,—ибо, повторяю, здѣсь нѣтъ неустойки въ томъ смыслѣ, какъ ее понимаетъ законъ. Если тѣмъ не менѣе германскій законодатель оба явленія — истинную неустойку и лженеустойку—въ разсматриваемомъ отношеніи поставилъ на одну доску, то это объясняется тѣмъ простымъ соображеніемъ, что иначе оказались бы легко возможны злоупотребленія in fraudem legis (см. Denkschrift zum Entwurf eines BGB.'s стр. 51 по изд. Guttentag'a). Такъ смотритъ на дѣло и господствующее въ наукѣ мнѣніе (см. выше стр. 12 слл. и еще Planck, Коментарій прим. 3 къ § 339, Windscheid-Kipp назв. соч. II § 286 и особенно стр. 159, и друг. (литература отчасти указана у Eck-Leonhard'a I стр. 327 сл.) Только для немногихъ цивилистовъ данный п. 2 § 343 послужилъ новымъ толчкомъ къ уравненію трактуемаго условнаго обѣщанія съ договорной пенею: см., напр., Otto Wendt въ Arch. f. d. civ. Prax. XCII стр. 115 слл., ср. еще диссертацію: Kurt Wendt, „Die selbständigen Strafversprechen des § 343 Abs. 2 B. G. B." (1903), преимущественно стр. 33 и здѣсь цитированныхъ.

Нѣкоторыя редакціонныя неточности въ § 343 порицаетъ Hölder въ статьѣ „Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe" въ „Das Recht" 1900 стр. 161.

ЦАБ "Автограф"

4. Упомянемъ еще объ уже знакомомъ намъ проектѣ венгерскаго гражданскаго уложенія. Въ § 1049 онъ опредѣляетъ:

Eine zu hohe Strafe ist auf Begehren des Schuldners durch das Gericht nach Billigkeit zu ermässigen.

Bei Bestimmung des angemessenen Betrages ist nicht nur das Vermögensinteresse des Gläubigers, sondern sind auch all seine berechtigten sonstigen, auf die Erfüllung Bezug habenden Interessen in Betracht zu ziehen.

Eine Ermässigung hat nicht statt, wenn der Schuldner in der Absicht, den Gläubiger zu schädigen, oder aus Gewinnsucht seine Verbindlichkeit nicht einhielt.

Die nachträgliche Ermässigung einer freiwillig bezahlten Strafe kann nicht begehrt werden [1]).

Наконецъ, укажемъ отдѣльно на германскій имперскій законъ о сдѣлкахъ въ разсрочку (Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte) отъ 16 мая 1894 г., который въ § 4 п. 1 постановляетъ:

Eine wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen verwirkte Vertragsstrafe kann, wenn sie unverhältnissmässig hoch ist, auf Antrag des Käufers durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Die Herabsetzung einer entrichteten Strafe ist ausgeschlossen [2]) и [3]).

---

[1]) *Переводъ тотъ же, что выше стр. 220. Слѣдующій параграфъ* (§ 1050) повторяетъ вторую часть § 343 германскаго уложенія.

[2]) Этотъ пунктъ въ отдѣльномъ переводѣ не нуждается, такъ какъ почти дословно совпадаетъ съ уже цитированнымъ B. G. B. § 343 Abs. 1, для котораго онъ послужилъ образцомъ и въ редакціонномъ, между прочимъ, отношеніи.

Извѣстно, что этотъ же пунктъ повліялъ и на выработанный въ 1898 году нашимъ министерствомъ финансовъ Проектъ правилъ о сдѣлкахъ купли-продажи движимаго имущества съ разсрочкой платежа. Объ этомъ проектѣ и въ особенности о его ст. 4, допускавшей извѣстное уменьшеніе судомъ размѣра неустойки, см. 1-ое изданіе этого труда стр. 315 сл. и ниже приложеніе I. Опубликованный въ прошедшемъ году законъ (Высоч. утвержд. мнѣн. Гос. Сов. отъ 9 февраля 1904 года) — къ слову сказать, значительно отступившій отъ первоначальной точки зрѣнія и въ общемъ неудовлетворительный (ср., наприм., Ельяшевича въ „Правѣ“ 1904 стр. 1831 слл.)—означеннаго ограниченія пени не содержитъ: Собр. Узакон. 1904 г. (№ 51) ст. 549.

[3]) Безспорно уже приведенныхъ раньше общихъ нормъ еще слѣдующее, относящееся къ нашему вопросу, положеніе чилійскаго гражданскаго законодательства. Здѣсь говорится (§ 1544 п. 4):

Dans les obligations d'une valeur inappréciable ou indéterminée, il est laissé à la prudence du juge

ЦАБ "Автограф"

Мнѣ теперь надлежало бы заняться обстоятельной оцѣнкой судейскаго права пониженія неустойки со стороны цѣлесообразности этого права. (Иного отношенія къ дѣлу приведенныя узаконенія, думается, не требуютъ.) Но подобнаго рода оцѣнка уже неоднократно дѣлалась—и притомъ нерѣдко сравнительно полно и детально. Мое изложеніе явилось бы, слѣдовательно, нѣкоторымъ повтореніемъ уже сказаннаго, если бы я дѣйствительно сталъ излагать всѣ соображенія и взгляды, высказывавшіеся по адресу занимающаго насъ правомочія судьи—то въ его защиту, то противъ него [1]). Поэтому удовлетворяясь задачей болѣе скромной, я въ дальнѣйшемъ ограничиваюсь тѣмъ, что, главнымъ образомъ въ дополненіе къ воззрѣніямъ, уже существующимъ, и для ихъ иллюстраціи, указываю на нѣкоторые моменты, недостаточно пока принятые во вниманіе при рѣшеніи вопроса о томъ, на чью сторону склониться въ борьбѣ двухъ началъ и лагерей [2]). Предпошлю только вотъ что. Интересующее насъ явленіе обсуждалось на двадцатомъ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ; здѣсь референты по данному вопросу, Гирке, Маковеръ и другіе, необыкновенно горячо и энергично оспаривали тезисы Koffka и Simon'a, представившихъ свои «Мнѣнія» на обсужденіе съѣзда [3]). Въ этихъ «Мнѣніяхъ» авторы стали на стражу неприкосновенности автономнаго опредѣленія сторонъ въ нашемъ вопросѣ, защищая то правовое положеніе, какое господство-

---

de modérer la peine, lorsqu'elle paraît énorme eu égard aux circonstances.

(Переводъ тотъ же, что выше стр. 194.)

[1]) Все существенное собрано въ превосходномъ офиціальномъ изданіи „Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1890—91) II стр. 203 слл. и VI стр. 354 слл. См. также Protokolle I стр. 780 слл. (перепечатано у Reatz'a въ его „Die zweite Lesung... unter Gegenüberstellung der ersten Lesung" стр. 152 слл.). Кое-какія замѣчанія читатель можетъ найти еще въ слѣдующихъ офиціальныхъ же работахъ: „Zusammenstellung der Aeusserungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs" (1891) I стр. 47 слл., II стр. 14 сл. и „Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bemerkungen des königlich Preussischen Justizministers" (1891) стр. 70 сл.

[2]) Въ немалой степени я при этомъ имѣю ввиду то обстоятельство, что нашъ Проектъ гражданскаго уложенія (о немъ ниже) въ ст. 63 воспроизводитъ B. G. B. § 343.

[3]) Koffka въ Verhandlungen des Zwanzigsten Juristentages II стр. 3 слл., Simon тамъ же стр. 33 слл.

ЦАБ "Автограф"

вало въ это время въ Германіи и, соотвѣтственно, усвоено было редакторами по составленію перваго проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія. Напротивъ того, Гирке и ораторы, солидарные съ нимъ, выступили на борьбу съ этимъ порядкомъ вещей, настаивая на необходимости признанія законодательнымъ путемъ права судьи понижать договорныя пени [1]). Какъ извѣстно, Гирке удалось увлечь за собой съѣздъ (точнѣе, его секцію), который (почти единогласно) отвергъ предложеніе докладчиковъ, постановивъ опредѣленіе о полезности и желательности предоставленія суду разсматриваемаго права смягченія—и притомъ въ примѣненіи ко всѣмъ неустойкамъ, т. е. безразлично, идетъ-ли дѣло о строго гражданскомъ обязательствѣ, или о сдѣлкѣ изъ области права торговаго. Далѣе, точно также извѣстно, что комиссія, призванная редактировать второй проектъ уложенія, внѣла голосу съѣзда—голосу, нашедшему себѣ, впрочемъ, поддержку и съ другихъ сторонъ [2]), и, согласно съ тѣмъ, внесла въ выработанный ею второй «Entwurf» громкій § 295, который безъ всякихъ почти измѣненій вошелъ потомъ въ самый кодексъ, какъ уже приведенный § 343.

Отрицать, что въ основѣ этой важнѣйшей нормы лежитъ начало высоко гуманное и симпатичное, было бы, очевидно, несправедливо. «Данный параграфъ», резонно замѣчаетъ Планкъ, коментаторъ новаго уложенія и воспріемникъ его въ парламентѣ, «содержитъ одно изъ тѣхъ включенныхъ второй комиссіей положеній, которыя имѣютъ ввиду облегчить соціальныя нужды и стремятся защитить экономически слабыхъ противъ злоупотребленія своимъ правомъ со стороны экономически сильныхъ» [3]).—И не смотря на все это, нельзя не сознаться, что обсуждаемый § 343—чрезвычайно смѣлый опытъ, настоящій «прыжокъ въ неизвѣстность», мѣра не только ненормальная, но и гадательная по своимъ результатамъ, если брать и оцѣнивать эти результаты во всей ихъ совокупности [4]).

---

[1]) Verhandlungen IV стр. 60 слл., см. также Gierke, Der Entwurf etc. въ указ. мѣстѣ стр. 215 (въ отдѣльномъ изданіи стр. 222 сл.) и болѣе раннія по времени замѣчанія Г. Гартмана въ назв. статьѣ: „Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung l. c. стр. 378 слл., а равнымъ образомъ Дернбурга, Pand. II § 46 п. 4

[2]) Ср., напримѣръ, Verhandlungen des königlich preussischen Landesökonomiekollegiums (1890) стр. 258 и 507.

[3]) Коментарій II прим. 1 къ § 343.

[4]) Ср. теперь Eck-Leonhard'a назв. соч. I стр. 337. Сказаннымъ я, впрочемъ, не становлюсь въ ряды рѣшительныхъ противниковъ ново-

ЦАБ "Автограф"

Опытъ Австріи въ дѣлѣ предоставленія судьѣ права уменьшать высоту неустойки, очевидно, не привелъ къ положительнымъ результатамъ. Во всякомъ случаѣ невозможно скрыть то обстоятельство, что выдающіеся австрійскіе юристы выражаются безусловно неодобрительно по адресу того законоположенія въ ихъ отечественномъ гражданскомъ кодексѣ, которое санкціонируетъ это право, т. е. по адресу хорошо знакомаго намъ § 1336, точнѣе, его п. 3. Они полагаютъ, что созданіемъ этого положенія законодатель «открылъ доступъ превратно понятой справедливости»[1]). Нельзя игнорировать вмѣстѣ съ тѣмъ и то, что обязательное по австрійскому праву «выслушаніе заключенія свѣдущихъ людей» все же вноситъ извѣстный — хотя и слабый, быть можетъ — коррективъ, умѣряющій опасность судейскаго усмотрѣнія или, лучше, судейскаго произвола, по выраженію даже защитниковъ трактуемаго мѣропріятія[2]). А между тѣмъ и этого корректива въ германскомъ правѣ не находится[3]).

введенія. Мнѣ только желательно, повторяю, выдвинуть тѣ стороны вопроса, которыя или совершенно обойдены были въ литературѣ и законодательныхъ работахъ, или сравнительно мало освѣщались. Между тѣмъ, въ нѣмецкой критикѣ иначе взглянули на мои нижеслѣдующія замѣчанія. Даже Crome, который особенно сочувственно отнесся къ моему труду,—и тотъ, повидимому, недоволенъ подчеркиваніемъ мною отрицательныхъ сторонъ новой мѣры. Онъ пишетъ (въ уже указ. мѣстѣ): „Den Schluss der trefflichen Arbeit bilden einige Bemerkungen über das auch durch den Entwurf des BGB. dem Richter zugestandene Ermässigungsrecht einer übergrossen Konventionalstrafe. Die hiergegen geltend gemachten Bedenken können wir jedoch nicht teilen, erblicken vielmehr in dem richterlichen Ermässigungsrecht einen ungeheuren Fortschritt, dessen praktische Verwirklichung wir unserem Richterstande vertrauensvoll in die Hände legen können". Ср. Васьковскаго въ критикѣ русскаго изданія моей книги (указ. статья стр. 152). Правильнѣе на мое отношеніе къ вопросу взглянулъ одинъ лишь анонимный авторъ въ Literarisches Centralblatt (l. c.): „....diesem Mässigungsrecht, das auch in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Eingang gefunden hat, steht der Verf. kritisch, aber nicht absolut abweisend gegenüber".

[1]) Stubenrauch Коментарій, послѣднее примѣчаніе къ § 1336: „Wir glauben, dass das Gesetz .... einer übel verstandenen Billigkeit Raum gegeben habe". Ср. Randa назв. соч. стр. 38 слл., Hasenöhrl назв. соч. I § 41. II.

[2]) См. Verhandlungen des Zwanzigsten Juristentages IV стр. 69. Въ этомъ же смыслѣ высказываются и французскіе писатели, см. Ж. Жирара назв. соч. стр. 116 слл.

[3]) Австрійскіе писатели (напримѣръ, Stubenrauch l. c. пунктъ 5 i. f. и Madeyski въ указ. статьѣ стр. 282) придаютъ значеніе и тому обстоятель-

ЦАБ "Автограф"

Что касается, далѣе, швейцарской практики [1]) по вопросу о примѣненіи указанной выше ст. 182, то съ увѣренностью можно сказать лишь одно: опытъ, полученный на этотъ счетъ въ области дѣйствія и на почвѣ цюрихскаго гражданскаго уложенія, не оказался многообѣщающимъ. Онъ не могъ подавить тѣхъ сомнѣній, которыя невольно напрашивались при мысли о распространеніи Цюрихскаго § 970 на всю Швейцарію. Мотивы къ этому параграфу, изложенные въ свое время знаменитымъ Блунчли, встрѣтили сильное противорѣчіе и рѣзкую критику [2]).

Наконецъ, относительно французскаго законодательства нелишне напомнить, что редакторы Code civil отказались отъ признанія за судьей права смягченія неустойки во всей его цѣлости, согласившись на допущеніе этого права только въ тѣсно опредѣленныхъ границахъ: въ случаѣ частичнаго неисполненія должникомъ своего обязательства. Небезъинтересно еще, что предварительно тѣ же редакторы остановились на оцѣнкѣ несогласной съ этимъ ихъ взглядомъ и несравненно болѣе свободной судебной практики, господствовавшей во Франціи до того времени, и что они сознательно, такимъ образомъ, и обдуманно выступили противъ стараго порядка вещей и его удержанія въ будущемъ [3]).

ству, что по § 1336 п. 3 на должникѣ лежитъ onus probandi чрезвычайности неустойки (ср. къ этому положенію Civilrechtliche Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes, изд. Унгеромъ, Вальтеромъ и Пфафомъ XXIII № 10368 и XXVII № 12690). Вопреки увѣреніямъ редакторовъ новаго германскаго уложенія и его коментаторовъ (Denkschrift стр. 51, Planck прим. 3 къ § 343, Oertmann прим. 6 къ § 343, ср. еще, наприм., Crome назв. соч. II стр. 215), я не въ состояніи убѣдиться, что точно такое же распредѣленіе бремени доказыванія вытекаетъ съ необходимостью и изъ общенѣмецкой нормы.

[1]) Съ нѣкоторыми случаями изъ этой практики можно познакомиться по упоминавшейся уже книгѣ Schneider и Fick'a Коментарій (на нѣмецкомъ языкѣ) къ швейцарскому закону объ обязательствахъ прим. 9 сл. и 13 сл. къ ст. 182, а равно по Stahel'ю (назв. дисс. стр. 116 сл.). У Stahel'я же (стр. 18 слл.) приведены данныя о положеніи вопроса по отдѣльнымъ кантональнымъ законодательствамъ (до 1881 года).

[2]) См. Коментарій Schneider и Fick'a тамъ же прим. 2. Ср. Schumacher'a, назв. соч. стр. 64, 104, 107 слл., который является безусловнымъ противникомъ ст. 182. (Наоборотъ, Stahel, назв. соч. стр. 116 и 123, — ея сторонникъ.) Самые мотивы Блунчли можно читать въ его же, называвшемся раньше, трудѣ „Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich" III стр. 49 сл.

[3]) Объ этомъ уже отчасти излагалось выше стр. 189 сл. Относящіеся сюда типичные процессы, начиная XVI и кончая XVIII столѣтіями, приводитъ Merlin

ЦАБ "Автограф"

Отонъ Беръ—писатель, который въ ученіи о неустойкѣ далеко не является горячимъ поклонникомъ римскаго права, а, скорѣе, склоняется на сторону новыхъ кодификацій (прусскаго Ландрехта, французскаго Code'a и австрійскаго уложенія), утверждая, что въ этихъ современныхъ законодательствахъ содержатся, въ примѣненіи къ неустойкѣ, болѣе здоровыя начала, чѣмъ въ Corpus Iuris[1]). И при всемъ томъ, въ вопросѣ о предоставленіи судьѣ права уменьшать назначенную контрагентами сумму договорной пени,—здѣсь даже онъ желалъ бы остаться въ общемъ при старой, римско-правовой нормировкѣ дѣла: и онъ не скрываетъ опасенія, какъ бы указанное право судьи или суда не привело къ злоупотребленіямъ. Вслѣдствіе

въ указ. соч. IX стр. 215 сл. Воззрѣніе редакторовъ французскаго кодекса хорошо рисуется въ слѣдующихъ словахъ одного изъ нихъ, Favard'a: „Une clause penale doit-elle être exécutée rigoureusement? Dans les tribunaux autrefois on la modifiait; quelquefois on la supprimait, quand il n'y avait qu'un retard dans l'exécution, et le juge se contentait de condamner à quelques dommages et intérêts. Cette jurisprudence, qui prenait sa source dans des sentimens louables, avait pourtant un grand vice: elle accoutumait les hommes à se jouer de leurs engagemens, à promettre plus qu'ils ne voulaient tenir, sûrs que les tribunaux les favoriseraient. Le projet de loi, plus sévère et plus juste, ne permet plus aux juges d'affranchir le débiteur de mauvaise foi de la peine qu'il a stipulée lui-même et librement. Il est du devoir du législateur de forcer les hommes à voir des lois dans les contrats, et à les exécuter avec ponctualité: moyen infaillible de les ramener à la bonne foi la plus scrupuleuse....“ (№ 80 доклада). „Ainsi, cette disposition renferme une excellente morale en assujettissant les hommes à compter sur l'exécution littérale de ce qu'ils ont stipulé“ (№ 43 доклада). См. Locré назв. соч. XII стр. 448 и 435.

Ту же самую практику имѣетъ ввиду и Voet, Commentarius ad Pandectas II стр. 746: „... moribus hodiernis volunt, ingenti poena conventioni apposita, non totam poenam adiudicandam esse, sed magis arbitrio iudicis eam ita oportere mitigari, ut ad id prope reducatur ac restringatur, quanti probabiliter actoris interesse potest...“. Нѣчто подобное желалъ санкціонировать и для Германіи Hellfeld (Dissertatio de effectu poenae conventionalis etc. § 23) на томъ-де основаніи, что „reipublicae.... interest, ne cives immoderata poenarum promissione suis se privent facultatibus, et in paupertatem deducti reipublicae sint noxii“.

Владимірскій-Будановъ (Обзоръ исторіи русскаго права, 4 изд. (1905), стр. 616) указываетъ, что въ древней Руси „на практикѣ судъ, по собственному усмотрѣнію, уменьшалъ размѣръ неустойки даже тогда, когда она условлена въ опредѣленной суммѣ“.

[1]) Ср. выше стр. 181

ЦАБ "Автограф"

того имъ рекомендуется, между прочимъ, другой способъ и выходъ изъ затрудненія. Онъ согласенъ допустить вмѣшательство судебныхъ органовъ, — но вмѣшательство совсѣмъ иного рода. Беръ учитъ: когда, по невыясненности фактической стороны дѣла, трудно установить недобросовѣстность должника и сознательное, преднамѣренное неисполненіе имъ своего обязательства,— при наличности такой обстановки судьѣ должно быть дано правомочіе произносить условное опредѣленіе о взысканіи неустойки, на случай если бы отвѣтчикъ и послѣ надлежащаго истолкованія судомъ заключеннаго соглашенія и его содержанія все-таки упорствовалъ въ своемъ нежеланіи исполнить требуемое дѣйствіе или требуемый рядъ дѣйствій. Судейскому рѣшенію сообщается, такимъ образомъ, до нѣкоторой степени значеніе arbitrium'a, направленнаго прежде всего на установленіе юридическаго отношенія между сторонами[1]).

Нетрудно видѣть, что рекомендуемое измѣненіе навѣяно германской судебной практикой; мы едва-ли ошибемся даже, допустивъ, что Беръ былъ знакомъ и солидаренъ съ однимъ опредѣленнымъ, уже и намъ знакомымъ, рѣшеніемъ въ области дѣйствія пандектнаго права[2]). Но это обстоятельство, естественно, еще не служитъ гарантіей достоинства и успѣха сдѣланнаго Беромъ предложенія. Совершенно ясно, наоборотъ, что предложеніе по большей части должно оказаться неудачнымъ и безполезнымъ. Всюду, гдѣ отдѣльные пункты договора не возбуждаютъ какихъ-либо капитальныхъ недоразумѣній (а таково все же большинство договоровъ); гдѣ, далѣе, совершеніе дѣйствія перестало быть осуществимымъ, или гдѣ, наконецъ, должникъ лично поставленъ въ (субъективную) невозможность предпринять требуемое выполненіе in natura,—во всѣхъ этихъ и въ подобныхъ случаяхъ проектируемое Беромъ право вмѣшательства судьи не можетъ послужить на пользу должнику, котораго, такимъ образомъ, прійдется приговорить къ платежу условленной пени, какъ бы велика или несоразмѣрна она ни была.

Не буду распространяться. Реформа Бера, сама по себѣ, имѣетъ

---

[1]) Bähr, Gegenentwurf § 408.

[2]) См. выше стр. 119 сл. Возможно, что самъ Беръ былъ и авторомъ рѣшенія: ср. о немъ біографическія свѣдѣнія хотя бы въ нѣмецкихъ энциклопедическихъ словаряхъ Брокгауза или Мейера. Самая мѣра намѣчалась и обсуждалась въ литературѣ уже и нѣсколько раньше: Kurhessische Annalen Heuser'a VIII (1861) стр. 52 сл.

ЦАБ "Автограф"

для насъ минимальное значеніе. Если о ней упомянуто, то случилось это вотъ почему: какъ мы только-что видѣли, она не отличается нужными данными, чтобы обезпечить должнику то охраненіе его интересовъ, какого ожидаютъ отъ общаго права судьи понижать размѣры неустойки. Но этотъ дефектъ, очевидно, не могъ ускользнуть и отъ вниманія самого Бера, — юриста, прославившагося не только какъ выдающійся теоретикъ, но и какъ недюжинный практикъ, какъ человѣкъ съ рѣдкимъ практическимъ смысломъ. Если при такихъ условіяхъ Беръ все-таки не счелъ возможнымъ присоединить свой авторитетный голосъ къ многочисленному хору тѣхъ (родственныхъ съ нимъ по духу и направленію) ораторовъ, писателей, дѣятелей и т. д., которые настойчиво требовали внесенія въ германское законодательство интересующаго насъ параграфа, — то это фактъ, по моему мнѣнію, назидательный, способный навести на размышленіе и внушить осторожное, чтобы не сказать скептическое. отношеніе ко всему начинанію, о которомъ идетъ рѣчь.

Для правильной оцѣнки § 343 германскаго кодекса, необходимо принять въ соображеніе и слѣдующее. Въ упоминавшемся раньше «мнѣніи» Симона говорилось, что нашъ вопросъ принадлежитъ къ числу такихъ вопросовъ, гдѣ доводы pro и contra приблизительно уравновѣшиваютъ другъ друга [1]). Это замѣчаніе, еще, пожалуй, рискованное для того времени, когда оно высказывалось, нынѣ едва-ли въ состояніи вызвать серьезное возраженіе. Тѣ основанія, напримѣръ, по коимъ Гирке признавалъ защиту, доставляемую законами о ростовщичествѣ, неудовлетворительною и даже призрачною, въ виду часто практиковавшагося и, безспорно, возмутительнаго злоупотребленія договорной пеней, — теперь едва-ли еще существуютъ и встрѣчаются. Германскій законъ о ростовщичествѣ отъ 24 мая 1880 года получилъ, благодаря новеллѣ отъ 19 іюня 1893 г., столь широкое содержаніе, что долженъ быть признанъ вполнѣ достаточнымъ въ качествѣ противовѣса злоупотребленіямъ безграничной свободой неустоичнаго соглашенія [2]). А если къ этому прибавить, что

---

[1]) Въ указ. мѣстѣ стр. 41.

[2]) Довольно имѣть ввиду § 302 a германскаго уголовнаго уложенія, который въ новой редакціи гласитъ: „.... mit Bezug auf ein Darlehn oder auf die Stundung einer Geldforderung oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll...“, — а также § 302 e того же Strafgesetzbuch'a, создавшій и внѣ области кредитныхъ сдѣлокъ защиту лицу, находящемуся въ стѣсненныхъ обстоятель-

ЦАБ "Автограф"

въ настоящее время благополучно дѣйствуетъ и имперскій законъ о сдѣлкахъ съ платежомъ въ разсрочку и въ частности цитированный выше § 4 этого закона,—то нетрудно убѣдиться, что во всѣхъ главныхъ случаяхъ, которые раньше приводились въ доказательство недостаточности охраны должника и безпомощности его положенія [1]), должникъ, напротивъ того, оказывается (и помимо § 343) далеко не лишеннымъ требуемой защиты. Это справедливо, думается, даже по адресу того случая, который подвергался особенно внимательному—и не безъ основанія—разсмотрѣнію на извѣстномъ намъ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ,—случая съ однимъ лицомъ, которое, при полученіи мѣста въ банкѣ съ годовымъ окладомъ жалованья въ 10,000 германскихъ марокъ, предварительно должно было подписать обязательство не оставлять своей службы до истеченія условленнаго срока подъ страхомъ уплаты неустойки въ цѣлыхъ 100,000 марокъ. И къ этому точно также случаю, думаю я, примѣнима новелла о ростовщичествѣ, такъ какъ банкъ, надо полагать, и вообще прибѣгалъ къ договорамъ въ родѣ указаннаго, принуждая къ принятію аналогичныхъ условій не одного только даннаго служащаго, а всѣхъ своихъ служащихъ или, по крайней мѣрѣ, большую часть ихъ. Банкъ, словомъ, поступалъ такъ обыкновенно, это былъ его обычный пріемъ и способъ дѣйствій. Не вижу поэтому основанія, отчего бы in casu не усмотрѣть выставляемаго закономъ реквизита профессіональнаго или промысловаго характера дѣянія и не признать, согласно съ этимъ, заключенной сдѣлки недѣйствительной и ни для кого, стало быть, необязательной [2]).

ствахъ, въ случаѣ профессіональной эксплоатаціи его имущества или труда (такъ наз. Sach-и Arbeitswucher).

[1]) См. Gierke въ Трудахъ двадцатаго съѣзда IV стр. 64, ср. стр. 422

[2]) См. Fuld Wuchergesetz стр. 31 и въ особенности стр. 39, Henle Wuchergesetze стр. 81. (Не согласенъ опять Deus назв. соч. стр. 32 сл.)

Добавимъ къ сказанному въ текстѣ, что рейхстагъ, кромѣ того, создалъ одно новое, немаловажное и для насъ здѣсь, положеніе: это—многозначительный пунктъ 2 § 138 (см. Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes стр. 29 и стенографическіе отчеты засѣданій рейхстага, особенно засѣданія 20. VI. 1896 стр. 2762 слл.), построенный въ редакціонномъ отношеніи по образцу статьи 1 закона о ростовщичествѣ 1880 г. (Strafgesetzbuch § 302 a). Этотъ пунктъ гласитъ: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvor-

ЦАБ "Автограф"

Наконецъ, еще одно обстоятельство. Устранимъ на мгновеніе вѣроятность или даже только возможность судейскаго произвола и представимъ себѣ судью, который по доброй совѣсти и крайнему разумѣнію будетъ стараться справляться съ опредѣленіемъ размѣра пени, подлежащей уплатѣ. Къ несчастью, такому судьѣ суждено натолкнуться на немалыя затрудненія. Остановимся хотя бы на слѣдующемъ. Какой моментъ судья долженъ принять во вниманіе при разрѣшеніи своей задачи? время-ли заключенія договора, или время платежа пени? Вѣдь, на пространствѣ періода, раздѣляющаго эти два дѣйствія, многое можетъ измѣниться, подчасъ даже весьма существенно. Пояснимъ нашу мысль примѣромъ. Хозяинъ обязалъ поступившаго къ нему въ дѣло приказчика не открывать въ теченіе извѣстнаго времени самостоятельнаго подобнаго же предпріятія. Неустойка, послужившая укрѣпленіемъ этого договора, была, скажемъ, непомѣрно высока. Но затѣмъ положеніе вещей измѣняется очень существенно: вскорѣ послѣ принятія приказчика хозяину удается увеличить сбытъ предметовъ своего производства въ нѣсколько разъ. Вотъ тогда приказчикъ нарушаетъ свое обязательство и, открывая, вопреки состоявшемуся соглашенію, собственную торговлю тѣми же товарами, наживается въ ущербъ своему бывшему хозяину. Уменьшитъ-ли въ этомъ случаѣ судья размѣръ назначенной сторонами неустойки? Врядъ-ли, несмотря на то, что по времени установленія она, повторяю, должна считаться чрезмѣрной. И наоборотъ. Предположимъ, что при заключеніи условія была установлена, хотя и значительная, но по тогдашнимъ обстоятельствамъ совершенно справед-

---

theile versprechen oder gewähren lässt, welche den Werth der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvortheile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen". Нѣтъ сомнѣнія, что и это законоположеніе обратитъ въ рядѣ случаевъ разбираемое право судейскаго пониженія въ совершенно ненужное. Отмѣтимъ кстати, что точно такое же пониженіе введено (тѣмъ же рейхстагомъ) еще въ одномъ случаѣ, нормируемомъ нынѣ въ § 655 новаго кодекса: „Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Dienstvertrags oder für die Vermittelung eines solchen Vertrags ein unverhältnissmässig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen" (см. Berichte der Reichstags-Kommission стр. 52 сл. и стенографическіе отчеты стр. 2785 сл.). Ср. обо всемъ этомъ еще Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge стр. 15 слл.

ЦАБ "Автограф"

ливая неустойка. За время, однако, служенія приказчика происходитъ паденіе цвѣтущаго раньше предпріятія. Благодаря улучшеніямъ, произведеннымъ конкурентами въ данной отрасли промышленности или техники, оно остается далеко позади другихъ съ нимъ однородныхъ. Спрашивается: если приказчикъ теперь покинетъ свое мѣсто и заведетъ свос собственное дѣло,—долженъ-ли онъ и тутъ уплатить всю указанную высокую пеню? Необходимо помнить, что въ моментъ ея назначенія она, правда, соотвѣтствовала обстоятельствамъ, но что теперь открытіе собственной торговли по образцу торговли принципала не можетъ ни принести выгодъ, ожидавшихся прежде, ни причинить тѣхъ убытковъ, въ обезпеченіе которыхъ была опредѣлена неустойка. Думается, что въ настоящемъ случаѣ пеня должна подлежать уменьшенію —Нельзя, однако, не видѣть, что здѣсь уже гораздо труднѣе дать отвѣтъ, чѣмъ въ первомъ случаѣ.—Такимъ образомъ, хотя и нужно считаться, по преимуществу, съ временемъ присужденія [1]), тѣмъ не менѣе въ отдѣльныхъ случаяхъ трудности, и весьма серьезнаго притомъ свойства, должны встрѣтиться, очевидно, не разъ и не въ маломъ количествѣ. Прибавимъ ко всему этому, что не безразличны и другіе еще вопросы—напримѣръ, вопросы о винѣ и объ имущественномъ положеніи сторонъ. Мимо этихъ вопросовъ судьѣ точно также нельзя пройти. Законъ вмѣняетъ ему въ обязанность принимать въ расчетъ всѣ рѣшительно условія и отношенія, взвѣшивать всѣ разумные интересы вѣрителя,—не исключая интересовъ неимущественныхъ, интересовъ идеальнаго порядка, личныхъ симпатій и вкусовъ,—подводить итогъ самымъ разнообразнымъ даннымъ и соображеніямъ. Но не значитъ-ли это налагать на судью работу столь же непосильную, сколько и неподходящую? не значитъ-ли это сообщать ему функціи въ одинаковой, можетъ быть, мѣрѣ и тяжелыя и противорѣчащія характеру его дѣятельности — дѣятельности, безспорно, декларативнаго, а не конститутивнаго свойства?! [2]).

---

[1]) Ср. Planck назв. соч. II прим. 2 къ § 343, Dernburg Das bürgerl. Recht II, 1 стр. 228, Eck-Leonhard назв. соч. I стр. 336. Другія мнѣнія по этому вопросу приведены въ назв. диссертаціи Freytag'a стр. 55.

[2]) Редакторы германскаго уложенія какъ разъ обратнаго мнѣнія Съ ихъ оптимистической точки зрѣнія выходитъ, что именно разносторонность моментовъ (долженствующихъ приниматься въ расчетъ при пониженіи судьей условленной сторонами договорной пени) можетъ послужить гарантіей противъ судейскаго произвола (Denkschrift въ указ. мѣстѣ, ср. Protokolle I стр. 784: „... so verzichte man am besten ganz auf Direktive...“).

ЦАБ "Автограф"

Въ довершеніе всего—этимъ я ограничу свои замѣчанія—оказывается, что въ области торговыхъ сдѣлокъ судья попрежнему лишенъ возможности ослабить самодѣятельность контрагентовъ при установленіи цыфры взыскиваемой неустойки [1]). Отсюда ясно, что неизбѣжнымъ результатомъ нашего § 343 является еще новое различіе и разногласіе между общегражданскимъ правомъ, съ одной, и торговымъ, съ другой стороны [2]).

Почти излишне говорить о томъ, что германскій судья, при оцѣнкѣ высоты неустойки, долженъ считаться и съ частичнымъ исполненіемъ обязательства должникомъ: B. G. B. § 343 (какъ и подобныя ему нормы), естественно, обнимаетъ и французское право пониженія неустойки. Ср. Dernburg'a, Das bürgerl. Recht l. c.: „Der Fall, in welchem teilweise erfüllt, die Strafe aber ganz verwirkt ist — code civil art, 1231 — gehört besonders hierher".

[1]) Handelsgesetzbuch 1897 г. § 348: „Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden". См. также Denkschrift zu dem Entw. eines HGB.'s 1897 стр. 209 (въ изд. 1896 г. стр. 194) и Materialien стр. 257 (345) слл., 305 (393), 373 (461) слл. и 390 (478).

[2]) Seckel въ своей рецензіи нѣмецкаго изданія настоящей работы (въ указ. мѣстѣ стр. 413) не признаетъ значенія этого соображенія. „Handelsrecht", говоритъ онъ, „ist gerade dazu da, vom bürgerlichen Rechte zu dissoniren, und es ist nur erfreulich, dass auch im Punkt der Strafherabsetzung das Handelsgesetzbuch der Versuchung öder Gleichmacherei widerstanden hat". На это я отвѣчу, что я самъ не принадлежу къ сторонникамъ того направленія, которое стремится устранить существующій нынѣ дуализмъ между нормами гражданскаго и торговаго права (см. теперь Шершеневича, Курсъ гражданскаго права I стр. 460 слл., 465 сл. и приведенную у него литературу, ср. также Предисловія къ изданнымъ редакц. комиссіей по составл. гражд. улож. переводамъ Швейцарск. союзн. закона объ обязательствахъ и Калифорнскаго гражд. улож.). Но, съ другой стороны, нѣтъ, думается мнѣ, основанія безъ нужды способствовать усиленію означеннаго дуализма. А между тѣмъ въ данномъ случаѣ дѣло обстоитъ именно такъ. Резонно, на мой взглядъ, поставить слѣдующаго рода вопросъ: отчего вводить судейское право пониженія неустойки въ гражданское право, если не вводить его въ то же самое время въ область права торговаго, въ которой злоупотребленія неустоичнымъ договоромъ были особенно часты и сильны и къ которой, главнымъ образомъ, и относились случаи, вызывавшіе негодованіе на неоднократно упоминавшемся съѣздѣ и среди юристовъ вообще (случаи, не всегда, конечно, подпадающіе подъ дѣйствіе п. 2 § 75 HGB.'a 1897 г.)? Не на точкѣ зрѣнія Зеккеля стоялъ, очевидно, и Гирке, когда заканчивалъ свою рѣчь словами: „Schliesslich würde noch das Verhältniss zu dem HGB.... Schwierigkeiten machen. Und es ist ja wahr, dass eine Verschiedenheit zwischen

ЦАБ "Автограф"

Вотъ каковы, по моему мнѣнію, тѣ затрудненія, съ которыми мы неизбѣжно встрѣчаемся при допущеніи судейскаго права понижать размѣры неустойки. Но, повторяю, я далекъ отъ отрицанія того, что разсмотрѣнный законъ преслѣдуетъ задачу благородную, этическую. А затѣмъ, при многообразіи явленій практической жизни, нельзя все же быть безусловно увѣреннымъ, что защита, предоставляемая правопорядкомъ и въ общемъ удовлетворительная, окажется всегда достаточной и впредь: могутъ, конечно, наступить случаи, когда желательно будетъ, чтобы судья протянулъ руку помощи сторонѣ, впавшей въ трудное положеніе и когда вмѣстѣ съ тѣмъ другого средства избѣ-

---

dem Handelsrecht und dem bürgerlichen Rechte hier nicht wünschenswerth ist... In Übereinstimmung mit meinem Herren Correferenten ist deshalb auch die Fassung in dem Ihnen unterbreiteten Antrag gewählt, dass ein richterliches Mässigungsrecht eingeführt werden möge bei „allen" Conventionalstrafen" (Verhandlungen IV стр. 66).

Мимоходомъ коснусь еще одного возраженія Зеккеля противъ моей критики положенія, содержащагося въ BGB. § 343. Онъ говоритъ (тамъ же стр 412): „Wie viel man dem Richter eines bestimmten Landes und einer bestimmten Zeit vertrauen will, ist Temperamentssache, und der Streit darüber ist mit rein wissenschaftlichen Mitteln nicht auszufechten. Es wird immer Leute geben, die es selbstverständlich finden, dass die Strafkammer bei Vertragsbruch eines Kriegslieferanten (StrGB. § 329) herausfinde, ob 6 oder 60 Monate Gefängniss als verhältnissmässige Strafe erscheinen, indessen sie nicht zu begreifen vermögen, wie man der Civilkammer die Beurtheilung frei geben kann, ob 60,000 oder 6,000 M. im ähnlichen Einzelfall eine unverhältnissmässige Strafe seien". Зеккель (ср. впрочемъ уже G. Hartmann'а въ указ. статьѣ стр. 380) здѣсь упускаетъ изъ виду, что въ послѣднемъ случаѣ, въ примѣрѣ изъ гражданскаго права, вопросъ идетъ объ отмѣнѣ соглашенія, которое заключено самимъ должникомъ, и слѣдовательно, не о простой только и свободной оцѣнкѣ, а о несомнѣнномъ вторженіи въ сферу частной автономіи и частныхъ правъ. Это, очевидно, вовсе не одно и то же. Но и помимо того: аргументація на почвѣ сближенія и уравненія явленій гражданско-правовыхъ съ явленіями, заимствованными изъ уголовнаго права и процесса, мнѣ представляется, по меньшей мѣрѣ, сомнительной съ точки зрѣнія своей научной состоятельности и убѣдительности. Вѣдь, наприм., ввели мы у себя на континентѣ Европы судъ присяжныхъ для огромной категоріи важнѣйшихъ уголовныхъ дѣлъ и, несмотря на это, не ввели и не думаемъ вводить тотъ же судъ для дѣлъ гражданскихъ. Какое же мы имѣли бы основаніе дорожить и гордиться названнымъ институтомъ въ сферѣ одного процесса и отвергать его въ сферѣ другого, если бы можно было безъ дальнѣйшаго переносить формы и нормы изъ одной области въ другую? Очевидно, что разсуждая и поступая такъ, какъ это происходитъ въ дѣйствительности, мы стоимъ на точкѣ зрѣнія принципіально противоположной точкѣ зрѣнія Зеккеля: мы твердо памятуемъ, что

ЦАБ "Автограф"

жать суроваго рѣшенія не найдется [1]). Такъ пожелаемъ же, чтобы надежды, которыя возложены германскимъ законодателемъ на правосудіе и его представителей, осуществились въ правѣ двадцатаго столѣтія; чтобы судебное сословіе Германіи, въ полномъ сознаніи всего значенія предъявленныхъ къ нему требованій, успѣло оправдать довѣріе общества и науки; чтобы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оно съумѣло отыскать истинно справедливый отвѣтъ и произнести рѣшеніе, по возможности близкое къ началамъ римской, неизмѣнно свѣтящей намъ, aequitas.

роли судьи гражданскаго и уголовнаго—роли различныя (см. также Гольмстена въ указ. статьѣ стр. 173 прим. 4).

[1]) Здѣсь мною не имѣются, впрочемъ, ввиду тѣ случаи, на которые ссылается Зеккель (въ указ. мѣстѣ стр. 413) и которые отчасти изложены у Sprenger'a (въ назв. статьѣ стр. 650 прим.), отчасти же почерпнуты изъ Jahrbb. der Württembergischen Rechtspflege IV № 26). Во всѣхъ этихъ случаяхъ судья примѣнилъ (весьма правильно, по моему убѣжденію, а не насильственно, какъ полагаетъ Зеккель) ограничительное толкованіе, согласно афоризму „Semper in obscuris quod minimum est sequimur" (Ulp. въ fr. 9 D. de R. I. A. 50, 17, ср. fr. 34 i. f. D. eod.) — афоризму, который въ особенности умѣстенъ при интерпретаціи соглашенія неустоичнаго характера. И при предоставленіи судьѣ права на пониженіе неустойки, судья все-таки долженъ будетъ прежде всего заняться выясненіемъ содержанія и смысла состоявшейся между сторонами сдѣлки, другими словами, долженъ будетъ прежде всего истолковать ее, а, толкуя, обязательно воспользоваться приведеннымъ правиломъ герменевтики.

ЦАБ "Автограф"

ПРИЛОЖЕНІЯ.

ЦАБ "Автограф"

ПРИЛОЖЕНІЕ I.

Договорная неустойка по Проекту Редакціонной Комиссіи по составленію Гражданскаго Уложенія [1]).

Въ области неустойки редакторы проекта отвергли точку зрѣнія т. X ч. 1, точку зрѣнія кумуляціи, создававшую для русскаго права положеніе одіозно исключительное. Они вступили на путь альтернаціи, причемъ здѣсь отдали предпочтеніе римской постановкѣ вопроса предъ постановкой прусско-французской. Неустоичное соглашеніе не устраняетъ общаго иска объ убыткахъ, а хорошо знакомое намъ дополнительное требованіе въ объемѣ разности между убытками и неустойкой или обратно считается допустимымъ. Во всемъ этомъ редакторы поступили правильно, и работа ихъ заслуживаетъ безусловнаго признанія.

Не то же самое, къ сожалѣнію, приходится сказать, если обратиться къ болѣе детальному разбору отдѣльныхъ статей, посвященныхъ нашему институту. Здѣсь, въ частностяхъ, проектъ не всегда на достодолжной высотѣ: иныя его опредѣленія оставляютъ желать много лучшаго. Отчасти это произошло потому, что проектъ пятой книги уже слишкомъ близко держится своего образца—германскаго гражданскаго уложенія, постановленія котораго имъ подчасъ переписываются слѣпо и почти дословно. Въ особенности же неудовлетворительна техническая, редакціонная сторона дѣла, къ которой относятся совершенно явные недочеты.

---

[1]) Ср. къ послѣдующему мою статью „Договорная неустойка по проекту гражданскаго уложенія“ въ „Правѣ“ 1900 г. №№ 22—24. Не могу не высказать нѣкотораго удивленія по поводу того обстоятельства, что сдѣланныя въ ней критическія замѣчанія, повидимому, остались совершенно неизвѣстны редакторамъ проекта,—между прочимъ, при ревизіонномъ разсмотрѣніи первой и составленіи второй редакціи проекта пятой книги (т. е. обязательственнаго права) гражданскаго уложенія въ періодъ времени отъ 27. II. 1902 г. по 1. X. 1903 года (см. „Вторую редакцію, съ объясненіями“, 1903, стр. XIV сл.).

ЦАБ "Автограф"

Неустойкѣ посвящены восемь статей: въ проектѣ первой редакціи ст. 57 и слл., въ проектѣ второй редакціи ст. 41 и слл.[1]).

Изъ нихъ первая, 57 (41)-ая, говоритъ:

> Денежная сумма, которую одна изъ договаривающихся сторонъ обязывается уплатить другой въ случаѣ неисполненія или ненадлежащаго исполненія принятаго на себя обязательства, признается неустойкою.

Въ этой статьѣ, по моему мнѣнію, такая погрѣшность. Къ чему опредѣлять неустойку, какъ денежную сумму? Это, пожалуй, можно бы понять, если бы редакторы, кромѣ неустойки, состоящей въ деньгахъ, никакой другой не признавали или, по меньшей мѣрѣ, на эту другую неустойку не желали распространять тѣ правила, которыя идутъ вслѣдъ за приведенной статьей. Но ничего подобнаго редакторы не думаютъ и не хотятъ. Послѣдняя статья о неустойкѣ гласитъ:

> 64 (I). Правила ст. 57—63 имѣютъ соотвѣтственное примѣненіе и въ томъ случаѣ, когда по договору условлено въ видѣ неустойки доставленіе какихъ-либо вещей или исполненіе какой-либо работы.
>
> 48 (II). Правила статей 33—47 имѣютъ соотвѣтственное примѣненіе и въ томъ случаѣ, когда задатокъ, отступное или неустойка условлены по договору не въ денежной суммѣ.

Для насъ редакціи данной статьи не отличаются по существу одна отъ другой. Изъ обѣихъ одинаково ясно, что проектъ понимаетъ неустойку сравнительно широко, подводя подъ нее не только деньги, но и вещи, и даже работу. Зачѣмъ же тогда вводить означенное ограниченіе? Только для того, чтобы потомъ устранять его[2]) и въ

---

[1]) Такимъ образомъ, нормировка неустойки отнесена — конечно, справедливо — къ такъ наз. общей части обязательственнаго права („Раздѣлъ I“). Первоначально ее, наоборотъ, включили, было, въ особенную часть: Голевинскій, Первоначальный проектъ общихъ положеній объ обязательствахъ съ объяснительною запискою (1890) стр. 166 (ср. еще „Краткія объясненія къ раздѣлу первому проекта книги пятой... 1897 года“) и „Журналы редакціонной комиссіи...“ (1902) стр. 26 (засѣданіе отъ 16. I. 1898).

[2]) Почти-что до противорѣчія дѣло доходило въ болѣе раннемъ „проектѣ статей о договорѣ неустойки“ (составленномъ, главнымъ образомъ, членомъ комиссіи Садовскимъ). Въ ст. 1 здѣсь значилось:

ЦАБ "Автограф"

результатѣ, вмѣсто одной статьи, получить цѣлыхъ двѣ? Но «книга пятая» нашего будущаго гражданскаго уложенія и безъ того обнимаетъ (даже помимо имѣющихъ привзойти нормъ о векселѣ) около 1100 статей!

Мы едва-ли ошибемся, предположивъ, что въ данномъ случаѣ плохую услугу оказалъ не кто иной, какъ германскій законодатель. Въ B.G.B. первый по мѣсту параграфъ, регулирующій неустойку (§ 339), говоритъ о «Zahlung einer Geldsumme als Strafe», а одинъ изъ дальнѣйшихъ (§ 342) переноситъ установленныя для денежной неустойки положенія и на неустойку съ другимъ, кромѣ денегъ, предметомъ. Но дѣло въ томъ, что это перенесеніе происходитъ не цѣликомъ, а съ оговоркой, съ извѣстнымъ умаленіемъ: въ послѣднемъ случаѣ требованіе вѣрителемъ неустойки исключаетъ притязаніе на возмѣщеніе ущерба. Какъ бы ни относиться къ этому нововведенію[1]), нельзя не согласиться, что оно оправдываетъ наличность въ германскомъ кодексѣ двухъ нормъ, вмѣсто одной. Но другое дѣло у насъ. Наши редакторы не заимствовали ограниченія, заключающагося въ B.G.B. § 342, а потому для нихъ исчезало основаніе создавать отдѣльно ст. 57 (41) и отдѣльно же ст. 64 (48). Того обстоятельства, что денежная неустойка представляетъ случай нормальный[2]), еще недостаточно.

Съ своей стороны, я предложилъ бы слѣдующую редакцію ст. 57 (41):

Договоромъ о неустойкѣ признается такой придаточный[3]) *договоръ, которымъ одна сторона обѣщаетъ что-либо дать или сдѣлать*[4]) *на случай неисполненія или ненадлежащаго исполненія*[5]) *своего обязательства*[6]).

По соглашенію о неустойкѣ, должникъ обязывается, въ случаѣ неисполненія или ненадлежащаго исполненія обязательства, уплатить вѣрителю опредѣленную денежную сумму.

Неустойка можетъ заключаться не только въ деньгахъ, но и въ вещахъ или въ исполненіи какой-либо работы.

[1]) См. выше стр. 214 слл.

[2]) См. „Объясненія“ къ ст. 64 первой редакціи (1899. Т. I стр. 149).

[3]) См. выше стр. 13 слл. Квалификація „придаточный“ дѣлаетъ излишними оба пункта ст. 1227 Наполеонова кодекса: „La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. — La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale“.

[4]) Ср. выше стр. 85 слл.

[5]) См. выше стр. 75.

[6]) См. выше стр. 15 прим. 2. — Проф. Васьковскій въ уже упоминавшейся критикѣ (въ указ. мѣстѣ стр. 153) замѣчаетъ по поводу проектированной мною

ЦАБ "Автограф"

Слѣдующая, 58 (I)-ая, статья постановляетъ:

Соглашеніе о неустойкѣ, коею обезпечивается письменный договоръ, должно быть удостовѣрено на письмѣ.

Соглашеніе о неустойкѣ должно быть удостовѣрено на письмѣ и въ томъ случаѣ, когда обезпечиваемый ею договоръ заключенъ на словахъ, если сумма неустойки превышаетъ тридцать рублей.

Во второй редакціи эта статья измѣнена такъ:

Ст. 42. Соглашеніе о неустойкѣ должно быть удостовѣрено на письмѣ.

Изъ мотивовъ къ ст. 58 (I) укажу, что первую ея часть редакторы объясняли побочнымъ характеромъ неустоичнаго соглашенія, а вторую—тѣмъ, что «предѣльная сумма, до которой проектъ допускаетъ совершеніе договоровъ на словахъ — 300 рублей — представляется слишкомъ значительною для соглашенія о неустойкѣ (ст. 15). Предѣльная сумма, до которой можетъ доходить соглашеніе о неустойкѣ на словахъ, не должна превышать 30 рублей, какъ это установлено и для займа (ст. 349). Установленіе болѣе высокаго предѣла, а, слѣдовательно, и допущеніе свидѣтельскихъ показаній по болѣе значительнымъ искамъ о неустойкѣ представляется опаснымъ, а въ большинствѣ случаевъ и ненужнымъ, въ виду того, что сдѣлки на болѣе значительныя суммы обыкновенно заключаются на письмѣ, что обусловливаетъ письменную форму и соглашенія о неустойкѣ» [1]).

Вторая комиссія, однако, пошла дальше. Она согласилась съ мнѣніемъ [2]), что «необходимо, въ виду важнаго значенія неустойки, какъ экстраординарнаго и сопряженнаго съ тяжелыми иногда послѣдствіями способа обезпеченія, воспретить заключеніе договоровъ о неустойкѣ на словахъ и во всѣхъ случаяхъ, даже и по договорамъ на незначительную сумму, требовать удостовѣренія соглашеній о неустойкѣ на письмѣ» [3]).

статьи: она излишня, ибо „давать догматическія опредѣленія дѣло не законодательства, а науки". Но данная норма вовсе не имѣетъ цѣлью служить только опредѣленіемъ. Наоборотъ, одобряетъ статью проф. Никоновъ въ Временникѣ Демидовскаго Юридическаго Лицея кн. 84, приложеніе стр. 7. Ср. еще ст. 1226 Code'a.

[1]) „Объясненія" къ ст. 58 (т. I стр. 135 сл.).

[2]) См. „Сводъ замѣчаній на проектъ книги пятой гражданскаго уложенія объ обязательствахъ" (1902) №№ 233—237.

[3]) „Объясненія" къ ст. 42 второй редакціи. Мимоходомъ отмѣтимъ, что эта вторая редакція, и „съ объясненіями" и безъ оныхъ, вовсе не поступала въ продажу и даже не разсылалась учрежденіямъ — наприм., юридическимъ

ЦАБ "Автограф"

Отъ себя прибавлю, что и другой новѣйшій проектъ гражданскаго кодекса—венгерскій—точно также ставитъ непремѣннымъ условіемъ дѣйствительности неустоичнаго договора его письменную форму. Въ § 1043 читаемъ:

> Ein Bedingnis, gemäss welchem der Schuldner dem Gläubiger eine Strafe (Conventionalstrafe) für den Fall verspricht, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllen sollte, ist nur dann wirksam, wenn es in eine Urkunde gefasst wird [1]).

Перейдемъ къ ст. 59 (I), съ которой тождественна ст. 43 (II).

> Неустойка не можетъ быть требуема по недѣйствительному договору, а равно и въ томъ случаѣ, если обязательство не исполнено или ненадлежаще исполнено не по винѣ должника.

Замѣтимъ прежде всего, что здѣсь включены въ одну статью два совершенно разнородныя положенія: одно о недѣйствительности неустоичнаго условія при недѣйствительности усиливаемаго неустойкою обязательства (первая половина статьи до словъ: «а равно») и, затѣмъ, другое о неотвѣтственности должника по вполнѣ дѣйствительному договору о неустойкѣ въ случаѣ отсутствія на его сторонѣ вины (вторая половина статьи). Всякій образованный цивилистъ легко пойметъ, что эти два случая по своему юридическому существу не имѣютъ ничего общаго между собою [2]). Общее между ними—лишь практическій результатъ: и въ одномъ и въ другомъ случаѣ судъ откажетъ истцу въ его требованіи неустойки.

Но и помимо такого чисто механическаго соединенія постановленій, съ правовой точки зрѣнія совершенно отличныхъ другъ отъ друга, нельзя не видѣть, что ст. 59 (43) дефектна. Въ самомъ дѣлѣ: первая ея часть говоритъ, что при недѣйствительномъ главномъ договорѣ не дозволяется взыскивать условленную пеню или, выражаясь точнѣе, что тогда и договоръ о неустойкѣ точно также недѣйствителенъ. Но положеніе это, безъ сомнѣнія, съ одной стороны, излишне,

---

факультетамъ университетовъ, — удостоившимся получить первую редакцію. Скажу только одно: не такъ поступали въ Германіи, когда тамъ, въ весьма недавнее еще время, вырабатывался проектъ гражданскаго уложенія

[1]) Переводъ тотъ же, что выше стр. 220.

[2]) См. также выше стр. 287 прим. 1.

ЦАБ "Автограф"

а, съ другой, недостаточно. Оно излишне по той простой причинѣ, что съ необходимостью вытекаетъ уже изъ придаточнаго характера [1]) соглашенія о неустойкѣ: разъ основное обязательство не признается дѣйствительнымъ, недѣйствительность поражаетъ и неустоичное; ихъ судьбы въ данномъ отношеніи, конечно, сходны. Но истина, выраженная въ первой части ст. 59 (43), вмѣстѣ съ тѣмъ недостаточна. И вотъ почему. Вѣдь, изъ придаточнаго характера неустоичнаго соглашенія вытекаютъ еще другія послѣдствія, кромѣ его недѣйствительности въ зависимости отъ недѣйствительности основного обязательства. Отчего же не упоминать и о нихъ?!

У насъ, въ силу сравнительно прочно установившейся кассаціонной практики Сената [2]), вопросъ о правѣ повѣреннаго заключать договоръ о неустойкѣ, если повѣренный къ тому не уполномоченъ спеціально, разрѣшается отрицательно: это право должно быть прямо выражено въ довѣренности, безъ чего довѣритель воленъ не подчиниться неустоичному условію. Въ этомъ отношеніи, слѣдовательно, придаточная природа нашего института въ русскомъ правѣ не сочтена рѣшающей (иначе, отмѣтимъ мимоходомъ, на дѣло посмотрѣли германскіе суды въ территоріяхъ, напримѣръ, пандектнаго права) [3]), и существующій порядокъ вещей хотятъ удержать и на будущее время: ст. 513 (479) проекта [4]). Но нетрудно указать на другія частныя послѣдствія все того же начала придаточности обѣщанія неустойки, открыто признанныя Сенатомъ. Въ одномъ изъ его рѣшеній [5]) мы читаемъ: «Правительствующій Сенатъ находитъ, что на основаніи 1554 ст. 1 ч. X т. условіе о неустойкѣ, подобно

---

[1]) Выдвигаемаго въ предложенной мною редакціи ст. 57 (41).

[2]) Рѣшенія: 71/161, 175, 322, 72/504, 75/1054, 78/218, 80/33, 82/36. 01/31; ср.. однако, болѣе раннее рѣшеніе въ прямо противоположномъ смыслѣ: 70/976

[3]) См. Archiv Seuffert'a N. F. I, 32.

[4]) Во второй редакціи эта статья (479) гласитъ:

Предоставленіе повѣренному права отчуждать и пріобрѣтать недвижимыя имѣнія, установлять и отчуждать вотчинныя на нихъ права, дѣлать займы, вступать въ вексельныя обязательства, обязываться неустойкою, совершать дареніе, вступать въ товарищество, заявлять о принятіи наслѣдства или объ отреченіи отъ него, заключать мировыя сдѣлки и передовѣрять свое полномочіе другому лицу должно быть положительно выражено въ довѣренности; въ противномъ случаѣ повѣренный не признается уполномоченнымъ на эти дѣйствія.

[5]) Рѣшеніе 98/18, ср. рѣш. 71/175.

ЦАБ "Автограф"

поручительству и залогу, составляетъ одинъ изъ способовъ обезпеченія договоровъ и обязательствъ, а изъ сего слѣдуетъ, что условіе о неустойкѣ, хотя бы оно было облечено въ форму особаго акта, будучи обезпеченіемъ другого договора, не имѣетъ самостоятельнаго характера, а составляетъ лишь дополнительный или придаточный договоръ къ тому главному договору, обезпеченіемъ коего онъ служитъ...» Отсюда тутъ же дѣлается и опредѣленный выводъ, относящійся къ предмету подлежавшаго разсмотрѣнію спора и для насъ здѣсь небезъинтересный. Сенатъ продолжаетъ: «...при отсрочкѣ исполненія по главному договору обезпечивающая его неустойка не прекращаетъ своего дѣйствія, а продолжаетъ обезпечивать исполненіе главнаго обязательства и безъ новаго на то согласія сторонъ». Безусловно справедливое заключеніе изъ общаго принципа. А вотъ и еще одно: вопросъ о правѣ на неустойку обсуждается по законамъ мѣста исполненія главнаго обязательства. Этотъ частный выводъ изъ соотношенія неустоичнаго и основного обязательствъ, весьма вѣрно и согласно съ аналогичными же рѣшеніями германскихъ судовъ, указанъ въ одномъ рѣшеніи [1]), гдѣ вопросъ шелъ о томъ, вправѣ-ли была с.-петербургская судебная палата примѣнить остзейскіе законы по мѣсту предъявленія иска о платежѣ неустойки въ Ригѣ, когда мѣстомъ исполненія обезпечиваемаго неустойкою главнаго договора былъ г. Поти. На поставленный вопросъ Сенатъ основательно, повторяю, отвѣчаетъ: нѣтъ, не вправѣ, и кассируетъ рѣшеніе апелляціонной инстанціи, не принявшей въ соображеніе связи между основнымъ договоромъ и придаточнымъ.

Вотъ безспорныя конкретныя послѣдствія нашего начала, число которыхъ, разумѣется, можно бы увеличить [2]). Такъ не ввести-ли и ихъ въ законодательство (матеріальное и процессуальное) по почину перваго пункта нашей статьи? Конечно, нѣтъ. Заключеніе должно быть сдѣлано какъ разъ обратное: изъ того факта, что современный законодатель и не подумаетъ отдѣльно санкціонировать изложенныя и подобныя имъ частныя положенія, вытекающія изъ признаннаго имъ начала, слѣдуетъ, что и сдѣланный частный выводъ или, другими словами, первая половина ст. 59 (43) тоже подлежитъ опущенію. Вѣдь, не внесли же редакторы въ нашъ проектъ, напримѣръ, ст. 1227 п. 2 Наполеонова кодекса о томъ, что «недѣйствительность условія

---

[1]) Рѣш. 94/23. Ср. рѣшеніе R. O. H. G. 'а въ Arch. Seuffert'a N. F. I, 195 и рѣшеніе имперскаго суда въ Entscheidungen des R. G.'s in Civilsachen XV, 131.

[2]) См. выше стр. 14 сл.

ЦАБ "Автограф"

о неустойкѣ не влечетъ за собою недѣйствительности главнаго обязательства». Отчего? Да, очевидно, оттого, что настолько они судьѣ довѣряютъ: они готовы въ немъ предположить знакомство съ юридическимъ правиломъ, что недѣйствительность побочной сдѣлки не создаетъ подобной же судьбы и для главной. Почему же не быть послѣдовательнымъ и не предположить въ судьѣ знакомства и съ противоположнымъ, опять-таки естественнымъ и элементарнымъ, правиломъ, что недѣйствительность главной сдѣлки, наоборотъ, вліяетъ на судьбу побочной сдѣлки, порождая и ея недѣйствительность? Но редакторы думаютъ иначе: п. 2 ст. 1227 Code'a намъ не нуженъ, а безъ п. 1 той же статьи намъ не обойтись. Разсужденіе, однако, едва-ли основательное.

Мнѣ, быть можетъ, возразятъ: а ст. 181 швейцарскаго союзнаго закона объ обязательствахъ? а § 344 германскаго гражданскаго уложенія? и т. п. Здѣсь какъ разъ нормируется одна сторона дѣла и оставляется безъ нормировки другая. На это я, въ свою очередь, отвѣчу слѣдующее. Во-первыхъ, чужія ошибки оправданіемъ служить не могутъ: онѣ требуютъ исправленія, а не подражанія; во-вторыхъ, въ указанныхъ сейчасъ нормахъ легко усмотрѣть особый оттѣнокъ, который недостаточно проглядываетъ въ русской статьѣ. Въ цитированномъ § 344 говорится:

> Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

Съ нимъ полезно сравнить § 1051 венгерскаго проекта:

> Das Bedingen einer Strafe ist unwirksam, wenn sie die Sicherung einer Forderung bezweckt, die auf gerichtlichem Wege nicht geltend gemacht werden kann.

Но особенно рельефно вопросъ поставленъ въ ст. 181 швейцарскаго закона:

> Die Konventionalstrafe kann nicht gefordert werden, wenn durch dieselbe ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigt werden sollte...

Ясно, что приведенныя нормы стремятся къ парализованію обхода закона путемъ соглашенія о неустойкѣ: пеня, выговоренная in fraudem legis, не должна подлежать взысканію. Сюда, главнымъ образомъ, подойдутъ случаи обезпеченія неустойкой долга по игрѣ или пари или

ЦАБ "Автограф"

обѣщанія вступить въ бракъ; далѣе, случаи, когда путемъ неустойки стороны пытаются обойти обязательную по закону форму заключенія сдѣлки,—напримѣръ, форму, предписанную для перехода права собственности на недвижимость, и т. д.

И при всемъ томъ, и § 344, и § 1051, и ст. 181,—всѣ они, на мой взглядъ, излишни. Повидимому, до извѣстной по крайней мѣрѣ степени, это сознается и самимъ Planck'омъ, который въ своемъ коментаріи замѣчаетъ: Ob... eine Vereinbarung der fraglichen Art schon nach allgemeinen Grundsätzen als in fraudem legis erfolgt fur unwirksam zu halten ist, kann im einzelnen Fall zweifelhaft sein. Der § 344 bestimmt die Unwirksamkeit deshalb ausdrücklich» [1]. Кто, вмѣстѣ со мною, и въ этихъ словахъ не найдетъ убѣдительнаго довода въ пользу необходимости B. G. B. § 344, тотъ, думаю, не будетъ отстаивать и сохраненія критикуемой статьи въ нашемъ проектѣ. Мало-ли что мыслимо вносить въ кодексъ! Вотъ первый германскій Entwurf въ § 424 не ограничивался даже тѣмъ, что указывалъ на недѣйствительность неустоичнаго соглашенія при недѣйствительности главнаго; онъ считалъ необходимымъ еще особое упоминаніе о томъ, что оспоримость основного обязательства соотвѣтственно влечетъ за собой оспоримость же обязательства побочнаго, неустоичнаго. Вторая комиссія благополучно вычеркнула это второе опредѣленіе и, разумѣется, поступила хорошо. Но она поступила бы еще лучше, если бы заодно вычеркнула и первое опредѣленіе, а съ нимъ весь параграфъ.

Многимъ, пожалуй, покажется страннымъ, что я такъ долго останавливаюсь на вопросѣ, включать-ли, или не включать, норму самое по себѣ правильную. Замѣчу: для кодекса недостаточно, чтобы его нормы были вѣрны или справедливы по существу, по своему содержанію. Кодексъ долженъ обладать еще иными достоинствами. Нѣкоторая казуистичность и въ особенности абстрактная казуистичность, несистематичность въ дѣлѣ построенія какой-нибудь части, книги или главы, недостаточно строгое отношеніе къ моментамъ чисто логическаго свойства,—все это крайне вредно отзывается на судьѣ, примѣнителѣ закона, затрудняя его задачу, напрасно потребляя его энергію и время, ослабляя то духовное удовлетвореніе, которое должно сопровождать его работу. И обратно: кодексъ, по возможности свободный отъ недостатковъ въ сейчасъ указанномъ направленіи, дѣйствуетъ на судью благотворнымъ образомъ, сберегая его трудъ, сообщая его умствен-

---

[1]) Назв соч. II прим. 1 къ § 344.

ЦАБ "Автограф"

ной дѣятельности бодрость и въ конечномъ итогѣ повышая уровень судейской работы. Съ этой-то точки зрѣнія (значеніе которой, думается, трудно преувеличить) и ради минимальнаго улучшенія интересующей насъ стороны дѣла, стороны технической, на мой взглядъ, положительно стóитъ ломать копья [1]).

Итакъ, съ первой частью ст. 59 (43) можно распроститься безъ сожалѣнія. Но то же самое должно сказать и о второй ея части. «Неустойка», значится здѣсь, «не можетъ быть требуема... если обязательство не исполнено или ненадлежаще исполнено не по винѣ должника». Другими словами, по неустоичному договору должникъ отвѣчаетъ только при наличности вины. Прекрасно,— чтб же однако тутъ по адресу неустоичнаго договора высказано такого, что не примѣнялось бы къ договорамъ вообще? Очевидно, ровно ничего [2]). Но къ чему же тогда данное положеніе? Къ тому, чтобы способнаго и твердаго судью безъ надобности отяготить, а малоспособнаго и не столь твердаго даже запутать? Вѣдь, невольно должна явиться мысль, что относительно неустоичнаго договора законодатель установилъ нѣчто спеціальное по вопросу о винѣ. Это спеціальное иной судья и будетъ добросовѣстно отыскивать и вносить въ свое рѣшеніе, создавая, такимъ образомъ, искусственное, неправильное и не входящее въ виды законодателя и закона различеніе [3]). Второй пунктъ ст. 59 (43), слѣдовательно, точно также не нуженъ. И этому, конечно, нисколько не противорѣчитъ то обстоятельство, что въ римскомъ правѣ poena считалась commissa и при отсутствіи вины: на то тамъ, въ Римѣ, имѣлись свои особыя причины, которыя мы уже знаемъ [4]). Но этихъ причинъ нынѣ нѣтъ,

---

[1]) Въ остальномъ напомню читателю извѣстныя страницы въ „Духѣ римскаго права“ Іеринга о существѣ юридической техники и, въ частности, „о количественномъ и качественномъ упрощеніи права“ („quantitative und qualitative Vereinfachung des Rechts“), о которомъ авторъ говоритъ: „Ich nenne dies das Gesetz der Sparsamkeit und erblicke darin eines der Lebensgesetze aller Jurisprudenz“ (II, 2, изд. 4, стр. 330).

[2]) Ср. ст. 112 (90) и 127 (105) самого проекта, построенныя на спасительномъ романистическомъ принципѣ виновности.

[3]) Ср. замѣчанія Колера въ его только-что появившейся статьѣ „Technik der Gesetzgebung“: „Fehlerhaft ist alles Überflüssige: fehlerhaft ist es namentlich aus einem Gesammtrechtssatz eine Einzelheit herauszunehmen, was sehr leicht zu dem Irrtum führt als ob nur diese Einzelheit gälte und diese etwas besonderes wäre“ (Arch. f. d. civ. Praxis XCVI стр. 373).

[4]) См. выше стр. 268 слл.

ЦАБ "Автограф"

а наши кодексы вовсе не призваны содержать статьи или параграфы, предназначенные только служить опроверженіемъ соотвѣтственныхъ римскихъ нормъ, своеобразныхъ и отнюдь не напрашивающихся сами собою.

Сказанное выиграетъ въ ясности и силѣ при ближайшемъ анализѣ ст. 60 (44) проекта, къ которой мы теперь и обращаемся. Въ первой редакціи статья была формулирована такъ:

> Право на неустойку, при отсутствіи въ договорѣ болѣе точнаго указанія, возникаетъ, если должникъ не исполнитъ своего обязательства въ установленный въ договорѣ срокъ или вообще впадетъ въ просрочку или совершитъ дѣйствіе, которое онъ обязался не совершать.

Въ виду, впрочемъ, явной безцѣльности подчеркнутыхъ мною словъ[1]), эти слова во второй редакціи выпущены, и ст. 44 (II) теперь гласитъ:

> Право на неустойку, при отсутствіи въ договорѣ болѣе точнаго указанія, возникаетъ со времени просрочки должника или совершенія имъ того дѣйствія, которое онъ обязался не совершать.

Но и въ исправленномъ видѣ данная норма вызываетъ возраженія. Во-первыхъ, къ чему оговорка: «при отсутствіи болѣе точнаго указанія»? Развѣ и безъ того неизвѣстно, что въ области неустойки мы, вообще говоря, стоимъ на почвѣ диспозитивности нормъ?[2]). Не хотятъ же редакторы сказать, что въ вопросѣ, нормированномъ, положимъ, въ ст. 62 (46), стороны не вправѣ автономно регу-

---

[1]) См. „Объясненія“ къ ст. 44 второй редакціи и мои замѣчанія въ „Правѣ“ 1900 стр. 1159.

[2]) Кстати: откуда составители проекта взяли, что саксонское (ст. 1431) и цюрихское (ст. 971) гражд. уложенія „не допускаютъ *ни въ какомъ случаѣ* (курсивъ подлинника) совмѣщенія неустойки съ взысканіемъ убытковъ“: „Объясненія“ къ ст. 61 (I) (т. I стр. 142, ср. стр. 140)? Это абсолютно невѣрно и свидѣтельствуетъ о полномъ непониманіи цитированныхъ нормъ. Никакого ius cogens ни саксонскій, ни цюрихскій кодексъ не установляетъ, какъ не устанавливаютъ его и другіе кодексы. Что мы здѣсь имѣемъ дѣло съ типомъ законодательства, правда, отличнымъ и отъ римской, и отъ прусско-французской системы въ нашемъ институтѣ, однако въ совершенно иномъ направленіи и отношеніи, чѣмъ то думаютъ редакторы проекта, — выяснялось выше § 18.

ЦАБ "Автограф"

лировать свои отношенія по неустойкѣ еще какъ-нибудь иначе. А между тѣмъ формулировка ст. 60 (44) способна вызвать именно это представленіе, т. е. опять какъ разъ то, чего законодатель особенно тщательно старался избѣжать.

Мимоходомъ слѣдующее. Какъ видно изъ статей 126 сл. (104 сл.), проектъ, при опредѣленіи просрочки, сталъ на почву объективную, не внося въ понятіе mora момента вины и отступивъ, такимъ образомъ, отъ господствующаго романистическаго ученія и, далѣе, наприм., отъ постановки вопроса въ германскомъ уложеніи по адресу должника («Verzug des Schuldners») [1]. Сдѣлано это, по моему убѣжденію, безсознательно, случайно [2]. Но съ точки зрѣнія положеній о не-

---

[1]) L. 24 pr. D. de usuris (22, I), Dernburg Pandekten II §§ 40, 43; B. G. B. §§ 285, 293, Dernburg Das bürgerl. Recht II, 1 стр. 155, 164.

[2]) См. „Объясненія“ къ стр. 127 (I) и 134 — 138 (I) (т. I стр. 281 сл., 296 слл.), откуда видно, что понятіе просрочки въ сущности не интересовало редакторовъ, что самый вопросъ о немъ даже не ставился и едва ли былъ ясенъ. Это доказывается хотя бы слѣдующими выдержками изъ объяснительной записки. По адресу просрочки должника здѣсь говорится (стр. 281): „Отвѣтственность за убытки... вслѣдствіе просрочки, обусловливается... наличностью вины...“; „... необходимо предоставить должнику возможность избѣгнуть отвѣтственности посредствомъ представленія доказательства, что просрочка произошла вслѣдствіе случайнаго событія“; „...просрочка не можетъ быть поставлена въ вину должнику..., если...“ и т. д. Ясно, что „просрочка“ тутъ всюду понимается безотносительно къ моментамъ вины и отвѣтственности. Но вотъ что мы читаемъ на стр. 296 по адресу просрочки вѣрителя: „Самый важный вопросъ по предмету просрочки со стороны вѣрителя состоитъ въ томъ, требуется ли для ея наличности, чтобы уклоненіе вѣрителя... подлежало вмѣненію ему въ вину, какъ это необходимо для наличности просрочки со стороны должника [?? см. выше], или же, напротивъ того, условіе это несущественно для признанія вѣрителя впавшимъ въ просрочку“; „... большинство законодательствъ признаетъ вину существеннымъ элементомъ просрочки со стороны вѣрителя...“ Опять ясно, что здѣсь, обратно предыдущему, „просрочка“ не мыслится отдѣльно отъ вопросовъ о винѣ и отвѣтственности. И наконецъ, на стр. 298 наблюдается возвращеніе къ прежней точкѣ зрѣнія; напр.: „...при опредѣленіи послѣдствій просрочки вѣрителя, вина его не должна быть принимаема въ расчетъ“, и т. д. Приведеннымъ мотивамъ соотвѣтствуютъ и выработанныя нормы. Ст. 127 (105) говоритъ:

> Должникъ отвѣчаетъ за убытки, причиненные вѣрителю просрочкою въ исполненіи обязательства, если не докажетъ, что просрочка произошла вслѣдствіе случайнаго событія.

Здѣсь „просрочка“ существуетъ внѣ зависимости отъ соображеній о

ЦАБ "Автограф"

устойкѣ во всякомъ случаѣ нельзя не пожалѣть о данной оригинальности проекта: не подлежитъ сомнѣнію, что при субъективномъ взглядѣ на просрочку п. 2 ст. 59 (43) упразднился бы самъ собою. Тогда редакторамъ и на мысль не пришло бы удѣлять ему мѣсто.

Во-вторыхъ, заключительныя слова нашей ст. 60 (I) таковы: «..или если должникъ] совершилъ дѣйствіе, которое онъ обязался не совершать», а статьи 44 (II): «..или совершенія имъ [должникомъ] того дѣйствія, которое онъ обязался не совершать». Эти слова, одинаково и въ первой и во второй редакціи, снова безусловно не нужны. Рѣчь идетъ объ obligatio non faciendi Но ст. 60 (44), дѣлая должника отвѣтственнымъ съ момента просрочки, вѣдь, тѣмъ самымъ рѣшаетъ вопросъ и для обязательства, предметъ коего состоитъ въ несовершеніи чего-либо, и притомъ какъ разъ въ указанномъ смыслѣ: просрочка должна наступить уже при совершеніи запрещеннаго дѣйствія, помимо всякаго напоминанія, здѣсь не примѣнимаго Формировка просрочки допускаетъ двоякое отношеніе къ дѣлу [1]). Или въ ней объ obligationes non faciendi вовсе не упоминается: такъ поступаетъ германскій B G. B., а коментаторъ его Эртманъ основательно замѣчаетъ: «dass bei Verpflichtungen zum Unterlassen es keiner besonderen Mahnung bedarf, liegt auf der Hand» [2]); или слѣдуютъ примѣру фран-

---

винѣ и отвѣтственности Не то, однако, должно сказать о „просрочкѣ" въ ст 135 (115)

Вѣритель признается впавшимъ въ просрочку, хотя бы она произошла вслѣдствіе случайнаго событія.

Очевидно, что редакторы не потрудились себѣ выяснить и установить отношеніе къ отвѣтственности за просрочку (или, какъ они еще говорятъ, къ послѣдствіямъ ея) самаго понятія просрочки и ея наличности Неудивительно, что получились результаты, со стороны законодательной техники, на премію слабые. А между тѣмъ образцы были, готовые, безукоризненные. Вотъ какъ редактированы §§ 285 и 293 германскаго уложенія:

Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

Der Glaubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt

По существу наши редакторы пошли вслѣдъ за германскимъ законодателемъ: такъ зачѣмъ же было въ дѣлѣ формы отъ добра добра искать и мудрствовать лукаво?!

[1]) Это въ отвѣтъ на небезупречное объясненіе къ ст 126 (I) проекта. т. I стр. 278 сл

[2]) Назв. соч прим 3 къ § 284

ЦАБ "Автограф"

цузскаго кодекса, который считаетъ нужнымъ заявить въ ст. 1145: «Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention». Но въ отдѣлѣ о неустойкѣ установлять различіе, не проводимое въ отдѣлѣ о просрочкѣ [1]), значитъ заставлять судью дополнять, черпать свои свѣдѣнія по просрочкѣ изъ отдѣла о неустойкѣ, значитъ, нормируя частный случай, нормировать общее положеніе. Редакторы были бы правы только тогда, если бы могли доказать, 1) что obligatio non faciendi встрѣчается не иначе какъ въ соединеніи съ неустоичнымъ обезпеченіемъ или, по крайней мѣрѣ, преимущественно въ этомъ соединеніи, или что 2) при добавленіи къ obligatio non faciendi договора неустойки вопросъ о просрочкѣ должника измѣняется или хотя осложняется и затрудняется. Но ничего подобнаго они доказать не могли да и не хотятъ, а, слѣдовательно, и не имѣютъ основанія создавать новый видъ просрочки, такъ сказать, при случаѣ или оказіи, вмѣстѣ съ изложеніемъ нормъ не о просрочкѣ, а о неустойкѣ.

Дѣло, однако, кажется, вовсе не въ этомъ, а въ другомъ: на ст. 60 (44) оказалъ, думаю, излишнее вліяніе § 339 германскаго гражданскаго уложенія. Этотъ параграфъ, дѣйствительно, гласитъ:

> Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

И подчеркнутая прибавка, дѣйствительно, совпадаетъ съ заключительными словами ст. 60 (44). Но какъ оно ни странно, а отсюда все-таки еще ровно ничего не слѣдуетъ въ пользу проектируемой статьи. Ибо означенная прибавка, несомнѣнно, полна смысла въ B. G. B. § 339, чего, къ сожалѣнію, нельзя сказать о ней же въ нашей статьѣ. Почему? А потому, что въ устахъ нѣмецкаго законодателя «Verzug [des Schuldners]» предполагаетъ, заключаетъ въ себѣ вину. Если, слѣдовательно, тотъ же законодатель при обязательствѣ не совершать чего-либо, подвергаетъ отвѣтственности должника уже съ наступленіемъ («Zuwiderhandlung»), безъ дальнѣйшаго, то ясно, что онъ тѣмъ самымъ здѣсь, по исключенію, отказы-

---

[1]) См. ст. 126 и слл. (104 и слл.) проекта.

ЦАБ "Автограф"

вается отъ реквизита вины, создавая (какъ мы это въ свое время видѣли) изъ подкрѣпленнаго неустойкою обязательства non faciendi своего рода Garantievertrag. Смыслъ тутъ серьезный. Но совершенно другое—та же оговорка въ проектѣ, не разумѣющемъ подъ просрочкой должника непремѣнно просрочку вмѣняемую. Тутъ оговорка уже не можетъ имѣть того значенія, что для обязательствъ извѣстнаго рода, направленныхъ на воздержаніе отъ дѣйствія, молъ, не требуется вины: вина всюду требуется, безъ различія,—не на основаніи просрочки, а на основаніи ст. 59 (43) или, вѣрнѣе, положеній общихъ. А значеніе критикуемыхъ словъ можетъ быть только то, что напоминаніе (interpellatio) при obligationes non faciendi не обязательно,—что̀, однако, повторяю, либо понятно само собой, либо должно быть постановлено въ связи съ регулированіемъ ex professo видовъ и случаевъ просрочки.

Итакъ, ст. 60 (44) проекта оставляетъ желать много лучшаго. Болѣе или менѣе удовлетворительной мнѣ кажется слѣдующая редакція. Оговариваюсь, что я исхожу изъ предположенія, что а) п. 2 § 339 германскаго кодекса не заслуживаетъ сочувствія [1]) и б) понятіе просрочки въ ст. 126 сл. (104 сл.) должно подвергнуться цѣлесообразному и несложному измѣненію: изъ объективной она имѣетъ стать субъективной.

Право на неустойку возникаетъ, когда обязавшаяся сторона впала въ просрочку [2]).

Къ этой моей формулировкѣ присоединю еще только два поясненія. Первое: данная статья и съ своей стороны упраздняетъ вторую часть ст. 59 (43), обусловливая взысканіе договорной пени наличностью просрочки виновной. Второе: предложенная статья отсылаетъ къ нормамъ, принятымъ въ отдѣлѣ о просрочкѣ. Не заключая лишнихъ разглагольствованій, повтореній, отступленій, новыхъ различеній, она въ то же время считается со всѣми тѣми разновидностями, какія законодатель призналъ желательнымъ санкціонировать по адресу просрочки: считается съ моментами вины и напоминанія въ примѣненіи ко всѣмъ возможнымъ обязательствамъ,—направленнымъ на facere и на non facere, съ назначеніемъ опредѣленнаго срока исполненія и безъ такого назначенія. Лишь въ видѣ примѣра укажу, что если бы, по

---

[1]) Ср. выше стр. 274, 278 сл. 286 слл.

[2]) Ср. еще ст. 1230 Code'a

ЦАБ "Автограф"

ложимъ, законъ, слѣдуя примѣру чисто римскаго (въ отличіе отъ пандектнаго) права и Наполеонова кодекса (ст. 1139), требовалъ напоминанія должнику даже при наличности обязательства со срокомъ, то та же необходимость, очевидно, возникала бы и при договорѣ, усиленномъ неустойкою. И если, наоборотъ, напоминаніе требуется вообще только при обязательствѣ безъ срока (ст. 126 перваго или 104 второго проекта), то, конечно, то же самое слѣдуетъ сказать и о случаѣ, когда обязательство обезпечено неустойкой [1]).

Перехожу къ центральнымъ статьямъ 61 (45) и 62 (46). Здѣсь нормированъ главнѣйшій вопросъ — отношеніе неустойки и интереса другъ къ другу — и нормированъ въ общемъ правильно, какъ уже отмѣчалось раньше. Но и здѣсь внѣшняя сторона хромаетъ. Нѣтъ стройности, симметріи частей, внутренняго распорядка, а потому нѣтъ и достаточной точности и ясности, а временами даже полноты.

Въ ст. 61 п. 1 читаемъ:

> Если неустойка назначена на случай неисполненія должникомъ обязательства, то вѣритель имѣетъ право требовать или платежа неустойки, или же исполненія обязательства и, въ случаѣ неисполненія, — возмѣщенія убытковъ.

Въ ст. 45 п. 1 повторенъ тотъ же текстъ, съ опущеніемъ только словъ «въ случаѣ неисполненія».

Противъ этой части статьи 61 не приходится возражать. Не имѣю ничего и противъ измѣненія, внесеннаго во вторую редакцію: съ одной стороны, конечно, возможны убытки и мыслима ихъ ликвидація даже при требованіи объ исполненіи, а, съ другой, объ убыткахъ при неисполненіи еще идетъ рѣчь впереди, такъ что пока можно и умолчать о нихъ.

Менѣе удовлетворителенъ второй пунктъ ст. 61:

> Требовать и неустойку, и исполненіе обязательства вѣритель можетъ лишь въ томъ случаѣ, если это постановлено въ договорѣ, или если неустойка назначена за несвоевременное, либо вообще ненадлежащее исполненіе обязательства.

---

[1]) Къ моей критикѣ ст. 59 и 60 (43 и 44) близко по смыслу подходитъ замѣчаніе на эти статьи Московскаго столичнаго съѣзда мировыхъ судей (см. указ. „Сводъ“ № 241). Остается только сожалѣть, что и это, извѣстное редакторамъ, замѣчаніе осталось безъ всякаго вліянія на дальнѣйшую судьбу названныхъ статей.

ЦАБ "Автограф"

Въ немъ соединены опять матеріи разнородныя: въ одномъ случаѣ—при требованіи какъ исполненія, такъ и неустойки, назначенной за неисполненіе,—предъ нами начало кумулятивное; въ другомъ—при взысканіи, сверхъ требованія объ исполненіи, пени, условленной на случай ненадлежащаго исполненія,—выступаетъ начало альтернативное [1]). Замѣчу еще, что если бы не ставилась совершенно ненужная задача отъ времени до времени подчеркивать свободу контрагентовъ при регулированіи отношеній по неустоичному договору, то не оказалось бы налицо ни первой части разбираемаго пункта, ни, вмѣстѣ съ нею, указаннаго соединенія.

Но во второй редакціи (ст. 45) данный пунктъ исправленъ:

> Если неустойка назначена на случай неисполненія въ срокъ или вообще ненадлежащаго исполненія должникомъ обязательства, то вѣритель имѣетъ право требовать и платежа неустойки, и исполненія обязательства.

Чтобы не нарушить естественной связи между вопросами, оставимъ пока въ сторонѣ третій пунктъ нашей статьи и займемся ст. 62 (46). Она опредѣляетъ, одинаково въ обѣихъ редакціяхъ:

> Вѣритель, требующій, вмѣсто неустойки, вознагражденія за убытки отъ неисполненія обязательства, имѣетъ право на вознагражденіе, по крайней мѣрѣ, въ размѣрѣ неустойки.

Уже на первый взглядъ бросается въ глаза слѣдующее. Отчего предусматривается только случай убытковъ (а, слѣдовательно, и неустойки) отъ неисполненія? Гдѣ же нормировка въ данномъ отношеніи другого случая и другого вида неустойки—неустойки, предназначенной обезпечить правильность и въ особенности своевременность исполненія? Вѣдь, ст. 62 (46) должна соотвѣтствовать обоимъ случаямъ ст. 61 (45), относиться и къ первому, и ко второму ея пункту. Очевидно, что слова: «отъ неисполненія обязательства», какъ вносящія произвольное и нераціональное съуженіе, должны быть опущены. Это разъ. Но та же статья 62 (46) дефектна еще въ другомъ направленіи. Она имѣетъ ввиду случай обращенія вѣрителя къ общему иску объ ущербѣ, вмѣсто неустойки, которая, однако, можетъ оказаться и больше наличнаго или доказаннаго вреда: тогда вознагражденіе получится все-таки «въ размѣрѣ не-

---

[1]) См. выше стр. 223 и 98 слл. Это различіе, впрочемъ, отчасти сознается и самими редакторами: „Объясненія“ къ ст. 61 (т. I стр. 142 сл.).

ЦАБ "Автограф"

устойки.» Но возьмемъ случай противоположный. Вѣритель обращается къ иску о неустойкѣ, условленной въ размѣрѣ, положимъ, 100, и взыскиваетъ эти 100. Впослѣдствіи онъ убѣждается, что его убытки = 120. Можетъ-ли онъ довзыскать 20? Въ отвѣтъ на это ст. 62 (46) молчитъ — несмотря на то, что данный, непредусмотрѣнный ею, случай на практикѣ важнѣе, чѣмъ случай обратный, въ статьѣ указанный [1]). Любопытно, что изъ объяснительной записки даже не видно, чтобы редакторы отдавали себѣ отчетъ въ его возможности. Что касается вопроса, какъ разрѣшить игнорированный случай, то отвѣтить, думаю, нетрудно: на почвѣ римскаго, строго альтернативнаго отношенія нѣтъ основанія отклонить означенное дополнительное требованіе. Подобно тому какъ въ одномъ случаѣ, при предъявленіи иска объ убыткахъ, вѣритель имѣетъ право на всю неустойку, въ томъ числѣ, слѣдовательно, и на возможную разность между нею и причиненнымъ вредомъ, точно также въ другомъ случаѣ, при вчатіи иска о неустойкѣ, вѣритель долженъ имѣть право на разность между ущербомъ и (оказавшейся по размѣрамъ ниже) неустойкой: другими словами, ему нужно предоставить право на дополученіе указанныхъ 20 изъ общей цыфры убытковъ.

И въ-третьихъ: не проще-ли регулировать цѣликомъ каждый изъ двухъ основныхъ видовъ неустойки, — другими словами, не лучше-ли (по образцу германскаго уложенія) [2]) посвятить по отдѣльной статьѣ, съ одной стороны, неустойкѣ, призванной обезпечить исполненіе вообще, а, съ другой, неустойкѣ, имѣющей служить дѣлу надлежащаго, въ частности своевременнаго, исполненія?

На основаніи приведенныхъ соображеній, я полагалъ бы формулировать наши двѣ статьи слѣдующимъ образомъ:

> Ст. 61 (45). *Если неустойка назначена на случай неисполненія должникомъ обязательства, то вѣритель можетъ требовать уплаты неустойки, взамѣнъ исполненія обязательства.*
>
> *Если вѣрителю принадлежитъ право на вознагражденіе за убытки вслѣдствіе неисполненія, то онъ можетъ требовать вознагражденія, по крайней мѣрѣ, въ размѣрѣ неустойки. Не исключается право вѣрителя и на дополни-*

---

[1]) См. выше стр. 78.

[2]) §§ 340 и 341. Иначе, правда, распредѣленъ законодательный матеріалъ въ проектѣ венгерскаго уложенія: §§ 1045—1047 (см. выше стр. 220).

ЦАБ "Автограф"

тельное требованіе убытковъ, поскольку они превышаютъ размѣръ неустойки.

Ст. 62 (46). *Если неустойка назначена на случай несвоевременнаго либо вообще ненадлежащаго исполненія, то вѣритель можетъ требовать и платежа неустойки и исполненія обязательства.*

Если вѣрителю принадлежитъ право на вознагражденіе за убытки вслѣдствіе ненадлежащаго исполненія, то примѣняется вторая часть предыдущей статьи [1] и [2].

Возвращаюсь на минуту къ обойденному п. 3 ст. 61 (45), который гласитъ такъ:

> Вѣритель, принявшій несвоевременное или ненадлежащее исполненіе обязательства безъ оговорки относительно сохраненія за собою права на неустойку, признается отказавшимся отъ неустойки.

Это положеніе, какъ уже было замѣчено при случаѣ, заимствовано изъ B.G.B. § 341 Abs. 3. Но заимствованіе произведено, по моему мнѣнію, совершенно напрасно [3]), ибо германская норма не имѣетъ достаточнаго внутренняго основанія. Такъ какъ критика ея уже дана раньше, въ связи съ обзоромъ практики судовъ, примѣнявшихъ пандектное право [4]), то я ограничиваюсь теперь заявленіемъ, что данный п. 3 ст. 61 (45) подлежитъ устраненію, какъ рѣшительно излишній и даже небезвредный.

---

[1]) Данныя статьи воспроизводятъ статьи, предложенныя мною въ первомъ изданіи настоящаго труда (стр. 334) и въ „Правѣ“ 1900 г. стр. 1219 сл., съ незначительными только редакціонными измѣненіями.

[2]) Въ Журналѣ Министерства Юстиціи 1900 г. апрѣль стр. 250 г. Городыскій говоритъ: „...предоставленіе вѣрителю права взыскивать съ должника, по своему усмотрѣнію, неустойку или убытки должно быть признано неотвѣчающимъ понятію о неустойкѣ, почему приведенныя выше 61 и 62 статьи проекта подлежатъ безусловно исключенію“. Другими словами, г. Городыскій—сторонникъ прусско-французской системы въ области неустойки. Это дѣло взгляда. Но не слѣдуетъ говорить, будто римская постановка, усвоенная германскимъ уложеніемъ и проектами нашимъ и венгерскимъ, „не отвѣчаетъ понятію о неустойкѣ“. Это уже почти недоразумѣніе: см. выше стр. 294. Въ подобномъ же недоразумѣніи повинны авторы замѣчанія въ „Сводѣ“ № 231.

[3]) „Объясненія“ къ п. 3 ст. 61 (I) (т. I стр. 113) не содержатъ ничего ни существеннаго, ни новаго.

[4]) См. выше стр. 92 слл; ср. еще „Право“ 1900 г. стр. 1220 слл. и (тоже несогласныя съ проектируемымъ нововведеніемъ) рѣшенія Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента: 71/249, 579,172/588, 74/872, 75/254 и др.

ЦАБ "Автограф"

Намъ осталось разсмотрѣть ст. 63 (47) проекта. Она гласитъ, въ одной и въ другой редакціи, такъ:

> Если въ договорѣ назначена неустойка въ очевидно преувеличенномъ размѣрѣ, или если она представляется чрезмѣрною въ виду неисполненія должникомъ обязательства лишь въ незначительной части, то судъ можетъ, по просьбѣ должника, уменьшить размѣръ неустойки, но обязанъ при этомъ принять въ соображеніе не только имущественные, но и другіе справедливые интересы вѣрителя.

Данная статья—почти переводъ первой части извѣстнаго § 343 германскаго гражданскаго уложенія. Единственное болѣе или менѣе серьезное измѣненіе заключается въ вставкѣ: «или если она представляется чрезмѣрною въ виду неисполненія должникомъ обязательства лишь въ незначительной части». Вставка эта, очевидно, навѣяна другою группой законодательствъ, допускающихъ пониженіе судьею размѣра неустойки,—кодексами французскимъ, италіанскимъ и т. п.[1]).

Въ дополненіе къ тому, что раньше было сказано по адресу права судьи уменьшать неустойку независимо отъ частичнаго удовлетворенія кредитора [2]), я укажу на два обстоятельства.

Дѣйствующее русское законодательство не знаетъ судейскаго

---

[1]) Совершенно на французской почвѣ стояла ст. 7 первоначальнаго, уже упоминавшагося, проекта г. Садовскаго и друг:

> Размѣръ неустойки опредѣляется взаимнымъ соглашеніемъ сторонъ. Судъ можетъ уменьшить неустойку, если обезпеченное ею обязательство исполнено отчасти, а равно и въ томъ случаѣ, если по займу или по сдѣлкѣ, подъ которою скрывается заемъ, назначена очевидно преувеличенная неустойка.

См. выше § 24 стр. 258 слл. Что, впрочемъ, и по B. G. B. частичное исполненіе обязательства—одно изъ главныхъ основаній для примѣненія § 343, уже отмѣчалось (выше стр. 308). Въ виду того, что проектъ указываетъ на незначительность недодѣланнаго должникомъ, упомяну еще о § 320 Abs. 2 того же германскаго кодекса: онъ трактуетъ о случаѣ, когда при обоюдномъ договорѣ одна сторона учинила удовлетвореніе въ части, и на этотъ случай запрещаетъ отказывать во встрѣчномъ удовлетвореніи, буде отказъ „по обстоятельствамъ дѣла, въ особенности же по сравнительной ничтожности неисполненнаго остатка, погрѣшалъ бы противъ добросовѣстности“. Эндеманъ (назв. соч. I стр. 603) рекомендуетъ аналогичное примѣненіе этой нормы и къ случаямъ обезпеченія договора неустойкою по вопросу о томъ, подлежитъ-ли взысканію условленная пеня, или нѣтъ.

[2]) См. выше § 25 стр. 298 слл.

ЦАБ "Автограф"

пониженія пени. Стремленіе оградить должника отъ чрезмѣрныхъ неустоекъ получило у насъ осуществленіе иного рода—въ признаніи такъ наз. механическаго принципа: по этому принципу закономъ установляется точно опредѣленный maximum, за который неустойка не можетъ выходить. Maximum выражается либо въ какой-нибудь абсолютной цыфрѣ, либо, всего чаще, въ цыфрѣ, означающей ариѳметическое отношеніе неустойки къ суммѣ обезпечиваемаго обязательства. На такомъ именно началѣ построены: знакомая намъ ст. 1584 т. X ч. 1. [1]), далѣе, нѣкоторыя статьи Торговаго Устава (ст. 379—381 изд. 1903 г.=ст. 330—332 изд. 1893 г.), Устава о Промышленности (ст. 98, 145, 148) и др.; на немъ же основана и указывавшаяся выше [2]) ст. 4 первоначальнаго проекта закона о куплѣ-продажѣ движимости съ разсрочкой платежа, говорившая (привожу ее для иллюстраціи «механическаго» начала):

> Неустойка по срочнымъ платежамъ, буде таковая оговорена въ условіи, не должна превышать по каждому срочному платежу размѣра этого послѣдняго и, въ совокупности, одной десятой части цѣны имущества. Неустойка, опредѣленная въ высшемъ противъ указаннаго размѣрѣ, можетъ быть соотвѣтственно уменьшена судомъ.

Къ тому же началу или, лучше, къ заявленію о его желательности сводятся мнѣнія многихъ учрежденій и лицъ судебнаго вѣдомства, запрошенныхъ о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ въ 1882 году, при учрежденіи редакціонной комиссіи для составленія проекта гражданскаго уложенія [3]). Къ нему же, наконецъ, возвращаются нѣкоторыя судебныя мѣста и въ своихъ отзывахъ на ст. 63 проекта первой редакціи [4]).

Затѣмъ, мнѣ кажется цѣлесообразнымъ обратить здѣсь вниманіе на отношеніе къ ст. 63 (I) русской юридической литературы. Это отношеніе опять-таки не отмѣчено составителями второй редакціи, какъ, повидимому, и вообще литература, въ отличіе отъ офиціаль-

---

[1]) См. выше стр. 257.

[2]) Стр. 297.

[3]) См. „Замѣчанія о недостаткахъ дѣйствующихъ гражданскихъ законовъ“, 1891, №№ 852—856, 858 сл., 1163.

[4]) См., напримѣръ, № 255 въ „Сводѣ замѣчаній“, а также „Объясненія“ къ ст. 47 (II), („Вторая редакція, съ объясненіями“ стр. 31).

ЦАБ "Автограф"

отъ офиціальныхъ замѣчаній, недостаточно ими принималась въ соображеніе—вопреки ихъ на этотъ счетъ заявленію [1]).

Насколько мнѣ извѣстно, кромѣ меня [2]), останавливались ближе на нашей статьѣ проф. Покровскій [3]) и проф. Удинцевъ [4]). Изъ нихъ первый—принципіальный противникъ судейскаго усмотрѣнія вообще и въ занимающемъ насъ вопросѣ въ частности [5]). Но, оставляя въ сторонѣ тѣ изъ высказываемыхъ имъ соображеній, которыя не относятся спеціально къ задуманной русской нормѣ, я приведу только слѣдующее обстоятельство, справедливо имъ выдвигаемое противъ ст. 63 (47) проекта.

Проф. Покровскій вѣрно указываетъ, что норма, предлагаемая нашими редакторами, несмотря на все свое сходство съ § 343 германскаго гражданскаго кодекса, тѣмъ не менѣе по своему значенію вовсе не совпадаетъ со своимъ прототипомъ. И вотъ на основаніи какого, упущеннаго изъ виду, факта. Между германскимъ уложеніемъ и нашимъ проектомъ существуетъ серьезнѣйшее различіе относительно вознагражденія за нематеріальный вредъ. «Германскій законъ вообще при неисполненіи обязательства предписываетъ суду принимать во вниманіе лишь убытки имущественнаго характера[6]). Если же была назначена неустойка, то, хотя судъ и можетъ понизить ее, но обязанъ при этомъ обратить вниманіе и на нематеріальные интересы кредитора. Вслѣдствіе этого по германскому закону неустойка не совсѣмъ лишается своего практическаго значенія въ оборотѣ; она, по крайней мѣрѣ, откроетъ кредитору возможность предъявить суду свои неимущественные интересы. Напротивъ, французскій законъ (точку зрѣнія котораго на нематеріальный интересъ воспринялъ нашъ проектъ) [7]), давая общее право на вознагражденіе

---

[1]) „Вторая редакція, съ объясненіями“ стр. IX.

[2]) Въ назв. статьѣ въ „Правѣ“ 1900 г. стр. 1222 слл, ср. еще мои замѣчанія въ „Правѣ“ 1899 стр. 2077 сл.

[3]) Въ уже названной выше стр. 282 статьѣ стр. 70 слл.

[4]) Исторія обособленія торговаго права, 1900, стр. 169 слл.

[5]) См. еще его сейчасъ появившуюся статью „Гражданскій судъ и законъ“ (въ „Вѣстникѣ Права“ 1905 январь стр. 1 слл.).

[6]) B. G. B. § 253: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden“.

[7]) Ст. 117 (I) или 95 (II) проекта гласитъ во второй своей части: „Должникъ, умышленно или по грубой неосторожности не исполнившій обязательства, можетъ быть принужденъ къ возмѣщенію и другихъ... убытковъ, хотя

ЦАБ "Автограф"

этого интереса, право суда на пониженіе неустойки ограничиваетъ только тѣмъ случаемъ, когда обязательство въ нѣкоторой части исполнено (art. 1231). Нашъ проектъ пожелалъ соединить объ эти противоположныя системы и такимъ образомъ соединилъ несоединимое, что и привело его къ полному юридическому уничтоженію неустойки». Уничтоженіе же неустойки вслѣдствіе введенія статьи 63 (47) въ проектъ авторъ усматриваетъ въ томъ, что одинаково и съ неустойкою и безъ нея, съ одной стороны, судомъ будетъ приниматься въ расчетъ также неимущественный интересъ вѣрителя, а, съ другой, и въ одномъ и въ другомъ случаѣ, судъ присудитъ не болѣе того вознагражденія, какое онъ, судъ, признаетъ справедливымъ. «Такимъ образомъ—заключаетъ проф. Покровскій—исчезаетъ всякій смыслъ для назначенія при договорахъ неустойки, она ничего не даетъ лишняго вѣрителю; она лишается всякаго юридическаго значенія и превращается въ чучело, могущее пугать воробьевъ, но совершенно безопасное для опытныхъ дѣльцовъ. Нашему проекту представляется поэтому дилемма: или вычеркнуть неустойку вовсе изъ числа особенныхъ явленій гражданскаго оборота, или же отмѣнить право суда на ея пониженіе»[1]).

Пусть въ приведенныхъ словахъ кроется значительное преувеличеніе (несмотря на судейское право уменьшать договорную пеню, *назначеніе ея для вѣрителя все-таки представляетъ несомнѣнную выгоду*)[2]),—но въ нихъ заключается и немалая доля истины — естественно, только способная усилить то раздумье, на которое и безъ того наводитъ проектируемая мѣра.

Проф. Удинцевъ въ конечномъ итогѣ высказывается въ пользу усмотрѣнія суда при опредѣленіи размѣра неустойки, но полагаетъ, что «было бы справедливо присоединить къ ст. 63 проекта оговорку, что правило о пониженіи судьей чрезмѣрной неустойки не примѣняется въ отношеніяхъ между купцами». Основывается

бы они заключались не въ имущественномъ, а нравственномъ вредѣ и не подлежали точной оцѣнкѣ".

[1]) Въ указ. мѣстѣ стр. 75 сл.

[2]) См. выше, напр., стр. 231 сл. Къ тому же норма проекта говоритъ объ „очевидно преувеличенномъ размѣрѣ" неустойки: сравнительно малый плюсъ надъ дѣйствительнымъ ущербомъ не долженъ бы, стало быть, вести къ примѣненію ст. 63 (47); и, наконецъ, *изложенное соображеніе не относится къ случаямъ легкой вины, когда и по нашему проекту не происходитъ возмѣщенія нравственнаго вреда—помимо неустойки.*

ЦАБ "Автограф"

авторъ на спеціальности условій и цѣлей торговаго оборота и на профессіональной умудренностн торговыхъ дѣятелей.

Не думаю, чтобы означенные и другіе подобные же моменты, не разъ уже выдвигавшіеся въ защиту двойственности нормъ гражданскаго и торговаго права, могли оказаться рѣшающими въ примѣненіи къ разсматриваемому праву судьи. По крайней мѣрѣ, въ Германіи, какъ мною указывалось [1]), случаи злоупотребленія договорной пеней принадлежатъ преимущественно къ кругу сдѣлокъ именно торговыхъ, входятъ въ оборотъ какъ разъ торгово-промышленный. Такъ какъ, однако, у насъ въ Россіи, повидимому, чрезмѣрная высота неустойки наблюдается, обратно, главнымъ образомъ въ сферѣ чисто гражданской: такъ какъ, далѣе, нововведеніе ст. 63 мнѣ попрежнему представляется экспериментомъ, исходъ котораго заранѣе опредѣлить весьма трудно, и потому я считаю желательнымъ хотя на первыхъ порахъ съузить область примѣненія даннаго опыта,—то въ результатѣ и я полагалъ бы, что если намъ санкціонировать судейское право на пониженіе пени, то предпочтительно это сдѣлать въ связи съ какой-нибудь оговоркой, ограничивающей названное право предѣлами гражданскихъ отношеній въ тѣсномъ смыслѣ слова [2]) и [3]).

---

[1]) См. выше стр. 308.

[2]) Ср. замѣчанія С.-Петербургскаго и Одесскаго комерческихъ судовъ въ „Сводѣ“ №№ 262 и 257.

[3]) Упомяну еще, что право суда уменьшать размѣръ неустойки принято и въ выработанномъ недавно въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ „проектѣ сельскаго устава о договорахъ“ (ст. 183), куда оно попало изъ нашего же проекта гражданскаго уложенія: см. офиціально изданные „Труды редакціонной комиссіи по пересмотру законоположеній о крестьянахъ“, т. I: „Сводъ .. законопроектовъ“ и т. IV: „Сельскіе уставы о договорахъ и наслѣдованіи съ объясненіями“. Сравнительно съ разобранными статьями общаго проекта, здѣсь имѣются два главнѣйшія отличія: 1) альтернативное начало между неустойкою и интересомъ признано правомъ а б с о л ю т н ы м ъ: кумуляція недопустима даже по добровольному соглашенію, и 2) исключенъ общій искъ объ убыткахъ, а съ нимъ дополнительный сверхъ неустойки искъ о вознагражденіи: ст. 182: „неустойка з а м ѣ н я е т ъ вознагражденіе за убытки...“ (прусско французская система). Первое отступленіе отъ образца мотивируется скромностью крестьянскаго оборота и стремленіемъ предупредить эксплоатацію кредиторомъ стѣсненнаго должника; второе—тѣмъ разсужденіемъ, что кредиторъ „всегда“ назначаетъ неустойку въ размѣрѣ, „далеко превосходящемъ“ могущій произойти ущербъ, и что, затѣмъ, допущеніе объ убыткахъ, разъ договоръ обезпеченъ неустойкой, „противорѣчило бы началамъ обычнаго права“ („Объясненія“ къ

ЦАБ "Автограф"

Этимъ я заканчиваю свои замѣчанія на статьи нашего проекта о неустойкѣ. Мы видѣли, что нѣкоторыя его нормы оказываются, при ближайшемъ разсмотрѣніи, неудовлетворительными, въ особенности со стороны внѣшней, редакціонной, технической, другія—совершенно излишними. Наоборотъ, такихъ положеній, которыя были бы умѣстны въ проектѣ, но въ немъ отсутствовали бы, мы не наблюдали. Редакторы, очевидно, вполнѣ правильно разсудили, что незачѣмъ, по примѣру, преимущественно, старыхъ кодексовъ, включать въ наше будущее уложеніе постановленія, напримѣръ, 1) о томъ, что неустойка не тождественна съ отступнымъ и что потому неустоичное соглашеніе не даетъ должнику право выбора между уплатой неустойки и исполненіемъ обязательства [1]); или 2) о томъ, что нормамъ о неустойкѣ вообще присущъ диспозитивный характеръ [2]); далѣе, 3) о томъ, что неустойка подлежитъ взысканію и тогда, когда вѣритель не понесъ ущерба [3]); что условіе о пенѣ не должно прикрывать собою ростовщической сдѣлки (новѣйшимъ правомъ это предусматривается въ законахъ о ростовщичествѣ и входитъ въ составъ уголовныхъ кодексовъ: такъ дѣло поставлено, напримѣръ, въ Германіи и у насъ) [4]); или о томъ, какъ имѣютъ быть распредѣлены роли сторонъ при доказываніи [5]), и т. д. и т. д. [6]).

ст. 182: т. IV стр. 304 слл.). Въ дальнѣйшее разсмотрѣніе относящихся къ нашему предмету (и отчасти неудачныхъ) положеній даннаго проекта я не считаю нужнымъ входить: работы означенной комиссіи М. В. Д. справедливо осуждены и наукой, и обществомъ, и даже самимъ правительствомъ.

[1]) См., наприм., остзейскій сводъ ч. III ст. 3369 прим. и ст. 3373.

[2]) См. тамъ же ст. 3374 п. 1.

[3]) См. даже швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ ст. 180 п. 1.

[4]) См. выше стр. 292.

[5]) Согласно съ тѣмъ, я не считаю нужнымъ § 345 германскаго уложенія (ср. § 1052 венгерскаго проекта), въ особенности при наличности предлагаемой мною на стр. 315 первой статьи: см. выше стр. 15, ср. Planck назв. соч. II прим. къ § 345.—Относительно В. G. B. § 342 (ср. венгерскій § 1047 п. 2) см. выше стр. 213 слл. Несмотря на цѣлесообразность этой нормы—впрочемъ, въ указанныхъ выше l. c. предѣлахъ—я не считалъ бы необходимымъ вносить ее въ проектъ, въ виду сравнительной рѣдкости регулируемаго ею случая въ практикѣ современнаго оборота.

[6]) См., наприм., выше стр. 182 слл. отдѣльныя постановленія прусскаго Ландрехта.—Въ уже приведенной критикѣ на первое изданіе настоящей

ЦАБ "Автограф"

книги проф. Васьковскій говоритъ въ указ. мѣстѣ стр. 153, что мой проектъ требуетъ дополненія, а именно: я, молъ, „во-первыхъ, умолчалъ о пониженіи размѣра неустойки въ случаѣ частичнаго исполненія обязательства должникомъ, въ пользу чего самъ высказался, а, во-вторыхъ, не сдѣлалъ... никакой оговорки насчетъ кумулятивной и привативной неустоекъ, что было бы полезно въ интересахъ большей ясности". Но съ этимъ требованіемъ объ увеличеніи числа предложенныхъ мною нормъ я не могу согласиться. Во-первыхъ, по адресу пониженія неустойки я и въ первомъ изданіи своего труда (стр. 299) и теперь (стр. 281 сл.) держался и держусь того взгляда, что и помимо статьи въ родѣ art. 1231 Code'a судья не долженъ присуждать къ уплатѣ условленной пени при исполненіи принятой кредиторомъ части обязательства; не возражая противъ французской нормировки вопроса, я, однако, не считаю ея обязательною. Во-вторыхъ, относительно кумулятивной неустойки скажу, что оговорка на ея счетъ излишня, вслѣдствіе (достаточно мною подчеркнутой) диспозитивности нормъ о договорной пенѣ, отъ какового ихъ свойства, вѣдь, и зависитъ возможность установленія контрагентами кумуляціи неустойки съ интересомъ; что же касается привативной неустойки, то мнѣ остается повторить, что такой неустойки, по моему убѣжденію, не существуетъ (выше § 14), а потому невозможны и какія-либо на ея счетъ оговорки.

ЦАБ "Автограф"

ПРИЛОЖЕНІЕ II.

ИСТОЧНИКИ.

A. Римское (и грекоримское) право.

1. До Юстиніана.

Стр.

Gai II, 31 167
III, 176 sqq 142
IV, 93 sq. 42
IV, 171 74
IV, 186 135
Vat. 11 86
263. 142
C. Th. 2, 9 de pact. et transact. 2 . . . . . 40, 46
C. I. L III, 2, 933 . . . . . 72, 256
III, 2, 950 . . . . . 23, 139
VI, 2, 10239 . . . . . 110, 101

2. Юстиніаново законодательство.

I. 3, 7 de success.libert. 3 134
3, 15 de verb. obl. 7 . . . 4. 74, 100, 139, 162, 196, 215
3, 19 de inutil. stipul. 19 . . . . . 72, 168
3, 29 quib. mod. obl. toll. 3a 142
4, 6 de action. 21 257
4, 17 de officio iudicis 2 43
D. 2, 10 de eo per quem 3 § 4 135
2, 11 si quis cautionibus 9 § 1 . . . . . 261, 264
15 135
2, 14 de pactis 10 § 1 . . . . . 38, 60
27 § 2. 46
35. 117

ЦАБ "Автограф"

Cmp.

D. 2, 15 de transact. 2 163
4 163
9 § 2 108
14 119
15 . . . . . 71, 109, 163
16 . . . . . 102, 109, 163, 223
4, 3 de dolo malo 18 § 5 269
4, 8 de receptis 11 § 2. . . . . 161, 215
11 § 3 . . . . . 72, 161
21 § 12 . . . . . 11, 38
23 pr. 92, 225, 266
27 § 7 . . . . . 38, 160
28 . . . . . 38, 160
31 38
42 71
8, 5 si serv. vind. 7 167
9, 2 ad leg. Aquil. 22 pr. 268
10. 2 fam. ercisc. 25 § 10 66
25 §§ 13, 14 262
36 117
11. 7 de relig. 11 168
12, 1 de reb. cred. 24 38
13, 4 de eo quod certo loco 10 92
12, 5 de pecun. constit. 29 16
14, 2 de lege Rhodia 10 § 1. 277
17, 2 pro socio 41 . . . . . 51, 165, 215, 223
42 . . . . . 51, 165, 215, 223
47 pr. 59
71 pr. 138, 165
18, 3 de lege commissor. 6 § 2 92
18, 7 de serv. export. 6 § 1 73
7 72
19. 1 de act. empti vend. 13 § 12 269
13 § 20 115
13 § 26 . . . . . 86, 256
28 . . . . 35, 51, 70, 215, 223
47 . . . . 99, 110, 166, 223, 262
19, 2 loc. cond. 54 § 1 277
19, 5 de praescr. verb. 14 § 3 57
21, 2 de eviction. 56 pr. 256
22, 1 de usuris 9 pr. 256
24 pr. 324
44 256
22, 2 de naut. faen. 9 . . . . . 225, 264, 268, 277, 291
23, 3 de iure dot. 43 pr. 49
23, 4 de pact. dotal. 12 § 2 . . . . . 39, 60, 64

ЦАБ "Автограф"

Стр.

D. 28, 5 de hered. instit. 23 § 3 291
33, 9 de penu leg. 1 . . . . . 10, 17, 24, 268
34, 4 de adim. vel. transfer. leg. 3 17
6 . . . . . 17, 32
7 . . . . . 17, 32
34, 5 de rebus dubiis 13 §§ 2, 5 262
34, 6 de his quae poenae 2 14
35, 1 de cond. et dem. 23 266
56 266
35, 2 ad leg. Falc. 1 § 8 . . . . . 11, 17, 20, 134
35 § 2 265
36, 2 quando dies leg. 5 § 2 19
19 pr. 10, 17, 32, 134, 268
19 § 1 19
24 pr. 11, 17, 134, 268
24 § 1 20
38, 1 de oper. libert. 39 pr. 78
§ 1 79
39, 1 de o. novi nunt. 22 257
39, 4 de publicanis 5 pr. 139
40, 7 de statulib. 9 § 2 225
42, 2 de confess. 6 § 2 43
42, 7 de curat. bonis dando 1 § 1 291
44, 4 de doli mali et met. exc. 4 § 7 . . . . 37, 40, 60
44, 5 quar. rer. act. 1 § 6 71
44, 7 de obl. et act. 23 . . . . . 11, 268
34 62
44 § 5 . . . . . 7, 26
44 § 6 . . . . . 7, 27, 134, 136
45, 1 de verb. obl. 2 §§ 5, 6 167
3 72
5 § 3a 262
5 § 4 . . . . . 262, 266
27 § 1 8
38 §§ 1, 2, 4 168
38 § 17 . . . . 72, 168, 215, 256, 266
52 pr. 263
58 143
68 164
69 . . . . . 269, 276
71 139
77 . . . . . 225, 264, 268, 271, 291
84 17
85 § 3 167
85 § 6 . . . . . 262, 281
90 266

ЦАБ "Автограф"

		Стр.
D. 45, 1 de verb. obl.	97 pr.	170
	99	8
	115 pr.	134
	115 § 1	8
	115 § 2	8. 21, 31, 102, 125. 135, 169, 222, 268
	122 § 2	139, 168
	122 § 3	277
	122 § 6	110, 115, 221
	126 § 3	169
	132 pr.	122
	134 pr.	183
	134 § 1	165
	137 § 7	4, 139
45, 3 de stipul. serv.	1 § 6	32
46, 2 de novat.	1 pr.	30
	8 §§ 1, 2, 5	143
	11 § 1	142
	15	14
	28	28
46, 3 de solut.	105	11
46, 4 de accept.	4	50
	5	50
46, 5 de stip. praetor.	2 pr. § 2	161
	6	161
	9	263
	11	4, 74, 162
46, 8 ratam rem haberi	8 § 2	161
47, 2 de futuris	68 (67) § 1	269
	89.	62
50, 17 de div. reg. iuris	9	80, 310
	34	80, 310
	57	75
	77	50
	178	15
C. 2, 3 de pactis	14	23, 55, 146
2, 4 de transact.	2	117
	14	46
	17	103, 108
	20	163
	37	40, 109
	39	40
	40	39. 46, 102
2, 55 (56) de receptis	1	14
	4	161
	5	161

ЦАБ "Автограф"

Стр.

C. 4, 17 ex delict. defunct. un. 257
4, 32 de usuris 8 92
15 256
5, 1 de sponsal. 5 § 6 71
6, 51 de cad. tollend. un. § 7 9
7, 47 de sent., quae pro eo un. § 7 256
7, 54 de usur. rei iudic. 3 § 2 142
8, 34 (35) de pact. pignor. 3 87
8, 37 (38) de contr. et comm. stip. 12 . . . . . 223, 268
8, 41 (42) de novat. 8 142
8, 43 (44) de acceptilat. 2 46
3 46

3. Послѣ Юстиніана.

Basil. XI, 1, 7 schol. 6 107
XI, 2, 9 108
XI, 2, 15 schol. 1—3 109
XI, 2, 34 108
XI, 2, 57 schol. 2 47
Πεῖρα XLV, 1 107
Гарменопуло I, 9, 6 107

Б. Новое право.

1. Австрія.

Галиційскій гражданскій кодексъ III § 488 . . . . . 196, 198
Пересмотрѣнный проектъ § 1314 198
Общегражданское уложеніе § 1336 . . 195, 236, 251, 279, 295, 300
1337 282

2. Баварія.

Земское право 1756 г. IV, I, § 11, 2 201
Проектъ 1808/9 г. ст. 1321 192
1323 200

3. Баденъ.

Земское право ст. 1226 86
1229 . . . . . 189, 223

ЦАБ "Автограф"

Стр.

4. *Венгрія.*

Проектъ общаго гражданскаго уложенія § 959 89
1043 317
1044 279
1045 . . . . . 220, 330
1046 . . . . 94, 220, 330
1047 . . . . 220, 330, 337
1048 256
1049 297
1050 297
1051 320
1052 337

5. *Германія.*

Торговое уложеніе 1857—61 гг. ст. 284 . . . . . 199, 216
398 216
Торговое уложеніе 1897 г. § 74 . . . . . 89, 217
75 . . . . . 89, 216, 308
348 308
Дрезденскій проектъ ст. 127 256
128 276
Законодательство о процентахъ 1867 и 68 гг. 87, 292
Уголовное уложеніе § 302 a 292, 304
302 e 304
Конкурсный уставъ § 62 (55) 294
63 (56) 294
Законъ о сдѣлкахъ съ платежомъ въ разсрочку § 4 . . . . 297, 305
Первый проектъ гражданскаго уложенія § 246 278
420 . . . . . 209, 211
421 . . . . 95, 209, 211
422 . . . . . 209, 278
423 209
424 . . . . . 209, 321
425 209
Второй проектъ § 241 278
291 . . . . . 209, 278
§§ 292—297 209
Третій проектъ § 279 278
333 (334) 209, 278
§§ 334 (335)—339 (340) 209
Гражданское уложеніе § 138 305
253 334
264 212
266 281
285 . . . . . 278, 324

ЦАБ "Автограф"

Стр

288 211
293 324
320 . . . . . 280, 332
339 . . . . 16, 209, 278, 296, 315, 326
340 . . . . . 16, 210, 221, 330
341 . . . . . 16, 95, 210, 281, 330
342 . . . . . 213, 296, 315, 337
343 . . . . . 296, 299, 332
344 320
345 337
359 219
363 281
633 210
655 306
1297 183

6. *Испанія.*

Гражданское уложеніе ст. 1152 194
1153 194
1154 259

7. *Италія.*

Гражданское уложеніе ст. 1209 193
1211 193
1212 . . . . . 193, 276
1213 279
1214 258
1223 279
1225 276
1226 276
1230 193
1767 194

8. *Калифорнія.*

Гражданское уложеніе 2144 (3389) 202

9. *Португалія.*

Гражданское уложеніе ст. 673 231
675 . . . . . 231, 261
676 230
677 276

ЦАБ "Автограф"

Стр.

10. Пруссія.

Общее земское право I, 5 § 292 173
293 . . 175, 181, 205, 209, 218, 237
294 . . . . . 182, 188, 224
295 183
296 . . . . . 184, 261
297 225
301 . . . . . 257, 292
305 279
307 94
308 174
309 174
311 . . . . . 198, 202, 237, 243
312 . . . . . 202, 237
§§ 313—316 202
I, 9 § 366 282
I, 11 § 833 205
834 180
II, 1 §§ 112—115 183
§ 118 183
119 183

11. Россія.

Проектъ гражданскаго уложенія 1814 г. § 44 237
45 . . . . . 237, 244
46 237
Т. X ч. 1 ст. 569 227
570 227
641 247
1008 183
1530 234
1536 251
1554 . . . . . 226, 238, 318
1573 . . . . . 226, 280
1574 226
1575 . . . . . 236, 247
1583 248
1584 . . . . . 257, 292, 333
1585 . . . . . 226, 280, 290
1586 . . . . . 257, 291
Положеніе о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ ст. 87—90 . . 247
208 247
216 287
218 287

ЦАБ "Автограф"

Стр

Уставъ торговый (изд. 1903 г.) ст. 375 247
379—381 333
Уставъ о промышленности ст. 98 333
145 333
148 333
Уложеніе о наказаніяхъ ст. 1707 292
Уставъ о наказаніяхъ ст. 180[2] 292
Уголовное уложеніе ст. 608 292
Сводъ военныхъ постановленій кн. XVIII ст. 23 247
79 247
Проектъ правилъ о сдѣлкахъ купли-продажи движимаго имущества
съ разсрочкой платежа ст. 4 . . . . . 297, 333
Проектъ гражданскаго уложенія кн. II ст. 53 183
кн. V ст. 57 (I) и 41 (II) . . 314
58 (I) и 42 (II) . . 316
59 (I) и 43 (II) 317, 325, 327
60 (I) и 44 (II) . . 323
61 (I) и 45 (II) 95, 328
62 (I) и 46 (II) 323, 329
63 (I) и 47 (II) . . 332
64 (I) и 48 (II) . . 314
112 (I) и 90 (II) . . 322
117 (I) и 95 (II) . . 334
126 (I) и 104 (II) 324. 326
127 (I) и 105 (II) 322, 324, 327
135 (I) и 115 (II) . . 325
513 (I) и 479 (II) . . 318
Проектъ сельскаго устава о договорахъ ст. 182 336
183 336

Собраніе гражданскихъ законовъ губерній Царства Польскаго
ст. 1231 259
Проектъ остзейскаго свода ч. III ст. 3821 276
3824 224
Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ
ст. 2907 225
3306 280
3322 . . . . . 276, 280
3369 . . . . . 223, 337
3370 . . . . . 225, 248
3371 (изд. 1864 г.) . . 256
3372 221
3373 . . . . 224, 276, 337
3374 . 221, 223, 280, 337
3375 262
3376 . . . . . 221, 223
3377 282

ЦАБ "Автограф"

Стр.

12. Роштокъ.

Городское право 1757 г. III, 6, 29 201

13. Саксонія.

Проектъ гражданскаго уложенія § 736 199
Гражданское уложеніе § 738 276
742 205
1428 203
1429 . . . . . 94, 203, 222
1430 256
1431 . . . . . 203, 323
1432 . . . . . 276, 279

14. Сербія.

Гражданское уложеніе ст. 551 201

15. Франція.

Наполеоновъ кодексъ ст. 1134 188
1139 . . . . . 279, 328
1145 . . . . . 278, 326
1147 276
1150 187
1151 . . . . . 187, 237
1152 . . . 186, 190, 194, 205, 218, 237
1153 . . . . . 237, 258
1184 187
1226 . . . . . 14, 16, 185, 316
1227 . . . . . 170, 231. 315, 319
1228 . . . . . 185, 237
1229 . . 99, 186, 188, 191, 194, 209, 258, 276
1230 . . . . . 231, 279, 327
1231 . . . 231, 258, 281, 289, 335, 338
1232 267
1233 267
2047 . . . . . 192, 194
Законъ о процентахъ 1807 г. 258

16. Цюрихъ.

Гражданское уложеніе § 969 206
§ 970 . . . . . 256, 295, 301
§ 971 . . . . . 206, 323
§ 972 276

ЦАБ "Автограф"

17. Черногорія.

	Стр
Общій имущественный законникъ (изд. 1898 г.) ст. 553 . . .	209
554 . . .	209
555 . . .	276

18. Чили.

Гражданское уложеніе ст. 1538	279
1539	261
1543	206
1544	256, 297
2463	194

19. Швейцарія.

Проектъ союзнаго закона объ обязательствахъ ст. 82	208
Союзный законъ объ обязательствахъ ст. 110	208
179 . . . . 94, 207,	222
180 . . . . 208, 276,	337
181 208,	320
182 295,	301
Проектъ гражданскаго уложенія (1904 г.) ст. 100	183

20. Японія.

Гражданскій кодексъ ст. 420	195

ЦАБ "Автограф"

ПРИЛОЖЕНІЕ III.

ЛИТЕРАТУРА.

Анонимъ. Статья «Неустойка» въ Энциклопедическомъ словарѣ Брокгаузъ-Ефрона т. XXa стр. 931—933.

Aubry. De la stipulatio poenae en droit Romain.—Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations conventionnelles en droit Français. Paris 1878. (Thèse pour le doctorat.)

Bach (Jo. Aug.). Dissertatio iuridica de multa poenitentiali in emptione venditione, въ его же Opuscula ad historiam et iurisprudentiam spectantia. Halae 1767, X p. 386—405.

Bernhard (Joh. Bapt.). Von der Conventionalstrafe. Würzburg 1843. (Inaug.-Diss.)

Bertolini. Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano. Roma 1894.

Онъ же. Della transazione secondo il diritto romano. Torino 1900.

à **Beyma** (Jul.). Tractatus de Poenalibus Stipulationibus, въ его же Comment. In varios Titulos Iuris, item Tractatus. Leovardiae 1645, p. 599—612.

Billmann. Die Vertragsstrafe im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Erlangen. 1899. (Inaug.-Diss.)

Braun. (Respondens: de Wangenheim). Disputatio iuridica de poena conventionali maxime in matrimonialibus. Jenae 1707.

Costa. Animus novandi, въ Studii giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer, diritto Romano. Torino 1898, стр. 45—55.

Deus. Die Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1896. (Inaug.-Diss.)

Eisele. Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz, въ Archiv für die civilistische Praxis LXXIX (1892) № 10.

ЦАБ "Автограф"

Freytag. Die Unterschiede des Reugeldes (der s. g. Wandelpön) von der Vertragsstrafe nach gemeinem Recht und neuem Reichsrecht (B. G. B. und H. G. B.). Rostock 1902. (Inaug.-Diss.)

Gerber (Herm.). Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast. Jena 1858.

Girard (G.). De la stipulatio poenae en droit Romain.—De la clause pénale en droit Français. Paris 1877. (Thèse pour le doctorat.)

Гольмстенъ. Юридическая конструкція добровольной неустойки, въ его же Юридическихъ изслѣдованіяхъ и статьяхъ. С.-Петербургъ 1894, № III, 3, первоначально въ «Юридической Лѣтописи» 1891 кн. 3.

Гр—ъ (М.). Договорная неустойка по гражданскому праву Прибалтійскихъ губерній, въ «Юридической Газетѣ» 1904 №№ 1—3.

Hartmann (G.). Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung, въ Archiv für die civilistische Praxis LXXIII (1888) № 10.

Heimbach. Статья «Conventionalstrafe», въ Rechtslexikon Weiske. 2 Aufl. Bd. III. Leipzig 1844.

Hellfeld. Dissertatio de effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae. въ его же Opuscula et Dissertationes (iuris civilis privati). Jenae. Lipsiae & Francofurti 1775, XVII p. 371—400.

Hölder. Статья «Konventionalstrafe», въ Rechtslexikon v. Holtzendorff'a. 3 Aufl. Bd. II. Leipzig 1881.

Онъ же. Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe, въ «Das Recht» 1900 № 8.

Jäger (Georg). De stipulatione poenae quam etiam poenam conventionalem vocant. Jenae 1839. (Comment. inaug.)

Jhering (R.). Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. Eine Festschrift. Giessen 1867. (Вошло затѣмъ съ прибавленіемъ въ его же Vermischte Schriften juristischen Inhalts. Leipzig 1879. № IV.)

Онъ же. Gutachten des Geheimen Justizrath Prof. Dr..., въ Zwei Rechtsgutachten in Sachen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Unternehmung des grossen Tunnels (Favre). Luzern 1884, № 1.

Kersten (Chr. Friedr.). De poena conventionali. Lips. 1839. (Diss.)

Koffka. Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden? въ Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages. Bd. II. Berlin 1889, № XIII.

Krüger (Hugo). Beiträge zur Lehre von der exceptio doli. 1 Heft. Halle 1892.

Kunze (W). Das Wesen und die Bedeutung der arrha des gemeinen Rechts im Verhaltnis zu der Draufgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, der

ЦАБ "Автограф"

Konventionalstrafe des gemeinen Rechts und der modernen Vertragsstrafe. Berlin (1904).

Lacaze. De la nature de la stipulation de peine (en droit Romain). Paris 1889. (Thèse pour le doctorat.)

Lauterbach. (Respondens: Wolfg. Ludov. Reus). Disputatio inauguralis de poena conventionali 1666, въ его же Diss. Acad. Vol. III. Tubingae 1728, № CXIII p. 411—445.

Liebe. Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840.

Lübbe. Die Vertragsstrafe. Nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Greifswald 1900. (Inaug.-Diss.)

Madai (v.). Die Lehre von der Mora. Halle 1837.

Madeyski (Ritter v.). Die Conventionalstrafe und ihre Anwendungsarten bei Verträgen, въ Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung XXXI (1880) №№ 68—77.

Mann. Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? Göttingen 1890. (Inaug.-Diss.)

Manns. Von der Conventionalstrafe. 1 Theil. Frankfurt a. M. 1876.

Mauler. De la nature de la clause pénale. Neuchâtel 1898. (Thèse pour le doctorat.)

Maxen. Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen. Göttingen 1861.

Mommsen (Friedr.). Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abth.: Zur Lehre vom dem Interesse. Dritte Abth.: Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur L. v. d. Culpa. Braunschweig 1855.

Nettelbladt (Frhr. v.). Der Strafvertrag nach gemeinem Rechte. Ludwigslust 1886.

Neuenfeldt. Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung? Berlin 1885. (Inaug.-Diss.)

Neuhaus. Die Konventionalstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Das gemeine Recht als Grundlage und zur Vergleichung. Elberfeld 1897. (Inaug.-Diss.)

Oertmann. Der Vergleich im gemeinen Civilrecht. Berlin 1895.

Pergament. Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältniss zu einander. Berlin 1896. (Von der jurist. Fakultät d. Universität Berlin gekrönte Preisschrift.)

Онъ же. Договорная неустойка по проекту гражданскаго уложенія, въ „Правѣ“ 1900 №№ 22—24.

Покровскій (I). Справедливость, усмотрѣніе судьи и судебная опека, въ „Вѣстникѣ Права“ 1899 № 10.

ЦАБ "Автограф"

Priess (Jo. Joach). Commentatio iuridica utrum poena conventionalis pro surrogato obligationis principalis habenda sit... Rostochii 1774.

Randa. Zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe. Wien 1869. (Separat-Abdruck aus der allgemeinen österr. Gerichts-Zeitung.)

de Retes (Jos. Fern.). Repetita Praelectio ad Tit. Dig. de V. O. Pars secunda. Tractatus primus: De stipulatione poenali dictata Anno 1657 et 1658, въ Novus Thesaurus iuris civilis et canonici Gerardi Meerman. Tom. VII. Hagae Comitum 1755, p. 413—427.

Richter (Jo. Tob.). (Respondens: Henr. Jo. Hemleben). Dissertatio iuridica de contractu rato manente, poena conventionali quoque soluta. Lipsiae 1751.

Salkowski. *Zur Lehre von der Novation nach Römischem Recht.* Leipzig 1866.

Salpius (v.). Novation und Delegation nach römischem Recht. Berlin 1864.

Schade van Westrum. Verbintenissen met Strafbepaling. 's-Bosch 1886. (Academisch Proefschrift.)

Schiemann. Ueber den Gegenstand der Conventionalstrafe, въ Zeitschrift für Rechtswissenschaft herausgegeben von der juristischen Facultät der Universität Dorpat II (1870) № 1.

Schleipen. Die Konventionalstrafe nach Gemeinem Recht verglichen mit der Vertragsstrafe des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. Köln 1898. (Inaug.-Diss.)

Schöntag. Ueber die Vertragsstrafe nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Regensburg 1898. (Inaug.-Diss.)

Schumacher (v.). Die Conventionalstrafe des römischen Rechts und der schweizerischen Gesetzgebung. Höttingen-Zürich 1883. (Inaug.-Diss.)

Seeler (v.). Zur Lehre von der Conventionalstrafe nach römischem Recht. Halle 1891.

Simon. Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden? въ Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages. Bd. II. Berlin 1889, № XIV.

Sjögren. Ueber die Römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin 1896.

Specka. Die Conventionalstrafe als Interesseersatz. Berlin 1896. (Inaug.-Diss.)

Sprenger. Die Konventionalstrafe nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, въ Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Gruchot'a XXXIII (1889) № 7.

ЦАБ "Автограф"

Stahel. Die Conventionalstrafe mit specieller Berucksichtigung des schweizerischen Obligationenrechtes. Winterthur 1898. (Inaug.-Diss.)

Strauss A. Uber die Konventionalstrafe nach der neuen Reichsgesetzgebung. Munchen 1898. (Inaug.-Diss.)

Thoureau. De la clause pénale dans les obligations en droit Romain et droit Français. Paris 1883. (Thèse pour le doctorat.)

Uellenberg. De poena conventionali iuris communis quod in Germania obtinet codicumque iuris qui in provincia Rhenana Borussica valent. Bonnae 1866. (Inaug.-Diss.)

Weber (Guil. Car.). Commentatio iuridica sistens quaedam ex materia de poena conventionali. Rostochii 1824.

Wendt (K). Die selbständigen Strafversprechen des § 343 Abs. 2 B. G B. Konigsberg 1903. (Inaug.-Diss.)

Wendt (O.). Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis. 4. Begriff und Wesen der Conventionalstrafe, въ Jahrbücher fur die Dogmatik Ihering'a XXII (1884) № 3.

Witte (H.). Zur Lehre von der Stipulation, Novation, Delegation und Succession in obligatorischen Rechtsverhältnissen, въ Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft VIII (1866) №№ 6 и 11 и IX (1867) № 15.

Wolff (Carl Wilh.). Zur Lehre von der Mora. Ein civilistischer Versuch. Göttingen 1841 *)

---

*) Перечень малыхъ по объему статей и газетныхъ замѣтокъ о неустойкѣ по русскому праву можно найти у Поворинскаго въ его прекрасномъ Систематическомъ указателѣ русской литературы по гражданскому праву, изд. 2, СПБ. 1904, стр. 496 слл., №№ 10212—10243 и др.

Что касается сочиненія Lasius'a (M. Herm. Jac) „Dissertatio philosophica de legibus ac poenis conventionalibus in genere" Halae 1740, то оно не имѣетъ отношенія къ ученію о неустойкѣ. Упоминаю о немъ потому, что Бертолини (назв. соч о неустойкѣ стр. 85) включилъ его въ свой списокъ трудовъ по нашему предмету.

ЦАБ "Автограф"