18093

до 30/I

БИБЛІОТЕКА
* Ученаго Комитета Мин. Фин. *

Генрихъ Дернбургъ
профессоръ Берлинскаго Университета.

ПАНДЕКТЫ

ТОМЪ III.

БИБЛІОТЕ
Ученаго Комитета Мин.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО

ВТОРОЕ ИЗДАНІЕ.

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

МОСКВА.
Университетская типографія, Страстной бульваръ.
1904.

39
Библиотека НКФ СССР

71631

Предисловіе переводчика.

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

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

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

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

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

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

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

Проф. П. Соколовскій.

Москва.
Ноября 1900 г.

Отъ переводчика

по поводу второго изданія.

Русскій переводъ «Обязательственнаго Права» Дернбурга выходитъ вторымъ нѣсколько исправленнымъ изданіемъ.

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

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

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

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

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

Проф. П. Соколовскій.

Москва.
Января 1904 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Обязательственное право.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Общія начала.

Раздѣлъ первый. Юридическое существо обязательствъ.

Стр.

§ 1. Понятіе обязательства..... 1
§ 2. Обязанность исполненія и ея цѣль..... 4
§ 3. Обязательство и искъ..... 6
§ 4. Obligationes naturales. Общія понятія..... 9
§ 5. Отдѣльные случаи натуральныхъ обязательствъ..... 12

Раздѣлъ второй. Основанія возникновенія обязательствъ.

§ 6. Предварительное замѣчаніе..... 17

Глава первая. Форма обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 7. Римская контрактная система..... 19
§ 8. Юридическая сила неформальныхъ обязательственныхъ договоровъ по общегерманскому праву..... 24

Глава вторая. Заключеніе обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 9. Обязательственные договоры и одностороннія обѣщанія... 26
§ 10. Переговоры о заключеніи договора. Предварительныя соглашенія. Culpa in contrahendo..... 30
§ 11. Заключеніе договора. Договоры между отсутствующими..... 34
§ 12. Arra (задатокъ)..... 38

Глава третья. Отвѣтственность по чужимъ сдѣлкамъ.

§ 13. Общія правила. Actio exercitoria и institoria..... 41
§ 14. Три иска къ домовладыкѣ изъ сдѣлокъ подвластныхъ лицъ.. 44

Глава четвертая. Условія обязательственныхъ сдѣлокъ.

Стр.
§ 15. Опредѣлимость дѣйствія..... 49
§ 16. Невозможныя, безнравственныя обѣщанія..... 52
§ 16а. Ростовщическія сдѣлки..... 57
§ 17. Интересъ, имущественная цѣнность дѣйствія..... 59
§ 18. Договоры въ пользу третьихъ лицъ..... 61

Глава пятая. Виды обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 19. Сдѣлки, налагающія обязанности на одну и на обѣ стороны.. 65
§ 20. О синаллагматическихъ сдѣлкахъ въ частности..... 66
§ 21. Exceptio non adimpleti contractus..... 71
§ 22. Абстрактныя обязательства..... 74

Раздѣлъ третій. Содержаніе и предметъ обязательства.

Глава первая. Сущность обязательственнаго дѣйствія.

§ 23. Содержаніе и предметъ обязательства вообще..... 79
§ 24. Дѣлимыя и недѣлимыя обязательства..... 82

Глава вторая. Различныя категоріи предметовъ обязательства.

§ 25. Species и genus, какъ предметы обязательства..... 87
§ 26. Деньги и денежныя обязательства..... 89
§ 27. Альтернативныя обязательства..... 94

Глава третья. Особые предметы обязательства.

I. **Проценты.**

§ 28. Обязанность платить проценты вообще..... 98
§ 29. Договорные и законные проценты (по закону)..... 100
§ 30. Размѣръ процентовъ..... 105

II. **Обязанность давать пропитаніе** (alimenta).

§ 31. Непосредственныя и косвенныя права на alimenta..... 108

Глава четвертая. Мѣсто и время исполненія.

§ 32. Мѣсто исполненія..... 110
§ 33. Мѣсто предъявленія иска и мѣсто исполненія обязательства. 112
§ 34. Время исполненія..... 114
§ 35. Правовое значеніе опредѣленія времени..... 116

Глава пятая. Неисправность и просрочка (mora) въ исполненіи обязательствъ. Возмѣщеніе убытковъ. Неустойка.

I. **Неисправность.**

§ 36. Неисправность въ контрактныхъ обязательствахъ..... 118
§ 37. Степень неисправности въ отдѣльныхъ договорныхъ отношеніяхъ..... 120

Стр.

§ 38. Отвѣтственность за чужую вину..... 124
§ 39. Отвѣтственность, простирающаяся до предѣловъ vis major. 127

II. Мога (просрочка).

§ 40. Мога должника. Условія..... 130
§ 41. Послѣдствія просрочки должника..... 135
§ 42. Прекращеніе просрочки..... 138
§ 43. Мога вѣрителя..... 140

III. Возмѣщеніе ущерба.

§ 44. Ущербъ и его возмѣщеніе вообще..... 144
§ 45. Размѣръ возмѣщенія интереса..... 147

IV. Неустойка.

§ 46. Понятіе неустойки. Основныя положенія..... 153

Раздѣлъ четвертый. Переносъ обязательствъ.

§ 47. Введеніе. Измѣненіе обязательствъ..... 157

I. Цессія (cessio).

§ 48. Cessio и denuntiatio..... 160
§ 49. Актъ цессіи и ея основаніе..... 163
§ 50. Предметъ цессіи..... 165
§ 51. Права цессіонарія по отношенію къ уступленному должнику (debitor cessus)..... 167
§ 52. Правоотношенія между цессіонаріемъ и цедентомъ..... 172

II. Принятіе на себя чужого долга.

§ 53. Понятіе и дѣйствіе принятія долга..... 174

Раздѣлъ пятый. Прекращеніе обязательствъ.

§ 54. Основанія, по которымъ прекращаются обязательства вообще. Acceptilatio..... 176

I. Платежъ, конкурсъ, beneficium competentiae.

§ 55. Платежъ..... 179
§ 56. Конкурсъ..... 186
§ 57. Beneficium competentiae..... 189

II. Суррогаты исполненія.

§ 58. Datio in solutum..... 193
§ 59. Novatio и delegatio..... 195
§ 60. Условія и дѣйствія новаціи..... 198

Стр.

§ 61. Взносъ предмета обязательства въ присутственное мѣсто (depositio) 202
§ 62. Компенсація. Историческое развитіе 204
§ 63. Условія компенсаціи 207
§ 64. Осуществленіе и послѣдствія компенсаціи 212

III. Договоры о прощеніи долга.

§ 65. Добровольное соглашеніе о прощеніи долга 216
§ 66. Принудительное прощеніе долга 217

IV. Остальныя причины погашенія обязательствъ.

§ 67. Отпаденіе субъекта обязательства 218
§ 68. Прекращеніе обязательства вслѣдствіе невозможности его исполненія 220

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

Солидарныя обязательства, поручительство—intercessio.

§ 69. Общія ученія. Constitutum 223

Глава первая. Солидарныя обязательства.

§ 70. Участіе нѣсколькихъ лицъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ вообще 226
§ 71. Корреальныя и солидарныя обязательства 227
§ 72. Теорія единства корреальныхъ обязательствъ 231
§ 73. Пассивныя корреальныя обязательства 236
§ 74. Активныя корреальныя обязательства 243
§ 75. Правила о солидарныхъ обязательствахъ въ тѣсномъ смыслѣ. 244

Глава вторая. Поручительство.

I. Историческое введеніе.

§ 76. Поручительство въ формѣ стипуляціи 246
§ 77. Сдѣлки, вызывающія одинаковыя съ поручительствомъ послѣдствія 248

II. Дѣйствующее право.

§ 78. Сущность поручительства 252
§ 79. Права вѣрителя по отношенію къ поручителю 254
§ 80. Права поручителя по отношенію къ главному должнику ... 259
§ 81. Отношеніе между сопоручителями 262
§ 82. Прекращеніе поручительства 266

Глава третья. Интерцессіи.

§ 83. Понятіе и виды интерцессій 269
§ 84. Привилегіи женщинъ 270

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Отдѣльные виды обязательствъ.

Раздѣлъ первый. Обязательства, вытекающія изъ договоровъ.

Глава первая. Реальные договоры.

I. Заемъ.

Стр.

§ 85. Общія понятія. Возникновеніе займа..... 276
§ 86. Валюта..... 279
§ 87. Обязанности, вытекающія изъ договора займа..... 282
§ 88. Денежный заемъ, совершаемый лицами, находящимися подъ отцовскою властью..... 284
§ 89. Морской заемъ..... 287

II. Commodatum и Precarium.

§ 90. Commodatum..... 289
§ 91. Precarium..... 293

III. Depositum.

§ 92. Понятіе depositum и вытекающія изъ него обязанности.. 295
§ 93. Особые виды поклажи..... 299

Глава вторая. Консенсуальные договоры.

I. Купля-продажа и мѣна.

§ 94. Общія понятія. Заключеніе договора купли-продажи..... 302
§ 95. Отдѣльные виды купли-продажи. Добавочныя соглашенія.. 309
§ 96. Совершеніе купли-продажи. Переходъ риска..... 314
§ 97. Обязанности покупателя..... 317
§ 98. Обязанности продавца. Общія понятія..... 319
§ 99. Отвѣтственность продавца за эвикцію..... 321
§ 100. Отвѣтственность за недостатки вещи и несоотвѣтствіе ея качествамъ, установленнымъ договоромъ..... 328
§ 101. Отдѣльные эдильскіе иски..... 332
§ 102. Расторженіе купли-продажи..... 337
§ 103. Договоръ мѣны..... 339

II. Игра и пари.

§ 104. Игра..... 341
§ 105. Пари..... 343

III. Дареніе. Мировая сдѣлка.

Стр.

§ 106. Понятіе даренія 344
§ 107. Обязанности, возникающія изъ даренія. 349
§ 108. Ограниченія дареній 351
§ 109. Мировая сдѣлка 356

IV. Договоры найма.

§ 110. Виды договоровъ найма. Предварительныя историческія замѣчанія 360
§ 111. a) Имущественный наемъ—locatio conductio rerum 362
§ 112. b) Наемъ услугъ 371
§ 113. c) Подрядъ—locatio conductio operis 373
§ 114. Lex Rhodia de jactu 378

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

a) Порученіе (mandatum).

§ 115. Понятіе порученія 380
§ 116. Обязанности, возникающія изъ порученія 383
§ 117. Прекращеніе порученія 387

b) Особенные виды порученія и сходныя съ нимъ сдѣлки.

§ 118. Договоры о гарантіи 389
§ 119. Переводъ 390
§ 120. Оцѣночный договоръ — contractus aestimatorius (Trödelvertrag) 393

c) Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія—negotiorum gestio.

§ 121. Общія понятія 396
§ 122. Веденіе чужихъ дѣлъ за чужой счетъ 397
§ 123. Веденіе чужихъ дѣлъ за свой счетъ 405

VI. Договоръ товарищества.

§ 124. Понятіе и виды договора товарищества 407
§ 125. Развитіе товарищества по римскому праву 409
§ 126. Вклады, доли участія, взаимныя обязанности товарищей .. 411
§ 127. Отношенія товарищей къ третьимъ лицамъ 415
§ 128. Прекращеніе товарищества 417

Раздѣлъ второй. Внѣдоговорныя обязательства.

Глава первая. Деликтныя обязательства.

§ 129. A. Общія понятія 420
§ 130. B. Furtum 424

C. Искъ о поврежденіи вещей и другіе родственные иски.

Стр.
§ 131. Виновное поврежденіе вещей..... 427
§ 132. Виновное поврежденіе и умерщвленіе человѣка..... 433
§ 133. Поврежденія, причиняемыя животными..... 435
§ 134. Actio de dejectis et effusis..... 437

D. Отвѣтственность за другія поврежденія, не касающіяся тѣлесныхъ вещей.

§ 135. Возмѣщеніе за вину. Общія положенія..... 438
§ 136. Actio doli..... 440

E. Actio injuriarum.

§ 137. Понятіе и основныя положенія..... 442

Глава вторая. Кондикціи.

§ 138. A. Общія понятія..... 445

B. Кондикціи нечестнаго обогащенія.

§ 139. Condictio furtiva..... 448
§ 140. Condictio ob turpem vel injustam causam..... 450

C. Кондикціи, вытекающія изъ объективно неправомѣрнаго обогащенія.

§ 141. Condictio indebiti..... 451
§ 142. Condictio ob causam..... 458
§ 143. Condictiones sine causa..... 461

Глава третья. Право оспариванія, принадлежащее обойденному кредитору.

A. Римское право.

§ 144. Историческое развитіе actio Pauliana..... 463
§ 145. Основныя положенія actio Pauliana..... 466

B. Право оспариванія по германскимъ имперскимъ законамъ.

§ 146. Общія положенія..... 469
§ 147. Отдѣльныя положенія права оспариванія..... 473
Русскій предметный указатель..... 476
Латинскій предметный указатель..... 485

Paroemiae juris.

Ad heredibus obligationem incipere non posse 63 прим. 6 (18).
Aliud pro alio invito creditori solvi non potest 180 прим. 4 (55).
Casus a nullo praestantur 144 (44).
Cujus periculum, ejus est commodum 82 (23).
Dies interpellat pro homine 132 (40).
Dolo facit, qui petit, quod redditurus est 204 прим. 5 (62).
Fur semper moram facere videtur 132 прим. 11 (40).
Genus perire non censetur 87 прим. 2 (25).
Impossibilium nulla est obligatio 52 прим. 2 (16).
In praeteritum non vivitur 109 (31).
Ipso jure compensatur 206 (62).
Kauf bricht Miethe 368 (111).
Lata culpa plane dolo comparabitur 120 прим. 6 (36).
Lata (magna) culpa dolus est 120 прим. 6 (36).
Noxa caput sequitur 436 прим. 9 (133).
Переводъ не есть платежъ 393 прим. 11 (119).
Periculum est emptoris 69 (20), 314 (96).
Periculum est locatoris 362 (110).
Prioris periculum ad venditorem posterioris ad emptorem respicit 95 прим. 6 (27).
Qui delegat solvit 393 прим. 11 (119).
Qui ex causa judicati solvit repetere non potest 455 прим. 22 (141).
Quid debeat esse in ejus arbitrio, an debeat non esse 94 прим. 3 (27).
Species perit ei cui debetur 87 прим. 2 (25).
Ubi pure quis stipulatus fuerit et cessit et venit dies 114 прим. 2 (34).

СОКРАЩЕНІЯ.

B.G.B.=Bürgerliches Gesetzbuch=Гражданское уложеніе для германской имперіи; (цитируется по переводу, помѣщенному въ журналѣ министерства юстиціи за январь 1898 года).
C.P.O.=Deutsche Civilprozessordnung vom 30. Januar 1877=Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства, 30 января 1877 г.
H.G.B.=Deutsches Handelsgesetzbuch=Германскій торговый уставъ..
K.O.=Deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 = Германскій конкурсный уставъ, 10 февраля 1877 г.
Not.O.=Notariatsordnung von 1512=Положеніе о нотаріальной части, 1512 г.
R.G.E. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen = Рѣшенія имперскаго кассаціоннаго суда по гражданскимъ дѣламъ.
R.G.E. in Strafsachen=Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen= =Рѣшенія имперскаго кассаціоннаго суда по уголовнымъ дѣламъ.
R.O.H.G.E. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts = Рѣшенія высшаго имперскаго коммерческаго суда.
R.Pol.O.=Reichspolizeiordnung von 1530, 1548, 1577=Имперскій полицейскій уставъ, 1530, 1548, 1577 гг.

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

Приведенныя въ текстѣ русскія сочиненія указаны переводчикомъ.

Часть первая.

ОБЩІЯ НАЧАЛА.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Юридическое существо обязательствъ [1]).

§ 1. Понятіе обязательства [2]).

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

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

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

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

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

Обязательства влекутъ за собою извѣстныя экономическія послѣдствія. Цѣль ихъ состоитъ то въ передачѣ права собственности на тѣлесныя вещи, то въ передачѣ такихъ вещей въ пользованіе, то въ оказаніи услугъ физическихъ или духовныхъ, то, наконецъ, въ предоставленіи иныхъ выгодъ. Такимъ образомъ, они обязываютъ должника къ совершенію, допущенію или несовершенію чего-либо. Для общаго обозначенія содержанія обязательства съ давнихъ поръ употребляется выраженіе: «дѣйствіе» (Leistung) [5]).

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

Самымъ очевиднымъ, самымъ осязательнымъ средствомъ достигнуть исполненія обязательствъ является принудительное взысканіе, направленное на личность должника или на его имущество. Именно, это принудительное взысканіе и послужило исходной точкой для выдвинутой въ новѣйшее время теоріи, по которой кредитору приписывается не только право на дѣйствіе должника, но и осязательное, фактическое надъ нимъ господство. По этому взгляду, существо обязательства состоитъ въ подчиненіи должника, именно, этому принудительному взысканію, т. е. въ той личной и имущественной отвѣтственности, которой онъ подвергается въ случаѣ *неисполненія обяза-*

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

[6]) См. § 17.

тельства [7]). Но здѣсь, очевидно, смѣшиваются причина и слѣдствіе. Право принудительнаго взысканія устанавливается ради обязательства и вслѣдъ за нимъ, но оно не есть само обязательство.

II. Обязательство имѣетъ въ виду будущее. Здѣсь всегда что-либо ожидается, при чемъ неизвѣстно, совершится ли оно или нѣтъ. Въ этомъ смыслѣ, *каждое обязательство* заставляетъ насъ, иногда даже противъ собственной воли, *кредитовать*, т. е. *вѣрить* въ будущее исполненіе и ожидать его. Этимъ и объясняется общій всѣмъ, даже не договорнымъ обязательствамъ терминъ: «кредиторъ», «вѣритель» [8]).

Подъ кредитными сдѣлками въ болѣе тѣсномъ смыслѣ римляне разумѣли такіе договоры, въ которыхъ кредиторъ *добровольно* ввѣряетъ должнику извѣстную *цѣнность*, подъ условіемъ возвращенія ея же въ будущемъ [9]). И, наконецъ, кредитной сдѣлкой въ строгомъ смыслѣ этого слова называется такая сдѣлка, по которой должникъ получаетъ въ собственность деньги или другія цѣнности гражданскаго оборота, напр., процентныя бумаги или товары, съ обязанностью возвратить такого же рода цѣнности, при чемъ безразлично, имѣется ли въ виду денежный заемъ, вексельный долгъ, обязанность внести покупную плату или другое правоотношеніе [10]).

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

[8]) См. ниже §§ 129 и слѣд.

[9]) Это понятіе кредита положено преторомъ въ основаніе его эдиктовъ, озаглавленныхъ: „de rebus creditis" и „de commodato et de pignore". l. 1, § 1. D. de rebus cred. 12. 1. См. Paulus libro 28 ad edictum, l. 2, § 13. D. de rebus cred. 12. 1. Но этому противорѣчитъ l. 2, § 1 D. eod. tit. О самомъ понятіи кредита см. Georg Cohn въ Endemanns Handbuch des Handelsrechtes, т. 2, отд. 6. Тамъ же находятся ссылки на литературу. См. также Schey: Oblig. Verhältnisse, т. 1, стр. 30.

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

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

IV. Изложеніе обязательственнаго права распадается на двѣ части: общую и особенную. Въ первой разсматривается *обязательство, какъ таковое*, т. е. излагаются *общія положенія*, касающіяся *всѣхъ* обязательствъ или какой-либо значительной ихъ группы. Вторая же разсматриваетъ *отдѣльные виды обязательствъ* [12]) [13]).

§ 2. Обязанность исполненія и ея цѣль.

I. Обязательство предоставляетъ намъ *средство* для достиженія извѣстной *цѣли*. Средствомъ является обязанность должника испол-

---

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

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

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

нить что-либо, а цѣлью—та имущественная выгода, которая должна быть предоставлена вѣрителю [1]).

Содержаніемъ обязательства является обязанность должника совершить дѣйствіе, т. е. дѣятельность его, соотвѣтствующая цѣли обязательства. Но для вѣрителя, главнымъ образомъ, важенъ тотъ результатъ, который долженъ быть достигнутъ исполненіемъ.

Этимъ объясняются нѣкоторыя существенныя особенности.

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

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

Такъ какъ обязательства—лишь средства для достиженія опредѣленной цѣли, то можетъ быть заключено ради одной и той же цѣли нѣсколько обязательствъ. Ради одной такой цѣли даже *одинъ и тотъ же должникъ* можетъ принять на себя различныя обязательства. Напр., покупатель, на основаніи сдѣлки купли-продажи, обязанъ уплатить продавцу покупную цѣну, которую онъ, кромѣ того, можетъ обѣщать своему кредитору еще въ иной формѣ; въ Римѣ для этой цѣли служила stipulatio accessoria, а у насъ—обыкновенно вексель. Несомнѣнно, здѣсь нѣсколько обязательствъ одного и того же должника, но всѣ они имѣютъ въ виду лишь однократную уплату, а слѣдовательно, они направлены къ одной и той же цѣли.

---

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

То же самое бываетъ и въ томъ случаѣ, когда *нѣсколько лицъ* обѣщаютъ одно и то же. Здѣсь также *нѣсколько обязательствъ* и только *одна цѣль*. Въ этомъ и заключается отличительная черта корреальнаго обязательства, которое вызвало цѣлый рядъ неудачныхъ конструкцій [2]).

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

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

§ 3. Обязательство и искъ.

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

Вѣритель для осуществленія своихъ правъ нерѣдко *принужденъ* прибѣгать къ иску, чѣмъ часто можетъ воспользоваться должникъ, чтобы отложить исполненіе обязательства. Такимъ образомъ, вѣритель не получаетъ того, что ему слѣдуетъ, хотя бы онъ еще во время разбирательства въ этомъ и крайне нуждался, а послѣ окон-

---

[2]) См. ниже § 70 и сл.

[3]) См. выше вып. I, § 125.

[1]) l. 10, l. 108. D. de V. S. 50. 16.

[2]) Такая, именно, терминологія встрѣчается въ § 1. I. de obl. 3. 13., l. 5, pr. D. de pign. 20. 1, l. 1, § 1. D. de nov. 46. 2. Но obligatio civilis называется и всякое снабженное искомъ обязательство безъ различія его историческаго происхожденія, l. 16, §§ 3 и 4. D. de fidej. 46. 1, l. 7, § 2. D. de pactis. 2. 14. Иначе Scheurl въ Heidelberger krit. Zeitschrift, т. 1, стр. 504.

чательнаго судебнаго рѣшенія онъ легко можетъ не найти у должника никакого имущества. Поэтому идеалъ процесса заключается не только въ *полной справедливости* рѣшенія, но и въ *возможной быстротѣ* производства. Однако на практикѣ оба эти требованія не легко примирить.

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

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

II. Для того, чтобы противодѣйствовать стремленію должника процессомъ замедлить исполненіе по обязательству, въ древнемъ Римѣ налагались строгіе *процессуальные штрафы* [5]). Бо̀льшая часть изъ нихъ падала на всякаго проигравшаго процессъ безъ раз-

---

[3]) См. выше вып. I, § 131.

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

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

личія, довелъ ли онъ дѣло до суда злонамѣренно или въ твердомъ убѣжденіи въ своей правотѣ. Хотя примѣненіе такого различія было бы справедливо, но оно едва ли практично, такъ какъ ведетъ къ необходимости послѣ производства о главномъ предметѣ иска начинать еще добавочное разбирательство для рѣшенія вопроса о недобросовѣстности стороны, проигравшей дѣло. Поэтому цѣлесообразность процессуальныхъ штрафовъ вообще является сомнительной. Въ юстиніановомъ правѣ значеніе ихъ уменьшилось [6]). Въ современномъ правѣ удержались лишь въ силу особыхъ соображеній нѣкоторыя невыгодныя послѣдствія, которыя влечетъ за собой неосновательное отрицаніе обязательства [7]).

---

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

[7]) Практическое значеніе имѣютъ слѣдующіе виды такихъ невыгодныхъ послѣдствій. Если противъ одного изъ нѣсколькихъ поручителей по одному и тому же обязательству вчиненъ искъ, и онъ неправильно отрекается отъ своего поручительства, то онъ теряетъ право требовать раздѣла иска между сопоручителями, beneficium divisionis, l. 10, § 1. D. de fidej. 46. 1, ниже § 81. Практика расширила это положеніе: поручитель, въ случаѣ отрицанія своего долга изъ поручительства, теряетъ также и beneficium excussionis. Ср. далѣе l. 67, § 3. D. pro socio. 17. 2. Въ этихъ постановленіяхъ мы имѣемъ дѣло не съ процессуальными штрафами, но съ условіями, ограничивающими примѣненіе извѣстныхъ льготъ (beneficia), которыя сохраняютъ свое значеніе независимо отъ современныхъ измѣненій формы процесса. Сохранила также свою силу l. 25, pr. D. de probat. 22. 3, ниже § 141, прим. 28 и сл.: здѣсь отвѣтчику вмѣняется въ обязанность въ случаѣ предъявленія condictio indebiti доказывать существованіе долга, якобы погашеннаго тѣмъ платежемъ, возвращенія котораго требуетъ истецъ; при этомъ предполагается, чтобъ отвѣтчикъ отрицалъ полученіе платежа, и чтобъ послѣдній былъ доказанъ истцомъ. Запирательство отвѣтчика заставляетъ предполагать, что онъ не имѣлъ никакого права на данный платежъ; это вѣроятіе доводится до степени законнаго предположенія—praesumtio juris—въ l. 25. cit. Но и здѣсь нельзя говорить о штрафѣ въ собственномъ смыслѣ этого слова. Ср. Seuffert въ привед. соч. стр. 351.

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

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

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

Безъ сомнѣнія, это правило соотвѣтствуетъ требованіямъ нравственности и германскимъ народнымъ воззрѣніямъ, но на практикѣ оно трудно осуществимо: часто является невозможнымъ доказать, что другой пріобрѣтатель дѣйствительно зналъ о существованіи обязательственныхъ отношеній между первыми лицами.

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

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

На ряду съ обязательствами, снабженными исками—obligatio-

---

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

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

[10]) Ziebarth: Realexecution und Obligation, 1866, стр. 203 и сл., Brünneck: Ueber den Ursprung des s. g. jus ad rem, 1869. Гражданское уложеніе для германской имперіи также не упоминаетъ о jus ad rem.

[1]) Важнѣйшій трудъ по этому вопросу: Schwanert: Die Naturalobligation des röm. Rechtes, 1861. Во введеніи (стр. 7 и сл.) находится изложеніе и критика всѣхъ сочиненій со временъ глоссаторовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ обзоръ всей

nes civiles—существуютъ еще обязательства безъ иска, obligationes naturales.

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

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

литературы. См. также Scheurl въ Jherings Jahrb., т. 6, статья 7 и Brinz, Pandekten, т. 2, §§ 219 и сл., а также Unger въ Grünhuts Zeitschrift, т. 15, стр. 371. Kuntze: Die Obligation, стр. 192; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 253. Гражданское уложеніе для германской имперіи признаетъ существованіе obligationes naturales, хотя этотъ терминъ въ немъ не встрѣчается. Ср. Dernburg, Bürgerliches Recht, т. 2, стр. 3. Въ русской литературѣ: Хвостовъ, Натуральныя обязательства по римскому праву. М. 1898 г.

[2]) Для защиты этого мнѣнія съ давнихъ поръ приводится одно отрывочное сужденіе Павла: lib. 3 quaestionum l. 84, § 1. D. de R. J. 50. 17. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Впрочемъ это значитъ лишь то, что обязательства juris gentium считаются вмѣстѣ съ тѣмъ и за obligationes naturales; но чтобы всѣ obligationes naturales, а именно, всѣ обязательства, „лишенныя иска", коренились въ jus gentium, тутъ вовсе не говорится: это было бы прямо невозможно. Въ новѣйшее время взглядъ, выводящій obligationes naturales изъ jus gentium, защищаютъ, главнымъ образомъ, Puchta: Pand. § 237 и Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 22 и сл. Противъ нихъ Schwanert въ привед. соч., стр. 33 и сл. Дѣйствительно, кто стоитъ на такой точкѣ зрѣнія, долженъ дойти до отрицанія всякаго значенія obligationes naturales для современнаго права, какъ явленія исключительно историческаго. Въ этомъ, именно, смыслѣ и говоритъ Scheurl въ привед. сочин.: „Naturalis obligatio имѣла назначеніе служить посредникомъ между отживающими и нарождающимися институтами; полная побѣда нарождающагося права надъ отжившимъ неизбѣжно уничтожила всякое значеніе этого посредника". Но все же очевидно, что существуютъ основанія, которыя препятствуютъ снабдить искомъ всѣ безъ исключенія натуральныя обязательства, напр., обязательства несовершеннолѣтняго, самостоятельно вступающаго въ сдѣлку, или обязательства подвластнаго сына, заключающаго заемъ безъ согласія отца.

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

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

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

[6]) Brinz—привед. сочин. требуетъ для obligationes naturales въ собствен-

намъ возможности глубже проникнуть въ сущность obligationes naturales.

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

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

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

2. Исполненіе, произведенное по ошибкѣ, т. е. въ невѣдѣніи

номъ смыслѣ слова наличности контракта, quasi-контракта или деликта, являющихся какъ бы субстратомъ настоящаго обязательства, съ тѣмъ однако, чтобы существовало какое-либо обстоятельство, исключающее возможность дѣйствія этого обязательства, какъ obligatio civilis. Отъ такихъ obligationes naturales Brinz отличаетъ обязанности, вытекающія вслѣдствіе принадлежности лица къ семьѣ и государству (Officialansprüche); хотя ихъ также можно разсматривать, какъ naturales, однако онѣ существенно отличаются отъ натуральныхъ обязательствъ въ собственномъ смыслѣ. Сюда относятся также и другія „естественныя обязанности“, возникающія момимо „Officialansprüche“.—Сходнаго мнѣнія держится и Schwanert, привед. соч., стр. 53 и сл.—Эти теоріи заходятъ слишкомъ далеко въ своемъ анализѣ. Какъ ни справедливо въ нѣкоторомъ отношеніи подобное раздѣленіе obligationes naturales, тѣмъ не менѣе между всѣми ими очевидно существуютъ и могутъ быть доказаны общія черты.

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

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

того, что обязательство лишено исковой защиты, не можетъ быть оспорено уплатившимъ посредствомъ condictio indebiti [9]).

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

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

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

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

§ 5. Отдѣльные случаи натуральныхъ обязательствъ.

1. На ряду съ правоотношеніями гражданъ между собою, въ Римѣ постоянно происходили дѣловыя и торговыя сношенія также гражданъ съ рабами и рабовъ между собой. Обязательства, вытекавшія изъ совершаемыхъ рабами сдѣлокъ, хотя и не имѣли силы

---

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

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

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

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

[13]) Windscheid — т. 2, § 288, прим. 5—справедливо замѣчаетъ: „Юридическое содержаніе каждаго натуральнаго обязательства должно быть установлено отдѣльно. Эту точку зрѣнія проводитъ въ особенности Schwanert, и въ этомъ я вижу главную заслугу его книги“.

[14]) См. выше прим. 9.

obligationes civiles, однако не лишены были юридическаго дѣйствія, и контрагенты считались связанными naturaliter [1]). Современное право не знаетъ ничего подобнаго.

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

Вопросъ, сохранилось ли, вообще, отъ этого что-нибудь въ современномъ правовомъ строѣ, будетъ разсмотрѣнъ въ семейственномъ правѣ.

3. Договоры, заключенные несовершеннолѣтними безъ участія ихъ опекуна, получаютъ право на искъ лишь тогда, когда они *обогащаютъ* опекаемаго [3]); за исключеніемъ этого случая, они не связываютъ несовершеннолѣтняго даже naturaliter, какъ это неоднократно высказывается источниками [4]). Поэтому, если даже pupillus и погаситъ

---

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

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

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

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

такой недѣйствительный долгъ, то онъ, безъ сомнѣнія, можетъ требовать возвращенія уплаченнаго.

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

Сказанное относительно обязательствъ несовершеннолѣтнихъ распространяется и на обязательства состоящихъ подъ опекой расточителей [8]), а по современному праву также на обязательства несовершеннолѣтнихъ, вышедшихъ изъ подъ опеки.

---

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

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

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

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

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

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

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

Такъ, наприм., сохраняется обязательственное требованіе въ видѣ obligatio naturalis, несмотря на прекращеніе права на искъ, послѣ истеченія исковой давности [12]). Однако компенсація подобныхъ требованій

---

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

[10]) Подвластный сынъ не можетъ даже требовать обратно уплаченнаго имъ самимъ во время существованія patria potestas, l. 9, § 4. D. de S. C. Maced. 14. 6. Напротивъ, expromissio и другія обѣщанія, путемъ которыхъ онъ обязуется уплатить долгъ, подлежатъ exceptio senatus consult'a, иначе весь законъ могъ бы лишиться своего значенія: см. l. 2. C. ad S. C. Maced., 4. 28. Едва ли можно отнестись одобрительно къ предоставленію exceptio въ случаѣ, о которомъ говоритъ l. 20. D. h. t. Сообразно цѣли senatus consult'a, заимодавецъ не могъ совершать компенсацію требованія противъ подвластнаго сына. Dernburg: Kompensation, стр. 471, Windscheid, т. 2, § 289, прим. 21: иного взгляда Mandry: Familiengüterrecht, т. 1, стр. 522 и сл. — Третьи лица вполнѣ законно могли принять на себя долгъ подвластнаго, поручиться за него или какимъ-нибудь другимъ способомъ придать обязательству законную силу. О подробностяхъ дѣйствія obligatio naturalis подвластныхъ дѣтей см. Mandry, loc. cit., стр. 502 и сл., Huschke: Darlehen, стр. 91.

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

[12]) Объ obligatio naturalis, остающейся по истеченіи исковой давности, было уже сказано выше въ выпускѣ I, § 150, прим. 5. Тамъ же, въ прим. 3 и 4,

съ такими, которыя возникли уже по истеченіи давности, не можетъ быть допускаема.

Точно также продолжаетъ существовать, какъ obligatio naturalis, требованіе, въ которомъ было отказано по неправильному рѣшенію суда [13]). По отношенію къ нему вполнѣ дѣйствительны: сознательная уплата, constitutum, поручительство и обезпеченіе иного рода. Но, конечно, поскольку вопросъ касается соблюденія законной силы рѣшенія, не можетъ быть рѣчи о дѣйствіи obligatio naturalis.

6. Обязательственные договоры, совершенные безъ соблюденія предписанной закономъ формы, служатъ основаніемъ obligatio naturalis, если только ими удостовѣряется намѣреніе должника принять на себя обязательство [14]).

цитированы различныя мнѣнія ученыхъ. Дальнѣйшая литература приводится у Arndts'a § 277, прим. 1. Послѣдній отрицаетъ этотъ видъ натуральнаго обязательства, главнымъ образомъ, на томъ основаніи, что вся цѣль исковой давности была бы уничтожена, если бы можно было просроченное требованіе употреблять для компенсаціи съ такимъ, которое возникло уже послѣ истеченія давности. Но ничто насъ и не заставляетъ допускать такого рода компенсацію, которая дѣйствительно была бы неумѣстной. Въ пользу существованія obligatio naturalis послѣ истеченія исковой давности говоритъ то обстоятельство, что, по l. 7. C. de praescriptione XXX annorum. 7. 39, залоговые иски въ нѣкоторыхъ случаяхъ подлежатъ болѣе продолжительному сроку давности, чѣмъ иски личные; см. выше выпускъ II, § 124, прим. 3 и 4. Всѣ тѣ вѣскія внутреннія основанія, которыя говорятъ въ пользу существованія обязательства, какъ naturalis, послѣ истеченія исковой давности, приведены выше, выпускъ I, § 150.

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

[14]) Источники признаютъ obligatio naturalis и въ случаѣ обѣщанія процентовъ безъ требуемой по римскому праву стипуляціонной формы, l. 5, § 2. D. de solutionibus. 46. 3, l. 11, § 3. D. de pigneraticia actione. 13. 7. Вѣроятность положенія, что римляне смотрѣли также и на другія неформальныя долговыя обѣщанія, какъ на obligationes naturales, показалъ Hellman въ Zeitschrift der Sa-

7. Требованія нравовъ составляютъ obligationes naturales въ томъ смыслѣ, что уплаченное согласно имъ не можетъ быть взыскано обратно. Сюда, именно, относится тотъ случай, когда тесть зятю или жена мужу выдаютъ приданое, ошибочно думая, что они обязаны къ тому по закону [15]).

Obligationes naturales коренятся въ воззрѣніяхъ гражданскаго общества. Поэтому ихъ число не ограничивается приведенными въ источникахъ случаями. Напримѣръ, если должникъ, надъ имуществомъ котораго открытъ конкурсъ, добился съ согласія большинства конкурсныхъ вѣрителей скидки части своего долга, то онъ все-таки naturaliter обязанъ къ полному платежу [16]). Поэтому, если онъ впослѣдствіи уплатитъ сложенную часть, то это будетъ съ его стороны погашеніемъ долга, а не актомъ щедрости; точно также вполнѣ законную силу имѣютъ установленныя впослѣдствіи обезпеченія полнаго платежа. Однако сложенныя по соглашенію требованія не могутъ служить основаніемъ для exceptio compensationis.

7163

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Основанія возникновенія обязательствъ.

§ 6. Предварительное замѣчаніе.

Римляне дѣлили обязательства по основаніямъ ихъ возникновенія на двѣ главныя группы: obligationes ex contractu и ex delicto [1]).

---

vignystift. rom. Abtheilung, т. 12, статья 14. Относительно l. 1, § 2. D. de verb. obl. 45. 1. см. тамъ же, стр. 352. Противъ признанія obligationes naturales въ этомъ смыслѣ высказываются Holtius: Abhandlungen, übersetzt von Sutro, т. 1, стр. 7, и Brinz въ Kritische Blätter, т. 3, стр. 16. Ср. также Hofmann: Entstehungsgründe der Obligation, стр. 31. Законъ, естественно, можетъ предписать извѣстную форму для договора и въ томъ смыслѣ, чтобы *при несоблюденіи этой формы всякое, даже натуральное дѣйствіе, было отрицаемо.* Это, наприм., бываетъ въ томъ случаѣ, если для дареній выше извѣстной нормы требуется заявленіе передъ судомъ. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 125: Сдѣлка, не облеченная въ форму, предписанную для нея закономъ, ничтожна.

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

[16]) Иначе Seufferts Archiv, т. 45, казусъ 7. — Ср. еще Seufferts Archiv, т. 18, казусъ 140.

[1]) Gajus Inst. III, § 88 (Nunc transeamus) ad obligationes, quarum summa divisio

Такое дѣленіе основывается на принципіальной противоположности этихъ двухъ категорій обязательствъ.

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

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

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

---

in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Ср. § 1. I. de act. 4. 6.

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

[3]) См. выше вып. I, § 130.

[4]) l. 111, § 1. D. de R. J. 50. 17. Gajus Inst. IV. § 112, l. 49. D. de obl. et act. 44. 7.

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

[6]) Уже Gajus libro 2 aureorum l. 1, pr. D. de obl. et act. 44. 7. расширяетъ свое прежнее дѣленіе: ср. выше прим. 1: obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Въ дальнѣйшемъ изложеніи онъ приходитъ—libro 3 aureorum l. 5. D. eod.—къ подраздѣленію обязательствъ на quasi ex contractu и quasi ex delicto. Поэтому § 2. I. de obl. 3. 13, даетъ уже четырехчленное дѣленіе обязательствъ aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.

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

Римское дѣленіе обязательствъ на контрактныя и деликтныя не имѣетъ больше значенія для современнаго гражданскаго права. Въ наше время деликтные иски, по крайней мѣрѣ въ большинствѣ случаевъ, преслѣдуютъ не карательныя цѣли, а только возмѣщеніе убытковъ, и потому они ни въ принципѣ, ни въ отдѣльныхъ положеніяхъ не стоятъ въ такомъ рѣзкомъ противорѣчіи съ остальными имущественно-правовыми обязательствами; къ тому же и кругъ ихъ теперь не такъ обширенъ, какъ въ Римѣ [8]).

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

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

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

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Форма обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 7. Римская контрактная система [1]).

Достаточно ли для обоснованія обязательства любого соглашенія воли вѣрителя и должника, какъ бы это соглашеніе ни было

---

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

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

[9]) Иначе Brinz, т. 2, § 247.

[1]) Gneist: Die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts, 1845. Pernice въ Zeitschrift der Savignystift. rom. Abtheilung, т. 9, стр. 195. Seuffert:

изъявлено, или же для такого изъявленія необходимъ опредѣленный способъ — форма, которая давала бы безспорныя указанія на возникновеніе и предметъ долга?

Этотъ вопросъ съ древнѣйшихъ временъ разрѣшался неодинаково у различныхъ народовъ.

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

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

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

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

Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 1881. Здѣсь, конечно, изложено лишь то, что̀ существенно необходимо для пониманія римскаго права въ болѣе позднюю эпоху; полное же изложеніе значенія римской договорной системы и ея развитія здѣсь не имѣется въ виду.

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

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

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

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

[6]) Это одно лишь предположеніе. Оно находитъ свою, правда, не совсѣмъ твердую опору въ традиціонныхъ изреченіяхъ римскихъ юристовъ, что „ex jure

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

Хотя стипуляція, по общему правилу, и теперь еще оставалась необходимой для наступленія всѣхъ послѣдствій обязательства, но это правило было уже значительно ослаблено многочисленными исключеніями.

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

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

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

2. Contractus verbales были преимущественно стипуляціи.

Однако на практикѣ въ императорскую эпоху стипуляціонные

---

gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio-venditio, locatio-conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles“ § 2, in fine I. de jure naturali 1, 2. Дальнѣйшимъ подтвержденіемъ служатъ многочисленныя аналогичныя явленія, между прочимъ и заимствованіе изъ греческаго права „неформальной гипотеки“.

[7]) l. 11, § 1, D. de a. c. v. 19, 1.—Pernice: Labeo, т. 1, стр. 408 и слѣд., доказалъ, что „fides“ имѣла рѣшающее значеніе для развитія исковой защиты неформальныхъ договоровъ, именно, для mandatum и societas. Однако, по нашему мнѣнію, въ этомъ вліяніи заключалась одна лишь переходная ступень. Когда сама жизнь выдвинула потребность въ строгомъ соблюденіи нѣкоторыхъ неформальныхъ договоровъ, тогда прежде всего образовалось воззрѣніе, что „fides“ требуетъ ихъ вѣрнаго выполненія; а когда такое убѣжденіе укоренилось въ обществѣ, то уже стали давать искъ противъ нарушителя.

[8]) Gajus Inst. III, § 89.

[9]) Ср. Brinz, т. 2, § 228.

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

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

4. Какъ contractus consensuales, пользовались исковой защитой договоры, въ которыхъ выражалось одно лишь соглашеніе сторонъ безъ соблюденія опредѣленной формы. Сюда относились четыре контракта съ типичнымъ, точно опредѣленнымъ содержаніемъ, именно: договоръ купли-продажи (emptio-venditio), найма (locatio-conductio), порученія (mandatum) и товарищества (societas).

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

Консенсуальные договоры, снабженные исковой защитой, составляли замкнутый кругъ. Поэтому, *неформальныя двусторонніе сдѣлки, не подходившія подъ типъ купли-продажи, найма, порученія или товарищества—безымянные договоры, contractus innominati* — не пользовались исковой защитой.

Но здѣсь нельзя было оставить безъ вниманія новое, весьма важное обстоятельство—исполненіе. Кто въ подобнаго рода сдѣлкахъ исполнилъ свое обязательство, тому уже издавна давалось право на condictio sine causa для *обратнаго требованія имъ исполненнаго* въ

---

[10]) Paulus sent. V. 7. § 2, l. 134. D. de verb. o. 45, 1, l. 1. C. de contr. stip. 8, 37, затѣмъ l. 14. C. eod.. Gneist въ привед. мѣстѣ, стр. 253, Mitteis: Reichsrecht, стр. 459.

[11]) См. ниже § 87, прим. 10.

[12]) Главнымъ образомъ constitutum. Ср. ниже § 69.

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

томъ случаѣ, если со стороны другого контрагента не послѣдовало ожидаемаго исполненія; императорская эпоха присоединила также право требовать исполненія *обѣщаннаго контрагентомъ дѣйствія.*

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

Позднѣе преторъ, основываясь на авторитетѣ великихъ юристовъ, особенно Лабеона, сталъ, по аналогіи съ указаннымъ искомъ, давать actio praescriptis verbis контрагенту, исполнившему свое обязательство, и при другихъ безымянныхъ договорахъ съ цѣлью дать ему возможность принудить другую сторону къ совершенію обѣщаннаго дѣйствія.

Конечно, такое положеніе основывалось не на законѣ и не на эдиктѣ, а на болѣе или менѣе спорныхъ мнѣніяхъ юристовъ и на преторской практикѣ. Тѣмъ болѣе понятно, что сторона, исполнившая свое обязательство, кромѣ указаннаго новаго средства, также продолжала пользоваться издавна принадлежавшей ей condictio sine causa для возвращенія ею исполненнаго. У контрагентовъ, слѣдовательно, сохранилось право *отступиться* (Reuerecht), т. е. отказаться отъ сдѣлки, пока противная сторона не исполнила своего обязательства [16]).

---

[14]) Ср. ниже § 120.

[15]) Karlowa: Rechtsgeschäft, стр. 254 впервые замѣтилъ, что actio aestimatoria была исходной точкой для развитія contractus innominati, и что въ преторскомъ эдиктѣ не было установлено одного общаго иска—actio praescriptis verbis—для всѣхъ относящихся сюда случаевъ. Lenel: Edictum, стр. 237, разъяснилъ то же самое вполнѣ убѣдительно. Ср. l. 1, pr. D. de aestimatoria. 19. 3. l. 1, § 1. D. de rerum permutatione. 19. 4. l. 2. D. de praescriptis verbis. 19. 5. См. также о выраженіи „actio“ praescriptis verbis Gradenwitz: Interpolationen, стр. 123, Lenel въ Zeitschrift der Savignystift. rom. Abtheilung, т. 9, стр. 181.

[16]) Безъ сомнѣнія, контрагенту, исполнившему свое обязательство, предоставлялась condictio sine causa, а слѣдовательно, и право отступленія въ томъ случаѣ, когда противная сторона, принявшая исполненіе, допустила просрочку, l. 1, § 4. D. de rer. permut. 19. 4. Но спрашивается, имѣло ли лицо, давшее

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

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

Несмотря на это, цивилисты среднихъ вѣковъ еще продолжали отрицать исковую силу pacta nuda. Однако канонисты рѣшительно высказались въ пользу принужденія къ ихъ исполненію [2]). Благодаря этому, *исковая сила неформальныхъ обязательственныхъ договоровъ въ теоріи общегерманскаго права* сдѣлалась безспорнымъ обычнымъ правомъ [3]) [4]).

2. Вслѣдъ за этимъ и римскіе contractus innominati стали пользоваться исковой силой на сторонѣ обоихъ контрагентовъ немедленно съ момента ихъ заключенія. Такимъ образомъ, для того, чтобы получить право на искъ съ цѣлью принудить контрагента къ исполненію, уже не требовалось болѣе предварительнаго исполненія со стороны самого истца. Отсюда послѣдовательно заключили, что сто-

---

вещь, право на отступленіе и на такъ наз. condictio ex poenitentia даже раньше промедленія противной стороны и до истеченія срока, назначеннаго для исполненія? На такой случай указываютъ l. 3, §§ 1 и 2, l. 5, pr., § 1. D. de cond. causa data. 12. 4. Впрочемъ, Gradenwitz доказалъ, что эти мѣста вставлены кодификаціонной коммиссіей Юстиніана, см. Interpolationen, стр. 146. Тоже самое утверждаетъ Pernice: Labeo, т. 3, стр. 262.

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

[2]) Ср. Seuffert привед. сочин., стр. 45.

[3]) Болѣе древнее германское право также требовало извѣстныхъ формъ для дѣйствительности договоровъ. Ср. Stobbe-Lehmann: Privatrecht, т. 3, § 210, стр. 108. Но уже въ болѣе позднюю эпоху среднихъ вѣковъ во многихъ случаяхъ стало дѣйствовать положеніе, что нужно держать данное слово, даже если оно и не облечено въ установленную форму.

[4]) Неформальность обязательственныхъ договоровъ, несомнѣнно, имѣетъ свои слабыя стороны. Она влечетъ за собою опасеніе, что изъ недостаточно обдуманныхъ словъ могутъ возникнуть иски, а для опредѣленія содержанія и значенія неформальныхъ договоровъ поднимутся путанные и затруднительные процессы. Тѣмъ не менѣе, гражданское уложеніе для германской имперіи стоитъ за принципъ свободы формъ, хотя и со значительными исключеніями.

рона, исполнившая свое обязательство, лишалась права отступленія даже и въ томъ случаѣ, если противная сторона не исполнитъ своего; ибо предоставленіемъ обѣщаннаго контрагентъ выполнилъ только свой долгъ и поэтому въ правѣ лишь искать съ противника исполненія обѣщаннаго имъ дѣйствія [5]).

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

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

---

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

[6]) Вопросъ этотъ весьма споренъ. Ср. Demelius: Realkontrakt im heutigen Rechte въ Jherings Jahrb., т. 3, статья 5; Unger, тамъ же, т. 8, статья 1; Schey: Oblig. Verh., стр. 36. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи § 607: „кто *получилъ* взаймы деньги или другія замѣнимыя вещи, тотъ обязанъ... возвратить“.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Заключеніе обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 9. Обязательственные договоры и односторонніе обѣщанія.

1. Обязательства возникаютъ обыкновенно изъ *договоровъ*, когда вѣритель принимаетъ обѣщаніе, связывающее должника [1]). При этомъ, съ точки зрѣнія права все равно, исходитъ ли первое предложеніе условій сдѣлки отъ вѣрителя, какъ это было при римскихъ стипуляціяхъ, или такое предложеніе дѣлается сначала должникомъ, а вѣритель даетъ свое согласіе.

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

---

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

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

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

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

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

Уже римское право знаетъ подобные случаи. Общимъ ихъ признакомъ служитъ то, что здѣсь рѣчь идетъ объ обѣщаніяхъ, стоящихъ внѣ дѣловыхъ сношеній. Обычная форма поэтому считалась излишней.

Главнымъ случаемъ является одностороннее обѣщаніе дара—pollicitatio [6])—въ пользу какой-нибудь *городской общины* [7]) за оказанную почесть или по какимъ-либо инымъ уважительнымъ основаніямъ. Сюда же принадлежитъ и обѣтъ—votum, т. е. одностороннее обѣщаніе даренія въ пользу какой-либо богоугодной цѣли [8]).

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

---

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

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

[7]) Германскій имперскій судъ придаетъ подобное же значеніе обѣщаніямъ въ пользу *государства*. R. G. E., т. 15, стр. 213. Противъ этого Regelsberger, въ привед. сочин. стр. 27. Такія pollicitationes подлежатъ особымъ правовымъ нормамъ: обѣщавшій даритель можетъ освободиться отъ исполненія обѣщаннаго, предоставивъ городу пятую часть своего имущества. Далѣе, если наслѣдство умершаго поллицитанта недостаточно для выполненія даннаго обѣщанія въ полномъ объемѣ, то наслѣдники его имѣютъ право откупиться, нисходящіе—десятой частью всего имущества, другіе—пятою. Впрочемъ, мнѣнія римскихъ юристовъ сходятся не во всѣхъ частностяхъ этого вопроса. См. l. 6, pr. l. 9, l. 11, l. 14, l. 15. D. h. t. 50. 12; см. далѣе Windscheid, т. 2, § 304, прим. 7 и 8.

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

[9]) См. Ehrlich: Stillschweigende Willenserklärung, стр. 225.

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

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

---

[10]) Обычное право придало обязательственную силу публичнымъ вызовамъ, направленнымъ къ *полезнымъ* цѣлямъ. Въ самомъ дѣлѣ, было бы нецѣлесообразнымъ и преувеличеннымъ признавать обязательственную силу за всѣми серьезно сдѣланными вызовами. Напр., кто-либо въ ресторанѣ публично обѣщаетъ 100 марокъ тому, кто быстрѣе всѣхъ осушитъ свой стаканъ. Можно ли подобное обѣщаніе признать достаточнымъ основаніемъ для предъявленія иска потому только, что оно сдѣлано серьезно?

[11]) Римлянамъ публичные вызовы были хорошо извѣстны. Оригинальнымъ примѣромъ служитъ у нихъ ошейникъ раба съ надписью: fugi, tene me, cum revocaveris me domino meo Zonino, accipis solidum. Bruns, fontes, изд. 5, стр. 274. Но изъ этого возникалъ одинъ лишь долгъ приличія, но не обязательство. Въ наше время признано почти всѣми, что изъ публичнаго вызова возникаетъ исковое требованіе. Впрочемъ, многіе, напр., Windscheid, т. 2, § 308, прим. 3, утверждаютъ, что публичный вызовъ заключаетъ въ себѣ только сдѣланное неопредѣленному лицу *предложеніе*, нуждающееся въ принятіи. Вопросъ же о томъ, какъ должно происходить это принятіе, споренъ. Нѣкоторые авторы видятъ принятіе уже въ одномъ исполненіи указаннаго дѣйствія, желая такимъ образомъ избѣжать „лишняго оскорбленія правового чувства“. Но можно ли съ этимъ согласиться и въ томъ случаѣ, если совершившій дѣйствіе, согласное съ вызовомъ, ничего не зналъ о вызовѣ и умеръ раньше, чѣмъ узналъ о немъ? Напр., первому, кто во время похода захватитъ непріятельское знамя, обѣщана награда. Далѣе, Windscheid, т. 2, § 308, прим. 7, отрицаетъ всякое обязательство изъ публичнаго вызова, если послѣдній былъ взятъ обратно, хотя бы это случилось въ то время, когда вызванная имъ дѣятельность уже была начата, но еще не окончена. По его мнѣнію, въ этомъ случаѣ недостаетъ еще принятія. Однако—продолжаетъ онъ—если кто-либо сдѣлалъ для совершенія даннаго дѣйствія затрату, то сдѣлавшій вызовъ допустилъ такимъ образомъ „culpa in contrahendo“ и долженъ возмѣстить ее. Но, спрашивается, развѣ лицо, которое начало, наприм., изученіе вопроса, за разработку котораго была назначена премія, не имѣетъ права на вознагражденіе? и какъ рѣшить, если нѣсколько лицъ, независимо другъ отъ друга, приступили къ подобнымъ затратамъ или занятіямъ? Во всѣхъ этихъ случаяхъ берущій свое обѣщаніе назадъ попалъ бы изъ огня да въ полымя. Здравый результатъ можетъ быть полученъ только, если сдѣлавшій обѣщаніе считается связаннымъ съ момента вызова. Этому нисколько не противорѣчитъ, что допускается *оговорка* объ отступленіи, которая должна быть разсматриваема, какъ резолютивное условіе. Впрочемъ, подобная оговорка встрѣчается очень рѣдко, такъ какъ она должна была бы обезсилить весь успѣхъ

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

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

публичнаго вызова. Объ этомъ институтѣ см. Siegel, loc. cit., стр. 91, Hofmann, loc. cit., стр. 38. Hasenöhrl: Oesterreichisches Obligationenrecht, т. 2. § 67. Brinz, т. 4, изд. 2, стр. 254. Lichtenstein: Die Auslobung, геттингенская диссертація. 1893. Arnaldo Lucci: Delle promesse per publici proclami. Napoli, 1893. По новому гражданскому уложенію для германской имперіи публичный вызовъ до совершенія на его основаніи какихъ-либо дѣйствій можетъ быть отмѣненъ; въ сомнительныхъ случаяхъ назначеніе срока при вызовѣ разсматривается какъ отказъ отъ права взять его обратно. Публичный вызовъ, имѣющій своимъ предметомъ соисканіе преміи, дѣйствителенъ лишь въ томъ случаѣ, если въ публикаціи былъ назначенъ срокъ соисканія, ср. §§ 658, 651. Лицо, предпринявшее дѣйствіе, требуемое публичнымъ вызовомъ, получаетъ премію даже въ томъ случаѣ, если дѣйствовало, не разсчитывая на нее. Ср. § 657.

[12]) Нерѣдко дѣятельность нѣсколькихъ лицъ производитъ одинъ общій результатъ, напр., отысканіе преступника. Въ такомъ случаѣ, согласно съ обычаемъ и съ той цѣлью, которую преслѣдуетъ публичный вызовъ, вознагражденіе должно быть раздѣлено пропорціонально участію въ осуществленіи результата. Но какъ поступить, если нѣсколько лицъ, независимо другъ отъ друга, выполнили указанное въ вызовѣ дѣйствіе? Согласно цѣлямъ, которыя преслѣдуются публичнымъ вызовомъ, преміи можетъ требовать тотъ, кто представилъ результатъ первымъ, а при извѣстныхъ обстоятельствахъ тотъ, кто представилъ лучшіе результаты.

[13]) Весьма споренъ вопросъ, основываются ли бумаги на предъявителя и по приказу на договорѣ или на одностороннемъ актѣ ихъ составленія (Kreation). Рѣшеніе этого вопроса имѣетъ практическое значеніе, когда, напр., эти бумаги будутъ украдены до ихъ выпуска у выдающаго ихъ и впослѣдствіи попадутъ въ руки добросовѣстнаго пріобрѣтателя. Спрашивается тогда, становится ли пріобрѣвшій ихъ вѣрителемъ? Договорная теорія должна отвергнуть это, такъ какъ здѣсь нѣтъ и тѣни договора; теорія составленія (Kreationstheorie), напротивъ, должна съ этимъ согласиться. За право пріобрѣтателя, какъ вѣрителя, высказывается Entscheidung des Reichs-Ober-Handelsgerichts, т. 17, стр. 150. Впрочемъ, здѣсь не мѣсто входить въ подробности этого вопроса. См. литературу у Дернбурга Preuss. Privatrecht, т. 2, § 12.

[14]) И это не повсюду признано. Впрочемъ, въ торговыхъ сдѣлкахъ принято за правило, что офферты связываютъ предложившаго ихъ до тѣхъ поръ, пока еще можно ожидать отвѣта. Едва ли слѣдуетъ возражать противъ распространенія этого правила и на не торговыя сдѣлки. Иначе мы, пожалуй, попали бы въ противорѣчіе съ общепринятыми правовыми воззрѣніями. Такъ Bekker: Pand., т. 2, стр. 89, Regelsberger: Pand., т. 1, стр. 550. См. также ниже § 11, прим. 12.

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

1. До самаго заключенія договора часто происходятъ продолжительные переговоры, имѣющіе цѣлью привести къ соглашенію противоположныя желанія сторонъ. Такое соглашеніе достигается нерѣдко лишь шагъ за шагомъ, пунктъ за пунктомъ. Договоръ же считается состоявшимся только въ томъ случаѣ, если достигнуто соглашеніе по *всѣмъ* существеннымъ пунктамъ,—существеннымъ и по природѣ данной сдѣлки, и по намѣренію сторонъ.

Даже послѣ установленія матеріальнаго содержанія договора, тѣмъ не менѣе пока еще все остается открытымъ, если стороны ставятъ возникновеніе сдѣлки въ зависимость отъ воли третьяго лица или же отъ опредѣленной формы ея совершенія, напр., отъ письменной или нотаріальной.

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

Практика однако же не подчинилась этому принципу. Общегерманское право возлагаетъ на судью обязанность изслѣдовать свободно намѣреніе сторонъ и, согласно съ этимъ, опредѣлить значеніе такого уговора [3]) [4]).

---

[1]) См. Regelsberger: Civilrechtliche Erörterungen, I, 1868. Degenkolb: Der Begriff der Vorverträge, 1871, съ дополненіями въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, статья 21, Adler: Realkontrakt und Vorvertrag въ Jherings Jahrb., т. 31, статья 4.

[2]) L. 17. C. de fide instrumentorum. 4. 21. Ср. pr. I. de empt. et vend. 3. 23. Относительно введенныхъ этими законами формъ актовъ, см. Brunner: Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, 1880, особенно стр. 63 и слѣд. Толкованіе l. 17. C. de fide instrumentorum. 4. 21. спорно. Setzer: Abhandlungen aus dem Civilrecht, I, über die Verabredung der Schrift, 1860—видитъ въ этомъ постановленіи одни лишь предписанія о порядкѣ составленія соотвѣтствующихъ документовъ. Regelsberger, loc. cit., стр. 14, напротивъ, доказываетъ, что Юстиніанъ такому соглашенію о письменной формѣ хотѣлъ придать значеніе *условія* договора, исключая при этомъ доказательства иного намѣренія контрагентовъ.

[3]) Таково обычное толкованіе фрагмента l. 17. C. de fide instrum. См. Regelsberger, loc. cit. Bekker, т. 2, стр. 85, съ чѣмъ соглашается и R. G. E. т. 4, стр. 199. Arndts считаетъ предварительное соглашеніе о письменной формѣ за условіе въ сомнительныхъ случаяхъ, того же взгляда въ сущности и Windscheid, т. 2, § 312, прим. 12.

[4]) Если, послѣ заключенія словеснаго договора, контрагентами будетъ со-

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

a) Сюда можетъ быть отнесена пунктація. Такъ называется сдѣланная сторонами во время переговоровъ замѣтка по поводу тѣхъ вопросовъ, относительно которыхъ между ними уже состоялось соглашеніе. Пунктація имѣетъ различное значеніе [5]). Чаще всего она служитъ просто для памяти при составленіи будущаго договора и въ такомъ случаѣ не имѣетъ обязательной силы, но иногда она представляетъ изъ себя настоящій договоръ. Въ послѣднемъ случаѣ требуется, чтобы пунктація содержала всѣ пункты договора, существенные по его природѣ, и чтобы стороны *твердо рѣшили связать себя содержаніемъ документа*, хотя бы даже у нихъ и имѣлось въ виду продолжать еще переговоры [6]).—Но какъ поступить, если стороны послѣ пунктаціи не придутъ къ *окончательному* соглашенію? Тогда, въ случаѣ спора, судья долженъ сдѣлать свои выводы изъ того, что установлено въ пунктаціи, принимая сверхъ того въ соображеніе такъ наз. naturalia negotii [7]).

b) Предварительными соглашеніями иного рода являются pacta

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

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

[6]) Точно-ли это такъ—уже зависитъ отъ обстоятельствъ дѣла.

[7]) Ср. Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 154, 155.

de contrahendo [8]), т. е. такіе договоры, въ силу которыхъ одна сторона обязывается предъ другой заключить договоръ опредѣленнаго рода, такъ наз. главный договоръ. Подобныя pacta могутъ заключаться и обоюдно, напримѣръ, относительно выдачи и принятія займа.

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

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

Изъ pactum de contrahendo вытекаетъ искъ, направленный на заключеніе главной сдѣлки. Но контрагентъ, въ случаѣ неисправности другой стороны, въ правѣ и непосредственно требовать возмѣщенія интереса, такъ какъ установленный судомъ договоръ не можетъ быть приравненъ къ договору, заключенному добровольно, а легко вызываетъ новые споры [9]).

Распространяются ли правила о формѣ главнаго договора также и на предварительное соглашеніе? Рѣшеніе этого вопроса зависитъ

---

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

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

всякій разъ отъ опредѣленія содержанія и цѣли этихъ правилъ, т. е. отъ ихъ толкованія [10]).

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

---

[10]) Обязательство заключить сдѣлку можетъ быть установлено и распоряженіемъ на случай смерти. Кромѣ того, оно не рѣдко возникаетъ изъ предписанія закона. Такъ наприм., публичныя желѣзныя дороги по закону обязаны вступать въ фрахтовыя сдѣлки, а почта—принимать на себя отправку посылокъ и перевозку пассажировъ. Слѣдуетъ признать за общее правило, что всякій, пользующійся на основаніи закона монополіей, а также и учрежденія, преслѣдующія общественныя цѣли, обязаны вступать въ извѣстныя сдѣлки. Къ этому, по крайней мѣрѣ, направляется въ своемъ развитіи современное право. Впрочемъ ср. съ этимъ сказанное Biermann'омъ въ Jherings Jahrb., т. 32, стр. 267.

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

если бы о договорѣ вообще не было и рѣчи — такъ наз. *отрицательный договорный интересъ* [12]).

Сюда въ частности относится тотъ случай, когда кто-либо выдалъ себя за уполномоченнаго третьимъ лицомъ на заключеніе договора, не имѣя на самомъ дѣлѣ полномочія [13]).

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

Обыкновенно [2]) договоры заключаются такимъ образомъ, что одна сторона дѣлаетъ другой *предложеніе — офферту* — и эта *его принимаетъ*. Тотъ, кто дѣлаетъ предложеніе, называется offerens, а тотъ, кто его получаетъ,—oblatus [3]).

---

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

[13]) Дальше идетъ H. G. B. art. 55.

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

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

[3]) Справедливо замѣчаетъ Regelsberger, привед. сочин., стр. 4: „При договорѣ имѣетъ обязательную силу лишь такое волеизъявленіе, которое объявлено другой сторонѣ или ея представителю“, Windscheid, т. 2, § 309, sub. 3, напротивъ, утверждаетъ, что волеизъявленіе дѣйствительно и въ томъ случаѣ, когда оно было высказано третьему лицу, которое не является ни контрагентомъ, ни представителемъ его. Если только видно, что подобное изъявленіе выражаетъ дѣйствительную волю, то оно имѣетъ такое же юридическое значеніе, какъ если бы оно было непосредственно обращено къ тому, кто вслѣдствіе его долженъ стать вѣрителемъ или должникомъ. Windscheid признаетъ, что изъ источ-

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

Не всякое приглашеніе заключить сдѣлку является оффертою: можно имѣть въ виду лишь *положить начало* дальнѣйшимъ переговорамъ, какъ это бываетъ при обращенныхъ къ *публикѣ* приглашеніяхъ къ заключенію извѣстныхъ сдѣлокъ или при извѣщеніяхъ *отдѣльныхъ* лицъ. Подобныя приглашенія не разсматриваются, какъ непосредственныя составныя части договора [4]). Приглашеніе заключить сдѣлку является оффертою лишь тогда, когда оно *изъявлено съ тѣмъ намѣреніемъ и въ такой формѣ, чтобы сдѣлка могла состояться непосредственно путемъ принятія предложенія со стороны адрессата* [5]). Каждая оферта ограничена срокомъ. Ея смыслъ — даже если это особо не оговорено — въ томъ, что дѣлающій предложеніе готовъ заключить сдѣлку тотчасъ, т. е. въ теченіе соотвѣтственнаго срока [6]).

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

никовъ нельзя привести доказательства этого принципа. Онъ могъ бы сверхъ того еще прибавить, что его принципъ противорѣчитъ общепринятому мнѣнію и всѣмъ юридическимъ традиціямъ. Онъ ссылается на природу вещей, говоря, что „выраженное волеизъявленіе не перестаетъ быть таковымъ только въ силу того, что оно было изъявлено не тому, для кого изъ него должны возникнуть права или обязанности". Нельзя, конечно, не согласиться съ правильностью этого положенія! Но оно нисколько не разрѣшаетъ вопроса, достаточно ли для заключенія договора всякаго выраженія воли, или воля должна быть высказана другъ другу. Если два лица имѣютъ соотвѣтствующую волю и выражаютъ ее, но не другъ другу, то они произносятъ лишь монологи, а вовсе не заключаютъ договора. См. также Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 548, прим. 5 а.

[4]) См. H. G. B. art. 337. Biermann доказываетъ, что встрѣчаются также оферты, дѣлаемыя публикѣ, см. Jherings Jahrb., т. 32, стр. 292. Такое значеніе, напр., имѣетъ выставленіе автоматовъ. См. объ этомъ диссертацію Anwers'a: Der Rechtsschutz der automatischen Wage, 1891.

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

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

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

Источники признаютъ это въ случаѣ сдѣлокъ между присутствующими, отрицая дѣйствительность стипуляціи, при которой промиттентъ утвердительно отвѣчаетъ на вопросъ глухого [7]). Здѣсь, очевидно, имѣется въ виду, что сдѣланное глухому обѣщаніе не можетъ быть воспринято послѣднимъ. Аналогично слѣдуетъ обсуждать и разсматривать сдѣлки между отсутствующими. Простое изложеніе утвердительнаго отвѣта на письмѣ никакъ не можетъ быть разсматриваемо, какъ заключеніе договора. Это лишь приготовленіе, проектъ сдѣлки. Написавшій, безъ всякаго сомнѣнія, можетъ разорвать записку, ничуть не нарушая правъ другой стороны.

Но развѣ въ этомъ происходитъ какая-нибудь перемѣна, когда письмо было запечатано и сдано на почту, лежитъ въ почтовомъ ящикѣ или наконецъ даже было отослано? [8]) Во всей цѣпи моментовъ, служащихъ для доставки письма, пока послѣднее не достигло рукъ адрессата, нѣтъ опредѣленнаго момента, съ котораго можно было бы считать договоръ заключеннымъ. До этого времени авторъ можетъ воротить письмо и отмѣнить свое распоряженіе. Во всякомъ случаѣ оно еще находится въ его власти [9]). Вслѣдствіе этого и оферентъ

---

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

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

[9]) Windscheid, т. 2, § 306, прим. 5 и 6—пытается примирить теоріи изъявленія и воспріятія. „Оферентъ, говоритъ онъ, связанъ, какъ только принявшій предложеніе изъявилъ свое согласіе, ибо послѣдній этимъ самымъ выпустилъ изъ своихъ рукъ средство сообщенія оференту о принятіи предложенія. Изъявленіе согласія было направлено къ оференту, оно поэтому вполнѣ закончено. Но получившій предложеніе не связанъ, пока извѣщеніе о принятіи предложенія еще не достигло оферента, такъ какъ „согласіе, которое я кому-

еще не связанъ. Но какъ только извѣщеніе о принятіи *достигло офферента*, то этого уже достаточно. Однако считается безразличнымъ, *узналъ* ли оффернтъ фактически о принятіи его предложенія; ибо, кто посылаетъ оффертьі, обязанъ слѣдить за поступающими отвѣтами. Право, которое должно устанавливать нормы для практики, предполагаетъ, что оффернтъ узналъ о полученномъ имъ отвѣтѣ, хотя бы этого на самомъ дѣлѣ и не было [10]) [11]).

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

Пока договоръ еще не заключенъ принятіемъ предложенія, каждая сторона можетъ произвольно отказаться отъ своего рѣшенія, но при этомъ требуется, чтобы такой отказъ былъ не только заду-

---

нибудь выражаю, остается моимъ до тѣхъ поръ, пока оно не дошло до адрессата. Правда, изъявленіе согласія послѣдовало, но такъ какъ оно не дошло еще до того, кому оно выражается, то я все еще могу его взять обратно". Эти положенія трудно согласовать. Разъ я высказалъ свое согласіе, то оно съ этого момента не можетъ болѣе считаться „моимъ", не можетъ подлежать моей власти. Также не ясно, какимъ образомъ изъявленіе, адресованное къ оффереиту, но не достигшее его, можетъ считаться „законченнымъ". Наконецъ, тотъ результатъ, къ которому приходитъ Windscheid, а именно, что изъявленіе согласія доставляетъ права прежде, чѣмъ оно къ чему-либо обязываетъ, едва ли можетъ быть признанъ цѣлесообразнымъ. См. Regelsberger, привед. сочин., стр. 40.

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

[11]) Гражданское уложеніе для германской имперіи придерживается высказаннаго здѣсь взгляда, § 130, Abs. 1 гласитъ: Изъявленіе воли, выраженное по отношенію къ другому лицу въ его отсутствіи, становится дѣйствительнымъ съ того момента, когда оно до него доходитъ. Оно не становится дѣйствительнымъ, если одновременно съ нимъ или до полученія изъявленія получено заявленіе объ отказѣ отъ него.

[12]) Хотя это и отвергается нѣкоторыми писателями, тѣмъ не менѣе соотвѣтствуетъ жизни и практикѣ. См. E. R. O. H. G., т. 18, стр. 246; R. G. E., т. 2, стр. 43. Ehrlich: Stillschweigende Willenserklärung, стр. 112. Сюда относится, наприм., тотъ случай, когда путешествующій заказываетъ по телеграфу комнату въ гостинницѣ, и хозяинъ послѣдней можетъ доказать, что онъ приготовилъ помѣщеніе вслѣдствіе такого заказа. См. также Thon: Die Haftung des Offerenten въ Archiv für civ. Praxis, т. 80, статья 2.

манъ контрагентомъ, но и сообщенъ противной сторонѣ еще до полученія извѣщенія о принятіи предложенія [13]).

По общегерманскому праву офферентъ можетъ заранѣе отказаться отъ взятія обратно своего предложенія, на случай, если имъ своевременно будетъ получено извѣщеніе о принятіи оферты [14]); въ торговыхъ же сдѣлкахъ офферентъ до этого момента считается связаннымъ даже по общему правилу [15]).

Смерть одного изъ контрагентовъ до заключенія договора не допускаетъ возникновенія послѣдняго, такъ какъ здѣсь устраняется возможность соглашенія договаривающихся [16]). Впрочемъ, это правило не касается торговыхъ сдѣлокъ, при заключеніи которыхъ договоръ все же возникаетъ въ лицѣ наслѣдника [17]) [18]).

§ 12. Arra [1]) (задатокъ).

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

---

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

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

[15]) H. G. B. art. 319. Гражд. улож. для герман. имперіи § 145.

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

[17]) H. G. B. art. 297.

[18]) Спорной является юридическая конструкція *публичнаго торга*. Какъ правильно полагаютъ, въ самомъ фактѣ устройства публичнаго торга заключается лишь *всеобщее приглашеніе вступить въ сдѣлку. Предложеніе лица, принявшаго участіе въ торгѣ, слѣдуетъ разсматривать, какъ офферту съ его стороны.* Въ силу обычая или по условіямъ аукціона, онъ этимъ предложеніемъ связанъ до тѣхъ поръ, пока не будетъ предложена высшая цѣна или окончится торгъ. Принятіе предложенія и заключеніе сдѣлки происходитъ путемъ удара молоткомъ. Относительно этой сдѣлки см. Puchta: Pandekten und Vorl., § 252, Kindervater въ Jherings Jahrb., т. 7, статьи 1 и 7; Jhering, ibid. т. 7, статьи 4 и 8; Unger, ibid. т. 8, статья 5; Reuling, ibid. т. 10, статья 6; Siegel, привед. сочин., стр. 84; Brinz: Pandekten, т. 4, стр. 329. Нами изложеннаго взгляда держится и гражданское уложеніе для германской имперіи, § 156.

[1]) См. Bechmann: Kauf, т. 2, стр. 415.

1. Такой задатокъ *въ сомнительныхъ случаяхъ* представляетъ собою *доказательство заключенія договора* [2]),—такъ называемая arra confirmatoria. По нѣкоторымъ партикулярнымъ законодательствамъ задатокъ считается даже необходимою формой извѣстныхъ контрактовъ, напр., договора найма прислуги; но общегерманское право этого не требуетъ.

2. Часто arra преслѣдуетъ штрафную цѣль,—такъ называемая arra poenalis. При этомъ, по римскому праву, штрафная функція arra была двухстороннею: съ одной стороны, давшій задатокъ терялъ его, если сдѣлка разстраивалась по его винѣ, съ другой же стороны, получившій задатокъ долженъ былъ уплатить arra въ двойномъ размѣрѣ, если вина была на его сторонѣ [3]). Современному праву однако извѣстенъ лишь штрафъ, заключающійся въ потерѣ задатка *давшимъ* его, между тѣмъ какъ обязанность получившаго уплатить вдвойнѣ не признается.

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

b) Но arra, преслѣдуя *штрафныя цѣли*, можетъ *въ то же время* служить и доказательствомъ заключенія договора. Такое соединеніе этихъ двухъ функцій сдѣлалось нынѣ *общимъ правиломъ*, чего, впрочемъ, многіе не признаютъ. Въ силу этого лицо, принимающее задатокъ, имѣетъ право удержать его за собою вмѣсто того, чтобы тре-

---

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

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

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

бовать исполненія сдѣлки или уплаты вознагражденія [5]), если контрагентъ уклоняется отъ исполненія своихъ обязанностей по договору.

3. Въ сомнительныхъ случаяхъ arra не составляетъ *приплаты* къ условленному дѣйствію.

4. Получившій задатокъ становится его собственникомъ, а не только хранителемъ чужого владѣнія. Поэтому не считается растратою чужого имущества, если онъ употребитъ задатокъ въ свою пользу [6]). Но на немъ лежитъ обязанность возвратить arra, если другой контрагентъ исполнитъ въ точности *свое* обязательство, и если при этомъ задатокъ не можетъ быть зачтенъ. Онъ долженъ также возвратить его, если сдѣлка будетъ отмѣнена по обоюдному соглашенію или по его винѣ.

---

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

[6]) Въ пользу такого взгляда говоритъ то обстоятельство, что возвращеніе arra взыскивается путемъ „condictio“, и что нигдѣ не упоминается о „vindicatio“ arrae. Послѣдній искъ былъ бы, несомнѣнно, самымъ подходящимъ, напр., въ томъ случаѣ, если въ задатокъ было отдано кольцо, и если бы давшій его оставался собственникомъ, l. 11. § 6. D. de act. empt. 19. 1. Bechmann, прив. сочин., стр. 417, тѣмъ не менѣе считаетъ нужнымъ оспаривать переходъ права собственности. Конечно, нельзя утверждать, что „право собственности переходитъ

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Отвѣтственность по чужимъ сдѣлкамъ.

§ 13. Общія правила. Actio exercitoria и institoria.

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

Нѣкоторые изъ этихъ исковъ простирались на всю сумму долга—in solidum. Такъ было при actio institoria, exercitoria и quod jussu. Въ другихъ случаяхъ требованіе ограничивалось болѣе тѣсными предѣлами. Таковы—actio de peculio и actio de in rem verso.

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

неизбѣжно". Но не объ этомъ и идетъ рѣчь. Спрашивается только, каково въ сомнительныхъ случаяхъ намѣреніе сторонъ при оставленіи задатка, и что̀ соотвѣтствуетъ цѣлямъ гражданскаго оборота? Отвѣтъ римлянъ—переходъ права собственности.

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

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

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

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

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

---

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

[4]) См. l. 1, § 5. D. h. t. 14. 1.

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

[6]) См. l. 1, § 9, D. h. t. 14. 1.

[7]) Tit. D. de institoria actione. 14. 3. Tit. C. de exercitoria et institoria actione. 4. 25; Thöl: Handelsrecht, издан. 6, т. 1, §§ 55 и сл.: „Институторомъ называется не только тотъ, кто стоитъ во главѣ коммерческаго дѣла, но и завѣдующій всякимъ другимъ промысломъ". Handelsgesetzbuch, art. 41, устанавливаетъ особыя нормы для купеческихъ institor'овъ: „купеческихъ уполномоченныхъ" и „прокуристовъ". Прокуристомъ, согласно этому опредѣленію, называется такой уполномоченный купца, которому дана, такъ наз. „прокура", т. е. довѣренность, въ силу которой онъ управомоченъ совершать всѣ юридическія дѣйствія, входящія въ кругъ даннаго коммерческаго предпріятія съ тѣмъ, чтобы всякія ограниченія этого полномочія по отношенію къ третьимъ лицамъ не имѣли силы.

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

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

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

Надо отличать *отношенія института къ хозяину дѣла* отъ его отношеній къ добросовѣстнымъ третьимъ лицамъ. Институтъ обязанъ *исполнять указанія хозяина* и отвѣчаетъ въ случаѣ ихъ неисполненія. Однако хозяинъ отвѣчаетъ передъ третьими лицами и за сдѣлки института, несогласныя съ данными ему указаніями, поскольку институтъ даннаго рода *обыкновенно* уполномочивается на ихъ заключеніе [9]). Въ частности, завѣдующій магазиномъ считается уполномоченнымъ на всѣ сдѣлки, обычныя въ такомъ предпріятіи [10]). Для третьихъ лицъ имѣютъ значеніе только такія ограниченія этого полномочія, которыя вытекаютъ изъ самаго существа предпріятія, или о которыхъ было объявлено публично, такъ что при нѣкоторомъ вниманіи нельзя было о нихъ не знать [11]).

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

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

---

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

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

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

условіяхъ кредитуютъ только уполномоченныхъ и не могутъ искать съ хозяина [13]).

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

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

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

1. Всякій, кто вступалъ въ сдѣлку съ подвластнымъ лицомъ съ согласія домовладыки и по дѣлу, касающемуся послѣдняго, могъ предъявить противъ него actio quod jussu in solidum [2]) [3]). Для этого

---

[13]) По правильному воззрѣнію, для возникновенія actio exercitoria и institoria требовалось, чтобы служащій дѣйствовалъ по открытому полномочію, чтобы контрагентъ такимъ образомъ зналъ, что за представителемъ стоитъ хозяинъ и поэтому, вступая въ сдѣлку, имѣлъ въ виду заключить ее за счетъ самого хозяина. Въ такомъ смыслѣ выражается Gajus Inst. IV, § 70 и §§ 1 и 2. I. quod cum eo 4. 7. Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia qui ita contrahit fidem domini sequi videtur. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. См. l. 1, pr. D. quod jussu. 15. 4. См. также l. 5, § 17. D. de inst. act. 14. 3 и о томъ же Mitteis: Stellvertretung, стр. 29. Указанный взглядъ соотвѣтствуетъ существу вещей. Кто принимаетъ служащаго за хозяина и вступаетъ съ нимъ въ сдѣлку, тотъ *его же* и кредитуетъ. Какъ можетъ онъ послѣ этого искать съ другого, на отвѣтственность котораго онъ даже не разсчитывалъ при заключеніи сдѣлки? См. Mitteis loc. cit., стр. 25, гдѣ приведены ссылки и изъ новѣйшей литературы. Согласно съ этимъ, теперь не существуетъ болѣе actio exercitoria и institoria, такъ какъ третье лицо имѣетъ непосредственный, а не добавочный искъ уже противъ самого хозяина предпріятія, представителемъ котораго является его служащій. Другіе полагаютъ, что actio exercitoria и institoria примѣнялись и въ тѣхъ случаяхъ, когда служащій дѣйствовалъ безъ явнаго полномочія. Они же стоятъ и за то, чтобы оба иска были допущены и понынѣ. Подобнаго взгляда держится и Schlossmann: Kontrahiren mit offener Vollmacht, 1892. Однако практика справедливо съ этимъ не соглашается. R. G. E., т. 2, стр. 167.

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

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

[3]) Спорятъ о томъ, въ чьихъ интересахъ должна быть заключена сдѣлка для того, чтобы можно было предъявить этотъ искъ: въ интересахъ ли домовла-

иска необходимо было, чтобы третье лицо, заключая сдѣлку съ подвластнымъ, имѣло въ виду уполномочіе домовладыки [4]).

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

2. Actio de peculio давалась въ предѣлахъ peculium'а противъ домовладыки на основаніи сдѣлокъ, заключенныхъ подвластнымъ ему лицомъ. Peculium profectitium являлось особымъ имуществомъ, предоставленнымъ домовладыкой своему подвластному. Оно *фактически* находилось *въ распоряженіи* и *управленіи послѣдняго, de jure же оставалось собственностью домовладыки* [5]) [6]). Actio de peculio не нашла

дыки, или подвластнаго лица, или же искъ простирается на оба эти случая. По правильному мнѣнію, сдѣлка должна касаться интересовъ домовладыки. См. l. 1, §§ 1 и 5. D. quod jussu. 15. 4; l. 5, § 2. D. de in rem verso. 15. 3.

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

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

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

себѣ практическаго примѣненія въ современномъ правѣ, такъ какъ здѣсь peculium въ римскомъ смыслѣ не встрѣчается.

3. Третій искъ—actio de in rem verso—и понынѣ относится къ дѣйствующему праву [7]). Онъ основывается на обогащеніи домовладыки вслѣдствіе сдѣлокъ, заключенныхъ подвластными лицами [8]), и предъявляется къ домовладыкѣ въ размѣрахъ его обогащенія. Итакъ, необходимыя условія этого иска слѣдующія:

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

b) Обогащеніе домовладыки. Оно можетъ заключаться или въ непосредственномъ увеличеніи его имущества, или въ томъ, что домовладыка избавился отъ издержекъ, которыя онъ произвелъ бы для необходимыхъ, полезныхъ или, вообще, имъ одобренныхъ цѣлей [10]). Но если выгода сдѣлки поступала въ peculium подвластнаго, то actio de in rem verso не имѣла мѣста [11]).

c) Требуется, чтобы обогащеніе было послѣдствіемъ *сдѣлки подвластнаго лица*. Это бываетъ въ особенности въ томъ случаѣ, когда подвластный дѣйствовалъ съ самаго начала въ интересахъ домовладыки, такъ что послѣдній имѣлъ бы противъ него actio mandati или negotiorum gestorum, если бы ихъ не связывали отношенія отеческой власти [12]). Впрочемъ, это не слѣдуетъ считать необходи-

---

[7]) См. Tit. D. de in rem verso. 15. 3. Подробное изложеніе этого вопроса даетъ Mandry: Familiengüterrecht, т. 2, стр. 454. Тамъ указана прежняя литература. Слѣдуетъ еще упомянуть Brinz'a, т. 2, стр. 218.

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

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

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

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

[12]) L. 3, § 2. D. h. t. 15. 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deterierem. Многіе писатели полагаютъ, что здѣсь указывается на настоящее основаніе actio

мымъ условіемъ иска; достаточно, чтобы израсходованное третьимъ лицомъ было впослѣдствіи обращено въ имущество домовладыки распоряженіемъ ли подвластнаго лица, или какимъ-нибудь инымъ способомъ, лишь бы только между обогащеніемъ и той сдѣлкой, на основаніи которой предъявляется искъ, существовала причинная связь [13]).

d) Искъ не имѣетъ мѣста, если домовладыка уже вознаградилъ подвластное лицо за полученное отъ его сдѣлки обогащеніе.

Требуется, чтобы обогащеніе продолжалось [14]). Поэтому тамъ, гдѣ оно заключается въ избавленіи отъ издержекъ, уже никакія позднѣйшія событія его отмѣнить не могутъ.

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

---

de in rem verso. Они поэтому выводятъ actio de in rem verso прямо изъ фиктивной уступки naturalis actio negotiorum gestorum или mandati, принадлежащей подвластному противъ домовладыки, при чемъ эта actio naturalis, вслѣдствіе уступки, превращается въ civilis. Такого взгляда держатся Witte: Bereicherungsklage, стр. 256; главнымъ образомъ Thur: Actio de in rem verso, стр. 142 и до извѣстной степени Brinz, привед. сочин. Но это воззрѣніе несостоятельно и сбивчиво. Дѣло здѣсь идетъ не о самомъ основаніи иска, но объ отдѣльномъ, существенномъ его моментѣ. Причинная связь между сдѣлкой и обогащеніемъ встрѣчается прежде всего въ томъ случаѣ, когда посредникъ имѣлъ намѣреніе путемъ контракта вести дѣло самого домовладыки. Но та же причинная связь можетъ быть установлена и другими способами. Примѣры намъ показываютъ l. 7, § 4 и l. 19. D. h. t. 15. 3.

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

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

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

Actio de in rem verso распространялась, наконецъ utiliter и на тѣ случаи, когда сдѣлка заключалась вмѣсто подвластныхъ со *свободными лицами* [16]). Для этого требовалась наличность сдѣлки между *истцомъ* и *посредникомъ, не находящимся подъ отцовскою властью;* затѣмъ, *обогащеніе отвѣтчика* и, наконецъ, *причинная связь* между этимъ обогащеніемъ и сдѣлкой.

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

Необходимо далѣе, чтобы обогащеніе отвѣтчика было результатомъ данной сдѣлки; этого не бываетъ, когда обогащеніе получено отвѣтчикомъ отъ посредника вслѣдствіе другой, новой сдѣлки; нѣтъ вообще обогащенія въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ уже вознаградилъ посредника за полученную имъ выгоду [17]).

---

[16]) Actio de in rem verso utilis изъ сдѣлокъ лицъ, не находящихся подъ отцовской властью, находитъ себѣ прочное основаніе въ l. 7, § 3. C. Quod cum eo qui in aliena est potestate 4. 26. Diocletianus et Maximianus. Alioquin si cum libero rem agente ejus, cuius precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit. Иное толкованіе предложилъ недавно Schlossmann въ Jherings Jahrb., т. 28, стр. 331. Противнаго мнѣнія Lenel въ Archiv für civ. Praxis., т. 78, статья 11.

[17]) Воззрѣнія новѣйшихъ писатей на actio de in rem verso utilis чрезвычайно разнорѣчивы. Одни стоятъ за самое широкое, другіе же за самое ограниченное примѣненіе и даже вообще отрицаютъ этотъ искъ. Прежде нѣкоторые авторы совершенно не принимали во вниманіе требованія, чтобы сдѣлка была заключена третьимъ лицомъ въ интересахъ отвѣтчика, и распространяли этотъ искъ и на тѣ случаи, когда отвѣтчикъ извлекалъ выгоды изъ сдѣлки третьяго лица совершенно случайно и неожиданно. Въ силу такого взгляда, напр., считали рабочихъ и поставщиковъ матеріала, кредитовавшихъ лицо, строющее зданіе, въ правѣ искать даже съ позднѣйшаго пріобрѣтателя дома путемъ actio de in rem verso. Противъ этого высказался Kämmerer въ Lindes Zeitschrift, т. 8, статьи 3, 4 и 8. Этотъ неопредѣленный и отнюдь не всегда справедливый искъ не встрѣчаетъ уже теперь защитниковъ въ литературѣ. Противоположное ученіе, вообще, не допускаетъ возникновенія actio de in rem verso utilis на основаніи договоровъ и утверждаетъ, что въ l. 7. C. cit. рѣчь идетъ лишь объ actio negotiorum gestorum contraria лица, вступившаго въ сдѣлку съ посредникомъ. Притомъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, упомянутый искъ имѣетъ характеръ actio negotiorum gestorum, возникшей лично для истца, такъ какъ при заключеніи сдѣлки съ третьимъ лицомъ онъ имѣлъ въ виду интересы отвѣтчика. Другіе разсматриваютъ тотъ же искъ, какъ actio negotiorum gestorum противъ отвѣтчика, уступленную молчаливо, въ силу закона, посредникомъ

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Условія обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 15. Опредѣлимость дѣйствія.

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

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

истцу. Savigny: Obligationenrecht, т. 2, стр. 32. Arndts, § 248, прим. 3. И тотъ и другой взглядъ могутъ въ свою защиту представить лишь искусственное перетолковываніе l. 7 cit., для котораго нѣтъ ни внутреннихъ, ни внѣшнихъ основаній. Многіе, признавая actio de in rem verso utilis, ограничиваютъ его лишь тѣмъ случаемъ, когда заключающій сдѣлку выступаетъ при этомъ въ качествѣ negotiorum gestor'a Jhering въ Jahrb., т. 1, стр. 339 и сл., и Windscheid, т. 2, § 483, прим. 5. Но и эта точка зрѣнія не имѣетъ ни внутренняго основанія, ни опоры въ источникахъ. Литературу этого вопроса сопоставили Kämmerer, loc. cit. и недавно Ude въ Archiv für civ. Praxis, т. 50, статья 18. См. кромѣ того Mandry: Familiengüterrecht, т. 2, стр. 460 и Rocholl: Rechtsfälle des Reichsger., т. 1, стр. 83. Mori: Dell'actio de in rem verso, Firenze 1891. Entscheidungen des Reichsgerichts, т. 1, стр. 143, 159; т. 21, стр. 238, держится защищаемой нами точки зрѣнія, по крайней мѣрѣ, въ области прусскаго права. Такъ же и Thur: Actio de in rem verso, стр. 293 и слѣд.

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

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

[3]) Различіе между certum и incertum получаетъ особую важность въ процессуальномъ отношеніи; производство по obligationes certae можетъ быть значительно быстрѣе, чѣмъ по obligationes incertae. О примѣненіи этого правила въ римскомъ процессѣ см. выше выпускъ I, § 131. По современному праву для примѣненія упрощеннаго производства по документамъ, такъ-назыв. Urkundenprocess,

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

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

b) *Восполненіе* соглашеній безъ новаго договора мыслимо лишь тамъ, гдѣ средства для этого заключаются въ самихъ соглашеніяхъ. При этомъ могутъ быть приняты во вниманіе и будущія обстоятельства. Такъ, напр., кто-либо обѣщаетъ фабриканту поставлять по сходной цѣнѣ столько угля, сколько его потребовалось бы для эксплуатаціи фабрики. Въ случаѣ спора, судья опредѣляетъ количество товара, которое должно быть поставлено по этому указанію.

Нерѣдко при заключеніи договоровъ стороны предоставляютъ рѣшеніе отдѣльныхъ вопросовъ третьимъ лицамъ, такъ наз. арбитраторамъ. Послѣдніе не являются третейскими судьями, разбирающими споръ о правѣ, а просто помогаютъ участникамъ сдѣлки при окончательномъ сформированіи обязательства [5]).

Существуетъ двѣ категоріи арбитраторовъ. Значеніе однихъ заключается въ томъ, что *личнымъ ихъ рѣшеніемъ обусловливается* возникновеніе договора; обязательство поэтому теряетъ силу, если арбитраторы не пожелаютъ дать своего рѣшенія или же не смогутъ этого сдѣлать въ опредѣленный срокъ вслѣдствіе смерти, болѣзни или отсутствія. Въ другихъ случаяхъ, въ договорѣ ссылаются на арбитратора лишь, какъ на *свѣдущее лицо*, и тогда сдѣлка не считается заключенной *подъ условіемъ*. Хотя и при этомъ желательно

непремѣнно требуется, чтобы предметъ долга состоялъ въ „*опредѣленномъ* количествѣ“ С. Р. О., § 555; то же предполагается и при производствѣ съ предварительнымъ судебнымъ напоминаніемъ (Mahnverfahren) С. Р. О., § 628.

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

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

рѣшеніе по возможности опредѣленнаго лица, но все-таки, если этого достичь невозможно, судъ въ правѣ опредѣлить *отъ себя* содержаніе обязательства, предварительно выслушавъ, въ случаѣ необходимости, свѣдущихъ лицъ [6]).

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

---

[6]) Римляне различали эти два вида arbitrator'овъ, преимущественно при договорѣ товарищества l. 76, l. 78. D. pro socio. 17. 2. Proculus libro 5 epistolarum: Arbitrorum enim genera sunt duo, unum ejusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus—quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est—alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat. In proposita autem quaestione arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis quod judicium pro socio bonae fidei est.—Отсюда видно, что хотя возможны обѣ формы „arbitratus", но въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ предполагать arbitrium boni viri. Это вполнѣ согласно и съ нашими современными воззрѣніями, см. Entscheidungen des Reichsgerichts, т. 1, стр. 343. Въ римскомъ правѣ отношенія, возникающія изъ *купли-продажи* и *найма* вызываютъ недоумѣніе. Въ источникахъ неоднократно говорится, что при куплѣ-продажѣ и наймѣ оговорка, по которой покупная или наемная платы могутъ быть опредѣлены по усмотрѣнію третьяго лица, указываетъ на *личное* рѣшеніе послѣдняго и дѣлаетъ весь договоръ условнымъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ для назначенія покупной или наемной платы не допускается ссылка на arbitrium *неопредѣленнаго* третьяго лица, l. 25, pr. D. locati 19. 2, § 1. I. de empt. et vend. 3. 23, l. 15. C. de cont. empt. 4. 38. Это обстоятельство объясняется только исторически; римляне при покупкѣ и наймѣ требовали „pretium certum". Поэтому первоначально даже сомнѣвались, имѣютъ ли, вообще, правовую силу сдѣлки купли-продажи, если опредѣленіе цѣны предоставлено третьему лицу. Gajus, Inst. III, § 140. Затѣмъ стали допускать сдѣлки, обусловленныя личнымъ рѣшеніемъ арбитраторовъ, но пойти дальше этого и признать возможность назначенія цѣны просто arbitrio boni viri римляне не рѣшались.—Въ современномъ правѣ требованіе pretium certum при куплѣ и наймѣ въ римскомъ смыслѣ больше не признается, что мы увидимъ ниже при разсмотрѣніи отдѣльныхъ договоровъ. Вслѣдствіе этого исчезли и всѣ особыя правила, не допускавшія опредѣленія платы третьимъ свѣдущимъ лицомъ. Болѣе соотвѣтствующимъ современному праву является всеобщій—даже для купли и найма—принципъ, выработанный римлянами для договора товарищества. Той же точки зрѣнія держится и гражданское уложеніе для германской имперіи, § 317. Иныя соображенія у Bechmann'a—Kauf, т. 2, стр. 344.

[7]) Римляне не признавали такихъ сдѣлокъ купли-продажи, при которыхъ допускалось назначеніе цѣны однимъ только покупщикомъ, см. l. 35, § 1. D. de contr. empt. 18. 1. То же самое соблюдалось и при наймѣ. Rümelin: Selbstkontrahiren, стр. 49. Допускались только actiones praescriptis verbis, конечно лишь послѣ предварительнаго исполненія истцомъ. Напротивъ того, опредѣленіе доли въ societas уже по римскому праву могло быть предоставлено справедливому усмотрѣнію одного изъ контрагентовъ, l. 6. D. pro socio. 17. 2. По современному же праву нельзя сомнѣваться въ дѣйствительности такихъ сдѣлокъ купли и найма, въ которыхъ одному изъ контрагентовъ предоставлено право назначенія цѣны.

опредѣленія содержанія сдѣлки. Къ такимъ обстоятельствамъ относятся въ особенности, установившіяся въ оборотѣ дѣловыя обыкновенія, или положеніе дѣлъ одного изъ контрагентовъ. При этихъ условіяхъ одна сторона уже не подчиняется неограниченному произволу другой [8]).

Разъ рѣшеніе объявлено арбитраторомъ одному изъ контрагентовъ, или же одной сторонѣ черезъ другую, то этимъ самымъ право опредѣленія исчерпано [9]).

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

При явной недобросовѣстности рѣшенія можно обращаться къ помощи суда, такъ какъ право протеста всегда считается выговореннымъ на случай злого умысла. Рѣшеніе свѣдущихъ лицъ можетъ быть опротестовано и на томъ основаніи, что оно противорѣчитъ настоящему положенію дѣла [10]). Доказывать это долженъ оспаривающій [11]).

§ 16. Невозможныя, безнравственныя обѣщанія.

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

Случаи невозможности различаются по ихъ основаніямъ.

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

---

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

[9]) R. O. H. G. E., т. 11, стр. 247.

[10]) См. приведенную въ прим. 6 цитату, l. 76. D. pro socio. 17. 2.

[11]) См. R. G. E., т. 1, стр. 343.

[1]) Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 381, т. 2, стр. 284. Ude въ Archiv für civ. Praxis, т. 48, статьи 10 и 14. Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht, т. 1, стр. 1 и сл., Zimmermann въ Jherings Jahrb., т. 13, статья 8. Hartmann: Obligation, стр. 166. Hesse въ Archiv für civ. Praxis, т. 61, стр. 258. Brinz, т. 2, §§ 245 и 246.

[2]) l. 185. D. de R. J. 50. 17. Celsus libro 8 Digestorum: Impossibilium nulla est obligatio.

[3]) § 1. I. de inut. stip. 3. 19.

Далѣе, невозможность обусловливается или *законами природы*, или *правовымъ порядкомъ* [4]). Къ послѣднему виду относится, напр., обѣщаніе res extra commercium, а также передача права собственности на вещь ея же собственнику; напротивъ, передача *владѣнія* собственнику, конечно, возможна [5]).

Невозможность бываетъ или *объективная*, для всѣхъ безъ изъятія, или же *субъективная*, зависящая отъ личныхъ свойствъ вѣрителя или должника.

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

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

Впрочемъ, если *исполненіе отложено на будущее время въ силу самаго договора*, то достаточно, чтобы оно было возможно, когда тре-

---

[4]) § 2. I. de inut. stip. 3. 19.

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

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

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

бованіе станетъ годнымъ ко взысканію, хотя бы исполненіе было невозможно при заключеніи договора [8]).

Это правило въ Римѣ не примѣнялось при обѣщаніи предоставить res extra commercium [9]). Подобные договоры прямо запрещались, даже въ случаѣ ихъ заключенія *подъ условіемъ*, какъ носящіе въ себѣ дурное предзнаменованіе. Они разсматривались, какъ договоры безнравственные. Въ наше-же время сдѣлки, имѣющія своимъ предметомъ публичныя вещи, признаются дѣйствительными; при этомъ необходимымъ условіемъ, хотя бы молчаливымъ, является вступленіе такихъ вещей въ будущемъ въ гражданскій оборотъ. Во всякомъ случаѣ, мы теперь въ этомъ не усматриваемъ ничего предосудительнаго [10]).

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

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

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

Въ этомъ случаѣ согласно позднѣйшему римскому праву на должника обыкновенно возлагается обязанность возмѣстить кредитору убытки. Исключается лишь тотъ случай, когда кредиторъ еще во

---

[8]) См. l. 31. D. de verb. obl. 45. 1. Pomponius libro 24 ad Sabinum: Si rem meam sub conditione stipuler, utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit, l. 98, pr. D. eod.

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

[10]) Wächter: Pandekten, т. 2, стр. 277, говоритъ: „Развѣ можно по нашимъ воззрѣніямъ считать за incivile и non fas сдѣлку, которую я заключаю съ городомъ о покупкѣ городского театра или участка кладбища, или можно ли такъ разсматривать сдѣлку, заключенную съ третьимъ лицомъ относительно тѣхъ же объектовъ на томъ основаніи, что мы имѣемъ свѣдѣнія о намѣреніи города отчудить эти имущества“. То же самое правило имѣетъ силу, напр., и при покупкѣ земельнаго участка подъ постройки съ условіемъ, что городъ упразднитъ пролегающую по немъ общественную дорогу и разрѣшитъ передачу мѣста покупщику. Такой договоръ получаетъ силу, если передача будетъ разрѣшена компетентнымъ присутственнымъ мѣстомъ до истеченія того срока, который былъ обусловленъ въ договорѣ или назначенъ для передачи собственности на земельный участокъ. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 308.

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

время заключенія договора зналъ о невозможности исполненія или, по крайней мѣрѣ, долженъ былъ имѣть въ виду, что уже могла наступить невозможность безъ вѣдома другого контрагента [12]).

Въ частности это имѣетъ мѣсто при куплѣ продажѣ и другихъ сдѣлкахъ, направленныхъ на пріобрѣтеніе вещей, даже если должникъ дѣйствовалъ добросовѣстно и безъ всякой вины [13]).

---

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

[13]) Весьма споренъ вопросъ, при какихъ условіяхъ должникъ обязанъ возмѣстить кредитору убытки, если обѣщанное дѣйствіе уже во время заключенія договора является объективно невозможнымъ. Mommsen—loc. cit., т. 1, стр. 109—признаетъ эту обязанность лишь въ случаѣ dolus или culpa lata со стороны должника. Savigny—Obligationenrecht, т. 2, стр. 290—напротивъ предоставляетъ покупателю, не знавшему о томъ, что исполненіе невозможно, *безусловное* право требовать возмѣщенія убытковъ. Windscheid, т. 2, § 315, прим. 5, упрекаетъ этотъ взглядъ въ явномъ противорѣчіи источникамъ, стараясь при помощи разныхъ подраздѣленій устранить такія же противорѣчія въ собственномъ толкованіи. Тѣмъ не менѣе, если считаться съ ходомъ историческаго развитія, слѣдуетъ присоединиться къ мнѣнію Savigny. Первоначально обязательство считалось просто недѣйствительнымъ, если его содержаніемъ было какое-либо невозможное предоставленіе. Такъ было раньше и осталось также и позднѣе при стипуляціи, кромѣ случая злого умысла, когда къ стипуляціи была прибавлена clausula doli. То же правило первоначально примѣнялось и при куплѣ-продажѣ. Разъ нѣтъ предмета купли, то не существуетъ и самой сдѣлки. Поэтому преторъ былъ вынужденъ въ тѣхъ случаяхъ, когда продавался fundus religiosus, какъ частная собственность, установить въ интересахъ покупателя особый искъ — actio in factum, l. 8, § 1. D. de religiosis. 11. 7. Но свободнѣе взглянула на дѣло позднѣйшая юриспруденція и установила actio ex empto въ случаяхъ продажи свободнаго человѣка, какъ раба, или res extra commercium, какъ вещи, находящейся въ гражданскомъ оборотѣ. Нѣкоторые юристы полагали, что въ подобныхъ случаяхъ, хотя и нѣтъ налицо „emptio“, но тѣмъ не менѣе actio ex empto допускается; таково мнѣніе Модестина, см. l. 62, § 1. D. de contr. empt. 18. 1. Другіе, напротивъ, доказывали, что купля-продажа существуетъ, разъ покупателю дается искъ — actio ex empto — направленный на возмѣщеніе убытковъ, l. 4. D. de contr. empt. 18. 1. Далѣе, въ источникахъ встрѣчаются противорѣчія относительно продажи *несуществующей вещи* незнающему покупателю. Эти противорѣчія должны быть объяснены съ точки зрѣнія различныхъ мнѣній древнѣйшей и новѣйшей юриспруденціи. На обязанность продавца при подобныхъ сдѣлкахъ возмѣстить убытки указываетъ l. 21, pr. D. de a. e. v. 19. 1 и l. 8 и 9, D. de her. vel act. vend. 18. 4. О случайной гибели предмета купли передъ заключеніемъ сдѣлки трактуетъ l. 57, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Ср. также l. 15, pr. l. 34, § 1 Dig. eod. Отсюда и выведено положеніе, высказанное въ нашемъ текстѣ. Если было обѣщано невозможное *дѣйствіе*, то обязавшійся отвѣчаетъ по общему правилу лишь за culpa, такъ какъ при подобныхъ сдѣлкахъ обѣщается не безусловное ручательство за исполненіе, а лишь добросовѣстное стараніе о достиженіи этого исполненія. По поводу затронутыхъ здѣсь вопросовъ см. Bechmann: Kauf, т. 2, стр. 429, гдѣ указана и литература.

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

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

Къ этому роду сдѣлокъ относятся такія, въ которыхъ непосредственно выговаривается безнравственное дѣйствіе, напр., поврежденіе вещей третьихъ лицъ, и такія, которыя косвенно заключаютъ въ себѣ, нѣчто безнравственное, какъ напр., обѣщаніе денегъ или другой цѣнности съ цѣлью вызвать безнравственный поступокъ или способствовать ему [17]).

Въ частности, безнравственными считаются сдѣлки, направленныя на чрезмѣрное стѣсненіе свободы личности должника или имѣющія цѣлью *принудить* его къ принятію такого рѣшенія, ко-

---

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

[15]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 307 гласитъ: Кто при заключеніи договора, предметомъ котораго является невозможное удовлетвореніе, зналъ или долженъ былъ знать о такой невозможности, тотъ отвѣчаетъ за убытки, понесенные другой стороной отъ того, что она полагалась на дѣйствительность договора. (Отрицательный интересъ).

[16]) L. 4. C. de inutilibus stipulationibus. 8. 38. Diocletianus et Maximianus... cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint. l. 26 de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 42 ad Sabinum: Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti. Ср. l. 27, pr. l. 35. § 1, l. 123. D. eod.

[17]) Такъ, напр., недѣйствительно обѣщаніе „никогда не открывать самостоятельнаго торговаго или промышленнаго заведенія, никогда не заниматься конкурренціей въ области извѣстной профессіи“ R. O. H. G. E., т. 21, стр. 262 и R. G. E., т. 31, стр. 97, или навсегда предоставить кому-либо всю прибыль отъ своей хозяйственной дѣятельности. R. O. H. G. E., т. 18, стр. 107. См. Kohler: Abhandlungen, стр. 62, Lemberg: Beschränkungen d. Handels- und Gewerbefreiheit, 1888. Недѣйствительно обѣщаніе вознагражденія за воздержаніе отъ доноса о нарушеніи закона. R. O. H. G. E., т. 23, стр. 226. Это правило слѣдуетъ распространить даже на такіе проступки, которые преслѣдуются лишь по требованію потерпѣвшихъ. Только въ томъ случаѣ договоръ не считается недѣйствительнымъ, когда онъ направленъ на *возмѣщеніе* вреда отъ совершеннаго проступка. Впрочемъ, не всякая сдѣлка, заключенная съ такимъ намѣреніемъ или при такихъ обстоятельствахъ, которыя влекутъ за собою для контрагента наказаніе, является ничтожной. R. G. E., т. 6, стр. 170, см. также, т. 18, стр. 242; намѣренію уголовнаго закона можетъ соотвѣтствовать оставленіе сдѣлки въ силѣ, несмотря на то, что заключившій ее подвергается наказанію.

торое должно быть выраженіемъ лишь собственнаго свободнаго убѣжденія [18]).

§ 16a. Ростовщическія сдѣлки.

1. Свобода при заключеніи договора является основаніемъ обязательственнаго права. Предоставляя каждому отстаивать, безъ всякихъ стѣсненій, свои собственные интересы, она способствуетъ развитію всякихъ культурныхъ силъ и гражданскаго оборота. Но такая свобода скрываетъ въ себѣ опасность въ тѣхъ случаяхъ, когда положеніе лицъ вступающихъ въ сдѣлку является неравнымъ. Извлеченіе выгоды изъ нужды, неопытности или легкомыслія контрагента, экономическія или психическія силы котораго значительно уступаютъ силамъ эксплуататора, является *ростовщичествомъ*, противнымъ нравственности и пагубнымъ въ соціальномъ и политическомъ отношеніяхъ.

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

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

---

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

[1]) См. ниже § 30 A.

[2]) См. ниже § 102, пунктъ 2.

[3]) См. ниже § 51, пунктъ 1.

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

Въ серединѣ текущаго столѣтія мы встрѣчаемся со стремленіемъ провести абсолютную свободу договора, основаннымъ на томъ соображеніи, что всѣ сопряженныя съ нею опасности будутъ устранены въ силу свободной конкурренціи. Согласно съ этимъ законъ сѣверо-германскаго союза отъ 14 ноября 1867 г. предоставилъ сторонамъ полную свободу въ опредѣленіи размѣра процентовъ [5]). Германское торговое уложеніе, кромѣ того, отмѣнило при торговыхъ сдѣлкахъ lex Anastasiana, а равнымъ образомъ право оспаривать куплю-продажу на томъ основаніи, что цѣна не достигала половинной стоимости проданной вещи. Правда, это способствовало развитію торговли въ Германіи, но въ то же время давало безпрепятственный ходъ эксплуатаціи болѣе слабыхъ въ экономическомъ отношеніи, въ особенности мелкихъ крестьянъ, усиливая соціальные недуги, неравенство и вражду между отдѣльными классами населенія.

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

а) Законъ отъ 24 мая 1880 года касается однѣхъ только процентныхъ сдѣлокъ. Онъ былъ пополненъ въ томъ же направленіи еще болѣе строгимъ закономъ 19 іюня 1893 года.

Въ силу этого закона заемъ и всякаго рода сдѣлки, имѣющія цѣлью доставить одному контрагенту заимообразно деньги [6]), влекутъ за собой наказаніе и считаются недѣйствительными, если заимодавецъ, пользуясь нуждою, легкомысліемъ или неопытностью контрагента, выговариваетъ для себя или для третьяго лица такія имущественныя выгоды, которыя, превышая обычный размѣръ процентовъ,

---

[4]) Neumann: Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865, Stobbe: Privatrecht, т. 3, стр. 296.

[5]) Подобное опредѣленіе содержалось еще ранѣе въ Handelsgesetzbuch, art. 292 относительно долговъ лицъ торговаго состоянія. Законъ сѣв.-германск. союза былъ распространенъ съ 1 января 1871 г. и на южно-германскія государства, за исключеніемъ Баваріи, гдѣ дѣйствуетъ особый, хотя весьма сходный съ нимъ законъ.

[6]) Сюда, напр., относится продажа вещи съ правомъ обратнаго выкупа со стороны продавца.

находятся въ явномъ несоотвѣтствіи съ дѣйствіемъ, составляющимъ предметъ обязательства [7]).

b) Законъ 19 іюня 1893 г. направленъ противъ такъ наз. Sachwucher. Законъ этотъ имѣетъ въ виду не простую эксплуатацію нужды, легкомыслія или неопытности ради полученія имущественныхъ выгодъ, находящихся въ явномъ несоотвѣтствіи съ дѣйствіемъ, составляющимъ содержаніе обязательства, но требуетъ еще сверхъ того, чтобы такая эксплуатація практиковалась по привычкѣ или въ видѣ промысла.

Ближайшій поводъ для возникновенія этого закона создали договоры объ отдачѣ на прокатъ скота (Viehverleihverträge) и о продажѣ скота, а также и договоры о продажѣ сельскихъ участковъ. Но смыслъ закона значительно шире; подъ его дѣйствіе можетъ быть подведена даже эксплуатація рабочихъ со стороны работодателя.

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

§ 17. Интересъ, имущественная цѣнность дѣйствія.

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

1. *Вѣритель долженъ имѣть въ обѣщанномъ дѣйствіи интересъ.* Римская юриспруденція требовала первоначально *собственнаго* (личнаго) *интереса самого вѣрителя.* Это требованіе она удержала и позднѣе при стипуляціи [1]). Но при iudicia bonae fidei она пошла значительно дальше. Какъ собственный интересъ вѣрителя, разсматривалось также и благо третьихъ лицъ, если кредиторъ выгово-

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

[1]) L. 38, § 17. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 49 ad Sabinum: Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Ср. ниже § 18 прим. 3 и § 46 прим. 3.

рилъ что-либо въ ихъ пользу въ виду родственныхъ или общественныхъ отношеній или вообще по соображеніямъ человѣколюбія [2]). Въ настоящее время этотъ взглядъ принятъ для всѣхъ обязательствъ [3]).

2. *Дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, должно относиться къ области имущества* [4]). И здѣсь юриспруденція не осталась въ своихъ прежнихъ узкихъ рамкахъ. Она не требуетъ, какъ было прежде, чтобы исполненіе *непосредственно* увеличивало имущество того, въ чью пользу оно производится. Достаточно, чтобы дѣло вообще шло о предметахъ, которые въ *гражданскомъ оборотѣ получаются за деньги*. Имущественный интересъ заключается тогда въ томъ, что вѣритель избавляется отъ издержекъ, которыя онъ произвелъ бы для полученія обѣщаннаго, если бы послѣднее не было ему доставлено исполненіемъ даннаго обязательства [5]).

Многіе идутъ далѣе и утверждаютъ, что въ настоящее время всякое обѣщаніе извѣстнаго дѣйствія, безотносительно къ его имуще-

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

[3]) Въ чемъ состоитъ интересъ, вытекаетъ обыкновенно само собою изъ содержанія договора. Особаго доказательства интереса отъ вѣрителя по общему правилу не требуютъ, развѣ бы конкретныя обстоятельства указывали на отсутствіе интереса.

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

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

ственной стоимости, порождаетъ обязательство, связывающее стороны и снабженное искомъ, поскольку въ немъ дѣло идетъ не о простой прихоти. Но этотъ взглядъ не согласенъ съ нормами положительнаго права и не считается съ необходимостью имѣть критерій для разграниченія того, что заключается въ рамкахъ обязательства, пользующагося исковою защитою, и что составляетъ лишь нравственную обязанность или долгъ простой вѣжливости. Точное разграниченіе этихъ областей имѣетъ особенно важное значеніе въ современномъ правѣ, гдѣ для заключенія обязательствъ не требуется особой формы [6]).

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

Подъ договоромъ *«въ пользу третьяго лица»* мы разумѣемъ тотъ случай, когда стипулянтъ выговариваетъ извѣстное дѣйствіе въ пользу

---

[6]) Момента имущественной цѣнности обязательства не хотятъ признать: Windscheid, т. 2, § 250, прим. 3, Jhering въ его Jahrb., т. 18, стр. 43, Regelsberger въ Endemanns Handb. des Handelsr., т. 2, стр. 472, Pernice: Labeo, т. 3. стр. 172 и слѣд.; въ русской литературѣ см. Пассекъ: Не имущественный интересъ въ обязательствѣ, Юрьевъ, 1893. Что римское право и въ своемъ позднѣйшемъ видѣ твердо держалось момента имущественной цѣнности обязательствъ, видно, главнымъ образомъ, изъ приведенной выше прим. l. 6, § 1. D. de serv. exp. 18. 7, которой Jhering какъ разъ пользуется для доказательства противнаго. Ибо аргументація Папиніана сосредоточивается исключительно на томъ: существуетъ ли въ данномъ договорѣ по крайней мѣрѣ *косвенный* имущественный интересъ. Изъ того, что римскіе юристы позднѣйшаго времени, говоря о требованіи имущественнаго интереса, прибѣгаютъ къ болѣе тонкимъ толкованіямъ, прямо явствуетъ, что этотъ моментъ ими никогда не былъ отвергаемъ. Римская теорія обязательства, безъ сомнѣнія, рецепирована, а вмѣстѣ съ нею—и требованіе имущественнаго интереса; нѣтъ ни закона, ни судебнаго обычая, которыми бы оно отмѣнялось. Нельзя усматривать измѣненія самого понятія обязательства въ томъ обстоятельствѣ, что при современной организаціи принудительнаго исполненія могутъ быть подвергнуты взысканію и такія обѣщанія, которыя не имѣютъ денежнаго характера. Лишенъ основанія также упрекъ, что наше воззрѣніе считаетъ достойными правовой защиты только тѣ блага, которыя допускаютъ денежную оцѣнку, а не иные, пожалуй, болѣе важные интересы. Не подлежитъ сомнѣнію, что существуютъ требованія *необязательственнаго* характера, которыя защищаются искомъ, хотя и не имѣютъ имущественной цѣнности, какъ, напр., обрученіе или требованіе о выдачѣ жены или дѣтей, удерживаемыхъ кѣмъ-либо. Мы отрицаемъ только существованіе *обязательствъ* безъ имущественнаго интереса. Допустимъ, напр., что женихъ вполнѣ серьезно обѣщаетъ своей невѣстѣ не посѣщать болѣе извѣстнаго клуба, или кто-либо, не обладающій крѣпкимъ здоровьемъ, самымъ торжественнымъ образомъ обѣщаетъ своему брату не курить больше сигаръ. Неужели подобныя обѣщанія должны влечь за собою искъ, неужели исполненіе ихъ можетъ быть вынуждаемо путемъ наложенія штрафа въ судебномъ порядкѣ. См. Laband въ Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 171, Pothier: Traité des obligations, p. 1, ch. 1, § 138 и авторовъ, указанныхъ у Hasenöhrl въ привед. сочин., стр. 22, прим. 79. См. также Kuntze: Obligationen, 1886, стр. 122, Wendt: Pandekten, § 186, Hartmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 370.

[1]) Подробную исторію ученія о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ излагаетъ Gareis: Die Verträge zu Gunsten Dritter, 1873, стр. 51 и слѣд. Позднѣй-

третьяго лица, такъ что и послѣднее можетъ судебнымъ порядкомъ требовать исполненія этого дѣйствія [2]).

Древне-римское право не признавало подобныхъ договоровъ дѣйствительными. *Стипулянту* на основаніи такого соглашенія отказывали въ искѣ за отсутствіемъ его собственнаго денежнаго интереса, который считался необходимымъ для основанія обязательства; отказывали въ искѣ и *третьему лицу*, такъ какъ оно *въ договорѣ не участвовало* въ качествѣ контрагента [3]). Еще въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ это существенно измѣнилось, а современное право установило совершенно иной принципъ.

1. Уже въ Римѣ за стипулянтомъ признавали право иска о дѣйствіи въ пользу третьяго лица въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ имѣлъ хотя бы *косвенный* денежный интересъ въ этомъ исполненіи, напр., когда онъ выговорилъ уплату долга своему кредитору [4]). Еще шире становится это право иска при bonae fidei judicia. Въ современномъ правѣ, чтобы предоставить стипулянту право на искъ, въ общемъ достаточно и неденежнаго интереса; таковъ, напр., случай, когда хозяинъ фабрики при заключеніи какого-либо договора выговариваетъ извѣстныя денежныя выдачи въ пользу бѣдныхъ.

шую обработку этого ученія мы находимъ у Stobbe: Privatrecht, т. 3. стр. 172. Regelsberger въ Endemanns Handb. des Handelsr., т. 2, стр. 473, Bähr: Urtheil des Reichsgerichts, стр. 70, Regelsberger въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, статья 1, Bähr тамъ же, статья 5, Danz: Forderungsüberweisung, стр. 120, Luigi Tartufari Dei contratti a favore di terzi. 1889; о германской теоріи и практикѣ трактуетъ четвертый отдѣлъ труда Leonhard'a: Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, 1892. Исключительно римскаго права касается Massa въ Archivio giuridico, т. 50, стр. 37, 199, 344.

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

[3]) L. 11. D. obl. et act. 44. 7. Paulus libro 12 ad Sabinum: Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. l. 38, § 17. D. de verb. obl. 45. 1. Ср. выше § 17, прим. 1 и рескриптъ императоровъ Діоклетіана и Максиміана въ l. 26. C. de jure dotium. 5. 12.

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

2. Еще въ Римѣ во многихъ случаяхъ предоставляли третьему лицу actio utilis, посредствомъ которой оно могло бы добиться исполненія въ свою пользу. Это допускалось, напр., въ томъ случаѣ, если даритель возложилъ на одаряемаго обязанность передать подарокъ третьему лицу или совершить въ его пользу какое-либо дѣйствіе [5]).

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

По современному обще-германскому праву *третье лицо* можетъ на основаніи договора въ его пользу самостоятельно предъявить искъ, *если такова цѣль договора* [7]).

---

[5]) l. 3 C. de donat. quae sub modo 8. 54. Actio utilis на основаніи договора, заключеннаго съ третьимъ лицомъ, предоставлялась кромѣ того: a) женѣ и ея дѣтямъ, если ихъ родственникъ по восходящей линіи при выдачѣ приданаго выговорилъ его возвращеніе въ ихъ пользу, l. 45. D. sol. matr. 24. 3. l. 7. C. de pact. convent. 5. 14; b) собственнику вещи, которую третье лицо отдало на храненіе или въ ссуду съ условіемъ, чтобы вещь эта была возвращена ея собственнику, l. 8. C. ad exhibendum. 3. 42; c) залогодателю, въ пользу котораго залогопріниматель при продажѣ вещи выговорилъ у покупщика право выкупа, l. 13. pr. D. de pigneraticia actione. 13. 7.

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

[7]) Весьма споренъ вопросъ, при какихъ именно условіяхъ третье лицо пользуется правомъ на искъ; споренъ также и характеръ этого права. Прежде весьма распространенъ былъ взглядъ, что третье лицо получаетъ право на искъ лишь въ томъ случаѣ, если оно по приглашенію стипулянта *присоединяется* къ договору. Эта теорія перешла и въ новѣйшія законодательства. Конечно, нѣтъ сомнѣнія, что третье лицо имѣетъ право на искъ, разъ оно подобнымъ образомъ присоединилось къ сдѣлкѣ. Но на практикѣ такое приглашеніе присоединиться и самое вступленіе третьяго лица въ сдѣлку встрѣчаются весьма рѣдко; и тѣмъ не менѣе во многихъ случаяхъ твердо установлено право третьяго лица на искъ. Гдѣ же поэтому критерій для рѣшенія даннаго вопроса? Regelsberger въ Archiv für civ. Praxis, loc. cit., стр. 4 полагаетъ, что *отъ намѣренія контрагентовъ* зависитъ предоставить на основаніи ихъ сдѣлки третьему лицу право требовать исполненія отъ обязавшагося. Ср. R. G. E., т. 2, стр. 54, т. 7, стр. 131. Впрочемъ, продолжаетъ онъ, нѣтъ необходимости, чтобы это намѣреніе нашло себѣ особое выраженіе при составленіи договора; достаточно, если оно можетъ быть обнаружено изъ обстоятельствъ дѣла. Противъ этого высказывается Bähr въ Archiv für civ. Praxis, loc. cit., стр. 163. „Никогда не бываетъ, говоритъ онъ, чтобы при стипуляціи дѣйствія въ пользу третьихъ лицъ, стороны высказались, имѣютъ или не имѣютъ онѣ подобное намѣреніе; точно также обыкновенно не встрѣчается особыхъ „обстоятельствъ“, изъ которыхъ

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

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

b) Затѣмъ является сомнительнымъ вопросъ, можетъ ли уговоръ въ пользу третьяго лица быть *отмѣненъ* безъ его участія, и если да, то до какого момента? И въ этомъ случаѣ слѣдуетъ обращать вниманіе на характеръ данной сдѣлки. Застраховавшій въ пользу третьяго лица свою жизнь можетъ, пока живъ, уничтожить договоръ или обратить его въ пользу другихъ лицъ; то же самое можно

можно было бы сдѣлать заключеніе о наличности такого намѣренія сторонъ". Можно согласиться, что Regelsberger въ своей формулировкѣ черезчуръ напираетъ на особую волю контрагентовъ, между тѣмъ какъ для правосудія важенъ главнымъ образомъ типъ сдѣлки и ея цѣли. Но различіе между сдѣлками, при которыхъ третье лицо управомочено лишь *получить исполненіе*, и такими, при которыхъ оно имѣетъ право *добиваться этого исполненія* путемъ иска, вытекаетъ изъ разнообразія фактическихъ обстоятельствъ. Опредѣленіе такого различія можетъ быть подчасъ весьма труднымъ, но оно тѣмъ не менѣе существуетъ.

[8]) Это твердо установлено теоріей и практикой. Ср. Stobbe: Privatrecht, т. 3, стр. 122, R. G. E., т. 2, стр. 277, т. 29, стр. 173, Гражд. улож. для герм. имперіи, § 330.

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

[10]) H. G. B. art. 402, 405. R. O. H. G. E., т. 4, стр. 359 и сл. Но ср. Goldschmidt, Handelsrecht, т. 2, стр. 749.

сказать и по отношенію къ выдачамъ изъ отчужденнаго имѣнія. Право лица, обозначеннаго въ накладной, на кладь становится неотъемлемымъ съ того момента, какъ перевозчикъ передастъ ему накладную послѣ привоза имущества на мѣсто доставки.

c) Право на искъ третьяго лица имѣетъ свое основаніе въ договорѣ, зависитъ отъ его содержанія и подлежитъ всѣмъ тѣмъ измѣненіямъ, которыя контрагенты произведутъ въ условіяхъ договора, пока право третьяго лица не установится окончательно. Но это право считается самостоятельнымъ, а не требованіемъ стипулянта, уступленнымъ третьему лицу. Поэтому, между прочимъ, адресатъ накладной въ случаѣ недоставки товара можетъ включить въ интересъ не только убытки отправителя, но и свои собственные [11]).

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Виды обязательственныхъ сдѣлокъ.

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

1. Простѣйшія кредитныя отношенія, въ частности заемъ, служатъ основаніемъ для *односторонних*ъ обязательствъ, такъ что въ силу такой сдѣлки лишь одна сторона становится вѣрителемъ, другая же должникомъ. Подобную форму римляне старались придавать и тѣмъ обязательствамъ, которыя въ сущности представляли собою соединеніе взаимныхъ требованій. Для этой цѣли служили у нихъ стипуляціи. Нынѣ для подобныхъ цѣлей выдается вексель, который точно также обосновываетъ лишь строго-одностороннее обязательство.

2. Но вмѣстѣ съ тѣмъ допускались и *двусторонніе* обязательства, въ которыхъ *каждый* контрагентъ является одновременно и *вѣрителемъ* и *должникомъ*.

---

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

Существуютъ двѣ категоріи подобныхъ сдѣлокъ:

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

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

§ 20. О синаллагматическихъ сдѣлкахъ въ частности.

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

Между вытекающими изъ нихъ взаимными обязательствами существуетъ и *взаимная зависимость.*

Спрашивается, какъ далеко простирается такая зависимость? Это—весьма важный и тонкій вопросъ: при его рѣшеніи приходится считаться съ различными соображеніями.

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

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

---

[1]) Ср. l. 7. § 2. D. de pactis. 2, 14. l. 19. D. de V. S. 50, 16.

[2]) Нѣкоторые, напр., Puchta: Pandekten, § 232 и Windscheid, т. 2, § 320, считаютъ обязательства, снабженныя actiones contrariae, за „односторонніе“ обязательства лица, взявшаго на себя главную обязанность, а дѣйствія, возлагаемыя на другую сторону, разсматриваютъ лишь какъ нѣчто возможное, добавочное. Но этотъ взглядъ невѣренъ. Договоръ устанавливаетъ одинаковую *отвѣтственность для стороны, взявшей на себя встрѣчную обязанность*, какъ и для главнаго должника; неизвѣстно пока только, возникнутъ ли изъ нея *исковыя требованія.* Ср. Brinz, т. 2, стр. 57; противъ него Rümelin въ Archiv für civ. Praxis, т. 68, стр. 163. Другіе писатели говорятъ о contractus inaequales bilaterales, а у новѣйшихъ авторовъ иногда встрѣчается выраженіе „неполные“ двусторонніе договоры.

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

b) Если же одинъ изъ контрагентовъ, *не исполнившій* своей собственной обязанности изъ данной сдѣлки, вздумаетъ путемъ иска потребовать исполненія отъ противной стороны, то получаетъ отказъ въ своемъ требованіи на основаніи эксцепціи. Многіе изъ новѣйшихъ писателей идутъ дальше и признаютъ за правило, что каждый изъ контрагентовъ можетъ добиваться путемъ иска лишь *обмѣна* исполненій. Его исковое право, такимъ образомъ, обусловлено исполненіемъ обязательства и съ его стороны. Такое черезчуръ рѣзкое оттѣненіе взаимной зависимости требованій противорѣчитъ исторіи римскихъ синаллагматическихъ договоровъ и затрудняетъ уразумѣніе весьма важныхъ положеній дѣйствующаго права [1]).

---

[1]) Нѣкоторые авторы утверждаютъ, что изъ синаллагматическихъ договоровъ вытекаетъ лишь *одно* обязательство, состоящее изъ соединенія требованій съ встрѣчными требованіями, и что поэтому содержаніемъ процесса является не отдѣльное исполненіе, на которое направлено требованіе истца, а вся сдѣлка въ своей совокупности. Такого именно мнѣнія Gans: Obligationenrecht: über bonae fidei und stricti juris actiones, стр. 108 и Liebe: Stipulation, стр. 284. Ср. также Scheurl: Beiträge, т. 1, стр. 151: „требованія и встрѣчныя имъ требованія срослись, какъ члены тѣла; это—части одного цѣлаго". Болѣе умѣреннаго взгляда держится Keller въ Bekkers Jahrbuch, т. 4, статья 11. По его мнѣнію изъ синаллагматическаго договора возникаютъ хотя односторонніе и самостоятельныя, но обусловливающія другъ друга требованія, такъ что каждая сторона можетъ требовать исполненія, только предлагая при этомъ исполненіе и съ своей стороны. Вскорѣ противъ Keller'a выступилъ Puchta въ Bekkers Jahrbuch т. 5, статья 5, затѣмъ тамъ же Bekker, статья 6, ср. также Bekker: Aktionen, т. 1, стр. 368. См. далѣе Dernburg: Kompensation, стр. 63 и Bechmann: Kauf, т. 1, стр. 540. Bechmann отмѣчаетъ „генетическую" двусторонность купли-продажи, по которой этотъ договоръ является обмѣномъ двухъ взаимныхъ *обѣщаній* и покоится на взаимныхъ требованіяхъ, связанныхъ между собой *при самомъ возникновеніи договора*. Отъ этой двусторонности онъ отличаетъ такъ наз. „функціональную" двусторонность, по которой взаимныя обязательства зависятъ другъ отъ друга въ *своемъ дѣйствіи*. Онъ справедливо замѣчаетъ: „нѣтъ даже сомнѣнія, что въ этомъ смыслѣ купля-продажа и наемъ первоначально не были двусторонними сдѣлками". Точно также Bechmann вполнѣ основательно опровергаетъ, доказывая его невозможность, такъ часто повторяемое утвержденіе, что купля-продажа, когда бы то ни было въ процессѣ приводила къ formula duplex: „quidquid alterum alteri dare facere oportet". Lenel, Edictum perpetuum, не упоминаетъ о подобной actio empti venditi. Совершенно невѣроятно, чтобы такой искъ существовалъ до Адріана, а потомъ уже больше не примѣнялся. Вѣдь все развитіе права стремилось къ тому, чтобы смягчить прежнюю строгую односторонность, а не къ тому, чтобъ уничтожить якобы прежде существовавшую двусторонность.

Римское право не только съ исторической, но и съ догматической точки зрѣнія исходитъ изъ принципа полной самостоятельности взаимныхъ обязательствъ. Такъ, мы имѣемъ вѣрное указаніе на то, что еще въ послѣднее время республики продавецъ могъ предъявить искъ о полученіи покупной платы, а покупатель—о полученіи товара, нисколько не опасаясь возраженія, что они сами еще не выполнили своего обязательства [2]). Это было согласно съ общимъ характеромъ древняго права, которое придавало большее значеніе скорѣйшему удовлетворенію притязаній, нежели огражденію отъ возможной эксплуатаціи одной стороны другою.

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

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

Эти представленія о римскихъ синаллагматическихъ договорахъ обрисовываются въ слѣдующихъ положеніяхъ:

---

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

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

[4]) И противники нашего взгляда вполнѣ признаютъ значеніе того обстоятельства, что необходима была exceptio для защиты покупателя, съ котораго продавецъ взыскивалъ плату, не доставивъ еще товара. Они пытаются устранить это затрудненіе, утверждая, что въ большинствѣ относящихся сюда мѣстъ источниковъ покупная плата взыскивается не на основаніи договора купли, а въ силу стипуляціи или литтеральнаго контракта, заключенныхъ на ряду съ куплей; въ такихъ случаяхъ, конечно, exceptio становится необходимой. Но въ упомянутыхъ мѣстахъ именно объ этомъ ничего не сказано. Наличность стипуляціи мож-

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

Это правило несовмѣстимо съ теоріей, по которой на основаніи синаллагматическихъ договоровъ каждая сторона обязана произвести исполненіе только при предложеніи исполненія и со стороны другого контрагента, такъ что обязательство направлено на обмѣнъ взаимно обѣщанныхъ исполненій. Всѣ попытки объяснить на основаніи этой теоріи переходъ риска съ момента заключенія купли-продажи на покупателя всегда останутся тщетными. Противорѣчіе, очевидно, можетъ быть устранено развѣ натяжкой или какими-нибудь софизмами [6]).

Если же принять нашу точку зрѣнія, то римское правило разъясняется само собою. Покупатель обязался внести плату. Онъ и долженъ это сдѣлать. Онъ могъ бы противопоставить иску возраженіе, если бы продавецъ *вопреки договору* не доставилъ ему товара. Но теперь уже дѣло не въ этомъ. Товаръ уничтоженъ и притомъ вслѣдствіе несчастнаго случая. Въ силу этого продавецъ освободился отъ своей обязанности, но ничто не можетъ ему пре-

---

но, пожалуй, предположить въ l. 25. D. de a. e. v. 19. 1. и даже указать въ l. 5, § 4. D. de doli mali exceptione. 44. 4 хотя оба эти мѣста наводятъ на сомнѣніе; но во всякомъ случаѣ такое объясненіе не примѣнимо къ l. 5. C. de evictionibus. 8. 44. Antoninus: Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur: idem fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris. Какъ изъ этого видно, искъ продавца на основаніи купли-продажи направленъ не на обмѣнъ исполненій, а прямо на обѣщанную плату. Покупатель же пріобрѣтаетъ вслѣдствіе неисправности истца возраженіе, опирающееся на принципъ справедливости. Правда, противники нашего взгляда ссылаются на Ulpianus libro 32 ad edictum l. 13, § 8. D. de a. t. e. v. 19 l. Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. Но и это мѣсто указываетъ на встрѣчное право отвѣтчика. См. Heerwart въ Archiv für civ. Praxis, т. 7, стр. 314. Относительно исторіи exceptio вообще ср. Dernburg: Kompensation, стр. 68 и Bechmann: Kauf, т. 1, стр. 568, а также André: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, 1890, § 5. Stintzing: Nondum est ex empto actio, 1893.

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

[6]) Правило „periculum est emptoris “ подробно разсматривается въ ученіи о куплѣ-продажѣ. Различные взгляды на основаніе и причину этого правила лучше всѣхъ сопоставилъ Puntschart: Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, 1895, стр. 5 и сл. Гражд. улож. для герман. имперіи § 446 отвергаетъ это положеніе. Ср. тамъ же § 323.

пятствовать взыскать за товаръ покупную плату. Такимъ образомъ, рискъ несетъ уже покупатель [7]).

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

---

[7]) Защищаемый нами взглядъ нисколько не опровергаетъ l. 50. D. de a. v. 19. 1. Labeo libro 4 posteriorum: напротивъ, это мѣсто скорѣе подтверждаетъ его. Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. Labeo имѣетъ въ виду законы о прощеніи долговъ—novae tabulae—, каковые нерѣдко издавались въ республиканскій періодъ. На основаніи этихъ законовъ продавецъ не можетъ быть принужденъ къ передачѣ вещи, пока ему не была предложена цѣна полностью. Это оправдывается тѣмъ, что покупатель *нарушаетъ договоръ купли-продажи*, желая воспользоваться льготой закона о долгахъ. Ср. Bechmann: Kauf, т. 1, стр. 598.

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

[9]) Павелъ главнымъ образомъ защищаетъ тотъ взглядъ, что лицу, на которое по синаллагматическому договору возлагается обязательство *безусловно*, надо предоставить jus retentionis до тѣхъ поръ, пока его контрагентъ, хотя онъ самъ по себѣ договоромъ не связанъ, не представитъ съ своей стороны исполненія. Ср. L. 7, § 1. D de resc. vend. 18. 5. и другія мѣста, приведенныя

можетъ только онъ: его контрагентъ поэтому долженъ быть во всякое время готовъ къ исполненію, не имѣя возможности предъявить искъ съ своей стороны. Конечно, его положеніе въ силу этого весьма невыгодно [10]).

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

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

1. Обязанность представить *доказательства возлагается на истца*, желающаго устранить это возраженіе, а *не на отвѣтчика*, пользующагося имъ—какъ при другихъ эксцепціяхъ. Если поэтому истецъ утверждаетъ, что эксцепція не можетъ быть допущена потому, что отвѣтчикъ долженъ исполнить обязательство прежде него, то именно онъ обязанъ это доказать, такъ какъ по общему правилу при синаллагматическихъ договорахъ—за исключеніемъ найма—дѣйствія должны совершаться одновременно, одно вслѣдъ за другимъ (Zug um Zug). Если же истецъ отвергаетъ эксцепцію на томъ основаніи, *что уже исполнилъ свое обязательство*, то онъ точно также долженъ доказать свое заявленіе. Ибо во всѣхъ спорахъ дѣло должника доказывать, что онъ исполнилъ свое обязательство [4]).

у Dernburg'a: Kompensation, стр. 74, прим. 2. Ульпіанъ еще не держался такого мнѣнія, иначе онъ не могъ бы пройти молчаніемъ въ выше (прим. 8) приведенномъ мѣстѣ столь существенное измѣненіе въ прежнихъ воззрѣніяхъ.

[10]) Болѣе цѣлесообразнымъ надо признать опредѣленіе прусскаго закона отъ 12 іюля 1875 г. о дѣеспособности несовершеннолѣтнихъ. По этому закону, заключившій сдѣлку съ несовершеннолѣтнимъ, не испросившимъ согласія опекуна, можетъ потребовать отъ послѣдняго, чтобъ онъ далъ свое согласіе. Если же опекунъ откажется отъ этого или въ теченіе 14 дней не дастъ никакого отвѣта, то контрагентъ несовершеннолѣтняго съ своей стороны освобождается отъ обязательства. На этомъ же законѣ основываются §§ 108 и сл. гражд. улож. для герман. имперіи.

[1]) О развитіи exceptio non adimpleti contractus ср. выше § 20; относительно ея характера, какъ эксцепціи, см. главнымъ образомъ Heerwart въ Archiv für civ. Praxis, т. 7, статья 18, т. 14, ст. 9, т. 18, ст. 15; сверхъ того и сочиненія, приведенныя у Windscheid'a, т. 2, § 341, прим. 2, André. loc. cit., § 5 и кромѣ André Saleilles въ Annales de droit commercial. т. 6, стр. 287, т. 7, стр. 24, 97, 175.

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

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

[4]) Ср. выше, выпускъ I, § 159.

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

Впрочемъ, надо имѣть въ виду, что здѣсь дѣло идетъ объ эксцепціи отлагательной (dilatoria). Поэтому, если кто-либо, *ошибочно* полагая, что его контрагентъ уже исполнилъ свое обязательство, произведетъ исполненіе съ своей стороны, то не можетъ вытребовать его обратно путемъ condictio indebiti. Вѣдь онъ исполнилъ то, къ чему былъ обязанъ [7]). Въ такомъ случаѣ ему остается лишь предъявить искъ противъ контрагента объ исполненіи обязательства согласно договора. Точно также вполнѣ ясно, что исполнившій обязательство, *въ ожиданіи исполненія со стороны своего контрагента*, не можетъ требовать возврата предоставленнаго, если его предположеніе не оправдается. Исполняя свое обязательство и не требуя при этомъ исполненія со стороны контрагента, онъ кредитовалъ послѣдняго. Лишь въ томъ случаѣ, когда онъ былъ введенъ въ заблужденіе ложными обѣщаніями и разсказами, онъ можетъ предъявить требованіе на основаніи обмана [8]).

---

[5]) См. выше, выпускъ I, § 154.

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

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

[8]) Противнаго взгляда держится Windscheid, loc. cit. Онъ допускаетъ обратное требованіе въ томъ случаѣ, если исполненіе произошло, „въ надеждѣ, что исполненіе со стороны контрагента будетъ произведено *безъ* вмѣшательства суда“. „Исполнившій, продолжаетъ Windscheid, сдѣлалъ это въ данномъ случаѣ не въ силу своего обязательства, которое, какъ ему было извѣстно, онъ могъ бы пока еще оставить неисполненнымъ; въ дѣйствительности же онъ отказался отъ

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

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

Впрочемъ, *обязанность представить доказательства* распредѣляется въ данномъ случаѣ особымъ образомъ. Правда, истецъ долженъ съ своей стороны доказать, что произведенное имъ исполненіе или предложеніе исполненія *вполнѣ соотвѣтствуетъ* его обязательству. Но для этого достаточно доказать, что исполненіе произведено *съ внѣшней стороны* надлежащимъ образомъ и *повидимому* соотвѣтствуетъ договору. Конечно, здѣсь имѣются въ виду нормальныя явленія, поэтому-то и предполагается, что исполненіе послѣдовало надлежащимъ образомъ, если только контрагентъ принялъ его безъ возраженія. Считается безразличнымъ, что ему при большемъ вниманіи могли бы броситься въ глаза недостатки, указываемые имъ лишь во время процесса. Если же, напротивъ, отвѣтчикъ утверждаетъ, что повидимому правильное исполненіе или предложеніе исполненія на самомъ дѣлѣ неправильно, то уже *онъ* долженъ это доказать.

Отвѣтчикъ можетъ воздержаться отъ исполненія даже въ томъ случаѣ, если указанные имъ недостатки весьма незначительны, ибо онъ обязанъ произвести исполненіе лишь тогда, когда и его контрагентъ вполнѣ выполнитъ свое обязательство. Но разъ онъ принялъ исполненіе, *какъ надлежащее*, и недостаетъ лишь какихъ-либо *не-*

эксцепціи въ ожиданіи исполненія отъ контрагента". Подобныя тонкости не имѣютъ подъ собой твердой почвы въ житейской практикѣ. Какимъ способомъ должна быть изъявлена надежда, что исполненіе со стороны контрагента послѣдуетъ безъ вмѣшательства суда? См. также Hanausek: Haftung des Verkäufers, т. 2, стр. 218.

[9]) Ср. André, loc. cit., которому мы слѣдуемъ въ настоящемъ изложеніи, отступая отъ мнѣнія, высказаннаго въ первыхъ двухъ изданіяхъ.

значительныхъ или второстепенныхъ дѣйствій, то онъ можетъ требовать только, чтобы недостатки были пополнены впослѣдствіи, или чтобъ ему были возмѣщены убытки; исполненіе же своего обязательства онъ можетъ задержать лишь въ соотвѣтственной пропорціи и то только въ томъ случаѣ, если оно дѣлимо. Это само собою вытекаетъ изъ требованій справедливости и цѣлесообразности [10]).

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

§ 22. Абстрактныя обязательства.

Въ обязательственномъ правѣ существуетъ весьма важное различіе между абстрактными сдѣлками, заключенными безъ обозначенія ихъ цѣли, и такими, въ которыхъ цѣль точно опредѣлена (каузальными или матеріальными) [1]).

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

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

---

[10]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 322 опредѣляетъ: Если одною стороною удовлетвореніе учинено въ части, то во встрѣчномъ удовлетвореніи не можетъ быть отказано, поскольку такой отказъ, по обстоятельствамъ дѣла, въ особенности въ виду сравнительной ничтожности недоимки, представлялся бы недобросовѣстнымъ.

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

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

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

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

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

Необходимо было предоставить въ подобныхъ случаяхъ лицу, давшему обѣщаніе, condictio, направленную на освобожденіе отъ долга изъ стипуляціи [4]), лишеннаго всякаго основанія. Допускалась даже exceptio doli противъ иска, предъявленнаго по поводу подобной стипуляціи. Такимъ образомъ, стипуляція утратила свой перво-

---

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

[3]) Относительно stipulatio debiti и stipulatio ob causam см. Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1855. 2-е изд., 1867, особенно §§ 114 и сл., ср. также толковый обзоръ воззрѣній Bähr'a у Rocholl: Rechtsfälle des Reichsgerichts, т. 1, стр. 256.

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

начальный энергичный, но часто суровый характеръ. Тѣмъ не менѣе она продолжала сохранять и теперь еще существенныя преимущества, пока, какъ это практиковалось сначала, *давшій обѣщаніе*, возражая противъ стипуляціи, обязанъ былъ съ своей стороны доказать *отсутствіе causa* [5]).

b) Но и этотъ порядокъ былъ измѣненъ въ позднѣйшій классическій періодъ. Если отвѣтчикъ указывалъ на отсутствіе causa, то ея наличность долженъ былъ доказать уже кредиторъ, предъявившій искъ на основаніи стипуляціи [6]). Хотя такой пріемъ устранялъ различныя злоупотребленія, однако онъ вмѣстѣ съ тѣмъ лишилъ стипуляцію свойственныхъ ей полезныхъ качествъ. Она, строго говоря, утратила свой абстрактный характеръ. Послѣднее обстоятельство получило громадное значеніе для *стипуляціонныхъ документовъ*. Разъ они свидѣтельствовали объ одномъ только *обѣщаніи долга*, а не объ его *основаніи*—такъ наз. cautio indiscreta, — то уже не могли служить достаточнымъ доказательствомъ существованія обязательства.

---

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

[6]) Если отвѣтчикъ возражалъ противъ стипуляціи, что валюта была обѣщана, но не выдана, то истецъ, безъ сомнѣнія, долженъ былъ доказать ея выдачу, l. 3, C. de non numerata pecunia 4. 30. Antoninus: Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur. a. 215. Это должно было повести къ дальнѣйшимъ выводамъ, развиваемымъ въ l. 25, § 4. D. de probat. 22. — Paulus libro 3 quaestionum: Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promisisse. Ср. l. 13. C. de non numerata pecunia 4, 30. Что именно въ l. 25, § 4, принадлежитъ самому Павлу, рѣшить трудно. Во всякомъ случаѣ, оба приведенныя опредѣленія согласны другъ съ другомъ. Разъ истецъ, предъявившій искъ на основаніи cautio indiscreta, послѣ возраженія отвѣтчика долженъ доказать обозначенную основаніемъ стипуляціи выдачу валюты, то, естественно, на него возлагается доказательство и другихъ раньше заключенныхъ обязательствъ, указанныхъ имъ какъ causa стипуляціи. Въ противномъ случаѣ онъ могъ бы весьма легко путемъ простой отговорки отдѣлаться отъ затруднительнаго и, пожалуй, невозможнаго доказательства. Впрочемъ, толкованія „пресловутой“ l. 25, § 4 D. de probat. весьма разнообразны. Ср. Windscheid, т. 2, § 318, прим. 4 и приведенныя тамъ мѣста. По нашему-же мнѣнію, упомянутыя опредѣленія являются какъ бы погребальнымъ звономъ абстрактныхъ стипуляцій въ римскомъ правѣ; Gneist: Formelle Verträge. стр. 198. Ср. также Pernice loc. cit., стр. 264.

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

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

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

2. Законъ признаетъ кромѣ того обязательную силу за переводами и торговыми письменными обязательствами, направленными на полученіе замѣнимыхъ вещей (res fungibiles), хотя бы они и не заключали въ себѣ указанія на основаніе долга [8]). Такимъ-же значеніемъ пользуются по юридическимъ обычаямъ и бумаги на предъявителя.

3. Но и помимо этихъ, указанныхъ нами, особыхъ случаевъ можно заключать *обязательства, имѣющія своимъ предметомъ опредѣленное дѣйствіе безъ указанія на его основаніе и безъ всякой зависимости отъ послѣдняго* [9]). Должна быть на лицо лишь воля контрагентовъ, направленная на такое дѣйствіе. Это бываетъ, именно въ томъ случаѣ, когда кто-либо признаетъ, что онъ долженъ извѣст-

---

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

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

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

ную сумму, согласно произведенному съ контрагентомъ *разсчету*. Въ подобномъ случаѣ ясно выражена воля, что незачѣмъ обращать вниманіе на отдѣльныя части разсчета, и что важенъ лишь окончательный его результатъ. Такой же характеръ имѣетъ и *признаніе раньше существовавшаго долга* на извѣстную сумму [10]).

Итакъ, все прежнее ученіе о cautio indiscreta подвергается существеннымъ измѣненіямъ. *Долговая расписка, не указывающая основаній долга, считается вполнѣ достаточнымъ доказательствомъ, если только ясно, что стороны желали заключенія, именно, абстрактной сдѣлки.* Но если изъ самой расписки наличность такого намѣренія не можетъ быть усмотрѣна, то подобная расписка и понынѣ является однимъ лишь фрагментомъ договора, значеніе котораго опредѣлится вполнѣ только въ томъ случаѣ, если будетъ доказано основаніе долга [11]) [12]).

Допускается возраженіе, что вступленіе въ абстрактное обязательство вызвано ошибкой, обманомъ или насиліемъ, а также, что въ основѣ его лежитъ запрещенная закономъ и потому недѣйствительная сдѣлка [13]). Всѣ подобные факты должны быть доказаны *должникомъ* [14]).

---

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

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

[12]) Гражд. улож. для герман. имперіи признаетъ дѣйствительными абстрактныя обѣщанія и абстрактное признаніе раньше существовавшаго долга. Но такія сдѣлки должны быть облечены въ письменную форму. Соблюденіе письменной формы не требуется, если должникъ обѣщаетъ уплатить долгъ или признаетъ долгъ по поводу сведенія разсчетовъ между сторонами или при заключеніи мировой сдѣлки §§ 780—782.

[13]) R. G. E., т. 5, стр. 124.

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

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Содержаніе и предметъ обязательства.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Сущность обязательственнаго дѣйствія.

§ 23. Содержаніе и предметъ обязательства вообще.

I. Новѣйшіе писатели обозначаютъ содержаніе обязательствъ наиболѣе общимъ терминомъ, какой только можно найти — «дѣйствіемъ».

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

Весьма важное юридическое значеніе имѣетъ разница между обязательствами, направленными на *совершеніе чего-либо* — такъ наз.

---

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

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

положительныя обязательства—и *на несовершеніе чего-либо—отрицательныя* обязательства [3]).

II. Какъ предметъ обязательства, разсматриваютъ, смотря по различнымъ точкамъ зрѣнія, либо дѣйствіе, которое должно совершиться на основаніи обязательства, либо личность должника, либо его волю или имущество, либо, наконецъ, объектъ, который долженъ быть предоставленъ въ силу обязательства [4]).

Жизнь и практика оставляютъ безъ вниманія всѣ остальныя опредѣленія и какъ предметъ обязательства разсматривается единственно то, что должно быть предоставлено въ силу обязательства. Того же взгляда придерживались и римскіе юристы. По ихъ мнѣнію, обѣщанный предметъ находится ‹in obligatione› [5]). Большинство новѣйшихъ писателей обозначаетъ вещь, на которую направлено обязательство, какъ косвенный, а самое дѣйствіе какъ прямой предметъ обязательства. Впрочемъ, они въ своихъ дальнѣйшихъ выводахъ не придерживаются этого различія. Въ самомъ дѣлѣ, подобная терминологія крайне неудобна и едва ли можетъ быть одобрена.

III. Нерѣдко должникъ одною сдѣлкою беретъ на себя обязанность предоставить *нѣсколько* предметовъ. Въ такомъ случаѣ спрашивается: представляютъ ли изъ себя эти предметы по отношенію къ договору нѣчто *единое*, или между ними существуетъ лишь случайная *связь*? Въ первомъ случаѣ мы имѣли бы дѣло съ *однимъ*, а во второмъ съ *нѣсколькими* обязательствами. Если мы въ такой сдѣлкѣ усматриваемъ одно только обязательство, то кредиторъ вправѣ отказаться отъ принятія каждаго изъ этихъ предметовъ въ отдѣльности, такъ какъ онъ можетъ требовать, чтобы предложенное должникомъ дѣйствіе обнимало *все* содержаніе обязательства. Но если въ данномъ случаѣ надо усматривать лишь соединеніе нѣсколькихъ обязательствъ, то кредиторъ обязанъ принимать и *отдѣльные* предметы,

---

[3]) Rümelin въ Archiv für civ. Praxis, т. 68, стр. 166. Въ частности, при отрицательномъ обязательствѣ не можетъ быть и рѣчи объ *уплатѣ* долга; право на искъ возникаетъ лишь съ момента нарушенія обязанности; поэтому только съ этого момента истекаетъ исковая давность, гр. ул. для герм. имп. § 198.

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

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

которые ему будутъ предложены, несмотря на то, что должникъ еще не представилъ остальныхъ, обѣщанныхъ имъ одновременно. Рѣшающее значеніе здѣсь имѣетъ намѣреніе сторонъ при заключеніи договора. Такое намѣреніе слѣдуетъ опредѣлять на основаніи особыхъ обстоятельствъ даннаго случая и изъ совокупности статей договора. Во всякомъ случаѣ, по общему правилу, извѣстное количество однородныхъ предметовъ, которые должны быть предоставлены въ одно время и которые обозначены *однимъ общимъ числомъ*, разсматривается, какъ единое содержаніе обязательства, будь то вещи замѣнимыя (fungibiles) или незамѣнимыя (non fungibiles) [6]).

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

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

а) Подъ притязаніями о возвращеніи слѣдуетъ разумѣть право требовать выдачи такихъ предметовъ, *которые принадлежатъ кредитору;* напр., вещи, находящіяся на рукахъ у депозитарія, у повѣреннаго, у опекуна, у управляющаго дѣлами безъ полномочія; сюда относится точно такъ же право требовать выдачи того, что должно было бы оставаться собственностью кредитора, какъ напр., всего, чего другой контрагентъ добился путемъ насилія, обмана или, вообще, безъ надлежащаго правового основанія.

Требованія этого рода распространяются на всю прибыль, которую предметъ обязательства принесъ во время своего нахожденія у должника, а именно на плоды и проценты, которые послѣдній пріобрѣлъ. Въ какой мѣрѣ должникъ обязанъ возмѣстить плоды и проценты, которые онъ *могъ бы* вообще получить, зависитъ отъ обстоятельствъ каждаго даннаго случая, въ особенности, отъ добросовѣстности или недобросовѣстности владѣльца. Но, во всякомъ случаѣ, послѣдній, по общему правилу, обязанъ возмѣстить т.-н. фиктивный доходъ, т.-е. уплатить обычную въ данномъ *мѣстѣ* и данное

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

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

время наемную плату или обычные проценты, какъ выгоду отъ пользованія (usus) или потребленія (consumptio) предмета[8]).

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

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

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

Обязательства дѣлимы, когда ихъ дѣленіе возможно безъ ихъ уничтоженія и уменьшенія ихъ цѣнности; въ противномъ случаѣ, они недѣлимы.

---

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

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

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

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

[12]) Выше, т. 1, § 133.

[1]) Особаго вниманія заслуживаетъ трудъ Ubbelohde: Die Lehre von den untheilbaren Obligationen, 1862. Тамъ можно найти указанія на старую литературу стр. XXIII; ср. кромѣ того Steinlechner: juris communio, III. I. §§ 19 и

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

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

1. Обязательства, предметъ которыхъ составляетъ «dare» *обыкновенно дѣлимы* [2]). Это бываетъ преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство направлено на предоставленіе извѣстнаго *количества* вещей, напр., суммы денегъ, 10 лошадей одной породы. Здѣсь дѣленіе производится соотвѣтственно числу предметовъ — numero.

Право на «dare» вещи индивидуально опредѣленной—species— также дѣлимо на идеальныя части. Впрочемъ, такое дѣленіе иногда не-

---

20, Rümelin: Die Theilung der Rechte §§ 19 сл. и въ Iherings Jahrb., т. 28, стр. 434, Scheurl: Theilbarkeit стр. 81 и сочиненія, указанныя у Windscheid, т. 2, § 253, кромѣ того Alf. Terranaz: studio sulle obligatione, divisibili ed indivisibili 1891. Ubbelohde замѣчаетъ въ § 1: „Ученіе о недѣлимыхъ обязательствахъ можетъ быть отнесено къ самымъ запутаннымъ отдѣламъ пандектнаго права". Едва ли въ этомъ можно сомнѣваться. Но мы не можемъ согласиться съ тѣмъ, что причину этого слѣдуетъ искать въ томъ, „что для установленія упомянутаго понятія требуется необычайная степень строгой и продолжительной абстракціи, и что еще въ большей степени нужна эта абстракція, чтобы съ увѣренностью примѣнить это понятіе къ дѣлу". Причину запутанности упомянутаго ученія, какъ намъ кажется, скорѣе можно найти въ томъ, что его часто понимаютъ черезчуръ абстрактно, схематически, безъ вниманія къ жизни и ея потребностямъ.

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

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

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

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

2. Обязательства, направленныя на «facere» или «non facere», обыкновенно *недѣлимы*. Но это правило не безъ исключеній. Слѣдуетъ только рѣшать каждый разъ, возможно ли дѣленіе обязательства безъ вреда для его сущности и цѣнности.

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

Точно такъ же считается недѣлимымъ обязательство, имѣющее своимъ предметомъ *передачу опредѣленнаго земельнаго участка* [3]),

[3]) l. 72. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 20 ad edictum: Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus ceterarumque servitutium; idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Уже издавна прилагали всякія старанія, чтобы устранить путемъ толкованія упоминаніе о „fundum tradi“. Конечно, нельзя не согласиться, что оно не гармонируетъ съ господствующимъ взглядомъ на дѣлимость обязательствъ, направленныхъ на „dare“ вещи—species, и съ тѣмъ принципомъ, который признаетъ и самъ Ульпіанъ—напр. въ l. 9, § 1.

а слѣдовательно обязательство, направленное на передачу всякой species, въ особенности движимой вещи. Внутреннее противорѣчіе этого взгляда съ признаніемъ дѣлимости обязательствъ, направленныхъ на «dare» вещи, индивидуально опредѣленной (species), очевидно. Но спрашивается, не здраво ли само по себѣ такое воззрѣніе? Кто съ этимъ соглашается и въ немъ усматриваетъ болѣе передовой и раціональный принципъ, тотъ, конечно, долженъ для современнаго права *признать недѣлимымъ всякое вообще обязательство, имѣющее своимъ предметомъ предоставленіе species.*

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

Юридическое значеніе недѣлимыхъ обязательствъ опредѣляется слѣдующими положеніями:

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

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

D. de solutionibus. 46. 3. Но развѣ эта теорія была настолько раціональна и безспорна, что Ульпіанъ непремѣнно долженъ былъ придерживаться аналогичнаго взгляда по поводу обязательствъ, направленныхъ на „facere“? Ubbelohde, loc cit., стр. 40, прим. 7 предложилъ читать fundum „radi“ вмѣсто „tradi“, но онъ самъ вполнѣ основательно не дѣлаетъ изъ этого никакихъ дальнѣйшихъ выводовъ. Ср. впрочемъ Brinz: Pandekten, т. 2, стр. 66, прим. 7.

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

[5]) l. 25, § 9. D. fam. erc. 10. 2. Paulus libro 23 ad edicum... omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet, ср. l. 4, § 3. D. si serv. vind. 8. 5 и l. 54, § 1. D. de verb. obl. 45. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи § 432.

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

Впрочемъ, весьма спорно, какъ поступить въ томъ случаѣ, когда вслѣдствіе неисполненія обязательства въ пользу кредитора будетъ присуждена *денежная сумма* (litis aestimatio). *Распредѣляется* ли эта сумма между наслѣдниками должника или нѣтъ? По *нашему мнѣнію*, вопросъ этотъ слѣдуетъ рѣшить утвердительно [6]).

---

[6]) Римскіе юристы первоначально исходили изъ того положенія, что каждый должникъ, который обязанъ произвести *все* исполненіе, можетъ быть принужденъ и къ уплатѣ *всей* суммы, въ какую будетъ оцѣненъ искъ въ случаѣ неисполненія обязательства. Но такое воззрѣніе могло иногда приводить къ крайне суровымъ послѣдствіямъ. Положимъ, напр., что наслѣдникъ, получившій послѣ раздѣла наслѣдства лишь незначительную долю, принуждается тѣмъ не менѣе уплатить вполнѣ сумму, въ которую оцѣнена большая постройка, которую взялся выполнить наслѣдодатель. Павелъ пытался устранить могущую отсюда возникнуть несправедливость путемъ обезпеченій—cautiones, которыя наслѣдники должны предоставлять другъ другу при раздѣлѣ наслѣдства при помощи judicium familiae erciscundae, l. 25. § 10. D. fam. erc. 10. 2. Сверхъ того, Павелъ предоставилъ наслѣднику, уплатившему полностью по оцѣнкѣ недѣлимаго обязательства, требованіе (actio familiae erciscundae) къ сонаслѣдникамъ, освобожденнымъ его уплатою отъ обязательства, l. 2, § 2. D. de verb. obl. 45. 1. Но подобное право по отношенію къ сонаслѣдникамъ, которые, быть можетъ, уже давнымъ-давно оставили прежнее мѣсто жительства или даже сдѣлались несостоятельными, едва ли могло считаться удовлетворительнымъ. Поэтому возникла иная теорія, допускающая раздѣлъ между наслѣдниками денежной стоимости обязательства, какъ дѣлимаго долга, l. 72, pr. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 20 ad edictum... Celsus libro 38 digestorum refert: Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici, fusta aestimatione facti dandam esse petitionem. Изъ всѣхъ приведенныхъ нами опредѣленій Юстиніанова законодательства это мѣсто заслуживаетъ, по нашему мнѣнію, предпочтенія, во-первыхъ, потому, что оно приводитъ къ результатамъ, согласнымъ съ требованіями справедливости, а затѣмъ потому, что оно прямо рѣшаетъ вопросъ, между тѣмъ, какъ другія мѣста только *предполагаютъ* присужденіе сонаслѣдника къ уплатѣ полной стоимости иска, не высказываясь однако прямо за это. Съ точки зрѣнія Юстиніанова права, эти мѣста безъ всякой натяжки могутъ быть отнесены къ случаю, гдѣ одинъ изъ наслѣдниковъ, чтобы предупредить иски къ своимъ сонаслѣдникамъ, добровольно принимаетъ на себя уплату полностью денежной стоимости обязательства. Впрочемъ, что вся тенденція римскаго права была направлена на раздѣлъ денежной оцѣнки обязательства, это доказываетъ также l. 11, § 3, l. 6, § 1 D. de aqua 39. 3.—Новѣйшіе изслѣдователи пытаются, главнымъ образомъ, устранить вышеприведенную l. 72. Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 358 сл. — полагаетъ, что Celsus привелъ мнѣніе Туберона просто, какъ „литературный курьезъ“, какъ „почти забытую странность“, Ubbelohde, стр. 90, полагаетъ, что юристы въ l. 72 имѣли въ виду исключительный случай—именно, что исполненіе обязательства

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Различныя категоріи предметовъ обязательства.

§ 25. Species и genus, какъ предметы обязательства.

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

Объектомъ обязательства, направленнаго на species, является *только* извѣстный предметъ, опредѣленный индивидуальными признаками, такъ что обязательство прекращается, если этотъ предметъ погибнетъ вслѣдствіе несчастнаго случая. Другими словами: *при обязательствѣ, направленномъ на species*, рискъ падаетъ на вѣрителя [2]).

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

Обязательство, направленное на genus, устанавливаетъ рамки, въ предѣлахъ которыхъ должно произойти исполненіе. Но *предметъ обязательства и предметъ исполненія*—не одно и то же. Предметомъ *обязательства* является *родъ*, порода, а предметомъ *исполненія* — всегда *опредѣленный индивидуумъ*. Поэтому должникъ можетъ предложить кредитору и такую вещь, которая послѣднему принадлежала во время заключенія договора, а впослѣдствіи перестала быть его собственностью. Этому нисколько не препятствуетъ правило, что обѣ-

---

сдѣлалось невозможнымъ еще при жизни наслѣдодателя по его винѣ. Но на это въ данномъ мѣстѣ нѣтъ даже намека. Тѣмъ не менѣе и Windscheid—т. 2, § 299, прим. 7—находитъ вполнѣ возможнымъ согласиться съ этимъ объясненіемъ. Наконецъ, Vangerow, т. 3, § 567, прим. 2 допускаетъ различіе между обязательствами, направленными на „dare“ и на „facere“. Большая часть прежнихъ писателей въ области общегерманскаго права высказалась за раздѣлъ денежной стоимости иска; этотъ взглядъ, такимъ образомъ, считается „господствующимъ“. Того же мнѣнія Terrana, loc. cit., стр. 77. Ср. также его литературныя указанія.

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

[2]) То же самое выражаетъ поговорка: „species perit ei cui debetur“; къ этому еще прибавляютъ: „genus perire non censetur“.

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

щаніе кредитору его собственной вещи недѣйствительно. Напр., лицо заключаетъ съ барышникомъ договоръ о покупкѣ лошади, не опредѣливъ ея индивидуально. Вслѣдъ затѣмъ оно продаетъ какую-либо свою лошадь третьему лицу, которое въ свою очередь перепродаетъ ее барышнику. Послѣдній во исполненіе первоначальнаго договора съ А представляетъ ему эту лошадь. Отъ принятія ея А не можетъ отказаться, если только она принадлежитъ къ указаннымъ въ договорѣ роду и породѣ. Вѣдь была продана не данная лошадь, а «лошадь» вообще [4]).

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

Несчастный случай, постигшій вещь, подлежащую выдачѣ, *не освобождаетъ должника отъ обязательства, если предметомъ послѣдняго является genus.* Это правило примѣняется и тогда, когда погибнутъ магазинъ или фабрика, изъ которыхъ купецъ или фабрикантъ намѣревались доставить обѣщанный въ договорѣ товаръ, такъ какъ, несмотря на несчастный случай, должникъ можетъ добыть товаръ изъ другого источника и исполнить обязательство. Исключеніе допускается лишь тамъ, гдѣ договоръ былъ направленъ на товаръ *именно* погибшаго склада или завода. Впрочемъ, если исчезнетъ весь родъ вещей, указанныхъ въ обязательствѣ, то должникъ освобождается

---

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

[5]) l. 72, § 5. D. de solut. 46. 3. H. G. B. art. 335 предписываетъ, чтобы при торговыхъ сдѣлкахъ въ сомнительныхъ случаяхъ доставлялся товаръ средняго сорта и качества; впрочемъ, это правило не распространяется на тѣ случаи, гдѣ оно не согласуется съ самымъ договоромъ или съ торговыми обычаями. Само собой разумѣется, что должникъ опредѣляетъ тотъ индивидуальный предметъ, который онъ долженъ представить для исполненія обязательства, и весьма рѣдки тѣ случаи, когда при обязательствѣ, направленномъ на genus, предоставленъ кредитору выборъ индивидуальнаго предмета, который долженъ быть ему выданъ.

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

вслѣдствіе невозможности исполненія. Но подобные случаи, конечно, весьма рѣдки [7]).

Рискъ слагается съ должника, какъ только онъ *исполнитъ* все, къ чему былъ обязанъ по договору, напр., отошлетъ проданный товаръ изъ мѣста исполненія къ покупателю или безуспѣшно предложитъ исполненіе, и, такимъ образомъ, окажется просрочка на сторонѣ вѣрителя [8]).

Предметъ обязательства не имѣетъ характера genus, а является лишь *особымъ видомъ species*, если обѣщана *часть извѣстной массы* или какой-нибудь *предметъ* изъ числа вещей, опредѣленныхъ по мѣстонахожденію, по принадлежности къ одному наслѣдству или по инымъ подобнымъ признакамъ [9]). Вѣдь понятіе рода опредѣляется внутренними качествами товара, а не случайными и преходящими отношеніями предметовъ между собою. Согласно съ этимъ обязательства указаннаго вида подчиняются инымъ правиламъ, чѣмъ обязательства, имѣющія своимъ предметомъ genus. Должникъ здѣсь отвѣчаетъ за всякую неосторожность, напр., при охранѣ вещей, что не соблюдается при обязательствахъ, направленныхъ на genus. Случайное уничтоженіе всей массы освобождаетъ должника отъ обязательства.

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

1. *Подъ деньгами мы разумѣемъ такіе предметы, которые находятся въ общемъ употребленіи для оцѣнки имущественныхъ объ-*

---

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

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

[9]) Многіе разсматриваютъ подобныя отношенія, какъ обязательства, имѣющія своимъ предметомъ genus. Такого мнѣнія держится, напр., Windscheid, т. 2, § 255. Всякое обязательство выдать вещь, опредѣленную лишь „общими признаками“, онъ признаетъ вообще за обязательство, направленное на genus. Согласно этому опредѣленію продажу той изъ принадлежащихъ мнѣ коровъ, у которой бѣлое пятно на шеѣ, надо разсматривать, какъ обязательство, направленное на genus. Противнаго мнѣнія держится, напр., Brinz, т. 2, § 100, который въ прим. 6 приводитъ относящуюся къ этому вопросу литературу. Въ 7 изданіи своего учебника Windscheid прибавляетъ: „признаки, которые не являются индивидуальными“.

[1]) Относительно денежныхъ обязательствъ ср. главнымъ образомъ, Pfeiffer: Praktische Ausführungen, т. 1, статья 7, Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 403.,

ектовъ и въ качествѣ ихъ эквивалента. Назначеніе денегъ—быть орудіемъ обмѣна. Такое значеніе онѣ получаютъ, главнымъ образомъ, въ силу той цѣны, которую имъ придаетъ гражданскій *оборотъ.*

На помощь обороту приходитъ и *государство* со своими постановленіями [2]). Оно предписываетъ, что извѣстные предметы должны признаваться деньгами и, какъ таковыя, *должны быть принимаемы при платежахъ* [3]). Оно этимъ создаетъ *деньги въ тѣсномъ смыслѣ слова—государственныя деньги,* или *валюту.* Вполнѣ и въ совершенствѣ государство достигаетъ своей цѣли, конечно только тогда, когда его оцѣнка, по крайней мѣрѣ, въ общихъ чертахъ, согласуется съ общественнымъ мнѣніемъ. Въ такомъ случаѣ и гражданскій оборотъ охотно приноравливается къ регламентаціи, со всѣми ея частностями, и даже видитъ для себя существенное удобство въ твердо установленной государствомъ монетной системѣ. Но если оцѣнка государства стоитъ въ явномъ противорѣчіи съ оцѣнкой дѣйствительной жизни, это влечетъ за собой крайне ненормальныя явленія. Предписаніе закона можетъ повысить цѣнность денегъ путемъ принужденія лишь до извѣстной степени. Поэтому гражданскій оборотъ, требо-

---

сл., Hartmann: Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes, 1868, его же въ Archiv für civ. Praxis, т. 65, статья 6 „Internationale Geldshulden", Goldschmidt: Handelsrecht, 1 изд., т. 1, разд. 2, стр. 1061. Тамъ же находятся и указанія литературы. Кромѣ того интересныя догматически-историческія свѣдѣнія сообщаетъ Hartmann loc. cit., стр. 117 сл. Изъ трудовъ послѣдняго времени слѣдуетъ упомянуть Hasner: Zur Lehre vom Gelde въ Grünhuts Zeitschrift, т. 7, статья 7 и Bekker: Ueber die Couponsprocesse, 1881; Bekker: Pandekten, т. 1, § 75; Schey: Obligationsverhältnisse, т. 1, стр. 108; Regelsberger: Pandekten, т. 1, §§ 104—106.

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

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

ванія котораго не приняты во вниманіе государствомъ, будетъ искать своего нерегулированнаго закономъ исхода.

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

3. Обыкновенно денежный долгъ, подлежащій погашенію въ извѣстной странѣ, уплачивается въ *мѣстной валютѣ*. Это правило распространяется и на такія денежныя обязательства, которыя, будучи заключены за границей и по валютѣ заграничной, подлежатъ исполненію въ отечествѣ; ихъ только приходится переводить на деньги того же государства по курсу, соотвѣтствующему данной мѣстности и времени.

При платежѣ обыкновенно не дѣлаютъ различія между отдѣльными видами признанныхъ государствомъ денегъ. Такимъ образомъ, лицо, задолжавшее 100 рублей, можетъ уплатить свой долгъ и имперіалами, и, наоборотъ, задолжавшее имперіалы, рублями.

Государство, создавая свои государственныя деньги, не запрещаетъ однако пускать въ обращеніе и другія, такъ наз. «*вольныя*» деньги *установленныя оборотомъ и обычаемъ*. Таковыми являются, напр., въ Германіи билеты государственнаго казначейства, которые однако по закону при платежахъ частнымъ лицамъ не могутъ быть навязаны противъ воли [4]), сюда же, далѣе, относятся банковые билеты, а также, въ извѣстныхъ предѣлахъ, и иностранныя монеты.

Дѣйствительно, вольныя деньги встрѣчаются въ обращеніи, разсматриваются и принимаются, какъ и государственныя деньги; но обязательнымъ средствомъ уплаты по частнымъ долгамъ онѣ являются лишь въ томъ случаѣ, когда это было особо условлено [5]).

---

[4]) Государственныхъ бумажныхъ денегъ въ собственномъ смыслѣ, которыя бы частныя лица были обязаны принимать при платежахъ, въ Германіи нѣтъ. Но билеты государственнаго казначейства должны приниматься при платежахъ по номинальной стоимости всѣми казначействами Германской имперіи и отдѣльныхъ союзныхъ государствъ. Ср. законъ о выпускѣ билетовъ государственнаго казначейства отъ 30 апр. 1874 г. Точно такъ же и билеты государственнаго банка не считаются государственными деньгами; законъ 14 марта 1875 г.

[5]) Windscheid, т. 2, § 256 подъ лит. b. β. утверждалъ: „За недостаткомъ препятствующихъ этому законовъ или обычаевъ, должна приниматься всякая монета, имѣющая свой курсъ на мѣстѣ платежа, безъ различія между мѣстной и иностранной монетой“. Но это не предписывается никакимъ закономъ, а въ спорныхъ случаяхъ не можетъ быть признано также за намѣреніе сторонъ при

4. Весьма трудные вопросы возникаютъ, если существуетъ разница между цѣнностью, которую признаетъ за монетой государство, и той, которую ей придаетъ оборотъ.

Различаютъ три вида стоимости денегъ:

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

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

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

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

Гораздо большее значеніе можетъ имѣть disagio между номинальной и *курсовой* цѣной. Вслѣдствіе этого *мѣновая цѣнность* данной монеты становится меньше, чѣмъ она должна быть по волѣ государства. Такъ, напр., бумажныя деньги первой французской республики—ассигнаціи—внезапно упали по курсу, и тогда едва можно было купить за стофранковую ассигнацію то, что продавалось за нѣсколько серебряныхъ франковъ. Но уменьшается ли вмѣстѣ съ пониженіемъ курсовой цѣнности денегъ и ихъ *способность быть орудіемъ платежа?* Многіе рѣшаютъ этотъ вопросъ утвердительно. На первый взглядъ кажется крайне несправедливымъ, чтобы долгъ, полученный полноцѣнной монетой, былъ уплаченъ деньгами, которыхъ курсовая цѣна пала и покупная способность уменьшилась. Тѣмъ не менѣе съ этимъ слѣдуетъ помириться. Вѣдь прямое назначеніе государственныхъ денегъ—быть въ интересахъ оборота орудіемъ платежа, не зависящимъ отъ временныхъ колебаній. Въ этомъ смыслѣ и присвоенъ имъ принудительный курсъ. Отсюда вытекаютъ

заключеніи обязательства. Кредиторъ обыкновенно выговариваетъ для себя устойчивыя деньги, а не такія, цѣнность которыхъ колеблется по днямъ и даже по часамъ. Послѣ своего 6 изданія Windscheid существенно измѣнилъ свое мнѣніе.

существенныя выгоды для оборота. Что же касается нѣкоторыхъ неудобствъ, возможныхъ при исключительныхъ условіяхъ, то съ ними приходится мириться, коль скоро государственныя деньги должны вполнѣ соотвѣтствовать своему назначенію [6]).

Если же должнику предоставлено совершить платежъ *вольными* деньгами, то въ основаніи разсчета должна лежать *курсовая цѣна,* такъ какъ понятіе вольныхъ денегъ опредѣляется гражданскимъ оборотомъ.

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

Подобныя обязательства имѣютъ двоякое значеніе: они являются или видоизмѣненіемъ обыкновенныхъ денежныхъ обязательствъ или обязательствами, исключительно направленными на уплату извѣстнаго вида денегъ [7]).

а) Первая категорія представляетъ изъ себя обыкновенное *денежное обязательство,* по которому уплата должна быть произведена опредѣленнымъ видомъ денегъ. Изъ этого вытекаетъ, что, если обусловленный обязательствомъ видъ денегъ исчезнетъ изъ обращенія, то долгъ не считается прекратившимся и только долженъ быть уплаченъ другимъ видомъ денегъ [8]).

---

[6]) Savigny, loc. cit., исходитъ изъ того, что отъ всеобщаго признанія зависитъ, что, именно, считать деньгами и въ какой степени, т.-е. какъ высоко должна простираться ихъ цѣнность. Поэтому, именно, курсовая цѣна, какъ единственное истинное мѣрило содержанія денежнаго обязательства, непосредственно вытекаетъ изъ общей природы денегъ. Но взглядъ Savigny—односторонень. Одна только курсовая цѣна не можетъ удовлетворять требованіямъ жизни, нуждающимся въ „publica ac perpetua aestimatio", l. 1, pr. D. de contr. empt.—см. выше пр. 2; чеканкой монеты государство задаетъ себѣ и выполняетъ высшую задачу—установить твердую и постоянную цѣнность денегъ. Это подробно выяснено Hartmann'омъ и Goldschmidt'омъ loc. cit. Совсѣмъ иное дѣло, когда безъ измѣненія названія уменьшена цѣна монеты по своему отношенію къ другой, новой валютѣ. Въ такомъ случаѣ при уплатѣ долга, полученнаго при существованіи прежней валюты, съ момента введенія новой принимаются въ соображеніе происшедшія измѣненія. Вѣдь новая монета несмотря на то, что она сохранила старое названіе, является совсѣмъ иною, чѣмъ прежняя.

[7]) Deutsche Wechselordnung, art. 37, H. G. B. art. 336. Обязательствъ, направленныхъ исключительно на опредѣленный видъ денегъ, касается l. 99. D. de solut. 46. 3, Paulus libro 4 responsorum: Respondit debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit.

[8]) Долгъ долженъ быть уплаченъ по той стоимости, какую данная монета имѣла въ то время, когда она по предписанію закона прекратила свое существованіе, см. Windscheid, т. 2, § 256, прим. 31.

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

Наконецъ, предметомъ обязательства могутъ быть *опредѣленныя отдѣльныя монеты*. Въ такомъ случаѣ обязательство направлено на *species*, а не на деньги въ собственномъ смыслѣ слова.

§ 27. Альтернативныя обязательства.

Обязательства бываютъ или простыя, или альтернативныя.

Сущность альтернативнаго обязательства заключается въ томъ, что для его исполненія можетъ быть предоставленъ одинъ изъ указанныхъ въ договорѣ предметовъ [1]) напр., или сѣрая или вороная лошадь [2]). Предметы альтернативнаго обязательства могутъ быть опредѣлены индивидуальными или родовыми признаками. Хотя должникъ уже связанъ однимъ заключеніемъ альтернативнаго обязательства, но относительно исполненія ему предоставленъ еще извѣстный просторъ [3]). Оба объекта, хотя альтернативно, являются предметами обязательства. Изъ этого слѣдуетъ, что должникъ отвѣчаетъ за вину въ обращеніи съ каждымъ изъ этихъ предметовъ. Но представленъ въ исполненіе обязательства долженъ быть лишь одинъ изъ нихъ [4]).

Нѣтъ необходимости, чтобы въ альтернативномъ обязательствѣ

---

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

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

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

[4]) Ср. ниже прим. 12. Bernstein—alternativer Wille—предлагаетъ слѣдующій вопросъ: какая нерѣшительность имѣетъ мѣсто въ состояніи альтернативнаго обязательства: суспенсивная или резолютивная? Другими словами, находится ли

содержались точныя опредѣленія относительно выбора предмета исполненія, но оно можетъ подробнѣе регулировать этотъ вопросъ.

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

Альтернативныя обязательства такого рода могутъ превратиться въ простыя:

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

b) Вслѣдствіе просрочки въ исполненіи (mora) должникъ еще не теряетъ права выбора между различными предметами обязательства. Поэтому вѣритель долженъ подавать искъ, а судья постановлять рѣшеніе—альтернативно. Но если и судебное рѣшеніе останется безъ послѣдствій, то кредиторъ можетъ, съ своей стороны, выбрать одинъ изъ предметовъ обязательства и такимъ образомъ сосредоточить на немъ свое требованіе [9]. Это вытекаетъ изъ самаго понятія альтернативнаго обязательства, ибо предполагается, что стороны,

---

въ неизвѣстности, что *сдѣлается*, или что *останется* предметомъ обязательства? По нашему мнѣнію, ни одна изъ этихъ альтернативъ не вѣрна. Съ самаго момента заключенія договора обязательство уже налицо и обнимаетъ, хотя альтернативно, оба предмета. При нормальномъ положеніи обязательство сохраняетъ этотъ характеръ до момента исполненія, которое происходитъ путемъ представленія одного изъ указанныхъ предметовъ. Такъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ и Павелъ—libro 10 quaestionum l. 128. D. de verb. obl. 45. 1... utraque res ad obligationem ponitur non ad solutionem. Ср. выше § 2, гдѣ доказывается, что предметъ обязательства и предметъ исполненія отнюдь не всегда тожественны.

[5]) l. 138, § 1 D. de verb. obl. 45. 1.

[6]) Указанное правило распространяется и на сдѣлки купли-продажи. l. 34 § 6. D. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro 33 ad edictum: Si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus“, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est; et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Ср. l. 25, pr. D. eod.

[7]) Въ римскомъ правѣ этого можно было достигнуть лишь съ помощью exceptio pacti de non petendo, т.-е. отказа отъ требованія, направленнаго на одинъ изъ предметовъ обязательства.

[8]) Въ этихъ предѣлахъ нельзя согласиться съ рѣшеніемъ вопроса въ l. 26, § 13. D. de cond. indeb. 12. 6, l. 2, § 1. D. de verb. obl. 45. 1. Правда, взгляды

заключая подобную сдѣлку, косвенно выразили свое согласіе на такой исходъ. Въ самомъ дѣлѣ, нельзя же предоставлять должнику возможность парализовать своимъ бездѣйствіемъ приведеніе судебнаго рѣшенія въ исполненіе, такъ какъ послѣднее невозможно, пока неизвѣстно, что̀ именно кредиторъ въ правѣ взыскивать.

c) Наконецъ альтернативное обязательство превращается въ простое вслѣдствіе *гибели* одного изъ предметовъ или вслѣдствіе *невозможности* его представленія по какой-либо иной причинѣ. Тогда должникъ обязанъ представить предметъ, оставшійся налицо. Но если и послѣдній погибнетъ вслѣдствіе несчастнаго случая, то должникъ освобождается отъ обязательства. Такимъ образомъ, *рискъ гибели одного изъ предметовъ обязательства падаетъ на должника, а другого—на кредитора* [10]).

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

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

на данный вопросъ крайне разнообразны. См., съ одной стороны, Jhering'a въ его Jahrbüchern, т. 1, стр. 31, съ другой, Windscheid'a т. 2, § 255, прим. 9. Относительно литературы объ этомъ спорномъ вопросѣ ср. указанія Arndts'a Pandekten, § 204, прим. 3. Franz Leonhard въ Jherings Jahrb. т. 41, стр. 8.

[9]) Ср. l. 11, § 1. D. de leg. II, кромѣ того R. G. E., т. 12, стр. 144; тамъ указана и литература по данному вопросу.

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

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

[12]) l. 95, § 1. D. de sol. 46. 3. Papinianus libro 28 quaestionum: Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aeque peti poterit, enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio po-

2. Если альтернативное обязательство содержитъ точныя указанія относительно выбора, то они, конечно, имѣютъ рѣшающее значеніе. Подобными указаніями выборъ можетъ быть предоставленъ должнику, вѣрителю или третьему лицу.

Право выбора, предоставленное кредитору, разсматривается обыкновенно, какъ существенная часть требованія, переходящая вмѣстѣ съ обязательствомъ къ преемнику въ правѣ, а, слѣдовательно, и къ цессіонарію [13]).

Въ случаѣ предоставленія выбора третьему лицу считается обыкновенно необходимымъ его личное рѣшеніе, которое имѣетъ вмѣстѣ съ тѣмъ значеніе условія самаго договора [14]).

Обыкновенно, *установленное договоромъ право выбора* исчерпывается *однократнымъ заявленіемъ*, сдѣланнымъ контрагенту той стороной, которой это право принадлежитъ [15]). Но въ договорѣ мо-

---

test, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem, sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur. Это мѣсто двусмысленно. Имъ можно пользоваться, какъ доказательствомъ для обѣихъ противоположныхъ теорій альтернативныхъ обязательствъ. Bernstein: Zur Lehre vom alternativen Willen изъ отказа въ искѣ ex stipulatu выводитъ заключеніе, что „вещь, погибшая по винѣ должника, не была предметомъ обязательства, а другая вещь, на которую дѣйствительно было направлено обязательство, погибла случайно“. Онъ видитъ въ этомъ убѣдительный аргументъ, что въ альтернативномъ обязательствѣ не оба предмета in obligatione, а только одинъ и притомъ еще неизвѣстно который. Но спрашивается, какъ объясняетъ онъ допущеніе actio doli? „Папиніанъ, говоритъ онъ, пытается удовлетворить справедливости на счетъ послѣдовательности, прибѣгая къ actio doli, какъ къ крайнему средству, которое въ большинствѣ случаевъ не можетъ привести ни къ какимъ результатамъ“. Такой взглядъ Папиніану приписывается неправильно. Допускаемая имъ actio doli основывается на томъ, что, по его предположенію, должникъ нарушилъ свою обязанность, вытекающую изъ договора, несмотря на то, что она по буквѣ закона (jus strictum) уже больше не признается. Если бы *по смыслу договора* должникъ не былъ ничѣмъ связанъ по отношенію къ уничтоженному по его винѣ предмету, то не было бы никакого основанія дѣлать его отвѣтственнымъ передъ кредиторомъ за дурное съ этимъ же предметомъ обращеніе. Поэтому слѣдуетъ согласиться съ Windscheid, § 255, прим. 14 и Pescatore, привед. сочин., стр. 231, которые признанную современнымъ правомъ обязанность возмѣщать убытки выводятъ изъ самаго договора. Такой взглядъ находитъ себѣ оправданіе лишь въ основной мысли, что in obligatione находятся оба предмета, а in solutione—одинъ.

[13]) Ср. по этому поводу Pescatore, l. c., стр. 239, съ которымъ только и слѣдуетъ согласиться.

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

[15]) Иного мнѣнія Pescatore, loc. cit., стр. 251. Но предоставленное въ силу договора правомочіе можетъ осуществляться всего только одинъ разъ. Windscheid—

БИБЛІОТЕКА * Ученаго Комитета Мин. Фин. *

жетъ быть установлено и право *измѣнять* выборъ до исполненія обязательства [16]).

Если кредиторъ, имѣя право выбора, медлитъ съ нимъ до наступленія срока исполненія, то должникъ, какъ правильно полагаютъ, можетъ предложить любой изъ предметовъ альтернативнаго обязательства и, сдавъ его въ присутственное мѣсто, освободиться отъ своей отвѣтственности. Вѣдь нельзя допустить, да это было бы и несправедливо, чтобы кредиторъ могъ препятствовать должнику избавиться отъ своего долга [17]).

Отъ альтернативныхъ обязательствъ слѣдуетъ отличать такія сдѣлки, гдѣ должникъ можетъ освободиться отъ обязанности предоставить *единственный* предметъ обязательства путемъ предложенія другого предмета; иной характеръ имѣютъ и такія сдѣлки, гдѣ кредиторъ вмѣсто указаннаго въ обязательствѣ предмета можетъ требовать что-либо другое—т. н. *facultas alternativa* должника или кредитора [18]).

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Особые предметы обязательства.

I. Проценты.

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

I. *Подъ процентами* [2]) *разумѣютъ извѣстный взносъ деньгами или иными замѣнимыми вещами, уплачиваемый лицомъ, которое задолжало капиталъ, состоящій изъ денегъ или другихъ предметовъ, находящихся*

т. 2, § 255 прим. 9—полемизируя противъ меня, упускаетъ изъ виду, что я различаю одинъ случай, когда *въ договорѣ нѣтъ никакихъ указаній* на выборъ, отъ другого, когда *право выбора опредѣлено* договоромъ.

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

[17]) Противоположный взглядъ защищаетъ Windscheid, т. 2, § 346, прим. 10 и Pescatore, стр. 256, гдѣ указана и литература вопроса. Иного мнѣнія и R. G. E. т. 30, стр. 99 и Hirsch: für Revision der L. v. Gläubigerverzuge 1895, стр. 155.

[18]) Ср. Regelsberger въ Jherings Jahrb. т. 16, статья 3.

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

[2]) Господствующее мнѣніе признаетъ проценты лишь въ томъ случаѣ, когда главный долгъ состоитъ изъ денегъ или замѣнимыхъ вещей. Но Petrażycki, loc cit.,

въ оборотъ; проценты являются долгомъ на ряду съ капиталомъ и, продолжая нарастать за все время существованія капитальнаго долга, представляютъ изъ себя доходъ отъ капитала [3]).

Проценты исчисляются за извѣстные періоды времени въ размѣрѣ опредѣленнаго количества денегъ съ каждой сотни капитала. За единицу времени при исчисленіи процентовъ римляне принимали мѣсяцъ, а не годъ, какъ это дѣлается теперь [4]).

Съ процентами не слѣдуетъ смѣшивать *ренту*, которая является предметомъ долга *не на ряду* съ капиталомъ. Съ другой стороны, *дивидендъ*, напр., съ акцій, отличается тѣмъ, что онъ является долей въ чистой прибыли, такъ что требовать дивидендъ можно лишь въ томъ случаѣ, если такая прибыль окажется; напротивъ, проценты являются такимъ взносомъ, который должникъ обязанъ выплачивать независимо отъ того, приноситъ ли ему прибыль чужой капиталъ или нѣтъ [5]).

---

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

[3]) О процентахъ, состоящихъ въ представленіи хлѣба, упоминаетъ l. 11 и l. 16. C. h. t. 4. 32. Противъ господствующаго опредѣленія, по которому проценты составляютъ „вознагражденіе“ за пользованіе капиталомъ, состоящимъ въ деньгахъ или замѣнимыхъ вещахъ, ср. Petrazycki, т. 2 § 25.

[4]) Единицей при исчисленіи процентовъ въ Римѣ служитъ 1 процентъ въ мѣсяцъ—usurae centesimae=12% въ годъ. Меньшій размѣръ процентовъ обозначался дробными частями usurae centesimae, при чемъ по принятому въ Римѣ способу счисленія единицей являлся „as“, а 12 „unciae“—дробью. Такъ римскіе usurae semisses соотвѣтствуютъ нашимъ 6% годовымъ, quincunces—5%, trientes—4%, besses—8% и т. д. Такъ какъ проценты въ Римѣ обыкновенно уплачивались перваго числа (calendae) каждаго мѣсяца, то книги, въ которыя записывались процентные долги, назывались calendaria. Ср. Hecht: Röm. Kalendarienbücher, 1868.

[5]) Проценты за время устройства акціонернаго общества представляютъ

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

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

2. Проценты вмѣстѣ съ капиталомъ представляютъ *одинъ и тотъ же* долгъ, благодаря чему кредиторъ можетъ не принять уплаты капитала, если ему въ то же время не предлагаются причитающіеся проценты [6]). Далѣе, теченіе процентовъ зависитъ отъ существованія капитальнаго долга, такъ что они перестаютъ наростать, когда главнаго долга уже нѣтъ [7]). Поэтому обязанность платить проценты называютъ *добавочной*. Но проценты, срокъ платежа которыхъ уже наступилъ, являются самостоятельнымъ обязательствомъ. Поэтому обязанность уплатить ихъ не прекращается съ уничтоженіемъ главнаго долга [8]); ихъ уплаты можно добиваться путемъ особаго иска [9]).

§ 29. Договорные и законные проценты (по закону).

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

изъ себя уплату изъ самаго капитала, которая полагается акціонерамъ въ замѣнъ процентовъ во время подготовки предпріятія.

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

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

[8]) Если главный долгъ погашенъ давностью, то уже нельзя путемъ иска добиваться исполненія добавочныхъ требованій, въ частности, касающихся процентовъ и плодовъ. Это не допускается даже въ томъ случаѣ, если эти требованія, благодаря тому, что они возникли позже требованія по главному долгу, сами по себѣ еще не погашены давностью. Такой принципъ соотвѣтствуетъ цѣлесообразности, которая въ данномъ случаѣ имѣетъ существенное значеніе. Иначе пришлось бы ради процентовъ и иныхъ подобныхъ доходовъ снова поднимать вопросъ о капитальномъ долгѣ, несмотря на то, что онъ уже погашенъ давностью. l. 26, pr. C. h. t. 4. 32.

[9]) См. § 29.

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

Новѣйшіе юристы взамѣнъ этого различаютъ проценты *на основаніи договора* и *на основаніи предписанія закона*—раздѣленіе, опирающееся на римскую классификацію, но отнюдь не совпадающее съ ней.

1. *Договоры о процентахъ* снабжались въ Римѣ самостоятельнымъ искомъ лишь въ случаѣ ихъ заключенія въ формѣ стипуляціи [1]), по современному же праву они заключаются и неформально [2]).

Необходимо соглашеніе, какъ вообще относительно всѣхъ существенныхъ пунктовъ, такъ и относительно размѣра процентовъ. Но, по общему правилу, достаточно, чтобы установлены были договоромъ лишь нѣкоторыя начала для точнаго опредѣленія этихъ существенныхъ пунктовъ, напр., путемъ указанія на общепринятый въ оборотѣ размѣръ процентовъ [3]).

Нѣтъ необходимости, чтобы былъ непремѣнно установленъ срокъ платежа процентовъ. При отсутствіи особаго соглашенія само собой разумѣется, что проценты должны уплачиваться *ежегодно въ день* возникновенія главнаго долга [4]).

2. Что касается процентовъ по закону, то здѣсь слѣдуетъ различать требованія, направленныя на возвращеніе чего-либо, и

---

[1]) l. 24. D. de praescriptis verbis, 19, 5 , l. 40. D. de rebus creditis. 12. 1—lex lecta est—l. 5, § 2. D. de solut. 46. 3.

[2]) Проценты могутъ быть установлены односторонними обѣщаніями, поскольку таковыя, вообще, допускаются правомъ, l. 10. D. de pollic. 50. 12; точно также обязанность платить проценты можетъ быть установлена завѣщаніемъ, l. 3, § 6 D. de annuis legatis. 33. 1. Такимъ образомъ, если говорятъ о договорныхъ или конвенціональныхъ процентахъ, то дѣлаютъ это лишь a fortiori.

[3]) l. 41, § 2. D. de usuris. 22. 1. Если нѣтъ опредѣленія о размѣрѣ процентовъ, то возникаетъ вопросъ, значитъ ли это, что стороны молчаливо имѣли въ виду принятую въ данной мѣстности среднюю высоту процентовъ, или считается ли договоръ неполнымъ. Въ послѣднемъ случаѣ не возникаетъ обязанность платить проценты. Иного взгляда Windscheid, т. 2, § 260, прим. 5. Ср. также Petrażycki, привед. сочин. т. 2, § 24.

[4]) Ср. также выше § 28, прим. 5 въ концѣ.—Уплата процентовъ въ теченіе продолжительнаго времени можетъ повести къ такому заключенію, что между сторонами состоялось соглашеніе относительно процентности обязательства, l. 6, pr. D. h. t. 22. 1. Но едва ли можно въ этомъ усматривать пріобрѣтеніе права на проценты путемъ давности, какъ полагали прежде. Римскому праву было чуждо владѣніе правомъ на проценты, которое могло бы быть однимъ изъ условій давности.

требованія, имѣющія своей цѣлью предоставленіе чего-либо впервые [5]) [6]).

При требованіяхъ, направленныхъ на *возвращеніе чего-либо*, напр., вслѣдствіе negotiorum gestio или неправильнаго обогащенія, обязанность платить проценты является *частью содержанія самаго обязательства*.

Здѣсь должнику для полнаго исполненія самаго обязательства предписывается прежде всего уплатить проценты, которые онъ получилъ съ чужого капитала [7]), затѣмъ тѣ, которые онъ долженъ былъ бы извлечь изъ этого капитала въ пользу кредитора [8]), и, наконецъ, такъ наз. фиктивные проценты за то, что онъ употребилъ капиталъ въ свою собственную пользу [9]).

Точно также всякій затративший въ пользу другого лица свое имущество, при требованіи его обратно, имѣетъ право на проценты съ издержанныхъ имъ денегъ или съ денежной стоимости затраченныхъ матеріаловъ, такъ наз. проценты съ затратъ; въ противномъ случаѣ онъ не получилъ бы полнаго возмѣщенія [10]).

3. Напротивъ, при требованіяхъ, направленныхъ на *предоставленіе чего-либо впервые*, обязанность платить проценты, поскольку она не была установлена въ самомъ договорѣ, возникаетъ лишь, какъ долгъ *второстепенный*, т.-е., если наступитъ событіе, увеличивающее размѣръ первоначальнаго обязательства.

Однимъ изъ такихъ событій является, прежде всего, *просрочка* со стороны должника. Въ этомъ случаѣ кредиторъ пріобрѣтаетъ право искать вознагражденія своего интереса, въ частности, возмѣщенія того дохода, котораго онъ лишился вслѣдствіе промедленія;

---

[5]) См. выше § 23, пунктъ IV.

[6]) Господствующее мнѣніе исходитъ изъ того, что такъ наз. законные проценты могутъ имѣть мѣсто лишь при денежныхъ обязательствахъ, что совершенно неправильно, какъ это доказалъ Petražycki, привед. сочин. Ср. вышеприведенный въ § 28, прим. 3, l. 3, § 4. D. de usuris. 22. 1.

[7]) l. 27, § 1. D. de minoribus. 4. 4; l. 18, § 4, D. de neg. gest. 3. 5, l. 6, § 1. D. de pign. actione, 13. 7, l. 10, § 3. D. mandati 17. 1, Petražycky, привед. сочин., § 12.

[8]) l. 24. C. de usuris. 4. 32, l. 58, §. 1. D. de adm. tut. 26. 7, l. 27, § 1. D. de minoribus 4. 4, Petražycki, привед. сочин., § 14.

[9]) l. 10, § 3. D. mandati 17. 1, l. 28. D. depositi. 16. 3, Petražycki, привед. сочин., § 13.

[10]) l. 12, § 9. D. mandati 17. 1, l. 67, § 2. D. pro socio. 17. 2; l. 18, § 4. D. de neg. gest. 3. 5, l. 3, § 1. D. de contr. tut. act. 27. 4, Petražycki, прив. сочин., § 16. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 256.

въ силу этого онъ можетъ требовать уплаты обычныхъ въ данной мѣстности среднихъ процентовъ [11]). Практика предоставляетъ кредитору также право взыскивать съ должника такъ наз. процессуальные проценты съ момента подачи иска, какъ будто бы должникъ допустилъ просрочку [12]).

Несовершеннолѣтніе при полученіи процентовъ пользуются особой привилегіей: проценты въ ихъ пользу начинаютъ течь съ наступленіемъ срока требованія, хотя бы по упущенію опекуна напоминаніе должнику не было сдѣлано [13]). Такая же привилегія принадлежитъ и казнѣ [14]) [15]).

На основаніи особыхъ соображеній покупатель долженъ платить проценты на покупную цѣну съ момента передачи ему купленной вещи. Онъ не долженъ безвозмездно пользоваться купленной вещью и въ то же время извлекать для себя выгоды изъ покупной цѣны [16]).

II. Въ римскомъ правѣ различіе между процентами, установленными особой стипуляціей, и процентами иного рода оказывало существенное вліяніе на взысканіе ихъ судебнымъ порядкомъ.

---

[11]) Petrażycki, прив. сочин., § 15. Проценты вслѣдствіе промедленія получили начало при bonae fidei judicia, l. 2 C. depositi. 4. 34; далѣе они признавались при отказахъ l. 34. D. h. t. 22. 1; Gajus, Inst, II, § 280. По современному праву проценты вслѣдствіе просрочки имѣютъ мѣсто и при займѣ и другихъ сдѣлкахъ, которыя въ Римѣ влекли за собой лишь иски stricti juris, за исключеніемъ обѣщанія подарить l. 22. D. de donationibus. 39. 5, требованій штрафа l. 9. D. de mag. conv. 27. 8, l. 1. C. de fisc. usuris. 10. 8 и требованій процентовъ, такъ какъ не допускаются проценты на проценты. Ср. § 31 въ концѣ.

[12]) Относительно обязанности платить процессуальные проценты, см. выше выпускъ 1, § 154, прим. 18. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ не допускались проценты вслѣдствіе просрочки, процессуальные проценты тоже не имѣли мѣста. — По юстиніанову праву теченіе процентовъ прекращалось съ момента судебнаго рѣшенія, но по прошествіи 4 мѣсяцевъ оно снова начиналось въ размѣрѣ 12%, l. 1. сл., C. de usuris rei judicatae. 7. 54. Такой порядокъ не удержался въ общегерманскомъ правѣ. Savigny, т. 6, стр. 412 и приведенныя тамъ указанія на литературу. Законъ о введеніи Civilprocessordnung § 14, пунктъ 4.

[13]) l. 87, § 1. D. de leg. II., l. 3. C. in quibus causis 2, 40. Существуетъ споръ, слѣдуетъ ли считать, что должникъ несовершеннолѣтняго съ момента наступленія срока платежа находится въ состояніи полной просрочки „ex re“. Ср. ниже § 41, прим. 7. Гражд. улож. для герман. имперіи отмѣнило эту привилегію несовершеннолѣтнихъ.

[14]) Ср. выше выпускъ I, § 60, прим. 5. И этой привилегіи не знаетъ Герм. гражд. ул.

[15]) Согласно Handelsgesetzbuch, § 353, купцы при двустороннихъ коммерческихъ сдѣлкахъ могутъ начислять другъ на друга проценты съ момента наступленія срока платежа безъ предварительнаго соглашенія или напоминанія.

[16]) l. 13, §§ 20 и 21. D. de a. e. v. 19. 1., l. 18, § 1. D. h. t. 22. 1, l. 2. C. h. t. 4. 32. Ср. также Petrażycki, стр. 152. Гражд. улож. для герман. имперіи § 452.

1. Для процентовъ, основанныхъ на *отдѣльной стипуляціи*, существовали *особые иски*. Послѣдніе предъявлялись раньше иска о главномъ долгѣ, или же вмѣстѣ съ нимъ, или, наконецъ, послѣ него. На взысканіе просроченныхъ процентовъ, обѣщанныхъ особой стипуляціей, нисколько не вліяло принятіе платежа по главному долгу, или иное погашеніе его.

2. Для процентовъ иного рода *не существовало особыхъ исковъ;* такіе проценты присуждались судьей лишь вслѣдствіе предъявленія иска по главному обязательству. Поэтому ихъ уже нельзя было взыскать, когда главный долгъ былъ совершенно погашенъ, въ особенности принятіемъ платежа [17]).

Но примѣняется ли это правило и въ современной практикѣ? Господствующая теорія отвѣчаетъ на этотъ вопросъ утвердительно. Недопустимость особаго иска о законныхъ процентахъ вытекаетъ изъ самой ихъ природы; вѣдь такіе проценты, думаютъ сторонники этой теоріи, связаны лишь съ особымъ свойствомъ главнаго долга, такъ что не могутъ оставаться въ силѣ послѣ его прекращенія. Но, на самомъ дѣлѣ, въ подобныхъ случаяхъ мы видимъ передъ собой требованія, которыя, по большей части, имѣютъ свое *самостоятельное основаніе* въ принципахъ справедливости и въ общихъ положеніяхъ права; они направлены на возмѣщеніе убытковъ, происшедшихъ по чьей-либо винѣ, или на возвращеніе неправильнаго обогащенія. Поэтому даже приверженцы господствующей теоріи соглашаются съ тѣмъ, что кредиторъ, принимая платежъ главнаго долга, можетъ путемъ *односторонней оговорки* сохранить за собой право на проценты, которые ему слѣдуютъ по закону [18]). Но этимъ они сами

---

[17]) l. 24. D. depositi. 16. 3. Papinianus libro 9 qeaestionum... est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio. l. 6. D. de neg. gest 3. 5. Въ подобномъ же смыслѣ говоритъ Paulus libro 5 responsorum, l. 54, pr. D. locati. 19 2... usurae in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur. Для взысканія такихъ процентовъ не существуетъ особаго иска. l, 4. C. depositi. 4. 34, Imp. Gordianus... non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum: sed una ex qua condemnatione facta iterata actio rei judicatae exceptione repellitur Ср. l. 3. C. de usuris. 4. 32. Большое смягченіе проявляется въ l. 23. D. de exc. rei jud. 44. 2. Но l. 49, § 1. D. de a. e. v. 19. 1 опять дѣлаетъ самые строгіе выводы: Hermogenianus libro 2 juris epitomarum: Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione sed officio judicis praestentur. Ср. Petrażycki, прив. сочин. стр. 244 сл.

[18]) Дѣйствительность подобной оговорки признаетъ, между прочимъ, Windscheid, т. 2, § 259.

себѣ противорѣчатъ. Вѣдь то, что по самому существу погашается вмѣстѣ съ погашеніемъ главнаго долга, не можетъ быть сохранено путемъ односторонней оговорки.

На нашъ взглядъ, то обстоятельство, что въ Римѣ законные проценты могли быть присуждены лишь officio judicis при разсмотрѣніи иска по главному долгу, объясняется не внутренними причинами, а случайными историческими обстоятельствами. Впослѣдствіи этотъ исключительный характеръ взысканія законныхъ процентовъ утратился, благодаря возникновенію общаго принципа, что *всякое* право защищается искомъ; исключенія допускаются лишь по особымъ соображеніямъ, которыхъ никакъ нельзя подыскать по отношенію къ праву на законные проценты [19]).

Поэтому особой оговоркѣ кредитора при погашеніи главнаго долга не слѣдуетъ придавать никакого значенія. Дѣлать такую оговорку условіемъ сохраненія права на проценты значило бы дать кредитору, хорошо знакомому со всѣми способами обезпеченія права, ничѣмъ не оправдываемое преимущество передъ менѣе опытнымъ.

§ 30. Размѣръ процентовъ.

I. Законные проценты опредѣляются примѣнительно къ средней высотѣ обычной въ данной мѣстности процента; при этомъ, однако, можно доказывать, что въ конкретномъ случаѣ въ виду особыхъ обстоятельствъ слѣдуетъ платить проценты ниже или выше обычныхъ [1]). По общегерманскому праву обычной нормой процента является 5% въ годъ [2]) [3]).

---

[19]) Того же мнѣнія держится между прочимъ Carus: Die Klagbarkeit gesetzlicher Zinsen, 1876, а также Ruhstrat въ Archiv für civ. Praxis, т. 65, статья 9. Тамъ указана и литература. Оба писателя пытаются однако перетолковать римскія опредѣленія, чтобы такимъ образомъ проложить свободный путь тѣмъ положеніямъ, которыя соотвѣтствуютъ современному правосознанію и цѣлесообразности. Такой пріемъ я считаю неправильнымъ. Защищаемый нами взглядъ раздѣляютъ въ сущности имперскіе суды: R. O. H. G. E., т. 9, стр. 231 и т. 1, стр. 351, 42 стр. 121. Можно указать по этому поводу и на законъ о введеніи Civilprocessordnung, § 14, № 5. Гражд. улож. для герман. имперіи допускаетъ самостоятельные иски о процентахъ.

[1]) Ср. мѣста, приведенныя выше § 29, прим. 7—11, Petrażycki, loc. cit., §§ 12—16.

[2]) Рѣшеніе имперскаго сейма, 1600 г., § 139. Иного мнѣнія Windscheid, т. 2, § 260, прим. 5. Ср. Behrend въ Zeitschrift der Savignystift. germ. Abth., т. 1, стр. 85.

[3]) Въ коммерческихъ сдѣлкахъ размѣръ законнаго процента равняется 6%, H. G. B., ст. 257. То же распространяется и на проценты вслѣдствіе просрочки

II. Размѣръ договорныхъ процентовъ опредѣляется самимъ договоромъ; при этомъ, однако, контрагентамъ не предоставлено безграничной свободы.

A. Уже съ давнихъ поръ римлянамъ была извѣстна *высшая норма процентовъ*. Въ классическій періодъ она достигала 12%, а кодификація Юстиніана признаетъ 6%, какъ общее правило, допуская 8% при торговыхъ сдѣлкахъ [4]).

Каноническое право *вообще запретило взиманіе процентовъ* [5]). Въ средніе вѣка приходилось съ этимъ мириться; но подобныя запрещенія привели лишь къ тому, что кредитныя сдѣлки принимали иныя формы, въ частности, форму покупки рентъ. Послѣ рецепціи римскаго права взиманіе процентовъ допускалось и въ Германіи, при чемъ высшій размѣръ былъ опредѣленъ въ 5% [6]).

Договоры относительно процентовъ, не соблюдавшіе этого установленнаго закономъ максимума, были дѣйствительны лишь въ предѣлахъ дозволеннаго размѣра: свыше же этого они считались недѣйствительными.

Союзный законъ 14 ноября 1867 г. устранилъ законный предѣлъ процентовъ, но въ то же время предоставилъ должнику, обязавшемуся платить болѣе 6%, право по прошествіи полугода съ момента заключенія сдѣлки увѣдомить кредитора о намѣреніи погасить долгъ по истеченіи полугодичнаго срока.

B. Впрочемъ, законодатель, отказавшись отъ установленія высшаго размѣра процентовъ, былъ поставленъ въ необходимость противодѣйствовать ростовщичеству въ отдѣльныхъ случаяхъ его про-

---

при уплатѣ по векселю, R. G. E., т. 1, стр. 251. Казна въ Римѣ взыскивала въ свою пользу по 6%. l. 17, § 6. D. h. t. 22. 1. Но это не имѣетъ примѣненія въ современной практикѣ. Petrażycki loc. cit., стр. 258. По l. 37. D. de neg. gest. 3. 5 принято за правило „ubi quis ejus pecuniam cujus tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat“, слѣдовательно, первоначально 12%, а по юстиніанову праву 6%. Ср. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 221. Въ отдѣльныхъ случаяхъ законные проценты простирались лишь до 4%. см. Arndts, § 208, прим. 2, ст. 246. Гражд. улож. для герман. имперіи опредѣляетъ размѣръ законныхъ и договорныхъ процентовъ тамъ, гдѣ насчетъ этого нѣтъ особыхъ указаній, въ 4 за годъ.

[4]) l. 26, § 1 сл. C. h. t. 4. 32. 528 года.

[5]) Tit. X de usuras 5. 19; in 6-to 5. 5; Clem. 5, 5. Funk: Geschichte des Kirchlichen Zinsverbotes, 1876.

[6]) Neumann: Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865. Stobbe-Lehmann: Privatrecht, т. 3, стр. 350. Jüngster Reichsabschied von 1654, § 174.

явленія. Этой цѣли служатъ имперскіе законы отъ 24 мая 1880 г. и 19 іюня 1893 г. [7]).

С. Особая опасность, какъ для частнаго, такъ и для народнаго хозяйства заключается въ томъ, что просроченные *проценты продолжаютъ нарастать* и, наконецъ, достигаютъ такихъ размѣровъ, что должникъ уже не въ силахъ выплатить ихъ. Противъ этого были направлены слѣдующія положенія римскаго права, сохранившія еще донынѣ свою силу:

1. *Договорные проценты перестаютъ нарастать, когда недоимки по ихъ уплатѣ* достигли *размѣра главнаго долга* [8]).

2. Начисленіе процентовъ на неуплаченные проценты—anatocismus—воспрещается [9]). Это запрещеніе распространяется и на законные проценты. Поэтому сдѣлки, устанавливающія проценты на проценты,—недѣйствительны [10]).

Сумма, уплаченная въ видѣ процентовъ, запрещенныхъ зако-

---

[7]) Ср. выше § 16a.

[8]) l. 26, § 1. D. de cond. indebiti. 12. 6, l. 10, l. 27, § 1. C. h. t. 4. 32. Nov. 121, гл. 2, 138 и 160 опредѣлили, что и *уплаченные* уже проценты засчитываются въ duplum—предписаніе, нелѣпость котораго очевидна. Впрочемъ, эти новеллы оставлены безъ глоссъ. Приводимые обыкновенно рядомъ съ ними l. 29 и l. 30. C. h. t. 4. 32 не имѣютъ значенія законовъ. Это въ сущности не что иное, какъ заглавіе новеллъ, помѣщенное редакторами въ кодексѣ, ср. Krüger и Mommsen corpus juris vol. II, p. V. Кромѣ того, относительно запрещенія см. W. Sell въ его Iahrbücher т. 1, статья 2 и Pfeiffer: Praktische Ausführungen, т. 7, стр. 42. По германскому торговому уложенію—H. G. B., ст. 293, это ограниченіе процентовъ къ торговымъ сдѣлкамъ не относится. Законъ 14 ноября 1867 г. хотя прямо его не сохраняетъ, но и не отмѣняетъ. Гражд. улож. для германской имперіи не знаетъ этого ограниченія.

[9]) l. 26, § 1. D. de cond indebiti. 12. 6. l. 27. D. de rei jud. 42. 1. Даже въ томъ случаѣ, когда путемъ договора проценты превращались въ главный долгъ, проценты на нихъ по юстиніанову законодательству не могли быть допускаемы l. 28. C. h. t. 4. 32. На практикѣ это неисполнимо, такъ какъ всегда возможно, получивъ проценты, выдать ихъ тотчасъ же въ видѣ займа. Поэтому противъ предписанія Юстиніана сдѣлано много возраженій. Ср. Huck, т. 21, стр. 123, Windscheid, § 261, прим. 2 и приведенныя тамъ указанія. Германское торговое уложеніе, ст. 291, допускаетъ проценты на проценты, записанные въ текущій счетъ. Ср. R. O. H. G. E. т. 11, стр. 140 о текущихъ счетахъ между коммерсантомъ и не коммерсантомъ. Повѣренный, получившій проценты, слѣдуемые его довѣрителю, долженъ уплатить и проценты на нихъ, коль скоро онъ ихъ употребилъ въ свою пользу, l, 10, § 3. D. mandati 17, 1... denique Papinianus ait etiam si usuras exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum praestare debere. Такіе проценты въ отношеніяхъ довѣреннаго къ довѣрителю являются капиталомъ l. 58, §§ 1 и 4. D. de adm. tut. 26. 7.

[10]) l. 29. D. h. t. 22. 1. Marcianus libro 14 institutionum: Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras: quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi et licitas peti posse. Ср. гражд. ул, герм. имп. § 248 и 289.

номъ, уменьшаетъ долгъ лица, обязаннаго платить проценты. Поскольку же эта сумма превышаетъ объемъ главнаго долга, она подлежитъ возврату [11]) [12]).

II. Обязанность давать пропитаніе (alimenta) [1]).

§ 31. **Непосредственныя и косвенныя права на alimenta.**

I. Право требовать alimenta—пропитаніе—направлено на доставленіе управомоченному лицу средствъ, нужныхъ для поддержанія его существованія. Право это можетъ быть ограничено лишь однимъ только *необходимымъ* для поддержанія жизни, такъ наз. *alimenta naturalia*. Но если такое ограниченіе не было заранѣе предусмотрѣно, то управомоченный можетъ требовать всего, что необходимо для образа жизни, *соотвѣтствующаго его общественному положенію*, такъ наз. *alimenta civilia*. Что именно сюда относится, слѣдуетъ опредѣлять всякій разъ, смотря по обстоятельствамъ. Поэтому, прежде всего, слѣдуетъ доставлять все, что требуется для поддержанія физическаго существованія: пищу, одежду, жилище и отопленіе, а въ случаѣ надобности и врачебныя средства, и кромѣ того все, что необходимо для духовнаго развитія и воспитанія [2]).

Право на alimenta можетъ быть установлено путемъ договора, завѣщанія и на основаніи закона или судебнаго рѣшенія.

---

[11]) l. 26, pr. D. de conditione indebiti. 12. 6, l. 18 C. h. t. 4. 32. Ср. Pauli sent. II, 14, 2; usurae supra centesimam solutae sortem minuunt: consumpta sorte repeti possunt, затѣмъ загадочныя § 4 eod.

[12]) Купоны, выдаваемые вмѣстѣ съ бумагами на предъявителя, сохраняютъ характеръ процентныхъ расписокъ, хотя и являются сами бумагами на предъявителя. Въ силу послѣдняго свойства деньги по нимъ выплачиваются добросовѣстному предъявителю даже тогда, когда главный долгъ никогда не существовалъ или уже погашенъ. Но такъ какъ купоны все-таки являются процентами, то нельзя требовать процентовъ на нихъ въ случаѣ просрочки R. O. H. G. E., т. 10, стр. 213, т. 24, стр. 389.

[1]) Büngner: Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht, 1876, Schanze: Zur Lehre vom Alimentationsanspruch въ Archiv für civ. Praxis, т, 69, статья 5.

[2]) Въ l. 6 D. de alimentis legatis. 34. 1. Iavolenus libro 2 ex Cassio говоритъ: Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: caetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur. Неудивительно, что римлянинъ не упоминаетъ объ отопленіи, но удивительно, что повсюду въ Германіи, слѣпо подражая древнимъ, при перечисленіи отдѣльныхъ потребностей, обыкновенно вовсе не упоминаютъ объ отопленіи. Далѣе изъ того, что въ Римѣ издержки на воспитаніе не причисляются къ alimenta—l. 6, § 5. D. de Carb. edicto. 37. 10, l. 4. D. ubi pupillus. 27. 2,—вовсе не слѣдуетъ, что то же самое должно имѣть мѣсто и въ Германіи при совершенно иныхъ условіяхъ жизни. У насъ скорѣе должно быть примѣняемо правило: „не о единомъ хлѣбѣ живъ будетъ человѣкъ“. См. Mandry: Familiengüterrecht, т. 1, стр. 258. Справедливо разрѣшаетъ этотъ вопросъ гражд. улож. для герман. имперіи ст. 1610, которое держится той же точки зрѣнія. Ср. также ст. 1708.

II. Слѣдуетъ различать непосредственныя и косвенныя права на alimenta [3]).

1. *Непосредственное право на alimenta обязываетъ прямо къ содержанію управомоченнаго.* Такова, между прочимъ, законная обязанность восходящихъ и нисходящихъ доставлять alimenta другъ другу. Непосредственное доставленіе alimenta можетъ производиться путемъ денежной выдачи, но лишь подъ тѣмъ условіемъ, что цѣль содержанія будетъ этимъ дѣйствительно достигнута. Поэтому, если, напримѣръ, деньги, высланныя отцомъ сыну на его пропитаніе, пропадутъ у послѣдняго безъ всякой вины (dolus и culpa lata) съ его стороны, то сынъ получаетъ право на новыя alimenta. Съ другой стороны, нельзя требовать выдачи alimenta за истекшее время, такъ какъ о прошедшемъ уже нечего заботиться — in praeteritum non vivitur, гласитъ древняя поговорка. Но лицо, обязанное доставлять alimenta, можетъ быть привлечено къ возмѣщенію убытковъ, происшедшихъ вслѣдствіе недоставленія слѣдуемаго содержанія; точно также оно обязано на основаніи actio negotiorum gestorum вознаградить и третье лицо, которое доставляло alimenta или средства для нихъ.

2. *Косвенное право на alimenta заключается въ точно опредѣленной выдачѣ*, по большей части, денегъ для пропитанія лица, имѣющаго на это право. Доставляющій пропитаніе не обязанъ ни къ чему иному сверхъ того, что *назначено* для содержанія. Но недоплаченная по такому обязательству сумма должна быть внесена послѣ.

III. Права на alimenta обѣихъ категорій пользуются особымъ покровительствомъ:

а) Мировыя сдѣлки относительно alimenta, которымъ еще не наступилъ срокъ, нуждаются въ утвержденіи суда [4]).

---

[3]) Это различіе довольно удачно проведено Schanze, l. c. Впрочемъ, онъ выражается иначе, говоря объ alimentatio въ смыслѣ „собственномъ“ и „не собственномъ“. Первая направлена на „facere“, а вторая на „dare“.

[4]) Маркъ Аврелій установилъ въ своей oratio необходимость преторскаго утвержденія для сдѣлокъ объ alimenta, оставленныхъ по завѣщанію, срокъ которыхъ еще не наступилъ. Это правило однако не распространялось на прочія alimenta, въ особенности на тѣ, которыя возникаютъ вслѣдствіе акта щедрости, совершеннаго еще при жизни дарителя. Ср. l. 8, pr., § 2 D. de transact, 2. 15.— Гордіанъ въ l. 8. C. de transact. 2. 4 прямо объявляетъ недѣйствительными соглашенія относительно всѣхъ вообще будущихъ alimenta безъ преторскаго утвержденія. Общегерманская практика распространяетъ это правило на всѣ вообще, въ особенности, на всѣ законныя alimenta. См. R. G. E., т. 4, стр. 209. Oertmann: der Vergleich, 1895, § 30 и Гражд. ул. для герман. имперіи § 1714.

b) Требованія alimenta, основанныя на законѣ, не могутъ быть арестованы третьимъ лицомъ съ цѣлью обращенія на нихъ взысканія[5]).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Мѣсто и время исполненія.

§ 32. Мѣсто исполненія [1]).

Мѣстомъ исполненія обязательства называется то мѣсто, гдѣ должно быть исполнено слѣдуемое по обязательству дѣйствіе, и гдѣ это исполненіе должно быть принято вѣрителемъ.

Мѣсто исполненія можетъ быть *точно опредѣлено* или *совсѣмъ не опредѣлено.*

1. Нерѣдко самый предметъ сдѣлки *съ неизбѣжностью* указываетъ опредѣленное мѣсто исполненія, каково, напр., обязательство передать или обработать извѣстный поземельный участокъ. Въ другихъ случаяхъ предметъ сдѣлки опредѣляетъ мѣсто исполненія, по крайней мѣрѣ, приблизительно. Обязательство *доставить* или *передать* извѣстную движимость обыкновенно должно быть исполнено тамъ, гдѣ эта вещь находится, если только она попала въ это мѣсто безъ вины должника [2]) [3]).

Иногда вопросъ рѣшается обычаемъ, которому молча подчиняются стороны при заключеніи сдѣлки. Наконецъ, мѣсто исполненія

---

[5]) С. Р. О., § 850. № 2. О другихъ особенностяхъ долговъ, возникающихъ изъ alimenta, см. Schanze, loc. cit., стр. 241.

[1]) Reatz: Die Lehre vom Erfüllungsorte, 1862. Schulin: Zur Lehre vom Erfüllungsorte und vom Gerichtstande der Obligation, 1879, Iohannes Burchard: Zur Lehre vom Erfüllungsorte, 1880. G. Melchior: Ueber den Erfüllungsort bei Obligationsverhältnissen, insbes, bei Distanceverkäufen, Göttinger Inaug. Diss., 1892.

[2]) l. 12, § 1. D. depositi 16. 3. Pomponius libro 22 ad Sabinum: Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest, eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei judiciis. Sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit. См. l. 11, § 1. D. ad exhibendum. 10. 4. l. 26, § 1, l. 47, pr., § 1, l. 108. D. de leg. I.

[3]) Въ силу экономической природы сдѣлокъ о поставкѣ каменнаго угля оптомъ предполагается, что поставка эта должна производиться прямо изъ копей. R. G. E., т. 10, стр. 93.

можетъ быть точно обозначено въ самомъ договорѣ, напр., «уплатить 1000 р. въ ~~Москвѣ~~ Берлинѣ» [4] [5].

2. Если же мѣсто исполненія совсѣмъ *не опредѣлено*, то должникъ можетъ исполнить обязательство во *всякомъ удобномъ мѣстѣ*, прежде всего, конечно, въ мѣстѣ своего жительства. Если вѣритель не явится по приглашенію должника на пригодное для исполненія мѣсто, выбранное послѣднимъ, то онъ считается виновнымъ въ просрочкѣ.

Вѣритель, въ свою очередь, можетъ опредѣлить мѣсто исполненія въ случаѣ неисправности должника, *предъявляя искъ* въ мѣстѣ подсудности послѣдняго. Тамъ же должно произойти и исполненіе [6].

3. Въ современномъ правѣ слѣдуетъ отличать отъ мѣста ис-

---

[4]) H. G. B. art. 324, Abs. 1. При двустороннихъ сдѣлкахъ мѣсто исполненія можетъ быть разное для обѣихъ сторонъ. Ср. R. G. E., т. 10, стр. 284.

[5]) Относительно того, что уплата должна быть произведена въ извѣстномъ мѣстѣ и что предложеніе исполненія въ другомъ мѣстѣ можетъ быть отвергнуто вѣрителемъ, см. l. 9. D. de eo quod 13. 4, l. 122, pr. D. de verb. obl. 45. 1, l. 9. C. de solutionibus. 8. 42.

[6]) Оба положенія, формулированныя нами въ текстѣ, находятъ подтвержденіе въ l. 2, § 3. D. de eo quod certo loco 13. 4... et generaliter definit Scaevola: petitorem electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem. Хотя Ульпіанъ приводитъ мнѣніе Сцеволы, имѣя въ виду особыя обстоятельства дѣла, но тѣмъ не менѣе оно тутъ же называется общимъ правиломъ „generaliter“; подъ этимъ римляне разумѣли всѣ вообще основныя правила. Съ указаннымъ мнѣніемъ согласуются и всѣ прочія свидѣтельства источниковъ. Всякимъ предложеніемъ, которое происходитъ въ удобномъ мѣстѣ, т.-е. „ne inopportuno loco“ должникъ ставитъ въ просрочку кредитора l. 39. D. de solutionibus. 46. 3; изъ этого вытекаетъ, что онъ *въ правѣ* исполнить обязательство во всякомъ удобномъ мѣстѣ. Кромѣ того неоднократно постановлено, что должникъ обязанъ произвести исполненіе въ мѣстѣ предъявленія иска, если мѣсто уплаты не опредѣлено въ самомъ обязательствѣ. Такъ, въ l. 1. D. de annuis legatis, 33. 1. Pomponius libro 5 ad Sabinum: Cum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur: quocunque loco petetur dari debet sicuti ex stipulatu aut nomine facto petatur. См. также l. 22 D. de rebus creditis. 12. 1, l. 4. D. de conditione triticaria. 13. 3. Съ этимъ соглашается Cohn: Die actio de eo quod certo loco, стр. 103. Впрочемъ, взгляды позднѣйшихъ писателей крайне расходятся. Многіе подразумѣваютъ подъ словомъ „petere“ не „предъявлять искъ“, а „требовать“. Но подобное толкованіе является натяжкой; это относится, въ особенности, къ упомянутой l. 2, § 3, D. de eo quod certo loco 13. 4. Результатъ, къ которому насъ приводитъ такое толкованіе, вообще нецѣлесообразенъ. Windscheid—особенно т. 2, § 282, прим. 5—утверждаетъ, что вѣритель и безъ суда можетъ требовать исполненія въ мѣстѣ подсудности должника. Въ такомъ случаѣ вѣритель имѣлъ бы право выбора между разными округами подсудности противной стороны (см. Civilprocessordnung, § 18) и это право онъ могъ бы осуществить даже *до истеченія* срока требованія. Въ этомъ могла бы заключаться большая тягость для должника. Иного мнѣнія Puchta: Pandecten, § 246, прим. 1, Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 513 и Brinz, Pandecten, т. 2, стр. 453.

полненія *мѣсто доставки вещи*, т. е. то мѣсто, куда должникъ обязанъ доставить извѣстную вещь.

По правиламъ торговаго оборота мѣстомъ исполненія является то мѣсто, гдѣ должникъ во время заключенія торговой сдѣлки имѣетъ свое торговое заведеніе, а за недостаткомъ такового свое жительство [7]).

Но несмотря на это, при сдѣлкахъ купцовъ съ иногородними покупателями само собой предполагается, что продавецъ сверхъ того обязанъ доставить проданный товаръ покупателю на рискъ и счетъ послѣдняго [8]).

Этимъ нисколько не измѣняется разъ назначеннве мѣсто исполненія, но на ряду съ нимъ при подобныхъ сдѣлкахъ принимается въ расчетъ и *мѣсто доставки вещи.* (Ablieferungs или Bestimmungsort).

§ 33. Мѣсто предъявленія иска и мѣсто исполненія обязательства.

I. По древне-римскому праву искъ на основаніи требованія, которое должно было быть *исполнено въ опредѣленномъ мѣстѣ*, могъ быть предъявленъ *только въ этомъ же мѣстѣ*, и ни въ какомъ иномъ [1]).

Это вовсе не такъ странно, какъ можетъ показаться на первый взглядъ. Допустимъ, напримѣръ, что на основаніи требованія, направленнаго на поставку вина, масла или даже на уплату денегъ, которое должно было быть исполнено въ Ефесѣ, искъ предъявленъ былъ Римѣ; допустимъ, далѣе, что все дѣло свелось къ присужденію денегъ, чѣмъ оканчивались римскіе иски; тогда было

---

[7]) H. G. B. art. 324. abs. 2 и art. 325 устанавливаетъ для торговыхъ сдѣлокъ, за неимѣніемъ другихъ опредѣленій въ самомъ договорѣ, слѣдующія положенія: a) обязательство должно быть исполнено въ томъ мѣстѣ, гдѣ должникъ во время заключенія договора имѣлъ свое торговое предпріятіе, а за неимѣніемъ его, свое жительство. b) Денежныя суммы должны быть отосланы за счетъ и рискъ должника туда, гдѣ *вѣритель* во время заключенія договора имѣлъ свое торговое предпріятіе или мѣстожительство. c) Уплата по бумагамъ на предъявителя, а также допускающимъ передаточную надпись должна послѣдовать въ томъ мѣстѣ, гдѣ *должникъ* во время исполненія обязательства имѣлъ свое торговое предпріятіе или мѣстожительство. d) Передача извѣстной вещи, которая во время заключенія сдѣлки находилась, съ вѣдома контрагентовъ, въ опредѣленномъ мѣстѣ, должна тамъ и произойти. Ср. также гражд. ул. герм. имп. § 269, 270.

[8]) H. G. B., art. 344. Ср. Stahl: Erfüllungsort, Goldschmits Zeitschrift, т. 18, статья 6.

[1]) l. 1. D. de eo quod cetro loco 13. 4.

очевидно невозможно положить въ основаніе оцѣнки ту стоимость предметовъ иска, какую они имѣли бы при доставкѣ ихъ въ Римъ. Подобнымъ рѣшеніемъ присуждено было бы нѣчто иное, чѣмъ обѣщано въ самомъ договорѣ. Вотъ почему необходимо было опредѣлить, какую стоимость имѣло въ мѣстѣ предъявленія иска, т. е. въ Римѣ, требованіе, направленное на исполненіе въ Ефесѣ. Это могло быть опредѣлено съ точностью лишь послѣ того, какъ сдѣлки подобнаго рода сдѣлались столь многочисленными, что вслѣдствіе этого установилась извѣстная рыночная цѣна обязательственныхъ требованій—курсъ на Ефесъ. Въ первое время въ Римѣ такіе случаи не встрѣчались, и тогда не считалось возможнымъ предъявить искъ въ иномъ мѣстѣ, кромѣ мѣста исполненія.

Указанный порядокъ имѣлъ своимъ послѣдствіемъ значительныя неудобства. Правила римскаго судопроизводства требовали при открытіи процесса личнаго присутствія должника въ мѣстѣ разбирательства дѣла. Поэтому должнику стоило только удалиться изъ мѣста, назначеннаго для исполненія, чтобы устранить всякую возможность предъявленія иска.

Но съ тѣхъ поръ, какъ въ Римѣ стали довольно часто заключаться сдѣлки, направленныя на доставку предметовъ на иногородные рынки, установился различный курсъ на разные рынки. Тогда преторъ создалъ такъ наз. «actio de eo quod certo loco dari oportet», которая могла быть предъявлена во всякомъ мѣстѣ подсудности отвѣтчика, при чемъ присужденіе денежной суммы производилось на основаніи упомянутаго курса или опредѣленнаго интереса, доказаннаго какимъ-либо инымъ способомъ [2]).

II. Современный процессъ знаетъ особую подсудность—по мѣсту исполненія [3]), но искъ можетъ быть предъявленъ и въ другомъ мѣстѣ подсудности должника.

---

[2]) Ср. Tit. D. de eo quod certo loco. 13. 4; l. un. C. h. t. 3. 18. Max Cohn — Die actio de eo, стр. 5 слѣд.—сопоставляетъ различныя мнѣнія о причинахъ своеобразнаго отношенія древняго права къ этому вопросу и о необходимости особаго иска. Что этотъ искъ уже существовалъ во времена Лабеона, видно изъ l. 2, § 8. D. h. t. 13. 4. Впрочемъ, неизвѣстно, когда онъ былъ впервые установленъ. О формулѣ его см. Lenel: Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes, 1878, стр. 55 слѣд. и Edictum, стр. 191. Этотъ искъ опредѣлялся какъ actio arbitraria, ср. выше вып. I, § 133. При bonae fidei judicia не требовалось особой исковой формулы.

[3]) C. P. O., § 29. Но ср. къ этому H. G. B., art. 325, п. 2, гражд. улож. для герман. имперіи § 270, п. 2.

Но гдѣ бы ни былъ предъявленъ искъ, всегда по принципамъ современнаго права прежде всего слѣдуетъ требовать *исполненія въ мѣстѣ, опредѣленномъ въ обязательствѣ,* и присужденія къ такому исполненію [4]). Присужденіе же къ уплатѣ денежной суммы происходитъ обыкновенно лишь въ томъ случаѣ, когда вѣритель, вслѣдствіе несоблюденія срока исполненія, имѣетъ право требовать денежнаго вознагражденія, а также когда принужденіе къ исполненію въ *указанномъ* мѣстѣ встрѣчаетъ препятствія. При такомъ присужденіи къ уплатѣ денежной суммы надо принимать въ соображеніе *курсъ мѣста назначеннаго первоначально для исполненія*, считаясь съ разницей курса, какъ къ выгодѣ, такъ и къ невыгодѣ для вѣрителя [5]).

§ 34. Время исполненія.

1. *Срокъ* требованія наступаетъ въ тотъ моментъ, когда *можетъ быть потребовано исполненіе обязательства* [1]). Онъ, обыкновенно, *совпадаетъ* съ самымъ *возникновеніемъ обязательства* [2]); но исполненіе послѣдняго можетъ быть отложено или по самой природѣ своей, или вслѣдствіе молчаливаго соглашенія въ виду существующаго обычая, или же на основаніи особаго уговора [3]).

2. Въ сдѣлкахъ часто встрѣчается уговоръ о правѣ *увѣдомленія* другой стороны, что обязательственныя отношенія должны прекратиться, съ установленіемъ для этого срока или безъ него [4]).

Увѣдомленіе (Kündigung) [5]) есть одностороннее заявленіе. Оно можетъ произойти помимо суда или при его содѣйствіи; наконецъ, оно заключается и въ самомъ предъявленіи иска. По правиламъ оно

---

[4]) Wächter: Erörterungen, книжка 2, стр. 123. Cohn, привед. сочин., стр. 205.

[5]) l. 2, § 8. D. h. t. 13. 4; l. un. C. h. t. 3. 18.

[1]) Римляне обозначали истеченіе срока словами: dies venit. Относительно этого выраженія см. выше вып. 1, § 114, прим. 7.

[2]) l. 213. D. de V. S. 50. 16... ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; l. 41, § 1 D. de verb. obl. 45. 1; l. 14. D. de R. J. 50. 17, также гражд. улож. для герман. имперіи § 271, п. 1.

[3]) l. 73. D. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro 24 ad edictum: Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit; см. l. 14, 60, 73, 98, § 1, l. 137, § 2. D. eod. Ср. H. G. B., art. 326.

[4]) См. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 60. W. Immerwahr: Die Kündigung, 1898.

[5]) Нѣмецкій терминъ „Kündigung“ мы передаемъ русскимъ словомъ „увѣдомленіе“ (о томъ, что обязательственныя отношенія прекращаются), принимая его вездѣ, какъ техническое выраженіе.

не должно соединяться съ какимъ-либо условіемъ [6]). Увѣдомленіе производится вѣрителемъ, должникомъ или ихъ повѣренными, и состоитъ въ посылкѣ опредѣленнаго сообщенія извѣщаемому лицу или уполномоченному для его принятія [7]) [8]). Тотъ, кто уклоняется отъ принятія увѣдомленія, долженъ разсматриваться, какъ получившій его, что вполнѣ соотвѣтствуетъ духу этого правового института и законнымъ требованіямъ оборота [9]). Увѣдомленіе имѣетъ своей задачей прекращеніе извѣстнаго продолжавшагося до сихъ поръ отношенія, напримѣръ, займа, товарищества; или же оно имѣетъ цѣлью установить наступленіе срока требованія.

3. Въ сомнительныхъ случаяхъ при *опредѣленіи срока* имѣются въ виду одни только *интересы должника* [10]). Поэтому онъ можетъ принудить вѣрителя принять уплату еще до наступленія срока [11]). Право на проценты за не истекшее еще до срока время—Rabatt или дисконтъ—принадлежитъ должнику однако только въ томъ случаѣ, если это было договоромъ условлено или практикуется на основаніи обычая. Опредѣленіе срока допускается также въ интересахъ *обѣихъ сторонъ*; въ подобныхъ случаяхъ, вѣритель можетъ не принять преждевременнаго исполненія, но и лишенъ права его требовать. Относительно процентныхъ и обезпеченныхъ закладной сдѣлокъ предполагается, что

---

[6]) R. O. H. G. E., т. 4, стр. 341. Immerwahr, loc. cit., стр. 80.

[7]) Для извѣщаемаго лица обязательно только такое увѣдомленіе, на которое онъ можетъ положиться. Если поэтому увѣдомленіе совершается повѣреннымъ, то его личность должна быть достовѣрно установлена при самомъ увѣдомленіи; въ случаѣ надобности даже путемъ представленія довѣренности. Но разъ извѣщаемый принялъ увѣдомленіе, не потребовавъ довѣренности, то не можетъ уже впослѣдствіи оспаривать его на томъ основаніи, что ему не была представлена довѣренность. Это считалось бы недобросовѣстной придиркой.

[8]) Если увѣдомленіе совершается лицомъ, неуполномоченнымъ на веденіе дѣла, то надо различать два случая. Или извѣщающій, не имѣя полномочія, дѣйствуетъ въ предположеніи послѣдующаго согласія того, отъ чьего имени онъ дѣлаетъ увѣдомленіе, а извѣщаемый въ этомъ же предположеніи принимаетъ его; тогда увѣдомленіе, если только послѣдуетъ упомянутое согласіе, будетъ дѣйствительно съ того момента, когда оно произошло. Или же извѣщаемый не знаетъ, что полномочія нѣтъ; тогда увѣдомленіе не имѣетъ силы, которую получаетъ лишь съ момента сообщенія извѣщаемому о послѣдовавшемъ согласіи.

[9]) Правило 1. 161. D. de R. J. 50. 17—ср. выше выпускъ I, § 109, прим. 8—должно быть примѣняемо и въ данномъ случаѣ. Immerwahr, loc. cit., стр. 83.

[10]) l. 41, § 1. D. de verb. obl. 45. 1... apparet diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore, l. 38, § 16. D. eod., l. 70. D. de solutionibus, 46. 3, l. 17. D. de R. J. 50. 17. Также гражд. улож. для герман. имперіи § 271 п. 2.

[11]) l. 15. D. de annuis legatis. 33. 1, l. 43, § 2. D. de leg. II, ср. H. G. B., art. 334.

контрагенты при самомъ заключеніи договора имѣли въ виду, именно, такое опредѣленіе срока. Встрѣчается опредѣленіе срока и въ однихъ только интересахъ *вѣрителя*. Такъ слѣдуетъ, напр., разсматривать отдачу вещи на сохраненіе до извѣстнаго срока. Этимъ договоромъ депозитарій обязывается хранить вещь въ теченіе извѣстнаго времени. Депонентъ же, тѣмъ не менѣе, имѣетъ право потребовать ея выдачи въ любое время [12]).

4. Исполненіе можетъ быть потребовано и предложено только въ удобное время—при торговыхъ сдѣлкахъ въ то время, когда онѣ обыкновенно совершаются,—исключеніе допускается лишь въ томъ случаѣ, если другая сторона не возражаетъ противъ необычнаго времени [13]).

§ 35. Правовое значеніе опредѣленія времени.

Время исполненія обязательства устанавливается или съ тѣмъ намѣреніемъ, чтобы вѣритель могъ съ наступленіемъ срока *требовать* слѣдуемаго ему, или съ тѣмъ, чтобы должникъ обязанъ былъ *предложить* предметъ обязательства въ назначенный срокъ. *Первое* считается общимъ правиломъ [1]).

Соблюденіе срока, опредѣленнаго договоромъ, имѣетъ различное значеніе.

1. Оно является обыкновенно простою *обязанностью* сторонъ. На должника возлагается обязанность своевременнаго исполненія обязательства. Тѣмъ не менѣе, вѣритель долженъ принять предметъ обязательства даже по истеченіи срока, если только вмѣстѣ съ этимъ ему предлагается и вознагражденіе за причиненные промедленіемъ убытки.

2. Соблюденіе срока можетъ являться также и *условіемъ* исполненія. Тогда вѣритель въ правѣ въ случаѣ несоблюденія срока вмѣсто того, чтобы требовать исполненія договора, отказаться отъ послѣдняго.

Если соблюденіе срока является условіемъ исполненія, то срокъ обыкновенно *опредѣляется точно*. При этомъ иногда предоставляется должнику извѣстная свобода, напр., когда онъ обязуется исполнить

---

[12]) l. 1, §§ 45 и 46. D. depositi. 16. 3. Гражд. улож. для герман. имперіи §§ 695 и 696.

[13]) См. l. 39. D. de solut. 46. 3 въ особенности слова „opportuno tempore“ H. G. B., § 358.

[1]) По современному праву это правило не соблюдается въ случаѣ добавленія dies certus. См. ниже § 40.

«при открытіи навигаціи» или «во время осенняго сезона» [2]); въ другихъ же случаяхъ точно устанавливается день и даже часъ исполненія. Къ сдѣлкамъ послѣдняго рода относятся всѣ торговыя сдѣлки со строго опредѣленными сроками (Fixgeschäfte), такъ наз. срочныя покупки (Zeitkäufe), т. е. такія торговыя сдѣлки, при которыхъ время доставленія товара точно опредѣлено [3]).

Иногда въ сдѣлкѣ точно выражается, что соблюденіе срока является условіемъ исполненія, напримѣръ, присоединеніе такъ наз. *clausula cassatoria*, въ силу которой продавецъ или покупатель является связаннымъ договоромъ лишь тогда, когда другой контрагентъ исполнитъ со своей стороны обязательство въ опредѣленное время. Подобное намѣреніе можетъ обнаружиться уже изъ вида и характера сдѣлки.

Нерѣдко представляется необходимость опредѣлить *стоимость въ данное время непроцентнаго* требованія, *срокъ* которому *наступитъ еще въ будущемъ*. Такая надобность является, между прочимъ, при конкурсныхъ требованіяхъ, представляемыхъ въ конкурсъ надъ несостоятельнымъ должникомъ. Эта стоимость равняется суммѣ, которая, будучи отдана подъ проценты, вмѣстѣ съ процентами за время, остающееся еще до срока, возросла бы до номинальной валюты самаго требованія. Разница между этой суммой и номинальной стоимостью требованія называется дисконтомъ—interusurium [4]).

---

[2]) Въ договорѣ найма позволяется промедленіе въ нѣсколько дней при очисткѣ квартиры будущему нанимателю. Дальнѣйшая просрочка даетъ право на отступленіе отъ договора. l. 24, § 4. D. locati 19. 2. См. также R. O. H. G. E., т. 7, стр. 386, т. 9, стр. 407. R. G. E., т. 1, стр. 62. Гражд. улож. для герман. имперіи § 542 п. 2.

[3]) H. G. B., § 376. См. также R. O. H. G. E., т. 24, стр. 194.

[4]) Предлагались различные методы вычисленія дисконта: a) такъ наз. Карпцовскій, котораго придерживались римскіе юристы—l. 88. § 3. D. ad legem Falcidiam. 35, 2—довольно простъ, но не точенъ. По этой системѣ высчитываются проценты со стоимости самого требованія отъ настоящаго времени до конца срока, при чемъ полученный дисконтъ вычитается изъ номинальной суммы договора. Такимъ образомъ требованіе, срокъ котораго наступитъ черезъ 20 лѣтъ, свелось бы къ нулю, если принять за среднюю высоту процента 5% въ годъ. Изъ этого ясно видна несправедливость Карпцовской системы. b) Безъ сомнѣнія—и это въ настоящее время признано всѣми—скорѣе слѣдуетъ опредѣлить ту сумму, которая будучи отдана въ ростъ достигла бы ко дню истеченія срока номинальной стоимости даннаго требованія. Изъ этой основной мысли выработались двѣ системы. Первая изъ нихъ принадлежитъ Лейбницу: Meditatio iuridico-mathematica de interusurio simplici. Онъ высчитываетъ сумму, которая вмѣстѣ со *сложными* процентами возросла бы къ истеченію срока платежа до номинальной стоимости

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Неисправность и просрочка (mora) въ исполненіи обязательствъ. Возмѣщеніе убытковъ. Неустойка.

I. Неисправность [1]).

§ 36. Неисправность въ контрактныхъ обязательствахъ.

Строгая отвѣтственность должника за неисполненіе договора побуждаетъ къ точному его исполненію и способствуетъ такимъ образомъ правильному развитію и надежности оборота.

Уже въ древнѣйшія времена римляне чутко относились къ этому вопросу. Законъ и позднѣе магистраты установили во многихъ случаяхъ штрафные иски противъ недобросовѣстныхъ контрагентовъ. Въ другихъ случаяхъ вѣрители должны были сами обезпечивать себя противъ неисполненія или неудовлетворительнаго исполненія обязательства особыми штрафными стипуляціями при заключеніи самаго контракта. Такія стипуляціи были въ большомъ ходу [2]).

обязательства. Математическую справедливость этой системы старается доказать Oettinger въ Archiv für civ. Praxis, т. 29, статья 2. Ср. также Keil: Das Interusurium, 1854. Но кто же въ ней сомнѣвался? Тѣмъ не менѣе, эта система является несправедливой по отношенію къ вѣрителю, который не всегда имѣетъ возможность, получивъ данную сумму и отдавъ въ ростъ, взыскивать проценты пунктуально въ назначенные для нихъ сроки и тотчасъ же пускать ихъ въ дальнѣйшее обращеніе. *c)* Поэтому болѣе соотвѣтствуетъ справедливости такъ наз. Гофманская система, которую предложилъ Hofmann: Die Klugheit Haus zu halten, 1731. Эта система кладетъ въ основаніе ту сумму, которая вмѣстѣ съ процентами достигнетъ ко дню истеченія срока номинальной стоимости требованія. Такой способъ вычисленія примѣняетъ и германскій конкурсный уставъ—Koncursordnung—при конкурсѣ. Его слѣдуетъ по аналогіи ввести и во всеобщее употребленіе. Впрочемъ, многіе изъ новѣйшихъ писателей желаютъ примирить обѣ теоріи. Они требуютъ, чтобы судья, смотря по обстоятельствамъ, принималъ при вычисленіи дисконта въ соображеніе то простые, то сложные проценты. Такъ Vangerow, т. 3, § 587, Windscheid, т. 2, § 274. Безъ всякаго сомнѣнія, эти обстоятельства бываютъ весьма различны, тѣмъ не менѣе не слѣдуетъ присоединяться къ этому эклектическому методу. Въ подобныхъ случаяхъ необходима одна общая мѣрка.

[1]) О неисправности вообще см. выше выпускъ I, § 86. Тамъ—въ прим. 3—указана важнѣйшая литература. Слѣдуетъ еще упомянуть Jhering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867 въ его Verm. Schriften, 1879, стр. 155 сл.

[2]) Штрафныя стипуляціи употреблялись, главнымъ образомъ, когда обязательство касалось „dare“ извѣстнаго объекта; см. l. 69. D. de verb. oblig. 45. 1. Весьма распространена была стипуляція двойной цѣны проданной вещи на случай ея эвикціи, и рѣдко случалось, чтобы выговаривали какое-либо дѣйствіе, напр., постройку корабля, не присоединивъ къ договору штрафной стипуляціи на случай его неисполненія, § 7. I. de verb. obl. 3. 15; l. 44, § 6. D. de obl. et act. 44. 7.

Впрочемъ, независимо отъ этого, отвѣтственность за неисправность была въ древнѣйшемъ правѣ далеко несовершенна и недостаточна.

Мало-по-малу при столкновеніи интересовъ во время соціальной борьбы, слѣды которой еще не совсѣмъ изгладились у классическихъ юристовъ [3]), складывались правила, устанавливающія отвѣтственность должника за всякую неисправность въ исполненіи договора.

Впрочемъ, эти нормы, въ общемъ, не считаются принудительными. Поэтому контрагенты могутъ путемъ соглашеній уменьшить или увеличить свою отвѣтственность. Однако два правила признавались въ гражданскомъ оборотѣ за основныя положенія, не подлежащія никакому измѣненію:

1. Во всякомъ договорѣ должникъ отвѣчаетъ по меньшей мѣрѣ за *dolus*. Соглашенія, въ силу которыхъ устраняется отвѣтственность за dolus,—недѣйствительны; этотъ принципъ основывается на авторитетѣ Цельза [4]). Поэтому нельзя добиться никакой льготной грамоты относительно *будущаго dolus*; но вѣритель можетъ просить то, что́ ему слѣдуетъ въ силу *совершившагося уже dolus*.

2. *Грубая небрежность имѣетъ одинаковое съ dolus значеніе.* Это правило, по справедливому воззрѣнію, соблюдается, какъ въ контрактныхъ, такъ и внѣ контрактныхъ отношеніяхъ [5]) [6]). Но при

---

[3]) На это намекаетъ, напр., еще l. 13, § 1. D. de pignoraticia actione. 13. 7. Ulpianus libro 38 ad edictum. Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. Подчеркиванье того, что вѣритель долженъ отвѣчать за culpa, какъ и при commodatum указываетъ на претензіи капиталистовъ отвѣчать лишь за dolus, если данныя имъ въ залогъ вещи будутъ повреждены; съ другой стороны, уклоненіе отъ всякой отвѣтственности вѣрителя за несчастный случай указываетъ на то, что должники, требуя послѣ уплаты долга возвращенія предметовъ залога, не хотѣли принимать во вниманіе ссылку на случайное уничтоженіе этихъ вещей. Наконецъ, вмѣняли вѣрителю отвѣтственность не только за culpa, но и за custodia, такъ что возникъ правовой принципъ: ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet a creditore exiguntur: Paulus libro 29 ad edictum. l. 14. D. h. t. 13. 7.

[4]) l. 23. D. de R. J. 50. 17... haec ita, nisi si quid nominatim convenit—vel plus vel minus—in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit—legem enim contractus dedit—excepto hoc, quod Celsus putat non valere, si convenerit ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est. l. 27, § 3. D. de pactis. 2. 14, l. 17, pr. D. commodati 13. 6, l. 1, § 7. D. depositi 16. 3; l. 6, § 9. D. de a. e. v. 19. 1. Такъ и гражд. улож. для герман. имперіи § 276 п. 2.

[5]) Lata culpa вполнѣ правильно приравнивается къ dolus. Это было при-

чисто штрафныхъ искахъ, какъ, напримѣръ, actio furti, оно не примѣнялось.

Точно такъ же нельзя было заранѣе путемъ договора заручиться прощеніемъ за грубую небрежность [7]).

Эти положенія имѣютъ важное экономическое значеніе. Они способствуютъ сохраненію народнаго богатства, такъ какъ строгая отвѣтственность всегда побуждаетъ къ большей внимательности.

§ 37. Степень неисправности въ отдѣльныхъ договорныхъ отношеніяхъ.

1. Въ своемъ развитомъ состояніи право устанавливаетъ отвѣтственность *должника при исполненіи договора* за *всякую*, даже *незначительную неисправность* [1]).

знано еще древней доктриной со временъ глоссаторовъ. Въ новѣйшее время этотъ взглядъ нашелъ себѣ основательную защиту со стороны Mommsen'a: Erörterungen, выпускъ 2, стр. 175 и сл. Къ нему присоединяется Windscheid, т. 1. § 101, прим. 10. Но многіе изъ новѣйшихъ писателей признаютъ за этимъ правиломъ лишь ограниченное дѣйствіе. Такъ Jhering въ его Jahrbücher, т. 4, стр. 12, Pernice: Labeo, т. 2, стр. 425, и въ особенности недавно Burckhardt: Gleichstellung von dolus und lata culpa, 1885. Тамъ же на стр. 31 указанія на литературу.

[6]) Въ пользу приравниванія culpa lata къ dolus въ сферѣ гражданскаго права, какъ общаго правила, говоритъ тотъ фактъ, что во многихъ случаяхъ оно соблюдается вовсе не по основаніямъ, выведеннымъ изъ особенной природы данныхъ отношеній, а въ силу общаго принципа, что „dissoluta neglegentia prope dolum est“ l, 29. pr. D. mandati 17. 1, „lata culpa plane dolo comparabitur“ l. 1, § 1. D. si mensor 11. 6. Уже Нерва, который, насколько намъ извѣстно, былъ первымъ защитникомъ даннаго взгляда, прямо выражается, что „latiorem culpam dolum esse“ l. 32. D. depositi 16. 3, а Павелъ libro 1 manualium говоритъ: „magna culpa dolus est“. l. 226. D. de V. S. 50. 16. Поэтому римскіе юристы примѣняли это правило къ случаямъ грубой неисправности даже тамъ, гдѣ не предшествовалъ договоръ. Такъ въ особенности l, 1, § 2. D. si is, qui testamento 47. 4. См. также l. 1, § 1. D. si mensor 11. 6; l. 8, § 3. D. de precario. 43. 26. Правда, сомнѣнія вызываетъ: l. 3, pr. D. de servo corrupto. 11. 3. Кромѣ того въ пользу принципіальнаго приравниванія lata culpa и dolus говоритъ и тотъ пріемъ римскихъ юристовъ, по которому они разъ принятый аѳоризмъ обыкновенно послѣдовательно примѣняли вездѣ. Этотъ методъ соотвѣтствуетъ и потребностямъ практики, которая отъ большаго числа тонкихъ различій лишается всякой твердости. Да, наконецъ, это приравниваніе соотвѣтствуетъ, какъ было нами показано выше, общимъ интересамъ оборота. Ср. впрочемъ R. G. E., т. 21, стр. 165.

[7]) Того же взгляда R. O. H. G. E., т. 2, стр. 293. Противоположнаго мнѣнія держится между прочимъ Burckhardt, привед. сочин., стр. 104. См. у него и литературу о данномъ вопросѣ. Гражд. улож. для герм. имперіи § 276 опредѣляетъ: „Должникъ не можетъ быть заранѣе освобожденъ на будущее время отъ отвѣтственности за умыселъ“. Впрочемъ это уложеніе не приравниваетъ lata culpa къ dolus.

[1]) Онъ отвѣчаетъ, если договоръ по его винѣ не былъ исполненъ или былъ исполненъ не надлежащимъ образомъ, а также если вслѣдствіе его неисправности при исполненіи договора произошли убытки.

Древнее право подъ culpa разумѣло лишь *положительное дѣйствіе*, наносящее вредъ вѣрителю, а не простое *упущеніе*. Этотъ принципъ сохранилъ свою силу и въ позднѣйшее время при стипуляціяхъ о выдачѣ опредѣленной вещи [2]).

Но при bonae fidei iudicia было установлено, что всякій, кто отвѣчаетъ за culpa, долженъ отвѣчать и за недостатокъ заботливости, свойственной хорошему хозяину—diligentia, а слѣдовательно, и за убытки, причиненныя простымъ упущеніемъ [3]) [4]). Это положеніе въ обще-германскомъ правѣ сдѣлалось принципомъ, не допускающимъ никакихъ исключеній [5]).

Обязанность заботливости можетъ также заключать въ себѣ обязанность *охраны* вещи—custodia. Въ силу этого отъ должника требуется, чтобы онъ держалъ вещь подъ хорошимъ замкомъ, или

---

[2]) l. 91, pr. D. de verb. obl. 45. 1.

[3]) Если исходить изъ того положенія, что „culpa“ служила техническимъ обозначеніемъ „небрежности“—какъ полагаетъ между прочимъ Windscheid, т. 1, § 101 и т. 2, § 265, прим. 2, — то становится непонятнымъ, почему римскіе юристы доискивались, обязанъ ли къ „diligentia“ тотъ, кто отвѣчаетъ за „culpa“ и почему они оба эти термина „culpa“ и „diligentia“ такъ часто употребляли рядомъ. Очевидно, что лишь постепенно стали простому упущенію придавать значеніе, одинаковое съ причиненіемъ вреда положительнымъ дѣйствіемъ. Юриспруденція должна была долго трудиться, пока ей удалось ввести этотъ принципъ въ практику. Кажется, что впервые это положеніе нашло себѣ признаніе въ лицѣ Квинта Муціи Сцеволы: l. 5, § 3. D. commodati. 13. 6: Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam esse praestandam et diligentiam. Послѣ Альфена Вара—l. 11. D. de periculo et commodo 18. 6—Servius Suplicius требовалъ diligentia такъ же и отъ продавца. Кромѣ того, она вмѣняется въ обязанность, какъ залогопринимателю, такъ и ссудопринимателю, см. приведенный выше въ § 36, прим. 3, l. 13, l, 14. D. de pigneraticia actione. 13. 7. Въ концѣ концовъ было признано за правило, что отвѣтственность за diligentia должна имѣть мѣсто во всѣхъ сдѣлкахъ, которыя основываются на bona fides и требуютъ отвѣтственности за culpa levis. Такимъ образомъ становится совершенно понятнымъ все сказанное въ l. 23. D. de R. J. 50. 17. Ulpianus libro 29 ad Sabinum: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam, dolum tantum depositum et precarium, dolum et culpam mandatum et commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Ср. Pernice: Labeo, т. 2, стр. 281, Brinz, т. 2, стр. 251.

[4]) Иногда diligentia обозначается, какъ „exacta“ или „exactissima“. Изъ l. 1, § 4. D. de obl. et act. 44. 7 и l. 72. D. pro socio. 17. 2. вытекаетъ, что этимъ желали опредѣлить разницу между diligentia вообще и diligentia quam in suis rebus или, такъ наз. culpa in concreto. Иного мнѣнія Баронъ: Diligentia exactissima oder Haftung für custodia въ Archiv für civ. Praxis, т. 2, статья 2. Die Haftung bis zur höheren Gewalt, ibid. т. 78, статья 7.

[5]) Объ иномъ расширеніи этого правила въ смыслѣ отвѣтственности за профессіональныя ошибки въ тѣхъ случаяхъ, когда необходимы спеціальныя познанія, сказано выше: выпускъ I, § 86, прим. 10.

приставилъ къ ней сторожа, или же, наконецъ, принялъ всякія другія мѣры для ея охраны. Главнымъ образомъ, онъ долженъ ее беречь отъ пожара и воровъ [6]) [7]).

Но такая охрана вещи является обязанностью лишь въ томъ случаѣ, если обстоятельства даннаго дѣла требовали бы ея отъ хорошаго хозяина. Такимъ образомъ, если кто-либо, напримѣръ, продастъ хлѣбъ на полѣ, то обыкновенно отъ него не требуется особой охраны.

Обязанность охраны, *вытекающая изъ diligentia*, имѣетъ совсѣмъ иное значеніе, чѣмъ та, которая основывается *на особомъ договорѣ*.

Для первой критеріемъ служитъ то, что установлено обычаемъ, вторая же основывается на точныхъ опредѣленіяхъ договора. Если должникъ не исполнитъ статей договора, касающихся охраны вещи, то уже не можетъ оправдываться передъ потерпѣвшимъ тѣмъ, что эта охрана не предписывается обычаемъ. Онъ виновенъ, такъ какъ не исполнилъ даннаго имъ обѣщанія.

На неправильномъ пониманіи такого различія основанъ взглядъ, что тотъ, кто обязался къ «custodia», отвѣчаетъ и за «casus» [8]).

---

[6]) Brinz, т. 2, стр. 361, подводитъ подъ понятіе „custodire“ цѣлый рядъ опредѣленныхъ дѣйствій, напримѣръ: нарядъ караула, загораживаніе, огораживаніе, храненіе подъ замкомъ, требованіе cautio damni, лѣченіе, поправка и починка. Съ этой точки зрѣнія и слѣдуетъ разъяснять данное ученіе, которое было въ высшей степени затемнено ствлеченными выводами и лишь схематическимъ изложеніемъ прежнихъ изслѣдователей. Отвѣтственность за custodia можетъ основываться: a) на самостоятельномъ договорѣ, въ силу котораго обязываются охранять извѣстную вещь, l. 1, § 12. D. depositi 16. 3; b) на добавочномъ соглашеніи при какой либо сдѣлкѣ, напр., при куплѣ-продажѣ; c) наконецъ, она можетъ являться прямымъ послѣдствіемъ diligentia, вытекающей непосредственно изъ договора. См. Engelmann: Custodiae praestatio, 1887; Bruckner: Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior, 1889. Biermann: Custodia und vis maior въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 12, статья 3. Baron, loc. cit. Stammler въ sächs. Archiv. für bürg. Recht, т. 3, стр. 65. Перечень различныхъ взглядовъ на данный вопросъ даетъ намъ Simoncelli въ Rivista ital. per le scienze giuridiche, т. 14, стр. 6.

[7]) Кто отвѣчаетъ, какъ депозитарій, лишь за dolus и culpa lata, для того не существуетъ особыхъ правилъ, опредѣляющихъ степень надзора, который онъ обязанъ имѣть надъ вещью. Отсюда прямо вытекаетъ, что депозитарій не отвѣчаетъ за custodia, § 17. I. de obl. quae ex delicto 4. 1. Но, очевидно, это слѣдуетъ понимать cum grano salis.

[8]) § 3. a. I. de empt. et vend 3. 23. Quod si fugerit homo, qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit, sane enim, si susceperit ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Рабы въ Римѣ обыкновенно не подлежали особенной охранѣ; иначе они не

2. Кто принимаетъ за себя долгъ *лишь въ интересахъ вѣрителя*, тотъ отвѣчаетъ только за «dolus» и «culpa lata» [9]). Это положеніе римская юриспруденція выводила по аналогіи съ отвѣтственностью депозитарія, сохраняющаго вещь безъ всякаго за это вознагражденія и отвѣчающаго лишь за dolus и culpa lata [10]).

Но этотъ принципъ допускаетъ исключенія: кто самъ вызывается принять вещь въ поклажу, тотъ отвѣчаетъ за всякую «culpa» [11]).

Далѣе мандатарій отвѣчаетъ за всякую culpa, несмотря на то, что принимаетъ на себя порученіе безвозмездно. Такимъ образомъ, для пользы оборота въ важнѣйшемъ именно случаѣ не соблюдается приведенное выше правило.

3. Когда подъ чьимъ-либо надзоромъ и управленіемъ находится чужое имущество вмѣстѣ съ его собственнымъ, то слѣдуетъ требовать соблюденія одной лишь *относительной заботливости*,—diligentia quam suis, culpa in concreto. Это бываетъ при общей собственности, при товариществѣ, при управленіи имуществомъ супруги или опекаемаго [12]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ требуется лишь такая заботливость, какую данное лицо обыкновенно примѣняетъ къ своимъ собственнымъ дѣламъ.

могли бы заниматься никакими самостоятельными заработками. Поэтому продавецъ могъ и не заботиться объ охранѣ проданнаго раба, такъ какъ она не практиковалась даже у хорошаго хозяина. Если же рабъ тѣмъ не менѣе убѣжитъ, то это разсматривается уже, какъ несчастный случай, послѣдствія котораго падаютъ на покупателя. Совсѣмъ иное дѣло, когда продавецъ въ договорѣ обѣщалъ охрану. Въ такомъ случаѣ онъ отвѣчаетъ за несоблюденіе обѣщаннаго надзора. Но это еще не значитъ, что обѣщаніе custodia налагаетъ на него отвѣтственность и за всякій casus. Что мастеръ, которому заказчикъ передаетъ вещь для переработки, отвѣчаетъ по закону за custodia, само собой вытекаетъ изъ l. 5, pr. D. nautae 4. 9, l. 14, § 17. D. de furtis, 47. 2. Однако и здѣсь принимаются во вниманіе обстоятельства каждаго отдѣльнаго случая—см. впрочемъ Lehmann въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 9, стр. 110. То же самое соблюдается и по отношенію къ commodatari'ю, l. 5, §§ 5 и 6. D. commodati 13. 6; l. 19. D. eod.

[9]) l. 5, § 2. D. commodati 13. 6; l. 108, § 12. D. de leg. I.—Africanus.

[10]) l. 17, § 2. D. de praescr. verb. 19. 5. Что депозитарій отвѣчалъ лишь за dolus объясняется исторически тѣмъ, что первоначально изъ depositum возникалъ не контрактный, а деликтный искъ, ср. Dernburg: Kompensation, стр. 53, Pernice: Labeo, т. 1, стр. 435. Точно такъ же и прекаристъ отвѣчалъ лишь за dolus и culpa lata, такъ какъ онъ не считался должникомъ ex contractu l. 8, § 2, § 3 и § 6. D, de precario. 43. 26. Не иначе смотрѣли на отвѣтственность землемѣра и таксатора—mensor'a, l. 1. D. si mensor falsum modum dixerit. 11. 6, такъ какъ и противъ него возбуждался только деликтный искъ. То же самое соблюдалось и въ позднѣйшее время: попрежнему примѣнялось правило: „civiliter obligatus non est“.

[11]) l. 1, § 35. D. depositi. 16. 3.

[12]) l. 25, § 16. D. fam. erc. 10. 2, l. 72. D, pro socio. 17. 2, l. 17. pr. D. de jure dotium. 23. 3. Гражд. улож. для герман. имперіи § 277 опредѣляетъ:

4. Вопросъ о *представленіи доказательствъ* имѣетъ не меньшее значеніе, чѣмъ опредѣленіе степени отвѣтственности за неисправность. Если возникаетъ вопросъ о томъ, соблюдалъ ли должникъ надлежащимъ образомъ *заботливость, возложенную на него договоромъ, то тяжесть доказательства ложится на должника.* Такъ какъ кредиторъ предъявляетъ свое требованіе на основаніи договора, то должникъ, чтобы освободиться отъ отвѣтственности, обязанъ доказать, что онъ при исполненіи обязательства дѣйствовалъ съ тою, именно, заботливостью, которая въ силу договора отъ него требовалась. Поэтому, если кто-либо въ силу договора обязанъ возвратить ввѣренную, напр., отданную ему въ наемъ вещь, то онъ для своего освобожденія отъ обязательства долженъ доказать не только гибель или пропажу этой вещи, но и отсутствіе всякой вины съ своей стороны [13]).

Кто, отвѣчая лишь за culpa-in concreto, извиняется указаніемъ на небрежное веденіе своихъ собственныхъ дѣлъ, долженъ сверхъ того доказать и этотъ послѣдній фактъ [14]).

Если истецъ основываетъ свое притязаніе на ущербѣ, наступившемъ *по поводу исполненія договора или въ связи съ нимъ*, то онъ долженъ доказать вину отвѣтчика.

§ 38. Отвѣтственность за чужую вину [1]).

I. По общему правилу отвѣчаютъ лишь за свою собственную вину. Поэтому принципіально домовладыка и хозяинъ какого-либо пред-

---

кто отвѣчаетъ лишь за ту мѣру заботливости, которую онъ обычно примѣняетъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ, тотъ не освобождается отъ отвѣтственности за грубую небрежность.

[13]) l. 9, § 4. D. locati. 19. 2, l. 5. C. de actione pigneraticia. 4. 24. Ср. H. G. B., § 390. Вопросъ о доказательствахъ возбуждаетъ сомнѣніе, если *вѣритель* требуетъ вознагражденія за неисполненіе договора. Въ такомъ случаѣ онъ долженъ доказать существованіе обязанности должника и мотивировать свое требованіе вознагражденія *утвержденіемъ*, что невозможность исполненія договора произошла по винѣ должника. Напротивъ того, дѣло отвѣтчика доказать, что онъ исполнилъ обязательство или былъ готовъ и въ состояніи его исполнить или же, что невозможность исполненія произошла не по его винѣ. Но недобросовѣстность—dolus отвѣтчика долженъ доказать кредиторъ, если онъ на ней основываетъ свое требованіе. Впрочемъ, и этотъ вопросъ споренъ, ср. Windscheid, т. 2, § 265, прим. 17. Гражд. улож. для герман. имперіи § 282 опредѣляетъ: если споренъ вопросъ о томъ, обусловлена ли невозможность удовлетворенія обстоятельствомъ, за которое отвѣчаетъ должникъ, то бремя доказательства лежитъ на должникѣ.

[14]) Всѣ опредѣленія Windscheid'a,—т. 2, § 265, прим. 19—разъясняются, если присоединиться къ взгляду, высказанному выше, выпускъ I, § 86, прим. 12.

[1]) Ubbelohde въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 7, стр. 199; Goldschmidt, ibid. т. 16, стр. 284; Burchardt: Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine

пріятія отвѣчаютъ за убытки, причиненные ихъ домочадцами, служащими и помощниками лишь постольку, поскольку они сами, хотя бы косвенно, виновны въ этомъ. Вина ихъ, между прочимъ, можетъ заключаться въ недостаточной осмотрительности при выборѣ лицъ— culpa in eligendo,—или въ небрежности при надзорѣ за ними — culpa in custodiendo,—или же въ снабженіи ихъ неудовлетворительными орудіями и въ непринятіи необходимыхъ мѣръ [2]).

II. Принципъ, по которому хозяинъ не отвѣчаетъ за своихъ людей, нельзя было провести безъ ограниченій. Интересы общества и польза гражданскаго оборота требовали въ немъ нѣкоторыхъ измѣненій, извѣстнаго компромисса съ практикой.

1. Это мы замѣчаемъ, прежде всего, по отношенію къ убыткамъ, причиненнымъ *внѣ договорныхъ отношеній.*

По jus civile домовладыка отвѣчалъ за деликты подвластныхъ ему лицъ лишь по actio noxalis. На основаніи этого иска онъ долженъ былъ или возмѣстить послѣдствія проступка, или выдать потерпѣвшему виновнаго для искупленія его вины — noxa [3]). Римскіе магистраты во многихъ случаяхъ усиливали эту отвѣтственность, дѣлая домовладыку непосредственно и лично отвѣтственнымъ за извѣстные проступки такъ называемой «familia» [4]). Затѣмъ, хозяинъ корабля и содержатель гостинницы лично отвѣчали за кражу и поврежденіе вещей, причиненныя ихъ людьми [5]).

Gehülfen, 1861; Wiss: Die Haftung für Fremde culpa, 1867; ср. еще Oetker: Kriminelle und civile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen, 1892, § 7.

[2]) l. 27, § 9. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Ulpianus libro 18 ad edictum: Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si neglegens in eligendis ministeriis fuit l. 11, pr. D. locati 19. 2, l. 10, § 1, l. 11. D. commodati 13. 6, l. 20, D. eod. l. 20, § 3. D. de neg. gest. 3. 5.

[3]) Относительно actiones noxales ср. tit. Inst. de Noxalibus actionibus, 4. 8; D. 9. 4. Cod. 3. 41, затѣмъ Wyss: loc. cit., стр. 8 и указанную тамъ литературу.

[4]) Между прочимъ, преторская практика допускала interdictum de vi противъ домовладыки, если его „familia“ насильно выгоняла посторонняго владѣльца изъ его участка. l. 1, § 11. D. de vi. 43. 16. Затѣмъ publicani отвѣчали за насилія, воровство и поврежденія, причиненныя ихъ „familia“ l. 1, pr., § 5. D. de publicanis 39. 4. Слѣдуетъ также упомянуть объ отвѣтственности покупателя согласно эдильскому эдикту за поврежденіе купленной вещи, причиненное его прокураторомъ или familia, если эта вещь за негодностью будетъ возвращена продавцу l. 25, § 1. D. de aedilicio edicto. 21. 1.

[5]) l. 6 и 7. D. nautae caupones 4. 9, l. un. D. furti adversus nautas 47. 5.

2. Только что указанныя отступленія отъ первоначальнаго принципа не остались безъ вліянія на *главнѣйшіе* изъ *договоровъ*.

a) Предприниматель въ силу actio institoria отвѣчалъ за неисправность своего *institor'a*, какъ при заключеніи, такъ и при исполненіи сдѣлокъ, входящихъ въ кругъ его полномочій [6]). Это вытекало изъ особаго свойства римскаго иска—actio institoria,—въ силу котораго предприниматель отвѣчалъ на подобіе поручителя за обязательства institor'a по сдѣлкамъ, относящимся къ кругу его компетенціи. Очевидно, это считали сверхъ того и вполнѣ справедливымъ, иначе едва ли допустили бы столь широкую отвѣтственность за чужую провинность. Поэтому-то и въ современномъ правѣ слѣдуетъ сохранить такую отвѣтственность, несмотря на то, что характеръ самаго иска измѣнился [7]).

b) Далѣе, при locatio-conductio operis предприниматель отвѣчаетъ за неисправность своихъ помощниковъ и служащихъ даже въ томъ случаѣ, когда самъ онъ ни въ чемъ неповиненъ [8]).

---

[6]) l. 1, § 2. D. de exercitoria actione. 14. 1, l. 5, § 8. D. de institoria actione. 14. 3, l. 5, § 3. D. de doli mali exc. 44. 4. Относящаяся къ этому вопросу l. 5, § 10. D. de institoria actione вызываетъ сомнѣнія. Объ этомъ см. недавно появившійся трудъ Schlossmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 63, статья 9. см. также Arndts, § 250, прим. 7 и указанную тамъ литературу.

[7]) Новѣйшіе романисты держатся, по большей части, иного взгляда. См. Mitteis: Stellvertretung, стр. 288 и приведенные тамъ труды.

[8]) l. 25, § 7, D. locati conducti. 19. 2. Gaius libro 10 ad edictum provinciale: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset idem scilicet intellegimus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest. Слѣдовательно, предприниматель отвѣчаетъ не только за свою вину, но и за вину помощниковъ. Нельзя согласиться съ толкованіемъ Goldschmidt'a—loc. cit., стр. 355,—который пытается доказать, что въ данномъ мѣстѣ отвѣтственность предполагается лишь на тотъ случай, когда убытки произошли по винѣ самого предпринимателя и его людей. Такимъ образомъ, пожалуй, предприниматель не отвѣчалъ бы даже за свою собственную вину, если бы къ ней не присоединилась вина его людей. Очевидно, соединительную частицу слѣдуетъ понимать въ смыслѣ, „какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ случаѣ". Юристъ здѣсь хотѣлъ указать на особенное положеніе, а не само собой понятный принципъ, что предприниматель отвѣчаетъ за свою собственную вину; это видно изъ того, что особенно подчеркивается примѣненіе даннаго рѣшенія казуса съ колонной и къ другимъ случаямъ.—Взглядъ Гольдшмидта раздѣляетъ и Windscheid, т. 2, § 401, прим. 5. Но если даже съ этимъ не согласиться, продолжаетъ онъ, то все-таки можно допустить, что Гай въ приведенномъ мѣстѣ разсматриваетъ culpa ipsius, какъ culpa in eligendo. Въ этомъ толкованіи нѣтъ ничего рискованнаго, тѣмъ болѣе, что и въ другихъ мѣстахъ мы по необходимости допускаемъ аналогичныя предположенія.

Напротивъ того, наемщикъ и сосдопринимательпо отношенію къ нанятымъ и ссуженымъ вещамъ, продавецъ по отношенію къ товару и, наконецъ, мандатарій и negotiorum gestor отвѣчаютъ за неисправность своихъ служащихъ только тогда, когда къ этому присоединяется ихъ собственная вина [9]) [10]). Такимъ образомъ, въ этихъ случаяхъ остается въ силѣ общій принципъ.

§ 39. Отвѣтственность, простирающаяся до предѣловъ vis major [1]).

Нѣкоторые предприниматели отвѣчаютъ при эксплуатаціи своего предпріятія за всякій вредъ, за исключеніемъ только vis major.

Преторскій эдиктъ относительно receptum nautarum cauponum возложилъ на *шкиперовъ и содержателей гостинницъ безусловную отвѣтственность* за цѣлость вещей, принятыхъ ими при эксплоатаціи ихъ промысла [2]). Этотъ законъ былъ вызванъ необходимостью,

---

Но вѣдь нужно дѣлать различіе между просто неточными оборотами и положеніемъ, которому самъ авторъ ясно придаетъ общее значеніе. Развѣ опредѣленіе Гая относительно отвѣтственности самого хозяина за ошибки своихъ служащихъ не является самымъ благоразумнымъ съ практической точки зрѣнія, развѣ оно не соотвѣтствуетъ той тенденціи, которая всюду замѣчается у классическихъ юристовъ — расширить отвѣтственность за culpa! Къ чему, спрашивается, всѣ эти старанія придать опредѣленію Гая различными толкованіями иное значеніе изъ-за какого-нибудь принципа, который нельзя провести послѣдовательно и который сами римляне во многихъ случаяхъ нарушали исключеніями. Ср. Lehmann въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 9, стр. 118; R. O. H. G. E., т. 13, стр. 76; R. G. E., т. 10, стр. 165, т. 23, стр. 91; Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 649, Abicht: Haftung des Unternehmers bei einer Werkverdingung für die Handlungen seiner Gewerbgehilfen. Göttinger Inaug. Diss., 1891.

[9]) Ср. указанныя выше въ прим. 2 мѣста источниковъ, см. также R. G. E., т. 21, стр. 170.

[10]) Ст. 278 гражданскаго уложенія для германской имперіи опредѣляетъ, что должникъ отвѣчаетъ за вину законнаго представителя и того лица, чрезъ посредство котораго онъ исполняетъ свое обязательство, въ тѣхъ размѣрахъ, какъ и за свою собственную вину.

[1]) Goldschmidt въ своей Zeitschrift für Handelsrecht, т. 3, стр. 79 сл. стр. 331 сл. ibid., т. 16, стр. 328; Exner: Der Begriff der höheren Gewalt въ Grünhuts Zeitschrift, т. 10, стр. 495. Dernburg, ibid. т. 11, стр. 334; Huber: Die höhere Gewalt—Inaug-Diss безъ означенія года—Bern, 1885; Hafner: Der Begriff der höheren Gewalt. Zürich, 1887. Stucki: Der Begriff der höheren Gewalt, Berner Inaug-Diss, 1888. Gerth: Der Begriff der vis major, 1890, Ude въ Zeitschrift der Savignystift, rom. Abtheilung, т. 12, статья 4. v. Hollander: Die vis major als Schranke der Haftung 1892 и труды указанные выше § 37, прим. 6. H. Schneider въ Goldtschmidts Zeitschrift, т. 44, ст. 75, 341. Fischer въ Jherings Jahrb. т. 37, стр. 199.

[2]) l. 1, pr. D. nautae 4, 9. Ulpianus libro 14 ad edictum. Ait praetor, „nautae cauponesstabularii quod cujusque salvum fore receperint nisi restituent: in eos judicium dabo“.

а именно небезопасностью дорогъ и транспортовъ въ послѣднія времена республики [3]); изъ него первоначально не допускалось ни одного исключенія.

Право императорскаго періода освобождало корабельщиковъ и содержателей гостинницъ отъ отвѣтственности, если они могли доказать, что принятыя ими вещи погибли въ силу vis maior, damnum fatale или же по винѣ самого путешественника. Но они не освобождались отъ отвѣтственности, если могли доказать только, что съ ихъ стороны не было никакой вины [4]).

2. Германское торговое уложеніе возлагаетъ такую же отвѣтственность на лицъ, профессіонально занимающихся перевозкой кладей внутри государства, а также и на владѣльцевъ транспортныхъ судовъ; послѣдніе подлежатъ отвѣтственности за поврежденіе кладей, разъ оно только произошло не въ силу vis major и не по собственной винѣ потерпѣвшаго.

3. Владѣльцы желѣзнодорожныхъ предпріятій обязаны вознаграждать за убытки, происходящіе отъ смерти или поврежденія въ здо-

---

[3]) Ср. l. 1, § 1. D. h. t. in fine. Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechtes, 3 изд., т. 1, стр. 93 говоритъ слѣдующее: „Первоначально въ Римѣ путешественникъ, прежде чѣмъ остановиться въ гостинницѣ, заключалъ обыкновенно съ ея содержателемъ формальный словесный договоръ относительно сохранности дорожной клади; такой порядокъ, превратившійся въ обычай, былъ, наконецъ, санкціонированъ преторскимъ эдиктомъ". Но предположеніе Goldschmidt'а мало правдоподобно. Представимъ же себѣ, что голодный и жаждущій путникъ - квиритъ, утомленный долгой ѣздой, пріѣзжаетъ, наконецъ, поздно вечеромъ и, можетъ быть, въ бурную и ненастную погоду на постоялый дворъ. Онъ не можетъ отвести промокшую лошадь въ стойло, высушить свое платье, наѣсться и напиться, прежде чѣмъ услужливый хозяинъ не приметъ подъ свое покровительство дорожныя вещи, произнося торжественно „salvum fore recipio" или другія подобныя формальныя слова. А что если грубый содержатель гостинницы не согласится произнести слова договора? Долженъ ли тогда римскій путешественникъ ночевать на дворѣ подъ открытымъ небомъ? Противъ предположенія Goldschmidt'а высказывается и Baron въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, стр. 239. Lenel въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 13, стр. 403 предполагаетъ, что въ Римѣ хозяева гостинницъ принимали обыкновенно на себя отвѣтственность за вещи постояльцевъ, дѣлая соотвѣтствующую надпись на самомъ зданіи, напр. „sarcinae salvae erunt". Это весьма правдоподобное предположеніе. Ср. еще Pernice, Parerga X въ Savigny-Zeitschr, т. 20, стр. 132.

[4]) l. 3, § 1. D. h. t. 4. 9. Ulpianus libro 14 ad edictum... hoc edicto omni modo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit. § 2. Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur.

ровьи, причиненныхъ при эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ. Освобожденіе отъ такой отвѣтственности допускается лишь въ случаѣ vis maior или собственной вины потерпѣвшаго [5]).

Спрашивается, что̀, именно, слѣдуетъ разумѣть подъ «vis maior»? По наиболѣе правильному взгляду, подъ vis maior подразумѣваются такіе необычные случаи, которые не могутъ быть предусмотрѣны и вслѣдствіе этого приняты въ соображеніе даже при самомъ правильномъ ходѣ дѣла.

Поэтому, въ приведенныхъ выше случаяхъ, содержатели гостинницъ и лица, занимающіяся извозомъ или желѣзнодорожнымъ дѣломъ, не освобождаются отъ отвѣтственности соблюденіемъ одной лишь заботливости, свойственной хорошему хозяину. Они должны организовать предпріятіе такъ, чтобы вполнѣ оградить безопасность публики, для чего слѣдуетъ предусматривать всякія случайности, могущія подвергнуть риску лицъ, пользующихся услугами упомянутыхъ предпринимателей. Въ этомъ смыслѣ, такія предпріятія являются для публики какъ бы страховыми учрежденіями. Но подобная отвѣтственность не распространяется на vis maior, т. е. на событія настолько необыкновенныя, изъ ряду выходящія, что ихъ возможность даже нельзя было предвидѣть [6]).

---

[5]) См. H. G. B. art. 395 сл. и 607 сл. Законъ о внутреннемъ судоходствѣ отъ 15 іюня 1895, § 58 предоставляетъ корабельщику право доказать, что вредъ и убытки вызваны обстоятельствами, которыхъ не могла отвратить предусмотрительность даже исправнаго корабельщика.

[6]) Со временъ глоссаторовъ относительно понятія vis major существуютъ два противоположныхъ взгляда. Согласно одному изъ нихъ, подъ vis major подразумѣваются *извѣстные разъ навсегда опредѣленные случаи*—напр., землетрясеніе, наводненіе, нашествіе непріятелей, т. н. внѣшнія событія. Этому воззрѣнію Exner недавно придалъ своеобразное и остроумное выраженіе. По его словамъ, къ vis major относятся такія событія, которыя, проникнувъ извнѣ въ сферу извѣстнаго предпріятія, причинили тѣлесныя или имущественныя поврежденія, и которыя по роду и силѣ своего появленія, очевидно, выходятъ за предѣлы тѣхъ случайностей, которыхъ, вообще, можно ожидать въ обычномъ порядкѣ вещей. Съ этимъ опредѣленіемъ соглашается Unger въ Jherings Jahrb., т. 30, стр. 417, равно какъ и Baron въ civ. Archiv, т. 78, стр. 284. Cosack: Handelsrecht § 90 II. Согласно другому воззрѣнію, не существуетъ объективнаго, разъ навсегда установленнаго критерія для опредѣленія vis major. Скорѣе слѣдуетъ смотрѣть на это, какъ на обстоятельство, которое *при данномъ положеніи вещей* выходитъ за предѣлы человѣческой предусмотрительности—damnum quod imprudentibus accidit. Ср. Dernburg, loc. cit. и особенно Stintzing въ Archiv für civ. Praxis, т. 81, стр. 427; см. также R. G. E., т. 21, стр. 13.

II. Mora. (просрочка) [1]).

§ 40. Мора должника. Условія.

Если должникъ *по собственной винѣ не исполняетъ своего обязательства въ надлежащее время,* то онъ считается *промедлившимъ — in mora* [2]).

Для наличности просрочки необходимо:

1. *Наступленіе срока требованія.*

Такимъ образомъ, прежде всего требуется, чтобы наступилъ надлежащій срокъ уплаты, или чтобы послѣдовало со стороны кредитора увѣдомленіе о намѣреніи осуществить свое требованіе, если это было условлено въ договорѣ, или чтобы наступило включенное въ договоръ условіе. При двустороннихъ сдѣлкахъ, гдѣ исполненіе одного обязательства обусловливается исполненіемъ другого, для возникновенія просрочки одной стороны необходимо, чтобы другая предложила исполненіе того, къ чему она сама обязана.

Просрочка не наступаетъ для того, кто можетъ защищаться при помощи *эксцепціи* [3]) или состоитъ должникомъ *по одному лишь* натуральному обязательству [4]).

2. Далѣе, для возникновенія mora должника, по общему правилу, необходимо *напоминаніе ему объ исполненіи* (interpellatio) со стороны вѣрителя [5]).

---

[1]) Tit. D. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. 22. 1; литература: Madai: Die Lehre von der Mora, 1837; Wolff: Zur Lehre von der Mora, 1841; Fr. Mommsen: Die Lehre von der Mora въ его Beiträge zum Obligationenrecht. вып. 3. 1855; Kniep: Die Mora des Schuldners, два тома, 1871.

[2]) Терминъ mora употребляется въ двухъ значеніяхъ: 1) въ объективномъ смыслѣ, всякая вообще просрочка должнаго исполненія, и 2) въ субъективномъ промедленіе по винѣ контрагента. На разницу между этими значеніями указалъ Павелъ въ видѣ игры словъ libro 37 ad edictum l. 24, pr. D. h. t. 21. 1: Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si juste ad judicium provocavit.

[3]) l. 54. D. de pactis. 2. 14, l. 40. D. de rebus cred. 12. 1.

[4]) l. 88. D. de R. J. 50. 17.

[5]) l. 32. D. h. t. 22. 1. Marcianus libro 4 regularum: Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit. Требованіе, предъявленное вѣрителемъ на сумму, превышающую размѣръ настоящаго долга, само по себѣ еще не препятствуетъ наступленію mora относительно *дѣйствительнаго* размѣра долга. Послѣдствія просрочки не признаются здѣсь лишь въ такомъ случаѣ, если вѣритель *отказался* отъ принятія долга въ его настоящемъ размѣрѣ. См. R. G. E., т. 9, стр. 141. Само собою разумѣется, что предъявленіе иска, равно какъ и представленіе судебнаго приказа объ уплатѣ при производствѣ по такъ наз. Mahnverfahren разсматриваются какъ напоминаніе. По H. G. B. art. 288 abs. 2 доставка счета сама по себѣ еще не имѣетъ значенія напоминанія.

Эта interpellatio должна произойти въ надлежащее время и въ надлежащемъ мѣстѣ [6]). Вѣритель имѣетъ право напоминанія лишь въ томъ случаѣ, если онъ вмѣстѣ съ тѣмъ и управомоченъ къ принятію уплаты [7]). Его мѣсто могутъ заступить уполномоченный и законные представители, но отнюдь не лица, ведущія его дѣла безъ полномочія [8]). Напоминаніе должно быть произведено или самому должнику [9]), или же его повѣренному, уполномоченному на принятіе подобныхъ заявленій [10]).

---

[6]) l. 32. D. h. t. 22. 1, l. 49, § 3. D. de verb. obl. 45. 1. Вполнѣ достаточно напоминанія, произведеннаго даже до истеченія срока, о томъ, что должникъ обязанъ *уплатить по* истеченіи срока обязательства. Windscheid, т. 2, § 279, прим. 4. Иначе, однако, гражд. улож. для герман. имперіи § 284, п. 1. Во всякомъ увѣдомленіи должника о намѣреніи вѣрителя осуществить свое требованіе заключается вмѣстѣ съ тѣмъ и напоминаніе объ уплатѣ по окончаніи срока, установленнаго этимъ увѣдомленіемъ.

[7]) Kniep, loc. cit., т. 1, стр. 166, утверждаетъ, что несовершеннолѣтнія и другія лица, неспособныя ко вступленію въ обязательства, поскольку они могутъ пріобрѣтать права, имѣютъ и право производить напоминаніе, хотя бы и не были управомочены къ принятію уплаты. Напр., несовершеннолѣтній мальчикъ можетъ напоминать, чтобы ему доставили его куртку, возвратили его книгу. Это положеніе вѣрно, но такой несовершеннолѣтній вмѣстѣ съ тѣмъ и считается уполномоченнымъ родителями или опекунами къ принятію относящихся сюда исполненій. Напротивъ того, если бы несовершеннолѣтній имѣлъ право напоминать продавцу о доставкѣ купленной его опекуномъ для хозяйства лошади, то это могло бы привести къ совершенно нежелательнымъ результатамъ. Вѣдь исполненіе обязательствъ могло бы быть еще преждевременно. Напоминаніе— актъ связанный съ управленіемъ имуществомъ, который и долженъ принадлежать одному только управляющему. См. гражд. улож. для герман. имперіи § 111: *Односторонняя* сдѣлка, совершенная безъ необходимаго согласія законнаго представителя несовершеннолѣтнимъ, недѣйствительна.

[8]) Paulus libro 37 ad edictum l. 24, § 2. D. t. h. 22. 1, повидимому высказываетъ противоположное мнѣніе: Mora videtur creditori fieri, sive ipsi sive ei cui mandaverat, sive ei qui negotia ejus gerebat mora facta sit. Здѣсь противопоставляется спеціальное порученіе уполномочію къ веденію всѣхъ дѣлъ. Вѣдь при напоминаніи лицомъ, которое вмѣшалось въ управленіе безъ всякаго порученія, не можетъ быть увѣренности въ томъ, что вѣритель дѣйствительно желаетъ развязки долгового правоотношенія. Положимъ, кто-либо при своемъ отъѣздѣ депонируетъ извѣстную сумму денегъ; третье лицо берется за управленіе его имуществомъ. Развѣ долженъ считаться промедлившимъ депозитарій, получившій напоминаніе отъ такого negotiorum gestor'a во время отсутствія депонента, если даже его уплата напомнившему не можетъ привести къ освобожденію отъ обязательства? См. впрочемъ Mommsen, loc. cit., стр. 53. Kniep, loc. cit., т. 1, § 20, Brinz, т. 2, стр. 293. Высказанное выше, § 34, прим. 7, 8, примѣнимо и къ напоминанію.

[9]) Требуется, чтобы должникъ былъ дѣеспособнымъ; l. 24. D. de verb. obl. 45. 1.

[10]) Не подлежитъ никакому сомнѣнію и никто противъ этого не споритъ, что напоминаніе можетъ быть сдѣлано не самому должнику, а его законному

Но иногда просрочка должника возможна и безъ предварительнаго напоминанія, а именно въ слѣдующихъ случаяхъ:

a) если долгъ возникъ вслѣдствіе похищенія чужой вещи или другого недозволеннаго ея присвоенія [11]).

b) если должникъ *уклоняется отъ напоминанія* [12]); это бываетъ тогда, когда, напр., должника невозможно найти ни въ мѣстѣ жительства или торговой осѣдлости, ни въ мѣстѣ, гдѣ по договору назначено исполненіе, а въ то же время онъ не оставилъ нигдѣ своихъ уполномоченныхъ, такъ что попытки вѣрителя совершить напоминаніе остаются тщетными [13]).

c) если соглашеніемъ установленъ *опредѣленный срокъ* уплаты, а исполненіе въ этотъ срокъ не послѣдовало. Это правило принято обще германской судебной практикой; она держится поговорки: dies interpellat pro homine [14]).

представителю, въ особенности опекуну, l. 24. D. 45. 1. Это правило примѣняется въ наше время и къ представителямъ юридическихъ лицъ. Споренъ вопросъ относительно добровольнаго представительства. См. Brinz, т. 2, стр. 294, прим. 18. Просрочка главнаго должника хотя и не влечетъ за собою непосредственно просрочку поручителя, но тѣмъ не менѣе вредитъ ему, такъ какъ онъ отвѣчаетъ за всѣ обязательства главнаго должника въ томъ видѣ, какой они приняли послѣ просрочки, l. 91, § 4. D. de verb. obl. 45. 1, Brinz, т. 2, стр. 295, прим. 22. Просрочка поручителя нисколько не вредитъ главному должнику. См. впрочемъ Brinz, т. 2, стр. 295, прим. 24.

[11]) l. 8, § 1. D. de cond. furt. 13. 1: Semper enim moram fur facere videtur, см. далѣе l. 1, § 35. D. de vi. 43. 16.

[12]) l. 23. D. h. t. 22. 1 Ulpianus libro 34 ad edictum: Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur.

[13]) Нѣтъ никакой необходимости, чтобы вѣритель сдѣлалъ свое заявленіе на судѣ, какъ этого требуетъ Mommsen, loc. cit., стр. 74. Вѣритель долженъ только опредѣленно выразить свою волю, чтобъ обязательство было исполнено. Поэтому между прочимъ достаточно, чтобы вѣритель лично или отъ его имени нотаріусъ явились въ квартиру должника и составили тамъ актъ о неуспѣшности попытки добиться уплаты; см. Brinz, т. 2, стр. 297, прим. 38. См. также Windscheid, т. 2, § 278, прим. 12.

[14]) Это одинъ изъ самыхъ спорныхъ вопросовъ общегерманскаго права. Уже глосса „committitur“ къ l. 9. D. h. t. 22. 1 учила, что „interpellari videtur ab ipsa die constituta“; такой взглядъ получилъ въ Германіи общее признаніе и примѣненіе, пока Savigny въ своихъ Vorlesungen и затѣмъ Neustetel въ Archiv für civ. Praxis, т. 5, статья 8 не выступили противъ него. Съ тѣхъ поръ мнѣнія раздѣлились; см. приведенныхъ у Windscheid'a, § 278. прим. 4, писателей. Что римлянамъ было неизвѣстно положеніе „dies interpellat pro homine“ видно изъ слѣдующаго. a) Правило, что mora возникаетъ вслѣдствіе напоминанія—non ex re, sed ex persona,—выражено, какъ безусловно общій принципъ, l. 32. D. h. t. 22. 1; оно требовало бы ограниченія, если бы не примѣнялось ко всѣмъ долгамъ съ опредѣленнымъ срокомъ уплаты, т. е. въ весьма не рѣдкихъ случаяхъ. b) Юристы упоминаютъ въ различныхъ мѣстахъ о существованіи исключеній изъ этого общаго

3. Промедленіе должно произойти *по винѣ* должника [15]).

Поэтому существуетъ разница между злостнымъ и добросовѣстнымъ должникомъ, подобно тому какъ въ области вещнаго права—

правила. Такъ, mora должна возникать „aliquando“ ex re, именно, если нельзя отыскать должника. Развѣ не было бы проще упомянуть здѣсь о срочномъ обязательствѣ? Чѣмъ можно объяснить, что такое важное въ практическомъ отношеніи правило, разъ оно дѣйствительно существовало, нигдѣ ясно не выражено? Молчаніе источниковъ объ этомъ является, по нашему мнѣнію, полнымъ доказательствомъ отсутствія такого правила. c) Въ l. 17, § 4. D. h. t. 22. 1. Paulus libro singulari de usuris говоритъ: Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet. При договорѣ найма *часто* происходятъ соглашенія о времени взноса наемной платы, и все-таки здѣсь установлено *общее* правило, что въ случаѣ запоздалаго исполненія проценты взимаются не тотчасъ, но только съ момента просрочки. Изъ этого видно, что требуется наличность особыхъ обстоятельствъ для того, чтобы признать просрочку. Тѣ мѣста, на которыя ссылаются представители противоположнаго мнѣнія, не могутъ поколебать силу нашихъ доводовъ. Преимущественно указываютъ на слѣдующія 2 мѣста. a) Въ l. 10. C. de act. empt. vend. 4. 49. Діоклетіанъ и Максиміанъ предписали: Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire potes. При сдѣлкахъ относительно доставленія мяса въ опредѣленный срокъ, своевременное исполненіе составляетъ обыкновенно условіе договора, а потому запоздавшее предложеніе исполненія не соотвѣтствуетъ его цѣли. Поэтому должна быть возмѣщена цѣна, соотвѣтствующая тому времени, которое назначено было для исполненія; вопросъ же о существованіи здѣсь mora въ техническомъ смыслѣ вообще не возникаетъ. Это не значитъ, какъ полагаетъ Windscheid, loc. cit., вносить въ источники чужую мысль; напротивъ, это—развитіе именно того, что они содержатъ. b) Въ l. 114. D. de verb. obl. 45. 1. Ульпіанъ libro 17 ad Sabinum говоритъ: Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit moram facti non esse. Здѣсь на разрѣшеніе представленъ вопросъ о *послѣдствіяхъ* просрочки, т. е. принимаются ли при conditio fundi въ соображеніе убытки, вытекающіе изъ промедленія, или же только стоимость участка въ моментъ предъявленія иска—litis contestatio; см. l. 3 и l. 4. D. de cond. trit. 13. 3. По этому мѣсту едва ли можно опредѣлить, какія условія считались основаніемъ просрочки, тѣмъ болѣе, что слова „Si per promissorem steterit“ допускаютъ различное толкованіе. Во всякомъ случаѣ, по данному вопросу римское право было рецепировано не во всей своей чистотѣ, и скорѣе практика заимствовала и примѣняла правило: „dies interpellat“. См. въ особенности Mommsen, loc, cit., стр. 84 и сл. Иной вопросъ, не былъ ли бы строго римскій принципъ болѣе гуманнымъ и цѣлесообразнымъ, чѣмъ выработанное обычаемъ правило, и не является ли онъ желательнымъ для современнаго права. Заказное письмо могло бы всегда служить вѣрителю доказательствомъ напоминанія. Развѣ такъ трудно отослать такое письмо? Гражд. улож. для герман. имперіи § 284 тѣмъ не менѣе опредѣляетъ: когда для исполненія назначенъ календарный срокъ, то должникъ просрочиваетъ помимо напоминанія, если не исполнитъ обязательства въ указанный срокъ.

[15]) Вопросъ о томъ, требуется ли для наличности mora debitoris еще culpa, очень споренъ. Къ противникамъ такой culpa принадлежитъ Kniep, loc. cit., стр. 326, см. тамъ же на стр. 406 литературу по этому вопросу. Что римляне требовали для mora наличности вины, видно изъ l. 91, § 3. D. de verb. obl. 45. 1.

между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Впрочемъ это положеніе не должно служить прикрытіемъ злостнаго коварства и вести къ подрыву кредита. *Кто не уплатилъ своевременно своего долга, тотъ уже въ силу этого самаго предполагается виновнымъ* [16]).

Поэтому, если должникъ желаетъ опровергнуть признаніе за нимъ вины, то онъ съ своей стороны долженъ указать на *оправдывающія его обстоятельства.*

Послѣднія могутъ заключаться во *внѣшнихъ* препятствіяхъ, мѣшающихъ исполненію, напр., наводненіи, войнѣ или революціи, прерывающихъ сообщеніе [17]).

Должникъ можетъ оправдываться также и тѣмъ, что *не зналъ* о существованіи требованія. Впрочемъ къ такому заявленію слѣдуетъ относиться съ большою осторожностью. Должникъ обязанъ по-возможности освѣдомляться о существованіи и объемѣ направленнаго противъ него требованія [18]). Поэтому онъ можетъ быть извиненъ только въ томъ случаѣ, если докажетъ, что его убѣжденіе въ отсутствіи долга было вполнѣ обосновано.

Недостатокъ средствъ для уплаты не считается обстоятельствомъ, извиняющимъ неисполненіе обязательства [19]).

Поэтому l. 9, § 1. D. h. t. 22. 1. говоритъ о „mora inculpata". Существованіе особыхъ основаній, устраняющихъ виновность въ просрочкѣ, объясняется съ научной точки зрѣнія лучше всего тѣмъ, что mora принципіально требовала вины должника. И гражд. улож. для герман. имперіи § 285 гласитъ: должникъ не просрочиваетъ, пока исполненіе обязательства не можетъ послѣдовать вслѣдствіе обстоятельства, за которое онъ не отвѣчаетъ.

[16]) Поэтому наличность просрочки доказывается истцомъ указаніемъ на истеченіе срока требованія и на напоминаніе съ его стороны. Pauli sent., III, 8, § 4... mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur; ср. Mommsen, loc. cit., стр. 23, Brinz, стр. 289. Изъ l. 5. D. de reb. cred. 12. 1 никакъ нельзя сдѣлать заключеніе, что истецъ для доказательства просрочки долженъ сверхъ того доказать, что отвѣтчикъ зналъ о своемъ обязательствѣ.

[17]) l. 23, pr. D. h. t. 22. 1, ср. l. 21. D. eod.

[18]) Предполагается, что должникъ, доведшій дѣло до процесса вмѣсто того, чтобы платить, допускаетъ просрочку. См. выше, вып. I, § 154, прим. 11.

[19]) Windscheid, напротивъ того, утверждаетъ, что „даже несостоятельность можетъ служить оправданіемъ, если она вызвана безъ вины должника несчастнымъ случаемъ". Это положительно противорѣчитъ l. 137, § 4. D. de verb. obl. 45. 1: et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet. Сверхъ того это воззрѣніе не совмѣстимо съ здравымъ понятіемъ о кредитѣ. Вѣрителю не зачѣмъ вдаваться въ разсмотрѣніе того, изъ за чего должникъ сдѣлался несостоятельнымъ. См. Brinz, т. 2, стр. 291.

§ 41. Послѣдствія просрочки должника.

Промедлившій должникъ обязанъ возмѣстить вѣрителю *интересъ своевременнаго исполненія* [1]).

Однако право не довольствуется такимъ общимъ принципомъ. При трудности опредѣленія и доказательства интереса подобное положеніе не давало бы вѣрителю достаточной гарантіи въ томъ, что онъ получитъ полное возмѣщеніе своей дѣйствительной потери. Поэтому были установлены болѣе конкретныя правила, которыя до извѣстной степени избавляютъ вѣрителя отъ доказательства своего интереса во всѣхъ подробностяхъ.

1. Съ момента промедленія должникъ *несетъ рискъ гибели или ухудшенія предмета обязательства*.

Древнеримская юриспруденція выразила это въ видѣ правила: *mora obligatio perpetuatur*. Вслѣдствіе этого, вѣритель, которому слѣдовало получить раба Стиха, въ случаѣ смерти этого раба, послѣ просрочки должника, могъ все-таки предъявить искъ съ формулой «Stichum dare oportere». На основаніи подобнаго иска судья долженъ былъ присудить вѣрителю цѣну мертвой души раба, все равно какъ если бы онъ былъ живъ.

Юриспруденція императорскаго періода оправдывала это присужденіе тѣмъ, что при своевременномъ исполненіи вѣритель могъ бы *посредствомъ продажи превратить въ деньги объектъ долга и такимъ образомъ избѣгнуть убытковъ*. Съ этой точки зрѣнія вполнѣ послѣдовательно предоставляется должнику въ свою очередь доказывать, что даже при своевременномъ исполненіи несчастный случай постигъ бы вещь и у вѣрителя. Такъ должникъ можетъ освободиться, доказавъ, что *вѣритель оставилъ бы за собою полученный объектъ и не отчуждалъ бы его*. Но доказать подобное, конечно, удается лишь въ рѣдкихъ случаяхъ [2]).

---

[1]) l. 36, § 2. D. de usufructu. 7. 1, l. 114. D. de verb. obl. 45. 1. Также гражд. улож. для герман. имперіи, § 286.

[2]) Со временъ глоссаторовъ существуетъ споръ о томъ, отвѣчаетъ ли должникъ съ момента просрочки безусловно въ силу „perpetuatio“ обязательства или же онъ освобождается, если гибель постигла бы вещь и въ случаѣ своевременнаго ея представленія вѣрителю. Относительно исторіи этой контроверсы см. Madai, loc. cit., стр. 289. Самъ Madai защищаетъ болѣе строгій взглядъ между тѣмъ какъ современные юристы склоняются въ сторону болѣе мягкаго воззрѣнія. Мы присоединяемся къ послѣднимъ. Слѣдуетъ только при этомъ принять въ со-

2. Должникъ, далѣе, отвѣчаетъ за *уменьшеніе стоимости* вещи, происшедшее послѣ промедленія [3]).

Это было вызвано тѣмъ соображеніемъ, что вѣритель долженъ получить все то, что онъ могъ бы выручить отъ продажи предмета долга, если бы послѣдній былъ доставленъ ему своевременно.

Наивысшая цѣна, которую предметъ долга имѣлъ въ *промежуточное время* между наступленіемъ промедленія и дѣйствительнымъ исполненіемъ или присужденіемъ, предоставляется вѣрителю только въ томъ случаѣ, если онъ докажетъ, что при своевременномъ исполненіи онъ воспользовался бы именно этимъ благопріятнымъ моментомъ для продажи вещи.

ображеніе историческое развитіе этого вопроса, чего обыкновенно не дѣлаютъ. Положеніе о „perpetuatio" было выставлено юристами республиканскаго періода, какъ самостоятельное и безусловное. Это было constitutio juris, l. 91, § 3. D. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro 17 ad Plautium: Sequitur videre de eo, quod *veteres constituerunt*, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit; см. l. 82, § 1. D. eod. l. 24. D. h. t. 22. 1. Но при императорахъ это правило стало вызывать недоумѣніе. Ульпіанъ — libro 22 ad Sabinum, l. 47, § 6. D. de leg. I—приводитъ въ его оправданіе мнѣніе Лабеона: Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim cum acceptum legatarius vendere. Взглядъ Лабеона имѣлъ успѣхъ. Доводы, приведенные имъ для оправданія древняго правила, разсматривались теперь какъ основная юридическая мысль. Ulpianus libro 16 ad edictum. l. 15, § 3. D. de rei vind. 6. 1. дѣлаетъ отсюда такіе выводы: Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. Ср. l. 14, § 1. D. depositi. 16. 3. Видоизмѣненіе древняго правила Ульпіаномъ надо разсматривать какъ дѣйствующее право. Оно вполнѣ соотвѣтствуетъ справедливости. Не вѣритель (какъ думаютъ нѣкоторые ученые) долженъ доказывать, что онъ отчудилъ бы при своевременномъ исполненіи предметъ обязательства: обязанность доказывать, что вѣритель не совершилъ бы отчужденія, лежитъ на должникѣ. За обязанность вѣрителя доказывать, поскольку дѣло касается купли-продажи, стоитъ между прочимъ и Кніер, loc. cit., т. 2, стр. 45. Относительно этого вопроса см. Windscheid, т. 2, § 280, прим. 14 и имъ указанныхъ писателей. Впрочемъ, для доказательства должнику совершенно достаточно, если онъ укажетъ на такія обстоятельства, изъ которыхъ съ полною правдоподобностью видно, что вѣритель не совершилъ бы отчужденія. Вѣдь при подобныхъ шаткихъ предположеніяхъ нельзя вообще добиться полной увѣренности. Гражд. улож. для герман. имперіи § 287 опредѣляетъ: должникъ несетъ отвѣтственность и за случайно наступившую во время просрочки невозможность исполненія, развѣ бы было доказано, что ущербъ наступилъ бы и при своевременномъ удовлетвореніи.

[3]) l. 3, § 3. D. de a. e. v. 19. 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur... Конечно, въ этомъ мѣстѣ предполагается, что просрочка наступила немедленно послѣ продажи, такъ какъ продавецъ раскаялся въ заключеніи сдѣлки.

Только *воръ* во всякомъ случаѣ обязанъ возмѣстить *высшую стоимость вещи за это промежуточное время.* Онъ не можетъ возражать, если вѣритель по отношенію къ нему сошлется даже на такіе барыши, на которые онъ имѣлъ лишь отдаленные шансы [4]).

3. Съ момента промедленія вѣритель получаетъ право на *плоды* и другіе доходы съ предмета обязательства, которые извлекъ или долженъ былъ извлечь должникъ послѣ промедленія, а также и на ту прибыль, которую могъ бы извлечь самъ вѣритель изъ предмета долга при своевременномъ его предоставленіи. Въ частности, ему представляются такъ наз. проценты за промедленіе, обыкновенно, въ размѣрѣ, опредѣляемомъ мѣстными обычаями [5]) [6]).

Въ случаѣ *несовершеннолѣтія* вѣрителя эти проценты должны уплачиваться уже съ момента наступленія срока требованія [7]).

---

[4]) l. 8, § 1. D. de cond. furt. 13. 1. Ulpianus libro 27 ad edictum: Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur, placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur. Изъ этого мѣста многіе ученые безъ всякаго основанія выводятъ общее правило относительно просрочки, см. Windscheid. т. 2, § 280, прим. 19.

[5]) l. 39, § 1. D. de leg. I, Pauli sent., II, 12, § 7, l. 17, § 1. D. de rei vind. 6. 1, Petrażycki: Einkommen, т, 2, § 7. Въ то время какъ perpetuatio и связанныя съ ней нормы обязаны своимъ возникновеніемъ stricti juris judicia и правилу, выставленному юристами, иски о плодахъ и процентахъ за просрочку развились въ связи съ bonae fidei judicia: l. 32, § 3. D. h. t. de usuris. 22. 1, l. 24. D. depositi 16. 3. Какимъ образомъ это было распространено впослѣдствіи и на предсмертные отказы, объ этомъ см. Gajus, Inst. II, § 280, Pauli sent., III, 8, § 4, l. 24. D. de usufructu legato. 33. 2, l. 34. D. h. t. 22. 1. Постановленіе имперскаго сейма 1600 года, § 139, признало право на проценты за просрочку за всѣми кредиторами безъ различія.

[6]) Исключенія см. выше, § 29, прим. 11. Гражд. улож. для герман. имперіи § 288 опредѣляетъ: на денежный долгъ начисляются за время просрочки четыре процента годовыхъ. Если кредиторъ на другомъ основаніи можетъ требовать начисленія болѣе высокаго роста, то ростъ начисляется въ томъ размѣрѣ.

[7]) См. выше, § 29. Споренъ вопросъ, обязаны ли должники несовершеннолѣтнихъ кредиторовъ только *платить проценты* съ момента истеченія срока обязательства, или же дѣйствуютъ *всѣ послѣдствія просрочки* во все продолженіе несовершеннолѣтія. Предписаніе Севера, на которомъ основывается данный принципъ, говоритъ только объ обязанности платить проценты, l. 87, § 1. D. de leg. II. Paulus libro 14 responsorum... quamvis enim constitutum sit, ut minoribus XXV annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. Также l. 5. C. de a. e. v. 4. 49. Правда, это разсматривалось, какъ послѣдствіе просрочки въ объективномъ смыслѣ, l. 26. D. de fideicommissariis lib. 40. 5, l. 3. C. in quibus causis i. i. r. 2. 40. Иногда даже возникали попытки распространить это правило на аналогичные случаи, но это едва ли основательно въ виду непризнанія истинной просрочки въ вышеприведенныхъ мѣстахъ. Иначе само по себѣ цѣлесообразное предписаніе Севера

4. Если предъявленіе требованія ограничено извѣстнымъ *конечнымъ* срокомъ, то это ограниченіе отпадаетъ, коль скоро должникъ до наступленія конечнаго срока допустилъ просрочку [8]).

Вѣритель не лишается права доказывать и взыскивать даже болѣе высокій размѣръ убытковъ, происшедшихъ отъ несвоевременнаго исполненія, чѣмъ тотъ, который гарантируется ему по вышеизложеннымъ правиламъ. Въ частности, для этой цѣли онъ можетъ доказывать, что своевременная уплата денежнаго долга принесла бы ему бо̀льшую прибыль или оградила бы его отъ убытковъ, которые не покрываются присуждаемыми ему обычными процентами [9]).

Промедленіе одной стороны не даетъ еще другой *права отступиться* отъ заключеннаго договора; исключеніе допускается лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда это обусловлено самимъ договоромъ, вытекаетъ изъ природы сдѣлки или же можетъ быть оправдано требованіями справедливости, въ силу особаго положенія вещей [10]) [11]). По германскому торговому уложенію подобное право отказа отъ сдѣлки въ широкой степени допускается при торговыхъ сдѣлкахъ [12]) [13]).

§ 42. Прекращеніе просрочки.

Просрочка должника прекращается—mora purgatur [1]):

1. *Предложеніемъ полной уплаты* въ удобное время и въ удобномъ мѣстѣ.

получило бы чрезвычайно несправедливое значеніе. Точно такъ же не можетъ ввести насъ въ заблужденіе l. 3, § 2. D. de adimend. leg. 34. 4, на которой Windscheid основываетъ противоположный взглядъ. Здѣсь дѣло идетъ объ исправленіи двусмысленнаго распоряженія наслѣдодателя согласно предполагаемой его волѣ. См. Brinz, т. 2, стр. 298, прим. 39, Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 13.

[8]) l. 3. § 1. D. de adimend. leg. 34. 4; Windscheid. т. 2, § 280, прим. 21.

[9]) Въ томъ же смыслѣ ясно высказывается постановленіе имперскаго сейма 1600 года § 139. См. l. 20. D. de per. et com. 18. 6, приведенную ниже, § 45, прим. 3. Гражд. улож. для герман. имперіи § 288: притязаніе на возмѣщеніе дальнѣйшаго ущерба не исключается.

[10]) См. Gustav Lehmann: Die Ausweitung der debitorischen Verzugsfolge, 1891. Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 10.

[11]) Относительно arra см. выше, § 12.

[12]) H. G. B. art. 354 и 355.

[13]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 286 опредѣляетъ: если вслѣдствіе просрочки удовлетвореніе не представляетъ интереса для кредитора, то послѣдній можетъ, отклонивъ удовлетвореніе, требовать возмѣщенія ущерба, причиненнаго неисполненіемъ обязательства. Ср. также § 361 и Petrażycki: Einkommen, т. 2, стр. 522 слѣд.

[1]) Древнѣйшіе римскіе юристы держались того мнѣнія, что perpetuatio долга, вызванная просрочкой, оканчивается не въ силу позднѣйшаго предложенія исполне-

Предлагаетъ ли уплату самъ должникъ или же любое третье лицо—это совершенно безразлично [2]).

Только такое предложеніе влечетъ за собою прекращеніе просрочки, которое обнимаетъ долгъ *со всѣми приращеніями*, вызванными просрочкою. При этомъ обыкновеннымъ условіемъ является *дѣйствительное, реальное* предложеніе исполненія. Простого словеснаго заявленія должника для этого недостаточно. Его готовность исполнить должна выразиться въ дѣйствіяхъ, изъ которыхъ было бы ясно видно серьезное намѣреніе немедленно уплатить свой долгъ.

2) Далѣе, *согласіе кредитора на продолженіе обязательственныхъ отношеній* прекращаетъ просрочку. Такое значеніе имѣютъ, напр., договоръ объ отсрочкѣ долга, новація подъ условіемъ [3]), принятіе векселя, срокъ коему наступаетъ въ будущемъ, или, наконецъ, представленіе обезпеченія [4]) [5]).

нія, но лишь вслѣдствіе *дѣйствительнаго* исполненія или присужденія должника. Противъ этого высказался Celsus. l. 91, § 3. D. de verb. obl. 45. 1... Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur. Къ этому присоединяются Юліанъ и позднѣйшіе римскіе юристы.

[2]) l. 72, § 2. D. de solutionibus. 46. 3.

[3]) l. 54. D. de pactis. 2. 14. Вслѣдствіе условной новаціи просрочка прекращается даже въ томъ случаѣ, если бы новое обязательство не состоялось. Таково мнѣніе Марцелла, libro 20 digestorum, l. 72, § 1. D. de solutionibus. 46. 3: debitorem cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: см. l. 14, pr. D. de novationibus. 46. 2. Правда, иного взгляда Venulejus—l. 31, pr. D. de novationibus. 46. 2. Онъ исходилъ изъ древнѣйшаго принципа—см. прим. 1,– что разъ возникшая perpetuatio долга можетъ быть устранена только исполненіемъ. Его взглядъ поэтому является однимъ лишь историческимъ воспоминаніемъ. Впрочемъ, мнѣнія по этому вопросу сильно расходятся. См. въ особенности Kniep: Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche obligatio, 1860, стр. 49 и Römer: Die bedingte Novation, 1863, стр. 142.

[4]) Нельзя согласиться съ мнѣніемъ, что просрочка, наступившая для отсутствующаго безъ напоминанія, прекращается съ момента его возвращенія. Это утверждаетъ, между прочимъ, Windscheid, т. 2, § 281, прим. 6, опираясь на то, что послѣдствія просрочки, допущенной по отношенію къ несовершеннолѣтнему вѣрителю, прекращаются сами собою въ моментъ совершеннолѣтія. Но если даже признать настоящую просрочку при несовершеннолѣтіи вѣрителя, что́ впрочемъ неправильно,—см. выше § 41, прим. 7—то все-таки аналогія Виндшейда здѣсь неумѣстна. Право малолѣтняго вѣрителя на проценты—особая привилегія; просрочка же, возникающая въ случаѣ отсутствія должника, основывается на самой сути дѣла. Какимъ образомъ можно заставить вѣрителя быть постоянно на сторожѣ относительно присутствія или отсутствія должника.

[5]) Опасно по своимъ послѣдствіямъ часто приводимое—напр. Виндшейдомъ, т. 2, § 281, прим. 8—положеніе: „уничтоженіе права требованія влечетъ за собою не только прекращеніе просрочки должника, но и его освобожденіе отъ

Хотя во всѣхъ этихъ случаяхъ сама просрочка прекращается, но всѣ прибавленія къ долгу, вызванныя ею, продолжаютъ существовать, входя въ составъ требованія. Само собою разумѣется, что кредиторъ можетъ отказаться отъ всѣхъ правъ, которыя онъ пріобрѣлъ вслѣдствіе промедленія [6]).

§ 43. Мога вѣрителя [1]).

Непринятіе безъ уважительной причины надлежащимъ образомъ предложеннаго исполненія вызываетъ просрочку кредитора. Эта mora creditoris или mora accipiendi является аналогичной съ просрочкой должника.

Во всякомъ случаѣ, принятіе предложеннаго исполненія само по себѣ есть право, а не обязанность кредитора [2]); онъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности и осужденъ за непринятіе исполненія только тогда, когда это *принятіе по смыслу уговора*

тѣхъ расширеній обязательства, которыя вызваны ею". Это конечно не можетъ имѣть тотъ смыслъ, что разъ *погашено* требованіе въ томъ видѣ, въ какомъ оно было къ моменту уплаты, то этимъ самымъ уничтожаются и всѣ послѣдствія просрочки: это было бы ничто иное какъ тавтологія. Мысль здѣсь скорѣе такова: если первоначальный объектъ долга, напр., обѣщанное количество хлѣба, послѣ нѣкотораго промедленія должника будетъ представленъ и принятъ, то вѣритель не можетъ уже больше пользоваться тѣми правами, которыя возникли у него вслѣдствіе просрочки, напр., правомъ на разницу въ цѣнѣ, которую онъ могъ бы требовать отъ промедлившаго должника въ случаѣ пониженія цѣнъ на хлѣбъ. Но это мнѣніе лишено всякаго основанія. Неправильно требовать отъ вѣрителя особой *оговорки* для того, чтобы сохранилось право на послѣдствія просрочки. Еще болѣе, конечно, неправильно утвержденіе Mommsen'a, loc. cit., что благодаря такой оговоркѣ продолжаетъ существовать одно только натуральное обязательство; вѣрнѣе слѣдуетъ сказать, что въ такомъ случаѣ долгъ, какъ онъ существовалъ въ моментъ уплаты, погашенъ только отчасти, и ничто не препятствуетъ поэтому требовать его исполненія, посколько онъ еще не погашенъ. Иначе дѣло обстояло бы лишь въ томъ случаѣ, если бы при принятіи уплаты самъ вѣритель прямо словесно или же молчаливо отказался бы отъ такого права.

[6]) Brinz, т. 2, § 274 различаетъ „окончаніе mora" и „уничтоженіе ея", послѣ котораго просрочка прекращается со всѣми своими дѣйствіями съ момента ея возникновенія. Такое уничтоженіе заключается, по его мнѣнію, въ прощеніи mora, погашающей не только послѣдствія просрочки, но и самую вину. Такое „погашеніе" мы считаемъ невозможнымъ: просрочка—фактъ случившійся; уничтожить его, сдѣлать его несуществовавшимъ нѣтъ никакой возможности.

[1]) Kohler: Annahme und Annahmeverzug въ Jherings Jahrb, т. 17, статья 8, Schey: Begriff und Wesen der mora creditoris, 1884; Schmidt-Scharf: Die Mora accipiendi des Käufers, Frankfurt, 1891. Hirsch: Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, 1895. Боуффалъ: Опытъ юридической конструкціи просрочки вѣрителя въ римскомъ правѣ, 1895 г.

[2]) На это указываетъ съ особымъ удареніемъ Kohler, loc. cit., въ частности стр. 267, и, надо сказать, не безъ основаній. Вѣдь даже R. O. H. G. E., т. 11,

данной сдѣлки вмѣняется ему въ обязанность [3]). Но все же кредиторъ никоимъ образомъ не можетъ *задерживать* должника и обременять его продленіемъ обязательства. Если поэтому вѣритель уклоняется отъ содѣйствія исполненію обязательственнаго отношенія, то послѣдствіемъ является соотвѣтствующее уменьшеніе обязанности должника [4]).

При просрочкѣ вѣрителя предполагается: [5]).

1. *Предложеніе* со стороны должника [6]) *исполненія* полностью въ надлежащее время и въ удобномъ мѣстѣ.

Даже предложеніе уплаты *до истеченія срока* не можетъ быть отклонено, если время исполненія отсрочено только въ интересахъ должника, что́ въ сомнительныхъ случаяхъ всегда предполагается.

Обыкновенно для возникновенія просрочки кредитора требуется дѣйствительное, реальное предложеніе; впрочемъ иногда для этого достаточно простого заявленія должника о желаніи исполнить свое обязательство; это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ силу самаго договора вѣритель обязанъ дать болѣе подробныя указанія относительно исполненія, но этого не дѣлаетъ; далѣе когда вѣритель не находится на мѣстѣ исполненія, а посылка къ нему предмета обязательства за его счетъ и рискъ не выполнима или же не принята при сдѣлкахъ даннаго рода; наконецъ, когда вѣритель заранѣе опредѣленно за-

---

стр. 155, соглашаясь съ низшими инстанціями, присудилъ фабриканта, заключившаго съ мастеромъ договоръ относительно передѣлки печей для обжиганія извести, „передать мастеру печи, еще не измѣненныя по его системѣ, для этой передѣлки“. Но здѣсь хозяинъ предпріятія былъ обязанъ не къ этой передачѣ, а только къ уплатѣ условленнаго за исполненіе работы вознагражденія; принять или не принять заказъ зависѣло цѣликомъ отъ его усмотрѣнія, такъ какъ это принятіе было установлено договоромъ исключительно въ его интересахъ. См. также Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 256.

[3]) Объ обязанности покупщика принять проданную вещь см. ниже § 97, прим. 8.

[4]) См. Ulrich: Deposition und Dereliction, стр. 2; иного мнѣнія Kohler, loc. cit., стр. 270. См. также Schey, loc. cit., стр. 93.

[5]) См. l. 72, pr. D. de solutionibus. 46. 3. Marcellus libro 20 digestorum: Qui decem debet, si ea obtulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset, quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse.

[6]) Допускаетъ ли вѣритель просрочку, если третье лицо, не будучи уполномочено должникомъ, предлагаетъ уплату? Это имѣетъ мѣсто только въ томъ случаѣ, если такая уплата была явно въ интересахъ должника; въ противномъ случаѣ отказъ вѣрителя принять уплату отнюдь не ставится ему въ вину.

явилъ, что онъ не приметъ исполненія или же не исполнитъ возложеннаго на него обязательства [7]).

2. Промедленіе вѣрителя заключается преимущественно въ томъ, *что онъ отказывается принять* предложенное исполненіе, а также въ невыполненіи условленныхъ по договору дѣйствій, которыя должны предшествовать исполненію сдѣлки, коль скоро должникомъ сдѣлано соотвѣтствующее напоминаніе [8]).

3. Промедленіе должно произойти безъ уважительной причины, т. е. по *винѣ вѣрителя* [9]). Но нѣтъ необходимости особо доказывать такую вину: она предполагается при всякомъ отказѣ отъ предложеннаго исполненія. Поэтому вѣритель, желающій избѣгнуть упрека

---

[7]) R. O. H. G. E., т. 10, стр. 238, т. 13, стр. 59; R. G. E., т. 1, стр. 311 Windscheid, т. 2, § 345, прим. 5. Иного взгляда Römer: Abhandlungen, стр. 141. Требовать въ такомъ случаѣ дѣйствительнаго предложенія было бы для должника обременительно, а для вѣрителя—сопряжено съ большими расходами; это—лишняя трата и времени, и силъ; она невыгодна для участниковъ въ сдѣлкѣ и вредна съ точки зрѣнія общественныхъ интересовъ.

[8]) См. l. 4. C. de usuris pupillaribus. 5. 56. Въ настоящее время этотъ вопросъ играетъ большую роль въ сдѣлкахъ, весьма распространенныхъ при торговлѣ желѣзомъ. Здѣсь продается извѣстное количество желѣза по такъ наз. основной цѣнѣ, съ особымъ уговоромъ, что подробное опредѣленіе формъ и размѣра товара по предложенному прейсъ-куранту возлагается на покупателя. Покупатель, не совершающій такого опредѣленія, несмотря на напоминаніе продавца, допускаетъ просрочку. R. G. E., т. 10, стр. 95, см. тамъ рѣшенія имперскаго главнаго коммерческаго суда и литературу. Oertmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 85, ст. 10.

[9]) Вины вѣрителя между прочимъ требуетъ Windscheid, т. 2, § 345, прим. 8; противъ нея Kohler, loc. cit., стр. 409 и Brinz, т. 2, стр. 308. Но кто обусловливаетъ просрочку должника его виною, тотъ долженъ требовать наличности вины и для просрочки вѣрителя, такъ какъ оба института имѣютъ параллельное значеніе. См. Schey, loc. cit., 80. 105. l. 37. D. mandati 17. 1. Africanus libro 8 quaestionum... nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret aut per creditorem, quominus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.—Вѣдь если слово „frustratio“ при mora debitoris означаетъ промедленіе по винѣ должника, то, при mora creditoris, оно не можетъ имѣть иного смысла. Не лишена также значенія и приведенная въ прим. 5 l. 72, pr. D. de solutionibus. 46. 3, которая всѣ послѣдствія просрочки ставитъ въ зависимость отъ отказа принять уплату „sine justa causa“. Очевидно, подобный отказъ, при которомъ вѣрителю невозможно сдѣлать никакого упрека, является уважительнымъ. Вытекающія отсюда послѣдствія вполнѣ соотвѣтствуютъ природѣ вещей. Допустимъ, что *случай* помѣшалъ вѣрителю принять уплату,—было бы слишкомъ тяжело для него, если благодаря этому должникъ могъ бы освободиться отъ всякой отвѣтственности, предоставляя предметъ обязательства на произволъ судьбы. Конечно, должникъ въ правѣ требовать, чтобы вѣритель „не водилъ его за носъ“, но съ другой стороны онъ долженъ заранѣе считаться съ тѣмъ, что какой-нибудь случай можетъ помѣшать вѣрителю принять уплату. Гражд. улож. для герман. имперіи § 293 не требуетъ однако вины кредитора. Ср. также § 297.

въ промедленіи, долженъ съ своей стороны представить основанія, *оправдывающія* его.

Несмотря на просрочку вѣрителя, обязательство должника остается въ силѣ, даже теченіе процентовъ не прекращается [10]), но все-таки отвѣтственность должника ослабляется:

а) Должникъ отвѣчаетъ только за *dolus* и *culpa lata*. Послѣ предложенія исполненія весь *рискъ* за гибель или порчу вещи падаетъ *на вѣрителя*. Это правило примѣняется также въ томъ случаѣ, когда объектомъ обязательства является genus, и предложенный предметъ исполненія хранится отдѣльно [11]).

b) Послѣ предварительнаго заявленія должникъ можетъ отдѣлаться отъ объекта долга. По древнему праву онъ могъ выбросить его и такимъ образомъ освободиться отъ всякаго обязательства. По праву болѣе развитому это допускается лишь въ томъ случаѣ, если должникъ не располагаетъ болѣе мягкими средствами, чтобы отвязаться отъ вещи: право не терпитъ безполезнаго и каверзнаго разрушенія имущественныхъ благъ [12]).

Къ такимъ, болѣе мягкимъ средствамъ относится передача

---

[10]) Это объясняется тѣмъ, что должникъ еще имѣетъ предметъ обязательства въ своемъ распоряженіи и можетъ пользоваться имъ. Только въ случаѣ представленія предмета въ судъ—depositio—прекращается теченіе процентовъ. l. 28, § 1. D. de administ. tut. 26. 7, l. 9, l. 19. C. de usuris 4. 32, Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 175. Конечно, *проценты за просрочку* здѣсь во всякомъ случаѣ прекращаются, такъ какъ съ момента допущенія просрочки вѣрителемъ прекращается просрочка должника.

[11]) l. 5. D. de per. et comm. 18. 6, l. 72, pr. D. de solutionibus. 46. 3, l. 84, § 3. D. de leg. I. Тотъ же взглядъ см. въ гражд. улож. для герман. имперіи § 300.

[12]) l. 1, § 3. D. de per. et comm. 18. 6. Ulpianus libro 28 ad Sabinum: Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestitit ne intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur si tamen cum posset effundere non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere..: commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide. Еще яснѣе видно изъ l. 8. D. de tritico. 33. 6, что выбрасываніе является послѣднимъ средствомъ, допускаемымъ лишь въ случаяхъ крайней необходимости. Ср. Hirsch, привед. сочин., стр. 18. По гражд. улож. для герман. имперіи § 303 должникъ, обязанный предоставить недвижимость, можетъ *отказаться* отъ владѣнія ею по наступленіи просрочки кредитора, если сдѣлаетъ предварительно соотвѣтственное увѣдомленіе.

объекта долга въ присутственное мѣсто [13]) или частному лицу за счетъ и страхъ вѣрителя—такъ наз. depositio.

Равнымъ образомъ должникъ въ правѣ продать предметъ долга за счетъ и страхъ вѣрителя—т. н. продажа съ цѣлью самозащиты (Selbsthülfeverkauf) [14]). Въ этомъ случаѣ вмѣсто вещи онъ долженъ представить полученую за нее покупную плату.

Должникъ имѣетъ право на возмѣщеніе издержекъ, и убытковъ, причиненныхъ ему промедленіемъ вѣрителя. Онъ можетъ осуществить свою претензію путемъ удержанія предмета долга или также путемъ предъявленія иска [15]).

Промедленіе вѣрителя *оканчивается* тѣмъ, что онъ изъявляетъ готовность принять уплату. Но подобное заявленіе имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель въ то же время предлагаетъ съ своей стороны исполненіе лежащаго на немъ обязательства, а равно возмѣщеніе вреда, вызваннаго его просрочкой [16]). Кромѣ того просрочка вѣрителя прекращается въ силу соглашенія о продолженіи долгового отношенія.

III. Возмѣщеніе ущерба.

§ 44. Ущербъ и его возмѣщеніе вообще [1]).

Постигающія насъ *потери* носятъ техническое названіе *ущерба*—damnum, *если при обыкновенномъ ходѣ вещей онѣ вообще не ожидались или по крайней мѣрѣ не ожидались еще въ данное время.* Такія потери могутъ касаться какъ нашего имущества [2]), такъ и другихъ благъ.

Для того, чтобы покрыть свои убытки и добиться вознагражденія отъ третьихъ лицъ, потерпѣвшій долженъ имѣть особыя основанія. Разъ такихъ основаній нѣтъ, то примѣняется правило: «casus a nullo praestantur» [3]).

---

[13]) См. ниже § 61. Гражд. улож. для герман. имперіи § 383 и сл.

[14]) См. H. G. B. art. 343.

[15]) l. 8. D. de tritico. 33. 6, l. 38, § 1. D. de a. e. v. 19. l.

[16]) l. 18. D. de per. et comm. 18. 6.

[1]) Fr. Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht, т. 2, zur Lehre vom Interesse 1855; Nussbaumer: Ueber das Mass des Schadensersatzes, 1855; Cohnfeldt—позднѣе Ryck: Die Lehre vom Interesse, 1865.

[2]) Paulus, l. 3. D. de damno infecto. 39. 2, libro 47 ad edictum допускаетъ понятіе вреда только въ смыслѣ имущественныхъ убытковъ: damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.

[3]) L. 23, in fine D. de R. J. 50. 17.

Эти основанія многочисленны и разнообразны. Можно взять на себя возмѣщеніе ущерба посредствомъ *особаго соглашенія*, какъ это бываетъ въ случаѣ страховыхъ договоровъ. Далѣе, возмѣщеніе вреда можетъ быть непосредственно связано *закономъ* съ извѣстными фактами; сюда относится обязанность вознаграждать за принудительное отчужденіе частной собственности для общественной и государственной пользы.

Но преимущественно обязанъ къ возмѣщенію тотъ, кто *причиняетъ намъ вредъ* своими дѣйствіями или упущеніями, если только они могутъ быть *вмѣнены ему въ вину* [4]).

Такой вредъ можетъ произойти либо отъ *неисполненія договора*, либо отъ его неполнаго или запоздалаго исполненія, но ущербъ также можетъ быть причиненъ и *внѣ всякихъ договорныхъ отношеній*.

Отсюда слѣдуетъ, что обязанность возмѣщенія вреда можетъ представлять собою *непосредственный* долгъ, напр., тамъ, гдѣ право на таковое вознагражденіе основывается на внѣдоговорномъ причиненіи вреда или вытекаетъ изъ страховой сдѣлки. Въ другихъ же случаяхъ она носитъ характеръ *эвентуальный*, являясь послѣдствіемъ нарушенія договорнаго обязательства и обезпечивая возмѣщеніе вреда отъ неисполненія контракта. Здѣсь эта обязанность или просто замѣняетъ исполненіе по договору и представляетъ собою такимъ образомъ *главный интересъ* потерпѣвшаго, или же выполняется *какъ добавочный интересъ* вмѣстѣ съ главнымъ обязательствомъ, въ виду того, что послѣднее было исполнено не во-время или не полностью.

Возмѣщеніе имущественнаго вреда происходитъ различнымъ образомъ, въ болѣе или менѣе полномъ видѣ.

Самая полная форма его — *возстановленіе первоначальнаго состоянія* въ томъ видѣ, въ какомъ бы оно было при отсутствіи при-

---

[4]) Позднѣйшее, болѣе развитое римское право соединяло обязанность возмѣщенія вреда преимущественно съ виною; см. Jhering: Schuldmoment im röm. Privatrecht, 1867. Но по германскому правовому воззрѣнію, которое еще не исчезло окончательно изъ народнаго убѣжденія, лицо, *причинившее*, хотя бы и безъ вины, убытки, обязано ихъ возмѣстить. Таковъ, напр., случай, когда вредъ произошелъ вслѣдствіе предпріятія, выходящаго за предѣлы обыкновеннаго. Даже имущественное положеніе виновнаго лица справедливо принимается во вниманіе. Объ этомъ взглядѣ, совершенно чуждомъ римскому праву, см. Steinbach: Ersatz von Vermögensschäden, Wien, 1888; гражд. улож. для германской имперіи, §§ 829, 833, 835.

чинившихъ убытки обстоятельствъ [5]). Но такое возстановленіе не всегда бываетъ возможно, да иногда его нельзя и требовать. Въ такомъ случаѣ слѣдуетъ прибѣгать къ денежному вознагражденію [6]). При этомъ принимается въ соображеніе или просто объективный, или сверхъ того и субъективный масштабъ:

1. Иногда возмѣщеніе ограничивается лишь *одной уплатой объективной цѣны* отнятаго имущества. Это такъ наз. *рыночная цѣна* вещи, vera rei aestimatio [7]) [8]).

2. Но въ большинствѣ случаевъ потерпѣвшій имѣетъ право выйти изъ этихъ предѣловъ. Онъ можетъ требовать не только ту стоимость, которую вещь имѣла бы для всѣхъ, но и ту, которую она представляла *для него лично.*

Это такъ наз. *интересъ*, т. е. *цѣнность предмета для опредѣленнаго лица, разница между состояніемъ его имущества до и послѣ потери даннаго предмета.*

Впрочемъ, не принимаются въ соображеніе исключительно личные взгляды и чувства [9]). Подобный интересъ *личнаго расположенія* зависитъ отъ неподдающихся никакому контролю субъективныхъ чувствъ потерпѣвшаго и потому съ правовой точки зрѣнія не имѣетъ значенія.

Возмѣщается и тотъ вредъ, который не касается имуществен-

---

[5]) Windscheid, т. 2, § 257, прим. 6; см. также l. 9, pr. D. locati. 19. 2; R. G. E., т. 17, стр. 112.

[6]) Должникъ, который не отдалъ вѣрителю нанятой или взятой у него въ ссуду вещи вслѣдствіе того, что онъ ее потерялъ, обязанъ къ денежному возмѣщенію; если же потомъ эта вещь найдется, то онъ въ правѣ требовать или ея выдачи, или уступки направленнаго на ея выдачу иска, или же возвращенія уплаченныхъ имъ въ видѣ вознагражденія денегъ; l. 17, § 5. D. commodati. 13. 6; l. 2. D. de cond. sine causa. 12. 7.

[7]) Между прочимъ на „verum rei pretium“, какъ на противоположность ejus „quod interest“, указываетъ l. 2, § 13. D. vi bonorum raptorum. 47. 8. Слова формулы „quanti ea res est“ были первоначально тождественны съ vera rei aestimatio, см. l. 179. D. de V. S. 50. 16; l. 193. D. eod. Но впослѣдствіи они неоднократно толковались въ расширительномъ смыслѣ, такъ что не рѣдко заключали въ себѣ и понятіе интереса, l. 68. D. de rei vind. 6. 1; l. 3, § 11. D. uti possidetis. 43. 17; l. 4, § 7. D. de damno infecto. 39. 2; l. 8, § 2. D. ratam rem. 46. 8. См. Brinz, т. 2, § 281.

[8]) Только *рыночная* цѣна, между прочимъ, должна быть выплачена легатарію въ томъ случаѣ, если наслѣдодатель отказалъ ему завѣдомо чужую вещь, а наслѣдникъ не можетъ пріобрѣсть ее за умѣренную цѣну, l. 14, § 2. D. de leg. III.

[9]) l. 33, pr. D. ad legem Aquiliam. 9. 2; l. 6. D. de operis servorum. 7. 7; l. 63, pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.

ной сферы. Конечно, при этомъ дѣло идетъ не о возстановленіи прежняго имущественнаго состоянія, но о нравственномъ удовлетвореніи [10]).

§ 45. Размѣръ возмѣщенія интереса.

Тѣ же обстоятельства, которыя обязываютъ къ возмѣщенію интереса, опредѣляютъ и его размѣръ.

Самою обширною является здѣсь отвѣтственность за вину. *Возмѣщенію подлежитъ весь тотъ вредъ, который является слѣдствіемъ вины причинившаго его лица.*

1. При этомъ вредъ понимается въ широкомъ смыслѣ [1]) [2]).

Онъ можетъ представлять собою *лишеніе наличнаго имущества*, т. е. уничтоженіе или отнятіе у потерпѣвшаго такихъ цѣнностей, которыя ему уже принадлежали—такъ наз. damnum emergens.

Но вредъ можетъ заключаться также въ *лишеніи прибыли*, которая только имѣлась въ виду — такъ наз. lucrum cessans. Конечно, размѣръ этой прибыли является болѣе или менѣе проблематичнымъ. Полной достовѣрности требовать при этомъ нельзя: она обыкновенно недостижима; но и однѣ только мечты о прибыли не принимаются во вниманіе: *право не считается съ фантазіями.*

Вѣритель можетъ требовать прежде всего той прибыли, полученіе которой онъ *настолько подготовилъ*, что вполнѣ основательно могъ бы разсчитывать на успѣхъ, если бы не нарушили его права; напр., вѣритель перепродалъ уже со значительной выгодой товаръ,

---

[10]) См. Jhering въ его Jahrb., т. 18, стр. 59; Unger: Zur Lehre vom Schadensersatz nach östr. Rechte въ Grünhuts Zeitschrift, т. 8, статья 4; Pfaff, въ томъ же журналѣ, т. 8, статья 12 и указанныя имъ сочиненія. См. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 253 и 847.

[1]) l. 13, pr. D. ratam rem. 46. 8:... competit in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui; l. 33. D. locati. 19. 2.

[2]) По l. 40, pr. D. de damno infecto. 39. 2 лицо, предоставившее cautio damni infecti, обязано, въ случаѣ обвала своего дома, представить только умѣренное вознагражденіе, хотя бы этотъ обвалъ уничтожилъ цѣнныя „tectoria“ и „picturae“ сосѣда, „quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda“. Часто—см., напр., Windscheid, т. 2, § 258, прим. 2—этому правилу придаютъ значеніе общаго принципа и поэтому отрицаютъ вообще право потерпѣвшаго на полученіе вознагражденія за тотъ вредъ, который возникаетъ вслѣдствіе „чрезмѣрной роскоши“. Мы усматриваемъ здѣсь одну только особенность такъ наз. cautio damni infecti, которая вполнѣ понятна при исключительномъ характерѣ этого института. Неужели лицо, уничтожившее умышленно или по своей неосторожности цѣнную картину, обязано возмѣстить лишь стоимость заурядной живописи только потому, что право не защищаетъ чрезмѣрной роскоши?

который еще долженъ былъ получить [3]). Сверхъ того онъ имѣетъ право требовать той прибыли, которую при нормальномъ ходѣ вещей могъ бы извлечь *каждый* изъ объекта обязательства: [4]) т. е. прежде всего обычные въ странѣ проценты съ денежной суммы или какого-либо иного оборотнаго капитала, обычную въ данной мѣстности наемную плату; не принимается во вниманіе, отдалъ ли бы самъ вѣритель этотъ предметъ на прокатъ или въ наемъ, или нѣтъ—такъ наз. фингированный доходъ (fingirtes Einkommen) [5]).

2. Обязанность къ возмѣщенію далѣе обусловливается *причинной связью* между виной и вредомъ.

Эта связь не должна быть непремѣнно непосредственною—т. н. *непосредственный* ущербъ. Достаточно, если дѣйствіе, вызывающее отвѣтственность, послужило причиной ущерба вслѣдствіе привхожденія еще другихъ событій—такъ наз. *косвенные убытки* [6]) [7]).

---

[3]) Вѣритель не можетъ требовать безусловно ту прибыль, на которую онъ могъ бы разсчитывать по *обычному* ходу своего дѣла; акціонерное общество, напр., дающее 20% дивиденда, не можетъ требовать 20% со своихъ должниковъ, допустившихъ просрочку. Это немыслимо уже потому, что общество всегда могло бы добыть соотвѣтствующую сумму за обычные проценты и въ другомъ мѣстѣ. Paulus libro 33 ad edictum l. 21, § 3. D. de a. e. v. 19. 1: Cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Въ такомъ же смыслѣ высказывается Hermogenianus libro 2 juris epitomarum l. 20. D. de per. et comm. 18. 6: Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit. Впрочемъ относительно оцѣнки суммы денежнаго долга, который долженъ быть уплаченъ въ опредѣленномъ третьемъ мѣстѣ, постановляетъ Ульпіанъ: libro 27 ad edictum, l. 2, § 8—in fine. D. de eo quod certo loco. 13. 4: quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem. Здѣсь имѣются въ виду особыя распоряженія, въ силу которыхъ деньги подлежали платежу въ третьемъ мѣстѣ. Взгляды новѣйшихъ писателей на этотъ вопросъ очень разнообразны. Сопоставленіе этихъ авторовъ см. у Arndts'a, § 206, прим. 4.

[4]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 252: подъ ущербомъ, подлежащимъ возмѣщенію, разумѣется также неполученная прибыль. Неполученной считается та прибыль, которую съ вѣроятностью можно было ожидать по обычному ходу вещей или сообразно съ особыми обстоятельствами, въ частности, сообразно съ принятыми мѣрами и сдѣланными приготовленіями.

[5]) l. 19, pr. D. de usuris. 22. 1: praeterea Gallus Aquilius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit. Petrażycki: Einkommen, т. 2, §§ 6, 13.

[6]) Примѣры возмѣщенія косвеннаго вреда мы встрѣчаемъ въ l. 6, § 4, l. 13, pr., § 2. D. de a. e. v. 19. l; l. 19, § 1. D. locati. 19. 2.

[7]) Не требуется, чтобы эти событія возникли *непремѣнно* вслѣдствіе факта, приносящаго вредъ. Не требуется также, чтобы можно было ихъ заранѣе пред-

Но подобную причинную связь нельзя признать безпредѣльной, она должна имѣть свои границы [8]). Разъ, по житейскому понятію, вина является не *причиной*, а только *отдаленнымъ поводомъ* вреда, то отвѣтственность не возникаетъ. Весьма понятно и справедливо, что при проступкахъ умышленныхъ или вызванныхъ грубою неосторожностью отвѣтственность опредѣляется шире, нежели при наличности легкой неосторожности [9]) [10]).

видѣть, R. G. E., т. 13, стр. 65. Извѣстно, что лицо, допустившее просрочку, отвѣчаетъ и за случайную гибель объекта долга, хотя бы даже эта гибель была вызвана событіемъ, лежащимъ внѣ человѣческаго ожиданія, напр., землетрясеніемъ. Иного мнѣнія Jhering: Schuldmoment, стр. 55. Однако приведенная имъ l. 43. D. de a. e. v. 19. 1 говоритъ вовсе не о событіи, которое не могло быть предусмотрѣно, но о чрезвычайно высокой денежной суммѣ, о которой не думали при заключеніи купли-продажи, и требованіе которой поэтому не соотвѣтствуетъ намѣреніямъ сторонъ при заключеніи договора.

[8]) О причинной связи см. Bar: Die Lehre vom Kausalzusammenhang, 1871 и въ Grünhuts Zeitschrift, т. 4, стр. 35; далѣе—авторовъ, указанныхъ у Windscheid'a, т. 2, § 258, прим. 15; Hass въ Jherings Jahrb., т. 37, стр. 327; Rümelin: die Verwendung der Causalbegriffe въ Archiv für civ. Praxis, т. 90, стр. 171—344. Вознагражденіе за противозаконное дѣйствіе распространяется отнюдь не на всякій вредъ, *который не возникъ бы*, не будь *этой противозаконности*, какъ нѣкоторые полагаютъ. Развѣ можно требовать, чтобы лицо, повредившее домъ, отвѣчало за кражу, совершенную рабочими, нанятыми для починки дома, или же привлечь къ отвѣтственности нанесшаго рану за то, что врачъ, пользующій раненаго, занесъ въ его семью заразительную болѣзнь? Vangerow, т. 3, § 571, стр. 39, прим. 3; l. 52, pr. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Трудно только установить границы. И едва ли здѣсь примѣнимы абстрактные принципы. Дѣло идетъ о разумной оцѣнкѣ фактовъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Наилучшее опредѣленіе указываетъ различіе между „поводомъ“ и „причиной“, но и оно предоставляетъ широкій просторъ разнымъ недоразумѣніямъ. Такъ напр., по дѣлу, разрѣшенному въ R. G. E., т. 6, стр. 1, экспертомъ было дано заключеніе въ томъ смыслѣ, что паденіе рабочаго, вызвавшее грыжу, не „причина“, а только „поводъ“ болѣзни, если признать, что у работника уже раньше было предрасположеніе къ такой болѣзни, т. е. какой-либо изъянъ въ мускулатурѣ брюшной стѣнки. А если бы экспертъ правильно поставилъ вопросъ, именно какая собственно причина вызвала *вредъ въ данный моментъ*, то таковою несомнѣнно оказалось бы паденіе работника. См. также R. G. E., т. 29, стр. 120.

[9]) См. объ этомъ Hartmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 359. Примѣръ этого представляетъ l. 13, § 14. D. de a. e. v. 19. 1.

[10]) Ни въ какомъ случаѣ нельзя требовать вознагражденія за противозаконное дѣйствіе, если оно не имѣло никакихъ вредныхъ послѣдствій. Это правило примѣняется даже въ томъ случаѣ, когда вредъ непремѣнно долженъ былъ возникнуть при обыкновенномъ ходѣ дѣла, но не возникъ только благодаря тому, что этому помѣшало какое-либо другое событіе. Поэтому, напр., нельзя требовать, чтобы мужъ, не сдѣлавшій необходимыхъ починокъ предоставленнаго ему въ приданое дома, отвѣчалъ за то, что домъ, который рано или поздно долженъ былъ бы развалиться вслѣдствіе такой непредусмотрительности, случайно сгорѣлъ раньше, l. 4 in fine. D. de impensis. 25. 1; см. далѣе l. 11, § 3, l. 15, § 1. D. ad legem Aquiliam. 9. 2 и l. 10, § 1. D. de lege Rhodia. 14. 2. Въ этомъ послѣднемъ мѣстѣ Павелъ предполагаетъ, что вслѣдствіе перегрузки въ дѣйствительности вредъ не возникъ. Совсѣмъ иное дѣло, если вредъ уже былъ причиненъ право-

3. Однако потерпѣвшій самъ является главнымъ виновникомъ своихъ потерь и не въ правѣ привлекать третье лицо къ отвѣтственности, если онъ во-время не принялъ *необходимыхъ* и *находившихся въ его власти мѣръ къ отвращенію вреда* или даже *намѣренно содѣйствовалъ его увеличенію* [11]).

4. Событія, влекущія за собой отвѣтственность, нерѣдко приносятъ на ряду съ вредомъ и выгоду. Въ такомъ случаѣ возникаетъ вопросъ, *долженъ ли потерпѣвшій допустить зачетъ выгоды за вредъ*, compensatio lucri cum damno?

Обыкновенно это не допускается. Однако при извѣстныхъ обстоятельствахъ только общій итогъ всѣхъ событій показываетъ, есть ли въ данномъ случаѣ дѣйствительный ущербъ или нѣтъ; тогда надо сравнить оба фактора, такъ что въ этомъ смыслѣ дѣйствительно можно говорить и о зачетѣ вреда за выгоду [12]).

нарушеніемъ, но затѣмъ непредвидѣнно наступили событія, которыя могли бы вызвать ущербъ даже въ томъ случаѣ, *если бы этого правонарушенія не было*. Тогда разъ возникшее право на возмѣщеніе вреда не прекращается. Напр., совершенно загнанная лошадь передъ самой смертью была убита молніей, l. 27, § 2. D. de rei vind. 6. 1, l. 11, § 3. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Но не всегда эти правила устанавливаются съ достаточной точностью. Такъ, Mommsen говоритъ: „интересъ не долженъ быть возмѣщаемъ въ томъ случаѣ, когда вредъ непремѣнно наступилъ бы и инымъ какимъ-либо путемъ“; см. также Windscheid, т. 2, § 258. Противъ этого см. Vangerow, т. 3, § 571, стр. 40, прим. 2; Brinz, т. 2, стр. 351.

[11]) Многіе утверждаютъ, что причинившій вредъ не долженъ нести никакой отвѣтственности, „если вредъ могъ быть устраненъ потерпѣвшимъ при надлежащей его заботливости, за исключеніемъ вреда, причиненнаго со злымъ умысломъ“. Таково мнѣніе Mommsen'a, loc. cit., стр 157 и 257 и Windscheid'a, т. 2, § 258, прим. 17 и 18. Но это положеніе заходитъ слишкомъ далеко и не можетъ быть оправдано указаніемъ на l. 9, § 4, l. 52, pr. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Справедливо замѣчаетъ Ryck—Schuldverhältnisse, стр. 408: „Развѣ шалость или неосторожность причиняющаго вредъ должны вызывать потерпѣвшаго ради защиты къ напряженію силъ и къ принятію, быть можетъ, дорого стоющихъ мѣръ предосторожности?“ Напротивъ того, слѣдуетъ по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая рѣшать, гдѣ главная причина вреда. См. появившуюся недавно статью Wendt'a въ Jherings Jahrb., т. 31, стр. 153; Heinrich Levison: Ueber Compensation der Culpa, Bonner Inaug.-Dissert., 1891; Jakubezky: Bemerkungen zum Entwurfe, стр. 54 и Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 184, т. 48, казусъ 30; гражд. улож. для герман. имперіи, § 254. Относительно вопроса, обязанъ ли потерпѣвшій тѣлесное поврежденіе подвергнуться операціи, необходимой для устраненія тяжкихъ послѣдствій, см. Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 189; Endemann: Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation, 1893, и по этому же вопросу Eck въ jur. Litteraturblatt., т. 6, стр. 8.

[12]) Обыкновенно учатъ, что если *изъ одного и того же дѣйствія* возникаютъ и вредъ, и выгоды, то вредъ долженъ возмѣщаться лишь постольку, поскольку онъ превышаетъ выгоду, Vangerow, т. 3, § 571, прим. 1; Windscheid, т. 2, § 258, прим. 4; см. приведенныхъ тамъ авторовъ. Это правило не имѣетъ общаго

5. Для опредѣленія размѣровъ вреда по общему правилу принимается во вниманіе уменьшеніе имущества потерпѣвшаго *ко времени постановленія рѣшенія.* Тѣмъ не менѣе часто слѣдуетъ обращаться и къ предшествовавшему времени, когда произошло уменьшеніе имущества, которое продолжается до момента постановки рѣшенія. Въ частности, если должникъ находится in mora, вѣритель можетъ требовать болѣе высокой стоимости, которую имѣлъ предметъ обязательства въ моментъ начала просрочки: вѣдь при своевременномъ исполненіи онъ могъ бы продать этотъ предметъ и такимъ образомъ не потерялъ бы его цѣны [13]). Если же вещь ко времени постановленія рѣшенія пріобрѣтаетъ стоимость выше той, какую она имѣла при наступленіи просрочки, то вѣритель можетъ требовать и этой высшей стоимости, такъ какъ вещь все еще составляетъ объектъ долга.

6. По правиламъ прежде дѣйствовавшаго общегерманскаго судопроизводства на потерпѣвшаго возлагалась обязанность, во всѣхъ подробностяхъ доказать причинную связь между тѣмъ событіемъ, за которое отвѣчаетъ обвиняемое имъ лицо, и самымъ вредомъ. Если не доставало хоть одного звена въ этой цѣпи, доказательство не имѣло силы. Такимъ образомъ несмотря на основательность требованія, возмѣщеніе убытковъ иногда оказывалось невозможнымъ вслѣдствіе трудности подобнаго доказательства, и грубое правонарушеніе въ ущербъ чувству справедливости оставалось безъ возмѣщенія [14]).

Нынѣ на обязанности судьи лежитъ рѣшить вопросъ о налич-

значенія. Напр., требованіе пенсіи послѣ убитаго мужа, принадлежащее вдовѣ на основаніи закона объ отвѣтственности за смерть и увѣчья, причиненныя въ промышленныхъ заведеніяхъ, не можетъ быть покрыто вдовьей пенсіей, которую должно ей выплатить страховое общество, хотя право на эту пенсію является также послѣдствіемъ того же смертнаго случая. R. G. E., т. 10, стр. 50 объясняетъ этотъ выводъ тѣмъ, что здѣсь нѣтъ никакой *правовой связи* между вредомъ и выгодой, и что основанія того и другого совершенно различны. — l. 23, § 1. D. pro socio. 17. 2 прямо отвергаетъ compensatio lucri cum damno въ томъ случаѣ, когда вредъ и выгода возникаютъ изъ *различныхъ дѣйствій.* Если же въ l. 10. D. de neg. gest. 3. 5, повидимому, встрѣчаемъ противоположное опредѣленіе, то это вызвано особыми соображеніями, которыя будутъ разсматриваться при изложеніи ученія о negotiorum gestio. Ср. Larenz: Compensatio lucri cum damno, Göttinger Inaug.-Dissert., 1896; Eichhoff, Kieler Inaug.-Dissert., 1898. Ср. еще гражд. улож. для герман. имперіи, § 281.

[13]) См. выше § 41. При убыткахъ, не вытекающихъ изъ нарушенія договора, слѣдуетъ прежде всего обратить вниманіе на время поврежденія. См. въ общемъ Büff въ Archiv für civ. Praxis, т. 33, статьи 5 и 10.

[14]) Lehmann: Der Nothstand des Schadensprozesses, 1865, его же die Schutzlosigkeit der materiellen Lebensgüter, 1884.

ности вреда и его размѣрѣ по своему свободному убѣжденію, при чемъ должны быть приняты во вниманіе всѣ обстоятельства дѣла [15]).

7. Въ Римѣ истецъ, выступая противъ злостнаго отвѣтчика, могъ требовать, чтобы ему самому разрѣшили опредѣлить размѣры своихъ потерь подъ *присягой*—juramentum in litem [16]). Согласно германскому уставу гражданскаго судопроизводства истецъ такого права обыкновенно не имѣетъ. Однако *судья можетъ предоставить* ему право указать подъ присягой размѣръ убытковъ, даже въ случаѣ отсутствія всякой вины отвѣтчика. Впрочемъ, судъ тогда опредѣляетъ максимумъ, который обязателенъ для принимающаго присягу [17]).

8. Юстиніанъ постановилъ, что судья не въ правѣ опредѣлить интересъ *выше двойной стоимости спорной вещи,* коль скоро она имѣетъ опредѣленную цѣну.

Это предписаніе противорѣчитъ основнымъ положеніямъ германскаго устава судопроизводства и поэтому не имѣетъ теперь силы [18]).

---

[15]) C. P. O., § 260. Конечно, однимъ только закономъ этого не исправишь. Если судьи, какъ это часто бываетъ, не пользуются предоставленными имъ широкими правомочіями, то давно ужъ испытанныя неудобства не устранятся. См. также Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 233.

[16]) Относительно juramentum in litem см. Schröter въ Lindes Zeitschrift, т. 7, статья 11, т. 8, стр. 159, l. 5, pr., § 1, § 3, § 4. D. de in litem jurando. 12. 3. Marcianus libro 4 regularum: In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei judiciis in litem juratur. sed judex potest praefinire certam summam, usque ad quam juretur: licuit enim ei a primo nec deferre. sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam: haec enim judex aestimat. plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est.

[17]) C. P. O., § 260, abs. 1 въ концѣ, abs. 2.

[18]) l. un., § 1. C. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur. 7. 47. Justinianus:... Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur. Этимъ предписаніемъ Юстиніанъ желалъ ограничить свободу судебной оцѣнки при такъ наз. casus certi. Принятыя имъ мѣры—по преимуществу процессуальнаго свойства, на что указываетъ и помѣщеніе этого закона между нормами о приговорѣ. Предписаніе Юстиніана стоитъ поэтому въ совершенномъ противорѣчіи съ основной мыслью германскаго устава о судопроизводствѣ, по которому рѣшеніе вопроса о вредѣ и его размѣрахъ всецѣло предоставляется на усмотрѣніе судьи. Вслѣдствіе этого мы считаемъ постановленіе Юстиніана утратившимъ свою силу. Однако, имперскій судъ—R. G. E., т. 10, стр. 195—держится иного взгляда; онъ относитъ эту норму къ матеріальному гражданскому праву: ея, слѣдовательно, не касаются правила гражданскаго судопроизводства.

IV. Неустойка.

§ 46. Понятіе неустойки. Основныя положенія [1]).

Неустойкой называется опредѣленный договоромъ штрафъ за неисполненіе или же за неполное или неточное исполненіе обязательства.

1. Неустойка принадлежитъ къ группѣ такъ наз. clausulae conventionales, которыя обезпечиваютъ правильное исполненіе договора, угрожая неисправному должнику имущественными убытками. Она имѣетъ сходство съ оговоркою lex commissoria на случай неуплаты покупной цѣны, или съ условіемъ выселенія нанимателя при неисполненіи имъ обязательства изъ договора найма, равно какъ съ правомъ востребованія займа при неисправномъ платежѣ процентовъ.

Такимъ образомъ практика обречена на соблюденіе постановленія Юстиніана, равно несовершеннаго и по содержанію, и по формѣ. Правда, имперскій судъ старается по возможности устранить примѣненіе этого закона и сдѣлать его по возможности безвреднымъ. Это стремленіе облегчается до извѣстной степени тѣми контроверсами, которыя укоренились здѣсь еще съ древнихъ временъ. Юстиніанъ издалъ свое предписаніе для „casus, qui certam habent naturam“ и въ *видѣ примѣра* указалъ на куплю-продажу и другіе договоры. Поэтому предписаніе не ограничивается одними договорами, но по справедливому мнѣнію глоссы и другихъ писателей распространяется также на внѣконтрактные иски о вознагражденіи за вредъ, причиненный res certae. Едва ли стоимость вещи, уничтоженной противозаконнымъ дѣйствіемъ, менѣе опредѣленна, нежели стоимость предмета, непредоставленнаго вслѣдствіе нарушенія договора. Многіе, напр. Vangerow, т. 3, § 571, прим. 4, примѣняютъ, однако, принципъ Юстиніана лишь при опредѣленіи интереса въ точномъ исполненіи договора. Съ ними соглашается и имперскій судъ—R. G. E., т. 6, стр. 203, т. 7, стр. 163. Точно также обѣщаніе погасить ипотеку въ 2079 марокъ по мнѣнію имперскаго суда—R. G. E., т. 10, стр. 195—не имѣетъ опредѣленнаго объема. Съ этимъ едва ли можно согласиться. Далѣе, по смыслу выраженія Юстиніана, при продажѣ и отдачѣ въ наемъ *обѣщанная денежная плата* является той суммой, которая можетъ быть удвоена; только тамъ, гдѣ нѣтъ опредѣленнаго въ деньгахъ эквивалента, приступаютъ къ оцѣнкѣ проданнаго или отданнаго въ наемъ объекта. На это указываютъ слова: „certa quantitas vel natura“. Однако относительно этого вопроса не существуетъ общаго единогласія. Поэтому имперскій судъ, R. G. E., т. 4, стр. 181, опредѣляетъ размѣръ интереса покупателя и нанимателя не двойнымъ размѣромъ платы, но по оцѣнкѣ проданнаго или нанятаго предмета. Конечно, въ результатѣ судья получаетъ бо́льшую свободу дѣйствія. Строгое примѣненіе предписанія Юстиніана во всѣхъ подобныхъ случаяхъ, рѣшенныхъ имперскимъ судомъ, привело бы къ результатамъ слишкомъ суровымъ. Гражд. улож. для герман. имперіи упразднило это предписаніе.

[1]) Neuenfeldt: Ist die Conventionalstrafe Strafe oder Ersatzleistung? 1885, Nettelbladt: Der Strafvertrag, 1886; Seeler: Zur Lehre von der Konventionalstrafe, 1891; Pergament: Konventionalstrafe und Interesse, 1896; Sjögren: Ueber die Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden, 1896; Specka: Konventionalstrafe, Berliner Inaug.-Dissert., 1896; въ русской литературѣ см. Пергаментъ: Договорная неустойка и интересъ въ римск. и совр. гражданскомъ правѣ, 1899.

Но между этими оговорками и неустойкой существуетъ *одно важное* различіе. Всѣ эти оговорки имѣютъ въ виду *прекращеніе* правоотношенія во вредъ должнику, неустойка же обосновываетъ *новое обязательство* на случай неисполненія главнаго обѣщанія [2]).

Не требуется, чтобы это главное обѣщаніе непремѣнно было снабжено искомъ [3]); но оно не должно заключать въ себѣ ничего противнаго общественному порядку и добрымъ нравамъ [4]).

2. Неустойка имѣетъ форму обязательственнаго договора, заключеннаго подъ условіемъ. Кто-либо обѣщаетъ напр. 100 р. за каждый просроченный день, если обѣщанныя машины не будутъ доставлены въ срокъ. По буквальному смыслу, дѣйствіе неустойки должно бы поэтому начинаться непосредственно съ момента неисполненія главнаго договора. Но ея цѣль состоитъ только въ томъ, чтобы побудить должника къ исполненію обязательства, и съ этимъ было бы несогласно подобное строго буквальное толкованіе. Неустойка не падаетъ на должника, если неисполненіе обязательства, обезпеченнаго ею, происходитъ *отъ обстоятельствъ, не зависящихъ отъ должника и его личности* [5]). Впрочемъ, теорія не зашла еще такъ далеко, чтобы ставить возникновеніе неустойки въ зависимость отъ *вины* должника. Поэтому, если должникъ умираетъ до наступленія срока уплаты, а наслѣдниковъ у него нѣтъ, то неустойка вступаетъ въ силу, хотя о винѣ должника въ неисполненіи не можетъ быть и рѣчи [6]). Здѣсь надо различать, далѣе, слѣдующіе случаи:

---

[2]) l. 13, § 26. D. a. e. v. 19. 1.

[3]) Сюда въ особенности относится тотъ случай, когда главное обязательство не имѣетъ иска вслѣдствіе отсутствія денежнаго интереса, l. 38, § 17. D. de verb. obl. 45. 1.

[4]) l. 61. D. de verb. obl. 45. 1; l. 134, pr. D. eod.

[5]) l. 69. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 6 ad edictum: Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur. Отвѣтчикъ долженъ доказать освобожденіе отъ обязательства по такимъ причинамъ. R. G. E., т. 20, стр. 39. Ср. Mann: Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? Goettinger Inaug.-dissert., 1890.

[6]) l. 77. D. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro 58 ad edictum: Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita. Ср. l. 9. D. de nautico foenore. 22. 2. Неустойка вступаетъ въ силу даже въ томъ случаѣ, если обязательство неисполнено вслѣдствіе открытія конкурса надъ имуществомъ должника, R. G. E., т. 21, стр. 51. Windscheid—т. 2, § 285, прим. 10—утверждаетъ, что отъ неустойки освобождаетъ только невозможность исполнить по извинительнымъ причинамъ обязательство вообще, но не невозможность *своевременнаго исполненія*. По его мнѣнію въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ держаться того взгляда, что общая цѣль неустойки

a) Если обезпеченное неустойкой обязательство направлено на дѣйствія, которыя *должны быть выполнены къ опредѣленному моменту*, то уплата штрафа становится обязательной въ случаѣ неисполненія обязательства съ наступленіемъ этого момента [7]).

b) Если для исполненія былъ установленъ *срокъ* въ видѣ извѣстнаго промежутка времени, то неустойка вступаетъ въ силу съ истеченіемъ этого промежутка [8]).

c) Разъ нѣтъ подобнаго *опредѣленія времени*, то обыкновенно неустойка вступаетъ въ силу съ того момента, когда должникъ оставляетъ напоминаніе вѣрителя безъ вниманія [9]).

d) Если назначеніе неустойки имѣло въ виду обезпечить *несовершеніе извѣстнаго дѣйствія*, то неустойка вступаетъ въ силу съ момента совершенія этого дѣйствія [10]).

Обыкновенно неустойка должна быть уплачена *въ полномъ объ-*

заключается въ обезпеченіи вѣрителя отъ убытковъ, причиненныхъ ему *несвоевременнымъ* исполненіемъ. Но такой взглядъ неоснователенъ. Если неисполненіе въ срокъ вызвано vis major, напр., всѣ пути сообщенія, по которымъ фабрикантъ могъ бы доставить заказанныя къ извѣстному сроку машины, отрѣзаны военными дѣйствіями или возстаніемъ, то въ такомъ случаѣ взысканіе съ должника неустойки противорѣчило бы и самой идеѣ неустойки, и предполагаемой волѣ сторонъ.

[7]) l. 23. D. de obl. et act. 44. 7; l. 12. C. de contr. et committ. stip. 8. 37.

[8]) Среди римскихъ юристовъ былъ споренъ вопросъ, возникаетъ ли обязанность платить неустойку уже съ того момента, когда съ достовѣрностью можно сказать, что обѣщанное исполненіе, напр., постройка дома, не можетъ быть произведено къ условленному времени; за этотъ взглядъ говоритъ l. 113. D. de verb. obl. 45. 1. Между тѣмъ, какъ l. 124. D. eod. и l. 10, § 1. D. si quis caut. 2. 11 ему противорѣчатъ. Впрочемъ, второе мнѣніе проводится новѣйшими юристами; оно и наиболѣе соотвѣтствуетъ свойству договора. См. Kohler въ Archiv für civ. Praxis, т. 84, стр. 29. Гражд. улож. для герман. имперіи оставляетъ этотъ вопросъ открытымъ.

[9]) Могло существовать и такое мнѣніе, что неустойка должна вступить въ силу, если должникъ не представитъ исполненія въ теченіе соотвѣтствующаго характеру договора—средняго—срока. Римскіе юристы относительно толкованія подобныхъ договорныхъ опредѣленій высказываются разнообразно; см. l. 24. D. quando dies leg. 36. 2; l. 19, pr. D. eod.; l. 1. D. de penu leg. 33. 9; l. 115, § 2. D. de verb. obl. 45. 1. Въ видѣ общаго правила слѣдуетъ признать напоминаніе со стороны вѣрителя обязательнымъ, тѣмъ болѣе, что всякое дѣло въ сомнительныхъ случаяхъ рѣшается въ пользу должника. См., впрочемъ, авторовъ, указанныхъ у Windscheid'a, т. 2, § 285, прим. 4. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 339 неустойка наступаетъ, если должникъ окажется просрочившимъ; ср. также § 285.

[10]) l. 122, § 6. D. de verb. obl. 45. 1. Такъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 339. Но согласно понятію неустойки совершеніе дѣйствія, противнаго обязательству, должно быть сознательнымъ, вызваннымъ свободною волею.

емъ, хотя бы главное обязательство не было исполнено только *отчасти*. Конечно, можетъ быть обусловлено и иное [11]).

3. Путемъ неустойки вѣритель не долженъ получать двойного исполненія. Въ этомъ отношеніи нужно различать слѣд. случаи:

a) Цѣль неустойки—обезпечить отъ *несвоевременнаго* исполненія или отъ возможныхъ *недостатковъ* исполненія. Въ такомъ случаѣ кромѣ главнаго долга можно требовать и неустойки [12]); но вѣритель не въ правѣ сверхъ неустойки еще взыскивать вознагражденіе интереса за промедленіе или же за недостатки въ исполненіи.

b) Неустойка назначена на случай *неисполненія* главнаго обязательства; тогда нельзя требовать совмѣстнаго предоставленія и неустойки, и предмета главнаго обязательства [13]).

Впрочемъ, послѣ присужденія и удовлетворенія одного изъ упомянутыхъ требованій вѣритель можетъ взыскать еще *разницу* между этими двумя требованіями [14]).

4. Если размѣръ неустойки значительно превышаетъ всякій интересъ вѣрителя въ исполненіи главнаго обязательства, то взысканіе такой неустойки является эксплоатаціей должника по поводу сравнительно маловажнаго упущенія. Такое отношеніе противорѣчитъ добрымъ нравамъ, и судьѣ справедливо предоставляется право уменьшить

---

[11]) l. 47. D. de a. e. v. 19. 1, но также l. 9, § 1. D. si quis caut. 2. 11; l. 85, § 6. D. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro 75 ad edictum: Item si ita stipulatio facta sit: „si fundus Titianus datus non erit, centum dari?“ nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno...

[12]) Нѣкоторые ученые утверждали, что *принятіе безъ оговорки* исполненія по главному обязательству уничтожаетъ право на неустойку даже тогда, когда послѣдняя была обѣщана на случай просрочки по главному долгу и могла быть вытребована вмѣстѣ съ исполненіемъ по главному обязательству. Этотъ взглядъ лишенъ всякаго основанія. Въ принятіи исполненія главнаго долга отнюдь не заключается отказъ отъ неустойки, и молчаніе относительно будущаго предъявленія своихъ дальнѣйшихъ претензій вовсе не нарушаетъ добросовѣстности и довѣрія въ гражданскомъ оборотѣ. Этому не противорѣчатъ l. 23, pr. D. de receptis. 4. 8, l. 10. D. de eo quod certo loco. 13. 4 и l. 6, § 2. D. de lege comm. 18. 3. То же самое высказано и Высшимъ Апелляціоннымъ Судомъ въ Ростокѣ, Seuffert: Archiv, т. 21, казусъ 226, R. O. H. G. E., т. 24, стр. 56 и R. G. E., т. 9, стр. 199. Иного мнѣнія гражд. улож. для герман. имперіи, § 341, abs. 3.

[13]) l. 28. D. de a. e. v. 19. 1; l. 4, § 7. D. de exc. doli. 44. 4. Разрѣшается предъявить искъ на основаніи главнаго обязательства и въ то же время, на случай его неисполненія, взыскивать неустойку, а также послѣ предъявленія иска относительно главнаго обязательства, пока послѣднее еще не исполнено,— предъявить искъ о неустойкѣ. Ср. Pergament, привед. сочин., стр. 20.

[14]) l. 41, l. 42, l. 71, pr. D. pro socio. 1. 2; Pergament, привед. сочин., стр. 26 и 83; гражд. улож. для герман. имперіи, § 340, но ср. еще § 342.

размѣръ неустойки. Но такъ какъ относительно этого вопроса не существуетъ положительныхъ предписаній закона, то новѣйшая практика неохотно рѣшается на такое уменьшеніе. Отсюда нерѣдко вытекаютъ большія неудобства [15]).

РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Переносъ обязательствъ [1]).

§ 47. Введеніе. Измѣненіе обязательствъ.

Что касается способности къ измѣненіямъ, то римское обязательство отличается отъ современнаго. Римское обязательство представляло изъ себя типъ неизмѣняемый; актъ обоснованія давалъ ему опредѣленный характеръ, и искъ долженъ былъ вполнѣ соотвѣтствовать ему. Напротивъ того, современное обязательство — явленіе подвижное, способное къ постоянному развитію и преобразованію; но, несмотря на различныя измѣненія, оно остается однимъ и тѣмъ же правоотношеніемъ, такъ какъ все же происходитъ изъ первоначальнаго акта обоснованія. Это относится какъ къ содержанію обязательства, такъ и къ его субъектамъ.

1. Римляне не признавали никакихъ добавочныхъ соглашеній, возникающихъ послѣ заключенія договора—pacta adjecta, кромѣ такихъ, которыми уменьшался объемъ обязательства [2]). Поэтому каждое

---

[15]) См. Pergament, привед. сочин., стр. 93. При сдѣлкахъ купли-продажи съ разсрочкой платежа—см. ниже § 95, 1—имперскій законъ отъ 16 мая 1894 года, § 4, п. 1 даетъ судьѣ право на такое уменьшеніе. Согласно съ нашимъ текстомъ гражд. улож. для герман. имперіи § 343.

[1]) Главный трудъ по этому вопросу — Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1817, 3-е изд., 1836; но см. далѣе Puchta: Kleine Schriften, № 27; Windscheid: Die Actio, 1856; Kuntze: Die Obligation, 1856, стр. 267, стр. 119 и слѣд.; Albert Schmidt: Die Grundlehre der Cession, два тома, 1863; Bähr: Zur Cessionslehre въ Jherings Jahrb., 1857, т. 1, статья 8; Saleilles: De la cession des dettes, Paris, 1890.

[2]) Это имѣло мѣсто даже при judicia bonae fidei, какъ это видно изъ словъ Ульпіана libro 4 ad edictum, l. 7, § 5. D. de pactis. 2. 14:... solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ср. l. 13. C. de pactis. 2. 3; Bechmann: Kauf, II, стр. 480; Pernice въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 9, стр. 212.

измѣненіе правъ кредитора не обходилось безъ преобразованія или новаго обоснованія обязательства посредствомъ новаціи. Напротивъ того, современное обязательство можетъ быть измѣняемо посредствомъ *добавочныхъ соглашеній*, при чемъ оно не теряетъ своей тождественности; это измѣненіе можетъ касаться мѣста или времени исполненія, а иногда и объекта обязательства [3]).

Даже вина и просрочка приводили въ древне-римскомъ правѣ только къ *perpetuatio обязательства*, т. е. *съ формальной* точки зрѣнія не къ измѣненію содержанія, а только къ *устраненію основаній, влекущихъ за собой погашенія обязательства*. Въ болѣе позднее время, впрочемъ, онѣ и въ Римѣ приводили къ существеннымъ измѣненіямъ самихъ обязательствъ [4]).

2. Еще упорнѣе римское право отрицало возможность *перемѣны субъектовъ обязательства*. Только контрагентъ имѣлъ, на основаніи договора, искъ противъ контрагента, только потерпѣвшій— actio ex delicto противъ обидчика.

Но уже съ древнихъ временъ требованія и долги переходили обыкновенно *на наслѣдниковъ*, въ которыхъ какъ бы воплощались и продолжали жить первоначальные участники въ обязательствѣ.

Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, когда по распоряженію вѣрителя другое лицо вступало на его мѣсто, необходимо было новое обоснованіе обязательства посредствомъ *новаціи*; это совершалось черезъ обѣщаніе — promissio, данное новому вѣрителю. Равнымъ образомъ и вступленіе новаго должника на мѣсто прежняго могло произойти только путемъ новаціи [5]).

Въ позднѣйшемъ развитомъ правѣ является настоятельная потребность въ отчужденіи обязательствъ безъ содѣйствія должника, тѣмъ болѣе что обязательства, съ теченіемъ времени, стали представлять весьма важную часть имущества. Но такъ какъ для достиженія этой цѣли прямыхъ средствъ не существовало, то пришлось обратиться

---

[3]) Также и Bechmann: Kauf, loc. cit. На точкѣ зрѣнія римской юриспруденціи стоитъ Römer: Abhandlungen, стр. 5.

[4]) См. выше § 41.

[5]) Gajus Inst. II, § 38:... quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. См. l. 25, § 2. D. de usufructu. 7. 1.

къ окольнымъ путямъ. Лицо, которому желали передать требованіе, назначалось *уполномоченнымъ для процесса съ правомъ удержать въ свою пользу взысканное по суду*—procurator in rem suam. Этотъ уполномоченный пользовался всѣми правами вѣрителя, если возбуждалъ искъ противъ должника *и доводилъ дѣло до litis contestatio*: заключающаяся въ этомъ *новація* доставляла ему такъ наз. dominium litis [6]). Но для того, чтобы передача требованія получила непосредственное значеніе для гражданскаго оборота и надлежащую силу, нужно было обезпечить пріобрѣтателя и до времени процесса. Эта задача разрѣшалась слѣд. образомъ:

a) Пріобрѣтателю давалось право сообщить должнику объ уступкѣ требованія—denuntiatio. Съ этого момента должникъ уже больше не имѣлъ права платить первоначальному вѣрителю [7]).

b) Пріобрѣтатель получалъ actiones utiles, т. е. право предъявить искъ уже не какъ уполномоченный, но отъ своего имени. Этимъ уступка требованія обезпечивалась отъ возможности отмѣны полномочія, всегда грозившей procurator'у in rem suam [8]).

---

[6]) Gajus Inst. IV, § 86—сообщаетъ формулу иска: Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. nam si verbi gratia L. Titius pro P. Maevio agat, ita formula concipitur: Si paret Num. Negidium P. Maevio sestertium X milia dare oportere, judex Num. Negidium L. Titio sestertium X milia condemna, si non paret absolve.

[7]) Относительно denuntiatio см. ниже, § 48, прим. 4.

[8]) Actio utilis дана была первоначально Антониномъ Піемъ покупщику наслѣдства, l. 16, pr. D. de pactis. 2. 14. Далѣе, въ теченіе языческаго періода имперіи она была предоставлена каждому покупателю, залогопринимателю, а также и другимъ лицамъ, пріобрѣтшимъ на основаніи titulus onerosus, l. 1, l. 2. C. de obl. 4. 10; l. 7. C. de her. vel act. 4. 39, приведенная выше, вып. I, § 293, прим. 12.—Юстиніанъ впервые далъ actio utilis также и получившему обязательственное требованіе въ подарокъ, l. 4. C. de don. 8. 53. Изъ этого нововведенія Юстиніанъ дѣлаетъ еще выводъ, котораго, какъ онъ самъ замѣчаетъ, прежде не допускали. Именно, подаренное требованіе должно переходить и на наслѣдниковъ лицъ, получившихъ даръ, хотя бы litis contestatio еще не происходила. Отсюда слѣдуетъ, что mandatum in rem suam, по крайней мѣрѣ въ принципѣ, до litis contestatio прекращался по тѣмъ же правиламъ, какъ и простой mandatum, и что пріобрѣтенія требованія procurator'омъ in rem suam до litis contestatio еще не происходило; пока здѣсь существовала одна лишь *возможность* пріобрѣтенія. О формулѣ actio utilis мы не имѣемъ опредѣленныхъ свѣдѣній, хотя существуетъ не мало попытокъ возстановить ее. L. 5. C. quando fiscus. 4. 15 даетъ лишь отрицательныя указанія: Diocletianus et Maximianus: In solutum nomine dato, non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus ejus debitores creditor experiri potest. suo autem nomine utili actione recte utetur. Ср. l. 55. D. de proc. 3. 3; Eisele: Die actio utilis des Cessionars, 1887. Весьма неясныя отношенія между actio mandata и actio utilis служатъ уже съ давнихъ поръ исходной точкой для многихъ, притомъ очень запутанныхъ теорій; объ этомъ см. Mühlenbruch, loc. cit., стр. 201.

По римскимъ воззрѣніямъ все это возникало благодаря такъ наз. «utilitas», т. е. по исключительному *отступленію отъ общаго принципа*, вслѣдствіе потребностей оборота. Современное же право вывело отсюда *новый принципъ*—право уступки требованій. Совершенно аналогично въ наше время возможно и вступленіе въ обязательство *новаго должника* безъ всякаго нарушенія правъ вѣрителя и безъ ущерба для тождественности обязательства.

I. Цессія (cessio).

§ 48. Cessio и denuntiatio.

1. По общегерманскому праву допускается переносъ *обязательственныхъ требованій*[1]). Прямымъ послѣдствіемъ цессіи является такимъ образомъ *переходъ права*. Уступающій—cedens—перестаетъ быть вѣрителемъ, на его мѣсто вступаетъ пріобрѣтатель—cessionarius.

2. Каково отношеніе между уступкой—cessio—и увѣдомленіемъ должника объ уступкѣ — denuntiatio? Правильный отвѣтъ таковъ: cessio *производитъ переходъ требованія*, задача же denuntiatio—*обезпечить этотъ переходъ*[2]).

---

[1]) Mühlenbruch учитъ, что cessionarius предъявляетъ чужое требованіе; по его мнѣнію, путемъ цессіи переходитъ *не самое право требованія*, а *только одно пользованіе этимъ правомъ*. Онъ смотритъ на цессію съ первоначальной римской точки зрѣнія, т. е. какъ на mandatum in rem suam. Нѣкоторое время этотъ взглядъ былъ общепринятымъ. Его придерживается между прочимъ и Vangerow, т. 3, § 574, прим. 1, стр. 105. Но большинство новѣйшихъ писателей, наоборотъ, смотритъ на цессію, какъ на сингулярное преемство въ требованіи. Въ доказательство этого ссылаются на то, что позднѣйшее римское право давало цессіонарію actio utilis, посредствомъ которой онъ предъявлялъ искъ не „alieno nomine“, но „suo nomine“; указываютъ далѣе и на то, что Юстиніанъ прямо говоритъ о „transferre debitum“, l. 23. C. mandati. 4. 35. Лучшей же опорой этого взгляда является тотъ фактъ, что въ современномъ правѣ цессія по существу приняла видъ преемства въ требованіи, и что всѣ ея отдѣльныя положенія исходятъ изъ этой мысли. См. Gürgens: Die Singularsuccession in die Schuld въ Jherings Jahrb., т. 8, статья 8. Относительно залога требованій и заключающейся въ немъ ограниченной cessio см. выше, вып. I, § 293.

[2]) Взгляды новѣйшихъ ученыхъ на отношеніе между cessio и denuntiatio очень разнообразны. Windscheid—die Actio—защищаетъ слѣд. мнѣніе: благодаря одной уступкѣ actio еще не переходитъ на цессіонарія; для этого необходимъ еще *актъ завладѣнія* при помощи denuntiatio. Въ Римѣ для пріобрѣтенія сервитутовъ требовалось завладѣніе; аналогично поступали при уступкѣ требованія, чтобы придать ей, такъ сказать, „*осязательный видъ*“. Но вѣдь самой характерной чертой обязательства является именно то, что вѣритель не имѣетъ надъ нимъ никакого владѣнія. Развѣ можно пріобрѣсть владѣніе такимъ объектомъ, при которомъ оно немыслимо по существу? Въ Pandekten, т. 2, § 331, прим. 8

Несмотря на цессію, должникъ—*cessus*—не можетъ потерять *непосредственно, въ силу цессіи* право уплатить первоначальному вѣрителю или инымъ какимъ способомъ освободиться отъ своего обязательства по отношенію къ нему: актъ уступки совершается обыкновенно безъ участія, а иногда и безъ вѣдома должника. Отсюда возникаетъ *промежуточная стадія,* во время которой *цедентъ, хотя на самомъ дѣлѣ не состоитъ больше вѣрителемъ, тѣмъ не менѣе по отношенію къ должнику можетъ еще легитимироваться какъ вѣритель.* Возникаетъ вопросъ, когда же это положеніе кончается? По мнѣнію однихъ въ тотъ моментъ, когда должникъ получитъ *достовѣрныя свѣдѣнія* о цессіи [3]). Такое рѣшеніе дѣла представляется послѣдовательнымъ, но вызываетъ на практикѣ значительныя затрудненія. Подъ достовѣрными свѣдѣніями подразумѣвается *увѣренность* въ томъ, что извѣстный фактъ случился. Благодаря этому, вопросъ о томъ, можетъ и долженъ ли еще debitor cessus платить первоначальному вѣрителю, ставится въ зависимость отъ *внутренняго психологическаго процесса,* который не выражается во внѣ и часто остается подъ сомнѣніемъ.

При этихъ условіяхъ является болѣе цѣлесообразнымъ *опредѣлить* указанный критическій *моментъ внѣшнимъ событіемъ.* Такова и

Windscheid, правда, не отказывается еще отъ прежней мысли, что „denuntiatio представляетъ завладѣніе требованіемъ", но въ остальномъ онъ всетаки подвергаетъ свой взглядъ существеннымъ измѣненіямъ. Онъ теперь соглашается съ тѣмъ, что цессіонарій и до denuntiatio имѣетъ право требованія, но въ то же время и цедентъ остается еще вѣрителемъ; возникаетъ, такимъ образомъ, „корреальное обязательство". Въ противоположность этому Bähr, loc. cit., стр. 369, доказываетъ, что послѣ уступки требованія цессіонарій является *единственнымъ* вѣрителемъ. Такой взглядъ несомнѣнно правиленъ. Мнѣніе, что цессіонарій становится вѣрителемъ лишь въ моментъ denuntiatio, или что цессіонарій и цедентъ—корреальные вѣрители, при строгой послѣдовательности могло бы привести къ результатамъ, прямо противорѣчащимъ идеѣ цессіи и преслѣдуемымъ ею практическимъ цѣлямъ. Объ этомъ см. Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 266.

[3]) Между прочимъ Bähr защищаетъ тотъ взглядъ, что достаточно однихъ „достовѣрныхъ" свѣдѣній должника о совершившейся уступкѣ требованія—loc. cit., стр. 369; съ нимъ соглашается Regelsberger въ Endemanns Handbuch des Handelsr., т. 2, стр. 528. Но R. O. H. G. E., т. 23, стр. 314 и т. 4, стр. 114 отнюдь не раздѣляютъ этого мнѣнія и выставляютъ весь вопросъ неразрѣшеннымъ. См. вообще Mühlenbruch, loc. cit., стр. 492 и указанныхъ у Windscheid'a, т. 2. § 331, прим. 8, авторовъ. Приведенныя въ слѣдующемъ примѣчаніи цитаты категорически высказываются за необходимость опредѣленнаго способа denuntiatio. Гражд. улож. для герман. имперіи § 407 признаетъ одни достовѣрныя свѣдѣнія должника объ уступкѣ обязательства достаточными; исключеніе составляетъ § 411.

была, какъ признаетъ господствующее мнѣніе, точка зрѣнія римскаго права: только вслѣдствіе увѣдомленія — denuntiatio, сдѣланнаго *цессіонаріемъ* должнику, прекращалась легитимація цедента на принятіе уплаты [4]). Одинаковое значеніе имѣетъ, конечно, и увѣдомленіе со стороны *цедента* [5]) [6]). Достаточно также и признанія цессіи должникомъ передъ цессіонаріемъ.

Иначе смотрѣли *на продажу наслѣдства*. Эта сдѣлка имѣетъ свое самостоятельное значеніе и вліяетъ на опредѣленный кругъ правъ и обязанностей; къ тому же должники наслѣдства покупщику иногда не всѣ извѣстны, а часто ихъ трудно розыскать. Вслѣдствіе всего этого не требовалось спеціальнаго увѣдомленія должниковъ наслѣдства; достаточно было, если они знали о продажѣ наслѣдства [7]).

Такъ какъ цедентъ до denuntiatio сохраняетъ легитимацію вѣрителя, то онъ можетъ въ это время даже предъявить искъ противъ должника. Куда бы это повело, если бы каждому вѣрителю со стороны его должника могло быть противопоставлено заявленіе, что онъ слышалъ объ уступкѣ обязательства? Это служило бы самой благодарной почвой для шиканы и проволочекъ во время процесса [8]).

Тѣмъ не менѣе цедентъ болѣе уже не является вѣрителемъ по уступленному имъ требованію. Поэтому его собственные вѣрители съ

---

[4]) l. 4. C. quae res pignori 8. 16, приведенная выше, вып. I, § 293, прим. 9. См. также l. 3, pr. C. de novationibus. 8. 41. Gordianus: Si delegatio non est inter posita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

[5]) R. O. H. G. E., т. 2, стр. 314. Windscheid, конечно, исходитъ изъ того взгляда, что одного извѣщенія со стороны цедента недостаточно. Здѣсь, по его мнѣнію, не достаетъ захвата пріобрѣтателя; ср. Pandecten, т. 2, § 331, прим. 9. Тамъ же указана литература спорнаго вопроса.

[6]) Wendt—Pandecten, § 216—правильно замѣчаетъ, что должникъ въ правѣ оставить безъ всякаго вниманія свѣдѣнія, сообщаемыя ему третьими лицами, справедливо полагая, что извѣстіе о совершившейся цессіи ему будетъ доставлено непосредственно участвующими лицами.

[7]) l. 17. D. de transactionibus. 2. 15. Papinianus libro 2 quaestionum: Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accomodanda est. idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

[8]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 407, abs. 2. Иное мнѣніе высказано у Seuffert'a: Archiv, т. 48, казусъ 177.

момента цессіи уже не въ правѣ наложить арестъ на уступленное требованіе, хотя бы denuntiatio еще и не послѣдовала. Напротивъ, cessionarius можетъ вступить въ дѣло и заявить о своемъ правѣ на уступленное требованіе [9]). Точно также уступленное требованіе не поступаетъ въ конкурсную массу цедента, хотя бы ко времени открытія конкурса denuntiatio еще не была произведена; право требованія, конечно, остается за цессіонаріемъ.

Наконецъ, если вѣритель уступитъ свое требованіе сначала одному, затѣмъ другому, то хотя бы второй совершилъ denuntiatio раньше перваго, всетаки первый имѣетъ преимущество предъ вторымъ, какъ prior tempore [10]). Поэтому, если второй уже получилъ уплату по уступленному требованію, то первый можетъ предъявить къ нему искъ о выдачѣ полученнаго, такъ какъ второму достался активъ перваго безъ правового основанія [11]) [12]).

§ 49. Актъ цессіи и ея основаніе [1]).

Цессія въ собственномъ смыслѣ слова производится *вѣрителемъ*. Но кромѣ того требованія переходятъ путемъ цессіи еще въ силу *судебнаго рѣшенія* и даже на *основаніи закона*.

1. Цессія въ собственномъ смыслѣ называется обыкновенно *добровольной*—voluntaria, такъ какъ она совершается *волеизъявленіемъ цедента*, т. е. договоромъ или завѣщаніемъ. Съ этой точки зрѣнія она всегда добровольна, хотя бы происходила вслѣдствіе законной обязанности.

---

[9]) Такъ рѣшаютъ R. G. E., т. 4, стр. 111.

[10]) Вопросъ этотъ очень споренъ. За предпочтеніе того кредитора, который раньше совершилъ denuntiatio, между прочимъ, высказался Müsset въ Lindes Zeitschrift, n. F., т. 12, статья 12, Knorr въ Archiv für civ. Praxis, т. 42, статья 15 и Wendt, Pandecten, § 216. Того же мнѣнія раньше держался Windscheid, въ своемъ сочиненіи die Actio, стр. 190; но въ Pandecten, т. 2, § 331, прим. 10 онъ перемѣнилъ свой взглядъ. Возраженія, пріобрѣтенныя должникомъ bona fide противъ кредитора, совершившаго denuntiatio первымъ, еще до denuntiatio со стороны перваго цессіонарія, конечно, дѣйствительны и противъ послѣдняго. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 408.

[11]) Bähr, loc. cit., т. 1, стр. 439.

[12]) Можетъ ли должникъ на искъ цессіонарія возразить, что цедентъ раньше уступилъ это требованіе другому лицу, которое впрочемъ еще не совершило denuntiatio? Этотъ вопросъ рѣшается въ утвердительномъ смыслѣ имперскимъ судомъ, см. у Gruchot'a, т. 35, стр. 976, также Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 20.

[1]) Regelsberger: Beiträge zur Lehre von der Cession въ Archiv für civ. Praxis, т. 63, статья 8.

Актъ цессіи, т. е. перенесеніе требованія, строго отличается отъ ея *основанія*, напр., продажи, совершенно аналогично передачѣ—traditio—тѣлесныхъ вещей. Правда, въ большинствѣ случаевъ оба эти момента и по времени, и по внѣшнему виду совпадаютъ: въ частности продажа требованія разсматривается какъ его непосредственное перенесеніе; тѣмъ не менѣе цессія — сдѣлка абстрактная и поэтому по своему существу совершенно независитъ отъ своего основанія [2]). Послѣднее обстоятельство очень важно для должника—debitor cessus, такъ какъ благодаря ему, прежде чѣмъ удовлетворить цессіонарія, должнику надлежитъ удостовѣриться въ одной лишь дѣйствительности *акта* цессіи, но не ея *основанія*.

Если актъ цессіи *ничтоженъ*, напр., по причинѣ несовершеннолѣтія цедента, то должникъ остается должникомъ послѣдняго и, слѣдовательно, не можетъ платить мнимому цессіонарію. *Оспариваемость* же акта цессіи его не касается [3]).

Очень споренъ вопросъ, когда допускается возраженіе о притворности цессіи. Согласно практикѣ, оно допускается только въ томъ случаѣ, если должникъ можетъ доказать свой особенный и личный интересъ въ томъ, чтобы цессія не состоялась. Ибо какія бы *внутреннія соображенія и отношенія* ни лежали въ основаніи цессіи, *съ внѣшней стороны* вѣритель все же *уполномочилъ* мнимаго цессіонарія ко взысканію требованія, и этого достаточно для легитимаціи послѣдняго [4]).

2. Требованія переходятъ также и на основаніи *постановленій суда*. Въ частности, судъ при исполненіи рѣшенія можетъ передать вѣрителю, по его ходатайству, вмѣсто уплаты денежное требованіе его должника съ цѣлью принудительнаго исполненія [5]).

---

[2]) Вопросъ этотъ споренъ. Иного взгляда Strohal въ Jherings Jahrb., т. 27, стр. 392. См. цитаты у Regelsberger'a, loc. cit., стр. 164, прим. 5. Съ нами соглашается гражд. улож. для герман. имперіи, § 398.

[3]) Regelsberger, loc. cit., стр. 163.

[4]) Что должникъ не можетъ ссылаться на притворность цессіи, и что въ этомъ заключается недозволенная exceptio de jure tertii, это господствующее въ практикѣ правило. Но см. остроумныя изслѣдованія Regelsberger'a, loc. cit., стр. 167; см. также R. O. H. G. E., т. 24, стр. 322; Windscheid, т. 2, § 334, прим. 1. Рѣшеніе имперскаго суда у Gruchot'a, т. 36, стр. 990.

[5]) По C. P. O., § 736 вѣритель имѣетъ двоякое право на арестованное имъ для принудительнаго исполненія требованіе своего должника а) Онъ можетъ вмѣсто уплаты получить уступку требованія по номинальной цѣнѣ. Въ такомъ случаѣ его требованіе погашается, поскольку оно покрывается стоимостью уступленнаго ему обязательства, но съ тѣмъ предположеніемъ что послѣднее вообще

3. Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, требованія переходятъ къ новому вѣрителю *на основаніи закона* [6]). Въ этомъ заключается не настоящая цессія, а законное преемство; тѣмъ не менѣе здѣсь говорятъ о *необходимой* или *фингированной* цессіи—cessio necessaria, такъ какъ правила цессіи, по крайней мѣрѣ наиболѣе существенныя, находятъ здѣсь примѣненіе по аналогіи [7]).

§ 50. Предметъ цессіи.

Цессія распространяется на всю область имущественныхъ правъ. Поэтому и иски изъ вещныхъ правъ могутъ быть предметомъ цессіи [1]). Она встрѣчается, главнымъ образомъ, при обязательствахъ и возможна какъ при требованіяхъ, срокъ которыхъ наступилъ, такъ и при требованіяхъ съ ненаступившимъ срокомъ; сверхъ того она допускается при обязательствахъ условныхъ [2]), будущихъ и

существуетъ, т. е. что оно дѣйствительно; этого всегда достаточно, даже въ томъ случаѣ, если должникъ—debitor cessus—несостоятеленъ. b) Вѣритель можетъ ограничиться однимъ лишь правомъ залога на арестованное требованіе. Но для того, чтобы осуществить свое залоговое право, онъ долженъ получить отъ суда особое разрѣшеніе на взысканіе, такъ наз. уступку для взысканія. Его требованіе тогда погашается въ томъ размѣрѣ, въ которомъ онъ получитъ уплату отъ должника—debitor cessus,—или поскольку онъ отвѣчаетъ передъ цедентомъ за оплошность въ взысканіи по требованію—за culpa in exigendo. См. Hellwig: Die Verpfändung der Forderungen, стр. 115.

[6]) Многіе учатъ, что цессія происходитъ въ силу закона вездѣ тамъ, гдѣ можно требовать ея на основаніи закона, Puchta: Pandecten, § 281, и Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 243. Правда, въ нѣкоторыхъ случаяхъ слѣдуетъ признать наличность такого перехода именно тамъ, гдѣ особый актъ цессіи былъ бы безцѣльной формальностью, см, ниже § 81, прим. 15; но едва ли это можно допустить, какъ общее правило. Признаніе такого принципа не можетъ быть оправдано уже потому, что благодаря ему исчезла бы всякая увѣренность въ лицѣ вѣрителя. См. Mühlenbruch, стр. 470; Bähr, loc. cit., т. 1, стр. 400; Windscheid, т. 2, стр. 330, прим. 12; наконецъ, R. G. E., т. 1, стр. 314. Если же вѣритель *присужденъ* къ уступкѣ требованія, то цессія считается состоявшейся *съ момента вступленія рѣшенія въ законную силу*. См, C. P. O., § 779.

[7]) Regelsberger, loc. cit., стр. 158, желаетъ устранить понятіе „фиктивной“ или „законной“ *цессіи* и говоритъ лишь о *законномъ переходѣ требованія*. Но въ этихъ выраженіяхъ заключается очень удобная и пріобрѣтшая право гражданства формула, означающая, что принципы настоящей цессіи аналогично примѣняются при законномъ переходѣ требованій. Поэтому вытѣснить ихъ невозможно.

[1]) См. выше вып. I, § 225, прим. 1 и 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 931.

[2]) Даже *предсмертные* отказы, оставленные подъ условіемъ, могутъ быть уступлены, несмотря на l. 41. D. de cond. et dem. 35. 1; R. G. E., т. 8, стр. 189. Wolff: Rechtswirkungen d. Cession bedingter Vermächtnisse, Bonner Inaug.-Dissert., 1887; Enneccerus: Rechtsgeschäfte, стр. 248; Windscheid, т. 1, § 89, прим. 10.

даже не имѣющихъ иска. Допускается также цессія требованій, вытекающихъ изъ двусторонних договоровъ; но при этомъ остается въ силѣ право должника—debitor cessus—исполнить только при наличности предшествующаго или одновременнаго исполненія контрагента [3]). Впрочемъ, бываютъ требованія, которыя не переходятъ путемъ цессіи или вслѣдствіе своей особенной природы, или же въ силу положительнаго запрещенія.

1. Невозможна цессія такихъ обязательствъ, которыя имѣютъ особое отношеніе къ *личности вѣрителя*, такъ что при передачѣ исчезла бы самая цѣль ихъ заключенія. Сюда относятся требованія, имѣющія предметомъ права на непосредственныя alimenta [4]).

2. Залоговыя права, jus retentionis, права по отношенію къ поручителямъ, вообще всѣ тѣ права, которыя существуютъ только ради другихъ притязаній, могутъ быть переданы только вмѣстѣ съ главнымъ и основнымъ правомъ.

3. Соглашенія о непередаваемости требованій—pacta de non cedendo—признаются дѣйствительными и могутъ быть противопоставлены происшедшей вопреки имъ цессіи [5]).

4. Римскія законныя запрещенія цессіи въ наше время не

---

[3]) R. O. H. G. E., т. 12, стр. 74; R. G. E., т. 13, стр. 12. Если дѣло идетъ о встрѣчномъ дѣйствіи цедента, которое по договору не должно быть произведено непремѣнно имъ лично, то цессіонарій въ правѣ совершить это дѣйствіе, какъ представитель цедента въ собственномъ интересѣ. Этимъ устраняется exceptio non adimpleti contractus со стороны должника—debitor cessus.

[4]) Относительно уступки требованій алиментовъ, въ частности вдовьихъ пенсій, см. R. G. E., т. 4. стр. 143. Къ неподлежащимъ цессіи требованіямъ относятся и actiones vindictam spirantes, цѣль которыхъ—*личное* удовлетвореніе, напр., actio injuriarum, см. Mühlenbruch, § 26; не допускается также цессія требованія изъ pacta de contrahendo, см. Degenkolb въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, стр. 77. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 399 запрещаетъ уступку такихъ требованій, по которымъ удовлетвореніе не первоначальному, а другому кредитору не можетъ быть учинено безъ измѣненія содержанія оныхъ. § 400 не допускаетъ цессіи требованій, на которыя не можетъ быть обращено взысканіе съ наложеніемъ ареста.

[5]) Stegemann: Das pactum de non cedendo въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, стр. 315. Иного взгляда Schlesinger: Die Wirksamkeit des pactum de non cedendo, Erlanger Inaug.-Dissert., 1892; но R. G. E., т. 31, стр. 164 высказывается за дѣйствительность pactum de non cedendo. См. далѣе Eck въ Jherings Jahrb., т. 35, стр. 304 и гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 399 и 405. Соотвѣтствующихъ указаній въ источникахъ нѣтъ. Высказанныя въ завѣщаніи запрещенія цессіи, напр., до извѣстнаго возраста цедента, также дѣйствительны. Принудительное исполненіе не устраняется подобнымъ соглашеніемъ, но арестованное требованіе можетъ быть передано вѣрителю лишь „для взысканія“, C. P. O., § 736. Ср. Seuffert: Archiv, т. 54, казусъ 211.

имѣютъ большого практическаго значенія [6]). Въ частности цессія требованій, представленныхъ уже къ *судебному взысканію*, лишенная по римскому праву всякой силы [7]), допускается по германскимъ судебнымъ уставамъ. Но процессъ долженъ продолжаться между первоначальными сторонами, и возникшія уже на основаніи процесса права остаются неприкосновенными [8]).

Подъ страхомъ потери самого требованія запрещается цессія potentioribus, т. е. лицамъ, занимающимъ такое общественное положеніе, что должникъ не можетъ отважиться на продолженіе процесса противъ нихъ [9]).

Такія же послѣдствія имѣетъ уступка опекуну требованій къ его опекаемому [10]) [11]).

§ 51. Права цессіонарія по отношенію къ уступленному должнику— debitor cessus.

Требованіе переходитъ къ цессіонарію въ томъ состояніи, *въ какомъ оно находилось во время цессіи.*

---

[6]) Имперское законодательство установило нѣсколько важныхъ въ соціальномъ отношеніи запрещеній цессіи, запретивъ вмѣстѣ съ тѣмъ и наложеніе ареста на требованія, цессія которыхъ не допускается. Въ частности имперскій законъ отъ 21 іюня 1869 г. разрѣшаетъ уступку требованій на вознагражденіе за работу и наложеніе ареста на таковыя только въ томъ случаѣ, если эти работы и услуги уже исполнены, а день, когда должна была послѣдовать плата, прошелъ безъ истребованія ея со стороны пріобрѣтшаго на нее право. Сверхъ того еще другіе имперскіе законы къ запрещенію наложенія ареста на извѣстные доходы присоединяютъ и запрещеніе добровольной уступки требованій на нихъ. Можно ли отсюда вывести общее правило, что требованія, не подлежащія аресту, не могутъ быть передаваемы? Противъ этого R. G. E., т. 4, стр. 142, но см. Dernburg: Preuss. Privatrecht., т. 2, § 109 и гражд. улож. для герман. имперіи, § 400, приведенный выше въ прим. 4.

[7]) l. 5. C. de litigiosis. 8. 36.

[8]) C. P. O., § 236, п. 1.

[9]) l. 2. C. ne liceat potentioribus. 2. 13. Подобнаго рода соціальныя отношенія имѣютъ мѣсто въ наше время не очень часто. Поэтому и такое запрещеніе встрѣчается рѣдко; тѣмъ не менѣе оно не считается утратившимъ силу. Относительно многочисленныхъ спорныхъ вопросовъ см. Vangerow, т. 3, § 574, прим. 1, стр. 109. Гражд. улож. для герман. имперіи подобнаго запрещенія цессіи не знаетъ. Этотъ пробѣлъ до извѣстной степени пополняетъ § 826.

[10]) Nov. 72, cap. 5.

[11]) По постановленію имперскаго сейма отъ 1551 г., § 79 и по имперскому судебному уставу отъ 1577 г., tit. 20, § 4 евреямъ было запрещено передавать свои требованія на христіанъ другому христіанину; цѣль этого закона состояла въ предотвращеніи возможности для христіанъ пользоваться окольнымъ путемъ процентными договорами, разрѣшенными для однихъ только евреевъ.

Такъ какъ отъ момента цессіи и до увѣдомленія должника (denuntiatio) цедентъ всетаки можетъ еще легитимироваться какъ вѣритель, то противъ цессіонарія дѣйствительны всѣ тѣ возраженія, которыя можетъ пріобрѣсть должникъ за это промежуточное время противъ цедента.

Въ частности права цессіонарія представляются въ слѣдующемъ видѣ:

1. Объемъ переуступленнаго требованія опредѣляется актомъ цессіи [1]).

Размѣръ полученнаго цедентомъ отъ цессіонарія вознагражденія въ принципѣ не имѣетъ никакого значенія для права цессіонарія противъ должника. Но, чтобы предотвратить возможность безнравственныхъ спекуляцій черезъ покупку сомнительныхъ требованій за ничтожную цѣну, такъ наз. lex Anastasiana постановила, что *купившій* требованіе не можетъ взыскивать съ должника *больше уплаченнаго имъ самимъ*. Отъ излишка противъ этой суммы уступленный должникъ освобождается. Lex Anastasiana *не касается* передачи требованія вѣрителю вмѣсто уплаты, уступки требованія третьему владѣльцу залога послѣ предъявленія къ нему иска съ цѣлью освобожденія заложенной вещи, наконецъ, уступки требованія сособственникомъ при раздѣлѣ общей собственности [2]).

---

[1]) См. l. 34, pr. D. de leg. III. Поскольку актъ цессіи не содержитъ въ себѣ ясныхъ опредѣленій, весь вопросъ заключается въ одномъ лишь толкованіи договора. Обыкновенно, при заключеніи цессіи молча имѣются въ виду уплата процентовъ за просрочку, требованія интереса, права на просроченные въ будущемъ договорные проценты, а также и на непросроченную еще неустойку. Неуплаченные же договорные проценты и просроченная еще раньше цессіи неустойка не переуступаются вмѣстѣ съ главнымъ обязательствомъ.

[2]) l. 22, §§ 1, 2. C. mandati. 4. 35. Anastasius отъ 506 г.: Per hanc itaque legem jubemus in posterum hujusmodi conamen inhiberi... ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit: exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascumque vel creditor vel is qui res aliquas possidet pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione acceperit, nec non his, quas in legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Относительно многочисленныхъ спорныхъ вопросовъ, вызванныхъ lex Anastasiana, см. Vangerow, т. 3, § 576. Само собой разумѣется, что цессіонарій можетъ требовать отъ должника не только то, что самъ „далъ“ за требованіе, но и то, что „обѣщалъ“ какъ покупную плату, R. G. E., т. 14, стр. 240. Особенно споренъ вопросъ относительно распредѣленія доказательствъ—onus probandi

Германское торговое уложеніе отмѣнило lex Anastasiana при требованіяхъ, возникающихъ изъ торговыхъ сдѣлокъ [3]), а въ нѣкоторыхъ союзныхъ государствахъ германской имперіи этотъ законъ отмѣненъ совсѣмъ [4]). Вообще, нельзя отрицать того, что lex Anastasiana, устраняя нѣкоторыя злоупотребленія, въ то же время стѣсняла правильное развитіе гражданскаго оборота.

2. Къ цессіонарію, вмѣстѣ съ главнымъ требованіемъ, переходятъ и принадлежности послѣдняго, въ частности права противъ поручителей и залоговыя права [5]). Споренъ вопросъ, въ какой степени переходятъ на цессіонарія *привилегіи* цедента. Цессіонарій не имѣетъ никакого права на тѣ привилегіи цедента, которыя принадлежали бы послѣднему лично *при взысканіи* по обязательству въ судебномъ порядкѣ. Сюда относится, напр., свобода фиска отъ судебныхъ пошлинъ—при уступкѣ его требованія частному лицу. Напротивъ, привилегіи, *связанныя съ самимъ обязательствомъ*, переходятъ на цессіонарія даже въ томъ случаѣ, если они установлены лично ради даннаго цедента. Такое свойство имѣютъ всѣ конкурсныя привилегіи [6]) [7]).

По господствующему мнѣнію, въ случаѣ процесса обязанность доказать, что цессія основана на продажѣ требованія, возлагается на отвѣтчика; разъ этотъ фактъ достовѣренъ, то уже цессіонарій долженъ доказать размѣръ уплаченной имъ суммы. Такой взглядъ вполнѣ соотвѣтствуетъ и буквальному тексту, и внутреннему смыслу lex Anastasiana. Впрочемъ, нѣкоторые полагаютъ, что для обоснованія своего возраженія *должникъ* обязанъ доказать *насколько уплаченная цессіонаріемъ сумма меньше суммы требованія*. Таково, между прочимъ, мнѣніе Windscheid'а, т. 2, § 333, прим. 7.—Вскорѣ послѣ появленія этого закона, его уже начали обходить, Чаще всего прибѣгали къ продажѣ цессіонарію требованія только въ объемѣ покупной суммы, между тѣмъ какъ остатокъ дарился. Въ l. 23. C. mandati. 4. 35 Юстиніанъ объявилъ подобныя даренія ничтожными, а требованія на подаренную сумму—неимѣющими никакой силы.

[3]) H. G. B., art. 299. Вопросъ о томъ, является ли *соглашеніе объ уступкѣ* торговой сдѣлкой или нѣтъ, не имѣетъ никакого значенія; R. G. E., т. 14, стр. 240.

[4]) Соотвѣтствующія предписанія перечисляетъ Stobbe, т. 3, стр. 187, прим. 57. Гражд. улож. для герман. имперіи также не приняло lex Anastasiana.

[5]) l. 6, l. 23, pr. C. de her. vel act.; vend. 18. 4; l. 14, pr. D. eod.; l. 6, l. 7. C. de obl. et act. 4. 10; l. 14. D. de fidejussoribus. 8. 40; гражд. улож. для герман. имперіи, § 401, abs. 1.

[6]) Споренъ вопросъ, въ какихъ размѣрахъ переходятъ на цессіонарія привилегіи цедента, относящіяся къ требованію; см. Mühlenbruch, loc. cit, § 56; Vangerow, т. 3, § 575, прим. 2; Windscheid, т. 2, § 332, прим. 10. При переходѣ требованія *по наслѣдству* римляне различали privilegia „causae" и „personae". Первыя, возникавшія ради особыхъ свойствъ требованія, переходили къ наслѣдникамъ вѣрителя; послѣднія же, установленныя спеціально для даннаго вѣрителя, наслѣдниковъ не касались. Нѣкоторые утверждаютъ, что соотвѣтственно этому и при *цессіи* на цессіонарія переходятъ только privilegia causae, но не personae. Въ пользу такой аналогіи какъ будто говоритъ l. 42. D. de

3. Далѣе, спрашивается, какія возраженія, обоснованныя въ лицѣ *цедента*, дѣйствительны и противъ цессіонарія? По общему правилу—*всѣ*, т. е. не только направленныя in rem, но даже и тѣ, которыя въ другомъ случаѣ были бы даны in personam. Достаточно, чтобы фактическое основаніе возраженія существовало еще до увѣдомленія должника о цессіи [8]). Но если должникъ призналъ свой

administratione et periculo. 26. 7. Papinianus libro 1 definitionum: Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit, in rem suam judicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur: non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuam favorem. Но рѣшеніе Папиніана имѣетъ въ виду случай *вынужденной цессіи* взамѣнъ недостающаго опекунамъ права на искъ о пропорціональномъ распредѣленіи возна гражденія, уплаченнаго однимъ изъ нихъ за причиненные опекою убытки. Дѣйствительно, конкурсная привилегія для этого требованія не имѣла бы никакого внутренняго оправданія. Если Папиніанъ говоритъ, что эта привилегія не распространяется на наслѣдниковъ, такъ какъ она не privilegium causae, то это не оправдываетъ еще того заключенія, что она прекращается и при обыкновенной цессіи. Вѣдь при такомъ положеніи вслѣдствіе цессіи и требованіе ухудшалось бы до такой степени, что его уступка для вѣрителя дѣлалась бы нерѣдко фактически невозможной. Нашъ выводъ подкрѣпляется еще тѣмъ, что во многихъ случаяхъ безусловно допускается переходъ личныхъ привилегій на цессіонарія; см. l. 7. C. de privil. fisci. 7. 73, l. 2. C. qui potiores. 8. 18. Многіе новѣйшіе ученые, впрочемъ, не допускаютъ перехода на цессіонарія такихъ привилегій, которыя основываются на личныхъ свойствахъ вѣрителя, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда эти привилегіи не столько „даютъ“, сколько „обѣщаютъ“ извѣстныя преимущества. Къ привилегіямъ послѣдняго рода ученые причисляютъ и конкурсныя. См. Windscheid, loc. cit. Но подобныя попытки толковать цитированную l. 42. D. сути дѣла не касаются, такъ какъ слова Папиніана на такое различіе не указываютъ. Нельзя согласиться и съ тѣмъ, что конкурсныя привилегіи представляютъ лишь „надежду“ на выгоду; онѣ скорѣе являются очень важными свойствами нѣкоторыхъ требованій, получающими дѣйствительное значеніе, конечно, лишь въ случаѣ конкурса. Относительно перехода привилегій, приведенныхъ въ конкурсномъ уставѣ, § 54, см. R. G. E., т. 3, стр. 34. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 401 опредѣляетъ, что новый вѣритель пользуется привилегіями, связанными съ требованіемъ на случай принудительнаго его исполненія или конкурса.

[7]) Въ высшей степени спорно, можетъ ли *цессіонарій* къ переданному ему требованію примѣнить тѣ привилегіи, которыя даются для *его личныхъ* требованій въ силу *его личнаго положенія*. Можетъ ли, напр., опекаемый или дитя подъ отцовской властью пользоваться принадлежащими ему въ конкурсѣ надъ имуществомъ опекуна или отца привилегіями противъ послѣднихъ также въ отношеніи и уступленныхъ требованій? Казалось бы, можно отвѣтить утвердительно, такъ какъ уступленное требованіе перешло въ имущество цессіонарія и стало теперь его собственнымъ требованіемъ. Но это чисто формальное основаніе мало убѣдительно. Вслѣдствіе цессіи положеніе debitor cessus не должно ухудшаться, а требованіе не должно улучшаться. Все это говоритъ за то, что на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить отрицательно. См. Windscheid, т. 2, § 332, прим. 12.

[8]) Windscheid, т. 2, § 332, прим. 2 выставляетъ какъ принципъ слѣдующее правило: оговорки, направленныя не столько противъ „*самаго требованія*“, сколько противъ „*опредѣленнаго лица вѣрителя*“, прекращаются съ перемѣной вѣрителя. Противъ этого говоритъ слѣдующее: не то важно, идетъ ли дѣло о такихъ воз-

долгъ вполнѣ дѣйствительнымъ по отношенію къ цессіонарію, то онъ, по правильному мнѣнію, уже не можетъ воспользоваться тѣми возраженіями, которыя ему принадлежали противъ цедента лично [9]).

Затѣмъ, уступленный должникъ—debitor cessus—можетъ пріобрѣтать право на всякаго рода возраженія, обоснованныя въ лицѣ цессіонарія [10]).

4. Необходимо обезпечить должника—debitor cessus—отъ возможности платить по одному и тому же обязательству два раза. Такая опасность грозитъ ему въ томъ случаѣ, когда первоначальный вѣритель не признаетъ мнимой цессіи и требуетъ уплаты вторично, послѣ того какъ должникъ уже уплатилъ сполна долгъ (добро-

---

раженіяхъ, которыя не распространяются на *наслѣдниковъ* вѣрителя, а спрашивается, настолько ли они личнаго свойства, что не имѣютъ уже силы противъ *цессіонарія?* Но ничѣмъ не доказано, что возраженія такого свойства вообще существуютъ. Что exceptio doli (хотя бы строго личная—in personam) отъ лица цедента можетъ быть выставлена и противъ цессіонарія, въ этомъ въ настоящее время никто не сомнѣвается. Главнымъ образомъ указываютъ на exceptio beneficii competentiae. Она дѣйствительно была personae cohaerens и поэтому принадлежала только самому должнику, а не его поручителямъ, l. 7. D. de exceptionibus. 44. 1; но и эта exceptio in personam не такого характера, что не можетъ имѣть силы противъ цессіонарія, если была обоснована противъ цедента. Съ этимъ нельзя согласиться и по внутреннимъ причинамъ. Вѣдь въ сущности нѣтъ никакой разницы, взыскиваетъ ли вѣритель свой долгъ съ должника непосредственно, или же косвенно, путемъ цессіи. Далѣе указываютъ на соглашеніе объ отсрочкѣ. Однако подобное соглашеніе, посредствомъ котораго вѣритель для своего лица отказывается отъ осуществленія требованія, сохраняя это право для своихъ наслѣдниковъ—l. 57, § 1. D. de pactis. 2. 14—несомнѣнно можетъ быть противопоставлено цессіонарію вѣрителя, пока послѣдній находится въ живыхъ; предполагается даже, что это соотвѣтствуетъ намѣреніямъ вѣрителя при разрѣшеніи отсрочки. Но едва ли можетъ состояться такое соглашеніе, въ силу котораго вѣритель, отказываясь для своего лица отъ права требованія, сохраняетъ это право для своего предполагаемаго цессіонарія; для должника подобное обѣщаніе не имѣло бы никакого значенія. Ради этого чрезвычайно рѣдкаго случая едва ли стоитъ признавать установленное Виндшейдомъ различіе. Поэтому вполнѣ справедливо утвержденіе многихъ новѣйшихъ ученыхъ, что всѣ вообще возраженія, допускаемыя противъ цедента до увѣдомленія должника о цессіи, сохраняютъ силу и противъ цессіонарія; см. Franke въ Archiv für civ. Praxis, т. 16, статья 15, Vangerow, т. 3, § 575, прим. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи вмѣсто увѣдомленія—denuntiatio—ставитъ *знаніе* должника о состоявшейся цессіи.

[9]) Признаніе *самаго требованія* должникомъ, т. е. не *простое признаніе акта цессіи*, даетъ всему обязательству новое основаніе. См. Glück, т. 16, стр. 426. Иного взгляда Mühlenbruch, § 50. Если признаніе произошло по ошибкѣ и если при этомъ въ основаніи цессіи лежитъ titulus onerosus, то по l. 12. D. de novationibus. 46. 2, должникъ можетъ противъ цедента, обогатившагося sine causa, предъявить condictio, противъ же цессіонарія онъ никакихъ правъ не имѣетъ.

[10]) Для должника не возникаетъ никакихъ возраженій изъ соглашенія между *цедентомъ и цессіонаріемъ* о способѣ взысканія по уступленному требованію, какъ это въ особенности бываетъ при такъ наз. cessio in securitatem, R. G. E., т. 24, стр. 162.

вольно или же по судебному рѣшенію) лицу, выступающему въ качествѣ цессіонарія. Для предотвращенія такихъ случаевъ должникъ можетъ требовать отъ выступающаго въ качествѣ цессіонарія предъявленія *документа о цессіи* или иного доказательства: это дало бы должнику возможность, представить, въ свою очередь, въ случаѣ процесса съ первоначальнымъ вѣрителемъ, доказательство того, что цессія состоялась. Разъ цессіонарій не въ состояніи представить доказательства своей легитимаціи, то онъ можетъ требовать лишь взноса предмета обязательства въ судъ. Въ случаѣ же личнаго удовлетворенія онъ обязанъ представить должнику обезпеченіе противъ возможности вторичнаго требованія со стороны цедента [11]).

Если на одно и то же требованіе выступаетъ нѣсколько претендентовъ, то должникъ можетъ внести сумму долга въ судъ, предоставляя претендентамъ раздѣлаться между собою [12]).

§ 52. Правоотношенія между цессіонаріемъ и цедентомъ.

Обыкновенно между цессіонаріемъ и цедентомъ существуютъ взаимныя притязанія. Они вытекаютъ не столько изъ самой цессіи, сколько изъ ея *правового основанія*. Послѣднее, поэтому опредѣляетъ и содержаніе этихъ правоотношеній, и ихъ объемъ.

Но всетаки встрѣчаются извѣстныя обязанности, которыя сопутствуютъ *всякой* цессіи, такъ какъ возникаютъ изъ самой природы уступленной сдѣлки.

1. Во всякомъ случаѣ цедентъ обязанъ вознаградить цессіонарія, если онъ *послѣ цессіи* приметъ уплату или же какъ-нибудь иначе распорядится требованіемъ во вредъ цессіонарію, пользуясь формальной легитимаціей вѣрителя [1]).

2. Далѣе, цедентъ долженъ оказать цессіонарію *всякое обычное въ гражданскомъ оборотѣ содѣйствіе* къ реализаціи обязательства; по требованію цессіонарія, онъ обязанъ *выдать документъ о цессіи* [2])

---

[11]) См. главнымъ образомъ Bähr, loc. cit., стр. 445; l. 11, § 21. D. de leg. III.

[12]) C. P. O., § 72.

[1]) l. 23, § 1. D. de her. vel act. vend. 18. 4. Hermogenianus libro 2 juris epitomarum: Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur. Очевидно, все принятое цедентомъ послѣ цессіи, безъ различія ея основанія,—эвентуально въ силу правилъ о несправедливомъ обогащеніи изъ чужого актива — должно быть возмѣщено цессіонарію.

[2]) Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 402, 403. Ср. Bähr, loc. cit., стр. 481: „Само собою разумѣется, что всѣ издержки при совершеніи акта цессіи ложатся на цессіонарія, если только въ силу особыхъ причинъ не имѣетъ мѣста противное“.

и сдѣлать доступными для цессіонарія всѣ средства къ доказыванію требованія.

3. Онъ долженъ передать цессіонарію средства обезпеченія уступленнаго требованія: напр., выдать ему заложенную движимость (Faustpfand), поскольку этимъ не нарушается его отвѣтственность передъ залогодателемъ.

4. *Продавцы* требованій отвѣчаютъ за *дѣйствительность правового основанія* послѣднихъ—nomen verum esse, т. е. за то, что эти требованія сами по себѣ юридически обоснованы, а не являются вслѣдствіе exceptiones dilatoriae и peremptoriae, которыя не были извѣстны покупателю при пріобрѣтеніи,—временно или вообще не осуществимыми.

Напротивъ, за *фактическую осуществимость*—nomen bonum esse—продавцы не отвѣчаютъ. Въ случаѣ особаго соглашенія продавецъ отвѣтственъ за это въ томъ предположеніи, что покупатель приступитъ ко взысканію немедленно послѣ цессіи или по наступленіи срока и будетъ продолжать его безъ всякаго перерыва [3]) [4]).

---

[3]) l. 4. D. de her. vel act. vend. 18. 4. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit; l. 5. D. eod. Paulus libro 33 ad edictum: et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris; l. 74, § 3. D. de evictionibus, 21. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 438 опредѣляетъ: „Если продавецъ требованія принялъ на себя отвѣтственность за состоятельность должника, то при сомнѣніи отвѣтственность эта пріурочивается только *ко времени уступки* требованія.—Большинство прежнихъ писателей считало за правило, что цедентъ отвѣчаетъ за дѣйствительность юридическаго основанія обязательства, но не за платежную способность должника. Но совершенно справедливо Schliemann—Die Haftung des Cedenten, 1848, второе изд. 1850—указываетъ на то, что отвѣтственность цедента за осуществимость уступленнаго требованія возникаетъ изъ сдѣлки, *лежащей въ основаніи цессіи*, и поэтому опредѣляется ею.

[4]) Спрашивается, что̀ именно долженъ предоставить продавецъ, если проданное требованіе вообще не существуетъ или же существуетъ, но не въ указанномъ имъ объемѣ? Какъ доказываютъ R. G. E., т. 8. стр. 109, онъ обязанъ возмѣстить добросовѣстному покупателю весь его интересъ безъ различія, вовсе ли не существовало это требованіе, прекратилось ли оно ipso jure, напр., вслѣдствіе уплаты, или же обезсилено эксцепціей. Продающій требованіе удостовѣряетъ его существованіе и долженъ отвѣчать за вѣрность такого удостовѣренія, а слѣдовательно и за тотъ вредъ, который постигъ повѣрившаго покупателя отъ того, что заявленіе продавца не соотвѣтствовало дѣйствительному положенію дѣла. Впрочемъ, объемъ интереса отнюдь не всегда совпадаетъ съ указанной продавцомъ номинальной стоимостью требованія и также не всегда соотвѣтствуетъ уплаченной покупателемъ суммѣ. R. G. E., т. 8, стр. 110 приводятъ и литературу объ этомъ вопросѣ.

Все то, что̀ сказано о покупкѣ требованія, равнымъ образомъ относится и ко всѣмъ остальнымъ способамъ возмезднаго отчужденія.

Подарившйй требованіе отвѣчаетъ лишь за dolus [5]). Такія же послѣдствія имѣетъ цессія, совершенная вслѣдствіе принудительнаго исполненія, а также въ силу закона.

II. Принятіе на себя чужого долга [1]).

§ 53. Понятіе и дѣйствіе принятія долга.

Принятіемъ долга называется вступленіе новаго должника въ обязательство, которое продолжаетъ существовать попрежнему. Это вступленіе можетъ быть или *приватив̆ное*, если новый должникъ *замѣщаетъ прежняго*,—или же *кумулятивное*, если онъ обязывается *вмѣстѣ и рядомъ* съ послѣднимъ. Обыкновенно подъ принятіемъ долга разумѣется принятіе приватив̆ное. Оно является *преемствомъ*: требованіе остается въ прежнемъ видѣ, перемѣняется лишь должникъ; искъ предъявляется изъ первоначальной сдѣлки, принятіе долга касается лишь пассивной легитимаціи должника.

Принятіе долга происходитъ:

a) посредствомъ соглашенія между лицомъ, *принимающимъ на себя долгъ, и вѣрителемъ*.

b) Больше затрудненій̆ представляетъ тотъ случай, когда соглашеніе произошло только между *новымъ* и *первоначальнымъ должникомъ*.

Подобное соглашеніе обязываетъ принимающаго на себя долгъ достигнуть освобожденія *своего контрагента*. Но пріобрѣтаетъ ли *вѣритель* право требованія противъ новаго должника, если онъ не участвовалъ въ соглашеніи и не былъ даже приглашенъ къ участію въ немъ [2])?

---

[5]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 523.

[1]) Delbrück: Die Uebernahme fremder Schulden, 1853, и объ этомъ сочиненіи Hinrichs въ Kieler allgemeine Monatschrift, 1853 г., стр. 685; Gürgens въ Jherings Jahrb., т. 8, статья 8; Regelsberger въ Endemanns Handbuch des Handelsr., т. 2, стр. 532 и въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, стр. 24; Bähr, тамъ же, стр. 176; Unger: Schuldübernahme, 1889; Adler въ Archiv für bürgerliches Recht, т. 3, стр. 1; Blume: Novation, Delegation und Schuldübertragung, 1895, стр. 39 и слѣд.; Kipp въ Jherings Jahrb., т. 36, стр. 336; ср. кромѣ того писателей, указанныхъ у Blume въ Jherings Jahrb., т. 39, стр. 390.

[2]) По римскому праву, изъ соглашенія между первоначальнымъ должникомъ и лицомъ, вступающимъ въ долгъ, возникали только права должника на освобожденіе, но отнюдь не права вѣрителя, l. 2. C. de her. vel act. vend. 4. 39. Antoninus: Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine... quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest. Впрочемъ, если

Это имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда принятіе долга составляетъ часть сдѣлки, доставляющей вступающему въ долгъ вмѣстѣ съ тѣмъ и тѣ цѣнности, изъ которыхъ онъ, по правиламъ оборота, главнымъ образомъ, долженъ уплатить принятый долгъ. Въ частности, когда къ нему переходитъ имущество, къ которому относятся и принятыя имъ на себя обязательства [3]), или же если онъ пріобрѣтаетъ заложенную вещь и вмѣстѣ съ тѣмъ приметъ на себя и въ личномъ отношеніи тотъ долгъ, который обезпечивается этимъ имуществомъ [4]) [5]). Правда, во всѣхъ этихъ случаяхъ вѣритель сохраняетъ и свое первоначальное право требованія съ прежняго должника. Но онъ отказывается отъ всего этого, осуществляя права, вытекающія изъ новаго соглашенія противъ вступившаго въ долгъ. Это бываетъ, когда въ случаѣ привативнаго принятія чужого долга вѣритель вчинитъ искъ противъ новаго должника. Пользуясь тѣми выгодами, которыя вытекаютъ для него изъ вступленія новаго должника въ обязательство, онъ, конечно, вмѣстѣ съ тѣмъ и соглашается на сдѣлку [6]).

Все это предполагаетъ, что сдѣлка о вступленіи въ долгъ имѣетъ силу противъ того лица, съ которымъ она была заключена [7]).

вѣритель, предъявившій искъ противъ новаго должника, доведетъ дѣло съ согласія послѣдняго до litis contestatio, то этимъ первоначальный должникъ освобождается, l. 2. C. de pactis. 2. 3. Severus et Antoninus: Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare potueris eosque eas spontanea suscepisse voluntate, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.

[3]) Главный случай—пріобрѣтеніе торговаго дѣла вмѣстѣ съ его фирмой, H. G. B., art. 22. Ср. R. G. E., т. 2, стр. 55 и у Gruchot'a: Beiträge, т. 37, стр. 1148; но также Simon: Haftung des Uebernehmers für Handelsschulden въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 24, стр. 91.

[4]) R. G. E., т. 7, стр. 131; гражд. улож. для герман. имперіи, § 416.

[5]) Нѣтъ основанія предоставить вѣрителю *безъ его участія* въ сдѣлкѣ права изъ такихъ договоровъ о вступленіи въ долгъ, которые не связаны съ пріобрѣтеніемъ извѣстныхъ имущественныхъ выгодъ для новаго должника. Въ этомъ нѣтъ никакой практической необходимости, да при томъ еще неизвѣстно, желали ли контрагенты дать вѣрителю какое-либо непосредственное право изъ своего соглашенія. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 415 опредѣляетъ: Если третье лицо переводитъ на себя долгъ по соглашенію съ должникомъ, то дѣйствительность соглашенія зависитъ отъ согласія на него кредитора. Изъявленіе согласія можетъ послѣдовать только тогда, когда должникъ или третье лицо увѣдомятъ кредитора о переводѣ долга. До изъявленія согласія стороны имѣютъ право отмѣнить или измѣнить договоръ.

[6]) Иного взгляда держался авторъ въ двухъ первыхъ изданіяхъ этого учебника; см. R. G. E., т. 19, стр. 253; противоположный выводъ въ другомъ рѣшеніи, т. 32, стр. 156; но противъ этого Eck въ Jherings Jahrb., т. 34, стр. 294.

[7]) Споренъ вопросъ, зависятъ ли права вѣрителя отъ законности соглашенія между первоначальнымъ и новымъ должникомъ. Regelsberger, loc. cit., пола-

Новый должникъ принимаетъ долгъ въ такомъ состояніи, въ какомъ долгъ находился во время заключенія договора о принятіи. Поэтому онъ можетъ выставлять противъ вѣрителя всѣ тѣ возраженія, которыя принадлежали первоначальному должнику къ моменту передачи долга [8]) [9]). Но вступленіе въ долгъ можетъ произойти и съ такимъ условіемъ, что вступающій отказывается отъ всѣхъ возраженій [10]).

РАЗДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Прекращеніе обязательствъ.

§ 54. Основанія, по которымъ прекращаются обязательства вообще. Acceptilatio.

Обязательства не вѣчны: ихъ назначеніе въ томъ, чтобы рано или поздно прекратиться благодаря исполненію долга—платежу [1]). Но они

гаетъ, что *ничтожность* такого соглашенія дѣйствительно лишаетъ право вѣрителя всякой почвы, между тѣмъ какъ одна только *оспариваемость* этихъ послѣдствій не имѣетъ; слѣдовательно, exceptio doli или non adimpleti contractus кредитору не вредятъ. Однако это едва ли соотвѣтствуетъ тому намѣренію, съ которымъ предпринимается вступленіе въ долгъ. Я покупаю новый домъ и принимаю на себя лежащія на немъ ипотеки; домъ переписывается на мое имя, но въ то же время, какъ плохое зданіе, обрушивается. Обязанъ ли я лично къ уплатѣ обезпеченныхъ закладомъ этого дома обязательствъ, хотя бы и возвратилъ домъ продавцу? Еще дальше Regelsberger'a идетъ Gürgens, loc. cit., стр. 283. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 417 опредѣляетъ: Лицо, принявшее на себя долгъ, не можетъ основывать возраженія кредитору на томъ правоотношеніи между нимъ и первоначальнымъ должникомъ, которое легло въ основаніе перевода долга. Ср. Dernburg: Das bürgerliche Recht, т. 2, стр. 358.

[8]) Исключеніе допускается при exceptiones personae cohaerentes. Въ особенности это относится къ exceptio competentiae, такъ какъ она имѣетъ въ высшей степени личную связь съ отвѣтчикомъ, которому должно быть предоставлено все необходимое для поддержанія существованія.

[9]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 417, abs. 1 опредѣляетъ: Лицо, принявшее на себя долгъ, можетъ предъявлять противъ кредитора тѣ возраженія, которыя вытекаютъ изъ правоотношенія между кредиторомъ и прежнимъ должникомъ. Оно не можетъ предъявить къ зачету требованіе, принадлежащее прежнему должнику.

[10]) Привилегія и установленныя должникомъ залоговыя права остаются въ силѣ. Не прекращаются также и притязанія противъ поручителей, вступившихъ въ обязательство наравнѣ съ главнымъ должникомъ и лишенныхъ поэтому права требовать предварительнаго предъявленія иска къ послѣднему. Конечно, такіе поручители, въ случаѣ ихъ принужденія къ уплатѣ, сохраняютъ обратный искъ противъ должника, за котораго они поручились. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 418 прекращаются поручительства, залоговыя права и конкурсныя привилегіи.

[1]) Въ обширномъ смыслѣ всякое прекращеніе обязательства называется „solutio“, т. е. освобожденіе, liberatio должника, l. 54. D. de solutionibus. 46. 3; въ тѣсномъ смыслѣ подъ solutio подразумѣвается только „исполненіе“ обязательства, l. 176. D. de V. S. 50. 16.

могутъ прекращаться и посредствомъ суррогатовъ исполненія; это происходитъ или съ согласія вѣрителя, напр., принятіемъ вмѣсто уплаты предмета, непредусмотрѣннаго въ обязательствѣ, а также новаціей,—или безъ его согласія, напр., путемъ компенсаціи. Кромѣ этого существуетъ еще много другихъ причинъ, прекращающихъ обязательство, напр., отреченіе вѣрителя отъ права требованія, confusio, невозможность исполненія [2]).

Нѣкоторыя основанія прекращаютъ обязательства *непосредственно*; для обозначенія ихъ употребляютъ терминъ «ipso jure», встрѣчающійся, впрочемъ, во многихъ различныхъ значеніяхъ. Другія же имѣютъ своимъ слѣдствіемъ возникновеніе *exceptiones peremptoriae*, и только *выставленіе* этихъ exceptiones производитъ полное прекращеніе обязательства [3]).

На ряду со спеціальными видами погашенія обязательствъ римское право знало еще чисто *абстрактное заявленіе* вѣрителя о погашеніи требованія; такое заявленіе прекращало обязательство, при чемъ основанія прекращенія не принимались въ соображеніе.

Это была такъ наз. acceptilatio [4]), т. е. формальная сдѣлка, при заключеніи которой должникъ предлагалъ вѣрителю вопросъ «quod ego tibi promisi, habesne acceptum?», а вѣритель утвердительно отвѣчалъ «habeo» [5]) [6]). Цѣль acceptilatio состояла въ *окончательномъ* прекращеніи обязательственной связи; поэтому она не допускала никакихъ условій и другихъ ограниченій [7]). По возможности старались ее обезпечить также и противъ оспариванія [8]).

---

[2]) См. Hartmann: Obligation, стр. 62.

[3]) l. 112. D. de R. J. 50. 17. Paulus libro 8 ad edictum: Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur; l. 66. D. eod.; l. 20, § 3. D. de liberali causa. 40. 12; l. 55. D. de V. S. 50. 16.

[4]) Относительно acceptilatio см. Baron: Gesammtrechtsverhältnisse, стр. 309; Fitting: Korrealobligationen, § 8; Erman: Zur Geschichte der Römischen Quittungen und Solutionsacte, 1883.

[5]) § 1. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29. Другія формулы и цитаты см. у Erman'a, loc. cit., стр. 32.

[6]) Baron, loc. cit., справедливо указываетъ на абстрактный характеръ acceptilatio. Она съ равнымъ успѣхомъ допускалась послѣ полнаго платежа по обязательству, какъ и въ случаѣ намѣренія простить долгъ, а также послѣ принятія частичной уплаты, l. 19, § 1. D. de acceptilatione. 46. 4. Поэтому нельзя отождествлять acceptilatio съ соглашеніемъ о прощеніи, какъ дѣлаетъ это Arndts, § 267, прим. 1; см. ниже § 65.

[7]) l. 4, l. 5. D. de acceptilatione. 46. 4.

[8]) Въ l. 2 и l. 3. C. de acceptilationibus. 8. 43 Діоклетіанъ и Максиміанъ указываютъ, что послѣ acceptilatio „ei, qui ex nulla causa restitui potest, omnis

Acceptilatio, какъ погашеніе «verbis», имѣла силу только при обязательствахъ, которыя заключались «verbis», т. е. при стипуляціяхъ [9]),—согласно древне-римскому правилу, что форма уничтоженія сдѣлки должна соотвѣтствовать формѣ ея возникновенія [10]). Впрочемъ, допускалось превращеніе всякаго рода обязательствъ въ obligationes verbales посредствомъ новаціи и затѣмъ погашеніе путемъ acceptilatio. Такимъ образомъ, посредствомъ acceptilatio можно было прекращать всѣ требованія, на какомъ бы основаніи они ни возникли, новируя ихъ по формулѣ, составленной Аквиліемъ Галломъ—stipulatio Aquiliana—и погашая ихъ затѣмъ чрезъ acceptilatio [11]).

Acceptilatio являлась «воображаемой уплатой» [12]); при ней дѣло все велось такъ, какъ если бы должникъ произвелъ уплату вѣрителю. Но совершенно приравнять acceptilatio къ уплатѣ всетаки было невозможно [13]).

Въ обще-германскомъ правѣ форма acceptilatio не привилась, но отчасти она была замѣнена *квитанціями*.

Въ современномъ оборотѣ квитанціи отнюдь не представляютъ простого средства доказательства *уплаты* [14]). Онѣ имѣютъ мѣсто и при другого рода прекращеніи обязательствъ, напр., при сложеніи

---

agendi via praecluditur". Впрочемъ, если acceptilatio произошла съ оговоркой въ ожиданіи извѣстнаго будущаго событія, а послѣднее не совершилось, то допускалась condictio, l. 4, l. 10. D. de condict. causa data causa non secuta. 12. 4; l. 9. D. de praescriptis verbis. 19. 5.

[9]) l. 19, pr. D. de acceptilatione. 46. 4.

[10]) l. 80. D. de solutionibus. 46. 3. Pomponius libro 4 ad Quintum Mucium: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet; ср. цитаты у Erman'a, loc. cit., стр. 50. См. также Leist: Ueber die Wechselbeziehungen zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte, 1876. Согласно этому, въ древнемъ правѣ долги, обоснованные черезъ nexum, а также подобные имъ долги, подлежащіе непосредственному взысканію безъ предварительнаго разбирательства, погашались особымъ актомъ „solutio per aes et libram"; далѣе, obligationes litteris погашались письменными акцептиляціями, obligationes verbis contractae—словесными, contractus ex consensu прекращались черезъ contrarius consensus, до тѣхъ поръ пока никто изъ участниковъ не приступалъ еще къ исполненію, Gajus, Inst., III. § 169; § 4. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29. Впрочемъ, по преторскому праву неформальное pactum de non petendo должника съ вѣрителемъ служило основаніемъ exceptio при разнаго рода обязательствахъ.

[11]) Формула помѣщается въ l. 18, § 1. D. de acceptilatione. 46. 4; § 2. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29.

[12]) Gajus, Inst. III, § 169 называетъ acceptilatio „solutio imaginaria"; ср. § 1. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29.

[13]) О сходствѣ acceptilatio съ уплатой, см. Erman, loc. cit., стр. 67.

[14]) Въ Римѣ квитанціи—apochae, securitates—имѣли значеніе удостовѣренія о принятіи платежа, l. 19, § 1. D. de acceptilatione. 46. 4. По постановленію

долга. Квитанціи представляютъ, такимъ образомъ, *признаніе вѣрителя, что должникъ освобожденъ отъ обязательства* [15]). Слѣдовательно, для уничтоженія силы квитанціи не достаточно привести доказательство того, что долгъ не былъ уплаченъ; это доказательство имѣетъ успѣхъ только въ томъ случаѣ, если вѣритель сверхъ того докажетъ, что квитанція была выдана въ виду ожидавшейся *уплаты* [16]) [17]).

I. Платежъ, конкурсъ, beneficium competentiae.

§ 55. Платежъ [1]).

И цѣлью, и нормальнымъ способомъ прекращенія обязательствъ является *исполненіе* ихъ, т. е. *предоставленіе объекта долга.*

Правильное съ научной точки зрѣнія, но нѣсколько отвлеченное выраженіе «исполненіе» рѣдко встрѣчается въ жизни. Большею частью, особенно *при денежныхъ долгахъ*, говорятъ о «*платежѣ*» или объ «*уплатѣ*» [2]). Поэтому, при научномъ изложеніи даннаго вопроса на ряду съ техническимъ терминомъ «исполненіе» приходится употреблять и выраженіе народной терминологіи—платежъ.

Исполненіе—дѣло должника. Нерѣдко должникъ предпринимаетъ его *односторонне*, напр., совершая извѣстное дѣйствіе по пору-

---

Юстиніана, l. 14. C. de non numerata pecunia. 4. 30, квитанціи получаютъ силу доказательства только послѣ того, какъ не будутъ оспорены въ теченіе 30 дней съ момента ихъ выдачи. Закономъ о приведеніи въ дѣйствіе С. Р. О., § 17, это правило было отмѣнено.

[15]) Bähr: Anerkennung, стр. 255; R. G. E., стр. 27; Brinz, т. 2, стр. 291, прим. 9. См., впрочемъ, Arndts, § 267, прим. 1, въ концѣ и приведенныхъ тамъ же авторовъ.

[16]) Равнымъ образомъ возвращеніе долговой расписки должнику, а также умышленное уничтоженіе или прочеркиваніе документа обязательства вызываютъ предположеніе объ освобожденіи должника вообще, но отнюдь не объ уплатѣ или другомъ какомъ спеціальномъ видѣ погашенія долга. См. l. 24. D. de probationibus. 22. 3; l. 14, l. 15. C. de solutionibus. 8. 42. Но см. R. G. E., т. 14, стр. 242.

[17]) Квитанція служитъ доказательствомъ погашенія долга лишь въ томъ случаѣ, если была *выдана* должнику. Но должникъ, у котораго она находится, отнюдь не обязанъ доказать эту выдачу; напротивъ, дѣло вѣрителя доказать, что квитанція попала къ должнику помимо его, вѣрителя, воли. Вѣдь по обыкновенному ходу вещей этого нельзя предполагать.

[1]) Tit. D. de solutionibus. 46. 3; Cod. de solutionibus. 8. 42. См. Gruchot: Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld, 1871; Römer: Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligationen, актовая рѣчь по случаю 400-лѣтняго юбилея Тюбингенскаго унив., 1877; Cohn въ Endemanns Handbuch des Handelsr., т. 3, стр. 998, стр. 1003; Unger въ Grünhuts Zeitschrift, т. 15, стр. 529.

[2]) Платежъ можетъ преслѣдовать различныя цѣли; въ данномъ случаѣ дѣло идетъ о платежѣ, погашающемъ долгъ, Unger, loc. cit., стр. 532.

ченію. Но въ большинствѣ случаевъ для этого необходимо *принятіе* исполненія вѣрителемъ, т. е. содѣйствіе послѣдняго.

Для правильности исполненія требуется:

1. Предоставленіе объекта долга съ цѣлью погасить послѣдній [3]).

Ничего иного, кромѣ объекта долга, вѣритель принимать не обязанъ [4]). Поэтому, безъ согласія кредитора, должникъ не можетъ освободиться тѣмъ, что представитъ денежную стоимость предмета обязательства, заключеннаго на что-нибудь другое кромѣ денегъ.

Если предметъ долга—вещь, то одной простой передачи ея недостаточно; вѣритель можетъ требовать предоставленія ему неограниченнаго права собственности, а въ случаѣ невозможности этого—возмѣщенія убытковъ [5]).

Но нѣтъ никакой необходимости, чтобы вѣритель пріобрѣталъ право собственности *непосредственно* путемъ уплаты; вполнѣ достаточно, чтобы это право досталось вѣрителю *вслѣдствіе* уплаты. Поэтому, должникъ, уплатившій деньгами третьяго лица, освобождается отъ своей обязанности, если вѣритель, не зная о томъ, что эти деньги не принадлежали должнику, смѣшалъ ихъ со своими: *вслѣдствіе* уплаты, деньги перешли безповоротно къ вѣрителю [6]).

Къ частичному исполненію должникъ управомоченъ только въ томъ случаѣ, если это заранѣе было предусмотрѣно особымъ соглашеніемъ; иначе вѣритель всегда въ правѣ отклонить такое исполне-

---

[3]) Должникъ, ссылающійся для своего освобожденія на денежный платежъ, обязанъ доказать не только фактъ платежа, но и то, что послѣдній былъ произведенъ съ цѣлью погашенія долга, R. O. H. G. E., т. 18, стр. 260.

[4]) l. 2, § 1. D. de reb. cred. 12. 1: „aliud pro alio invito creditori solvi non potest“.

[5]) l. 45, § 1. D. de leg. I; l. 27. D. h. t. 46. 3; l. 20, l. 38, § 3, l. 98. D. eod. Обыкновенно учатъ, что, если при obligatio generis вѣритель не получилъ права собственности вообще или же права неограниченной собственности, то онъ можетъ требовать предоставленія ему *другой вещи* того же качества и рода. Къ этому Windscheid—т. 2, § 342, прим. 6[a] вѣритель — еще прибавляетъ, что можетъ требовать и возмѣщенія интереса, который онъ имѣетъ въ предоставленіи ему права собственности на данную вещь. Но по нашему мнѣнію, нужно идти дальше. Разъ *исполненіе послѣдовало* и было принято, то *новаго* требовать уже нельзя: исполненіе произошло разъ навсегда. Правда, должникъ этимъ еще не освобожденъ: съ формальной точки зрѣнія въ Римѣ допускался искъ, направленный на „dare oportere“; но въ матеріальномъ отношеніи этотъ искъ всегда имѣлъ своей цѣлью денежное возмѣщеніе вслѣдствіе неточнаго исполненія; l. 38, § 3, l. 72, § 5. D. h. t. 46. 3, l. 29, § 3. D. de leg. III—вполнѣ согласны съ этимъ.

[6]) l. 19, § 1. D. de reb. cred. 12. 1; l. 14, § 8, l. 17. D. h. t. 46. 3; l. 60. D. eod.

ніе [7]). Но въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ оно всетаки допускается [8]).

2. Обыкновенно не только должникъ, но и всякое третье лицо можетъ совершить платежъ и погасить долгъ [9]) [10]). Очень часто третьи лица совершаютъ уплату по порученію должниковъ [11]). Но

---

[7]) l. 41, § 1. D. de usuris. 22. 1. Modestinus libro 3 responsorum: Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit: quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat. Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit. Тоже правило примѣняется и при обязательствахъ, направленныхъ не на деньги, напр., при доставкѣ купленнаго товара. Относительно этого принципа см., впрочемъ, Brinz, т. 2, стр. 290, прим. 31. Исключеніе представляетъ l. 21. D. de reb. cred. 12. 1. Julianus libro 48 Digestorum: Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere. Итакъ, въ силу требованій справедливости, преторъ долженъ былъ отказать въ искѣ, направленномъ на исполненіе всего обязательства, и дозволить искъ только на спорную часть. Такъ какъ въ наше время судебное дозволеніе или запрещеніе исковъ не имѣетъ мѣста, то это правило болѣе не примѣняется. Несмотря на это, многіе утверждаютъ, что если должникъ, отъ котораго требуютъ исполненія всего долга, соглашается на представленіе части, оспаривая другую часть, то въ такомъ случаѣ вѣритель, въ силу закона, обязанъ принять частичную уплату. Mommsen: Beiträge. т. 3, стр. 148; Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 176. Но это правило значительно расходится съ римскими взглядами и не находитъ внутренняго оправданія. Гражд. улож. для герман. имперіи § 266 опредѣляетъ: Должникъ не имѣетъ права чинить удовлетвореніе по частямъ.

[8]) Въ силу beneficium divisionis нѣсколько сопоручителей управомочены платить долгъ по частямъ. Точно такъ же и вѣрители при конкурсѣ обязаны принимать уплату по частямъ. Наконецъ, по ст. 38 германскаго вексельнаго устава акцептантъ векселя въ правѣ платить по частямъ. Впрочемъ, такія уплаты по частямъ пріобрѣтаютъ значеніе настоящей уплаты только съ момента окончательнаго погашенія всего долга. Объ этомъ см. Goldschmidt въ Jherings Jahrb., т. 26, стр. 379.

[9]) Oertmann: Die Zahlung fremder Schulden въ Archiv für civ. Praxis, т. 82, стр. 367; гражд. улож. для герман. имперіи, § 267.

[10]) Конечно, долгъ не погашается, если третье лицо имѣетъ право требовать возвращенія уплаченнаго; въ частности это бываетъ въ томъ случаѣ, когда кто-либо уплатитъ долгъ, ошибочно считая себя должникомъ, l. 38, § 2. D. h t. 46. 3; см. l. 31, § 1. D. de her. pet. 5. 3; Francke: Kommentar Zum Titel de hereditatis petitione, стр. 322; Windscheid, т. 2, § 342, прим. 22; Ruhstrat въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, стр. 417; Oertmann, loc. cit., стр. 457.

[11]) Нерѣдко вѣритель принимаетъ отъ своего должника переводы или векселя вмѣсто уплаты, расчитывая, такимъ образомъ, получить настоящую сумму долга отъ третьяго лица. Этимъ онъ молчаливо обязывается къ немедленному и старательному взысканію по обязательству, отказываясь отъ востребованія долга съ самого должника до тѣхъ поръ, пока не попытался раньше добиться исполненія отъ третьяго лица. Но въ то же время и должникъ ручается за то, что этимъ

это можетъ произойти и безъ вѣдома должниковъ, иногда даже противъ ихъ воли [12]).

Вѣритель можетъ настаивать на *личномъ исполненіи* самимъ должникомъ въ томъ случаѣ, когда предметомъ обязательства являются такія дѣйствія, при которыхъ по особому соглашенію сторонъ или по воззрѣніямъ, принятымъ въ гражданскомъ оборотѣ, личныя качества должника имѣютъ особое значеніе: таковъ, напр., случай написанія портрета, договоръ о преподаваніи, наемъ прислуги [13]).

3. Исполненіе должно быть произведено *вѣрителю* [14]). Но на непосредственное принятіе онъ управомоченъ лишь въ томъ случаѣ, если имѣетъ право производить отчужденіе имущества [15]). Исполненіе самому вѣрителю не допускается и въ тѣхъ случаяхъ, когда на требованіе былъ наложенъ арестъ.

Вмѣсто вѣрителя, къ принятію уплаты уполномочены слѣдующія лица [16]):

путемъ вѣритель достигнетъ удовлетворенія, и отвѣчаетъ за тотъ вредъ, которому можетъ подвергнуться вѣритель вслѣдствіе тщетной попытки получить валюту съ третьяго лица. Въ современномъ оборотѣ очень важное значеніе принадлежитъ т. н. *чеку*, т. е. ассигновкѣ на текущій счетъ, который ассигнующій имѣетъ у банкира. Главная цѣль чековъ—погашеніе долга, но они служатъ также къ полученію денегъ для самыхъ разнообразныхъ цѣлей. См. также ниже, § 119, прим. 13.

[12]) l. 38. D. de neg. gest. 3. 5. Gajus libro 3 de verb. obl.: Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum, l. 23, l. 40, l. 53. D. h. t. 46. 3. См., впрочемъ, выше, § 43, прим. 6.

[13]) По гражд. улож. для герман. имперіи, § 267, abs. 2 кредиторъ можетъ отклонить такое удовлетвореніе третьимъ лицомъ, если должникъ возражаетъ.

[14]) Если кто вслѣдствіе извинительнаго заблужденія принимаетъ постороннее лицо за вѣрителя и производитъ ему уплату, то онъ этимъ не освобождается отъ своего долга, и по отношенію къ настоящему вѣрителю такая уплата не имѣетъ никакого значенія. Въ случаѣ же предъявленія требованія по такимъ документамъ, которые служатъ вмѣстѣ съ тѣмъ для предъявителя легитимаціей, вопросъ рѣшается въ томъ смыслѣ, что должникъ въ правѣ уплатить предъявителю, не подвергая его легитимацію провѣркѣ.

[15]) Если вѣритель, получившій уплату въ то время, когда онъ не имѣлъ права на отчужденіе своего имущества (напр., вслѣдствіе несовершеннолѣтія), потребуетъ отъ должника вторично исполненія, то ему можетъ быть противопоставлена exceptio doli, поскольку онъ еще обогащенъ приведенной уплатой въ моментъ предъявленія имъ иска, l. 4, § 4. D. de doli mali exc. 44. 4; l. 66. D. h. t. 46. 3.

[16]) Если предметъ уплаты, предоставленный лицу, которое само по себѣ не было уполномочено къ принятію платежа, дойдетъ въ концѣ концовъ до самого вѣрителя, то этимъ должникъ освобождается отъ своего долга, l. 61. D. h. t. 46. 3. Paulus libro 5 ad Plautium: In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio. см. l. 28. D. h. t. 46. 3. Поэтому долгъ считается погашеннымъ, если принявшій уплату сдѣлается впослѣдствіи вѣрителемъ, l. 96, § 4. D. h. t., а также если вѣритель сдѣлается наслѣдникомъ принявшаго уплату, l. 11, § 5. D. de pigneraticia

a) уполномоченные къ полученію уплаты—такъ наз. incassomandatarii—и законные представители вѣрителя [17]).

b) приниматели уплаты, *указанные въ самомъ договорѣ*, — solutionis causa adjecti; должникъ въ правѣ производить имъ уплату въ силу контракта [18]). Обыкновенно вѣритель не имѣетъ права лишить такихъ лицъ ихъ полномочія [19]). Это допускается только при такихъ

---

act. 13. 7. — Споренъ вопросъ, освобождаетъ ли должника уплата, произведенная имъ кредитору своего кредитора, см. l. 6. D. de doli mali exc. 44. 4, Müller въ Archiv für civ. Praxis, т. 15, статья 12; см. и Vangerow'a, т. 3, § 582, прим. 1 и приведенныхъ тамъ авторовъ. О непосредственномъ освобожденіи, по правильному взгляду, здѣсь не можетъ быть рѣчи, а только о посредственномъ, путемъ компенсаціи, которая состоитъ въ томъ, что въ силу уплаты кредитору своего кредитора у должника возникаетъ противъ послѣдняго actio negotiorum gestorum или иной какой искъ. Относительно l. 11, § 5. D. de pigneraticia act. 13. 7, см. Dernburg: Pfandrecht, т. 1, стр. 306.

[17]) l. 12, pr. D. h. t. 46. 3. Для гражданскаго оборота имѣетъ важное значеніе вопросъ, кто уполномоченъ къ принятію уплаты? Германское торговое уложеніе отчасти рѣшило его особыми предположеніями или презумпціями; въ нѣкоторыхъ случаяхъ послѣднія могутъ имѣть значеніе и для неторговыхъ сдѣлокъ, поскольку онѣ основываются на общихъ соображеніяхъ. Кто приставленъ къ лавкѣ, магазину или складу товаровъ, тотъ считается уполномоченнымъ къ принятію тѣхъ уплатъ, которыя въ этихъ заведеніяхъ обыкновенно производятся H. G. B., ст. 50. Лица, состоящія на службѣ у купцовъ и разъѣзжающія по дѣламъ послѣднихъ, въ правѣ получать деньги по заключеннымъ ими же сдѣлкамъ, H. G. B., ст. 49. Предъявитель расписки считается уполномоченнымъ къ принятію указанной въ ней суммы, H. G. B., ст. 296 и гражд. улож. для герман. имперіи, § 370. Но податель счета безъ расписки и доставитель товара подобнаго полномочія не имѣютъ, H. G. B., ст. 51. Всѣ указанныя предположенія не примѣняются лишь въ томъ случаѣ, когда уплатившій зналъ, что въ дѣйствительности порученія къ полученію уплаты нѣтъ, или по крайней мѣрѣ могъ бы это знать при надлежащей заботливости. Одинаковую съ полномочіемъ силу имѣетъ послѣдующее признаніе кредиторомъ уплаты дѣйствительной, если ее приметъ лицо, не получившее полномочія. Уполномоченный на полученіе уплаты пріобрѣтаетъ право собственности непосредственно вѣрителю, а потому въ случаѣ издержанія полученнаго на собственныя нужды онъ совершаетъ растрату. Впрочемъ, иногда, въ силу соглашенія или обычая, онъ можетъ являться однимъ лишь должникомъ издержанной суммы, Unger, loc. cit., стр. 534. — Лицо, уплатившее прежнему уполномоченному, не зная объ уничтоженіи довѣренности, освобождается вслѣдствіе своего платежа, l. 12, § 2, l. 18, l. 32, l. 34, § 3, l. 35, l. 38, § 1, l. 51. D. h. t. 46. 3.

[18]) Римская формула гласитъ: „mihi aut Sejo dare spondes?"—§ 4. I. de inut. stip. 3. 19. Такъ какъ въ пользу третьяго лица нельзя было совершить стипуляцію, то Sejus считался не вѣрителемъ, а лишь solutionis causa adjectus. См. Brandis въ Rheinisches Museum für Jurispr., т. 5, статья 11.

[19]) l. 106. D. h. t. 46. 3. Какъ остатокъ отъ древняго воззрѣнія, по которому litis contestatio представляла новацію требованія, въ источникахъ сохранилось правило, что послѣ совершенія litis contestatio вѣрителемъ съ должникомъ, уплата solutionis causa adjecto больше не допускается, l. 57, § 1. D. h. t. 46. 3, l. 16, pr. D. de fidejussoribus. 46. 1. Это правило едва ли дѣйствительно въ наше время; иного мнѣнія Windscheid. т. 2, § 342, прим. 37.

перемѣнахъ обстоятельствъ, вслѣдствіе которыхъ уполномоченный является недостойнымъ довѣрія [20]).

Полномочіе принимателей уплаты не переходитъ на ихъ наслѣдниковъ [21]).

4. Если при наличности *нѣсколькихъ* однородныхъ долговъ, въ особенности денежныхъ, произведенная должникомъ уплата *недостаточна* для погашенія *всѣхъ* ихъ, то возникаетъ вопросъ, какой именно долгъ этой уплатой погашается [22])? Здѣсь соблюдаются слѣдующія правила [23]):

a) Прежде всего этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшенъ *самимъ должникомъ при совершеніи уплаты;* его намѣреніе не должно быть непремѣнно выражено прямо: оно можетъ быть опредѣлено и внѣшними обстоятельствами, напр., совпаденіемъ уплаченной суммы по размѣру съ однимъ изъ требованій.

Опредѣленіе должника имѣетъ рѣшающее значеніе, разъ вѣритель принялъ уплату, хотя бы послѣдній даже заявилъ о своемъ желаніи засчитать эту уплату за другой долгъ [24]).

b) При отсутствіи опредѣленія должника *вѣритель* можетъ ему *при взносѣ уплаты* предложить погашеніе извѣстнаго требованія. Если должникъ не противорѣчитъ, то это считается согласіемъ на предложеніе кредитора [25]) [26]).

---

[20]) l. 38, pr. D. h. t. 46. 3.

[21]) l. 81, pr. D. h. t. 46. 3; l. 55. D. de verb. obl. 45. 1.

[22]) Henrici въ Jherings Jahrb., т. 14, статья 10 и т. 32, статья 2; Struckmann тамъ же, т. 15, статья 5; Cohn. loc. cit., стр. 1013; Otto Berner: Berechnung der Zahlungen, Göttinger Inaug.-Dissert., 1892 (здѣсь помѣщенъ и обзоръ иностранныхъ законодательствъ); R. G. E., т. 29, стр. 110.

[23]) l. 1. C. de solutionibus. 8. 42. Antoninus: In potestate ejus est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum qui accepit, si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur. См. далѣе l. 97. D. h. t. 46. 3; l. 1, l. 2 и l. 3. D. eod.

[24]) Windscheid, т. 2, § 343, прим. 2^b, утверждаетъ: „Если при пріемѣ вѣритель заявляетъ, что уплату онъ желаетъ принять не въ погашеніе указаннаго должникомъ требованія, а за другое, то въ такомъ случаѣ ни одно изъ этихъ требованій (ни указанное вѣрителемъ, ни указанное должникомъ) не погашается, а сумма платежа должна быть возвращена вѣрителемъ“. Вмѣстѣ съ Henrici, loc. cit., стр. 464, и Struckmann'омъ, loc. cit., я считаю это неправильнымъ. Уплата исходитъ отъ должника. Правда, для передачи права собственности необходимо содѣйствіе вѣрителя: но разъ эта передача произошла, то сдѣлка разсматривается въ такомъ смыслѣ, какой хотѣлъ придать ей должникъ. Въ томъ же направленіи рѣшаетъ этотъ вопросъ l. 2. D. h. t. 46. 3.

[25]) Если должникъ, производя уплату, не дастъ никакихъ опредѣленныхъ

c) Въ тѣхъ случаяхъ, когда уплата произведена безо всякаго указанія на то, какой именно долгъ ею погашается, *кредиторъ* самъ можетъ рѣшить этотъ вопросъ, но непремѣнно въ томъ смыслѣ, какъ это сдѣлалъ бы аккуратный должникъ, который слѣдитъ за своими интересами.

Поэтому проценты считаются погашенными раньше капитала [27]).

Затѣмъ, уплата засчитывается въ покрытіе преимущественно такихъ требованій, срокъ которыхъ уже наступилъ [28]); болѣе тяжелыя для должника обязательства погашаются раньше болѣе легкихъ [29]).

Кромѣ того, старый долгъ всегда покрывается раньше новаго.

Если ни одно изъ перечисленныхъ преимуществъ не имѣло мѣста, то уплатою погашаются всѣ долги по соразмѣрности [30]).

Разъ вѣритель самъ взыскалъ уплату, то онъ при ея зачетѣ ничѣмъ не стѣсненъ и можетъ преслѣдовать исключительно свой интересъ, не обращая вниманія на должника [31]).

5. Долговое правоотношеніе прекращается платежомъ. Если вѣритель приметъ платежъ безъ оговорокъ, то въ случаѣ послѣдующаго спора о несовершенствѣ или недостаткахъ исполненія обязанность доказать возлагается на него [32]).

указаній относительно зачета, и вѣритель *немедленно* восполнитъ этотъ пробѣлъ, то послѣдній не связанъ никакими спеціальными постановленіями закона. Это соотвѣтствуетъ природѣ вещей; вѣдь должникъ можетъ не согласиться съ мѣрами вѣрителя и тѣмъ самымъ воспротивиться его зачету; но разъ онъ не противорѣчитъ, то это считается согласіемъ на зачетъ. Въ томъ же самомъ смыслѣ выражаются и цитированная l. 1. C. cit. и l. 97. D. h. t. 46. 3; согласно съ этими источниками, законныя предписанія о зачетѣ вступаютъ въ силу только „utriusque demonstratione cessante“. Тѣмъ не менѣе часто высказывается иное правило, причемъ ссылаются на l. 1. D. h. t. 46. 3. Но это мѣсто искажено. Помѣщенныя въ заключеніи слова: dummodo sic constituamus, ut in re sua constituеret, какъ справедливо замѣчаетъ Ubbelohde, являются или позднѣйшей вставкой или же неискусной и необдуманной интерполяціей. Только при такомъ предположеніи возможно осмысленное согласованіе l. 1 и l. 3. Вообще, разъ встрѣчаются въ другихъ мѣстахъ ясныя опредѣленія, то они имѣютъ рѣшающее значеніе. Ср. Eisele въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilungs, т. 18, стр. 35.

[26]) Таковъ, напр., случай, когда въ квитанціи вѣритель означилъ погашеннымъ опредѣленный долгъ, а должникъ принялъ эту квитанцію безъ оговорокъ. Иначе, конечно, обстоитъ дѣло, если должникъ при уплатѣ былъ захваченъ врасплохъ.

[27]) Цитированная l. 1. C.; l. 5, § 2, l. 48. D. h. t. 46. 3.

[28]) l. 3, § 1, l. 103. D. h. t. 46. 3.

[29]) l. 97, l. 4, l. 5, pr., l. 94, § 3. D. h. t. 46. 3.

[30]) l. 8. D. h. t. 46. 3.

[31]) l. 101, § 1. D. h. t. 46. 3; см., впрочемъ, l. 35, pr. D. de pigneraticia act. 13. 7; l. 5, § 2, l. 96, § 3. D. h. t. 46. 3; Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 211.

[32]) Это соблюдается главнымъ образомъ въ случаяхъ недочета въ количе-

При производствѣ уплаты должнику, по его требованію, тотчасъ должна быть выдана квитанція, конечно, за его счетъ [33]). Въ противномъ случаѣ онъ въ правѣ *удержать исполненіе*. Если же уплата произошла безъ квитанціи, то должникъ можетъ требовать ея выдачи исковымъ путемъ [34]). Равнымъ образомъ ему долженъ быть возвращенъ актъ письменнаго обязательства [35]).

§ 56. Конкурсъ [1]).

Въ случаѣ конкурса надъ имуществомъ общаго должника нѣсколькихъ кредиторовъ при удовлетвореніи послѣднихъ соблюдаются особенныя правила.

Конкурсомъ называется открытое при участіи совокупности вѣрителей судебное производство, благодаря которому всѣ они получаютъ удовлетвореніе изъ имущества общаго должника пропорціонально своимъ требованіямъ.

По римскому праву, главными основаніями конкурса являются *бѣгство должника* съ цѣлью уклониться отъ иска—fraudationis causa latitatio, *предоставленіе должникомъ всего своего имущества вѣрителямъ* ради удовлетворенія въ конкурсномъ порядкѣ—cessio bonorum, *смерть должника безъ наслѣдниковъ*, наконецъ, *неисполненіе судебнаго рѣшенія*.

Древне-римское ординарное конкурсное производство состояло въ томъ, что прежде всего вѣрители вступали во владѣніе имуществомъ должника—missio in bona; затѣмъ, послѣ вступленія кредиторовъ во владѣніе, имущественная масса продавалась bonorum emptor'у, который въ видѣ покупной платы обѣщалъ вѣрителямъ удовлетворить

ствѣ уплаченныхъ денегъ. Съ этимъ соглашается гражд. улож. для герман. имперіи, § 363.

[33]) См. Unger, loc. cit., стр. 539; гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 368—369.

[34]) Изъ римскихъ источниковъ нельзя вывести право должника на полученіе квитанціи; иного мнѣнія Windscheid, т. 2, § 344, прим. 8 и приведенные имъ авторы; но оно несомнѣнно основывается на обычномъ правѣ.

[35]) l. 2. C. de cond. ex lege. 4. 9.

[1]) Здѣсь будутъ указаны лишь самыя общія основанія конкурснаго права. Подробности можно найти въ учебникѣ прусскаго гражданскаго права Дернбурга, т. 2, §§ 111 и слѣд. Главнымъ источникомъ въ настоящее время является германскій конкурсный уставъ, который вступилъ въ силу 10 октября 1879 г. вмѣстѣ съ другими имперскими законами, относящимися къ судопроизводству. Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts, 1891 и ссылки въ немъ; Seuffert: Deutsches Konkursprocessrecht, 1899.

ихъ требованія въ опредѣленномъ процентѣ. Установленіе правового основанія этихъ требованій происходило внѣ конкурса, точно также и отчужденіе купленнаго bonorum emptor'омъ съ торга имущества должника было уже его дѣло [2]). Вмѣсто bonorum emptio, съ согласія большинства кредиторовъ, должнику могло быть предоставлено право ликвидировать свои дѣла при содѣйствіи *попечителей* — curatores; послѣдніе ликвидировали его имущество по частямъ и изъ вырученныхъ денегъ удовлетворяли вѣрителей пропорціонально ихъ требованіямъ. Послѣдній способъ со временемъ совершенно вытѣснилъ emptio bonorum [3]).

По общегерманскому праву, возникновеніе конкурса вызывается *чрезмѣрною задолженностью должника*, между тѣмъ какъ германскій конкурсный уставъ выставляетъ иное основаніе — *неспособность къ платежу*, которая выражается преимущественно въ прекращеніи платежей [4]).

a) *Чрезмѣрная задолженность* имѣетъ мѣсто, когда пассивъ должника превышаетъ его активъ.

b) *Неспособность* къ платежу возникаетъ, когда должникъ не въ состояніи во время уплатить тѣ изъ своихъ долговъ, срокъ которымъ уже наступилъ и взысканіе по которымъ уже началось или непосредственно ожидается.

Чрезмѣрно задолжавшіе могутъ быть еще способны къ платежу, если, напр., чрезъ дальнѣйшее расширеніе кредита они получатъ возможность удовлетворить свои текущія обязательства.

Пріостановленіемъ платежей называется публичное заявленіе о несостоятельности. Такое значеніе имѣетъ, напр., закрытіе торговаго заведенія за отсутствіемъ средствъ, а также неудовлетвореніе безспорныхъ текущихъ требованій, въ частности, по векселямъ.

Согласно Конкурсному Уставу, важнѣйшими положеніями конкурснаго права являются слѣдующія. Конкурсъ открывается судебнымъ рѣшеніемъ, по заявленію одного изъ кредиторовъ или же самого должника; затѣмъ слѣдуетъ *наложеніе запрещенія и ареста* въ пользу вѣрителей на имущество должника, принадлежащее ему

---

[2]) Gajus, Inst., III, §§ 77 и слѣд., IV, §§ 145, 146; Dernburg: Bonorum emptio, 1850; Keller: Civilprozess, §§ 84 и 85; Bethmann-Holweg: Civilprozess, т. 2, стр. 667.

[3]) Tit. D. de curatore bonis dando. 42. 7.

[4]) K. O., § 94 и слѣд.

въ моментъ открытія конкурса; послѣ этого, въ интересахъ вѣрителей, всѣ распоряженія должника его имуществомъ считаются недѣйствительными. Съ другой стороны послѣ открытія конкурса ни одинъ вѣритель не имѣетъ уже права добиваться отдѣльнаго взысканія изъ имущества должника или же пріобрѣтать какія-либо преимущественныя права по отношенію къ нему [5]).

Съ момента открытія конкурса управленіе имуществомъ переходитъ къ попечителю конкурсной массы [6]). Онъ долженъ ликвидировать имущественную массу.

Въ конкурсѣ различаютъ слѣдующія категоріи управомоченныхъ:

a) Кредиторы, имѣющіе право требовать выдѣленія своего имущества изъ конкурсной массы, такъ наз. виндиканты; посредствомъ вещныхъ или личныхъ исковъ они могутъ вытребовать изъ конкурсной массы то, что̀ составляетъ *ихъ собственность*, а также то, чѣмъ должникъ *владѣлъ отъ ихъ имени.*

b) Кредиторы-сепаратисты; они могутъ требовать особаго удовлетворенія изъ того имущества, которое имъ было заложено, или на которое они имѣютъ права̀, аналогичныя залоговому праву [7]).

c) Вѣрители самой *конкурсной массы* получаютъ изъ массы удовлетвореніе раньше всѣхъ. Сюда относятся требованія, вызванныя издержками по конкурсному производству и управленію—издержки по конкурсу или возникшія по другимъ причинамъ, но въ связи съ конкурснымъ управленіемъ—долги конкурсной массы въ тѣсномъ смыслѣ [8]).

---

[5]) К. О., § 5 и слѣд.

[6]) Очень споренъ вопросъ, является ли конкурсный попечитель законнымъ представителемъ „должника“ или „конкурсныхъ вѣрителей“, или же ему принадлежитъ „законное право распоряженія для цѣлей конкурса“, которое отнюдь не является представительствомъ отдѣльныхъ участниковъ. Въ данномъ мѣстѣ, конечно, невозможно рѣшить этотъ вопросъ. За послѣднее мнѣніе высказался имперскій судъ: R. G. E., т. 29, стр. 29.

[7]) По общегерманскому конкурсному производству, дѣйствовавшему до 10 октября 1879 г., и залогопріниматели должны были искать свое удовлетвореніе наравнѣ съ другими кредиторами въ самомъ конкурсѣ. Вслѣдствіе этого, тогда различалось 5 классовъ конкурсныхъ вѣрителей: a) абсолютно привилегированные вѣрители, пользовавшіеся преимуществами даже передъ залоговыми правами, b) привилегированные залогопріниматели, c) простые залогопріниматели, d) вѣрители по письменнымъ обязательствамъ, пользовавшіеся privilegium exigendi передъ другими вѣрителями и, наконецъ, e) обыкновенные вѣрители по письменнымъ обязательствамъ, получавшіе удовлетвореніе изъ массы по соразмѣрности.

[8]) Относительно вѣрителей конкурсной массы см. К. О., § 50 и слѣд.

d) Наконецъ, *конкурсными требованіями* называются всѣ тѣ требованія *къ общему должнику*, которыя могутъ быть предъявлены въ общемъ конкурсномъ производствѣ.

Дары и пожертвованія должника, денежные штрафы, проценты на конкурсныя требованія, наросшіе съ открытія конкурса, не удовлетворяются изъ конкурсной массы и, вслѣдствіе этого, не являются конкурсными требованіями.

Для погашенія изъ массы всѣ конкурсныя требованія должны быть представлены въ видѣ *подлежащихъ удовлетворенію денежныхъ требованій*, хотя бы срокъ ихъ еще не наступилъ, и они были направлены на другой предметъ, а не на деньги [9]).

Конкурсныя требованія удовлетворяются изъ массы по соразмѣрности, посредствомъ такъ наз. конкурснаго дивиденда.

Нѣкоторыя конкурсныя требованія пользуются при удовлетвореніи въ нижеслѣдующемъ порядкѣ преимуществомъ передъ другими—privilegium exigendi [10]).

1. Требованія изъ договоровъ между хозяевами и прислугой, заключенныхъ въ послѣдній годъ до открытія конкурса.

2. Государственные и общественные налоги за послѣдній годъ.

3. Равнымъ образомъ налоги въ пользу церквей и извѣстныхъ публичныхъ союзовъ.

4. Счета врачей и аптекарей за послѣдній годъ.

5. Притязанія *дѣтей* должника и *опекаемыхъ* имъ по имуществу, отданному въ силу *закона* въ его управленіе.

Конкурсъ прекращается или путемъ окончательнаго распредѣленія массы, или же посредствомъ мировой сдѣлки вѣрителей съ общимъ должникомъ.

§ 57. Beneficium competentiae.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ должникъ пользуется *beneficium competentiae*, т. е. *при взысканіи долга ему оставляются средства къ скромному существованію, соотвѣтственно его общественному положенію* [1]).

---

[9]) К. О., § 58. О вычисленіи interusurium'а при непроцентныхъ срочныхъ требованіяхъ см. выше § 35, прим. 4.

[10]) См. К. О., § 54. Римскія privilegia exigendi обстоятельно излагаются у Vangerow'а, т. 3, § 594. Относительно преимуществъ извѣстныхъ кредиторовъ вообще см. Knorr: Die Natur und Funktion der Vorzugsrechte, Erlanger Inaug.-Dissert., 1891.

Этотъ институтъ первоначально имѣлъ своею цѣлью защитить должника отъ *личнаго задержанія* при принудительномъ исполненіи обязательствъ (Personalexecution). На это указываетъ римское опредѣленіе — «condemnatio in quantum facere potest debitor», т. е. ограниченіе присужденія суммою имущества должника. То же самое подтверждается и разъясненіями римскихъ юристовъ; отсюда видно, что только въ императорскій періодъ сверхъ того начали мало-помалу допускать и удержаніе должникомъ матеріальныхъ средствъ [2]).

Раньше всего такое удержаніе части имущества стало допускаться въ пользу дарителя, противъ котораго одаренный предъявилъ искъ. Со времени же Юстиніана начали разрѣшать подобное удержаніе и при другихъ случаяхъ примѣненія этой привилегіи [3]). Такъ

---

[1]) Altmann: Das beneficium competentiae, Berliner Inaug.-Dissert., 1888. Современное названіе этой привилегіи „beneficium competentiae", „in id, quod competit", т. е. исполненіе по средствамъ должника, едва ли является подходящимъ. Но другія названія не получили общаго примѣненія. Unterholzner—Schuldverhältnisse, т. 1, стр. 380—говоритъ о „присужденіи въ размѣрѣ возможнаго", Windscheid, т. 2, § 267—о „привилегіи сохраненія за собою средствъ, необходимыхъ для существованія"; Wünsch: Zur Lehre vom beneficium competentiae, Leipziger Inaug.-Dissert., 1897. Въ русской литературѣ см. Ефимовъ: Посильная отвѣтственность должника по римскому праву, 1888.

[2]) Что здѣсь въ сущности представляются двѣ привилегіи, на это указали Schömann: Handbuch, т. 2, стр. 63 и Vangerow, т. 1, § 174. Но они неправильно различаютъ привилегію присужденія и привилегію взысканія. Первая и вмѣстѣ съ тѣмъ древнѣйшая льгота, по ихъ мнѣнію, состояла въ томъ, что должника можно было присудить къ уплатѣ суммы, непревышавшей размѣра его имущества въ моментъ присужденія; относительно же всей остальной суммы наступало полное и окончательное освобожденіе. Въ силу второй льготы даже въ моментъ исполненія рѣшенія допускалось снисхожденіе по отношенію къ привилегированному должнику. Это снисхожденіе выражалось въ томъ, что должнику оставлялись средства, необходимыя для его существованія. Но едва ли это было такъ—скорѣе здѣсь имѣло мѣсто развитіе института въ двухъ различныхъ направленіяхъ, ничѣмъ не связанныхъ между собою. По одному направленію, эта привилегія первоначально должна была быть оговорена въ самомъ рѣшеніи, между тѣмъ какъ впослѣдствіи она допускалась даже при приведеніи рѣшенія въ исполненіе; l. 41, § 2. D. de re judicata. 42. 1; l. 17, § 2. D. soluto matrimonio. 24. 3; l. 5, pr. D. quod cum eo. 14. 5. По другому же направленію первоначально должнику оставлялась одна только личная свобода, тогда какъ все имущество переходило къ вѣрителю; но съ теченіемъ времени онъ сталъ получать право удерживать средства, необходимыя для поддержанія своего существованія. См. ниже, прим. 3.

[3]) Первый указалъ на такое право дарителя Помпоній, позволяя оставить ему „aliquid sufficiens"—l. 30. D. de re judicata. 42. 1. Эта же мысль защищается Павломъ libro 6 ad Plautium, l. 19, § 1. D. eod: is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa, immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius

какъ въ наше время личное задержаніе должниковъ окончательно отмѣнено, то въ соображеніе принимается только вторая сторона этого института, первоначально совершенно чуждая его духу.

Competentia, являясь лишь привилегіей *при исполненіи рѣшенія* [4]), не уменьшаетъ самаго долга, а только пріостанавливаетъ взысканіе по нему, чтобы оградить должника отъ нужды [5]). Поэтому въ случаѣ полнаго удовлетворенія вѣрителя нельзя ничего требовать обратно.

Если впослѣдствіи имущественное положеніе должника улучшится, то онъ обязанъ доплатить остальное [6]).

Привилегія эта можетъ служить основаніемъ для возраженія противъ иска, и въ такомъ случаѣ должна быть оговорена въ рѣшеніи [7]). Но она можетъ быть допущена также и въ стадіи исполненія

---

ratio habenda est, ne egeat. Въ послѣднихъ двухъ предложеніяхъ дѣло идетъ, очевидно, о принципѣ, который не пользовался еще всеобщимъ признаніемъ и самъ по себѣ былъ чуждъ нашему институту. См. далѣе l. 6. D. de cessione bonorum. 42. 3. Во времена классическихъ юристовъ beneficium competentiae не давало еще *общаго* права на удержаніе части имущества; это видно изъ того, что Юстиніанъ соотвѣтствующее постановленіе включилъ въ свою кодификацію съ помощью *интерполяціи*: въ l. 173, pr. D. de R. J. 50. 17 онъ распространяетъ то, что было сказано юристомъ Павломъ исключительно о дареніи, на всѣ вообще случаи примѣненія этой привилегіи.

[4]) l. 8. D. de condictione indebiti. 12. 6. Paulus libro 6 ad Sabinum: Quod nomine mariti, qui solvendo non sit, alius mulieri solvisset, repetere non potest: adeo debitum esset(est)mulieri. Согласно этому, при обсужденіи beneficium competentiae принимается въ соображеніе право того мѣста, гдѣ ведется процессъ, но не право, которому подлежитъ долгъ какъ таковой. Иного, впрочемъ, мнѣнія Kohler въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 24.

[5]) Очень распространенъ взглядъ, по которому должникъ имѣетъ право удерживать только необходимое для дальнѣйшаго существованія. Но приведенныя въ прим. 3 цитаты даютъ ему болѣе широкое право — „aliquid sufficiens“, „ne egeat“.

[6]) l. 63. D. pro socio. 17. 2; l. 8. C. soluto matrimonio. 5. 18; l. un. C. de rei uxoriae act. 5. 13. Вслѣдствіе прекращенія всякаго права на тотъ же искъ послѣ однократнаго его предъявленія (Klagenconsumtion), въ Римѣ считали необходимымъ прибавлять cautio—nuda repromissio, посредствомъ которой должникъ, присужденный къ уплатѣ долга съ примѣненіемъ beneficium competentiae, обѣщалъ произвести доплату при улучшеніи своего имущественнаго положенія. Въ современномъ правѣ это уже не соблюдается.

[7]) При опредѣленіи размѣра, въ которомъ допускается beneficium competentiae, принимается въ соображеніе время постановленія рѣшенія, l. 15, pr. D. 24. 3, l. 53. D. eod. Это обстоятельство имѣетъ то значеніе, что должникъ отвѣчаетъ за всѣ послѣдствія, если онъ не уплачиваетъ сразу всего своего долга, а его имущество потомъ случайно уменьшается.

рѣшеній инстанціи [8]). Отказъ отъ нея на будущее время недѣйствителенъ [9]) [10]).

Этой привилегіей пользуются [11]):

1. Восходящіе противъ своихъ нисходящихъ.

2. Супруги между собою.

3. Солдаты.

4. По усмотрѣнію суда, лица, недавно вышедшія изъ подъ отцовской власти, по отношенію къ тѣмъ долгамъ, которые ими были сдѣланы въ то время, когда они еще находились подъ этой властью [12]).

5. По усмотрѣнію суда, товарищъ, противъ котораго предъявляется actio pro socio [13]).

6. Во многихъ случаяхъ лица, у которыхъ требуется выдача приданаго (dos).

7. Отвѣтчикъ по обѣщанію одарить [14]) [15]).

---

[8]) См. выше прим. 2.—С. Р. О., § 686 не распространяется на привилегіи, при исполненіяхъ судебныхъ рѣшеній. Иного взгляда Windscheid, т. 2, § 268, прим. 6[a]; R. G. E., т. 33, стр. 378; Fischer въ Jherings Jahrb., т. 34, стр. 459.

[9]) Многіе ученые иного мнѣнія. Но отказъ отъ привилегій, дарованныхъ въ общественныхъ интересахъ, вообще не допускается. Кромѣ того, за недопустимость отказа отъ beneficium competentiae въ отдѣльномъ частномъ случаѣ высказывается и l. 14, § 1. D. soluto matrimonio. 24. 3.

[10]) По отношенію къ требованіямъ, направленнымъ противъ злого умысла, привилегія эта не дѣйствительна, l. 4, § 2. D. quod cum eo. 14. 5; l. 52. D. de re judicata. 42. 1; l. 21, § 6. D. de act. rer. amotar. 25. 2.

[11]) Главные случаи приведены въ l. 16—25. D. de re judicata. 42. 1; см. также § 38. I. de act. 4. 6.

[12]) l. 2. D. quod cum eo. 14. 5.

[13]) l. 22, § 1. D. de re judicata. 42. 1. Эдиктъ былъ изданъ только для socii omnium bonorum, l. 16. D. eod. Вообще societas omnium bonorum представляла ту форму товарищества, для которой первоначально преторъ назначалъ свой эдиктъ, см. Lenel: Edictum, стр. 237. По аналогіи съ этимъ видомъ, beneficium распространялось при извѣстныхъ обстоятельствахъ и на другіе виды товарищества. Именно это, должно быть, выражаетъ l. 63, pr. D. pro socio. 17. 2. См. Altmann, loc. cit., стр. 31.

[14]) По гражд. улож. для герман. имперіи это единственный случай примѣненія beneficium competentiae. § 519 опредѣляетъ: „Даритель въ правѣ уклониться отъ исполненія своего обѣщанія, поскольку онъ, принимая въ расчетъ остальныя его обязательства, не можетъ исполнить обѣщаннаго иначе, какъ лишая себя возможности вести соотвѣтствующій его общественному положенію образъ жизни, или въ ущербъ исполненію лежащихъ на немъ, по закону, обязательствъ доставлять пропитаніе другимъ лицамъ“.

[15]) Beneficium competentiae давалось въ Римѣ и тому должнику нѣсколькихъ кредиторовъ, который совершилъ въ ихъ пользу cessio bonorum. Это правило благодаря изданію германскаго конкурснаго устава, конечно, устранено. Относительно l. ult. C. de revocand. his quae per fraud. 7. 75 слѣдуетъ сравнить замѣчаніе Lenel'я: Edictum perpetuum, стр. 348.

Въ то время, какъ всѣмъ вышеупомянутымъ лицамъ эта привилегія дается такимъ образомъ, что принимается въ соображеніе общая масса ихъ имуществъ (Brutto), даритель можетъ удержать необходимыя для существованія средства изъ чистаго имущества (Netto), т. е. имущества, остающагося у него за вычетомъ всѣхъ его долговъ [16]).

II. Суррогаты исполненія.

§ 58. Datio in solutum [1]).

Съ согласія вѣрителя обязательство можетъ быть исполнено *предоставленіемъ, вмѣсто настоящаго объекта долга, иной цѣнности.* Такого рода исполненіе называется datio in solutum—замѣной исполненія [2]). Подобно платежу она погашаетъ обязательство ipso jure: вѣритель удовлетворенъ, и слѣдовательно, цѣль обязательства достигнута [3]) [4]).

---

[16]) Случай competentiae, устанавливаемый въ С. Р. О., § 749, п. 3, беретъ свое начало въ прусскомъ правѣ. Спорятъ, отмѣнены ли постановленія римскаго права о beneficium competentiae германскимъ уставомъ гражданскаго судопроизводства или нѣтъ? Объ этомъ см. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 110, прим. 5. Впрочемъ, большинство ученыхъ, сообразно мотивамъ къ германскому уставу гражданскаго судопроизводства, стр. 410, высказывается за сохраненіе римскихъ принциповъ; см. Altmann, loc. cit., стр. 84, Kohler въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 23. Да и практика примѣняетъ ихъ какъ дѣйствующее право.

[1]) Römer: Die Leistung an Zahlungsstatt, 1866; Cohn въ Endemanns Handb. des Handelsr., т. 3, стр. 1075; Unger въ Grünhuts Zeitschrift, т. 15, стр. 540; Ernst: Die mangelhafte Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt, Zürich, 1890; Maur. de Combes: De la dation en paiement, thèse, Toulon, 1892.

[2]) Такое исполненіе происходитъ „вмѣсто уплаты“ лишь въ томъ случаѣ, если оно *вызывается намѣреніемъ погасить долгъ.* Иначе обстоитъ дѣло, когда должникъ продастъ вѣрителю какую-либо вещь съ цѣлью извлечь изъ этой сдѣлки выгоду и вмѣстѣ съ тѣмъ согласится съ нимъ относительно зачета покупной цѣны за свой долгъ. Въ подобномъ случаѣ, если даже окажется, что никакого обязательства не было, мнимый должникъ не имѣетъ права обратнаго требованія товара путемъ кондикціи: такая кондикція имѣла бы мѣсто при datio in solutum; здѣсь ему скорѣе принадлежитъ лишь право требовать уплаты покупной цѣны. См. Ernst, loc. cit.

[3]) Между Сабиніанцами и Прокуліанцами существовалъ споръ: первые признавали обязательство вслѣдствіе datio in solutum погашеннымъ ipso jure, послѣдніе же допускали освобожденіе должника лишь при помощи exceptio doli; Gajus, Inst., III, § 168. Взглядъ Сабиніанцевъ сдѣлался господствующимъ еще въ языческій періодъ имперіи—см. Römer, loc. cit., стр. 64; впослѣдствіи онъ былъ принятъ и Юстиніаномъ, pr. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29.

[4]) Предметы, переданные въ видѣ замѣны исполненія для погашенія несуществовавшаго, мнимаго обязательства, подлежатъ возвращенію на основаніи condictio indebiti. То же самое соблюдается и въ томъ случаѣ, если опредѣленный предметъ—species—былъ представленъ для погашенія такого долга, размѣры кото-

Но какъ поступить въ томъ случаѣ, если у кредитора, вслѣдствіе болѣе сильнаго права третьяго лица, будетъ отнятъ предметъ, полученный имъ вмѣсто уплаты? Источники даютъ на это два отвѣта.

По одному изъ нихъ, кредитору, по аналогіи съ покупателемъ, долженъ быть возмѣщенъ *весь интересъ*, который представлялъ для него предметъ, полученный вмѣсто уплаты [5]).

По другому, въ случаѣ эвикціи первоначальное требованіе разсматривается продолжающимся и можетъ быть опять предъявлено какъ противъ должника, такъ и противъ его поручителей; остаются въ силѣ и всѣ залоговыя права [6]).

Эти рѣшенія принципіально несовмѣстимы: послѣднее предполагаетъ, что погашеніе обязательства путемъ datio in solutum *обусловливается* тѣмъ, что вѣритель можетъ удержать данную ему вмѣсто уплаты вещь; первое же исходитъ изъ того, что обязательство *безусловно погашено*, и что на случай эвикціи эквивалентомъ его является возмѣщеніе интереса. Но въ виду того, что оба эти рѣшенія фигурируютъ рядомъ другъ съ другомъ въ кодификаціи Юстиніана, то ихъ обыкновенно объединяютъ тѣмъ, что предоставляютъ вѣрителю на выборъ осуществленіе того или другого права [7]).

раго въ дѣйствительности оказались меньше предполагаемыхъ. Эта species можетъ быть вытребована обратно, конечно, подъ условіемъ уплаты долга, l. 26, § 4. D. de condictione indebiti. 12. 6.

[5]) l. 4. C. de evictionibus. 8. 44. Antoninus: Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit, nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet. anno 212. Въ этомъ мѣстѣ вовсе нѣтъ указаній на то, что потерпѣвшій отъ эвикціи можетъ вновь предъявить первоначальное требованіе. Это не гармонировало бы и съ общей аналогіей между datio in solutum и куплей-продажей, l. 24, pr. D. de pigneraticia act. 13. 7.

[6]) l. 46, pr. D. de solutionibus. 46. 3. Marcianus libro 3 regularum: Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio, etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret. См. l. 60. D. eod. Весьма возможно, что l. 8. C. de sententiis et interlocutionibus. 7. 45 указываетъ сверхъ того еще третій путь, какъ это утверждаетъ Brinz, т. 2, стр. 366.

[7]) О попыткахъ примирить противорѣчія см. Römer, loc. cit., стр. 387 и слѣд. Господствующій взглядъ представляетъ только внѣшній и неудовлетворительный компромиссъ. Болѣе правильно давать вѣрителю искъ только о вознагражденіи за эвикцію, такъ какъ онъ вслѣдствіе datio in solutum отказался отъ первоначальнаго требованія окончательно, а вовсе не условно. Возстановленіе обязательствъ, уничтоженныхъ сторонами безъ всякой оговорки, конечно, не можетъ основываться на ихъ волѣ, да оно и не цѣлесообразно. Вѣдь этимъ обусловливалось бы возстановленіе правъ противъ поручителей и на залоги, что со-

Должникъ отвѣчаетъ передъ вѣрителемъ, все равно какъ продавецъ передъ покупателемъ, за обѣщанныя достоинства и скрытые недостатки предоставленной вмѣсто уплаты вещи [8]).

§ 59. Novatio и delegatio [1]).

Новаціей, обновленіемъ обязательства, называется прекращеніе одного обязательственнаго требованія черезъ установленіе новаго, направленнаго на ту же цѣль.

Споренъ вопросъ, должна ли разсматриваться новація только какъ *видоизмѣненіе* прежняго обязательства или какъ *заключеніе новаго*?

Съ точки зрѣнія хозяйственной, дѣло идетъ объ одномъ лишь видоизмѣненіи: однажды возникшее обязательственное отношеніе продолжаетъ свое существованіе въ новой, теперь измѣненной формѣ, имущественное же положеніе остается то же самое. Но съ точки зрѣнія юридической мы имѣемъ здѣсь погашеніе прежняго обязательства другимъ, заступающимъ его мѣсто [2]) [3]).

вершенно не соотвѣтствуетъ цѣлямъ гражданскаго оборота. См. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 247; Unger, loc. cit., стр. 543. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 365 должникъ отвѣчаетъ за недостатки права или вещи такъ же, какъ продавецъ.

[8]) Ernst, loc. cit.—Въ Nov. 4, cap. 3 Юстиніанъ ввелъ такъ наз. „beneficium“ dationis in solutum. Въ силу этой привилегіи неспособный къ уплатѣ денежнаго обязательства должникъ, если не найдетъ подходящихъ покупателей на свое имущество, могъ требовать отъ вѣрителей принятія въ уплату земельныхъ участковъ по заранѣе опредѣленной цѣнѣ. Вѣритель при этомъ имѣлъ право выбора между различными участками должника. Ср. Nov. 120, cap. 6, § 2. Впрочемъ, этотъ законъ утратилъ всякое практическое значеніе съ тѣхъ поръ, какъ вѣритель по германскому конкурсному уставу можетъ требовать открытія конкурса надъ имуществомъ своего несостоятельнаго должника. А въ конкурсѣ продается и вся недвижимость должника для покрытія его долговъ. Этимъ устраняется всякое принужденіе вѣрителя подчиниться послѣдствіямъ beneficium dationis in solutum.

[1]) Tit. D. de novationibus et delegationibus. 46. 2. Cod. 8. 41. Важнѣйшія работы по этому вопросу: Fein: Beiträge zur Lehre von der Novation und Delegation, 1850; Salpius: Novation und Delegation, 1864; Salkowski: Zur Lehre von der Novation, 1865; Gide: Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain, 1879. См. также Hruza: Die Lehre v. d. Novation, 1881, гдѣ указана богатая литература; см. далѣе Kuntze: Die Obligation, 1886, стр. 125; Unger, loc. cit., стр. 554; Rud. Merkel: Der röm.-rechtliche Begriff der Novation, Strassb. Inaug. Dissert., 1892. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ особо о новаціи; см. однако § 607, Abs. 2 и Dernburg, Bürg. Recht, т. 2, стр. 270.

[2]) При опредѣленіи новаціи Римляне главное вниманіе обращали на видоизмѣненіе. Такъ l. 1, pr. D. h. t. 46. 2. Ulpianus libro 46 ad Sabinum: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio. См. также цитаты у Hruza, стр. 8, въ которыхъ говорится о „transferre“ и „transire“. Въ самомъ дѣлѣ существенной чертой новаціи является то, что при ней *продолжаетъ существовать разъ обоснованное обязательственное отношеніе.*

Измѣненія могутъ быть самыя разнообразныя. Новое обязательство можетъ относиться къ другому виду, чѣмъ старое; въ частности оно можетъ быть суровѣе послѣдняго, какъ это бываетъ при замѣнѣ долга изъ купли-продажи стипуляціей или, въ наше время, векселемъ. Затѣмъ, можетъ встрѣчаться замѣна объекта обязательства другимъ равноцѣннымъ ему, напр., обѣщаніе денегъ въ уплату за товаръ[4]). Можетъ, наконецъ, произойти перемѣна субъектовъ обязательства, кредитора или должника [5]).

Перемѣна субъектовъ обязательства совершается чаще всего посредствомъ *перевода—delegatio* [6]).

Этимъ путемъ переводятся на другое лицо какъ *долги*, такъ и *требованія* [7]).

Поэтому едва ли точно опредѣленіе новаціи какъ „уничтоженіе обязательственнаго требованія посредствомъ обоснованія новаго“; неправильно также утвержденіе Windscheid'a, что при новаціи обязательственное отношеніе измѣняется не только съ формальной, но и съ *матеріальной* стороны (т. 1, стр. 353, прим. 3[a]). Съ этой точки зрѣнія пришлось бы признать новаціей продажу имѣнія, которое раньше было отдано въ аренду, или обращеніе договора поклажи въ договоръ ссуды. А между тѣмъ здѣсь, конечно, никакой новаціи нѣтъ, такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ матеріальное содержаніе стараго и новаго правоотношенія различны.

[3]) Между новаціей и datio in solutum замѣчается та общая черта, что и здѣсь, и тамъ дѣло идетъ о погашеніи обязательства, съ согласія вѣрителя, предоставленіемъ равноцѣннаго объекта. Но datio in solutum по своему назначенію окончательно уничтожаетъ обязательственное отношеніе, новація же имѣетъ цѣлью продолженіе его, только въ иной формѣ. Изъ этого вытекаютъ важныя практическія послѣдствія. Напр., разъ карточный долгъ былъ погашенъ путемъ datio in solutum, то его нельзя больше оспаривать, все равно какъ и послѣ платежа. Но если по отношенію его была совершена новація, напр., посредствомъ выдачи векселя, то новое требованіе можно оспаривать, какъ возникшее изъ игры. См. также Merkel, loc. cit., стр. 90 и слѣд.

[4]) Древнѣйшее римское право для новаціи требовало совершеннаго тожества объектовъ обоихъ обязательствъ, Gide, loc. cit., стр. 117; Hruza, loc. cit., стр. 9. Но позднѣйшая юриспруденція перестала относиться къ этому съ прежнею строгостью, l. 28. D. h. t. 46. 2, l. 10. C. si certum pet. 4. 2.

[5]) Windscheid, § 353, прим. 6[a], допускаетъ новацію даже въ томъ случаѣ, когда новое обязательство рѣшительно „ничѣмъ“ не отличается отъ прежняго. Ср. противъ этого Gajus, Inst., III, § 177; § 3. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29; Salpius, loc. cit., стр. 176; Gide, loc. cit., стр. 81.

[6]) См. Erich Danz: Die delegatio nominis und debiti въ Jherings Jahrb., т. 20, статья 3, и Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung, 1886; см. далѣе Eisele въ Festschrift für Planck, 1887; Unger въ Jherings Jahrb., т. 26, статья 8 и Danz въ Archiv für civ. Praxis, т. 74, статья 7. Противъ Danz'a см. Windscheid: Die indirecte Vermögensleistung, 1892, стр. 24.

[7]) О послѣднемъ случаѣ говоритъ l. 11, pr. D. h. t. Ulpianus libro 27 ad edictum: Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit. Goldschmidt въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 10, стр. 387, толкуетъ это такъ: „Делегаціей называется уступка кѣмъ-либо своихъ правъ на должника своему кре-

а) Новація въ пользу новаго *вѣрителя* не мыслима безъ *делегаціи со стороны прежняго*,—такъ наз. *переводъ требованія*, активная делегація, delegatio nominis. Совершается она слѣдующимъ образомъ: первоначальный вѣритель—делегантъ—передаетъ новому—делегатарію—свои права на должника—делегата, и послѣдній обѣщаетъ новому вѣрителю все то, что́ онъ до сихъ поръ былъ долженъ прежнему.

Нерѣдко основаніемъ делегаціи является то, что самъ вѣритель состоитъ должникомъ делегатарія и переводитъ на него свое требованіе для погашенія долга.

Права новаго вѣрителя по отношенію къ должнику нисколько не зависятъ отъ того, было ли *основаніе, побудившее* первоначальнаго вѣрителя къ переводу требованія, само по себѣ дѣйствительно или нѣтъ; безразлично, напр., считалъ ли онъ себя правильно должникомъ делегатарія или по ошибкѣ [8]).

Напротивъ, *должникъ* можетъ ссылаться на то, что *онъ ничего не долженъ делеганту*, если онъ, вообразивъ себя по ошибкѣ должникомъ, обѣщалъ новому вѣрителю то, что́ онъ будто бы долженъ первому [9]).

дитору *или тому, на кого послѣдній укажетъ*"; по его толкованію, къ слову „jusserit" въ приведенномъ мѣстѣ слѣдуетъ прибавить еще слово „creditor". Иного мнѣнія Danz, loc. cit., стр. 256. Несомнѣнно Goldschmidt заходитъ слишкомъ далеко, предполагая, что уже въ римскомъ правѣ встрѣчались „долговыя обязательства по приказу или на предъявителя съ альтернативнымъ указаніемъ послѣдняго". Выводить съ подобной натяжкой взгляды, свойственные современному праву, изъ римскихъ источниковъ, значитъ—не считаться съ особенностью римскаго духа и съ прогрессомъ въ исторіи человѣчества. См. также Lenel въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 13, стр. 403.

[8]) l. 21, § 1. D. de donationibus. 39. 5.

[9]) Salpius, loc. cit., различаетъ *простую* делегацію отъ делегаціи *съ указаніемъ на ея основаніе*. а) Въ случаѣ послѣдней делегатъ обѣщаетъ делегатарію *то, что́ онъ долженъ делеганту*. Форма подобной делегаціи между прочимъ содержится въ l. 27. D. h. t. 46. 2: „Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit: quidquid ex vendito dare facere oportet". Само собой разумѣется, что здѣсь делегатъ можетъ пользоваться противъ делегатарія всѣми тѣми возраженіями, которыя вытекаютъ изъ прежняго правоотношенія съ делегантомъ. Вѣдь перемѣна здѣсь касается одного только лица вѣрителя, содержаніе же обязательства остается то же самое. b) При *простой* делегаціи делегатъ обѣщаетъ делегатарію *опредѣленную сумму*, а вовсе не то, что́ онъ долженъ делеганту. Въ наше время это можетъ произойти, напр., такимъ путемъ, что делегатъ, который долженъ делеганту извѣстную сумму денегъ по договору купли-продажи, обязывается делегатарію по векселю; при подобной делегаціи должникъ не можетъ дѣлать делегатарію никакихъ возраженій изъ договора съ делегантомъ. Какъ и многіе другіе, Salpius исходилъ изъ того, что уже въ римскомъ правѣ встрѣчались простыя делегаціи. По

b) Новація черезъ вступленіе въ обязательство *новаго должника* называется expromissio [10]).

Она можетъ совершиться безъ вѣдома, даже противъ воли перваго должника [11]). Но чаще всего она происходитъ путемъ перевода долга, такъ наз. пассивной делегаціи, delegatio debiti. Въ этомъ случаѣ делегантомъ является прежній должникъ, делегатаріемъ—вѣритель, а новый должникъ—делегатомъ. Обыкновенно *делегатъ состоитъ должникомъ делеганта*, и, какъ таковой, освобождаетъ делеганта принятіемъ на себя его долга.

При принятіи долга *делегатъ* не можетъ выставить противъ делегатарія *никакихъ* возраженій, основанныхъ на его отношеніяхъ къ *делеганту* [12]).

Возраженіями, принадлежавшими *делеганту* по отношенію къ *делегатарію*, можетъ пользоваться и делегатъ, поскольку онъ заступилъ мѣсто делеганта, а не заключилъ обязательство абстрактно, какъ *безусловное* обѣщаніе долга.

§ 60. Условія и дѣйствіе новаціи.

Новація предполагаетъ:

1. *Первоначальное обязательство*, подлежащее отмѣнѣ. Не требуется непремѣнно, чтобы оно было связано съ искомъ—obligatio civilis, достаточно для новаціи и натуральнаго обязательства [1]); точно также могутъ быть обновляемы и подлежащія возраженію въ видѣ exceptio или оспариваемыя въ иной формѣ обязательства.

его мнѣнію, это доказываетъ l. 19. D. h. t. 46. 2. Но Danz, loc. cit., совершенно основательно возражаетъ, что въ Римѣ подобныя делегаціи еще не были извѣстны. Что же касается упомянутой l. 19, то Danz правильно относитъ ее къ delegatio debiti. Конечно, этимъ нисколько не предрѣшается вопросъ, существуютъ ли „простыя делегаціи“ въ современной жизни; на это слѣдуетъ отвѣтить утвердительно. Противъ Danz'a — Fritz Caesar: Reine und titulirte Delegationen, Hall. Inaug.-Diss., 1896.

[10]) Терминъ „expromissio“ встрѣчается у римлянъ еще въ болѣе широкомъ смыслѣ; см. Windscheid, § 353, прим. 8 и указанныя тамъ цитаты.

[11]) l. 8, § 5. D. h. t. 46. 2.

[12]) l. 19. D. h. t. 46. 2, см. выше прим. 9; l. 4, § 20. D. de doli mali exceptione. 44. 4; l. 12. D. h. t. 46. 2.

[1]) l. 1, § 1. D. h. t. 46. 2. Ulpianus libro 46 ad Sabinum: Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. l. 2. D. eod.

2. *Новое обязательство* [2]). Для цѣлей новаціи пригодны лишь договоры односторонніе; поэтому новація не можетъ состояться, напр., при помощи купли-продажи.

Въ Римѣ новація производилась посредствомъ *стипуляціи*, которая, на ряду со многими цѣлями, служила и этой [3]).

Въ современномъ правѣ употребляются для новаціи преимущественно абстрактные договоры, въ особенности *расчетъ* и другіе *договоры о признаніи* правоотношенія дѣйствительнымъ. Нерѣдко новація облекается и въ ту форму, что должникъ удерживаетъ объектъ долга (напр., неуплаченную имъ покупную цѣну) въ видѣ *займа*. Наконецъ, и *векселя могутъ* служить для цѣли новаціи.

---

[2]) Погашеніе первоначальнаго обязательства обусловливается возникновеніемъ новаго на основаніи стипуляціи, заключенной съ цѣлью обновленія; въ силу этого требуется, чтобы новое обязательство не было недѣйствительнымъ. Но для такой цѣли совершенно достаточно одного *натуральнаго* обязательства и даже такого, которое можетъ быть обезсилено предъявленіемъ exceptio peremptoria. См. l. 91. D. de solutionibus 46. 3; Redlich: Zur Lehre von der Schuldaufhebung durch Novation, Breslauer Inaug. Dissert., 1893. Впрочемъ, зависитъ отъ обстоятельствъ каждаго случая, сохраняетъ ли вѣритель, потерявшій при подобной новаціи свое требованіе, право на возмѣщеніе или на возстановленіе прежняго положенія и, если сохраняетъ, то въ какомъ именно размѣрѣ. Новое *срочное* обязательство тотчасъ отмѣняетъ прежнее, а *условное* лишь въ случаѣ наступленія условія, l. 8, § 1. D. h. t. 46. 2;—тѣмъ не менѣе, до наступленія условія новаго обязательства, осуществленіе первоначальнаго не допускается: вѣдь противъ подобнаго требованія можно возразить, указывая на соглашеніе, въ силу котораго до исполненія условія обязательство должно остаться въ неопредѣленномъ состояніи, l. 36. D. de rebus creditis. 12. 1; l. 80 и l. 83. D. de jure dotium. 23. 3. Вслѣдствіе этого, по существу дѣла, прежнее обязательство уподобляется *условному*: оно поставлено въ зависимость отъ факта, противоположнаго условію новаго обязательства. Въ конкурсѣ должника, напр., слѣдуетъ его разсматривать какъ условное Отсюда исходитъ вопросъ, обращенный къ юристу Яволену въ l. 36. D. de rebus creditis. 12. 1: „cum pendente conditione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tanquam sub contrariam conditionem eam mihi spopondisti. si pendente conditione petam, an nihil acturus sum?“ Нѣкоторые ученые заходятъ слишкомъ далеко, утверждая, что первое обязательство прямо „становится“ условнымъ, а не „уподобляется“ условному. Это различіе служило даже поводомъ къ научной полемикѣ: но практическое значеніе эта полемика едва ли имѣетъ.—Въ случаѣ неисполненія условія новаго обязательства, прежнее остается въ силѣ, такъ какъ заключенный съ цѣлью новаціи договоръ не состоялся. Впрочемъ, у лицъ, условно новирующихъ, можетъ иногда быть намѣреніе окончательно уничтожить прежнее обязательство. Тогда мы имѣемъ дѣло съ условнымъ освобожденіемъ отъ долга—pactum de non petendo, которое во всякомъ случаѣ должно быть соблюдено, l. 8, § 1, l. 14, pr., l. 24. D. h. t. 46. 2; Gajus, Inst., III, § 179. См. Kniep: Der Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation, 1860, и Römer: Die bedingte Novation, 1863; Ray: Der Einfluss der bedingten Novation, München, 1891.

[3]) Въ доюстіановскій періодъ для цѣлей новаціи могли служить и contractus litterales, Gajus, Inst., III, § 128 и § 130; иного мнѣнія Gide, loc. cit., стр. 216.

Возникаетъ вопросъ, имѣетъ ли новое обязательство силу, если предполагаемое первоначальное обязательство въ дѣйствительности не существовало?

Въ Римѣ *стипуляція*, заключенная съ цѣлью новаціи, *была обусловлена* существованіемъ прежняго обязательства, какъ ея основанія [4]).

Но для абстрактныхъ договоровъ *современнаго права* это не имѣетъ никакого значенія. Они могутъ быть только *оспариваемы* въ томъ случаѣ, когда при ихъ заключеніи существованіе первоначальнаго требованія *ошибочно* предполагалось [5]).

3. Наконецъ, требуется *намѣреніе совершить новацію*—animus novandi, т. е. погасить прежнее обязательство обоснованіемъ новаго.

По современному праву, такое намѣреніе никогда не предполагается, какъ это соблюдалось въ доюстиніановомъ правѣ въ случаѣ заключенія второго обязательства, направленнаго на тотъ же объектъ [6]). Оно должно быть особо выражено въ самомъ договорѣ о

---

[4]) Что существованіе погашеннаго обязательства было безусловно *необходимо* для дѣйствительности обязательства, заключеннаго съ цѣлью новаціи, на это указываютъ уже общія выраженія римскихъ юристовъ, см. l. 1 и l. 2. D. h. t. 46. 2. Особенно ясно это видно изъ разсмотрѣнія новаціи *условныхъ* договоровъ; здѣсь новое обязательство не возникнетъ, если не исполнится условіе прежняго; очевидно, это происходитъ вслѣдствіе того, что въ данномъ случаѣ нѣтъ обязательства, которое подлежало бы новаціи. Попытки нѣкоторыхъ ученыхъ, напр., Bähr'a: Anerkennung, стр. 49, и Römer'a: Die bedingte Novation, стр. 34, разсматривать это какъ явленіе исключительное, не удались. Вѣдь если принять во вниманіе, что всякое, даже самое незначительное измѣненіе обязательства требовало въ Римѣ новаціи, то, конечно, ясно, что невозможно измѣненіе тамъ, гдѣ нечего было перемѣнять. Впрочемъ, и въ Римѣ допускалось заключеніе новаго обязательства съ тѣмъ, чтобъ оно совершенно не зависѣло отъ существованія прежняго; но для этого требовалось, чтобы подобное намѣреніе было высказано въ самомъ договорѣ, l. 21 и 25. D. de verb. obl. 45. 1.

[5]) Цѣлью новаціи въ современномъ правѣ является всегда стремленіе дать долговому отношенію новое основаніе. Поэтому возникновеніе новаго обязательства совершенно не зависитъ отъ наличности прежняго; въ крайнемъ случаѣ, если прежняго обязательства не было, то новое можетъ быть оспорено на основаніи правилъ о заблужденіи, обманѣ или по какимъ-либо инымъ основаніямъ. Это—очевидно въ томъ случаѣ, когда новація совершается на основаніи расчета по другимъ обязательствамъ, и въ особенности если новація состоитъ въ принятіи на себя обязательства по векселю.

[6]) Въ Римѣ новація первоначально вступала въ силу безъ всякаго animus novandi сторонъ; было совершенно достаточно, чтобы дѣло шло объ одной и той же имущественной статьѣ. Salpius, loc. cit., стр. 131, и Gide, loc. cit, стр. 163, правильно доказываютъ, что новація представляла собою внѣпроцессуальную консумпцію, съ цѣлью сдѣлать невозможнымъ двукратное взысканіе одного и того же имущества. См. l. 18. D. de verb. obl. 45. 1. Pomponius libro 10 ad Sabinum: Qui bis idem

новаціи [7]). Иначе продолжаютъ существовать оба обязательства, одно рядомъ съ другимъ, направленныя на ту же цѣль [8]) [9]).

Новація прекращаетъ первоначальное обязательство ipso jure.

---

promittit, ipso jure amplius quam semel non tenetur. Поэтому-то Gajus въ Inst., III, § 176, гдѣ столь часто приводятся древнѣйшія воззрѣнія, ни словомъ не упоминаетъ объ animus novandi. Только въ императорское время впервые возникаетъ при новаціи правило, въ силу котораго требуется animus novandi, т. е. намѣреніе сторонъ погасить прежнее обязательство. Это намѣреніе, впрочемъ, предполагалось существующимъ въ томъ случаѣ, если въ обоихъ обязательствахъ дѣло шло объ одномъ и томъ же правоотношеніи. Древнее противоположеніе выражалось въ терминахъ „duplari“ и „fieri novationem“; къ этому присоединилась третья возможность „uterque tenetur, sed altero solvente alter liberatur.“ См. l. 8, § 5. D. h. t. 46. 2. О значеніи animus novandi въ классическое время высказывается между прочимъ l. 31. D. h. t. 46. 2—Venulejus—l. 2, l. 8, §§ 1 и 5, l. 28, l. 30. D. h. t. 46. 2; l. 58. D. de verb. obl. 45. 1. См. также Salkowski, loc. cit., стр. 224; Merkel, loc. cit., стр. 10 и слѣд. Противоположнаго взгляда держится Windscheid, т. 2, § 354, прим. 12.

[7]) Юстиніанъ постановилъ въ l. 8, pr. C. h. t. 8. 41: Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes sancimus, si quis... aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant, novationes nihil penitus priori cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint quod secundam magis pro anterioribus elegerint. § 1. Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνοβατεύτως dicunt, causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. — Смыслъ этого предписанія въ высшей степени споренъ. Многіе утверждаютъ, что намѣреніе совершить новацію должно быть выражено *особыми словами*, но на практикѣ, конечно, это встрѣчается очень рѣдко. По правильному взгляду Юстиніанъ хотѣлъ этимъ лишь уничтожить предположенія, свойственныя древнему праву, что новація иногда совершается молчаливо. Animus novandi долженъ быть *очевиденъ*: такова основная мысль его предписанія. Если Юстиніанъ здѣсь въ нѣкоторыхъ оборотахъ выражается слишкомъ рѣзко, то этому не слѣдуетъ придавать особаго значенія. Подробный обзоръ различныхъ мнѣній объ этомъ спорномъ вопросѣ составилъ Vangerow, т. 3, § 619, стр. 367; см. также R. G. E., т. 14, стр. 210.

[8]) Относительно новаціи посредствомъ векселя см. Hellmann: Die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung, 1874; Römer: Abhandlungen, стр. 78. Обыкновенно должникъ передаетъ вѣрителю вексель съ цѣлью *уплаты долга*, см. выше, § 55, прим. 10. Тогда первоначальное требованіе прекращается не передачей самаго векселя, а лишь взысканіемъ суммы векселя, и вѣритель можетъ въ случаѣ надобности *опираться* на прежнее требованіе, напр., если онъ безъ всякой собственной вины не получитъ удовлетворенія по векселю. Ср. Seuffert: Archiv, т. 54, казусъ 9.—Настоящая *новація* принятіемъ векселя происходитъ лишь тогда, когда вексель принимается съ намѣреніемъ немедленнаго, окончательнаго погашенія прежняго долга. Ср. и гражд. улож. для герман. имперіи, § 364, Abs. 2.

[9]) Въ l. 10. D. h. t. 46. 2. Paulus libro 11 ad Sabinum высказываетъ слѣд. правило: „cui recte solvitur, is etiam novare potest“. Но, какъ онъ самъ замѣчаетъ, это не распространяется на solutionis causa adjectus, равно какъ и на всѣхъ тѣхъ, которые уполномочены вѣрителемъ *только къ принятію* платежа.

§ 61. **Взносъ предмета обязательства въ присутственное мѣсто** (depositio) [1].

Если исполненіе обязательства, согласное съ договоромъ, *встрѣтитъ препятствія со стороны вѣрителя*, то должникъ можетъ освободиться отъ долга, представивъ предметъ обязательства въ присутственное мѣсто (depositio). Препятствія эти встрѣчаются, главнымъ образомъ, въ слѣдующихъ случаяхъ:

a) Вѣритель или съ умысломъ или по какимъ-либо мнимымъ основаніямъ *не желаетъ* принять исполненіе [2]). Бываетъ, что онъ *не можетъ* принять исполненіе вслѣдствіе своего отсутствія [3]), недѣеспособности и неимѣнія представителя или же потому, что обязательство было подвергнуто аресту.

b) Вѣритель *неизвѣстенъ* [4]) потому ли, что еще не опредѣлено, кому собственно принадлежитъ требованіе, или же потому, что у должника *есть основаніе сомнѣваться* относительно лица, заявляющаго право на требованіе [5]).

Деньги и другія движимыя и недвижимыя вещи могутъ быть въ подобныхъ случаяхъ сданы въ присутственное мѣсто или секвестрованы [6]) [7]).

---

[1]) Ulrich: Die Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners, 1877; Czyhlarz: Die gerichtliche Deposition въ Grünhuts Zeitschrift, т. 6, стр. 657.

[2]) Случай просрочки вѣрителя имѣетъ въ виду l. 19. C. de usuris. 4. 32, такъ наз. lex depositionis.

[3]) Ср. l. 47, § 2. D. de fideicommissariis libertatibus. 40. 5; l. 4, pr. D. de statuliberis. 40. 7; Ulrich, loc. cit., стр. 14.

[4]) l. 18, § 1. D. de usuris. 22. 1; l. 1, § 36. D. depositi. 16. 3; ср. l. 11, § 3. D. locati. 19. 2.

[5]) Вниманіе къ преувеличенной осмотрительности должника, какое выражается въ опредѣленіи R. O. H. G. E., т. 10, стр. 431,—является излишней суровостью по отношенію къ кредитору, чего справедливо не одобряетъ Kühne въ Jherings Jahrb., т. 17, стр. 1 слѣд.; ср. также Jees, тамъ же, т. 17, стр. 158. Но Kühne въ свою очередь заходитъ слишкомъ далеко, не считая заслуживающимъ вниманія просто субъективное колебаніе должника, вслѣдствіе сомнительности случая съ юридической точки зрѣнія. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 372 допускаетъ взносъ долга въ присутственное мѣсто кромѣ случая просрочки вѣрителя въ принятіи еще и въ томъ случаѣ, когда должникъ по другой причинѣ, связанной съ личностью кредитора, или вслѣдствіе необусловленной одною небрежностью неувѣренности въ личности послѣдняго, вообще не имѣетъ возможности исполнить обязательство или не можетъ исполнить его съ увѣренностью.

[6]) Нерѣдко утверждаютъ, что depositio допускается лишь при требованіяхъ, направленныхъ на движимыя вещи. Такого взгляда держится Windscheid, т. 2, § 347, и Kohler въ Jherings Jahrb., т. 17, стр. 344. Противъ этого правильно высказывается Ulrich, loc. cit., стр. 27. Въ самомъ дѣлѣ, на какомъ основаніи лишать того, кто долженъ представить недвижимую вещь, возможности освободиться отъ обязательства, предоставленіемъ вещи секвестру. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 372, depositio допускается лишь по отношенію къ деньгамъ, цѣннымъ бумагамъ, документамъ и драгоцѣнностямъ.

[7]) Депозитъ производился въ Римѣ „in publico“, а именно въ храмахъ, общественныхъ хранилищахъ—horrea—или же у мѣнялъ. Ulrich, loc. cit., стр. 33.

Вещи должны быть оставлены на храненіе въ особо для того предназначенномъ мѣстѣ того судебнаго округа, къ которому относится мѣсто исполненія.

Вѣритель имѣетъ право получить оставленную вещь изъ мѣста храненія, если его правомочіе будетъ признано подлежащимъ лицомъ [8]) или установлено законнымъ порядкомъ [9]).

Пока вѣритель не изъявитъ готовности удовлетвориться полученіемъ внесеннаго въ присутственное мѣсто предмета, должникъ имѣетъ право взять его обратно [10]).

Въ послѣднемъ случаѣ требованіе снова получаетъ силу. Оно было такимъ образомъ лишь пріостановлено вслѣдствіе excepti0, пока продолжалось depositio [11]).

Въ Германіи онъ производился первоначально исключительно *въ судѣ*. Нынѣ же взносъ денегъ производится въ правительственныхъ административныхъ учрежденіяхъ. Здѣсь къ государству переходитъ право собственности и устанавливается такимъ образомъ depositum irregulare; впрочемъ, при этомъ взимаются особые проценты, по большей части незначительныхъ размѣровъ.

[8]) Обыкновенно достаточно одного признанія вѣрителя со стороны должника. Если должникъ, совершая взносъ, указываетъ вѣрителя, то уже тѣмъ самымъ управомочиваетъ его получить сданныя въ присутственное мѣсто вещи. Совсѣмъ иное дѣло, когда должникъ, согласно С. Р. О., § 72, дѣлаетъ взносъ, имѣя въ виду нѣсколько вѣрителей, претендующихъ на одно и то же требованіе; тогда необходимо признаніе правъ конкурентовъ. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 380.

[9]) l. 19. C. de usuris. 4. 32, изданная Діоклетіаномъ и Максиміаномъ, гласитъ такъ: § 4. Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias. Различныя толкованія этой actio utilis см. у Ulrich'a, loc. cit., стр. 41. Искъ основанъ на томъ, что должникъ сдѣлалъ взносъ въ пользу вѣрителя, см. выше, § 18; этому нисколько не противорѣчитъ и то, что онъ отстаивалъ вмѣстѣ съ тѣмъ и свои собственные интересы.

[10]) Право должника взять обратно отданную на храненіе вещь, если она была оставлена для вѣрителя, который не желаетъ ее принять, дѣйствительно вполнѣ основательно и подтверждается выше приведенной l. 19. Это право послѣдовательно переходитъ и къ конкурсной массѣ deponent'a. Но о такомъ правѣ не можетъ быть и рѣчи тамъ, гдѣ взносъ состоялся во исполненіе требованія, спорнаго между нѣсколькими вѣрителями, какъ, напр., въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ С. Р. О., § 72; здѣсь претенденты косвенно изъявили свою готовность принять депозитъ. По § 376 гражд. улож. для герман. имперіи должникъ по принципу имѣетъ право требовать возвращенія ему внесеннаго въ присутственное мѣсто имущества. Исключенія изъ этого права указаны въ той же статьѣ. По § 377 это право требовать возвращенія не можетъ быть парализовано наложеніемъ ареста. Если надъ имуществомъ должника учреждается конкурсъ, то во время существованія конкурса должникъ не можетъ пользоваться правомъ требовать возвращенія.

[11]) l. 9. C. de solutionibus 8. 42 упоминаетъ о „liberatio“ въ случаѣ „obsignatio“ должной суммы. На основаніи этого многіе ученые придаютъ депозиту

§ 62. Компенсація [1]). Историческое развитіе.

Подъ компенсаціей разумѣется взаимное погашеніе встрѣчныхъ требованій путемъ зачета [2]).

Компенсація совершается или путемъ *особаго договора*, въ которомъ обѣ стороны заявляютъ себя удовлетворенными происшедшимъ зачетомъ [3]), или же путемъ *заявленія лишь одной* изъ сторонъ.

Компенсація вовсе не является, какъ часто думаютъ, особымъ видомъ платежа [4]); путемъ компенсаціи кредиторъ не получаетъ предмета обязательства. Производится лишь дѣйствіе *равносильное взаимному платежу;* такой результатъ и цѣлесообразенъ, и соотвѣтствуетъ требованіямъ справедливости [5]).

Древнему праву компенсаціи на основаніи односторонняго заявленія была въ общемъ чужда [6]). Лишь въ особо важныхъ случаяхъ допускалась въ процессѣ компенсація по ходатайству одной изъ сторонъ:

значеніе погашенія долга. Но ср. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 581; Ulrich, loc. cit., стр. 64. Подобное погашеніе обязательства ipso jure не совмѣстимо съ правомъ должника взять обратно оставленную въ присутственномъ мѣстѣ вещь; впрочемъ, „liberatio“ можно разумѣть и въ смыслѣ освобожденія отъ обязательства путемъ exceptio. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 378, 379.

[1]) Tit. D. de compensationibus. 16. 2. Cod. 4. 31. Brinz: Die Lehre von der Kompensation, 1849, и въ Bekkers Jahrbuch, т. 1, статья 2, 1857 г.; Dernburg: Die Geschichte und Theorie der Kompensation, 1 изд., 1854 г., 2 изд. 1868 г.; тамъ же на стр. 5 указана литература до 1868 г. Позже еще появились Schwanert: Die Kompensation nach römischem Rechte, 1870 и Eisele: Die Kompensation, 1876, затѣмъ Stampe: Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium, 1886; Lippmann: Zur Lehre von der Kompensation въ Jherings Jahrb., т. 32, статья 4; Franz Leonhard, Die Aufrechnung, 1896; Liebknecht: Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Rechte, Würzburger Diss., 1897; Otto Gieb: Theorie der gerichtlichen Kompensation, 1897; Siber: Kompensation und Aufrechnung, 1899.

[2]) Modestinus libro 6 pandectarum, l. 1. D. h. t. 16. 2: Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

[3]) Объ этомъ договорѣ см. Dernburg, loc. cit., § 71; Eisele, loc. cit., стр. 229; Römer: Abhandlungen, стр. 92; Siber, loc. cit., § 6. Важнѣйшіе изъ фрагментовъ, относящихся къ данному вопросу,—l. 4. D. qui potiores. 20. 4, l. 47, § 1. D. de pactis. 2. 14. При договорѣ о компенсаціи прекращеніе одного требованія обусловливается погашеніемъ другого, встрѣчнаго требованія. Поэтому, если одно изъ требованій не существуетъ или не погашено договоромъ о компенсаціи, такъ какъ вѣритель не обладалъ правомъ распорядиться имъ, то другое, представленное для зачета требованіе продолжаетъ существовать попрежнему.

[4]) Нерѣдко, по примѣру Noodt: Opera omnia, т. II, ad Dig. h. t., опредѣляютъ компенсацію прямо какъ „mutua solutio juris interpretatione quasi per brevem manum facta“. См. объ этомъ Dernburg, loc. cit., § 42.

[5]) l. 8. pr. D. de doli mali exceptione. 44. 4. Paulus libro 6 ad Plautium: Dolo facit, qui petit quod redditurus est.

[6]) Объ исторіи компенсаціи до Марка Аврелія см. Gajus, Inst., IV, § 61; слѣд. затѣмъ Dernburg, loc. cit., § 5, Paul Chenevière: Histoire de la compensation

a) Банкиры—argentarii—имѣли право предъявлять къ своимъ кліентамъ иски не иначе, какъ cum compensatione, т. е. лишь въ объемѣ разницы между ихъ требованіями и долгами. Мѣняла, не произведшій полнаго вычета своего собственнаго долга изъ предъявленнаго имъ требованія, проигрывалъ процессъ и терялъ право требованія.

b) Emptor bonorum при взысканіи долговъ, принадлежащихъ къ купленной имъ конкурсной массѣ, долженъ былъ производить зачетъ—deductio—требованій конкурсныхъ вѣрителей къ несостоятельному должнику, и это независимо отъ того, были ли эти требованія однородны и истекъ ли имъ срокъ. Конкурсные вѣрители такимъ образомъ не обязаны были платить свой долгъ общему должнику полностью и довольствоваться при этомъ обѣщанною имъ emptor'омъ bonorum частью ихъ требованій къ общему должнику.

Къ концу республиканскаго періода стала допускаться компенсація *по усмотрѣнію судьи* и въ другихъ случаяхъ. Сначала это происходило при bonae fidei judicia, если взаимныя требованія вытекали изъ одной и той же сдѣлки, а впослѣдствіи и при stricti juris judicia въ случаѣ предъявленія exceptio doli.

Но такая компенсація цѣликомъ зависѣла отъ *усмотрѣнія судьи*, который могъ ее допустить или нѣтъ [7]).

Маркъ Аврелій постановилъ, что судья in strictis judiciis послѣ предъявленія exceptio doli *обязанъ* компенсировать требованіе, на

---

jusques et y compris le rescrit de Marc-Aurèle, thèse, Lyon, 1892, Leonhard, loc. cit., стр. 9. Относительно Eisele, loc. cit., стр. 3 слѣд.—см. ниже, прим. 7.

[7]) Въ основѣ историческаго очерка Дернбурга, loc. cit., стр. 67 слѣд., лежитъ та мысль, что первоначально компенсація, за исключеніемъ особыхъ случаевъ argentarius'a и bonorum emptor'a, зависѣла отъ свободнаго усмотрѣнія судьи, такъ что она только во время классическаго императорскаго періода превратилась въ институтъ положительнаго права. Эта основная мысль получила важное подтвержденіе въ возстановленномъ Studemund'омъ и неясномъ до тѣхъ поръ § 63 Gajus, Inst., IV: Liberum est tamen judici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei judicio, conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur. Несмотря на это Eisele—loc. cit., стр. 144—замѣчаетъ: „Мнѣніе, что за исключеніемъ спеціальныхъ случаевъ компенсаціи argentarius'a и bonorum emtor'a компенсація сдѣлалась институтомъ положительнаго права лишь при Маркѣ Аврелiѣ, и что до этого времени все зависѣло отъ усмотрѣнія судьи, въ самомъ своемъ основаніи весьма неправдоподобно и достаточно опровергнуто выводами изъ положеній, приведенныхъ нами въ первой главѣ". Тѣмъ не менѣе Дернбургъ совѣтуетъ повѣствованіямъ Гая о положеніи современнаго ему права придавать болѣе значенія, нежели изслѣдованіямъ Eisele. Ср. также Leonhard, loc. cit., стр. 26.

которое ссылается отвѣтчикъ [8]). Съ тѣхъ поръ компенсація основывается уже не на одномъ «усмотрѣніи» судьи, а на «*правовой нормѣ*». Къ этому положенію относится поговорка «ipso jure compensari» [9]). Ссылка на компенсацію заключаетъ въ себѣ *exceptio*, ибо она вытекаетъ изъ встрѣчнаго права, которое принадлежитъ отвѣтчику, и дѣйствіе котораго обусловлено тѣмъ, чтобы онъ со своей стороны осуществилъ это право [10]). Такимъ образомъ едва ли гдѣ либо выражается суть exceptio такъ рельефно, какъ при компенсаціи.

То, что это упорно не признавалось еще со временъ глоссы, мы приписываемъ только своеобразному стеченію обстоятельствъ. Многіе утверждали, что встрѣчныя требованія прекращаются ipso jure въ томъ смыслѣ, что они, покрывая другъ друга, погашаются сами собой sine facto hominis [11]). Другіе учили, что взаимныя требованія погашаютъ другъ друга съ того момента, *когда они стали взаимными*, но только *по заявленію сторонъ*; они такимъ образомъ погашаются «сами собой», хотя лишь по «ходатайству» стороны [12]).

---

[8]) § 30. I. de actionibus. 4. 6, упомянувъ о компенсаціи въ bonae fidei judicia, продолжаетъ: sed et in strictis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Съ тѣхъ поръ компенсація производилась и въ stricta judicia такимъ образомъ, что судья вычиталъ изъ искомой суммы встрѣчныя требованія и разницу присуждалъ истцу. Ср. между прочимъ l. 22, pr. D. de exceptionibus. 44. 1; кромѣ того, Dernburg: Kompensation, §§ 23 слѣд.; Eisele, loc. cit., по нашему разумѣнію вовсе не удалось опровергнуть доводы Дернбурга. Впрочемъ, нѣтъ надобности больше касаться его возраженій; укажемъ лишь по поводу Pauli sent. II, 5, § 3, играющихъ столь важную роль у Eisele, на изслѣдованіе Stampe, loc. cit., стр. 74 и, главнымъ образомъ, стр. 94.

[9]) Въ слѣдующихъ мѣстахъ источниковъ встрѣчается выраженіе „ipso jure compensari“: § 30. I. de actionibus. 4. 6; l. 4, l. 10, pr., l. 21. D. de compensationibus. 16. 2; l. 4, l. 14, pr. C. eod. 4. 31.

[10]) l. 2. D. h. t. 16. 2. Julianus libro 90 digestorum: Unusquisque creditorem suum eundem debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

[11]) Глоссаторъ Martinus отрицалъ, что для погашенія встрѣчныхъ требованій было необходимо дѣйствіе человѣка. Подобно тому какъ обязательства погашаются сами собой путемъ confusio, когда одно лицо по одному и тому же обязательству является и должникомъ, и кредиторомъ, такъ и встрѣчныя требованія погашаются тѣмъ самымъ, что должникъ становится вѣрителемъ своего кредитора. Ср. Dernburg: Kompensation, стр. 284. Тамъ же и указанія на то, какъ ученіе Martinus'a находило себѣ приверженцевъ даже до послѣдняго времени.

[12]) Глоссаторъ Azo держался того мнѣнія, что требованіе компенсаціи должно быть предъявлено одной изъ сторонъ, но послѣ этого ее слѣдуетъ разсматривать, какъ наступившую само собой въ силу существованія встрѣчныхъ требованій. Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 284. Современная германская наука продолжаетъ въ сущности все еще держаться точки зрѣнія Azo. См. Dernburg, loc. cit., стр. 288, прим. 1. Въ источникахъ однако нѣтъ и рѣчи о фиктивномъ „ipso jure compensari“. Это положеніе здѣсь высказано безусловно и точно; совершенно

Только ясное представленіе объ историческомъ развитіи даннаго института дало возможность опровергнуть подобныя схоластическія построенія. Итакъ, слова «ipso jure compensari» означаютъ лишь слѣдующее: «судья производитъ компенсацію въ силу предписанія права, а не по собственному усмотрѣнію [13]) [14])».

§ 63. Условія компенсаціи.

Встрѣчныя требованія могутъ подлежать компенсаціи лишь при наличности слѣдующихъ условій:

1. Они должны быть *взаимны*, такъ чтобы вѣритель по одному обязательству являлся вмѣстѣ съ тѣмъ должникомъ по другому— встрѣчному [1]).

произвольно измѣнять его въ фиктивное ipso jure, Dernburg, loc. cit., стр. 299; Vangerow, т. 3, § 618, прим. 1, стр. 361.

[13]) Dernburg: Kompensation, стр. 310. Къ такому взгляду присоединяется и Vangerow, loc. cit., прим. 1, стр. 362; ср. также Lenel: Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876, стр. 139.

[14]) Brinz въ Bekkers Jahrbuch, т. 1, статья 2, объясняетъ поговорку „ipso jure compensari“ слѣдующимъ образомъ: требованія сами собой, т. е. „sine facto hominis“ покрываютъ другъ друга, но это еще не значитъ, что они „погашаются“ сами собой. Такимъ образомъ онъ приходитъ къ слѣдующему заключенію: „когда два требованія встрѣчаются, само собою наступаетъ *право* на компенсацію“. Liebknecht, loc. cit., стр. 10. По мнѣнію Windscheid'a, т. 2, § 349, выраженіе ipso jure compensari означаетъ, что *exceptio* compensationis возникаетъ въ силу *правовой нормы*, а не на основаніи одного лишь дѣйствія должника, ссылающагося на нее. Но таковъ характеръ каждой exceptio, нѣтъ поэтому никакого повода особенно его подчеркивать при компенсаціи. Windscheid на это возражаетъ, что „поводъ къ такому выдѣленію exceptio compensationis заключается въ томъ, что при ней рѣшеніе должника осуществить ее играетъ гораздо бо̀льшую роль, чѣмъ при другихъ exceptiones; осуществленіе компенсаціи связано съ имущественными жертвами, такъ что можно было бы подумать, будто она достигнута исключительно благодаря этимъ жертвамъ, принесеннымъ должникомъ“. Но такое объясненіе врядъ ли кого можетъ удовлетворить. Много и другихъ exceptiones требуютъ извѣстныхъ жертвъ; такъ, напр., покупатель, противъ котораго былъ предъявленъ искъ о покупной платѣ, возражаетъ указывая на недостатки товара и предлагая его возвратить. Тѣмъ не менѣе, никто не считаетъ необходимымъ подчеркивать, что это возраженіе существуетъ ipso jure прежде, чѣмъ на него сошлются. Само собою разумѣется, что отвѣтчики, ссылаясь на exceptiones, опираются на нихъ, какъ на существующее уже право, но не создаютъ ихъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ заново.—Впрочемъ, практическаго различія между взглядами Brinz'a и Windscheid'a съ одной стороны и взглядомъ, защищаемымъ Dernburg'омъ и Vagnerow'ымъ съ другой, не существуетъ. Различныя воззрѣнія относительно ipso jure compensari собраны у Windscheid'a, loc. cit., прим. 10.

[1]) l. 9. C. h. t. Gordianus: Ejus, quod non ei debetur qui convenitur, sed alii compensatio fieri non potest. Въ l. 18, § 1. D. h. t. 16. 2 Папиніанъ говоритъ libro 3 responsorum: Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare. Но такой взглядъ находится въ связи съ недостаточнымъ раз-

2. Зачету подлежатъ лишь такія требованія, которыя *признаны правомъ* и не могутъ быть оспариваемы путемъ *exceptio peremptoria* [2]). Къ зачету допускаются и нѣкоторыя натуральныя обязательства [3]).

3. Взаимныя требованія должны быть *однородны*. Поэтому наиболѣе пригодны для компенсаціи требованія, предметомъ которыхъ являются деньги или другія замѣнимыя вещи [4]).

Требованія, которыя первоначально являлись разнородными, но впослѣдствіи стали однородными, пріобрѣтаютъ тѣмъ самымъ способность къ компенсаціи [5]).

4. Наконецъ, необходимо, чтобы истекъ срокъ требованій, подлежащихъ зачету [6]).

Съ того момента, какъ требованія сдѣлались способными къ компенсаціи, обѣ стороны получаютъ право на ихъ зачетъ, т. е. exceptio compensationis.

Встрѣчаются случаи, когда лицо можетъ предъявить такую exceptio compensationis, которая первоначально пріобрѣтена была

витіемъ цессіи при Папиніанѣ. Въ современномъ правѣ для передачи требованія достаточно одной лишь направленной на это воли сторонъ, которая выражается, между прочимъ, и въ предоставленіи требованія для компенсаціи. См. Dernburg, loc. cit., стр. 388 и приведенныхъ тамъ авторовъ. Напротивъ Eisele съ своей стороны отвергаетъ, ссылаясь на опредѣленіе Папиніана, всякія соглашенія о цессіи, имѣющей цѣлью доставить цессіонарію возможность компенсировать уступленное требованіе съ требованіемъ должника—debitor cessus. Онъ утверждаетъ, что подобная цессія можетъ быть оспорена какъ сдѣлка, основанная на притворствѣ—simulatio. Но въ данномъ случаѣ о simulatio не можетъ быть и рѣчи, и праву неизвѣстно подобное ограниченіе цессіи. Германскій конкурсный уставъ, § 48, Abs. 3 запрещаетъ лишь компенсацію такихъ требованій, которыя пріобрѣлъ должникъ несостоятельнаго должника, зная, что послѣдній прекратилъ платежи или что подано заявленіе объ учрежденіи конкурса. Сверхъ того предполагается, что открытіе конкурса произошло не позже 6 мѣсяцевъ послѣ пріобрѣтенія требованія.

[2]) l. 14. D. h. t. 16. 2. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 390; требованіе, противъ котораго можетъ быть заявлено возраженіе, не можетъ быть зачтено.

[3]) Ср. выше § 4, прим. 12. Примѣняется это положеніе въ l. 20, § 2. D. de statuliberis. 40. 7, касающейся обязательства между рабомъ и наслѣдникомъ его господина. Относительно современнаго права ср. Dernburg, loc. cit., стр. 472.

[4]) Dernburg, привед. сочин., стр. 483; Eisele, привед. сочин., стр. 315; гражд. улож. для герман. имперіи, § 387.

[5]) И вещныя притязанія могутъ компенсироваться при соблюденіи названныхъ условій, l. 14, pr. C. h. t.; § 30. I. de actionibus. 4. 6; Dernburg, loc. cit., стр. 352.

[6]) l. 7, pr. D. h. t. 16. 2. Ulpianus libro 28 ad edictum: Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat. Это правило распространяется и на договоръ объ отсрочкѣ, если только дѣло идетъ не о простой льготѣ, данной изъ одной только любезности съ тою цѣлью, чтобы должникъ имѣлъ возможность изыскать средства къ платежу, ср. l. 16, § 1. D. h. t.

другимъ лицомъ. Точно также эта exceptio можетъ имѣть силу не по отношенію къ тому вѣрителю, противъ котораго она была направлена при своемъ возникновеніи, а противъ *другого* лица:

a) *Поручитель* можетъ пользоваться для компенсаціи требованіями главнаго должника, такъ какъ онъ вообще имѣетъ право защищаться при помощи возраженій, принадлежащихъ тому, за кого онъ поручился [7]).

b) *Корреальный должникъ* можетъ употребить для компенсаціи требованія, принадлежащія содолжнику, если только послѣдній состоитъ съ нимъ въ товариществѣ и въ силу этого обязанъ принимать участіе въ уплатѣ корреальнаго долга [8]).

c) Наконецъ, *debitor cessus* можетъ противопоставить цессіонарію требованія, которыя онъ имѣлъ къ цеденту *во время увѣдомленія о цессіи—denuntiatio*. По болѣе строгому взгляду здѣсь допускается зачетъ лишь такихъ требованій, которыя ко времени denuntiatio удовлетворяли всѣмъ необходимымъ для компенсаціи условіямъ. Но исходя изъ того соображенія, что одностороннее дѣйствіе кредитора вообще не можетъ ухудшать положеніе должника, мы должны пойти дальше. Слѣдуетъ, поэтому, допустить противъ цессіонарія предъявленіе и такихъ требованій, которыя принадлежали должнику противъ цедента во время denuntiatio, *хотя бы срокъ имъ долженъ былъ наступить позднѣе*. Не допускается зачетъ лишь такихъ обязательствъ противъ цедента, срокъ которымъ наступаетъ *позднѣе* срока *того требованія, которое было предметомъ цессіи*. Это ограниченіе необходимо. Было бы поощреніемъ вѣроломства, еслибы debitor cessus могъ лишить всякаго значенія уступленное цессіонарію обязательство, затя-

---

[7]) l. 5. D. h. t. 16. 2. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 770 поручитель можетъ отказывать кредитору въ удовлетвореніи, пока кредиторъ имѣетъ возможность получить удовлетвореніе путемъ зачета своего требованія на годное ко взысканію требованіе главнаго должника.

[8]) l. 10. D. de duobus reis. 45. 2. Papinianus libro 37 quaestionum: Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Ср. ниже § 73, прим. 10. По аналогіи слѣдуетъ допустить, что должникъ можетъ предъявить къ корреальному вѣрителю для компенсаціи требованіе, которое онъ имѣетъ къ другому корреальному вѣрителю, если тотъ и другой состоятъ въ товариществѣ, Dernburg, loc. cit., § 463. По поводу этого вопроса мнѣнія расходятся; см. авторовъ, приведенныхъ у Windscheid'a, § 350, прим. 20. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 422, Abs. 2 гласитъ: требованіе, принадлежащее только одному изъ совокупныхъ должниковъ, не можетъ быть предъявлено къ зачету остальными должниками. Ср. и § 429, Abs. 3.

гивая его исполненіе до тѣхъ поръ, пока не наступитъ срокъ его требованія къ цеденту и представляя его затѣмъ къ зачету противъ цессіонарія [9])[10]).

Компенсація не допускается:

1. въ случаѣ отреченія должника отъ своего права на компенсацію [11]),

2. по отношенію къ требованію возврата того, что̀ должникъ присвоилъ себѣ путемъ незаконнаго произвола [12]),

3. по отношенію къ требованіямъ о возвратѣ поклажи; это распространяется и на depositum irregulare, заключающееся въ обязанности возвратить лишь вещи одного рода съ отданными на храненіе [13]),

---

[9]) Относительно компенсаціи въ случаѣ цессіи см. Dernburg, loc. cit., стр. 402 и кромѣ приведенныхъ тамъ писателей еще Eisele, loc. cit., стр. 305.—R. G. E., т. 4, стр. 255 и т. 11, стр. 301 стоятъ на защищаемой здѣсь точкѣ зрѣнія по крайней мѣрѣ по отношенію къ прусскому праву; въ такомъ же смыслѣ имперскій судъ толкуетъ повидимому и обще-германское право, ср. Bolze: Praxis des Reichsgerichts, т. 1, стр. 97. См., впрочемъ, Ohnsorge въ Jherings Jahrb., т. 20, стр. 295. Того же взгляда по существу держится и гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 406 и 392.

[10]) Бываютъ случаи, когда при двустороннихъ обязательствахъ правомъ требованія обладаетъ не то лицо, на которое возложены вытекающія изъ сдѣлки обязанности. Однако, это обстоятельство не лишаетъ отвѣтчика права сослаться на exceptio non adimpleti contractus такъ, какъ будто самъ истецъ долженъ выполнить соотвѣтствующія обязанности. Exceptio non adimpleti contractus сводится къ простой компенсаціи, если оба требованія заключаются въ деньгахъ, какъ напр., въ томъ случаѣ, когда право покупателя на вещь превращается въ требованіе интереса. Такимъ образомъ, въ подобныхъ случаяхъ, происходитъ компенсація несмотря на то, что вѣритель по одному требованію не является должникомъ по другому, l. 19. D. h. t. 16. 2; Dernburg, loc. cit., стр. 372. Такая же компенсація можетъ произойти и въ другихъ случаяхъ, когда допускается jus retentionis.

[11]) Заключается ли такой отказъ въ обѣщаніи заплатить „наличными“, напр., автору сочиненія тотчасъ по доставленіи рукописи,—вопросъ этотъ слѣдуетъ рѣшать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по обстоятельствамъ дѣла.

[12]) l. 14, § 2. C. h. t. 4. 31. При этомъ не предполагается непремѣнно умышленная неправомѣрность дѣйствія; достаточно всякаго самоуправства съ объективной точки зрѣнія; Dernburg, loc. cit., стр. 511. Ср. R. G. E., т. 19, стр. 237; Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 19. Гражд. улож. для герман. имперіи опредѣляетъ: зачетъ не допускается по отношенію къ такому требованію, которое возникло изъ умышленнаго недозволеннаго дѣйствія.

[13]) l. 11. C. depositi. 4. 34; l. 14, § 1 in fine. C. h. t. 4. 31; § 30. I. de actionibus. 4. 6. См. ниже, § 93; Dernburg, loc. cit., стр. 514. Eisele, привед. сочин., стр. 351, безъ достаточнаго основанія не признаетъ за этимъ исключеніемъ практическаго значенія. Ср. R. G. E., т. 12, стр. 89. Имперскій судъ не допускаетъ компенсаціи и при depositum irregulare. По гражд. улож. для герман. имперіи депозитарій можетъ производить зачетъ.

4. по отношенію къ требованіямъ, направленнымъ на доставленіе содержанія—alimenta [14]),

5. въ видѣ особой привилегіи казны не допускается зачетъ требованія одного вѣдомства съ требованіемъ къ казнѣ по другому вѣдомству [15]).

Точно также и нѣкоторыя требованія казны и городскихъ обществъ вообще не подлежатъ компенсаціи [16]).

Справедливость института компенсаціи особенно рельефно обнаруживается въ *конкурсѣ*. Тотъ изъ вѣрителей общаго должника, который въ то же время является его должникомъ, естественно можетъ покрыть свое требованіе своимъ же долгомъ. Поэтому вполнѣ справедливо, чтобъ онъ не вносилъ долга въ конкурсную массу для распредѣленія между всѣми кредиторами, а зачелъ его за свое требованіе, какъ бы выдѣливъ его изъ общей массы.

Вслѣдствіе этого при конкурсѣ основныя начала компенсаціи значительно расширяются и получаютъ сообразно съ этимъ особую конструкцію, что̀ мы и видимъ въ доюстиніановомъ конкурсномъ правѣ [17]). Для компенсаціи достаточно, чтобы у конкурснаго вѣрителя и несостоятельнаго должника еще *до открытія конкурса имѣлись взаимныя требованія*. Сверхъ того безразлично, истекъ ли срокъ этихъ требованій ко времени открытія конкурса и были ли они однородны. Даже обязательства, связанныя съ какимъ-либо условіемъ, даютъ право на компенсацію; хотя въ такомъ случаѣ долгъ по истеченіи срока уплачивается въ общую массу, однако только подъ обезпеченіемъ, что онъ будетъ возвращенъ, если условіе осуществится.

---

[14]) Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 519. Компенсація не допускается и противъ косвенныхъ требованій алиментаціи; что касается невыданныхъ алиментовъ, то компенсація противъ такого требованія не допускается лишь въ томъ случаѣ, если недополученное содержаніе можетъ еще служить цѣлямъ алиментаціи. Относительно права на пенсію см. R. G. E., т. 21, стр. 186. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 394 опредѣляетъ: поскольку извѣстное требованіе не подлежитъ обращенію на него взысканія, оно не можетъ быть погашено зачетомъ.

[15]) l. 1. C. h. t. 4. 31. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 395.

[16]) l. 20. D. h. t. 16. 2; l. 3, l. 7. C. h. t. 4. 31; l. 46, § 5. D. de jure fisci. 49. 14; Dernburg, loc. cit., стр. 524; Eisele, loc. cit., стр. 349.

[17]) K. O., §§ 46 слѣд., Schrutka-Rechtenstamm: Die Kompensation im Konkurse, 1881; Kohler: Konkursrecht, стр. 123; Lothar Seuffert: Konkursprozessrecht, стр. 229.

§ 64. Осуществленіе и послѣдствія компенсаціи.

1. Компенсація производится путемъ заявленія, которое одна сторона дѣлаетъ другой [1]). Чаще всего это заявленіе дѣлается во время процесса отвѣтчикомъ въ видѣ возраженія (exceptio).

2. Должникъ, имѣющій пригодное для компенсаціи требованіе, можетъ пользоваться имъ для зачета даже въ томъ случаѣ, если вѣрителемъ былъ предъявленъ искъ въ то время, когда это требованіе должника уже было погашено давностью. Разъ возникшая *exceptio* compensationis уже не можетъ быть уничтожена исковой давностью [2]).

3. Отвѣтчикъ, имѣющій противъ истца нѣсколько требованій, можетъ по общему правилу употребить для компенсаціи любое изъ нихъ по собственному усмотрѣнію. Если же *вѣрителю* принадлежитъ нѣсколько требованій, то онъ въ правѣ заявить должнику, какое изъ нихъ предназначается имъ для компенсаціи [3]); но разъ вѣритель сдѣлалъ такое заявленіе, то онъ имъ уже связанъ. Бываетъ, что вѣритель предъявляетъ искъ по *одному* изъ своихъ требованій, не сдѣлавъ ни въ самомъ искѣ, ни до его предъявленія упомянутаго заявленія. Въ такомъ случаѣ должникъ имѣетъ право употребить для компенсаціи именно то требованіе, на основаніи котораго предъявленъ искъ. Вчиная искъ по одному изъ своихъ требованій, истецъ тѣмъ самымъ даетъ понять, что онъ желаетъ его удовлетворенія прежде всѣхъ другихъ, а потому и долженъ предоставить отвѣтчику возможность учинить это удовлетвореніе путемъ компенсаціи. Поэтому такъ наз. реплика компенсаціи, при которой вѣритель для зачета съ требованіемъ, представленнымъ должникомъ для компенсаціи, предлагаетъ другое изъ своихъ требованій, допускается лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель заранѣе заявилъ о такомъ желаніи.

---

[1]) Спрашивается, производится ли компенсація *судьей* по ходатайству одного изъ тяжущихся (таковъ былъ исходный пунктъ развитія римскаго права), или она происходитъ уже въ силу *односторонняго заявленія одного участника въ процессѣ* своему противнику? Послѣднее болѣе соотвѣтствуетъ современному развитію права См. R. G. E., т. 11, стр. 119; Ohnsorge въ Jherings Jahrb., т. 20, стр. 285. Ср. также Lippman въ Jherings Jahrb., т. 32, стр. 157; Geib: Theorie der gerichtlichen Kompensation, 1897. Гражд. улож.. для герман. имперіи, § 388 гласитъ: зачетъ совершается черезъ заявленіе, обращенное къ другой сторонѣ.

[2]) Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 472. Таковъ господствующій взглядъ, который раздѣляется и имперскимъ судомъ. Bolze: Praxis des Reichsgerichts, т. 1. стр. 88; гражд. улож. для герман. имперіи, § 390, п. 2.

[3]) Ср. l. 5. D. h. t. 16. 2.

Тѣмъ не менѣе каждая сторона можетъ требовать, чтобы связанныя между собою требованія, особенно вытекающія изъ одной и той же сдѣлки, зачитывались другъ съ другомъ преимущественно передъ требованіями вполнѣ самостоятельными [4]).

4. Несмотря на свои справедливыя основанія, компенсація однако въ процессуальномъ отношеніи имѣетъ огромныя неудобства. Она даетъ должнику возможность оттянуть рѣшеніе, основанное на вполнѣ достовѣрномъ искѣ, представленіемъ для зачета какого-либо сомнительнаго или даже мнимаго требованія.

Поэтому Юстиніанъ предоставилъ судьямъ право, если искъ доведенъ уже до окончательнаго рѣшенія, оставить недостовѣрныя—illiquidae—встрѣчныя требованія до особаго разбирательства, а отвѣтчика присудить къ исполненію теперь же согласно съ искомъ. Подъ «liquidae» слѣдуетъ разумѣть такія требованія, наличность которыхъ установлена получившимъ законную силу рѣшеніемъ, сдѣланнымъ на судѣ признаніемъ или засвидѣтельствованными документами. На ряду съ ними стоятъ такія требованія, которыя черезъ непродолжительное время или по крайней мѣрѣ до окончанія главнаго дѣла могутъ превратиться въ liquidae [5]).

---

[4]) Этотъ вопросъ принадлежитъ къ числу наиболѣе спорныхъ. Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 549; Eisele, loc. cit., стр. 365; Windscheid, т. 2, § 349, прим. 21 слѣд. Въ источникахъ мы не находимъ никакой опоры для его разрѣшенія. Принципіальныя соображенія, которыя приводятся въ пользу того или иного воззрѣнія, не имѣютъ достаточно убѣдительной силы. Въ виду этого является наиболѣе цѣлесообразнымъ примкнуть къ практикѣ имперскаго суда, которая приходитъ къ тѣмъ же положеніямъ, какія выше формулированы въ нашемъ текстѣ. Ср. R. O. H. G. E., т. 7, стр. 367, т. 12, стр. 389, т. 19, стр. 76 и приведенныя тамъ рѣшенія; Bolze: Praxis des Reichsgerichts, т. 1, стр. 89, казусъ 413. Ср. также рѣшеніе имперскаго суда у Seuffert'a: Archiv, т. 48, казусъ 252; Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg, т. 19, стр. 208; Leonhard, привед. сочин., стр. 166; гражд. улож. для герман. имперіи, § 396. Ср. Dernburg: Bürg. Recht, т. 2, отд. 1, § 129.

[5]) l. 14, § 1. C. h. t. 4. 31: Ita tamen compensationis obici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare, satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi, hoc itaque judices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant. Относительно разнообразныхъ толкованій этого закона и развитія его въ обще-германскомъ правѣ ср. Dernburg, loc. cit., стр. 554, Hasse въ Archiv fur civ. Praxis, т. 7, статья 9. Hasse доказывалъ, что для

Въ замѣнъ этихъ опредѣленій Юстиніана германскій уставъ гражд. судопроизводства установилъ другія правила [5]), въ силу которыхъ допускаются:

a) *Отклоненіе обсужденія* exceptio compensationis, вытекающей изъ претензіи, не связанной съ главнымъ требованіемъ, до особаго разбирательства въ отдѣльномъ процессѣ.

b) *Частичное рѣшеніе* суда относительно искового требованія съ отдѣленіемъ производства о компенсаціи, если она основана на требованіи, не связанномъ съ главнымъ искомъ.

Законъ предоставляетъ примѣненіе указанныхъ мѣръ на усмотрѣніе суда. Но само собой разумѣется, что судъ ихъ допускаетъ лишь въ томъ случаѣ, когда соединеніе производства по тому и другому требованію вмѣстѣ порождаетъ путаницу или ведетъ къ нежелательной волокитѣ.

Германскій уставъ гражд. судопроизводства касается здѣсь одной лишь процессуальной стороны компенсаціи, *матеріальное же право остается незатронутымъ*. Поэтому, если впослѣдствіи требованіе компенсаціи окажется основательнымъ, то истецъ присуждается къ возвращенію всего излишка, который онъ получилъ благодаря тому, что въ состоявшемся ранѣе рѣшеніи суда компенсація не была принята во вниманіе [7]).

требованій, вытекающихъ ex eadem causa, не считалось необходимымъ, чтобы они были liquidae. Хотя такой взглядъ не находитъ никакихъ оправданій въ Юстиніановомъ правѣ, онъ тѣмъ не менѣе оказалъ вліяніе на современныя законодательства.

[6]) C. P. O., § 136 и § 274. Литературу этого вопроса см. у Seuffert'a. C. P. O., § 136. Ср. кромѣ того Petersen въ Zeitschrift für Civilprozess, т. 19, стр. 114 и слѣд.

[7]) Взгляды процессуалистовъ на силу постановленій германскихъ судебныхъ уставовъ расходятся. Такъ многіе полагаютъ, что опредѣленія эти касаются и самаго права на компенсацію. Дальше всѣхъ въ этомъ направленіи заходитъ Seuffert: Kommentar, loc. cit. По его мнѣнію „частичное рѣшеніе суда" совершенно уничтожаетъ exceptio compensationis. „Отвѣтчику, проигравшему дѣло, предоставляется предъявить на основаніи своего встрѣчнаго требованія самостоятельный искъ, который подчиняется общимъ правиламъ о подсудности. Въ этомъ новомъ процессѣ стороны мѣняются ролями. Искъ этотъ, если только окажется правильно обоснованнымъ, влечетъ за собой присужденіе отвѣтчика *къ платежу*, но онъ не разсматривается какъ дополнительное рѣшеніе суда относительно *компенсаціи*". По нашему мнѣнію, такой взглядъ не согласуется даже съ текстомъ судебныхъ уставовъ. По опредѣленію Seuffert'a рѣшеніе суда относительно иска является не „частичнымъ", а окончательнымъ, разъ навсегда устраняющимъ exceptio compensationis. То обстоятельство, что первоначальный отвѣтчикъ могъ бы, не боясь exceptio rei judicatae, положить въ основаніе новаго иска то требованіе, которое онъ тщетно пытался употребить для компенсаціи, не дѣлаетъ еще изъ „окон-

Компенсація, какъ и всякое другое возраженіе (exceptio) освобождаетъ отъ обязательства всякаго, ссылающагося на нее, съ того момента, когда наступили *всѣ объективныя условія, необходимыя для ея признанія.* Поэтому, если судъ уважитъ ходатайство о зачетѣ, то при опредѣленіи ея послѣдствій въ основаніе берется *не время судебнаго рѣшенія, а тотъ моментъ, когда оба встрѣчныя требованія сдѣлались годными для компенсаціи* [8]).

Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ:

1. Съ упомянутаго момента при зачетѣ встрѣчныхъ требованій прекращается теченіе процентовъ по нимъ [9]).

2. Если должникъ чинитъ платежъ, не зная, что у него имѣется встрѣчное требованіе, дающее ему право на компенсацію, то онъ не обязанъ ограничиться предъявленіемъ своего требованія въ исковомъ порядкѣ. Ему сверхъ того принадлежитъ право вытребовать уплаченную имъ сумму путемъ condictio indebiti [10]), такъ какъ

чательнаго" „частичное" рѣшеніе. Вообще, нѣтъ никакого основанія полагать, что матеріальное право должно терпѣть ущербъ отъ неясной и скользкой редакціи судебныхъ уставовъ. Напротивъ, процессуальныя формы должны быть такого рода, чтобы онѣ могли служить интересамъ матеріальнаго права. Поэтому слѣдуетъ остановиться на томъ, что содержаніемъ отдѣльнаго разбирательства является *exceptio compensationis*; получается такимъ образомъ добавочное производство, при которомъ положеніе сторонъ остается неизмѣняемымъ, какъ это, напр., соблюдается въ производствѣ по документамъ. Противное мнѣніе представляетъ собою большой шагъ назадъ. Seuffert самъ запутывается въ своемъ опредѣленіи. Онъ говоритъ: „Бываетъ, что exceptio compensationis основывается на требованіи, направленномъ не противъ истца, а противъ третьяго лица; напр., debitor cessus, къ которому цессіонарій предъявилъ искъ, основываетъ свое ходатайство о компенсаціи на требованіи къ цеденту, возникшемъ еще до цессіи. При помощи компенсаціи также осуществляется требованіе третьяго лица, напр., поручитель пользуется для компенсаціи требованіемъ главнаго должника. Во всѣхъ этихъ случаяхъ раздѣленіе производства повело бы къ тому, что встрѣчное требованіе противъ истца сдѣлалось бы вообще неосуществимымъ. Это являлось бы столь сильнымъ вторженіемъ въ матеріальное право, что такое раздѣленіе слѣдуетъ считать недопустимымъ или по крайней мѣрѣ нежелательнымъ". Но съ этимъ не вяжется стремленіе уставовъ гражданскаго судопроизводства предотвратить волокиту въ гражданскомъ процессѣ. Соединенные гражданскіе департаменты имперскаго суда— R. G. E., т. 31, стр. 1—поэтому постановили, что частичнымъ рѣшеніемъ, предусмотрѣннымъ въ C. P. O., § 274, дѣло не рѣшается еще окончательно. Оно имѣетъ силу рѣшенія лишь подъ условіемъ зачета. Въ томъ же смыслѣ примѣняются и C. P. O., § 502, Abs. 3, § 503, § 562, Abs. 3, § 563.

[8]) Тотъ же принципъ выражаетъ и гражд. улож. для герман. имперіи § 389: зачетъ влечетъ за собою признаніе требованій, насколько они покрываютъ другъ друга, погашенными съ того момента, когда наступили условія для ихъ зачета.

[9]) l. 11. D. h. t. 16. 2; l. 4. C. h. t. 4. 31; l. 7. C. de solutionibus. 8. 42.

[10]) l. 10, § 1. D. h. t. 16. 2.

онъ заплатилъ то, чего платить вовсе не былъ обязанъ; вѣдь у него тогда имѣлась exceptio, парализующая направленное противъ него требованіе.

3. Въ силу тѣхъ же соображеній прекращаются и всѣ невыгодныя послѣдствія просрочки должника съ того момента, когда имѣются налицо всѣ необходимыя для компенсаціи условія [11]).

III. Договоры о прощеніи долга [1]).

§ 65. Добровольное соглашеніе о прощеніи долга.

1. Обязательство прекращается, если вѣритель освобождаетъ должника отъ исполненія, изъявляя свою волю—отказаться отъ требованія, а должникъ соглашается на такое освобожденіе [2]).

2. Освобожденіе отъ обязательства происходило въ Римѣ обыкновенно въ видѣ acceptilatio [2]). Однако послѣдняя могла быть замѣнена и неформальнымъ pactum de non petendo; на основаніи такого соглашенія должникъ, въ случаѣ предъявленія къ нему иска, могъ сослаться на exceptio pacti de non petendo.

3. По обще-германскому праву и современнымъ законодательствамъ для прекращенія обязательства такъ же, какъ и для его возникновенія достаточно простого неформальнаго заявленія [4]).

Такое прощеніе долга обыкновенно погашаетъ обязательство окончательно.

Естественно, подобное освобожденіе отъ обязательства можетъ ограничиваться опредѣленными лицами или быть поставлено въ зависимость отъ извѣстныхъ условій.

---

[11]) Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 589; Windscheid, т. 2, § 349, прим. 7. Тамъ приведены и противоположныя мнѣнія.

[1]) Völderndorff: Zur Lehre vom Erlass, 1850; Scheurl: Beiträge, т. 2, стр. 14; Unger, loc. cit., стр. 560; Altmann: Der Erlassvertrag, 1891; Meissels: Zur Lehre vom Verzichte въ Grünhuts Zeitschrift, т. 18, статья 9.

[2]) l. 91. D. de solutionibus. 46. 3.

[3]) Выше, § 54.

[4]) Прощеніе долга не представляетъ нынѣ изъ себя acceptilatio, подобно тому, какъ неформальный обязательственный договоръ, порождающій право требованія, не считается стипуляціей, ср. выше § 54, прим. 6. Соглашеніе о прощеніи обязательства является лишь институтомъ обще-германскаго права, аналогичнымъ неформальному способу заключенія обязательствъ. Во всякомъ случаѣ его нельзя отождествлять съ римскимъ pactum de non petendo, которое порождало лишь exceptio и могло служить для отсрочки долга также, какъ и для его прощенія. Ср., однако, Vangerow, т. 3, § 621, прим. 1, а также Windscheid, т. 2, § 357, прим 9.

Если вѣритель *лишь на время* отказывается отъ осуществленія своего требованія, то это не прощеніе долга, а *отсрочка.*

Цѣль прощенія долга можетъ заключаться въ дареніи. Но это отнюдь не является обязательнымъ условіемъ. Можно, напр., простить часть своего требованія, въ видѣ «уступки въ интересахъ дѣловыхъ отношеній», или съ тѣмъ, чтобы этимъ вѣрнѣе обезпечить уплату остальной части. Въ подобныхъ случаяхъ нѣтъ требуемаго для дарения animus donandi, т. е. намѣренія оказать щедрость [5]).

§ 66. Принудительное прощеніе долга.

1. Подъ принудительнымъ прощеніемъ долга разумѣютъ тотъ случай, когда большинство вѣрителей общаго должника соглашается, при содѣйствіи судебной власти, отказаться отъ своихъ требованій, при чемъ это соглашеніе дѣлается обязательнымъ и для меньшинства.

2. Такое принудительное прощеніе практиковалось въ Римѣ лишь съ цѣлью облегчить наслѣдникамъ возможность принять обремененное долгами наслѣдство [1])[2]). По обще-германскому праву подобное принужденіе кредиторовъ допускалось во всѣхъ случаяхъ несостоятельности должника для предотвращенія конкурса [3]).

3. Германскій конкурсный уставъ [4]) не признаетъ принудительнаго прощенія до открытія конкурса съ цѣлью *устраненія* послѣдняго, а устанавливаетъ *принудительную мировую сдѣлку*—Akkord, которая происходитъ уже по открытіи конкурса и послѣ засѣданія, назначеннаго для разсмотрѣнія требованій. Эта мировая сдѣлка имѣетъ своей цѣлью окончаніе конкурса и состоитъ обыкновенно въ томъ, что прощается часть долга; иногда, впрочемъ, должнику дается только отсрочка. Въ случаѣ же злостнаго банкротства такая сдѣлка вообще не допускается.

Какъ переговоры, такъ и заключеніе мировой сдѣлки происходитъ между несостоятельнымъ должникомъ и тѣми изъ его кредито-

---

[5]) Относительно „causa“ договоровъ о прощеніи долга ср. статью Hartmann'a въ Archiv für civ. Praxis, т. 85.

[1]) l. 7. § 17, l. 10. D. de pactis. 2. 14. Ср. l. 54, § 1. D. de manumiss. testament. 40. 4; l. 58, § 1. D. mandati. 17. 1.

[2]) Сверхъ того Юстиніанову праву извѣстна принудительная отсрочка долга, такъ наз. moratorium, въ силу постановленія большинства кредиторовъ, обязательнаго для меньшинства; l. 8. C. qui bonis cedere possunt. 7. 71.

[3]) По поводу исторіи этого правового обычая ср. Fuchs: Das Konkursverfahren, 1863, стр. 83 слѣд.

[4]) К. О., §§ 160 слѣд.

ровъ, которые не пользуются особыми привилегіями. Для того, чтобы эта сдѣлка состоялась, требуется:

a) Согласіе большинства кредиторовъ, присутствующихъ при заключеніи сдѣлки.

b) Чтобы требованія этого большинства кредиторовъ составляли по крайней мѣрѣ $^3/_4$ всей суммы требованій, дающихъ право на голосъ.

Для дѣйствительности сдѣлки сверхъ того необходимо судебное утвержденіе, въ которомъ можетъ быть отказано по ходатайству даже одного изъ участвовавшихъ въ конкурсѣ кредиторовъ, если мировая состоялась незаконнымъ порядкомъ или же не согласуется съ общими интересами кредиторовъ.

Мировая сдѣлка обязательна какъ для присутствовавшихъ при голосованіи, такъ и для отсутствовавшихъ кредиторовъ; во всякомъ случаѣ она должна всѣмъ доставить одинаковыя права.

IV. Остальныя причины погашенія обязательствъ.

§ 67. Отпаденіе субъекта обязательства.

1. По общему правилу обязательственныя отношенія переходятъ на наслѣдниковъ какъ кредитора, такъ и должника [1]).

Даже въ томъ случаѣ, когда кредиторъ или должникъ умираютъ, не оставивъ наслѣдниковъ, всетаки обязательства не прекращаются тотчасъ же. Они остаются активомъ и пассивомъ наслѣдства или же конкурсной массы, если открывается конкурсъ надъ наслѣдствомъ.

2. Однако есть и такія требованія, которыя по предписанію закона или по особому соглашенію такъ тѣсно *связаны съ личностью участниковъ*, что прекращаются со смертью кредитора или должника. Впрочемъ, такіе случаи являются исключительными [2]).

3. Кромѣ того, обязательства прекращаются вслѣдствіе такъ наз. *confusio*, состоящей въ томъ, что *право требованія и обязанность его исполненія сливаются въ одномъ лицѣ* [3]). Обязательство прекра-

---

[1]) l. 37. D. de adquir vel. omittenda hered. 29. 2:..... et ea quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

[2]) Объ отдѣльныхъ случаяхъ подобнаго погашенія обязательствъ удобнѣе поговорить при изложеніи наслѣдственнаго права, чѣмъ въ данномъ мѣстѣ.

[3]) Modestinus libro 8 regularum—l. 75. D. de solutionibus. 46. 3—довольно высокопарно замѣчаетъ: Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio: nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis

щается въ данномъ случаѣ потому, что никто не можетъ быть собственнымъ своимъ должникомъ [4]). Наиболѣе частымъ случаемъ такого сліянія является *наслѣдованіе* кредиторомъ должнику и наоборотъ [5]). Но это отнюдь не единственный случай confusio; она происходитъ между прочимъ и вслѣдствіе *уступки требованія должнику* [6]).

Благодаря confusio экономическая цѣнность требованія перешла къ вѣрителю. Поэтому источники нерѣдко уподобляютъ confusio платежу. Правда, такое уподобленіе не лишено нѣкоторыхъ практическихъ послѣдствій, но едва ли оно можетъ быть проведено вполнѣ послѣдовательно [7]).

---

peremit petitionis actionem. Ср. Girtanner: Bürgschaft, стр. 504; Kuntze: Die Obligation, стр. 217; Fitting: Die Korrealobligation, стр. 103; Baron: Gesammtrechtsverhältnisse, стр. 335; Friedmann: Die Wirkungen der confusio, Greifswalder Inaug. Dissert., 1884; Mosler: Zur Lehre von der Konfusion, Berliner Inaug. Dissert., 1897; въ особенности же Paul Kretschmar: Die Theorie der Konfusion, 1899. Относительно l. 21, § 5. D. de fidejussoribus. 46. 1 см. Brunetti въ Archivio giuridico, т. 48, стр. 135.

[4]) Легко понять, какъ нѣкоторые—напр., Baron, loc. cit. — приходятъ къ тому взгляду, въ силу котораго процессъ confusio объясняется тѣмъ, что ни должникъ, ни вѣритель не могутъ заступить другъ друга, и что поэтому обязательство должно прекратиться. Однако, римскіе юристы врядъ ли раздѣляли такое мнѣніе. Они скорѣе полагали, что кредиторъ принимаетъ на себя собственный долгъ, а должникъ пріобрѣтаетъ требованіе противъ себя самого; все это совершается лишь на одинъ моментъ, такъ какъ вслѣдствіе соединенія роли вѣрителя и должника въ одномъ лицѣ обязательство тотчасъ погашается. Что римляне именно такъ представляли себѣ суть дѣла, доказываетъ само выраженіе „confusio“; за это же говоритъ и l. 7, § 1. D. de stipulatione servorum. 45. 3; ср. Windscheid, т. 2, § 352. Лишь при такихъ условіяхъ мы достигнемъ практическихъ результатовъ; иначе *уступка* требованія *должнику* была бы невозможна; самое требованіе тѣмъ не менѣе оставалось бы у цедента, что едва ли цѣлесообразно. По правильному воззрѣнію, подобная цессія вполнѣ дѣйствительна; осуществляясь въ лицѣ цессіонарія, она ведетъ къ погашенію обязательства путемъ confusio.

[5]) Если вѣритель или должникъ лишь отчасти наслѣдуютъ другъ другу, то confusio происходитъ пропорціонально унаслѣдованнымъ долямъ; l. 1. C. de actionibus hereditariis 4. 16. Gordianus: Pecuniam, quam tibi a matre debitam fuisse dicis, ab heredibus ejus coheredibus tuis pro parte tibi competenti petere debes.

[6]) Если пріобрѣтеніе права требованія впослѣдствіи утратитъ свое значеніе, то и confusio считается мнимой, и обязательство продолжаетъ существовать. Таковъ, напр., случай отмѣны завѣщанія и вступленія въ наслѣдство другого лица, благодаря такъ наз. querella inofficiosi testamenti, l. 21. § 2. D. de inofficioso testamento. 5. 2. Совсѣмъ иное дѣло, если наслѣдникъ уже *послѣ confusio* продастъ наслѣдство. Тогда прекратившееся путемъ confusio требованіе не можетъ само-по-себѣ возникнуть снова. Разумѣется, наслѣдникъ въ правѣ путемъ actio venditi требовать отъ покупателя уплаты прекратившагося требованія къ наслѣдодателю, и, наоборотъ, покупатель можетъ вычесть изъ покупной платы стоимость требованія наслѣдодателя къ наслѣднику, прекратившагося вслѣдствіе confusio. Ибо при продажѣ наслѣдства дѣло должно быть поставлено въ такое положеніе, какъ будто настоящимъ наслѣдникомъ является не продавецъ, а покупатель. Ср. l. 2, § 18. D. de her. vel act. vend. 18. 4, l. 20. D. eod.

[7]) Съ особой точностью высказывается Папиніанъ libro 37 quaestionum,

§ 68. **Прекращеніе обязательства вслѣдствіе невозможности его исполненія** [1]).

1. Обязательство прекращается, если исполненіе его становится объективно невозможнымъ, будь то невозможность фактическая или юридическая [2]).

Но и въ этомъ случаѣ обязательство сохраняетъ свое значеніе въ видѣ притязанія на денежное возмѣщеніе, если невозможность исполненія произошла вслѣдствіе такихъ дѣйствій должника, за которыя онъ отвѣчаетъ [3]), или если онъ допустилъ просрочку. Кромѣ того онъ обязанъ выдать всякое обогащеніе, полученное имъ благодаря событію, сдѣлавшему исполненіе обязательства невозможнымъ [4]).

Обязательство точно также прекращается и тогда, когда невозможность его исполненія происходитъ вслѣдствіе препятствій, заключающихся въ лицѣ *вѣрителя*.

Освобождается ли должникъ вообще отъ обязательства и въ какой именно степени, *если невозможность исполненія заключается въ его лицѣ или въ его дѣйствіяхъ*—это вопросъ, который рѣшается не одинаково для всѣхъ обязательствъ. Все зависитъ отъ того, подлежитъ ли должникъ отвѣтственности только за culpa или свыше

---

l. 50. D. de fidejussoribus. 46. 1: Debitori creditor pro parte heres extitit accepto coherede fidejussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius) solutionis potestate: sed pro parte coheredis obligatio salva est non fidejussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem. Въ другихъ мѣстахъ confusio уподобляется solutio, l. 21, § 1. D. de liberatione legata. 34. 3:..... confusione perinde exstinguitur obligatio ac solutione и также въ l. 71, pr. D. de fidejussoribus. 46. 1. Приведенное здѣсь мѣсто, къ которому мы еще вернемся, прямо показываетъ, что приравниваніе confusio къ solutio отнюдь не проводится послѣдовательно. Поэтому и неправильно разсматривать confusio, по примѣру Girtanner'a: Bürgschaft, стр. 504, какъ фингированное правомъ исполненіе обязательства должникомъ самому себѣ. Изъ l. 41, § 2. D. de evictionibus. 21. 2 нельзя сдѣлать подобнаго вывода. Ср. Windscheid, т. 2, § 352, прим. 4.

[1]) Mommsen: Beiträge, т. 1, стр. 228; Hartmann: Obligation, стр. 222; Brinz, т. 2, стр. 312.

[2]) Ср. выше § 16 и гражд. улож. для герман. имперіи, § 275. *Временная* невозможность исполненія имѣетъ значеніе одной лишь отсрочки. Но она становится равносильною окончательной невозможности, если благодаря ей дѣлается невозможнымъ достиженіе всей цѣли обязательства. Точно также обязательство прекращается всѣдствіе невозможности исполнить хоть *часть* его, если этимъ совершенно разстраивается та цѣль, на которую оно было направлено.

[3]) Ср. Bolze въ Archiv für civ. Praxis, т. 74, стр. 102. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 280, Abs. 1.

[4]) l. 35, § 4. D. de contr. emp. 18. 1; l. 14. D. de per. et comm. 18. 6. Ср. Mommsen, loc. cit., стр. 297. Это правило само-по-себѣ не распространяется на страховую премію.

этого. Кто, напр., продалъ вещь третьяго лица, тотъ не освобождается отъ обязательства въ силу того, что потомъ не имѣетъ возможности пріобрѣсти чужую вещь, которую онъ, заключая продажу, надѣялся достать [5]).

2. Главные случаи такой невозможности исполненія, которая освобождаетъ отъ обязательства, слѣдующіе:

a) *Уничтоженіе* индивидуально опредѣленнаго предмета обязательства (species) [6]); тѣ же послѣдствія имѣетъ и изъятіе такой вещи изъ гражданскаго оборота; если же она уничтожена не совсѣмъ и можетъ быть возстановлена, то обязательство не прекращается [7]).

b) Передача права собственности на индивидуально опредѣленную вещь—species—становится невозможной, если вѣритель *другимъ путемъ* уже сдѣлался ея собственникомъ [8]).

Если вѣритель произвелъ какія-либо издержки для пріобрѣтенія вещи, то можетъ требовать съ должника возмѣщенія ихъ, по крайней мѣрѣ въ томъ объемѣ, въ какомъ должникъ отъ этого обогатился [9]).

---

[5]) Cp. l. 9, pr. D. locati. 19. 2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere.

[6]) Римляне для обозначенія случайно приключившагося и постигшаго вещь „несчастія“ употребляли главнымъ образомъ терминъ „casus“, ср. l. 28. D. de R. J. 50. 17. См., между прочимъ, Brinz, loc. cit., стр. 312. Casus могъ заключаться какъ въ уничтоженіи предмета обязательства, такъ и въ его порчѣ. Но освобожденіе отъ обязательства вслѣдствіе невозможности его исполненія не ограничивается однимъ casus'омъ, какъ это нѣкоторые полагаютъ, напр., Brinz, loc. cit., см. ниже, прим. 8.

[7]) l. 98, § 8. D. de solutionibus. 46. 3. Ср. Mommsen, loc. cit., стр. 294 и приведенныхъ тамъ авторовъ; см. также Hartmann, loc. cit., стр. 225, прим. 2.

[8]) Hartmann, loc. cit., стр. 7 и слѣд., отрицаетъ, что мы здѣсь имѣемъ дѣло съ однимъ изъ случаевъ прекращенія обязательства вслѣдствіе невозможности его исполненія. Въ пользу нашего взгляда, однако, говоритъ l. 16, pr. D. de verb. obl. 45. 1. Pomponius libro 6 ad Sabinum: Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa, reliquus debetur mihi a te. Юристъ, очевидно, полагаетъ, что обязательство прекращается по отношенію къ тому предмету, который становится собственностью вѣрителя. На какомъ же другомъ основаніи, кромѣ невозможности исполненія, оно можетъ прекратиться?

[9]) l. 61. D. de solutionibus. 46. 3. Paulus libro 5 ad Plautium: In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio. Ср. Pauli sent., II, 17, § 8: Fundum alienum mihi vendidisti; postea idem ex causa lucrativa meus factus est; si pars pretii numerata sit, competet mihi adversus te ad pretium recuperandum actio ex empto; l. 84, § 5. D. de leg. I; Mommsen, loc. cit., т. 1, стр. 260.

Напротивъ, должникъ безусловно освобождается отъ обязательства въ случаѣ такъ наз. «concursus duarum causarum lucrativarum». Это бываетъ, когда вѣритель долженъ былъ получить какую-либо вещь отъ должника на основаніи какого-либо акта щедрости и пріобрѣтаетъ тотъ же предметъ инымъ, но тоже безмезднымъ путемъ [10]) [11]). Въ данномъ случаѣ вещь сама не можетъ быть передана въ собственность вѣрителя на томъ основаніи, что онъ уже и безъ того является ея собственникомъ; на вознагражденіе же вѣритель не имѣетъ права, такъ какъ онъ по данному поводу ничего не истратилъ.

3. Что касается *двусторонних сдѣлокъ*, то для нихъ не существуетъ общаго правила; въ частности, если при договорѣ найма лицо, отдающее вещь въ наймы, не имѣетъ возможности исполнить обязательство, то и наниматель освобождается отъ своей обязанности. Въ другихъ случаяхъ, напротивъ, сторона, лишенная безъ всякой своей вины возможности исполнить обязательство, сохраняетъ

---

[10]) Относительно прекращенія обязательства въ силу такъ наз. „concursus duarum causarum lucrativarum“, ср. Mommsen, loc. cit., стр. 252; Hartmann, loc. cit., стр. 3; Karl Schmidt: Erklärung der Rechtsregel über das Zusammentreffen zweier causae lucrativae въ Jherings Jahrb., т. 20, статья 9. Тамъ указана болѣе старая литература на стр. 411, прим. 2; ср. также Salkowski: Fortsetzung von Glücks Commentar, т. 49, стр. 122; Tigges: Ueber den concursus duarum causarum lucrativarum, Göttinger Inaug. Dissert., 1895.

[11]) Общее право формулировано въ l. 17. D. de obl. et act. 44. 7. Julianus libro 33 digestorum: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. Ср. l. 108, § 4. D. de leg. I. Africanus libro 5 quaestionum: Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi legavit: si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat, sin e duabus, tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari possit. Windscheid, т. 2, § 343a, прим. 6, доказываетъ, что предположеніе, по которому прекращеніе обязательства въ случаѣ concursus causarum lucrativarum основывается на невозможности исполненія, противорѣчитъ источникамъ; послѣдніе скорѣе видятъ основаніе прекращенія обязательства въ томъ, что вѣритель уже получилъ слѣдуемое ему и что у него „nihil abest“. Нельзя съ этимъ согласиться. Дѣйствительно, основаніе прекращенія обязательства, на которое указываютъ источники, состоитъ изъ нѣсколькихъ элементовъ. Оно опирается, вопервыхъ, на правило, что „bis eadem res praestari non potest“, а кромѣ того, на то обстоятельство, что у вѣрителя „nihil abest“. Вмѣсто вещи, которую уже нельзя больше доставить, въ данномъ случаѣ вознагражденіе за произведенныя издержки не должно слѣдовать потому, что на самомъ дѣлѣ никакихъ издержекъ не было. Windscheid со своей стороны объясняетъ высказанное имъ положеніе тѣмъ, что „воля, установившая требованіе, направлена была на то, чтобы вѣритель получилъ ту вещь, которая уже находится у него, и что, такимъ образомъ, эта воля установила право требованія не на тотъ случай, съ которымъ здѣсь имѣемъ дѣло“. Однако, это ничѣмъ не доказано. На точкѣ зрѣнія Windscheid'а стоитъ въ сущности Schmidt, loc. cit., стр. 440. Нашего взгляда держится Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 837. Ср. и Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 268, прим. 3.

право требованія къ своему контрагенту. Такое правило соблюдается по крайней мѣрѣ при куплѣ-продажѣ [12]).

4. Обязательство прекращается еще въ томъ случаѣ, если вѣритель теряетъ *всякій интересъ въ его исполненіи* [13]).

РАЗДѢЛЪ ШЕСТОЙ.

Нѣсколько обязательствъ, направленныхъ на одну и ту же цѣль. Солидарныя обязательства, поручительство—intercessio.

§ 69. Общія ученія [1]). Constitutum.

I. Сущности обязательства — вызвать въ пользу вѣрителя извѣстный результатъ — не противорѣчитъ возможность установленія нѣсколькихъ обязательствъ, которыя направлены на *одинъ и тотъ же* результатъ. Такимъ образомъ получается нѣсколько конкурирующихъ требованій, но одно лишь дѣйствіе. Подобное стеченіе обязательствъ можетъ имѣть мѣсто какъ между *одними и тѣми же*, такъ и между *различными* субъектами. Первоначально, впрочемъ, римская юриспруденція не была расположена допускать свободное развитіе конкурирующихъ обязательствъ. Основаніемъ этому служило опасеніе, что по *каждому* отдѣльному обязательству могло послѣдовать взысканіе и такимъ образомъ произойти *двойная расплата* тамъ, гдѣ имѣлась въ виду лишь *однократная*. Поэтому древняя юриспруденція при вторичномъ обѣщаніи того же самаго объекта предполагала новацію [2]), если только въ этомъ обѣщаніи заключалось что-либо новое; въ противномъ же случаѣ второе обѣщаніе считалось необязательнымъ [3]). Въ иныхъ случаяхъ при прекращеніи одного изъ конкурирующихъ требованій, по крайней мѣрѣ вслѣдствіе litis contestatio, и другое считалось прекратившимся.

---

[12]) Это будетъ подробнѣе разсмотрѣно при обозрѣніи отдѣльныхъ видовъ двусторонніхъ сдѣлокъ,

[13]) l. 32. D. locati. 19. 2. Julianus libro 4 ex Minitio: Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit: Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Ср. l. 97, § 1. D. de verb. obl. 45. 1. Иные взгляды высказываетъ Windscheid, т. 2, § 361, прим. 2; Krückmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 90, стр. 88.

[1]) Трудъ Mitteis'a: Die Individualisirung der Obligation, 1886, во многомъ сходится съ нашимъ изложеніемъ.

[2]) Выше, § 60, прим. 5.

[3]) l. 18. D. de verb. obl. 45. 1; l. 58. D. eod.; l. 9. § 2. D. de novationibus. 40. 2. Ср. Mitteis, loc. cit., стр. 6.

Однако въ позднѣйшемъ правѣ всѣ эти препятствія и осложненія, мѣшавшія стеченію нѣсколькихъ обязательствъ, направленныхъ на одну и ту же цѣль, болѣе не удержались. Было признано нецѣлесообразнымъ ограничивать для вѣрителя средства, путемъ которыхъ онъ могъ бы вытребовать должное ему.

Что касается прежде всего нѣсколькихъ обязательствъ *одного и того же должника* по поводу одного и того же объекта, то римское право въ своемъ дальнѣйшемъ развитіи допускало на ряду съ первоначальнымъ обязательствомъ и добавочныя стипуляціи. Въ современномъ правѣ подобные случаи встрѣчаются весьма часто: таково, напр., значеніе векселя, выданнаго безъ намѣренія новаціи на покупную плату.

II. Слѣдуетъ упомянуть еще объ одномъ институтѣ, игравшемъ въ римскомъ оборотѣ большую роль, нынѣ же утратившемъ свой римскій характеръ. Институтъ этотъ—constitutum [4]), т. е. обѣщаніе уплатить впослѣдствіи долгъ, уже раньше существовавшій. Изъ этого обѣщанія возникалъ особый искъ—такъ наз. actio de pecunia constituta [5]).

Чаще всего должники прибѣгали къ constitutum для того, чтобы получить отсрочку долга, срокъ уплаты котораго уже наступилъ [6]). Поэтому неисполненіе constitutum'а считалось поступкомъ особенно предосудительнымъ и недобросовѣстнымъ; этимъ и объясняется sponsio dimidiae partis доюстиніанова права, въ силу которой constituens кромѣ суммы долга присуждался еще ко взносу въ видѣ штрафа половины долга [7]). Необходимымъ условіемъ конститутума было существованіе во время его заключенія долга [8]). Это обязы-

[4]) Относительно constitutum'а ср. Tit. Dig. de pecunia constituta. 13. 5, Cod. 4. 18; Lenel: Edictum perpetuum, стр. 196; Bruns: Das Constitutum debiti въ его Kleine Schriften, т. 1, стр. 221 и въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 1, стр. 28. Исторія этого института изложена у Kappeyne van de Coppello: Abhandlungen, книжка 2, стр. 230; Karlowa въ Grünhuts Zeitschrift, т. 16, стр. 448.

[5]) Actio de pecunia constituta, какъ это видно изъ самаго названія, допускалась первоначально лишь при constitutum денежнаго долга; позднѣе однако этотъ искъ имѣлъ мѣсто и при долгахъ, касающихся fungibilia всякаго рода. Юстиніанъ въ l. 2. C. h. t. 4. 18 снабжаетъ искомъ constitutum любого долга.

[6]) Такъ Theophilus къ § 8, I. de actionibus. 4. 6; ср. l. 3, § 2. D. h. t. 13. 5; Bruns: Kleine Schriften, т. 1, стр. 245.

[7]) Gajus, Inst., IV, § 171.

[8]) l. 18, § 1. D. h. t. 13. 5. Ulpianus libro 27 ad edictum:... si quid tunc debitum fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Ср. l. 1, § 8, l. 2, l. 3, pr. D. h. t. 13. 5.

вало конституента къ платежу даже въ томъ случаѣ, когда лежащій въ основаніи конститута долгъ прекращался впослѣдствіи, напр., благодаря истеченію давности ко времени подачи иска, основаннаго на constitutum. Но произведенный *однажды* платежъ, конечно, погашалъ какъ главный долгъ, такъ и constitutum [9]).

Первоначально существенно необходимымъ для конститута условіемъ являлось установленіе срока уплаты. Однако позднѣйшая юриспруденція допускала constitutum и безъ этого условія, предоставляя, впрочемъ, въ такомъ случаѣ конституенту умѣренный срокъ для уплаты [10]).

Содержаніе института должно въ существенныхъ чертахъ согласоваться съ содержаніемъ главнаго долга. Тѣмъ не менѣе стали допускать и такіе конституты, которые устанавливали обязанность уплатить иной предметъ или вызывали другія измѣненія въ способѣ исполненія [11]). Если объемъ конститута превышалъ объемъ главнаго долга, то конститутъ имѣлъ силу лишь въ размѣрѣ послѣдняго [12]).

Заключить constitutum могъ, какъ должникъ по главному обязательству, такъ и *третье лицо* [13]).

Современному обороту конститутъ въ римскомъ смыслѣ чуждъ. Хотя и нынѣ совершаются обѣщанія уплаты долга, раньше существовавшаго, и хотя юристы, воспитанные въ духѣ римскаго права, охотно называютъ подобныя обѣщанія «конститутомъ», однако такія обязательства лишены всѣхъ характерныхъ чертъ римскаго конститута. Тотъ, кто нынѣ обѣщаетъ уплатить долгъ, имѣетъ обыкновенно въ виду исполнить то, *къ чему онъ будетъ обязанъ въ моментъ будущей уплаты*, а не то, что было предметомъ долга *въ моментъ обѣщанія* [14]). Точно также обѣщаніе платежа по долгу, уже

---

[9]) По древнимъ воззрѣніямъ litis contestatio по иску, основанному на конститутѣ, погашала искъ по главному долгу; иначе смотрѣли на это позднѣе, l. 18, § 3. D. h. t. 13. 5.

[10]) l. 21, § 1. D. h. t. 13. 5. Paulus libro 29 ad edictum: Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant: alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas: sed modicum tempus statuendum est, non minus X dierum, ut exactio celebretur.

[11]) l. 1, § 5. D. h. t. 13. 5; l. 5, pr. D. eod.

[12]) l. 11, § 1. D. h. t. 13. 5.

[13]) l. 5, §§ 2 и 3. D. h. t. 13. 5; l. 2, l. 26—28. D. eod. Ср. ниже, § 77.

[14]) Римскій принципъ основывается на толкованіи словъ формулы: „pecuniam debitam constituere“. Онъ придаетъ добавочному обѣщанію иное содержаніе, чѣмъ подкрѣпляемому имъ долгу. Это неестественно и не соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ современнаго оборота. Иного мнѣнія держится Windscheid, т. 2, § 284.

раньше существовавшему, не считается еще достаточнымъ основаніемъ для *отсрочки* этого долга.

Современное обѣщаніе уплаты не является цѣльнымъ и самостоятельнымъ институтомъ права. Оно скорѣе заключаетъ въ себѣ либо признаніе уже существующаго обязательства, либо поручительство или какую-либо иную сдѣлку, смотря по намѣренію контрагентовъ [15]).

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Солидарныя обязательства.

§ 70. Участіе нѣсколькихъ лицъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ вообще.

Нѣсколько лицъ могутъ различными способами и съ различными послѣдствіями участвовать въ одномъ обязательственномъ отношеніи. Здѣсь бываютъ слѣдующіе случаи:

1. *Дѣленіе обязательства* между нѣсколькими вѣрителями или должниками.

Большей частью это дѣленіе происходитъ *по числу участниковъ*; но вслѣдствіе особыхъ причинъ оно можетъ быть произведено и на другомъ основаніи, напр., соотвѣтственно товарищескимъ паямъ.

2. *Умноженіе* числа обязательствъ, такъ что каждый изъ должниковъ обязанъ произвести все исполненіе въ полномъ объемѣ, напр., возмѣстить всѣ убытки сполна, когда они причинены по общей винѣ всѣхъ содолжниковъ; при этомъ исполненіе обязательства однимъ должникомъ не освобождаетъ другихъ.

3. Наконецъ, солидарное правомочіе или солидарная обязанность. Въ этомъ случаѣ каждый изъ вѣрителей имѣетъ право требовать исполненія всего обязательства, и каждый изъ должниковъ можетъ быть принужденъ исполнить обязательство въ полномъ объемѣ. Но исполненіе обязательства однимъ изъ должниковъ пога-

---

[15]) Большинство практиковъ прежнихъ и новыхъ временъ держится того взгляда, что constitutum не имѣетъ никакого примѣненія въ современномъ правѣ. Однако подобное отрицаніе этого института является по мнѣнію Bruns'a, loc. cit., „совершенно неосновательнымъ“. Точно также Windscheid, loc. cit., т. 2, § 284, приписываетъ конституту, который онъ называетъ „обѣщаніемъ исполненія“, практическое значеніе. Того же взгляда держится Arndts, § 240. Ср. ниже § 77, прим. 5. Гражд. улож. для герман. имперіи, впрочемъ, конститута не признаетъ.

шаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣ остальныя притязанія. Солидарныя обязательства называются:

a) *активными*, когда нѣсколько лицъ облечены солидарнымъ правомочіемъ, и

b) *пассивными*, когда нѣсколько лицъ являются солидарно обязанными.

Солидарныя обязательства дѣлятся далѣе на

a) *самостоятельныя*, имѣющія одинаковую силу, такъ что всѣ они считаются *главными обязательствами*, и

b) *добавочныя* (акцессорныя), такъ что *одинъ* только долгъ является *главнымъ*, а остальные лишь побочными, обезпечивающими главное обязательство и прекращающимися съ уничтоженіемъ послѣдняго.

Самостоятельныя солидарныя обязательства распадаются далѣе на *корреальныя* и *просто солидарныя* обязательства или солидарныя въ *тѣсномъ смыслѣ*.

§ 71. Корреальныя и солидарныя обязательства.

Не подлежитъ сомнѣнію, что слѣдуетъ различать корреальныя и солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ; но относительно критерія для такого раздѣленія взгляды сильно расходятся. Наиболѣе правильно слѣдующее воззрѣніе. Корреальныя обязательства суть такія солидарныя правомочія или обязанности, которыя устанавливаются *по волѣ сторонъ*; напротивъ, при солидарныхъ обязательствахъ

---

[1]) Литература корреальныхъ обязательствъ чрезвычайно богата. Главнымъ образомъ слѣдуетъ упомянуть Keller: Litiskontestation, стр. 413; Ribbentrop: Zur Lehre von den Korrealobligationen, 1831; Fitting: Die Natur der Korrealobligationen, 1859; Samhaber: Zur Lehre von der Korrealobligation, 1861; Czyhlarz въ Grünhuts Zeitschrift, т. 3, статья 2; Brinz: Zur Lehre von den Korrealobligationen, 1873; Unger: Passive Korrealität und Solidarität въ Jherings Jahrb., т. 22, статья 2 и т. 23, статья 3; Hölder въ Festschrift von Brinz und Hölder, 1884 и въ Archiv für civ. Praxis, т. 69, стр. 203; Mitteis: Passive Gesammtschuld въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 419. Дальнѣйшую литературу см. у Hasenöhrl: Oesterreichisches Obligationenrecht, стр. 84; Eisele въ Archiv für civ. Praxis, т. 77, стр. 374, а также Ascoli: Sulle obligazioni solidali, im bulletino dell' istituto di dirritto romano, т. 4, стр. 287; Hruza: Korrealobligation und Verwandtes in der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich. Ср. также Hartmann: Solidar- und Korrealobligationen nach schweizerischem Obligationenrecht, 1886, въ Zeitschrift für schweizer. Recht, n. F, т. 6, стр. 113. Въ русской литературѣ см. Дювернуа: Основная форма корреальнаго обязательства, 1874.

[2]) Tit. Inst. de duobus reis stipulandi et promittendi. 3. 16, Dig. de duobus reis constituendis. 45. 2, Cod. de duobus reis. 8. 39.

въ тѣсномъ смыслѣ солидарность непосредственно вытекаетъ изъ *природы самаго правоотношенія*, а не является слѣдствіемъ особой, на нее направленной воли [3]).

Корреальныя обязательства такимъ образомъ стремятся къ *одной и той же* цѣли, исходя изъ *одной общей точки*; *солидарныя* же обязательства имѣютъ каждое *свой самостоятельный* исходный пунктъ.

1. Поэтому корреальныя обязательства можно опредѣлить, какъ *нѣсколько происходящихъ изъ одной и той же сдѣлки и направленныхъ на одну и ту же цѣль обязательствъ*. Они объединены въ одномъ правоотношеніи, почему римляне и говорили объ «una» и «tota» obligatio [4]).

Корреальность обязательства можетъ имѣть своимъ основаніемъ:

а) *Договоръ*. Первоначально въ Римѣ требовалась для этого стипуляція [5]) [6]); отсюда выраженія «correi stipulandi» и «correi

---

[3]) Такого же взгляда держится Genin: Du fondement de la distinction des obligations corréales et des obligations in solidum, thése, Lyon, 1893, опирающійся на изслѣдованіи Gérardin; см. въ особенности стр. 76 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи не подчеркиваетъ этой разницы, ср. §§ 420 и 427. Dernburg: Bürg. Recht, т. 2, отд. 1, стр. 368.

[4]) Unger, loc. cit., говоритъ о „коллективномъ единствѣ обязательства". Это согласуется до извѣстной степени и съ нашимъ воззрѣніемъ. Но Unger заходитъ слишкомъ далеко, говоря объ *единствѣ лица корреальныхъ должниковъ*, loc. cit., т. 22, стр. 225. По его словамъ римское право признавало, что въ корреальномъ обязательствѣ нѣсколько субъектовъ составляли одно цѣлое, какъ бы одно лицо, которое, впрочемъ, не могло быть разсматриваемо, какъ новый субъектъ права, отличный отъ отдѣльныхъ лицъ и обнимающій ихъ. Изъ такого опредѣленія мы не можемъ вывести никакого яснаго представленія. Ср. Mitteis: Die Individualisirung der Obligation, стр. 49.

[5]) Pr. I. h. t. 3. 16: Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat „spondeo". ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat „utrique vestrum dare spondeo": nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse, duo pluresve rei promittendi ita fiunt: „Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes?" Требовалось, чтобы обязанность вытекала изъ *одного* договора—„uno eodemque contractu", l. 4. C. h. t. 8. 39. Въ l. 9, § 2. D. h. t. 45. 2 имѣются въ виду лица, которыя живутъ въ различныхъ мѣстностяхъ, но даютъ обѣщаніе въ одномъ и томъ же мѣстѣ, Czyhlarz, loc. cit., стр. 67, прим. 39. Что корреальность развивалась въ связи со стипуляціей, видно изъ того, что она и разрабатывалась римскими юристами вмѣстѣ съ послѣдней; ср. приведенные Mitteis'омъ источники въ его Individualisirung der Obligation, стр. 59. Mitteis справедливо замѣчаетъ, что во времена Марцелла, какъ это видно изъ l. 47. D. locati. 19. 2, корреальность при bonae fidei negotia не была еще вполнѣ признана. Даже Папиніанъ считаетъ нужнымъ въ l. 9, pr. D. h. t. 45. 2 указать на то, что корреальныя обязательства могутъ быть заключаемы не только „verbis", но и „ceteris contractibus".

[6]) На практикѣ императорскаго періода указанная въ pr. I. h. t. 3. 16—выше, прим. 5—простая формула уже не употреблялась для принятія на себя кор-

promittendi», изъ которыхъ образовалась терминологія новѣйшихъ юристовъ: «корреальное обязательство».

Но уже въ Римѣ допускалось установленіе корреальности обязательства путемъ неформальныхъ добавочныхъ соглашеній; таковыя встрѣчались, главнымъ образомъ, при реальныхъ и консенсуальныхъ сдѣлкахъ. Въ современномъ правѣ, конечно, для этой цѣли достаточно любого уговора. Обычной формулой его являются слова: «каждый за всѣхъ и всѣ за каждаго», «всѣ вмѣстѣ», «нераздѣльно», «солидарно», а также «корреально» [7]).

b) Кромѣ того корреальность можетъ быть установлена по *волѣ наслѣдодателя* посредствомъ отказовъ [8]).

Если нѣсколько лицъ вступаютъ *вмѣстѣ* въ обязательственное отношеніе, то этого еще не достаточно для установленія корреальныхъ правомочія или обязанности. Наоборотъ, въ сомнительныхъ случаяхъ производится *раздѣлъ* обязательства *между участниками*, если таковой раздѣлъ допускается при исполненіи [9]). Нѣсколько лицъ, напр., вмѣстѣ продали, купили или наняли одну и ту же вещь или заключили заемъ; въ такомъ случаѣ каждый связанъ лишь по мѣрѣ своей части, и если одинъ изъ нихъ дѣлается несостоятельнымъ должникомъ, то остальные не терпятъ отъ этого никакого ущерба: въ убыткѣ одинъ лишъ вѣритель.

реальнаго долга; въ замѣнъ ея общее распространеніе получила слѣдующая формула: „Spondemus invicem nos obligantes atque fide dicentes“. Это доказываютъ документы, приведенные Mitteis'омъ въ его Reichsrecht und Volksrecht, 1891, стр. 184. Насколько была распространена эта форма, видно изъ того, что Папиніанъ въ l. 11, pr. D. h. t. 45. 2 имѣлъ основаніе упоминать объ общемъ мнѣніи юристовъ—convenit—относительно значенія подобной оговорки. На то же самое указываетъ и новелла 99. Относительно l. 11 ср. ниже, § 73, прим. 18.

[7]) Для корреальности обязательства римляне первоначально требовали совершеннаго тождества его предмета. Но позднѣе этотъ принципъ не соблюдался со всей строгостью. Ср. l. 5, l. 9, § 1, l. 15. D. h. t. 45. 2. Современное право не требуетъ абсолютнаго тождества предмета обязательства.

[8]) l. 9, pr. D. h. t. 45. 2. Нѣтъ необходимости, чтобы солидарная отвѣтственность была *нарочно* выражена; достаточно, чтобы намѣреніе установить таковую вытекало изъ договора, R. G. E., т. 15, стр. 175. При торговыхъ сдѣлкахъ солидарная отвѣтственность въ сомнительныхъ случаяхъ всегда предполагается, H. G. B., art. 280.

[9]) l. 11, § 1. D. h. t. 45. 2: Cum tabulis esset comprehensum, „illum et illum centum aureos stipulatos“ neque adjectum, „ita ut duo rei stipulandi essent“ virilem partem singuli stipulati videbantur. § 2. Et e contrario cum ita cautum inveniretur: „tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius“, partes viriles deberi, quia non fuerat adjectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 427 опредѣляетъ: Если нѣсколько лицъ по договору совмѣстно обязались учинить дѣлимое удовлетвореніе, то при сомнѣніи они отвѣтствуютъ какъ совокупные должники.

Корреальность, какъ мы видимъ, должна быть *особо обусловлена*. При ея помощи достигаются, главнымъ образомъ, слѣдующія цѣли. Активное корреальное обязательство облегчаетъ вѣрителямъ осуществленіе ихъ права, потому что каждый изъ нихъ можетъ требовать исполненія всего обязательства; для должника же оно дѣлаетъ исполненіе болѣе удобнымъ, такъ какъ можно любому изъ вѣрителей уплатить все. Пассивная корреальность обезпечиваетъ вѣрителя отъ риска потерпѣть убытокъ, пока хоть одинъ изъ должниковъ является способнымъ къ платежу, и облегчаетъ ему осуществленіе своего права, такъ какъ отъ каждаго должника можетъ быть потребовано исполненіе всего обязательства [10]).

2. *Солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ*, подобно корреальнымъ, могутъ быть активными, и тогда нѣсколько вѣрителей имѣютъ одинаковое право требовать исполненія обязательства во всемъ объемѣ [11]), или пассивными, если каждый изъ должниковъ отвѣчаетъ за исполненіе всего обязательства. Послѣдній видъ солидарныхъ обязательствъ встрѣчается чаще.

a) Главный ихъ случай, когда нѣсколько лицъ, совершивъ *деликтъ*, обязаны возмѣстить причиненные имъ убытки [12]).

b) Точно также возникаетъ солидарное обязательство, когда нѣсколько опекуновъ [13]) или повѣренныхъ [14]) отвѣчаютъ за убытки, причиненные провинностью, которая можетъ быть вмѣнена имъ всѣмъ.

c) Наконецъ, солидарная отвѣтственность имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если нѣсколько лицъ обѣщаютъ, *каждый отдѣльно*, исполнить одно и то же обязательство. Напр., вексельные должники, которые независимо другъ отъ друга въ качествѣ трассантовъ, индоссантовъ или акцептантовъ обѣщали уплатить по векселю, являются солидарно обязанными. Таковыми же слѣдуетъ считать и нѣсколькихъ страхователей, которые отдѣльно и самостоятельно принимаютъ на себя отвѣтственность за одинъ и тотъ же рискъ [15]).

---

[10]) Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 215.

[11]) Нѣсколько случаевъ активныхъ солидарныхъ обязательствъ приводитъ Jhering въ своихъ Jahrb., т. 24, статья 3.

[12]) l. 14, § 15, l. 15. D. quod metus causa. 4. 2; l. 17, pr. D. de dolo. 4. 3; l. 1, § 10, l. 2 сл. D. de his, qui effuderint vel dejecerint. 9. 3; Crome въ Jherings Jahrb., т. 35, стр. 100.

[13]) l. 38, pr. D. de administratione tut. 26. 7.

[14]) l. 60, § 2. D. mandati. 17. 1.

[15]) R. G. E., т. 6, стр. 177.

§ 72. Теорія единства корреальныхъ обязательствъ.

1. Одно явленіе, которое наблюдается въ римскомъ правѣ до Юстиніана, дало Keller'у и Ribbentrop'у ключъ къ раскрытію различія между корреальными и просто солидарными обязательствами. Дѣло въ томъ, что въ случаѣ предъявленія иска и litis contestatio противъ одного изъ *корреальныхъ* должниковъ до Юстиніана всѣ должники освобождались отъ обязательства благодаря *погашенію иска* [1]).

Litis contestatio *уничтожала всѣ* обязательства. Если такимъ образомъ искъ противъ одного изъ должниковъ не имѣлъ успѣха напр., вслѣдствіе его несостоятельности, то вѣритель уже не могъ ничего требовать отъ прочихъ корреальныхъ должниковъ. Напротивъ, *просто солидарныя обязательства* погашались только въ силу удовлетворенія кредитора, а отнюдь не вслѣдствіе litis constetatio съ однимъ изъ должниковъ.

Все это привело Keller'а къ предположенію, что при *корреальныхъ* долгахъ существуетъ лишь *одно* обязательство, при *солидарныхъ* же, напротивъ, имѣется *нѣсколько* отдѣльныхъ обязательствъ. Но въ то же время Keller не могъ не замѣтить, что единство корреальныхъ обязательствъ всетаки не можетъ быть проведено во всей строгости. Поэтому онъ пришелъ къ тому заключенію, что съ точки зрѣнія римскихъ юристовъ необходимо сдѣлать слѣдующее разграниченіе: корреальное обязательство *едино* въ своемъ «*объективномъ составѣ*», имѣя при этомъ «*различныя субъективныя отношенія*».

Однако подобный выводъ не разъясняетъ того, что́, онъ долженъ разъяснить, ибо, на основаніи общаго правила, litis contestatio дѣйствуетъ только между сторонами, *участвующими въ данномъ процессѣ*. То обстоятельство, что при litis contestatio корреальныхъ обязательствъ возникаютъ послѣдствія, идущія *дальше интересовъ участниковъ въ процессѣ*, едва ли можетъ быть объяснено тѣмъ, что обязательство едино [2]). Отдѣльные корреальные должники тѣмъ не менѣе остаются различными субъектами. Поэтому римскіе юристы ни прямо, ни косвенно не выводили факта погашенія обя-

---

[1]) l. 2. D. h. t. 45. 2; l. 31, § 1. D. de novationibus. 46. 2; l. 5 in fine. D. de fidejussoribus. 46. 1. См. этотъ фрагментъ въ прим. 3.

[2]) Ср. Fitting, loc. cit., стр. 62.

зательства изъ мнимаго его единства [3]). Litis contestatio уничтожала *всѣ* обязательства не въ силу подобныхъ схоластическихъ соображеній, а просто по необходимости, вслѣдствіе узкихъ началъ и неподвижности древняго процесса. При корреальномъ обязательствѣ возникаетъ опасеніе, что можетъ произойти двойная уплата вмѣсто одной со стороны того или другого должника.

Такое опасеніе имѣло особенныя основанія при древне-римскомъ процессѣ. Если бы были допущены иски на весь предметъ обязательства противъ *каждаго* изъ должниковъ, то необходимымъ слѣдствіемъ этого явилось бы вторичное присужденіе къ платежу [4]). Та-

---

[3]) l. 5. D. de fidejussoribus. 46. 1. Ulpianus libro 46 ad Sabinum:... si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. plane si ex altera earum egerit *utramque* consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut cum *altera* earum in judicium deduceretur, *altera* consumeretur. Справедливо замѣчаетъ Unger, loc. cit., стр. 257: „Этимъ ясно выражено, что существуютъ два обязательства и что одно, доведенное in judicium, погашаетъ и другое. Слѣдовательно столь широкое дѣйствіе litiscontestatio не сводилось римлянами къ единству корреальныхъ обязательствъ".

[4]) Если бы во время господства jus strictum допускались иски послѣдовательно къ каждому должнику, то вѣритель неизбѣжно могъ бы добиться нѣсколькихъ рѣшеній, такъ какъ судья спрашивалъ лишь, долженъ ли истцу отвѣтчикъ „litis contestatae tempore"; въ виду же того, что въ то время judicia не были absolutoria—см. выше, вып. I, § 154—*каждое* изъ нѣсколькихъ рѣшеній дало бы вѣрителю безпрепятственно самостоятельное право взысканія. Ср. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 47, прим. 7. Тенденція древне-римскаго права—допускать по поводу одной и той же „имущественной статьи" лишь одинъ искъ—сказывается также и въ древней формѣ новаціи, ср. выше, § 69, прим. 6. Съ нашимъ взглядомъ согласны: Hartmann, loc. cit., стр. 7, Kohler въ Krit. Vierteljahrsschrift, n. F, т. 11, стр. 212; противъ насъ высказывается Unger, loc. cit., т. 22, стр. 258. Онъ находитъ, что наше „внѣшнее", основанное на механизмѣ древняго процесса объясненіе находится будто бы въ противорѣчіи съ изрѣченіями римскихъ юристовъ, которые выводили указанное широкое дѣйствіе litiscontestatio изъ внутренней природы корреальнаго обязательства. Но источники нигдѣ не говорятъ объ этой „внутренней природѣ". Вѣдь и тѣ особенности, которыми внѣшнія обстоятельства запечатлѣли какой-либо институтъ, точно также относятся къ его природѣ. Unger, loc. cit., видитъ основаніе широкаго дѣйствія litiscontestatio въ томъ, что „содолжники всѣ вмѣстѣ образуютъ коллективное единство лицъ"; „тотъ, къ кому предъявлено требованіе, влечетъ своихъ сотоварищей по долгу за собой", въ его лицѣ требованіе косвенно предъявлено и ко всѣмъ остальнымъ, почему ихъ и освобождаетъ отъ обязательства разъ состоявшаяся litiscontestatio". Намъ думается, что едва ли возможно болѣе рѣзко противорѣчить истинному положенію вещей. Eisele, loc. cit., стр. 403 со своей стороны старается объяснить широкое дѣйствіе litiscontestatio древнимъ принципомъ: „ne bis de eadem re sit actio", въ которомъ точно также, какъ и въ формулѣ exceptio rei judicatae вовсе не предполагается тождество участвующихъ въ процессѣ лицъ. Приведенный имъ принципъ, пожалуй, и могъ служить *точкой опоры* указаннаго дѣйствія litiscontestatio, однако въ немъ не заключается истиннаго основанія этого явленія.

кое двукратное присужденіе къ платежу въ древне-римскомъ процессѣ уполномочило бы и къ двукратному взысканію, такъ какъ по тому же древнему праву *каждое судебное рѣшеніе порождало самостоятельное, не допускающее возраженій обязательство*, которое нельзя было оспаривать, опираясь на правоотношенія, лежащія въ его основаніи. Лицу, присужденному къ уплатѣ, нисколько не могло помочь то обстоятельство, что его корреальный содолжникъ уже уплатилъ въ силу направленнаго противъ него рѣшенія.

Единственный *альтернативой*, которую предстояло рѣшить древне-римскому праву, было или *уничтоженіе всѣхъ правоотношеній* путемъ одной litis contestatio, или *умноженіе числа взысканій*.

Отвѣтъ безъ сомнѣнія могъ быть только одинъ.

Уничтоженіе путемъ одной litis contestatio, всѣхъ правоотношеній представляло изъ себя меньшее зло, чѣмъ умноженіе количества взысканій; послѣднее являлось бы даже отрицаніемъ основной идеи этой формы кредита.

2. Въ классическій императорскій періодъ, положимъ, уже не существовало больше тѣхъ условій, которыя раньше дѣлали необходимымъ столь радикальное дѣйствіе litis contestatio. Теперь уже представлялась возможность оградить лицо, присужденное къ уплатѣ, отъ двойного взысканія, несмотря на наличность нѣсколькихъ рѣшеній. Но погашающее дѣйствіе litis contestatio сдѣлалось какъ бы второй природой института. Въ разсчетѣ на нее корреальные должники принимали на себя свои обязанности; если они желали ее устранить, то для этого должны были заключить особый договоръ. Наука же права едва ли ставила своей задачей, измѣнять что-либо въ этомъ порядкѣ вещей.

3. Иначе смотрѣла юриспруденція императорскаго періода на *солидарныя обязательства*. Главнымъ случаемъ ихъ являлось причиненіе убытковъ вслѣдствіе деликта или иного проступка нѣсколькихъ лицъ.

Если нѣсколько лицъ участвовало въ одномъ и томъ же деликтѣ, то каждый подвергался штрафу, платя на ряду съ прочими въ видѣ наказанія полное возмѣщеніе причиненныхъ убытковъ, слѣдствіемъ чего являлось умноженіе числа исковъ объ убыткахъ [5]).

[5]) Даже въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ принимается за общее начало, что въ случаѣ причиненія убытковъ по винѣ нѣсколькихъ лицъ возмѣщеніе ущерба однимъ изъ виновныхъ не освобождаетъ отъ обязательства остальныхъ, l. 11, §§ 2 и 4, l. 51, § 1. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Это является не особой чертой lex Aquilia, а остаткомъ тѣхъ понятій, которыя господствовали первоначально во всѣхъ искахъ о возмѣщеніи убытковъ, происшедшихъ отъ деликта.

Тамъ, гдѣ подобный порядокъ являлся уже слишкомъ строгимъ, а однократное возмѣщеніе убытковъ—болѣе справедливымъ, единственнымъ исходомъ представлялось погашеніе всѣхъ исковъ путемъ однократной litis contestatio. На такой точкѣ зрѣнія стоялъ еще *Лабеонъ* [6]).

Но Сабинъ установилъ новый принципъ. Если нѣсколько лицъ, совершивъ деликтъ, причинили убытки, однократное возмѣщеніе которыхъ казалось достаточнымъ искупленіемъ вины, то всѣ виновные освобождались отъ обязательства не путемъ litis contestatio, а вслѣдствіе удовлетворенія, произведеннаго однимъ изъ нихъ [7]).

---

[6]) l. 15, § 2. D. quod vi aut clam. 43. 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit jussu meo, agendum esse quod vi aut clam mecum Labeo scribit. et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno vel cum singulis experiri: opus enim, quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. (si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum): itaque alter conventus alterum non liberabit, quin immo perceptio ab altero: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat. Слова, заключенныя выше въ скобкахъ, мы, слѣдуя мнѣнію Gradenviz'a, не считаемъ подлинными. Впрочемъ, они едва ли являются вставкой кодификаторовъ Юстиніана, такъ какъ у послѣднихъ для подобной интерполяціи не было никакого основанія; вѣрнѣе, это—толкованіе какого-либо малосвѣдущаго правовѣда доюстиніановыхъ временъ, попавшее въ текстъ Ульпіана въ качествѣ глоссы. Ср. также Lenel: Palingenesia, т. 2, стр. 840. Если мы будемъ исходить изъ такого предположенія, которое вдобавокъ еще подтверждается жалкою редакціею упомянутой фразы и ея страннымъ смысломъ, то толкованія Eisele—loc. cit., стр. 427—устраняются сами собой. Лабеонъ (если только читать приведенный текстъ въ исправленномъ видѣ) различаетъ два случая: первый, когда нѣсколько лицъ дѣйствовали „communi consilio"; здѣсь конечно, исполненіе обязательства однимъ должникомъ не освобождаетъ отъ этого другихъ, и другой „superior casus", когда виновный дѣйствовалъ „jussu meo"; въ послѣднемъ случаѣ уже „conventio" одного освобождаетъ отъ обязательства другого. Такимъ образомъ Лабеону приходилось выбирать между „мультипликаціей" требованій и ихъ уничтоженіемъ. Ульпіанъ сдѣлалъ выписку изъ сочиненій Лабеона безъ надлежащаго вниманія. Въ этомъ-то и заключается историческій интересъ приведеннаго мѣста. Всякій, кто желаетъ истолковать его на основаніи позднѣйшаго права императорскаго періода, невольно долженъ допускать натяжку, какъ дѣлаютъ Ribbentrop, loc. cit., стр. 105 и Mommsen въ примѣчаніи къ указанной цитатѣ, которую онъ предлагаетъ читать слѣдующимъ образомъ: „conventio immo perceptio"; это рискованный способъ согласовать противорѣчія въ пандектахъ.

[7]) Изъ источниковъ видно, что именно *Сабинъ* связывалъ освобожденіе отъ обязательства всѣхъ должниковъ, солидарно отвѣчающихъ за общій деликтъ, съ удовлетвореніемъ потерпѣвшаго; см. l. 8. D. quod falso tutore. 27. 6. Paulus libro 12 ad edictum объ отвѣтственности нѣсколькихъ самозванныхъ опекуновъ: et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandum in id quod deest Sabinus scribit. Съ этимъ вполнѣ согласуется l. 1, §§ 13 и 14. D. de vi. 43. 16. Quotiens verus procuratur dejecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse Sabinus ait et alterius nomine alteri (Ribbentrop: Korrealobligation, стр. 24, читаетъ: conventione alterum)—eximi, sic tamen, si ab

Гибкій механизмъ гражданскаго процесса императорскаго періода дѣлалъ возможнымъ проведеніе принципа Сабина.

4. Наконецъ, Юстиніанъ [8]) установилъ, что долги по поручительству, корреальныя и просто солидарныя обязанности должны погашаться не путемъ litis contestatio, а посредствомъ платежа, произведеннаго однимъ изъ должниковъ.

5. Пытались обосновать теорію единства корреальныхъ обязательствъ еще другими способами [9]), но всѣ эти попытки не выдерживаютъ строгой критики.

Правда, сами римскіе юристы иногда говорятъ объ «одномъ» обязательствѣ, но наравнѣ съ этимъ, и пожалуй еще чаще, встрѣ-

---

altero eorum litis aestimatio fuerit praestita. Не вѣрно утвержденіе Eisele, loc. cit., стр. 433, что подобное ограниченіе того, что ранѣе излагалось во фрагментахъ римскихъ юристовъ, есть безъ сомнѣнія дѣло рукъ компиляторовъ. Напротивъ, римскіе юристы весьма часто просто приводили мнѣнія своихъ предшественниковъ, какъ передаваемое ими право юристовъ, а потомъ уже присоединяли къ подобнымъ рефератамъ свои собственныя измѣненія. Впрочемъ, мнѣніе Сабина получило признаніе не сразу; поэтому вполнѣ возможно, что взглядъ такихъ классическихъ юристовъ, которые связывали освобожденіе отъ обязательства должниковъ, совершившихъ общій деликтъ, съ „conventio“ одного изъ нихъ, былъ согласованъ съ мнѣніемъ Сабина лишь путемъ позднѣйшихъ интерполяцій.

[8]) l. 28, §§ 2 и 3. C. de fidejussoribus. 8. 40. Justinianus: Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. § 3. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque parte possit jus creditoris mutilare?

[9]) Единство корреальныхъ обязательствъ все еще отстаивается въ учебникахъ пандектнаго права. Такъ, напр., по словамъ Windscheid'a—т. 2, § 293—корреальное обязательство есть „единое обязательство съ нѣсколькими субъективными отношеніями“; такого же мнѣнія Arndts, § 214 и Wendt: Pandekten, § 209.—Brinz, т. 2, стр. 235, признаетъ единство обязательства, какъ при солидарныхъ, такъ и при корреальныхъ отношеніяхъ. Противъ теоріи единства высказались недавно, главнымъ образомъ, Czyhlarz, loc. cit., Eisele, loc. cit.; съ нѣкоторыми ограниченіями и Unger, loc. cit., Mitteis, loc. cit., стр. 48, 49 и Kuntze: Obligationen, 1886, стр. 141. Противникомъ прежде господствовавшей теоріи является и Fitting, loc. cit. Онъ усматриваетъ сущность корреальнаго обязательства въ томъ, что лицо должника или кредитора пока еще *не опредѣлено*, а опредѣлится только впослѣдствіи *путемъ выбора*. Опроверженіе такого взгляда находится у Windscheid'a, т. 2, § 293; Brinz высказываетъ мнѣніе, что корреальные должники и кредиторы являются *взаимными представителями*; Waldner, loc. cit., пытается провести этотъ взглядъ еще дальше. Mitteis, loc. cit., стр. 53, справедливо замѣчаетъ, что такое представленіе надо признать „уклоненіемъ съ истиннаго пути“. Hölder, loc. cit., защищаетъ фингированное тождество отдѣльныхъ требованій, противъ чего высказывается Unger, loc. cit., въ Jherings Jahrb., т. 23, стр. 106.

чается у нихъ и другое выраженіе «*нѣсколько обязательствъ*»; нерѣдко оба выраженія смѣняютъ другъ друга въ одномъ и томъ же мѣстѣ. Поэтому нельзя согласиться съ тѣмъ, что «единство обязательствъ» считалось принципомъ римскаго права и служило прямымъ основаніемъ римскихъ корреальныхъ обязательствъ. Слова una obligatio не означаютъ ничего иного, какъ только «одно обязательственное отношеніе», «одна имущественная статья» [10]). Рѣчь идетъ объ «одномъ объектѣ долга», но о «нѣсколькихъ обязательствахъ» [11]).

Вѣдь въ самомъ дѣлѣ одно изъ этихъ обязательствъ можетъ быть соединено съ какимъ-либо условіемъ или опредѣленнымъ срокомъ, а другое нѣтъ [12]). Это обстоятельство никакъ не согласуется съ теоріей единства.

Если мы признаемъ, что при корреальности существуетъ лишь одно обязательство въ объективномъ смыслѣ и нѣсколько субъективныхъ отношеній, то какъ объяснить тотъ фактъ, что, въ случаѣ наслѣдованія одного *корреальнаго должника* другому, наслѣдникъ отвѣчаетъ по *обоимъ* обязательствамъ [13])? Вѣдь тутъ налицо лишь одинъ должникъ, одно субъективное отношеніе. Слѣдовательно, причину отвѣтственности по обоимъ обязательствамъ надо искать въ объективномъ существѣ обязательства.

Итакъ, корреальныя отношенія, подобно солидарнымъ, образуютъ *нѣсколько обязательствъ*. Только въ первыхъ соучастники тѣснѣе связаны между собою, чѣмъ при просто солидарныхъ обязательствахъ.

§ 73. Пассивныя корреальныя обязательства.

Хотя по своей юридической конструкціи пассивныя и активныя корреальныя обязательства имѣютъ много общаго, однако назначеніе ихъ весьма различно. Поэтому гораздо цѣлесообразнѣе разсматривать ихъ въ отдѣльности, а не вмѣстѣ, какъ это дѣлается

---

[10]) Ср. выше, § 1, прим. 4.

[11]) § 1. I. h. t. 3. 16: Ex hujusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. in utraque tamen obligatione una res vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat. Titulus de duobus reis въ институціяхъ Юстиніана заимствованъ изъ институцій Флорентина, какъ это видно изъ сравненія § 2. I. h. t. съ l. 7. D. h. t. 46. 2. Florentinus libro 8 institutionum.

[12]) § 2. I. h. t. 3. 16; l. 7. D. h. t. 45. 2; ср. l. 9, § 2. D. h. t.

[13]) l. 5. D. de fidejussoribus. 46. 1, приведенная выше въ прим. 3.

въ большинствѣ случаевъ. Что касается въ частности пассивныхъ корреальныхъ обязательствъ, то здѣсь соблюдаются слѣдующія правила:

1. Вѣритель вправѣ требовать отъ любого изъ корреальныхъ должниковъ исполненія всего обязательства или части его [1]). Точно также онъ имѣетъ право предъявить искъ относительно всего обязательства ко всѣмъ должникамъ путемъ отдѣльныхъ процессовъ или же одного общаго производства [2]).

Новелла 99 предоставила корреальнымъ должникамъ по примѣру поручителей beneficium divisionis. Судья былъ обязанъ вызвать въ судъ всѣхъ находящихся налицо и не привлеченныхъ истцомъ должниковъ, разобрать дѣло въ ихъ общемъ присутствіи и постановить рѣшеніе по отношенію всѣхъ соразмѣрно части каждаго. Подобное производство по иниціативѣ суда не согласуется съ принципами современнаго процессуальнаго права. Поэтому нѣкоторые вмѣсто этого просто предоставляютъ должнику, противъ котораго предъявленъ искъ, exceptio divisionis или же принимаютъ за правило, что ко всѣмъ должникамъ искъ можетъ быть предъявленъ лишь сообща, такъ что противъ иска, предъявленнаго только къ одному изъ нихъ, можетъ быть выставлена такъ наз. exceptio plurium litiscorsortium [3]).

---

[1]) l. 3, § 1. D. h. t. 45. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 421.

[2]) Въ классическій періодъ искъ, направленный на исполненіе *всего* обязательства ко *всѣмъ* должникамъ, не допускался. По традиціямъ древняго права *корреальное присужденіе* къ уплатѣ не соотвѣтствовало бы тому, чего прежде требовали отъ судебнаго рѣшенія. Послѣднее тогда должно было быть вполнѣ опредѣленнымъ и служить твердымъ основаніемъ для исполненія. Поэтому l. 1. C. de fidejussoribus tutorum. 5. 57 говоритъ о поручителяхъ: in solidum et cum reo et cum fidejussoribus agi jure non potest. Что подобное же правило распространялось и на корреальныхъ должниковъ, видно изъ l. 3, § 1. D. h. t. 45. 2. Иного мнѣнія Unger, loc. cit., т. 22, стр. 230, прим. 55. Но указанныя имъ мѣста источниковъ нисколько не подтверждаютъ его взгляда.

[3]) Германскій имперскій судъ не считаетъ возможнымъ вмѣсто нынѣ непримѣнимыхъ опредѣленій Юстиніана установить новыя ограниченія вѣрителей. По этой причинѣ новелла 99 на практикѣ больше не примѣняется. Смыслъ этого закона былъ всегда въ высшей степени спорнымъ. Основательное догматическое изложеніе и толкованіе его находится у Wieding'a: Novella XCIX, 1857. a) По общепринятому и защищаемому еще глоссою мнѣнію новелла предоставляла beneficium всѣмъ вообще солидарнымъ должникамъ. b) Напротивъ, начиная съ эпохи Возрожденія нерѣдко встрѣчается мнѣніе, что новелла 99 относится лишь къ тому случаю, когда *нѣсколько корреальныхъ должниковъ поручились другъ за друга.* Таково именно было воззрѣніе Haloander'a. Въ нашемъ столѣтіи этотъ взглядъ защищалъ главнымъ образомъ Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 279. Но упоминаніе о взаимномъ поручительствѣ, какъ было указано выше, § 71, прим. 6,

2. Каждый корреальный должникъ несетъ свою обязанность самостоятельно. Поэтому взаимная отвѣтственность содолжниковъ за вину одного изъ нихъ не вытекаетъ логически изъ самаго понятія корреальнаго обязательства. Тѣмъ не менѣе такая отвѣтственность вполнѣ согласна съ интересами оборота, а также и съ намѣреніемъ контрагентовъ; она является особенно цѣлесообразною въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣсколько лицъ сообща берутся за какую-либо работу, напр., постройку дома [4]).

Подобная отвѣтственность умѣстна и въ другихъ случаяхъ, напр., при доставкѣ какихъ-либо вещей. Поэтому господствующимъ ученіемъ признается за правило, *что должники* взаимно *отвѣчаютъ каждый за вину другого* [5]).

Вполнѣ послѣдовательно также возлагать на каждаго корреальнаго должника отвѣтственность и за просрочку содолжника [6]).

3. Юстиніанъ установилъ, что *перерывъ давности*, произведен-

---

есть не что иное, какъ та формула, въ которую нотаріусы обыкновенно облекали корреальный долгъ. Несомнѣнно, Юстиніанъ въ новеллѣ 99 имѣетъ въ виду корреальный долгъ, какъ таковой. Было бы непонятно, почему кредиторъ долженъ имѣть менѣе правъ по отношенію къ своимъ должникамъ, когда они обязались *дважды*, а именно какъ корреальные должники и сверхъ того еще какъ поручители. c) Нѣкоторые распространяютъ beneficium лишь на тотъ случай, когда въ корреальномъ долгѣ фактически заключается взаимная интерцессія; ср. Vangerow, т. 3, § 573, прим. 4 и Windscheid, т. 2, § 293, прим. 10. Едва ли мы вправѣ приписать Юстиніану странное стремленіе связать этотъ сложный вопросъ съ процессомъ между кредиторомъ и корреальнымъ должникомъ. R. G. E., т. 12, стр. 219 лишили этотъ споръ всякаго практическаго значенія, признавая новеллу 99 отмѣненной вслѣдствіе измѣненія порядка судопроизводства. Противъ такого толкованія возражаетъ Hellmann въ Archiv für. civ. Praxis, т. 78, стр. 386 слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи вообще не признаетъ beneficium divisionis.

[4]) l. 5. D. h. t. 45. 2.

[5]) l. 18. D. h. t. 45. 2. Pomponius libro 5 ex Plautio: Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet. Ср. l. 5, § 15. D. commodati. 13. 6. Помпоній здѣсь не могъ имѣть въ виду, какъ это думаетъ Unger, loc. cit., стр. 250, тотъ случай, когда отвѣтчикъ подвергается личной отвѣтственности вслѣдствіе того, что онъ не уберегъ предмета обязательства отъ поврежденія со стороны содолжника. Надо помнить, что должники, обязавшіеся стипуляціей, вообще не отвѣчали за неосторожныя упущенія, l. 91, pr. D. de verb. obl. 45. 1. По поводу различныхъ попытокъ разъяснить слова Помпонія ср. Hölder: Festschrift von Brinz, стр. 58 и Mitteis въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 465, а сверхъ того Longo въ Studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Fil. Serafini, 1892, стр. 341. Вполнѣ правиленъ взглядъ Hartmann'a въ Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 395. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 425 не признаетъ отвѣтственности за вину содолжниковъ, развѣ бы изъ обязательственнаго отношенія вытекало иное.

[6]) Marcianus libro 4 regularum, l. 32, § 4. D. de usuris. 22. 1, однако говоритъ: Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet. По нашему мнѣнію, это не совмѣстимо съ основною мыслью Помпонія, по которой со-

ный однимъ изъ корреальныхъ вѣрителей или по отношенію къ одному изъ корреальныхъ должниковъ, дѣйствуетъ въ пользу и во вредъ остальнымъ [7]). Это имѣетъ свое основаніе въ самомъ правѣ давности. Вѣритель здѣсь не считается непредусмотрительнымъ.

4. Спрашивается, какія обстоятельства уничтожаютъ правоотношенія между всѣми участниками и какія касаются лишь обязательства одного изъ корреальныхъ должниковъ?

a) *Платежъ* освобождаетъ отъ обязательства всѣхъ корреальныхъ должниковъ [8]).

b) Такое же дѣйствіе имѣютъ и всѣ *суррогаты платежа*, какъ-то in solutum datio и depositio. Затѣмъ *новація* съ однимъ изъ должниковъ освобождаетъ отъ обязательства всѣхъ, если только на это былъ направленъ animus novandi [9]). То же значеніе имѣетъ и тотъ случай, когда одинъ изъ должниковъ, имѣя свое собственное требованіе къ общему вѣрителю, совершилъ съ нимъ *компенсацію* путемъ простого заявленія или процессуальнымъ порядкомъ и *тѣмъ самымъ погасилъ корреальный долгъ*. Но можетъ ли корреальный должникъ воспользоваться для компенсаціи требованіемъ, принадлежащимъ содолжнику? Это значило бы, по просту говоря, платить свой собственный долгъ изъ чужого кармана. Подобное распоряженіе чужимъ требованіемъ допускается лишь въ томъ случаѣ, если должникъ уполномоченъ на это своимъ содолжникомъ на основаніи договора товарищества или иного соглашенія [10]).

c) Что касается *прощенія долга*, то съ точки зрѣніе римскаго права оно дѣйствовало различно смотря по тому, было ли оно облечено въ форму acceptilatio или pactum de non petendo.

Acceptilatio съ однимъ изъ должниковъ подобно платежу погашала всѣ обязательства [11]).

должники отвѣчаютъ другъ за друга. Во всякомъ случаѣ послѣднему взгляду надо отдать преимущество, такъ какъ онъ болѣе соотвѣтствуетъ намѣренію контрагентовъ. Unger, loc. cit., стр. 248, прим. 88 называетъ указаніе на противорѣчіе между Помпоніемъ и Марціаномъ неудовлетворительнымъ средствомъ для устраненія даннаго затрудненія. Но почему римскіе юристы непремѣнно должны воздерживаться отъ противорѣчивыхъ мнѣній по тѣмъ даже вопросамъ, по которымъ расходятся и современные ученые?

[7]) l. 4. C. h. t. 8. 39. Иначе гражд. улож. для герман. имперіи, § 425, Abs. 2.

[8]) l. 3. § 1. D. h. t. 45. 2; § 1. I. h. t. 3. 16. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 422, Abs. 1.

[9]) Ср. l. 31, § 1. D. de novationibus. 46. 2. Иного мнѣнія Binder, loc. cit., стр. 212.

[10]) l. 10. D. h. t. 45. 2, приведенная выше, § 63, прим. 8.

[11]) l. 2. D. h. t. 45. 2, l. 16. D. de acceptilatione. 46. 4.

Относительно pactum de non petendo слѣдуетъ различать два случая. Оно могло быть направлено исключительно въ пользу лица, его заключающаго, т. е. in personam, и тогда оно распространялось лишь на это лицо. Если же оно происходило безъ особаго отношенія къ послѣднему, т. е. in rem, то оно распространялось и на корреальныхъ должниковъ. При этомъ однако требовалось, чтобы благодаря существованію регресса освобожденіе корреальныхъ должниковъ отъ обязательства было въ интересахъ лица, заключившаго pactum [12]).

Для современнаго договора мы должны руководствоваться слѣдующими принципами. Соглашеніе о прощеніи, по общему правилу, распространяется на всѣхъ тѣхъ, чье освобожденіе отъ обязательства имѣло интересъ для участниковъ въ этомъ соглашеніи. Но согласно намѣренію контрагентовъ долгъ можетъ быть прощенъ лишь тому, кто участвовалъ въ самомъ соглашеніи. Возможно, наконецъ, что вѣритель признаетъ себя удовлетвореннымъ равносильно платежу, такъ что погашается все правоотношеніе. Это бываетъ, когда вѣритель даетъ расписку въ полученіи всего долга безъ оговорокъ [13]).

d) Если вѣритель наслѣдуетъ одному изъ корреальныхъ должниковъ, то происшедшая вслѣдствіе этого *confusio* сама по себѣ еще не освобождаетъ остальныхъ должниковъ отъ обязательства. Но если должники состояли между собою въ отношеніяхъ товарищества, то вѣритель уже не можетъ требовать той части долга, которую онъ все равно долженъ былъ бы возмѣстить своему товарищу, если бы послѣдній уплатилъ все [14]).

---

[12]) l. 21, § 5. D. de pactis. 2. 14. По поводу нѣкоторыхъ, относящихся сюда спорныхъ вопросовъ см. Vangerow, т. 2, стр. 94.

[13]) Такого же мнѣнія Mitteis въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 445. Освобожденіе одного изъ содолжниковъ отъ долга, который онъ отрицалъ подъ присягой, распространялось и на прочихъ, l. 28, § 3. D. de jurejurando. 12. 2. Это—выводъ изъ римской аксіомы—l. 27. D. de jurejurando. 12. 2. Gajus libro 6 ad edictum provinciale: „jusjurandum loco solutionis cedit“; эта аксіома возникла изъ приложенія къ преторскому эдикту—l. 34, § 6. D. eod.—„solvere aut jurare cogam“. Однако Mitteis: Die Individualisirung, стр. 90, справедливо замѣчаетъ, что здѣсь не осталось безъ вліянія и стремленіе устранить возможность противорѣчія въ присягахъ. Такимъ образомъ присяга — l. 2. D. eod. — имѣла „majorem auctoritatem quam res judicata“.

[14]) l. 71. pr. D. de fidejussoribus. 46. 1; Kretschmar: Konfusion, стр. 156, 168. Если одинъ изъ должниковъ освободится отъ долга вслѣдствіе capitis deminutio, то для другого обязательство тѣмъ не менѣе остается въ силѣ, l. 19. D. h. t. 45. 2. Точно также, если одинъ изъ содолжниковъ по поводу принятія на себя обязательства добьется restitutio in integrum, то это не освобождаетъ другого.

e) По господствующему мнѣнію, судебное рѣшеніе, которымъ отказано въ искѣ противъ одного изъ корреальныхъ должниковъ, освобождаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и остальныхъ въ томъ случаѣ, если это рѣшеніе отвергаетъ существованіе корреальнаго долга вообще, а не обязанность только отдѣльнаго отвѣтчика. Но едва ли такой взглядъ правиленъ. По общему принципу рѣшеніе суда имѣетъ силу лишь по отношенію къ тяжущимся, и въ источникахъ мы нигдѣ не встрѣчаемъ исключенія изъ этого правила въ пользу корреальныхъ должниковъ. Правда, встрѣчается исключеніе въ пользу поручителей [15]); но поручительство и корреальныя обязательства не тождественны [16]).

5) Спрашивается, предоставляется ли должнику, заплатившему болѣе своей части или даже весь долгъ, право регресса къ тѣмъ содолжникамъ, которыхъ онъ освободилъ своей уплатой отъ обязательства [17])? *Платежъ* всего долга самъ по себѣ еще не даетъ уплатившему права регресса къ остальнымъ должникамъ: уплатившій погасилъ лишь свой *собственный* долгъ и не дѣйствовалъ въ качествѣ повѣреннаго другого лица. Такимъ образомъ право регресса можетъ логически вытекать только изъ того взаимнаго отношенія, которое побудило участниковъ сдѣлки принять на себя корреальную отвѣтственность.

---

[15]) l. 42, § 3. D. de jurejurando. 12. 2. Pomponius libro 18 epistolarum Item si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret. Послѣднія слова, вѣроятно, вставлены кодификаторами Юстиніана, такъ какъ во время Помпонія litiscontestatio иска противъ одного изъ должниковъ освобождала отъ обязательства и остальныхъ. Какъ бы то ни было, нѣтъ основанія распространять это правило на другія отношенія кромѣ поручительства.

[16]) Нашъ взглядъ согласенъ съ C. P. O., § 293. Эта статья признаетъ силу рѣшенія суда лишь по отношенію къ рѣшенному притязанію. Конечно, требованіе, предъявленное къ одному изъ корреальныхъ должниковъ, слѣдуетъ отличать отъ требованія къ другому. Такого же взгляда держится Mitteis въ Grünhuts Zeitschrift т. 14, стр. 456; противъ него высказывается Hartmann въ Archiv fur civ. Praxis, т. 50, стр. 133 и въ Archiv für schweizer. Recht, n. F., т. 6, стр. 124. См. гражд. улож. для герман. имперіи § 425, Abs. 2.

[17]) Этотъ вопросъ издавна считается спорнымъ: ср. глоссу „juvare“ къ l. 2 C. h. t. Въ пользу того мнѣнія, что *уплата*, произведенная однимъ изъ корреальныхъ должниковъ, даетъ ему право регресса, высказался Sell въ Lindes Zeitschrift, т. 3, статья 21, т. 4, статья 2, Savigny: Obligationenrecht т. 1, стр. 240; ср. также Kohler въ Jherings Jahrb., т. 25, стр. 118. Противъ этого возражаетъ Schröter въ Lindes Zeitschrift, т. 6, стр. 415, Vangerow, т. 3, § 573, стр. 75 Windscheid т. 2, § 294, прим. 2.

Впрочемъ, слишкомъ строгое подчиненіе этой точкѣ зрѣнія приводитъ къ нежелательнымъ результатамъ. Выясненіе отношенія между корреальными содолжниками нерѣдко зависитъ отъ крайне запутанныхъ доказательствъ, а часто и совсѣмъ невозможно. Между тѣмъ содолжникъ освободился отъ обязательства на счетъ лица, уплатившаго долгъ, такъ что справедливость регресса обыкновенно не подлежитъ сомнѣнію. Вотъ почему право регресса *предполагается* установленнымъ по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, если одинъ изъ должниковъ уплатилъ свыше своей части; но содолжникъ, противъ котораго направленъ регрессъ, въ опроверженіе его можетъ доказывать, что въ основаніи всего обязательства лежитъ отношеніе, исключающее всякое право регресса [18]) [19]).

---

[18]) Изъ мнѣнія Ульпіана или Юліана, высказаннаго въ l. 62, pr. D. ad legem Falcidiam. 35. 2. безспорно слѣдуетъ, что право регресса *принципіально* вытекаетъ не изъ *самаго корреальнаго* отношенія, а изъ *лежащаго въ его основаніи* договора товарищества и т. п. Но во всякомъ случаѣ уже римскіе юристы старались по возможности облегчить возникновеніе регресса. Этимъ и объясняется значеніе l. 11, pr. D. h. t. 45. 2. Papinianus libro 11 responsorum, смыслъ котораго не уясненъ еще до сихъ поръ и Mitteis'омъ: Individualisirung der Obligation, стр. 69. Въ основаніе своего разъясненія Папиніанъ кладетъ употребляемую обыкновенно на практикѣ корреальными должниками формулу обѣщанія „invicem nos obligantes atque fide dicentes"; ср. выше § 71, прим. 6; онъ говоритъ далѣе. что согласно общему мнѣнію юристовъ, вѣритель могъ раздѣлить искъ, предъявленный на основаніи *всего* обязательства къ одному и тому же должнику, на двѣ части, такъ что одна часть долга взыскивалась съ отвѣтчика *какъ съ главнаго должника*, а другая какъ съ *поручителя*. Спрашивается, въ чемъ состоитъ смыслъ и цѣль такого раздѣленія? Очевидно предоставляется этимъ путемъ должнику, заплатившему часть долга въ качествѣ поручителя, право регресса къ содолжнику. Правда, Папиніанъ добавляетъ, что вѣритель не могъ быть принужденъ къ такому раздѣленію иска, но отсюда видно, что такой способъ предъявленія иска требовался добрыми нравами, и что со стороны магистрата даже допускалось въ этомъ направленіи нѣкоторое давленіе—„douce violence". Впрочемъ, и тамъ, гдѣ подобныя средства не имѣли на истца надлежащаго вліянія, онъ все-таки могъ согласиться на раздѣленіе иска, получивъ за это обѣщаніе извѣстныхъ выгодъ. Какъ бы то ни было, а „Diocletianus et Maximianus"—l. 1. C. h. t. 8. 39—прямо установили соотвѣтствующее справедливости и требованіямъ жизни правило, которое прежніе юристы проводили лишь окольными путями: creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae, a quo velit. § 1. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur. Correus, уплатившій долгъ, для того чтобы обезпечить за собою право регресса, долженъ только доказать, что онъ дѣйствительно выплатилъ всю сумму долга.

[19]) По § 426 гражд. улож. для герман. имперіи всякая уплата по обязательству однимъ изъ совокупныхъ корреальныхъ должниковъ обосновываетъ право регресса. Корреальные должники по отношенію другъ къ другу обязаны въ равныхъ частяхъ, если не было постановлено иначе. Если доля, падающая на

§ 74. Активныя корреальныя обязательства.

1. Характерной чертой активныхъ корреальныхъ обязательствъ является самостоятельность и безусловность права каждаго изъ вѣрителей.

Каждый вѣритель можетъ предъявить искъ объ исполненіи обязательства въ полномъ объемѣ. Для этого нѣтъ даже надобности въ согласіи остальныхъ вѣрителей. Каждый изъ нихъ можетъ требовать исполненія всего долга, и каждому можетъ быть предложенъ должникомъ весь предметъ обязательства. Каждый *самостоятельно* можетъ путемъ иска представить ко взысканію все обязательство, которое и становится предметомъ процесса въ *полномъ объемѣ*, и если истецъ выиграетъ дѣло, то этимъ для остальныхъ вѣрителей право иска прекращается [1]).

Каждый изъ вѣрителей можетъ далѣе простить долгъ, такъ что этимъ устраняются притязанія остальныхъ вѣрителей; сюда относится въ частности тотъ случай, когда кредиторъ безъ всякой оговорки выдастъ расписку въ полученіи всего долга [2]). Наконецъ, онъ можетъ

одного изъ совокупныхъ должниковъ, не можетъ быть взыскана, то она должна быть пополнена остальными, обязанными къ пополненію должниками. Поскольку одинъ изъ совокупныхъ должниковъ, удовлетворившій кредитора, имѣетъ право требовать отъ прочихъ должниковъ возмѣщенія переплаченнаго, постольку къ нему переходитъ требованіе кредитора противъ нихъ. Переходъ не можетъ быть осуществленъ въ ущербъ кредитору.

[1]) Спорнымъ считается вопросъ, какія послѣдствія влечетъ за собой подача иска однимъ изъ корреальныхъ вѣрителей? Въ классическій періодъ litiscontestatio съ однимъ изъ вѣрителей уничтожала все правоотношеніе. l. 2. D. h. t. 45. 2. Юстиніанъ не отмѣнилъ этого дѣйствія litiscontestatio закономъ, заключающимся въ l. 28. C. de fidejussoribus 8, 40; послѣдній касается лишь пассивныхъ корреальныхъ обязательствъ. Хотя современному праву такого рода прекращеніе права на искъ неизвѣстно, тѣмъ не менѣе и теперь слѣдуетъ признать преимущество за корреальнымъ кредиторомъ, предъявившимъ искъ; иначе должникъ могъ бы заставить обоихъ корреальныхъ вѣрителей бездѣйствовать, заявивъ, что готовъ уплатить тому изъ нихъ, который не предъявитъ иска. Если же истцу, выдававшему себя за корреальнаго вѣрителя, будетъ отказано въ искѣ, то другой кредиторъ можетъ осуществлять свое право требованія. Впрочемъ, всѣ упомянуные вопросы въ высшей степени спорны. По § 428 гражд. улож. для герман. имперіи общій должникъ въ правѣ учинить удовлетвореніе одному изъ корреальныхъ вѣрителей, по своему усмотрѣнію.-

[2]) По римскому праву всѣ корреальные вѣрители теряли свои требованія къ должнику, если одинъ изъ нихъ производилъ акцептиляцію l. 13, § 12. D. de acceptilatione. 46. 4. Напротивъ, pactum de non petendo, заключенное однимъ изъ вѣрителей, не оказывало никакого вліянія на другихъ, Paulus libro 3 ad edictum, l 27, pr. D. de pactis. 2. 14, l. 93. D. de solutionibus. 46. 3. Но и этотъ вопросъ весьма споренъ; ср. Vangerow, т. 3, § 373, стр. 95 и гражд. улож. для герман. имперіи § 429, Abs. 3.

путемъ новаціи превратить корреальное обязательство въ свое исключительное требованіе, такъ что права остальныхъ вѣрителей тѣмъ самымъ прекращаются [3]) [4]).

2. Корреальныя требованія въ большинствѣ случаевъ возникаютъ на почвѣ договора товарищества. Сверхъ того можетъ случиться, что одинъ изъ вѣрителей является мандатаріемъ другого, пользующимся лишь по отношенію къ третьимъ лицамъ легитимаціей въ качествѣ кредитора. Наконецъ, возможно, что между вѣрителями вовсе нѣтъ никакого правового отношенія, когда, напр., завѣщана извѣстная сумма ‹церкви въ городѣ А или Б›, такъ что эту сумму получитъ та изъ нихъ, которая первая ее взыщетъ или первая предъявитъ искъ.

3. Отъ этой такъ наз. внутренней связи между корреальными вѣрителями зависитъ, въ какой степени тотъ изъ нихъ, который взыскалъ долгъ, или получилъ взамѣнъ платежа какую-либо иную цѣнность или, наконецъ, простилъ весь долгъ, отвѣчаетъ предъ остальными вѣрителями [5]).

4. Если одному изъ корреальныхъ вѣрителей отказано въ искѣ, то это, по нашему мнѣнію, нисколько не мѣшаетъ другимъ кредиторамъ предъявить искъ, такъ какъ рѣшеніе суда имѣетъ силу лишь по отношенію къ сторонамъ процесса [6]).

§ 75. Правила о солидарныхъ обязательствахъ въ тѣсномъ смыслѣ.

Солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ настолько разнообразны, что общія начала относительно нихъ могутъ быть установлены лишь по поводу нѣкоторыхъ отдѣльныхъ пунктовъ. Что ка-

---

[3]) l. 31, § 1. D. de novationibus. 46. 2; весьма спорно, какъ къ этому мѣсту относится l. 27, pr. D. de pactis. 2. 14. Вѣроятнѣе всего, что Павелъ послѣдними словами „idemque in duobus reis stipulandi dicendum est“ хотѣлъ выразить лишь ту мысль, что договоръ о прощеніи, заключенный однимъ изъ вѣрителей, не оказываетъ вліянія на другихъ. Такимъ образомъ эти слова должны быть отнесены только къ главному вопросу, а не къ побочному, можетъ ли argentarius совершать новацію; объ этомъ говорится лишь мимоходомъ. Ср. Vangerow, т. 3, § 593. Иного мнѣнія Binder, loc. cit., стр. 225.

[4]) Constitutum въ пользу одного изъ корреальныхъ вѣрителей уничтожалъ по римскому праву требованія остальныхъ кредиторовъ: „quia loco ejus cui jam solutum est haberi debet is cui constituitur“, l. 10, D. de pec. const. 13. 5. Этотъ принципъ примѣняется по современному праву не ко всѣмъ обѣщаніямъ уплатить долгъ, существовавшій еще раньше, а лишь при намѣреніи совершить новацію.

[5]) l. 62, pr. D. ad legem Falcidiam. 35. 2. По гражд. улож. для герман. имперіи § 430 совокупные кредиторы по отношенію другъ къ другу управомочены въ равныхъ частяхъ, если не было постановлено иного.

[6]) Ср. выше § 73, по 4-му пункту, lit. e.

сается въ частности пассивныхъ солидарныхъ обязательствъ, то они всѣ уничтожаются путемъ платежа, компенсаціи, in solutum datio и depositio [1]). Совсѣмъ иное дѣло, если вѣритель съ однимъ изъ солидарныхъ должниковъ производитъ новацію [2]). Такая сдѣлка влечетъ за собою *продолженіе* прежняго правоотношенія въ новой формѣ, но отнюдь не окончательное удовлетвореніе. Точно также и прощеніе долга одному изъ солидарныхъ должниковъ обыкновенно другихъ не освобождаетъ отъ обязательства [3]).

Перерывъ давности по отношенію къ одному изъ солидарныхъ должниковъ не имѣетъ никакого значенія для остальныхъ [4]) [5]).

Нельзя установить общаго правила о допущеніи и размѣрѣ регресса солидарнаго должника, принужденнаго уплатить весь долгъ, къ остальнымъ. Если, напр., въ нѣсколькихъ страховыхъ обществахъ самостоятельно застраховано одно и то же имущество, и одно изъ этихъ обществъ уплатило все страховое вознагражденіе сполна, то оно не можетъ ничего требовать отъ остальныхъ.

Точно такъ же по римскому праву лицо, отвѣтственное вмѣстѣ съ другими за какой-либо проступокъ, въ случаѣ полнаго возмѣщенія убытковъ не имѣетъ права регресса къ остальнымъ должникамъ. Вопросъ о томъ, сохранилъ ли этотъ принципъ свою силу и въ современномъ правѣ, будетъ разсмотрѣнъ впослѣдствіи [6]).

---

[1]) Право пользоваться для компенсаціи требованіемъ своего содолжника, которое l. 10. D. h. t. 45. 2 предоставляетъ корреальнымъ должникамъ (ср. выше § 73, прим. 10), не распространяется на солидарныхъ должниковъ въ тѣсномъ смыслѣ. Съ этимъ соглашается и Mitteis въ Grünhut's Zeitschrift, т. 14, стр. 468.

[2]) Относительно этого вопроса въ источникахъ не встрѣчается опредѣленныхъ указаній. Ср., впрочемъ, Mitteis въ Grünhut's Zeitschrift, т. 14, стр. 455.

[3]) Ограниченное дѣйствіе прощенія долга, которое мы обыкновенно наблюдаемъ при солидарныхъ обязательствахъ въ тѣсномъ смыслѣ, имѣетъ свое основаніе въ томъ, что при такихъ отношеніяхъ лицо, имѣющее право простить долгъ обыкновенно желаетъ его простить лишь тому, съ кѣмъ вступаетъ въ соглашеніе, а отнюдь не всѣмъ должникамъ. Ср. Binder, loc. cit., стр. 184.

[4]) Иное соблюдается при пассивныхъ корреальныхъ обязательствахъ, см. выше § 73, прим. 7.

[5]) Дальнѣйшее различіе между корреальными и просто солидарными обязательствами заключается въ томъ, что при первыхъ, согласно правильному воззрѣнію, существуетъ взаимная отвѣтственность содолжниковъ за вину, допущенную однимъ изъ нихъ—выше § 73, прим. 5—чего мы не замѣчаемъ при солидарныхъ обязательствахъ въ тѣсномъ смыслѣ. Нѣкоторые писатели усматриваютъ главное различіе между указанными видами обязательствъ въ томъ, что res judicata при солидарныхъ обязательствахъ jus facit inter partes, при корреальныхъ же inter omnes; но такой взглядъ лишенъ всякаго основанія. Ср. выше § 73, прим. 16.

[6]) Этотъ вопросъ будетъ подробнѣе разсмотрѣнъ ниже въ § 129.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Поручительство.

I. Историческое введеніе.

§ 76. Поручительство въ формѣ стипуляціи.

1. *Поручительствомъ называется такой договоръ, въ силу котораго третье лицо, для обезпеченія кредитора, принимаетъ на себя обязательство на ряду съ должникомъ* [1]. Для этой цѣли въ Римѣ употреблялась стипуляція. До Юстиніана для установленія поручительства допускались одновременно три вида стипуляціи [2]:

a) Древнѣйшей формой была ‹sponsio› (‹Idem spondes?› — ‹Spondeo›). Она допускалась лишь между римскими гражданами.

b) Позднѣйшей формой, доступной и для перегриновъ, была ‹fidepromissio› съ формулой ‹idem fidepromittis?› Оба эти вида поручительства примѣнялись лишь къ *вербальнымъ обязательствамъ*. Кромѣ того они считались *строго личными*, такъ что *не переходили на наслѣдниковъ* поручителя.

c) Послѣднимъ видомъ поручительства была ‹fidejussio› съ формулой ‹idem fide tua jubes?› Такое поручительство было доступно и перегринамъ и, кромѣ того, переходило на наслѣдниковъ поручителя. Fidejussio могла сопровождать обязательства всякаго рода, даже будущія на случай ихъ возникновенія.

2. Для Римлянъ поручительство являлось институтомъ съ большимъ соціальнымъ и даже политическимъ значеніемъ. Выступать въ качествѣ поручителей за своихъ кліентовъ считалось у высшихъ классовъ почетной обязанностью. Этимъ путемъ привилегированное сословіе доставляло своимъ кліентамъ кредитъ и въ то же время привязывало ихъ къ себѣ [3]. Хотя, благодаря такимъ отношеніямъ, и

---

[1]) Tit. Inst. de fidejussoribus 3. 20. Dig. de fidejussoribus et mandatoribus 46. 1. Cod. 8. 40. Литература: Girtanner: Die Bürgschaft, 1851; Hasenbalg: Die Bürgschaft, 1870. Вторая часть книги Girtanner'a содержитъ въ себѣ историко-догматическій очеркъ поручительства въ средніе и новые вѣка и множество литературныхъ указаній, стр. 147, слѣд. Geib: Zur Dormatik des röm. Bürgschaftsrechts, 1894. Ср. также Corsi: La fidejussione. 3 ed., Bologna, 1893. Въ русской литературѣ см. Нолькенъ: Ученіе о поручительствѣ по римскому праву, 1884.

[2]) Подробности см. у Гая, Inst. III, § 115.

[3]) Ср. выше вып. I, § 261; Dernburg: Pfandrecht, т. 1, стр. 1, слѣд.

росло вліяніе аристократіи, но вытекающія отсюда обязанности вмѣстѣ съ тѣмъ являлись тяжелымъ, а иногда даже разорительнымъ бременемъ, для облегченія котораго во время республики народными собраніями были изданы многочисленные спеціальные законы. Между ними особаго вниманія заслуживаетъ lex Furia, относительно sponsores и fidepromissores [4]). Законъ этотъ состоитъ изъ двухъ частей. Во-первыхъ, упомянутые поручители *освобождались отъ своего обязательства по истеченіи двухъ лѣтъ*; во-вторыхъ, обязательство въ силу самаго закона *дѣлилось между нѣсколькими поручившимися* за одинъ и тотъ же долгъ. О fidejussores, однако, lex Furia не упоминаетъ; они не подлежали ея дѣйствію, очевидно, на томъ основаніи, что весь институтъ fidejussio возникъ лишь послѣ обнародованія этого закона.

3. Въ юстиніановомъ правѣ древнѣйшія формы поручительства уже вышли изъ употребленія; *сохранилась одна только fidejussio*. Но и этотъ видъ допускался лишь при наличности опредѣленныхъ условій. Въ частности fidejussio считалось недѣйствительной, когда она касалась суммы большей главнаго долга или чего либо иного, кромѣ этого долга.

4. Каково отношеніе fidejussio къ корреальнымъ обязательствамъ?

Большинство новѣйшихъ писателей разсматриваетъ ее какъ одинъ изъ случаевъ корреальности [5]). Указывая на широкое дѣйствіе litiscontestatio съ однимъ изъ должниковъ, которая уничтожала одинаково какъ главный долгъ, такъ и поручительство, они находятъ что оба эти правоотношенія являются «однимъ единымъ обязательствомъ» [6]).

---

[4]) По поводу этихъ законовъ см. Gajus, Inst. III, § 121 слѣд., а также Lenel: Edictum perpetuum, стр. 168. Кстати можно еще упомянуть о lex Cornelia, которую по справедливости слѣдуетъ приписать Суллѣ: „qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligare creditae pecuniae quam in XX milia". Gajus, Inst. III, § 124.

[5]) См. литературу у Samhaber'a: Korrealschuld, стр. 170. Противнаго взгляда держится между прочими Arndts, § 350, прим. 4, Czyhlarz въ Grünhut's Zeitschrift, т. 3. стр. 102.

[6]) Въ настоящее время часто высказывается мнѣніе, что договоръ поручительства можетъ имѣть различное содержаніе. 1) Съ одной стороны возможно, что поручитель принимаетъ на себя обязательство главнаго должника, не создавая этимъ для себя *новой самостоятельной обязанности*, а лишь *распространяя на себя обязательство главнаго должника* и становясь рядомъ съ послѣднимъ

Но изъ предыдущаго изложенія видно, что указанное дѣйствіе litiscontestatio не даетъ никакого права признать поручительство видомъ корреальнаго обязательства. Нигдѣ римскіе юристы не называютъ fidejussio корреальнымъ долгомъ. Несмотря на нѣкоторыя сходства это два совершенно различныхъ понятія. *Корреальные должники—главные должники, а поручители—побочные.*

§ 77. Сдѣлки, вызывающія одинаковыя съ поручительствомъ послѣдствія.

Существуютъ такія сдѣлки, которыя, не будучи предназначены сами по себѣ для поручительства, тѣмъ не менѣе употребляются для этой цѣли. Въ настоящее время, напр., нерѣдко принимаютъ на себя долгъ по векселю съ цѣлью поручительства [1]). Римлянамъ слу-

---

корреальнымъ должникомъ. Таково будто бы было значеніе римской fidejussio. 2) Съ другой стороны поручитель можетъ принять на себя и вполнѣ *самостоятельное* обязательство, содержаніемъ котораго является исполненіе обязанности главнаго должника; такимъ образомъ поручитель становится, на ряду съ нимъ, солидарнымъ должникомъ въ тѣсномъ смыслѣ. Такой характеръ, какъ полагаютъ, имѣетъ римскій конститутъ. См. Windscheid, т. 2, § 476. Впрочемъ, самъ Windscheid прибавляетъ, что контрагенты обыкновенно не сознаютъ этого различія въ содержаніи поручительства. „Участники сдѣлки, продолжаетъ онъ, вѣроятно, затруднились бы отвѣтить на вопросъ, желаютъ ли они, чтобы то же обязательство само собою распространялось и на поручителя, или чтобы послѣдній принялъ на себя *самостоятельное* обязательство, содержаніе котораго должно заключаться въ исполненіи обязанности главнаго должника". Это по нашему мнѣнію не подлежитъ никакому сомнѣнію; но мы идемъ еще дальше и утверждаемъ, что упомянутое различіе вообще лишено всякаго основанія и опирается на схоластику, чуждую какъ римлянамъ, такъ и современному правовому обороту. Формула стипуляціи „idem dare spondes?", которая примѣнялась при поручительствѣ, ясно показываетъ, что̀ именно составляетъ содержаніе послѣдняго. Поручитель на ряду съ главнымъ должникомъ обѣщаетъ то же самое, что̀ и послѣдній. Нигдѣ нѣтъ и рѣчи о томъ, что онъ распространяетъ на себя обязательство главнаго должника, и что онъ не принимаетъ на себя самостоятельный долгъ. Его обязательство совсѣмъ иного характера, чѣмъ главный долгъ; это обязательство добавочное. Какимъ же образомъ оно можетъ быть въ то же время обязательствомъ главнаго должника? Въ данномъ случаѣ, какъ подтверждаетъ и Gajus, Inst. III, § 126, мы имѣемъ дѣло съ особымъ, самостоятельнымъ долгомъ поручителя: „horum obligatio accessio est principalis obligationis". Единственной точкой опоры для господствующей теоріи является l. 1, § 8. D. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Gajus libro 2 aureorum: Sed aut proprio nomine quisque obligatur aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur fidejussor vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur. За главное обязательство отвѣчаетъ и поручитель; но это весьма естественно, такъ какъ главное обязательство является основаніемъ и необходимымъ условіемъ добавочнаго, которое беретъ на себя поручитель. Вотъ все, что̀ можно вывести изъ приведеннаго изрѣченія Гая, который ни въ какомъ случаѣ не хотѣлъ формулировать здѣсь новую догму.

[1]) Въ тѣхъ случаяхъ, когда поручительство облечено въ форму векселя—индоссаментъ или акцептъ—и основывается на одномъ лишь векселѣ, то при не-

жилъ для этого конституту; такое же значеніе имѣетъ иногда какъ по современному, такъ и по римскому праву порученіе—mandatum.

1. Подъ конституту римскіе юристы преимущественно разумѣли обѣщаніе уплатить свой собственный долгъ. Но въ императорскій періодъ actio de pecunia constituta стала даваться и въ случаѣ обѣщанія уплатить чужой долгъ — такъ наз. constitutum debiti alieni [2]).

Такого рода обѣщаніе употреблялось не только для *обезпеченія* долга, оно могло служить и другимъ цѣлямъ, напр., *принятію на себя* самостоятельнаго обязательства. Безъ сомнѣнія въ классическій періодъ поручительство въ видѣ конституту встрѣчалось рѣдко [3]), главнымъ образомъ потому, что въ случаѣ неуплаты долга и процесса приходилось платить штрафъ въ размѣрѣ половинной стоимости спорной суммы, а сверхъ того обязанность къ платежу существовала даже въ томъ случаѣ, если главный долгъ прекратился ко времени предъявленія иска; требовалось только, чтобы онъ существовалъ во время совершенія конституту.

Напротивъ, довольно часто встрѣчался другой видъ поручительства—receptum.

Такъ называлось *обѣщаніе мѣнялы уплатить извѣстную сумму* третьему лицу — receptus'у *за своего товарища по профессіи*, обыкновенно, конечно, по порученію послѣдняго. Поводомъ къ receptum'у чаще всего служило то обстоятельство, что лицо переводящее деньги было должникомъ receptus'а, и тогда сдѣлка имѣла характеръ поручительства; но наличность долга вовсе не являлась непремѣннымъ условіемъ для возникновенія обязательства изъ

дѣйствительности обязательства по векселю прекращается и поручительство. Впрочемъ, возможно, что контрагенты имѣли въ виду и двойное поручительство: въ видѣ векселя и на всякій случай еще обыкновенное. Кредиторъ обязанъ доказать, что поручительство имѣло подобное, болѣе широкое значеніе. R. O. H. G. E., т. 2. стр. 366 и R. G. E., т. 4, стр. 11.

[2]) По поводу constitutum и receptum см. Lenel въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 15, стр. 62, Bekker, ibid., т. 16, стр. 1, Rossello въ Archivio giuridico, т. 45, стр. 1, Serafini, ibid., стр. 553. См. также Lenel: Edictum perpetuum, стр. 104 и 197; относительно конституту вообще см. выше § 69.

[3]) О constitutum debiti alieni упоминается въ l. 5, §§ 2 и 3, а также въ l. 2. D. de pecunia constituta. 13. 5. Впрочемъ, большинство мѣстъ въ пандектахъ, гдѣ говорится о constitutum debiti alieni, относилось первоначально къ receptum. Это вполнѣ доказано Ленелемъ на основаніи inscriptiones. Подобное значеніе имѣли, напр., l. 27 и 28 и l. 12. D. de pecunia constituta. 13.5

receptum'а. Послѣднее могло служить и другимъ цѣлямъ, кромѣ поручительства. При Юстиніанѣ receptum исчезло, слившись съ конститутомъ [4]).

Въ современномъ правѣ уже не встрѣчается поручительства въ видѣ конститута. Хотя въ сочиненіяхъ и теоретическихъ изслѣдованіяхъ новѣйшихъ ученыхъ эта форма поручительства упоминается часто, тѣмъ не менѣе это одни лишь слова безъ надлежащаго реальнаго основанія. Всякій, обѣщающій *уплатить* долгъ третьяго лица на ряду съ послѣднимъ, чтобы обезпечить вѣрителя, является поручителемъ, но не конституентомъ въ римскомъ смыслѣ. Къ такому поручителю въ частности не можетъ быть предъявленъ искъ, если долгъ, существовавшій во время обѣщанія уплаты, впослѣдствіи прекратится [5]).

2. Часто встрѣчается на практикѣ такъ наз., кредитное порученіе, mandatum qualificatum [6]), т. е. порученіе, данное мандатарію оказать кредитъ третьему лицу, при чемъ безразлично, возникаетъ ли для этой цѣли новое обязательство [7]) или продолжается уже существующее [8]).

---

[4]) Это соединеніе произошло на основаніи l. 2. C. de constituta pecunia. 4. 18. Ср. по поводу „этой непростительной ошибки Юстиніана" Lenel: Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 2, стр. 62.

[5]) Каковы послѣдствія подобнаго подведенія обѣщанія уплатить чужой долгъ подъ понятіе римскаго конститута, ясно показываетъ случай, приведенный въ R. G. E., т. 10 стр. 186. Судъ первой инстанціи, разсматривая такое обѣщаніе, „какъ обѣщаніе поручителя въ формѣ конститута", тѣмъ не менѣе призналъ основательнымъ возраженіе, что главный долгъ послѣ заключенія конститута уже былъ погашенъ давностью. При пересмотрѣ во второй инстанціи было указано на то, что первая инстанція не приняла во вниманіе l. 18, § 1, D. de pecunia constituta. 13. 5, въ силу которой конституентъ не освобождается отъ обязательства „licet post constitutum dies temporalis actionis exierit". Этотъ выводъ былъ бы вполнѣ основательнымъ, *если бы это обѣщаніе* считалось *дѣйствительно конститутомъ*. Но имперскій судъ отмѣнилъ рѣшеніе второй инстанціи, считая указаніе суда первой инстанціи на то, что поручительство было предпринято въ видѣ конститута, *безразличнымъ замѣчаніемъ*, не допускающимъ никакихъ выводовъ. Этотъ случай показываетъ на сколько опасно всякое подчиненіе такимъ юридическимъ воззрѣніямъ, къ которымъ серьезно относиться никто не желаетъ, да пожалуй и не можетъ. Ср. также Geib, loc, cit., стр. 183. Гражд. улож. для герман. имперіи конститута не признаетъ.

[6]) Rothenberg: Kreditauftrag въ Archiv für civ. Praxis, т. 77, статья 12; Sokolowski: Die Mandatsbürgschaft, Halle, 1891; Geib, loc. cit., стр. 149 слѣд. Unger: Handeln auf fremde Gefahr въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 6.

[7]) L. 6, § 4. D. mandati 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Sejo intervenias vel Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro 7 digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus. § 6. I. de mandato. 3. 26... adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit,

Такого рода порученіе подчиняется правиламъ, установленнымъ для мандата.

Подобно всякому другому мандату оно прекращается, если лицо, дающее порученіе, беретъ его обратно, прежде чѣмъ оно было исполнено, или если тотъ, кому дано порученіе, увѣдомляетъ своего контрагента о намѣреніи прекратить обязательство до его исполненія; при чемъ однако онъ отвѣчаетъ за всѣ послѣдствія несвоевременнаго извѣщенія. Наконецъ, такое же дѣйствіе имѣетъ смерть манданта или мандатарія до исполненія порученія.

Всѣ только что упомянутыя правила чужды истинному поручительству. Поэтому новѣйшіе писатели дѣлаютъ ошибку, желая слить во едино mandatum qualificatum и поручительство [9]).

Только *послѣ исполненія* кредитнаго порученія отношеніе между контрагентами получаетъ сходство съ поручительствомъ. Только тогда мы имѣемъ основаніе говорить о поручительствѣ въ видѣ мандата—Mandatsbürgschaft. И только тогда кромѣ главнаго должника рядомъ съ нимъ выступаетъ и побочный должникъ въ лицѣ давшаго порученіе. Послѣдній отвѣчаетъ по actio mandati contraria за всѣ убытки, которые потерпитъ заимодавецъ вслѣдствіе исполненія порученія, а слѣдовательно и за платежъ по займу, состоявшемуся благодаря этому порученію [10]).

Вотъ чѣмъ объясняется, что важнѣйшія предписанія положи-

---

an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

[8]) L. 12, § 14. D. mandati 17. 1: Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. plane si, ut exspectares nec urgueres dibitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.

[9]) Изъ новѣйшихъ писателей главнымъ образомъ Arndts, § 353, прим. 3, старается доказать, что въ современномъ правѣ mandatum qualificatum превратилось въ настоящее поручительство. Противоположный взглядъ защищаетъ, между прочимъ, Girtanner, loc. cit., стр. 540. Старыя воззрѣнія на этотъ предметъ приводятся тамъ же стр. 196 и у Arndts'a.

[10]) Въ томъ же духѣ постановилъ § 778 гражд. улож. для герман. имперіи: кто поручаетъ другому оказать кредитъ отъ своего имени и за свой счетъ третьему лицу, тотъ отвѣчаетъ предъ повѣреннымъ какъ поручитель по тому обязательству третьяго лица, которое возникнетъ по оказанію кредита.—Впрочемъ, въ томъ случаѣ, если бы порученіе было направлено на дѣйствіе къ пользу лица, которое не можетъ обязаться даже по натуральному обязательству, то actio mandati contraria все-таки допускается, тогда какъ поручительство при этихъ условіяхъ считалось бы недѣйствительнымъ.

тельнаго права, касающіяся поручительства, были распространены и на mandatum qualificatum [11]).

II. Дѣйствующее право.

§ 78. Сущность поручительства.

Мѣсто римской fidejussio въ современномъ правѣ занялъ *неформальный договоръ* поручительства [1]). Послѣдній не только по формѣ, но и по самому существу утратилъ строгій характеръ римскаго образца и всецѣло покоится *на принципахъ одщей справедливости.*

Въ силу неформальности договора поручительства въ современномъ правѣ, для его возникновенія достаточно соглашенія въ любой формѣ. Безразлично, были ли при этомъ употреблены выраженія «поручиться и ручаться», «заплатить чужой долгъ» или иныя [2]).

1. Поручительство, какъ простое обезпеченіе договора, является добавочнымъ элементомъ главнаго долга; такой добавочный характеръ оно имѣетъ даже въ томъ случаѣ, если кто-либо ручается *«какъ самостоятельный должникъ»*. Это выраженіе означаетъ лишь то, что поручитель *отказывается* отъ *exceptio excussionis* и *divisionis* [3]).

Являясь простой accessio, поручительльство не имѣетъ мѣста, если главный долгъ во время совершенія поручительства уже былъ

---

[11]) На сходство между поручительствомъ и mandatum qualificatum указываетъ уже Юліанъ libro 3 ad Ursejum Ferocem, l. 32. D. mandati 17. 1... neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fidejubeat an absens vel praesens mandet. Ср. также Sokolowski, loc. cit., стр. 77.

[1]) Часто встрѣчается мнѣніе, что современный договоръ поручительства покоится на „сліяніи" constitutum и fidejussio, при чемъ главную роль играетъ fidejussio. Ср. Girtanner, loc. cit., стр. 372 и Windscheid, т. 2, § 476, прим. 6. Напротивъ Vangerow, т. 3, § 579, пунктъ 4, желаетъ сохранить различіе между упомянутыми институтами и для современнаго права. „Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, говоритъ онъ, когда поручительство имѣетъ въ виду одно лишь *обезпеченіе* вѣрителя, слѣдуетъ руководствоваться правилами fidejussio; если же путемъ поручительства для вѣрителя достигаются еще другія выгоды, то договоръ долженъ быть признанъ за constitutum со всѣми его особенностями". Мы, напротивъ утверждаемъ, что истиннымъ поручительствомъ въ Римѣ считалось лишь поручительство путемъ стипуляціи, и что римскій конститутъ чуждъ нашему обороту. Поэтому существующее нынѣ поручительство является лишь свободно развившейся римской fidejussio.

[2]) § 766 гражд. улож. для герман. имперіи опредѣляетъ: договоръ поручительства дѣйствителенъ только въ томъ случаѣ, если заявленіе объ установленіи поручительства было облечено въ письменную форму.

[3]) Ср. R. G. E., т. 34, стр. 153.

недѣйствителенъ или подлежалъ exceptio peremptoria [4]); поручительство прекращается вслѣдствіе погашенія главнаго долга ipso jure или путемъ exceptio. Основаніемъ поручительства можетъ служить и натуральное обязательство [5]). Возможно ручаться и за *будущее обязательство*, даже если оно опредѣлено въ договорѣ лишь общими чертами, напр., за всѣ обязательства, которыя въ будущемъ возникнутъ изъ опредѣленнаго предпріятія [6]).

Римскіе юристы считали несовмѣстимымъ съ добавочнымъ характеромъ поручительства несоотвѣтствіе его содержанія содержанію главнаго долга; тѣмъ не менѣе допускалось поручительство и въ меньшей суммѣ, чѣмъ главный долгъ. Напротивъ, fidejussio считалась недѣйствительной, если она была направлена на что-либо иное [7]) или на большую сумму, чѣмъ главный долгъ, или если она была заключена на болѣе тяжелыхъ условіяхъ [8]).

Современное право относится къ поручительству свободнѣе [9]).

---

[4]) L. 29, l. 47, pr., l. 70, § 4. D. h. t. 46. 1; см. далѣе относительно поручительства по ошибкѣ за погашенное давностью требованіе l. 37. D. h. t. Въ высшей степени спорно толкованіе l. 25. D. h. t. 46. 1. Ulpianus libro 11 ad edictum. Marcellus scribit, si qui pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit. Тотъ же Ульпіанъ говоритъ libro 1 ad Sabinum l. 6. D. de verb. obl. 45. 1: Is cui bonis interdictum est, non potest promittendo obligari et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso. Различныя, иногда довольно странныя попытки согласовать эти мѣста см. у Girtanner'a loc. cit., стр. 21. Hasenbalg, loc. cit., стр. 93. Brinz. т. 2, § 255, прим. 24. По нашему мнѣнію l. 25 относилась первоначально къ „receptum", (ср. выше § 77, прим. 3), для законной силы котораго не требовалось вовсе главнаго долга; вслѣдствіе безсмысленнаго искаженія текста, поставившаго „fidejusserit" вмѣсто „receperit", появилось противорѣчіе. Ср. Audibert: Etudes sur l'histoire du droit romain, т. 1, стр. 263 слѣд., который считаетъ l. 25 также искаженной, хотя и въ иномъ смыслѣ. Упомянутое противорѣчіе, по его мнѣнію, разрѣшается тѣмъ, что l. 6 трактуетъ объ иномъ видѣ попечительства надъ расточителемъ, чѣмъ l. 25. Въ русской литературѣ этотъ вопросъ разсматриваетъ Хвостовъ: Натуральныя обязательства, 1898, стр. 308 слѣд.

[5]) L. 6, § 2, l. 7, l. 16, § 3, l. 60. D. h. t. 46. 1.

[6]) L. 6, § 2. D. h. t. 46. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи § 765, Abs. 2. Должникъ по такому поручительству, заключенному на неопредѣленное время, въ правѣ отказаться отъ него по истеченіи извѣстнаго, соотвѣтствующаго обстоятельствамъ дѣла срока, R. O. H. G. E., т. 19, стр. 110.

[7]) L. 42. D. h. t. Впрочемъ, этотъ принципъ подвергся измѣненію въ l. 70, § 2. D. eod.

[8]) L. 8. § 7. D. h. t. Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari: in leviorem plane causam accipi possunt. См. далѣе § 8. D. eod. и слѣдующіе §§.

[9]) Относительно историческаго развитія этого принципа еще со временъ среднихъ вѣковъ см. Girtanner, стр. 171.

Оно требуетъ лишь, чтобы какъ главное обязательство, такъ и поручительство были направлены на одну и ту же имущественную статью; отдѣльные же предметы этихъ двухъ обязательствъ могутъ быть различны, напр., предметомъ одного могутъ быть деньги, другого товаръ. По отношенію къ поручителю допускаются болѣе тяжелыя условія, чѣмъ по отношенію къ главному должнику. Наконецъ, поручитель можетъ обязаться уплатить больше, чѣмъ главный должникъ, если только такой излишекъ имѣетъ значеніе вознагражденія за убытки [10]). Поручитель, обѣщавшій болѣе, чѣмъ главный должникъ, является отвѣтственнымъ, самое меньшее, въ размѣрѣ главнаго долга.

2. Не слѣдуетъ отождествлять добавочный характеръ поручительства съ его *субсидіарностью*, въ силу которой предъявить требованіе къ поручителю можно лишь въ томъ случаѣ, если вѣрителю ужо нечего взыскать съ главнаго должника. Такая субсидіарность не была извѣстна древне-римскому праву и была возведена въ правило для поручительства лишь впослѣдствіи, благодаря такъ наз. beneficium excussionis, установленному Юстиніаномъ.

3. Поручительству свойственны важныя привилегіи, облегчающія положеніе поручителей.

Сюда относятся по юстиніанову праву:

a) beneficium excussionis.

b) beneficium cedendarum actionum, т. е. право въ случаѣ уплаты долга требовать отъ вѣрителя уступки иска къ главному должнику и къ остальнымъ поручителямъ.

c) beneficium divisionis: право поручителя на раздѣлъ иска между нѣсколькими сопоручителями [11]).

§ 79. Права вѣрителя по отношенію къ поручителю.

1. Въ какомъ размѣрѣ поручитель отвѣчаетъ за главное обязательство, опредѣляется прежде всего самимъ договоромъ поручи-

---

[10]) Ср. Windscheid, т. 2, § 477, прим. 23.

[11]) Римское право запрещаетъ солдатамъ быть поручителями по арендным договорамъ, l. 31. C. de locato. 4. 65, точно также лицамъ духовнаго званія по требованіямъ казны, арендным договорамъ и по веденію процессовъ, Nov. 123, cap. 6; ср. Girtanner, loc. cit., стр. 143, 283, 368; Hasenbalg, loc. cit., стр. 224. Въ настоящее время эти постановленія не соблюдаются на практикѣ. Относительно интерцессіи женщинъ см. ниже § 83.

тельства. Въ *сомнительныхъ* случаяхъ предполагается *полное поручительство* [1])—in omnem causam—т. е. отвѣтственность за все, что обязанъ исполнить главный должникъ на основаніи сдѣлки, обезпеченной поручительствомъ, въ моментъ предъявленія требованія къ поручителю [2]). Въ силу этого поручитель отвѣчаетъ за послѣдствія mora и culpa главнаго должника, а также и за законные проценты [3]). Напротивъ, договорные проценты, неустойка и другія обязательства, основанныя *на особыхъ соглашеніяхъ*, обезпечиваются поручительствомъ лишь въ томъ случаѣ, если оно распространено и на нихъ *особымъ* уговоромъ [4]).

---

[1]) O fidejussio in omnem causam ср. l. 54, pr. D. locati 19. 2. Paulus libro 5 responsorum, гдѣ по поводу процентовъ за mora говорится... cum fidejussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fidejussisset: „in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?“ vel ita: „indemnem me praestabis“.

[2]) Что при поручительствѣ въ сомнительныхъ случаяхъ предполагается отвѣтственность за omnis causa, вполнѣ согласуется съ тѣми цѣлями, ради которыхъ оно возникаетъ. Лицо, открывающее на основаніи поручительства кредитъ, обыкновенно желаетъ, чтобы ему было обезпечено полученіе всего того, чего оно можетъ требовать въ будущемъ. На такую точку зрѣнія указываетъ изъ римскихъ юристовъ главнымъ образомъ Павелъ, который очевидно много занимался этимъ вопросомъ. Онъ объясняетъ—liber 17 ad Plautium l. 91, § 4. D. de verb. obl. 45. 1—отвѣтственность поручителей за mora и culpa главнаго должника именно тѣмъ: „quia in *totam causam* sponderunt“. Въ такомъ же смыслѣ онъ выражается и въ l. 56, § 2. D. de fidejussoribus. 46. 1, приведенной ниже прим. 3; см. также l. 68, § 1. D. de fidejussoribus. 46. 1.—Взгляды новѣйшихъ писателей на этотъ предметъ значительно расходятся. Многіе полагаютъ, что поручитель обыкновенно не отвѣчаетъ за проценты, которые наросли на долгъ вслѣдствіе просрочки, допущенной главнымъ должникомъ. Такого мнѣнія Hasenbalg, loc. cit., стр. 267. Напротивъ, Windscheid соглашается съ нашимъ взглядомъ—т. 2. § 477, прим. 26; ср. также Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 180. Въ тѣхъ случаяхъ, когда поручитель пользуется beneficium excussionis, и взысканіе, предъявленное сначала къ главному должнику, не имѣло успѣха, онъ отвѣчаетъ и за всѣ судебныя издержки, вызванныя процессомъ съ главнымъ должникомъ. Ср. Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 188. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 767 гласитъ: поручитель отвѣчаетъ передъ кредиторомъ за издержки на увѣдомленіе о прекращеніи договора и за издержки по взысканію, поскольку онѣ должны быть возмѣщены кредитору главнымъ должникомъ.

[3]) Отвѣчаетъ ли поручитель, если изъ сдѣлки, за которую онъ поручился, вытекаетъ обязательство иного рода, чѣмъ онъ сначала предполагалъ? Павелъ рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно libro 15 quaestionum l. 56. § 2. D. de fidejussoribus. 46. 1: Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fidejussorem teneri Pomponius ait, quid ergo, consumptis nummis nascatur condictio? puto fidejussorem obligatum fore: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest. Ср. l. 54, l. 60. D. de fidejussoribus. 46. 1; Dernburg: Pfandrecht, т. 1. стр. 550.

[4]) Это доказывается болѣе самой природой вещей, нежели относящимися сюда мѣстами источниковъ: l. 10, pr. C. h. t. 8. 40; l. 9. C. quod cum eo 4. 26, l. 68, pr. D. h. t. 46. 1.

Поручитель отвѣчаетъ за главнаго должника, а потому можетъ пользоваться всѣми *возраженіями* послѣдняго, все равно возникли они до или послѣ установленія поручительства. Даже запрещеніе со стороны главнаго должника не можетъ лишить поручителя этого права. Здѣсь, однако, допускаются исключенія:

а) Нѣкоторыя возраженія могутъ быть предъявлены лишь тѣми поручителями, которые въ случаѣ уплаты долга имѣли бы право требовать отъ главнаго должника возмѣщенія. Такимъ возраженіемъ считается, напр., exceptio S. C. Macedoniani [5]).

---

[5]) Въ новѣйшей литературѣ преобладаетъ взглядъ, что всякій поручитель, а не тотъ только, который имѣетъ право регресса, можетъ пользоваться всѣми возраженіями главнаго должника, и что такое право вытекаетъ изъ добавочнаго характера поручительства. Ср. Vangerow, т. 3, § 578, прим. 2, Windscheid, т. 2, § 477, прим. 6, Brinz, т. 2, стр. 187. Однако существуютъ и противорѣчащія этому мнѣнія, см. Vargerow, loc. cit. Что касается источниковъ, то, повидимому, *древнѣйшая* римская доктрина давала возраженія главнаго должника лишь тѣмъ поручителямъ, которые имѣли *право регресса*. Этотъ взглядъ подтверждается словами Кассія, предоставляющаго поручителю exceptio S. C. Vellejani лишь въ томъ случаѣ, „si a muliere rogatus esset“, т. е. когда онъ могъ пользоваться actio mandati противъ нея какъ главнаго должника. Юліанъ же давалъ это возраженіе всякому поручителю, если онъ даже и *не имѣлъ права регресса* къ главному должнику, „quia totam obligationem improbat senatus“, l. 16, § 1. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1. Еще § 4. I. de replicationibus, 4. 14 признаетъ основаніемъ права поручителя на возраженія, принадлежащія главному должнику, то обстоятельство, что онъ имѣетъ противъ него право регресса; въ другихъ же мѣстахъ источниковъ exceptiones предоставляются безъ ограниченій всякому поручителю; такое опредѣленіе встрѣчается, напр., относительно exceptio compensationis въ l. 4 и l. 5. D. de compensationibus. 16. 2. Общее правило высказываетъ Павелъ въ l. 7, § 1. D. de exceptionibus. 44. 1: rei cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt, ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Здѣсь несомнѣнно излагается право позднѣйшаго періода. Тѣмъ не менѣе и впослѣдствіи право на регрессъ оставалось необходимымъ условіемъ для перехода *нѣкоторыхъ* возраженій главнаго должника на поручителя. Такъ Ульпіанъ считаетъ регрессъ необходимымъ для перехода exceptio S. C. Macedoniani: l. 9, § 3. D. de S. C. Macedoniano. 14. 6 и exceptio pacti въ l. 32. D. de pactis. 2. 14. l. 5, pr. D. de liberatione legata. 34. 3. И по гражд. улож. для герман. имперіи § 768 поручитель можетъ предъявлять всѣ тѣ возраженія, коими можетъ защищаться главный должникъ. Въ случаѣ смерти главнаго должника поручитель не можетъ ссылаться на ограниченную отвѣтственность его наслѣдника. Поручитель не лишается права предъявлять возраженіе потому только, что главный должникъ отказывается отъ него. По § 770 поручитель можетъ отказывать кредитору въ удовлетвореніи, пока главный должникъ въ правѣ оспаривать сдѣлку, положенную въ основаніе его обязательства. Такое же правомочіе признается за поручителемъ, пока кредиторъ имѣетъ возможность получить удовлетвореніе чрезъ зачетъ своего требованія съ годнымъ ко взысканію требованіемъ главнаго должника.—Но спрашивается, не требуетъ ли сама справедливость по отношенію къ поручителю, чтобы главный должникъ дѣйствительно употребилъ это средство для удовлетворенія кредитора и погашенія своего долга?

b) Существуютъ *чисто личныя* возраженія, которыми можетъ пользоваться лишь *самъ должникъ*, а не его поручители. Сюда относится exceptio beneficii competentiae [6]). Точно также поручители несостоятельнаго должника не могутъ ссылаться на мировую сдѣлку, заключенную по большинству голосовъ кредиторовъ [7]).

2. По классическому римскому праву, въ случаѣ неисполненія обязательства, вѣрителю предоставлялся выборъ, къ кому предъявить искъ: къ поручителю или къ главному должнику. Но разъ съ *кѣмъ-либо* изъ этихъ лицъ состоялась litiscontestatio, то вѣритель терялъ право иска ко *всѣмъ остальнымъ* должникамъ, даже если бы ему не удалось ничего получить съ отвѣтчика. Такой порядокъ подвергалъ вѣрителя значительному риску, а потому его старались обходить окольными путями. Для этого прибѣгали къ поручительству въ видѣ мандата—Mandatsbürgschaft, не допускавшему такого дѣйствія litiscontestatio, или къ такъ наз. *fidejussio indemnitatis*, которая была *обусловлена* тѣмъ, чтобы вѣритель не получилъ удовлетворенія при взысканіи съ главнаго должника; послѣдняя такимъ образомъ даже *предполагала* предварительное производство противъ главнаго должника [8]).

Но въ кодификаціи Юстиніана litiscontestatio *при поручительствѣ*, какъ и *при корреальныхъ* обязательствахъ потеряла *способность погашать обязательства всѣхъ должниковъ* [9]).

Кромѣ того Юстиніанъ въ въ Nov. 4, cap. 1 предоставилъ поручителю beneficium excussionis: отъ кредитора требовалось до предъявленія иска противъ поручителя предварительное взысканіе долга съ главнаго должника [10]). Такое право поручителя является его *привилегіей*, а отнюдь не необходимымъ послѣдствіемъ самаго поручительства; оно служитъ поэтому основаніемъ для особаго возра-

---

[6]) L. 7, pr. D. de exceptionibus. 44. 1

[7]) K. O., § 178 in fine; ср. l. 58, § 1. D. mandati. 17. 1. § 4. I. de replicationibus. 4. 14,

[8]) L. 116. D. de verb. obl. 45. 1, l. 41. D. h. t. 46. 1. Ср. Geib., loc. cit. стр. 18. слѣд.

[9]) L. 28. C. de fidejussoribus. 8. 40.

[10]) Ср. Unger въ Jherings Jahrb., т. 29, статья 1. Гражд. улож. для герман. имперіи § 771 устанавливаетъ, что поручитель можетъ отказывать кредитору въ удовлетвореніи, пока кредиторъ не обратитъ безуспѣшно понудительнаго взысканія на имущество главнаго должника. (Возраженіе о предварительномъ взысканіи съ главнаго должника). Далѣе ст. 772 опредѣляетъ, на что именно распространяется принудительное взысканіе.

женія—exceptio—и не является условіемъ иска. Чтобы опровергнуть эту эксцепцію *вѣритель* во всякомъ случаѣ обязанъ *доказать*, что имъ было уже произведено надлежащее взысканіе противъ главнаго должника, ибо всѣ необходимыя средства для такого доказательства должны находиться въ его рукахъ.

Какъ ни справедлива эта привилегія, но все же ею можно злоупотреблять съ цѣлью затянуть процессъ. Для устраненія подобныхъ злоупотребленій допускаются нѣкоторыя *ограниченія*. Exceptio excussionis не примѣняется:

a) когда *отсутствуетъ главный должникъ;* въ этомъ случаѣ предъявленіе къ нему иска прежде чѣмъ къ поручителю сопряжено съ значительными затрудненіями [11]);

b) въ случаѣ *отрицанія поручителемъ обязательства* [12]);

c) въ случаѣ *открытія конкурса* надъ имуществомъ главнаго должника [13]);

d) въ случаѣ *несомнѣнной безуспѣшности всякаго взысканія съ главнаго должника, въ особенности, когда его несостоятельность общеизвѣстна;*

e) въ случаѣ *отреченія поручителя* отъ упомянутой привилегіи; такое отреченіе заключается въ ручательствѣ въ качествѣ «самостоятельнаго должника» [14]);

---

[11]) Мнѣнія юристовъ расходятся относительно того, что упомянутая novella разумѣетъ подъ отсутствіемъ. Нерѣдко утверждаютъ, что должникъ считается отсутствующимъ, если онъ находится не въ округѣ того суда, гдѣ живетъ вѣритель и которому вмѣстѣ съ тѣмъ подсуденъ поручитель. Ср. Girtanner loc. cit., стр. 441, Windscheid, т. 2, § 478, прим. 2. Но примѣняется ли это правило и въ томъ случаѣ, если должникъ находится въ мѣстѣ, гдѣ обязательство должно быть исполнено согласно договору, или если оба, какъ поручитель, такъ и должникъ находятся въ иномъ округѣ, чѣмъ вѣритель? Имперскій судъ, R. G. E., т. 6, стр. 156, исходя въ сущности изъ высказаннаго нами взгляда, полагаетъ, что должникъ считается присутствующимъ, если живетъ въ предѣлахъ германской имперіи. Гражд. улож. для герман. имперіи § 773 опредѣляетъ: возраженіе о предварительномъ взысканіи съ главнаго должника не допускается: если обращеніе взысканія на имущество главнаго должника значительно затруднено вслѣдствіе перемѣны, послѣ установленія поручительства, его мѣстожительства, промышленнаго обзаведенія или мѣста пребыванія.

[12]) Это основывается на обычномъ расширительномъ толкованіи, l. 10 § 1. D. h. t. 46. 1.

[13]) Этотъ вопросъ споренъ. Ср., между прочимъ, Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 385, Windscheid, т. 2, § 478, прим. 4 и указанную тамъ литературу. Того же взгляда держатся R. G. E. т. 4, стр. 123 и гражд. улож. для герман. имперіи § 773, 3.

[14]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 773. О различіи между поручителемъ въ качествѣ главнаго должника и корреальнымъ должникомъ см. R. O. H. G. E., т. 20, стр. 47.

f) exceptio excussionis не имѣетъ мѣста при поручительствѣ *по торговымъ сдѣлкамъ*, или когда поручительство *само по себѣ* является *торговой сдѣлкой* [15]) и

g) при поручительствѣ для обезпеченія *принудительной мировой сдѣлки* [16]).

3. Само поручительство можетъ быть обезпечено *вторымъ поручительствомъ*, а также и залогомъ. Такое вторичное поручительство является прежде всего добавочнымъ элементомъ первой поруки и съ главнымъ обязательствомъ связано лишь *косвенно* [17]). Оно поэтому не имѣетъ никакой силы, когда первое поручительство недѣйствительно, даже если бы *главное обязательство* было вполнѣ дѣйствительно и еще не погашено. Второй поручитель можетъ требовать, чтобы, прежде чѣмъ обратиться къ нему, былъ предъявленъ искъ не только къ первому поручителю, но и къ главному должнику, тѣмъ болѣе, что второй поручитель можетъ пользоваться всѣми тѣми же возраженіями, какъ и первый. Точно также второй поручитель имѣетъ право регресса не только къ первому, за котораго онъ непосредственно ручался, но и къ главному должнику, коль скоро онъ за него заплатилъ.

§ 80. Права поручителя по отношенію къ главному должнику.

I. По древне-римскому праву sponsor, заплатившій долгъ по обязательству, за которое онъ ручался, могъ предъявить особый привилегированный искъ — actio depensi — къ главному должнику, если тотъ своевременно не возвратилъ ему уплаченной суммы [1]).

II. Позднѣйшее право не знало такого иска поручителя къ главному должнику, который бы вытекалъ непосредственно изъ уплаты долга.

---

[15]) H. G. B., Art. 281, Abs. 1.

[16]) K. O., § 179.

[17]) L. 8. § 12. D. h. t., 46. 1, l. 27, § 4. D. eod. Ulpianus libro 22 ad edictum: Si fidejussor fuerit principalis et fidejussor fidejussoris, non poterit desiderare fidejussor, ut inter se et eum fidejussorem, pro quo fidejussit, dividatur obligatio: ille enim loco rei est nec potest reus desiderare, ut inter se et fidejussorem dividatur obligatio. Goldschmidt: Haupt-und Nachbürge въ Jherings Jahrb. т. 26, стр. 345.

[1]) Actio depensi на основаніи lex Publilia предоставлялась sponsor'y, если онъ въ теченіе 6 мѣсяцевъ не получалъ отъ должника удовлетворенія. Gajus, Inst. III, § 127. IV, § 22.

1. Поручителямъ здѣсь предоставлялись лишь такіе иски, которые вытекали изъ *правоотношеній, лежащихъ въ основаніи договора поручительства.*

Обыкновенно поручитель ручается по просьбѣ или же во всякомъ случаѣ согласно желанію главнаго должника. Онъ является такимъ образомъ по отношенію къ послѣднему мандатаріемъ [2]) и можетъ съ цѣлью регресса предъявить actio mandati contraria.

Впрочемъ, поручительство можетъ бить установлено кромѣ того и помимо всякой просьбы должника. Въ такомъ случаѣ поручителю предоставлялась въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ actio negotiorum gestorum, поскольку имѣлись на лицо всѣ необходимыя условія этого иска. О negotiorum gestio не могло быть и рѣчи, въ частности, когда поручитель вмѣшался въ сдѣлку вопреки запрещенію должника [3]).

Наконецъ, правомъ регресса не пользуется тотъ, кто поручился donandi animo, т. е. съ намѣреніемъ въ случаѣ уплаты не требовать отъ главнаго должника возмѣщенія. Само собой разумѣется, что права регресса не имѣетъ также и тотъ, кто лишь повидимому и формально выступилъ въ качествѣ поручителя, въ дѣйствительности же былъ главною стороною въ сдѣлкѣ.

Предоставляемыя поручителю actiones mandati и negotiorum gestorum contraria имѣютъ слѣдующее содержаніе:

а) Поручитель, удовлетворившій вѣрителя изъ своихъ средствъ черезъ платежъ, in solutum datio, путемъ компенсаціи или новаціи, можетъ требовать съ главнаго должника возмѣщенія издержекъ. Далѣе, если вѣритель простилъ долгъ съ намѣреніемъ сдѣлать этимъ подарокъ *поручителю*, то послѣдній въ правѣ требовать съ должника прощенную сумму несмотря на то, что самъ ничего не истратилъ [4]).

---

[2]) L. 6, § 2. D. mandati. 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si passus sim aliquem pro me fidejubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio. R. O. H. G. E., т. 11, стр. 3.

[3]) L. 20, § 1. D. mandati. 17. 1, l. 40. D. eod. Paulus libro 9 ad edictum: Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.

[4]) L. 10, § 13. D. mandati. 17. 1 Ulpianus libro 31 ad edictum: Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fidejussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem; ср. далѣе l. l.. 11, 12, pr., §§ 1 и 2. D. eod.—Если должнику принадлежало какое-либо право на освобож-

b) Еще *до платежа* поручитель можетъ предъявить къ главному должнику искъ съ цѣлью избавиться отъ обязанности исполненія въ томъ случаѣ, когда онъ присужденъ къ уплатѣ, а также если главный должникъ затягиваетъ исполненіе или начинаетъ расточать свое имущество [5]).

Требованія регресса, принадлежащія поручителямъ, могутъ въ свою очередь быть обезпечены такъ наз. *обратнымъ поручительствомъ*.

2. Поручителю предоставлено такъ наз. beneficium cedendarum actionum [6]), въ силу котораго онъ можетъ подождать съ исполненіемъ обязательства, пока вѣритель не передастъ ему свое исковое право къ должнику со всѣми принадлежностями. Этимъ преимуществомъ поручитель пользуется даже *послѣ того*, какъ погасилъ долгъ [7]) [8]).

деніе отъ обязательства, а поручитель заплатилъ, *не зная объ этомъ*, то ему все-таки дается право регресса, разъ съ его стороны не было никакой вины или непредусмотрительности, l. 10, § 12, l. 29, pr. слѣд. D. eod. О послѣдствіяхъ постановленія рѣшенія противъ поручителя injuria judicis см. l. 67. D. h. t. 46. 1 и l. 10. C. mandati. 4. 35.

[5]) L. 38, § 1. D. mandati. 17. 1, l, 10. C. eod. 4. 35. l. 45. D. de fidejussoribus. 46. 1. ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 775.

[6]) Friedrich Keil: Zur Lehre v. d. beneficium cedendarum actionum, Halle, 1880, (хорошая диссертація).

[7]) При mandatum qualificatum обязанность заимодавца уступить манданту свое требованіе къ главному должнику вытекаетъ сама собой изъ общихъ основаній мандата, l 27, § 5. D. mandati. 17. 1, l. 28. D. eod., такъ какъ мандатарій обязанъ передать лицу, давшему порученіе, все, что ему досталось на основаніи этой сдѣлки. Впрочемъ, и при поручительствѣ въ видѣ fidejussio необходимость правильнаго устройства взаимныхъ отношеній сторонъ привела къ установленію beneficium cedendarum actionum, несмотря на то, что этимъ нарушается юридическая конструкція самаго института. Далѣе всѣхъ идетъ въ этомъ направленіи Paulus libro 14 ad Plautium l. 36. D. de fidejussoribus. 46. 1. Cum is qui et reum et fidejussores habens ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt, sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ud praestet actiones. Какъ отсюда видно, Павелъ предоставляетъ право на уступку требованія поручителю, заплатившему даже безъ всякой оговорки, между тѣмъ какъ Модестинъ такую оговорку считаетъ необходимою, ср. l. 76. D. de solutionibus. 46. 3. По нашему мнѣнію, слѣдуетъ присоединиться ко взгляду Павла, какъ болѣе цѣлесообразному. Къ тому же склоняется въ большинствѣ случаевъ и практика, при чемъ однако мнѣнія расходятся. Прежняя литература указана у Girtanner'a, loc. cit., стр. 217; ср. далѣе Hasenbalg, loc. cit., стр. 414 и R. G. E., т. 18, стр. 235.

[8]) Windscheid, т. 2, § 481, прим. 7, утверждаетъ, что поручитель пользуется beneficium cedendarum actionum лишь постольку, „поскольку ему принадлежитъ право регресса къ главному должнику". Не находя для такого ограниченія указаній въ источникахъ, онъ его выводитъ изъ внутреннихъ основаній. Но едва ли этотъ взглядъ правиленъ, въ особенности, когда поручитель вмѣ-

Такимъ образомъ, если отъ поручителя было потребовано исполненіе и произведенъ *платежъ* долга, то таковой разсматривается какъ *покупная цѣна* уступленнаго *требованія* [9]).

§ 81. Отношенія между сопоручителями.

I. Если *нѣсколько лицъ поручилось за одинъ и тотъ же долгъ*, то каждый изъ нихъ отвѣчаетъ *in solidum*, т. е. за *всю сумму* [1]).

Первоначально поручитель, уплатившій долгъ и освободившій такимъ образомъ отъ обязательства своихъ сопоручителей, не имѣлъ по отношенію къ нимъ никакого права требованія; это положеніе въ принципѣ сохранилось и въ позднѣйшее время [2]).

II. Однако были установлены двѣ привилегіи, которыя вели къ распредѣленію отвѣтственности между всѣми сопоручителями.

шался вопреки *запрещенію* главнаго должника. Хотя бы ему въ такомъ случаѣ и не принадлежала actio negotiorum gestorum contraria, но это обстоятельство *всетаки* ему не можетъ мѣшать требовать уступки иска отъ вѣрителя. Послѣдній во *всякомъ случаѣ* обязанъ уступить поручителю свое требованіе къ главному должнику. Онъ не въ правѣ пользоваться возраженіемъ, что для поручителя этотъ искъ противъ главнаго должника не имѣетъ силы, такъ какъ онъ ручался donandi animo, или самъ фактически является участникомъ главнаго долга. Всѣ эти обстоятельства касаются одного лишь поручителя и главнаго должника, и только послѣдній можетъ воспользоваться противъ уступленнаго поручителю иска соотвѣтствующими возраженіями; ср. § 774, Abs. 1, гражд. улож. для герман. имперіи. Другой вопросъ, можетъ ли поручитель, заплатившій вѣрителю меньшую сумму вслѣдствіе прощенія части долга или мировой сдѣлки, послѣ уступки *всего* требованія къ главному должнику предъявить къ послѣднему искъ въ полномъ объемѣ? Этому вопросу посвящено главнымъ образомъ изслѣдованіе Keil'a, см. выше прим. 6.—По правильному взгляду здѣсь допускается со стороны главнаго должника возраженіе противъ actio cessa, такъ какъ поручитель не долженъ обогащаться на его счетъ; исключеніе допускается лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель имѣлъ явное намѣреніе сдѣлать подарокъ поручителю.—Вслѣдствіе уступки иска переходятъ къ поручителю и всѣ привилегіи и обезпеченія, которыми снабжено требованіе къ главному должнику; ср. выше § 51, прим. 6. Впрочемъ, это правило примѣняется лишь постольку, поскольку отъ него вѣритель не терпитъ ущерба. Поэтому, если къ одному изъ нѣсколькихъ требованій, обезпеченныхъ залогомъ, присоединяется еще поручительство, то вѣритель обязанъ передать поручителю, уплатившему долгъ, свое залоговое право лишь съ тѣмъ, чтобы всѣ его требованія, обезпеченныя этимъ же залогомъ, были удовлетворены. l. 2, § 1. C. h. t. 8. 40, см. также R. G. E., т. 3, стр. 183.

[9]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 774: Поскольку поручитель удовлетворилъ кредитора, требованіе кредитора противъ главнаго должника переходитъ къ нему. Этимъ переходомъ поручитель не можетъ воспользоваться въ ущербъ кредитору.

[1]) L. 3, § 2. C. h. t. 8. 40. § 4, I. de fidejussoribus. 3. 20 ниже прим. 3.

[2]) § 4. I. h. t. 3. 20, l. 39. D. eod. 46. 1, l. 11, pr. C. h. t.

1. Въ силу beneficium divisionis, которую Адріанъ предоставилъ «fidejussoribus et mandatoribus», поручитель, къ которому вѣритель предъявиль искъ, можетъ требовать раздѣленія отвѣтственности по иску между всѣми состоятельными къ этому времени поручителями [3] [4].

Эта привилегія предоставляется поручителямъ, не взирая на то, ручались ли они всѣ вмѣстѣ или отдѣльно и независимо другъ отъ друга [5].

Если обязательство одного изъ сопоручителей окажется недѣйствительнымъ или можетъ быть оспорено, то другой поручитель уже не имѣетъ права требовать дѣленія отвѣтственности по иску, несмотря на то, что они ручались вмѣстѣ. Субъективное мнѣніе или увѣренность поручителя въ томъ, что онъ состоитъ въ сопоручительствѣ съ другими, а вслѣдствіе этого имѣетъ и право на beneficium divisionis, не можетъ замѣнить объективное основаніе для дѣленія отвѣтственности по иску [6].

Beneficium divisionis по римскому праву не допускалось и въ томъ случаѣ, если вѣритель еще до наступленія срока требованія

---

[3]) § 4. I. de fidejussoribus. 3. 20: Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur, itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere.

[4]) О beneficium divisionis ср. Hasenbalg, loc. cit., стр. 466, тамъ указана болѣе старая литература, затѣмъ Brinz, 2, стр. 256. Carl Knoll: Das beneficium divisionis des Bürgen, Bresl. Diss. 1895. Относительно lex Furia, которая преслѣдовала подобную же цѣль, см. выше § 76. Гражд. уложеніемъ для герман. имперіи beneficium divisionis отмѣнено.

[5]) Нерѣдко высказывается мнѣніе, что beneficium divisionis предоставляется поручителямъ лишь въ томъ случаѣ, если они ручались вмѣстѣ, по одному и тому же договору. Такой взглядъ не соотвѣтствуетъ ученію источниковъ, см., напр., приведенный выше въ прим. 3. § 4. I. h. t. 3. 20. Противъ подобнаго ограниченія высказываются Girtanner въ Archiv für civ. Praxis, т. 43, статья 12, Hasenbalg, loc. cit., стр. 477, Goldshmidt въ Jherings Jahrb., стр. 351.

[6]) Windscheid, т. 2 ,§ 479, прим. 7, утверждаетъ, что право на дѣленіе отвѣтственности остается за поручителемъ, несмотря на недѣйствительность обязательства сопоручителя, если только первый имѣлъ полное основаніе надѣяться, что ему придется отвѣчать лишь за свою часть. Такого же взгляда держатся Brinz, т. 2. стр. 190, прим. 7 и Goldschmidt, loc. cit., стр. 354. По нашему мнѣнію это противорѣчитъ тому основанію, на которомъ покоилось римское beneficium divisionis. Такъ какъ эта привилегія устранялась даже вслѣдствіе отсутствія или несостоятельности сопоручителя, то она, конечно, не могла быть допущена въ томъ случаѣ, когда обязательство сопоручителя оказалось недѣйствительнымъ. Оспариваемый нами взглядъ не находитъ оправданія въ l. 48. D. h. t. 46. 1. Ср. относительно этого мѣста Girtanner: Die Bürgschaft, стр. 462 и въ Archiv für civ. Praxis т. 43, стр. 286, также Hasenbalg, loc. cit., стр. 507.

простилъ долгъ одному изъ сопоручителей [7]). Но по современнымъ воззрѣніямъ вѣрителю едва ли можетъ быть предоставлено право произвольно ухудшать положеніе поручителя [8]).

Можетъ случиться, что кредиторъ, предъявивъ искъ въ полномъ объемѣ къ одному поручителю, оспариваетъ состоятельность другого. Тогда отвѣтчикъ, чтобы добиться дѣленія отвѣтственности по иску, долженъ взять на себя отвѣтственность за своего сопоручителя и представить обезпеченіе на тотъ случай, если вслѣдствіе дѣленія для кредитора возникнутъ убытки [9]) [10]).

---

[7]) Въ l. 15. D. h. t. 46. 1 Julianus libro 51 digestorum говоритъ: Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur et, si ab altero quindecim petere instituеris, nulla exceptione summoveris: reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere instituеris, doli mali exceptione submoveris. Мы не имѣемъ никакого права относить слова „*nulla*“ exceptione къ *одному* только виду exceptio, а именно къ exceptio pacti, какъ это дѣлаютъ Girtanner въ Archiv für civ. Praxis, т. 43, стр. 281 и Goldschmidt, loc. cit., стр. 367; точно также не слѣдуетъ по указанію Dedekind'a, loc. cit., стр. 123, читать вмѣсто quindecim „decem“. Это значитъ не толковать источники, а устранять затрудненія произвольнымъ искаженіемъ текста. См., впрочемъ, и Windscheid, т. 2, § 479, прим. 7. Противъ такого метода справедливо высказывается Hasenbalg, loc. cit., стр. 488. Съ однимъ только можно согласиться—что это мѣсто относится къ случаю прощенія долга да истеченія срока требованія.

[8]) Ср. ниже § 82, прим. 7.

[9]) При процессуальномъ осуществленіи beneficium divisionis, требованіе доказательства, что сопоручители отвѣтчика состоятельны, сопряжено съ большими неудобствами. Оно осложняетъ все производство, вводя въ него изслѣдованіе вопроса, нерѣдко весьма сомнительнаго, который, впрочемъ, разрѣшается самъ собою при принудительномъ исполненіи рѣшенія. Поэтому римляне едва ли занимались подробнымъ его разсмотрѣніемъ. У нихъ по всей вѣроятности соблюдался слѣдующій порядокъ: a) преторъ устанавливалъ actio divisa, ограничивающую кредитора, если тотъ во время производства in jure не оспаривалъ состоятельности сопоручителей, или если послѣдній фактъ былъ общеизвѣстенъ. Ср. Pauli sent., I. 20 и l. 10, § l. C. h. t. 8. 40, гдѣ, очевидно, слово „condemnationem“ было вставлено вмѣсто „litiscontestationem“ — Lenel: Edictum perpetuum, стр. 171. Разъ actio divisa была допущена, то отвѣтчику не могло больше вредить то обстоятельство, что его сопоручитель впослѣдствіи оказался несостоятельнымъ, l. 51, § 4, l. 52, § 1. D. h. t. 46. 1, l. 16. C. h. t. 8. 40; b) кредиторъ могъ еще in jure оспаривать состоятельность сопоручителей; тогда поручитель, къ которому былъ предъявленъ искъ въ полномъ объемѣ, имѣлъ право требовать дѣленія иска лишь въ томъ случаѣ, если бралъ на себя отвѣтственность за состоятельность сопоручителей и представлялъ въ этомъ кредитору обезпеченіе, l. 10. pr. D. h. t. 46. 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si dubitet creditor, an fidejussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur, in parte dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisdationes offerat et omnes confidejussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint; ср. l. 16. C. h. t. 8. 40. c) Кромѣ того l. 28. D. h. t. гласитъ: Paulus libro 25 ad edictum: Si contendat fidejussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dan-

Beneficium divisionis отпадаетъ:

a) если привлеченный къ отвѣтственности поручитель отрицаетъ свое поручительство [11]);

b) если сопоручитель отсутствуетъ, или вообще привлеченію его мѣшаютъ какія-либо особыя препятствія [12]);

c) въ случаѣ отказа отъ beneficium; въ особенности въ случаѣ принятія поручительства съ обязательствомъ отвѣчать какъ самостоятельный должникъ [13]);

d) при торговыхъ сдѣлкахъ [14]).

---

dam „si non et illi solvendo sint". Изъ этого же отрывка видно, что при подобной эксцепціи дѣло шло необычнымъ порядкомъ. Такой порядокъ былъ установленъ на тотъ случай, когда вѣритель прямо настаивалъ на предъявленіи иска противъ избраннаго имъ поручителя въ полномъ объемѣ—in solidum—и, будучи увѣренъ въ несостоятельности сопоручителей, согласился лишь на то, чтобы этотъ вопросъ былъ разсмотрѣнъ при производствѣ in judicio.—Въ современномъ правѣ слѣдуетъ держаться порядка, указаннаго въ l. 10, pr. D. h. t., который и римляне считали обычнымъ. Такимъ образомъ, если поручитель, къ которому предъявлено требованіе in solidum, ссылается на beneficium divisionis, а вѣритель оспариваетъ состоятельность остальныхъ сопоручителей, то отвѣтчикъ можетъ воспользоваться своимъ возраженіемъ не иначе, какъ представивъ обезпеченіе за тѣ убытки, которые вѣритель можетъ потерпѣть въ случаѣ раздѣленія требованія между всѣми поручителями. Въ большинствѣ случаевъ поручитель въ качествѣ отвѣтчика можетъ представить доказательства состоятельности сопоручителей или же требовать отъ вѣрителя доказательствъ противнаго. Всѣ эти осложненія дискредитировали не безъ основанія весь институтъ beneficium divisionis, такъ какъ время и деньги, потраченныя на такія доказательства, не окупаются выгодой, которая при этомъ можетъ быть достигнута. Ср. Sokolowski въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 11, стр. 278.

[10]) Общегерманская практика предоставила поручителю такъ наз. provocatio ex lege „si contendat", которая основывается на приведенной выше, въ прим. 9, подъ lit. c. l. 28. D. h. t. Въ силу этой provocatio поручитель, чтобы обезпечить за собой beneficium divisionis, вызываетъ вѣрителя на тяжбу. Въ послѣдующемъ за этимъ производствѣ присужденіе вѣрителя состоитъ въ томъ, что, если онъ подастъ искъ позднѣе, то ему все равно какъ и теперь будетъ противопоставлена exceptio divisionis, не взирая на то, окажутся ли состоятельные въ настоящее время сопоручители таковыми и впослѣдствіи. Аналогичныя provocationes установлены для обезпеченія и другихъ привилегій поручителей, ср. Hasenbalg, стр. 627. Германскіе судебные уставы не признаютъ, впрочемъ, никакихъ provocationes, исходя изъ того, что онѣ являются излишними при существованіи исковъ, направленныхъ на установленіе извѣстнаго факта—Feststellungsklagen. C. P. O. § 231, 253; ср. выше вып. I, § 134. Но это соображеніе едва ли относится къ provocatio ex lege „si contendat".

[11]) l. 10, § 1. D. h. t. 46. 1.

[12]) l. 10, pr. D. h. t. 46. 1.

[13]) H. G. B., Art. 281. Abs. 1.

[14]) l. 17. l. 36, l. 41. D. h. t. 46. 1; l. 11. § 1. C. h. t. 8. 40; l. 12. D. rem. pupilli salvam fore. 46. 6. Hasenbalg, стр. 428. R. G. E., 18, стр. 275. Иного мнѣнія Savigny: Obligationenrecht, т. 1. стр. 273.

2. Если изъ нѣсколькихъ поручителей одинъ уплатилъ *весь* долгъ или часть, превышающую долю, падающую на него по разсчету, то, по справедливости, ему не можетъ быть отказано въ *регрессѣ* къ сопоручителямъ. Древне-римское право не знало, правда, пути къ этому, такъ какъ между сопоручителями не было заключено договора, а слѣдовательно и не могло быть иска. Развившись юриспруденція нашла исходъ въ *цессіи иска*: кредиторъ вынуждался уступить поручителю, производящему уплату, свое притязаніе къ сопоручителямъ, при самой уплатѣ или послѣ нея. Но это была только посредствующая историческая стадія. Нынѣ слѣдуетъ признать, что требованія кредитора къ сопоручителямъ, ради предоставленія ему регресса, переходятъ къ поручителю, производящему уплату, въ силу закона. Особый актъ цессіи излишенъ, такъ какъ онъ для участвующихъ лицъ не имѣетъ никакого значенія [15]).

§ 82. Прекращеніе поручительства.

Поручительство прекращается вслѣдствіе тѣхъ-же причинъ, которыя встрѣчаются во *всѣхъ* видахъ обязательствъ; но оно прекращается, кромѣ того, по особымъ причинамъ, въ связи съ той цѣлью, которую оно преслѣдуетъ—служитъ средствомъ обезпеченія.

1. Съ *погашеніемъ главнаго долга* прекращается также и поручительство [1]).

---

[15]) Историческому развитію, требованіямъ справедливости и экономическимъ потребностямъ отвѣчаетъ ст. 2033 code civil: Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. По § 774, Abs. 2 гражд. улож. для герман. имперіи право регресса между сопоручителями обсуждается по началамъ установленнымъ § 426 для случаевъ совокупнаго долга. Ср. по этому поводу выше § 73, прим. 19.

[1]) l. 43. D. de solutinibus. 46 3, напечатанная выше вып. I, § 261, прим. 7. Этому не противорѣчитъ то, что поручительство остается въ силѣ, если послѣ смерти главнаго должника у него не окажется наслѣдниковъ, l. 95, § 1, D. de solutionibus. 46. 3, l. 1, § 14. D. depositi. 16. 3, такъ какъ наслѣдство представляетъ лицо умершаго. Что поручительство, въ отличіе отъ корреальнаго обязательства, прекращается и въ случаѣ прекращенія главнаго обязательства путемъ сліянія, указываетъ l. 71. pr. D. h. t. 46. 1. Ср. Kretschmar: Confusion, стр. 118 и слѣд. Противъ прекращенія поручительства вслѣдствіе прекращенія главнаго долга высказывается Girtanner на стр. 495. Поручительство, по его мнѣнію, равносильно „расширенію“ главнаго долга, и эта добавочная часть юридическаго отношенія можетъ сохраниться, несмотря на то, что первоначальная его часть, главный долгъ, была устранена. Но такое пониманіе поручительства ошибочно (см. выше, § 77, прим 5), а въ своихъ послѣдствіяхъ несогласно съ источниками. См. Hasenbalg, loc. cit. стр. 295.

Это положеніе примѣняется, однако, безъ ограниченій только при полномъ погашеніи, напр., черезъ платежъ или посредствомъ иного удовлетворенія или черезъ сліяніе требованія и обязанности исполненія въ одномъ лицѣ—confusio. Если же остается натуральное обязательство [2]), или если обязательство прекращается лишь путемъ эксцепціи [3]), то поручительство можетъ сохраниться въ полной силѣ.

Если поручитель по своей винѣ уничтожилъ индивидуально опредѣленный предметъ долга, то главный должникъ освобождается отъ обязательства: по отношенію къ нему это считается «случаемъ», за который онъ не отвѣчаетъ. Но поручитель не можетъ ссылаться на это; онъ остается обязаннымъ на основаніи поручительства, хотя, конечно, лишь къ соотвѣтствующему денежному вознагражденію [4]).

2. Поручительство, далѣе, прекращается, если главный долгъ и долгъ по поручительству сольются въ одномъ лицѣ, напр., въ силу перехода по наслѣдству. Оно, однако, сохраняетъ силу, если долгъ по поручительству предоставляетъ вѣрителю больше выгодъ, чѣмъ главный долгъ [5]), въ частности, если главный долгъ лишенъ иска, а долгъ по поручительству снабженъ искомъ, или если поручительство обезпечено залогомъ [6]).

---

[2]) l. 60. D. h. t. 46. 1.

[3]) Относительно права поручителя пользоваться эксцепціями, предоставленными главному должнику, см. выше § 79, прим. 5.

[4]) Первоначально въ такихъ случаяхъ предоставлялась только actio doli. Объ этомъ повѣствуетъ Папиніанъ libro 37 quaestionum, l. 19, D. de dolo malo. 4. 3: Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur. Ср. также l. 38, § 4. D. de solutionibus. 46. 3. Самъ Папиніанъ, однако, уже не стоялъ болѣе на этой точкѣ зрѣнія, а допускалъ уже искъ, основанный на поручительствѣ—libro 28 quaestionum, l. 95, § 1. D. de solutionibus. 46, 3, приведенная выше § 27, прим. 12. Разсмотрѣвъ отношеніе по альтернативному обязательству, онъ продолжаетъ: aliter quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum teneatur, si debitor sine herede decessisset. Въ томъ же смыслѣ высказывается Павелъ въ l. 88. D. de verb. obl. 45. 1. Ср. Vangerow, т. 3, § 578, прим. 2. Загадочное рѣшеніе предлагаетъ Huschke: Gajus, стр. 80. Гражд. улож. для герман. имперіи не высказывается по этому вопросу.

[5]) l. 95, § 3. D. de solutionibus. 46. 3. Papinianus libro 28 quaestionum: Quod volgo jactatur fidejussorem, qui debitori heres exstitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur.

[6]) l. 38, § 5. D. de solutionibus. 46. 3. Africanus libro 7 quaestionum: Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te instituit, quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilo minus tamen pignus obligatum manebit. At se idem alium fidejussorem dederit atque ita here-

3. Поручитель освобождается, если вѣритель вслѣдствіе отказа отъ своихъ правъ или по небрежности при взысканіи долга лишитъ его тѣхъ законныхъ средствъ, которыя могли уберечь его отъ ущерба, или же сдѣлаетъ примѣненіе ихъ менѣе успѣшнымъ.

Это положеніе, правда, чуждо римскому праву, но оно соотвѣтствуетъ тѣмъ намѣреніямъ, съ которыми по современнымъ воззрѣніямъ поручители принимаютъ на себя свои обязанности, и сверхъ того согласно съ развитіемъ института поручительства, начиная съ среднихъ вѣковъ [7] [8].

---

dem te instituerit, rectius existimari ait sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit liberari. См. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 592. Африканъ считаетъ поручительство за поручителя—въ отличіе отъ залога—прекратившимся, потому что главное поручительство прекратилось черезъ confusio. Папиніанъ же не признаетъ такое сліяніе дѣйствительнымъ, если поручительство предоставляетъ вѣрителю больше выгодъ, чѣмъ главное обязательство. Таковъ случай, когда поручительство въ свою очередь обезпечено поручительствомъ. Согласно его воззрѣнію въ этомъ случаѣ должно сохранить силу главное и, вмѣстѣ съ тѣмъ, обезпечивающее его второе поручительство. Рѣшеніе, которое предлагаетъ Африканъ, представляется устарѣвшимъ. Правда, Goldschmidt въ Jherings Jahrb., т. 26, стр. 353, заявляетъ, что несомнѣнно и рѣшеніе Африкана имѣло свое основаніе, и совѣтуетъ намъ „быть осторожными въ признаніи юридическихъ положеній устарѣвшими. Но онъ не уяснилъ себѣ сути дѣла.

[7]) Уже со времени глоссаторовъ высказывался взглядъ, что exceptio cedendarum actionum становится перемпторной, если вѣритель не можетъ уступить искъ вовсе или съ тѣмъ, чтобы онъ сохранилъ свою силу. Того же мнѣнія держался Bartolus, и оно стало впослѣдствіи communis opinio, см. у Girtanner'а стр. 212. Самъ Girtanner вполнѣ основательно оспариваетъ его съ римской точки зрѣнія; въ самомъ дѣлѣ, исходя отсюда, слѣдуетъ признать, что поручитель можетъ требовать уступки себѣ исковъ, какъ противъ главнаго должника, такъ и противъ сопоручителей только въ томъ предположеніи, что самъ вѣритель еще располагаетъ тѣмъ же искомъ. Въ свою очередь Girtanner утверждаетъ на стр. 483, что exceptio excussionis становится перемпторной, если вѣритель предъявилъ искъ къ главному должнику не въ срокъ, такъ что онъ не можетъ быть предъявленъ болѣе съ успѣхомъ. Но и это нельзя доказать на основаніи Nov. 4, стр. 1. Правильное воззрѣніе излагаетъ Arndts, § 357, прим. 2. „Рѣшающее значеніе для современнаго права, говоритъ онъ, имѣетъ то обстоятельство, что всякое поручительство разсматривается съ точки зрѣнія bona fides. Вѣритель дѣйствуетъ вопреки этого принципа, лишая поручителя, умышленно или хотя бы по своей небрежности, предоставленныхъ ему юридическихъ средствъ защиты, но привлекая его тѣмъ не менѣе къ отвѣтственности. Не слѣдуетъ, однако, признавать виною по отношенію къ поручителю всякое, допущенное по снисходительности промедленіе въ промедленіи иска къ должнику". Ср. также R. G. E. въ Seuff. Arch. т. 52, № 154.

[8]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 776 гласитъ: Если вѣритель отказался отъ права преимущественнаго удовлетворенія, установленнаго въ пользу его требованія, отъ ипотеки или закладного права, обезпечивающихъ его требованіе, или же отъ своего права противъ сопоручителя, то поручитель освобождается въ той мѣрѣ, въ какой онъ въ силу § 774 (см. выше § 80, прим. 9) могъ бы возмѣстить свои убытки на основаніи того права, отъ котораго вѣри-

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Интерцессіи.

§ 83. Понятіе и виды интерцессіи [1]).

1. *Подъ интерцессіей разумѣется принятіе на себя долга, матеріально совершенно чуждаго лицу, взявшему его на себя.*

Интерцессія можетъ заключаться въ принятіи на себя *личнаго* долга или въ представленія *залога* за чужой долгъ [2]).

Различаютъ два вида интерцессій: кумулятивную и привативную.

a) При intercessio cumulativa третье лицо вступаетъ въ обязательство *на ряду* съ тѣмъ, кого долгъ касается матеріально. Третье лицо можетъ здѣсь выступить въ качествѣ поручителя, корреальнаго должника [3]) или наконецъ, представить залогъ за чужой долгъ.

b) При intercessio privativa третье лицо вступаетъ *на мѣсто* истиннаго участника обязательства. Такое вступленіе въ долгъ за другого допускается *прямо съ момента возникновенія обязательства*, напр., путемъ выдачи векселя, валюту котораго получаетъ этотъ другой [4]). Кромѣ того, можно вступить на мѣсто *раньше обязавшагося* должника путемъ expromissio или принятіемъ на себя его долга [5]).

Тотъ, кто матеріально заинтересованъ въ сдѣлкѣ, не является интерцедентомъ; напр., кто-либо покупаетъ для меня вещь въ качествѣ косвеннаго представителя, а я ручаюсь за взносъ покупной платы [6]).

тель отказался. Это положеніе примѣняется, хотя бы право, отъ котораго отказался вѣритель, возникло уже послѣ установленія поручительства.

[1]) Sintenis: Von Intercessionen und einigen Arten derselben въ Lindes Zeitschrift, т. 10, статья 2. Deurer: Ueber den Begriff der Intercession въ Archiv für civ. Praxis, т. 28, статья 15. Hasenbalg: Beiträge zur Lehre von der Intercession, 1856; Brinz, т. 2, стр. 230. Thur: Die Actio de in rem verso, стр. 46.

[2]) Выше вып. I, § 266, прим. 16.

[3]) l. 17, § 2, l. 18. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1.

[4]) Подобныя интерцессіи нерѣдко называются „tacitae“. Примѣры даетъ l. 8, § 14, l. 29. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1.

[5]) По римскимъ взглядамъ сюда же относилась и личная защита должника въ гражданскомъ процессѣ распространеніемъ на себя litiscontestatio, l. 2, § 5. D. ad. S. C. Vellejanum, а также стипуляція за должника въ обезпеченіе того, что онъ будетъ подчиняться рѣшенію третейскаго суда, l. 32, § 2. D. de receptis. 4. 8, ср. выше вып. I, § 165. Современному праву чуждо и то, и другое.

[6]) l. 3, l. 13, pr. l. 22, pr. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1.

2. Интерцессія имѣетъ мѣсто, также если кто-либо вступаетъ въ обязательство за чужой долгъ, предполагая, что это его собственный. Она съ объективной точки зрѣнія имѣетъ мѣсто, напр., если кто-либо, считая себя наслѣдникомъ, закладываетъ свое имѣніе въ обезпеченіе наслѣдственнаго долга, тогда какъ наслѣдникомъ, а значитъ и истиннымъ должникомъ является другой [7]).

Но по большей части интерцессія происходитъ съ сознательною цѣлью помочь кому-либо, т. е. или оказать ему, или продолжить кредитъ. *Настоящей* интерцессіей поэтому слѣдуетъ назвать лишь такую сдѣлку, которая совершена именно *съ намѣреніемъ* интерцедировать.

Интерцедентъ обыкновенно вовсе не желаетъ пожертвовать что либо изъ своихъ средствъ или предоставить другому валюту. Ему такимъ образомъ принадлежитъ противъ того, за кого онъ интерцедировалъ, въ случаѣ грозящей послѣднему несостоятельности притязаніе на обезпеченіе [8]); въ случаѣ неблагопріятнаго для него рѣшенія суда—право требовать обезпеченія или освобожденія отъ обязательства; наконецъ, въ случаѣ уплаты долга, интерцеденту принадлежитъ искъ о возвращеніи уплоченной суммы и о возмѣщеніи ущерба.

Для этой цѣли интерцеденту служитъ actio mandati contraria, если интерцессія произошла съ вѣдома и по волѣ истиннаго должника. Если же она состоялась безъ его вѣдома, но принесла ему выгоду, допускается противъ него actio negotiorum gestorum. Эти притязанія, конечно, не имѣютъ мѣста въ томъ случаѣ, если у интерцедента было намѣреніе подарить уплоченныя деньги тому, за кого онъ интерцедировалъ (animus donandi),

§ 84. Привилегіи женщинъ.

По общепринятымъ въ Римѣ воззрѣніямъ интерцессія считалась дѣломъ исключительно мужскимъ, а не женскимъ. Этотъ взглядъ узаконило S. C. Vellejanum, запретивъ женщинамъ интерцессію. Юстиніанъ еще болѣе расширилъ привилегіи женщинъ, но общегерманская и современная практики значительно ослабили ихъ въ

---

[7]) l. 23. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1 приведена ниже § 84, прим. 6.
[8]) Выше § 80, прим. 5.

виду измѣнившихся экономическихъ отношеній и понятій, такъ что теперь отъ этихъ привилегій осталось лишь немного [1]).

1. S. C. Vellejanum запрещаетъ женщинамъ вступать въ поручительства и принимать на себя за другого долгъ по займу [2]). Отсюда вывели запрещеніе вообще *брать на себя обязательство за чужой долгъ* [3]):

Женщинъ считали достаточно легкомысленными для того, чтобы принять на себя чужое обязательство, не обративъ вниманія на то, что имъ придется его исполнить, если главный должникъ окажется неисправнымъ. Поэтому имъ было запрещено *вступать* въ чужое *обязательство*, Напротивъ, имъ было дозволено *платить* чужіе долги, или *погашать* ихъ представленіемъ вмѣсто платежа какой-нибудь цѣнности—datio in solutum—или же прекращать ихъ путемъ иныхъ *непосредственныхъ* взносовъ: во всѣхъ этихъ случаяхъ прямо ощущается тяжесть жертвы, и ясно предстаавляются ея размѣры [4]) [5]).

S. C. распространяется на всѣ случаи интерцессіи и даже на

---

[1]) Tit. Dig. ad S. C. Vellejanum. 16. 1; Cod. 4. 29; Kattenhorn: Ueber Intercessionen der Frauen, 1840; Bachofen: Das Vellejanische Senatusconsult въ ero ausgewählten Lehren des Civilrechtes, 1848, статья 1; Windscheid: Ueber das Prinzip des S. C. Vellejanum въ Archiv für civ. Praxis т. 32, статья 12 и 13. Gradenwitz: Ungültigkeit, стр. 69. См. далѣе авторовъ, указанныхъ выше въ § 83, прим. 1.

[2]) Текстъ этого закона приводитъ l. 2, § 1, D. h. t. 16. 1: Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur. S. C. относится къ 46 г. послѣ P. X. Впрочемъ консуломъ въ этомъ году былъ нѣкто Vellaeus, въ названіи S. C. Vellejanum поэтому имя иниціатора закона нѣсколько искажено. Чтобы осуществлять постановленіе сената не требовалось дѣлать измѣненій въ преторскомъ эдиктѣ; для такой цѣли достаточно было находящагося въ эдиктѣ общаго положенія: „si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum sit“, въ эту формулу на случай процесса лишь вставлялось слово „Vellejanum“. Преторы съ своей стороны установили два иска въ пользу кредитора, лишившагося вслѣдствіе недѣйствительности женской интерцессіи правъ на своего должника. См. Lenel: Edictum perpetuum, стр. 229.

[3]) l. 2, § 4. D. h. t. 16. 1.

[4]) l. 4, § 1, l. 5. D. h. t. 16. 1.

[5]) Относительно отказа отъ залогового права и первенства въ залогомъ правѣ ср. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 544.

такіе, когда женщина вступала въ сдѣлку не съ намѣреніемъ интерцедировать, а ошибочно полагая, что она сама является контрагентомъ [6]). Существуетъ, впрочемъ, мнѣніе, что S. C. относится лишь къ интерцессіямъ въ собственномъ смыслѣ, т. е. къ такимъ, которыя состоялись съ намѣреніемъ оказать кредитъ третьему лицу [7]). Это мнѣніе согласуется и съ новѣйшимъ правовоззрѣніемъ.

S. C. Vellejanum не примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда интерцессія является таковой лишь по внѣшнему виду, напр., когда поручительство служитъ на самомъ дѣлѣ обезпеченіемъ собственной сдѣлки интерцедента.

Нѣкоторые утверждаютъ, что S. C. не имѣетъ мѣста, когда интерцессія произошла donandi animo, но это бездоказательно [8]).

S. C. Vellejanum теряетъ свою силу:

a) въ интересахъ гражданскаго оборота, если вѣритель вслѣдствіе извинительнаго заблужденія не зналъ, что интерцедируетъ женщина [9]);

b) когда вѣритель несовершеннолѣтенъ и не можетъ быть удовлетворенъ главнымъ должникомъ, за котораго поручилась женщина [10]);

c) когда женщина дѣйствовала обманнымъ образомъ [11]);

---

[6]) Какъ широко толковался этотъ законъ видно изъ l. 23. D. h. t. 16. 1. Paulus libro singulari ad S. C. Vellejanum: Si mulier in jure interrogata responderit se heredem esse, si sciens se heredem non esse responderit, minime intercessisse videri, quia decepit. quod si existimavit se heredem et eo nomine decepta responderit, in eam actionem quidem dari plerique existimaverunt, sed exceptione senatusconsulti adjuvari. Впрочемъ, этотъ вопросъ считался среди римскихъ юристовъ спорнымъ, какъ это видно изъ l. 8, § 2. D. h. t. 16. 1. См. Brinz, т. 2, стр. 232, прим. 7.

[7]) Windscheid, loc. cit., выдаетъ за основную мысль этого закона, „что онъ идетъ на помощь женщинѣ лишь въ томъ случаѣ, если она приняла на себя чужое обязательство, надѣясь, что ей не придется по нему платить". Такъ же Hasenbalg: Beiträge zur Lehre von der Intercession, раздѣлъ 1. Противоположнаго мнѣнія держится Brinz, loc. cit., стр. 233. Если бы точка зрѣнія Windscheid'a была правильна, то такія опредѣленія, какъ l. 23. cit., были бы совершенно непонятны. Ср., впрочемъ, Windscheid, т. 2. § 485, прим. 3.

[8]) Большинство новѣйшихъ юристовъ не распространяетъ дѣйствія S. C. Vellejanum на интерцессіи, происшедшія donandi animo. Но подобныя сдѣлки являются прежде всего интерцессіями и подходятъ подъ понятіе даренія лишь при извѣстныхъ условіяхъ; онѣ такимъ образомъ должны подчиняться этому закону. Нигдѣ нѣтъ указаній на исключеніе въ ихъ пользу. Нельзя и ссылаться на то, что женщинамъ дозволено совершать даренія—l. 4, § 1, l. 21, § 1, D. h. t. 16. 1. См. Seuffert: Archiv, т. 15, казусъ 224.

[9]) l. 4, pr., l. 6, l. 11, l. 12, l. 27, pr., l. 28, § 1. D. h. t. 16. 1.

[10]) l. 12. D. de minoribus. 4. 4.

[11]) l. 2, § 3. D. h. t. 16. 1.

d) когда женщина принимаетъ на себя интерцессію за вознагражденіе [12]) или имѣетъ въ рукахъ средство покрыть расходы, происшедшіе вслѣдствіе интерцессіи, и вообще не терпитъ отъ этой сдѣлки имущественнаго ущерба [13]);

e) женщинамъ разрѣшается интерцессія по поводу обѣщанія приданаго; подобная интерцессія приличествуетъ имъ [14]);

f) интерцессія дѣлается дѣйствительной черезъ подтвержденіе ея спустя 2 года [15]).

Сдѣлки, заключенныя вопреки S. C., могутъ быть оспорены путемъ exceptio S. C. Vellejani [16]); тогда онѣ не имѣютъ силы даже натуральныхъ обязательствъ и уплаченное въ ошибочномъ предположеніи ихъ дѣйствительности можетъ быть вытребовано обратно черезъ condictio indebiti [17]). Если женщина совершаетъ платежъ, зная, что она вовсе не обязана это дѣлать, то уплаченное уже не можетъ быть вытребовано обратно, такъ какъ S. C. не запрещаетъ непосредственной уплаты по чужимъ долгамъ [18]).

Въ случаѣ запрещенной intercessio privativa дается особый искъ противъ того, кто вслѣдствіе ея освободился отъ обязательства [19]). Этотъ искъ называется actio restitutoria, если путемъ интерцессіи было прекращено существовавшее прежде обязательство главнаго должника [20]), и actio institutoria, если тотъ, кого касается сдѣлка непосредственно, еще не сталъ должникомъ, такъ какъ интерцедирующая женщина съ самаго начала вступила на его мѣсто [21]).

2. Юстиніанъ расширилъ дѣйствіе S. C. слѣдующими мѣрами:

---

[12]) l. 23, pr. C. h. t. 4. 29.

[13]) l. 16, pr., l. 21, pr., l. 22. D. h. t. 16. 1.

[14]) l. 12. C. h. t. 4. 29; ср. далѣе l. 24. C. eod.

[15]) l. 22. C. h. t. 4. 29.

[16]) l. 25, § 1. D. h. t. 16. 1. Въ Римѣ на exceptio S. C. Vellejani можно было сослаться еще во время приведенія рѣшенія въ исполненіе, l. 11. D. de S. C. Macedoniano. 14. 6. По C. P. O., § 186, Abs. 2 это больше не соблюдается, см. далѣе l. 39, § 1, l. 40. D. de rei vind. 6. 1.

[17]) l. 40. D. de condictione indebiti.12. 6, l. 8, § 3. D. h. t. 16. 1.

[18]) l. 9. C. h. t. 4. 29.

[19]) l. 1, § 2. D. h. t. 16. 1. Мы удержали римское представленіе, вытекающее изъ противоположности преторскаго и цивильнаго права. Съ точки зрѣнія современной, тамъ, гдѣ римляне говорили объ actio restitutoria, долгъ первоначальнаго должника вообще не прекращается, а гдѣ они допускали actio institutoria— тамъ по нашему взгляду долгъ существовалъ съ самаго начала.

[20]) l. 8, §§ 7—13, l. 9, l. 13, § 2, l. 14. D. h. t. 16. 1.

[21]) l. 8, §§ 14 и 15. D. h. t. 16. 1.

a) онъ предписалъ извѣстную форму для интерцессіи: требовался публичный документъ, подписанный тремя свидѣтелями; общегерманская практика ограничивалась либо публичнымъ, либо подписаннымъ тремя свидѣтелями документомъ [22]).

При несоблюденіи этой формы интерцессія была недѣйствительна; тогда не было надобности даже и въ exceptio: разъ только изъ самаго искового прошенія обнаруживался характеръ интерцессіи, то требованіе отвергалось судьей ex officio. Если же предписанная закономъ форма была соблюдена, то S. C. имѣло силу лишь въ томъ случаѣ, если сама женщина ссылалась на него. Тамъ же, гдѣ интерцессія не запрещалась, не требовалось и соблюденія формы [23]).

b) На основаніи authentica: «si qua mulier» недѣйствительны интерцессіи женъ за своихъ мужей [24]).

3. Въ общегерманскомъ правѣ всѣ эти положенія существенно измѣнились. Строго запрещаемыя римлянами интерцессіи женъ за мужей сдѣлались во многихъ случаяхъ необходимыми условіями успѣшнаго веденія хозяйства. Да и германская женщина не такъ уже легкомысленна и вовсе не расположена рисковать изъ за чужого человѣка своимъ имуществомъ.

Преобразованіе произошло путемъ допущенія въ извѣстной формѣ отреченія отъ S. C. Въ Римѣ подобный отказъ считался недѣйствительнымъ [25]): хотя S. C. имѣло характеръ привилегіи женщинъ, оно тѣмъ не менѣе являлось въ сущности умаленіемъ ихъ дѣеспособности, и поэтому относящіяся сюда нормы были принудительными.

Общегерманское право допускало отреченіе отъ этой привилегіи подъ присягой; эта норма, конечно, нынѣ не имѣетъ значенія.

---

[22]) l. 23. C. h. t. 4. 29; ср. выше вып. I, § 137, прим. 11.

[23]) Вопросъ этотъ весьма споренъ. Ср. Vangerow, т. 3, § 581, прим. 2, Girtanner, loc. cit., стр. 351.

[24]) Nov. 134, cap. 8. Отсюда взята и такъ наз. authentica „si qua mulier", вошедшая въ codex въ l. 22. C. h. t. 4. 29. Новелла опредѣляетъ также, что если супруги являются должниками по одному и тому же документу, то кредиторъ можетъ требовать отъ жены лишь то, что ей лично досталось изъ этой сдѣлки.

[25]) Въ римскомъ правѣ отреченіе отъ привилегіи допускалось лишь въ томъ случаѣ, если мать или бабушка брали на себя опеку надъ ребенкомъ. l. 3, pr. C. quando mulier tutelae, 5. 35; nov. 118. cap. 5. Кромѣ того принималась въ расчетъ стипуляція въ случаѣ, указанномъ въ l. 32, § 4. D. h. t. 16. 1.

Позднѣйшая практика установила, что женщина можетъ отказаться отъ своей привилегіи, если ей предварительно были разъяснены судьей всѣ послѣдствія интерцессіи [26]).

Такимъ образомъ, вмѣсто безусловнаго запрещенія интерцессіи для женщинъ была установлена лишь опредѣленная форма при заключеніи этой сдѣлки.

Согласно обычаю, узаконенному германскимъ торговымъ уложеніемъ, женщины, занимающіяся торговлей, вообще не имѣютъ права ссылаться на женскія привилегіи [27]).

Наконецъ, въ большинствѣ современныхъ германскихъ законодательствъ привилегіи женщинъ совсѣмъ устранены [28]).

---

[26]) Girtanner, loc. cit., стр. 268, 365; ср. также Stobbe: Privatrecht, стр. 320.

[27]) H. G. B., Art. 6.

[28]) Согласно Roth'y: Privatrecht, т. 1, стр. 372, прим. 8, ограниченія интерцессій для женщинъ сохранили свою силу еще въ Вюртембергѣ, Мекленбургѣ, въ княжествахъ Липпе-Детмольдъ и Рейсъ. Законъ отъ 30 января 1893 г. отмѣнилъ ихъ въ Мекленбургѣ. Гражд. улож. для герман. имперіи не признаетъ никакихъ привилегій женщинъ.

Часть вторая.

ОТДѢЛЬНЫЕ ВИДЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Обязательства, вытекающія изъ договоровъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Реальные договоры.

I. Заемъ.

§ 85. **Общія понятія.—Возникновеніе займа** [1]).

I. Характеристику отдѣльныхъ видовъ обязательствъ, вытекающихъ изъ договоровъ, слѣдуетъ, по обще-германскому праву, пріурочить къ римской системѣ контрактовъ; только тогда намъ удастся представить вѣрную картину положительнаго права.

Мы начинаемъ поэтому наше изложеніе съ римскихъ реальныхъ договоровъ, но будемъ говорить лишь о договорахъ займа, ссуды и поклажи, такъ какъ залоговой договоръ, причисляемый римлянами также къ реальнымъ, разсмотрѣнъ нами уже выше въ связи съ залоговымъ правомъ.

II. Заемъ—mutuum—есть отдача въ долгъ капитала, т. е. предоставленіе извѣстнаго количества денегъ или иныхъ замѣнимыхъ вещей подъ условіемъ возвращенія такого же количества и такого же качества вещей [2]) [3]).

---

[1]) Tit. Dig. de rebus creditis si certum petetur et de condictione. 12. 1; Cod. de rebus creditis et jurejurando. 4, 1; si certum petatur. 4. 2. Huschke: Lehre des römischen Rechts vom Darlehen, 1882; Schey: Die Obligationsverhältnisse des oesterreichischen Privatrechts, т. 1, стр. 1. Lammfromm: Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, 1897, въ особенности стр. 66, 173. Чрезвычайно обстоятельной книгой является трудъ Heimbach'a: Die Lehre von dem Creditum, 1849.

[2]) l. 1. § 2. D. de obligationibus. 44. 7. Gaius libro 2 aureorum: Re contrahitur obligatio mutui datione, mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quae res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis

1. Нерѣдко самой дачѣ въ заемъ предшествуютъ договоры о его заключеніи—pacta de mutuo dando и pacta de mutuo accipiendo [4]). Часто оба эти вида договоровъ соединяются вмѣстѣ, тѣмъ не менѣе они имѣютъ каждый свои особенности. Pactum de mutuo dando—договоръ о *предоставленіи* вещей въ заемъ—находится обыкновенно въ зависимости отъ молчаливо признаваемаго условія, что лицо, берущее въ займы, должно быть кредитоспособнымъ во время выдачи валюты. Предполагается, что это имѣлось въ виду контрагентомъ, обѣщавшимъ совершить договоръ займа: онъ хотѣлъ дать деньги въ заемъ, а не потерять ихъ совершенно [5]).

Конечно, контрагентъ, обязавшійся выдать валюту, долженъ привести съ своей стороны доказательства, изъ которыхъ было бы видно, что предполагавшаяся во время обѣщанія кредитоспособность другой стороны не существовала уже ко времени заключенія сдѣлки или прекратилась впослѣдствіи. Такими доказательствами служатъ, напр., фактъ безуспѣшнаго обращенія взысканія по судебному рѣшенію, прекращенія платежей и т. п.

Въ случаѣ pactum de mutuo accipiendo, обязавшійся къ *принятію займа* и не исполнившій своего обѣщанія можетъ быть принужденъ не къ принятію предложенной суммы денегъ, а къ возмѣщенію того интереса, который заключался для другого контрагента въ помѣщеніи капитала на предполагаемыхъ условіяхъ. Таково, повидимому, должно было быть и намѣреніе сторонъ при заключеніи договора; не имѣло бы смысла принуждать кого-либо къ принятію денегъ, которыхъ ему некуда употребить [6]).

---

et qualitatis; pr. I. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 14; гражд. улож. для герман. имперіи, § 607.

[3]) Римскіе юристы полагаютъ, что названіе сдѣлки „mutuum“ произошло изъ словъ „quod ex meo tuum fit“. Gaius, Inst. III, § 90; l. 2, § 2. D. h. t. 12. 1. Такое объясненіе сдѣлано было на пользу изучающаго правовѣдѣніе юношества, чтобы при помощи игры словъ легче запомнить юридическую суть сдѣлки.

[4]) Относительно подобныхъ предварительныхъ договоровъ вообще см. выше вып. II, § 10; въ частности по поводу pactum de mutuo dando тамъ же прим. 9. Schey, loc. cit.. т. 1, стр. 43 и 172. Ср. также Suffrian: Das pactum de mutuo dando, 1866, Storch: Der heutige Darlehensvertrag, 1878.

[5]) Ср. l. 38, pr. D. de solut. 46. 3. R. O. H. G., E., т. 23, стр. 137 признаетъ это правило обязательнымъ для всякаго обѣщанія кредита по крайней мѣрѣ въ торговыхъ сдѣлкахъ. Иного взгляда держится Suffrian, loc. cit., стр. 6.

[6]) Вопросъ этотъ споренъ. Относительно этого см. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 179, прим. 7.

2. Для наличности займа необходимо:

a) Передача валюты, т. е. предоставленіе заимодавцемъ заемщику извѣстнаго количества замѣнимыхъ вещей.

b) Цѣлью такой передачи долженъ быть заемъ, т. е. предоставленіе вещей для ихъ употребленія или вѣрнѣе потребленія [7]). Не называются займомъ данное кредитору обезпеченіе въ видѣ наличныхъ денегъ или depositum irregulare. Въ этихъ случаяхъ передача денегъ является лишь *средствомъ* для достиженія совершенно иныхъ цѣлей: въ первомъ примѣрѣ—обезпеченія, а во второмъ—сохраненія извѣстной суммы [8]).

c) Наконецъ, долженъ быть договоръ относительно возвращенія занятой суммы [9]). Совершеніе этого договора заключается въ простой передачѣ и принятіи извѣстной суммы съ цѣлью совершить «заемъ». Конечно, при этомъ могутъ быть сдѣланы особыя оговорки относительно способовъ уплаты.

Если принявшій заемъ не имѣетъ права обязываться, то имѣется налицо одинъ лишь реальный моментъ, а не моментъ соглашенія Займа въ этомъ случаѣ не существуетъ; стипуляціи, напр., относительно срока, процентовъ — недѣйствительны, искъ на основаніи договора займа не допускается. Но такъ какъ заемщикъ получаетъ занятую сумму безъ всякаго правового основанія, то она можетъ быть у него вытребована путемъ condictio sine causa. Если заемщикъ несовершеннолѣтенъ, то требованіе ограничивается суммой, остающейся у него отъ займа ко времени предъявленія иска [10]).

---

[7]) Заимодавцу нѣтъ дѣла, какъ должникъ воспользуется занятою суммою; хочетъ ли онъ ее употребить на разумныя и полезныя цѣли или тратить ее расточительнымъ и безнравственнымъ образомъ. Однако если заемъ предназначенъ исключительно для безнравственной цѣли, напр., для запрещенной игры, то онъ недѣйствителенъ, какъ заключенный contra bonos mores. Ср. выше § 16, прим. 18. Этому соотвѣтствуетъ l. 12, § 11. D. mandati. 17. 1, гдѣ предполагается, что заемъ сдѣланъ расточительнымъ юношей съ цѣлью передать занятую сумму своей содержанкѣ.

[8]) Ср. выше вып. I, § 272 и ниже § 93. См. также Schey, loc. cit., т. 1, стр. 46. Тамъ изслѣдовано и отношеніе къ quasi-usufructus.

[9]) Этотъ принципъ наиболѣе рѣзко выраженъ въ l. 32. D. h. t. 12. 1, приведенной выше вып. I, § 102, прим. 6. Примѣненіе, которое изъ него дѣлаетъ Celsus чрезчуръ рѣзко. См. далѣе l. 18, pr. D. eod.

[10]) l. 5, pr. и § 1. D. de auctoritate tut. 26. 8, приведенныя выше вып. II. § 5, прим. 3.

§ 86. Валюта [1]).

1. Въ своемъ простѣйшемъ и, безъ сомнѣнія, первоначальномъ видѣ заемъ заключался въ томъ, что заимодавецъ переносилъ принадлежащія ему вещи—res fungibiles—*черезъ простую передачу*—traditio—въ *собственность* заемщику. Поэтому заемъ имѣлъ мѣсто лишь въ томъ случаѣ, если заимодавецъ давалъ въ займы вещи, *принадлежащія ему въ собственность* [2]). Далѣе, онъ долженъ былъ обладать способностью къ отчужденію. Поэтому деньги, данныя въ займы несовершеннолѣтнимъ безъ согласія опекуна, могли быть виндицированы или вытребованы черезъ condictio, если заемщикъ ихъ уже истратилъ; искъ же изъ займа не допускался [3]).

2. По позднѣйшему праву, развившемуся на болѣе свободныхъ началахъ, считалось достаточнымъ, чтобы заимодавецъ законнымъ способомъ *предоставилъ* заемщику валюту.

Вслѣдствіе этого, если заимодавецъ передалъ чужія деньги или иныя чужія res fungibiles, то заемъ становится дѣйствительнымъ только послѣ того, какъ собственникъ денегъ лишился права требовать ихъ возвращенія черезъ vindicatio или condictio [4]).

---

[1]) Schey: Obligationenverhältnisse, стр. 71.

[2]) l. 2, § 4. De reb. creditis. 12. 1. Paulus libro 28 ad edictum: In mutui datione oportet dominum esse dantem. Относительно того случая, когда данныя въ заемъ деньги лишь отчасти принадлежатъ заимодавцу, ср. l. 94, § 1. D. de solutionibus. 46. 3, см. также l. 13. § 2, l. 16. D. h. t. 12. 1.

[3]) § 2. I. quibus alienare licet vel non. 2. 8. Nunc admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. ideoque si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis, ideoque vindicare nummos possunt, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.

[4]) Римскіе юристы излагаютъ этотъ вопросъ въ l. 13. § 1, l. 19, § 1. D. h. t. 12. 1; l. 24, § 2. D. de obl. et act. 44. 7. Въ подробности однако они не входятъ. Надо различать слѣдующіе случаи: a) Въ заемъ даны чужія деньги завѣдомо, какъ чужія, въ ожиданіи согласія на это собственника. Въ такомъ случаѣ заемъ дѣйствителенъ лишь при подтвержденіи его собственникомъ. Если же послѣдній согласія не изъявитъ, то онъ въ правѣ виндицировать свои деньги, а если онѣ смѣшались съ деньгами заемщика, вытребовать ихъ путемъ кондикціи, такъ какъ онѣ получены незаконнымъ образомъ. b) Въ заемъ даны чужія деньги, но мошеннически, съ вѣдома заемщика. Тогда собственникъ денегъ имѣетъ право на vindicatio или condictio, а заемъ считается недѣйствительнымъ. c) Даны въ заемъ чужія деньги подъ видомъ собственныхъ, такъ что заемщикъ вовсе не знаетъ о принадлежности ихъ третьему лицу. Въ такомъ случаѣ собственникъ можетъ—что бываетъ однако рѣдко—осуществить свое право собственности, напр., виндицировать свои деньги, если конечно еще можно установить ихъ индивидуаль-

Само собою разумѣется, что заемъ дѣйствителенъ и въ томъ случаѣ, если третье лицо передаетъ *свои* res fungibiles отъ имени заимодавца [5]), а точно такъ же, когда валюта по просьбѣ заемщика выплачена третьему лицу.

Наконецъ, заемъ можетъ быть совершенъ и *безъ передачи* res fungibiles слѣдующимъ образомъ:

а) Лицу, нуждающемуся въ деньгахъ, даютъ товаръ для продажи съ тѣмъ, чтобы выручку онъ оставилъ у себя въ видѣ валюты [6]) [7]). Обыкновенно вмѣстѣ съ передачей товара на должника

ность по отношенію къ другимъ деньгамъ. Тогда заемщикъ очевидно уже не долженъ ничего мнимому заимодавцу. d) Если же въ данномъ примѣрѣ должникъ добросовѣстно потребилъ занятыя деньги, напр., истратилъ ихъ или смѣшалъ со своими деньгами, такъ что ихъ нельзя отдѣлить, то третій собственникъ теряетъ право виндицировать ихъ и не можетъ вытребовать ихъ путемъ condictio, такъ какъ заемщикъ не является обогатившимся именно вслѣдствіе этого лежащаго на немъ prima facie долга изъ займа, ср. выш. I, § 225, прим. 28. Поэтому заимодавецъ имѣетъ къ нему право требованія въ видѣ т. н. actio de bene depensis. Напротивъ, прежній собственникъ можетъ предъявить къ виновному передъ нимъ заимодавцу condictio furtiva, actio ad exhibendum.—Впрочемъ, указаніе на то, что заемъ состоялся при помощи чужихъ денегъ, какъ и вполнѣ понятно, является обыкновенно такимъ возраженіемъ, которое можетъ быть принято во вниманіе лишь на основаніи притязанія прежняго собственника денегъ.

[5]) Римскіе юристы неоднократно указываютъ на то, что если кто-либо изъ своихъ средствъ выплатитъ валюту отъ имени третьяго лица, кредиторомъ по займу будетъ считаться это третье лицо. Это подтверждаютъ: l. 9, § 8. D. h. t. 12. 1; l. 126, § 2. D. de verb. obl. 45. 1; l. 35, § 2. D. de donationibus. 39, 5; l. 4. C. si certum petatur. 4. 2; l. 3. C. per quas personas. 4. 27. Спорятъ, необходимо ли въ данномъ случаѣ сверхъ того еще полномочіе или согласіе на заемъ того лица, которое должно пріобрѣсти обязательственное требованіе. За это говорятъ l. 2, § 4. D. h. t. 12. 1; l. 34, pr. D. de donationibus. 32. 5. Большинство новѣйшихъ писателей однако полагаютъ, что въ видѣ исключенія въ займѣ не требуется согласія представляемаго. Такъ, напр., Jhering въ своихъ Jahrb., т. 2, стр. 101 и Schlossman: Das Darlehen auf fremden Namen въ Grünhuts Zeitschrift, т. 9, стр. 505. Противоположное мнѣніе защищаетъ, какъ намъ кажется, вполнѣ убѣдительно, Huschke, loc. cit., стр. 29. Иного взгляда Mitteis: Stellvertretung, стр. 67; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 222.

[6]) Подобный же характеръ имѣетъ тотъ случай, когда лицо, нуждающееся въ деньгахъ, уполномочивается на полученіе по векселю или другому обязательству съ тѣмъ, чтобы полученное по нимъ считать занятою валютою.

[7]) Такую сдѣлку нѣкоторые называютъ contractus „mohatrae“ — средневѣковое выраженіе, взятое съ арабскаго языка. Schey, loc. cit., стр. 83 подъ contractus mohatrae разумѣетъ продажу вещи въ кредитъ съ тѣмъ, чтобы она сейчасъ же была выкуплена тѣмъ же продавцомъ за наличную, но меньшую сумму. Напр., для того, чтобы достать денегъ, студентъ покупаетъ у А. стараго платья на 100 р. въ кредитъ съ уплатой черезъ полгода и тотчасъ же продаетъ купленное платье за 50 р. наличными лицу В., который дѣйствуетъ за-одно съ А.

переходитъ и рискъ, такъ что въ случаѣ гибели или порчи товара заемной суммой признается стоимость послѣдняго [8]).

b) Вѣритель вступаетъ въ соглашеніе съ должникомъ, чтобы та сумма (денегъ или иныхъ res fungibiles), которую послѣдній долженъ на какомъ-либо другомъ основаніи, напр., вслѣдствіе договора поклажи, порученія, купли-продажи, считалась валютой займа [9]). При этомъ не требуется, чтобы должникъ въ моментъ этого соглашенія дѣйствительно обладалъ той суммой, которую онъ долженъ.

c) Наконецъ, для наличности займа достаточно даже, чтобы заемщику были переданы какія-либо вещи по извѣстной *оцѣнкѣ*, которая и представляетъ изъ себя валюту [10]). Эти вещи считаются какъ бы проданными заемщику, и слѣдуемая за нихъ плата является валютой займа. Римляне, очевидно, полагали, что заемъ можетъ состояться, когда въ подобныхъ случаяхъ должникъ выплачиваетъ своему кредитору слѣдуемую сумму, а послѣдній возвращаетъ ее обратно въ качествѣ валюты займа; безцѣльная передача денегъ изъ рукъ въ руки съ большимъ удобствомъ могла, по ихъ мнѣнію, быть замѣнена мысленной операціей.

---

[8]) l. 4. D. h. t. 12. 1; l. 11, pr. D. eod. 12. 1. Ulpianus libro 26 ad edictum: Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderis et nummis uterereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris priusquam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu uterereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.

[9]) l. 15. D. h. t. 12. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Изъ словъ Африкана, l. 34, pr. D. mandati. 17. 1, видно, что это болѣе свободное отношеніе къ вопросу во время Юліана еще не считалось общераспространеннымъ. Впрочемъ, многіе изъ новѣйшихъ писателей толкуютъ цитату Ульпіана въ болѣе узкомъ смыслѣ, чѣмъ это дѣлаемъ мы. См. Windscheid, т. 2, § 370, прим. 11, Schey, loc. cit., стр. 84. Въ пользу нашего взгляда въ особенности говоритъ приводимая въ слѣдующемъ примѣчаніи l. 8. C. si certum pet. 4. 2. Въ томъ же направленіи высказывается гражд. улож. для герман. имперіи § 607, Abs. 2.

[10]) l. 8. C. si certum pet. 4. 2. Хотя вполнѣ очевидно, что приведенный здѣсь случай существенно отличается отъ упомянутаго въ прим. 6, тѣмъ не менѣе это нерѣдко оставляютъ безъ вниманія.

Только что упомянутая форма займа однако легко можетъ служить ростовщическимъ цѣлямъ. Поэтому врядъ ли цѣлесообразно облегчать ея заключеніе подобными широкими абстракціями.

§ 87. Обязанности, вытекающія изъ договора займа.

1. Заемщикъ обязанъ въ замѣнъ занятаго имъ количества res fungibiles возвратить [1]) такое же количество другихъ вещей такого же рода и качества [2]). Деньги однако онъ долженъ возвратитъ той же самой валютой, какая имъ была получена [3]), при чемъ однако допускаются монеты и другого сорта, лишь бы относительно этого не было сдѣлано какой-нибудь особой оговорки. Допускается соглашеніе объ уплатѣ меньшей суммы, чѣмъ та, которая была занята [4]); или же большей, что бываетъ гораздо чаще.

При отсутствіи особаго договора заемъ считается безпроцентнымъ— gratuitum [5]). Въ Римѣ процентный договоръ долженъ былъ быть заключенъ въ видѣ стипуляціи, нынѣ же онъ не требуетъ никакихъ формальностей.

Римляне не присчитывали проценты просрочки при займѣ, какъ при сдѣлкѣ, основанной на strictum jus [6]); по современнымъ законодательствамъ проценты просрочки имѣютъ мѣсто и при займѣ.

Часто встрѣчаются также соглашенія относительно срока уплаты, нерѣдко они заключаются молчаливо, напр., путемъ принятія процентовъ за будущее время [7]). При отсутствіи же такого соглашенія

---

[1]) Преторскимъ эдиктомъ не было установлено особаго иска для займа. При займѣ денегъ предъявлялась обыкновенно actio certae pecuniae creditae, а при займѣ другихъ вещей condictio triticaria. Ср. выше вып. I, § 131; Lenel. Edictum, стр. 184, слѣд.; Brinz, т. 2, стр. 479. Если и встрѣчается выраженіе „mutui actio“, какъ напр. въ l. 5. C. quibus non objiciatur long. temp. praescr: 7. 35, то оно относится не къ формѣ, а къ содержанію иска.

[2]) l. 3. D. h. t. 12. 1.

[3]) Относительно l. 99. D. de solutionibus. 46. 3. ср. выше вып. II, § 26, прим. 7.

[4]) l. 11, § 1. D. h. t. 12. 1.

[5]) Ср. выше вып. II, § 29. См. также мѣста, приведенныя у Pernice: Labeo, т. 2, стр. 263. По гражданскому уложенію для герман. имперіи § 608 проценты должны быть особо выговорены. При отсутствіи другихъ указаній, таковые должны вноситься по истеченіи каждаго года, а если уплата по займу должна послѣдовать ранѣе, то при уплатѣ.

[6]) Ср. выше вып. II, § 41, прим. 5. Взамѣнъ этого въ классическій періодъ существовала sponsio poenalis, въ силу которой проигравшій при производствѣ a. pecuniae certae creditae уплачивалъ выигравшему процессъ треть исковой суммы въ видѣ штрафа. Gajus, Inst. IV, § 171.

[7]) l. 57. pr. D. de pactis. 2. 14.

занятая сумма можетъ быть потребована обратно во всякое время даже тотчасъ послѣ ея отдачи въ заемъ [8]).

Такъ какъ предметомъ займа является вещь—genus, то рискъ гибели ея переходитъ на заемщика съ момента полученія валюты [9]).

Въ случаѣ спора кредиторъ, предъявившій искъ, обязанъ доказать выдачу валюты въ видѣ займа. Доказательствомъ преимущественно служитъ выданная должникомъ расписка [10]). Въ свою же

---

[8]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 609 опредѣляетъ: Если срокъ уплаты по займу не условленъ, то время исполненія по займу опредѣляется увѣдомленіемъ о прекращеніи договора со стороны кредитора или должника. Увѣдомленіе о прекращеніи займа должно быть заявлено, при займѣ свыше 300 марокъ, за три мѣсяца, а при займахъ на меньшую сумму,—за одинъ мѣсяцъ впередъ.

[9]) § 2. J. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 14. Ср. также Pernice: Labeo, т. 2, стр. 264.

[10]) Съ третьяго вѣка послѣ Р. Х. установилось правило, что письменное признаніе въ полученіи валюты, сдѣланное въ формѣ долговой расписки, можетъ быть объявлено въ теченіе извѣстнаго срока недѣйствительнымъ путемъ простого заявленія лица, выдавшаго эту расписку— exceptio или querella non numeratae pecuniae. Тогда кредиторъ обязанъ представить другія доказательства того, что заемъ имъ былъ выданъ. По постановленію Юстиніана такая exceptio или querella могла быть заявлена въ продолженіе двухъ лѣтъ послѣ выдачи расписки, l. 14, pr. C. h. t. 4. 30. Если же въ продолженіе этого времени заявленіе не было сдѣлано, то уже не допускалось никакихъ доказательствъ противъ долгового документа, такъ что послѣдній обязывалъ къ платежу безусловно, несмотря даже на то, что валюта въ дѣйствительности не была выдана. Вотъ почему Юстиніанъ прямо называетъ такія обезпеченныя истеченіемъ времени расписки литтеральными контрактами, Tit. Inst. de litterarum obligatione. 3. 21. Такой законъ можно объяснить только тѣмъ, что въ Римѣ было распространено обыкновеніе сначала вручать заимодавцу долговой документъ съ распиской въ полученіи, а уже потомъ по его ассигновкѣ получать валюту либо отъ мѣнялы, ведущаго денежныя дѣла капиталиста, либо отъ прокуратора или раба, завѣдующаго денежной частью. Выдача валюты доказывалась тогда книгами этихъ представителей заимодавца, выданными имъ расписками или же ихъ свидѣтельскими показаніями. Послѣ истеченія болѣе или менѣе продолжительнаго времени, конечно, невозможно было представить доказательства въ томъ, что выдача валюты дѣйствительно послѣдовала. Но именно съ этого момента формальные долговые документы являлись безспорными доказательствами.—Какъ бы то ни было, въ Германіи, напр., гдѣ никогда не было упомянутыхъ обычаевъ, такая querella являлась въ высшей степени несправедливой и нераціональной. На какомъ основаніи должникъ простымъ заявленіемъ можетъ лишить всякаго значенія выданную имъ расписку? Исходя изъ этой точки зрѣнія, Köster въ свое время, въ Defect. juris communis, стр. 151, называлъ такую querella „совершенно непонятнымъ для здраваго разсудка mysterium juris“, а Ludwig: Gelehrte Anzeigen, т. I. стр. 238,—„страннымъ недоразумѣніемъ, явная несправедливость котораго бросается въ глаза всякому не лишенному отъ природы здраваго разсудка человѣку“. То же говоритъ и Kreittmayr, въ своихъ примѣчаніяхъ къ codex Maximilianus Bavaricus, IV, cap. 11, § 3. Тѣмъ не менѣе эти положенія вошли въ составъ общегерманскаго права и съ ними волей-неволей приходилось считаться. Лучшую характеристику exceptio non numeratae pecuniae даетъ Gneist: Die formellen

очередь отвѣтчикъ можетъ доказать, что онъ представилъ эту расписку въ *тщетномъ* ожиданіи выдачи ему денегъ.

2. Могутъ быть случаи, что договоромъ займа налагаются извѣстныя обязательства и на заимодавца. Такъ, напр., онъ отвѣчаетъ за всѣ убытки, которые понесъ его должникъ, какъ обладатель фальшивыхъ денегъ, выданныхъ ему по неосторожности заимодавцемъ. Вѣдь должникъ могъ быть привлеченъ къ слѣдствію и суду за поддѣлку денежныхъ знаковъ. Но такіе случаи, конечно, сравнительно съ огромной массой заемныхъ сдѣлокъ—крайне рѣдки. Поэтому Римляне упускали ихъ изъ виду и разсматривали обязательство изъ договора займа, какъ строго одностороннее, всецѣло падающее на заемщика, и этотъ взглядъ въ общемъ, конечно, вполнѣ правиленъ.

§ 88. Денежный заемъ, совершаемый лицами, находящимися подъ отцовскою властью [1]).

На основаніи S. C. Macedoniani-т заемъ, совершенный лицомъ, находящимся подъ отцовскою властью, недѣйствителенъ, если только онъ произведенъ безъ согласія или послѣдующаго одобренія отца или не служилъ интересамъ послѣдняго.

Этотъ законъ имѣетъ исключительный характеръ, ибо по принципу лица, состоящія подъ властью отца, могутъ обязываться договоромъ точно такъ же, какъ и лица самостоятельныя [2]). Не имѣютъ на это права лишь малолѣтніе состоящіе подъ опекой, а по современнымъ законодательствамъ несовершеннолѣтніе вообще [3]).

Для римскаго гражданскаго оборота право совершеннолѣтнихъ лицъ, находящихся подъ отцовской властью, вступать въ обязательства

Verträge, 1845, стр. 7 слѣд.; ср. позднѣйшую литературу у Windscheid'a, т. 2, § 372, прим.; см. далѣе Huschke, loc. cit., стр. 91, Mitteis: Reichsrecht, стр. 497. Pernice въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung. т. 13. стр. 277.—Законъ о введеніи въ дѣйствіе С. Р. О., § 17 Abs. 1 гласитъ: „Доказательная сила заемнаго письма или долговой расписки не связана съ истеченіемъ извѣстнаго времени". Этимъ отмѣняется querella. Ср. Ludwig Goldschmidt въ Jherings Jahrb., т. 24, статья 2.

[1]) Tit. Dig. de S. C. Macedoniano. 14. 6; Cod. 4. 28. Mandry: Familiengüterrecht, т. 1, стр. 431; тамъ находятся указанія на „почти слишкомъ обильную" литературу; ср. также Brinz, т. 2, стр. 481, Huschke, loc. cit., стр. 149. Въ русской литературѣ см. Хвостовъ: Натуральныя обязательства, стр. 214 слѣд.

[2]) См. выше, вып. I, § 52.

[3]) См. выше, вып. I, § 52.

являлось необходимостью. Въ Римѣ, гдѣ отцовская власть прекращалась обыкновенно лишь смертью домовладыки, огромная часть взрослаго населенія принадлежала къ лицамъ подвластнымъ. Но денежные займы послѣднихъ нерѣдко вели къ большимъ злоупотребленіямъ. Вопіющій случай — отцеубійство, совершенное нѣкіимъ Macedo, попавшимся въ сѣти ростовщиковъ—вызвалъ запретительный законъ—S. C. Macedonianum [4]) [5]). Его содержаніе слѣдующее:

a) Запрещается *денежный заемъ*, равно какъ и иныя кредитныя *сдѣлки*, направленныя *на полученіе денегъ* [6]) [7]).

Прочія сдѣлки, возлагающія на подвластныхъ лицъ какія-либо обязательства, допускаются, если только онѣ совершены не для обхода S. C. Macedonianum [8]).

b) Денежная сдѣлка должна быть совершена *во время существованія отцовской власти* [9]).

Подвластное лицо, обладающее peculium castrense или quasi-castrense, можетъ въ объемѣ послѣдняго принимать на себя обязательства безъ всякаго ограниченія [10]).

c) Допускаются всякія денежныя сдѣлки, на которыя домовладыка заранѣе изъявилъ *свое согласіе* [11]); но и послѣдующее *одо-*

---

[4]) l. 1, pr. D. h. t. 14. 6. Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: „Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri. Ср. толкованіе словъ S. C. у Keller'a: Institutionen, стр. 112.

[5]) S. C. былъ изданъ при императорѣ Веспасіанѣ. Sueton: Vespasian, cap. 11. Tacitus: Annales II, cap. 13, говоритъ еще о Клавдіи: „et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filis familiarum fenori darent". Изъ этого, впрочемъ, еще не слѣдуетъ, что уже Клавдій запретилъ подвластнымъ лицамъ совершать заемъ: онъ только ввелъ нѣкоторыя ограниченія. Во всякомъ случаѣ изъ приведеннаго мѣста не видно точнаго содержанія самаго закона.

[6]) По римскому праву къ этой категоріи относились стипуляціи, направленныя на полученіе денегъ, l. 3, § 4, l. 4. l. 6. D. h. t. 14. 6. Нынѣ для этой же цѣли служатъ векселя.

[7]) S. C. не касается займа, недоставлявшаго должнику наличныхъ денегъ. Сюда, напр., относится тотъ случай, если кредиторъ оставляетъ у подвластнаго лица въ качествѣ валюты деньги, которыя тотъ уже долженъ ему на другомъ основаніи, но только не изъ займа, l. 3, § 3. D. h. t. 14. 6.

[8]) l. 3, § 3, l. 7, pr. D. h. t. 14. 6.

[9]) Ср. l. 6. D. h. t. 14. 6.

[10]) l. 1, § 3, l. 2. D. h. t. 14. 6.

[11]) l. 7, § 11. D. h. t. 14. 6.

бреніе сдѣлки подвластнаго его домовладыкой дѣлаетъ ее дѣйствительной [12]); дѣйствителенъ заемъ и въ томъ случаѣ, когда всѣ выгоды отъ него поступаютъ въ имущество домовладыки [13]).

d) S. C. не имѣетъ мѣста—въ интересахъ обезпеченія оборота—когда заимодавецъ *по извинительнымъ причинамъ* не зналъ, что тотъ, кому онъ оказываетъ кредитъ, подвластное лицо [14]).

Строго говоря, сдѣлка, заключенная вопреки S. C. Macedonianum, сама по себѣ не считается недѣйствительной; она только можетъ быть оспариваема путемъ exceptio [15]). Это право принадлежитъ подвластному сыну и до и послѣ прекращенія отцовской власти; тѣмъ же возраженіемъ можетъ пользоваться и домовладыка противъ actio de peculio [16]), предъявленной къ нему изъ долга его подвластнаго [17]). Далѣе, на эту exceptio могутъ опираться наслѣд-

---

[12]) l. 7, pr. C. h. t. 4. 28.

[13]) l. 7, §§ 12 и слѣд., l. 17. D. h. t. 14. 6; l. 2, l. 5. C. h. t. 4. 28. Требуется „in rem patris versio“, хотя бы на нее не было направлено намѣреніе сторонъ при самомъ заключеніи сдѣлки. Какъ видно изъ сопоставленія съ предшествующими фразами, это положеніе примѣняется въ l. 7, § 14. D. h. t. 14. 6. Ulpianus libro 29 ad edictum: Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, senatus consulti cessabit exceptio. Здѣсь путемъ займа домовладыка освобожденъ отъ обязательства, и по этой причинѣ устраняется exceptio S. C. Macedoniani, Windscheid, т. 2, § 373, прим. 11 и Huschke, loc. cit., стр. 168. Послѣдній вставляетъ послѣ „liberaret“ слова „ab eo“. Другіе, напр., Vangerow, т. I, § 245. lit. d. толкуютъ приведенное мѣсто такъ, что подвластный сынъ взялъ деньги взаймы для того, чтобы освободиться отъ своего собственнаго долга. Нѣкоторые, исходя изъ такой же точки зрѣнія, идутъ еще далѣе, полагая, что дѣйствителенъ всякій заемъ, вызванный нуждою подвластнаго лица. Такого взгляда держится Arndts, § 282, прим. 2, lit. d, ссылаясь сверхъ того и на l. 47, § 1. D. de solutionibus. 46. 1. Римская юриспруденція однако не признавала подобныхъ широкихъ исключеній: они бы ослабили примѣненіе самаго закона. Ср. Mandry, loc. cit., стр. 454.

[14]) l. 3, pr., l. 19. D. h. t. 14. 6. Ср. впрочемъ l. 7, § 7. D. h. t. 14. 6. Ulpianus libro 29 ad edictum: Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. sed et si alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate, severius dicendum est utrique nocere, idem est et in duobus reis stipulandi.

[15]) Возраженіе можетъ быть предъявлено не только во время процесса до постановленія рѣшенія, но и во время его исполненія, l. 11. D. h. t. 14. 6. Этотъ порядокъ отмѣненъ въ C. P. O. § 686. Отвѣтчикъ, предъявляя exceptio S. C. Macedoniani, долженъ доказать, что онъ во время заключенія займа состоялъ подъ отцовскою властью. Для этого, впрочемъ, достаточно удостовѣренія, что въ это время его отецъ былъ еще живъ. Если же истецъ утверждаетъ, что отцовской власти тогда уже не существовало, то это, конечно должно быть имъ и доказано. R. O. H. G. E., т. 7, стр. 26.

[16]) Ср. выше § 14.

[17]) l. 6, pr. C. h. t. 4. 28. Такъ какъ нынѣ actiones de peculio уже не встрѣчаются, то данный случай примѣненія S. C. Macedoniani не имѣетъ значенія.

ники, поручители и прочіе интерцеденты, которые имѣютъ право регресса къ подвластному лицу [18]).

S. C. не касается натуральныхъ обязательствъ, возникающихъ изъ договора займа [19]).

Подтвержденіе сдѣлки подвластнымъ лицомъ во время существованія patria potestas не имѣетъ силы; такое подтвержденіе дѣлаетъ заемъ дѣйствительнымъ лишь въ томъ случаѣ, если оно послѣдовало по достиженіи подвластнымъ самостоятельности [20]) [21]).

§ 89. Морской заемъ [1]).

Для гражданскаго оборота въ древнемъ мірѣ большое значеніе имѣлъ такъ наз. морской заемъ — foenus nauticum, pecunia trajectitia. Возникнувъ въ Греціи, этотъ институтъ перешелъ и въ римское право.

При этомъ видѣ займа обязанность должника уплатить занятую сумму и слѣдуемые проценты является условной: она зависитъ отъ благополучнаго морского перехода [2]).

Эта сдѣлка первоначально, какъ кажется, заключалась такимъ образомъ: занимаемыя деньги прямо пересылались въ извѣстный торговый портъ для закупки тамъ товаровъ, предназначенныхъ ко

---

[18]) l. 9, § 3. D. h. t. 14. 6; см. выше вып. II, § 79, прим. 5.

[19]) Ср. выше. вып. II, § 5, lit. 4, главнымъ образомъ, прим. 9.

[20]) И этотъ пунктъ весьма споренъ. Ср. Mandry, loc, cit., стр. 490. Обезпеченіе займа залогомъ устраняетъ exceptio S. C. Macedoniani въ размѣрахъ стоимости залога, l. 9, pr. D. h. t. Что касается частичной уплаты долга изъ займа подвластнаго, то здѣсь надо различать два случая уплаты. Она иногда имѣетъ цѣлью погашеніе всего обязательственнаго отношенія въ полномъ объемѣ—„уплата на квитъ“: въ такомъ случаѣ она является признаніемъ всего долга. Если же такой цѣли не было, то нѣтъ никакого основанія разсматривать оставшуюся часть долга, какъ признанную должникомъ. Въ l. 7, § 16. D. h. t. предполагается такая частичная уплата съ цѣлью расквитаться. Ср. Dernburg: Pfandrecht, т. I, стр. 548.

[21]) Гражд. улож. для герман. имперіи упразднило S. C. Macedonianum.

[1]) Tit. Dig. de nautico faenore. 22. 2, Cod. 4, 33. Matthiass: Das foenus nauticum und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei, 1881; Schröder въ Endemans Handb. des Handels, т. 4, стр. 235. Voigt: Röm. Rechtsgeschichte, § 55, стр. 618. Sieveking: Das Seedarlehen im Alterthum, Leipziger Inaug-dissert., 1833. Интересныя данныя относительно морского займа содержитъ l. 122, § 1. D. de. verb. obl. 45. 1. Ср. относительно этого Goldschmidt: Untersuchungen zu l. 122, § 1. D. de verb. obl., 1855.

[2]) Расходящееся съ этимъ мнѣніе Savigny: System, т. 6. стр. 131, прим. m, какъ и слѣдовало ожидать, не нашло сторонниковъ.

ввозу въ тотъ же портъ, откуда вышелъ корабль. Здѣсь обязательство должника находилось въ зависимости отъ благополучнаго прибытія денегъ въ заморскій портъ. Позднѣе морской заемъ совершался съ цѣлью покупки товара для вывоза, такъ что обязанность должника ставилась въ зависимость отъ доставки этого товара въ опредѣленную гавань [3]). Наконецъ, морской заемъ заключался для ремонта корабля или выдачи вознагражденія экипажу съ тѣмъ условіемъ, что деньги будутъ возвращены лишь въ случаѣ прибытія корабля въ извѣстный портъ.

Обыкновенно рейсъ корабля точно обозначался, и въ случаѣ произвольнаго измѣненія его вѣритель освобождался отъ риска за свой капиталъ. Подобныя оговорки касались какъ направленія пути, такъ и продолжительности рейса [4]).

Само собой разумѣется, что вѣритель отвѣчалъ лишь за бѣдствія, причиненныя морской стихіей; неисправность самого должника [5]) или экипажа, а также внутренняя порча товара его не касались.

Вслѣдствіе большаго риска размѣръ процентовъ при этой сдѣлкѣ могъ превышать законный maximum.

Однако Юстиніанъ ограничилъ размѣръ процентовъ до 12% [6]). Нерѣдко вещи, пріобрѣтенныя при помощи занятыхъ денегъ, служили обезпеченіемъ платежа [7]). Но такой залогъ не считался необходимымъ для самой сдѣлки и не вытекалъ самъ собою изъ существа послѣдней.

2. Древнему foenus nauticum въ современномъ морскомъ правѣ соотвѣтствуетъ бодмерея. При этой сдѣлкѣ должникъ не отвѣчаетъ

---

[3]) l. 1. D. h. t. 22. 2.

[4]) l. 6. D. h. t. 22. 2. Matthias, loc. cit., стр. 18.

[5]) l. 4. C. h. t. 4. 33.

[6]) l. 2. C. h. t. 4. 33; l. 26, § 2, C. de usuris. 4. 32. Jhering въ своихъ Jahrb., т. 19, стр. 1, утверждаетъ, что Юстиніанъ установилъ размѣръ въ 12% не для процентовъ, взимаемыхъ за рискъ морского путешествія, а для обыкновенныхъ процентовъ, которые на ряду съ вышеупомянутыми морскими высчитывались за все время до отплытія корабля, а потомъ послѣ его прибытія до момента погашенія займа. Matthiass, loc. cit., стр. 29 раздѣляетъ также этотъ взглядъ. Но такое толкованіе едва ли согласно съ подлинными словами Юстиніана. Весьма возможно, что установленіе высшаго законнаго предѣла для процентовъ при морскомъ займѣ является мѣрой нецѣлесообразной, но изъ этого еще не слѣдуетъ, что она не существовала на самомъ дѣлѣ. Кредитное законодательство Юстиніана страдаетъ недостатками и во многихъ другихъ отношеніяхъ. Ср. Büchel: Das gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum, 1883.

[7]) l. 4, pr. l. 6. D. h. t. 22. 2. Matthiass, loc. cit., стр. 42.

лично, а заимодавецъ можетъ обратить взысканіе лишь на заложенные предметы—корабль, грузъ. Поэтому кредиторъ само собой теряетъ право требованія, если заложенныя вещи погибли въ морѣ, вслѣдствіе непредвидѣннаго случая.

Морской заемъ въ томъ видѣ, какъ онъ существовалъ въ римскомъ правѣ, чуждъ современному обороту.

3. Заимодавецъ, конечно, можетъ взять на себя рискъ и въ другомъ отношеніи и за это выговорить себѣ особыя преимущества [8]).

II. Commodatum и Precarium.

§ 90. Commodatum [1]).

Commodatum—ссуда—есть отдача вещи кредиторомъ (ссужателемъ—*commodans*) *должнику* (ссужаемому, ссудопринимателю—*commodatarius'у*) *въ безвозмездное пользованіе съ обязательствомъ возвратить ее по окончаніи этого пользованія* [2]).

Какъ договоръ займа, такъ и commodatum, или ссуда въ собственномъ смыслѣ, имѣютъ своей цѣлью полученіе чужого имущества въ ссуду; тѣмъ не менѣе юридическое значеніе этихъ сдѣлокъ весьма различно. Заемщикъ становится собственникомъ занятыхъ вещей, коммодатарій же является лишь ихъ детенторомъ отъ имени коммоданта, за которымъ остается юридическое владѣніе и собственность на вещь [3]). Затѣмъ заемщикъ обязанъ возвратить лишь такое же количество вещей, какое бралъ, коммодатарій же — именно ту вещь, которая ему была дана. Такимъ образомъ заемщикъ несетъ весь рискъ за взятую сумму, коммодатарій же отвѣтственъ лишь за свою собственную вину, такъ что рискъ случайной гибели или

---

[8]) l. 5. pr. D. h. t. 22. 2.

[1]) Tit. Dig. commodati vel contra. 13. 6, Cod. de commodato. 4. 23; Ferrini: Storia e teoria del contratto di commodato въ Archivio giuridico, т. 52, стр. 469.

[2]) Ссуда—договоръ реальный. § 2, I. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 14; l. 1, § 3. D. de obl. et act. 44. 7. Ссудѣ могутъ, конечно, предшествовать соглашенія, которыя налагаютъ на контрагента обязательство ссудить что-либо. Но обыкновенно при обѣщаніи одолжить что-нибудь, напр., книгу, по ея прочтеніи, не имѣется въ виду связать себя юридически. Изъ обстоятельствъ дѣла нужно опредѣлить, какое было намѣреніе сторонъ при такомъ соглашеніи.

[3]) l. 8. D. h. t. 13. 6. Pomponius libro 5 ad Sabinum: Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus. l. 9. D. eod., l. 3, § 20. D. de adquir. vel amit. poss. 41. 2.

порчи вещи падаетъ на коммоданта. Наконецъ, заемъ возможенъ лишь по отношенію къ res fungibiles; ссуда же можетъ имѣть своимъ предметомъ любую вещь не только движимую, но и недвижимую [4]). Даже замѣнимыя вещи, между прочимъ и бумаги на предъявителя, могутъ быть предметомъ ссуды, напр., съ той цѣлью, чтобы коммодатарій ихъ заложилъ [5]).

Существеннымъ признакомъ ссуды является его безвозмездность, чѣмъ онъ и отличается отъ найма вещи [6]). Поэтому пользованіе книгами изъ библіотеки за абонементную плату является наймомъ, а не ссудой.

Предметомъ ссуды можетъ быть и такая вещь, которая не принадлежитъ коммоданту и даже не находится въ его владѣніи: она можетъ быть нанята или даже украдена [7]). Въ послѣднемъ случаѣ она должна быть коммодатаріемъ возвращена вору, пока собственникъ не заявилъ на нее притязанія.

1. *Главное обязательство*, вытекающее изъ ссуды, падаетъ на *ссудопринимателя*. Онъ отвѣчаетъ передъ своимъ контрагентомъ по actio commodati directa. Его обязательство состоитъ въ слѣдующемъ:

---

[4]) Лабеонъ полагалъ, что предметомъ ссуды могутъ быть однѣ лишь движимыя вещи, но классическая юриспруденція допускала ссуду и земельныхъ участковъ, главнымъ образомъ, жилыхъ помѣщеній, l. 1, § 1. D. h. t. 13. 6. Во всякомъ случаѣ считалось болѣе удобнымъ вчинить искъ „praescriptis verbis", такъ какъ никто не могъ бы съ достовѣрностью сказать, признаетъ ли судья подобную ссуду, l. 17. pr. D. de praescriptis verbis. 19. 5. Допускается ли commodatum loci, о которомъ говорится у Seuffert'a: Archiv, т. 37, казусъ 305? Въ виду опредѣленія depositum въ § 92, нельзя избѣжать его признанія. Сверхъ того, можно для ссуды воспользоваться еще однимъ правомъ, также и по гражд. улож. для герман. имперіи, не взирая на § 90 того же уложенія; это, впрочемъ, отрицаетъ Fischer въ своемъ изданіи подъ § 598.

[5]) Bolze: Praxis des Reichsgerichts, т. 1, стр. 207; l. 3, § 6. D. h. t. 13. 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat; l. 4. D. eod.; l. 18, § 1. D. de rebus cred. 12. 1. Ссудой является также и временное безвозмездное предоставленіе какого-либо права.

[6]) § 2. I. quibus mod. re contr. obligatio. 3. 14; l. 5, § 12. D. h. t. Ulpianus libro 28 ad edictum: Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneras, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. Съ этимъ согласенъ и § 598 гражд. улож. для герман. имперіи.

[7]) l. 15, l. 16. D. h. t. 13. 6.—Ссуда недѣйствительна, если ссуженная вещь принадлежитъ ссудопринимателю; l. 15. D. depositi. 16. 3. Это правило, однако, не распространяется на тотъ случай, когда собственникъ до заключенія ссуды былъ лишенъ права пользоваться своей вещью, напр., когда онъ беретъ въ ссуду свою вещь, на которую другое лицо имѣетъ право узуфрукта.

a) Онъ долженъ беречь предметъ ссуды [8]), можетъ имъ пользоваться лишь въ предѣлахъ, предусмотрѣнныхъ договоромъ, и отвѣчаетъ за всякую неисправность. Случайная порча или гибель предмета падаютъ на ссудопринимателя лишь въ томъ случаѣ, если онъ, съ цѣлью получить выгоду, пользовался вещью вопреки договору: въ этомъ заключалась бы furtum usus [9]). Точно также онъ отвѣчаетъ за растрату вещи и за всякую просрочку при ея возвращеніи. Въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, когда ссуда была заключена въ интересахъ лица, *отдающаго вещь въ ссуду*, ссудополучатель отвѣчаетъ лишь за dolus и culpa lata [10]).

b) По минованіи надобности, равно какъ и по истеченіи срока пользованія вещью, ссудополучатель обязанъ ее возвратить и *доставить* коммоданту [11]) [12]).

---

[8]) l. 5, § 2, l. 10. D. h. t. 13. 6; l. 18, pr. D. eod. Само собой разумѣется, что ссудополучатель отвѣчаетъ за „custodia“ взятой имъ вещи, поскольку это требуется заботливостью хорошаго хозяина, l. 5, § 6. D. h. t. Мнѣніе Baron'a въ Archiv für civ. Praxis, т. 52, стр. 65, что коммодатарій отвѣчаетъ за custodia въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ это требуется отъ всякаго хорошаго хозяина,—лишено всякаго основанія. Ср. также Windscheid, т. 2, § 375, прим. 8.

[9]) Въ признаніи furtum usus римскіе юристы зашли очень далеко, l. 5, § 8. D. h. t. Ulpianus libro 28 ad edictum: Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Julianus libro 11 digestorum scripsit, denique ait, si tibi codicemcommodavero et in eo chirographum debitorem tuam cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario judicio: si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum: etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur. Гражд. улож. для герман. имперіи § 603 гласитъ: Ссужаемый не можетъ употреблять ссуженную вещь для другой цѣли, кромѣ указанной въ договорѣ. Безъ разрѣшенія ссужателя онъ не имѣетъ права передать вещь въ пользованіе третьему лицу.

[10]) l. 5, § 10. D. h. t. 13. 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae fortae suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit. Другой примѣръ: кто-либо ссужаетъ своему другу книгу съ тѣмъ, чтобы тотъ его потомъ познакомилъ съ ея содержаніемъ.

[11]) Windscheid, т. 2 § 282, прим. 4, справедливо полагаетъ, что намѣреніе контрагентовъ направлено на то, чтобы ссудополучатель *доставилъ* вещь ссужателю. За это повидимому говоритъ и приведенная Windscheid'омъ l. 12, § 1. D h. t. 13. 6.

[12]) Относительно права удержанія примѣняются тѣ же правила, какъ и при наймѣ.—Ср. ниже § 111, прим. 216. См. далѣе l. 4. C. h. t. 4. 23. Согласно l. 15. D. depositi. 16. 3 допускается со стороны ссудополучателя возраженіе, что онъ самъ собственникъ ссуженной вещи.

Продолжительность пользованія вещью опредѣляется взаимнымъ соглашеніемъ или же той цѣлью ссуды, которая была заявлена коммоданту при заключеніи сдѣлки, наконецъ, существующимъ въ данной мѣстности обычаемъ [13]).

Ссудопринимать долженъ представить всякое приращеніе вещи и всѣ вообще выгоды, полученныя имъ вслѣдствіе ссуды [14]).

2. Но и для ссудопринимателя могутъ возникнуть изъ договора ссуды извѣстныя требованія къ коммоданту, для осуществленія которыхъ служитъ actio commodati contraria. Ссудопринимать можетъ требовать:

a) Возмѣщенія необходимыхъ *издержекъ* или *затратъ*, сдѣланныхъ съ согласія коммоданта или на началахъ negotiorum gestio [15]). Такъ наз. текущіе расходы, напр., на содержаніе лошади, обыкновенно идутъ за счетъ пользованія вещью и не возмѣщаются коммодатарію.

b) Коммодантъ долженъ также вознаградить ссудопринимателя за *убытки*, причиненные имъ вслѣдствіе dolus или culpa lata. Главнымъ случаемъ такихъ убытковъ является преждевременное требованіе возврата вещи, напр., подпертый балками домъ рушится вслѣдствіе того, что взятыя въ ссуду подпорки были преждевременно отобраны [16]) [17]).

---

[13]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 604 и—о правѣ коммоданта прекратить ссуду—§ 605. Нѣкоторые писатели утверждаютъ, что характерной чертой договора ссуды является *точное соглашеніе* относительно употребленія вещи, между тѣмъ какъ при precarium'ѣ этого не требуется; но подобное правило не соотвѣтствуетъ ни природѣ вещей, ни источникамъ. Ср. Vagnerow, т. 3, § 691, VI, стр. 613.

[14]) l. 38, § 10. D. de usuris. 22. 1. Вопросъ, долженъ ли ссудопринимать, у котораго ссуженная вещь была украдена, возвратить коммоданту взысканный имъ съ похитителя штрафъ, былъ среди римскихъ юристовъ спорнымъ. Юстиніанъ разрѣшилъ его въ l. 22. C. de furtis. 6. 2. Относительно этого ср. Dernburg: Pfandrecht, т. 1, стр. 147 и слѣд.

[15]) l. 18, § 2. D. h. t. 13. 6. Для обезпеченія этихъ требованій ссудопринимать имѣетъ право удержанія предмета ссуды до удовлетворенія. l. 15, § 2, l. 60. D. de furtis. 47. 2.

[16]) l. 17, § 3. D. h. t. 13. 6. Paulus libro 29 ad edictum: Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere ejus est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit..., tunc finem praescribere et retroagere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ср. далѣе l. 18, § 3, l. 22. D. eod.

[17]) Коммодантъ отвѣчаетъ за убытки также и въ томъ случаѣ, когда ему

§ 91. Precarium [1]).

Подъ precarium'омъ [2]) *разумѣется безвозмездная отдача вещи или права* [3]) *до востребованія.*

1. Precarium съ древнѣйшихъ временъ являлось для Римлянъ весьма важнымъ соціальнымъ, но при томъ чисто фактическимъ отношеніемъ, въ силу котораго патронъ своему кліенту или вообще знатные или богатые люди зависящему отъ нихъ незначительному человѣку оказывали изъ снисхожденія и безвозмездно различныя милости [4]). Отношеніе къ принявшему эту милость — прекаристу — *не было юридическимъ*, а основывалось на *довѣріи*. Право, по древне-римскимъ воззрѣніямъ, являлось рѣзко ограниченной областью, гдѣ господствовали строгія правила и формы. Характерной же чертой precarium'а было отсутствіе этихъ условій.

Такимъ образомъ, по римскимъ понятіямъ precarium не основывалось на договорѣ. Договорное соглашеніе относительно возвращенія вещи, данной въ безвозмездное пользованіе до востребованія, не разсматривалось какъ precarium [5]). Изъ precarium'а не возникала actio commodati: этотъ искъ вытекаетъ изъ договора, котораго при заключеніи precarium'а не было.

были извѣстны недостатки отданной въ ссуду вещи, и онъ не указалъ ихъ ссудопринимателю. Исключеніе допускается лишь въ томъ случаѣ, если онъ имѣлъ основанія думать, что послѣдній ихъ знаетъ и безъ указанія, или что они не имѣютъ для коммодатарія значенія. l. 18, § 3, l. 22. D. h. t. 13. 6. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 600. Не то ли же самое должно имѣть мѣсто и при грубой неосторожности?

[1]) Tit. Dig. de precario. 43. 26; Cod. 8. 9; G. E. Schmidt: Das Kommodat und Prekarium, 1841; Dankwardt: Das Prekarium und die Emphyteuse въ Jherings Jahrb., т. 14, стр. 290; Lenel: ibidem, т. 19, стр. 208; Bekker: Besitz, стр. 122, слѣд. Наглядное и правильное изложеніе римскаго precarium'а находится у Fustel de Coulanges: Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, les origines du système féodal, Paris, 1880, стр. 63. Max Weber: Römische Agrargeschichte, 1891; Jhering: Besitzwille, стр. 389. Ubbelohde у Glück, Serie der Bücher 43, 44, ч. 5. стр. 198 и слѣд.

[2]) l. 1, pr. D. h. t. 43. 26. Ulpianus libro 1 institutionum: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.

[3]) l. 2, § 3. l. 3, l. 8, § 5, l. 15, § 2. D. h. t. 43. 26. Многочисленныя упоминанія о правѣ доказываютъ, что въ первоначальное понятіе precarium'а не входила передача какого-либо права.

[4]) Ср. также выше вып. I, § 263, а также § 171.

[5]) l. 15, § 3. D. h. t. 43. 26. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit.

Precarium dans можетъ потребовать вещь обратно во всякое время, даже въ томъ случаѣ, если онъ подалъ прекаристу надежду, что оставитъ вещь у него. Отказъ отъ права потребовать обратно вещь, отданную precario, не имѣлъ юридическаго значенія [6]).

Точно также и прекаристъ не былъ связанъ договоромъ. Интердиктъ de precario, установленный преторскимъ эдиктомъ въ пользу precario dans противъ прекариста [7]), имѣлъ сходство съ rei vindicatio. Онъ основанъ на фактическомъ обстоятельствѣ—precario ab illo habere, иногда онъ предполагаетъ злой умыселъ отвѣтчика [8]).

Въ императорскій періодъ отвѣтственность прекариста увеличилась. Culpa lata была приравнена къ dolus; затѣмъ съ момента предъявленія иска на прекариста была возложена отвѣтственность за случайныя гибель и порчу вещи по принципамъ выведеннымъ изъ mora debitoris [9]); наконецъ, precario dans, по общимъ соображеніямъ, была предоставлена condictio sine causa, направленная на возвращеніе владѣнія, которое, послѣ востребованія вещи, оказывается у прекариста лишеннымъ всякаго юридическаго основанія [10]). Выведенная изъ контрактныхъ отношеній actio praescriptis verbis, которая также встрѣчается въ пандектахъ Юстиніана, относится уже къ позднѣйшему періоду, когда уже утратилось ясное представленіе о значеніи и характерѣ всего института [11]). Обыкно-

---

[6]) l. 12, pr. D. h. t. 43. 26. Celsus libro 25 digestorum: Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

[7]) Формула интердикта находится въ l. 2, pr. D. h. t. 43. 26. Ср. Lenel: Edictum perpetuum, стр. 389.

[8]) Согласно Bekker'y: Besitz, стр. 130. Ср. также Ubbelohde a. a. O. стр. 130.

[9]) l. 8, §§ 4 и 6. D. h. t. 43. 26.

[10]) l. 19, § 2. D. h. t. 43. 26 приведена въ прим. 11.

[11]) Объ actio praescriptis verbis говорится въ двухъ мѣстахъ пандектъ. Во-первыхъ, въ l. 19, § 2. D. h. t. Julianus libro 49 digestorum: Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et *incerti condictione*, *id est praescriptis verbis*. Очевидно, что послѣднія слова не принадлежатъ Юліану; онъ никоимъ образомъ не могъ condictio, т. е. actio stricti juris по поводу возврата вещи отождествить съ actio praescriptis verbis, т. е. actio bonae fidei, направленной на исполненіе обѣщанія. Затѣмъ объ actio praescriptis verbis говоритъ l. 2. § 2. D. h. t. Ulpianus libro 71 ad edictum... itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. Разъ намъ удалось доказать передѣлку текста въ l. 19, § 2, то очевидно, и въ только что приведенной l. 2, § 2, мы имѣемъ дѣло съ тѣмъ же самымъ, тѣмъ болѣе, что слова „quae ex bona fide oritur“ звучатъ прямо неправильно. Правда, и въ Pauli sent., V, 6, § 10 встрѣчаются слова: „tamen et

венно прекаристу принадлежитъ юридическое владѣніе—civilis possessio [12]).

2. И нынѣ встрѣчается отдача въ пользованіе вещей и правъ въ видѣ precarium'a, но отъ римскаго характера этой сдѣлки сохранились лишь немногія черты.

Само собою разумѣется, что и нынѣ отдаются вещи въ пользованіе на болѣе или менѣе продолжительное время, безъ намѣренія юридически связать лицо, отдающее вещь; это—простое одолженіе, не налагающее на дающаго вещь никакой обязанности; въ этомъ смыслѣ precarium встрѣчается несомнѣнно и въ настоящее время [13]).

Прекаристъ, какъ и по римскому праву, обладаетъ юридическимъ владѣніемъ—possessio civilis.

Но мы едва ли можемъ помириться съ римскимъ взглядомъ, что и прекаристъ не связанъ юридически; по современнымъ воззрѣніямъ онъ обязанъ въ силу договора возвратить вещь и обращаться съ ней заботливо. Онъ отвѣчаетъ поэтому за всякую неисправность. Съ такой точки зрѣнія нѣтъ строгаго различія между ссудой и precarium'омъ. Въ силу этихъ соображеній precarium сдѣлался однимъ лишь видомъ ссуды и отличается отъ послѣдней, главнымъ образомъ, тѣмъ, что вещь здѣсь можетъ быть потребована обратно во всякое время [14]).

III. Depositum [1]).

§ 92. **Понятіе depositum и вытекающія изъ него обязанности.**

Depositum — поклажа — есть отдача вещи на безплатное храненіе.

---

civilis actio hujus rei, sicut commodati competit". Изъ сопоставленія всѣхъ этихъ мѣстъ можно прійти къ тому заключенію, что мы здѣсь имѣемъ дѣло со вставками позднѣйшихъ юристовъ послѣ-классическаго періода, а не самостоятельными изобрѣтеніями самихъ компиляторовъ. Какъ бы то ни было, несомнѣнно, что всѣ упомянутые тексты не могутъ считаться подлинными словами тѣхъ юристовъ-классиковъ, которымъ они приписываются. Ср. Gradenwitz: Interpolationen, стр. 128; иного взгляда Windscheid, т. 2, § 376, прим. 3. Ср. также Ubbelohde, a. a. O. стр. 344.

[12]) Ср. выше, вып. I, § 173.

[13]) Отказъ precario dans на извѣстный срокъ отъ своего права востребованія не считается, какъ въ Римѣ, недѣйствительнымъ, ср. выше прим. 6. Но такая сдѣлка не есть precarium, а скорѣе не точно опредѣленная ссуда.

[14]) Гражд. улож. для герман. имперіи о precarium не упоминаетъ.

[1]) Tit. Dig. depositi. 16. 3; Cod. 4. 34. Nimeyer: Fiducia cum amico und depositum въ Zeitschrift der Savignystift, томъ 12, стр. 13. Объ эдиктѣ и формулѣ его см. Lenel: Edictum perpetuum, стр. 23; см. также Dernburg: Kompensation, 2 изд., стр. 51 и гражд. улож. для герман. имперіи § 688 и слѣд.

Depositum — договоръ реальный. Конечно, возможны сверхъ того и предварительныя соглашенія, направленныя на принятіе поклажи—pactum de deponendo.

Договоръ поклажи имѣетъ своей цѣлью храненіе предмета; если же договоромъ установлена обязанность *особенно* тщательной охраны вещи, то такая сдѣлка считается мандатомъ [2]). Изъ этого нѣкоторые ошибочно заключаютъ, что depositum не обязываетъ къ храненію, а лишь къ предоставленію извѣстнаго помѣщенія съ тою цѣлью, чтобы въ немъ вещь хранилась [3]).

Существенной чертой depositum является безвозмездность; храненіе за плату есть наемъ [4]) [5]).

Depositum не ограничивается движимыми вещами, *какъ это нерѣдко думаютъ* [6]); встрѣчается поклажа и недвижимостей, особенно въ формѣ секвестраціи.

Не требуется, чтобы лицо, отдающее вещь въ поклажу, было ея собственникомъ; даже похищенныя вещи, будучи отданы на храненіе, могутъ быть вытребованы воромъ, пока на эти вещи не былъ наложенъ арестъ потерпѣвшимъ [7]).

---

[2]) l. 1, pr. D. h. t. 16. 3. Ulpianus libro 30 ad edictum: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. Также l. 1, § 9, l. 6. D. eod. Съ этимъ опредѣленіемъ, повидимому, не согласуется то, что заявляетъ далѣе Ulpianus въ l. 1, § 12. quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit, et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem; то же видно и изъ § 17. I. de obl. ex delicto. 4. 1. Правда, здѣсь сказано, что депозитарій „custodiam non praestat". Но на самомъ дѣлѣ никакого противорѣчія нѣтъ. Обязанность *тщательнаго храненія*, которая присуща заботливому хозяину или условливается *особымъ* договоромъ,—дѣйствительно чужда поклажѣ, обыкновенное же обереганіе вещи, нарушаемое лишь при наличности culpa lata, входитъ въ понятіе depositum.

[3]) Windscheid, т. 2, § 378, прим. 1. Правильнѣе смотрѣлъ на дѣло одинъ старинный практикъ: si studiosus vel scholaris in alterius scholaris museo librum collocet scientis et patientis non est depositum. Ср. Brinz, т. 2, § 317, прим. 3.

[4]) l. 1, §§ 8 и 9. D. h. t. 16. 3. Этому мѣсту не противорѣчитъ l. 2, § 23. D. vi bon. raptorum. 47. 8: „pretium depositionis, non quasi mercedem accepi". Здѣсь дѣло идетъ о вознагражденіи за издержки и гонорарѣ. Unterholzner: Obligationenrecht, т. 2, стр. 661. Pertažycki: Einkommen, т. 2, стр. 380.

[5]) Нѣтъ поклажи, если вещь была передана на храненіе при заключеніи какого-либо иного договора, напр., мандата: „uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam: l. 8, pr. D. mandati. 17. 1.

[6]) Многіе ограничиваютъ depositum движимыми вещами. Такъ, напр., Windscheid, т. 2, § 377, прим. 1, который свой взглядъ основываетъ на опредѣленіи поклажи, какъ „предоставленіе извѣстнаго помѣщенія".

[7]) l. 1, § 39. D. h. t. 16. 3; l. 31, § 1. D. eod.

Депозитарій не имѣетъ юридическаго владѣнія надъ вещью, а является лишь детенторомъ на имя депонента [8]).

1. *Главное обязательство*, вытекающее изъ поклажи падаетъ на *депозитарія*; онъ отвѣчаетъ передъ своимъ контрагентомъ по actio depositi directa. На депозитарія возлагается:

a) *Храненіе отданной ему вещи.* Депозитарій заботится о вещи лично такъ, какъ это предписываютъ обычай и условія договора. Но въ силу особыхъ основаній можетъ быть допущено болѣе тщательное наблюденіе [9]).

b) *Возвращеніе вещи* съ ея принадлежностями [10]) и всѣми доходами, принесенными вещью за время ея храненія [11]). Предметъ поклажи долженъ быть возвращенъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ въ данный моментъ находится [12]); но по требованію депонента онъ можетъ быть высланъ ему за его счетъ и страхъ. Если же депозитарій произвольно—dolo или culpa lata—перевезъ вещь въ другое мѣсто, то долженъ доставить ее туда, гдѣ она была ему отдана на храненіе [13]).

c) *Отвѣтственность за dolus и culpa lata* [14]) [15]). Въ случаѣ

---

[8]) l. 3, § 20. D. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2. l. 7, § 1. D. h. t. 16. 3.

[9]) Изъ l. 16. D. h. t. 10. 3. вовсе не слѣдуетъ, что depositarius можетъ свободно передать вещь на храненіе третьему лицу; здѣсь говорится только объ уступкѣ иска противъ третьяго лица депоненту на тотъ случай, если передача третьему лицу была депозитарію особо *разрѣшена*. Согласно съ этимъ и гражд. улож. для герман. имперіи § 691 опредѣляетъ: при сомнѣніи поклажепринимать не въ правѣ передать принятую вещь на храненіе третьему лицу. По § 692 онъ лишь въ правѣ измѣнить условленный способъ храненія, если, по обстоятельствамъ, можно предположить, что поклажедатель, зная о положеніи дѣла, одобрилъ бы измѣненіе. Поклажепринимать долженъ извѣстить поклажедателя, прежде чѣмъ приступить къ измѣненію, и выждать его разрѣшеніе, развѣ съ отсрочкою сопряжена опасность.

[10]) l. 1, § 5. D. h. t. 16. 3. имѣла въ виду устранить лишь отдѣльные иски о возвращеніи принадлежностей, но и съ этимъ ограниченіемъ она въ настоящее время едва ли имѣетъ практическое значеніе. См. далѣе l. 1, § 41. D. h. t.

[11]) l. 1, § 24. D. h. t. 16. 3. Относительно времени возвращенія см. выше § 34, прим. 12.

[12]) l. 12. pr. § 1. D. h. t. 16. 3. Согласно съ этимъ и гражд. улож. для герман. имперіи § 697.

[13]) Ср. выше вып. II, § 32, прим. 2.

[14]) Ср. выше вып. II, § 36, пунктъ 2. Наслѣдники поклажепринимателя отвѣчаютъ за неисправность наслѣдодателя въ размѣрѣ ихъ наслѣдственной доли, за собственную—in solidum; l. 7, § 1, l. 9, l. 18. D. h. t. 16. 3. Ср. выше вып. II. § 37, пунктъ 2 и прим. 10 и 11.

[15]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 690 гласитъ: когда вещь принята на храненіе безвозмездно, поклажепринимать обязывается лишь къ такой заботливости, съ какою онъ обычно относится къ своимъ дѣламъ.

растраты — furtum rei, противозаконнаго пользованія съ корыстной цѣлью—furtum usus, а также просрочки въ возвращеніи предмета, депозитарій отвѣчаетъ и за casus [16]). Въ случаѣ просрочки или употребленія вещи въ свою пользу, онъ сверхъ того обязанъ уплатить проценты [17]).

Депонентъ долженъ быть, по мѣрѣ возможности, гарантированъ отъ убытковъ. Съ этой цѣлью ему даются особыя привилегіи на случай открытія конкурса [18]) надъ депозитаріемъ. Съ той же цѣлью депозитарій, присужденный къ возврату вещи, подвергался умаленію гражданской чести—infamia [19]); если договоръ поклажи былъ заключенъ во время угрожавшей депоненту опасности, то въ случаѣ невозвращенія вещи депозитарій присуждался къ уплатѣ двойной ея стоимости [20]). Впрочемъ, всѣ эти постановленія утратили въ современномъ правѣ всякое значеніе.

Но сохранилось и понынѣ правило, что противъ требованія, основаннаго на поклажѣ, не допускаются ни *компенсація* ни *удержаніе вещи* для обезпеченія встрѣчнаго требованія [21]). Это распространяется даже на тотъ случай когда встрѣчное требованіе возникло изъ той же поклажи [22]).

---

[16]) l. 1, § 25, l. 12, § 3. D. h. t. 16. 3, l. 3. C. h. t.

[17]) l. 3, l. 4. C. h. t. 4. 34.

[18]) l. 7, §§ 2 и 3, l. 8. D. h. t. 16. 3; l. 24, § 2. D. de rebus auctoritate judicis possidendis. 42. 5.

[19]) l. 6, §§ 6 и 7. D. de his qui not. inf. 3. 2.

[20]) l. 1, § 1. D. h. t. 16. 3.

[21]) l. 11. C. h. t. 4. 34.

[22]) Если отданная на храненіе вещь принадлежитъ самому депозитарію, то договоръ считается *недѣйствительнымъ*, l. 15. D. h. t. 16. 3. Не исключается ли, несмотря на это, противъ actio depositi directa возраженіе, что вещь составляетъ собственность депозитарія? Такъ думаетъ Windscheid, т. 2, § 378, прим. 3, указывая на слова l. 11. C. h. t., гдѣ говорится, что противъ actio depositi не могутъ быть допущены никакіе встрѣчные иски „in rem". Но такой выводъ неправиленъ. Депозитарій вовсе и не думаетъ предъявлять какой-либо вещный искъ: онъ только *отрицаетъ* дѣйствительность поклажи своей собственной вещи. См. рѣшеніе апелляціоннаго суда въ Іенѣ въ Blätter f. Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, т. 17, стр. 157. Если же депозитарій уже послѣ заключенія договора пріобрѣлъ данную ему на храненіе вещь отъ депонента, то онъ, защищаясь противъ actio depositi, можетъ безъ сомнѣнія указать на это обстоятельство, которое прекратило поклажу. Такого же мнѣнія и R. G. E. т. 15, стр. 208 и Windscheid, loc. cit. Можетъ ли депозитарій наложить арестъ на отданную ему на храненіе вещь для обезпеченія собственнаго требованія къ депоненту? Этотъ вопросъ рѣшается утвердительно, такъ какъ депозитарій могъ бы наложить арестъ на тотъ же предметъ и въ томъ случаѣ, если бы онъ былъ возвращенъ должнику.

2. При помощи actio depositi contraria депозитарій можетъ предъявить требованія къ депоненту на слѣдующихъ основаніяхъ:

a) Отдавшій вещь на храненіе отвѣчаетъ за всякую свою вину [23]). Поэтому онъ обязанъ возмѣстить депозитарію тѣ убытки, которые были причинены отданнымъ на храненіе предметомъ. Такая отвѣтственность допускается въ томъ случаѣ, если депонентъ зналъ о такой опасности или могъ ее предвидѣть и не предупредилъ депозитарія.

b) Далѣе, депонентъ долженъ вознаградить депозитарія съ процентами какъ за всѣ необходимыя издержки, такъ и за тѣ, которыя были произведены по его, депонента, указаніямъ [24]) [25]).

§ 93. Особые виды поклажи.

1. Можно отдать на храненіе деньги или иныя замѣнимыя вещи, напр., процентныя бумаги, подъ условіемъ, чтобы было возвращено такое же количество вещей, но не тѣ же самыя вещи [1]). Эта сдѣлка — depositum irregulare — похожа, по внѣшнему виду, на заемъ [2]). Какъ и при займѣ лицо, получившее деньги, стано-

---

[23]) l. 62, § 5. D. de furtis. 47. 2. Unger въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 321, возлагаетъ на депонента отвѣтственность за вредъ, причиненный отданной на храненіе вещью, во всякомъ случаѣ, и даже если этого нельзя было предвидѣть, напр., отданная на храненіе лошадь, заразившая лошадей депозитарія, уже въ то время носила въ себѣ зачатки какой-либо трудно распознаваемой болѣзни или же заразилась впослѣдствіи. Такое рѣшеніе было бы неправильно и несправедливо. Если въ постигшемъ бѣдствіи главную роль играетъ случай, то вся тяжесть его падаетъ на собственника заразившихся лошадей: онъ долженъ знать, что его собственность можетъ подвергнуться несчастной случайности. Иной взглядъ встрѣчается у Seuffert'a: Archiv, т. 50, казусъ 242 и въ гражд. улож. для герман. имперіи § 694.

[24]) Поклажепринимать долженъ быть вознагражденъ за расходы по содержанію поставленныхъ у него чужихъ животныхъ, такъ какъ онъ не въ правѣ ими пользоваться. l. 23. D. h. t. 16. 3. Споренъ вопросъ, можетъ ли депозитарій, какъ negotiorum gestor, требовать возмѣщенія расходовъ, которые онъ произвелъ для улучшенія вещи—impensae utilis. Petrażycki: Einkommen, т. 1, стр. 309 высказывается противъ этого.

[25]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 693 гласитъ: „поклажедатель обязанъ возмѣстить издержки на храненіе, если поклажепринимать дѣлаетъ такія затраты, которыя онъ, по обстоятельствамъ, можетъ считать необходимыми".

[1]) Литературу см. у Niemeyer'a: Depositum irregulare, 1889. Ср. затѣмъ Reatz: Gutachten aus dem Anwaltsstand zum Entwurf, стр. 542; Schey, loc. cit., т. 1, стр. 55.

[2]) Еще раньше нѣкоторые писатели отрицали практическое значеніе depositum irregulare для современнаго права; къ нимъ присоединился Niemeyer въ привед. сочин. Онъ въ этой сдѣлкѣ усматриваетъ не что иное, какъ обыкновен-

вится ихъ собственникомъ и принимаетъ на себя весь рискъ. Часто оно даже платитъ проценты. Но цѣли этихъ сдѣлокъ и ихъ юридическія конструкціи весьма различны. При depositum irregulare взявшій деньги не беретъ у депонента взаймы, а самъ оказываетъ ему услугу; напр., хозяинъ по просьбѣ прислуги хранитъ ея деньги въ своей кассѣ, банкъ принимаетъ вклады на храненіе, наконецъ общественныя установленія принимаютъ денежные депозиты [3]).

ный заемъ. Но, несомнѣнно, уже Alfenus считалъ этотъ договоръ сдѣлкою особаго вида, l. 31. D. locati. 19. 2. То же высказываетъ Папиніанъ въ l. 24. D. h. t. 16. 3. libro 9 quaestionum. Правда, въ словахъ этого мѣста отъ „quod ita verum est“ до „et est quidem constitutum“ заключается противорѣчіе съ дальнѣйшимъ изложеніемъ, но едва ли этимъ устраняется всякое значеніе второй части приведеннаго фрагмента. Въ этихъ словахъ заключается глосса, быть можетъ, критическое замѣчаніе Ульпіана, оставшееся по недосмотру въ текстѣ Папиніана. Точно также и въ l. 25 D. eod. libro 3 responsorum Папиніанъ высказывается за дѣйствительность поклажи, при которой предметомъ обязательства является „tantundem“, а не „idem“; то же самое говоритъ Павелъ въ l. 26, § 1, l. 29, § 1. D. h. t. 16. 3, между тѣмъ какъ Ульпіанъ въ l. 7, § 2. D. h. t. 16. 3 и l. 24, § 2. D. de rebus auctoritate judicis. 42. 5, повидимому, относится къ подобной сдѣлкѣ отрицательно. Тѣмъ не менѣе взгляды Папиніана и Павла стали господствующими и во всякомъ случаѣ вошли въ право Юстиніана. Niemeyer такъ толкуетъ тексты Папиніана: онъ думаетъ, что Папиніанъ, опираясь на сказанныя контрагентами безъ достаточнаго пониманія слова „commendare“; „deponere“, допускаетъ actio depositi, чтобы избѣжать строго формальныхъ послѣдствій condictio ex mutuo и согласно желанію сторонъ и справедливости принять во вниманіе проценты, установленные неформальнымъ договоромъ, а также проценты просрочки. Папиніанъ будто бы въ интересахъ заимодавца предлагалъ вчинить искъ на основаніи поклажи, тогда какъ на самомъ дѣлѣ былъ совершенъ заемъ. Но слѣдуетъ помнить, что во времена Папиніана condictio ex mutuo еще была связана съ такъ наз. sponsio tertiae partis, въ силу которой проигравшій дѣло заемщикъ обязанъ былъ уплатить третью часть суммы займа въ видѣ штрафа за то, что онъ довелъ дѣло до процесса. Безъ сомнѣнія этотъ искъ былъ для заимодавца гораздо выгоднѣе, чѣмъ искусственное подведеніе сдѣлки подъ понятіе поклажи. По ошибочному мнѣнію Niemeyer'a со временъ Папиніана всякій заимодавецъ могъ предъявить actio depositi. Подобными аргументами не опровергается тотъ фактъ, что римляне считали depositum irregulare за особый видъ сдѣлки. Такимъ же образомъ смотритъ на depositum irregulare германскій имперскій судъ, R. G. E., т. 12, стр. 85. Ср. еще Schirmer въ Archiv für. civ. Praxis, т. 78, стр. 34 и Bruckner въ Krit. Vierteljahrschrift, т. 34, стр. 56, Mitteis, Savigny-Zeitschr., rom. Abthlg. т. 19, стр. 209. Гражд. улож. для герман. имперіи § 700 подчиняетъ depositum irregulare всѣмъ правиламъ займа. Но время и мѣсто возвращенія предмета въ сомнительныхъ случаяхъ опредѣляются на основаніи постановленій о договорѣ поклажи.

[3]) Внутреннее различіе между займомъ и depositum irregulare опредѣлялось въ римскомъ правѣ такими положеніями, которыя отчасти нынѣ не имѣютъ силы: а) Проценты, установленные неформальнымъ соглашеніемъ, равно какъ и проценты просрочки могли взыскиваться въ Римѣ лишь при depositum irregulare, а не при займѣ, l. 25, § 1, l. 26, § 1, l. 28, l. 29, § 1. D. h. t. 16. 3; l. 4. C. h. t. 4. 34. b) Проигрышъ процесса сопровождался при depositum irregulare инфа-

Если деньги отдаются на храненіе незапечатанными, то такая сдѣлка считается обыкновенно за depositum irregulare [4] [5]).

2. *Секвестрація* [6]) заключается въ томъ, что нѣсколько лицъ отдаютъ вещь на храненіе съ тѣмъ условіемъ, чтобы она была возвращена *тому или другому* изъ нихъ въ случаѣ наступленія извѣстнаго событія [7]). Здѣсь, кромѣ храненія, преслѣдуется еще другая цѣль: изъять вещь изъ распоряженія заинтересованныхъ сторонъ до наступленія извѣстнаго событія.

міей; при займѣ этого не было, но за то послѣдній сопровождался sponsio tertiae partis. c) Какъ Римская, такъ и современная практика не допускаетъ компенсаціи и jus retentionis при depositum irregulare; впрочемъ, банки, принимающіе вклады, обыкновенно устраняютъ это ограниченіе особымъ соглашеніемъ. d) При денежныхъ депозитахъ поклажепринимать обязанъ въ отчетности, чего, конечно, не требуется отъ должника по займу. e) Востребованіе *занятыхъ* денегъ допускается, по нѣкоторымъ современнымъ законодательствамъ, лишь послѣ предварительнаго увѣдомленія должника, что при денежныхъ вкладахъ не соблюдается, ср. Reatz, loc. cit., стр. 542. f) Проценты по займу, по современному праву, должны быть доставляемы кредитору должникомъ; при денежныхъ же вкладахъ депонентъ является за ними къ депозитарію.

[4]) Объ этомъ говоритъ уже Alfenus въ l. 31. D. locati. 19. 2. Здѣсь нѣтъ противорѣчія съ l. 34. pr. D. de auro. 34. 2. Указанное въ текстѣ правило оправдывается легкостью обращенія денегъ въ гражданскомъ оборотѣ и отнюдь не распространяется на прочія замѣнимыя вещи, напр., на бумаги на предъявителя. Если, поэтому, банкиръ обязывается хранить у себя купленныя по порученію кліента процентныя или иныя цѣнныя бумаги, то вытекающія отсюда отношенія разсматриваются какъ обыкновенная поклажа. При этомъ не требуется сообщать кліенту *номера* купленныхъ для него бумагъ съ тѣмъ, чтобы такимъ образомъ индивидуализировать предметъ поклажи. R. O. H. G. E. т. 19, стр. 78 такому сообщенію приписываетъ особое значеніе. Но это неправильно; ср. тамъ же т. 16, стр. 207. Иначе R. G. E., т. 5. стр. 1 и имперскій законъ отъ 5 іюля 1896 года объ обязанности купцовъ при храненіи процентныхъ бумагъ. Гражд. улож. для герман. имперіи § 700, Abs. 2 требуетъ при отдачѣ на храненіе цѣнныхъ бумагъ особое соглашеніе, если стороны имѣютъ въ виду depositum irregulare.

[5]) Относительно превращенія обыкновенной поклажи въ depositum irregulare ср. l. 29, § 1. D. h. t. 16. 3; см. также l. 9, § 9, l. 10 D. de rebus creditis. 12. 1.

[6]) Muther: Die Sequestration und der Arrest, 1856, разсматриваетъ этотъ вопросъ главнымъ образомъ, съ точки зрѣнія процессуальной и исторической. Voigt: Besitz des Sequesters, 1885; Serg. v. Nikonoff: Die Lehre von der Sequestration, 1894. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ о секвестраціи.

[7]) l. 6. D. h. t. 16. 3. Paulus libro 2 ad edictum: Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur. Главный случай секвестраціи состоитъ въ „controversia“ l. 17, pr. D. h. t. 16. 3. О другомъ случаѣ упоминаетъ l. 39. D. de solutionibus. 46. 3, затѣмъ l. 5. D. familiae erciscundae. 10. 2. Существовалъ особый искъ „sequestraria depositi actio“; подробности о немъ см. у Lenel'a: Edictum perpetuum, стр. 231.

Секвестору принадлежитъ юридическое владѣніе—possessio civilis [8]).

Секвестрація происходитъ или по добровольному соглашенію сторонъ, или по опредѣленію суда.

Нерѣдко секвесторъ пользуется правомъ управлять вещью (недвижимостью) и распоряжаться ею; въ такомъ случаѣ онъ является не простымъ депозитаріемъ, но сверхъ того и повѣреннымъ—мандатаріемъ [9]).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Консенсуальные договоры.

I. Купля-продажа и мѣна.

§ 94. Общія понятія. Заключеніе договора купли-продажи [1]).

I. Обращеніе имущественныхъ благъ въ человѣческомъ обществѣ происходитъ, главнымъ образомъ, путемъ *купли-продажи* т. е. *обмѣна товаровъ на деньги*. *Мѣна*, т. е. *обмѣнъ товара на товаръ* имѣетъ лишь второстепенное значеніе [2]).

При посредствѣ купли-продажи безпрерывно переходятъ изъ рукъ въ руки предметы первой необходимости, разныя полезныя вещи и, наконецъ, предметы роскоши, отчасти для непосредственнаго потребленія, отчасти для дальнѣйшей перепродажи; этой послѣдней цѣли служатъ, главнымъ образомъ, *торговыя* сдѣлки. Предметомъ продажи могутъ быть вообще всякія блага, имѣющія цѣнность для людей и способныя къ передачѣ изъ рукъ въ руки. Тѣмъ не менѣе преобладающее значеніе имѣетъ купля-продажа вещей тѣлесныхъ; отсюда и должна исходить общая теорія купли-продажи.

Въ древнѣйшія времена довольствовались *ручной* продажей, т. е. передачей товара за деньги изъ рукъ въ руки. И нынѣ подобныя сдѣлки встрѣчаются весьма часто, особенно при розничной торговлѣ [3]).

---

[8]) Выше вып. I, § 173, прим. 5.

[9]) Ср. l. 9, § 3. D. de dolo malo. 4. 3.

[1]) Treitschke: Der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, 1838, 2 изд. Wengler'a—1865. Гораздо полнѣе и глубже изслѣдованіе Bechmann'a: Der Kauf nach gemeinem Recht, т. 1, 1876, т. 2, изд. 1, 1884.

[2]) См. ниже прим. 20.

[3]) Brinz, т. 2, § 325, называетъ такую сдѣлку реальной куплей (Realkauf), а Bechmann, loc. cit., т. 1, стр. 46 и слѣд., куплей вещей въ натурѣ (Naturalkauf).

Но при сдѣлкахъ относительно болѣе цѣнныхъ предметовъ, обыкновенно, заключается *договоръ* купли-продажи, т. е. устанавливаются взаимныя обязательства, имѣющія своимъ предметомъ товаръ и покупную плату [4]). Такой договоръ у римлянъ носилъ преимущественно названіе «emptio-venditio». Его же нормамъ подчиняются всѣ правила объ отвѣтственности продавца въ ручной куплѣ.

II. Договоръ купли-продажи тѣлесныхъ вещей возлагаетъ на продавца обязанность *передать проданную вещь въ полное обладаніе покупателя*, который въ свою очередь обязанъ внести покупную плату [5]).

Такимъ образомъ договоръ купли-продажи является *первой ступенью* пріобрѣтенія вещи покупателемъ; но не слѣдуетъ видѣть

Мы предпочитаемъ терминъ „ручная продажа“, обозначающій совсѣмъ иную сдѣлку, чѣмъ договоръ купли-продажи. Если поэтому продавецъ путемъ иска требуетъ уплаты покупной цѣны за проданный товаръ, основывая свое требованіе на договорѣ купли-продажи, а покупатель, напротивъ, утверждаетъ, что между ними произошла ручная продажа, и что товаръ былъ непосредственно обмѣненъ на деньги, то въ такомъ заявленіи отвѣтчика заключается отрицаніе основанія иска. Нѣтъ здѣсь почвы для рѣшенія въ пользу истца и нельзя сказать, что покупатель сознается въ полученіи товара, не представляя при этомъ доказательствъ въ платежѣ денегъ. Иначе покупателямъ при каждой ручной продажѣ слѣдовало бы брать расписку въ полученіи цѣны, чего обыкновенно не дѣлается, и что было бы крайне неудобно. Наоборотъ, истецъ долженъ доказать, что дѣйствительно состоялся *договоръ* купли-продажи и потомъ уже требовать отъ противника доказательства платежа цѣны. Такого мнѣнія Bähr, Urtheile des Reichsgerichts, стр. 35. Ср. R. O. H. G. E., т. 16, стр. 158.

[4]) Pernice: Labeo, т. 1, стр. 457 полагаетъ, что договоръ купли-продажи развился изъ ручной продажи (Realkauf) и „что въ немъ замѣтны всѣ слѣды еще продолжающагося развитія“. Ср. Petrażycki: Einkommen, т. 2, стр. 42.

[5]) l. 11, § 2. D. de a. e. v. 19. 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur. Договоръ, въ силу котораго купившій вещь *не становится* ея *собственникомъ*, не признается куплей-продажей, l. 80, § 3. D. de contr. empt. 18. 1. Но римляне не считали куплей-продажей и такую сдѣлку, по которой платились деньги съ тѣмъ, чтобы плативший сдѣлался собственникомъ опредѣленной вещи: „ut mihi Stichum dares“, l. 16. D. cond. causa data. 2. 4. Впрочемъ, этотъ взглядъ не примѣняется въ современномъ правѣ, см. Bechmann, loc. cit., стр. 72; Eck: Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums, 1874. Гражд. улож. для герман. имперіи § 433 опредѣляетъ: По договору купли продавецъ вещи обязуется передать вещь покупщику и доставить ему право собственности на оную... Покупатель обязанъ уплатить продавцу условленную цѣну и взять у него купленную вещь.

въ этомъ договорѣ *отчужденіе* вещи [6]). Послѣднее происходитъ лишь путемъ *традиціи*.

Существенными элементами купли-продажи являются *товаръ* и *цѣна* [7]). Если стороны пришли къ соглашенію о *томъ* и о *другомъ*, то договоръ считается *заключеннымъ*; предполагается, конечно, чтобы это соглашеніе не было поставлено сверхъ того въ зависимость отъ другихъ условій.

1. Товаромъ въ тѣсномъ смыслѣ называются движимыя вещи [8]); въ болѣе широкомъ смыслѣ, подъ терминъ «товаръ» подходятъ и другія цѣнности, предназначенныя для продажи [9]).

Предметомъ продажи могутъ быть тѣлесныя вещи, какъ недвижимыя, такъ и движимыя, а затѣмъ и права. Такъ, напр., могутъ быть проданы обязательственныя требованія. Точно также установленіе правъ на чужую вещь — jura in re aliena — и переносъ этихъ правъ, поскольку они вообще способны къ отчужденію, можетъ происходить путемъ купли-продажи. Промышленныя права, въ особенности право на патентъ, затѣмъ авторское право, также могутъ быть продаваемы. Возможна продажа даже такихъ цѣнностей, которыя въ сущности не являются предметами особыхъ правъ; продаются, напр., сдѣлки (negotium lucrativum), извѣстія, секреты. Мы не видимъ основаній, почему подобныя соглашенія не могутъ разсматриваться съ точки зрѣнія купли-продажи, разъ этого желаютъ участники въ договорѣ [10]).

---

[6]) Многіе изъ новѣйшихъ писателей разсматриваютъ соглашеніе о продажѣ вещи, какъ ея отчужденіе, „только между участниками договора“. Такъ, напр., Windscheid, т. 2, § 390, прим. 3. Bernhöft въ Jherings Jahrb., т. 14, статья 3. Windscheid, т. 2, § 389, прим. 2, полагаетъ, что ближайшею цѣлью договора купли-продажи является не *намѣреніе создать обязательство*, а то, что покупатель *долженъ получить въ свое обладаніе вещь*; обязательство же изъ купли-продажи возникаетъ лишь благодаря разладу между этимъ намѣреніемъ и дѣйствительнымъ положеніемъ дѣла. Но чѣмъ объяснить, что покупатель, самовольно завладѣвшій купленною вещью, признается похитителемъ чужой собственности— praedo? Ср. l. 5. D. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2. Плохо согласуется съ этой теоріей далѣе то обстоятельство, что чужія вещи могутъ быть продаваемы точно такъ же, какъ и собственныя. Ср. противъ взгляда Windscheid'a l. 67, pr. D. de V. S. 50. 16, Köppen въ Jherings Jahrb., т. 11, стр. 391, прим. 497; Karlowa: Rechtsgeschäft, стр. 212; Bechmann, loc. cit., т. 1, стр. 613; Puntschart: Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, стр. 14.

[7]) pr. I. h. t. 3. 23, l. 9. D. de contr. empt. 18. 1.

[8]) l. 66. D. de V. S. 50. 16; ср. Bechmann, loc. cit., т. 1, стр. 35.

[9]) Относительно предмета продажи ср. Bechmann, loc. cit., т. 2, стр. 117

[10]) Иного взгляда держится Bechmann, loc. cit.

Имущественныя массы, напр., наслѣдство [11]); совокупность предметовъ, какъ напр., библіотека, и вообще вещи, объединенныя въ одну опредѣленную массу распоряженіемъ сторонъ, могутъ быть продаваемы какъ единое цѣлое.

Допускается также продажа *будущихъ* вещей, напр., ожидаемаго урожая [12]). Плата за нихъ должна быть произведена уже послѣ того, какъ онѣ возникнутъ въ дѣйствительности [13]).

Совсѣмъ иное представляетъ изъ себя *продажа надежды* на что-либо — emptio spei — напр., улова рыбы. Здѣсь эквивалентомъ покупной платы являются *шансы на полученіе вещи* — alea. Эта сдѣлка не связана ни съ какимъ условіемъ, и цѣна должна быть уплочена даже въ томъ случаѣ, если надежда на добычу нисколько не оправдается [14]).

Если въ моментъ продажи вещь уже не существуетъ или если истреблена существенная часть ея, то сдѣлка считается *несостояв-*

---

[11]) l. 7, слѣд., D. de hered. vel act. vend. 18. 4.

[12]) О такой куплѣ говоритъ l. 8, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. Какъ продажа будущей вещи разсматривается, между прочимъ, продажа еще не отрѣзанной косы. Но нельзя насильно заставить обрѣзать ее, такъ какъ подобное вторженіе въ строго личную сферу субъекта не допускается.

[13]) Обыкновенно въ подобныхъ сдѣлкахъ плата производится полностью и въ томъ случаѣ, когда на свѣтъ явилось необычайно малое количество ожидаемыхъ вещей; но плата точно также не увеличивается, если этихъ вещей окажется чрезвычайно много. Впрочемъ, слова и смыслъ договора могутъ установить совсѣмъ иное. Другого взгляда держится Friedrich Endemann: Die Lehre von der emptio spei und rei speratae въ Grünhuts Zeitschrift, т. 12, статья 6. См. о томъ же Braun: Finden die Grundsätze des Kaufs auf die emptio spei Anwendung? 1896.

[14]) l. 8, § 1. D. de contr. empt. 18. 1. Помпоній—см. выше прим. 12—продолжаетъ: Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur. Говоря объ emptio „sine re", Помпоній подъ этимъ словомъ, имѣющимъ нѣсколько значеній, разумѣетъ „продажу безъ *осязательнаго* тѣлеснаго объекта". По его мнѣнію, разумѣется само собою, что для купли-продажи необходимъ объектъ; въ данномъ случаѣ таковымъ являются „шансы на добычу"— alea. Bechmann, loc. cit., стр. 143, разсматриваетъ подобныя сдѣлки какъ продажу вещи, считая объектомъ договора тѣ предметы, которые могутъ быть добыты. Между тѣмъ купля-продажа считается дѣйствительной, если даже ничего не будетъ добыто! Воззрѣніе Bechmann'a раздѣляетъ Friedrich Endemann, привед. сочин. См. тамъ историко-догматическое развитіе этого вопроса. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ ни объ emptio rei speratae, ни объ emptio spei.

шейся. При одной лишь *порчѣ* вещи, покупная плата подвергается соотвѣтственному *уменьшенію* [15]). Однако, въ этихъ правилахъ допускаются нѣкоторыя видоизмѣненія въ случаѣ злого умысла или неизвинительной неисправности одного изъ контрагентовъ [16]).

Безъ сомнѣнія, вполнѣ допустима продажа *чужой* вещи. Продавецъ обязуется ее доставить, а если не въ состояніи этого сдѣлать, вознаградить покупателя за ущербъ [17]).

Особенное значеніе для современнаго оборота имѣетъ своеобразная во многихъ отношеніяхъ продажа родовыхъ вещей (genus), напр., извѣстнаго количества кофе, сахару, табаку. Римляне не признавали продажи родовыхъ вещей въ ея чистомъ видѣ. Предметомъ сдѣлки у нихъ являлись лишь индивидуально опредѣленныя вещи или извѣстное количество вещей, взятое изъ опредѣленной

---

[15]) l. 15, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro 5 ad Sabinum: Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est. l. 57, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro 5 ad Plautium: Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt. sed si pars domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta (sit, quanta) permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem.... sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus. est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitratu habita. Заключительныя слова, въ силу которыхъ сдѣлка считается дѣйствительной, если осталась хотя *половина* дома, врядъ ли можно приписать самому Павлу.

[16]) Ср. относительно римскаго права l. 57, §§ 1 слѣд. D. h. t. Въ современномъ правѣ слѣдуетъ принимать во вниманіе также и тѣ правила, которыя регулируютъ отвѣтственность за culpa in contrahendo. Покупатель не въ правѣ ничего требовать, если вещь была истреблена еще до ея продажи при такихъ обстоятельствахъ, о которыхъ продавецъ не зналъ и не могъ знать.

[17]) l. 28. D. de contr. empt. 18. 1. Ulpianus libro 41 ad Sabinum: Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferi potest. Kohler: Abhandlungen, т. 1, стр. 224; Seuffert: Archiv, т. 49, казусъ 12. Впрочемъ, купля-продажа считается недѣйствительной, если оба контрагента знали, что продаваемая вещь была похищена—„furtiva“, l. 34, § 3. de contr. empt. 18. 1. Относительно продажи вещи, составляющей собственность: покупателя, см. l. 16, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum-Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi, и l. 34, § 4. D. eod. Paulus libro 33 ad edictum: Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset, и, наконецъ, l. 61. D. eod. См. Bechmann, loc. cit., т. 2, стр. 74. Ср. также г-жа Kempin: Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache, Züricher Inaug-dissert., 1887. По гражд. улож. для герман. имперіи § 433 продавецъ обязанъ доставить покупщику право *собственности* на проданную вещь. Этимъ допускается продажа и чужой вещи.

массы. Вмѣсто договора купли-продажи родовыхъ вещей римляне прибѣгали къ стипуляціи [18]).

Услуги и рабочій трудъ могутъ быть предметомъ найма, но не купли-продажи [19]).

2. *Цѣна* вещи должна быть выражена въ деньгахъ [20]). Прежде обыкновенно учили, что цѣна должна быть опредѣленной—certum, дѣйствительной—verum—и что она должна соотвѣтствовать стоимости вещи—justum. Однако такое требованіе и неправильно и ничего не объясняетъ.

а) Въ Римѣ, по древнему обычаю, предъявленіе иска на основаніи купли-продажи допускалось не иначе, какъ съ точнымъ обозначеніемъ цѣны. Но это правило уже въ классическій періодъ въ интересахъ гражданскаго оборота толковалось широко и свободно. Въ современномъ правѣ точное опредѣленіе цѣны уже не является не-

---

[18]) Многіе изъ новѣйшихъ писателей вполнѣ правильно утверждаютъ, что Римляне не знали продажи родовыхъ вещей въ ея настоящемъ видѣ; см. Brinz, т. 2, §§ 242 и 327 b; Bechmann, т. 2, стр. 331, Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 615 и приведенныхъ тамъ писателей. Bechmann и въ современномъ договорѣ поставки—такъ называетъ онъ продажу родовыхъ вещей — не усматриваетъ договора купли-продажи. Но въ теоріи и практикѣ общегерманскаго права эта сдѣлка развивалась какъ купля-продажа и подлежала всѣмъ правиламъ послѣдней; противъ этого стали возражать только въ послѣднее время. Вѣрно лишь то, что правоположенія, касающіяся продажи индивидуальныхъ вещей, къ продажѣ вещей родовыхъ примѣняются не безъ нѣкоторыхъ измѣненій, но тѣмъ не менѣе общіе принципы у обоихъ видовъ одни и тѣ же. Такимъ образомъ постановленія новѣйшихъ законовъ, напр., торговыхъ уложеній, касающіяся купли-продажи, должны, безъ сомнѣнія, примѣняться и къ продажѣ вещей родовыхъ.

[19]) Относительно границъ между куплей-продажей и locatio-conductio operis см. ниже § 113, прим. 9.

[20]) Сабиніанцы пытались обмѣнъ товара на товаръ подвести подъ понятіе купли-продажи, но восторжествовалъ противоположный взглядъ Прокуліанцевъ l. 1, § 1. D. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro 33 ad edictum: Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse... sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit. Ср. l. 1, pr. D. de rer. perm. 19. 4. Gajus, Inst. III, § 141; § 2. I. de empt. 3. 23; Bechmann, т. 1. стр. 4. Предметомъ продажи могутъ быть и деньги, напр., деньги, не признанныя валютой внутри страны, какъ то иностранныя деньги. Ср. Flesch въ Jherings Jahrb., т. 19, статья 7, Riesser, тамъ же, т. 20, статья 5.

обходимымъ [21]), лишь бы цѣна, какъ и при другихъ обязательственныхъ сдѣлкахъ, вообще *поддавалась опредѣленію* [22]).

b) Обѣщаніе уплаты цѣны должно быть серіозно, иначе купля-продажа не можетъ состояться [23]). Это требованіе покоится не на какихъ-либо особенностяхъ даннаго договора, а соотвѣтствуетъ общимъ положеніямъ о симуляціи въ гражданскихъ сдѣлкахъ.

c) Цѣна не должна непремѣнно равняться дѣйствительной стои-

---

[21]) Ср. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 135; Fels: Das pretium certum 1878; Bechmann, привед. сочин. т. 2, стр. 338; R. G. E., in Strafsachen, т. 23, стр. 399. Dernburg пытается въ вышеприведенномъ сочиненіи объяснить это требованіе римскаго права исторически. Онъ исходитъ изъ того, что снабженіе искомъ неформальныхъ договоровъ, какъ купля-продажа, было исключеніемъ, которое прививалось въ Римѣ не легко и не безъ препятствій. По его мнѣнію, требованіе pretium certum является нѣкоторой уступкой старому направленію, вовсе отрицавшему исковую силу неформальныхъ договоровъ. Bechmann, loc. cit., находитъ, что подобное объясненіе нельзя ничѣмъ доказать. Пожалуй что такъ, если требовать показаній современныхъ разсматриваемому свидѣтелей. Но заключеніе Дернбурга опирается на логическомъ выводѣ. Въ классическій періодъ pretium certum понимали съ чисто внѣшней стороны. На это указываетъ аргументація Ульпіана libro 28 ad Sabinum l. 7, § 1. D. h. t. 18. 1. Hujusmodi emptio: „quanti tu eum emisti", „quantum pretii in arca habeo", valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est. Здѣсь, очевидно, правильное положеніе защищается весьма слабыми аргументами. Вѣдь то обстоятельство, что одно *объективное* опредѣленіе цѣны считается достаточнымъ, превращаетъ требованіе „опредѣленной" цѣны въ непонятную странность. Затѣмъ Ульпіанъ—въ § 2—продолжаетъ: Si quis ita emerit: „est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero", valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit. Въ данномъ случаѣ цѣна даже объективно не опредѣлена; размѣръ ея является неопредѣленнымъ и въ объективномъ, и въ субъективномъ отношеніяхъ, и тѣмъ не менѣе договоръ признается при помощи различныхъ софизмовъ, хотя и вполнѣ цѣлесообразно, дѣйствительнымъ. Такъ поступаютъ лишь въ томъ случаѣ, когда встрѣчаются съ положеніями, унаслѣдованными отъ историческаго прошлаго, первоначальное значеніе которыхъ исчезло изъ народнаго правосознанія. Всякая попытка къ допущенію исковъ на основаніи неформальнаго договора купли-продажи должна была наткнуться на возраженія противъ дѣйствительности подобныхъ шаткихъ, лишенныхъ формы соглашеній. Компромиссы съ подобными возраженіями возможны лишь на почвѣ того требованія, чтобы по крайней мѣрѣ предметъ купли-продажи, и цѣна были точно опредѣлены. Какъ бы то ни было, важно лишь сознаніе, что указанныя рѣшенія римскихъ юристовъ не основаны на сущности купли-продажи, а обусловлены историческими случайностями, и что они потеряли всякое практическое значеніе вслѣдствіе того, что теперь всѣ договоры вообще снабжены исковой защитой.

[22]) Ср. выше § 15. Относительно опредѣленія цѣны третьимъ лицомъ см. тамъ же прим. 6, а о правѣ одного изъ контрагентовъ опредѣлить цѣну—прим. 7.

[23]) l. 36, l. 38. D. de contr. empt. 18. 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est.

мости вещи—justum. Сплошь и рядомъ продаютъ дороже, а покупаютъ дешевле. Участникамъ въ договорѣ должна быть предоставлена полная свобода [24]) [25]).

§ 95. **Отдѣльные виды купли-продажи. Добавочныя соглашенія.**

1. Слѣдуетъ различать продажу на наличныя деньги, въ кредитъ и съ платежомъ впередъ.

При *продажѣ на наличныя* деньги товаръ и деньги передаются непосредственно другъ за другомъ; таково общее правило. При продажѣ въ *кредитъ* продавецъ оказываетъ покупателю довѣріе, такъ что товаръ выдается до полученія денегъ. Наконецъ, при продажѣ *съ платежомъ впередъ* платежъ денегъ, наоборотъ, происходитъ прежде полученія товара.

Особой формой продажи въ кредитъ является *продажа въ разсрочку*, т. е. продажа движимыхъ вещей, при которой *товаръ передается тотчасъ же по заключеніи сдѣлки, а платежъ денегъ производится по частямъ*. Подобныя сдѣлки являются весьма распространенными въ современномъ оборотѣ и служатъ для облегченія покупки движимостей неимущими классами населенія; но онѣ легко ведутъ къ эксплуатаціи покупателей. Въ Германіи противъ этого направленъ имперскій законъ 16 мая 1894 г. [1]).

2. *Продажей на срокъ* называется тотъ случай, когда товаръ долженъ быть доставленъ черезъ извѣстный промежутокъ времени или въ назначенный срокъ. Такая продажа можетъ быть произведена на наличныя деньги или въ кредитъ. Если же время доставки товара не опредѣлено, то сдѣлка называется несрочной.

3. Въ современномъ оборотѣ допускается и *купля-продажа на разстояніи* (Distanceverkauf) [2]). Обыкновенно, эта сдѣлка предполагается, когда иногородній покупатель дѣлаетъ заказъ какой-либо торговой фирмѣ.

---

[24]) l. 22, § 3. D. locati. 19. 2. Paulus libro 34 ad edictum: Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est. Объ ограниченіи этого правила въ случаѣ laesio enormis см. ниже § 102.

[25]) Согласно Reichspolizeiordnung отъ 1548 и 1571 г., Tit. 19, продажа хлѣба на корню допускалась лишь по рыночной цѣнѣ, какая установилась во время заключенія сдѣлки или черезъ двѣ недѣли послѣ жатвы.

[1]) Ср. ниже § 95, прим. 22.

[2]) H. G. B., Art. 342 и 344. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 58.

Въ данномъ случаѣ слѣдуетъ различать мѣсто исполненія сдѣлки отъ мѣста назначенія товара. Мѣсто исполненія обыкновенно совпадаетъ съ мѣстопребываніемъ продавца, т. е. съ тѣмъ мѣстомъ, гдѣ находится его торговый домъ, или его мѣстожительство, или же, наконецъ, съ мѣстомъ нахожденія товара. Но продавецъ при такого рода сдѣлкѣ обязанъ доставить товаръ *за счетъ и страхъ покупателя* въ мѣсто назначенія, напр., въ мѣстожительство контрагента.

Совсѣмъ иное—*простая посылка* въ опредѣленное мѣсто [3]). Подобная сдѣлка всегда встрѣчается въ тѣхъ случаяхъ, когда товаръ посылается покупателю, все равно, назначено ли мѣстомъ исполненія его мѣстожительство, или же мѣстожительство продавца.

4. Слѣдующія сдѣлки, хотя и сходны по названію, тѣмъ не менѣе по существу во многомъ отличаются другъ отъ друга.

а) Продажа съ представленіемъ *пробы* или съ предварительнымъ осмотромъ товара (Kauf auf Probe) находится въ зависимости отъ того, понравится ли товаръ покупателю или нѣтъ [4]). Это условіе можетъ быть и суспензивнымъ, и резолютивнымъ [5]), но въ сомнительныхъ случаяхъ оно считается суспензивнымъ [6]). Рѣшеніе покупателя обыкновенно ничѣмъ не связано и зависитъ отъ его собственнаго усмотрѣнія [7]); впрочемъ, возможно и такое условіе, чтобы это рѣшеніе совпадало съ заключеніемъ свѣдущаго лица [8]); тогда оно въ случаѣ спора можетъ подлежать обсужденію суда. Путемъ со-

---

[3]) О такихъ доставкахъ трактуетъ H. G. B., Art 347 слѣд.

[4]) Ср. выше вып. I, § 108. Тамъ въ прим. 1 приведена главнѣйшая литература о продажѣ на пробу.

[5]) § 4. I. de empt. vend. 3. 23, приведенный выше вып. I, § 108, прим. 3; l. 20, § 1. D. de praescript. verbis. 19. 5; l. 6. D. de resc. vend. 18. 5.

[6]) H. G. B., Art. 339, Abs. 1 устанавливаетъ это правило для торговыхъ сдѣлокъ, но оно примѣняется и при такихъ продажахъ, которыя не являются торговыми сдѣлками. Этотъ принципъ коренится не въ особенностяхъ торговаго оборота, а въ характерѣ обще-гражданскаго оборота. См. также гражд. улож. для герман. имперіи § 495, Abs. 2.

[7]) Иного взглядя держится Unger въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 3, стр. 407, но безъ всякаго основанія; см. также Unger въ Jherings Jahrb., т. 25, статья 6. Ср. Fitting въ Archiv für civ. Praxis, т. 46, стр. 254; H. G. B., Art. 339; гражд. улож. для герман. имперіи § 495, Abs. 1.

[8]) Подобную роль въ римской виноторговлѣ играла clausula „degustatio“, путемъ которой опредѣлялась доброкачественность вина. Cato: De re rustica, cap. 148; l. 1, pr., l. 4, pr., § 1, l. 16. D. de per. et comm. 18. 6; l. 34, § 5. D. de contr. empt. 18. 1. Ср. Goldschmidts Zeitschrift, т. 1, стр. 73; Windscheid, т. 2, § 387, прим. 6 и приведенныхъ тамъ авторовъ.

глашенія или на основаніи мѣстнаго обычая можетъ быть установленъ срокъ, въ который покупатель долженъ объявить свое рѣшеніе; если же о срокѣ нѣтъ никакихъ постановленій, то покупатель обязанъ рѣшить по истеченіи необходимаго для осмотра товара времени [9]). Молчаніе покупателя по истеченіи срока принимается за согласіе, если товаръ уже былъ переданъ покупателю; оно считается отказомъ отъ сдѣлки, если передача товара еще не состоялась [10]) [11]).

b) Продажа *по образцамъ* (Kauf nach Probe) [12]) не соединена ни съ какимъ условіемъ. Продавецъ здѣсь обязуется представить товаръ одинаковаго съ образцами свойства. Покупатель, оспаривающій качество товара, долженъ представить указанные въ договорѣ образцы. Если же онъ по собственной винѣ не можетъ этого сдѣлать, то отъ него требуются иныя доказательства того, что товаръ не соотвѣтствуетъ образцамъ [13]).

c) При продажѣ *для пробы* (Kauf zur Probe) имѣется въ виду, что покупатель сдѣлаетъ новый заказъ, если товаръ ему понравится. Эта цѣль продажи не имѣетъ юридическаго значенія [14]).

---

[9]) H. G. B., Art. 339, Abs. 3. Въ силу соображеній, приведенныхъ въ прим. 6, это правило распространяется на куплю-продажу безъ торговаго характера.

[10]) H. G. B., Art. 339, Abs. 2, 3 и 4. И здѣсь указанныя нормы распространяются и на неторговыя сдѣлки. Господствующая среди романистовъ теорія установила при резолютивномъ условіи для пробы товара срокъ въ 60 дней. Эта теорія опирается на l. 31, §§ 22 слѣд. D. de aedilicio edicto. 21. 1. Windscheid, т. 2, § 387, прим. 7, относитъ это опредѣленіе къ тому лишь случаю, когда стороны установили право отказа отъ сдѣлки согласно съ принципами эдильскаго эдикта, что по его мнѣнію видно изъ выраженія „redhibeatur“. Съ этимъ можно согласиться.

[11]) Что касается риска случайнаго истребленія вещи, то при суспензивномъ условіи онъ, конечно, падаетъ на продавца, такъ какъ заключенная подъ условіемъ сдѣлка не можетъ уже быть осуществлена послѣ уничтоженія вещи; то же самое соблюдается и при случайной порчѣ вещи, такъ какъ покупатель несмотря на нее въ правѣ отказаться отъ сдѣлки. Въ то время пока условіе не исполнилось, покупатель отвѣчаетъ за всякую неисправность. Весьма споренъ вопросъ о рискѣ, когда условіе является резолютивнымъ. Наиболѣе правильнымъ намъ кажется, что резолютивное условіе вообще не можетъ осуществляться, если вещь уже не существуетъ. Это вытекаетъ изъ общихъ положеній объ условіяхъ. Впрочемъ, Windscheid, т. 2, § 387, прим. 10 держится иного мнѣнія.

[12]) H. G. B., Art. 340; Cropp: въ Heise und Cropp: Abhandlungen, т. 1, статья 13; гражд. улож. для герман. имперіи § 494.

[13]) R. O. H. G. E., т. 12, стр. 118, т. 20. стр. 62.

[14]) H. G. B., Art. 341. Была ли совершена продажа „на пробу“ или „для пробы“—это вопросъ толкованія, который не можетъ быть разрѣшенъ на основаніи однихъ только словъ, употребленныхъ контрагентами. R. O. H. G. E., т. 2, стр. 186.

5. Нижеслѣдующія добавочныя соглашенія порождаютъ между контрагентами *личныя обязательства.*

a) Условіе относительно *обратной покупки* вещи продавцомъ у покупателя или обратной продажи вещи покупателемъ продавцу [15]). Въ сомнительныхъ случаяхъ обратная продажа заключается на тѣхъ же условіяхъ, какъ и первая.

b) Условіе относительно права преимущественной покупки, въ силу котораго продавецъ можетъ требовать, чтобы покупатель, если самъ будетъ продавать вещь, продалъ ее ему на такихъ же условіяхъ, на какихъ онъ продалъ бы ее всякому третьему лицу [16]).

6. Вещный характеръ имѣютъ слѣдующія добавочныя условія:

a) Lex commissoria даетъ продавцу право отказаться отъ сдѣлки, *если цѣна не будетъ уплочена полностью и своевременно* [17]). Заключающееся въ этомъ условіе въ сомнительныхъ случаяхъ считается резолютивнымъ [18]). Продавецъ можетъ выбрать одно изъ двухъ: или требовать исполненія договора, или отказаться отъ сдѣлки. Разъ выборъ сдѣланъ, онъ считается уже окончательнымъ. Такимъ образомъ требованіе уплаты является вмѣстѣ съ тѣмъ отказомъ отъ права расторженія сдѣлки [19]).

Въ случаѣ расторженія купли-продажи право собственности на вещь возвращается продавцу, но безъ тѣхъ ограниченій, кото-

---

[15]) l. 12. D. de praescriptis verbis. 19. 5; l. 2. C. de pactis inter empt. et vend. 4. 54; l. 7. C. eod. W. Schütze: Über die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältniss des pactum de retrovendendo, des pactum de retroemendo und des pactum displicentiae beim Kauf, Rostocker Diss. 1899. Условіе объ обратной покупкѣ заключается по большей части на томъ основаніи, что продавецъ, находясь въ стѣсненномъ положеніи, желаетъ добыть денегъ продажей, въ надеждѣ пріобрѣсти впослѣдствіи средства для выкупа проданной вещи. Продающій вещь обратно можетъ требовать вознагражденія за impensae necessariae, но не за impensae utiles. Ср. l. 25. D. de pign. act. 13. 7. „nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad reciperandum", ср. Petrażycki: Einkommen, т. 1. стр. 311, 318 слѣд.; гражд. улож. для герман. имперіи §§ 497—503.

[16]) Это право не слѣдуетъ смѣшивать съ правомъ выкупа въ германскомъ и русскомъ правѣ, имѣющимъ чисто вещный характеръ. Jäger: Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht, 1893. Гражд. улож. для герман. имперіи §§ 504—514.

[17]) Tit. Dig. de lege commissoria. 18. 3. Burckhard въ Archiv für civ. Praxis, т. 51, статьи 12 и 17.

[18]) Выше вып. I, § 112. Продавецъ имѣетъ право расторгнуть сдѣлку, при чемъ не требуется ни предварительнаго предупрежденія, l. 4, § 4. D. h. t. 18. 3, ни даже вины покупателя. Но продавецъ не можетъ расторгнуть сдѣлку, если онъ самъ является причиной того, что деньги не были уплочены, l. 4, § 4; l. 8. D. h. t. 18. 3. Ср. l. 51, § 1. D. de a. e. v. 19. 1; l. 8. D. h. t. 18. 3.

[19]) l. 7. D. h. t. 18. 3.

рыя успѣлъ установить на нее покупатель. Продавецъ можетъ требовать плоды [20]) за промежуточное время, а также вознагражденіе за причиненные по винѣ покупателя убытки. Покупатель же имѣетъ право удержанія вещи—jus retentionis—до возмѣщенія произведенныхъ имъ необходимыхъ издержекъ [21]); но задатка или внесенныхъ имъ впередъ въ счетъ платы денегъ онъ не получаетъ обратно [22]) [23]). Въ размѣрѣ этихъ послѣднихъ убытковъ онъ однако сохраняетъ плоды вещи за промежуточное время.

b) *Addictio in diem* даетъ продавцу право отказаться отъ сдѣлки, если кто-либо въ теченіе извѣстнаго времени предложитъ ему болѣе выгодныя условія [24]). Но покупатель имѣетъ право преимущественной покупки и можетъ самъ согласиться на эти новыя условія [25]).

---

[20]) l. 4. pr. D. h. t. 18. 3; l. 5. D. eod.

[21]) См. l. 16. D. de in diem addictione. 18. 2; ср. выше прим. 15.

[22]) Споренъ вопросъ, пропадаютъ ли для покупателя деньги, внесенныя въ счетъ платы. Утвердительное рѣшеніе является черезъ чуръ суровымъ для покупателя; но римляне тѣмъ не менѣе держались такого взгляда. Это видно изъ l. 6, pr. D. de leg. commissoria. 18. 3. Scaevola libro 2 responsorum. . . . . et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum. Если бы продавецъ для того, чтобы воспользоваться уговоромъ, долженъ былъ возвратить деньги, внесенныя ему впередъ какъ часть платы, то это „responsum“ Сцеволы, т. е. юриста, который обыкновенно строго взвѣшиваетъ свои слова, было бы явною безсмыслицей. Въ такомъ же направленіи высказывается въ l. 4, § 1. D. h. t. 18. 3 Ульпіанъ: Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit. Windscheid, т. 2, § 323, прим. 12 полагаетъ, что это мѣсто имѣетъ въ виду особое соглашеніе по поводу возможной потери внесенной части покупной платы; также Burckhard, loc. cit., стр. 289; съ ними соглашается и Seuffert: Archiv, т. 49, казусъ 11. Но нельзя сказать, чтобы подобное толкованіе было естественнымъ и безъ всякой натяжки. Ср. Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 188, прим. 1.

[23]) Если при продажѣ въ разсрочку продавецъ выговорилъ себѣ право, въ случаѣ неисполненія покупателемъ возложенныхъ на него обязательствъ, отказаться отъ сдѣлки, то при ея расторженіи, согласно предписанію имперскаго закона отъ 16 мая 1894 г., каждая сторона обязана возвратить все, что она получила отъ своего контрагента. Издержки и порча вещи, за которыя отвѣчаетъ покупатель, должны быть возмѣщены продавцу. Точно также покупатель вознаграждаетъ продавца за пользованіе вещью, при чемъ принимается въ разсчетъ и уменьшеніе ея цѣнности вслѣдствіе такого пользованія. Этотъ законъ не примѣняется, если покупатель какъ купецъ занесенъ въ торговые реэстры.

[24]) Tit. Dig. de in diem addictione. 18. 2. Paul Gerber: L. 41, pr. de R. V., Göttinger Inaug-Dissert., 1893. Подобныя сдѣлки въ современномъ оборотѣ встрѣчаются рѣдко. Гражд. улож. для герман. имперіи о нихъ не упоминаетъ.

[25]) l. 7, l. 8. D. h. t. 18. 2.

§ 96. Совершеніе купли-продажи. Переходъ риска [1]).

Съ момента совершенія купли-продажи рискъ *случайнаго истребленія* или *порчи товара переходитъ на покупателя*—periculum est emptoris [2]).

---

[1]) Tit. Dig. de periculo et commodo. 18. 6; Cod. 4. 48. Hofmann: Ueber das Periculum beim Kauf, 1870; Puntschart: Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, стр. 1 слѣд. и приведенные тамъ авторы. Затѣмъ Eck въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 33, стр. 141. Eck въ Holtzendorfs Rechtslexikon, слово „Kauf"; W. von Praun: Zur Lehre von der Gefahr beim Kauf. Erlanger Inaug-Dissert., 1891. Petražycki: Einkommen, т. 2, стр. 42.

[2]) У римскихъ юристовъ чрезвычайно часто встрѣчается правило: „periculum est emptoris", вѣроятно потому, что еще въ Римѣ указывалось на неудобства этого принципа. Главнымъ источникомъ служитъ § 3. I. de empt. et. vend. 3. 23: Cum autem emptio et venditio contracta sit. . . . . periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel ex aliqua parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Ср. затѣмъ l. 5, § 2. D. de resc. vend. 18. 5; l. 11, § 12. D. quod vi. 43. 24; l. 14, pr. D. de furtis. 47. 2; l. 1, l. 4, l. 6. C. h. t. 4. 48. Cujacius: ad Africanum къ l. 33. D. locati, сначала отвергалъ это правило, но позже снова возвратился къ нему, recit. ad Cod. 4. 48. Недавно его оспаривалъ Puntschart, loc. cit., главнымъ образомъ, стр. 215 слѣд. Тѣмъ не менѣе оно въ римскомъ правѣ существовало несомнѣнно, хотя нѣкоторыя мѣста источниковъ допускаютъ возраженія. Къ такимъ относится прежде всего l. 13. D. h. t. 18. 6. Paulus libro 3 Alfeni epitomarum: Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur emptoris periculum esse placet; затѣмъ l. 15, pr. D. eod. Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. Справедливо ли эдилъ распорядился объ истребленіи купленныхъ вещей или нѣтъ—это вопросъ открытый, ср. l. 14. D. eod. Но не въ томъ дѣло. Продавецъ во всякомъ случаѣ поступаетъ вопреки лежащей на немъ обязанности къ custodia, оставляя проданныя имъ кровати на улицѣ; поэтому рискъ и падаетъ на него. Не столь ясна l. 15, § 1. D. eod: Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. Алфенъ хочетъ этими словами выразить лишь ту мысль, что до момента передачи вещи на продавца возлагается custodia; поэтому на него падаетъ отвѣтственность за кражу вещи, разъ онъ не въ состояніи доказать, что съ его стороны не было допущено никакой неисправности. Что юристъ въ общемъ признаетъ правило „periculum est emptoris", ясно видно изъ его заключительныхъ словъ l. 12. D. h. t. 18. 6. Еще труднѣе объяснить l. 33. D. locati. 19. 2. Africanus libro 8 quaestionum: si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas. Но и Африканъ въ общемъ полагалъ, что рискъ переходитъ на покупателя; это видно изъ l. 39. D. de solutionibus. 46. 3, заимствованной изъ той же книги responsorum, „et nummi emptoris periculo sint... et nihilo minus merx quoque, quia emptio perfecta sit". Ключъ къ мнѣнію Африкана, выраженнаго въ l. 33. cit., лежитъ

Это значитъ: покупатель обязанъ уплатить деньги, несмотря на то, что товаръ, вслѣдствіе несчастнаго случая, не могъ быть вовсе ему переданъ или былъ ему переданъ, но въ испорченномъ видѣ [3] [4] [5].

повидимому въ чрезвычайности такого факта какъ „захватъ земли государствомъ“; ср. Hartmann въ Jerings Jahrb., т. 22, стр. 417. Въ случаѣ vis major Африканъ очевидно не признавалъ правила: „periculum est emptoris“; см. выше § 39, прим. 6; ср. также приведенныя ниже—§ 99, прим. 15—слова Павла, l. 11, pr. D. de evict. 21. 2.

[3]) Объ основаніяхъ, которыя привели къ установленію правила „periculum est emptoris“, см. выше § 20. Оно развилось *исторически* изъ первоначальнаго строя синаллагматическихъ договоровъ. Разъ проникнувъ въ гражданскій оборотъ, оно въ немъ удержалось. Правда, въ договорѣ найма существовалъ иной порядокъ, но это не имѣло никакого вліянія на куплю-продажу. Среди различныхъ толкованій этого правила представляютъ интересъ слѣдующія: a) Windscheid объясняетъ этотъ принципъ тѣмъ, что характерной чертой купли-продажи является отчужденіе вещи, благодаря чему предметъ сдѣлки считается исключеннымъ изъ имущественной сферы продавца и перешедшимъ въ имущественную сферу покупателя. Съ этимъ взглядомъ нельзя согласиться: см. доводы, высказанные нами выше § 94, прим. 6. b) Jhering въ своихъ Jahrb., т. 3, стр. 464 усматриваетъ *вину покупателя* въ томъ, что „не тотчасъ по заключеніи сдѣлки послѣдовало ея исполненіе“: „поэтому рискъ долженъ перейти на него, пока mora creditoris не перенесетъ этотъ рискъ на продавца“. Но подобная вина покупателя является произвольной фикціей. Римскіе юристы нигдѣ не указываютъ на то, чтобы подобное предположеніе было основаніемъ правила „periculum est emptoris“. И какъ рѣшить дѣло, если въ самомъ договорѣ купли-продажи—можетъ быть даже въ интересахъ самого продавца—установлено, чтобы товаръ былъ доставленъ послѣ? Какъ же тутъ примѣнить фикцію о винѣ покупателя въ томъ, что не послѣдовало немедленнаго исполненія, когда онъ даже не имѣлъ права его требовать? Въ пользу правила „periculum est emptoris“ говоритъ и то соображеніе, что продавецъ, съ того момента, какъ обязался доставить вещь покупателю, лишается возможности продать ее третьему лицу и тѣмъ отвратить отъ себя рискъ ея уничтоженія и порчи. Въ этомъ Hartmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 386 видитъ даже *главнѣйшее* основаніе упомянутаго правила. Но такое объясненіе преувеличено и неточно; при продажѣ съ суспензивнымъ условіемъ продавецъ находится въ такомъ же положеніи и даже на болѣе продолжительное время, чѣмъ при простой продажѣ, и тѣмъ не менѣе рискъ здѣсь лежитъ на немъ.

[4]) Гражд. улож. для герман. имперіи не признаетъ правила „periculum est emptoris“. § 446 опредѣляетъ: Съ *передачей* проданной вещи рискъ ея гибели или случайнаго ухудшенія переходитъ на покупателя. Со времени передачи покупателю принадлежатъ всѣ выгоды отъ вещи, и ложатся на него ея обремененія. Если покупщикъ земельнаго участка заносится въ вотчинную книгу какъ собственникъ до передачи его, то указанныя послѣдствія наступаютъ со времени записи. Ср. еще § 447 о переходѣ риска при продажѣ товара съ обязательствомъ доставить его въ опредѣленное мѣсто.

[5]) Крайне спорнымъ является тотъ случай, когда продавецъ одну и ту же вещь продалъ различнымъ лицамъ порознь, и вещь эта до момента передачи случайно была истреблена или попортилась. Ср. Jhering въ его Jahrb., т. 3, статья 7; Martinius: Der mehrfache Verkauf derselben Sache, 1873; Oesterlein: Der mehrfache Verkauf, 1883; Windscheid, т. 2, § 390, прим. 17. По правильному мнѣнію, необходимо различать слѣдующіе случаи: a) Обѣ продажи произошли bona fide, напр., собственникъ и его повѣренный продали одну и ту же вещь—можетъ быть, даже

Для «perfectio» купли-продажи требуется *заключеніе договора*. Но *не всегда этого достаточно* [6]):

a) Купля-продажа, заключенная подъ суспензивнымъ условіемъ, считается состоявшейся лишь послѣ наступленія этого условія. Необходимо, чтобы проданная вещь еще существовала въ моментъ исполненія условія. Поэтому за все время, пока условіе не наступило, рискъ уничтоженія вещи падаетъ на продавца, а порчи—на покупателя [7]).

b) Купля-продажа не окончательна, если покупная плата за извѣстную массу вещей еще должна опредѣлиться согласно съ ихъ мѣрой, вѣсомъ или числомъ, такъ наз. emptio ad mensuram; пока измѣреніе не произведено, общая стоимость этихъ вещей еще не считается установленной. Подобныя сдѣлки разсматриваются какъ условныя. Поэтому на продавцѣ лежитъ рискъ уничтоженія товара, а на покупателѣ—рискъ его порчи [8]).

c) Наконецъ, купля-продажа не считается окончательной, если продано извѣстное количество единицъ изъ опредѣленной массы вещей, но ихъ отдѣленія изъ этой массы еще не послѣдовало [9]). Только путемъ такого отдѣленія точно устанавливается предметъ продажи. До тѣхъ поръ продавецъ несетъ рискъ уничтоженія и порчи товара.

Если продана цѣлая масса вещей гуртомъ — per aversionem, то рискъ переходитъ на покупателя тотчасъ по заключеніи сдѣлки. При продажѣ родовыхъ вещей продавецъ несетъ рискъ вплоть до исполненія обязательства, т. е., по общему правилу, до доставки

въ одно время,—не зная одинъ о дѣйствіи другого. Въ такомъ случаѣ безъ сомнѣнія продавцу должно быть предоставлено право требовать уплаты покупной цѣны отъ обоихъ покупателей. b) Вторая продажа произведена съ злымъ умысломъ: тогда въ ней заключается по римскимъ понятіямъ обманъ — „falsum“— l. 21. D. de falsis. 48. 10: вторая продажа является со стороны продавца сдѣлкой contra bonos mores, и онъ не можетъ извлекать изъ нея для себя какую-либо выгоду.

[6]) О значеніи слова „perfectio“ см. Puntschart, loc. cit., стр. 41.

[7]) l. 8, pr., l. 10. D. h. t. 18. 6; l. 10, § 5. D. de jure dotium. 23. 3.

[8]) l. 35, § 5. D. de contr. empt. 18. 1. Gajus libro 10 ad edictum provinciale.... Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris; l. 35, § 6. D. eod.

[9]) l. 2. C. de per. et comm. 4. 48. Alexander. Cum convenit, ut singulae

товара покупателю или до тѣхъ поръ, пока послѣдній не допуститъ просрочки. При продажѣ на разстояніе достаточно посылки товара или передачи его экспедитору для пересылки [10]).

§ 97. Обязанности покупателя.

Продавецъ путемъ actio venditi можетъ потребовать отъ покупателя:

1. Платежа [1]), т. е. передачи въ собственность [2]) условленной цѣны. Покупателю можетъ быть дозволено или даже вмѣнено въ обязанность удовлетвореніе продавца и другими цѣнностями, напр., векселями, акціями или чрезъ принятіе на себя залога [3]).

---

amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposui, non fuit. Mommsen: Beiträge, т. 1, стр. 342, разсматривая и этотъ видъ продажи какъ сдѣлку подъ условіемъ, переноситъ рискъ за порчу товара на покупателя; противъ этого взгляда ср. Windscheid, т. 2, § 390, прим. 9, и приведенныхъ тамъ авторовъ.

[10]) Относительно литературы см. Puntschart, loc. cit., стр. 264. Господствующей слѣдуетъ считать теорію „выдѣленія“ Thöl'я: Handelsrecht, 5 изд., §§ 262 слѣд. Согласно этой теоріи, при продажѣ родовыхъ вещей рискъ переходитъ на покупателя послѣ *выдѣленія* продавцомъ индивидуально опредѣлимой вещи и послѣ *сообщенія* объ этомъ фактѣ покупателю. Здѣсь требуется актъ *изъявленія воли* со стороны продавца и *воспріятія свѣдѣнія* со стороны покупателя. Thöl такимъ образомъ пытается распространить опредѣленія римскаго права о переходѣ риска при продажѣ извѣстнаго количества предметовъ изъ общей массы и на продажу родовыхъ вещей въ собственномъ смыслѣ; ср. выше прим. 9. Но это несправедливо ни по отношенію къ римскому праву, ни съ точки зрѣнія современной практики. См. Jhering въ его Jahrb., т. 4, статья 5. Объ основанныхъ на теоріи Thöl'я рѣшеніяхъ коммерческихъ судовъ въ R. O. H. G. E. т. 22, стр. 285 и т. 23, стр. 145, ср. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 138, прим. 7. Гораздо правильнѣе теорія Jhering'a, loc. cit., въ силу которой рискъ здѣсь переходитъ на покупателя съ момента доставленія товара. Самъ Jhering называетъ свою теорію—*теоріей доставленія* (Lieferungstheorie). Точнѣе слѣдовало бы ее назвать *теоріей исполненія* (Erfüllungstheorie). Дѣйствительно, при продажѣ родовыхъ вещей рискъ переходитъ на покупателя—за исключеніемъ случая просрочки—съ момента исполненія. При продажѣ на разстояніе—см. выше § 95, 3—исполненіе считается состоявшимся съ момента передачи товара экспедитору для покупателя. Въ подобныхъ случаяхъ съ этимъ моментомъ и связанъ переходъ риска. Въ томъ, чтобы товаръ былъ „выдѣленъ“, иногда нѣтъ никакой надобности, а въ иныхъ случаяхъ этого наоборотъ недостаточно. Ср. Karlowa въ Grünhuts Zeitschrift, т. 16, стр. 442.

[1]) l. 13, § 20. D. de a. e. v. 19. 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Veniunt autem in hoc judicium infra scripta. in primis pretium, quanti res venit item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.

[2]) l. 11, § 2 in fine. D. de a. e. v. 19. 1; l. 1, pr. D. de permutatione. 19. 4.

[3]) Если такое принятіе залога, представленнаго „in partem pretii“, окажется

Кромѣ взноса денегъ на покупателя могутъ быть возложены и другія обязательства, напр., оставить въ силѣ наемъ проданной вещи [4]).

2. Съ *момента передачи* товара на тѣ деньги, которыя еще не уплочены, растутъ проценты [5]), если не состоялось противоположнаго соглашенія. При продажѣ въ кредитъ такое соглашеніе подразумѣвается, такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ проценты за промежуточное время до взноса денегъ обыкновенно включаются заранѣе въ самую цѣну [6]) [7]).

3. *Издержки*, произведенныя продавцомъ послѣ заключенія сдѣлки, должны быть ему возмѣщены съ процентами, если только онѣ были необходимы — impensae necessariae. Издержки на улучшеніе вещи—impensae utiles—возмѣщаются лишь въ томъ случаѣ, если онѣ сдѣланы съ согласія покупателя [8]) или соотвѣтствовали предполагаемому его желанію [9]).

4. Покупатель съ одной стороны имѣетъ право требовать передачи товара, но съ другой на него возлагается и обязанность принять его. Если же онъ этого не дѣлаетъ, то на него падаютъ всѣ необходимыя издержки, произведенныя продавцомъ для того, чтобы освободиться отъ товара. Исключеніе допускается въ томъ слу-

---

невыполнимымъ, напр., потому, что долгъ, обезпеченный этимъ залогомъ, уже погашенъ, то платежъ соотвѣтственной части цѣны долженъ быть произведенъ деньгами.

[4]) l. 13, § 30. D. de a. e. v. 19. 1. Различные виды подобныхъ добавочныхъ дѣйствій, упоминаемые въ источникахъ, собраны у Unterholzner'a, т. 2, стр. 296, прим. g. Конечно, сдѣлка признается куплей-продажей лишь въ томъ случаѣ, если ея главною цѣлью является обмѣнъ товара на деньги. При этомъ надо обращать вниманіе на обстоятельства дѣла; между прочимъ много зависитъ и отъ отношенія стоимости вещи къ покупной платѣ, но нельзя сказать, чтобы оно имѣло рѣшающее значеніе.

[5]) l. 13, § 20. D. de a. e. v. 19. 1 (приведена въ прим. 1); l. 18, § 1. D. de usuris. 22. 1; l. 2. C. de usuris. 4. 32; l. 5. C. de act. empti. 4. 49. Ср., впрочемъ, также Fragm. Vatic., § 2.

[6]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 452. Послѣдующая отсрочка платежа не влечетъ за собой такихъ послѣдствій.

[7]) l. 13, § 22. D. de a. e. v. 19. 1. Petrażycki: Einkommen, т. 1, стр. 312.

[8]) Эти издержки должны быть возмѣщены покупателемъ даже въ томъ случаѣ, если проданная вещь вслѣдствіе несчастной случайности погибла до передачи покупателю.

[9]) Споренъ вопросъ, обязанъ ли покупатель безусловно принять товаръ или лишь при наличности извѣстныхъ условій. Ср. Barkhausen въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 30, стр. 30. Въ l. 9. D. de a. e. v. 19. 1. Pomponius libro 20 ad Sabinum рѣшаетъ особый случай: Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat. Но изъ этого еще нельзя вы-

чаѣ; если во время заключенія сдѣлки нельзя было предвидѣть для продавца особаго интереса въ томъ, чтобы сбыть товаръ поскорѣе [10]).

5. Покупатель отвѣчаетъ за всякую свою вину [11]); при пересылкѣ на разстояніе онъ обязанъ заботливо оберегать товаръ даже въ томъ случаѣ, если ему принадлежитъ право отказаться отъ принятія купленной вещи вслѣдствіе ея существенныхъ недостатковъ или по инымъ соображеніямъ.

Противъ требованій продавца покупатель можетъ возразить, что договоръ или вовсе не исполненъ, или исполненъ не надлежащимъ образомъ [12]). Сверхъ того онъ имѣетъ т. н. exceptio evictionis imminentis, если договоръ хотя и исполненъ продавцомъ, но покупателю *угрожаетъ эвикція*. Послѣдняя можетъ касаться лишь части товара — тогда покупатель въ правѣ удержать плату въ соотвѣтствующемъ размѣрѣ. Эта exceptio можетъ быть устранена продавцомъ чрезъ представленіе обезпеченія—cautio [13]).

§ 98. Обязанности продавца. Общія понятія.

Покупатель путемъ actio ex empto можетъ требовать отъ продавца:

1. *Передачи проданной вещи* и всего, что къ ней принадлежало во время заключенія сдѣлки [1]). Прибыль, которую принесла

вести безусловность упомянутой обязанности. Гражд. улож. для герман. имперіи § 433, Abs. 2, даетъ общее опредѣленіе: покупатель обязанъ ..... взять у продавца купленную вещь. Ср. также Kohler въ Arch. f. bürg. R. т. 13, стр. 174.

[10]) Покупатель отвѣчаетъ, главнымъ образомъ, за убытки, причиненные по его винѣ продавцу во время пріема товара.

[11]) H. G. B., Art. 348; ср. R. O. H. G. E., т. 20, стр. 202.

[12]) См. выше § 21.

[13]) Согласно одному „responsum“ Папиніана—Fragm. Vat., § 12—покупатель, противъ котораго предъявленъ искъ о собственности, можетъ въ продолженіе процесса удерживать плату даже въ томъ случаѣ, если ему предлагаютъ поручителей за эвикцію. Благодаря скорому судопроизводству классическаго періода, обезпечивавшему быстрое окончаніе процесса, такое правило было не очень обременительно; но съ измѣненіемъ судопроизводства оно не могло удержаться. Поэтому Діоклетіанъ въ l. 24. C. de evictionibus. 8. 44 даетъ продавцу право требовать во время процесса взноса платы, если онъ можетъ представить *поручительство*; съ другой же стороны дозволяется покупателю удерживать плату даже въ томъ случаѣ, если эвикція ему только угрожаетъ. Изъ этого видно, что „responsum„ Папиніана могло попасть въ пандекты Юстиніана — l. 19, § 1. D. de per. et comm. 18. 6—не иначе, какъ съ помощью интерполяціи. Ср. Puggè въ Rhein. Museum für Jurisprudenz, т. 3, стр. 438. Иного взгляда держится Bekker въ Bekkers und Muthers Jahrb., т. 6, стр. 323.

[1]) l. 13, § 31, l. 18. D. de a. e. v. 19. 1 см. выше вып. I, § 77. Такъ наз. „придача“ разсматривается также какъ часть проданной вещи, l. 31, § 25. D.

проданная вещь послѣ заключенія договора, принадлежитъ также покупателю, такъ какъ на него переходитъ и весь рискъ [2]). Покупателю должна быть передана вся прибыль, возникшая сама собой, напр., наносъ земли или слѣдуемая собственнику половина клада, найденнаго въ проданной вещи; ему предоставляется и правильный доходъ съ вещи, напр., арендная и наемная плата [3]). Барышъ, который продавецъ получилъ съ вещи благодаря личной предпріимчивости, вслѣдствіе счастливой случайности или даже незаконнымъ способомъ, не разсматривается какъ *доходъ съ вещи*, а считается *личнымъ* барышомъ, и поэтому не подлежитъ выдачѣ покупателю [4]) [5]).

---

de aedil. edicto. 21. 1. Ср. Bauer: Die Dareingabe beim Kauf, 1887. Это вытекаетъ изъ общихъ положеній. Напр., проданный домъ долженъ быть переданъ съ ключами, а согласно мѣстному обычаю и со ставнями. При продажѣ недвижимостей покупатель можетъ требовать отъ продавца содѣйствія въ занесеніи акта въ поземельную книгу. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 444.

[2]) Ср. выше § 23, прим. 9. Jhering: Abhandlungen, I, 1843; Mommsen: Erörterungen aus dem Obligationenrecht, книжка 1, 1859; § 3. I. de empt. et vend. 3. 23; l. 7, pr. D. de per. et comm. 18. 6.

[3]) Какъ относиться къ арендной и наемной платѣ—это издавна спорный вопросъ; ср. Mommsen, loc. cit., стр. 124. Обыкновенно различаютъ два случая. Если договоръ аренды или найма былъ заключенъ *еще до* продажи вещи, то покупатель не имѣетъ никакого права на арендную или наемную плату даже за время послѣ продажи. Напротивъ, если продавецъ вступилъ въ арендный или наемный договоръ *послѣ* продажи вещи, то арендная или наемная плата идетъ въ пользу покупателя, такъ какъ продавецъ въ данномъ случаѣ дѣйствовалъ какъ negotiorum gestor. Но эта точка зрѣнія нѣсколько искусственна; едва ли правильно и справедливо разсматривать продавца какъ negotiorum gestor'а покупателя. Надо помнить, что Ульпіанъ—libro 32 ad edictum l. 13, § 13. D. de a. e. v. 19.1—выражается довольно неопредѣленно: Item si quid ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur. Неужели покупатель корабля не имѣетъ никакого права на фрахтъ, если договоръ съ фрахтовщикомъ былъ заключенъ *до продажи*, нагрузка же и плаваніе произошли лишь послѣ продажи? Изъ словъ Ульпіана этого не видно. Правда, тотъ же юристъ въ томъ же мѣстѣ—l. 13, § 11. D. eod.—говоритъ: Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent qui locaverat: idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur. Но противорѣчіе исчезаетъ, если § 11 разсматривать въ связи съ предыдущимъ § 10. Въ послѣднемъ мѣстѣ покупателю, въ случаѣ продажи поля съ созрѣвшими плодами, присуждаются и эти плоды, если только они были *сняты* уже *послѣ* продажи. Въ противоположность этому Ульпіанъ въ § 11 утверждаетъ, что продавцу предоставляются тѣ проценты, срокъ уплаты которыхъ наступилъ еще до совершенія продажи. Довольно понятно, что юристъ въ данномъ случаѣ подъ „pensiones" разумѣлъ проценты, срокъ уплаты которыхъ уже истекъ. Весьма возможно, что неясность этого мѣста Ульпіана произошла лишь вслѣдствіе обычныхъ сокращеній, сдѣланныхъ въ текстахъ юристовъ-классиковъ компиляторами. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи § 101.

[4]) Такъ, напр., покупателю не выдается та половина клада, которая по закону принадлежитъ продавцу, *нашедшему* его въ проданной вещи; лицо, продавшее ружье, конечно, не обязано отдавать покупателю убитую изъ этого ружья

Мѣсто, гдѣ долженъ быть представленъ товаръ, опредѣляется на общихъ основаніяхъ. При торговыхъ сдѣлкахъ мѣсто исполненія будетъ тамъ, гдѣ продавецъ въ моментъ заключенія сдѣлки имѣетъ свое торговое заведеніе, а за отсутствіемъ послѣдняго, свое мѣстожительство [6]). *Индивидуально опредѣленная* вещь обыкновенно передается покупателю тамъ, гдѣ она находилась *въ моментъ заключенія* договора [7]).

2. *Всякая неисправность*, въ особенности при *заключеніи* сдѣлки [8]) и при *храненіи* проданной вещи, обязываетъ продавца къ возмѣщенію убытковъ [9]) [10]).

3. Наконецъ, онъ отвѣчаетъ за всѣ убытки, причиненные покупщику эвикціей проданной вещи, за *скрытые недостатки* вещи и вообще за отсутствіе въ ней тѣхъ свойствъ, которыя были указаны въ договорѣ. Эти обязанности продавца будутъ разсмотрѣны отдѣльно.

§ 99. Отвѣтственность продавца за эвикцію [1]).

Продавецъ исполнилъ свое обязательство передачей покупателю купленной вещи. Но вотъ, впослѣдствіи оказывается, что самъ продавецъ не обладалъ необходимымъ правомъ для того, чтобы передать покупателю прочное, юридическое господство надъ вещью: въ такомъ случаѣ для него возникаютъ новыя обязательства [2]) [3]).

дичь, ср. также l. 21. D. de her. vel act. vend. 18. 4. Ср. Petražycki: Einkommen, т. 1, § 6, т. 2, § 18.

[5]) По гражд. улож. для герман. имперіи § 446 покупателю принадлежатъ всѣ выгоды отъ проданной вещи съ момента ея передачи или, при продажѣ земельнаго участка, съ момента внесенія сдѣлки въ вотчинную книгу.

[6]) H. G. B., Art. 342, Abs. 2.

[7]) l. 3, § 4. D. de a. e. v. 19. 1; H. G. B., Art. 342, Abs. 2. Ср. выше § 32.

[8]) Ср. Franz Leonhard: Die Haftung des Verkäufers für Verschuldung, 1896.

[9]) l. 35, § 4. D. de contr. empt. 18. 1; l. 1, § 1. l. 2, § 1, l. 3. D. de per. et comm. 18. 6.

[10]) О покрытіи издержекъ, вызванныхъ совершеніемъ сдѣлки, см. гражд. улож. для герман. имперіи §§ 448, 449.

[1]) Tit. Dig. de evictionibus et duplae stipulatione. 21. 2; Cod. 8. 44; K. O. Müller: Die Lehre von der Evictionsleistung, т. 1, 1851 — сочиненіе не окончено. Bekker въ своихъ Jahrb. т. 6, статья 8. Kempin см. выше § 94, прим. 17; P. F. Girard: Etudes historiques sur la formation du système d'eviction, 1884.

[2]) Bekker, loc. cit., стр. 233 и 301 утверждаетъ, „что въ случаѣ эвикціи обязательство считается вовсе неисполненнымъ“, и эвикція уничтожаетъ даже внѣшнюю видимость исполненія“. Но едва ли подобное представленіе было свойственно римскимъ юристамъ; они сопоставляютъ рядомъ двѣ обязанности: „tradere“ и „ob evictionem se obligare“, ср. l. 1, pr. D. de perm. 19. 4. Наконецъ, воззрѣніе Bekker'a не соотвѣтствуетъ и потребностямъ практики; оно привело бы

Прежде всего это бываетъ въ случаѣ эвикціи. Такъ называется *отобраніе купленной вещи на основаніи рѣшенія суда, вошедшаго въ законную силу.* Этотъ случай стоялъ въ гражданскомъ оборотѣ на первомъ планѣ: съ нимъ, главнымъ образомъ, и считалась теорія римскаго права.

Въ Римѣ обыкновенно, по крайней мѣрѣ при продажѣ болѣе цѣнныхъ вещей, прибѣгали къ особымъ штрафнымъ *стипуляціямъ* о взносѣ въ случаѣ эвикціи *двойной* суммы *покупной платы.* Эти ступуляціи были такъ тѣсно связаны съ самой сдѣлкой купли-продажи, что покупатель, въ случаѣ отказа продавца, могъ требовать ихъ заключенія въ судебномъ порядкѣ посредствомъ actio ex empto [4]).

Въ современномъ оборотѣ и правѣ такія стипуляціи уже не встрѣчаются. Нынѣ въ случаѣ эвикціи покупатель можетъ непосредственно путемъ actio ex empto требовать возмѣщенія интереса [5]).

1. Этотъ искъ допускается при слѣдующихъ условіяхъ:

a) Необходимо, чтобы проданная вещь была *передана* покупателю [6]). До этого момента покупатель можетъ требовать лишь передачи вещи, а при просрочкѣ—возмѣщенія убытковъ.

b) Необходимо, чтобы вещь была *отсуждена*, и чтобы она, на основаніи этого рѣшенія, *дѣйствительно* была *отнята* у покупателя [7]).

къ тому, что покупатель послѣ эвикціи долженъ былъ бы путемъ иска добиваться лишь болѣе полнаго исполненія обязательства и, только въ случаѣ невозможности этого, вознагражденія денежнаго интереса. Между тѣмъ на практикѣ покупатель, пострадавшій вслѣдствіе эвикціи, можетъ требовать непосредственно возмѣщенія интереса. Въ приведенной Bekker'омъ въ пользу своего взгляда l. 3. pr. D. de a. e. v. 19. 1 вещь отнята у покупателя при помощи иска о владѣніи, ея передача поэтому не состоялась—„tradita possessio non intelligatur".

[3]) По гражд. улож. для герман. имперіи § 440 и слѣд. покупатель, которому вещь была передана, можетъ, вслѣдствіе недостатка въ правѣ, еще до эвикціи требовать вознагражденія или отказаться отъ сдѣлки.—Но покупатель обязанъ доказать наличность такого недостатка. Въ силу этого на практикѣ иски будутъ предъявляться всего чаще лишь послѣ эвикціи, такъ что, въ общемъ, въ принципахъ общегерманскаго права не произойдетъ перемѣны.

[4]) l. 31, § 20. D. de aed. edicto. 21. 1. Обыкновенно, продавецъ не былъ обязанъ представлять „satisdatio", l. 37, pr., l. 56, pr. D. h. t. 21. 2; l. 1, § 8. D. de stip. praet. 46. 5. Очевидно, здѣсь руководствовались мѣстнымъ обычаемъ, l. 6. D. h. t. 21. 2. О продажѣ незначительныхъ предметовъ см. l. 37, § 1. D. h. t. 21. 2. Ср. вообще Brinz, т. 2, стр. 734; Bechmann, loc. cit., стр. 669; Lenel: Edictum perpetuum, стр. 443, 446.

[5]) l. 8. D. h. t. 21. 2.

[6]) l. 61 и l. 62, pr. D. h. t. 21. 2; Müller, loc. cit., стр. 108.

[7]) Эвикція дѣйствительна лишь съ того момента, когда законное рѣшеніе суда уже приведено въ исполненіе. Это бываетъ прежде всего въ томъ случаѣ,

Рѣшеніе суда, неблагопріятное для покупателя, налагаетъ на продавца отвѣтственность за эвикцію лишь въ томъ случаѣ, если онъ своевременно былъ извѣщенъ о началѣ процесса [8]) [9]), т. е. въ такой его стадіи, когда защита покупателя была еще вполнѣ возможна [10]).

Продавецъ, своевременно извѣщенный о процессѣ, отвѣчаетъ передъ подвергшимся эвикціи покупателемъ, все равно, принималъ ли онъ участіе въ процессѣ или нѣтъ. Точно также безразлично, справедливо ли рѣшеніе суда или нѣтъ [11]).

Извѣщеніе о процессѣ считается излишнимъ: 1) когда продавецъ и помимо того вступилъ въ дѣло въ качествѣ третьяго лица, какъ пособникъ; 2) когда онъ отказался заранѣе отъ права требовать извѣщенія его [12]); 3) когда онъ отсутствуетъ, напр., находится внѣ предѣловъ государства, или нѣтъ возможности отыскать его

если покупатель, подчиняясь рѣшенію суда, уже отдалъ вещь истцу, или если она была отобрана у него принудительнымъ порядкомъ. Эвикція признается также дѣйствительной, если покупатель выступилъ на судѣ въ качествѣ истца, и ему было отказано въ искѣ; этимъ самымъ онъ окончательно отрѣшенъ отъ владѣнія вещью. Наконецъ, достаточно, чтобы покупатель, не выдавшій вещи истцу вопреки судебному рѣшенію, былъ присужденъ къ уплатѣ стоимости предмета по оцѣнкѣ. При этомъ не требуется, чтобы платежъ уже произошелъ въ дѣйствительности. Ибо въ силу litis aestimatio вещь считается какъ бы купленной у истца, и покупатель владѣетъ ею уже на основаніи этого новаго титула, а не въ силу первоначальной купли-продажи, l. 16, § 1, l. 29, § 1, l. 57, pr., § 1. D. h. t. 21. 2.

[8]) Подобное извѣщеніе требовалось юриспруденціей, во-первыхъ, потому, что продавецъ обыкновенно лучше освѣдомленъ о правовомъ положеніи проданной вещи, чѣмъ покупатель, а кромѣ того, потому, что въ исходѣ процесса болѣе заинтересованъ продавецъ, обязанный возмѣстить убытки отъ эвикціи, чѣмъ самъ покупатель. Формулы штрафной стипуляціи еще не содержали требованія увѣдомленія о процессѣ; ср. die Stipulationen der siebenbürgischen Wachstafeln у Bruns'a: Fontes juris, изд. 6, стр. 288 слѣд.

[9]) Въ Римѣ такое извѣщеніе происходило помимо суда; по современному праву оно производится судебнымъ порядкомъ, C. P. O., Art. 70. Продавецъ можетъ участвовать въ процессѣ въ качествѣ третьяго лица—socius litis, C. P. O., Art. 71.

[10]) l. 29, § 2. D. h. t. По современному процессуальному праву достаточно, чтобы предложеніе третьему лицу вступить въ дѣло послѣдовало хотя бы въ апелляціонной инстанціи, такъ какъ и въ этой стадіи процесса стороны ничѣмъ не ограничены въ представленіи новыхъ доводовъ.

[11]) C. P. O., § 65. Согласно l. 51, pr. D. h. t. 21. 2—ср. l. 8. C. h. t. 8. 44—продавецъ могъ сослаться только на то, что покупатель проигралъ процессъ „sordibus judicis aut stultitia".

[12]) l. 63, pr. D. h. t. 21. 2.

мѣстопребыванія, и, наконецъ, 4) когда онъ съ умысломъ уклоняется отъ полученія извѣщенія [13]).

Если извѣщеніе не состоялось независимо отъ вышеуказанныхъ причинъ, то судебное рѣшеніе не имѣетъ никакой силы противъ продавца. Впрочемъ, покупатель можетъ помимо всего этого доказать, что ему было передано мнимое и непрочное право и уже на такомъ основаніи требовать возмѣщенія интереса [14]).

c) Необходимо, чтобы то право, на основаніи котораго покупатель подвергся эвикціи, уже существовало въ *моментъ передачи проданной вещи* [15]).

Совершенно безразлично, произошла ли эвикція на основаніи иска о собственности, actio Publiciana, actio hypothecaria [16]) или

---

[13]) l. 56, § 5. D. h. t. 21. 2.

[14]) Что покупатель только тогда можетъ требовать вознагражденія за эвикцію, когда извѣстилъ продавца о началѣ процесса, съ полной очевидностью явствуетъ изъ l. 7. C. h. t. 8. 44 и l. 8. C. eod., изданныхъ императоромъ Александромъ (Alexander Severus): Emptor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussores ejus habet. Благодаря этому закону упрочилось правило, которое еще ранѣе защищалось юристами по внутреннимъ соображеніямъ, ср. l. 53, § 1. D. h. t. 21. 2. Однако, мало-по-малу взгляды на данный вопросъ стали смягчаться. По этимъ воззрѣніямъ, неизвѣщеніе о процесѣ остается безъ послѣдствій, „если покупатель можетъ доказать, что продавецъ все равно не могъ избѣжать проигрыша процесса“. Windscheid, т. 2, § 391, прим. 12 считаетъ возможнымъ „не подвергать продавца отвѣтственности за эвикцію лишь въ томъ случаѣ, если онъ докажетъ, что онъ далъ бы всему процессу другое направленіе“. Подобное доказательство сопряжено съ большими осложненіями и ставило бы продавца по отношенію къ покупателю, не извѣстившему его о процессѣ, въ затруднительное положеніе. Изъ вышеприведеннаго закона можно сдѣлать лишь тотъ выводъ, что покупатель, не извѣстивши продавца о процессѣ, не можетъ ссылаться на *рѣшеніе суда объ эвикціи*. Такому покупателю предоставляется самостоятельное право доказывать, что, благодаря недостаткамъ переданнаго ему продавцомъ права, онъ оказался въ положеніи, не соотвѣтствующемъ условіямъ договора. Въ этомъ спорномъ вопросѣ врядъ ли можно сослаться на l. 11, § 12. D. de a. e. v. 19. 1, такъ какъ это мѣсто, строго говоря, трактуетъ не объ эвикціи, а о недостаткахъ товара, предусмотрѣнныхъ эдильскимъ эдиктомъ. Ср. Dernburg-старшій въ Lindes Zeitschrift, neue Folge, т. 2, статья 1; Bekker, loc. cit., стр. 288.

[15]) l. 11, pr. D. h. t. 21. 2. Paulus libro 6 responsorum: Lucius Titius praedia in Germania trans Renum emit et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, questionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas: quaero, an hujus rei periculum ad venditorem pertinere possit? Paulus respondit futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse; l. 1. C. de periculo et commodo. 2. 48.

[16]) l. 34, § 2, l. 35, l. 63, § 1. D. h. t. 21. 2; l. 4, l. 5, l. 19. C. h. t.

какого-либо личнаго иска, допускающаго притязаніе и къ третьему лицу [17]) [18]).

Эвикція извѣстной части проданной вещи даетъ право на соотвѣтствующее вознагражденіе. Такая частичная эвикція заключается въ лишеніи покупателя физической или идеальной части купленнаго предмета, а также плодовъ и другихъ произведеній, добытыхъ уже послѣ передачи вещи, и, наконецъ, въ присужденіи третьему лицу права узуфрукта на нее [19]).

Напротивъ, признаніе по суду реальнаго сервитута, обременяющаго проданный участокъ, не считается эвикціей [20]). Продавецъ отвѣчаетъ здѣсь лишь въ томъ случаѣ, если онъ въ договорѣ особо *обѣщалъ*, что проданный участокъ свободенъ отъ всякихъ сервитутовъ или, по крайней мѣрѣ, отъ тѣхъ, изъ за которыхъ начался процессъ.

---

8. 44. Нынѣ весьма часто встрѣчается соглашеніе, чтобы покупатель взялъ на себя извѣстныя залоговыя обязательства, лежащія на проданномъ участкѣ, между тѣмъ какъ продавецъ беретъ на себя освобожденіе участка отъ другихъ закладныхъ. Конечно, въ этомъ случаѣ притязанія покупателя къ продавцу распространяются только на отмѣну послѣднихъ закладныхъ. При этомъ покупатель можетъ требовать въ исковомъ порядкѣ очистки имѣнія отъ залога, не дожидаясь эвикціи, вслѣдствіе реализаціи закладныхъ. Ср. также Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 252. Гражд. улож. для герман. имперіи § 439, Abs. 2 и 3 гласитъ: ипотеку, вотчинный долгъ, рентный долгъ и закладное право продавецъ обязанъ отмѣнить, хотя бы покупатель зналъ объ обремененіи. То же правило распространяется на предварительныя отмѣтки, внесенныя въ вотчинную книгу въ обезпеченіе притязанія на установленіе такихъ правъ.

[17]) Въ l. 34, § 1. D. h. t. 21. 2 идетъ рѣчь объ искѣ о раздѣлѣ, въ l. 39, pr., l. 66, § 1. D. eod. объ in integrum restitutio.

[18]) Возможенъ споръ противъ *владѣнія* покупателя путемъ поссессорнаго иска. Проигрышъ такого процесса не считается эвикціей; здѣсь на самомъ дѣлѣ владѣніе не было передано покупателю, l. 11, § 13. D. de a. e. v. 19. 1; поэтому онъ можетъ требовать лишь передачи ему владѣнія, а затѣмъ, въ случаѣ неудовлетворенія этой претензіи, возмѣщенія денежнаго интереса. Ср. также l. 38, § 3. D. de verb. obl. 45. 1.

[19]) l. 66, pr. D. de contr. empt. 18. 1; l. 15. § 1, l. 39, § 5. D. h. t. 21. 2, точно также и гражд. улож. для герман. имперіи.

[20]) Таково господствующее мнѣніе; оно опирается на l. 59. D. de contr. empt. 18. 1. Celsus libro 8 Digestorum: Cum venderes fundum, non dixisti „ita ut optimus maximusque“: verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. idem et in urbanis praediis dicendum est. Точно также l. 75 D. h. t. 21. 2 говоритъ, что продавецъ отвѣчаетъ за сервитуты, которыми обремененъ проданный участокъ, лишь въ томъ случаѣ, если онъ продавалъ участокъ какъ „optimus maximus“, т. е. свободнымъ отъ всякихъ сервитутовъ. Приводимая противъ этого l. 61. D. de aedilicio edicto 21. 1 и l. 15, § 1. D. h. t. 21. 2 опредѣляютъ лишь размѣръ отвѣтственности продавца, если проданный участокъ окажется обремененнымъ сервитутами, не касаясь *условій* такой отвѣтственности. Такого же мнѣнія Windscheid, т. 2, § 391, прим. 28.

Онъ также отвѣчаетъ, если онъ злоумышленно умолчалъ о существованіи сервитута [21]).

Это правило не распространяется на реальныя повинности (Reallasten). Продавецъ, правда, не отвѣчаетъ за тѣ повинности, которыя по мѣстному обычаю всегда обременяютъ участки извѣстнаго рода. Но его отвѣтственность распространяется на тѣ повинности, которыя установлены помимо всякаго обычая, и о которыхъ покупатель ничего не зналъ вслѣдствіе того, что продавецъ о нихъ умолчалъ [22]).

d) Продавецъ не отвѣчаетъ за эвикцію, если покупатель въ моментъ купли-продажи уже зналъ о существованіи права того лица, которое впослѣдствіи добилось эвикціи [23]); точно также, если вещь была продана «безъ *всякихъ* обязательствъ» со стороны продавца, или если продавецъ сложилъ съ себя по крайней мѣрѣ отвѣтственность на эвикцію. При подобныхъ условіяхъ, въ случаѣ эвикціи, онъ даже не обязанъ возвратить полученную за вещь покупную плату. Но если продавецъ зналъ, что онъ не имѣетъ никакого права на предметы сдѣлки и обманнымъ путемъ добился согласія покупателя на такой отказъ, то допустившій злой умыселъ продавецъ все-таки отвѣчаетъ за послѣдствія эвикціи [24]).

Почти всѣ новѣйшіе писатели придерживаются защищаемаго нами взгляда: Müller, loc. cit., стр. 185; Vangerow, т. 3, § 610; Bekker, loc. cit., стр. 268. Затѣмъ R. G. E., т. 4, стр. 194, т. 7, стр. 174; Jurist. Wochenschrift, 1892, стр. 319. Противоположнаго мнѣнія Neustetel въ его и Zimmerns: Untersuchungen, стр. 216. По гражд. улож. для герман. имперіи продавецъ отвѣчаетъ и за то, чтобы проданный участокъ не былъ обремененъ никакими сервитутами.

[21]) Умолчаніе объ извѣстныхъ продавцу сервитутахъ не всегда является злоумышленнымъ—R. G. E., т. 7, стр. 174; Seuffert: Archiv, т. 48, статья 83—а лишь въ томъ случаѣ, если продавецъ зналъ, что они не совмѣстимы съ той цѣлью, для которой земля была куплена, напр., пріобрѣтеніе участка подъ постройку.

[22]) О подобныхъ повинностяхъ ср. l. 9. C. de a. e. v. 4. 49 и l. 21, § 1, l. 41. D. de a. e. v. 19. 1; эти мѣста, конечно, не даютъ несомнѣннаго результата. См. Bekker, loc. cit., стр. 277. По гражд. улож. для герман. имперіи § 436 продавецъ земельнаго участка не отвѣчаетъ за то, что послѣдній чистъ отъ такихъ налоговъ или другихъ государственныхъ повинностей, которые не подлежатъ внесенію въ вотчинную книгу. За недоимки податей и повинностей отвѣчаетъ продавецъ, если покупатель не взялъ на себя такой отвѣтственности.

[23]) l. 27. C. h. t. 8. 44. Гражд. улож. для герман. имперіи § 439, Abs. 1. Конечно, это не распространяется на тотъ случай, когда продавецъ обязался устранить права третьяго лица.

[24]) l. 6, § 9. D. de a. e. v. 19. 1; l. 69, § 5. D. h. t. 21. 2; l. 11, § 18. D. de a. e. v. 19. 1. По поводу послѣдняго мѣста см. авторовъ, приведенныхъ

2. Предметомъ требованія покупателя, подвергшагося эвикціи, является его интересъ [25]).

Интересъ этотъ опредѣляется примѣнительно къ тому времени, когда состоялось рѣшеніе суда по поводу обратнаго *иска* покупателя *къ продавцу* [26]). При оцѣнкѣ принимается въ соображеніе та цѣнность вещи, которую она имѣетъ для покупателя. Покупная же плата не имѣетъ значенія [27]). Если вещь прошла черезъ нѣсколько рукъ—отъ A къ B, отъ B къ C, и C подвергся эвикціи, то B можетъ предъявить требованіе къ A на основаніи эвикціи, постигшей его преемника, а C—къ B на основаніи своей собственной эвикціи. C противъ A не имѣетъ прямого притязанія: послѣднее не переходитъ вмѣстѣ съ вещью; но B обязанъ уступить своему преемнику C свое требованіе къ предшественнику A [28]).

3. Притязаніе покупателя къ продавцу *не* ограничивается одной *эвикціей*. Онъ можетъ требовать возмѣщенія интереса во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда онъ терпитъ имущественный ущербъ вслѣдствіе того, что права продавца на предметъ сдѣлки не были достаточно полны. Сюда относится, напр., тотъ случай, когда покупатель является наслѣдникомъ собственника вещи: онъ здѣсь за нее напрасно уплатилъ деньги; точно также—если вещь завѣщана или подарена покупателю [29]), или когда онъ ее купилъ вторично у *на-*

Arndts'омъ, loc. cit., § 303. Scharff: Die Lehre vom Gewährerlass, Greifswald, 1888. Ср. и гражд. улож. для герман. имперіи § 443.

[25]) Своеобразное рѣшеніе этого вопроса см. въ гражд. улож. для герман. имперіи § 440, Abs. 1.

[26]) l. 8. D. h. t. 21. 2; l. 25, l. 29. C. h. t. 8. 44. Время эвикціи не имѣетъ рѣшающаго значенія, какъ полагаетъ Windscheid, т. 2, § 391, прим. 34. Издержки, поскольку существуетъ еще то, на что они пошли, должны быть уплочены, такъ какъ увеличиваютъ цѣнность вещи; въ особенности въ томъ случаѣ, если покупатель не можетъ требовать ихъ возмѣщенія отъ лица, добившагося эвикціи; l. 43, l. 45, pr., § 1. D. de a. e. v. 19. 1. Относительно возмѣщенія издержекъ см. Bekker, loc. cit., стр. 310. Если вслѣдствіе эвикціи покупатель лишился части вещи, то въ оцѣнку интереса слѣдуетъ включить не только стоимость отнятой части, но и ту сумму, на которую уменьшилась для покупателя цѣнность оставшейся у него части. Въ источникахъ находятся особыя правила относительно частичной эвикціи въ случаѣ „duplae stipulatio"; такъ въ l. 64. D. h. t. 21. 2, ср. по поводу этого мѣста Brinz, т. 2, стр. 738. Впрочемъ, упомянутыя рѣшенія источниковъ больше не имѣютъ практическаго значенія.

[27]) l. 70. D. h. t. 21. 2; l. 66, § 3. D. eod. Интересъ—при пониженія стоимости купленной вещи—можетъ быть ниже покупной платы.

[28]) l. 61, l. 39, § 1, l. 71. D. h. t. 21. 2.

[29]) l. 41, pr., § 1. D. h. t. 21. 2; l. 13, § 15. D. de a. e. v. 19. 1. Pauli sent., II, 17, § 8. Гражд. улож. для герман. имперіи § 440, Abs. 3.

стоящаго собственника для того, чтобы устранить возможность эвикціи со стороны послѣдняго [30]). Покупателю не можетъ быть отказано въ искѣ о возмѣщеніи убытковъ даже въ томъ случаѣ, если онъ впослѣдствіи узнаетъ, что вещь принадлежитъ третьему лицу, такъ что имъ утрачивается положеніе добросовѣстнаго владѣльца [31]) [32]). Конечно, во всѣхъ подобныхъ случаяхъ покупатель долженъ доказать, что третье лицо дѣйствительно имѣетъ болѣе сильное право на вещь, чѣмъ продавецъ.

4. Регрессъ къ лицу, отчудившему вещь, допускается не только при продажѣ, но и при мѣнѣ, раздѣлѣ имущества, мировой сдѣлкѣ и вообще во всѣхъ случаяхъ возмезднаго отчужденія [33]).

§ 100. Отвѣтственность за недостатки вещи и несоотвѣтствіе ея качествамъ, установленнымъ договоромъ [1]).

По общимъ правиламъ, продавецъ обязанъ возмѣстить покупателю *интересъ* въ томъ случаѣ, если онъ обѣщалъ, что вещь

---

[30]) l. 29, pr. D. h. t. 21. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи § 440, Abs. 3.

[31]) Такова въ сущности точка зрѣнія Eck'a: Die Verpflichtung zur Gewährung des Eigenthumes, 1874. Римляне въ принципѣ твердо держались правила, которое формулировалъ Africanus libro 8 quaestionum l. 30, § 1. D. de a. e. v. 19. 1: „venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat". Однако, какъ это доказалъ Eck, loc. cit., стр. 25, римскіе юристы во многихъ своихъ опредѣленіяхъ шли дальше этого. Такъ, продавецъ отвѣчаетъ за злой умыселъ, если онъ, напр., продалъ завѣдомо чужую вещь; онъ долженъ здѣсь возмѣстить весь тотъ интересъ, который покупатель имѣетъ въ пріобрѣтеніи собственности, l. 30, § 1, l. 45, § 1. D. de a. e. v. 19. 1. Подобныя отдѣльныя опредѣленія еще не возводились римлянами въ общій принципъ. Но согласно ихъ тенденціи и воззрѣніямъ современной жизни слѣдуетъ покупателю, какъ этого требуетъ Eck, дать искъ къ продавцу во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, если его интересъ пострадалъ отъ того, что ему не было предоставлено право собственности.

[32]) Если подвергшаяся эвикціи вещь еще до окончанія процесса случайно погибла, то покупатель не можетъ предъявить никакого требованія къ продавцу; послѣдній подлежитъ здѣсь отвѣтственности лишь въ случаѣ dolus; l. 21, pr. D. h. t. 21. 2, l. 26. C. h. t. 8. 44. Этого правила слѣдуетъ держаться и понынѣ, если только покупатель не терпѣлъ убытковъ еще раньше случайной гибели вещи. Ср. еще гражд. улож. для герман. имперіи § 440, Abs. 2 въ концѣ.

[33]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 445. При такихъ договорахъ, которые не отличаются строго дѣловымъ характеромъ, какъ напр., случайная мѣна вещей, обязанность возмѣщенія полнаго интереса часто лежитъ внѣ намѣренія сторонъ, высказаннаго въ договорѣ, и потому въ расчетъ не принимается. Ср. Bernhöft въ Bekker und Fischer: Beiträge zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches, книжка 12, стр. 10.

[1]) Tit. Dig. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. 21. 1; Cod. de aediliciis actionibus. 4. 58; Neustetel въ его и Zimmern's Untersuchungen, статья 9; Unterholzner въ Archiv für civ. Praxis, т. 6, статья 3; Hermann Keller въ Sells Jahrbüchern, т. 3, стр. 86; Bechmann: Kauf, т. 1, стр. 391; Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare, 1883—1887.

имѣетъ такія свойства, какихъ на самомъ дѣлѣ не оказалось, и затѣмъ, когда при заключеніи сдѣлки онъ *зналъ* о недостаткахъ вещи и съ умысломъ *умолчалъ* о нихъ [2]) [3]).

Гораздо дальше идетъ *эдильское* право. Подъ нимъ подразумѣвается рядъ особыхъ положеній, которыя развивались на основаніи эдикта курульныхъ эдиловъ. Эти сановники въ силу своего права разбирать процессы, возникающіе изъ рыночныхъ сдѣлокъ, издавали особые эдикты сначала по поводу продажи рабовъ, а затѣмъ и по поводу продажи рабочаго скота [4]). Юриспруденція классическаго періода распространила эти правила на всѣ виды продажи [5]).

Эдильскій эдиктъ устанавливаетъ отвѣтственность продавца за отсутствіе такихъ качествъ вещи, которыя имъ были *обѣщаны*, и за *скрытые* ея *недостатки* [6]).

---

[2]) Это практиковалось при продажѣ земельныхъ участковъ еще во времена Цицерона: De officis, III, cap. 16, § 65; ср. относительно древнѣйшаго права Bechmann, loc. cit., т. 1, стр. 192 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи § 463. Если проданная вещь не обладаетъ во время совершенія купли качествомъ, за которое продавецъ ручался, то покупатель можетъ... потребовать возмѣщенія ущерба отъ неисполненія договора. То же правило примѣняется, если продавецъ умышленно умолчалъ о какомъ-либо недостаткѣ вещи.

[3]) Необходимо указать прежде всего на слѣдующее положеніе: l. 13, pr., D. de a. e. v. 19. 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Julianus libro 15 inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

[4]) l. 1, § 1. D. h. t. 21. 1—эдиктъ о рабахъ; l. 38, pr. D. eod.—эдиктъ о рабочемъ скотѣ (какъ ихъ называетъ Bechmann, loc. cit.).

[5]) l. 1, pr., l. 63. D. h. t. 21. 1; l. 11, § 3. D. de a. e. v. 19, 1. Wlassak: Zur Geschichte der negotiorum gestio, стр. 169; Hanausek, loc. cit., стр. 55.

[6]) Нѣкоторыя опредѣленія эдикта связаны со спеціальными обычаями римскаго оборота и не рецепированы современными законодательствами: а) Продавецъ долженъ былъ въ теченіе 2 мѣсяцевъ послѣ продажи дать покупателю категорическое обѣщаніе, что вещь не имѣетъ недостатковъ, l. 28. D. h. t. 21. 1; l. 11, § 4. D. de a. e. v. 19. 1; ср. также l. 62. D. h. t. Эта стипуляція, гарантирующая отсутствіе недостатковъ, обыкновенно соединялась со stipulatio duplae по поводу эвикціи; но предметомъ ея являлась не двойная сумма покупной цѣны, а интересъ покупателя, ср. l. 31. D. de evict. 21. 2. Примѣры можно найти у Bruns'a: Fontes juris, изд. 6, стр. 288; см. также Hermes, т. 19, стр. 419. Въ случаѣ неисполненія этой стипуляціи покупатель могъ путемъ actio redhibitoria добиться признанія сдѣлки недѣйствительной. Въ современномъ правѣ подобнаго иска не признаютъ, Hanausek, loc. cit., т. 1, стр. 79. Windscheid, т. 2, § 394, прим. 17, находитъ, что, напр., въ Германіи нѣтъ обычая, который отмѣнилъ бы это положеніе римскаго права, и что оно, поэтому, считается рецепирован-

a) Продавецъ, по эдильскому праву, отвѣчаетъ не только за тѣ качества вещи, которыя были обѣщаны имъ при заключеніи договора, но и за всѣ, какія были указаны имъ при предварительныхъ переговорахъ о сдѣлкѣ—dicta, равно какъ и promissa; при этомъ однако предполагается, что покупатель не зналъ о ложности указаній продавца[7]). Простое расхваливаніе товара, которое въ гражданскомъ оборотѣ принято считать пустой фразой, не имѣетъ юридическаго значенія [8]).

b) Кромѣ того, продавецъ отвѣчаетъ за неуказанные имъ недостатки товара, т. е. за такія уклоненія отъ *обыкновеннаго* его качества, которыя уменьшаютъ его пригодность къ употребленію и продажѣ [9]) [10]). Покупатель не можетъ предъявлять претензій по

нымъ. b) Покупатель могъ въ теченіе 2 мѣсяцевъ предъявить actio redhibitoria, если вмѣстѣ съ проданнымъ скотомъ ему не были доставлены извѣстныя украшенія животныхъ—ornamenta, l. 38, pr., § 11. D. h. t. 21. 1. И это положеніе Windscheid, т. 2, § 395, прим. 5, считаетъ до сихъ поръ дѣйствующимъ правомъ. Но въ Германіи, по крайней мѣрѣ, на скотѣ, выведенномъ на продажу, обыкновенно не бываетъ никакихъ украшеній, а если и бываетъ, то они не продаются вмѣстѣ съ нимъ. c) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ продавецъ, нарушившій предписаніе эдикта, присуждался къ уплатѣ двойной цѣны проданной вещи. Таковъ былъ случай, если онъ, не исполнивъ рѣшенія суда о возвращеніи покупной цѣны въ силу actio redhibitoria, доводилъ дѣло до денежной оцѣнки предмета спора; впрочемъ, подчиненіе этому arbitrium de restituendo избавляло его отъ всякой дальнѣйшей отвѣтственности. Такъ слѣдуетъ понимать l. 45, D. h. t. См. Eck въ Festgaben für Beseler, стр. 187. Windscheid, т. 2, § 263, прим. 15, § 394, прим. 11, считаетъ и присужденіе продавца къ платежу двойной суммы свойственнымъ общегерманскому праву, „если продавецъ не исполнилъ обязательства раньше постановленія судебнаго рѣшенія“. Однако, нынѣ никто не заявитъ подобнаго притязанія; ему непремѣнно отказали бы въ искѣ, и онъ сверхъ того навлекъ бы на себя насмѣшки.

[7]) l. 19, § 2. D. h. t. 21. 1; l. 17, § 20, l. 18. D. eod.; ср. Bechmann, loc. cit., стр. 408. Показанія продавца относительно величины площади продаваемаго земельнаго участка считаются обыкновенно заявленіемъ объ извѣстномъ *качествѣ* земли. Ср. l. 2, pr., l. 4, § 1, l. 6, pr., l. 13, § 14, l. 22, l. 42. D. de a. e. v. 19. 1; l. 65, § 6. D. de evict. 21. 2. Однако, подобныя заявленія могутъ служить лишь той цѣли, чтобы ознакомить покупателя съ проданнымъ предметомъ, и въ такомъ случаѣ они ни къ чему не обязываютъ. Смыслъ такого указанія опредѣляется существующими въ данной мѣстности обычаями. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 468.

[8]) l. 19. pr. D. h. t. 21. 1. Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium: Sciendum tamen est quaedam et si dixerit praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixerit frugi probum dicto audientem. ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit quod dixit; l. 19, § 3. D. eod. Hanausek, loc. cit. т. 1, стр. 76, прим. 4.

[9]) l. 1, § 8. D. h. t. 21. 1 говоритъ лишь о непригодности вещи къ употребленію—Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium: Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere,

поводу такихъ недостатковъ, которые *бросаются въ глаза*, если товаръ былъ имъ ранѣе осмотрѣнъ [11]).

Притязанія, возникающія изъ эдильскаго эдикта, не зависятъ отъ того, имѣлъ ли продавецъ свѣдѣнія о недостаткахъ товара или нѣтъ [12]); они допускаются и въ томъ случаѣ, если, напр., проданный скотъ былъ боленъ уже во время продажи, но эту болѣзнь еще невозможно было распознать.

Впрочемъ, эти притязанія направляются лишь на расторженіе сдѣлки или уменьшеніе цѣны, но отнюдь не на полное возмѣщеніе интереса покупателя; послѣдній поэтому не можетъ требовать вознагражденія за вредъ, причиненный ему, напр., тѣмъ, что купленный скотъ заразилъ все его стадо [13]).

Такимъ образомъ, эдильскій эдиктъ стремится къ тому, чтобы особымъ способомъ какъ бы согласить притязанія обѣихъ сторонъ [14]).

---

ut morbosus vitiosusve habeatur. Даже независимо отъ требованія торговаго права— H. G. B., Art. 335—недостаткомъ товара считается несомнѣнно и то обстоятельство, что онъ лишился своей пригодности для торговли. Ср., однако, Hanausek, loc. cit., т. 1, стр. 69; гражд. улож. для герман. имперіи § 459 привед. въ прим. 10.

[10]) Windscheid: Voraussetzung, 37 и Pandekten, т. 2, § 395, выводитъ эдильскіе иски изъ общей юридической категоріи „предположенія". Противъ этого справедливо высказался Crome въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, статья 4. Допустимъ, что словоохотливый субъектъ покупаетъ верховую лошадь, замѣчая при этомъ, что онъ желаетъ употребить ее и въ упряжь. Неужели онъ можетъ потомъ вернуть продавцу эту лошадь на томъ основаніи, что она въ упряжи не ходитъ, между тѣмъ какъ другихъ недостатковъ въ ней не оказалось? Разъ товаръ пригоденъ съ объективной точки зрѣнія, и разъ онъ соотвѣтствуетъ даннымъ продавцомъ обѣщаніямъ, то послѣдній исполнилъ свое обязательство. Ему нѣтъ дѣла до чего-либо иного, что̀ предполагаетъ или ожидаетъ покупатель. Такъ относилось къ этому вопросу по крайней мѣрѣ общегерманское право. Впрочемъ, гражд. улож. для герман. имперіи § 459 опредѣляетъ: Продавецъ вещи отвѣчаетъ передъ покупателемъ за то, что, ко времени перехода риска на покупщика, вещь свободна отъ такихъ недостатковъ, которые уничтожили или умалили бы ея цѣнность или пригодность къ обычному употребленію или къ такому употребленію, которое *имѣлось въ виду при заключеніи договора*.

[11]) l. 14, § 10 in fine. D. h. t. 21. 1. Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium.... ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit; l. 1, § 6. D. eod.; гражд. улож. для герман. имперіи § 460, ср. кромѣ того § 464.

[12]) l. 1, § 2. D. h. t. 21. 1.

[13]) Ср. приведенную выше въ прим. 3, l. 13, pr. D. de a. e. v. 19. 1.

[14]) Иногда продавецъ указываетъ покупателю вполнѣ *добросовѣстно* на существованіе извѣстныхъ качествъ вещи или на отсутствіе недостатка, не ручаясь, впрочемъ, особымъ обѣщаніемъ за вѣрность этихъ указаній. Спрашивается, отвѣчаетъ ли онъ въ такомъ случаѣ, если его заявленія впослѣдствіи не оправдаются, за *весь интересъ*. Утвердительно рѣшаетъ этотъ вопросъ Hanausek, loc. cit., стр. 48 и слѣд. и Windscheid, т. 2, § 395, прим. 3. Такой взглядъ, однако,

§ 101. Отдѣльные эдильскіе иски.

Въ случаѣ обнаруженія ложныхъ увѣреній относительно товара или въ случаѣ скрытыхъ его недостатковъ, покупатель можетъ, согласно эдильскому праву, предъявить по выбору или actio redhibitoria или actio quanti minoris [1]).

Actio redhibitoria имѣетъ своей цѣлью *расторженіе сдѣлки* между покупателемъ и продавцомъ [2]).

a) Этотъ искъ направленъ, главнымъ образомъ, на возвращеніе уплаченной покупной цѣны [3]) съ обычными процентами, исчисляемыми съ момента платежа [4]).

b) Покупатель въ свою очередь обязанъ возвратить купленную вещь со всѣми ея принадлежностями, а также съ плодами и со

противорѣчитъ положеніямъ, развиваемымъ Юліаномъ въ l. 13, pr. D. de a. e. v. 19. 1—выше прим. 3—и является сверхъ того слишкомъ суровымъ и непослѣдовательнымъ. Если продается скотъ, который повидимому здоровъ, но, хотя продавецъ и не знаетъ этого, зараженъ уже какой-либо болѣзнью, то полагаютъ, что продавецъ не отвѣчаетъ передъ покупателемъ за убытки, происшедшіе отъ зараженія стада послѣдняго. Развѣ измѣняется положеніе вещей, когда, безъ всякаго умысла и не принимая на себя особой гарантіи, продавецъ замѣчаетъ, что предлагаемый на продажу скотъ совершенно здоровъ? Въ такомъ же смыслѣ высказывается и l. 45. D. de contr. empt. 18. 1; см. Pernice: Labeo, т. 2, стр. 324. Правда, l. 6, § 4. D. de a. e. v. 19. 1 и l. 21, § 2. D. eod. не согласуются съ опредѣленіемъ Юліана, такъ что послѣднее, вѣроятно, было опровергнуто позднѣйшими юристами; возможно и то, что въ вышеприведенныхъ фрагментахъ предполагалось непростительное заблужденіе продавца, что̀, судя по приведеннымъ здѣсь обстоятельствамъ дѣла, является весьма вѣроятнымъ. Того же мнѣнія Crome, loc. cit., стр. 140. Иначе Franz Leonhard: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden bei Vertragsschlüssen, Gött. Diss. 1896. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 463.

[1]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 462 предоставляетъ покупателю выборъ между обоими исками. При продажѣ скота покупатель можетъ требовать только отмѣны договора, но не сбавки цѣны, § 487. Правила объ отвѣтственности за недостатки проданнаго скота изложены въ § 481 и слѣд.

[2]) l. 23, § 7. D. h. t. 21. 1. Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium: Julianus ait judicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere; l. 23, § 1, l. 60. D. eod. Но этимъ, конечно, не устраняются всѣ, даже самыя отдаленныя послѣдствія купли-продажи; придерживались извѣстныхъ границъ, что̀ и вполнѣ соотвѣтствовало основной мысли примиренія между притязаніями? l. 17, § 2. D. de furtis. 47. 2. Само собою разумѣется, что рѣчь идетъ о *личныхъ* требованіяхъ, а не о вещныхъ притязаніяхъ противъ третьяго лица. Ср. Dehn: Die actio redhibitoria in ihrer Funktion als Schadensersatzklage, 1896.

[3]) l. 27. D. h. t. 21. 1. Если деньги еще не уплочены, то покупатель освобождается отъ долга „sive ipsi venditori obligatus est, sive etiam, alii“, l. 29, § 1. D. h. t. 21. 1.

[4]) l. 29, § 2. D. h. t. 21. 1; см. l. 27, § 1. D. de minoribus. 4. 4 и выше § 30, прим. 1; ср. еще гражд. улож. для герман. имперіи § 347.

всѣми вообще выгодами, которыя она ему доставила [5]), кромѣ того онъ обязанъ вознаградить за уменьшеніе цѣнности вещи, происшедшее по его винѣ или по винѣ его людей [6]). Безъ соблюденія этихъ обязанностей покупатель не можетъ осуществить свое притязаніе. Но ему принадлежитъ право, несмотря на возвращеніе ему денегъ, удерживать у себя проданную вещь до тѣхъ поръ, пока ему не будутъ уплочены *издержки*, произведенныя на нее [7]) [8]). Если покупатель впослѣдствіи откажется отъ расторженія сдѣлки, то продавецъ съ своей стороны этого требовать не можетъ, хотя бы въ пользу расторженія уже состоялось рѣшеніе суда [9]). Подобнаго рода расторженіе сдѣлки является правомъ, а не обязанностью покупателя.

c) Рискъ за всѣ случайныя поврежденія, постигшія вещь въ то время, пока она находилась у покупателя, лежитъ на продавцѣ. Послѣдній поэтому обязанъ возвратить плату даже въ томъ случаѣ, если онъ вслѣдствіе случайной гибели проданной вещи взамѣнъ покупной платы ничего не получаетъ. Римляне употребляли по этому поводу своеобразное выраженіе «mortuus redhibetur»—возвращается мертвый рабъ, что́ равно нулю [10]) [11]).

---

[5]) l. 23, § 9, l. 24, l. 31, §§ 2—4, l. 33. D. h. t. 21. 1.

[6]) l. 31, §§ 11 и 12. D. h. t. 21. 1. Эдиктъ говоритъ лишь объ убыткахъ, нанесенныхъ „*opera* familiae procuratorisve ejus“, т. е. *дѣятельностью* людей покупателя—Hanausek, loc. cit., стр. 144—но толкованіе юристовъ распространяетъ это на всякій убытокъ, происшедшій по *винѣ* послѣднихъ; l. 48, pr. D. h. t. 21. 1.

[7]) l. 29, § 3, l. 30, § 1. D. h. t. 21. 1. Текущіе расходы компензируются съ выгодами, доставленными пользованіемъ вещью. Поэтому расходы на прокормъ не возмѣщаются покупателю, если онъ имѣлъ возможность пользоваться купленнымъ животнымъ. R. O. H. G. E., т. 3, стр. 100. Windscheid, т. 2, § 394, прим. 8 и Hanausek, loc. cit., предоставляютъ покупателю право требовать возмѣщенія издержекъ лишь въ томъ случаѣ, „если *ихъ произвелъ бы и самъ продавецъ*“. Но какое дѣло покупателю до продавца! Положимъ, кто-либо купилъ молодой скотъ для откармливанія; неужели этотъ покупатель не долженъ быть вознагражденъ за расходы на кормъ на томъ только основаніи, что продавецъ не сдѣлалъ бы подобной затраты? Такой выводъ былъ бы весьма страннымъ. Нельзя и ссылаться на l. 27. D. h. t., такъ какъ подъ „quod emptionis causa erogatum est“ разумѣются издержки, сдѣланныя при заключеніи сдѣлки, и ради нея, а вовсе не расходы на купленную вещь.

[8]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 347: При отступленіи отъ договора размѣръ притязанія... устанавливается съ момента полученія удовлетворенія, по правиламъ, опредѣляющимъ отношенія между собственникомъ и владѣльцемъ со времени предъявленія иска о правѣ собственности.—Это значитъ, что покупатель отвѣчаетъ какъ управитель чужого имущества.

[9]) l. 29, pr. D. h. t. 21. 1; ср. l. 25, § 10. l. 26. D. h. t. 21. 1.

[10]) l. 31, § 11, l. 38, § 3. D. h. t. 21. 1. Порча товара даже по винѣ покупателя не лишаетъ его права на предъявленіе actio redhibitoria. Онъ обя-

d) Наслѣдники покупателя могутъ предъявить actio redhibitoria только съ общаго всѣхъ согласія [12]). Что же касается наслѣдниковъ продавца, то actio redhibitoria можетъ быть предъявлена къ каждому изъ нихъ въ отдѣльности; какъ отвѣтчикъ онъ обязанъ возвратить причитающуюся на его долю часть платы взамѣнъ соотвѣтствующей идеальной части проданной вещи [13]).

e) Если продано *нѣсколко предметовъ* вмѣстѣ, и въ одномъ изъ нихъ обнаружатся недостатки, то actio redhibitoria тѣмъ не менѣе распространяется на всѣ предметы, поскольку они, въ гражданскомъ оборотѣ или въ силу заявленія сторонъ при самой продажѣ, составляютъ *одно цѣлое* [14]). Единство цѣны въ данномъ случаѣ не имѣетъ рѣшающаго вліянія [15]).

занъ вычесть изъ покупной платы только ту сумму, на которую уменьшилась по его винѣ стоимость имѣвшаго недостатки товара. См. Eck, привед. въ прим. 11 сочин. Гражд. улож. для герман. имперіи § 350 гласитъ: Отступленіе не исключается тѣмъ, что предметъ, полученный управомоченной стороной, случайно погибъ. По § 351 отступленіе исключается, если покупатель самъ *виновенъ* въ существенномъ ухудшеніи или гибели полученнаго предмета, или вообще въ невозможности возврата его.

[11]) Споренъ вопросъ, теряетъ ли покупатель право на actio redhibitoria вслѣдствіе продажи или переработки (спецификаціи) вещи. R. O. H. G. E., т. 11, стр. 202 рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно. Противъ этого высказался недавно Eck въ Festgaben für Beseler, стр. 161, гдѣ приведена и литература по этому вопросу. По его справедливому мнѣнію, покупатель не можетъ лишиться права на actio redhibitoria на томъ основаніи, что онъ въ свою очередь продалъ купленную имъ вещь, не зная о ея недостаткахъ. Ему нельзя отказать въ этомъ правѣ, разъ онъ пріобрѣлъ проданную вещь обратно или готовъ при предъявленіи actio redhibitoria зачесть стоимость вещи въ покупную плату. Право на предъявленіе actio redhibitoria прекращается лишь въ томъ случаѣ, если покупатель продалъ купленный предметъ, *зная о его недостаткахъ* третьему лицу, и вслѣдствіе этого лишился возможности представить его продавцу; гражд. улож. для герман. имперіи § 352 гласитъ: Отступленіе исключается, если управомоченная сторона путемъ переработки или измѣненія превратила полученную вещь въ вещь другого рода. § 467: Отступленіе не исключается, если недостатокъ будетъ обнаруженъ только при переработкѣ вещи. Ср. и § 353.

[12]) l. 31, §§ 5—7. D. h. t. 21. 1.

[13]) l. 31, § 10. D. h. t. 21. 1; ср. Hanausek, loc. cit., стр. 149. Иначе гражд. улож. для герман. имперіи § 356.

[14]) l. 35. D. h. t. 21. 1; гражд. улож. для герман. имперіи § 469.

[15]) Древніе римскіе юристы предполагаютъ безъ дальнѣйшаго наличность единства цѣны—unitas pretii—и единства купленныхъ предметовъ. Такъ поступаютъ Африканъ въ l. 34, pr., D. h. t. и Помпоній въ l. 64, pr., § 1. D. eod., опираясь на авторитетъ Лабеона. Но позднѣйшая классическая юриспруденція и прежде всего Ульпіанъ въ l. 38, § 14, l. 59, § 1. D. h. t. 21. 1 не придаютъ уже единству цѣны рѣшающаго значенія. Этотъ второй взглядъ мы считаемъ правильнымъ. Впрочемъ, иного мнѣнія Fick въ Archiv für Wechselrecht, т. 8,

f) Actio redhibitoria погашается 6-мѣсячной давностью. Этотъ срокъ исчисляется съ момента продажи, и время считается utiliter. Поэтому незнаніе покупателя о недостаткахъ вещи препятствуетъ началу давности, если только такое незнаніе не является слѣдствіемъ грубой небрежности [16]).

g) При куплѣ-продажѣ малоцѣнныхъ вещей actio redhibitoria не допускается [17]).

2. Покупатель можетъ предъявить также actio quanti minoris, направленную на уменьшеніе покупной платы въ такомъ размѣрѣ, въ какомъ купленная вещь вслѣдствіе извѣстнаго недостатка потеряла свою цѣнность [18]) [19]) сравнительно съ предполагаемой стоимостью.

---

§ 129. Онъ полагаетъ, что единство цѣны даетъ покупателю право *выбора* между расторженіемъ сдѣлки лишь по отношенію къ тѣмъ предметамъ, которые страдаютъ недостатками, или же по отношенію ко всему проданному товару. Высказанной въ нашемъ текстѣ точки зрѣнія держится гражд. улож. для герман. имперіи § 469; ср. съ этимъ § 471.

[16]) l. 19, § 6, l. 55. D. h. t. 21. 1; R. G. E., т. 21, стр. 162. Ср., впрочемъ, Bruns und Sachau: Syrisch-römisches Rechtsbuch, стр. 206; гражд. улож. для герман. имперіи § 477 и слѣд. высказываютъ иные взгляды.

[17]) l. 48, § 8. D. h. t. 21. 1. Pomponius libro 23 ad Sabinum: Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. „Simplaria venditio“ называлась такая продажа, въ которой не допускалась stipulatio duplae по поводу эвикціи, т. е., какъ это видно изъ l. 37, § 1. D. de evict. 21. 2, продажа малоцѣнныхъ предметовъ. Ср. Bruns, loc. cit., стр. 207. Это правило гражданскимъ улож. для герман. имперіи больше не признается, но по § 459 незначительное уменьшеніе цѣнности или пригодности вещи не принимается во вниманіе.

[18]) Относительно способа исчисленія цѣны при actio quanti minoris источники не даютъ ясныхъ указаній, вслѣдствіе чего мнѣнія новѣйшихъ авторовъ по этому вопросу сильно расходятся, ср. Hellweg въ Archiv für civ. Praxis, т. 59, статья 2; Hanausek, loc. cit., т. 1, стр. 128. Простѣйшій способъ, это—опредѣлить стоимость вещи, какую она имѣла, послѣ того какъ этотъ недостатокъ обнаружился. Насколько покупная плата превышаетъ эту стоимость, настолько она уменьшается. На практикѣ обыкновенно довольствуются этимъ способомъ, если не требуются иныя болѣе точныя исчисленія. Вышеупомянутый способъ исчисленія примѣняется, когда вещь куплена по рыночной цѣнѣ, что̀ бываетъ чаще всего. Но нельзя сказать, чтобы этотъ абсолютный методъ былъ безусловно правильнымъ. Положимъ, что кто-либо покупаетъ для расширенія своего хозяйства сосѣдній домъ, стоющій 10000 р., за 20000, такъ какъ сосѣдъ вообще не желалъ его продать и согласился на продажу, лишь соблазнившись чрезвычайно выгоднымъ предложеніемъ. Послѣ продажи въ домѣ оказывается сырость, вслѣдствіе чего его стоимость понижается до 8000. Очевидно, въ данномъ случаѣ несправедливо понизить покупную плату до 8000. Вѣдь тогда продавцу за недостатокъ, понизившій цѣнность вещи на 2000, пришлось бы возвратить 12000. Правильнѣе будетъ при пониженіи цѣны принять во вниманіе покупную плату и уменьшить ее, соображаясь съ отношеніемъ между дѣйствительною стоимостью вещи и той стоимостью, которую ей придавали въ моментъ продажи. Тогда получится слѣдующее уравненіе: $\frac{8000}{10000}=\frac{x}{20000}$; $x=16000$. Того же мнѣнія держится и гражд. улож. для герман. имперіи § 472, Abs. 1; ср. съ этимъ и Abs. 2 той же статьи и § 473.

[19]) То обстоятельство, что покупатель продалъ купленную вещь за ту же

a) Если вещь имѣетъ нѣсколько различныхъ недостатковъ, то можно предъявить actio quanti minoris нѣсколько разъ по поводу каждаго недостатка въ отдѣльности [20]).

b) Въ тѣхъ случаяхъ, когда проданная вещь не имѣетъ никакой цѣнности, actio quanti minoris влечетъ за собою такія же послѣдствія, какъ actio redhibitoria. Цѣна при опредѣленіи ея дѣйствительнаго размѣра сводилась бы здѣсь къ нулю; поэтому вся покупная плата должна быть возвращена, а взамѣнъ ея—отдана вещь [21]).

c) Для actio quanti minoris установлена *годичная* давность. Начало ея считается съ того же момента, какъ и при actio redhibitoria [22]).

d) Покупатель имѣетъ право выбора между actio redhibitoria и actio quanti minoris.

Предъявленіе actio redhibitoria еще не лишаетъ покупателя права замѣнить ее actio quanti minoris. Напротивъ, покупатель, предъявившій actio quanti minoris, не можетъ уже требовать расторженія сдѣлки, такъ какъ предъявленіемъ иска объ уменьшеніи цѣны онъ высказался за сохраненіе договора въ силѣ [23]).

3. Нормы эдильскаго права примѣняются и при продажѣ вещей, опредѣленныхъ только родовыми признаками—genus,—если товаръ вобще соотвѣтствуетъ условленному въ договорѣ роду, но въ немъ окажутся недостатки [24]) [25]).

цѣну, которую онъ самъ заплатилъ, или даже дороже, не имѣетъ вліянія на actio quanti minoris и не лишаетъ, какъ многіе полагаютъ, покупателя уже пріобрѣтеннаго имъ притязанія на уменьшеніе платы. R. G. E., т. 17, стр. 65.

[20]) l. 31, § 16. D. h. t. 21. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи § 475.

[21]) l. 43, § 6. D. h. t. 21. 1.

[22]) l. 19, § 6, l. 38, pr., l. 48, § 2. D. h. t. 21. 1. R. G. E., т. 21, стр. 162, привед. выше прим. 16. Иного направленія держится гражд. улож. для герман. имперіи § 477 и слѣд.

[23]) Принципы, высказанные въ l. 25, § 1. D. de exceptione rei jud. 44. 2 въ современномъ правѣ больше не соблюдаются; ср. C. P. O., § 293.

[24]) Вопросъ, примѣняются ли эдильскіе иски къ продажѣ вещей, опредѣленныхъ только ихъ родовыми признаками, весьма споренъ. Противъ этого возстаютъ, главнымъ образомъ, Thöl: Handelsrecht, т. 1, § 275, прим. 17 и Windscheid, т. 2, § 394, прим. 5. Thöl, конечно, вполнѣ справедливо замѣчаетъ, что титулъ пандектъ de aedilicio edicto трактуетъ лишь о продажѣ индивидуально-опредѣленныхъ вещей, такъ какъ особый видъ продажи родовыхъ вещей римлянамъ былъ неизвѣстенъ. Но вопросъ ставится иначе. Спрашивается, слѣдуетъ ли распространить эдильскіе иски на продажу опредѣленныхъ родовыми признаками вещей, разъ такая сдѣлка получила право гражданства въ современномъ оборотѣ. Противъ этого возражаютъ, что въ силу молчаливаго предположенія все доставленное покупателю при испол-

§ 102. Расторженіе купли-продажи.

1. Расторженіе купли-продажи, т. е. уничтоженіе всѣхъ ея послѣдствій, можетъ произойти во всякое время по соглашенію контрагентовъ [1]).

неніи договора должно быть *безукоризненно*; если, поэтому, окажутся въ предметѣ купли-продажи недостатки, то обязательство считается не исполненнымъ, хотя бы вещь была принята покупателемъ; предполагается, конечно, что принятіе произошло лишь потому, что покупатель не зналъ о недостаткахъ проданнаго предмета. Онъ можетъ тогда требовать надлежащаго исполненія или возмѣщенія своего интереса. Однако такой выводъ справедливъ лишь въ томъ случаѣ, если доставлено „нѣчто другое", чѣмъ условлено договоромъ; такой именно фактъ и предполагается въ разсматриваемомъ германскимъ имперскимъ судомъ дѣлѣ—R. G. E., т. 4, стр. 195. Если же была доставлена вещь, соотвѣтствующая по роду и виду условленному предмету, то обязательство считается всетаки исполненнымъ, хотя бы съ недостатками. Едва ли можно сказать, что всякій недостатокъ товара превращаетъ его въ вещь иную, чѣмъ было условлено; подобный выводъ не можетъ быть доказанъ. См. Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht, т. 19, стр. 98; Hanausek, loc. cit., т. 1, стр. 113; R. O. H. G. E., т. 5, стр. 399. Согласно R. G. E., т. 6, стр. 189 покупатель, если ему доставленъ товаръ (genus) съ недостатками, пользуется тѣми же правами, какъ и при продажѣ индивидуально опредѣленной вещи. R. G. E., т. 12, стр. 84; Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 84 и т. 49, казусъ 243. Ср. также Bötzow: Sind nach gemeinem Recht die ädilicischen Rechtsmittel auch bei einem Genuskaufe zulässig? Greifswalder Inaug-dissert., 1891. Гражд. улож. для герман. имперіи § 480, Abs. 1 гласитъ: Покупатель вещи, опредѣленной только ея родомъ, можетъ вмѣсто сбавки цѣны или отмѣны сдѣлки потребовать, чтобы, взамѣнъ порочной вещи, ему была сдана вещь безъ недостатковъ.

[25]) Аналогичныя правила примѣняются и при другихъ сдѣлкахъ, направленныхъ на возмездное отчужденіе вещей. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 493. По поводу доставки товара на разстояніе при торговыхъ сдѣлкахъ герман. торг. уложеніе содержитъ слѣдующія опредѣленія въ пользу продавца: а) Покупатель долженъ *немедленно* по полученіи товара *осмотрѣть* его и, если товаръ не отвѣчаетъ условіямъ договора, тотчасъ же послать объ этомъ заявленіе продавцу: въ противномъ случаѣ товаръ считается принятымъ. b) Иски и возраженія, основанные на недостаткахъ товара, допускаются, если со дня его полученія прошло не болѣе 6 мѣсяцевъ. Упомянутыя ограниченія не соблюдаются, если продавецъ допустилъ обманъ. H. G. B., Art. 347, 349 и 350. См. выше § 95, прим. 3.

[1]) По римскому праву, консенсуальные договоры могли быть расторгнуты по обоюдному соглашенію сторонъ—contrarius consensus—лишь въ томъ случаѣ, если ни съ одной стороны еще не послѣдовало исполненія, или переданное съ цѣлью исполненія было возвращено; l. 5, § 1. D. de rescind. vend. 18. 5; l. 2, l. 3, l. 5, pr. D. eod.; l. 2. C. quando liceat. 4. 45. Этотъ принципъ объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что въ римскомъ правѣ извѣстные договоры не были снабжены исками; изъ соглашенія о расторженіи сдѣлки не вытекало никакого иска, путемъ котораго можно было бы вытребовать обратно все отчужденное для исполненія обязательства. Поэтому расторженіе договоровъ не могло быть допущено по одному лишь соглашенію сторонъ. Нынѣ этотъ вопросъ поставленъ иначе. Если соглашеніе о расторженіи сдѣлки состоится уже послѣ

2. При заключеніи купли-продажи интересы одной изъ сторонъ могутъ быть нарушены настолько, что она въ правѣ *безъ согласія своего контрагента* отступить отъ сдѣлки и требовать по суду окончательнаго расторженія договора. Поводомъ къ такому одностороннему расторженію сдѣлки служатъ насиліе, обманъ [2]), недостатки проданной вещи [3]), наконецъ, такъ наз. laesio enormis.

Согласно предписанію императора *Діоклетіана*, *продавецъ*, получившій за товаръ *менѣе половины* его обыкновенной стоимости, имѣлъ право *расторгнуть куплю-продажу*; покупатель, однако, могъ до вступленія судебнаго рѣшенія о расторженіи сдѣлки въ законную силу *предложить надлежащую цѣну* и такимъ образомъ удержать вещь за собою [4]). Діоклетіанъ имѣлъ въ виду продажу вещей за безцѣнокъ лицомъ, находящимся въ крайне стѣсненномъ положеніи [5]). Но въ средніе вѣка стали усматривать основаніе этого закона въ стремленіи противодѣйствовать предполагаемому со стороны покупателя обману или по крайней мѣрѣ помочь заблуждавшемуся въ стоимости предмета продавцу [6]). Отсюда былъ сдѣланъ тотъ выводъ, что и покупатель, обѣщавшій за товаръ *болѣе двойной его стоимости* [7]), могъ воспользоваться тѣмъ же предположеніемъ и

того, какъ одна или обѣ стороны исполнили свое обязательство, то по современному праву, изъ этого соглашенія самъ собою вытекаетъ искъ, направленный на возвращеніе того, что было передано въ исполненіе обязательства. Ср. Bechmann: Kauf, т. 2, стр. 469 слѣд.

[2]) l. 1, l. 5, pr., l. 10. C. de rescind. vend. 4. 44.

[3]) Ср. § 101.

[4]) l. 2. C. de rescind. vend. 4. 44. Imp. Diocletianus et Maximianus: Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente judicis, vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies, minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit, anno 285, l. 8. C. eod. Ср. Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht, 1851, стр. 111 слѣд.; Sandstein: Laesio enormis, Berliner Inaug-dissert., 1887. Классическое римское право держалось начала полной свободы договора, l. 22, § 3, l. 23. D. locati. 19. 2, а потому неправильно мнѣніе Chambon'a, что предписаніе Діоклетіана основано на принципахъ прежняго права.

[5]) За это говоритъ мотивировка закона: „humanum est". Кромѣ того, такое предположеніе согласуется съ общей хозяйственной политикой Діоклетіана, который, какъ извѣстно, пытался установить путемъ эдикта, сохранившагося въ надписяхъ, максимальную цѣну на всѣ вообще вещи.

[6]) Исторію догмы этого вопроса см. у Chambon'a, loc. cit., стр. 117.

[7]) Споренъ вопросъ, что слѣдуетъ принять за основаніе: двойную „обычную цѣну" или „интересъ"; R. G. E., т. 10, стр. 126 оставляетъ этотъ вопросъ открытымъ.

оспаривать сдѣлку. Такой же порядокъ соблюдался и *при другихъ двусторонних договорахъ*, которыми обѣ стороны обязываются къ извѣстнымъ дѣйствіямъ. Это правило получило силу всеобщаго обычая. Впрочемъ, лица, купившія что-либо съ цѣлью *спекуляціи*, не могутъ, конечно ссылаться на laesio enormis, если ихъ ожиданія не оправдаются [8]). Сверхъ того среди практиковъ весьма споренъ вопросъ, можно ли на основаніи laesio enormis оспаривать куплю-продажу *съ публичнаго торга?* Такъ какъ здѣсь еще не установился опредѣленный обычай, то это едва ли допустимо [9]).

Отреченіе отъ права воспользоваться laesio enormis вполнѣ дѣйствительно, если оно не было вызвано крайней нуждой, обманомъ или заблужденіемъ [10]) [11]).

3. *Промедленіе* продавца въ доставкѣ товара, а покупателя въ его пріемѣ или уплатѣ денегъ не даетъ еще противной сторонѣ права расторгнуть сдѣлку. Одностороннее отступленіе вслѣдствіе просрочки допускается лишь въ томъ случаѣ, если оно было обусловлено самымъ договоромъ или же можетъ быть оправдано требованіями справедливости въ силу особаго положенія вещей [12]). Впрочемъ, въ *торговыхъ* сдѣлкахъ продавецъ можетъ всегда до передачи товара отказаться отъ договора, разъ покупатель допустилъ просрочку въ уплатѣ денегъ; точно также и покупатель можетъ отказаться отъ сдѣлки, если продавецъ медлитъ съ передачей товара [13]).

На ряду съ этимъ можно требовать и возмѣщенія убытковъ происшедшихъ отъ просрочки.

§ 103. Договоръ мѣны [1]).

Инымъ экономическимъ характеромъ, чѣмъ купля-продажа, т.-е. обмѣнъ товара на деньги, отличается *мѣна*—обмѣнъ *товара* на *то-*

[8]) R. G. E., т. 10, стр. 126.

[9]) R. G. E., т. 6, стр. 152.

[10]) Обыкновенно такой отказъ признается безусловно дѣйствительнымъ.

[11]) Торговыя сдѣлки не могутъ быть оспариваемы на основаніи laesio enormis: H. G. B., Art. 286. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи § 138, Abs. 2.

[12]) Ср. выше § 41, прим. 10; Regelsberger въ Archiv für civ. Praxis, т. 50, статья 2.

[13]) H. G. B., Art. 354—359.

[1]) Tit. Dig. de rerum permutatione. 19. 4; Cod. 4. 64; Bernhöft въ Bekker und Fischer: Beiträge zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, книжка 12; Damm de Seydewitz: De permutatione, Hallische Inaug-dissert., 1868.

варъ. Купля-продажа имѣетъ строго дѣловой характеръ и является наиболѣе важной и распространенной сдѣлкой въ гражданскомъ оборотѣ; мѣна же—явленіе случайное и часто не имѣетъ дѣлового значенія. Поэтому римская юриспруденція въ періодъ своего высшаго развитія—въ противоположность древнѣйшему ученію Сабиніанцевъ—строго различала куплю-продажу отъ мѣны. Послѣдняя, какъ таковая, не давала еще права на искъ, а имѣла характеръ безымяннаго договора—contractus innominatus [2]). Въ силу этого только тотъ контрагентъ, который уже исполнилъ свое обязательство, могъ чрезъ actio praescriptis verbis требовать передачи вымѣненнаго товара. Сверхъ того онъ имѣлъ право путемъ condictio требовать возвращенія уже переданнаго имъ предмета.

Такъ какъ, по современному праву, всѣ договоры снабжены исковою защитою, то вышеприведенный порядокъ уже устарѣлъ. Нынѣ можно непосредственно на основаніи договора мѣны требовать его исполненія. Если же истецъ самъ еще не исполнилъ обязательства или не выражаетъ своей готовности къ исполненію, то ему можетъ быть противопоставлена exceptio non adimpleti contractus. На этомъ основаніи требованіе возвращенія товара, отданнаго въ обмѣнъ, допускается лишь при тѣхъ же условіяхъ, при которыхъ можно отказаться отъ купли-продажи [3]).

Далѣе, изъ общаго понятія мѣны слѣдуетъ, что съ момента заключенія договора каждая сторона несетъ рискъ за ту вещь, которая ей была обѣщана, и что ей съ того же момента принадлежитъ и вся прибыль отъ этой вещи.

При мѣнѣ обѣ стороны пользуются всѣми правами и несутъ всѣ обязанности продавца. Это относится, главнымъ образомъ, къ эвикціи [4]), отвѣтственности за недостатки вещи [5]) и къ laesio enormis.

Уже римляне установили, что при мѣнѣ каждая сторона обязана предоставить своему контрагенту *собственность* на предметъ договора [6]). Въ этомъ и заключалось нѣкоторое отличіе мѣны отъ купли-

---

[2]) l. 1, § 2. D. h. t. 19. 4; ср. выше §§ 7 и 8.

[3]) Ср. выше § 8, прим. 5.

[4]) Ср. также выше § 99, прим. 33.

[5]) l. 2. D. h. t. 19. 4. Такъ какъ при мѣнѣ нѣтъ „покупной платы“, то и нельзя требовать ея уменьшенія; можно только просить о расторженіи сдѣлки и возмѣщеніи убытковъ въ тѣхъ случаяхъ, когда это имѣетъ мѣсто и при куплѣ-продажѣ. Bernhöft, loc. cit., стр. 30.

[6]) l. 1, pr. D. h. t. 19. 4.

продажи; нынѣ же этотъ принципъ примѣняется одинаково и къ мѣнѣ, и къ куплѣ-продажѣ [7]).

II. Игра и пари.

§ 104. Игра [1]).

Подъ *игрой* разумѣется соглашеніе о выигрышѣ и проигрышѣ подъ противоположными условіями, ради удовлетворенія страсти участниковъ къ игрѣ; другими словами, это — стремленіе, рискуя, получить прибыль и провести въ такомъ занятіи время.

Игра представляетъ противоположность серьезнымъ занятіямъ, приносящимъ пользу культурной жизни всего общества. Она не только совершенно безполезна, но часто вызываетъ даже положительный вредъ, такъ какъ при игрѣ безъ удержу подрывается благосостояніе отдѣльныхъ личностей, а иногда и цѣлаго круга лицъ.

Вслѣдствіе этого всѣ сдѣлки, заключенныя ради игры на деньги или на денежныя цѣнности, считались въ Римѣ ничтожными и были даже наказуемы, по крайней мѣрѣ, до Юстиніана [2]). Онѣ не могли служить основаніемъ исковъ, и уплаченное по нимъ можно было потребовать обратно, при чемъ на этотъ случай была установлена особая давность въ 50 лѣтъ [3]). Законъ разрѣшалъ и даже поощрялъ только нѣкоторыя физическія состязанія; здѣсь допускались и иски на суммы, не превышающія опредѣленнаго размѣра.

Въ настоящее время законъ караетъ игру уголовными наказаніями при наличности извѣстныхъ предположеній, главнымъ образомъ въ случаѣ профессіональнаго занятія азартными играми [4]). Сдѣлки по такой игрѣ, какъ противныя добрымъ нравамъ, ничтожны, и потому уплаченное по нимъ можно требовать обратно [5]).

---

[7]) См. выше, § 99, прим. 31. Гражд. улож. для германск. имперіи § 515 содержитъ лишь слѣдующее опредѣленіе: Къ мѣнѣ соотвѣтственно примѣняются постановленія о куплѣ.

[1]) Tit. D. de aleatoribus. 11. 5 и Cod. de aleae lusu. 3. 43 несомнѣнно основаны на leges restitutae; Wilda въ Zeitschrift für deutsches Recht, т. 8, статья 8; Bruck: Ueber Spiel und Wette, 1868; Krügelstein: Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette, 1869; Schuster: Das Spiel im deutschen Rechte, 1878; Schönhardt: Alea: Ueber die Bestrafung des Glücksspieles im älteren römischen Rechte, 1885.

[2]) l. 2, § 1. D. h. t.

[3]) l. 1, § 2. C. h. t. 3. 43.

[4]) Strafgesetzbuch, §§ 284 и 360, 14.

[5]) См. Seuffert: Archiv, т. 50, казусъ 164.

Но и такія игры, которыя *не влекутъ за собою наказанія*, стоятъ внѣ области права. Поэтому нельзя предъявить *искъ* о выигрышѣ, нельзя совершить принудительный *зачетъ* его [6]). Впрочемъ заплаченнаго по случаю игры нельзя требовать *обратно* [7]).

Отсутствіе исковой силы влечетъ за собою необходимость точно разграничить игру отъ другихъ сдѣлокъ, болѣе или менѣе сходныхъ съ нею.

Особое сходство наблюдается между игрой и *пари*. По мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ, отличительнымъ признакомъ игры слѣдуетъ признать то обстоятельство, что исходъ ея обусловливается *дѣятельностью* сторонъ; въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ подобной дѣятельности нѣтъ, мы имѣемъ дѣло съ пари.

Но съ этимъ невозможно согласиться, такъ какъ азартныя игры происходятъ нерѣдко безъ всякаго активнаго участія игроковъ. Здѣсь, напротивъ, рѣшающее значеніе имѣетъ намѣреніе сторонъ — устроить игру или заключить пари [8]).

---

[6]) Windscheid, т. 2, § 419, считаетъ не только дозволенными, но даже снабженными *исковой защитой* „всѣ тѣ игры, которыя имѣютъ цѣлью развлеченіе общества, поскольку онѣ не преступаютъ предѣловъ этой цѣли". Въ подтвержденіе этого Windscheid напоминаетъ о нѣкоторыхъ играхъ, неизвѣстныхъ, впрочемъ, нашему времени, но, по римскому праву, считавшихся дозволенными и служившихъ основаніемъ для иска. Но исковая сила этихъ игръ объясняется тѣмъ, что онѣ признавались заслуживающими всякаго поощренія. Единственная дозволенная въ Римѣ игра—quod in convivio vescendi causa ponitur—требовала „ставокъ" и едва ли могла служить основаніемъ для иска, l. 4, pr. D. h. t. 11. 5. Развлеченіе общества, какъ цѣль игры, не требуетъ, чтобы послѣдняя была снабжена исковой защитой. Кромѣ того, это противорѣчило бы историческому развитію института игры со времени среднихъ вѣковъ. Stobbe: Privatrecht, т. 3, § 194. Нашего взгляда держится гражд. улож. для герман. имперіи § 762, Abs. 1.

[7]) Такова по крайней мѣрѣ точка зрѣнія германскаго права. Она раздѣляется и гражд. уложеніемъ для герман. имперіи. Само собою разумѣется, что въ случаѣ мошенничества и обмана обратное требованіе не исключается. Не допускается также обратное требованіе вещей, предоставленныхъ выигравшему вмѣсто денежнаго платежа. Что же касается обязательствъ или векселей, выданныхъ по случаю игры, то они могутъ быть оспорены указаніемъ на основаніе ихъ выдачи. То же самое опредѣляетъ и гражд. улож. для герман. имперіи § 762, Abs. 2.

[8]) Thöl: Handelsrecht, т. 1, § 304 защищаетъ положеніе, что безъ дѣятельности игроковъ нѣтъ игры. Онъ пари усматриваетъ тамъ, гдѣ контрагенты, случайно замѣтивъ двухъ улитокъ ползущихъ рядомъ, побились объ закладъ, которая изъ нихъ раньше достигнетъ цѣли; если же участники нарочно помѣстили этихъ улитокъ рядомъ на столъ, то это считается игрой. Таково же мнѣнія и Stobbe: Privatrecht, т. 3, § 193, I. Противъ него высказываются Wilda, loc. cit., стр. 208, Windscheid, т. 2, § 419, прим. 3. Lehmann bei Stobbe 3. A. § 243 и R. G. E., in Strafsachen, т. 7, стр. 21; согласно съ этимъ имперскій судъ разсматриваетъ какъ запрещенную азартную игру участіе въ тотализаторѣ

Необходимо, конечно, чтобы намѣреніе это опредѣлялось не только субъективно, но и обнаружилось объективно—въ условіяхъ и правилахъ относительно выигрыша и проигрыша. Что стороны по чисто субъективному намѣренію хотѣли предаваться игрѣ, не считается еще достаточнымъ основаніемъ для квалификаціи какъ игры такой сдѣлки, которая является по своему назначенію совершенно серіозной. Это могло бы сильно поколебать прочность оборота. Вслѣдствіе такихъ соображеній, напр., биржевая покупка на срокъ обладаетъ исковой силой. Хотя она часто можетъ служить и дѣйствительно служитъ цѣлямъ игры, но въ то же время она можетъ имѣть серіозное дѣловое значеніе [9]) [10]).

По общегерманскому праву не имѣетъ особаго значенія категорія такъ наз. *алеаторныхъ сдѣлокъ* или *сдѣлокъ на рискъ*. Сюда относятся, между прочимъ, пари, emptio spei [11]), даже договоры о страхованіи. Въ нихъ есть одна черта, общая съ игрой,—рискъ, такъ какъ самое существованіе притязанія одной стороны или его объемъ зависятъ отъ неизвѣстныхъ случайностей, при чемъ эквивалентъ остается неизмѣннымъ. Поскольку же эти сдѣлки преслѣдуютъ серіозныя цѣли, онѣ не могутъ быть разсматриваемы какъ игра.

§ 105. Пари.

Хотя игра была запрещена въ Римѣ, но пари — sponsio въ спеціальномъ смыслѣ — допускалось, обладало исковой силой и съ

на скачкахъ и конскихъ бѣгахъ, гдѣ ставится на всѣхъ бѣгущихъ лошадей, всю же сумму ставокъ выигрываетъ тотъ, кто ставилъ на побѣдившую лошадь.

[9]) Напротивъ, игрой считаются „сдѣлки на разницу“, при которыхъ имѣется въ виду лишь платежъ разницы между курсами опредѣленныхъ дней, напр., послѣдняго числа мѣсяца и дня заключенія сдѣлки. Иногда изъ обстоятельствъ дѣла выясняется, что сдѣлка, названная куплей, по существу является настоящей сдѣлкой на разницу. См. Dreyer въ sächs. Archiv für bürg. Recht und Prozess, т. 2, стр. 401; Wiener: Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtsprechung, 1893; Simon: Klagbarkeit der Differenzgeschäfte въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 41, стр. 455; Leist въ Archiv für civ. Praxis, т. 83, статья 2. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 764 и въ особенности герман. законъ о биржахъ отъ 22 Іюня 1896 г. §§ 66, 69.

[10]) Если одно лицо оказываетъ другому кредитъ, зная о томъ, что сдѣлка заключается лишь съ цѣлью получить средства, необходимыя для игры, то право на основаніи этой сдѣлки отказываетъ въ искѣ, l. 2, § 1. D. quarum rerum actio. 44. 5. Иного взгляда Windscheid, т. 2, § 420, прим. 7. Впрочемъ, это опредѣленіе упразднено гражд. уложеніемъ для герман. имперіи.

[11]) l. 8, § 1. D. de contr. empt. 18. 1 привед. выше § 94, прим. 14.

[1]) l. 17, § 5. D. de praescr. verb. 19. 5; Stobbe: Privatrecht, т. 3, § 193,

древнѣйшихъ временъ очень часто встрѣчалось на практикѣ. Исковая сила пари сохранилась и въ общегерманскомъ правѣ [1]).

Какъ при игрѣ, такъ и въ случаѣ пари дѣло идетъ о рискѣ и выигрышѣ при противоположныхъ условіяхъ. Но различіе заключается въ цѣляхъ. Пари встрѣчается при столкновеніи противоположныхъ мнѣній; его цѣль—подкрѣпленіе этихъ мнѣній, равно какъ и разрѣшеніе спора. Поэтому снабженіе его исковою силою можетъ отвѣчать вполнѣ справедливымъ стремленіямъ [2]). Конечно, оно не должно прикрывать своимъ названіемъ игру; подобное фиктивное пари абсолютно ничтожно [3]). Не имѣетъ также значенія пари, заключаемое по случаю игры [4]).

При чрезмѣрности суммы, на которую заключено пари, судъ имѣетъ право понизить ее [5]), такъ какъ въ этомъ случаѣ пари переходитъ въ игру и поэтому противорѣчитъ добрымъ нравамъ [6]).

III. Дареніе. Мировая сдѣлка.

§ 106. Понятіе даренія [1]) [2]).

Очень многія сдѣлки являются въ сущности актами щедрости, т. е. добровольнымъ предоставленіемъ имущественныхъ выгодъ; сюда

прим. 18. Гражд. улож. для герман. имперіи § 762 слѣд. разсматриваетъ пари какъ игру.

[2]) Въ римскомъ правѣ sponsiones отчасти замѣняли собою современные иски о признаніи правоотношеній—Anerkennungsklagen.

[3]) См. выше § 104, прим. 8.

[4]) l. 3. D. de aleatoribus. 11. 5. Въ Римѣ при поощряемыхъ состязаніяхъ это правило не примѣнялось; но подобное исключеніе едва ли распространяется на современныя „дозволенныя“ игры.

[5]) Пари à coup sûr, при которомъ одинъ изъ участниковъ имѣетъ *особенно надежныя основанія* справедливости своего утвержденія и скрываетъ это отъ другого, является обманомъ и потому должно считаться ничтожнымъ. Впрочемъ, многіе изъ новѣйшихъ ученыхъ не раздѣляютъ этого взгляда. Въ частности Keller: Pandekten, § 229, признаетъ наличность злаго умысла только въ томъ случаѣ, когда участникъ притворяется незнающимъ какой либо вполнѣ установленный фактъ. Но, кажется, нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній надѣлять подобное сомнительное пари исковой силой.

[6]) За это Thöl: Handelsrecht, т. 1, § 305, стр. 102, противъ—Stobbe, loc. cit., т. 3, § 193, II, 3, прим. 24 и Windscheid, т. 2, § 420, прим. 1.

[1]) Tit. Inst. de donationibus. 2. 7; D. 39. 5; C. 8. 53; Meyerfeld: Die Lehre von den Schenkungen, т. 1, 1835, т. 2, отд. 1, 1837; Savigny: System, т. 4, стр. 1—297; Bekker: Pandekten, т. 2, §§ 102 и слѣд.; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 87.—Burckhard: Zum Begriff der Schenkung 1899, Burckard zu Fr. Vaticana 269 Beitrag zur Lehre von Schenkung und Dos in den Festgaben für Dernburg 1900. Заслуживаетъ вниманія также Reatz: Die Schenkungen въ Gutachten aus dem Anwaltstand über den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches, книжка 3, стр. 163. Въ русской литературѣ см. Умовъ: Дареніе, его понятіе, характеристическія черты и мѣсто въ системѣ права, 1876.

относятся, напр., безвозмездная ссуда, принятіе поклажи [3]), наслѣдственные отказы. Но особенное значеніе имѣетъ *дареніе*—donatio, т. е. *безвозмездное предоставленіе имущества посредствомъ договора.*

Дареніе не всегда соотвѣтствуетъ требованіямъ нравственности и экономическому прогрессу. Оно нерѣдко производится опрометчиво, подъ вліяніемъ минутнаго увлеченія, а иногда даже подъ нравственнымъ давленіемъ лица, эксплуатирующаго слабость дарителя. Очень часто вслѣдъ за дареніемъ возникаетъ раскаянье, въ особенности если одаренный отплачиваетъ неблагодарностью, или если имущественное положеніе дарителя измѣняется. Нерѣдко также даренія вызываются неблаговидными расчетами. Вотъ почему право и подвергаетъ эту сдѣлку различнымъ ограниченіямъ [4]).

Въ понятіе даренія входятъ слѣдующіе моменты:

1. *Предоставленіе одаряемому извѣстной цѣнности насчетъ*

---

[2]) Мѣсто, занимаемое дареніемъ въ системѣ гражданскаго права, не установилось. Институціи Юстиніана причисляютъ его къ способамъ пріобрѣтенія права собственности и ставятъ на ряду съ *пріобрѣтательною давностью*; того же порядка держались раньше всѣ систематики. Но многіе новѣйшіе ученые включаютъ этотъ институтъ въ обязательственное право, такъ какъ особенно важное значеніе имѣютъ возникающія изъ него обязанности. Наконецъ нѣкоторые авторы какъ напр., Puchta: Pandekten, § 53 и Savigny, loc. cit., стр. 3, разсматриваютъ дареніе въ общей части; оно де отличается общимъ характеромъ, подъ который можно подвести самыя разнородныя юридическія сдѣлки; такимъ образомъ, по ихъ мнѣнію, дареніе не представляетъ собою „отдѣльной, самостоятельной юридической сдѣлки". Все затрудненіе заключается въ свойствѣ самаго вопроса. И римская, и современная систематика распредѣляютъ права по *ихъ юридическому облику* и говорятъ въ этомъ смыслѣ о собственности, сервитутахъ, правахъ требованія и т. п. Особенность же даренія не въ его юридическомъ обликѣ, который дѣйствительно можетъ быть самый разнообразный, но въ его особой *экономической цѣли.* Оно поэтому характеризуется такимъ свойствомъ, которое чуждо принципу, лежащему въ основѣ системы права. Здѣсь именно сталкиваются разнородныя основанія классификаціи. Но такъ какъ начало системы можно усмотрѣть лишь въ одномъ принципѣ, то отклоненіе отъ строгой систематизаціи является въ данномъ случаѣ неизбѣжнымъ. См. Burckhard: Die Stellung der Schenkung im Rechtssystem, 1891 и указанныхъ тамъ авторовъ.

[3]) И эти акты щедрости называются дареніями въ болѣе широкомъ смыслѣ. См. Savigny, loc. cit., стр. 13 и привед. имъ цитаты изъ источниковъ.

[4]) Savigny, loc. cit., стр. 1 и слѣд. видитъ въ дареніи въ тѣсномъ смыслѣ что-то вполнѣ *положительное.* Согласно его опредѣленію, дареніе представляетъ собою такую юридическую сдѣлку, на которую распространяются спеціальныя ограниченія, установленныя закономъ для даренія. Такого же мнѣнія Windscheid, § 367, прим. 5 a; Arndts, § 80, прим. 4. Но это опредѣленіе намъ кажется неправильнымъ. Даренія, вызывающія уменьшеніе имущества дарителя, имѣютъ особенное значеніе для него самаго, его семьи, его вѣрителей. Съ экономической и соціальной точки зрѣнія они являются своеобразными сдѣлками и благодаря этому подчиняются особымъ правиламъ.

дарителя [5]). Способы совершенія могутъ быть самые разнообразные: передача тѣлесныхъ вещей, предоставленіе владѣнія или права на чужую вещь—jus in re aliena, уступка обязательственнаго требованія, отказъ отъ какого-либо права, дарственное обѣщаніе [6]).

Допускается также дареніе *всего имущества*, какъ настоящаго, такъ и будущаго [7]). Такая сдѣлка не считается универсальнымъ преемствомъ, а совершается путемъ передачи каждой отдѣльной вещи, которая входитъ въ составъ имущества. Поэтому, несмотря на дареніе, даритель продолжаетъ отвѣчать лично за свои долги; отвѣтственность передъ кредиторами дарителя переходитъ на одареннаго лишь въ томъ случаѣ, если онъ самъ возьметъ ее на себя. Но даритель въ правѣ или требовать отъ отдареннаго освобожденія отъ долговъ, или заранѣе удержать сумму, необходимую для ихъ погашенія [8]) [9]).

---

[5]) Болѣе узкое опредѣленіе даютъ источники при запрещеніи дареній между супругами. См. ниже § 108, 2—l. 5, § 8. D. de don. inter vir. et uxor. 24. 1. Ulpianus libro 32 ad Sabinum... definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem; см. l. 5, § 16, l. 25. D. eod. Гражд. улож. для герман. имперіи § 516, Abs. 1 гласитъ: Актъ предоставленія имущества, которымъ одно лицо обогощаетъ другое, признается дареніемъ, если обѣ стороны согласны въ томъ, что предоставленіе совершается безвозмездно.—Впрочемъ, такое опредѣленіе едва ли правильно. Если кто-либо, напр., очищая мѣсто для постройки, разрѣшаетъ своему сосѣду увезти изъ своего сада землю, то онъ этимъ не совершаетъ даренія, несмотря на то, что предоставленіе является безвозмезднымъ, и что сосѣдъ вслѣдствіе его обогатился.

[6]) См. Meyerfeld, loc. cit., т. 1, стр. 93; Savigny, loc. cit., стр. 105. Говорятъ, что дарения происходятъ „dando“, „promittendo“, „liberando“. — Относительно отказа отъ даренія, см. выше, § 65 in fine.

[7]) Savigny, loc. cit., стр. 14, утверждаетъ, что дареніе всего будущаго имущества по римскому праву считалось недѣйствительнымъ, такъ какъ подъ нимъ могъ скрываться договоръ о будущемъ наслѣдствѣ; по современному же праву онъ признаетъ подобную сдѣлку вполнѣ возможной. Это второе положеніе всѣми принято безъ возраженія—ср. R. G. E., т. 18, стр. 180; относительно же перваго существуетъ споръ, см. Windscheid, т. 2, § 368, прим. 9. По гражд. улож. для герман. имперіи § 310 договоръ, въ силу котораго одинъ изъ участниковъ обязуется передать все свое будущее имущество или часть будущаго имущества или обременить его правомъ чужаго пользованія, недѣйствителенъ. Договоръ же, по которому одинъ изъ участниковъ обязуется передать свое наличное имущество, дѣйствителенъ, но подобное соглашеніе должно быть облечено въ форму судебнаго или нотаріальнаго акта; ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 311.

[8]) l. 28. D. de donationibus. 39. 5; l. 72, pr. D. de jure dotium. 23. 3.

[9]) Запрещеніе дареній между супругами не распространяется на отреченіе одного супруга въ пользу другого отъ представляющейся выгоды, въ частности отъ наслѣдства или наслѣдственнаго отказа—l. 5, §§ 13 и 14, l. 31, § 7. D. de donat. inter vir. et uxor. 24. 1, такъ какъ отъ этого даритель не становится бѣднѣе.

Безвозмездное предоставленіе пользованія вещью само по себѣ не составляетъ даренія, такъ какъ не является уменьшеніемъ имущества дарителя. Впрочемъ, если такое пользованіе имѣетъ характеръ правильнаго извлеченія доходовъ, напр., отдача дома съ квартирами въ безвозмездное пользованіе на продолжительный срокъ, — то мы дѣйствительно имѣемъ дѣло съ дареніемъ [10]) [11]).

2. Требуется, чтобы дареніе исходило изъ желанія *обогатить одаряемаго безвозмездно*—animus donandi [12]). При этомъ безразлично, что́ является мотивомъ такого желанія: симпатія ли къ лицу и благородство, или хвастовство и даже безнравственныя побужденія, напр., желаніе снискать расположеніе вліятельнаго и нужнаго лица.

Animus donandi состоитъ въ прямомъ намѣреніи дарителя, которое должно быть высказано. Если же это намѣреніе не было выражено съ достаточною опредѣленностью, то наличность даренія не предполагается; въ этомъ случаѣ обыкновенно допускается condictio sine causa, а при извѣстныхъ обстоятельствахъ — actio negotiorum gestorum [13]).

Впрочемъ, съ извѣстной точки зрѣнія и подобныя отреченія имѣютъ характеръ даренія; Reatz, loc. cit. Иного мнѣнія держался Дернбургъ въ 1 изданіи этого учебника; см. и Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 612; Hölder: Pandekten, § 55 и гражд. улож. для герман. имперіи § 517.

[10]) l. 9, pr. D. h. t. 39. 5; Savigny, loc. cit., стр. 32.

[11]) Согласно l. 23, pr. D. h. t. 39. 5 прощеніе или уменьшеніе будущихъ, еще не уплоченныхъ процентовъ не считается дареніемъ.

[12]) l. 1, pr. D. h. t. 39. 5. Julianus libro 17 digestorum... propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. Reatz справедливо выступаетъ противъ господствующаго взгляда, по которому animus donandi отождествляется съ желаніемъ *обогатить* контрагента. Если, напр., кто-либо совершаетъ дареніе въ пользу лѣтнихъ колоній для больныхъ дѣтей, то такой даръ въ сущности ни кого не обогащаетъ. Относительно causa donandi см. Lenel въ Archiv für civ. Praxis, т. 74, стр. 230. См. также R. G. E., т. 14, стр. 193.

[13]) Въ этомъ смыслѣ не лишено справедливости положеніе: „даренія не предполагаются“. См. l. 33, l. 44. D. de neg. gest. 3. 5. Тѣмъ не менѣе при извѣстныхъ обстоятельствахъ можно предположить дареніе тамъ, гдѣ кто-либо совершаетъ опредѣленное дѣйствіе, не будучи къ тому обязанъ. Въ этомъ смыслѣ высказывается Папиніанъ libro 10 responsorum, l. 29, pr. D. h. t. 39. 5: „Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur“. Windscheid, т. 2, § 365, прим. 4, полагаетъ, что приведенная здѣсь цитата даетъ „крайне неточное опредѣленіе: вѣдь при такомъ взглядѣ пришлось бы, напр., и предоставленіе займа признать за дареніе“. Но Папиніанъ здѣсь вовсе не имѣлъ въ виду дать точное опредѣленіе самого института даренія.

3. Для даренія требуется договоръ между дарителемъ и одаряемымъ [14]).

Правда, дареніе можетъ совершаться *предоставленіемъ* имущественной выгоды и безъ согласія одаряемаго, напр., *платежомъ* долга его вѣрителю. Но дареніе возникаетъ здѣсь только въ томъ случаѣ, если одаряемый впослѣдствіи согласится на это, что́, впрочемъ, можетъ произойти и молчаливо. Если же одаренный отклонитъ дареніе, то онъ становится должникомъ дарителя, которому предоставляется condictio sine causa.

4. Обыкновенно различаютъ слѣдующіе особенные виды дареній:

a) *donatio remuneratoria*, въ *награду* за услуги, оказанныя одаряемымъ дарителю, третьимъ лицамъ или обществу [15]). Но такія даренія большею частью ничѣмъ не отличаются отъ другихъ.

b) Особую категорію составляютъ лишь *даренія на случай смерти*— mortis causa donationes, совершаемыя подъ условіемъ, что *одаряемый переживетъ дарителя*. Они имѣютъ большое сходство съ отказами и во многихъ частностяхъ обсуждаются по общимъ съ ними правиламъ [16]).

---

[14]) l. 19, § 2. D. h. t. 39. 5. Ulpianus libro 76 ad edictum: Non potest liberalitas nolenti adquiri. См. затѣмъ приведенную въ выпускѣ II, § 44, прим. 9, l. 18. D. de reb. cred. 12. 1; см. также Cicero: Topica, cap. 8, „neque donationem sine acceptatione intelligi posse“. Burckhard: Ueber Schenkungsannahme, 1892. Впрочемъ, нельзя не признать, что относительно даннаго вопроса римская юриспруденція не установила общаго, всѣми принятаго принципа. Pernice въ Zeitschrift der Savignystift. rom. Abtheilung, т. 9, стр. 215; Bekker, т. 2, стр. 182. Гражд. улож. для герман. имперіи также признаетъ дареніе договоромъ; ср. § 516, Abs. 2.

[15]) Harburger: Die remuneratorische Schenkung, 1875. Это сочиненіе содержитъ историко-догматическое изложеніе вопроса. G. Blume: Die remuneratorische Schenkung, Freiburger Inaug-dissert., 1890. Подробности относительно этихъ дареній см. ниже, § 108 in fine.

[16]) Многіе разсматриваютъ какъ особый „видъ“ даренія и такъ наз. donatio sub modo. Но это также неправильно, какъ если бы кто считалъ за особые виды дареній срочныя даренія или даренія подъ условіемъ. Относительно donatio sub modo, см. Pernice: Labeo, т. 3, стр. 196; Lenel въ Archiv für civ. Praxis, т. 79, стр. 75. Особыми видами даренія являются „общепринятыя“ даренія прислугѣ, третьимъ лицамъ и роднымъ по случаю праздниковъ. Ихъ слѣдовало бы разсматривать совершенно отдѣльно. Но въ римскомъ правѣ они не играютъ ровно никакой роли. См. Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 621. Иной точки зрѣнія держится гражд. улож. для герман. имперіи § 534: Даръ, совершенный во исполненіе нравственной обязанности или ради соблюденія требованій приличія, не можетъ быть потребованъ обратно и не подлежитъ отмѣнѣ. Ueber das negotium mixtum cum donatione ср. Lammfromm: Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, 1897, стр. 132.

§ 107. Обязанности, возникающія изъ даренія.

1. Вмѣсто прямой передачи права собственности даренія очень часто совершаются путемъ *дарственнаго обѣщанія*.

Въ классическомъ римскомъ правѣ для совершенія подобныхъ дареній необходима была стипуляція. Но Юстиніанъ призналъ достаточнымъ простой неформальный договоръ [1]); впрочемъ, эта реформа не распространялась на болѣе крупныя даренія, относительно которыхъ дѣйствовали особыя правила.

Исполненіе подобнаго обѣщанія подарить разсматривается какъ *погашеніе долга*, но отнюдь не какъ самостоятельное дареніе.

Къ обязательствамъ, вытекающимъ изъ обѣщанія подарить, право относится съ особымъ снисхожденіемъ:

a) Въ случаѣ промедленія въ исполненіи обязательства даритель не платитъ процентовъ [2]).

b) Онъ пользуется beneficium competentiae, и притомъ такимъ образомъ, что сначала изъ его активнаго имущества вычитаются всѣ его долги вообще, послѣ чего ему еще оставляются необходимыя средства для существованія [3]).

2. Дареніе обязываетъ дарителя отвѣчать предъ одареннымъ лишь за dolus и culpa lata [4]). Въ частности, онъ долженъ возмѣстить послѣднему всѣ убытки, если онъ умышленно или по грубой небрежности подарилъ ему *чужую* вещь или же вещь съ *недостатками*. Отсюда вытекаетъ обязанность вознаградить одареннаго за сдѣлан-

---

[1]) l. 35, § 5 и слѣд. C. h. t. 8. 53; § 2. I. h. t. 2. 7.

[2]) l. 22. D. h. t. 39. 5. Windscheid, т. 2, § 366, прим. 4. Впрочемъ, процессуальные проценты не считаются процентами ex mora, а потому они должны быть уплочены и дарителемъ. Исключеніе процентовъ ex mora при дареніяхъ исторически объясняется тѣмъ, что искъ изъ дарственной стипуляціи считался искомъ stricti juris. Но это не единственное основаніе ихъ исключенія; послѣднее сверхъ того оправдывается и требованіями справедливости; вслѣдствіе этого прежнее правило дѣйствуетъ и теперь, хотя искъ утратилъ свой прежній характеръ stricti juris. Того же взгляда держится и гражд. улож. для герман. имперіи § 522.

[3]) См. выше § 57. Гражд. улож. для герман. имперіи § 519 гласитъ: Даритель въ правѣ уклониться отъ исполненія дарственнаго обѣщанія, поскольку онъ, принимая въ разчетъ остальныя его обязательства, не можетъ исполнить обѣщаннаго иначе, какъ лишая себя возможности вести соотвѣтствующій его общественному положенію образъ жизни, или въ ущербъ исполненію лежащихъ на немъ, по закону, обязательствъ доставлять пропитаніе другимъ лицамъ. При столкновеніи притязаній нѣсколькихъ одаренныхъ лицъ предпочтеніе отдается тому притязанію, которое возникло раньше.

[4]) Съ этимъ соглашается и гражд. улож. для герман. имперіи § 521.

ныя имъ на такую вещь затраты и издержки, возмѣстить ему въ случаѣ эвикціи судебныя пошлины и расходы за веденіе дѣла; наконецъ, даритель отвѣчаетъ, если вслѣдствіе недостатковъ подаренной вещи испортилось имущество одареннаго.

При отсутствіи подобной небрежности даритель не отвѣчаетъ ни за эвикцію, ни за недостатки вещи, при чемъ безразлично, была ли эта вещь подарена непосредственно или же предоставлена одаренному во исполненіе дарственнаго обѣщанія [5]) [6]).

---

[5]) Относительно эвикціи при дареніяхъ см. Thibaut: Die Verpflichtung des Schenkers zur Evictionsleistung въ его civ. Abhandlungen, т. 6, статья 4, Bekker въ его и Muthers Jahrb., т. 6, стр. 245.

[6]) l. 18, § 3. D. h. t. 39. 5. Ulpianus libro 71 ad edictum: Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit. l. 2. C. de evictionibus. 8. 44; Pauli sent., V, 11, § 5. Очень споренъ вопросъ, имѣетъ ли это устраненіе отвѣтственности дарителя за эвикцію общее значеніе или нѣтъ. Многіе новѣйшіе ученые устанавливаютъ эту отвѣтственность при обѣщаніи подарить вещи опредѣленныя лишь родовыми признаками (genus). Въ особенности Vangerow, т. 3, § 610, прим. 2 утверждаетъ, что въ случаѣ отнятія такой вещи путемъ эвикціи у одареннаго исполненіе обѣщанія считается несостоявшимся, такъ что даритель долженъ представить другой предметъ того же рода—ejusdem generis. Windscheid же, т. 2, § 366, прим. 8, признаетъ обязанность дарителя по выбору одареннаго или представить другую вещь, или же возмѣстить весь интересъ. Но въ источникахъ не встрѣчается указаній на отвѣтственность подобнаго рода, ибо вопреки Vangerow'y отношеніе l. 46. D. de leg. I къ дарению остается недоказаннымъ. Нѣтъ также и внутреннихъ логическихъ основаній для подобной отвѣтственности. Противники нашего взгляда производятъ свои заключенія чисто формально изъ общаго характера обязательства, направленнаго на предметы, опредѣленные лишь родомъ, не обращая вниманія на особенности дарения. Допустимъ, напр., кто-либо обѣщаетъ подарить верховую лошадь какъ genus, покупаетъ ее bona fide и передаетъ одаряемому. Было бы крайне сурово обязать его представить другую лошадь или же вознаградить одареннаго за весь интересъ, если впослѣдствіи къ несчастію окажется, что эта лошадь принадлежитъ третьему лицу, которое эвинцируетъ ее. Само собою разумѣется, что даритель будетъ ссылаться на то, что онъ отвѣчаетъ лишь за dolus и culpa lata, и что нельзя же предполагать у него намѣренія взять на себя отвѣтственность болѣе строгаго характера. И рѣшеніе суда покажется ему окончательно непонятнымъ, когда онъ услышитъ, что былъ бы свободенъ отъ всякой отвѣтственности, если бы раньше купилъ лошадь, а затѣмъ уже подарилъ ее какъ species. Противъ господствующаго мнѣнія высказывается и Bekker, loc. cit., стр. 245; но съ его собственными выводами согласиться невозможно. По гражд. улож. для герман. имперіи §§ 523, 524, даритель обязанъ возмѣстить одаренному причиненный ему ущербъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ умышленно умолчитъ о порокахъ права или о недостаткахъ подаренной вещи. Однако существуютъ особыя опредѣленія на тотъ случай, если даритель обѣщалъ представить предметъ, который ему самому еще предстояло пріобрѣсти и который былъ опредѣленъ лишъ родовыми признаками.

§ 108. Ограниченіе дареній.

Правила, ограничивающія даренія, касаются не только формы ихъ заключенія, но и ихъ содержанія; нѣкоторыя даренія они запрещаютъ совершенно, а въ отношеніи къ другимъ допускаютъ право оспаривать ихъ и требовать возврата.

1) *Для даренія свыше 500 solidi было установлено засвидѣтельствованіе на судѣ* [1]), съ одной стороны, съ той цѣлью, чтобы дать дарителю время еще подумать о замышляемомъ дареніи, съ другой же, чтобы обезпечить публичное доказательство на случай возникновенія споровъ [2]) [3]).

Во время рецепціи римскаго права solidi были замѣнены имперскими дукатами, стоимость которыхъ была приравнена 4 гульденамъ; по современному русскому курсу 500 solidi равняются приблизительно 2160 рублямъ 50 копѣйкамъ.

---

[1]) Marezoll въ Löhrs Magazin, т. 4, стр. 175 и въ Lindes Zeitschrift, т. 1, статья 1, 1828 г.; Bremer: Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen въ Jherings Jahrb., т. 13, статья 3; Herbert Pernice: Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen, Greifswalder Inaug-dissert.

[2]) Въ древнѣйшемъ правѣ по lex Cincia, 550 г. ab urb. cond., были запрещены всѣ болѣе или менѣе *крупныя* даренія въ пользу лицъ, не изъятыхъ изъ этого правила въ самомъ же законѣ. Правда, подобныя запрещенныя даренія не считались совершенно недѣйствительными, но они могли быть оспорены до момента ихъ юридическаго и фактическаго исполненія. Поэтому, въ частности при res mancipi кромѣ совершенія акта mancipatio необходима была еще фактическая передача владѣнія; если же вещь была движимая, то сверхъ этого еще требовалось, чтобы одаренный могъ безусловно выйти побѣдителемъ въ случаѣ предъявленія противъ него interdictum utrubi, т. е. чтобы онъ провладѣлъ majore parte anni". См. Fragm. Vat., §§ 248 и слѣд.; Rudorff: Röm. Rechtsgeschichte, т. 1, стр. 53 и приведенныхъ тамъ авторовъ; Pollack: Schenkungswiderruf, 1886, стр. 17. При христіанскихъ императорахъ всѣ эти постановленія считались уже устарѣлыми, а взамѣнъ стали примѣнять судебное засвидѣтельствованіе, которое лишь Констанцій Хлоръ призналъ обязательной формой на территоріи своего государства. См. Brunner: Zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde, стр. 128. Юстиніанъ освободилъ отъ этой формы сначала даренія до 300 solidi, а затѣмъ и до 500; l. 36, § 3. C. h. t. Законодательство Юстиніана вообще стремилось къ облегченію даренія. Поощрялись, главнымъ образомъ, пожертвованія въ пользу богоугодныхъ заведеній.

[3]) Изъ даримой суммы вычитываются всѣ издержки, возлагаемыя на одареннаго, R. G. E., т. 16, стр. 180; нѣсколько дареній въ пользу одного и того же лица, совершенныя въ разное время, считаются отдѣльно, l. 34, § 3. C. h. t. 8. 53, при чемъ въ соображеніе не принимается, произошло ли это раздѣленіе „in fraudem legis", въ обходъ закона о засвидѣтельствованіи, или же нѣтъ; Pernice, loc. cit., стр. 38. Иного мнѣнія Pfaff: Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere, стр. 85. При оцѣнкѣ принимается во вниманіе моментъ совершенія сдѣлки.

Въ Римѣ засвидѣтельствованіе происходило тѣмъ путемъ, что высказанное дарителемъ передъ судьей словесное заявленіе заносилось дословно въ судебныя книги—acta [4]). Въ настоящее же время это происходитъ или путемъ словеснаго заявленія въ судѣ, о чемъ составляется протоколъ, или черезъ представленіе въ судъ документа о дареніи, содержаніе котораго даритель признаетъ правильнымъ, что́ также заносится въ протоколъ [5]). Участія одаряемаго въ тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя происходятъ на судѣ, не требуется; поэтому само принятіе даренія можетъ происходить и внѣ суда, даже безъ особыхъ формальностей.

Дареніе, превышающее сумму въ 500 дукатовъ, незасвидѣтельствованное на судѣ, недѣйствительно и сохраняетъ законную силу лишь въ размѣрѣ до 500 дукатовъ [6]). Поэтому незасвидѣтельствованное дареніе вещи высшей стоимости влечетъ за собою общую собственность дарителя и одареннаго; впрочемъ, собственникъ большей доли можетъ вознаградивъ сособственника, требовать передачи ему права собственности на всю вещь [7]). Недѣйствительность дареній признается судомъ ex officio.

Предоставленіе ренты не требуетъ засвидѣтельствованія, если каждый отдѣльный платежъ не превышаетъ 500 дукатовъ, и если она назначена на срокъ *либо* до смерти дарителя, *либо* до смерти одаряемаго. Но если рента назначается на болѣе продолжительное и притомъ на неопредѣленное время, то она должна быть засвидѣтельствована, въ противномъ же случаѣ считается недѣйствительной. При предоставленіи ренты на опредѣленное время вопросъ о

---

[4]) l. 25, § 1. C. h. t. 8. 53.

[5]) Относительно современной формы засвидѣтельствованія см. R. G. E., т. 5, стр. 130, т. 6, стр. 181.

[6]) l. 34, § 1. C. h. t. 8. 53.

[7]) Подробности см. въ l. 34, § 2. C. h. t. 8. 53. Самое предоставленіе подареннаго можетъ быть осуществлено путемъ различныхъ сдѣлокъ, въ частности и съ третьими лицами; сдѣлки эти иногда сохраняютъ свою силу не смотря на отсутствіе засвидѣтельствованія. Въ подобныхъ случаяхъ при отсутствіи послѣдняго дарителю противъ одареннаго предоставляется одна лишь condictio sine causa, направленная на возвращеніе всего того, на что́ одаренный обогатился во время предъявленія иска. См. Windscheid, т. 2, § 367, прим. 7. Право на этотъ искъ остается за дарителемъ и въ томъ случаѣ, если онъ почему либо не можетъ воспользоваться первоначально допустимою rei vindicatio.

томъ, требуется ли засвидѣтельствованіе или нѣтъ, рѣшается въ зависимости отъ *суммы* всѣхъ отдѣльныхъ платежей [8]) [9]) [10]).

2. *Даренія между супругами* при ихъ жизни ничтожны, если они дѣлаютъ дарителя бѣднѣе, а одареннаго богаче. Но они пріобрѣтаютъ законную силу, если даритель умретъ во время существованія брака раньше одареннаго.

3. Даритель имѣетъ *право потребовать возврата дара* [11]) [12]):

---

[8]) l. 34, § 4 a. C. h. t. 8. 53. Юстиніанъ опредѣляетъ, что дареніе ренты „intra vitam personarum vel dantis vel accipientis“ не требуетъ засвидѣтельствованія, коль скоро отдѣльные платежи не превышаютъ законнаго максимума; затѣмъ онъ продолжаетъ: „засвидѣтельствованіе всетаки необходимо, sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel qui donationem accipiet“. Briegleb въ Archiv für civ. Praxis, т. 38, статья 6, справедливо утверждаетъ, что въ приведенной цитатѣ слово „vitae“—дательный падежъ и зависитъ отъ adiciatur, а не родительный, въ зависимости отъ слова „tempus“. Засвидѣтельствованіе необходимо,—таковъ смыслъ—если рента распространена или на наслѣдниковъ обоихъ участниковъ, или по крайней мѣрѣ на наслѣдниковъ одного изъ контрагентовъ и вмѣстѣ съ тѣмъ назначается на срокъ, который лежитъ за предѣлами жизни другого. Возраженіе Windscheid'a т. 2, § 367, прим. 6, что въ такомъ случаѣ дареніе ренты должно быть засвидѣтельствовано даже при самомъ незначительномъ продленіи ея за предѣлы жизни участниковъ, едва ли основательно. Вѣдь здѣсь дѣло идетъ о положительныхъ предписаніяхъ, гдѣ подобныя явленія не представляютъ собою ничего страннаго. Поэтому здѣсь нѣтъ никакой надобности въ измѣненіи текста, напр., во вставкѣ слова „non“, что̀ предлагалъ Куяцій, ссылаясь на текстъ Базиликъ. Ошибочны также толкованія Zoll'a въ Jherings Jahrb., т. 14, статья 8, и Pernice, loc. cit., стр. 59. Ихъ предположеніе, будто слова „vel dantis vel accipientis“ значатъ „et dantis et accipientis“, по нашему мнѣнію, неправильно. См. еще Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 616, прим. 10. При одновременномъ дареніи нѣсколькимъ лицамъ рѣшающее значеніе имѣетъ не сумма всѣхъ дареній въ совокупности, но размѣръ даренія каждому отдѣльному лицу. Иного мнѣнія Regelsberger, loc. cit., прим. 9.

[9]) Необходимость засвидѣтельствованія исключается при дареніяхъ: a) со стороны правителя государства или въ его пользу; b) на возобновленіе разрушеннаго зданія; c) для выкупа плѣнныхъ; d) при дареніяхъ, сдѣланныхъ въ пользу женщины посредствомъ установленія приданаго.

[10]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 518 опредѣляетъ относительно формы даренія слѣдующее: Для дѣйствительности договора, которымъ обѣщается даръ, требуется облеченіе обѣщанія въ форму судебнаго или нотаріальнаго акта... Несоблюденіе формы восполняется дѣйствительнымъ совершеніемъ обѣщаннаго дѣйствія.

[11]) Pollak: Der Schenkungswiderruf, 1886. См. также Bothmer: Die rechtliche Konstruktion des Widerrufs въ Archiv für civ. Praxis, т. 61, стр. 335.

[12]) По классическому праву, патронъ могъ произвольно отмѣнять дарения, сдѣланныя въ пользу вольноотпущенника, Fragm. Vat., § 272. Впослѣдствіи право это было ограничено лишь случаями неблагодарности вольноотпущенника, l. 1. C. de revocandis donationibus. 8. 55, и, кромѣ того, позднѣйшаго рожденія дѣтей у дарителя, l. 8. C. eod. Юстиніанъ же, въ l. 10. C. eod., возвелъ отмѣну даренія по причинѣ неблагодарности одареннаго въ общее правило.

a) Въ извѣстныхъ, опредѣленныхъ закономъ случаяхъ грубой *неблагодарности* лица, получившаго даръ [13]). Это требованіе возврата является строго личнымъ правомъ дарителя и должно быть заявлено непосредственно самому одаренному. Изъ этого права возникаетъ искъ противъ одареннаго и его наслѣдниковъ о возвращеніи всего того, что́ остается у нихъ изъ дара къ тому моменту, когда отмѣна была объявлена [14]).

b) По правиламъ, выработаннымъ судебной практикой, лицо, бывшее во время совершенія дара бездѣтнымъ, можетъ отмѣнить дареніе, *если у него впослѣдствіи родятся законныя дѣти.* Это право также считается строго личнымъ и разсматривается вообще по аналогіи съ требованіемъ возврата вслѣдствіе неблагодарности [15]).

4. Даренія могутъ быть оспорены въ слѣдующихъ случаяхъ:

a) по опредѣленію закона кредиторы несостоятельнаго должника могутъ оспаривать тѣ изъ его дареній, которыя причиняютъ имъ ущербъ;

b) въ случаѣ уменьшенія дареніемъ *законной доли необходимыхъ наслѣдниковъ.*

---

[13]) Сюда относятся слѣд. случаи: a) грубое оскорбленіе словомъ; b) оскорбленіе дарителя дѣйствіемъ; c) причиненіе значительныхъ имущественныхъ убытковъ; d) причиненіе опасности жизни дарителя; e) неисполненіе обязанностей, возложенныхъ по поводу даренія на одареннаго. Само собою разумѣется, что во всѣхъ этихъ случаяхъ предполагается умыселъ одареннаго, такъ какъ безъ него о „неблагодарности“ не можетъ быть и рѣчи. Сверхъ того существуютъ спеціальныя опредѣленія для матери, вступающей во второй бракъ, относительно отмѣны дареній, сдѣланныхъ ею въ пользу дѣтей отъ перваго брака, l. 7. C. h. t. 8. 55; Nov. 22, cap. 35. Гражд. улож. для герман. имперіи § 530, Abs. 1 гласитъ: Дареніе можетъ быть отмѣнено, если одаренный, тяжкою виною по отношенію къ дарителю или близкому родственнику дарителя, выкажетъ грубую неблагодарность.

[14]) См. l. 7, pr. C. de revocandis donationibus. 8. 55. Petrażycki: Fruchtvertheilung, стр. 190. Заявленіе объ отмѣнѣ должно исходить *лично* отъ дарителя и можетъ быть и внѣсудебнымъ. Оно обосновываетъ искъ о возвращеніи—condictio causa finita, который переходитъ къ наслѣдникамъ дарителя и можетъ точно также быть предъявленъ и къ наслѣдникамъ одареннаго. Pollack, loc. cit., стр. 50. И по гражд. улож. для герман. имперіи право требовать возвращенія даренія является строго *личнымъ* правомъ дарителя. Впрочемъ, ср. § 530, Abs. 2. Послѣ смерти одареннаго это право прекращается. Если дареніе отмѣнено, то требованіе о возвращеніи дара можетъ быть предъявлено согласно постановленіямъ о возвратѣ неправомѣрнаго обогащенія; ср. § 531, Abs. 2.

[15]) По юстиніановому праву, патронъ, не имѣвшій дѣтей во время совершенія даренія въ пользу вольноотпущенника, въ случаѣ позднѣйшаго ихъ рожденія, имѣлъ право требовать возвращенія дара, l. 8. C. de revocandis donationibus. 8. 55. Это положеніе являлось остаткомъ принадлежавшаго первоначально патрону неограниченнаго права отмѣны даренія, Fragm. Vat., § 272. Правда, по правильному

Всѣ эти опредѣленія распространяются также и на donationes remuneratoriae [16]) [17]), такъ какъ онѣ въ сущности тѣ же дареніе.

Исключается отсюда одно только дареніе—въ благодарность за спасеніе жизни [18]).

взгляду отсюда едва ли слѣдуетъ выводить *общее* положеніе относительно возвращенія дара въ случаѣ позднѣйшаго рожденія дѣтей; тѣмъ не менѣе практика въ теченіе цѣлыхъ столѣтій держалась такого принципа (см. цитаты у Pollack'a, loc. cit., стр. 67), который въ концѣ концовъ обратился въ обычное право, вполнѣ гуманное и цѣлесообразное. Съ этимъ надо считаться; см. еще Regelsberger: Pandekten, т. 1, § 169, прим. 16. Windscheid же, т. 2, § 367, прим. 22, утверждаетъ противное. Впрочемъ, на незначительныя дареніе едва ли слѣдуетъ распространять право отмѣны. Нельзя также согласиться съ мнѣніемъ авторовъ, приведенныхъ у Pollack'a, loc. cit., стр. 67, что рожденіе дѣтей уничтожаетъ всякое совершенное до него дареніе въ силу *самого закона*. Гражд. улож. для герман. имперіи не признаетъ подобнаго основанія для отмѣны дареніе. Оно въ §§ 528 и 529 устанавливаетъ право дарителя требовать возвращенія дара согласно постановленіямъ о возвратѣ неправомѣрнаго обогащенія, если онъ по осуществленіи дареніе лишенъ возможности вести соотвѣтствующій его общественному положенію образъ жизни и исполнять лежащую на немъ по закону обязанность содержать своихъ родственниковъ, супруга или бывшаго супруга.

[16]) См. R. G. E., т. 4, стр. 121; но ср. также гражд. улож. для герман. имперіи § 534, привед. выше въ § 106, прим. 16.

[17]) Нерѣдко такимъ дареніемъ называютъ то, что̀ по существу дѣла является простымъ вознагражденіемъ; конечно въ подобныхъ случаяхъ правила, ограничивающія дареніе, не примѣняются. О такомъ именно примѣрѣ говоритъ Папиніанъ libro 29 quaestionum, l. 27. D. h. t. 39. 5: Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: „quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti". defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. Рѣшеніе Папиніана предполагаетъ существованіе предписанія, въ силу котораго предоставленіе безплатной квартиры въ видѣ дара допускалось только на срокъ жизни дарителя. На это указываетъ также l. 32. D. h. t. 39. 5; см. Harburger, loc. cit., стр. 6. При такихъ условіяхъ вопросъ о томъ, имѣетъ ли мѣсто въ данномъ случаѣ дареніе или вознагражденіе, сразу пріобрѣтаетъ практическое значеніе, и Папиніанъ совершенно справедливо высказывается въ пользу вознагражденія; см. l. 1, pr. D. de extraodinar. cogn. 50. 13; Harburger, loc. cit., стр. 15. Въ силу этого вышеприведенное мнѣніе Папиніана не имѣетъ никакого значенія для рѣшенія вопроса объ изъятіи donationes remuneratoriae изъ общихъ правилъ о дареніи, такъ какъ это вовсе не былъ случай настоящаго дареніе. См., впрочемъ, Windscheid, т. 2, § 368, прим. 11; иначе Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 620; Hölder: Pandekten, § 55, прим. 3, стр. 290.

[18]) l. 34, § 1. D. h. t. 39. 5 изъ Pauli sent. V, 11, § 6. Дареніе здѣсь называется „irrevocabilis". По смыслу словъ Павла это означало, что дареніе не подлежитъ ограниченіямъ legis Cinciae; въ смыслѣ же Юстиніана подъ этимъ нужно понимать освобожденіе отъ необходимости засвидѣтельствованія дареніе въ судѣ, заступившаго мѣсто lex Cincia. Исключается, какъ видно изъ самаго текста, также отмѣна въ случаѣ неблагодарности и позднѣйшаго рожденія дѣтей. См., впрочемъ, Regelsberger, loc. cit., § 170, прим. 8.

§ 109. Мировая сдѣлка [1]).

Мировой сдѣлкой — transactio — называется такое соглашеніе, цѣлью котораго является устраненіе посредствомъ взаимныхъ уступокъ неопредѣленности какого-либо права или сомнѣній въ его осуществимости [2]).

1. Подобно даренію и мировая сдѣлка опредѣляется своею цѣлью. Сдѣлки же, посредствомъ которыхъ она производится, могутъ быть самыя разнообразныя (что́, впрочемъ, имѣетъ мѣсто и при дареніи) [3]). Мировая сдѣлка совершается главнымъ образомъ черезъ признаніе или немедленное осуществленіе части спорнаго права, при чемъ контрагенты отказываются отъ всякихъ дальнѣйшихъ претензій [4]); иногда—путемъ отказа отъ извѣстнаго притязанія за опредѣленное

---

[1]) Tit. Dig. de transactionibus. 2. 15, Cod. 2. 4; Risch: Die Lehre vom Vergleich, 1855; Sturm: Die Lehre vom Vergleich, 1889; объ этомъ сочиненіи см. Sokolowski: Kritische Vierteljahresschrift, т. 35 (N. F. 16), стр. 76 и слѣд.; Bekker, т. 2, § 110; Oumé Kendjiro: De la transaction, Paris, 1889; Bülow: Absolute Rechtskraft des Urtheils въ Archiv für civ. Praxis, т. 83, стр. 83. Oertmann: Der Vergleich im gemeinen Civilrecht, 1895; Bertolini: Della transazione secondo il diritto Romano, 1900.

[2]) l. 1. D. h. t. 2. 15. Ulpianus libro 50 ad edictum: „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incertâ neque finita transigit". Bülow, loc. cit., стр. 83, прим. 89, стр. 89, прим. 97 a, высказывается противъ этого опредѣленія. Онъ называетъ мировой только такую сдѣлку, цѣль которой въ опредѣленіи *спорнаго* правоотношенія. Сдѣлки же, видоизмѣняющія безспорное требованіе, какъ, напр., принудительныя мировыя при конкурсѣ, онъ называетъ „сдѣлками, направленными на удовлетвореніе". Противъ этого высказывается Oertmann, loc. cit., стр. 53. Bertolini a. a. O. стр. 54. Гражд. улож. для герман. имперіи § 779 держится опредѣленія нашего текста. Впрочемъ, Римляне очень часто употребляли слово transactio въ болѣе обширномъ смыслѣ и понимали подъ этимъ самыя разнородныя соглашенія, направленныя на окончательное опредѣленіе правовыхъ отношеній, напр., въ l. 8, § 6. D. h. t. 2. 15; см. Buhl: Anerkennungsvertrag, стр. 79. — Относительно опредѣленій, предложенныхъ Buhl'емъ, см. Windscheid, т. 2, § 413, прим. 6a.

[3]) Поэтому положеніе мировой сдѣлки въ системѣ права столь же неопредѣленно, какъ и даренія. См. Risch, loc. cit., стр. 12. Bülow, loc. cit., стр. 85 и слѣд., предлагаетъ помѣстить мировую въ общей части, рядомъ съ ученіемъ о судебномъ рѣшеніи. Такого порядка очень долго держался и Дернбургъ въ своемъ Preuss. Privatrecht; въ настоящемъ же трудѣ онъ отступилъ отъ него по чисто дидактическимъ соображеніямъ.

[4]) Иногда мировая сдѣлка относительно спорнаго притязанія можетъ принять такой характеръ, что стороны признаютъ одну *часть* его безспорной и подлежащей немедленному исполненію, а рѣшеніе спора относительно другой части предоставляютъ суду. R. O. H. G. E. т. 8, стр. 143. Уступка вѣрителя заключается здѣсь въ томъ, что онъ довольствуется частичной уплатой по своему—какъ онъ утверждаетъ—всетаки бо́льшему требованію.

денежное вознагражденіе [5]). За эвикцію, равно какъ и за недостатки предоставленныхъ по мировой сдѣлкѣ вещей, уступившее ихъ лицо отвѣчаетъ какъ продавецъ [6]).

2. Мировая сдѣлка можетъ касаться всякаго рода правъ, поскольку ими могутъ распоряжаться лица, ее заключающія.

Въ Римѣ мировыя сдѣлки, совершенныя посредствомъ простого соглашенія—pacta, не могли обезсилить судебныхъ рѣшеній, вступившихъ въ законную силу. Для того же, чтобы сдѣлать мировую сдѣлку возможною и по отношенію къ нимъ, необходимо было формально уничтожить возникшій изъ судебнаго рѣшенія долгъ посредствомъ acceptilatio. Въ настоящее время и неформальная мировая сдѣлка можетъ отмѣнить послѣдствія судебнаго рѣшенія, вступившаго въ законную силу [7]).

---

[5]) l. 6, pr. C. h. t. 2. 4; l. 33. pr. C. eod; Oertmann, loc. cit., стр. 189. Если это вознагражденіе было только обѣщано, и при томъ безъ соблюденія формы stipulatio, то по римскому праву съ цѣлью его взысканія уже исполнившему свое обязательство контрагенту могла быть предоставлена лишь actio praescriptis verbis. См. Buhl, loc. cit., стр. 112. По современному же праву изъ мировой возникаютъ непосредственные иски объ исполненіи.

[6]) l. 33, pr. § 1. C. h. t. 2. 4. Bertolini a. a. O. стр. 284. Эвикція вещи, данной въ видѣ вознагражденія, не можетъ послужить основаніемъ для опороченія самой мировой сдѣлки. Если же послѣдняя состоитъ въ отказѣ одной стороны отъ предмета, на который предъявляетъ претензію другая, то на отказавшуюся сторону не возлагается отвѣтственности за недостатки этой вещи или за наличность какихъ-нибудь правъ третьихъ лицъ даже въ томъ случаѣ, если она получила за этотъ отказъ извѣстное вознагражденіе. См. Becker въ его и Muthers Jahrb., т. 6, стр. 238.

[7]) Принято говорить: „гдѣ нѣтъ ничего неизвѣстнаго, тамъ и мировой сдѣлки быть не можетъ“, а отсюда дѣлается выводъ, что „мировая недѣйствительна тамъ, гдѣ дѣло окончательно рѣшено судомъ“. Arndts, § 269. Но здѣсь возможны два случая: или рѣшеніе было *извѣстно* участникамъ, и тогда, очевидно, что-либо осталось для нихъ сомнительнымъ, ради чего заключена мировая сдѣлка, хотя бы это былъ, напр., вопросъ о приведеніи рѣшенія въ исполненіе; или же самое рѣшеніе могло быть *неизвѣстно* сторонамъ, и въ такомъ случаѣ имѣетъ мѣсто неизвѣстность субъективная, которая при заключеніи мировой имѣетъ главное значеніе. Windscheid, т. 2, § 414, приходитъ къ слѣдующему выводу: мировая задается цѣлью рѣшить споръ, а вслѣдствіе этого „она заключается въ томъ *предположеніи*, что по данному дѣлу еще не послѣдовало рѣшенія, имѣющаго законную силу“. Это предположеніе онъ понимаетъ очень широко, такъ какъ подводитъ сюда не только судебное рѣшеніе, но и происшедшую раньше *мировую*, присягу и постановленіе третейскаго суда. Такой выводъ слишкомъ произволенъ; вѣдь если сторонамъ ничего не извѣстно о раньше состоявшемся рѣшеніи или о мировой сдѣлкѣ, то, конечно, наугадъ *предполагать* онѣ ничего не станутъ. На самомъ же дѣлѣ объясненіе можетъ быть лишь историческое. Неформальная мировая — pactum transactionis — противъ окончательнаго судебнаго рѣшенія — res judicata — никакой силы не имѣла: const. IV, Cod. Gregor. l. 11: „de re judicata nemo pacisci potest“; Pauli sent. I, 1, § 5; const. 3. Cod. Hermogeniani, Tit. IV. Правда, текстъ, l. 7, pr.,

Мировыя сдѣлки относительно содержанія документовъ, въ частности завѣщаній, цѣлесообразны лишь послѣ ознакомленія съ ними. Впрочемъ, законъ не запрещаетъ подобныхъ соглашеній и до разсмотрѣнія содержанія документовъ [8]).

Мировыя сдѣлки относительно *будущихъ алиментовъ* требуютъ судебнаго утвержденія [9]).

3. Мировыя сдѣлки имѣютъ ту общую черту съ судебными рѣшеніями, что и тѣ, и другія имѣютъ цѣлью окончаніе споровъ [10]).

Противъ поручителей и другихъ придаточныхъ контрагентовъ

---

l. 11. D. h. t. 2. 15 и l. 23, § 1. D. de cond. indeb. 12. 6 носятъ болѣе общій характеръ, но сдѣланные отсюда слишкомъ смѣлые выводы опровергаются опредѣленіемъ l. 32. C. de transactionibus. 2. 4. Diocletianus et Maximianus: Si causa cognita prolata sententia, sicut jure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis sollemnitate suspensa non est, super judicato frustra transigi non est opinionis incertae. Proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato more legum rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit. Какъ отсюда видно, мировыя сдѣлки считались дѣйствительными даже послѣ постановленія судебнаго рѣшенія, если послѣднее было устранено акцептиляціей съ предварительной новаціей. — Иначе толкуетъ это мѣсто Vangerow, т. 3, § 668. По его мнѣнію, въ приведенномъ случаѣ обязательство, основаное на судебномъ рѣшеніи, было уничтожено „вслѣдствіе непредусмотрительнаго примѣненія stipulatio Aquiliana и acceptilatio“. Хотя черезъ это участникъ въ мировой сдѣлкѣ теряетъ свою actio judicati, тѣмъ не менѣе сама мировая сдѣлка считалась ничтожною, и всякія вытекающія изъ нея обѣщанія не имѣли никакого значенія. Но эти выводы Vangerow'a совершенно неправильны и ничѣмъ не доказаны. Такъ какъ въ современномъ правѣ неформальному прощенію обязательства принадлежитъ вся сила римской acceptilatio, то въ наше время могутъ быть заключаемы мировыя сдѣлки и о такихъ дѣлахъ, по которымъ уже состоялось судебное рѣшеніе, получившее законную силу. Таковъ былъ взглядъ прежнихъ практиковъ. Съ нимъ соглашается и Bekker, т. 2, стр. 266. Противъ него Regelsberger, т. 1, стр. 623, прим. 6, и особенно Bülow, loc. cit., стр. 83. См. объ этомъ вопросѣ и Oertmann, loc. cit., стр. 206 слѣд. Bertolini a. a. O. стр. 345.

[8]) Gajus libro 17 ad edictum provinciale l. 6. D. h. t. 2. 15—ср. l. 1, § 1. D. test. quemadmodum aper. 29. 3—говоритъ лишь о *фактической* невозможности заключить мировую сдѣлку относительно завѣщанія, котораго стороны еще не смотрѣли. Тѣмъ не менѣе нѣкоторые авторы, какъ, напр., Brinz, т. 1, стр. 384, утверждаютъ, что компиляторы, выдѣливъ цитату Гая изъ общаго его текста, этимъ самымъ установили и *юридическую* невозможность подобнаго соглашенія. Но мировыя сдѣлки такого рода едва ли часто встрѣчаются и если случаются, то навѣрное вызваны чрезвычайными основаніями. Къ чему же здѣсь запрещеніе? Этого не слѣдуетъ предполагать. См. Windscheid, т. 2, § 414, прим. 12; Regelsberger, loc. cit., прим. 8; Oertmann, loc. cit., стр. 228 слѣд.

[9]) Выше § 31, прим. 6. Bertolini a. a. O. стр. 150.

[10]) l. 20. C. h. t. 2. 4: „non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse“. Oertmann, loc. cit., стр. 192 слѣд. По германскимъ судебнымъ уставамъ всѣ мировыя сдѣлки, заключенныя передъ какимъ-либо германскимъ судомъ, подлежатъ исполненію наравнѣ съ судебными рѣшеніями. C. P. O., § 702, п. 1.

мировая сдѣлка дѣйствительна только въ томъ случаѣ, если эти лица или съ самаго начала принимали участіе въ ея совершеніи, или присоединились къ ней впослѣдствіи. Съ другой стороны, они могутъ извлекать изъ мировой сдѣлки и всѣ выгоды, просто ссылаясь на нее; но этимъ самымъ они подчиняются и всѣмъ ограниченіямъ, вытекающимъ изъ нея.

4. Нерѣдко относительно мировой сдѣлки и ея послѣдствій между сторонами возникаютъ новые споры: имъ кажется, что онѣ слишкомъ поспѣшили съ ея заключеніемъ и потому потерпѣли убытки.

Конечно, мировыя сдѣлки могутъ быть оспорены по общимъ правиламъ указаніемъ на *принужденіе, обманъ* и *существенное заблужденіе.*

Напротивъ, не допускается никакое опроверженіе, когда тѣ обстоятельства дѣла, изъ-за которыхъ была заключена мировая сдѣлка, выясняются впослѣдствіи черезъ открытіе новыхъ документовъ; исключается лишь тотъ случай, когда противная сторона скрыла эти документы обманнымъ образомъ [11]).

Мировая сдѣлка устраняетъ *лишь тѣ спорные пункты*, относительно которыхъ стороны хотѣли придти къ соглашенію. Въ чемъ заключаются эти пункты, выясняется не только содержаніемъ мировой, но и изъ совокупности фактовъ, лежащихъ въ основаніи предъявленныхъ притязаній [12]) [13]).

---

[11]) l. 19. C. h. t. 2. 4.

[12]) l. 12. D. h. t. 2. 15. Celsus libro 3 Digestorum: Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur. См. l. 36. D. fam. erc. 10. 2 и l. 42. C. h. t. 2. 4. Windscheid, т. 2, § 414, выставляетъ слѣдующій принципъ: „При заключеніи мировой сдѣлки относительно спорнаго требованія *предполагается*, что факты, принимаемые при мировой сдѣлкѣ за истину, и невѣрность которыхъ исключила бы всякій споръ, дѣйствительно были вѣрны, и наоборотъ, что не представлялись истинными такіе другіе факты, вѣрность которыхъ не допускала бы никакого спора". См. также Windscheid въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, стр. 186 и слѣд. Но стороны заключаютъ мировыя сдѣлки вовсе не при такихъ многочисленныхъ и невысказанныхъ предположеніяхъ, какъ это полагаетъ Windscheid. Цѣль ихъ— положить конецъ спорамъ и поставить все дѣло на твердое основаніе; онѣ отнюдь не желаютъ попасть на подрытую всякими предположеніями почву. См. Brinz, т. 1, стр. 383. Важенъ лишь одинъ вопросъ, какъ это указываетъ еще Celsus: относительно чего контрагенты желали заключить мировую сдѣлку, и что находилось внѣ области ихъ соображеній? См. Regelsberger въ Archiv für civ. Praxis,

IV. Договоры найма [1]).

§ 110. Виды договоровъ найма. Предварительныя историческія замѣчанія.

Договоры найма предоставляютъ къ нашимъ услугамъ на извѣстный срокъ времени тѣлесныя вещи и рабочія силы за денежное вознагражденіе. Существуетъ три вида такихъ договоровъ:

a) *наемъ вещей*—locatio conductio rei,

b) *наемъ услугъ*—locatio conductio operarum,

c) *подрядъ*— locatio conductio operis.

Эти столь важные для общежитія институты развились изъ значительнаго зародыша [2]).

1) Наемъ вещей развился сначала по отношенію къ *вещамъ движимымъ*. Отдача въ наемъ *рабочаго скота* извѣстна уже закону XII Таблицъ [3]); вѣроятно издавна встрѣчалась также отдача въ наемъ рабовъ, напр., для уборки хлѣба [4]). При подобныхъ сдѣлкахъ и могла образоваться терминологія «locatio conductio» — «помѣщеніе» и «уводъ»; къ другимъ предметамъ найма этотъ терминъ не подходитъ.

т. 47, стр. 160; Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 1, § 82, прим. 14; Herold въ Grünhuts Zeitschrift, т. 16, стр. 694; Lenel въ Archiv für civ. Praxis, т. 79, стр. 80 и слѣд.; Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 626; Oertmann, loc. cit., стр. 234. Съ мнѣніемъ, высказаннымъ въ нашемъ текстѣ, соглашается и гражд. улож. для герман. имперіи § 779.

[13]) Въ Римѣ не рѣдки были соглашенія такого рода, что споры должны рѣшаться внѣсудебной присягой сторонъ—l. 17, pr. D. h. t. de jurejurando. 12. 2. Подобныя сдѣлки въ наше время не практикуются, да и не могутъ имѣть силы. Вѣдь благодаря такому соглашенію та сторона, на которую была бы возложена присяга, сдѣлалась бы судьей въ собственномъ своемъ дѣлѣ. И тѣ наказанія, которыя налагались въ Римѣ за ложную присягу—l. 13, § 6. D. h. t. 12. 2, въ настоящее время не практикуются при частной, внѣсудебной присягѣ. См. R. G. E. für Strafsachen, т. 5, стр. 94; того же взгляда Savigny: System, т. 7, стр. 85. Противъ этого Windscheid, т. 2, § 418, прим. 7.

[1]) Tit. Inst. de locatione et conductione. 3. 24, D. locati conducti. 19. 2, Cod. 4. 65.

[2]) См. Carl Christoph Burckhard: Zur Geschichte der locatio conductio, 1889.

[3]) Gajus, Inst. IV, § 28. Lege autem introducta est pignoris capio, veluti lege XII tabularum... adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium impenderet. См. объ этомъ Burckhard, loc. cit., стр. 15.

[4]) Изъ цитатъ, приведенныхъ Brinz'омъ, т. 2, стр. 752, прим. 4, видно, что у Плавта „conducere“ имѣетъ постоянное значеніе: „помѣщеніе“ рабочихъ. На то же самое указываетъ и Burckhard, loc. cit., стр. 28. Слѣдуетъ тѣмъ не менѣе помнить, что у римскихъ юристовъ, цитируемыхъ въ Дигестахъ, главное мѣсто занимаетъ всетаки наемъ недвижимостей, такъ какъ именно этотъ видъ найма стоялъ на первомъ планѣ въ послѣднія столѣтія республики. Приспособить къ этому виду

Отдача же въ наемъ недвижимостей, очевидно, начала практиковаться уже послѣ того, какъ эти выраженія стали употребляться, какъ термины для обозначенія найма вещей движимыхъ, въ частности res sese moventes. Къ тому же землевладѣльцы и жители древняго Лаціума были или собственниками, или прекаристами, но не арендаторами и нанимателями [5]).

Если мы будемъ исходить изъ того, что въ основаніи римскаго найма лежитъ наемъ вещей движимыхъ, и что въ связи съ этимъ сложились всѣ основныя черты договора, которыя лишь впослѣдствіи были распространены на наемъ недвижимостей, то мы легко поймемъ нѣкоторыя, на первый взглядъ очень странныя явленія римскаго права въ области договора найма.

Такъ, напр., при наймѣ въ Римѣ не существовало никакихъ законныхъ сроковъ для отказа контрагенту, такъ что при отсутствіи *особыхъ соглашеній* каждая сторона могла въ любой моментъ прекратить обязательственное отношеніе. Это вполнѣ естественно при наймѣ вещей движимыхъ, между тѣмъ какъ при наймѣ недвижимостей, а въ особенности при арендномъ договорѣ, такое правило поражало бы своею странностью.

Равнымъ образомъ, римское правило, по которому покупатель предмета найма не связанъ договоромъ найма, заключеннымъ продавцомъ, не представляетъ ничего страннаго при вещахъ движимыхъ. Но трудно было бы понять, какъ подобный принципъ могъ возникнуть при наймѣ недвижимостей [6]).

Вслѣдствіе того, что движимыя вещи отдаются въ наемъ преиму-

найма исторически унаслѣдованныя правила locatio conductio и было особенно трудной задачей, которую надлежало разрѣшить юристамъ. По мнѣнію Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 636, наоборотъ, наемъ недвижимостей былъ древнѣйшимъ видомъ найма.

[5]) Ср. Mommsen: Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 6, стр. 260; объ этомъ сочиненіи см. Burckhard, loc. cit., стр. 16.

[6]) Этому не противорѣчатъ выводы, сдѣланные Дернбургомъ въ Pfandrecht, т. 2, стр. 65 и въ Begriff und Entwickelung des juristischen Besitzes, стр. 69, и Пернисомъ: Labeo, т. 1, стр. 467. По замѣчанію Перниса, „въ наемныхъ квартирахъ въ Римѣ жили люди низшаго класса—вольноотпущенники, кліенты, поэты; давать имъ особую правовую защиту въ ущербъ интересамъ капитала едва ли входило въ разсчетъ римскихъ юристовъ“. Хотя это замѣчаніе совершенно справедливо, но было же гораздо легче провести соотвѣтствующія правила и для найма квартиръ и для аренды, если они вмѣстѣ съ тѣмъ примыкали къ историческому прошлому найма, чѣмъ осуществить эти принципы, ссылаясь только на эгоизмъ классовъ. Ср. Pernice, Parerga VIII, Sav. Ztschr.., т. 19, стр. 89.

щественно на короткіе и болѣе или менѣе неопредѣленные сроки, со временемъ установился обычай, вносить наемную плату лишь по окончаніи найма—postnumerando—*соотвѣтственно времени пользованія вещью*. Если же вещь погибала отъ несчастнаго случая, то дальнѣйшее теченіе платы прекращалось. Такимъ-то образомъ могло установиться правило «periculum est locatoris», опредѣляющее рискъ совершенно иначе, чѣмъ при другихъ двусторонніхъ договорахъ и въ особенности при куплѣ-продажѣ.

2. Locatio conductio operarum, при которой свободный человѣкъ отдавалъ въ наемъ свои услуги, съ фактической стороны очень близко подходила къ отдачѣ въ наемъ хозяиномъ рабовъ или домочадцевъ. *Работникъ*, предлагающій на рынкѣ свои услуги, является *locator'омъ*, а *хозяинъ*, нанявшій его для работы, *conductor'омъ*.

3. При locatio conductio operis *хозяинъ*, работодатель, называется locator'омъ, а *лицо, берущее на себя работу*,—conductor'омъ.

Чѣмъ объясняется такая перестановка названій? Если представить себѣ, что услуги здѣсь первоначально состояли въ обязанности пасти чужой скотъ, то наша терминологія сразу станетъ понятной [7]). Впослѣдствіи, когда и другія работы были приравнены къ этому случаю, за предпринимателемъ вообще осталось названіе conductor.

Locator'y принадлежитъ *actio locati*, а *conductor'y—actio conducti*.

§ 111. а) Имущественный наемъ—locatio conductio rerum.

1. Область имущественнаго найма, т. е. договора о предоставленіи *извѣстной вещи въ пользованіе на опредѣленный срокъ* за *условленное денежное вознагражденіе* [1]), очень обширна.

---

[7]) См. l. 9, § 5. D. h. t. 19. 2: „si quis vitulos pascendos conduxit". То же говоритъ Brinz, т. 2, стр. 752, прим. 4. Мало-по-малу терминъ „locare" принялъ значеніе „отдавать", а „conducere"—„пользоваться выгодами вещи", Pernice въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, n. F., т. 3, стр. 55; см. тамъ же т. 9, стр. 239. Имѣя въ виду наемъ услугъ, едва ли возможно было бы сразу прійти къ подобнымъ выраженіямъ.

[1]) l. 2, pr. D. h. t. 19. 2. Gajus libro 2 rerum cottidianarum говоритъ: „locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit". Конечно, между контрагентами должно состояться соглашеніе относительно объекта и срока найма, а главнымъ образомъ о томъ, подлежитъ ли договоръ найма заключенію на неопредѣленный или опредѣленный срокъ и если на опредѣленный, то на какой именно. Въ русской литературѣ см. Умовъ: „Договоръ найма имущества по римскому праву и иностраннымъ законодательствамъ", 1872.

Предметомъ такого найма могутъ быть движимость, городская и сельская недвижимость, права на пользованіе вещью и даже промышленныя предпріятія.

Locatio conductio rei можетъ состоять или въ разрѣшеніи *одного лишь пользованія—наемъ въ тѣсномъ смыслѣ слова*, или же въ *предоставленіи доходовъ*, въ частности естественныхъ плодовъ—*аренда*. Обѣ эти сдѣлки разнятся въ римскомъ правѣ лишь въ немногихъ частностяхъ [2]).

Отличительнымъ признакомъ найма считается *вознагражденіе*, деньгами [3]) или натурой. Особымъ видомъ найма является аренда изъ полу, при которой хозяину земельнаго участка арендаторомъ періодически должна быть предоставляема *часть плодовъ* [4]).

Предоставленіе пользованія за другіе эквиваленты, напр., за услуги, строго говоря, не считается наймомъ [5]), но оно по существу аналогично съ нимъ.

Для возникновенія найма не требуется непремѣнно, чтобы отдающій вещь въ наемъ былъ ея собственникомъ или же имѣлъ на нее право пользованія. Взаимныя обязательства отдающаго въ наемъ и нанимателя возникаютъ даже и въ томъ случаѣ, когда первый не имѣетъ никакого права на предоставленную второму вещь [6]).

---

[2]) См., впрочемъ, Pfizer: Pacht und Miethe въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, стр. 445. Римляне не имѣли спеціальнаго термина для аренды. Арендаторъ у нихъ часто назывался colonus, а наниматель квартиры—inquilinus. Гражд. улож. для герман. имперіи признаетъ болѣе глубокую разницу между арендою и наймомъ.

[3]) § 2. I. h. t. 3. 24. Иначе гражд. улож. для герман. имперіи.

[4]) l. 25, § 6. D. h. t. 19. 2. Gajus libro 10 ad edictum provinciale: Partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Въ большинствѣ случаевъ аренда изъ полу не является товариществомъ, какъ утверждаетъ Waaser: Die Colonia partiaria des römischen Rechtes, 1885. Въ ней договоръ товарищества напоминаетъ одно лишь раздѣленіе плодовъ между контрагентами. Во всемъ же остальномъ это соглашеніе имѣетъ характеръ аренды, и такое значеніе ему придаетъ сама воля сторонъ; нормы товарищества едва ли бы соотвѣтствовали тѣмъ цѣлямъ, которыя преслѣдуются въ данномъ правоотношеніи. См. ниже § 124, прим. 6; Pernice: Parerga въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, n. F., т. 3, стр. 57; Zachariä v. Lingenthal въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 12, стр. 80; Ferrini въ Archiv für civ. Praxis, т. 81, стр. 1; Zobkow: Die Theilpacht, 1895. Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897, стр. 37 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ объ арендѣ изъ полу.—Но допускается и взносъ арендной платы натурой по опредѣленной оцѣнкѣ, l. 8, l. 21. C. h. t. 4. 65.

[5]) l. 5, § 2. D. de praescriptis verbis. 19. 5; § 2. I. h. t. 3. 24.

[6]) l. 7, l. 9, pr., § 6. D. h. t. 19. 2. Наемъ собственной вещи недѣйствителенъ за исключеніемъ того случая, когда нанимателю юридически или по крайней мѣрѣ фактически не принадлежитъ пользованіе этой вещью, l. 28. D. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2.

2. Наниматель имѣетъ право:

a) на *своевременное предоставленіе* нанятой вещи для пользованія ею въ теченіе всего срока найма, при этомъ въ томъ состояніи, которое установлено договоромъ, и со всѣми выговоренными или обычными принадлежностями [7]);

b) на возмѣщеніе убытковъ, причиненныхъ *всякою виною* хозяина [8]).

Если же объектъ найма не былъ ему предоставленъ своевременно или же отобранъ, хотя бы только на время, то наниматель можетъ *отступиться отъ договора* [9]).

Но незначительныя промедленія при передачѣ, а также позднѣйшія преходящія препятствія въ пользованіи наниматель долженъ терпѣть; подобное обстоятельство является простою непріятностью, которую вообще въ жизни не легко устранить и потому принято переносить [10]).

Кромѣ того, наниматель имѣетъ право на *вознагражденіе* за полную или частичную *недоставку* или за *отнятіе* вещи, по винѣ хозяина [11]) или же, хотя и безъ его вины, но на основаніи болѣе сильнаго права третьяго лица, которое существовало во время заключенія найма и было нанимателю неизвѣстно [12]).

---

[7]) l. 15, § 1, l. 19, § 2. D. h. t. 19. 2; l. 19, § 5. D. eod. Гражд. улож. для герман. имперіи §§ 536, 581.

[8]) l. 19, § 5. D. h. t. 19. 2; l. 28. C. h. t. 4. 65. См., впрочемъ, Pernice: Labeo, т. 2, стр. 326, прим. 1.

[9]) См. знаменитое изреченіе Павла: l. 24, § 4. D. h. t. 19. 2. Paulus libro 34 ad edictum: ...Sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. Quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.—Ср. выше, § 35, прим. 2. Pfizer въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, стр. 457. Гражд. улож. для герман. имперіи § 542.

[10]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 542, Abs. 2.

[11]) l. 33 in fine. D. h. t. 19. 2. Africanus libro 8 quaestionum: Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

[12]) l. 9, pr. D. h. t. 19. 2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. Müller: Eviction, стр. 123, и Becker въ своемъ и Muthers Jahrb., т. 6, стр. 243, спорятъ о томъ, можно ли назвать эвикцію такого рода „настоящей“. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 541.

Хотя эдильскій эдиктъ недостатковъ *нанятой вещи* не касается [13]), тѣмъ не менѣе наниматель можетъ или отказаться отъ договора, или же требовать соотвѣтственнаго уменьшенія наемной платы, если подобные недостатки препятствуютъ предусмотрѣнному въ договорѣ пользованію. Право на возмѣщеніе интереса за недостатки наниматель имѣетъ только въ томъ случаѣ, если наймодавецъ *виновенъ* въ томъ, что эти недостатки или вовсе не были указаны, или же были указаны невѣрно, или, наконецъ, по его винѣ не были устранены надлежащимъ образомъ [14]). Эти правила примѣняются какъ къ тѣмъ недостаткамъ, которые были налицо уже ко времени заключенія договора найма, такъ и къ тѣмъ, которые возникли уже во время его существованія [15]).

c) Всѣ необходимыя издержки, произведенныя нанимателемъ въ интересахъ наймодавца, должны быть возмѣщены ему съ процентами [16]).

d) Если въ договорѣ нѣтъ никакихъ противоположныхъ опредѣленій, то наниматель имѣетъ право *отдавать имущество* въ *поднаемъ* или въ *субаренду*—sublocatio [17]).

Подати и *повинности*, лежащія на вещи, падаютъ на *наймодавца* [18]).

---

[13]) l. 63. D. de aedil. edicto. 21. 1. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 537.

[14]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 538.

[15]) l. 19, § 1, l. 25, § 2. D. h. t. 19. 2. Наниматель не имѣетъ притязанія по поводу тѣхъ недостатковъ вещи, которые ему были извѣстны при заключеніи договора, или которые онъ тогда еще могъ бы самъ легко замѣтить. Исключеніе допускается лишь въ томъ случаѣ, если отдавшій вещь въ наемъ обѣщалъ ему ихъ устраненіе, l. 13, § 6. D. de damno infecto. 39. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи § 539, но также § 544.

[16]) l. 19, § 4, l. 61, pr. D. locati. 19. 2. По l. 55, § 1. D. eod. должны быть возвращены и полезныя издержки; но см. Petrażycki: Einkommen, т. 1, стр. 307. Текущіе расходы, напр., издержки на кормъ нанятой лошади, не возмѣщаются. Гражд. улож. для герман. имперіи § 547 опредѣляетъ: Наймодавецъ обязанъ возмѣстить нанимателю затраченныя имъ необходимыя издержки на нанятую вещь. Наниматель животнаго несетъ однако издержки прокормленія. Обязанность наймодавца возмѣстить остальныя издержки опредѣляется согласно постановленіямъ о веденіи чужихъ дѣлъ безъ порученія. Наниматель въ правѣ отдѣлить отъ вещи тѣ приспособленія, которыми онъ снабдилъ вещь. По § 556, Abs. 2 наниматель земельнаго участка не имѣетъ права удержанія въ обезпеченіе своихъ притязаній къ наймодавцу.

[17]) l. 6. C. h. t. 4. 65. Само собою разумѣется, что наниматель отвѣчаетъ за осторожный выборъ поднанимателя. По гражд. улож. для герман. имперіи § 549 наниматель не въ правѣ, безъ разрѣшенія наймодавца, отъ себя отдавать вещь въ поднаемъ.

[18]) l. un., § 3. D. de via publica. 43. 10.

3. Права *наймодавца:*

а) Право на условленную въ договорѣ *наемную плату*. Обыкновенно ее вносятъ postnumerando, т. е. по окончаніи найма или по истеченіи условленныхъ или обычныхъ сроковъ платежей [19]). *Наймодавецъ* несетъ *весь рискъ*. Это значитъ, что обязанность производить наемную плату останавливается съ момента уничтоженія вещи [20]) или вслѣдствіе *независящаго отъ нанимателя* обстоятельства, которое препятствуетъ дальнѣйшему осуществленію найма [21]) [22]). Въ случаѣ существенныхъ частичныхъ препятствій къ пользованію нанятою вещью наниматель можетъ требовать соотвѣтствующаго вычета изъ наемной платы [23]).

Въ связи съ этимъ стоитъ *право арендатора на сбавку арендной платы* — remissio mercedis—въ случаѣ совершеннаго уничтоженія или значительнаго поврежденія урожая еще до уборки его съ полей вслѣдствіе *чрезвычайнаго несчастія*. При долгосрочной арендѣ арендаторъ долженъ затѣмъ покрыть сбавку изъ доходовъ болѣе благопріятныхъ годовъ [24]).

---

[19]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи §§ 551 и 584.

[20]) Этотъ важный принципъ установленъ Алфеномъ, кажется, преимущественно для найма жилищъ, l. 30, § 1. D. h. t. 19. 2. Alfenus libro 3 digestorum a Paulo epitomatorum: Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret. См. выше § 110, отд. 1 въ концѣ.

[21]) Сюда можно также отнести *страхъ* передъ опасностью. Напр., кто-либо нанимаетъ лѣтнюю дачу, и вдругъ по близости появляется холера. Если въ такомъ случаѣ наниматель откажется отъ дачи, то нельзя отъ него требовать платы, хотя бы эпидемія этой дачи и не коснулась; l. 27, § 1. D. h. t. 19. 2. Alfenus libro 2 digestorum: Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris justa non fuisset, nihilo minus debere.

[22]) Отказъ отъ договора найма не запрещается и въ томъ случаѣ, если *заранѣе можно было* предвидѣть возможность препятствій въ пользованіи. Напр., для мебельной фабрики нанято помѣщеніе въ мѣстности, подлежащей особеннымъ таможеннымъ правиламъ. Если впослѣдствіи для той же мѣстности выходятъ новыя распоряженія таможеннаго вѣдомства, которыя или дѣлаютъ совершенно невозможнымъ, или значительно сокращаютъ данное фабричное производство, то наниматель имѣетъ право отказаться отъ договора, R. G. E., т. 4, стр. 169.

[23]) l. 27. pr. D. h. t. 19. 2.

[24]) l. 15, §§ 2—4, l. 25, § 6. D. h. t. 19. 2; l. 8, C. h. t. 4. 65; W. Sell въ Archiv für. civ. Praxis, т. 20, статья 8; Jacobi: Remission des Pachtzinses, 1856; Vangerow, т. 3, § 641, прим. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи не признаетъ права арендатора на сбавку арендной платы.

b) Наниматель долженъ обращаться съ нанятою вещью *внимательно и заботливо* [25]) и отвѣчаетъ за всякую вину, все равно, было ли послѣдствіемъ вины ухудшеніе вещи, или ея гибель [26]). Онъ долженъ воздерживаться отъ существенныхъ измѣненій вещи.

c) По окончаніи договора наниматель обязуется *возвратить* объектъ [27]) найма со всѣми принадлежностями въ томъ видѣ, въ какомъ онъ былъ полученъ [28]) [29]).

4. Право нанимателя не вещное, но личное: онъ является лишь

---

[25]) Сюда могутъ относиться издержки на поддержаніе вещи. См. выше, прим. 16; Petrażycki: Einkommen, т. 1, стр. 165. На арендатора возлагается обязанность пополненія убыли арендованнаго имущества (summissio); см. выше вып. II, § 79, прим. 7; l. 45, § 13. D. de jure fisci. 49. 14; Petrażycki, loc. cit., стр. 117. Гражд. улож. для герман. имперіи § 586, Abs. 2.

[26]) Наниматель отвѣчаетъ за вину своихъ людей и гостей лишь постольку, поскольку онъ самъ виноватъ въ этомъ, напр., тѣмъ, что ихъ принялъ у себя, l. 11, pr. D. h. t. См. далѣе l. 11, § 1 и слѣд., l. 12, l. 25, §§ 3 и 4. D. h. t. Умышленный поступокъ наперекоръ яснымъ запретамъ договора влечетъ за собою отвѣтственность и за случайный вредъ, возникшій вслѣдствіе такого нарушенія, l. 11, § 1. D. h. t. Объ обязанностяхъ арендатора промышленнаго заведенія см. Kohler въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, статья 9.

[27]) Нерѣдко случается, что наниматель и въ особенности арендаторъ, несмотря на истеченіе срока, медлятъ возвращеніемъ вещи и оттягиваютъ удовлетвореніе предъявившаго искъ хозяина подъ разными неосновательными предлогами. Для устраненія подобной волокиты l. 25. C. h. t. 4. 65 запрещаетъ нанимателю выставлять возраженіе, что онъ самъ собственникъ вещи. Вопросъ о правѣ собственности долженъ разбираться въ особомъ процессѣ. Thon въ Lindes Zeitschrift, т. 1, статья 24, считаетъ упомянутое запрещеніе совершенно непримѣнимымъ, если отвѣтчикъ утверждаетъ, что онъ былъ собственникомъ уже ко времени заключенія договора найма, такъ какъ въ такомъ случаѣ, строго говоря, никакого найма не было. Но это замѣчаніе едва ли справедливо. Вышеприведенный законъ исключаетъ всякое возраженіе, основанное на правѣ собственности, если кто „agrum conductionis *titulo* accepit“; поэтому безразлично, заключенъ ли дѣйствительный наемъ или нѣтъ. Windscheid, т. 2, § 400, прим. 18.

[28]) Нерѣдко инвентарь хозяйства передается арендатору *по оцѣнкѣ*, и въ такомъ случаѣ послѣдній считается *покупателемъ* вещей за опредѣленную оцѣнкою сумму. Онъ становится собственникомъ инвентаря и получаетъ право на свободное распоряженіе имъ, но по окончаніи найма обязанъ выплатить оцѣночную сумму. Конечно, при этомъ на него падаетъ весь рискъ ухудшенія или гибели инвентаря. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи §§ 588 и 589.—Со времени среднихъ вѣковъ встрѣчаются договоры, въ силу которыхъ отдающій имѣніе въ аренду остается собственникомъ инвентаря, такъ что арендаторъ можетъ отчуждать его лишь постольку, поскольку этого требуютъ интересы хозяйства. При этомъ всетаки рискъ лежитъ на арендаторѣ, который обязанъ негодные предметы замѣнить новыми. Такіе договоры — предусмотрѣнные между прочимъ и въ Code civil, art. 1822 — называются обыкновенно „eiserne Viehverträge“, т. е. договорами, въ силу которыхъ составъ стада долженъ остаться неизмѣннымъ.

[29]) О законныхъ „залоговыхъ“ правахъ, принадлежащихъ отдающему вещь въ аренду или въ наемъ, см. выше вып. II, § 100.

детенторомъ отъ лица наймодавца, а не юридическимъ владѣльцемъ [30]) [31]).

Въ силу этого въ Римѣ наймодавецъ всегда могъ отобрать вещь у нанимателя; онъ былъ обязанъ *вознаградить* послѣдняго только тогда, если это случилось преждевременно и съ нарушеніемъ договора. Тѣмъ менѣе *новый пріобрѣтатель*, въ частности покупщикъ нанятой вещи, былъ связанъ договоромъ найма, заключеннымъ его предшественникомъ [32]) [33]). Этотъ принципъ, обыкновенно, выражается поговоркой: «купля-продажа прекращаетъ наемъ (Kauf bricht Miethe)». Но, конечно, наймодавецъ обязанъ былъ вознаградить нанимателя, если вслѣдствіе отчужденія объекта найма договоръ по отношенію къ нему не соблюдался.

Общегерманское право и современныя законодательства не столь рѣзки. Они прежде всего не допускаютъ, чтобы наймодавецъ до окончанія срока могъ нарушить договоръ и лишить нанимателя пользованія вещью, хотя бы даже съ обѣщаніемъ вознаградить его [34]). Принципъ «купля прекращаетъ наемъ» хотя и признается, но въ значительно смягченной формѣ. По современному праву, наниматель можетъ требовать, чтобы его увѣдомили о прекращеніи договора въ обычные въ данномъ мѣстѣ сроки и чтобы сверхъ того

---

[30]) l. 10. D. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2, см. выше вып. II, § 6, прим. 4.

[31]) О дальнѣйшемъ см. Dernburg (старшій): Abhandlungen, статья 1, и Ziebarth: Die Realexecution und die Obligation mit Rücksicht auf die Miethe, 1866. Затѣмъ Degenkolb: Platzrecht und Miethe, 1867; Geller въ Grünhuts Zeitschrift, т. 5, стр. 313; Jacobi: Miethe und Pacht, 1889, стр. 21. Относительно исторіи найма и аренды въ германскомъ средневѣковомъ правѣ см. Brünneck въ Zeitschrift der Savignystift, german. Abtheilung, т. 1, стр. 138.

[32]) l. 12, l. 18, pr. de vi. 43. 16; l. 20. D. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2; Ziebarth, loc. cit., стр. 126 и слѣд.

[33]) Ни покупатель передъ нанимателемъ — ср. l. 25, § 1. D. h. t. 19. 2 и цитаты, привед. въ прим. 32—ни наниматель передъ покупателемъ не были обязаны къ продолженію договора послѣ продажи предмета найма, l. 32. D. h. t. 19. 2; l. 9. C. h. t. 4. 65.

[34]) Нанимателю, противъ котораго хозяинъ подымаетъ споръ о нарушеніи владѣнія, практика безъ всякаго колебанія предоставляетъ „право защищаться указаніемъ на существованіе договора найма“. Mühlenbruch: Cession, стр. 279, прим. 75. По практикѣ германскаго имперскаго суда, хозяинъ квартиры, произвольно принуждающій нанимателя оставить нанятое помѣщеніе, подвергается наказанію за самоуправство, см. выше, вып. I, § 125, прим. 3; а наниматель, удаленный изъ занимаемой квартиры, можетъ предъявить actio spolii—см. выше, вып. II, § 21, прим. 7. Равнымъ образомъ и противъ исковъ о правѣ собственности, предъявленныхъ хозяиномъ, наниматель можетъ защищаться ссылкою на договоръ найма. См. также Fischer: Soll Kauf Pacht und Miethe brechen? 1888.

ему предоставили извѣстный промежутокъ времени для возвращенія нанятой вещи [35]) [36]).

5. Относительно окончанія найма существуютъ различныя правила, смотря по тому, былъ ли договоръ заключенъ на опредѣленный срокъ, или же безъ того.

Безсрочный наемъ можетъ быть прекращенъ непосредственно во всякое время заявленіемъ одной изъ сторонъ. Но при наймѣ квартиръ почти повсюду соблюдаются мѣстные сроки для увѣдомленія о прекращеніи найма [37]).

Наемъ *срочный* прекращается вообще съ истеченіемъ срока [38]); въ нѣкоторыхъ же случаяхъ онъ прекращается и *до истеченія* срока, а именно въ слѣдующихъ:

a) при гибели предмета найма;

b) вслѣдствіе *отказа нанимателя*, если ему не предоставляется *обусловленное договоромъ пользованіе* [39]);

c) вслѣдствіе выселенія нанимателя наймодавцемъ за невнесеніе наемной платы въ теченіе 2 лѣтъ [40]), за значительную порчу нанятой вещи [41]), по случаю необходимаго ремонта [42]), и, наконецъ,

[35]) Въ пользу этого можно сослаться на слова l. 12. D. de vi. 43. 16: „nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset". Практика держится того правила, что *наниматель* можетъ опираться и на соглашеніе между продавцемъ и *покупателемъ*, по которому послѣдній обязывается сохранить въ силѣ заключенный продавцомъ договоръ найма. Ср. l. 9. C. h. t. 4. 65; Seuffert: Archiv, т. 32, казусъ 318 и т. 50, казусъ 243. Что наниматель въ случаѣ согласія покупателя на продолженіе найма въ свою очередь связанъ договоромъ, относительно этого среди практиковъ даже не возбуждается сомнѣнія.

[36]) По гражд. улож. для герман. имперіи §§ 571—581 соблюдается по отношенію къ земельнымъ участкамъ правило, что продажа арендованной или нанятой вещи не прекращаетъ аренды или найма. О движимыхъ вещахъ говорится въ § 986, Abs. 2.

[37]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 565, о договорѣ аренды—§ 595.

[38]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 567.

[39]) См. выше прим. 22. Гражд. улож. для герман. имперіи § 544 гласитъ: Если жилище или другое помѣщеніе, предназначенное для пребыванія въ немъ людей, таково, что пользованіе имъ сопряжено со значительною опасностью для здоровья, то наниматель имѣетъ право отступиться отъ договора во всякое время. О переводѣ лицъ, состоящихъ на государственной службѣ, на службу въ другую мѣстность говоритъ § 570.

[40]) l. 54, § 1, l. 56. D. h. t. 19. 2. Черезъ взносъ наемной платы право нанимателя остается въ силѣ, если платежъ послѣдовалъ до его увѣдомленія о прекращеніи найма. См. выше вып. II, § 92, прим. 24.

[41]) l. 54, § 1. D. h. t. 19. 2; l. 3. C. h. t. 4. 65. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 553.

[42]) l. 3. C. h. t. 4. 65; l. 30, pr., l. 35, pr. D. h. t. 19. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи § 323.

когда самъ хозяинъ имѣетъ непредвидѣнную надобность въ пользованіи вещью [43]) [44]);

d) открытіе конкурса надъ имуществомъ нанимателя послѣ перехода нанятой вещи въ его руки даетъ какъ *наймодавцу*, такъ и *администратору конкурсной массы* право отказаться отъ найма, но съ соблюденіемъ установленныхъ договоромъ, закономъ или мѣстнымъ обычаемъ сроковъ для увѣдомленія объ отказѣ [45]).

Фактическое продолженіе найма послѣ прекращенія договора разсматривается какъ его *возобновленіе*. Такое молчаливое возобновленіе договора имѣетъ въ случаѣ аренды силу на срокъ одного года; въ другихъ случаяхъ найма договоръ продолжается до извѣщенія объ отказѣ [46]), при чемъ, однако, по современному воззрѣнію, должны соблюдаться обычные сроки для такого увѣдомленія.

---

[43]) l. 3. C. h. t. 4. 65. Впрочемъ, здѣсь рѣчь идетъ лишь о наймѣ квартиръ. Samter: Benutzungsrecht des Vermiethers bei eigenem Gebrauch, Jenaer Inaug-dissert., 1890. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ объ этомъ случаѣ извѣщенія объ отказѣ.

[44]) Въ Римѣ договоръ найма сохранялъ свою силу и послѣ смерти нанимателя, § 6, I. de locatione et conductione. 3. 24. l. 10. C. eod. Иначе опредѣляетъ гражд. улож. для герман. имперіи §§ 569 и 596, Abs. 2.

[45]) K. O., § 17, lit. 1.

[46]) l. 13, § 11, l. 14. D. h. t. 19. 2; Röder: Abhandlungen, статья 1; Vangerow, т. 3, § 644; гражд. улож. для герман. имперіи § 568. За положеніемъ, помѣщеннымъ въ l. 13, § 11 — Ulpianus libro 32 ad edictum—„in urbanis autem praediis alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur“, слѣдуетъ очень спорное добавленіе, очевидно вставленное компиляторами: „nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est“. Многіе ученые, а особенно Vangerow, loc. cit., Windscheid, т. 2, § 402, прим. 13, выводятъ отсюда правило, что срокъ, установленный въ *первоначальномъ* письменномъ договорѣ, сохраняетъ силу и для молчаливо продолженнаго найма. Отсюда выходило бы, что лицо нанявшее квартиру на 5 лѣтъ и оставившее ее за собою безъ всякаго возраженія со стороны хозяина по окончаніи этого срока еще на нѣкоторое время, тѣмъ самымъ возобновляетъ свой договоръ еще на дальнѣйшія 5 лѣтъ. Странное правило! Оно, конечно, не вытекаетъ изъ предполагаемаго намѣренія сторонъ, а для произвольныхъ опредѣленій закона въ этой области нѣтъ никакого основанія. Въ дѣйствительности, въ заключительныхъ словахъ вышеприведенной цитаты ничего подобнаго и не сказано. По нашему мнѣнію, слова эти содержатъ лишь плохо выраженную, но въ существѣ дѣла, само собою понятную оговорку. Ея смыслъ таковъ: если въ письменномъ договорѣ найма—in scriptis, въ противоположность позднѣйшему его *молчаливому* возобновленію, предусмотрѣно время для возможнаго продолженія найма, то рѣшающее значеніе имѣетъ *этотъ срокъ*, но отнюдь не время фактическаго занятія квартиры. Ср. Röder, loc. cit., стр. 40, и авторовъ приведенныхъ у Vangerow'a, loc. cit.; кромѣ того Pernice: Parerga VIII, Savignyzeitschr. т. 19, стр. 92, прим. 3. — Behn въ Archiv für civ. Praxis, т. 68, статья 4, путемъ иного толкованія источника приходитъ, однако, къ тому же самому выводу, какъ и мы.

§ 112. b) Наемъ услугъ [1]).

Наймомъ услугъ—locatio conductio operarum—называется *предоставленіе услугъ на срокъ за денежное вознагражденіе.* Институтъ этотъ разсматривается по аналогіи съ наймомъ вещей, поскольку тому не препятствуетъ особенная его природа.

Locatio conductio operarum обнимаетъ лишь такія работы, которыя должны быть произведены по указаніямъ или приказу работодателя [2]). Впрочемъ, отсюда отнюдь не слѣдуетъ, что трудъ этотъ долженъ быть чисто механическимъ, ручнымъ — такъ наз. operae illiberales.

Въ Римѣ, при преобладаніи труда рабовъ, наемъ услугъ имѣлъ лишь второстепенное значеніе [3]) [4]). Но послѣ уничтоженія рабства и другихъ отношеній личной подчиненности, обусловленныхъ рожденіемъ подчиненнаго, этотъ институтъ сталъ играть очень важную роль въ современной жизни. Какъ отдѣльные виды locatio conductio operarum разсматриваются: наемъ прислуги, договоръ ремесленника съ подмастерьемъ, договоры съ фабричными рабочими, съ матросами, наемъ прикащиковъ [5]).

Наемъ услугъ заключается, или на опредѣленное [6]), или неопредѣленное время. Въ послѣднемъ случаѣ въ Римѣ каждая сто-

---

[1]) Dankwardt въ Jherings Jahrb., т. 14, статья 5; Pernice въ Zeitschrift der Savignystift. rom. Abtheilung, т. 9, стр. 242; Jean Adnet: Le louage de services, thèse Paris, 1892. Въ русской литературѣ см. диссертацію Гуляева: Наемъ услугъ, 1894.

[2]) Brinz, т. 2, стр. 762.

[3]) Pauli sent. II, 18, § 1: homo liber, qui statum suum in potestate habet et pejorem eum et meliorem facere potest: atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat; см. l. 91. D. de furtis. 47. 2.

[4]) Въ предоставленіи услугъ землемѣромъ Римляне не видѣли случая найма. Землемѣры получали не плату, а гонораръ и отвѣчали лишь за dolus, l. 1, pr. D. si mensor falsum modum dixerit. 11. 6. Но это опредѣленіе основано на древнеримскихъ воззрѣніяхъ и не имѣетъ для современнаго права никакого значенія. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 611, Abs. 2.

[5]) Относительно этихъ разнообразныхъ договоровъ см. Dankwardt, loc. cit.; Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, §§ 192 и слѣд. Частноправовыя нормы о договорѣ найма услугъ должны быть распространены даже на отношенія, вытекающія изъ государственной службы, поскольку это не будетъ противорѣчить тѣмъ публичнымъ цѣлямъ, которыя преслѣдуются этой службой; R. G. E., т. 18, стр. 173.

[6]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 624: Если наемъ заключенъ на всю жизнь служащаго или на срокъ свыше пяти лѣтъ, то, по истеченіи пяти лѣтъ, нанявшійся имѣетъ право заявить о прекращеніи имъ договора.

рона имѣла право въ любой моментъ отказаться отъ договора. По современному праву, для подобнаго отказа существуютъ извѣстные сроки, размѣры которыхъ опредѣляются или мѣстнымъ закономъ, или обычаемъ, а при отсутствіи и того, и другого—справедливымъ усмотрѣніемъ судьи [7]).

a) Нанявшійся обязанъ лично исполнить свою работу, такъ какъ именно личныя услуги являются объектомъ найма. Поэтому хозяинъ имѣетъ право не допускать замѣстителя [8]).

b) За услуги должно быть уплочено вознагражденіе, въ сомнительныхъ случаяхъ *послѣ* исполненія работы [9]). Вознагражденіе это можетъ быть опредѣлено или по времени работы, напр., при поденной платѣ, или по размѣрамъ труда—при сдѣльной. Вознагражденіе должно быть выплачено даже въ томъ случаѣ, если хозяинъ произвольно отказывается отъ услугъ или не можетъ ими воспользоваться или принять ихъ по причинамъ, зависящимъ лично отъ него. Даже смерть нанимателя сама по себѣ не считается достаточнымъ основаніемъ для прекращенія личнаго найма, заключеннаго на опредѣленное время; прекращеніе наступаетъ здѣсь лишь при томъ предположеніи, что услуги должны быть оказаны лично хозяину [10]).

Если наниматель не пользуется услугами нанявшагося, и у послѣдняго вслѣдствіе этого остается свободное время, то въ его вознагражденіе можетъ быть зачтено и то, что онъ за это свободное время заработалъ дѣйствительно, или могъ бы заработать. Предполагается, однако, что этотъ заработокъ не былъ сопряженъ съ бо́льшимъ напряженіемъ силъ и съ бо́льшими осложненіями, чѣмъ предусмотрѣнныя въ договорѣ услуги [11]) [12]).

---

[7]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи §§ 621—623.

[8]) Съ этимъ согласно гражд. улож. для герман. имперіи § 613.

[9]) Того-же мнѣнія гражд. улож. для герман. имперіи § 614.

[10]) l. 19, § 9. D. h. t., приведенная въ прим. 11; l. 19, § 10 eod.; l. 4. D. de off. adsess. l. 22.

[11]) l. 19, § 9. D. h. t. 19. 2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: „Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est".

[12]) См. правило, разсмотрѣнное выше, § 45, отд. 3. Гражд. улож. для герман. имперіи § 615.

Хозяинъ въ правѣ отказаться отъ договора, по аналогіи съ наймомъ вещей, въ томъ случаѣ, если не можетъ принять услугъ *по независящимъ отъ него обстоятельствамъ* [13]). Въ особенности это право ему предоставляется, если его увѣренность въ способности и готовности нанявшагося поколеблена уважительными причинами [14]). Открытіе конкурса надъ имуществомъ даетъ обѣимъ сторонамъ право отказаться отъ договора, но съ соблюденіемъ законныхъ или обычныхъ сроковъ для увѣдомленія объ отказѣ [15]).

§ 113. c) Подрядъ—locatio conductio operis.

Договоръ, въ силу котораго одно лицо—подрядчикъ, conductor *обязуется исполнить въ пользу* другого лица—подрядившаго, locator'a, *извѣстную работу за денежное вознагражденіе*, называется *подрядомъ*, locatio conductio operis [1]) [2]).

Цѣлью подряда является экономическій результатъ—opus [3]) [4]). Сюда относятся различныя манипуляціи съ тѣлесными вещами, напр., обработка или переработка движимыхъ вещей, перевозка вещей [5]) и

---

[13]) Правда, въ l. 38, pr. D. h. t. libro singulari regularum Павелъ говоритъ: Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Но это не слѣдуетъ распространять на случаи такой невозможности исполнить данную услугу, которые не заключаются въ лицѣ вѣрителя. R. G. E., т. 3, стр. 182 и ссылки тамъ же. Ср. Haeselich: Wer trägt die Gefahr des Zufalls bei Verträgen über zu leistende Dienste, Rostocker Diss. 1898. Относительно несвоевременнаго увѣдомленія о прекращеніи найма см. гражд. улож. для герман. имперіи §§ 626—628.

[14]) R. G. E., т. 23, стр. 167.

[15]) К. О., § 19.

[1]) Dankwardt: Die locatio conductio operis. Jherings Jahrb., т. 13, статья 7; Pernice въ Zeitschrift der Savignystift. rom. Abtheilung, т. 9, стр. 244.

[2]) См. о подрядѣ гражд. улож. для герман. имперіи §§ 631 и слѣд.

[3]) Несправедливо мнѣніе нѣкоторыхъ ученыхъ — напр., Wächter'a, т. 2, стр. 479 въ его приложеніяхъ къ Pandekten,—которые утверждаютъ, что locatio conductio operis представляетъ собою лишь „отдѣльный случай" locatio conductio operarum. При подрядѣ мы имѣемъ дѣло съ предоставленіемъ экономическаго результата, l. 5, § 1. D. de V. S. 50. 16. Paulus libro 2 ad edictum: „Opere locato conducto": his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum. Но для достиженія такого результата необходима со стороны conductor'a затрата труда. Эту мысль и желаетъ выразить Павелъ libro 34 ad edictum, l. 22, § 2. D. h. t. 19. 2: „locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem".

[4]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 631, Abs. 2 гласитъ: Предметомъ договора подряда можетъ быть изготовленіе или передѣлка какой-либо вещи, и вообще исполненіе всякаго рода предпріятій, посредствомъ работы или оказанія услугъ. О договорѣ съ маклеромъ трактуютъ §§ 652 и слѣд.

[5]) H. G. B. даетъ въ Art. 390 опредѣленіе „фрахтовой сдѣлки" вообще, а въ Art. 657 и слѣд. „морской фрахтовой сдѣлки".

людей, постройка и другіе виды переработки недвижимостей. Тѣмъ же правиламъ подчиняются и различныя нематеріальныя дѣйствія дѣлового, художественнаго, техническаго или научнаго характера, имѣющія денежную стоимость [6]) [7]).

Иногда conductor обязывается совершить *только работу*—такъ наз. чистый подрядъ; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ обязанъ доставить также и матеріалъ—заказъ, въ тѣсномъ смыслѣ слова [8]).

Если, впрочемъ, на подрядчика возлагается доставка *главнаго предмета договора*, то такая сдѣлка разсматривается не какъ подрядъ, но какъ купля-продажа [9]); предоставленіе одного только приклада не измѣняетъ характера подряда. Поэтому и постройка зданія

---

[6]) О поступленіи къ мастеру въ обученіе см. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 194. О наймѣ актеровъ и артистовъ см. Opet въ Archiv für civ. Praxis, т. 86, статья 3.

[7]) Особенно важной сдѣлкой такого рода является *доставленіе свѣдѣній о кредитоспособности* лица. Эта сдѣлка стала теперь настоящимъ основаніемъ самыхъ разнообразныхъ отраслей современнаго кредита; ср. Hugo Jacoby: Die Krediterkundigung, Berliner Inaug-dissert., 1891. Обыкновенно, эти свѣдѣнія доставляются „безъ отвѣтственности за послѣдствія заключенной на ихъ основаніи сдѣлки"; такая оговорка, въ силу обычая, предполагается даже и тамъ, гдѣ ее почему-либо пропустили. Несомнѣнно, всякій доставляющій такого рода свѣдѣнія отвѣчаетъ за dolus; но спрашивается, отвѣчаетъ ли онъ вмѣстѣ съ тѣмъ и за culpa lata? Jacoby, loc. cit., считаетъ это неправильнымъ. Намъ, напротивъ, кажется, что подобная отвѣтственность не только вполнѣ умѣстна, но и прямо соотвѣтствуетъ общественнымъ интересамъ. Конечно, судья не долженъ забывать о тѣхъ большихъ трудностяхъ, которыя сопряжены съ доставленіемъ подобныхъ свѣдѣній; поэтому необходима большая осторожность при опредѣленіи culpa lata.

[8]) Если conductor'у позволяется вмѣсто предоставленнаго ему подрядившимъ матеріала употребить на исполненіе подряда другой, а также при перевозкѣ вмѣсто ввѣренныхъ ему замѣнимыхъ вещей представить другія, то такая сдѣлка называется locatio conductio irregularis, l. 31. D. h. t. 19. 2; l. 34, pr. D. de auro. 34. 2; ср. Karlowa въ Grünhuts Zeitschrift, т. 16, стр. 418; P. Rossi: Locatio conductio operis irregularis въ Studi senesi, т. 7, стр. 181 и слѣд. Сюда же относится и случай платежа денегъ посредствомъ „почтоваго перевода".

[9]) § 4. I. h. t. 3. 24: Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem, sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi, quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit. Этотъ текстъ составленъ по Gajus, Inst. III, § 147; ср. l. 2, § 1. D. h. t. 19. 2. Впрочемъ, не слѣдуетъ подводить заказъ съ доставкой матеріала непосредственно подъ понятіе купли-продажи; и съ экономической точки зрѣнія это едва ли цѣлесообразно. Ehrenberg: Kauf und Werkvertrag въ Jherings Jahrb., т. 27, статья 4. Гражд. улож. для герман. имперіи § 651 стоитъ на римской точкѣ зрѣнія.

на землѣ, принадлежащей подрядившему, всегда считается подрядомъ, и это даже въ томъ случаѣ, если весь строительный матеріалъ доставленъ подрядчикомъ [10]).

а) Conductor обязанъ исполнить подрядъ своевременно [11]), согласно договору и безъ недостатковъ [12]).

Но исполненіе заказа лично самимъ conductor'омъ не является необходимымъ условіемъ. Онъ, въ свою очередь, можетъ сдать отъ себя работу [13]), конечно, по скольку это не запрещено договоромъ или не противорѣчитъ характеру подряда. Поэтому, въ понятіе locatio conductio operis входитъ и такъ наз. антреприза [14]).

По общему правилу подрядчику не запрещается имѣть помощниковъ даже тамъ, гдѣ на него возлагается обязанность личнаго исполненія.

---

[10]) l. 20. D. de contr. empt. 18. 1: quoniam tunc a me substantia proficiscitur; l. 22, § 2. D. h. t. 19. 2. Безразлично, возводится ли постройка на собственной землѣ заказчика или же на чужой; см. R. G. E., т. 13, стр. 209, относительно постройки цирка на городской землѣ вслѣдствіе заказа товарищества наѣздниковъ. См. далѣе R. O. H. G. E., т. 23, стр. 89; Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 254. Ср. рѣшеніе германскаго имперскаго суда въ Juristische Wochenschrift, 1893, стр. 556.

[11]) Согласно правиламъ, указаннымъ выше, § 35, просрочка нерѣдко даетъ подрядившему право отказаться отъ договора. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 636.

[12]) Бываетъ, что исправленіе работы возможно безъ всякой просрочки; въ такомъ случаѣ подрядившій въ правѣ это требовать, а подрядчикъ—предлагать. Промежутокъ времени, въ теченіе котораго подрядившій обязанъ ждать этого исправленія, опредѣляется обстоятельствами дѣла и цѣлями договора. Если подрядившій согласится на принятіе худшаго исполненія, то онъ можетъ требовать соотвѣтствующаго уменьшенія вознагражденія; въ случаѣ виновности подрядчика въ недостаткахъ, право подрядившаго распространяется и на возмѣщеніе интереса. Сверхъ того, ему предоставляется право отказаться отъ договора, когда выполненіе работы существенно отступаетъ отъ постановленій договора; но при этомъ требуется, чтобы подрядчику было возвращено все, имъ уже затраченное для подряда, чего, впрочемъ, не можетъ быть при постройкѣ на землѣ подрядившаго. Послѣдній точно также въ правѣ отказаться отъ договора еще до окончанія работы, если во время ея производства становится яснымъ, что выполненіе подряда, согласно съ постановленіями и цѣлью договора, невозможно. За исполненную часть работы онъ, конечно, обязанъ вознаградить подрядчика, l. 60, § 4. D. h. t. 19. 2. Подрядчикъ не отвѣчаетъ ни за какія ошибки тамъ, гдѣ онъ дѣйствовалъ по указаніямъ подрядившаго; исключается лишь тотъ случай, если онъ, будучи свѣдущимъ лицомъ, подчиняется безъ всякаго предупрежденія требованіямъ подрядившаго, не имѣющаго никакихъ техническихъ познаній. Ср. l. 51, § 1, l. 60, § 3. D. h. t. 19. 2.

[13]) l. 48, pr. D. h. t. 19. 2.

[14]) Dankwardt, loc. cit., стр. 305, желаетъ строго разграничить locatio conductio operis и „антрепризу". Но это едва ли правильно: conductor обѣщаетъ *результатъ* работы, но вовсе не *свою собственную* работу. Ту же мысль выражаетъ и l. 48, pr. D. cit.

За вину замѣстителей и помощниковъ онъ отвѣчаетъ, какъ за свою собственную [15]).

Обязанность подрядчика, обыкновенно, переходитъ на его наслѣдниковъ.

b) Подрядившій—locator—обязанъ уплатить условленное вознагражденіе, смотря по соглашенію, или цѣликомъ—по окончаніи всей работы, или же по частямъ—по мѣрѣ ея исполненія [16]). Часть платы можетъ быть внесена впередъ въ видѣ задатка, поскольку это выговорено сторонами или принято обычаемъ [17]).

Вознагражденіе должно быть выплачено и въ томъ случаѣ, если подрядившій произвольно отказывается отъ договора и этимъ мѣшаетъ его исполненію; но при этомъ принимаются въ соображеніе и всѣ тѣ сбереженія, которыя сдѣланы подрядчикомъ вслѣдствіе прекращенія работы [18]).

Подрядившій обязанъ своевременно доставить необходимый для работы матеріалъ [19]), а также во-время принять оконченную работу. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это предусмотрѣно договоромъ, онъ обязанъ одобрить работу [20]). Одобреніе это можетъ заключаться или въ простомъ принятіи безъ оговорокъ, или же въ томъ, что не было указано на недостатки работы *вскорѣ* послѣ ея принятія. Послѣ одобренія conductor отвѣчаетъ лишь за тѣ недостатки, которые могли остаться незамѣченными даже при тщательномъ осмотрѣ. Доказательство этого обстоятельства возлагается на подрядившаго. Если подрядчикъ добился одобренія путемъ обмана, онъ не освобождается отъ отвѣтственности [21]).

Очень спорнымъ является вопросъ объ отвѣтственности за *рискъ*

---

[15]) См. выше, § 38, прим. 8.

[16]) l. 51, § 1. D. locati. 19. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи § 641, Abs. 1.

[17]) Причитаются ли проценты по неуплоченному вознагражденію съ момента принятія работы подрядившимъ? Рѣшеніе этого вопроса по аналогіи съ соотвѣтствующими, но совершенно исключительными правилами купли-продажи едва ли цѣлесообразно. См. Windscheid, т. 2, § 401, прим. 1a; гражд. улож. для герман. имперіи § 641, Abs. 2.

[18]) См. l. 19, § 9. D. h. t. 19. 2; Bolze: Praxis des Reichtsgerichts, т. 2, стр. 230; гражд. улож. для герман. имперіи § 649.

[19]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 642—643.

[20]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 640, Abs. 1.

[21]) l. 24, pr. D. h. t. locati. 19. 2. Изъ словъ „ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta“ нельзя—какъ это дѣлаетъ Arndts, § 315—выводить правило, что подрядчикъ послѣ одобренія работы отвѣчаетъ лишь за dolus.

и *страхъ* заказа, т. е. вопросъ о томъ, причитается ли подрядчику вознагражденіе при случайной гибели или порчѣ заказа [22]).

Само собою разумѣется, что рискъ и страхъ переходятъ на подрядившаго, разъ онъ принялъ работу или долженъ былъ принять ее. Но до этого момента вся отвѣтственность лежитъ на *подрядчикѣ*, такъ какъ вознагражденіе обѣщано ему лишь за вполнѣ законченную работу. Тѣмъ не менѣе безусловное примѣненіе этого правила могло бы привести къ несправедливымъ послѣдствіямъ. Вотъ почему практика принимаетъ во вниманіе затраченный уже трудъ и, согласно съ этимъ, подвергаетъ означенное общее правило слѣдующимъ измѣненіямъ:

a) Если гибель или порча заказа зависятъ отъ *матеріала, доставленнаго подрядившимъ*, то весь рискъ падаетъ на него и онъ обязанъ уплатить соотвѣтствующее вознагражденіе.

Это же правило должно быть примѣняемо и въ томъ случаѣ, если гибель вызвана причиной, зависящей отъ самаго подрядившаго, или же, если она постигла заказъ уже послѣ того, какъ онъ перешелъ къ подрядившему [23]).

b) На подрядившаго переходитъ весь рискъ и въ томъ случаѣ, когда заказъ погибъ отъ высшей стихійной сили—vis major, которая не могла быть устранена техническими приспособленіями,—напр., въ случаѣ землетрясенія [24]) [25]).

---

[22]) См. Bolze: Ueber den Zufall bei der Werkverdingung въ Archiv für civ. Praxis, т. 57, статья 5; Schmauser: Zufall bei der Werkverdindung, Erlanger Inaug-dissert., 1891; Adnet, loc. cit., стр. 29, см. выше, § 112, прим. 1. Oertmann: Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschr., т. 24, стр. 1. См. далѣе авторовъ, приведенныхъ у Windscheid'a, т. 2, § 401, прим. 8.

[23]) Это слѣдуетъ изъ самой природы вещей, ср. Strohal въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 386.

[24]) Изъ опредѣленія locatio conductio operis, даннаго Лабеономъ,—см. выше, прим. 3—слѣдуетъ, что на подрядчика падаетъ весь рискъ, если работа погибнетъ до ея принятія подрядившимъ или раньше того дня, въ который послѣдній долженъ былъ ее принять. Эту мысль высказываетъ Лабеонъ libro 1 pithanorum въ l. 62. D. h. t. 19. 2: Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Но Павелъ допускаетъ справедливое исключеніе: „immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum". Другое, еще болѣе основательное исключеніе принадлежитъ Сабину. Ср. l. 59. D. h. t. 19. 2. Javolenus libro 5 Labeonis posteriorum: Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum. „Vis naturalis", о которой говоритъ здѣсь Сабинъ, не что иное, какъ vis major, ср. выше § 39, прим. 6. Съ этимъ согла-

§ 114. Lex Rhodia de jactu [1]).

Если кораблю и его грузу угрожаетъ на морѣ такая опасность, что для ея устраненія корабельщикъ долженъ принести извѣстныя жертвы, то убытки, понесенные отъ этого, разлагаются на всѣхъ, кому угрожала эта опасность — большая аварія (die grosse Haverei) [2]).

Это правило—lex Rhodia de jactu—сложилось въ родосскомъ правѣ и перешло оттуда сначала въ римское, а затѣмъ послѣдовательно въ средневѣковое и новѣйшее морское право. Благодаря ему между корабельщикомъ и грузовщиками создается правовая общность отъ момента нагрузки до выгрузки; естественнымъ основаніемъ этой *правовой* общности служитъ та *фактическая* общность, которая возникаетъ вслѣдствіе нагрузки товара одного лица на корабль другого.

севъ и Florentinus libro 7 institutionum—l. 36. D. h. t. 19. 2: Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum(o) est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur, si tamen vi majore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. Это правило дополняетъ Яволенъ въ l. 37. D. h. t. 19. 2. Javolenus libro 8 ex Cassio: Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

[25]) Строгой точки зрѣнія держится гражд. улож. для герман. имперіи § 644, Abs. 1: До пріема подряда страхъ лежитъ на подрядчикѣ. Когда заказчикъ просрочиваетъ пріемъ, страхъ переходитъ на него. Подрядчикъ не несетъ отвѣтственности за случайную гибель или случайное ухудшеніе доставленнаго ему заказчикомъ матеріала. Ср. съ этимъ Abs. 2 той же статьи и §§ 645 и 646. Dernburg: Bürg. Recht, т. 2, отд. 2, § 318.

[1]) Tit. D. de lege Rhodia de jactu. 14. 2; Pauli sent. II, 7; H. G. B., Art. 702—735; Goldschmidt въ его Zeitschrift, т. 35, стр. 36 и 321; Heck: Das Recht der grossen Haverei, 1889, особенно стр. 592. Тамъ же см. литературу.

[2]) Въ современномъ правѣ для обозначенія этого вреда и всего института lex Rhodia употребляется терминъ „аварія (Haverei)". Нѣкоторые утверждаютъ, что это слово арабскаго происхожденія; см. Goldschmidt, loc. cit., прим. 1. Аварія въ вышеуказанномъ смыслѣ имѣетъ мѣсто лишь при чрезвычайныхъ расходахъ. Издержки „обыкновенныя" или „незначительныя", напр., издержки вызванныя затруднительнымъ положеніемъ, не представляющимъ ничего серьезнаго, какъ взрывъ льда, потребность въ лоцманѣ, всецѣло ложатся на корабельщика, и привлекать къ этимъ расходамъ грузовщиковъ онъ не имѣетъ права. Кромѣ того отъ „большой" или „общей" аваріи нужно отличать *частную*. Сюда относятся потери, постигающія отдѣльныхъ лицъ; напр., товаръ одного изъ грузовщиковъ воспламеняется, и огонь уничтожаетъ его.

Для распредѣленія потерь необходимы слѣдующія условія:

1. Опасность, непосредственно угрожавшая и кораблю, и грузу.

2. Жертва, принесенная для спасенія. Исходнымъ случаемъ было выбрасываніе товаровъ за бортъ [3]); но сюда относятся также и другія мѣры, предпринимаемыя для спасенія корабля, между прочимъ, перегрузка товаровъ на разгрузныя судна, которыя затѣмъ погибли, срубка мачтъ и другихъ снастей, выкупъ отъ пиратовъ [4]) и т. п.

3. Требуется, чтобы всѣ эти мѣры были приняты по распоряженію капитана корабля [5]).

4. Судно, а также часть груза, должны остаться въ цѣлости [6]).

Распредѣленіе потерь происходило въ Римѣ слѣдующимъ образомъ: хозяинъ корабля производилъ у всѣхъ грузовщиковъ соотвѣтствующій вычетъ и этимъ вознаграждалъ потерпѣвшаго [7]). По современному же морскому праву, планъ распредѣленія — *диспашъ, dispache*—устанавливается оффиціально назначенными лицами—диспашерами [8]) [9]), и на основаніи ихъ распредѣленія всѣмъ имѣющимъ

---

[3]) l. 1. D. h. t. 14. 2. Paulus libro 2 sententiarum: Lege Rhodia cavetur-ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sar ciatur quod pro omnibus datum est.

[4]) Примѣры приводятся въ l. 2, § 1, l. 3, l. 5. § 1. D. h. t. 14. 2; l. 4, pr. D. eod.; l. 2, § 3. D. eod. Ср. также l. 4. § 2. D. eod. H. G. B., Art. 708, пересчитываетъ отдѣльные случаи примѣненія этого правила, но безъ намѣренія исчерпать всѣ возможности; впрочемъ, относительно того, что въ исчисленныхъ случаяхъ слѣдуетъ подвести подъ понятіе аваріи, законъ имѣетъ абсолютно исчерпывающее значеніе, R. O. H. G. E., т. 13, стр. 407.

[5]) Римскіе источники ясно нигдѣ этого не высказываютъ, но оно понятно само собою. Иначе разсуждаетъ Heck, стр. 594. Новѣйшее же морское право относительно этого не допускаетъ никакого сомнѣнія, H. G. B., Art. 702.

[6]) Pauli sent. II, 7, § 3; l. 4, pr. D. h. t.; l. 2, pr. D. eod.; H. G. B., Art. 705.

[7]) Paulus libro 34 ad edictum—l. 2, pr. D. h. t. 14. 2: Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest.

[8]) H. G. B., Art. 731.

[9]) Согласно H. G. B. Art. 713, при оцѣнкѣ и погибшихъ, и спасенныхъ грузовъ принимается въ соображеніе *продажная цѣна* въ мѣстѣ назначенія. Heck, loc. cit., стр. 604, доказалъ, что такого же порядка держались и въ Римѣ, между тѣмъ какъ принятое до сихъ поръ толкованіе l. 2, § 4. D. h. t. 14. 2 утверждало, что стоимость погибшихъ товаровъ опредѣлялась по ихъ „*покупной цѣнѣ*“. Конечно, изъ суммы убытковъ вычитаются всѣ тѣ сбереженія въ расходахъ, которыя являются послѣдствіемъ гибели товара, l. 2, § 2 in fine. D. h. t. 14. 2; H. G. B., Art. 725, идетъ немного далѣе.

право на вознагражденіе непосредственно дается притязаніе противъ обязанныхъ къ уплатѣ; послѣдніе же отвѣчаютъ, впрочемъ, лишь въ размѣрѣ спасеннаго имущества [10]).

Опредѣленія lex Rhodia примѣняются и при рѣчной перевозкѣ [11]).

На другіе же случаи распространять ихъ нельзя, такъ какъ они основаны не на общемъ принципѣ, но вызваны особенностями воднаго транспорта [12]).

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

а) **Порученіе** (mandatum) [1]).

§ 115. Понятіе порученія.

Безвозмездное принятіе на себя порученія—mandatum—обосновываетъ взаимныя отношенія между давшимъ порученіе — мандантомъ—и принявшимъ его—мандатаріемъ [2]).

Предметомъ порученія являются преимущественно *юридическія дѣйствія*, будутъ ли это юридическія сдѣлки или же процессуальныя дѣйствія. Но мандатомъ является также принятіе на себя порученія и *чисто фактическаго свойства*, если оно происходитъ безвозмездно [3]).

---

[10]) H. G. B., Art. 727 и 728.

[11]) Противъ этого высказывается судебное рѣшеніе у Seuffert'a: Archiv, т. 46, казусъ 22.

[12]) Windscheid, т. 2, § 403, прим. 13, требуетъ распространенія принциповъ lex Rhodia на всѣ тѣ случаи, когда кто-либо, имѣя въ своемъ владѣніи вещи разныхъ собственниковъ, жертвуетъ вещами одного для спасенія имущества всѣхъ остальныхъ. Еще дальше заходитъ Jhering въ своемъ JahrB., т. 10, стр. 348. Противъ нихъ обоихъ высказывается Goldschmidt, loc. cit., стр. 61. Онъ между прочимъ совершенно правильно отвергаетъ примѣненіе lex Rhodia къ тому случаю, когда кондукторъ почтоваго дилижанса отдаетъ напавшимъ на него разбойникамъ ввѣренный ему денежный пакетъ, съ цѣлью спасти остальныя почтовыя посылки. Такого же мнѣнія Heck, loc. cit., стр. 589.

[1]) Tit. I. de mandato. 3. 26, D. mandati vel contra. 17. 1, C. 4. 35.

[2]) Лицо, давшее порученіе, Римляне называли „mandans“ или „mandator“; для получившаго же порученіе у нихъ не было спеціальнаго термина, и они старались восполнить этотъ пробѣлъ словомъ „procurator“, имѣющимъ много другихъ значеній.

[3]) § 13. I. h. t. 3. 26: ....Si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio. Новѣйшія законодательства въ большинствѣ случаевъ ограничиваютъ mandatum лишь порученіемъ юридическихъ дѣйствій. Иного взгляда держится гражд. улож. для герман. имперіи.

Содержаніе порученія можетъ состоять въ управленіи всѣмъ имуществомъ или же отдѣльною его частью, а также въ заключеніи опредѣленнной сдѣлки [4]) [5]).

Mandatum нерѣдко заключаетъ въ себѣ *довѣренность*, т. е. полномочіе предпринимать извѣстныя дѣйствія съ такими же послѣдствіями, какъ если бы дѣйствовалъ *самъ мандантъ* [6]). Въ такомъ случаѣ мандатъ имѣетъ значеніе не только для довѣрителя и повѣреннаго—*внутренняя* связь, но и для третьихъ лицъ—*внѣшнее отношеніе*; но не всякій мандатъ содержитъ въ себѣ подобное полномочіе. Съ другой стороны, въ болѣе развитомъ правѣ часто встрѣчаются случаи полномочія безъ всякаго мандата; здѣсь уполномоченный получаетъ право на совершеніе извѣстныхъ дѣйствій, но онъ не обязанъ къ этому.

Римляне различали mandatum mea, aliena и tua gratia [7]).

a) Обыкновенно порученіе дается въ *интересахъ манданта* — mea gratia; впрочемъ, рука объ руку съ этимъ можетъ идти также и интересъ третьяго лица или самаго мандатарія.

b) Вполнѣ дѣйствительными признаются и порученія, данныя въ интересахъ лишь *третьяго лица*—aliena gratia, такъ что мандантъ не имѣетъ самостоятельнаго интереса въ ихъ исполненіи.

c) Напротивъ, порученіе, даваемое *исключительно въ интересахъ мандатарія*—mandatum tua gratia, само по себѣ юридическаго значенія не имѣетъ.

Подобное порученіе имѣетъ значеніе одного лишь *совѣта*. Давшій его отвѣчаетъ за послѣдствія лишь въ томъ случаѣ, когда онъ

---

[4]) Ср. выше вып. I, § 119, прим. 13 и 14.

[5]) Страннымъ представляется порученіе, въ силу котораго мандатарій долженъ отчудить манданту свою собственность. Не лучше ли признать подобную сдѣлку прямо куплей-продажей? Тѣмъ не менѣе она можетъ быть и порученіемъ. Если, напр., кто-либо поручаетъ сособственнику или сонаслѣднику пріобрѣсть для себя общую вещь или все наслѣдство, то это порученіе распространяется и на часть принадлежащую мандатарію, l. 22, § 4, l. 34, § 1, l. 35, l. 36 D. h. t. 17. 1. Но едва ли можно отсюда — по примѣру Goldschmidt'a: Handbuch des Handelsrechts, 3 изд., т. 1, стр. 78—сдѣлать тотъ выводъ, что уже Римляне знали „право самостоятельнаго вступленія комиссіонера въ сдѣлку", въ томъ смыслѣ, въ какомъ это допускается современнымъ торговымъ правомъ. См. выше § 59, прим. 7.

[6]) Laband въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 10, стр. 205, см. выше вып. I, § 119, прим. 5.

[7]) l. 2. D. h. t. 17. 1; pr., §§ 1 и слѣд. I. h. t. 3. 26.

особо принялъ на себя такую отвѣтственность или же дѣйствовалъ со *злымъ умысломъ* [8]) [9]). Конечно, мандантъ отвѣчаетъ, если исполнившій порученіе мандатарій изъ самаго договора не могъ усмотрѣть, что дѣйствуетъ лишь въ своихъ интересахъ.

Mandatum—сдѣлка *безденежная* [10]), и не должно быть промысломъ мандатарія. Этимъ порученіе существенно отличается отъ *найма услугъ*. Мандатарія побуждаютъ къ принятію порученія его

---

[8]) l. 2, § 6. D. h. t. 17. 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum:... Magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur. То же говоритъ и § 6. I. h. t. 3. 26. Лицо, дающее совѣтъ, отвѣчаетъ: a) за неблагопріятный исходъ, если обѣщало свою отвѣтственность за послѣдствія совѣта, l. 12, § 13. D. h. t. 17. 1; если *злонамѣренно* подало дурной совѣтъ, l. 47, pr. D. de R. J. 50. 17; ср. l. 10 § 7. D. h. t. 17. 1; b) за всякую вину, если обѣщало дать *одни лишь тщательно обдуманные* совѣты. Подача такихъ совѣтовъ всегда предполагается въ томъ случаѣ, когда кто-либо даетъ совѣты по профессіи и за вознагражденіе. Но Vangerow, т. 3, § 659, заходитъ слишкомъ далеко, утверждая, будто всякій спрошенный и давшій совѣтъ въ качествѣ свѣдущаго лица уже въ силу одного этого отвѣчаетъ за недостаточно внимательное отношеніе къ дѣлу—за отсутствіе diligentia. Такое лицо, спрошенное, напр., во время прогулки или на балу своимъ знакомымъ, съ которымъ раньше никакихъ дѣловыхъ отношеній не имѣло, отвѣчаетъ, конечно, лишь за dolus. То же самое правило примѣняется при торговыхъ совѣтахъ и рекомендаціяхъ. Ср. R. O. H. G. E., т. 19, стр. 197. Но если между получающимъ совѣтъ и дающимъ его существовали и раньше дѣловыя отношенія, то послѣдній отвѣчаетъ за полную diligentia. См. R. G. E., т. 27, стр. 118. Ernst Wolff: Die Haftung des Rathgebers, Berliner Diss. 1899.

[9]) Весьма споренъ вопросъ, въ какомъ отношеніи къ правиламъ, изложеннымъ въ прим. 8, находится l. 6, § 5. D. h. t. 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: *aut, si non esses facturus, nisi ego mandassem*, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Очень часто отсюда выводится правило, что и mandatum tua gratia и совѣтъ налагаютъ на совѣтующаго обязанности въ томъ случаѣ, если другая сторона только этимъ была побуждена къ данному дѣйствію, но не дѣлается при этомъ никакихъ указаній на то, какъ установить подобный фактъ. Само собою разумѣются, что невысказанныя мысли получившаго совѣтъ не могутъ быть приняты во вниманіе. Слова Ульпіана—слѣдуетъ обратить особое вниманіе на futurum — имѣютъ въ виду тотъ случай, когда подающему совѣтъ заранѣе было *объявлено*, что „получающій его намѣренъ дѣйствовать лишь потому, что принимаетъ во вниманіе данныя ему указанія“. Если на это дающій совѣтъ ничего не возражаетъ, то отсюда можно заключить, что онъ готовъ отвѣчать за послѣдствія своего указанія. Итакъ, здѣсь имѣетъ мѣсто молчаливое обѣщаніе гарантіи. Иныя воззрѣнія см. у Vangerow'a, т. 3, § 659, IV, и Wächter'a, Pandekten, т. 2, стр. 451. Wolff, a. a. O. стр. 16.

[10]) l. 1, § 4. D. h. t. 17. 1. Paulus libro 32 ad edictum: Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit; l. 36, § 1. D. eod. Javolenus libro 7 ex Cassio:... Nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet. Тотъ же взглядъ высказываетъ гражд. улож. для герман. имперіи § 662.

личныя отношенія къ манданту, напр., родство, дружба, совмѣстная дѣятельность и т. п., но вовсе не желаніе заработать деньги. Тѣмъ не менѣе мандатарію можетъ быть предложенъ *гонораръ* [11]). Послѣдній по цѣли своей совершенно разнится отъ платы, такъ какъ представляетъ не денежную прибыль или вознагражденіе, но выраженіе благодарности, признательности за оказанныя услуги, возмѣщеніе издержекъ, которыя не легко вычислить подробно и точно, а также доставленіе средствъ къ жизни во время занятія даннымъ дѣломъ [12]). Что̀ именно обусловлено за данное порученіе, гонораръ ли или плата,—это рѣшается по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая.

Дѣятельность духовныхъ лицъ, представителей наукъ и искусствъ, врачей, юристовъ—operae liberales—считается обыкновенно не подлежащею денежной оцѣнкѣ. Эта дѣятельность не оплачивается, но вознаграждается. Поэтому договоры о подобныхъ услугахъ всегда являются порученіями [13]).

§ 116. Обязанности, возникающія изъ порученія.

1. Обязанности мандатарія заключаются въ слѣдующемъ:

a) Онъ долженъ *заботливо* и *точно выполнить* возложенное на него порученіе, не только по внѣшнему выраженію, но и по внутреннему смыслу. Согласно съ общимъ правиломъ, онъ обязанъ слѣдовать также всѣмъ позднѣйшимъ указаніямъ манданта, коль скоро они не выходятъ за рамки порученія. Произвольныя отклоненія, хотя бы съ денежной стороны они и представляли выгоду, мандатарію не разрѣшаются, такъ какъ онъ лишь представитель, а не хозяинъ дѣла [1]). Впрочемъ, если измѣняются обстоятельства, имѣющія

---

[11]) l. 6, pr. D. h. t. 17. 1. Для вытребованія гонорара въ Римѣ пользовались не actio mandati, но cognitio extraordinaria, l. 7. D. h. t. 17. 1; l. 1. C. h. t. 4. 35; l. 1, pr. и слѣд. D. de extraord. cogn. 50. 13.

[12]) См. Löwenfeld въ Gutachten des Anwaltstandes zum Entwurf des bürgerl. Gesetzbuches, стр. 884; Petrażycki: Einkommen, т. 2, § 34.

[13]) См. Löwenfeld, loc. cit., и въ Münchener Festgaben für Planck, Inästimabilität und Honorirung der operae liberales, 1887, стр. 387 и слѣд. Отличіе отъ обыкновеннаго mandatum заключается здѣсь въ томъ, что священникъ, докторъ и т. п. не только не связаны указаніями поручающаго, но являются по отношенію къ нему авторитетами въ области религіи, науки и искусства. Hefke: Der Arzt, Darmstadt, 1886. Гражд. улож. для герман. имперіи разсматриваетъ и данное отношеніе какъ наемъ услугъ, но ср. тамъ же § 675.

[1]) l. 5, § 2. D. h. t. 17. 1. Paulus libro 32 ad edictum: Itaque si mandavero tibi, ut domum Sejanam centum emeres tuque Titianam emeris longe majoris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implesse mandatum.

вліяніе на порученіе, то мандатарій долженъ обратиться за разрѣшеніемъ вопроса къ манданту, а если это невозможно, — дѣйствовать въ его смыслѣ и духѣ [2]).

Выполненіе порученія при помощи другихъ лицъ — *субститутовъ*—вообще разрѣшается мандатарію, за исключеніемъ тѣхъ только случаевъ, когда личная дѣятельность его обусловлена договоромъ или предполагается по характеру сдѣлки [3]). Но даже и въ такихъ случаяхъ, при полной невозможности личнаго исполненія, замѣстительство ему не только разрѣшается, но иногда даже прямо вмѣняется въ обязанность. Лицо, имѣвшее право пригласить субститутовъ для выполненія своего порученія, отвѣчаетъ только за ихъ выборъ — culpa in eligendo; кто же привлекъ замѣстителей безъ права на это, тотъ отвѣчаетъ за весь вредъ, возникшій изъ субституціи, и, въ частности, за всякую вину замѣстителей, какъ за свою собственную.

b) Мандатарій обязывается къ возмѣщенію всѣхъ убытковъ, причиненныхъ имъ при выполненіи порученія или вслѣдствіе какихъ-либо упущеній. Онъ отвѣчаетъ здѣсь за *всякую вину* [4]).

c) Все *пріобрѣтаемое мандатаріемъ на основаніи порученія*, должно быть представлено довѣрителю, хотя бы послѣдній самъ по себѣ не имѣлъ права на такое обогащеніе [5]). Поэтому повѣренный долженъ поставить въ счетъ платежи, внесенные ему за предполагаемыя, хотя бы въ дѣйствительности не существующія требованія манданта [6]); онъ обязанъ возвратить плоды и проценты, которые

---

[2]) Съ этимъ соглашается и гражд. улож. для герман. имперіи § 665.

[3]) Ср. l. 8, § 3. D. h. t. 17. 1, cap. 1, § 2 и cap. 9 въ VI. de procuratoribus. 1.. 19; Goldschmidt въ его Zeitschrift, т. 16, стр. 309. Иного мнѣнія Windscheid, т. 2, § 410, прим. 5. Если субститутъ ведетъ дѣла манданта, то между ними возникаетъ actio negotiorum gestorum, l. 5, § 3. D. de neg. gest. 3. 5. Но бываетъ иногда и такъ, что мандатарій даетъ порученіе субституту отъ имени и за счетъ *своего манданта*, и въ такомъ случаѣ субститутъ является повѣреннымъ первоначальнаго манданта. Ср. также R. O. H. G. E., т. 24, стр. 198. По гражд. улож. для герман. имперіи § 664, повѣренный въ сомнительныхъ случаяхъ не въ правѣ возлагать исполненіе порученія на третье лицо.

[4]) l. 11, l. 13, l. 21. C. h. t. 4. 35; l. 23. D. de R. J. 50. 17. Но ср. также collatio legum Rom. et Mos. X, 2, § 3. См. выше § 37, 2.

[5]) l. 20, pr. D. h. t. 17. 1. Paulus libro 11 ad Sabinum: Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit. Гражд. улож. для герман. имперіи § 667.

[6]) l. 46, § 4. D. de procuratoribus. 3. 3; l. 10, §§ 2 и 3, l. 8. D. h. t. 17. 1.

извлекъ или долженъ былъ извлечь изъ управляемаго имущества; равнымъ образомъ, онъ обязанъ платить проценты съ принадлежащихъ довѣрителю денегъ, если затратилъ ихъ на свои нужды [7] [8]).

На повѣреннаго возлагается также обязанность выдать документы, находящіеся у него вслѣдствіе порученія; въ частности, онъ обязанъ, по окончаніи порученія, возвратить выданную ему довѣренность [9]).

d) Повѣренный обязанъ представить довѣрителю надлежащіе свѣдѣнія и *отчетъ* по выполненію порученія, а въ случаѣ надобности и формальный счетъ со всѣми оправдательными документами [10]).

Искъ манданта противъ мандатарія называется actio mandati directa.

2. Мандантъ обязанъ, главнымъ образомъ, вознаградить мандатарія за издержки.

а) Онъ обязанъ возвратить мандатарію всѣ добросовѣстно и благоразумно произведенныя издержки, хотя бы онѣ и остались безъ всякаго результата, и самъ мандантъ въ данномъ случаѣ обо-

---

[7]) Предѣлы этой отвѣтственности представляютъ интересный и въ практическомъ отношеніи важный вопросъ. Эгоизмъ уполномоченныхъ и склонность гражданскаго оборота къ нѣкоторой распущенности и небрежности всячески содѣйствуютъ ограниченію этой отвѣтственности. Но право только выполняетъ свою высокую, нравственную задачу, когда оно, несмотря на это, все же придерживается требованій щепетильной честности и совершенной корректности. Поэтому уполномоченный долженъ отдать хозяину даже подарки и другія поступленія, полученные имъ отъ третьяго контрагента въ видѣ благодарности за заключеніе порученной ему сдѣлки; это—его обязанность даже въ томъ случаѣ, если все дѣло велось честно, и не можетъ быть мысли о подкупѣ; R. G. E., т. 4, стр. 290. Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, стр. 504. Конечно, этотъ принципъ примѣняется въ торговомъ правѣ и къ приказчикамъ. Напротивъ, сдѣлки, заключаемыя мандатаріемъ *попутно* съ выполненіемъ порученія, манданта не касаются.

[8]) l. 10, § 3. D. h. t. 17. 1. Была ли трата эта дозволена или нѣтъ, значенія не имѣетъ. Гражд. улож. для герман. имперіи § 668.

[9]) R. G. E., т. 3, стр. 186.

[10]) l. 46, § 4. D. de procuratoribus. 3. 3; l. 56, § 2. D. h. t. 17. 1; ср. l. 111. D. de cond. et dem. 35. 1; R. O. H. G. E., т. 6, стр. 215; гражд. улож. для герман. имперіи § 666. Относительно обязанности отдавать отчетъ см. Bähr въ Jherings Jahrb., т. 13, статья 6. Необходимое условіе этой обязанности, по мнѣнію прежнихъ практиковъ и Bähr'a, заключается въ томъ, что „отдающій отчетъ долженъ подтвердить *подъ присягой* полноту указанныхъ въ счетѣ поступленій". Безъ этого обязанность къ отчетности обратилась бы въ пустую формальность, такъ какъ мандатарій можетъ представить любые счеты, не заслуживающіе никакого довѣрія. Ср. также Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 26. Гражд. улож. для герман. имперіи §§ 259—261.

шелся бы съ меньшими расходами [11]). Кромѣ того, онъ обязанъ платить проценты по этимъ издержкамъ [12]). Иногда онъ обязанъ выдавать авансы—на предполагаемые расходы [13]).

Мандатарій можетъ требовать возмѣщенія издержекъ даже въ случаѣ перехода имъ границъ своихъ полномочій; но въ такомъ случаѣ онъ долженъ ограничить свои требованія рамками данныхъ ему полномочій и предоставить манданту все то, что̀ послѣднему досталось бы при точномъ соблюденіи предѣловъ порученія. Это правило примѣняется, главнымъ образомъ, въ томъ случаѣ, когда повѣренный, хотя и нарушаетъ при покупкѣ предѣлы назначенной мандантомъ крайней цѣны, но въ то же время соглашается предоставить манданту покупку за заранѣе назначенную послѣднимъ цѣну [14]).

b) Мандантъ отвѣчаетъ передъ мандатаріемъ за всякую *вину*. Но за *случайный вредъ*, которому подвергся мандатарій *по поводу* выполненія порученія, мандантъ отвѣчать не долженъ [15]) [16]).

---

[11]) l. 12, §§ 7 и слѣд., l. 45, l. 12, § 9. D. h. t. 17. 1. Мандатарій можетъ требовать возвращенія даже такихъ расходовъ, которые онъ произвелъ вслѣдствіе извинительнаго заблужденія, l. 29, §§ 1 и слѣд., l. 51. D. h. t. 17. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи § 670 гласитъ: Довѣритель обязанъ возмѣстить издержки, если повѣренный, ради исполненія порученія, дѣлаетъ затраты, которыя онъ, по обстоятельствамъ, можетъ считать необходимыми.

[12]) l. 12, § 9. D. h. t. 17. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи § 256.

[13]) l. 12, § 17, l. 45, pr. D. h. t. 17. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи § 669.

[14]) § 8. I. h. t. 3. 26; Gajus, Inst. III, § 161; l. 3, §§ 2 и 4. D. h. t. 17. 1. Таковъ былъ взглядъ Прокула. Сабинъ же и Кассій отказывали въ подобномъ случаѣ мандатарію въ actio mandati на томъ основаніи, что порученіе въ сущности не выполнено.

[15]) l. 26, § 6. D. h. t. 17. 1. Paulus libro 32 ad edictum: Non omnia, quae impensurus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet; l. 61, § 5. D. de furtis. 47. 2. Этотъ принципъ возбуждаетъ нѣкоторыя сомнѣнія. Еще glossa „mandato“ къ l. 26, § 6. D. mandati замѣчаетъ: „item nec hic § de curialitate debet servari“. Нѣкоторые изъ прежнихъ романистовъ стремились поэтому установить отвѣтственность манданта и за тѣ убытки, которые постигли мандатарія при выполненіи порученія *случайно*. См. также Koppel: Haftung des Auftraggebers für zufälligen Schaden, Breslauer Inaug.-dissert., 1886. Unger: Handeln auf fremde Gefahr въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 329 — совершенно основательно различаетъ такіе несчастные случаи, которые являются *слѣдствіемъ* выполненія порученія, и за которые поэтому мандантъ отвѣчаетъ, и такіе, которые возникли лишь *по поводу* исполненія мандата и никакой отвѣтственности не порождаютъ. Взглядъ Unger'a въ существенномъ раздѣляютъ и Hanau въ своей диссертаціи (Berliner Inaug-dissert., 1894) и Eisele въ Archiv für civ. Praxis, т. 84, стр. 319.

[16]) Какъ быть, если порученіе передано съ ошибкой? Въ 50-тыхъ годахъ (см. Zeitschrift für deutsches Recht, т. 19, стр. 456 и слѣд.) подобнаго рода случай обратилъ на себя всеобщее вниманіе. Въ то время, какъ курсы на биржѣ

c) Мандантъ обязанъ, наконецъ, уплатить повѣренному *гонораръ*, если послѣднему таковой причитается по договору, закону или обычаю.

Гонораръ выдается обыкновенно по исполненіи порученія.

Повѣренному принадлежитъ противъ манданта actio mandati contraria.

Нѣсколько повѣренныхъ солидарно обязуются къ выполненію одного и того же порученія, и нѣсколько мандантовъ солидарно отвѣчаютъ предъ повѣреннымъ [17]).

§ 117. Прекращеніе порученія.

Естественный конецъ порученія наступаетъ при завершеніи возложеннаго на повѣреннаго дѣла, при истеченіи конечнаго срока, назначеннаго для порученія, при наступленіи включеннаго въ порученіе резолютивнаго условія и, наконецъ, при невозможности выполнить порученіе.

Но такъ какъ порученіе предполагаетъ строго личную связь между контрагентами, основанную на довѣріи, то кромѣ этихъ

вслѣдствіе опасенія войны сильно колебались, одинъ банкирскій домъ далъ порученіе „купить“ (kaufen) извѣстныя бумаги. Телеграфъ же передалъ вмѣсто этого „продать“ (verkaufen). Порученіе такъ и было исполнено, и въ результатѣ получились значительные убытки. Могъ ли мандатарій требовать ихъ возмѣщенія? Противъ этого говорило то обстоятельство, что договоръ между мандантомъ и мандатаріемъ относительно заключенія купли не совершился вслѣдствіе существеннаго заблужденія. Ср. выше вып. I, § 101. Нельзя было также усматривать—какъ это дѣлали нѣкоторые—culpa in contrahendo въ томъ, что мандантъ воспользовался для своего порученія телеграфомъ. Тѣмъ не менѣе большинство писателей признало манданта обязаннымъ вознаградить мандатарія за убытки. Ср. Jhering въ его Jahrb., т. 4, стр. 83, Windscheid, т. 2, § 309, прим. 5 и приведенныхъ тамъ авторовъ, Pernice въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 25, стр. 132. Въ пользу этого взгляда говоритъ чувство справедливости, но не легко обосновать это рѣшеніе юридически. Въ самомъ дѣлѣ, предлагаются юридическія мотивировки самыя разнообразныя. Лучше всего такая мотивировка почерпается изъ особенностей мандата. Довѣритель приводитъ въ движеніе дѣятельность повѣреннаго для своихъ цѣлей, требуя отъ него непосредственнаго выполненія. Поэтому, согласно принципу bona fides, онъ долженъ вознаградить мандатарія за весь вредъ, причиненный ему неправильнымъ сообщеніемъ порученія. Въ этомъ смыслѣ довѣритель считается должникомъ изъ договора. R. G. E., т. 28, стр. 16. Гражд. улож. для герман. имперіи § 120 опредѣляетъ: Изъявленіе воли, невѣрно переданное лицомъ или учрежденіемъ, коимъ поручена была передача, можетъ быть оспорено на томъ же основаніи, какъ и волеизъявленіе, ошибочно учиненное при обстоятельствахъ, указанныхъ въ § 119.

[17]) l. 59, § 3. D. h. t. 17. 1.

общихъ случаевъ прекращенія мандата существуютъ еще спеціальные. Сюда относятся:

a) Увѣдомленіе *одного* изъ участниковъ о прекращеніи мандата. Въ частности, *довѣритель всегда можетъ взять свое порученіе обратно*. Здѣсь договоръ прекращается съ момента полученія повѣреннымъ извѣстія о взятіи порученія обратно [1]); исключеніе допускается лишь въ томъ случаѣ, если мандатарію было предоставлено довести начатое уже дѣло до конца. Предварительное отреченіе довѣрителя отъ этого своего права не допускается и обязываетъ его лишь къ уплатѣ гонорара полностью [2]).

Повѣренный также имѣетъ право отказаться отъ договора. Но онъ обязанъ возмѣстить всѣ убытки, если отказъ произойдетъ столь несвоевременно, что довѣритель этимъ лишится возможности устроить свое дѣло какъ-нибудь иначе. Право несвоевременнаго отказа предоставляется повѣренному лишь въ исключительныхъ случаяхъ [3]).

b) Порученіе прекращается вслѣдствіе *смерти* одного изъ контрагентовъ.

Порученіе прекращается обыкновенно *со смертью довѣрителя*, но требуется, чтобы повѣренный получилъ извѣстіе объ этомъ событіи [4]); завершеніе начатаго уже дѣла и послѣ смерти довѣрителя является не только правомъ, но и обязанностью повѣреннаго [5]). Впрочемъ, уже римское право упоминаетъ о такихъ порученіяхъ, которыя должны осуществиться лишь послѣ смерти манданта [6]). Въ настоящее же время признается даже за правило, что порученіе можетъ быть сторонами распространено и на наслѣдниковъ довѣрителя. Довѣренности же, выданныя въ процессахъ присяжному повѣренному [7]), а также

---

[1]) l. 15. D. h. t. 17. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи § 671, Abs. 1.

[2]) R. O. H. G. E., т. 6, стр. 180, т. 23, стр. 324; R. G. E., т. 3, стр. 186.

[3]) l. 22, § 11. D. h. t. 17. 1; l. 23—25. D. eod.; напр., поведеніе довѣрителя вынуждаетъ повѣреннаго отказаться отъ выполненія порученія, или повѣренный пораженъ тяжкой болѣзнью. Съ этимъ согласно и гражд. улож. для герман. имперіи § 671, Abs 2.

[4]) l. 26, pr. D. h. t. 17. 1; l. 15, C. h. t. 4. 35. Ср. гражд улож. для герман. имперіи § 674.

[5]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 672, Abs. 2.

[6]) l. 12, § 17, l. 13. D. h. t. 17. 1; см., впрочемъ, также l. 108. D. de solut. 46. 3. Ср. Zimmern: Ueber den nach dem Tode des Mandators zu vollziehenden Auftrag въ Archiv für civ. Praxis, т. 4, статья 19, и Vangerow, т. 3, § 662.

[7]) Ср. C. P. O., § 82.

торговыя довѣренности [8]) сохраняютъ свою силу для наслѣдниковъ довѣрителя и безъ особой объ этомъ оговорки [9]).

Порученіе прекращается *со смертью повѣреннаго*; наслѣдники его немедленно должны извѣстить объ этомъ довѣрителя и въ крайнихъ случаяхъ обязаны закончить начатое повѣреннымъ дѣло [10]).

Прекращеніе порученія нисколько не касается уже возникшихъ изъ него правоотношеній: оно препятствуетъ лишь возникновенію новыхъ обязанностей изъ договора порученія.

Съ прекращеніемъ порученія уничтожается и заключающаяся въ немъ довѣренность [11]).

b) Особенные виды порученія и сходныя съ нимъ сдѣлки.

§ 118. Договоры о гарантіи.

Обратной стороной мандата является обѣщаніе довѣрителя возвратить повѣренному всѣ издержки по выполненію порученія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ это обѣщаніе обезпеченія играетъ главную роль, а иногда даже дается совершенно самостоятельно.

1. Къ разряду такихъ договоровъ принадлежитъ прежде всего кредитное порученіе—mandatum qualificatum, центръ тяжести котораго лежитъ въ принятіи на себя гарантіи. Оно заключается въ порученіи предоставить кредитъ третьему лицу и въ обѣщаніи принять на себя полную отвѣтственность за всѣ послѣдствія. Въ результатѣ получается поручительство [1]).

2. Другимъ самостоятельнымъ видомъ договора о гарантіи [2]) является такое соглашеніе, по которому лицо, желая поддержать предполагаемое предпріятіе, беретъ на свой рискъ и страхъ всѣ послѣдствія послѣдняго, въ полномъ объемѣ или лишь отчасти.

---

[8]) H. G. B., Art. 54, Abs. 2, Art. 297.

[9]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 672, Abs. 1 опредѣляетъ: Въ сомнительныхъ случаяхъ порученіе не прекращается смертью довѣрителя или наступленіемъ его недѣеспособности.

[10]) Ср. l. 1, pr. D. de fidejussoribus et nominat. 27. 7; l. 40. D. pro socio. 17. 2. На основаніи § 673 гражд. улож. для герман. имперіи порученіе прекращается смертью повѣреннаго лишь въ случаѣ сомнѣнія.

[11]) Подробности см. выше вып. I, § 119, прим. 5 и слѣд.

[1]) См. выше § 77.

[2]) Stammler: Der Garantievertrag въ Archiv für civ. Praxis, т. 69, статья 1; Sokolowski: Das Garantiemandat, 1891; ср. также Unger: Handeln auf fremde Gefahr въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 300. Гражд. улож. для герман. имперіи не приводитъ договора о гарантіи.

Сюда относится гарантія на случай неуспѣха художественныхъ или промышленныхъ выставокъ, т. е. когда доходъ съ нихъ не покроетъ издержекъ, а также обезпеченіе государствомъ извѣстнаго процента желѣзнодорожнымъ обществамъ и другимъ предпріятіямъ.

Лицо, дающее гарантію, не является довѣрителемъ; оно не имѣетъ никакого права требовать выполненія предпріятія: принимая на себя гарантію, оно лишь желаетъ поощрить опредѣленное дѣло въ интересахъ частныхъ лицъ или всего общества.

Заботливость въ выполненіи гарантированнаго предпріятія составляетъ, обыкновенно молчаливое условіе договора о гарантіи.

Послѣдствія неожиданныхъ несчастныхъ случаевъ падаютъ на гаранта.

§ 119. Переводъ [1] [2].

Многіе находятъ, что переводъ на полученіе платежа отъ третьяго лица состоитъ изъ *двухъ порученій*: одно—данное лицу, берущему переводъ, принять платежъ — mandatum accipiendi, другое—должнику, произвести платежъ—mandatum solvendi [3].

Но такой взглядъ едва ли правиленъ, такъ какъ порученіе

---

[1]) Приказъ заплатить Римляне обозначаютъ также терминомъ „delegatio“; тотъ же терминъ они примѣняютъ при самыхъ разнообразныхъ дѣловыхъ операціяхъ. Но теперь это выраженіе больше не встрѣчается, практика же торговая съ давнихъ поръ называетъ эти сдѣлки „ассигновками“ или „переводами“. По нашему мнѣнію, въ этомъ заключается прогрессъ, такъ какъ для спеціальныхъ правоотношеній требуются и спеціальныя наименованія. Римскіе источники не содержатъ прямыхъ отвѣтовъ на всѣ тѣ сложные и спорные вопросы, которые встрѣчаются въ теоріи ассигновки. Лишь по одному пункту встрѣчается опредѣленіе источниковъ; однако, оно не согласуется съ потребностями современнаго оборота и значенія не имѣетъ; ср. ниже, прим. 11. Поэтому теорія ассигновки основывается частью на общихъ принципахъ права, частью же на воззрѣніяхъ, выработанныхъ гражданскимъ оборотомъ. Иного мнѣнія Wendt: Das allgemeine Anweisungsrecht, 1895.

[2]) Литература этого вопроса очень обширна. Она собрана у Cohn'a въ Endemanns Handbuch des Handelsr., т. 3, стр. 1093. Кромѣ привед. въ прим. 1 сочиненія Wendt'a слѣдуетъ еще указать на статью Lenel'a въ Jherings Jahrb., т. 36, стр. 113 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи § 783 и слѣд. трактуетъ объ одномъ лишь переводѣ денегъ, цѣнныхъ бумагъ и другихъ замѣнимыхъ вещей, а именно способомъ врученія документа.

[3]) Въ теченіе долгаго времени господствовала теорія двойного порученія. Къ ней присоединился между прочимъ Thöl: Handelsrecht, т. 1, § 325. Приведенные у Cohn'a, loc. cit., стр. 1097, авторы держатся иного мнѣнія. Противъ этой теоріи также высказывается R. G. E., т. 11, стр. 138; Wendt, loc. cit., стр. 71 слѣд., и Lenel, loc. cit., стр. 116 и слѣд.

принять платежъ не является необходимымъ элементомъ всякаго перевода.

Подъ *переводомъ*—Anweisung—слѣдуетъ понимать *полномочіе, даваемое однимъ лицомъ — ассигнантомъ — другому, пріобрѣтателю перевода—ассигнатарію, въ силу котораго ассигнатарію сообщается право получить за счетъ ассигнанта деньги или другія цѣнности отъ третьяго лица—делегата или ассигната.*

Такимъ образомъ, переводъ даетъ ассигнатарію *полномочіе* на полученіе платежа. Все это можетъ совершаться въ интересахъ ассигнанта, такъ что ассигнатарій является его повѣреннымъ; но весьма часто переводъ дѣлается въ интересахъ обѣихъ сторонъ, а въ исключительныхъ случаяхъ—даже одного ассигнатарія, напр., когда ассигнантъ предоставляетъ ему кредитъ посредствомъ перевода или совершаетъ въ его пользу дареніе.

Наоборотъ, *на ассигната* дѣйствительно возлагается, обыкновенно, *порученіе* произвести *платежъ* [4]).

Нерѣдко ассигнантъ является должникомъ ассигнатарія, а ассигнатъ—должникомъ ассигнанта. Но на правоотношеніе, вытекающее изъ перевода, это обстоятельство никакого вліянія не имѣетъ.

Изъ всего этого видно, что переводъ можетъ играть важную роль при самыхъ разнообразныхъ сдѣлкахъ. А потому и его правовыя послѣдствія могутъ быть самыя разнообразныя.

а) Какія обязанности принимаетъ на себя по переводу *ассигнантъ* предъ *ассигнатаріемъ*—относительно дѣйствительнаго поступленія платежа? Полная гарантія лежитъ на немъ только въ томъ случаѣ, если онъ спеціально приметъ ее на себя, или же когда подобная отвѣтственность предполагается обычаями гражданскаго оборота. Подобное предположеніе, обыкновенно, имѣетъ мѣсто, если переводъ дается возмездно [5]).

---

[4]) Весьма сомнителенъ вопросъ, представляетъ ли ассигновка *всегда* спеціальное *mandatum solvendi*, данное ассигнантомъ ассигнату? См. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 52; Cohn, loc. cit., стр. 1098, прим. 27; Wendt, loc. cit. стр. 100. Тѣмъ не менѣе mandatum solvendi является здѣсь до того обычнымъ, что можно оставить всѣ другія комбинаціи.

[5]) Въ современной наукѣ нѣтъ спора относительно того, что неуплата по переводу не вызываетъ непремѣнно регресса ассигнатарія къ ассигнанту, см. R. O. H. G. E., т. 13, стр. 313. Однако, взглядъ ученыхъ расходится при разрѣшеніи вопроса, въ какихъ именно случаяхъ въ выдачѣ ассигновки заключается молчаливая гарантія платежа. Ср. Cohn, loc. cit., стр. 1106. Это зависитъ отъ обычаевъ гражданскаго оборота. Гражд. улож. для герман. имперіи не высказывается по этому вопросу.

b) Обязанъ ли *ассигнатарій* предъ *ассигнантомъ* къ немедленному взысканію денегъ? Такая обязанность подразумѣвается въ томъ случаѣ, если ассигнатарій является повѣреннымъ для incasso. Предполагается, что на это было направлено намѣреніе сторонъ, если дѣло идетъ о взысканіи ассигнантомъ долга съ ассигната [6]) [7]).

c) Обязанъ ли *ассигнатъ* предъ *ассигнантомъ* къ *платежу* по переводу? Это не предполагается даже въ томъ случаѣ, когда онъ должникъ ассигнанта. Подобная обязанность наступила бы лишь въ томъ случаѣ, если ассигнатъ принялъ на себя mandatum solvendi передъ ассигнантомъ [8]).

d) *Ассигнатарій* не получаетъ черезъ переводъ права иска противъ *ассигната* [9]). Онъ не пользуется такимъ правомъ даже въ томъ случаѣ, если ассигнатъ обязанъ передъ ассигнантомъ къ платежу по переводу.

Но ассигнатъ можетъ обѣщать ассигнатарію произвести платежъ посредствомъ такъ наз. *акцепта* перевода. Въ такомъ случаѣ характеръ и размѣръ его обязанности опредѣляется свойствомъ его обѣщанія [10]) [11]).

---

[6]) Переводя уплату на своего должника, ассигнантъ какъ бы обѣщаетъ ассигнатарію, что самъ не будетъ требовать долга. Поэтому вполнѣ соотвѣтствуетъ порядку вещей и намѣренію сторонъ, чтобы ассигнатарій немедленно приступилъ ко взысканію. Гражд. улож. для герман. имперіи § 789 устанавливаетъ обязанность ассигнатарія извѣстить ассигнанта, если ассигнантъ откажется принять приказъ или учинить по немъ удовлетвореніе.

[7]) Если переводъ произведенъ ради погашенія требованія—solutionis causa, то, по общепринятому мнѣнію, ассигнатарій можетъ предъявить это требованіе ко взысканію лишь въ томъ случаѣ, если, несмотря на своевременное взысканіе, онъ ничего не получитъ отъ ассигната. Такимъ образомъ, въ случаѣ перевода solutionis causa, осуществленіе требованія противъ должника поставлено въ зависимость отъ неуплаты ассигнатомъ по переводу.

[8]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 787, Abs. 2: Въ силу того лишь, что ассигнатъ состоитъ должникомъ ассигнанта, онъ не обязанъ по отношенію къ ассигнанту принять приказъ или удовлетворить ассигнатарія.

[9]) Въ частности ассигнатарій не можетъ предъявить иска противъ ассигната даже въ томъ случаѣ, когда ассигнантъ имѣлъ искъ противъ послѣдняго. Для предъявленія такого иска требованіе ассигнанта должно быть ему уступлено.

[10]) Принятіе можетъ произойти различными способами: a) Ассигнатъ безусловно обѣщаетъ уплатить указанную въ ассигновкѣ сумму. Въ такомъ случаѣ онъ обязанъ передъ ассигнатаріемъ и не имѣетъ права предъявить противъ него возраженія, основанныя на своихъ отношеніяхъ къ ассигнанту. b) Ассигнатъ можетъ обѣщать ассигнатарію лишь то, что́ онъ—ассигнатъ—*долженъ* ассигнанту. Конечно, здѣсь, несмотря на принятіе перевода, ассигнатъ сохраняетъ право на всѣ тѣ возраженія, которыя ему принадлежали и могутъ еще принадлежать противъ ассигнанта. Гражд. улож. для герман. имперіи § 784, Abs. 1 касается лишь перваго случая. Оно опредѣляетъ: Принявъ приказъ, ассигнатъ обязанъ удовлетворить ассигнатарія; онъ можетъ предъявлять противъ послѣдняго только возра-

e) *Ассигнатъ* имѣетъ противъ *ассигнанта* притязаніе на возмѣщеніе уплоченной имъ по переводу согласно порученію суммы. Подобный регрессъ не имѣетъ мѣста, если приказъ былъ отмѣненъ до платежа [12]) [13]) [14]).

§ 120. Оцѣночный договоръ [1])—contractus aestimatorius (Trödelvertrag).

Мы можемъ пользоваться услугами другихъ для продажи нашихъ вещей посредствомъ сдѣлокъ самаго разнороднаго свойства.

женія, касающіяся дѣйствительности принятія, или основанныя на содержаніи приказа или на содержаніи принятія, или возникшія изъ непосредственныхъ отношеній его, ассигната, къ ассигнатарію. Принятіе совершается письменно, надписью на приказѣ. § 785 гласитъ: Ассигнатъ обязанъ чинить удовлетвореніе только по врученіи ему приказа. § 786 продолжаетъ: Основанное на принятіи приказа притязаніе ассигнатарія къ ассигнату погашается трехлѣтнею давностью.

[11]) Римляне выставляли правило: „qui delegat solvit“, т. е. если N должникъ A, далъ ему solutionis causa переводъ на X, а X, во исполненіе этого перевода, далъ A обѣщаніе уплатить, то этимъ требованіе A къ N считалось погашеннымъ, l. 187. D. de V. S. 50. 16; l. 18. D. de fidejussoribus. 46. 1; l. 26, § 2. D. mandati. 17. 1; Salpius: Novation und Delegation, § 76; Lenel, loc. cit., стр. 127; Pernice: Parerga VIII, Savigny-Ztschr., т. 19, стр. 117, прим. 6; противъ этого Windscheid, т. 2, § 412, прим. 17. Римляне старались избѣгать столкновенія двухъ требованій, направленныхъ на одну и ту же цѣль, и вслѣдствіе этого-то и развилось указанное правило. Напротивъ, въ современномъ и въ общегерманскомъ правѣ сложилась поговорка: „переводъ не есть платежъ“. Поэтому, послѣ принятія ассигнатаріемъ имѣетъ два требованія: безусловное — противъ акцептанта, и возможное — если акцептантъ не удовлетворитъ требованіе, несмотря на надлежащее взысканіе—противъ первоначальнаго должника. Ср., впрочемъ, Leonhard: Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, стр. 42, и Wendt, loc. cit., стр. 234.

[12]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 790. Спрашивается, въ правѣ ли (по отношенію къ ассигнанту) ассигнатъ, которому предъявляется переводъ, срокъ котораго наступитъ лишь въ будущемъ, напр., черезъ 6 мѣсяцевъ, теперь же безусловно принятъ приказъ? Иными словами, если ассигнантъ тѣмъ временемъ возьметъ свой переводъ обратно, то спрашивается, имѣетъ ли ассигнатъ противъ ассигнанта притязаніе на томъ основаніи, что въ силу своего акцепта онъ безусловно обязанъ удовлетворить ассигнатарія? Несомнѣнно, что преждевременный акцептъ является превышеніемъ порученія, вслѣдствіе чего, въ случаѣ отказа ассигнанта отъ перевода, ассигнатъ не имѣетъ права на регрессъ. Впрочемъ, въ торговомъ оборотѣ иногда соблюдается правило, что подобные приказы могутъ имѣть обязательную силу и до наступленія срока платежа, такъ что акцептъ предполагается соотвѣтствующимъ волѣ ассигнанта при выдачѣ перевода, R. O. H. G. E., т. 1, стр. 69.

[13]) Относительно вопроса, кто несетъ убытки отъ уплаты по фальшивому чеку,—лицо ли, отъ имени котораго онъ выданъ, или же банкъ, произведшій уплату, ср. Unger: Handeln auf fremde Gefahr въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 353.

[14]) Гражд. улож. для германской имперіи § 791 опредѣляетъ: Приказъ не погашается смертью или наступленіемъ недѣеспособности кого-либо изъ участвующихъ лицъ.

[1]) Tit. Dig. de aestimatoria. 19. 3; Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht, статья 1; Brinz: Kritische Blätter, статья 1; Lipp: Beitrag zur Lehre vom Trö-

Если третье лицо принимаетъ на себя обязанность продать товаръ безвозмездно, то возникаетъ mandatum;—если возмездно—наемъ; если же продажа разсматривается какъ общее дѣло участниковъ, то имѣетъ мѣсто товарищество [2]).

Особаго рода договоръ для осуществленія продажи есть такъ наз. contractus aestimatorius [3]).

При этомъ договорѣ вещь передается посреднику, или пріемщику, для продажи по извѣстной оцѣнкѣ, съ тѣмъ, чтобы онъ возвратилъ или вещь, или заранѣе опредѣленную *стоимость ея* [4]). Всякій излишекъ противъ оцѣнки поступаетъ въ пользу *посредника*, благодаря чему и онъ заинтересованъ при продажѣ вещи [5]). На ряду съ этимъ ему можетъ быть также обѣщано опредѣленное вознагражденіе [6]).

Пріемщикъ не становится собственникомъ предмета и владѣетъ имъ лишь для перепродажи [7]); но онъ имѣетъ право передавать его въ собственность другимъ или удержать его за собою, предоставивъ препоручителю опредѣленную по оцѣнкѣ сумму.

---

delvertrag, 1880; Friedrichs: Trödelvertrag, Breslauer Inaug-dissert., 1890; Liebert: Beiträge zur Lehre vom contractus aestimatorius, Berliner Inaug-dissert., 1890. Coviello: Del contratto estimatorio въ riv. ital. p. l. science giur. т. 15, стр. 362, т. 16, стр. 3. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ объ этомъ договорѣ. Рѣшающее значеніе здѣсь имѣютъ соглашенія сторонъ, обычай и общіе принципы обязательственнаго права.

[2]) См. l. 1, pr., D. h. t. 19. 3.

[3]) Для contractus aestimatorius преторъ установилъ спеціальный искъ — actio de aestimato, который послужилъ абразцомъ для actiones praescriptis verbis, вытекающихъ изъ другихъ contractus innominati. См. выше, § 7, прим. 15. На это намекаютъ разсужденія Ульпіана въ l. 1, pr. D. h. t. 19. 3 (начиная съ слова „quotiens"), которыя въ томъ видѣ, въ которомъ мы ихъ теперь читаемъ, сильно искажены компиляторами. См. Lenel: Edictum, стр. 239, и приведенныхъ въ прим. 2 авторовъ.

[4]) Римляне считали contractus aestimatorius безыменнымъ договоромъ, изъ котораго вытекалъ искъ лишь послѣ передачи вещи. Но въ современномъ правѣ оцѣночный договоръ уже самъ по себѣ обладаетъ исковою силою.—Не требуется непремѣнно, чтобы препоручитель былъ собственникомъ вещи. Но такъ какъ подобное сочетаніе встрѣчается въ жизни обыкновенно, то препоручителя a fortiori можно назвать собственникомъ, какъ это и сдѣлано въ нашемъ текстѣ.

[5]) Посредникъ, или пріемщикъ, не обязанъ особенно хлопотать о продажѣ, если это не было установлено въ договорѣ; его къ этому достаточно побуждаетъ ожиданіе предполагаемой прибыли. Иного взгляда Windscheid, т. 2, § 383.

[6]) l. 2. D. h. t. 19. 3.

[7]) Что посредникъ вслѣдствіе передачи вещи не становится ея собственникомъ, за это говоритъ прежде всего то обстоятельство, что вещь передается ему лишь для продажи—„ad vendendum". См. также l. 1, § 18. D. de tributoria. 14. 4. Тѣмъ не менѣе вопросъ относительно перехода права собственности весьма споренъ.

Пріемщикъ отвѣчаетъ за всякую *вину*. Послѣдствія же несчастнаго случая падаютъ на него лишь при томъ предположеніи, если онъ самъ выпросилъ вещь для продажи въ своихъ собственныхъ интересахъ [8]).

Препоручитель можетъ предъявить искъ противъ посредника по истеченіи или того срока, который былъ назначенъ для продажи въ самомъ договорѣ, или послѣ истеченія соотвѣтствующаго обстоятельствамъ срока, а кромѣ того также и тогда, какъ только посредникъ продастъ вещь.

Искъ отличается альтернативнымъ характеромъ: требуется или возвращеніе вещи, или выдача условленной суммы, если посредникъ вещи не продалъ и не увѣдомилъ препоручителя о томъ, что онъ оставляетъ ее за собою. Въ послѣднемъ случаѣ, искъ можетъ быть направленъ лишь на уплату оцѣночной суммы [9]) [10]).

---

[8]) Въ высшей степени споренъ вопросъ о рискѣ. Ульпіанъ libro 32 ad edictum—l. 1, § 1. D. h. t.—повидимому возлагаетъ отвѣтственность за casus на посредника: Aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit. Но въ томъ же сочиненіи, libro 28 ad edictum, l. 17, § 1. D. de praescriptis verbis. 19. 5, Ульпіанъ пишетъ: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cujus periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Съ этимъ выводомъ стоитъ въ согласіи и Pauli sent. II, 4, § 4. Аналогично этому и рѣшеніе Ульпіана въ l. 11, pr. D. de rebus creditis. 12. 1. Согласовать эти противорѣчія едва ли когда нибудь удастся. Дернбургъ полагаетъ, что въ l. 1, § 1. D. h. t. Ульпіанъ высказалъ *общее правило*, что въ случаѣ передачи вещи по оцѣнкѣ рискъ переходитъ на то лицо, которому передана вещь. На самомъ дѣлѣ это правило соблюдается въ огромномъ большинствѣ случаевъ, см., напр., l. 5, § 3. D. commodati. 13. 6. Но только къ *contractus aestimatorius* оно не подходитъ вслѣдствіе своеобразнаго характера этого института, такъ какъ посредникъ дѣйствуетъ преимущественно за собственника и въ его интересахъ. Возможно, что на подобныя соображенія указывалъ и Ульпіанъ въ дальнѣйшемъ своемъ изложеніи, но компиляторы весьма не кстати выбросили всѣ эти подробности, сокращая въ приведенномъ мѣстѣ подлинный текстъ Ульпіана. Во всякомъ случаѣ то разъясненіе, которое здѣсь даетъ Дернбургъ этому противорѣчію, вполнѣ соотвѣтствуетъ духу и направленію компиляціи Юстиніана. О „rogare“ со стороны посредника, конечно, можетъ быть рѣчь лишь въ томъ случаѣ, когда сдѣлка имъ была затѣяна въ личныхъ интересахъ. Иного мнѣнія Glum: Die Gefahr beim Trödelvertrage, Berliner Inaug-dissert., 1893.

[9]) Эти положенія едва ли могутъ быть подтверждены источниками.

[10]) Особымъ видомъ contractus aestimatorius является „условная купля-продажа“ между книготорговцами. Въ силу этой сдѣлки издатель передаетъ розничному продавцу свои изданія для продажи съ тѣмъ, чтобы онъ или вернулъ ему полученныя книги въ надлежащемъ порядкѣ, или же уплатилъ къ опредѣленному сроку заранѣе назначенную цѣну. Эта сдѣлка содержитъ всѣ характерные

c) Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія—negotiorum gestio [1]).

§ 121. Общія понятія.

Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія вызываетъ взаимныя обязательственныя отношенія между хозяиномъ дѣла и лицомъ, ведущимъ послѣднее, и хотя эти отношенія не опираются ни на какой договоръ, но они по своему характеру такъ похожи на правоотношенія, возникающія изъ порученія, что ихъ, по всей справедливости, приравниваютъ къ нимъ.

Преторскій эдиктъ, которому negotiorum gestio была обязана своей исковой защитой, выражается самой общей формулой: si quis negotia alterius gesserit, judicium eo nomine dabo [2]) [3]).

Первоначально, какъ видно изъ этой формулы, эдиктъ охва-

признаки contractus aestimatorius, именно передачу назначенной для продажи вещи—„rei vendendae"—и обязанность возвратить или товаръ, или деньги. Конечно, она имѣетъ сверхъ того и свои особыя черты, сложившіяся подъ вліяніемъ обычая. См. Buhl: Das Konditionsgeschäft въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 5, стр. 142. Weidling: Das Conditionsgeschäft, 1885, разсматриваетъ эту сдѣлку какъ „куплю-продажу, заключенную подъ суспенсивнымъ условіемъ". См. также Friedrichs, loc. cit.

[1]) Tit. D. de negotiis gestis. 3. 5, Cod. 2. 18; Wächter въ Archiv für civ. Praxis, т. 20, статья 11; Chambon: Die negotiorum gestio, 1848; Ruhstrat посвятилъ этому вопросу рядъ сочиненій: въ Archiv für civ. Praxis, т. 32, статья 7 (1849), т. 33, статьи 2 и 9, т. 34, статья 3, т. 64, статья 2, особая монографія въ 1858 г., и въ Jherings Jahrb., т. 19, статья 6, и т. 27, статья 2; Dankwardt: Die negotiorum gestio, 1855; Köllner: Die Grundzüge der negotiorum gestio, 1856; Aarons: Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio, часть 1, историко-догматическое изслѣдованіе, 1860; E. Zimmermann: Echte und unechte negotiorum gestio, 1872, и die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, 1876 Monroy: Die vollmachtlose Ausübung fremder Vormögensrechte, 1878; Sturm: Das negotium utiliter gestum, 1878; Wlassak: Zur Geschichte der negotiorum gestio, 1879; Kohler: Menschenhülfe въ Jherings Jahrb., т. 25, стр. 42; Thon въ Archiv für civ. Praxis, т. 80, стр. 77 и слѣд.

[2]) l. 3, pr. D. h. t. 3. 5. Положеніе этого текста въ эдиктѣ указываетъ на то, что первоначально здѣсь очевидно предполагали представительство въ процессѣ, Wlassak, loc. cit., стр. 42. Правда, дальше въ эдиктѣ встрѣчаются слова „sive quis negotia, quae cujusque cum quis moritur fuerint, gesserit"; но они, очевидно, были вставлены преторами въ эдиктъ лишь впослѣдствіи; Dernburg въ Festgaben für Hefftter, стр. 115; ср. Wlassak, loc. cit., стр. 38.

[3]) Словамъ эдикта вполнѣ соотвѣтствуетъ demonstratio въ формулѣ actio negotiorum directa хозяина противъ negotiorum gestor'a, а также въ actio contraria gestor'a противъ хозяина. Но intentio этихъ исковъ выводитъ необходимость присужденія изъ того принципа, что веденіе такого чужого дѣла требуетъ вознагражденія согласно съ общими началами „bona fides". Этимъ судьѣ не только давалось полномочіе, но даже вмѣнялось въ обязанность устанавливать, согласно съ обстоятельствами дѣла, настоящіе предѣлы отвѣтственности.

тывалъ также и тѣ случаи, гдѣ чужія дѣла велись повѣреннымъ, опекуномъ или protutor'омъ [4]). Но эти случаи рано были выдѣлены отсюда, и для нихъ установлены были особые иски [5]) [6]).

Вслѣдствіе этого объемъ negotiorum gestio очень сократился: осталось лишь веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія. Мы различаемъ двѣ категоріи negotiorum gestio:

a) Веденіе чужихъ дѣлъ *за чужой счетъ*. Оно называется обыкновенно negotiorum gestio въ видѣ *представительства* или *подлинной* negotiorum gestio.

b) Сверхъ того actio negotiorum gestorum иногда дается, если лицо вело *чужія* дѣла *за свой счетъ* и *для себя*, но не для ихъ хозяина [7]). Въ такомъ случаѣ говорятъ о *неподлинной* negotiorum gestio [8]).

§ 122. Веденіе чужихъ дѣлъ за чужой счетъ.

Главнымъ случаемъ nogotiorum gestio является такое веденіе чужихъ дѣлъ, которое предпринято для ихъ хозяина.

Въ основаніи такой дѣятельности можетъ лежать вниманіе къ чужимъ интересамъ вообще, въ частности, къ интересамъ отсутствующихъ или лицъ, не могущихъ самолично вести свои дѣла вслѣдствіе какихъ-либо другихъ препятствій [1]). Но подобныя побужденія

[4]) Если бы ко времени первоначальнаго составленія эдикта относительно negotiorum gestio существовали уже actiones mandati и tutelae, то онъ, по нашему мнѣнію, не былъ бы составленъ въ той формѣ, въ какой онъ намъ представляется сейчасъ; тогда слѣдовало бы ожидать указаніе на тотъ моментъ, въ которомъ заключалось нѣчто новое, а именно, что дѣло здѣсь идетъ о веденіи чужого дѣла *безъ порученія*. Это справедливо доказываетъ Wlassak, loc. cit., стр. 24. Иного мнѣнія Brinz, т. 2, стр. 633, Ruhstrat въ Jherings Jahrb., т. 27, стр. 95, Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 672, прим. 1.

[5]) Actio mandati была выставлена уже до Цицерона; послѣдній самъ упоминаетъ о введеніи этого иска, какъ о событіи, которое находилось у всѣхъ еще въ памяти; Cicero: pro Roscio Amerino, cap. 38, § 111.

[6]) См. ниже, § 122, прим. 7.

[7]) Многіе утверждаютъ, что, „по смыслу“ эдикта, negotiorum gestio ограничивается лишь веденіемъ чужихъ дѣлъ въ видѣ представительства или, по крайней мѣрѣ, съ полнымъ сознаніемъ того, что ведется дѣло не собственное; Brinz, т. 2, стр. 634, 640; Wlassak, loc. cit., стр. 26. Но смыслъ эдикта можно опредѣлить лишь изъ словъ его, а въ нихъ нѣтъ никакого упоминанія о такомъ ограниченіи. Подъ веденіемъ дѣлъ „безъ порученія“ нужно понимать „безъ порученія хозяина, суда или же самого закона“.

[8]) Brinz, т. 2, стр. 632, употребляетъ выраженіе: веденіе чужихъ дѣлъ въ видѣ представительства—въ томъ же смыслѣ, какъ и мы. Zimmermann говоритъ о настоящемъ и ненастоящемъ веденіи, а Monroy, loc. cit., объ охранѣ чужихъ имущественныхъ интересовъ безъ всякаго порученія и объ осуществленіи чужихъ имущественныхъ правъ безъ довѣренности.

[1]) Римляне прежде всего, конечно, имѣли въ виду тотъ случай, когда въ negotiorum gestio ощущается крайняя необходимость, l. 1. D. h. t. 3. 5. Ulpianus

не составляютъ необходимаго условія. Забота о чужомъ дѣлѣ нерѣдко вызывается желаніемъ достигнуть личной выгоды, напр., кто-либо продаетъ за свой и чужой счетъ общую вещь, чтобы получить возможно высокую плату. Очень часто ведутся дѣла за чужой счетъ вслѣдствіе принужденія со стороны государственной власти [2] [3].

Существенно то, что gestor за чужой счетъ ведетъ чужое дѣло, не будучи обязанъ къ этому передъ хозяиномъ дѣла.

1. Условія такой negotiorum gestio состоятъ въ слѣдующемъ:

а) Веденіе *чужихъ* дѣлъ. Сюда относятся, во-первыхъ, всѣ дѣла, *непосредственно* входящія въ сферу чужого имущественнаго интереса, напр., починка чужого дома [4]. Но кромѣ того и дѣла *нейтральнаго* характера, т. е. не имѣющія непосредственнаго отношенія къ извѣстной имущественной сферѣ, *волей gestor'a* могутъ быть отнесены всетаки къ тому же имуществу; это бываетъ, напр., при закупкѣ товаровъ для торговаго дѣла третьяго лица [5].

---

libro 10 ad edictum: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant. См. l. 2. D. eod.

[2]) l. 3, § 10. D. h. t. 3. 5. Ulpianus libro 10 ad edictum: Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit. Wlassak, loc. cit., стр. 140, полагаетъ, что Ульпіанъ положилъ здѣсь въ основаніе понятіе negotiorum gestio въ самомъ обширномъ смыслѣ, и что поэтому здѣсь имѣется въ виду actio mandati. Едва ли это справедливо, такъ какъ mandatum и negotiorum gestio въ классическое время уже были строго разграничены; см. ниже, прим. 6. Ульпіанъ скорѣе имѣетъ въ виду тотъ случай, когда negotiorum gestor въ силу особыхъ причинъ обязанъ къ веденію чужого дѣла. На это указываетъ приведенный дальше—въ § 11 eod.—примѣръ, по которому gestor дѣйствовалъ въ силу порученія, полученнаго отъ третьяго лица.

[3]) Органы власти предписываютъ совершить извѣстное дѣйствіе, — напр., очистить канаву,—тому лицу, на которомъ эта обязанность лежитъ на первый взглядъ; получившій такое предписаніе и выполнилъ работу, но, конечно, за счетъ того лица, котораго это касалось на самомъ дѣлѣ. См. l. un. D. de via publica. 43. 10.—Съ этимъ связанъ еще другой вопросъ: имѣютъ ли общества, которыя въ силу закона обязаны заботиться о своихъ бѣдныхъ actio negotiorum gestorum противъ лицъ, получившихъ отъ нихъ помощь, если положеніе послѣднихъ впослѣдствіи улучшится, а также противъ ихъ родственниковъ, обязанныхъ доставлять имъ пропитаніе? R. G. E., т. 14, стр. 197, и Kohler, loc. cit., стр. 107, отрицаютъ это на томъ основаніи, что союзъ оказалъ эту помощь въ силу лежащаго на немъ общественнаго долга; но, по нашему мнѣнію это ясно противорѣчитъ опредѣленію l. 3, § 10. D. h. t., см. выше прим. 2. Вѣдь эта общественная обязанность нисколько не уничтожаетъ того факта, что помощь была оказана бѣдному въ его интересахъ.

[4]) l. 5, § 13. D. h. t. 3. 5. alterius re ipsa gestum negotium...

[5]) Такія сдѣлки превращаются въ чужія вслѣдствіе того, что онѣ были признаны или должны были быть признаны тѣмъ лицомъ, въ интересахъ кото-

b) Такое веденіе чужихъ дѣлъ должно происходить *безъ порученія*, т. е. въ его основаніи не должно находиться никакой обязанности *gestor'a* по отношенію *къ хозяину*; оно, слѣдовательно, не должно основываться ни на порученіи [6]), ни на опекѣ [7]) [8]). Не принимается въ соображеніе, является ли gestor по отношенію къ третьимъ лицамъ обязаннымъ къ совершенію подлежащихъ дѣйствій или нѣтъ [9]). Поэтому, кто въ силу порученія B и въ его интересахъ ведетъ дѣла A, тотъ имѣетъ противъ B actio mandati, а противъ A actio negotiorum gestorum [10]).

c) Веденіе дѣлъ должно происходить *за счетъ хозяина*. Знаніе того, кто хозяинъ, не составляетъ необходимаго условія, а потому

раго онѣ заключены. Эту мысль выражаетъ и l. 5, § 11. D. h. t. 3. 5:... Ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum. См., впрочемъ, Wlassak, loc. cit., стр. 74.

[6]) l 6, § 1. D. mandati 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit: denique tenetur et si non gessisset. § 1. I. de obl. quasi ex contractu. 3. 27; l. 20. C. h. t. 2. 18. Но лицо, предъявляющее actio negotiorum gestorum, отнюдь не должно представлять доказательства, что оно дѣйствовало безъ порученія. См. выше вып. I, § 159. Поэтому сначала можно предъявить actio mandati, а если окажется невозможнымъ доказать наличность порученія, то въ такомъ случаѣ воспользоваться actio negotiorum gestorum. Ruhstrat въ Jherings Jahrb., т. 27, стр. 95.

[7]) По римскому праву это положеніе имѣло силу лишь для опеки. При попечительствѣ примѣнялась actio negotiorum gestorum. Впрочемъ, кажется, что въ позднѣйшій періодъ классической юриспруденціи въ demonstratio формулы иска указывался фактъ попечительства, такъ что искъ получалъ характеръ actio utilis. См. цитаты, указанныя у Brinz'a т. 2, стр. 634, прим 7.

[8]) Въ дѣйствіяхъ сособственника для себя и своихъ товарищей нужно различать, было ли имъ совершено такое дѣйствіе, которое непремѣнно или, по крайней мѣрѣ, при заботливомъ отношеніи къ общему дѣлу должно быть произведено всѣми собственниками вмѣстѣ — тогда ему принадлежитьactio communi dividundo,—или же этого нѣтъ—и тогда примѣняется actio negotiorum gestorum, l. 6, § 2. D. communi dividundo. 10. 3. Ulpianus libro 19 ad edictim: Sive autem locando fundum communem sive colendo de fundo communi quid tucius consecutus sit, communi dividundo judicio tenebitur.... Hoc autem ideo praesso communi dividundo judicio quia videtur partem suam non potuisse expedite locare. Ceterum non alias communi dividundo judicio locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur. См., Brinckmann: Verhältniss der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum, 1855, Windscheid, т. 2, § 431, прим. 13.

[9]) См. выше, прим. 2.

[10]) l. 3, § 11, l. 4, l. 5, § 6. D. h. t. 3. 5; l. 14. C. eod. 2. 18. Конечно на практикѣ возможенъ и такой случай, что повѣренный, очевидно, хотѣлъ имѣть дѣло лишь съ довѣрителемъ, l. 53. D. mandati. 17. 1 См., впрочемъ, Thibaut: Abhandlungen, статья 20, и Windscheid, т. 2, § 431. прим. 3 и слѣд.

и заблужденіе въ этомъ отношеніи не имѣетъ значенія [11]); но въ то же время такое заблужденіе даже въ томъ случаѣ, если оно извинительно, не даетъ никакихъ правъ противъ предполагаемаго хозяина дѣла [12]).

2. Negotiorum gestio въ извѣстныхъ случаяхъ обязываетъ *хозяина*, а въ другихъ нѣтъ.

Хозяина обязываетъ:

а) *Такое веденіе его дѣлъ, которое предпринято въ его интересахъ и къ его пользѣ*,—negotium utiliter coeptum.

Многіе писатели считаютъ за «negotia utiliter coepta» только *необходимыя* дѣла, т. е. только такія, которыя были предназначены къ *сохраненію* имущества хозяина [13]). Дѣйствительно, можно согласиться съ тѣмъ, что подобныя дѣла являются по преимуществу полезными [14]); но это не необходимо: бываетъ и такъ, что хозяинъ вовсе не желаетъ поддерживать извѣстное имущество, какъ не стоящее затратъ [15]). Съ другой стороны, можно предпринимать «utiliter» и такія дѣла, которыя вообще не считаются необходимыми, а тѣмъ не менѣе соотвѣтствуютъ желаніямъ и намѣреніямъ хозяина. Представимъ себѣ, напр., случай особенно выгодной покупки земельнаго участка для отсутствующаго, который давно уже желалъ пріо-

---

[11]) l. 5, § 1. D. h. t. 3. 5. Ulpianus libro 10 ad edictum: Sed et si, cum putavi Titii negotia esse cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur; l. 5, § 10, l. 25. D. eod.; Brinz, т. 2, стр. 644, прим. 42. Если въ одной и той же сдѣлкѣ заинтересовано нѣсколько лицъ, то actio negotiorum gestorum возникаетъ лишь между gestor'омъ и лицомъ, въ интересахъ котораго онъ предполагалъ дѣйствовать, l. 60, § 1. D. mandati. 17. 1.

[12]) Kohler, loc. cit., стр. 52. Примѣненіе этого взгляда мы находимъ въ R. O. H. G. E., т. 24, стр. 126, и въ гражд. улож. для герман. имперіи § 686.

[13]) Wächter въ Archiv für civ. Praxis, т. 20, статья 11, Vangerow, т. 3, § 664, стр. 506, а въ послѣднее время Brinz, т. 2, стр. 641, прим. 33 считаютъ за negotium utiliter coeptum лишь веденіе дѣлъ необходимыхъ.

[14]) Относительно понятія negotium necessarium см., впрочемъ, вып. II, § 59, прим. 6.

[15]) l. 9, § 1. D. h. t. 3. 5. Ulpianus libro 10 ad edictum:.... Quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi, impar sumptui dereliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam.... Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur.... Quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem.

брѣсти его для округленія своего владѣнія и приведенія послѣдняго въ лучшее состояніе [16]).

Такимъ образомъ, *полезнымъ* является веденіе такихъ дѣлъ, *относительно которыхъ gestor могъ и долженъ былъ предполагать, что самъ хозяинъ поступилъ бы точно также, если бы* могъ ими заняться.

Согласно съ этимъ, рѣшающее значеніе здѣсь имѣетъ не строго-однообразное правило, но внимательное и разумное взвѣшиваніе конкретныхъ обстоятельствъ дѣла; не объективный только, но, главнымъ образомъ, субъективный моментъ [17]).

Если хозяинъ *запретилъ* кому бы то ни было вообще или по крайней мѣрѣ gestor'у всякое вмѣшательство въ свои дѣла, то веденіе этихъ дѣлъ не налагаетъ на него никакихъ обязанностей, даже въ томъ случаѣ, если бы результаты оказались благопріятными [18]) [19]).

Когда веденіе дѣлъ состояло въ погребеніи покойника безъ порученія, то gestor имѣлъ въ Римѣ особый искъ, actio funeraria.

---

[16]) Субъективную точку зрѣнія защищаетъ преимущественно Ruhstrat, loc. cit.; см. затѣмъ цитаты у Windscheid'a, т. 2, § 430, прим. 17. Римскій взглядъ формулируетъ съ особою опредѣленностью Ульпіанъ, libro 32 ad edictum, l. 13, § 22. D. de a. e. v. 19. 1. Онъ предоставляетъ продавцу actio ex vendito для покрытія издержекъ, произведенныхъ на проданную вещь: si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. Правда, строго говоря, здѣсь рѣчь идетъ не о negotiorum gestio; но данный случай обнаруживаетъ близкое отношеніе къ ней и поэтому справедливо подчиняется ея принципамъ. По гражд. улож. для герман. имперіи § 683 все зависитъ отъ того, соотвѣтствовало ли веденіе чужого дѣла интересамъ и дѣйствительнымъ и вѣроятнымъ намѣреніямъ хозяина этого дѣла.

[17]) См. Ruhstrat въ Jherings Jahrb., т. 27, стр. 70. Нѣкоторые писатели предполагаютъ дѣйствительную волю хозяина, такъ сказать, „общность его воли съ волей gestor'a" и стараются на основаніи этого освѣтить и оправдать всѣ притязанія, вытекающія изъ negotiorum gestio. Но о такомъ отношеніи не можетъ быть рѣчи. Хозяинъ не могъ желать negotiorum gestio, такъ какъ онъ не имѣлъ никакихъ свѣдѣній ни о дѣйствительномъ положеніи дѣла, ни о дѣятельности gestor'a; предполагается только, что если бы онъ зналъ объ этомъ положеніи, то непремѣнно и самъ захотѣлъ бы дѣйствовать точно также. Притязанія изъ negotiorum gestio основываются скорѣе на томъ соображеніи, что гражданское общество заинтересовано въ благосостояніи своихъ членовъ и въ томъ, чтобы имущественная ихъ сфера поддерживалась и по возможности увеличивалась. См. Windscheid, т. 2, § 430, прим. 17; Kohler, loc. cit., стр. 23.

[18]) l. 7, § 3. D. h. t. 3. 5; l. 24. C. h. t. 2. 18.

[19]) Если кому-либо передана вещь на храненіе или въ пользованіе — въ качествѣ узуфруктуарія, ссудопринимателя или нанимателя, или же въ обезпеченіе—какъ залогопринимателю и перепродавцу, такъ что онъ, согласно договору, можетъ искать возмѣщенія лишь необходимыхъ издержекъ, то онъ не въ правѣ измѣнить свое юридическое положеніе и требовать, напр., въ качествѣ negotiorum gestor'a, возмѣщенія и полезныхъ издержекъ.

Этотъ искъ давался даже въ томъ случаѣ, если gestor дѣйствовалъ вопреки запрещенію, поскольку погребеніе было вызвано серіознымъ чувствомъ піэтета къ усопшему [20]).

Слѣдуетъ обобщить это положеніе и вывести отсюда правило, что negotiorum gestio считается для хозяина полезной и обязательной всякій разъ, когда она состоитъ въ соблюденіи рѣшительнаго требованія піэтета или въ исполненіи общественнаго долга или была вызвана принужденіемъ со стороны правительства [21]).

b) Послѣдующее *одобреніе* дѣлаетъ обязательнымъ совершенно безполезное или даже запрещенное веденіе чужихъ дѣлъ [22]).

Въ зависимости отъ того, обязываетъ ли negotiorum gestio хозяина или нѣтъ, и содержаніе actiones negotiorum gestorum становится различнымъ.

3. Относительно actio directa *хозяина* соблюдаются слѣдующія правила:

a) Если хозяинъ признаетъ или долженъ признать negotiorum gestio для себя обязательной, то его притязанія вполнѣ соотвѣтствуютъ притязаніямъ довѣрителя по отношенію къ повѣренному. На основаніи этого gestor обязанъ передъ хозяиномъ отчетностью [23]).

---

[20]) l. 14, § 13. D. de religiosis. 11. 7; объ actio funeraria см. Brinz, т. 2, стр. 655; H. Funke: Die actio funeraria, Hallesche Inaug-dissert., 1890.

[21]) См. l. un., § 3. D. de via publ. 43. 10, Windscheid, т. 2, § 430, прим. 20, и приведенныхъ тамъ авторовъ. Гражд. улож. для герман. имперіи § 679 гласитъ: Нежеланіе хозяина, чтобы кто-либо вступился въ его дѣло, не принимается въ разсчетъ, если безъ такого вступленія, своевременно не была бы исполнена обязанность хозяина совершить что-либо въ общественномъ интересѣ или основанная на законѣ обязанность доставить кому-либо содержаніе. Сюда именно относится предоставленіе законныхъ алиментовъ.

[22]) Seuffert: Ratihabition, стр. 47. Одобреніе дѣйствій gestor'a со стороны хозяина дѣла—ratihabitio—правда, ставитъ gestor'a въ такое же положеніе, въ какомъ находится повѣренный, но все же не дѣлаетъ его повѣреннымъ, l. 8. D. h. t. 3. 5: „utique mandatum non est"; l. 12, § 4. D. de solutionibus. 46. 3: „rati enim habitio mandato comparatur". Но какъ относится къ этому l. 60. D. de R. J. 50. 17. Ulpianus libro 10 disputationum: Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione. Недопустимо, чтобы заключительныя слова этого мѣста относились къ прошедшему. То, что было negotiorum gestio, то и остается таковой. Надо помнить, что Ульпіанъ здѣсь обсуждаетъ значеніе молчаливаго порученія. Онъ его прежде всего усматриваетъ въ молчаливомъ допущеніи вмѣшательства третьяго лица. Далѣе—таковъ смыслъ приведенной цитаты—кто одобряетъ продолжительное веденіе своихъ дѣлъ за прошлое время, тотъ этимъ самымъ и поручаетъ его на будущее время. Schlossmann въ Jherings Jahrb., т. 36, стр. 323.

[23]) См. § 1. I. de obl. quasi ex contractu. 3. 27. слова: „tenetur, ut administrationis rationem reddat". Гражд. улож. для герман. имперіи § 681, Abs. 2.

Сверхъ того онъ отвѣчаетъ за *взякую вину* [24]). Таковая можетъ заключаться даже въ томъ, что онъ, занимаясь одними дѣлами, пренебрегъ другими, тѣсно связанными съ первыми [25]). Кто въ случаѣ *крайней нужды* сдѣлалъ только *необходимое*, тотъ отвѣчаетъ лишь за dolus и culpa lata [26]).

Одобреніе веденія дѣлъ въ совокупности не лишаетъ хозяина права требовать вознагражденія за ошибки и упущенія въ частностяхъ [27]).

Наконецъ, gestor обязанъ *выдать* хозяину все то, что́ онъ получилъ *вслѣдствіе веденія его дѣлъ* [28]).

b) Хозяинъ можетъ отказаться отъ неполезнаго и не одобреннаго имъ веденія дѣлъ, и тогда онъ въ правѣ требовать возстановленія первоначальнаго состоянія. Но отъ такого веденія дѣлъ, которое представляетъ одно цѣлое, хозяинъ долженъ или вовсе отказаться, или принять его цѣликомъ; значитъ, онъ не можетъ принимать такія послѣдствія предпріятій, которыя оказались для него выгодными, и не принимать такихъ, которыя были убыточными [29]).

---

[24]) § 1. I. de obl. quasi ex contractu. 3. 27; l. 10. D. h. t. 3. 5. Неправиленъ взглядъ Sturm'a, loc. cit., стр. 58, что negotiorum gestor долженъ прилагать лишь то стараніе, которое, по всей вѣроятности, прилагалъ бы самъ хозяинъ. Справедливо лишь то, что онъ не долженъ браться за такія дѣла, которыми вообще не занимается хозяинъ, l. 13, § 1. D. de usuris. 22. 1. Для исторической оцѣнки этой цитаты см. Petrażycki: Einkommen, т. 2, стр. 186. О веденіи чужихъ дѣлъ противъ воли хозяина ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 678; объ обязанности gestor'a извѣстить хозяина говорится въ § 681, Abs. 1.

[25]) l. 5, § 14. D. h. t. 3. 5.

[26]) l. 3, § 9. D. h. t. 3. 5. Толкованія этой цитаты весьма разнорѣчивы. Согласно Windscheid'y, т. 2, § 430, прим. 6, gestor отвѣчаетъ за dolus лишь въ томъ случаѣ, если безъ его вмѣшательства погибло бы „все“. Но что значитъ это „все“? — Очень интересное рѣшеніе см. у Seuffert'a: Archiv, т. 47, казусъ 269. Гражд. улож. для герман. имперіи § 680 гласитъ: Вступившійся отвѣчаетъ только за умыселъ и грубое нерадѣніе, если чужое дѣло ведется имъ съ цѣлью предотвратить грозящую хозяину дѣла крайнюю опасность. Кто въ качествѣ наслѣдника долженъ окончить дѣло, начатое наслѣдодателемъ, тотъ отвѣчаетъ лишь за dolus и culpa lata, l. 17. C. h. t. 2. 18.

[27]) l. 8. D. h. t. 3. 5.

[28]) l. 2, l. 18, § 4, l. 28. D. h. t. 3. 5. Negotiorum gestor долженъ выдать хозяину взысканныя для послѣдняго суммы, тоже въ томъ случаѣ, если онѣ были уплочены какъ „indebita“, l. 22, l. 7, § 1. D. h. t. 3. 5. Ср., кромѣ того, l. 18, § 3. D. h. t. 3. 5. Относительно процентовъ см. R. G. E., т. 18, стр. 196.

[29]) Такъ какъ хозяинъ можетъ отказаться отъ подобнаго веденія дѣла, то отсюда вытекаетъ, что gestor несетъ рискъ за всѣ тѣ предпріятія, которыя остаются у него непринятыми. l. 10. D. h. t. 3. 5. Pomponius libro 21 ad Quintum Mucium: Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium,

4. Что касается actio contraria, то права *gestor'a* заключаются въ слѣдующемъ:

а) Ему принадлежатъ всѣ тѣ же притязанія, какъ и повѣренному, если веденіе дѣлъ налагаетъ на хозяина обязательства, въ частности, если оно оказалось для него полезнымъ или было имъ одобрено.

Поэтому хозяинъ долженъ возмѣстить ему всѣ сдѣланныя имъ издержки съ процентами [30]) и снять съ gestor'a всѣ принятыя имъ на себя, по поводу веденія дѣлъ, обязанности [31]); исключеніе допускается лишь въ томъ случаѣ, если gestor имѣлъ намѣреніе отказаться отъ своего права регресса и, слѣдовательно, желалъ подарить хозяину всѣ расходы [32]).

Издержки должны быть возмѣщены даже въ томъ случаѣ, если результатъ дѣла оказался для хозяина неблагопріятнымъ [33]).

Хозяинъ отвѣчаетъ за всякую вину; напр., если онъ уничтожитъ лѣса, возведенные gestor'омъ, или орудія, которые онъ, возвратясь домой, засталъ въ предѣлахъ своего владѣнія.

---

quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.

[30]) l. 18, § 4. D. h. t. 3. 5, и Petražycki: Einkommen, т. 2, стр. 163. Гражд. улож. для герман. имперіи § 683, Abs. 1.

[31]) l. 2. D. h. t. 3. 5:...Justum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est. Сюда же относится обычное вознагражденіе за услуги техническаго свойства, которыя, обыкновенно, не предоставляются безвозмездно; Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 186.

[32]) Gestor вовсе не обязанъ утверждать и доказывать, что онъ производилъ всѣ издержки на чужія дѣла „recipiendi animo". Напротивъ, дѣло хозяина доказывать, что gestor все дѣлалъ „donandi animo". См. l. 4. D. h. t. 3. 5. Конечно, когда родители доставляютъ пропитаніе своимъ законнымъ дѣтямъ или производятъ иныя затраты, разсматриваемыя въ жизни, обыкновенно, какъ безвозмездныя, то уже они обязаны доказывать animus recipiendi, если потребуютъ вознагражденія за свои издержки, l. 33. D. h. t. 3. 5; l. 50. D. 10. 2; l. 11. C. h. t. 2. 18; ср. l. 15. C. eod.; R. G. E., т. 10, стр. 117. Гражд. улож. для герман. имперіи § 685 гласитъ: Вступившійся (gestor) не имѣетъ притязанія на возмѣщеніе, если онъ дѣйствовалъ безъ намѣренія потребовать возмѣщенія отъ хозяина дѣла. Когда родители или другіе восходящіе родственники даютъ содержаніе своимъ нисходящимъ потомкамъ, или послѣдніе первымъ, то при сомнѣніи предполагается, что они дѣйствуютъ безъ намѣренія потребовать возмѣщенія отъ тѣхъ, кто получалъ содержаніе.

[33]) l. 21. D. h. t. 3. 5. Gajus libro 3 ad edictum provinciale... Veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit idque casu quodam interierit, forte incendio ruina. Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio ejus acciderit; l. 9, § 1. D. eod.

b) Если веденіе дѣлъ было предпринято безъ всякой пользы для хозяина и не было имъ одобрено, то gestor тѣмъ не менѣе можетъ требовать возмѣщенія своихъ расходовъ въ томъ размѣрѣ, въ какомъ хозяинъ обогатился черезъ его дѣятельность [34]) [35]).

§ 123. Веденіе чужихъ дѣлъ за свой счетъ.

Отъ веденія чужихъ дѣлъ за чужой счетъ значительно отличается веденіе дѣлъ, въ дѣйствительности, чужихъ—re ipsa aliena—*въ интересахъ самого gestor'a*. Тѣмъ не менѣе здѣсь примѣняются и эдиктъ «si quis negotia alterius gesserit», и actiones negotiorum gestorum, при чемъ эти иски предоставлялись при слѣдующихъ условіяхъ:

1. Если кто-либо *преднамѣренно* велъ чужое дѣло съ желаніемъ извлечь изъ этого выгоду *для себя* [1]). Въ такомъ случаѣ хозяинъ дѣла пользуется actio negotiorum gestorum directa, направленной на представленіе отчета и сверхъ того, по собственному же выбору, либо на выдачу всего полученнаго благодаря negotiorum gestio, либо на приведеніе дѣла въ прежнее положеніе. Если хозяинъ принимаетъ результатъ дѣятельности gestor'a, то послѣдній можетъ, при помощи actio negotiorum gestorum contraria, требовать возмѣщенія своихъ издержекъ въ томъ размѣрѣ, въ какомъ хозяинъ обогатился.

---

[34]) Arg. l. 5, § 5. D. h. t. 3. 5. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 684, Abs. 1.

[35]) Если хозяинъ малолѣтній, то съ него можно требовать возмѣщенія лишь въ размѣрѣ его обогащенія, l. 5. § 2, l. 36. D. h. t. 3. 5; l. 2. C. h. t. 2. 18. Въ этомъ можно усматривать отголосокъ первоначальнаго взгляда на negotiorum gestio, какъ на quasi контрактъ; внутреннихъ же оправданій для такого правила нѣтъ. См. Kohler, loc. cit., стр. 44.

[1]) l. 5, § 5. D. h. t. 3. 5. Ulpianus libre 10 ad edictum: Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem. Впрочемъ, недобросовѣстный владѣлецъ чужихъ вещей имѣетъ въ обезпеченіе расходовъ, сдѣланныхъ на эти вещи, одно лишь право удержанія. Гражд. улож. для герман. имперіи § 687, Abs. 2 опредѣляетъ: Хозяинъ можетъ осуществлять вытекающія изъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія притязанія, если кто-либо отнесется къ чужому дѣлу, какъ къ своему личному, хотя онъ знаетъ, что не управомоченъ на это. Если хозяинъ дѣла осуществитъ эти притязанія, то онъ, въ свою очередь, обязанъ возмѣстить вступившемуся въ чужія дѣла все то, что онъ получилъ вслѣдствіе веденія дѣла, по правиламъ о возвращеніи обогащенія, полученнаго безъ достаточнаго основанія.

2. Кто ведетъ чужое дѣло въ увѣренности, что оно—его собственное, того нельзя признать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели, представителемъ настоящаго хозяина. Если бы принять подобный выводъ, то пришлось бы и на него, и на хозяина наложить такую отвѣтственность, для которой въ данномъ случаѣ не представляется никакихъ внутреннихъ основаній; сверхъ того, этотъ взглядъ рѣзко противорѣчилъ бы всѣмъ общепринятымъ правиламъ о положеніи добросовѣстнаго владѣльца чужого имущества. Тѣмъ не менѣе было бы весьма неосновательно устранять въ данномъ случаѣ actiones negotiorum gestorum [2]). Онѣ, напротивъ, источниками здѣсь допускаются при наличности особыхъ условій [3]):

а) Если кто-либо bona fide отчуждаетъ въ своихъ интересахъ чужую вещь и этимъ обогащается, то собственнику вещи, при невозможности предъявить вслѣдствіе какихъ-либо случайныхъ обстоятельствъ rei vindicatio, предоставляется actio negotiorum gestorum directa противъ продавца въ размѣрѣ его обогащенія [4]).

---

[2]) Köllner, loc. cit., стр. 29; но см. также Vangerow, т. 3, § 664, стр. 504; ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 687.

[3]) Главнымъ мѣстомъ источниковъ является здѣсь знаменитая l. 48. D. h. t. 3. 5. Africanus libro 8 quaestionum: Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si-cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer. См. также l. 3. C. de rei vind. 3. 32. Этому опредѣленію Африкана нерѣдко придается общее значеніе. Дальше всѣхъ заходитъ въ этомъ отношеніи Dankwardt: Negotiorum gestio, § 22. Если кто-либо распоряжается чужимъ имуществомъ, преднамѣренно или не зная, что это имущество чужое, но безъ всякаго вниманія къ интересамъ настоящаго хозяина, то онъ, по мнѣнію Dankwardt'а, отвѣчаетъ за свои распоряженія, поскольку они дѣйствительно касались хозяина, какъ если бы онъ былъ procurator'омъ omnium bonorum послѣдняго. Но такой выводъ привелъ бы къ неожиданнымъ и очень страннымъ послѣдствіямъ. См. Monroy, loc. cit., стр. 50; Windscheid, т. 2, § 431, прим. 18; R. G. E., т. 13, стр. 184. Но, какъ намъ кажется, и Monroy заходитъ слишкомъ далеко.

[4]) Въ этомъ случаѣ Африканъ и Юліанъ давали также и condictio, l. 23. D. de rebus cred. 12. 1. Они испытывали разные пути, лишь бы найти теоретическое оправданіе и практическую форму для того, что̀ имъ казалось справедливымъ. Francke: Hereditatis petitio, стр. 325 и слѣд.; Pacchioni въ Studi giuridici per il 35 anno d'insegnamento di Filippo Serafini, 1892, стр. 99 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи § 816, Abs. 1 гласитъ: Если лицо неуправомоченное распорядилось какимъ-либо предметомъ, и это распоряженіе обязательно для лица управомоченнаго, то первое обязано возвратить второму все полученное вслѣдствіе этого распоряженія.

b) Если мнимый наслѣдникъ освободилъ настоящаго наслѣдника отъ лежащаго на наслѣдствѣ обязательства, то ему принадлежитъ противъ настоящаго наслѣдника actio negotiorum gestorum contraria въ размѣрѣ обогащенія послѣдняго [5]).

VI. Договоръ товарищества.

§. 124. Понятіе и виды договора товарищества [1]).

Товариществомъ—societas—*называется общность имущества, основанная на договорѣ.*

a) Общность имущества не должна безусловно состоять въ сособственности; совершенно достаточно установить пользованіе имуществомъ для общихъ цѣлей и въ частности распредѣленіе прибыли и убытка взаимными *обязательствами* [2]).

Цѣли товарищества, обыкновенно, бываютъ имущественныя: онѣ состоятъ въ пріобрѣтеніи или сохраненіи имущества, но это не считается существеннымъ признакомъ. Существуетъ множество товариществъ съ другими цѣлями: напр., для пріятнаго препровожденія времени или же съ научными и художественными задачами. Товарищества, преслѣдующія недозволенныя цѣли, незаконны и недѣйствительны.

b) Далѣе, необходимъ *договоръ товарищества*, который, впрочемъ, вслѣдствіе своего неформальнаго характера можетъ быть заключенъ и молчаливо. Общность имущества, не опирающаяся на договоръ, а возникшая, напр., путемъ наслѣдованія, завѣщательнаго отказа или случайно, не составляетъ товарищества. Само собой разумѣется, что къ такой общности имущества можетъ присоединиться договоръ товарищества [3]).

Характерной чертой договора товарищества является animus contrahendae societatis, т. е. намѣреніе дѣйствовать сообща, въ качествѣ товарищей [4]). Поэтому, по общему правилу, нѣтъ товари-

---

[5]) Кромѣ l. 48. D. h. t., приведенной выше, прим. 3, см. l. 14, § 11, 1.32, pr. D. de rel. 11. 7; l. 50, § 1. D. de her. pet. 5. 3.

[1]) Tit. Inst. de societate. 3. 25, Dig. pro socio. 17. 2, Cod. 4. 37.

[2]) l. 58, pr., l. 74. D. h. t. 17. 2.

[3]) l. 32. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 2 ad edictum: Nam cum tractatu habito societas coita est. pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur; l. 31, l. 33 и l. 34. D. h. t.

[4]) Смотря по намѣренію соучастниковъ, одинъ и тотъ же фактическій составъ является товариществомъ или другимъ договоромъ. l. 44. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem

щества въ тѣхъ случаяхъ, когда купецъ предоставляетъ своимъ приказчикамъ, фабрикантъ — своимъ рабочимъ, кромѣ жалованья, еще участіе въ прибыляхъ [5]); не имѣетъ характера товарищества также аренда изъ-полу [6]). Здѣсь у участниковъ недостаетъ намѣренія быть товарищами.

По объему общности имущества, товарищества распадаются на различные виды.

a) Самое обширное изъ нихъ—это общность *всего имущества* societas omnium bonorum [7]) [8]). Такое товарищество простирается на все, что̀ товарищи имѣютъ въ моментъ заключенія договора и что̀ они пріобрѣтутъ впослѣдствіи своимъ трудомъ или другимъ способомъ, напр., путемъ наслѣдованія; оно распространяется также и на долги ихъ. Но оно не обнимаетъ пріобрѣтеній товарищей, сдѣланныхъ на основаніи деликта, и товарищество не отвѣчаетъ за долги участника, возникшіе изъ правонарушеній.

b) Societas quaestus—товарищество, *преслѣдующее общія промышленныя цѣли* — обнимаетъ собою всѣ постоянные, правильные *доходы* товарищей [9]), конечно, и ихъ долги; но оно не имѣетъ отношенія къ случаю единовременнаго увеличенія капитала, напр., путемъ наслѣдованія или благодаря счастливой случайности.

Оба эти товарищества, какъ *общія*, противополагаются новѣйшими учеными остальнымъ—*частичнымъ* товариществамъ.

c) Къ этимъ послѣднимъ относятся союзы для веденія какого-

---

vēndidisses, redderes mihi decem, si plvris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis. О намѣреніи сторонъ можно судить, конечно, по обстоятельствамъ дѣла; между прочимъ и общественное положеніе соучастниковъ даетъ нерѣдко нѣкоторыя указанія въ этомъ отношеніи; ср. Seuffert: Archiv, т. 51, казусъ 104.

[5]) R. O. H. G. E., т. 1, стр. 194, т. 17, стр. 275, т. 18, стр. 1.

[6]) Ср. выше § 111, прим. 4. И это отношеніе можетъ перейти въ товарищество, l. 52, § 2. D. h. t. 17. 2.

[7]) l. 1, § 1, l 2, l. 3, pr., § 1, l. 5, pr., l. 52, §§ 16 и слѣд., l. 53, l. 65, pr., § 3, l. 73. D. h. t.

[8]) Имущество товарищей при societas omnium bonorum становится общимъ непосредственно, безъ особой передачи; см. выше вып. II, § 43, прим. 2. Это положеніе основано, по всей вѣроятности, на древнемъ обычномъ правѣ; римскіе юристы объясняли его, допуская здѣсь constitutum possessorium. По гражд. улож. для герман. имперіи § 310 societas omnium bonorum „недѣйствительна“.

[9]) l. 7, l. 13. D. h. t. 17. 2.

нибудь промышленнаго [10]), въ особанности *торгово*-промышленнаго дѣла—торговыя товарищества [11]).

Далѣе, *товарищества, заключенныя по какому-либо случаю*, т. е. союзы, преслѣдующіе единичныя, преходящія цѣли [12]).

§ 125. Развитіе товарищества по римскому праву.

Мнѣнія новѣйшихъ ученыхъ объ историческомъ развитіи римскаго договора товарищества расходятся [1]).

Договоры товарищества встрѣчаются въ наше время преимущественно въ сферѣ торговли и промышленности. Такое же положеніе занималъ договоръ товарищества въ Римѣ въ послѣдніе годы республики и въ императорскій періодъ. Поэтому сама собою напрашивается мысль, что и въ *древнемъ* Римѣ главную роль играли торгово-промышленныя товарищества.

Однако, этотъ взглядъ неправиленъ. Исходныя точки римскаго договора товарищества были иныя.

Доказательствомъ является тотъ фактъ, что actio pro socio была создана для *societas omnium bonorum*, и что постановленія преторскаго эдикта имѣли въ виду именно эту форму товарищества [2]).

Договоръ же societas omnium bonorum имѣетъ не меркантильный, а семейный и аграрный характеръ.

Этотъ видъ товарищества, какъ видно изъ многочисленныхъ источниковъ, появлялся въ связи съ общностью сонаслѣдниковъ, въ особенности агнатовъ [3]); на основаніи этого договора они сплачи-

---

[10]) l. 52, § 5. D. h. t. 17. 2.

[11]) Значеніе торговыхъ товариществъ опредѣляетъ преимущественно H. G. B., Art. 85 и слѣд.

[12]) l. 5, pr. D. h. t. 17. 2.

[1]) Ср. Pernice: Labeo, т. 1, стр. 443; Leist: Zur Geschichte der römischen societas, 1881; Lastig въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 24, стр. 400; Pernice: Parerga въ Zeitschrift für Rechtsgesch. rom. Abtheilung, n. F., т. 3, стр. 48, т. 9, стр. 232, и приведенныхъ тамъ же авторовъ; Schmoller въ Jahrb. für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, n. F., т. 16, стр. 736 и слѣд. Въ русской литературѣ см. Соколовскій: Договоръ товарищества по римскому гражданскому праву, 1893, отдѣлъ первый.

[2]) Lenel: Edictum, стр. 237, указываетъ, главнымъ образомъ, на то обстоятельство, что въ комментаріяхъ къ эдикту на первомъ планѣ стоитъ societas omnium bonorum какъ у Павла (ср. l. 1, § 1, l. 3, pr., § 1. D. h. t.), такъ и у Ульпіана (ср. l. 5, pr. D. h. t.). Кромѣ того actio pro socio относится къ „generalia judicia“, l. 28, pr. D. h. t. 17. 2. Правильный взглядъ мы находимъ уже у Salkowski: De societate publicanorum, стр. 20. Противоположное мнѣніе высказываетъ Pernice: Labeo, т. 1, стр. 443.

[3]) Ср. Leist, loc. cit.; Pernice: Parerga, стр. 67, и приведенныя тамъ мѣста.

вались въ союзы—consortium—для совмѣстнаго управленія наслѣдственнымъ имѣніемъ и въ то же время для вооруженной защиты отъ нападеній разбойниковъ на сушѣ и на морѣ.

Римскія societates omnium bonorum въ этомъ отношеніи можно сравнить съ германскими Ganerbschaften [4]).

Правда, разница между ними та, что прекращеніе Ganerbschaften не допускалось, римскія же товарищества, хотя и могли фактически существовать въ продолженіе многихъ поколѣній, но за каждымъ товарищемъ признавалось право односторонняго отказа; сверхъ того, они прекращались со смертью одного изъ товарищей, хотя въ большинствѣ случаевъ возобновлялись со вступленіемъ наслѣдника на мѣсто умершаго.

Вслѣдствіе семейнаго характера товариществъ образовалось воззрѣніе, что среди товарищей дѣйствуетъ jus fraternitatis, о которомъ подчасъ трудно говорить, если имѣть въ виду товарищества меркантильнаго характера [5]).

Далѣе, для товарищей по societas omnium bonorum вполнѣ естественнымъ является beneficium competentiae, которое имъ предоставилъ преторъ. Насколько эта льгота подлежала распространенію и на другія формы товарищества, было спорнымъ вопросомъ даже для самихъ римлянъ [6]) [7]).

Семейнымъ характеромъ древней societas объясняется и то обстоятельство, что товарищи отвѣчаютъ другъ передъ другомъ только

---

[4]) См. Edward Wippermann: Ganerbschaften, 1873. Еще сильнѣе сходство съ задругой южныхъ Славянъ и съ „большой семьей“ Великороссовъ, см. Соколовскій, loc. cit., стр. 31 и слѣд.

[5]) l. 63, pr. D. h. t. 17. 2.

[6]) Ср. выше § 57, прим. 13.

[7]) Римское товарищество прекращалось еще во времена Гая, Inst. III, § 153, при *всякой capitis deminutio*, не исключая и *minima*. Объясненіе Гая, что capitis deminutio приравнивалась къ смерти, едва ли удовлетворительно, такъ какъ это приравненіе во всякомъ случаѣ не имѣло абсолютнаго значенія. Если же предположить, что товарищество съ древнихъ временъ было продолженіемъ общности наслѣдованія *агнатовъ*, то получается историческое объясненіе, ибо тогда понятно, что вмѣстѣ съ прекращеніемъ свойства агната прекращалось и главное условіе для участія въ товариществѣ, состоящемъ изъ агнатовъ. При распространеніи договора товарищества на другія отношенія, указанное правило сохранило свою силу, какъ если бы оно имѣло свое начало въ общей природѣ всѣхъ видовъ товарищества. На самомъ же дѣлѣ это положеніе утратило всякое разумное основаніе. А потому мы его болѣе не встрѣчаемъ въ позднѣйшемъ классическомъ правѣ, гдѣ причиной прекращенія товарищества признавались лишь capitis deminutio maxima и media, l. 63, § 10, l. 65, § 11. D. h. t. 17. 2.

за culpa in concreto [8]). Это положеніе по своему характеру не подходитъ къ меркантильнымъ товариществамъ, хотя оно по обычаю распространялось и на нихъ [9]).

Еще въ императорскій періодъ societas omnium bonorum встрѣчается часто [10]), но тѣмъ не менѣе она уже давно утратила преобладающее значеніе. Поэтому Сабинъ полагалъ, что, въ случаѣ образованія товарищества безъ точнаго опредѣленія цѣли, слѣдуетъ его разсматривать какъ societas quaestus, т. е. какъ товарищество, обнимающее всѣ постоянные, правильные доходы товарищей [11]).

Само собою разумѣется, что къ современному праву и это не примѣнимо, такъ какъ теперь товарищества, основанныя на общности имущества (allgemeine Vermögensgesellschaften) и на общности всѣхъ постоянныхъ доходовъ (allgemeine Erwerbsgesellschaften) крайне рѣдки.

§ 126. Вклады, доли участія, взаимныя обязанности товарищей.

Вклады товарищей, ихъ участіе въ прибыляхъ и ихъ обязанности регулируются прежде всего самимъ договоромъ, поскольку онъ не противорѣчитъ правовымъ нормамъ, и затѣмъ уже—закономъ.

1. Вклады товарищей могутъ состоять частью во вкладахъ *деньгами* или предметами, имѣющими денежную цѣнность, частью въ услугахъ, которыя оказываются товариществу отдѣльными участниками. Допускаются и такіе случаи, что вклады товарищей заключаются либо только въ денежныхъ взносахъ, либо только въ услугахъ [1]).

Вклады становятся или *общей собственностью* всѣхъ товарищей—societas quoad sortem, или же служатъ только цѣлямъ товарищества, оставаясь собственностью прежнихъ хозяевъ—societas quoad usum. Деньги, замѣнимыя вещи и предметы, сданные товариществу съ предварительной оцѣнкой, почитаются, при отсутствіи иныхъ опредѣле-

---

[8]) Неудовлетворительно также объясненіе Гая libro 2 cottidianarum rerum, l. 72. D. h. t. 17. 2: „quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet". Это основаніе было бы примѣнимо къ *любому* контракту.

[9]) Оно перешло также къ H. G. B., Art. 94, и въ гражд. улож. для герман. имперіи § 708.

[10]) Это доказываютъ приведенныя выше въ § 124, прим. 7 мѣста источниковъ.

[11]) l. 7. D. h. t. 17. 2. Такъ писалъ Сабинъ, мнѣніе котораго приводится Ульпіаномъ, кажется, согласно съ правомъ, дѣйствовавшимъ въ его время. Рѣшеніе Сабина едва ли говоритъ въ пользу *происхожденія* римскаго товарищества изъ торговаго права, какъ думаетъ Pernice: Labeo, т. 1, стр. 443.

[1]) l. 1. C. h. t. 4. 37; гражд. улож. для герман. имперіи § 706, Abs. 3.

ній, общей собственностью всѣхъ товарищей; на другого рода вклады это предположеніе не распространяется [2]).

2. Говоря о *прибыли* или *убыткахъ товарищества* не слѣдуетъ обращать вниманіе на результаты *единичной* сдѣлки союза; необходимо имѣть въ виду *окончательный итогъ* при прекращеніи взаимныхъ отношеній [3]) [4]).

Прибылью называется та сумма, на которую *увеличился первоначальный складочный капиталъ*, *убыткомъ* же—та сумма, на которую онъ *уменьшился*; съ прибавленіемъ къ ней средствъ, необходимыхъ для погашенія обязательствъ товарищества.

3. *Прибыли* и *убытки* товарищества распредѣляются, при отсутствіи особыхъ соглашеній, между участниками *поровну*. Размѣръ вкладовъ здѣсь не имѣетъ никакого значенія [5]).

---

[2]) Эти правила соотвѣтствуютъ общимъ принципамъ, см. Vangerow, т. 3, § 651, прим. 2. Ср. также H. G. B., Art. 91; гражд. улож. для герман. имперіи § 706, Abs. 2. Другого мнѣнія придерживается Windscheid, т. 2, § 405, прим. 13.

[3]) l. 30. D. h. t. 17. 2. Paulus libro 6 ad Sabinum:... Neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deductor; ср. § 2. I. h. t. 3. 25: „quod ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse".

[4]) Въ современныхъ торговыхъ товариществахъ прибыль и убытки вычисляются ежегодно, съ этимъ связаны важныя правовыя послѣдствія. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи § 721, Abs. 2: Если товарищество учреждено на продолжительный срокъ, то, при сомнѣніи, счеты должны сводиться, и прибыль должна распредѣляться въ концѣ каждаго операціоннаго года.

[5]) l. 29, pr. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 30 ad Sabinum: Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat; § 1. I. h. t. 3. 25. Правда, встрѣчаются писатели, которые подъ „равными частями" подразумѣваютъ части, „пропорціональныя" вкладамъ товарищей. Но это мнѣніе не согласно съ словами источниковъ. И что̀ сталось бы съ товарищами, которые, не дѣлая денежныхъ взносовъ, участвовали въ товариществѣ однѣми лишь услугами! Конечно, надо помнить, что рѣчь идетъ лишь о распредѣленіи *прибыли* и *убытковъ*. Предположимъ, напр., что X внесъ 1000, а У обязался оказывать услуги; тогда отношеніе, смотря по исходу общаго предпріятія, будетъ такое: a) По прекращеніи товарищества все его имущество равно 1000. Тогда X получаетъ всю эту сумму обратно; У ничего не получаетъ и свободенъ отъ всякихъ обязательствъ, такъ какъ нѣтъ ни барыша, ни убытковъ; b) По прекращеніи товарищества остается 1200; X тутъ беретъ 1000—свой вкладъ и 100, т. е. половину барыша; У получаетъ 100, т. е. другую половину барыша. c) Въ кассѣ товарищества вслѣдствіе неудачныхъ операцій остается только 500; тогда X получаетъ 500 (оставшуюся часть своего первоначальнаго вклада) и отъ У 250, такъ какъ убытки, выразившіеся въ суммѣ 500, дѣлятся пополамъ. Ср. Vangerow, т. 3, § 651, прим. 2, гдѣ указаны и другія мнѣнія. Взгляда, изложеннаго нами, держится и гражд. улож. для герман. имперіи § 722, Abs. 1.

Впрочемъ, договоромъ товарищества могутъ быть установлены и неравныя доли [6]). Опредѣленіе участія товарищей въ прибыляхъ и убыткахъ въ *различныхъ* пропорціяхъ не запрещается; только при сомнѣніи ихъ отношеніе всегда равно [7]).

Товарищъ можетъ въ силу договора получать одни лишь барыши, *безъ участія въ убыткахъ*. Но нѣтъ *договора товарищества* тамъ, гдѣ участникъ обязанъ нести одни лишь убытки *безъ права получать прибыль отъ предпріятія* [8]).

4. Взаимныя обязанности товарищей сводятся къ слѣдующему:

а) Они обязаны дѣлать условленные *взносы* и оказывать товариществу обѣщанныя *услуги*. Они отвѣчаютъ какъ продавцы за эвикцію и скрытые недостатки вкладовъ [9]).

Съ момента заключенія договора на товарищество переходитъ рискъ гибели и порчи представленныхъ въ видѣ вклада индивидуально опредѣленныхъ вещей—species [10]).

---

[6]) § 1. I. h. t. 3. 25; l. 29, pr. D. h. t. 17. 2.

[7]) l. 29, § 1. D. h. t. Ulpianus libro 30 ad Sabinum: Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat. Конечно, предполагается, что имѣлось въ виду товарищество, а не дареніе подъ условіемъ; къ этому именно направлены указанныя въ привед. мѣстѣ опредѣленія сторонъ; ср. также § 2. I. h. t. 3. 25; гражд. улож. для герман. имперіи § 722, Abs. 2.

[8]) l. 29, § 2. D. h. t. 17. 2. Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse. Здѣсь говорили о *львиномъ товариществѣ* по аналогіи съ басней Эзопа, по которой левъ отправляется съ осломъ на охоту и въ концѣ-концовъ забираетъ себѣ всю добычу—Phaedrus, I, 45.—Цѣль этого правила заключается въ противодѣйствіи безцеремонному обогащенію на чужой счетъ. Тѣмъ не менѣе такой договоръ можетъ быть дѣйствителенъ, если на него смотрѣть съ другой точки зрѣнія: онъ можетъ быть дареніемъ, а главнымъ образомъ—договоромъ о гарантіи, ср. выше § 118. Гражд. улож. для герман. имперіи не высказывается по поводу допустимости societas leonina.

[9]) Это вытекаетъ изъ общихъ принциповъ.

[10]) Важнѣйшимъ мѣстомъ источниковъ о рискѣ по вкладамъ является l. 58. pr. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si id, quod quis in societatem contulit, exstinctum sit, videndum, an pro socio agere possit. Tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem, ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus. Мнѣнія чрезвычайно расходятся; ср. ихъ въ рефератѣ Puntschart'a: Fundamentale Rechtsverhältnisse, стр. 478. Цельзъ различаетъ два случая; въ первомъ мы имѣемъ дѣло съ продажей сообща, но не съ тѣмъ случаемъ, когда лошади со-

b) Товарищи отвѣчаютъ за culpa in concreto [11]).

c) Полученные ими доходы они обязаны отнести на счетъ актива товарищества согласно съ условіями договора [12]).

Товарищество вознаграждаетъ ихъ за расходы, сдѣланные для общаго дѣла, и освобождаетъ ихъ отъ обязательствъ, принятыхъ ими въ общихъ интересахъ [13]).

Имъ возмѣщаются даже *случайные* убытки, которые они понесли по поводу занятія дѣлами товарищества [14]).

Наконецъ, при опредѣленіи прибыли и убытка и ихъ распредѣленіи между участниками соблюдаются всѣ постановленія договора товарищества.

d) Каждому члену товарищества предоставляется право требовать отъ товарищей выясненія состоянія общаго дѣла и предоставленія возможности ознакомиться со всѣми бумагами и документами; въ случаѣ надобности онъ можетъ требовать отдѣльнаго отчета [15]).

ставляютъ *вкладъ* въ товарищескій фондъ. Здѣсь самъ собственникъ несетъ убытки отъ гибели лошади. Во второмъ случаѣ лошадей соединяютъ для *составленія* четверки. При такой сдѣлкѣ, въ случаѣ гибели лошадей, товарищество несетъ убытки съ момента заключенія договора, подобно тому, какъ это бываетъ въ договорѣ купли-продажи. Моментъ перехода риска къ товариществу опредѣляется заключеніемъ самаго договора, а не передачею вещей. Совершенно другое мы видимъ, какъ указываетъ l. 58, § 1. D. eod., если вкладъ опредѣленъ только *родовыми признаками*, въ особенности, если онъ состоитъ изъ денегъ. Тогда товарищество несетъ отвѣтственность только послѣ фактической передачи имущества. По гражд. улож. для герман. имперіи это правило имѣетъ силу по отношенію ко вкладамъ всякаго рода.

[11]) l. 72. D. h. t. 17. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи § 708. Ср. выше § 125, прим. 8. Впрочемъ, см. еще l. 52, §§ 2, 3. D. t. h. 17. 2. О компенсаціи обоюдной небрежности ср. Dernburg: Kompensation, стр. 333.

[12]) l. 74. D. h. t. 17. 2.

[13]) l. 38, § 1. D. h. t. 17. 2. На издержки должны насчитываться проценты, l. 67, § 2. D. h. t. 17. 2; Petrażycki: Einkommen, т. 2, стр. 165. Гражд. улож. для герман. имперіи § 713 гласитъ: Права и обязанности товарища-распорядителя опредѣляются по правиламъ §§ 664—670, установленнымъ для порученія, поскольку въ самомъ договорѣ не постановлено другого.

[14]) l. 52, § 4. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 31 ad edictum: Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi ejus vulnerati sunt resque proprias perdidit. Dicit Julianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime Julianus probat... Nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit. Ср. l. 60, § 1. D. eod. Мандатарій не имѣетъ права требовать возмѣщенія случайныхъ убытковъ, понесенныхъ имъ при исполненіи принятыхъ порученій; см. выше § 116, прим. 14. — Ср. Unger: Handeln auf fremde Gefahr въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 339.

[15]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 716.

Искъ—actio pro socio — возникаетъ въ томъ случаѣ, если товарищъ не исполняетъ принятыхъ на себя обязательствъ и можетъ поэтому предъявляться и до прекращенія договора [16]).

5. Относительно своей доли товарищу разрѣшается основывать *подтоварищество* (Untergesellschaft). Но отсюда возникаютъ права и обязанности только между нимъ самимъ и его подтоварищемъ, а не между послѣднимъ и товарищемъ его товарища [17]).

§ 127. Отношенія товарищей къ третьимъ лицамъ.

Товарищество не признается, подобно корпораціи, самостоятельнымъ субъектомъ правъ [1]). Сами *товарищи* являются въ предѣлахъ товарищества и внѣ его *носителями* его правъ и обязанностей. Они поэтому считаются сособственниками товарищескаго имущества, они же кредиторы по активу и должники по пассиву товарищества. Впрочемъ, эти нормы не нашли себѣ примѣненія въ нѣкоторыхъ современныхъ товариществахъ, снабженныхъ извѣстными корпоративными правами [2]).

Что касается правъ и обязанностей товарищей по отношенію къ третьимъ лицамъ, то слѣдуетъ имѣть въ виду два типа товариществъ: товарищества съ одними лишь внутренними отношеніями (Innengesellschaften) и товарищества, съ отношеніями внѣшними (Aussengesellschaften).

а) Въ товариществахъ перваго типа отдѣльный членъ выступаетъ отъ *своего имени за счетъ союза*. По отношенію къ третьимъ контрагентамъ онъ лишь одинъ управомоченъ, а эти контрагенты въ свою очередь имѣютъ требованія только къ нему лично. Они могутъ предъявить къ его сотоварищамъ только actio de in rem verso utilis на общемъ основаніи, т. е. въ размѣрѣ обогащенія послѣднихъ [3]).

---

[16]) Сначала римляне полагали, что actio pro socio имѣетъ мѣсто лишь по прекращеніи товарищества. Но этотъ взглядъ впослѣдствіи былъ оставленъ; l. 65, § 15. D. h. t. 17. 2.

[17]) l. 19—l. 23. D. h. t. 17. 2.

[1]) См. выше вып. I, § 61, 2.

[2]) Вып. I, § 61, 3.

[3]) l. 82. D. h. t. 17. 2. Papinianus libro 3 responsorum: Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae

b) Въ *товариществахъ* второго типа члены-распорядители заключаютъ договоры *отъ имени* союза. Лица, которымъ дано право завѣдывать общими дѣлами, указываются въ самомъ договорѣ товарищества, при чемъ это право дается или всѣмъ, или нѣкоторымъ членамъ. Довѣренность, данная нѣсколькимъ товарищамъ для завѣдыванія общими дѣлами, можетъ быть *коллективная*, — тогда имъ приходится дѣйствовать сообща, или же *индивидуальная:* и тогда каждый порознь можетъ явиться представителемъ союза [4]).

Сдѣлки, заключенныя *товарищами-распорядителями* въ предѣлахъ данной имъ довѣренности и *отъ имени товарищества*, обязываютъ непосредственно всѣхъ товарищей, а равно являются для нихъ прямымъ источникомъ правъ. Въ этомъ случаѣ всѣ права и обязательства распредѣляются между товарищами [5]) и при томъ согласно съ долями, *установленными* въ *самомъ договорѣ*; если же въ договорѣ товарищества доли не были указаны, то распредѣленіе происходитъ *поголовно* [6]) [7]).

---

versae sunt. Рѣшеніе вполнѣ согласуется съ принципами, установленными для actio de in rem verso utilis выше въ § 14. О другомъ объясненіи Sell'a: Versuche, т. 1, стр. 48, см. Vangerow, т. 3, § 653, стр. 480.

[4]) Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи §§ 709—712, на основаніи которыхъ веденіе дѣлъ товарищества предоставляется всѣмъ членамъ совмѣстно; на каждое дѣло требуется согласіе всѣхъ товарищей, если въ самомъ договорѣ не опредѣлено иначе.

[5]) На основаніи l. 44, § 1. D. de aedilicio edicto. 21. 1, и приведенной ниже въ прим. 6, l. 4. pr. D. de exerc. act. 14. 1, товарищи отвѣчаютъ „pro portione qua socii fuerunt". Впрочемъ, ограниченіе, указанное въ нашемъ текстѣ разумѣется само собою.

[6]) Вслѣдствіе измѣненія системы представительства римское право въ данномъ вопросѣ расходится съ обще-германскимъ. Римскіе принципы развиты въ l. 4, pr. и § 1. D. de exerc. act. 14. 1, Ulpianus libro 29 ad edictum; тутъ идетъ рѣчь о товариществѣ судохозяевъ: Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri. По римскому праву различались слѣдующіе случаи: a) товарищи заключали договоръ сами и совмѣстно, и тогда обязательства дѣлились между ними на основаніи общихъ принциповъ обязательственнаго права, см. выше § 71; или b) третье лицо выступало за нихъ въ качествѣ magister navis или institor; тогда всѣ товарищи отвѣчали солидарно по принципамъ actio exercitoria или institoria; или c) одинъ изъ товарищей заключаетъ договоръ въ качествѣ magister navis или institor за своихъ сотоварищей; въ такомъ случаѣ всѣ также считались солидарно отвѣтственными. Въ обще-германскомъ правѣ представительство института, которое имѣло своимъ послѣдствіемъ солидарную отвѣтственность хозяевъ предпріятія исчезло; см. выше § 13. По современному праву, представитель и въ частности товарищъ-распорядитель представляетъ своихъ сотоварищей, отъ имени которыхъ онъ заключилъ сдѣлку, непосредственно такъ, какъ будто бы тѣ дѣйствовали сами. Чтобы быть послѣдовательнымъ, необходимо *дѣлить*

Наоборотъ, пріобрѣтеніе in solidum правъ и отвѣтственность по обязательствамъ in solidum наступаетъ лишь въ товариществахъ, преслѣдующихъ торгово-промышленныя цѣли или при союзахъ, составленныхъ ради заключенія единичной торговой сдѣлки [8]) [9]).

§ 128. Прекращеніе товарищества.

Само собою разумѣется, что товарищества прекращаются по достиженіи той цѣли, ради которой они были установлены, съ наступленіемъ срока или при осуществленіи условія, съ которыми было связано прекращеніе товарищества и, наконецъ, при невозможности достигнуть поставленныхъ товариществомъ цѣлей [1]).

Сверхъ того существуютъ еще слѣдующія особыя основанія къ прекращенію:

отвѣтственность въ томъ случаѣ, если завѣдующій дѣлами товарищъ принялъ обязательства отъ имени товарищества. Но можно спорить о томъ, не укоренилась ли на основаніи обычнаго права солидарная отвѣтственность товарищей по обязательствамъ союза. Ср. авторовъ, указанныхъ у Buchka: Stellvertretung, стр. 246. Этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ утвердительно для торговыхъ товариществъ, и это рѣшеніе получило законную санкцію въ настоящее время въ германскомъ торговомъ уложеніи для товариществъ, преслѣдующихъ торговыя цѣли. Для другихъ же союзовъ нельзя указать соотвѣтствующую норму обычнаго права. Подобное правило было бы, напр., по отношенію къ товариществу, преслѣдующему цѣль развлеченія, жестоко; оно не соотвѣтствовало бы также общепринятымъ взглядамъ. Поэтому отвѣтственность товарищей по обязательствамъ не торговыхъ товариществъ всегда дѣлима.

[7]) Мнѣніе Windscheid'a, т. 2, § 407, прим. 7, что товарищи могутъ требовать, чтобы кредиторы искали удовлетворенія сначала изъ имущества товарищества, въ этой общей формѣ едва ли основательно. Этотъ взглядъ, конечно, не подтверждается и l. 65, § 14. D. h. t. 17. 2, которая трактуетъ о взаимныхъ обязательствахъ товарищей. Тѣмъ не менѣе такое право можетъ быть или особо выговорено при заключеніи договора, или же выведено изъ устава товарищества.

[8]) H. G. B., Art. 269, Abs. 2. Это правило имѣетъ силу и въ торгово-промышленныхъ предпріятіяхъ мелкихъ купцовъ, торгующихъ безъ общей фирмы; см. R. G. E., т. 9, стр. 79, и приведенныхъ тамъ авторовъ.

[9]) По гражд. улож. для герман. имперіи товарищи отвѣчаютъ лично въ качествѣ „совокупныхъ должниковъ“ по обязательствамъ товарищества, основаннымъ *на договорѣ*; по обязательствамъ, возникшимъ *внѣ контрактовъ*, они отвѣчаютъ лично, но въ равныхъ частяхъ; гражд. улож. для герман. имперіи §§ 420, 427.

[1]) Ср. l. 63, § 10. D. h. t. 17. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи § 726. Въ l. 1, pr. D. h. t. 17. 2, libro 32 ad edictum Павелъ высказываетъ такую мысль: Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore vel sub condicione; а въ l. 70. D. eod., libro 33 ad edictum онъ утверждаетъ: Nulla societatis in aeternum coitio est. Но въ этомъ нѣтъ никакого противорѣчія. Тамъ идетъ рѣчь о цѣли и содержаніи договора, здѣсь же объ его законной силѣ.

1. *Смерть одного изъ товарищей* [2]).

По римскому праву нельзя включить въ договоръ товарищества условіе о продолженіи союза при участіи наслѣдниковъ [3]).

Наслѣдникъ товарища имѣетъ право и въ то же время обязанъ сдѣлать все необходимое для охраны товарищескаго дѣла, начатаго его наслѣдодателемъ, и отвѣчаетъ при этомъ за dolus и culpa lata [4]).

Товарищество отвѣчаетъ за все то, что́ предпринялъ его членъ, не зная еще о смерти своего сотоварища [5]).

2. Открытіе *конкурса* надъ однимъ изъ товарищей [6]).

3. *Соглашеніе* всѣхъ товарищей [7]).

4. *Односторонній отказъ* отъ товарищества [8]). Такой отказъ является основаніемъ прекращенія товарищества даже и въ томъ случаѣ, если оно—согласно договору—еще должно бы продолжать свое существованіе. Однако, несвоевременный и злостный отказъ сопряженъ съ невыгодными послѣдствіями. Если товарищъ выходитъ изъ союза до срока, опредѣленнаго договоромъ, *безъ основательныхъ причинъ* [9]), то *онъ не освобождается отъ обязанностей по отношенію къ товарищамъ*, но *освобождаетъ послѣднихъ отъ всякой отвѣтственности передъ собою* т. е. отказавшійся не получаетъ барышей, а несетъ лишь убытки, которые окажутся въ дѣлахъ товарищества, начатыхъ до его отказа [10]).

---

[2]) § 5. I. h. t. 3. 25; l. 65, § 9. D. h. t. 17. 2.

[3]) l. 35, l. 52, § 9. D. h. t. 17. 2. Societas vectigalium была въ Римѣ единственнымъ исключеніемъ, l. 59, pr. D. h. t. 17. 2. Впрочемъ, германское торговое уложеніе разрѣшаетъ переходъ товарищескихъ правъ и обязанностей къ наслѣдникамъ въ полныхъ торговыхъ товариществахъ. H. G. B. Art. 123, 2. Въ томъ же смыслѣ гражд. улож. для герман. имперіи § 727, Abs. 1. § 736.

[4]) l. 40. D. h. t. 17. 2; но ср. еще l. 35 и l. 36. l. 65, § 9. D. h. t. 17. 2; см. также гражд. улож. для герман. имперіи § 727, Abs. 2.

[5]) l. 65, § 10. D. h. t. 17. 2; гражд. улож. для герман. имперіи § 729.

[6]) § 8. I. h. t. 3. 25: l. 65, § 1. D. h. t. 17. 2. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 728, а также § 736.

[7]) l. 65, § 3. D. h. t. 17. 2.

[8]) l. 14, l. 15, l. 16. pr., l. 65, § 6. D. h. t. 17. 2.

[9]) Отъ усмотрѣнія суда зависитъ опредѣлить, чѣмъ можетъ быть оправданъ отказъ еще до истеченія срока; ср. l. 14. D. h. t. 17. 2: Aut quid si ita injuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati. По гражд. улож. для герман. имперіи § 723. Abs. 1, уважительной причиной признается въ частности умышленное или допущенное по грубой небрежности нарушеніе другимъ товарищемъ возложенной на него договоромъ существенной обязанности, или наступившая невозможность исполнить такую обязанность.

[10]) l. 65, § 6. D. h. t. 17. 2. Paulus libro 32 ad edictum: Item qui socie-

Тѣ же нормы имѣютъ примѣненіе къ товариществу, заключенному на опредѣленное время, при *злостномъ отказѣ*, въ особенности, съ цѣлю заняться лично для себя такимъ дѣломъ, которое въ противномъ случаѣ было бы совершено за счетъ товарищества. Вышедшій при этихъ обстоятельствахъ изъ союза членъ обязанъ подѣлиться съ товарищами барышомъ, а могущіе возникнуть изъ дѣла убытки онъ несетъ одинъ [11]) [12]).

Если товарищество состоитъ изъ *нѣсколькихъ* членовъ, то съ выходомъ одного изъ нихъ оно прекращается *для всѣхъ*, развѣ бы въ договорѣ было установлено противное [13]).

---

tatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert, at si dispendium, aeque praestabit portionem. Новѣйшіе писатели, кажется, полагаютъ, что товарищъ, отказавшійся безъ законной причины, не извлекаетъ выгоды, а несетъ лишь отвѣтственность по всѣмъ сдѣлкамъ, которыя были заключены въ теченіе условленнаго договоромъ срока и въ случаѣ продолженія товарищества были бы отнесены на счетъ послѣдняго. Подобное послѣдствіе было бы столь сурово, что едва ли кто согласился бы вступить въ договоръ товарищества, заключенный на опредѣленное время. При извѣстныхъ обстоятельствахъ приходилось бы въ теченіе многихъ лѣтъ страдать отъ произвольныхъ и опасныхъ операцій бывшаго товарища. Легко можетъ случиться, что судья не признаетъ уважительной причину отказа, которую отказывающійся считалъ основательной и побудительной. Всѣ эти соображенія вообще говорятъ противъ слишкомъ строгаго обращенія съ лицомъ, отказывающимся до срока. Но не объ этомъ велась рѣчь. Приведенное мѣсто относится *только къ начатымъ уже дѣламъ*. Ту же мысль высказываетъ l. 17, § 1. D. h. t. 17. 2; по ней установленіе опредѣленнаго для товарищества срока не имѣетъ значенія, такъ какъ и безъ этого несвоевременный отказъ влечетъ за собою отвѣтственность. По гражд. улож. для герман. имперіи § 723, Abs. 2, товарищъ, несвоевременно заявившій отказъ безъ уважительнаго основанія, обязанъ возмѣстить остальнымъ товарищамъ причиненный этимъ ущербъ.

[11]) § 4. I. h. t. 3: 25. Отказъ по отношенію къ отсутствующему считался всегда за dolus. Ср. l. 17, § 2. D. h. t. 17. 2. По гражд. улож. для герман. имперіи § 723, Abs. 2, всякій безъ уважительнаго основанія несвоевременно заявленный отказъ обязываетъ къ возмѣщенію ущерба.

[12]) Объ отказѣ кредитора одного изъ товарищей ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 725.

[13]) § 5. I. h. t. 3. 25; l. 65, § 9. D. h. t. 17, 2; гражд. улож. для герман. имперіи § 736. Объ исключеніи товарища ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 737. Довѣренность на представительство товарищества теряетъ свою силу съ прекращеніе послѣдняго; окончаніе дѣлъ товарищества—*ликвидація*—производится или товарищами сообща, или спеціально для этой цѣли приглашенными лицами. Ср. о ликвидаціи гражд. улож. для герман. имперіи §§ 730—735.

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Внѣдоговорныя обязательства.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Деликтныя обязательства.

§ 129. А. Общія понятія [1]).

Частные штрафные иски существовали въ Римѣ съ древнѣйшихъ временъ. Уже въ законѣ XII таблицъ указаны иски, преслѣдующіе опредѣленные грубые и, такъ сказать, осязательные проступки противъ личности и имущества, главнымъ образомъ, воровство, тѣлесныя и нѣкоторыя имущественныя поврежденія. Lex Aquilia была направлена болѣе общимъ образомъ противъ всякаго поврежденія вещей.

Штрафными исками изобиловалъ въ особенности *преторскій эдиктъ*. Съ одной стороны, дѣло шло объ усиленіи уже раньше существовавшихъ штрафовъ; таково было значеніе actio vi bonorum raptorum—иска, вытекающаго изъ насильственнаго похищенія и поврежденія вещей [2]). Съ другой стороны, старались противодѣйствовать такимъ болѣе ухищреннымъ проступкамъ, которые раньше не были извѣстны или не останавливали на себѣ вниманія. Сюда относилась actio de servo corrupto — искъ, который вчинался домовладыкой въ случаѣ нравственной порчи его раба и былъ направленъ на взысканіе двойного интереса [3]), а по аналогіи — искъ домовладыки, основывающійся на совращеніи подвластныхъ дѣтей [4]); затѣмъ actio de calumnia — искъ, принадлежавшій лицу, противъ котораго

---

[1]) Savigny: Obligationenrecht, т. 2, стр. 293; Jhering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, въ особенности стр. 58; Binding: Die Normen, т. 1, отд. 1, стр. 213; Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 1 слѣд. Mommsen: Römisches Strafrecht 1899, стр. 523. и слѣд. Въ русской литературѣ см. Гусаковъ: Деликты и договоры. Историко-юридическое изслѣдованіе, 1896.

[2]) Actio vi bonorum raptorum была установлена преторомъ Лукулломъ въ 76 г. до Р. Х. Объ этомъ искѣ ср. Keller: Semestria ad Ciceronem, lib. 3, pag. 541. Предполагали, что „in quadruplo inest et rei persecutio, ut poene tripli sit"; pr. I. vi bonorum raptorum. 4. 2. Впрочемъ, actio vi bonorum raptorum предъявлялась наравнѣ съ actio furti и actio legis Aquiliae, такъ что рѣчь шла лишь объ увеличеніи штрафа въ случаяхъ насилія. Въ настоящее время этотъ искъ не имѣетъ практическаго значенія.

[3]) Tit. Dig. de servo corrupto. 11. 3, Cod. de furtis et de servo corrupto. 6. 2; Keller: Institutionen, стр. 151.

[4]) l. 14, § 1. D. de servo corrupto. 11. 3. Поскольку искъ касался вышеуказанныхъ случаевъ, онъ былъ рецепированъ, но съ тѣхъ поръ онъ преслѣдуетъ лишь простой интересъ. Windscheid, т. 2, § 456, прим. 18. Судебная практика давала этотъ

начать завѣдомо неправый процессъ; при помощи этого иска отвѣтчикъ взыскивалъ со своего противника вчетверо противъ того, что послѣдній получилъ отъ третьихъ лицъ за вчатіе иска, или вчетверо противъ той суммы, которую отвѣтчикъ самъ долженъ былъ уплатить, чтобы избавиться отъ неправаго процесса [5]) [6]). Самымъ важнымъ искомъ была actio de dolo, при помощи которой преторъ каралъ всякое умышленное причиненіе убытковъ. Срокъ давности для большинства преторскихъ деликтныхъ исковъ былъ непродолжителенъ [7]).

Итакъ, при помощи закона и преторскаго эдикта образовался широкій кругъ *частныхъ правонарушеній*, т. е. опредѣленныхъ проступковъ, основанныхъ на *dolus* или *culpa*, къ которымъ правовая норма пріурочивала искъ потерпѣвшаго противъ виновнаго, направленнаго на наказаніе послѣдняго и на вознагражденіе потерпѣвшаго [8]).

Деликтные иски имѣли двойственную природу. Они относились къ *частному праву*, осуществлялись въ порядкѣ гражданскаго процесса, возбужденіе этихъ исковъ зависѣло всецѣло отъ потерпѣвшаго, и выгоды отъ нихъ принадлежали ему. Но въ то же время

искъ и матери вслѣдствіе совращенія ея дѣтей, мужу по поводу совращенія его жены, господамъ въ случаѣ совращенія ихъ прислуги. Glück, т. 11, стр. 319. Подобное примѣненіе иска справедливо. Ср. также Eisenberger: Ueber die actio servi corrupti directa et utilis. Erlanger Inaug-dissert., 1889; Entsch. des oberst. Landesgerichts für Bayern, т. 12, стр. 110.

[5]) Tit. Dig. de calumniatoribus. 3. 6.

[6]) Это былъ чисто штрафной искъ. Его примѣненіе въ современномъ правѣ, какъ намъ кажется, невозможно. Иной взглядъ у Windscheid'a, т. 2, § 471, прим. 5, который, однако, превращаетъ этотъ искъ въ другое средство правовой защиты, отличающееся отъ римскаго образца принціиально.

[7]) Pr. I. de perpetuis et tempor. act. 4. 12. Однако „perpetua" была между прочимъ actio de servo corrupto: l. 13, pr. D. de servo corrupto. 11. 3.

[8]) Деликтные иски подобны искамъ, вытекающимъ изъ договоровъ, опредѣлены индивидуально, поэтому необходимы извѣстныя фактическія обстоятельства наличность которыхъ обусловливаетъ собою деликтный искъ. Общегерманское право придерживалось того же взгляда. Правда, Windscheid, т. 2, § 326, а также Hölder: Pandekten, § 59, утверждаютъ, что всякій проступокъ, которымъ вызванъ имущественный вредъ, порождаетъ искъ, направленный на возмѣщеніе убытковъ. Кромѣ того римское право, по ихъ мнѣнію, даетъ на основаніи извѣстныхъ проступковъ искъ съ частнымъ штрафнымъ характеромъ. Windscheid, однако, даже не попытался дать обоснованіе этого общаго иска объ убыткахъ. Да и едва ли возможно согласовать подобный искъ объ убытковъ съ положеніемъ того же автора, т. 2. § 451, что „всякій обязанъ вознаградить другого за убытки, причиненные имъ со злымъ умысломъ, а не за убытки, происшедшіе по его винѣ". На основаніи гражд. улож. для герман. имперіи § 823, всякій обязанъ возмѣстить другому вредъ, причиненный ему противозаконно, умышленно или неосторожно Правда, этотъ принципъ выраженъ въ уложеніи не столь просто.

дѣлитные иски имѣли важное *публичное значеніе:* они преслѣдовали вмѣстѣ съ тѣмъ карательныя цѣли, пополняя, такимъ образомъ, многочисленные пробѣлы римскаго уголовнаго права.

Соединены были, такимъ путемъ, двѣ точки зрѣнія, направленія которыхъ расходятся. Первая заключается въ *карательной* функціи, въ наказаніи виновнаго, вторая — въ *вознагражденіи* потерпѣвшаго. Наказаніе имѣетъ преобладающее значеніе, хотя уже въ Римѣ считались и съ цѣлью вознагражденія. Согласно съ этимъ различали [9]):

a) *Чисто штрафные иски.* Въ нихъ на вознагражденіе или не обращалось никакого вниманія, или же оно проявлялось въ весьма слабой степени. Вознагражденіе потерпѣвшаго достигалось другими правовыми средствами. Главнымъ примѣромъ служитъ actio furti, поскольку рядомъ съ ней существовала condictio furtiva. Сюда же въ общемъ относится и actio injuriarum.

b) *Смѣшанные штрафные иски*, которые, присуждая къ денежнымъ штрафамъ, давали потерпѣвшему вмѣстѣ съ тѣмъ и вознагражденіе. Сюда относятся actio legis Aquiliae и actio doli.

Что между идеями наказанія и вознагражденія еще въ Римѣ происходила своего рода борьба, показываютъ яснѣе всего тѣ случаи, когда нѣсколько лицъ сообща совершали правонарушеніе. Если при этомъ исходить изъ идеи наказанія, то необходимымъ слѣдствіемъ является *кумуляція* исковъ, такъ что каждый обязанъ уплатить заслуженный имъ штрафъ, причемъ платежъ штрафа однимъ изъ участниковъ правонарушенія не освобождаетъ другого отъ той же обязанности. Если же принять за главное начало вознагражденіе потерпѣвшаго, то отвѣтственность становится лишь *солидарной*, т. е. платежъ однимъ соучастникомъ освобождаетъ другого, такъ какъ благодаря этому платежу потерпѣвшій вполнѣ удовлетворенъ.

Умноженіе требованій къ нѣсколькимъ виновнымъ сохранилось въ Римѣ при actio legis Aquiliae, несмотря на то, что послѣдняя являлась смѣшаннымъ штрафнымъ искомъ; одна лишь солидарная отвѣтственность укоренилась при actio doli и многихъ другихъ смѣшанныхъ штрафныхъ искахъ [10]).

---

[9]) Ср. выше вып. I, § 130.

[10]) Выше § 72, стр. 233.

По общегерманскому праву и современнымъ законодательствамъ, рѣшающимъ является исключительно моментъ вознагражденія [11]).

Это обнаруживается въ слѣдующихъ положеніяхъ:

a) Чисто штрафныхъ исковъ болѣе не существуетъ. Правда, actio furti и actio injuriarum отчасти сохранили свое значеніе, но лишь постольку, поскольку въ нихъ заключается элементъ вознагражденія [12]).

b) Во всѣхъ деликтныхъ искахъ платежъ, произведенный однимъ изъ виновныхъ, освобождаетъ другихъ. Всѣ эти иски теперь опираются на солидарныя обязательства [13]).

c) Яснѣе всего обнаруживается перемѣна въ вопросѣ о переходѣ исковъ по наслѣдству.

По римскому праву, штрафные иски не переходили на наслѣдниковъ виновнаго, и это правило распространялось даже на *смѣшанные* штрафные иски, такъ какъ и они считались штрафными исками. Наказаніе же можетъ падать только лично на виновнаго [14]). Поэтому на насдѣдникахъ лежала лишь обязанность возвратить ту сумму, на которую они обогатились благодаря деликту [15]).

Однако по каноническому праву наслѣдникъ несъ *неограниченную* отвѣтственность за всѣ убытки, причиненные деликтами наслѣдодателя [16]). Общегерманское право сохранило это положеніе огра-

---

[11]) Также по гражд. улож. для герман. имперіи; но въ предѣлахъ § 847 возможно требовать справедливаго возмѣщенія и такихъ убытковъ, которые собственно не являются имущественными убытками.

[12]) Объ этомъ см. подробности ниже въ §§ 130 и 137.

[13]) Если исходить изъ того положенія, что общегерманское право, отбросивъ штрафную функцію, сохранило лишь функцію возмѣщенія, то въ силу логической необходимости слѣдуетъ придти къ дальнѣйшему выводу. Необходимо дать право регресса къ соучастникамъ тому изъ нихъ, кто полностью вознаградилъ потерпѣвшаго. Этотъ регрессъ долженъ основываться, конечно, не на общности деликта, а на платежѣ, освобождающемъ остальныхъ. Unger: Handeln auf eigene Gefahr, стр. 25. Гражд. улож. для герман. имперіи § 840, Abs. 1 гласитъ: если за вредъ, причиненный недозволеннымъ дѣйствіемъ, нѣсколько человѣкъ отвѣтственны наряду другъ съ другомъ, то они отвѣчаютъ какъ совокупные должники.

[14]) l. 22 in fine. D. de operis novi nunciatione. 39. 1.

[15]) l. 38. D. de R. J. 50. 17.

[16]) Cap. 5 X. de raptoribus 5. 17. Alexander III... heredes ejus moneas et compellas, ut his quibus ille per incendium vel alio modo damna contra justitiam irrogaverat, juxta facultates suas condigne satisfaciant, ut sic a peccato valeat liberari. Правда, нѣкоторые оспариваютъ дѣйствительность этого постановленія, такъ какъ не раздѣляютъ воззрѣнія папы, будто благодаря вознагражденію потерпѣвшаго достигается спасеніе души виновнаго. Но такое возраженіе неосновательно,

ничивъ, однако, отвѣтственность наслѣдника *размѣромъ полученнаго наслѣдства.*

Съ момента *предъявленія иска* къ виновному, притязаніе переходитъ по наслѣдству, какъ и всякое иное имущественное требованіе [17]).

§ 130. B. Furtum [1]) [2]).

Римское понятіе furtum — похищеніе — очень обширно. Сабинъ допускалъ его даже по отношенію къ недвижимости, такъ что можетъ быть предъявленъ искъ actio furti, напр., къ арендатору [3]), который продалъ арендуемый имъ участокъ и этимъ лишилъ собственника земли владѣнія. Но это мнѣніе было впослѣдствіи рѣшительно отвергнуто [4]). Такимъ образомъ, *furtum* усматривается во *всякомъ противозаконномъ, корыстномъ присвоеніи движимой вещи* [5]).

Итакъ, для состава furtum'а необходимы слѣдующіе признаки:

а) Посягательство—contrectatio—на *движимую* вещь. Требуется физическое дѣйствіе по отношенію къ объекту похищенія [6]). По-

ибо обязательны для насъ и такія предписанія законодателя, съ мотивами которыхъ мы не согласны. Ср. Francke: Beiträge, стр. 44. Но практика установила здѣсь, ссылаясь на комментаріи каноническаго права, ограниченіе въ размѣрѣ vires hereditariae; см. объ этомъ Francke, loc. cit., стр. 48; Savigny, loc. cit., т. 5, стр. 51.

[17]) Гражд. улож. для герман. имперіи допускаетъ переходъ по наслѣдству, но на основаніи § 847 притязаніе на вознагражденіе за вредъ, который не составляетъ имущественнаго вреда, не подлежитъ передачѣ и не переходитъ по наслѣдству развѣ бы оно было признано по договору или уже было предъявлено ко взысканію.

[1]) Tit. Inst. de obl. quae ex delicto. 4. 1; Dig. de furtis. 47. 2; Cod. 6. 2; Pauli sent. II, 41.

[2]) Dollmann: Die Entwendung, 1834; Wächter въ Weiskes Rechtslexikon, т. 3, стр. 354; Keiler: Institutionen стр. 134. Mommsen: Röm. Strafrecht стр. 733.

[3]) Gajus Inst. II, § 51; l. 25, pr., § 1. D. h. t. 47. 2. Mommsen, loc. cit., стр. 740, примѣч. 2. Но см. также l. 25, § 2. D. eod. Ulpianus libro 41 ad Sabinum: Eorum, quae de fundo tolluntur, ut puta arborum vel lapidum vel harenae vel fructuum, quos quis furandi animo decerpsit furti agi posse nulla dubitatio est. Собираніе цвѣтовъ, грибовъ, ягодъ и т. п. безъ корыстнаго намѣренія не составляетъ деликта.

[4]) Gellius noctes atticae, XI, cap. 18.

[5]) Извѣстно опредѣленіе Павла libro 39 ad edictum l. 1, § 3. D. h. t. 47. 2: Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve. Гражд. улож. для герман. имперіи не знаетъ понятія furtum'а; вмѣсто него мы здѣсь встрѣчаемъ—§ 848—лишеніе другого лица его вещи при помощи недозволеннаго дѣйствія. Объ этомъ ср. §§ 848—851.

[6]) Windscheid, т. 2, § 452, прим. 3, пытается передать понятіе contrectatio черезъ „обращеніе съ вещью". Но въ такомъ опредѣленіи совершенно стушевывается самое понятіе contrectatio. Врядъ ли возможно считать воромъ человѣка, который со злымъ умысломъ обкормитъ чужую скаковую лошадь для того, чтобы обогнать ее на скачкахъ! И всетаки въ данномъ случаѣ имѣло мѣсто противозаконное, корыстное „обращеніе" съ лошадью.

этому не усматривается furtum'а въ томъ случаѣ, если поклажепринимать просто отрицаетъ полученіе вещи съ цѣлью ее присвоить [7]).

Взятіе вещи изъ чужой охраны не составляетъ необходимаго признака furtum'а, какъ это требуется, напр., для кражи по германскому уголовному уложенію [8]); поэтому подъ furtum подойдетъ и растрата или присвоеніе чужой вещи, которую похититель имѣетъ въ своемъ владѣніи или у себя на храненіи [9]). Какъ furtum разсматривается и присвоеніе находки, т. е. вещи потерянной или выброшенной по случаю грозящей опасности [10]). Даже сознательное принятіе платежа по мнимому долгу, который плательщикъ ошибочно считаетъ существующимъ [11]), равно какъ такія продѣлки съ долговымъ документомъ, которыя лишаютъ кредитора возможности предъявить требованіе, составляютъ furtum [12]).

Деликтъ заключается не только въ присвоеніи *существа вещи* — furtum rei, какъ это имѣетъ мѣсто при кражѣ въ смыслѣ современнаго уголовнаго права, при растратахъ и самовольномъ присвоеніи находки; подъ него одинаково подходятъ и корыстное *пользованіе* [13]) вещью безъ права на это—furtum usus, а также и присвоеніе одного лишь *владѣнія* собственникомъ вещи — furtum possessionis, если, напр., онъ отниметъ у закладопринимателя заложенную вещь [14]).

---

[7]) l. 1, §§ 1 и 2. D. h. t. 47. 2; l. 52, § 19, l. 68, pr. D. h. t. 47, 2.

[8]) Германское уголовное уложеніе § 242.

[9]) l. 43, § 1, l. 52, § 7, l. 68, l. 72, pr. D. h. t. 47. 2. О furtum недобросовѣстнаго владѣльца ср. Landsberg. 1888, противъ Pampaloni въ archivio giurid., XXVIII, 1882, и противъ Landsberg'а еще Ferrini, тамъ же, т. 47, стр. 423.

[10]) l. 43, §§ 4—11. D. h. t. 47. 2.

[11]) l. 18. D. de condictione furtiva. 13. 1; l. 81, §§ 5 и 6. D. de furtis. 47. 2. О другихъ мнѣніяхъ ср. Vangerow, т. 3, § 625, стр. 399.

[12]) l. 27, § 3, l. 28—32, l. 52, § 23. D. h. t. 47. 2; l. 41, § 1. D. ad legem Aquiliam. 9. 2.

[13]) Напр., депозитарій или залогопринимать пользуются вещью въ своихъ интересахъ, а ссудопринимать или наниматель пользуются вещью несогласнымъ съ договоромъ образомъ; § 6. I. h. t. 4. 1. См. Carl: Das furtum usus, Erlanger Inaug-dissert., 1891; Pampaloni: Furto di possesso e furto di uso, studi Senesi, т. 10, стр. 77, т. 11, стр. 145.

[14]) §§ 10 и 15. I. h. t. 4. 1. Такъ понимаетъ господствующее и правильное мнѣніе furtum possessionis, о которомъ говоритъ Павелъ въ приведенной выше, прим. 5, l. 1, § 3. D. h. t. 47. 2. Правда, Θеофилъ—Парафраза къ § 1. I. h. t.—относитъ это выраженіе ко всѣмъ случаямъ *присвоенія*. Къ нему присоединились Marezoll въ Archiv für civ. Praxis, т. 8, стр. 284, и Buchholz: Juristische Abhandlungen, стр. 323. Но Θеофилъ очевидно ошибается; кто совершаетъ присвоеніе или растрату, тотъ похищаетъ не „possessio", а существо вещи т. е. самую „res".

b) Далѣе, необходимо *корыстное намѣреніе* — animus lucri faciendi [15]).

Не требуется намѣренія обогатиться на продолжительное время, поэтому совершаетъ furtum и тотъ, кто укралъ для того, чтобы сдѣлать другому подарокъ [16]).

Но не совершаетъ furtum'а тотъ, кто беретъ вещь въ намѣреніи ее испортить [17]).

Furtum давало основаніе двоякаго рода искамъ:

1. Actio furti, деликтный искъ, упоминаемый еще въ законахъ XII таблицъ [18]).

Этотъ искъ былъ направленъ на уплату штрафа, величина котораго была различна при furtum manifestum и nec manifestum. Furtum manifestum обозначало тотъ случай, когда вора *настигали* на мѣстѣ преступленія или тотчасъ послѣ похищенія, пока онъ не успѣлъ еще скрыть украденное въ ближайшемъ убѣжищѣ; nec manifestum — во всѣхъ остальныхъ случаяхъ воровства. При furtum nec manifestum требованіе направлено на возмѣщеніе двойнаго, при furtum manifestum—четверного интереса истца [19]).

Искомъ actio furti можетъ воспользоваться всякій, чей интересъ нарушенъ кражей, т. е. кто пострадалъ отъ нея; слѣдовательно, искъ этотъ принадлежитъ не одному только собственнику похищенной вещи [20]).

2. Сверхъ того, собственнику похищенной вещи предоставлялась condictio furtiva—на возвращеніе вещи, направленная противъ похитителя. Впрочемъ, этотъ искъ не имѣлъ штрафного характера; онъ имѣлъ цѣлью, главнымъ образомъ, возвращеніе вещи и возмѣщеніе убытковъ.

---

[15]) l. 55, § 1. D. h. t: 47. 2: „species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere". Другого мнѣнія держится Gebauer: Ueber den strafrechtlichen Schutz werthloser Gegenstände, Breslauer Inaug-dissert., 1892, §§ 6, 7. Германское уголовное уложеніе не требуетъ для понятія кражи—§ 242—и присвоенія или растраты—§ 246—наличности корыстнаго намѣренія. Также гражд. улож. для герман. имперіи § 848. Но ср. выше вып. I, § 125, прим. 13.

[16]) l. 52, § 13. D. h. t. См. также l. 39 и 1. 83, § 2. D. h. t. 47. 2.

[17]) Ср. ниже § 131, прим. 5 и 6.

[18]) Gajus Inst. III, §§ 184 и слѣд.; Gellius noctes atticae. XI, cap. 18.

[19]) О формулѣ actio furti nec manifesti ср., главнымъ образомъ, Lenel: Edictum, стр. 259. Онъ доказываетъ, что слѣдующій текстъ формулы не подлежитъ никакому сомнѣнію: si paret A^o A^o a N^o N^o opeve consilio N^i N^i furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem N^m N^m pro fure damnum decidere oportet... Gajus Inst. IV, § 37. Сомнѣніе возбуждаетъ текстъ кондемнаціи.

[20]) l. 10—l. 15. D. h. t. 47. 2.

Actio furti является чисто штрафнымъ искомъ въ предѣлахъ дѣйствія condictio furtiva [21]). Но кромѣ штрафныхъ цѣлей, она преслѣдовала и цѣль возмѣщенія убытковъ *въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій не могъ предъявить condictio furtiva.* По общегерманскому праву actio furti утратила свой штрафной характеръ, сохранивъ лишь функцію возмѣщенія вреда. Согласно съ этимъ actio furti и понынѣ предъявляется:

a) Собственникомъ похищенной вещи противъ *подстрекателей* и *пособниковъ* вора [22]).

b) Всѣми третьими лицами, *чьи интересы нарушены* кражей противъ вора и его пособниковъ [23]).

C. Искъ о поврежденіи вещей и другіе родственные иски.

§ 131. Виновное поврежденіе вещей [1]).

Lex Aquilia—законъ принятый народнымъ собраніемъ по иниціативѣ трибуна Аквилія ко времени третьяго удаленія плебеевъ [2]),—постановила:

a) въ первой главѣ: кто противозаконно убьетъ чужого раба или четвероногое животное, долженъ дать собственнику такую сумму денегъ, въ какую цѣнился убитый — рабъ или животное — по наивысшей оцѣнкѣ въ послѣднемъ году, и

b) въ третьей главѣ: кто въ иномъ отношеніи противозаконно нанесетъ кому-либо матеріальный ущербъ посредствомъ сожженія, поломки, порчи, тотъ долженъ дать собственнику столько денегъ, во сколько цѣнилась поврежденная вещь въ теченіе 30 послѣднихъ дней [3]).

---

[21]) Actio furti имѣла первоначально цѣлью, кромѣ наказанія, еще и возмѣщеніе убытковъ, какъ это видно изъ интенціи исковой формулы, приведенной выше въ прим. 19. Но сверхъ того, по всей вѣроятности, потерпѣвшему никогда не отказывали въ виндикаціи похищенной вещи. Въ концѣ республиканскаго періода признали за собственникомъ право, на ряду съ упомянутыми исками, пользоваться и condictio furtiva; въ предѣлахъ дѣйствія послѣдней actio furti и превратилась въ чисто штрафной искъ.

[22]) Впрочемъ. ср. l. 6. D. de cond. furt. 13. 1; ниже § 139, прим. 6.

[23]) Ср. l. 83, 1. D. h. t. 47. 2.

[1]) Tit. Inst. de lege Aquilia. 4. 3; Dig. ad. legem Aquiliam. 9. 2: Cod. de lege Aquilia. 3. 35; Suarez de Mendoza ad legem Aquiliam in Meerman thesaurus II, pag. 1: Noodt: Ad legem Aquiliam, opera. I. pag. 137. Pernice: Zur Lehre von den Sachbeschädigungen, 1867; Grueber: The Roman law of damage to property: a commentary on the title of the Digest ad legem Aquiliam. London, 1886; v. Thur: Zur Schätzung des Schadens in der lex Aquilia, Basel, 1892.

[2]) Θеофилъ: Парафраза, IV, 3, § 15; ср. Pernice, loc. cit., стр 18.

[3]) Pernice, loc. cit., стр. 15, возстановляетъ главу 1: Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem injuria occiderit, quanti ea res

Расширяя и разрабатывая эти положенія, римская юриспруденція образовала особый деликтъ *повреждения чужихъ вещей*—damnum injuria datum. Расширеніе этого понятія произошло при помощи такъ наз. actiones utiles, при чемъ формулы этихъ исковъ составлялись преимущественно «in factum» [4]).

---

in eo anno plurimi fuerit, tantum aes hero dare damnas esto; главу 3: Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit quod usserit fregerit ruperit injuria, quanti ea res fuerit in XXX diebus proximis, tantum aes hero dare damnas esto. Эта формула составлена на основаніи l. 2, pr. и l. 27, § 5. D. h. t. 9. 2, а также Gajus Inst. III, §§ 210, 217 и 218.—Вторая глава закона относилась къ другому предмету; она установила искъ къ адстипулятору, „qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit". Быть можетъ, это была поправка, которую народный трибунъ оказался вынужденнымъ сдѣлать въ своемъ законопроектѣ.

[4]) Иски, опирающіеся на lex Aquilia, называются то actiones „utiles", то actiones „in factum" и притомъ безъ вниманія къ различнымъ случаямъ поврежденія. Это явленіе издавна казалось страннымъ, но безъ всякаго основанія. Actiones utiles назывались эти иски потому, что они давались „по аналогіи съ lex Aquilia—выше вып. I. § 128, прим. 7; ихъ формулы же составлялись обыкновенно не in „jus", подобно actio directa legis Aquiliae, а in „factum"; ср. Gajus Inst. IV, §§ 45 и слѣд. Вотъ почему, говоря объ этихъ искахъ, римскіе юристы довольно часто употребляютъ и терминъ actiones in factum. Этому не противорѣчитъ то обстоятельство, что въ одномъ *особомъ случаѣ*—Gajus Inst., IV, § 37—давалась actio „ficticia" по аналогіи съ actio directa legis Aquiliae, составленной in „jus". Сомнѣніе возбуждаетъ лишь § 16. I. h. t. 4. 3, который противопоставляетъ actio utilis иску in factum и назначаетъ обоимъ различныя роли. Начало этого мѣста взято изъ Гая, Inst. III, § 219, и, примѣняясь къ его взглядамъ, доказываетъ, что directa actio требуетъ непосредственнаго поврежденія „corpore", такъ что если вредъ причиненъ другимъ способомъ, то слѣдуетъ пользоваться actiones utiles. Затѣмъ разбираемое мѣсто Институцій—не опираясь больше на авторитетъ Гая—продолжаетъ: если вредъ состоитъ не въ поврежденіи какого нибудь „corpus", а въ *чемъ-либо иномъ*, напр., въ освобожденіи заключеннаго въ оковы раба, который вслѣдствіе этого бѣжалъ, то не поможетъ ни actio directa, ни utilis, а нужно предъявить „actio in factum". Это находится въ рѣзкомъ противорѣчіи съ мнѣніями классическихъ юристовъ, которые, какъ уже сказано, давали actio in factum въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ оправдывался аналогіей Аквиліева закона. Чѣмъ объяснить это прибавленіе? По всей вѣроятности, мы здѣсь имѣемъ дѣло съ толкованіемъ Институцій Гая въ такую историческую эпоху, въ которую уже болѣе не имѣли яснаго представленія о древней системѣ исковъ. Тогда, быть можетъ, какой-нибудь ученый юристъ, которому при изученіи Аквиліева закона часто приходилось читать объ actio in factum, сдѣлалъ при толкованіи Институцій Гая вышеуказанные выводы. Подобное заключеніе могло показаться и остроумнымъ, и удачнымъ, хотя въ сущности оно было и неправильно, и невѣжественно. А впослѣдствіи вся эта премудрость вѣроятно была заимствована редакторами Институцій Юстиніана. Другія мнѣнія высказываютъ Pernice, loc. cit., стр. 144 и Lenel: Edictum, стр. 160. Впрочемъ, заслуживаетъ вниманія то обстоятельство, что при actio utilis legis Aquiliae и въ особенности при искѣ съ формулой, составленной in factum, нашли себѣ примѣненіе особый разсчетъ убытковъ, введенный Аквиліевымъ закономъ, а также положеніе: lis infitiando crescit in duplum, l. 12. D. h. t. 9. 2; l. 5. C. h. t. 3. 25.

Къ составу этого деликта принадлежитъ:

a) *Поврежденіе вещи*—damnum corpori datum—т. е. разрушеніе, тѣлесное поврежденіе. Отнятіе вещи безъ ея физическаго разрушенія, напр., выбиваніемъ изъ руки денегъ такимъ образомъ, что ихъ болѣе нельзя достать [5]), равно какъ порча вещей безъ ихъ тѣлеснаго поврежденія, напр., посредствомъ смѣшиванія зернового хлѣба съ плевелами [6]), были приравнены къ тѣлеснымъ поврежденіямъ.

b) Вина; и притомъ достаточно *легкой вины*—culpa levis [7]).

Кто безъ вины причинитъ вредъ, тотъ не обязанъ его возмѣщать [8]). Поэтому не порождаютъ иска имущественныя поврежденія, произведенныя безъ чьей-либо вины во время крайней необходимости ради защиты законныхъ интересовъ [9]).

По болѣе древнему римскому взгляду, необходимо было *непосредственное поврежденіе* чрезъ *физическое воздѣйствіе* — corpore,— слѣдовательно требовалась видимая причинная связь; по болѣе развитому праву, достаточно всякаго виновнаго *причиненія* вреда, напр., смерть, вызванная подачей яда вмѣсто просимаго лѣкарства [10]).

---

[5]) l, 27, § 21. D. h. t. 9. 2.

[6]) l. 27, §§ 14 и 20 D. h. t. 9. 2.

[7]) l. 44, pr. D. h. t. 9. 2. Ulpianus libro 42 ad Sabinum: In lege Aquilia et levissima culpa venit; ср. l. 31. D. eod.

[8]) l. 3. l. 4, pr. D. h. t. 9. 2; выше вып. I, §125, прим. 12; ср. кромѣ того Unger въ Jherings Jahrb., т. 30, стр. 376.

[9]) l. 29, § 3. D. h. t. 9. 2. Ulpinus libro 18 ad edictum: Item Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Этотъ принципъ нашелъ себѣ странное примѣненіе въ казусѣ, разрѣшенномъ германскимъ имперскимъ судомъ, R. G. E т. 5, стр. 161. Ср. Thur: Ueber den Nothstand im Civilrecht, Habilitationsschrift, Heidelberg, 1888; Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg, т. 17, стр. 357. Pernice: Labeo, т. 2, изд. 2, стр. 66. Значительное большинство новѣйшихъ писателей рѣшаетъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что для защиты отъ тяжкой опасности разрѣшено поврежденіе или уничтоженіе чужихъ вещей, но съ обязанностью возмѣстить ущербъ. Согласно съ этимъ принципомъ возникъ наканунѣ, такъ сказать, закрытія кодификаціонныхъ работъ § 904 гражд. улож. для герман. имперіи: „Собственникъ вещи не имѣетъ права воспрепятствовать другому лицу воздѣйствовать на вещь, если это воздѣйствіе необходимо для отвращенія настоящей опасности, и угрожающіе убытки несоразмѣрно велики. Собственникъ въ правѣ требовать возмѣщенія убытковъ". Но ср. также § 228.

[10]) Что болѣе древняя римская юриспруденція требовала для actio legis Aquiliae „damnum *corpore* datum", это не было слѣдствіемъ буквальнаго толкованія текста закона, какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе. Дѣло въ томъ, что законъ не высказывается относительно того *какимъ именно образомъ* должно совершиться противозаконное умерщвленіе или поврежденіе. Означенное явленіе

Многіе изъ новыхъ писателей настаиваютъ на томъ, что повреждение должно быть причинено *положительнымъ дѣйствіемъ;* но это мнѣніе неосновательно. И виновное *бездѣйствіе* или *упущеніе* подходитъ подъ Аквиліевъ законъ. Правда, бездѣйствіе является виною лишь при особыхъ условіяхъ [11]).

Относительно предъявленія иска соблюдаются слѣдующія правила:

а) На основаніи lex Aquilia искъ принадлежалъ лишь собственнику поврежденной вещи [12]). Пользующимся вещнымъ правомъ,

---

имѣетъ болѣе глубокія основанія. Древнее процессуальное право требовало совершенно ясную, видимую причинную связь и отказывалось отъ всякаго болѣе утонченнаго изслѣдованія. Этимъ обстоятельствомъ и объясняется требованіе наличности damnum „corpore“ datum. Болѣе развитая юриспруденція, конечно, не могла этимъ довольствоваться. Всякая доказанная причинная связь считалась достаточной, и поэтому уже Лабеонъ, l. 9, pr. D. h. t. 9. 2, признаетъ отвѣтственнымъ того, кто по собственной винѣ „mortis causam praestitit“. Но только при косвенномъ повреждении нужно было предъявлять actio utilis во вниманіе къ древнему перешедшему по обычаю правилу.—Одоказательствѣ существованія причинной связи между виною и вредомъ ср. R. G. E., т. 10, стр. 141.

[11]) Въ пользу положенія, что Аквиліевъ искъ не годенъ въ томъ случаѣ, если вредъ причиненъ однимъ лишь бездѣйствіемъ, ссылаются—ср. Vangerow, т. 3, § 681, стр. 582—главнымъ образомъ, на l. 13, § 2. D. de usu fructu. 7. 1. Здѣсь Ульпіанъ высказывается за необходимость cautio usufructuaria, такъ какъ де бываютъ случаи, когда нельзя предъявить actio legis Aquiliae, „nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur“. Но это мѣсто ничего не доказываетъ. Обрабатывать чужіе земельные участки и содержать ихъ въ порядкѣ само по себѣ не входитъ въ кругъ нашихъ обязанностей. Поэтому въ Римѣ узуфруктуарій принималъ на себя эти обязанности посредствомъ особаго договора. Можно ли на основаніи этого сдѣлать то заключеніе, что Аквиліевъ законъ *вообще* не возлагаетъ отвѣтственности за бездѣйствіе? Противоположные выводы получаются, главнымъ образомъ, изъ l. 8, pr., l. 27. D. h. t. 9. 2. Здѣсь допускается Аквиліевъ искъ, если хирургъ сдѣлалъ необходимую операцію и затѣмъ по своей винѣ оставилъ паціента безъ дальнѣйшей медицинской помощи; далѣе, если разводиться огонь въ плавильной печи, и зажигающій его или тотъ, кто приставленъ къ печи, не позаботился о надлежащей безопасности отъ огня, такъ что вслѣдствіе этого сгорѣлъ домъ. Windscheid, т. 2, § 455, 2, основываясь на приведенныхъ мѣстахъ, утверждаетъ, что „бездѣйствіе создаетъ отвѣтственность только въ томъ случаѣ, если дѣйствіе являлось необходимымъ вслѣдствіе предшествовавшей или сопровождавшей его дѣятельности“. Но источники ничего не говорятъ о подобномъ ограниченіи. Отвѣтственность на основаніи Аквиліева закона наступаетъ и въ случаѣ пренебреженія предписаніями, изданными для безопастности публики, если слѣдствіемъ такого нарушенія является поврежденіе вещей. Сказанное относится, главнымъ образомъ, къ опредѣленіямъ уголовнаго права о бездѣйствіи. Таковъ, напр. характеръ § 367. пункта 12 германскаго уголовнаго уложенія, по которому ямы и отверстія должны быть ограждены въ мѣстахъ, доступныхъ публикѣ; нарушеніе этого предписанія влечетъ за собою отвѣтственность передъ потерпѣвшимъ за убытки. Ср. R. O. H. G. E., т. 11, стр. 426; Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 17, т. 47, казусъ 196; Blätter für Rechtsanwendung, т. 57, стр. 267.

[12]) l. 11, §§ 6 и 7 D. h. t. 9. 2. Ср. Pernice, loc. cit., стр. 183.

въ особенности узуфруктуарію, залогопринимателю [13]), а также добросовѣстному владѣльцу [14]) предоставлялся искъ, выведенный изъ lex Aquilia по аналогіи. Тѣмъ же искомъ пользовался и тотъ, кто имѣлъ лишь *обязательственное* притязаніе на вещь, если онъ потерпѣлъ ущербъ вслѣдствіе ея поврежденія и не могъ получить вознагражденіе другимъ способомъ [15]).

b) Отвѣтчикомъ по этому иску является лицо, повредившее вещь, при чемъ безразлично, дѣйствовало ли оно непосредственно или посредственно, напр., въ качествѣ зачинщика или пособника [16]).

---

[13]) l. 11, § 10, l. 12—l. 17, l. 30, § 1. D. h. t. 9. 2; Dernburg: Pfand. recht; т. 2, стр. 402: Grueber въ Archiv jür civ. Praxis, т. 75, стр. 303.

[14]) l. 11, § 8, l. 17. D. h. t. 9. 2.

[15]) Лицо, имѣвшее лишь обязательственное отношеніе въ поврежденной вещи, по нынѣ господствующему мнѣнію не имѣетъ права предъявить actio legis Aquiliae, см. l. 11, § 9. 2. D. h. t. 9. 2. а также arg. l. 18. § 5. D. de dolo 4. 3, и l. 13, § 12. D. de a. e. v. 19. 1. Единственнымъ „исключеніемъ“ признаютъ тотъ случай, что арендаторъ имѣетъ право предъявить Аквиліевъ искъ, если причиненъ вредъ плодамъ и урожаю арендуемаго участка; l. 27. § 14. D. h. t. 9. 2. См. между прочимъ Vangerow, т. 3, § 681, стр. 581; Windscheid, т. 2, § 455, прим. 17; R. G. E., т. 9, стр. 163. Но почему же покупщикъ не можетъ воспользоваться въ случаѣ порчи купленной вещи Аквиліевымъ искомъ, когда послѣдній даетъ арендатору въ случаѣ поврежденія плодовъ! Безъ сомнѣнія—потому, что покупщикъ въ правѣ требовать отъ продавца уступки иска—какъ commodum rei—ср. выше, § 98, тогда какъ арендаторъ не имѣетъ подобнаго права. Изъ этого выводится общее положеніе, что лицо, имѣющее къ поврежденной вещи лишь обязательное отношеніе, въ правѣ предъявить actio legis Aquiliae, если инымъ путемъ не можетъ возмѣстить своего ущерба. Ср. также l. 41, pr. D. h. t. 9. 2, и Pernice, loc. cit., стр. 211. Вѣдь существуетъ относительно деликтныхъ исковъ правило, что искъ дается всякому потерпѣвшему. Это правило имѣетъ силу и въ actio de pauperie, предъявляемой въ случаѣ поврежденія, причиненнаго животными, l. 2. D. si quadrupes. 9. 1. Безусловному распространенію Аквиліева иска на всѣ случаи damnum injuria datum мѣшало то обстоятельство, что lex Aquilia предоставляла защиту одному лишь собственнику. Но въ общемъ, конечно, не отказывали потерпѣвшимъ убытки въ правовой защитѣ. Иное мнѣніе высказываетъ Ferrini: La legittimazione attiva nell'a, legis Aquiliae въ Rivista italiana per le scienze giurid, томъ 12 стр. 180.

[16]) l. 11, § 1. D. h. t. 9. 2. Подлежитъ ли подстрекатель отвѣтственности на основаніи Аквиліева закона? Древнѣйшее римское право отвѣчало на этотъ вопросъ отрицательно: подстрекатель причинилъ вредъ не „согроге“. Вотъ почему еще Яволенъ—l. 37, pr. D. h. t. 9. 2—не всегда давалъ искъ противъ подстрекателя. Впрочемъ, въ этомъ видна одна лишь переходная стадія. Принципъ болѣе развитого права тотъ, что за вредъ отвѣчаетъ лицо, его причинившее, слѣдовательно—и подстрекатель. Ср. R. G. E., т. 10, стр. 132; Windscheid, т. 2, § 455, прим. 27. Гражд. улож. для герман. имперіи § 830, Abs. 2 гласитъ: Подстрекатели и пособники отвѣчаютъ наравнѣ съ соучастниками.

Если участниковъ нѣсколько, то они отвѣчаютъ солидарно. Платежъ одного освобождаетъ остальныхъ [17]).

Если нѣсколько человѣкъ участвовало въ самомъ совершеніи деликта, напр., принимало активное участіе въ общей дракѣ, и при этомъ нельзя установить долю участія каждаго въ причиненномъ вредѣ, то каждый отвѣчаетъ за всѣ послѣдствія общаго проступка [18]).

c) Предметомъ иска является интересъ истца; особый способъ оцѣнки, установленный Аквиліевымъ закономъ, и заключавшійся въ томъ, что можно было искать высшую стоимость вещи, то за послѣдній годъ, то за послѣдній мѣсяцъ до совершенія деликта, остался, несмотря на рецепцію римскаго права, безъ примѣненія [19]).

Привлеченный къ суду на основаніи Аквиліева закона отвѣтчикъ, недобросовѣстно отрицавшій свою вину, присуждался въ Римѣ къ уплатѣ двойного интереса [20]). И этотъ принципъ оставался чуждымъ общегерманскому праву [21]) [22]).

---

[17]) Иначе по римскому праву, ср. выше, § 72, прим. 5.

[18]) l. 11, §§ 2 и 4, l. 51. § 1. D. h. t. 9. 2; R. G. E., т. 1, стр. 89; Seuffert: Archiv, т. 51, казусъ 263. гражд. улож. для герман. имперіи § 830, Abs. 1 гласитъ: Если нѣсколько лицъ, совершая недозволенное дѣйствіе, сообща причинятъ вредъ, то каждый изъ нихъ отвѣчаетъ за этотъ вредъ. Это правило примѣняется и тогда, когда нельзя установить, кто изъ нѣсколькихъ участниковъ нанесъ вредъ своимъ дѣйствіемъ.

[19]) О причинахъ такого способа оцѣнки ср. Thur, loc. cit., стр. 3. Поскольку принималась въ соображеніе стоимость вещи, см. тамъ же, стр. 8.

[20]) l. 2, § 1. D. h. t. 9. 2; § 26. I. de actionibus 4. 6.

[21]) Windscheid, т. 2, § 455, прим. 25, „принципіально“ высказывается въ пользу такого расширенія отвѣтственности: тѣмъ не менѣе онъ соглашается съ тѣмъ, что „оно не имѣетъ примѣненія въ дѣйствующемъ правѣ“.

[22]) Кто на основаніи договорнаго соглашенія владѣетъ чужою вещью и повредитъ ее по собственной винѣ, того можно привлечь къ отвѣтственности при помощи иска, вытекающаго изъ даннаго контракта, или же посредствомъ actio legis Aquiliae. Но разъ потерпѣвшій, пользуясь однимъ изъ этихъ исковъ, получилъ полное удовлетвореніе за причиненные ему убытки, то онъ уже лишается права предъявить и другой искъ. Ср. выше вып. I, § 135, прим. 15, 16; l. 18, § 1. D. commodati. 13. 6, и другія мѣста, приведенныя у Vangerow'a, т. 3, § 681, прим. 3, стр. 588. Очень спорнымъ является вопросъ, измѣняется ли отвѣтственность по Аквиліеву иску подъ вліяніемъ предшествовавшаго договорнаго соглашенія? При разрѣшеніи этого вопроса надо имѣть въ виду слѣдующія обстоятельства: а) Обязательственное отношеніе нерѣдко оправдываетъ такія дѣйствія, которыя безъ него были бы проступками. То, что помимо договора считалось бы правонарушеніемъ лишается такого характера благодаря тому, что предварительно былъ заключенъ договоръ. Поэтому въ подобныхъ случаяхъ actio legis Aquiliae непремѣнима. Собственникъ предмета требуетъ, напр., на свой рискъ, отъ нанятаго работника такое обращеніе съ этимъ предметомъ, которое не соотвѣтствуетъ техническимъ пріемамъ, и вслѣдствіе этого вещь погибаетъ. l. 27, § 29. D. h. t. 9. 2,

§ 132. Виновное поврежденіе и умерщвленіе человѣка [1]).

Основныя положенія о поврежденіи вещей получили аналогичное распространеніе и на случаи тѣлесныхъ поврежденій человѣка.

1. Потерпѣвшій сталъ получать—приблизительно со временъ императора Адріана—utilis Aquiliae actio противъ виновнаго [2]).

Въ Римѣ можно было искать вознагражденія лишь за лѣченіе, за временное лишеніе заработка и, наконецъ, за уменьшеніе способности къ труду [3]). За изуродованіе и за причиненныя страданія не существовало гражданской отвѣтственности [4]).

Впрочемъ, по общегерманскому праву судья по собственному усмотрѣнію опредѣляетъ и присуждаетъ вознагражденіе женщинѣ [5]), шансы которой выйти замужъ уменьшились вслѣдствіе ея обезображенія.

Далѣе—и это признается всѣми—существуетъ право на денеж-

или управленіе желѣзной дороги пересылаетъ съ согласія грузоотправителя товаръ на открытыхъ платформахъ, и благодаря искрамъ отъ паровоза этотъ товаръ загорается и погибаетъ. R. O. H. G. E., т. 15, стр. 83. b) Спрашивается, можно ли привлечь къ отвѣтственности на основаніи Аквиліева закона должника, отвѣчающаго въ силу обязательственнаго отношенія лишь за dolus и culpa lata, какъ, напр., депозитарія, если онъ повредитъ ввѣренную ему вещь, допустивъ culpa levis? Слѣдуетъ высказаться въ пользу такой отвѣтственности. Если culpa levis и не была предусмотрѣна въ самомъ договорѣ, то это еще не значитъ, что она дозволена. Правда, въ качествѣ должника по контракту депозитарій несетъ отвѣтственность только за dolus и culpa lata, но въ силу его обще-гражданскихъ обязанностей онъ не долженъ допускать поврежденіе вещи черезъ допущеніе culpa levis. Того же мнѣнія держится, въ особенности, Vangerow, т. 3, § 681, стр. 589. См. и приведенную имъ литературу.

[1]) Weinrich: Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen nach dem im Deutschen Reiche geltenden Rechte, 1883.

[2]) l. 13, pr. D. h. t. 9. 2; ср. l. 3. D. si quadrupes. 9. 1, l. 7. D. de his, qui effuderint. 9. 3.

[3]) Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи § 842: Отвѣтственность за вредъ, причиненный недозволеннымъ дѣйствіемъ, направленнымъ противъ личности потерпѣвшаго, простирается и на тѣ невыгодныя послѣдствія, которыя это дѣйствіе повлечетъ за собою для имущественнаго положенія или преуспѣянія потерпѣвшаго. На основаніи § 843 вознагражденіе за вредъ должно быть уплачиваемо по общему правилу въ формѣ денежной ренты.

[4]) l. 7. D. de his, qui effuderint. 9. 3. Gajus libro 6 ad edictum provinciale: Cum liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum effusumve quid erit, laesum fuerit, judex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut carituras est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.

[5]) Seuffert: Archiv, т. 18, казусъ 42; Weinrich, loc. cit., стр. 63.

ное *вознагражденіе за причиненныя страданія* [6]). Подобное вознагражденіе не имѣетъ значенія штрафа, а является эквивалентомъ за испытанныя страданія [7]). Поэтому обязанность платить такое вознагражденіе переходитъ и на наслѣдниковъ виновнаго. Наслѣдники же потерпѣвшаго не могутъ воспользоваться этимъ искомъ, если онъ не былъ еще предъявленъ наслѣдодателемъ.

2. Въ случаѣ *убійства* оставшіеся родственники, по общегерманскому праву, могутъ требовать вознагражденія съ виновнаго. Согласно твердо установившемуся обычаю, родственники и супругъ, имѣвшіе *законныя притязанія на алименты* къ убитому и лишенные вслѣдствіе его смерти матеріальной поддержки, имѣютъ право требовать отъ убійцы возмѣщенія убытковъ [8]).

Далѣе, на возмѣщеніе убытковъ имѣетъ право отецъ, дитя котораго было убито по чужой винѣ, если онъ черезъ это лишился рабочей силы убитаго [9]); то же притязаніе должно по справедливости принадлежать и мужу, жена котораго была виновнымъ образомъ убита [10]).

Наконецъ, убійца обязанъ возмѣстить оставшимся наслѣдникамъ всѣ расходы на похороны [11]).

---

[6]) Stobbe: Privatrecht, т. 3, § 203, стр. 417, доказываетъ, что слѣды этого права существовали еще въ 15-мъ столѣтіи. Практика нашла себѣ точку опоры въ Carolina, ст. 20 и 21, по которымъ вознагражденіе присуждается за испытанныя страданія лицу, несправедливо подвергнутому пыткѣ.

[7]) Нѣкоторые новѣйшіе писатели старались конструировать притязаніе на вознагражденіе за причиненныя страданія въ формѣ частнаго иска, а отсюда явился тотъ выводъ, что притязанія на вознагражденіе упразднены уголовнымъ уложеніемъ. Что дѣло здѣсь идетъ о *вознагражденіи*, доказалъ, главнымъ образомъ, Wächter: Die Busse, 1874. Къ нему присоединилось большинство писателей. Ср. Hellmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, статья 1. Гражд. улож. для герман. имперіи устранило права, указанныя въ прим. 5 и 6; ихъ мѣсто заняли притязанія, вытекающія изъ § 847.

[8]) R. G. E., т. 1, стр. 90, и, въ особенности, т. 7, стр. 139, въ которыхъ находятся литературныя указанія о развитіи этого судебнаго обычая. Въ деталяхъ много спорнаго. Ср. R. G. E., т. 5, стр. 108, т. 10, стр. 50; см. также Dernburg: Preussisches Privatrecht, т. 2, § 297; гражд. улож. для герман. имперіи § 844, Abs. 2. О томъ, что этому притязанію на вознагражденіе должны быть предоставлены всѣ привилегіи, свойственныя алиментамъ, ср. Weinrich, loc. cit., стр. 76.

[9]) Ср. l. 5, § 3, l. 6, l. 7 pr. D. h. t. 9. 2; гражд. улож. для герман. имперіи § 845.

[10]) Противъ этого высказывается R. G. E., т. 35, стр. 142.

[11]) Это положеніе оспаривается у Seuffert'a: Archiv, т. 15, казусъ 225, на томъ де основаніи, что такого рода расходъ оставшихся родственниковъ съ необходимостью предстоитъ всякому человѣку. Но вѣдь расходъ, возникшій именно въ данное время и падающій на данныхъ родственниковъ или

§ 133. Поврежденія, причиняемыя животными.

Кто виновенъ въ поврежденіи другого лица черезъ животное, тотъ отвѣчаетъ на основаніи Аквиліева закона. При этомъ виною считается и отсутствіе надзора, а также недостатокъ ловкости и умѣлаго обращенія съ животнымъ, которое проводится или проѣзжается по мѣстамъ, доступнымъ публикѣ [1]).

Но если разъяренное животное причинитъ вредъ безъ чьей-либо посторонней вины, то потерпѣвшій можетъ воспользоваться особой actio noxalis, такъ наз. actio de pauperie [2]).

Actiones noxales были созданы по поводу *деликтовъ*, совершенныхъ подвластными лицами. Этими исками принуждали, главнымъ образомъ, собственника виновнаго раба отвѣчать за него и возмѣстить убытки или освободиться отъ отвѣтственности посредствомъ такъ наз. noxae datio. При этомъ отвѣтственность падала не на того, кто былъ собственникомъ раба во время совершенія деликта, а на то лицо, въ собственности котораго рабъ находился въ моментъ litis contestatio [3]).

Животныя невмѣняемы и не могутъ совершать *деликтовъ*. Римлянамъ императорскаго періода это положеніе было совершенно ясно [4]).

наслѣдниковъ, вызванъ убійствомъ. Согласно съ этимъ гражд. улож. для герман. имперіи § 844, Abs. 1.

[1]) l. 8, § 1, l. 52, § 2. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. На это обстоятельство обратилъ вполнѣ правильно вниманіе Eisele въ Jherings Jahrb., т. 24, стр. 480, но онъ неправильно отрицаетъ, что здѣсь еще можно говорить о culpa; онъ утверждаетъ, что для отвѣтственности по Аквиліеву иску достаточно, чтобы кто-либо вмѣстѣ съ животнымъ былъ „причиной“ вреда. Такое рѣшеніе вопроса обозначаетъ разрывъ тѣхъ узъ, которыя связываютъ относящіяся сюда рѣшенія источниковъ съ основными принципами римскаго права. Дѣло въ томъ, что никто не долженъ проводить животное по мѣстамъ, доступнымъ публикѣ, если онъ не обладаетъ силой и ловкостью, необходимыми для того, чтобы управлять животнымъ; въ противномъ случаѣ онъ виновенъ, такъ какъ во вредъ другимъ отважился на дѣло, съ которымъ справиться не въ состояніи. Ср. Unger въ Grünhuts Zeitschrift, т. 15, стр. 683, прим. 31; Sturm: Beiträge zum röm. Recht, 1891, стр. 75; гражд. улож. для герман. имперіи § 834.

[2]) Tit. Dig. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. 9. 1, Inst. 4. 9. Eisele въ Jherings Jahrb., т. 24, стр. 480, и приведенные тамъ на стр. 488 писатели. Sturm: Beiträge zum röm. Recht, 1891, статья 6.

[3]) О римскихъ ноксальныхъ искахъ ср. Tit. Dig. de noxalibus actionibus. 9. 4; Zimmern: System der Noxalklagen, 1818; кромѣ того, сочиненія, указанныя у Arndts'a § 326, прим. 3, и Lenel: Edictum, стр. 154; Girard: Les actions noxales, Paris, 1888; о немъ Kipp въ Zeitshrift der Savignystift. rom. Abtheilung, т. 10, стр. 397.

[4]) Ulpianus libro 18 ad edictum. l. 1, § 3. D. h. t. 9. 1. Pauperies est damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.

Но иначе относились къ этому вопросу римскіе крестьяне за 6—7 вѣковъ до императорскаго періода; по ихъ наивнымъ воззрѣніямъ поврежденія четвероногаго животнаго считались деликтами. Поэтому законъ XII таблицъ обязываетъ собственника совершить noxae datio, т. е. выдать животное или же возмѣстить вредъ [5]). Право на искъ осталось затѣмъ въ силѣ и впослѣдствіи, когда давно уже не существовало тѣхъ первобытныхъ воззрѣній, въ которыхъ оно коренилось [6]). Но при этомъ требовалось, чтобы животное проявило *особую злобу* или необычайное возбужденіе, и чтобы не было въ то же время вины со стороны человѣка [7]).

Истцомъ является потерпѣвшій [8]).

Отвѣтчикомъ—собственникъ животнаго, причинившаго вредъ, въ моментъ предъявленія иска [9]).

---

[5]) Такого мнѣнія Zimmern, loc. cit., стр. 79, Vangerow, т. 3, § 689; ср. l. 1, § 11. D. h. t. 9. 1. Wächter: Pandekten, т. 2, § 495, ссылается, напротивъ, на фрагментъ Ульпіана, перепечатанный выше, въ прим. 4. Но онъ не обращаетъ при этомъ вниманія на разницу въ воззрѣніяхъ, господствовавшихъ въ отдѣльные періоды.

[6]) Мало того, этотъ искъ примѣнялся также какъ actio utilis и при вредѣ, причиненномъ нечетвероногими животными, напр., обезьянами или курами, l. 4. D. h. t. 9. 1.

[7]) Принципъ иска изложенъ въ l. 1, § 4. D. h. t. Ulpianus libro 18 ad edictum: Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus justo onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique injuriae agetur. Тотъ же принципъ проводится и въ l. 1, § 7. D. eod.: Et generaliter haec actio locum habet, quotiens *contra naturam* fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem. Это значитъ, что долженъ произойти вредъ, котораго нельзя было ожидать при обычномъ ходѣ вещей. Еще со времени коментарія глоссы къ l. 1, § 7. D. h. t. господствующее мнѣніе учитъ, что actio de pauperie можно предъявлять лишь въ томъ случаѣ, если животное дѣйствовало contra naturam „sui generis“. Eisele, loc. cit., вполнѣ справедливо высказывается противъ такого толкованія. Оно неправильно и не основывается на источникахъ. Если собака кусается, быкъ бодаетъ, лошадь лягается, то, какъ утверждаетъ Eisele эти животныя не дѣйствуютъ contra naturam „sui generis“; послѣднее имѣло бы мѣсто въ томъ случаѣ, если бы быкъ кусался или лошадь бодала. Правда, собственныя воззрѣнія Eisele, по нашему мнѣнію, не выдерживаютъ критики. Ср. удачное судебное рѣшеніе по этому вопросу у Seuffert'a: Archiv, т. 48, казусъ 33.

[8]) l. 2, pr. D. h. t. 9. 1: „non solum domino, sed etiam ei cujus interest competit“. R. G. E., т. 20, стр. 199.

[9]) l. 1, § 12. D. h. t. 9. 1: „et in quadrupedibus noxa caput sequitur“. Сособственники несутъ солидарную отвѣтственность. По вопросу о томъ, можно ли привлечь къ отвѣтственности, какъ „dolo desinens possidere“, собственника, который отчудилъ свое животное, ср. R. G. E., т. 20, стр. 205.

Притязаніе и отвѣтственность по сему иску переходятъ по наслѣдству [10]).

На подобіе этого иска существуетъ noxalis actio de pastu на случай потравы животными чужихъ луговъ, когда виновнымъ въ этомъ никто не окажется [11]) [12]).

§ 134. Actio de dejectis ef effusis [1]).

Жилецъ помѣщенія, изъ котораго что-либо выброшено или вылито на мѣсто, по которому ходитъ публика, отвѣчаетъ за вредъ. Это правило установлено преторскимъ эдиктомъ въ интересахъ общества—для безопасности прохода и проѣзда по улицамъ. Хотя вытекающій отсюда искъ не считается деликтнымъ, такъ какъ не основывается на винѣ, но все же онъ сильно приближается къ деликтнымъ искамъ [2]) [3]).

Въ Римѣ посредствомъ этого иска взыскивалась *двойная* стоимость причиненнаго вреда; по общегерманскому праву имъ возмѣщается *простой* убытокъ.

Доказательство отсутствія собственной вины не избавляетъ жильца отъ отвѣтственности [4]), но vis major, напр., нападеніе бунтовщиковъ или непріятелей, безъ сомнѣнія освобождаетъ его [5]).

Безразлично, занимаетъ ли отвѣтчикъ помѣщеніе въ качествѣ

---

[10]) l. 1, § 17. D. h. t. 9. 1.

[11]) l. 14, § 3. D. de praescriptis verbis. 19. 5; Pauli sent., I, 15, § 1; Eisele, loc. cit., стр. 495.

[12]) Хотя actio de pauperie всегда считалась въ Германіи реципированной, но въ большинствѣ отдѣльныхъ германскихъ государствъ и областей она была устранена или же видоизмѣнена; въ частности, noxae datio практикуется лишь въ немногихъ мѣстностяхъ; Stobbe: Privatrecht, т. 3, § 202, стр. 407. Гражд. улож. для герман. имперіи § 833 гласитъ: Если животное лишитъ жизни человѣка или причинитъ ему тѣлесное поврежденіе или разстройство здоровья, или повредитъ какую-либо вещь, то лицо, которое держитъ животное, обязано возмѣстить потерпѣвшему причиненный этимъ ущербъ. О возмѣщеніи вреда, причиненнаго звѣремъ или дичью, ср. § 835, Einführungsgesetz, Art. 69 — 72.

[1]) Tit. Dig. de his, qui effuderint. 9. 3; Glück, т. 10, стр. 392; Weiss: Haftung für fremde culpa, стр. 66; Unger въ Jherings Jahrb., т. 30, статья 4.

[2]) § l. I. de obl. quae quasi ex delicto. 4. 5; l. 5, § 5. D. de obl. et act. 44. 7.

[3]) Не реципированы наказанія, установленныя эдиктомъ за умерщвленіе свободнаго человѣка, а также за „positum habere“, угрожающее уличному движенію.

[4]) l. 1, § 4. D. h. t. 9. 3. Но ср. также Seuffert: Archiv, т. 40, казусъ 288.

[5]) Впрочемъ, источники не упоминаютъ объ этомъ исключеніи. Ср. Unger, loc. cit., и въ Jherings Jahrb., т. 30, стр. 416, прим. 17.

собственника или квартиранта, или, наконецъ, только пользуется имъ безплатно; но лица, временно въ немъ находящіяся, не несутъ отвѣтственности [6]). Нѣсколько жильцовъ отвѣчаютъ солидарно [7]).

Безразлично, откуда было выброшено или вылито что-либо, изъ дома или изъ лавки, изъ телѣги или съ корабля [8]), въ общественное ли или иное мѣсто, лишь бы выбрасываніе или вылитіе происходило въ такомъ мѣстѣ, гдѣ въ данное время публика имѣла обыкновеніе обращаться [9]).

Лицо, привлеченное къ отвѣтственности, имѣетъ право регресса къ виновному [10]) [11]).

D. Отвѣтственность за другія поврежденія, не касающіяся тѣлесныхъ вещей.

§ 135. Возмѣщеніе за вину. Общія положенія.

Actio ex lege Aquilia, какъ въ случаѣ прямого, такъ и въ случаѣ аналогичнаго ея примѣненія ограничивалась въ Римѣ исключительно случаями разрушенія и обезцѣненія тѣлесныхъ вещей [1]). Поэтому, за имущественныя поврежденія другого рода виновный отвѣчалъ внѣ контракта лишь въ случаяхъ наличности злого умысла.

Иначе отнеслась къ этому вопросу болѣе древняя общегерманская теорія и практика. По выработаннымъ ими правиламъ можно было искать вознагражденія убытковъ при помощи actio legis Aquiliae utilis за *всякое виновное* причиненіе вреда [2]). Теорія же нашего столѣтія отбросила все это, отчасти потому, что она стала исключительно на почву римскихъ источниковъ, отчасти потому, что считала столь общій внѣконтрактный искъ объ убыткахъ слишкомъ шаткимъ и опаснымъ для гражданскаго оборота [3]). Ей послѣдовала современная практика [4]).

---

[6]) l. 1, § 9. D. h. t. 9. 3.
[7]) l. 1, § 10, l. 2 — 4. D. h. t.
[8]) l. 6, § 3. D. h. t. 9. 3.
[9]) l. 1, § 2, l. 6, pr., § 1. D. h. t. 9. 3.
[10]) l. 5, § 4. D. h. t. 9. 3. Это на основаніи авторитета Лабеона.
[11]) Гражд. улож. для герман. имперіи упразднило actio de dejectis et effusis; аналогичныхъ случаевъ касаются §§ 836—838.
[1]) Pernice: Sachbeschädigung, стр. 157.
[2]) Ср. авторитетныхъ писателей, приведенныхъ у Landsberg'a: Injuria, стр. 107, прим. 3; къ ихъ числу можно легко прибавить много другихъ.
[3]) Windscheid, т. 2, § 451, прим. 1, и приведенные тамъ авторы.
[4]) R. O. H. G. E., т. 10, стр. 404, и R. G. E., т. 9, стр. 163. Ср., впрочемъ, о гражд. улож. для герман. имперіи выше, § 129, прим. 8.

Тѣмъ не менѣе при наличности извѣстныхъ фактическихъ условій внѣконтрактный искъ объ убыткахъ сохранилъ силу за *всякую* вину:

a) При причиненіи убытка посредствомъ наложенія *несправедливаго ареста* [5]).

b) Должностное лицо—судебнаго и другихъ вѣдомствъ—по господствующимъ среди практиковъ взглядамъ отвѣчаетъ передъ потерпѣвшими за всякую вину или неисправность *при исполненіи служебныхъ обязанностей*. Но оно отвѣчаетъ лишь субсидіарно, т. е. въ томъ случаѣ, если потерпѣвшій не можетъ получить возмѣщенія съ противной стороны [6]) [7]).

---

[5]) Reichsabschied 1594 года, § 87. Очень спорнымъ является вопросъ, отвѣчаетъ ли наложившій арестъ безъ достаточнаго основанія за интересъ потерпѣвшаго вообще—мнѣніе, которое защищаетъ въ особенности Henrici въ Rassow и Küntzels Beiträge, т. 32, стр. 161—или же только въ томъ случаѣ, если при наложеніи ареста была допущена *вина*. *Издержки* во всякомъ случаѣ падаютъ на него на основаніи общихъ принциповъ германскаго гражданскаго судопроизводства, не взирая на то, допущена ли имъ неисправность или вина; но обязанность возмѣстить интересъ возникаетъ лишь въ случаѣ его вины. R. G. E., т. 7, стр. 374, т. 26, стр. 204. Однако, наложившій арестъ и причинившій черезъ это своему противнику убытки обязанъ съ своей стороны доказать, что онъ имѣлъ вѣскія причины къ наложенію ареста, и что съ его стороны, слѣдовательно, не было допущено никакой вины. Того же взгляда держится Kahane: Die Folgen eines ungerechten Arrestes въ Grünhuts Zeitschrift, т. 19, стр. 99; тамъ см. литературу. Ср. еще Unger: Handeln auf eigene Gefahr, стр. 25, и Ueber die Haftung bei widerrechtlicher Zwangsvollstreckung aus einem Urtheile, Blätter für Rechtsanwendung, т. 59, стр. 30. Вновь проектированный § 822 a C. P. O. (см. Denkschrift des Bundesraths, стр. 350) имѣетъ установить слѣдующее: Если окажется, что наложеніе ареста или временнаго запрещенія съ самаго начала было неосновательно, или если эти мѣры будутъ отмѣнены на основаніи § 806, Abs. 2 или § 820, Abs. 2, то та сторона, которая добилась наложенія ареста, обязана возмѣстить противной сторонѣ убытки, которые послѣдняя потерпѣла вслѣдствіе осуществленія указанныхъ распоряженій или вслѣдствіе того, что представила обезпеченіе съ цѣлью отвратить эти мѣры или добиться ихъ упраздненія.

[6]) Въ Римѣ въ силу сенатскаго постановленія, изданнаго Траяномъ, magistratus municipales отвѣчали передъ малолѣтними in subsidium, если они допустили какую-либо неисправность при назначеніи опекуновъ, l. 5. C. de magistratibus conveniendis. 5. 75; при этомъ они отвѣчали за culpa, l. 7. D. de mag. conv. 27. 8. Со временъ Гая и judex отвѣчалъ за imprudentia, которая въ концѣ концовъ сводится къ culpa levis; ср. Usteri: Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters, Zürich, 1877; Pernice: Labeo, изд. 1, т. 2, стр. 291; Lenel: Edictum, стр. 135; l. 5, § 4. D. de obl. et act. 44. 7. Общегерманское право, опираясь на отвѣтственность муниципальныхъ магистратовъ, создала—объ этомъ нѣтъ спора — отвѣтственность и высшихъ опекунскихъ установленій. Но пошли еще дальше и объявили должностныхъ лицъ отвѣтственными, по крайней мѣрѣ субсидіарно, передъ частными лицами за всякій вредъ, нанесенный ими при исполненіи служебныхъ обязанностей. Ср. Seuffert: Pandekten, § 425 и приведенныхъ имъ авторовъ. См. также Völderndorff въ Archiv für praktische

c) Вина при переговорахъ о заключеніи договора—culpa in contrahendo—вызываетъ отвѣтственность и въ томъ случаѣ, если дѣло не доходитъ до самаго заключенія договора, слѣдовательно и внѣ контракта [8]).

§ 136. Actio doli [1]).

Всякое противозаконное злостное причиненіе имущественнаго ущерба является основаніемъ для actio doli [2]), если его нельзя исправить съ одинаковымъ успѣхомъ какимъ-либо инымъ способомъ.

Actio doli, слѣдовательно, является общимъ, но субсидіарнымъ искомъ, вытекающимъ изъ dolus.

а) Первоначально искъ этотъ былъ введенъ противъ мошенничества, т. е. противъ умышленнаго обмана [3]), впослѣдствіи имъ стали

Rechtswissenschaft, n. F., т. 12; Pfizer въ Archiv für civ. Praxis, т. 72, стр. 66; Klewitz: Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen, 1891; Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 165, т. 50, казусъ 18. Гражд. улож. для герман. имперіи § 839, Abs. 1 гласитъ: Если должностное лицо, умышленно или неосторожно, нарушитъ свои служебныя обязанности по отношенію къ третьему лицу, то оно обязано возмѣстить третьему лицу причиненный ему вредъ. Если должностное лицо виновно только въ неосторожномъ причиненіи вреда, то оно можетъ быть привлечено къ уплатѣ вознагражденія въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда потерпѣвшій не можетъ получить его изъ другого источника.

[7]) На обязанности судьи лежитъ установить фактическія обстоятельства дѣла. Въ этомъ отношеніи онъ отвѣчаетъ за всякую, даже легкую неисправность. Далѣе, судья обязанъ оцѣнить эти обстоятельства, при чемъ ему должна быть предоставлена полная свобода. Поэтому проигравшая дѣло сторона не можетъ заявить никакихъ претензій по поводу такъ наз. легкой вины, допущенной судьей въ послѣднемъ направленіи; она можетъ жаловаться лишь на dolus или culpa lata. Ср. Haffner: Civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter, 1885. Другого мнѣнія держится Klewitz, loc. cit., стр. 33. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 839, Abs. 2 и 3: Если должностное лицо нарушитъ свои служебныя обязанности при постановленіи рѣшенія по судебному дѣлу, то оно отвѣчаетъ за причиненный имъ вредъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда за допущенное имъ нарушеніе оно подлежитъ наказанію, налагаемому въ порядкѣ уголовнаго судопроизводства. Это правило не распространяется на отказъ отъ исполненія служебныхъ обязанностей или промедленіе при исполненіи ихъ вопреки долгу службы. Должностное лицо не обязано возмѣщать вреда, если потерпѣвшій, умышленно или по небрежности не обжаловалъ постановленія и не отвратилъ такимъ образомъ вреда.

[8]) Выше, § 10, прим. 11.

[1]) Tit. D. de dolo malo. 4. 3, Cod., 2. 20; Pernice: Labeo, т. 2, стр. 97, изд. 2, стр. 200. Parerga VII, Savigny - Zeitschr. т. 17, стр. 205; Mommsen: Röm. Strafr. стр. 678.

[2]) О введеніи этого иска Аквиліемъ Галломъ ср. выше, вып. I, § 104, прим. 4.

[3]) Аквилій, спрошенный лицомъ, которому новое правовое средство казалось, очевидно, слишкомъ „шаткимъ“: „quid esset dolus malus?“—отвѣчалъ: „quum esset aliud simulatum, aliud actum“. Этого же опредѣленія держался и Сервій Сульпицій. См перепечатанную выше—вып. I, § 86, прим. 4—l. 1, § 2. D. h. t. 4. 3.

пользоваться и при другихъ коварныхъ поступкахъ [4]). Развитіе иска не остановилось и на этомъ. Въ концѣ концовъ онъ получилъ назначеніе служить противодѣйствіемъ всякому злостному имущественному повреждению, въ какой бы *формѣ* оно ни выразилось, какими бы *средствами* оно ни производилось [5]).

b) Притязаніе имѣетъ восполняющій и субсидіарный характеръ. Однако actio doli допустима и въ томъ случаѣ, если другія средства не обезпечиваютъ такого же вѣрнаго успѣха [6]) [7]).

---

[4]) Такого мнѣнія держался Лабеонъ—l. 1, § 2. D. h. t. 4. 3.

[5]) Pernice, loc. cit., стр. 107, во 2 изд. стр. 220, опираясь на опредѣленіе Лабеона, старается ограничить сферу примѣненія actio doli коварными, хитростными продѣлками. Но это едва ли правильно. Между прочимъ actio doli допускается въ томъ случаѣ, если кто-либо добросовѣстно даетъ обѣщаніе, не вызывающее обязательственнаго отношенія, и впослѣдствіи откажется отъ него, послѣ того какъ другая сторона, въ надеждѣ на обѣщанное, произвела напрасные расходы; l. 34. D. h. t. 4. 3; l. 16, § 1. D. de praescriptis verbis. 19. 5; R. G. E., т. 8, стр. 176. Спрашивается, гдѣ здѣсь заключается коварная „продѣлка“? Дѣло въ томъ, что юриспруденція лишь постепенно развивала полный составъ этого деликта и при этомъ далеко зашла за предѣлы болѣе древнихъ опредѣленій. Ср. R. G. E., т. 21, стр. 236.

[6]) l. 7, pr. D. h. t. 4. 3. Actio doli примѣняется, въ особенности, въ томъ случаѣ, если вопросъ, можно ли воспользоваться другимъ искомъ, является спорнымъ, l. 7, § 3. D. h. t. 4. 3; или если искъ, который допускается противъ третьяго лица, не обѣщаетъ успѣха, вслѣдствіе несостоятельности послѣдняго, l. 6. D. h. t. 4. 3, ср. также l. 18, § 5. D. eod.: наконецъ, если третье лицо, къ которому можно было бы предъявить искъ, вытекающій изъ договора, имѣетъ свою подсудность заграницей; R. G. E., т. 34, стр. 151.— Нѣкоторые писатели, напр., Windscheid, т. 2, § 451, прим. 10, утверждаютъ, что субсидіарный характеръ actio doli является слѣдствіемъ infamia, которою сопровождался этотъ искъ въ римской имперіи, и что этотъ характеръ, какъ и весь институтъ infamia, не подвергся рецепціи въ общегерманскомъ правѣ. Но это заключеніе неосновательно, съ чѣмъ соглашается и R. G. E., т. 23, стр. 143. Правда, въ l. 1, § 4. D. h. t. 4. 3, Ульпіанъ одобряетъ субсидіарный характеръ actio doli именно въ виду того, что этотъ искъ сопряженъ съ infamia. Но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы преторъ руководствовался тѣми же соображеніями. Мотивы претора, вѣрнѣе, коренятся въ чрезвычайной природѣ этого иска, который долженъ былъ имѣть одну лишь субсидіарную функцію. Въ настоящее время субсидіарность имѣетъ, конечно, практическое значеніе преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшему принадлежитъ искъ прежде всего не противъ того лица, которое причинило злоумышленно убытки; и въ этихъ именно случаяхъ субсидіарность actio doli дѣйствительно вполнѣ цѣлесообразна.

[7]) Особенности римской actio doli выражались еще въ томъ, что преторъ разрѣшалъ ея предъявленіе лишь послѣ предварительнаго разсмотрѣнія фактической стороны спора и, обыкновенно, только въ случаѣ болѣе значительныхъ поврежденій; l. 9, § 5. D. h. t. 4. 3. Подобная практика находилась въ связи съ государственно-правовымъ положеніемъ римскихъ магистратовъ, а поэтому и не реципирована.

Если между сторонами былъ заключенъ договоръ, то примѣняется контрактный искъ, а не actio doli. Послѣднее обстоятельство имѣетъ особенную важность въ виду краткаго давностнаго срока внѣконтрактной actio doli. Срокъ этотъ истекаетъ въ 2 года, считая съ момента совершенія dolus'a; впрочемъ, и по истеченіи сего срока искъ остается въ силѣ въ размѣрѣ обогащенія [8]).

Если dolus принесъ пользу третьему лицу, которое не принимало въ немъ участія, то оно отвѣчаетъ въ размѣрѣ своего обогащенія [9]) [10]).

E. Actio injuriarum.

§ 137. Понятіе и основныя положенія [1]) [2]).

Похищеніе и поврежденіе чужихъ вещей, а также dolus являются деликтами, направленными противъ имущества, injuria же—деликтъ противъ личности.

Римская injuria имѣетъ широкое поле примѣненія. При этомъ деликтѣ дѣло идетъ не только о тѣлесныхъ поврежденіяхъ и оскорбленіяхъ, т. е. объ особыхъ оскорбленіяхъ чести. *Injuria—обидой—называется всякое умышленное противозаконное выраженіе пренебреженія къ чужой личности* [3]).

---

[8]) l. 8. C. h. t. 2. 20; l. 28. D. h. t. 4. 3. Въ классическій періодъ римскаго права срокъ давности былъ annus utilis. За краткій срокъ давности высказывается и R. G. E., т. 23, стр. 178.

[9]) l. 15, pr., §§ 1 и 2. D. h. t. 4. 3.

[10]) Гражд. улож. для герман. имперіи § 726 опредѣляетъ: „Кто умышленно причинитъ вредъ другому способомъ, противнымъ добрымъ нравамъ, тотъ обязанъ возмѣстить ему этотъ вредъ". Эта actio doli предъявляется преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, когда причиняющій вредъ имѣлъ право на данныя дѣйствія, но воспользовался своимъ правомъ лишь для того, чтобы умышленно причинить вредъ въ ущербъ добрымъ нравамъ.

[1]) Tit. Inst. de injuriis. 4. 4. Dig. 47. 10, Cod. 9. 35.

[2]) Weber: Ueber Injurien und Schmähschriften, 1793 и слѣд., изд. 4. 1820; Walter въ Neues Archiv des Kriminalrechtes,т. 4, стр. 108 и слѣд., стр. 241 и слѣд.; Jhering: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, въ его Jahrb., т. 23, статья 6; Landsberg: Injuria und Beleidigung, 1886. Тамъ указана дальнѣйшая литература. Ср. еще Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 19 и слѣд. Mommsen: Römisches Strafrecht, стр. 784; Hitzig: Injuria, 1899.

[3]) Какъ извѣстно, уже въ законахъ XII Таблицъ встрѣчается injuria, за которую полагался штрафъ въ 25 ассовъ. Древне-римская юриспруденція подъ injuria понимала, кажется, только *тѣлесныя поврежденія*, ср. Landsberg, loc. cit., стр. 32, и приведенныхъ тамъ авторовъ. Этимъ объясняется, что преторъ издалъ особые эдикты, направленные противъ другихъ видовъ личныхъ оскорбленій, въ частности противъ „convicium", противъ оскорбленія чувства стыдливости и „ne quid infamandi causa fiat"; ср. Lenel: Edictum, стр. 320. Впрочемъ, уже Лабеонъ усматриваетъ природу injuria въ „contumelia", l. 13, § 4. D. h. t. 47. 10. Понятіе injuria покрывается признаками contumelia; такую характеристику даютъ

a) Animus injuriandi, лежащій въ основѣ injuria [4]), есть сознательное пренебрежительное отношеніе къ другому лицу. Причиняемая обида не должна безусловно быть цѣлью даннаго дѣйствія. Достаточно, если кто-нибудь ради достиженія другихъ цѣлей не останавливается передъ обидой.

b) Обидное дѣйствіе можетъ быть обращено непосредственно противъ чужой личности, выражаясь въ оскорбленіяхъ дѣйствіемъ, въ лишеніи свободы [5]), въ оскорбленіяхъ чести или въ злоупотребленіи чужимъ именемъ [6]).

Но кромѣ того существуютъ *косвенныя обиды*, понятіе и кругъ примѣненія которыхъ вызываютъ, правда, много сомнѣній. Онѣ состоятъ въ злостномъ намѣренномъ посягательствѣ на чужія права, касающіяся *внѣшняго міра* [7]).

Косвенную обиду можно усмотрѣть во всякой кражѣ, въ умышленномъ поврежденіи вещей, вообще, въ любомъ злонамѣренномъ имущественномъ поврежденіи: лицо, не уважающее чужого владѣнія, не уважаетъ и самого владѣльца. Тѣмъ не менѣе въ подобныхъ случаяхъ предъявленіе actio injuriarum не допускается. Въ этихъ случаяхъ actio injuriarum становится лишь *субсидіарной*, т. е. она исключается тѣмъ, что существуютъ самостоятельные штрафные иски противъ злонамѣреннаго имущественнаго поврежденія [8]).

класссическія опредѣленія Институцій, pr. I. h. t. 4. 4, взятыя изъ сочиненій Павла — collatio II, 5, § 1 — и Ульпіана — l. 1, pr. D. h. t. 47. 10. Фрагментъ изъ сочиненія Павла старается выяснить понятіе contumelia, называя ее „ὕβρις“. Injuria въ болѣе широкомъ смыслѣ на основаніи приведенныхъ мѣстъ источниковъ, есть „omne, quod non jure fit“, ἀδίκημα. Но ср. также Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 27.

[4]) l. 3, § 1. D. h. t. 47. 10. Ulpianus libro 56 ad edictum: „injuria ex affectu facientis consistit“.

[5]) Различіе между оскорбленіями дѣйствіемъ и словесными обидами проводится въ l. 1, § 1. D. h. t. 47. 10.

[6]) Случай изъ современной жизни — помѣщеніе нашего имени подъ воззваніемъ или петиціей безъ нашего разрѣшенія.

[7]) На этомъ основаніи Jhering, loc. cit., различаетъ оскорбленіе лица въ томъ, „что̀ оно изъ себя представляетъ“, и въ томъ, „что́ оно имѣетъ“, и называетъ actio injuriarum въ первомъ случаѣ „абстрактной“, во второмъ — „конкретной“.

[8]) Римлянами уже были установлены строгія взысканія за оскорбленіе, причиняемое личности потерпѣвшаго воровствомъ, поврежденіемъ вещей или вслѣдствіе dolus'a; эти взысканія выражались въ actiones furti и legis Aquiliae съ ихъ штрафнымъ характеромъ и сверхъ того въ томъ безчестіи — infamia, которое являлось послѣдствіемъ actio doli. Вотъ почему было запрещено предъявленіе сверхъ того еще actio injuriarum. Въ тѣхъ, однако, случаяхъ, въ кото-

Главными случаями косвенныхъ обидъ, порождающими actio injuriarum, считаются нарушеніе общаго пользованія [9]), препятствованіе собственнику пользоваться своею вещью [10]), вторженіе въ чужое владѣніе противъ воли собственника [11]).

Предметомъ actio injuriarum является присуждаемый по усмотрѣнію судьи штрафъ [12]), при чемъ долженъ быть принятъ во вниманіе и имущественный ущербъ истца [13]). Ни права, ни отвѣтственность по этому иску не переходятъ по наслѣдству [14]), и давность истекаетъ въ одинъ годъ, исчисляемый utiliter [15]). Actio injuriarum въ общемъ подверглась рецепціи [16]).

рыхъ правонарушеніе не было еще окончено, въ частности, если воръ въ намѣреніи украсть прокрался въ помѣщеніе, но не успѣлъ еще совершить кражи, то въ виду невозможности добиться удовлетворенія при помощи actio furti, предъявлялась actio injuriarum, l. 21, § 7. D. de furtis. 47. 2. Jhering и Landsberg, loc. cit., пытаются опредѣлить границы actio injuriarum изъ самаго понятія injuria. Но это имъ едва ли удалось.

[9]) l. 2, § 9. D. ne quid in loco publico. 43. 8. Ulpianus libro 68 ad edictum: Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus injuriarum actione utendum est; l. 13, § 7. D. h. t. 47. 10. О соотвѣтствующемъ примѣненіи того же иска въ современной жизни ср. Jhering, loc. cit., стр. 270.

[10]) l. 24. D. h. t. 47. 10; l. 25. D. de a. e. v. 19. 1; l. 44. D. h. t. 47. 10. О послѣднемъ мѣстѣ см. Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 36. Случаи примѣненія къ сосѣдскимъ отношеніямъ и въ частности къ столкновеніямъ между нанимателями указываются Jhering'омъ, loc. cit., стр. 280. Но этотъ авторъ заходитъ, кажется, слишкомъ далеко, разсматривая устройство танцовальныхъ вечеровъ въ верхнемъ этажѣ прямо какъ косвенную „injuria", причиняемую жильцу нижняго этажа.

[11]) l. 5, pr. §§ 2, 5. D. h. t. 47. 10.

[12]) Actio injuriarum XII Таблицъ, налагающая на виновнаго штрафъ въ 25 ассовъ, была замѣнена преторомъ другимъ искомъ — actio injuriarum aestimatoria, въ которомъ судья опредѣлялъ размѣръ штрафа по своему усмотрѣнію, l. 17, § 5. D. h. t.

[13]) l. 8. C. h. t. 9. 35; Landsberg, loc. cit., стр. 90.

[14]) l. 13, pr. D. h. t. 47. 10.

[15]) l. 5. C. h. t. 9. 35.

[16]) Не подлежитъ сомнѣнію, что римская actio injuriarum aestimatoria была реципирована въ Германіи, а именно въ томъ же самомъ объемѣ, въ которомъ она примѣнялась въ Римѣ; поэтому она допускалась и въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло шло не о прямомъ оскорбленіи чести. Ср. объ этомъ Landsberg, loc. cit., стр. 66. Впрочемъ многіе писатели держатся того мнѣнія, что этотъ искъ нынѣ въ Германіи окончательно упраздненъ имперскимъ законодательствомъ. Новѣйшіе учебники пандектнаго права признаютъ полное прекращеніе actio injuriarum aestimatoria; ср. авторовъ, приведенныхъ у Jhering'a, loc. cit., стр. 267, прим. 1. Но такой выводъ основателенъ лишь по отношенію къ оскорбленіямъ и тѣлеснымъ поврежденіямъ. Такъ, между прочимъ, § 11, Abs. 1 закона о введеніи въ дѣйствіе германскихъ уставовъ уголовнаго судопроизводства гласитъ: „Преслѣдованія за *оскорбленія* и *тѣлесныя поврежденія* произво-

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Кондикціи.

§ 138. А. Общія понятія [1]).

Обогащеніе на чужой счетъ безъ надлежащаго основанія порождаетъ личный искъ, направленный на возвращеніе, кондикцію [2]).

дятся только по правиламъ устава уголовнаго судопроизводства". Ясно, что вслѣдствіе этого actio injuriarum aestimatoria должна была прекратить свое существованіе, но, конечно, лишь постольку, поскольку дѣло касалось оскорбленій и тѣлесныхъ поврежденій. Что же касается другихъ случаевъ, въ особенности косвенныхъ обидъ, то искъ сохранился, какъ средство взысканія убытковъ. Таковъ, въ общемъ, взглядъ Jhering'a, loc. cit., стр. 268, а также Hölder'a: Pandekten, § 59, который признаетъ actio injuriarum, направленную на возмѣщеніе ущерба. Ср. кромѣ того Seuffert: Archiv, т. 51, казусъ 179. Мы считаемъ неудавшеюся попытку Ландсберга, loc. cit., примѣнить къ римской actio injuriarum aestimatoria, поскольку она еще сохранилась, принципы уголовнаго процесса и передать ее въ вѣдѣніе суда шеффеновъ. Гражд. улож. для герман. имперіи § 823 устанавливаетъ гражданскую отвѣтственность за всякое умышленное или неосторожное дѣйствіе, противозаконно нарушающее права третьяго лица. Далѣе, § 824 гласитъ: Кто вопреки истинѣ, утверждаетъ или разглашаетъ обстоятельство, подрывающее промышленный или торговый кредитъ другого или влекущее за собой какія-либо невыгодныя послѣдствія для имущественнаго положенія или преуспѣянія другого лица, тотъ обязанъ возмѣстить причиненный этимъ вредъ, если онъ долженъ былъ знать, хотя бы и не зналъ, что разглашаемое имъ обстоятельство ложно. За сообщеніе извѣстія, о ложности котораго сообщившій его не зналъ, на послѣдняго не возлагается обязанность возмѣстить вредъ, если онъ самъ или тотъ, кому онъ сообщилъ ложное извѣстіе, правомѣрно заинтересованы узнать извѣстіе. Ср. далѣе § 825. На основаніи § 847 при наличности обстоятельствъ, указанныхъ въ § 825, если кромѣ того, по отношенію къ женщинѣ совершены преступленіе или проступокъ противъ нравственности, наконецъ, въ случаѣ лишенія свободы, потерпѣвшій можетъ потребовать справедливаго вознагражденія и за тотъ вредъ, который не имѣетъ имущественнаго характера. Это притязаніе не подлежитъ передачѣ и не переходитъ по наслѣдству, развѣ оно было признано по договору или было предъявлено ко взысканію.

[1]) Savigny: System, т. 5, стр. 503: „Die Kondiktionen"; Windscheid: Die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung, 1850; Erxleben: Die condictiones sine causa, отд. I, 1850, отд. II, 1852; Witte: Die Bereicherungsklagen, 1859; Jacobi: Rechtsbegriff der Bereicherung въ Jherings Jahrb., т. 4, стр. 296; Voigt: Die condictiones ob causam, 1862; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 202 и слѣд.; Bolze: Zur Lehre von den Kondiktionen, insonderheit von den condictiones sine causa въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, статья 14; Bolze: Einige Quellenstellen zur Lehre von den Kondiktionen, въ томъ же журналѣ, т. 79, статья 5. R. v. Mayr: Die condictio des römischen Privatrechtes, 1900. Ср. также Lenel въ Archiv für civ. Praxis, т. 74, статья 6, и Windscheid, тамъ же, т. 78, стр. 161 и слѣд. Въ русской литературѣ см. Гриммъ: Очерки по ученію объ обогащеніи, вып. 1 и 2, 1891, вып. 3, 1893; Петражицкій: Иски о незаконномъ обогащеніи, въ „Вѣстникѣ Права", 1900 г., кн. 1, 2, 3, 4 и 5.

[2]) l. 66. D. de condictione indebiti. 12. 6. Papinianus libro 8 quaestionum: Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 812,

Кондикціи были—judicia stricti juris; происхожденіе и названіе ихъ относятся ко времени legis actiones; къ нимъ относились actio certae pecuniae creditae—искъ, направленный на возвращеніе данныхъ въ кредитъ денежныхъ суммъ, condictio triticaria, направленная на возвращеніе всякихъ опредѣленныхъ объектовъ, и, наконецъ, condictio incerti, имѣвшая цѣлью возвращеніе иного рода цѣнностей [3]). Кондикціи первоначально были предназначены лишь для востребованія цѣнностей, данныхъ въ кредитъ на основаніи контракта. Но юриспруденція, начиная приблизительно съ послѣднихъ вѣковъ республики [4]), пользовалась ими и для востребованія того, что было пріобрѣтено изъ чужого имущества неправомѣрно и внѣ контракта. Этимъ самымъ она подчинила эти строгіе иски высшимъ цѣлямъ справедливости.

Необходимыми условіями внѣконтрактныхъ кондикцій являются:

1. Обогащеніе кондикціоннаго должника на счетъ имущества вѣрителя. Значитъ, кондикція имѣетъ *реальное*, заключающееся въ переходѣ вещей основаніе. Поэтому римскіе юристы приравняли, по крайней мѣрѣ, condictio indebiti къ иску, вытекающему изъ займа [5]).

Самый простой и первоначальный случай—это пріобрѣтеніе права собственности на тѣлесныя вещи. Но въ болѣе развитомъ правѣ достаточно всякаго увеличенія имущества одного лица на счетъ другого, напр., посредствомъ пріобрѣтенія вещныхъ правъ на чужую вещь [6]), пріобрѣтенія требованій [7]), прощенія долговыхъ обязательствъ [8]), иного рода сбереженій [9]). Не требуется также, чтобы цѣнности непосредственно перешли изъ имущества одного лица къ другому [10]).

Abs. 1: Кто безъ юридическаго основанія, благодаря тому, что въ его пользу учинено удовлетвореніе другимъ лицомъ, или инымъ путемъ получилъ что-либо на счетъ другого, тотъ обязанъ возвратить ему полученное.

[3]) Выше, вып. 1, § 131.

[4]) Ср. Voigt, loc. cit., стр. 226. Иначе Мауг. loc. cit.

[5]) Gajus, Inst. III, § 91.

[6]) l. 12. D. de condictione indebiti. 12. 6.

[7]) l. 1, pr. D. de condictione sine causa. 12. 7.

[8]) l. 4, l. 10. D. de cond. causa d. c. n. s. 12. 4.

[9]) См. Windscheid, т. 2, § 421, прим. 10 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи § 812, Abs. 2 особенно выдѣляетъ положеніе: Удовлетвореніемъ считается также признаніе по договору существованія или несуществованія обязательства.

[10]) Ср. въ особенности случай, разсмотрѣнный выше, вып. II, § 57, прим. 25.

Лицо, получивъ *владѣніе* чужой вещью, но не сдѣлавшись въ то же время ея *собственникомъ*, этимъ еще не пріобрѣтаетъ вещи. Собственникъ еще имѣетъ право виндицировать ее по прежнему, а поэтому, на основаніи древне-римскаго правила, здѣсь не допускается никакой кондикціи. Только воръ не могъ на это ссылаться. Слѣдовательно, если обокраденный кондицировалъ у вора похищенную вещь несмотря на то, что онъ остался собственникомъ, то искъ этотъ былъ дѣйствителенъ, такъ сказать, «odio furum» [11]).

Это положеніе впослѣдствіи утратило свое значеніе съ тѣхъ поръ, какъ противъ лица, неправомѣрно завладѣвшаго чужой вещью, стали давать condictio *possessionis*, которою также могъ воспользоваться потерявшій владѣніе *собственникъ* [12]).

2. Переходъ имущества, хотя и законный съ формальной стороны, *долженъ быть неправомѣрнымъ съ точки зрѣнія матеріальной*. Въ основаніи можетъ лежать:

a) Недобросовѣстность должника, такъ что обогащеніе является *неправомѣрнымъ и съ субъективной стороны*.

На случай неправомѣрнаго обогащенія существуютъ три рода кондикцій, а именно: *condictio furtiva*, *ob turpem* и *ob injustam causam*.

b) Но и наличность объективной неправомѣрности безъ субъективной вины должника считается достаточнымъ основаніемъ для предъявленія кондикціи. Въ такомъ случаѣ ея цѣль состоитъ въ оспариваніи формальнаго права, которое лишено болѣе глубокаго, матеріальнаго обоснованія.

Такого рода кондикцій существуетъ также три: *condictio indebiti*, *ob causam* и *sine causa*.

Новѣйшіе писатели въ большинствѣ случаевъ называютъ кондикціи исками изъ обогащенія, при чемъ цѣль ихъ усматриваютъ въ выдачѣ неправомѣрнаго обогащенія [13]). Но это едва ли всегда

---

[11]) Gajus, Inst. IV, § 4; § 14. I. de actionibus. 4. 6.

[12]) l. 15. § 1. D. de cond. indeb. 12. 6; l. 2. D. de cond. trit.. 13. 3. О condictio possessionis ср. Bruns: Besitzklagen, стр. 185; Pflüger: Besitzklagen, стр. 120; Bolze въ Archiv für civ. Praxis, т. 79, стр. 206 и слѣд.

[13]) Такого мнѣнія держится въ особенности Savigny, loc. cit., стр. 564. Къ нему присоединяются позднѣйшіе писатели. На этомъ основаніи между прочимъ Windscheid даетъ ученію о кондикціяхъ заглавіе „неправомѣрное обогащеніе“. Онъ сознаетъ, что это названіе не подходитъ къ condictio furtiva, и старается исключить ее изъ общаго круга кондикцій. Противъ него Bolze въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, стр. 422 и слѣд.— Противъ выраженія „иски изъ обогащенія“ высказывается также Jacobi, loc. cit., стр. 160, 182.

справедливо. Правда, кондикціи имѣютъ реальную основу и направлены на возвращеніе имущества, но онѣ далеко не всегда ограничиваются размѣромъ обогащенія отвѣтчика. Въ частности, кондикціи, основанныя на субъективной недобросовѣстности должника, преслѣдуютъ возмѣщеніе полнаго интереса [14]).

B. Кондикціи нечестнаго обогащенія.

§ 139. Condictio furtiva [1]).

Condictio furtiva обязываетъ къ возврату похищеннаго имущества.

Вопросъ о томъ, является ли condictio furtiva деликтнымъ искомъ, давно считается спорнымъ. Само собою разумѣется, что она предполагаетъ деликтъ—furtum. Но ея основаніе все таки реальное, именно полученіе похищеннаго изъ имущества потерпѣвшаго; точно также и цѣль ея реальная—возвращеніе. Она поэтому является настоящей кондикціей [2]). Это видно изъ слѣдующихъ отдѣльныхъ положеній:

---

[14]) Обогащеніе одного лица и соотвѣтствующій ущербъ другого само по себѣ еще не создаетъ обязательства. На такихъ явленіяхъ основывается весь строй человѣческаго общества, его стремленія и борьба. Этому нисколько не противорѣчитъ мнѣніе Помпонія, libro 9 ex variis lectionibus, l. 206. D. de R. J. 50. 17: Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. Слѣдуетъ здѣсь только обратить должное вниманіе на слово „injuria“. Въ l. 14. D. de condictione indebiti. 12. 6, сокращенная редакція объясняется ея особымъ отношеніемъ къ казусу, разсмотрѣнному въ l. 13, § 1. D. eod. Другіе взгляды высказалъ Sell: Versuche, 1833.

[1]) Tit. Dig. de condictione furtiva. 13. 1, Cod. 4. 8. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 848 и слѣд.

[2]) Condictio furtiva считаетъ деликтнымъ искомъ изъ новѣйшихъ писателей, главнымъ образомъ, Francke: Beiträge, стр. 29. По мнѣнію Windscheid'a, т. 2, § 453, condictio furtiva представляетъ изъ себя „деликтное притязаніе подъ внѣшнимъ видомъ притязанія, вытекающаго изъ неправомѣрнаго обогащенія“. Противъ этого высказываются Savigny, т. 5, стр. 551, и Vangerow, т. 3, § 679, прим. 2. Что римляне вовсе не считали condictio furtiva деликтнымъ искомъ, видно между прочимъ изъ самаго примѣненія этого иска въ тѣхъ случаяхъ, когда виновникомъ кражи являлся рабъ. Въ самомъ дѣлѣ, если бъ она была деликтнымъ искомъ, то ее можно было бы предъявить въ качествѣ ноксальнаго иска противъ всякаго, кто въ данный моментъ считался собственникомъ совершившаго кражу раба, а также и къ самому вору послѣ отпущенія его на волю. Но на самомъ дѣлѣ она давалась противъ домовладыки лишь въ качествѣ пекуліарнаго иска; condictio furtiva noxalis не существовала, и ея существованіе точно также нельзя доказать положеніемъ, высказаннымъ въ l. 4. D. h. t. 13. 1; ср. Savigny, loc. cit., стр. 562. Правда, согласно этому фрагменту можно было предъявить actio furti и къ самому рабу послѣ его освобожденія; между тѣмъ codictio furtiva здѣсь не допускалась, за исключеніемъ лишь того случая, когда совершеніе кражи относилось ко времени послѣ освобожденія раба, l. 15. D. h. t. 13. 1.

a) *Истцомъ* является только пострадавшее отъ похищенія лицо, поскольку оно обладало правомъ *собственности* или инымъ вещнымъ правомъ [3]). Право на искъ прекращается, если собственникъ самъ отказывается отъ своей собственности на похищенную вещь [4]), ибо condictio furtiva замѣняетъ собою виндикацію [5]).

b) Отвѣчаетъ [6]) по этому иску лишь тотъ, кто самъ похитилъ вещь, а не зачинщикъ и пособникъ. Если же похищеніе совершено нѣсколькими лицами, то они отвѣчаютъ солидарно [7]).

Искъ допускается противъ наслѣдниковъ похитителя безъ всякаго ограниченія, подобно иску съ чисто имущественнымъ характеромъ, а не съ тѣми ограниченіями, которыя свойственны деликтнымъ искамъ [8]).

c) Предметомъ иска является возвращеніе похищеннаго. При этомъ похититель всегда считается должникомъ, впавшимъ въ просрочку по исполненію обязательства — in mora. Вслѣдствіе этого онъ отвѣчаетъ за случайную гибель вещи, обязанъ уплатить высшую цѣну похищенной вещи въ промежутокъ времени между совершеніемъ проступка и осужденіемъ; онъ обязанъ возвратить не только плоды, дѣйствительно имъ полученные, но и тѣ, которыхъ

---

[3]) l. 1, l. 12, § 2. D. eod. 13. 1. Если бы condictio была деликтнымъ искомъ, то ее слѣдовало бы предоставлять всякому заинтересованному лицу. Но ея основаніе—обогащеніе изъ чужого имущества. Поэтому ею можетъ пользоваться лишь собственникъ и лицо, имѣющее вещное право.

[4]) l. 10, § 2, l. 12, pr. D. h. t. 13. 1.

[5]) Этому не противорѣчитъ то обстоятельство, что condictio furtiva можетъ быть предъявлена по выбору потерпѣвшаго наравнѣ съ rei vindicatio; ср. выше, § 138, прим. 11.

[6]) См. фрагментъ, принадлежащій Ульпіану, l. 6. D. h. t. 13. 1. Правда, Павелъ въ l. 53, § 2. D. de V. S. 50. 16 допускаетъ *condictio furtiva* противъ *пособника*, но не противъ *зачинщика* furtum'a; Lenel: Edictum, стр. 262. Это противорѣчіе не объясняется, какъ полагаетъ Windscheid, т. 2, § 453, двойственной природой condictio, точно также—и не тѣмъ, что Ульпіанъ будто бы обратилъ вниманіе на внѣшнюю сторону—кондикціонную природу иска, Павелъ же на внутреннюю—его деликтный характеръ. Ибо въ такомъ случаѣ Павелъ долженъ былъ бы допустить condictio furtiva какъ разъ и противъ *зачинщика*. Павелъ, напротивъ, полагалъ, что пособникъ, принимая активное участіе въ похищеніи, дѣйствительно взялъ себѣ хотя что-нибудь изъ чужого имущества; при извѣстномъ толкованіи odio furum это считалось вполнѣ достаточнымъ для предъявленія condictio. Иного мнѣнія Karlowa: Römische Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 786. Ср. также Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 107 и слѣд.

[7]) l. 1. C. h. t. 4. 8.

[8]) l. 9. D. h. t. 13. 1.

онъ не получилъ по собственной винѣ, а также всѣ тѣ, которые могъ бы получать самъ потерпѣвшій [9]).

§ 140. Condictio ob turpem vel injustam causam [1]).

По общему правилу посредствомъ кондикцій можно вытребовать обратно все то, что было добыто путемъ преступленія или инымъ явно безнравственнымъ способомъ.

1. Особымъ свойствомъ отличается *condictio ob turpem causam* [2]); она направлена на истребованіе того, что *кондикціонный должникъ безнравственнымъ образомъ получилъ отъ кондикціоннаго вѣрителя, подъ условіемъ совершить въ будущемъ извѣстное дѣйствіе или отказаться отъ него.*

Предполагается при этомъ, чтобы дѣйствіе являлось позорнымъ *только* по отношенію къ *получившему* выгоду, а не по отношенію къ тому, кто ее предоставилъ. Сюда относятся, главнымъ образомъ, вымогательства, напр., принятіе денегъ за то, чтобы воздержаться отъ обнародованія пасквиля, или платежъ, произведенный съ цѣлью получить обратно поклажу, которую депозитарій вопреки своей обязанности отказывается возвратить безъ вознагражденія [3]).

Если сдѣлка была противна добрымъ нравамъ *и по отношенію къ дающему*—напр., въ случаѣ найма убійцы,—то право обратнаго требованія отпадаетъ [4]), но нельзя также и предъявить искъ съ цѣлью получить обѣщанное вознагражденіе [5]).

---

[9]) l. 8, l. 20. D. h. t. 13. 1. По современному праву, безъ сомнѣнія, должны быть возвращены также и проценты.

[1]) Tit. Dig. de condictione ob turpem vel injustam causam. 12. 5, Cod. de condictione ob turpem causam. 4. 7, также Tit. Cod. de condictione ex lege et sine causa vel injusta causa. 4. 9.

[2]) Раньше спорили о томъ, обозначаютъ ли названія condictio ob turpem vel injustam causam различныя понятія или одни и тѣ же; Glück, т. 13, стр. 50. Въ настоящее время всѣ согласны въ томъ, что рѣчь идетъ о различныхъ искахъ. Иного взгляда держится гражд. улож. для герман. имперіи § 817, Abs. 1: Лицо, получившее удовлетвореніе, обязано возвратить полученное, если имѣлась въ виду такая цѣль, что, принимая удовлетвореніе, получатель нарушилъ постановленный закономъ запретъ или добрые нравы.

[3]) l. 1, § 2. D. h. t. 12. 5. Paulus libro 10 ad Sabinum: Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest; l. 2. D. eod. Ulpianus libro 26 ad edictum: ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas... § 1. Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes. R. G. E., т. 36, стр. 203.

[4]) l. 3. D. h. t. 12. 5. Paulus libro 10 ad Sabinum: Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male judicetur. Ср., кромѣ того, l. 4, § 3. D. eod. Ulpianus libro 26 ad

2. Всякое *иное безнравственное обогащеніе* обосновываетъ *condictio ob injustam causam* [6]), напр., взиманіе ростовщическихъ процентовъ [7]).

Содержаніе этихъ притязаній опредѣляется принципами condictio furtiva [8]).

C. Кондикціи, вытекающія изъ объективно неправомѣрнаго обогащенія.

§ 141. Condictio indebiti [1]).

Платежъ мнимаго, въ дѣйствительности не существующаго долга обосновываетъ condictio indebiti.

И такого рода платежи переносятъ *право собственности*, такъ какъ воля дающаго и получателя при передачѣ [2]) были направлены на перенесеніе этого права. Но цѣль сдѣлки — *погашеніе долга*—не можетъ быть достигнута, такъ какъ не существуетъ именно этого долга, вслѣдствіе чего и переходъ права собственности не имѣетъ основанія. Вотъ почему уплатившій по ошибкѣ можетъ предъявить condictio indebiti для истребованія своего платежа. Условія этого иска слѣдующія:

1. *Платежъ съ цѣлью погашенія долга* [3]). Это слѣдуетъ пони-

---

edictum: Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Ср. Seuffert: Archiv, т. 51, казусъ 183. Согласно съ этимъ гражд. улож. для германск. имперіи § 817, Abs. 2.

[5]) l. 1, l. 5. C. h. t. 4. 7. Того же взгляда держится гражд. улож. для германск. имперіи § 817, Abs. 2.

[6]) l. 6. D. h. t. 12. 5.

[7]) l. 3. C. h. t. 4. 9.

[8]) l. 7. C. h. t. 4. 7. На основаніи l. 4. C. eod. нельзя было требовать процентовъ. Это было слѣдствіемъ строгаго характера actio certae pecuniae creditae, которою пользовались въ Римѣ въ подобныхъ случаяхъ; въ настоящее же время это ограниченіе болѣе не можетъ имѣть мѣста при кондикціяхъ изъ недобросовѣстнаго обогащенія. На основаніи гражд. улож. для германск. имперіи § 819, Abs. 2, получатель обязанъ къ возврату съ момента полученія; онъ отвѣчаетъ такъ, какъ будто притязаніе, направленное на возвращеніе, еще съ момента полученія вещи сдѣлалось предметомъ судебнаго разбирательства; другими словами, онъ отвѣчаетъ какъ управляющій чужимъ имуществомъ.

[1]) Tit. Dig. de condictione indebiti. 12. 6, Cod. 4. 5; Erxleben: Die condictiones sine causa, отд. I, 1850; Voigt, loc. cit., §§ 74 и 75; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 238; Maurice Desribes: De la condictio indebiti, thèse, Paris, 1892.

[2]) Выше, вып. II, § 45.

[3]) Необходимо, чтобы *платящій* имѣлъ намѣреніе уплатить долгъ. Зналъ ли вѣритель объ этомъ или нѣтъ—безразлично. Lenel, loc. cit., стр. 224.

мать въ самомъ широкомъ смыслѣ. Сюда относятся: передача въ собственность денегъ и другихъ замѣнимыхъ вещей, предметовъ индивидуально опредѣленныхъ—species, оказаніе услугъ [4]), принятіе на себя обязательствъ [5]), даже отреченіе отъ извѣстныхъ правъ [6]).

Платежъ въ собственномъ смыслѣ не составляетъ необходимаго условія; и замѣна исполненія по мнимому долгу предоставленіемъ иной цѣнности—*datio in solutum*—обосновываетъ кондикцію [7]).

2. *Несуществованіе предполагаемаго долга:* безразлично, не существовалъ ли онъ никогда вообще, или же прекратился онъ вслѣдствіе погашенія. Считается недѣйствительнымъ и такой долгъ, который лишенъ всякой силы благодаря разрушающей—перемпторной—эксцепціи, если онъ только, несмотря на подобную эксцепцію, не продолжаетъ существовать какъ натуральное обязательство [8]). Дѣло въ томъ, что платежи по натуральнымъ обязательствамъ, хотя бы они были произведены вслѣдствіе ошибки, по общему правилу не подлежатъ возврату [9]) [10]).

Если по ошибкѣ произведенъ платежъ преждевременно по долгу, хотя и *существующему*, но *срокъ платежа* которому еще *не наступилъ*, то кондикція не возникаетъ [11]); даже нельзя ею воспользоваться съ цѣлью выгадать въ подобныхъ случаяхъ interusurium [12]), такъ

---

[4]) l. 26, § 12, l. 40, § 2. D. h. t. 12. 6.

[5]) l. 31. D. h. t. 12. 6.

[6]) l. 39. D. h. t. 12. 6.

[7]) l. 26, §§ 4—6. D. h. t. 12. 6. Römer: Leistung an Erfüllungsstatt, стр. 132.

[8]) l. 26, §§ 3 и 7, l. 30, l. 32, § 1, l. 43. D. h. t. 12. 6. Того же взгляда держится гражд. улож. для герман. имперіи § 813, Abs. 1.

[9]) Ср. выше § 4, прим. 9, § 5, прим. 14.

[10]) Можно ли потребовать обратно проценты, *которые должникъ не обязанъ былъ уплатить*, между тѣмъ какъ главный долгъ былъ дѣйствителенъ? Отрицательный отвѣтъ, кажется, даетъ l. 26, pr. D. h. t. 12. 6. Ulpianus libro 26 ad edictum: Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit. Этотъ выводъ Ульпіана многими авторами объясняется тѣмъ, что должникъ въ данномъ случаѣ считалъ себя обязаннымъ платить проценты вслѣдствіе моральнаго долга передъ вѣрителемъ; Vangerow, т. 1, § 76. Но это едва ли правильно. Римляне весьма часто понимаютъ подъ usurae indebitae такіе проценты, которые были обѣщаны „ex pacto“ безъ стипуляціи, ср. l. 5, § 2. D. de solutionibus. 46. 3. Подобный случай имѣетъ въ виду и приведенное мѣсто, и поэтому оно въ настоящее время, конечно, не можетъ имѣть практическаго значенія.

[11]) l. 10. D. h. t. 12. 6. Гражд. улож. для герман. имперіи § 813, Abs. 2. Такъ же разсматривается и тотъ случай, если имѣется такъ наз. dies incertus quando, certus an, въ особенности „cum moriar dare promisero“, l. 17. D. h. t. 12. 6; ср. также l. 56. D. eod.

[12]) Иного мнѣнія Windscheid, loc. cit., т. 2, § 426, прим. 8. Согласно съ этимъ гражд. улож. для герман. имперіи § 813, Abs. 2.

какъ даннымъ платежомъ все-таки погашенъ *долгъ*. Но если вслѣдствіе заблужденія произведенъ платежъ по условному [13]) долгу или вообще по долгу, еще *не опредѣлившемуся* въ своемъ существованіи, то во время этого неопредѣленнаго положенія платежъ можетъ быть вытребованъ обратно посредствомъ кондикціи, ибо пока еще долга не существуетъ.

Уплатившій *чужой* долгъ, въ ошибочномъ предположеніи, что долгъ относится къ нему самому, имѣетъ право потребовать обратно уплоченное, такъ какъ погасилъ не дѣйствительно существующій, а иной—лишь мнимый долгъ. Если же кто либо уплотитъ долгъ третьяго лица *отъ имени послѣдняго*, ошибочно полагая, что онъ этимъ самымъ *исполняетъ свою обязанность передъ третьимъ лицомъ*, то онъ не имѣетъ права обратнаго требованія; ибо въ данномъ случаѣ вѣритель получилъ то, что̀ онъ имѣлъ право требовать. Поэтому, уплатившій имѣетъ одно лишь право регресса къ должнику, освобожденному вслѣдствіе даннаго платежа отъ обязательства [14]).

Платежъ, сдѣланный лицу, которое должникъ ошибочно считалъ кредиторомъ, не освобождаетъ должника, но даетъ ему право предъявить кондикцію къ получившему платежъ; исключеніе допускается лишь въ томъ случаѣ, если дѣйствительный кредиторъ одобрилъ произведенный платежъ, или если уплоченное попало въ его руки впослѣдствіи [15]) [16]).

---

[13]) l. 16. D. h. t. 12. 6. Конечно, это не имѣетъ значенія при условіяхъ, которыя должны наступить необходимо; l. 18. D. h. t. 12. 6. Они не считаются настоящими условіями. Ср. кромѣ того l. 56. D. eod.

[14]) Въ этомъ смыслѣ должны быть согласованы два изреченія Павла. Въ l. 65, § 9. D. h. t. 12. 6 libro 17 ad Plautium онъ говоритъ: Indebitum est... si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat; ср. l. 19, § 1, l. 31. D. h. t. 12. 6; а въ l. 44. D. h. t. 12. 6 Павелъ утверждаетъ libro 14 ad Plautium: Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est. Это безусловно должно относиться къ случаямъ, въ которыхъ платежъ былъ произведенъ не „quasi ipse debeat“. Ср. по этому поводу Oertmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 82, стр. 457.

[15]) l. 65, § 9. D. h. t. 12. 6; l. 8. C. h. t. 4. 5.

[16]) Заблужденіе можетъ касаться *содержанія* долга, и притомъ различнымъ образомъ. a) Платящій полагалъ, что обязательство касается *иного* объекта, чѣмъ въ дѣйствительности, и согласно этому предположенію уплатилъ свой долгъ. Конечно, онъ можетъ предъявить кондикцію. b) Долгъ его заключался въ *альтернативномъ обязательствѣ*, и онъ отдалъ *оба объекта*, ошибочно полагая, что въ этомъ состоитъ его обязательство. Одинъ изъ нихъ, безъ сомнѣнія, ему долженъ быть возвращенъ. Но римскіе юристы спорили о томъ, кому принадлежитъ право выбора. Цельзъ, Марцеллъ и Ульпіанъ предоставляли это право получателю, который является теперь какъ бы альтернативнымъ долж-

3. Платежъ долженъ быть сдѣланъ въ *извинительномъ заблужденіи*. Поэтому по общему правилу error juris не принимается въ соображеніе [17]) [18]).

Получатель, знающій о заблужденіи платящаго, совершаетъ furtum, и если это обстоятельство будетъ доказано, то недобросовѣстный получатель, конечно, несетъ отвѣтственность сообразно болѣе строгимъ принципамъ condictio furtiva [19]).

Для права обратнаго требованія [20]) достаточно даже простого сомнѣнія платящаго относительно существованія долга.

Кромѣ того, право обратнаго требованія можетъ быть обезпечено оговоркой при платежѣ [21]).

никомъ; Юліанъ же, Папиніанъ и, наконецъ, Юстиніанъ въ l. 10. C. h. t. 4. 5— даютъ право выбора уплатившему. Послѣднее мнѣніе правильно и цѣлесообразно: платежъ, основанный на заблужденіи, не признается настоящимъ платежомъ; поэтому должникъ имѣетъ право выбора объекта какъ до, такъ и послѣ ошибочнаго платежа. c) Кто является должникомъ *genus'a* и отдаетъ species, полагая, что онъ долженъ *именно эту species*, тотъ можетъ ее кондицировать и освободиться отъ долга платежомъ другой вещи опредѣленнаго въ обязательствѣ рода. d) Кто является *альтернативнымъ* должникомъ и отдаетъ одинъ изъ предметовъ альтернативнаго обязательства, полагая, что онъ долженъ именно *только этотъ предметъ*, тотъ можетъ потребовать его обратно и отдать другой объектъ, l. 32, § 3. D. h. t. 12. 6; ср. впрочемъ, l. 19. D. de leg. II. Во всѣхъ разсмотрѣнныхъ случаяхъ вѣритель вправѣ удерживать уплоченное по ошибкѣ, пока ему не будетъ учиненъ настоящій платежъ, arg. l. 26, § 4, in fin. D. h. t. 12. 6.

[17]) Многіе писатели утверждаютъ, что достаточно неизвинительнаго заблужденія. Но источники настойчиво требуютъ извинительности заблужденія, ср. l. 25, pr. D. de probationibus. 22. 3; l. 10. C. de juris et facti ignorantia. 1. 18; l. 9, § 5. D. de juris et facti ignorantia. 22. 6; l. 6 и 7. C. h. t. 4. 5; l. 9. C. ad legem Falcidiam. 6. 50; ср. выш. I, § 87. Различныя мнѣнія см. у Vangerow'a, т. 3, § 625, стр. 396. Взглядъ, защищаемый нами, раздѣляетъ Brinz, т. 2, стр. 550, прим. 39. Въ противоположномъ смыслѣ высказываются Wächter: Pandekten, т. 2, стр. 502, Adler въ Jherings Jahrb. т. 33, стр. 197. Извинительное заблужденіе относительно того, что отвѣтчикъ не въ состояніи доказать свое возраженіе, можетъ также служить основаніемъ condictio indebiti. R. G. E., т. 21, стр. 198. По гражд. улож. для герман. имперіи § 814, право обратнаго требованія устраняется лишь тогда, если платящій *зналъ*, что онъ не былъ обязанъ уплатить.

[18]) l. 1, § 1. D. h. t. 12. 6. Изреченіе Павла, l. 53. D. de R. J. 50. 17, libro 42 ad edictum: Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, вѣрно лишь отчасти. Не всегда имѣется въ виду дареніе, если кто сознательно платитъ по несуществующему долгу. Можно, напр., уплатить по слабости, т.-е. съ цѣлью освободиться отъ нежелательнаго процесса, которымъ угрожаетъ противная сторона. Цѣль платежа можетъ быть и та, чтобы не разстраивать выгодныхъ дѣловыхъ сношеній изъ за спора о незначительной суммѣ.

[19]) Ср. выше, § 130, прим. 11; гражд. улож. для герман. имперіи § 819, Abs. 1.

[20]) Въ этомъ смыслѣ Юстиніанъ разрѣшилъ споръ римскихъ юристовъ въ l. 11. C. h. t. 4. 5.

[21]) l. 2, pr. D. h. t. 12. 6. Подобная оговорка можетъ имѣть или общее,

Кто уплатилъ во избѣжаніе принужденія къ платежу путемъ судебнаго или административнаго производства, тотъ можетъ потребовать свой платежъ обратно, хотя бы онъ и зналъ о недѣйствительности даннаго притязанія.

4. Кто въ Римѣ уплатилъ на основаніи *мнимаго судебнаго рѣшенія* [22]) или равносильнаго съ нимъ обязательства, содержавшаго въ себѣ формулу [23]) damnas esto, тотъ не имѣлъ права обратнаго требованія. Въ современной практикѣ это правило, конечно, не находитъ примѣненія [24]) [25]).

При предъявленіи кондикціи надо имѣть въ виду слѣдующія обстоятельства:

или спеціальное содержаніе; въ первомъ случаѣ она является достаточнымъ основаніемъ для любого возраженія, во второмъ она не распространяется на другія обстоятельства. Впрочемъ, нельзя принудить вѣрителя принять платежъ, учиненный съ оговорками, ни на чемъ не основанными.

[22]) Древне-римская правовая аксіома гласила: „qui ex causa judicati solvit, repetere non potest“, l. 74, § 2. D. de judiciis. 5. 1; l. 36. D. familiae erciscundae. 10. 2; l. 29, § 5. D. mandati. 17. 1; l. 1. C. h. t. 4. 5; l. 2. C. de compensationibus. 4. 31. Право обратнаго требованія прекращалось не только въ томъ случаѣ, если было постановлено рѣшеніе, оказавшееся впослѣдствіи недѣйствительнымъ, но также и тогда, кога платежъ произведенъ на основаніи мнимаго, вовсе не существующаго судебнаго рѣшенія; l. 36. D. familiae erciscundae. 10. 2. Paulus libro 2 quaestionum:... Quamvis non sit judicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Это изреченіе, вопреки мнѣнію Brinz'a, т. 2, стр. 546, должно имѣть буквальное примѣненіе. Достаточно вѣдь одного предположенія о существованіи обязательства, содержащаго въ себѣ формулу „damnas esto“, которое при томъ *не основывается на судебномъ рѣшеніи*, для того, чтобы лишиться возможности обратнаго требованія суммы, уплоченной на основаніи такого обязательства—ниже, прим. 23. Почему же при судебномъ рѣшеніи дѣлу обстоять иначе? Правда, если рѣшеніе низшей судебной инстанціи подлежало осуществленію и потому было дѣйствительно приведено въ исполненіе, то, конечно можно было требовать обратно предметъ платежа въ томъ случаѣ, когда рѣшеніе было отмѣнено апелляціонной инстанціей. Это являлось необходимымъ слѣдствіемъ института апелляціи.

[23]) § 7. I. de obl. quasi ex contr. 3. 27... Ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato; l. 4. C. h. t. 4. 5. Rudorff въ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, т. 14, стр. 95.

[24]) Ср. Glück, т. 13, стр. 94.

[25]) Не ясенъ смыслъ изреченія l. 42. D. h. t. 12. 6. Ulpianus libro 68 ad edictum: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt. Ср. l. 46. D. de R. J. 50. 17. Можно предположить, что здѣсь имѣются въ виду штрафы, которыми законъ угрожалъ черезъ общую формулу „dare damnas esto“; слѣдовательно, и тутъ рѣчь шла о мнимомъ, подлежащемъ приведенію къ исполненію долгѣ; ср. Karlowa: Der Römische Civilprozess, стр. 200. Въ настоящее время это положеніе, конечно, не имѣетъ практическаго примѣненія.

a) *истцомъ* является тотъ, отъ чьего имени произведенъ платежъ [26]);

b) *отвѣтчикомъ* признается тотъ, кто принялъ платежъ. Если кто-либо въ качествѣ представителя получилъ платежъ по несуществующему долгу, то кондикція направляется противъ представляемаго; при этомъ, однако, предполагается, что послѣдній поручилъ принятіе платежа представителю или одобрилъ это принятіе впослѣдствіи; въ противномъ случаѣ кондикція должна быть предъявлена противъ лица, получившаго платежъ [27]).

c) Относительно *предмета* обратнаго требованія слѣдуетъ различать денежные платежи и другія дѣйствія.

Деньги должны быть возвращены въ томъ же количествѣ, въ которомъ онѣ были получены; здѣсь предметомъ кондикціи является genus, и поэтому отвѣтчикъ по общему правилу отвѣчаетъ даже за случайную ихъ потерю.

Другіе предметы—въ томъ числѣ всѣ замѣнимыя вещи кромѣ денегъ, напр., хлѣбъ—должны быть возвращены in specie [28]). Поэтому получатель обязанъ возвратить все, что еще осталось у него отъ уплоченнаго, а въ случаѣ произведеннаго имъ отчужденія—вырученную цѣну. Если же полученное имъ потреблено, то онъ обязанъ возвратить цѣну вещи, которую она имѣла въ моментъ потребленія. Рискъ случайной гибели или порчи лежитъ на плательщикѣ.

---

[26]) l. 6, pr., l. 57, pr. D. h. t. 12. 6; l. 18. D. de condictione furtiva. 13. 1; l. 6. C. h. t. 4. 5. Объ уплатѣ мнимыхъ долговъ поручителемъ ср. l. 47. D. h. t. 12. 6. Вообще см. Schlossmann: Die condictio indebiti bei Zahlungen für einen Dritten въ Grünhuts Zeitschrift, т. 9, стр. 553; кромѣ того, Oertmann, loc. cit., стр. 445.

[27]) l. 6, § 2, l. 57, § 1. D. h. t. 12. 6.

[28]) Относительно того, что именно составляетъ предметъ condictio indebiti, мнѣнія расходятся; см. главнымъ образомъ, Mandry въ Archiv für civ. Praxis, т. 48, статья 9, и Vangerow, т. 3, § 625, прим. 3, стр. 404. При денежныхъ платежахъ отвѣтчикъ обязанъ возвратить „столько же“, такъ какъ деньги эти взыскиваются посредствомъ actio certae pecuniae, Gajus Inst. III, § 91; этотъ же искъ былъ направленъ на возвращеніе не „монетъ“, а „денежныхъ суммъ“, см. l. 19, § 2. D. h. t.; l. 1. C. h. t. 4. 5. Напротивъ, изъ l. 65, § 6. D. h. t. 12. 6 слѣдуетъ, что при передачѣ хлѣба, котораго кондикціонный вѣритель не обязанъ отдавать, долженъ быть возвращенъ тотъ же хлѣбъ или его цѣна. Ср., кромѣ того, l. 26, § 12, l. 65, § 7 и 8. D. h. t. 12. 6. Этимъ объясняется l. 7. D. h. t. 12. 6 и l. 25. D. de praescriptis verbis. 19. 5, на основаніи коихъ должно быть возвращено „aut ipsum aut tantumdem“. Послѣднее относится къ денежнымъ платежамъ, а первое къ удовлетворенію иного рода. Тѣмъ не менѣе надо полагать, что получатель денегъ, на принятіе которыхъ онъ не имѣлъ права, можетъ зачесть при обратномъ требованіи эквивалентъ такихъ расходовъ, которые онъ произвелъ въ ложномъ представленіи о своемъ увеличившемся состояніи.

Кондикціонный должникъ обязанъ вернуть [29]) [30]) извлеченные имъ плоды и всякія приращенія. Съ того момента, какъ онъ начинаетъ быть in mora, его отвѣтственность увеличивается согласно общимъ правиламъ о просрочкѣ [31]).

d) Истецъ обязанъ *доказать, что платежъ состоялся* [32]). Но онъ обязанъ также установить несуществованіе предполагаемаго долга; ибо своимъ платежомъ онъ его на первый взглядъ какъ бы призналъ. Римское право даетъ весьма странную привилегію пупиллямъ, малолѣтнимъ, солдатамъ, крестьянамъ и людямъ слабоумнымъ. Если эти лица потребуютъ обратно ими уплоченное, какъ платежъ, произведенный по несуществующему долгу, то дѣйствительность долга обязанъ доказать получатель [33]). Современная практика вполнѣ основательно игнорируетъ это правило.

Впрочемъ, и въ настоящее время обязанность доказыванія переходитъ на получателя въ томъ случаѣ, если послѣдній отрицалъ полученіе платежа, которое потомъ было доказано истцомъ. Тогда дѣло отвѣтчика доказать существованіе долга [34]).

Истецъ долженъ также установить свое *заблужденіе при пла-*

---

[29]) l. 15, pr. l. 65, § 5. D. h. t. 12. 6.

[30]) По римскому праву нельзя было требовать уплаты процентовъ, l. 1. C. h. t. 4. 5. Это являлось слѣдствіемъ строго цивильнаго характера кондикціи; по обще-германскому праву проценты должны быть уплачиваемы по тѣмъ же правиламъ, которые соблюдались при римскихъ bonae fidei judicia, стало быть, главнымъ образомъ, съ момента просрочки; Petrażycki: Einkommen, т. 2, стр. 256. Ср. также Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 111.

[31]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 818.

[32]) О доказательствѣ при condictio indebiti трактуетъ извѣстная l. 25, pr., §§ 1 и 2. D. de probationibus. 22. 3; она, правда, носитъ имя Павла (libro 3 quaestionum), но бо́льшая часть ея, безъ сомнѣнія дѣло рукъ компиляторовъ. Ср. Römer: Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums, стр. 55; Bähr: Die Anerkennung, въ особенности §§ 21 и слѣд.; Zimmermann въ Archiv für civ. Praxis, т. 48, статья 4; Hofmann въ Archiv für praktische Rechtswissenschaft, n. F, т. 8, статья 10; Wächter: Pandekten, т. 2, стр. 501. Дальнѣйшую литературу см. у Vangerow'a, т. 3, § 625, прим. 2, стр. 402. Гражд. улож. для герман. имперіи не рѣшаетъ этого вопроса.

[33]) Brinz, т. 2, стр. 549, прим. 37. Вѣритель, которому уплоченъ долгъ, обязанъ возвратить должнику долговой документъ; въ виду этого необходимость доказывать впослѣдствіи (по истеченіи быть можетъ многихъ лѣтъ), что уплоченный долгъ дѣйствительно существовалъ, могла бы поставить вѣрителя въ весьма затруднительное положеніе. Видоизмѣненія этого принципа, отчасти совершенно произвольныя, указаны, впрочемъ, въ самой l. 25, § 2. D. de probationibus. 22. 3.

[34]) О практическомъ значеніи вышеуказаннаго правила ср. Seuffert въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, стр. 351.

тежъ; ибо оно служитъ главнымъ основаніемъ его притязанія [35]). Впрочемъ, заблужденіе часто вытекаетъ безъ дальнѣйшаго изъ доказательства несуществованія долга и его погашенія.

§ 142. Condictio ob causam [1]) [2]).

Condictio ob causam возникаетъ изъ сдѣлокъ, при которыхъ извѣстное лицо доставило что-нибудь, имѣя въ виду будущія цѣли, которыя однако не осуществились [3]).

a) Требуется *предоставленіе имущественной выгоды* кондикціоннымъ вѣрителемъ кондикціонному должнику либо посредствомъ передачи права собственности на вещь [4])—datio, либо посредствомъ абстрактнаго обѣщанія [5]), напр., путемъ дачи векселя — promissio— или инымъ способомъ.

b) Но это предоставленіе имущественнаго блага *должно быть лишь первымъ звеномъ сдѣлки*, такъ чтобы ея завершеніе зависѣло отъ будущихъ событій. Возможно, что эти событія лежатъ внѣ вліянія заинтересованныхъ сторонъ; это имѣетъ мѣсто, напр., при дареніи на случай смерти, гдѣ предполагается, что даритель умретъ раньше одареннаго [6]); но случается также, что эти будущія событія зависятъ и отъ содѣйствія получающаго имущественную выгоду, напр., при передачѣ жениху приданаго, когда предполагается заключе-

---

[35]) Таково господствующее мнѣніе; тѣмъ не менѣе вопросъ считается спорнымъ. Wächter: Pandekten, loc. cit., высказался въ особенности противъ того, чтобы на истца возлагалась обязанность доказать заблужденіе.

[1]) Tit. Dig. de condictione causa data causa non secuta. 12. 4. Это названіе означаетъ, что не воспослѣдовало основаніе того, что̀ было дано въ виду этого основанія: causa non secuta—это ablativus absolutus, data—винительный падежъ въ зависимости отъ secuta, causa—ablativus causalis къ data; ср. Voigt: Condictiones, стр. 490. Tit. Cod. de condictione ob causam datorum. 4. 6.

[2]) Литература: Wächter: Doctrina de condictione causa data, 1822; Erxleben: Die condictiones sine causa, отд. 2, 1853; Wendt: Reurecht und Gebundenheit, Heft 1, 1878; Brinz, т. 2, стр. 533; Windscheid въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, стр. 181 и слѣд.; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 259.

[3]) Когда именно condictio ob causam пріобрѣла въ Римѣ права гражданства, объ этомъ могутъ быть лишь догадки. Сервій Сульпицій трактуетъ о ней, l. 8. D. h. t. 12. 4.

[4]) Конечно, главнымъ случаемъ была передача денегъ. l. 1, pr., § 1, l. 3, pr. D. h. t. 12. 4.

[5]) l. 1, § 2. D. de condictione sine causa. 12. 7; l. 24. D. de mortis causa donationibus. 39. 6.

[6]) l. 12. D. h. t. 12. 4. Ср. выше, вып. I, § 112, прим. 8.

ніе брака [7] [8]); наконецъ, событія могутъ также состоять просто въ дѣйствіяхъ лица, получающаго выгоду [9]).

Они могутъ, далѣе, являться или главнымъ, или же второстепеннымъ моментомъ сдѣлки, напр., modus'омъ [10]). Но необходимо, чтобы ихъ осуществленіе входило въ *составъ* сдѣлки. Это вытекаетъ *изъ общаго характера сдѣлки*, какъ при даренiи на случай смерти и при предоставленіи приданаго, или же можетъ основываться на *особыхъ договорныхъ условіяхъ*.

Было бы, однако, ошибочно думать, что надежды и предположенія, которыя имѣлись въ виду контрагентами при заключеніи договора или которыя были ими при этомъ даже высказаны, должны всегда приниматься во вниманіе. Напр., при продажѣ земельнаго участка знакомыми контрагентами высказывается надежда, что между ними сохранятся добрыя сосѣдскія отношенія. Конечно, не можетъ быть и рѣчи о признаніи купли-продажи недѣйствительной, если впослѣдствіи между контрагентами возникнетъ ссора [11]). Отмѣна сдѣлки была бы возможна лишь въ томъ случаѣ, если бы названное предположеніе явилось условіемъ или modus'омъ договора.

Нельзя поэтому назвать безусловно невѣрнымъ то весьма распространенное мнѣніе, которое видитъ основаніе данной кондикціи въ томъ, что извѣстное *предположеніе* не состоялось; но признать его точнымъ едва ли возможно: лишь тѣ предположенія принимаются въ соображеніе, которыя являются составными частями сдѣлки [12]).

---

[7]) l. 6 и 10. D. h. t. 12. 4. Впрочемъ, это содѣйствіе получателя можетъ и не имѣть рѣшающаго значенія.

[8]) Сюда относится случай платежа должникомъ negotiorum gestor'у вѣрителя въ ожиданіи будущаго одобренія послѣдняго, которое, однако, не получается, l. 14. D. h. t. 12. 4.

[9]) l. 5, pr., §§ 1 и 2. D. h. t. 12. 4. Condictio ob causam не обоснована, если платежъ произведенъ съ цѣлью исполненія двусторонняго обязательства, даже и въ томъ случаѣ, если съ другой стороны не послѣдовало исполненія; обязательство здѣсь исполнено не ob causam futuram. Иного взгляда держались по отношенію къ безымяннымъ договорамъ — contractus innominati, ср. выше § 7.

[10]) Выше, вып. I, § 115, прим. 9.

[11]) l. 3, § 7. D. h. t. 12. 4. Ulpianus libro 26 ad edictum: ....Ut et ipse—Celsus—ait, eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.

[12]) Главнымъ образомъ, Windscheid, т. 2, § 427, находитъ основаніе condictio ob causam въ томъ, что ожидаемое въ будущемъ „предположеніе“ не осуществилось. Ср. объ этомъ выше, вып. II, § 115, 2. Гражд. улож. для герман. имперіи § 812 требуетъ, чтобы не наступило событіе, которое стороны имѣли въ виду, судя по самому содержанію сдѣлки.

c) Condictio ob causam возникаетъ, если извѣстная цѣль не была *достигнута*, т. е. если предполагаемая сдѣлка не осуществилась. Обыкновенно безразлично, почему сдѣлка не состоялась; кондикція допускается и тогда, если это произошло случайно [13]) или по собственной волѣ предоставляющаго выгоду въ виду извѣстной цѣли [14]).

Впрочемъ, намѣреніе контрагентовъ при передачѣ цѣнности могло быть таково, чтобы получающій оставилъ ее за собой, если только не онъ самъ явится главнымъ виновникомъ недостиженія цѣли сдѣлки [15]).

Содержаніе и размѣръ отвѣтственности опредѣляются по аналогіи съ condictio indebiti въ томъ періодѣ, когда для требованія о возвратѣ еще не наступила пора, и кондикціонный должникъ по извинительнымъ причинамъ еще не зналъ о наступленіи обязанности вернуть полученное. Что же касается дальнѣйшаго времени, то должникъ обязанъ вернуть не только извлеченные имъ доходы, но и тѣ, которые онъ могъ бы получить [16]).

Истецъ для обоснованія своего иска долженъ лишь доказать, что онъ далъ отвѣтчику что-либо для намѣченной имъ цѣли; дѣло отвѣтчика установить, что цѣль сдѣлки достигнута, или что ея судьба еще не рѣшилась [17]).

---

[13]) l. 16. D. h. t. 12. 4. Celsus libro 3 digestorum:... Et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Впрочемъ, примѣръ, приведенный Цельсомъ, не подходитъ болѣе къ современному праву, такъ какъ въ наше время въ данномъ случаѣ предполагалась бы купля-продажа. Ср. выше, § 94, прим. 5.

[14]) l. 1, § 1. D. h. t. 12. 4. Ulpianus libro 26 ad edictum: Si parendi condicioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere. A. назначенъ наслѣдникомъ подъ условіемъ выдать B. 10000; онъ выплачиваетъ ихъ и затѣмъ отказывается отъ наслѣдства, находя его по зрѣломъ размышленіи для себя не выгоднымъ. Онъ имѣетъ право кондицировать эти 10000.

[15]) Это предполагается, главнымъ образомъ, въ случаѣ невозможности исполненія modus'a, l. 8. C. h. t. 4. 6. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 815: Не допускается требованіе о возвратѣ по поводу неосуществленія послѣдствія, ради достиженія котораго было учинено удовлетвореніе, если событіе съ самаго начала представлялось невозможнымъ, и лицо, чинившее удовлетвореніе, знало это, или если оно недобросовѣстно воспрепятствовало наступленію событія.

[16]) Ср. l. 38, § 1. D. de usuris. 22. 1; l. 42, § 1. D. sol. matr. 24. 3; Petrażycki: Einkommen, т. 2, стр. 33. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 820.

[17]) Вопросъ о распредѣленіи обязанности доказыванія весьма споренъ. Ср. Windscheid, т. 2, § 429, прим. 1, также R. G. E., т. 14, стр. 225. Слѣдуетъ исходить изъ того положенія, что передача имущества является обоснованной

§ 143. Condictiones sine causa [1]).

Въ болѣе широкомъ смыслѣ всѣ разсмотрѣнные иски подходятъ подъ общую категорію condictiones sine causa, такъ какъ всѣ они вытекаютъ изъ обогащенія безъ достаточнаго основанія [2]).

Но въ болѣе тѣсномъ смыслѣ condictiones *sine causa* имѣютъ мѣсто при тѣхъ лишенныхъ надлежащаго основанія *обогащеніяхъ*, которыя *не подходятъ подъ категоріи разсмотрѣнныхъ выше кондикцій*. Онѣ служатъ поэтому для восполненія неделиктныхъ кондикцій. Сфера ихъ примѣненія обширна [3]).

Онѣ не ограничиваются случаямя передачи чего-либо кондикціоннымъ вѣрителемъ безъ достаточнаго основанія. Напротивъ, онѣ имѣютъ мѣсто и тогда, если вообще что-либо пріобрѣтается изъ чужого имущества безъ основанія, напр., вслѣдствіе спецификаціи [4]) или посредствомъ продажи чужой вещи, такъ что ея добросовѣстный владѣлецъ обогащается въ ущербъ ея собственнику [5]).

Кондикціи sine causa примѣняются не только, если обогащеніе было лишено основанія съ самаго начала, но и въ тѣхъ случаяхъ, если обогащеніе лишится своего основанія впослѣдствіи.

а) Къ случаямъ перваго рода относится между прочимъ обога-

лишь въ томъ случаѣ, если цѣль, ради которой она состоялась, осуществилась. Что такого рода обоснованность существуетъ, должно доказать лицо, получившее что-либо изъ чужого имущества. Таково мнѣніе Windscheid'a, loc. cit., ср. R. G. E., loc. cit. Иначе Brinz, т. 2, стр. 540. Спорнымъ является также вопросъ о распредѣленіи обязанности доказыванія, если отвѣтчикъ ссылается на то, что неопредѣленность положенія еще продолжается, между тѣмъ какъ истецъ утверждаетъ, что цѣль, о которой идетъ рѣчь, болѣе недостижима. Здѣсь Windscheid желаетъ возложить обязанность доказыванія на истца. Но такой взглядъ едва ли справедливъ. Дѣло отвѣтчика оправдать удержаніе того, что́ ему было предоставлено ради осуществленія опредѣленной цѣли; это можетъ быть достигнуто не иначе, какъ доказательствомъ того, что достиженія указанной цѣли, судя по содержанію и общему положенію сдѣлки, можно еще ожидать.

[1]) Tit. Dig. de condictione sine causa. 12. 7, Cod. 4. 9; Reinhard: Zur Lehre von der condictio sine causa въ Archiv für civ. Praxis, т. 29, статья 7; Kiesselbach въ Jherings Jarb., т. 5, статья 1.

[2]) Болѣе древніе писатели говорили поэтому о condictio sine causa „generalis", которая предъявлялась наравнѣ съ остальными кондикціями. Таково еще мнѣніе глоссы къ l. 1, pr. D. h. t. 12. 7. Но о подобной конкуренціи исковъ здѣсь не можетъ быть рѣчи, а лишь объ одной общей научной точкѣ зрѣнія, подъ которую могутъ быть подведены различныя кондикціи. Ср. Mitteis въ Jherings Jahrb., т. 39, III; Mayr, loc. cit., стр. 276.

[3]) Ср. Vangerow, т. 3, § 628, стр. 409.

[4]) Выше, вып. II, § 36. Ср. l. 4, § 2. D. de rebus creditis. 12. 1. Ulpianus libro 34 ad Sabinum: Ea, quae vi huminum importata sunt, condici possunt.

[5]) Выше, вып. II, § 57, прим. 25; гражд. улож. для герман. имперіи § 816.

іценіе, которое не имѣетъ даже субъективнаго основанія и представляется, главнымъ образомъ, игрою случайности и недоразумѣніемъ, напр., къ суммѣ векселя вслѣдствіе описки приписанъ лишній нуль [6]); сюда же относится передача лишь по мнимому основанію, напр., предоставленіе вещи въ собственность съ цѣлью заключить сдѣлку, о которой обѣ стороны имѣютъ различныя представленія [7]); наконецъ, передача вещи съ цѣлью заключить сдѣлку, запрещенную закономъ, напр., дареніе между супругами.

b) Случаи, въ которыхъ основаніе, бывшее сначала налицо, впослѣдствіи отпадаетъ, такъ наз. causa finita, между прочимъ слѣдующіе: акта остается у даннаго лица [8]) послѣ полнаго исполненія обязательства контрагентомъ, или долговая расписка остается у вѣрителя [9]) послѣ уплаты долга. Дальнѣйшими примѣрами являются случаи возмѣщенія контрагентомъ убытковъ на томъ основаніи, что вещь, ему ввѣренная, пропала, а впослѣдствіи она находится [10]); далѣе, отмѣна дара вслѣдствіе неблагодарности [11]).

Размѣръ притязанія въ отдѣльныхъ случаяхъ condictio sine causa различенъ. Обыкновенно здѣсь примѣняются принципы, выработанные при condictio indebiti. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ кондикціонный должникъ несетъ отвѣтственность лишь въ размѣрѣ своего *обогащенія* въ моментъ предъявленія иска. Поэтому онъ свободенъ отъ всякой отвѣтственности, если полученное имъ уже потреблено еще до начала процесса. Это правило примѣняется преимущественно въ случаѣ недѣйствительнаго даренія между супругами [12]).

---

[6]) Ср. R. G. E., т. 10, стр. 111; l. un. C. de calculi errore. 2. 5.
[7]) Ср. мѣста, приведенныя выше, вып. II, § 45, прим. 9.
[8]) l. 11, § 6. D. de a. e. v. 19. 1.
[9]) l. 2. C. h. t. 4. 9.
[10]) l. 2. D. h. t. 12. 7.
[11]) Выше, § 108, lit. 3 a.
[12]) l. 5, § 18, l. 6. D. de donationibus inter virum et uxorem. 24. 1.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Право оспариванія, принадлежащее обойденнымъ кредиторамъ.

A. Римское право.

§ 144. Историческое развитіе actio Pauliana [1]).

Должники, сильно обремененные долгами, часто отчуждаютъ свое имущество предъ открытіемъ конкурса [2]) съ той цѣлью, чтобы оно не досталось ихъ вѣрителямъ. Такого рода дѣйствія представляются нарушеніемъ довѣрія и сильно угрожаютъ кредиту.

Пока существовала строго личная отвѣтственность, правда, можно было не особенно опасаться такихъ проступковъ, такъ какъ послѣдніе, вызывая недовольство кредиторовъ, тяжело отозвались бы на самихъ должникахъ; но со времени ограниченія личной отвѣтственности должника, для защиты кредиторовъ стали необходимы тѣ мѣры, которыя были впослѣдствіи установлены преторскою властью.

Для лучшей оцѣнки этихъ мѣръ необходимо имѣть въ виду, что въ Римѣ существовало *два вида конкурса:* нормальный конкурсъ посредствомъ emptio bonorum и позднѣйшая форма—ликвидація при помощи конкурсныхъ попечителей. Для обоихъ видовъ преторъ создалъ особые иски, основаніемъ которыхъ являются обманъ и нарушеніе довѣрія [3]).

---

[1]) Tit. Dig. quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. 42. 8, Cod. de revocandis his, quae per fraudem alienata sunt. 7. 75.

[2]) По современному праву, сдѣлки, заключенныя несостоятельнымъ должникомъ *послѣ* открытія конкурса, *недѣйствительны* по отношенію къ его кредиторамъ; выше, § 56, прим. 5. По римскому же праву кредиторы, добившіеся missio in bona, были обезпечены отъ подобныхъ дѣйствій должника особымъ закладнымъ правомъ, установленнымъ преторской властью. Ср. также l. 6, § 7. D. h. t. 42. 8.

[3]) См. выше, стр. 186, 187. Надо всегда помнить эти факты, иначе нельзя получить правильнаго представленія объ историческомъ развитіи нашего вопроса. Вотъ почему и не могли придти къ правильнымъ выводамъ остроумныя и ученыя работы Huschke въ Lindes Zeitschrift, n. F, т. 14, статья 1, и Schey въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, т. 13, стр. 120. Тѣмъ не менѣе и по сіе время Ubbelohde у Glück'a къ кн. 43, ч. 1, стр. 167 и ч. 2, стр. 364 придерживается того мнѣнія, что преторъ установилъ для *одного и того же случая* сначала „actio", а затѣмъ „interdictum"; цѣль интердикта, по его мнѣнію, заключается въ томъ, что при его помощи можно было предъявить искъ, построенный на обманѣ или зломъ умыслѣ, внѣ обычнаго судебнаго времени—actus. Но преторъ могъ достигнуть той же цѣли гораздо проще. Впрочемъ, и Enrico Serafini въ

1. Порядокъ нормальнаго конкурснаго производства посредствомъ emptio bonorum былъ слѣдующій:

a) Раньше всего право приходило на помощь въ томъ случаѣ, если должникъ, съ цѣлью причинить убытокъ своимъ вѣрителямъ, продавалъ *принадлежащія ему тѣлесныя вещи* третьимъ лицамъ—участникамъ его недобросовѣстнаго поступка. Это всегда являлось главнымъ случаемъ обманнаго нарушенія правъ вѣрителей и считается таковымъ и понынѣ. Преторъ предоставлялъ конкурснымъ вѣрителямъ, убытки которыхъ обнаружились въ результатѣ производства emptio bonorum, *vindicatio utilis* по отношенію къ отчужденнымъ объектамъ, при чемъ допускалась фикція, что никакого отчужденія не произошло [4]).

b) Этотъ древнѣйшій искъ, основанный на обманѣ, требовалъ, чтобы несостоятельный должникъ былъ *собственникомъ* спорныхъ объектовъ до отчужденія, и чтобы вѣрители могли доказать этотъ фактъ. Только подъ этимъ условіемъ допускалась отмѣна отчужденія и—благодаря ей—виндикація. Но это доказательство не всегда было возможно и во всякомъ случаѣ оно неудобно и затруднительно для кредиторовъ. Поэтому преторъ далъ имъ сверхъ того еще *interdictum fraudatorium* [5]). Этотъ интердиктъ принадлежалъ къ категоріи interdicta adipiscendae possessionis и требовалъ лишь, чтобы спорные объекты *фактически* находились въ имуществѣ должника, и чтобы они были умышленно отчуждены должникомъ *обманнымъ* образомъ.

c) Къ этому преторъ присоединилъ для защиты обманутыхъ вѣрителей, какъ общее средство, actio in factum, которая при извѣст-

---

Archivio giuridico, т. 38, стр. 119, и Schneider въ Kritische Vierteljahrsschrift, т. 32, стр. 251, высказались противъ взгляда Дернбурга. Зато установленное послѣднимъ разграниченіе между двумя конкурсными производствами одобряютъ Gradenwitz въ Zeitschrift der Savignystift. rom. Abtheilung, т. 8, стр. 255, и Lenel въ Palingenesia. Ср. еще Brezzo: La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori, 1892. P. I. c. 1.

[4]) § 6. I. de actionibus. 4. 6. Это тотъ же самый искъ, о которомъ упоминаетъ Цицеронъ въ своемъ письмѣ ad Atticum I, 1, § 3. Очевидно, этотъ узкій и ограниченный искъ, который, впрочемъ, и Цицерономъ, loc. cit., ставится въ связь съ bonorum venditio, не могъ быть тождественъ съ широкимъ и отвлеченнымъ искомъ, о которомъ идетъ рѣчь въ l. 1, pr. D. h. t. 42. 8 въ случаѣ конкурса съ участіемъ попечителей.

[5]) Interdictum fraudatorium согласно l. 10, pr. D. h. t. 42. 8 гласитъ: Ulpianus libro 73 ad edictum. Ait praetor: „Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas“.

ныхъ условіяхъ допускалась даже противъ такихъ контрагентовъ должника, которые при пріобрѣтеніи вещи не имѣли никакихъ свѣдѣній объ обманѣ [6]).

d) Равнымъ образомъ преторъ обѣщалъ отказывать въ искѣ, который могло бы предъявить противъ bonorum emtor'a третье лицо, пріобрѣвшее на основаніи обманной сдѣлки какія-нибудь права отъ несостоятельнаго должника. Предполагалось, конечно, что это лицо знало о злостномъ намѣреніи должника [7]).

2. На тотъ случай, когда назначались *конкурсные попечители* для отчужденія массы, преторъ установилъ, наконецъ, *одинъ* общій искъ, направленный противъ обманныхъ сдѣлокъ, въ столь общей формѣ, что онъ поражалъ всѣ злостныя продѣлки недобросовѣстнаго должника [8]).

Одинъ изъ всѣхъ упомянутыхъ исковъ назывался actio Pauliana, но какой именно, подлежитъ сомнѣнію [9]).

Въ кодификаціи Юстиніана всѣ иски древняго права, основанные на обманѣ, слились воедино, причемъ, однако, остались отдѣльныя противорѣчія. Признанный въ Юстиніановомъ правѣ искъ, направленный противъ обманныхъ сдѣлокъ, въ настоящее время принято называть actio Pauliana.

---

[6]) Этотъ искъ связывался съ interdictum fraudatorium словами — l. 10, pr. D. h. t. 42. 8: „Interdum causa cognita— et si scientia non sit — in factum actionem permittam". Отношеніе къ emptio bonorum ясно видно изъ l. 10, § 18. D. h. t. 42. 8.

[7]) l. 25. D. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis. 42. 5. Ulpianus libro 64 ad edictum: Ait praetor: „Quod postea contractum erit, quam is, cujus bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur".

[8]) l. 1, pr. D. h. t. 42. 8. Ulpianus libro 66 ad edictum: Ait praetor: „Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo". Одно сравненіе эдикта, приведеннаго въ прим. 15 съ текстомъ, здѣсь перепечатаннымъ, устраняетъ всякое сомнѣніе въ томъ, что преторъ установилъ особые эдикты для bonorum emptio и для конкурса съ участіемъ попечителей. Что въ l. 1, pr. D. h. t. „curatori bonorum" не является интерполяціей, видно изъ самаго порядка коментарія Ульпіана къ эдикту, который въ 66 книгѣ трактовалъ о конкурсныхъ попечителяхъ, а въ 64 книгѣ объ emptio bonorum. Ср., главнымъ образомъ, Lenel: Edictum, стр. 351. Правда, Ubbelohde, loc. cit., стр. 168, ссылаясь съ перваго взгляда не безъ основанія на l. 6, § 12. D. h. t., утверждаетъ, что и упомянутый въ l. 1, pr. D. 42. 8 искъ былъ въ связи съ bonorum emptio. Противъ этого ср. Lenel: Palingenesia, vol. II, pag. 799, n. 1.

[9]) Въ l. 38, § 4. D. de usuris. 22. 1 Павелъ называетъ *личный искъ* изъ обманныхъ дѣйствій actio Pauliana; Θеофилъ—къ § 6. I. de actionibus. 4. 6.— употребляетъ то же имя для обозначенія actio rescissoria *in rem*, также вызванную обманомъ.

§ 145. Основныя положенія actio Pauliana [1]).

1. Actio Pauliana коренится исключительно въ *недобросовѣстности должника*—она, слѣдовательно, имѣетъ субъективную основу.

Условія этого иска слѣдующія:

a) *Отчужденіе* имущества должникомъ. Его надо понимать въ самомъ широкомъ смыслѣ. Сюда относятся отчужденіе тѣлесныхъ предметовъ, правъ, принятіе на себя обремененій и обязательствъ, отказъ отъ правъ и притязаній [2]).

Безразлично, произведено ли отчужденіе посредствомъ недобросовѣстныхъ дѣйствій или недобросовѣстнаго упущенія [3]).

Но сюда не относится отказъ должника отъ представлявшейся ему возможности извлечь выгоду [4]).

b) *Намѣреніе должника причинить ущербъ своимъ вѣрителямъ*—consilium fraudandi [5]).

c) Такое *осуществленіе этого намѣренія*, что вѣрители, которымъ должникъ желалъ причинить вредъ, или ихъ преемники не могутъ получить изъ его имущества полнаго удовлетворенія [6]).

d) *Участникъ сдѣлки* отвѣчаетъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ зналъ о злостномъ намѣреніи должника или сдѣлалъ пріобрѣтеніе безвозмездно [7]).

2. Можно ли оспаривать *законность платежей*, которыми должникъ, чрезмѣрно обремененный долгами, удовлетворилъ нѣкото-

---

[1]) Otto: Die Anfechtung nach gemeinem, sächsischem und Reichsrecht, 1881. Тамъ можно найти указанія на важнѣйшую болѣе старую литературу.

[2]) l. 1, § 2, l. 2, l. 3, pr. D. h. t. 42. 8.

[3]) l. 3, § 1, l. 4. D. h. t. 42. 8.

[4]) l. 6, pr., § 5. D. h. t. 42. 8. Самый древній изъ этихъ исковъ исходилъ изъ случая отчужденія—выше § 144, прим. 4; и хотя позднѣйшіе эдикты и были составлены шире, l. 1, pr. D. h. t., однако они все же держались этой основной мысли.

[5]) l. 1, pr., § 1, l. 17, § 1. D. h. t. 42. 8; l. 10. D. qui et a quibus. 40. 9. Достаточно одного сознанія хотя бы лишь возможнаго ущерба для кредиторовъ. Не требуется, чтобы нанесеніе вреда было главною цѣлью дѣйствій. Поступаетъ недобросовѣстно и тотъ, кто наноситъ своимъ кредиторамъ вредъ дѣйствіемъ, вызваннымъ благодарностью или набожностью; ср. R. G. E., т. 9, стр. 73. Culpa lata приравнивается къ dolus'y.

[6]) l. 10, § 1. D. h. t. 42. 8.

[7]) Предполагается пріобрѣтеніе, не сопряженное ни съ какими издержками. Но не требуется безусловно дареніе. Можно предъявить искъ и къ легатаріямъ, при чемъ безразлично, были ли они или не были причастны къ обману, l. 6, § 13. D. h. t. 42. 8, а также и къ лицамъ, получившимъ выгоду благодаря отказу отъ закладного права, l. 2 и 18. D. h. t. 42. 8, хотя этихъ лицъ нельзя назвать получателями дара въ собственномъ смыслѣ.

рыхъ изъ своихъ вѣрителей, давая имъ, такимъ образомъ, предпочтеніе предъ остальными?

Римляне отвѣчали на этотъ вопросъ отрицательно, такъ какъ ни должникъ, уплачивая долги, ни вѣритель, принимая платежъ, ему причитающійся, не совершаютъ обмана [8]). Это правило касалось даже платежей, срокъ которымъ еще не наступилъ. Лишь выгода отъ interusurium'а вслѣдствіе платежа, произведеннаго до наступленія срока обязательства, должна была поступить въ пользу остальныхъ вѣрителей [9]).

Однако, возможность подобнаго предпочтенія должникомъ отдѣльныхъ, близкихъ ему вѣрителей не отвѣчаетъ требованіямъ справедливости, а также не согласуется съ интересами кредита. Поэтому долго господствовала въ общегерманскомъ правѣ теорія, которая не допускала подобнаго преимущественнаго удовлетворенія и предоставляла конкурснымъ вѣрителямъ право оспариванія въ томъ случаѣ, если кому-либо изъ нихъ посредствомъ платежа оказано было предпочтеніе [10]). Въ новѣйшее время эта теорія не могла устоять противъ того сильнаго вліянія, которое оказали на науку и практику ученія римскихъ источниковъ. Можно, впрочемъ, оспаривать закладное право, установленное въ пользу одного конкурснаго вѣрителя въ ущербъ другимъ [11]), а также предоставленіе кредитору другихъ какихъ-либо выгодъ вмѣсто платежа [12]); подобныя мѣры разсматриваются уже какъ новыя сдѣлки.

3. Искъ, вызванный обманомъ должника, считается *личнымъ*, а не вещнымъ [13]).

---

[8]) Это утверждаетъ извѣстная l. 6, § 7. D. h. t. 42. 8. Ulpianus libro 66 ad edictum: Sciendum Julianum scribere eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Исполненіе натуральныхъ обязательствъ также не считалось обманнымъ дѣйствіемъ и не подлежало оспариванію; l. 19 и 20. D. h. t. 42. 8.

[9]) l. 10, § 12. D. h. t. 42. 8. Ulpianus libro 73 ad edictum: Si, cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri; ср. l. 17, § 2. D. h. t. 42. 8. Вопросъ этотъ, впрочемъ, считается спорнымъ.

[10]) Эту теорію, такъ наз. Gratificationstheorie, оспаривалъ, главнымъ образомъ, Francke въ Archiv für civ. Praxis, т. 16, статья 5; въ ея пользу высказался Laspeyres въ томъ же журналѣ, т. 21, статья 2, но противъ послѣдняго возражаютъ Vangerow, т. 3, § 697, стр. 621, и Brezzo, loc. cit., стр. 344.

[11]) l. 10, § 13. D. h. t. 42. 8.

[12]) Этотъ вопросъ споренъ; ср. Vangerow, т. 3, § 698, стр. 628.

[13]) Не безспоренъ также вопросъ, является ли искъ, вытекающій изъ обмана,

a) Право вчинать искъ имѣетъ конкурсный попечитель, а въ случаѣ надобности—и потерпѣвшій вѣритель [14]).

b) Отвѣтственнымъ является контрагентъ должника, поскольку онъ зналъ объ обманѣ или безвозмездно извлекъ изъ него выгоду [15]). Искъ можетъ быть также предъявленъ къ самому должнику, виновному въ обманѣ [16]).

c) Соучастникъ въ обманѣ обязанъ привести для пострадавшаго вѣрителя все дѣло въ такой видъ, какъ будто бы отчужденіе не было произведено [17]). Находится ли вещь у него или нѣтъ—безразлично, такъ какъ онъ несетъ весь рискъ [18]). Онъ также обязанъ возвратить плоды, приращенія и проценты, не только имъ дѣйствительно извлеченные, но и все, что недобросовѣстный должникъ могъ получить при нормальныхъ условіяхъ [19]). Добросовѣстные же

личнымъ —„in personam“, или вещнымъ —„in rem“. Ср. писателей, указанныхъ у Scheу, loc. cit., стр. 125, прим. 11. Въ l. 38, pr., § 4. D. de usuris. 22. 1 actio Pauliana прямо называется личнымъ искомъ. Да и не можетъ подлежать сомнѣнію, что всѣ указанные въ этомъ титулѣ Дигестъ иски носятъ характеръ личныхъ исковъ. Правда, упомянутый въ § 6. I. de actionibus. 4. 6 искъ—выше, § 144, прим. 4—былъ вещнымъ, по крайней мѣрѣ, по своей формѣ. Но онъ не вошелъ въ составъ Юстиніанова права, какъ это видно изъ Дигестъ, и гораздо раньше былъ затертъ болѣе новыми, вытекающими изъ обмана исками, главнымъ образомъ, искомъ, упомянутымъ въ l. 1, pr. D. h. t. 42. 8; этотъ послѣдній долженъ собственно считаться основнымъ средствомъ защиты противъ обмана и злого умысла въ Юстиніановомъ правѣ. Иного мнѣнія Brezzo, loc. cit., стр. 85.

[14]) l. 1, pr. D. h. t. 42. 8. Otto, loc. cit., стр. 127 и 213.

[15]) Искъ допускается и противъ третьихъ лицъ, если въ моментъ пріобрѣтенія извѣстныхъ выгодъ они имѣли свѣдѣнія о томъ, что ихъ контрагентъ зналъ объ обманѣ, arg., l. 9. D. h. t. 42. 8. Правда, и это положеніе спорно, см. Otto, loc. cit., стр. 113, и приведенныхъ тамъ авторовъ.

[16]) Это было прямо постановлено эдиктомъ о конкурсѣ съ участіемъ попечителей, l. 1, pr. D. h. t. 42. 8; юристы распространили это положеніе и на общее конкурсное производство, l. 10, § 24, l. 25, § 7. D. h. t. 42. 8. Кредитору было выгодно предъявлять къ своему должнику actio Pauliana; она была привилегирована по сравненію съ обыкновенными долговыми исками въ отношеніи исполнительной силы.

[17]) l. 38, § 4. D. de usuris. 22. 1. Paulus libro 6 ad Plautium: ...Praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset.

[18]) Лицо, участвовавшее со злымъ умысломъ въ сдѣлкѣ, заключенной недобросовѣстнымъ должникомъ, освобождается отъ риска лишь въ томъ случаѣ, если оно докажетъ, что вещь погибла бы и у лица, ее отчудившаго.

[19]) l. 10, § 20. D. h. t. 42. 8. Ulpianus libro 73 ad edictum: Et fructus, non tantum qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt, sed cum aliquo modo, scilicet ut sumptus facti deducantur. Отвѣтственность по interdictum fraudatorium не простиралась такъ далеко, что̀ еще видно изъ l. 25, § 4. D. h. t.; ср. Scheу, loc. cit., стр. 164; отсюда возникло то противорѣчіе, которое породило столь много споровъ

пріобрѣтатели, если къ нимъ предъявляется actio Pauliana, отвѣчаютъ лишь въ размѣрѣ своего обогащенія въ моментъ предъявленія иска [20]).

d) Отвѣтчикъ можетъ зачесть все предоставленное имъ въ видѣ эквивалента за отчужденныя ему цѣнности, поскольку оно обратилось въ пользу истца [21]).

e) Давность иска—годичная, считая время utiliter съ момента возникновенія для истца права предъявить искъ [22]). По истеченіи этого срока искъ ограничивается размѣромъ дѣйствительнаго обогащенія отвѣтчика [23]).

f) Наслѣдники отвѣчаютъ по правиламъ, установленнымъ для деликтныхъ обязательствъ вообще [24]).

B. Право оспариванія по германскимъ имперскимъ законамъ [1]).

§ 146. Общія положенія.

Право кредиторовъ оспаривать сдѣлки, заключенныя должникомъ, въ современномъ правѣ было значительно расширено.

Это новое право появляется уже въ средніе вѣка въ статутахъ итальянскихъ городовъ; впослѣдствіи оно укрѣпилось и получило распространеніе подъ вліяніемъ французскаго законодательства и сдѣлалось затѣмъ въ своихъ основныхъ положеніяхъ общимъ достояніемъ большинства европейскихъ культурныхъ государствъ, такъ что оно нынѣ считается общепринятымъ институтомъ для упорядоченія долговыхъ отношеній [2]).

Его принциповъ держится также законодательство германской имперіи. Послѣднее урегулировало по одному общему началу съ одной стороны посредствомъ конкурснаго устава—право вѣрителей, *участвующихъ въ конкурсѣ*, оспаривать дѣйствія должника, а съ другой стороны закономъ 21 Іюля 1879 г.—право оспаривать дѣйствія долж-

---

[20]) l. 6, §§ 11 и 12, l. 10, § 5. D. h. t. 42. 8.

[21]) l. 7 и 8. D. h. t. 42. 8.

[22]) l. 1, pr. D. h. t. 42. 8; ср. l. 10, § 18. D. h. t. 42. 8; l. 6, § 14. D. eod.; объясненіе этихъ фрагментовъ завело бы насъ здѣсь слишкомъ далеко.

[23]) l. 10, § 24. D. h. t. 42. 8.

[24]) Ср. l. 11. D. h. t. 42. 8, выше § 129, прим. 13 и слѣд.

[1]) К. О., §§ 22—35 и имперскій законъ 21 Іюля 1879 г. Ср. мотивы къ проектамъ этихъ законовъ, въ особенности къ К. О.; затѣмъ Cosack: Anfechtungsrecht der Gläubiger, 1884. Относящаяся сюда литература приведена въ помѣщенномъ тамъ же указателѣ,- стр. 393. Въ новѣйшее время вышла статья Lippmann'a въ Jherings Jahrb., т. 36, статья 3.

[2]) Ср. Cosack, loc. cit., стр. 5 и 386.

ника *независимо отъ конкурса*. Оспариваніе въ конкурсѣ мы называемъ *конкурснымъ*, а оспариваніе внѣ конкурса—*индивидуальнымъ*.

Особенность современнаго права состоитъ въ томъ, что оно основываетъ право оспариванія не исключительно на *недобросовѣстности* должника, какъ это дѣлаютъ римскіе источники; нынѣ допускается оспариваніе и такихъ юридическихъ дѣйствій, которыя являются *нарушеніемъ правъ вѣрителей*, между тѣмъ какъ виновника этихъ дѣйствій нельзя даже упрекнуть въ недобросовѣстности или безнравственности [3]).

Такимъ образомъ, на ряду съ оспариваніемъ, вытекающимъ изъ субъективнаго основанія, появляется оспариваніе на объективныхъ началахъ: наряду съ *правомъ оспариванія изъ actio Pauliana* еще право *кондикціонное*.

I. Первая категорія оспариванія соотвѣтствуетъ въ общихъ чертахъ римской actio Pauliana. Подлежатъ оспариванію въ конкурсѣ и внѣ его такія *юридическія дѣйствія, которыя были предприняты должникомъ съ извѣстнымъ другой сторонѣ намѣреніемъ причинить ущербъ своимъ вѣрителямъ* [4]) [5]).

Принимаются въ соображеніе также и *упущенія* [6]). Равнымъ образомъ можетъ быть оспоренъ отказъ должника отъ представлявшейся ему выгоды [7]).

Въ помощь вѣрителю существуетъ широкая презумпція злого умысла со стороны *близкихъ родственниковъ должника* [8]).

Близкими родственниками съ точки зрѣнія закона считаются супругъ должника—даже если бракъ заключенъ послѣ объявленія

---

[3]) Правда, мотивы къ К. О. пытаются обосновать оспариваніе—за исключеніемъ дареній—съ точки зрѣнія одного лишь правонарушенія отвѣтчика, т. е. дѣйствительнаго или предполагаемаго злого умысла. Противъ такого взгляда впервые высказался Dernburg въ своемъ Preuss. Privatrecht, т. 2, § 128; затѣмъ тѣ же мотивы были основательно опровергнуты еще Cosack'омъ, loc. cit., стр. 15, и съ этимъ, наконецъ, согласился высшій имперскій судъ въ общемъ собраніи 28 Іюня 1888 г., разрѣшая вопросъ о подсудности дѣлъ, возникшихъ по поводу оспариванія дѣйствій должника, предусмотрѣнныхъ въ К. О., § 23, lit. 2.

[4]) К. О., § 24, lit. 1; имперскій законъ 21 Іюля 1879 г., § 3, lit. 1.

[5]) Ср. выше § 145, прим. 5, и Cosack, loc. cit., стр. 77.

[6]) Мотивы къ К. О. объявляютъ *упущенія* должника не подлежащими оспариванію, но безъ достаточнаго основанія. Если, напр., должникъ умышленно не протестуетъ своихъ векселей, то оспариваніе должно быть допускаемо; ср. Cosack, loc. cit., стр. 48.

[7]) Ср. Cosack, loc. cit., стр. 66. Иначе римское право, см. выше, § 145, прим. 4.

[8]) К. О., § 24, lit. 2; имперскій законъ 21 Іюля 1879 г., § 3, lit. 2.

должника несостоятельнымъ, а равно нисходящіе и восходящіе должника и его супруга, братья и сестры съ ихъ супругами [9]).

Договоры съ такими родственниками *считаются* злостными: 1) въ случаѣ оспариванія въ конкурсѣ, когда они были заключены въ теченіе года до открытія конкурса; 2) въ случаѣ же оспариванія внѣ конкурса отдѣльными лицами, когда сдѣлка состоялась въ *теченіе года* до предъявленія иска или до соотвѣтствующаго заявленія. Это предположеніе можетъ быть опровергнуто родственниками лишь путемъ доказательства, что, въ моментъ заключенія договора, о намѣреніи должника причинить кредиторамъ ущербъ имъ ничего не было извѣстно [10]).

II. Ко второй категоріи основаній оспариванія относятся юридическія дѣйствія, въ которыхъ заключается *нарушеніе правъ* вѣрителей *съ объективной стороны*. Это оспариваніе подходитъ довольно близко къ condictio sine causa; вотъ почему мы его называемъ кондикціоннымъ оспариваніемъ. Здѣсь различаются двѣ главныя группы:

1. Одна имѣетъ въ виду только *случай конкурса*. Она опирается на то соображеніе, что конкурсные вѣрители имѣютъ неоспоримое право на соразмѣрное удовлетвореніе изъ имущества должника уже съ того момента, какъ стали обнаруживаться нѣкоторые признаки возможности конкурса. Поэтому подлежатъ оспариванію:

a) *Юридическія сдѣлки должника*, благодаря которымъ конкурсные вѣрители потерпѣли убытки, если заключенію сдѣлки предшествовало *прекращеніе платежей должника* или *ходатайство объ открытіи конкурса*, и контрагентъ должника зналъ объ этомъ [11]).

b) *Обезпеченіе или удовлетвореніе отдѣльныхъ вѣрителей*, послѣ того какъ послѣдовало прекращеніе платежей или ходатайство объ открытіи конкурса; при чемъ требуется, чтобы положеніе должника

---

[9]) Примѣненіе по аналогіи не допускается. Племянникъ должника или обрученный съ его дочерью или невѣста его сына не несутъ отвѣтственности, между тѣмъ какъ шуринъ жены должника не освобождается отъ нея, Cosack, loc. cit., стр. 119.

[10]) Что здѣсь имѣется въ виду распредѣленіе доказательствъ, въ законѣ прямо не сказано, но едва ли можно иначе объяснить это положеніе. Предполагается, слѣдовательно, со стороны родственника должника злой умыселъ, что и въ огромномъ большинствѣ случаевъ соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Сообразно съ этимъ опредѣляется отвѣтственность родственника. Иной взглядъ высказываетъ R. O. H. G. E., т. 21, стр. 418.

[11]) K. O., § 23, lit. 1; ср. Cosack, въ особенности стр. 176. О понятіи прекращенія платежей ср. выше § 56.

этимъ вѣрителямъ было извѣстно. Отсюда не исключаются даже такіе платежи, которымъ уже наступилъ срокъ [12]).

c) Наконецъ, сюда относится предоставленіе отдѣльнымъ вѣрителямъ какихъ-либо *преимуществъ*. Подъ этимъ разумѣются юридическія дѣйствія, совершенныя послѣ прекращенія платежей или послѣ ходатайства объ открытіи конкурса или въ теченіе послѣднихъ 10 дней до этого; неправильность подобныхъ дѣйствій усматривается въ томъ, что конкурсный вѣритель благодаря имъ получилъ такое обезпеченіе или удовлетвореніе, котораго онъ не могъ потребовать *вообще* или не могъ потребовать *въ данный моментъ*; наконецъ, въ томъ, что онъ не могъ потребовать удовлетворенія *именно даннаго рода*. Получившему предпочтительное удовлетвореніе предоставляется право доказывать, что ему ничего не было извѣстно ни о прекращеніи платежей, ни о ходатайствѣ объ открытіи конкурса, ни о намѣреніи должника предоставить ему извѣстное преимущество передъ остальными вѣрителями [13]).

Юридическія дѣйствія, совершенныя болѣе чѣмъ за 6 мѣсяцевъ до открытія конкурса, не могутъ быть оспорены на томъ основаніи, что совершившій ихъ зналъ о прекращеніи платежей [14]).

2. *Безвозмездныя отчужденія и распоряженія* должника подлежатъ оспариванію въ конкурсѣ, если они относятся къ послѣднему году предъ открытіемъ конкурснаго производства; они подлежатъ индивидуальному оспариванію, если относятся къ послѣднему году до оспариванія или законнаго заявленія объ немъ. При распоряженіяхъ въ пользу *супруга* срокъ назначенъ въ *два года* [15]).

---

[12]) К. О., § 23, lit. 1. Говорить здѣсь о зломъ умыслѣ вѣрителя, какъ это дѣлаютъ мотивы къ К. О., совершенно неправильно. Отказъ кредиторовъ въ это промежуточное время отъ платежа или пріостановленіе исполненія судебнаго рѣшенія считалось бы величайшей нелѣпостью, ибо никто не знаетъ, кто воспользуется отвергнутыми цѣнностями, а въ особенности, не промотаетъ ли ихъ должникъ.

[13]) К. О., § 23, lit. 2. Доказательство этого возраженія едва ли имѣетъ особое значеніе, какъ съ практической, такъ и съ законодательной точки зрѣнія; оно можетъ удасться лишь при самыхъ исключительныхъ условіяхъ.

[14]) К. О., 26. Когда и сколько времени тому назадъ произошло *прекращеніе платежей*—безразлично; требуется только, чтобы *сдѣлка*, которая оспаривается, была заключена въ теченіе послѣднихъ 6 мѣсяцевъ. Cosack, loc. cit., стр. 180. Но это слѣдуетъ понимать лишь cum grano salis. Прекращеніе платежей, которое не находится ни въ какой внутренней связи съ открывшимся теперь конкурсомъ, не можетъ быть принято во вниманіе.—О весьма сомнительномъ отношеніи § 26, К. О., къ случаямъ, упомянутымъ въ § 23, lit. 2, ср. Cosack, loc. cit., стр. 205.

[15]) К. О., § 25; имперскій законъ 21 Іюля 1879 г., § 3, lit. 3 и 4; ср. Cosack, loc. cit., стр. 133.

Это правило не распространяется на обычные подарки по поводу извѣстныхъ случаевъ въ семейной жизни (именины, дни рожденія и т. п.).

Безразлично, соотвѣтствовало ли дареніе имущественному положенію дарителя въ моментъ его совершенія и представлялось ли оно актомъ вполнѣ добросовѣстнымъ. Законъ, не обращая на это никакого вниманія, даетъ вѣрителямъ право удовлетворить свои претензіи вообще изъ дареній, сдѣланныхъ должникомъ. Достаточно того, что въ этомъ случаѣ одно лицо желаетъ избѣжать ущерба, а другое— получить выгоду.

Оспариваніе юридическаго дѣйствія не исключается тѣмъ, что оно подлежало исполненію на основаніи закона или основывалось на исполненіи судебнаго рѣшенія или было послѣдствіемъ ареста. Это правило относится ко всѣмъ случаямъ оспариванія вообще [16]).

§ 147. Отдѣльныя положенія права оспариванія.

1. Къ оспариванію *въ конкурсѣ* управомоченъ одинъ лишь управитель конкурсной массы [1]).

Оспаривать дѣйствіе должника *внѣ конкурса* можетъ всякій кредиторъ по обязательству, срокъ котораго наступилъ, въ томъ случаѣ, если взысканіе, обращенное на имущество должника, не привело къ полному удовлетворенію, или если можно предвидѣть, что оно не увѣнчается успѣхомъ [2]).

2. Отвѣтчикомъ является лицо, которое пріобрѣло что-либо у должника, а также наслѣдникъ пріобрѣтателя.

Другіе преемники правъ этого пріобрѣтателя являются отвѣтчиками лишь въ томъ случаѣ, если въ моментъ пріобрѣтенія они знали о злостномъ намѣреніи должника [3]), или если противъ нихъ, какъ его близкихъ родственниковъ, существуетъ предположеніе злого умысла, которое они не могутъ опровергнуть доказательствомъ того, что они не знали о намѣреніяхъ должника.

---

[16]) К. О., § 28; имперскій законъ 21 Іюля 1879 г., § 6.

[1]) К. О., § 29.

[2]) Имперскій законъ 21 Іюля 1879 г., § 2.

[3]) К. О., § 33, и имперскій законъ 21 Іюля 1879 года, § 11. По этимъ законамъ третье лицо несетъ отвѣтственность въ томъ случаѣ, если оно знало „о намѣреніи несостоятельнаго *должника* причинить ущербъ своимъ кредиторамъ". Но неужели не принимается во вниманіе и знаніе о другихъ причинахъ оспариванія? Казалось бы, на этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить по аналогіи: конечно, принимается. Ср., впрочемъ, Cosack, loc. cit., стр. 310.

3. Управитель конкурсной массы имѣетъ право требовать возвращенія всего, что́ было отчуждено дѣйствіемъ, подлежащимъ оспариванію; отдѣльные же кредиторы, которые потерпѣли убытки, могутъ воспользоваться этимъ правомъ лишь постольку, поскольку это необходимо для ихъ полнаго удовлетворенія. Далѣе, согласно правильному взгляду, нужно различать слѣдующіе случаи [4]):

a) Отвѣтчикъ дѣйствовалъ *обманнымъ образомъ*, или, по крайней мѣрѣ, предполагается, что онъ въ качествѣ близкаго родственника поступалъ недобросовѣстно. Въ такомъ случаѣ къ нему примѣняются принципы римской actio Pauliana. На него поэтому падаетъ вся отвѣтственность, безразлично, владѣетъ ли онъ вещью или нѣтъ; на немъ лежитъ рискъ и обязанность возвратить плоды и проценты не только тѣ, которые пріобрѣтены въ дѣйствительности, но и тѣ, которые можно было извлечь.

b) Къ нему предъявлена кондикція по поводу сдѣлокъ и платежей, *такъ какъ они относятся ко времени открывшагося конкурса*. Здѣсь примѣняются правила condictio sine causa. Поэтому деньги должны быть возвращены въ томъ количествѣ, въ какомъ онѣ имъ были приняты. Что касается другихъ объектовъ, то получатель не несетъ риска; онъ обязанъ лишь возвратить самую вещь въ такомъ видѣ, въ какомъ она въ данный моментъ находится безъ его вины, или же стоимость этой вещи, если онъ, добросовѣстно заблуждаясь, потребилъ ее или отчудилъ. Проценты онъ обязанъ возмѣстить, если самъ ихъ получилъ, а также въ случаѣ промедленія (mora).

c) Лица, которымъ извѣстное имущество было предоставлено *безвозмездно*, отвѣчаютъ въ случаѣ добросовѣстности лишь въ размѣрѣ своего *обогащенія*.

4) Эквивалентъ въ сдѣлкѣ можетъ быть зачтенъ при конкурс-

---

[4]) К. О., § 30 гласитъ: „Все что отчуждено, должно быть возвращено въ конкурсную массу. Лицо, воспользовавшееся выгодой безвозмездно, не зная о ея противозаконности, обязано къ ея возврату лишь постольку, поскольку оно благодаря ей *обогатилось*“. Въ какомъ объемѣ происходитъ возвратъ, объ этомъ конкурсный уставъ, за исключеніемъ послѣдняго случая, не высказывается. Ср. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 131; Cosack, loc. cit., стр. 254; далѣе, см. выше, § 141, прим. 28. О случаяхъ, когда при наличности сдѣлки, заключенной относительно нѣсколькихъ предметовъ, возможно оспариваніе въ отношеніи только одного изъ нихъ, ср. R. G. E., т. 21, стр. 95.

номъ оспариваніи постольку, поскольку онъ принесъ выгоду конкурсной массѣ [5]) [6]).

5. Срокъ давности для конкурснаго оспариванія истѣкаетъ въ одинъ годъ, считая со дня открытія конкурса [7]), а для индивидуальнаго оспариванія недобросовѣстныхъ дѣйствій—въ 10 лѣтъ съ момента возникновенія права на искъ [8]) [9]).

---

[5]) К. О., § 31.

[6]) Имперскій законъ 21 Іюля 1879 г., § 8 опредѣляетъ относительно индивидуальнаго оспариванія: „Сторона, выполнившая *свое* дѣйствіе, можетъ требовать его возмѣщенія *только отъ должника*“. Но какъ быть, если вѣритель уже доставилъ себѣ частичное удовлетвореніе, воспользовавшись объектомъ, полученнымъ должникомъ отъ своего контрагента? Должникъ, напр., промѣнялъ домъ на участокъ земли, при чемъ эта сдѣлка подлежитъ оспариванію; затѣмъ вѣритель продалъ *этотъ участокъ* въ порядкѣ принудительнаго исполненія и получилъ удовлетвореніе въ бо́льшей части своего требованія; можетъ ли онъ теперь вслѣдствіе оспариванія потребовать удовлетворенія и *изъ цѣны дома* для окончательнаго погашенія своего притязанія? Это, конечно, возможно лишь въ размѣрѣ суммы, выражающей разницу между стоимостью дома и участка. Рѣшить иначе значило бы снять двѣ шкуры съ отвѣтчика. Ср. Cosack, loc. cit., стр. 272, а также R. G. E., т. 20, стр. 157.

[7]) К. О., § 34 гласитъ: „Давность права оспариванія истекаетъ въ одинъ годъ съ момента открытія конкурснаго производства“. Это правило относится также къ *возраженіямъ*. Спрашивается, касается ли это правило и того случая, когда кредиторъ по обязательству, подлежащему оспариванію, заявляетъ о немъ въ конкурсѣ, производство котораго нѣсколько затянулось, лишь черезъ годъ, такъ что кредиторы о существованіи этого обязательства узнаютъ только теперь? Должны ли мы явно недобросовѣстное притязаніе допускать къ участію въ конкурсѣ только потому, что истекъ срокъ давности для оспариванія! Противъ подобныхъ продѣлокъ должно имѣть возможность защититься посредствомъ exceptio doli; недопустимо, чтобы несовершенство законодательства поощряло грубую обиду кредиторовъ.

[8]) Имперскій законъ 21 Іюля 1879 г., § 12 содержитъ детали.

[9]) При изложеніи права оспариванія по имперскимъ законамъ здѣсь были нарочно указаны наиболѣе значительные пробѣлы и несовершенства. Эти законы составлены опытными спеціалистами и дѣльными юристами послѣ самой тщательной предварительной работы, и не смотря на то — какъ много вопросовъ остаются открытыми, какъ много изъ нихъ разрѣшено неудовлетворительно! Пусть этотъ примѣръ докажетъ неосновательность наивнаго мнѣнія, будто достаточно одного изданія новыхъ законовъ для того, чтобы овладѣть всѣми проблемами въ области гражданскаго права и будто для правовой жизни достаточно одного знанія параграфовъ этихъ законовъ. Чтобы творить судъ и развивать право, необходимо еще умѣть юридически мыслить. А этому искусству лучше всего обучаютъ насъ великіе творцы римскаго права.

РУССКІЙ ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ.

Цифры въ скобкахъ обозначаютъ параграфъ; цифры, напечатанныя жирнымъ шрифтомъ, указываютъ sedes materiae.

А.

Абстрактныя обязательства 7 прим. 4 (3), 74 слѣд. (22).
Аварія 378 (114).
Администраторъ конкурсной массы 370 (111).
Адресатъ посылокъ 64 (18).
Активныя корреальныя обязательства 243 слѣд. (74).
Алеаторныя сдѣлки 343 (104).
Алименты 108 слѣд. (31), 434 (132).
Альтернативныя обязательства 94 слѣд. (27), 453 прим. 16 (141).
Арбитраторы 50 (15).
Аренда 363 (111).
— изъ полу 363 (111).
Арендная плата 320 прим. 3 (98), 363 прим. 4 (111), 366 (111).
Арестъ, несправедливый 439 (135).
Ассигнантъ 391 слѣд. (119).
Ассигнатарій 391 слѣд. (119).
Ассигнатъ 391 слѣд. (119).

Б.

Безвозмездныя отчужденія и распоряженія, оспариваніе 472 (146).
Безнравственныя обѣщанія 52 (16).
— сдѣлки 56 (16).
Безымянные договоры 22(7), 24(8)
Бодмерея 288 (89).
Большинство кредиторовъ при принудительномъ прощеніи долга 218 (66).
Большинство при принудительной отсрочкѣ долга 217 прим. 2 (66).
Бумаги на предъявителя 29 (9), 301 прим. 4 (93).
— „по приказу“ 29 (9).

В.

Валюта при займѣ 281 (86).
Вдовья пенсія 151 прим. 12 (45), 166 прим. 4 (50).
Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія 396 слѣд. (121 слѣд.).
— чужихъ дѣлъ за свой счетъ 405 (123).
Вербальные контракты 21 (7).
Вещныя притязанія 4 прим. 12 (1).
Взносъ предмета обязательства въ присутственное мѣсто (depositio) 202 слѣд. (61), 143, 144 (43).
Взятіе порученія обратно 388(117).
Видоизмѣненіе обязательствъ 195 слѣд. (59 слѣд.).
Вина 438 (135).
Вина или неисправность судьи 439 (135).
Виндиканты въ конкурсѣ 188 (56).
Внѣдоговорныя обязательства 420 слѣд. (129 слѣд.).

Возложеніе см. modus.
Возмѣщеніе ущерба 144 слѣд. (44 слѣд).
Вознагражденіе за работу, наложеніе ареста 167 прим. 6 (50).
Время исполненія 114 слѣд. (34).
Встрѣчное требованіе 204 (62).
Второе поручительство 259 (79).
Выборъ въ альтернативныхъ и родовыхъ обязательствахъ 88 прим. 5 (25), 95 слѣд. (27).
Вѣритель см. кредиторъ.
Вѣрить см. кредитовать.

Г.

Гарантія, договоръ о г. 389 (118).
Главный должникъ см. поручительство.
Гонораръ 383 (115).
Гуртомъ, продажа 316 (96).

Д.

Дареніе 344 слѣд. (106 слѣд.).
Двойное порученіе 390 (119).
Двухстороннія обязательства 65 слѣд. (19).
Деликтныя обязательства 420 слѣд. (129 слѣд.).
Деликтъ, понятіе 18 (6).
Денежное вознагражденіе за причиненныя страданія 434 (132).
— вознагражденіе при имущественномъ наймѣ 362 (111).
— вознагражденіе при наймѣ услугъ 371 (112).
Деньги, внесенныя впередъ въ счетъ платы 313 (95).
Деньги, денежныя обязательства 89 слѣд. (26), 307 (94).
Дивидендъ 99 (28).
Дисконтъ 117 (35).
Диспашъ 379 (114).
„Дисъюнктивныя“ обязательства 94 прим. 2 (27).
Добавочная стипуляція 224 (69).
Добавочный интересъ 145 (44).
Добавочныя соглашенія при куплѣ-продажѣ 309 слѣд. (95).
Довѣренность 381 (115).
Договоры объ отчужденіи имѣнія 64 (18).
— о гарантіи 389 слѣд. (118).
Договоръ 24 слѣд. (8 слѣд.).
— абстрактный и матеріальный 74 слѣд. (22).
— въ пользу третьихъ лицъ 61 слѣд. (18).
— двусторонній, взаимно обязывающій 65 слѣд. (19 слѣд.).
— какъ основаніе возникновенія обязательствъ 24 слѣд. (8 слѣд.).
— односторонній 26 слѣд. (9), 65 (19).
— о прощеніи долга 216 (65 слѣд.).
— товарищества 407 слѣд. (124 слѣд.), 22 (7).
Долгъ, понятіе 4 (1).
Долговая расписка, возвращеніе должнику 179 прим. 16 (54).
Должникъ 4 (1).
Должностное лицо 439 (135).
Доли участія товарищей въ прибыляхъ 411 (126).
Домовладыка, иски къ нему изъ сдѣлокъ подвластныхъ лицъ 44 слѣд. (14), изъ ихъ деликтовъ 125, 126 (38).
Дѣлимость обязательствъ 82 слѣд. (24).

Ж.

Желѣзныя дороги, отвѣтственность предпринимателей 128, 129 (39).
Животныя; поврежденія, причиняемыя ж. 435 (133).

З.

Задатокъ см. arra.
Заемъ 276 слѣд. (85 слѣд.).
Заключеніе договора между отсутствующими 34 слѣд. (11).
— обязательственныхъ сдѣлокъ 26 слѣд. (9 слѣд.),—договора купли-продажи 302 (94).

Законное преемство 165 (49).
Законные проценты 101 (29).
Залоговое право кредиторовъ въ конкурсѣ 188 (56), наймодавца 367 прим. 29 (111).
Запрещеніе конкуренціи 56 прим. 17 (16).
— цессіи 166 слѣд. (50).
Засвидѣтельствованіе на судѣ даренія 351 (108).
Зачетъ 204 слѣд. (62 слѣд.).
Злой умыселъ см. dolus.

И.

Игра 341 слѣд. (**104**).
Извѣщеніе о началѣ процесса при эвикціи 323 (99).
Издержки на проданную вещь 318 (97).
— при commodatum 292 (90), при depositum 299 (92), при actio redhibitoria 333 (101), при mandatum 385 (116), при negotiorum gestio 404 (122), при societas 414 (126).
Измѣненіе обязательствъ 157 слѣд. (**47** слѣд.).
Имущественная цѣнность дѣйствія (обязательствъ) 59 слѣд. (**17**), 2 (1).
Имущественный наемъ 362 (**111**).
Инвентарь при арендѣ 367 прим. 28 (111).
Индивидуально опредѣленныя вещи см. species.
Интересъ 59 слѣд. (**17**), размѣръ возмѣщенія 147 (**45**).
— личнаго расположенія (Affectionsinteresse) 146 (44).
Интерцессія 269 слѣд. (**83** слѣд.).
Искъ и обязательство 6 слѣд. (**3**).
Иски изъ неосновательнаго обогащенія 447 (138).
Исполненіе обязательства 179 слѣд. (55).

К.

Казна; привилегіи, касающіяся компенсацій 211 (63).
Казна; привилегія, касающаяся процентовъ 103 (29).
Каузальныя или матеріальныя сдѣлки 74 слѣд. (22).
Квитанція 178 (54), 283 прим. 10 (87).
— право должника на квитанцію 186 прим. 34 (55).
Компенсація 204 слѣд. (**62** слѣд.), 298 (92).
— въ конкурсѣ 211 (63).
Кондикціи 445 слѣд. (**138** слѣд.).
Конкурсъ 186 слѣд. (**56**), надъ имуществомъ нанимателя 370 (111), надъ однимъ изъ товарищей 418 (128); оспариваніе сдѣлокъ, заключенныхъ должникомъ въ конкурсѣ 469 слѣд. (146 слѣд.), конкурсъ надъ имуществомъ хозяина при личномъ наймѣ 373 (112).
Конкурсный попечитель 463 (144).
Консенсуальные договоры 22 (7), 25 (8), 337 прим. 1 (102).
Контрактъ, понятіе 18 (6).
Контрактная система, римская 19 (7).
Корреальныя обязательства 227 слѣд. (**71** слѣд.), 6 (2).
Косвенные убытки 148 (45).
Кредитное порученіе 250 (**77**), 261 прим. 7 (80).
Кредитовать 3 (1).
Кредиторъ, понятіе 3 (1), опредѣленный и неопредѣленный 26 (9).
Кредиторы конкурсной массы 188 (56).
Кредиторы-сепаратисты 188 (56).
Купля-продажа 302 слѣд. (**94** слѣд.). 22 (7).
— расторженіе 337 (**102**).
— гуртомъ 316 (96).
— для пробы (или на пробу) 311 (95).
— на наличныя деньги 309 (95).
— на разстояніе 309 (95).
— по образцамъ 311 (95).
— съ представленіемъ пробы 310 (95).
— съ цѣлью спекуляціи 339 (102).

Купля будущей вещи 305 прим. 12, 13, и 14 (94).
— родовыхъ вещей 306 (94), 316 (96), 336 прим. 24 (101).
Курсовая цѣна 92 (26).

Л.

Ликвидація 419 прим. 13 (128) 463 (144).
Литтеральные контракты 21, 22 (7).
Львиное товарищество 413 прим. 8 (126).

М.

Мировая сдѣлка 356 слѣд. (**109**).
— принудительная 217 (66).
Морской заемъ 287 (**89**).
Мѣна 339 слѣд. (**103**), 302 (94).
Мѣсто доставки вещи 112 (32).
— исполненія 110 слѣд. (32).
— исполненія при куплѣ-продажѣ 310 (95).
— предъявленія иска 112 слѣд. (**33**).

Н.

Наемная плата 320 прим. 3 (98).
Наемъ 360 слѣд. (**110** слѣд.), 22 (7).
— услугъ 371 слѣд. (**112**).
Наложеніе ареста на заработанныя деньги 167 прим. 6 (50).
Напоминаніе должнику объ исполненіи 130 слѣд. (40).
Наступленіе срока требованія 114 (34), 130 (40).
Натуральныя обязательства см. obl. natur.
Неблагодарность, возвратъ дара вслѣдствіе н. 353, 354 (108).
Невозможность исполненія обязательства 220 (68).
Невозможныя обѣщанія 52 (16).
Недвижимости, продажа 320 прим. 1 (98).
Недостатки вещи при куплѣ-продажѣ 328 слѣд. (**100**), 335 (101).
— нанятой вещи 365 (111).
— подаренной вещи 349 (107).
Неисправность 118 слѣд (**36** слѣд.).
Недѣйствительныя обѣщанія 56 прим. 17 (16).
Недѣлимость обязательствъ 82 слѣд. (**24**).
Необходимая цессія 165 (49).
Необходимые наслѣдники 354 (108).
Неопредѣленный вѣритель 26 слѣд. (9).
Неопредѣленныя обязательства 49 (15).
Неосновательное отрицаніе обязательства, невыгодныя процессуальныя послѣдствія 8 (3).
Неправомѣрное обогащеніе 447 (138) и прим. 13.
Несовершеннолѣтній, платежъ процентовъ н. 103 (29), 137 (41).
Несоотвѣтствіе проданной вещи качествамъ, установленнымъ договоромъ 328 слѣд. (**100**).
Неспособность къ платежу 187 (56).
Несрочная продажа 309 (95).
„Несчастіе“ 221 прим. 6 (68).
Неустойка 153 слѣд. (**46**).
Неформальность договоровъ 24 (**8**).
Новація 195 слѣд. (**59**), при корреальныхъ обязательствахъ 239 (73).

О.

Обезображеніе женщины 433 (132).
Обманъ, какъ основаніе обязательства 339 (102), 344 прим. 5 (105), 440 (136).
Обогащеніе безъ надлежащаго основанія 445 слѣд. (138 слѣд.).
Образецъ, продажа по образцамъ см. купля-продажа.
Обратное поручительство 261 (80).
Обѣщаніе исполненія 226 прим. 15 (69).
— кредита 277 прим. 5 (85).
Обѣщанія одностороннія 26 (**9**), невозможныя, безнравственныя 52 (**16**), недѣйствительныя 56 прим. 17 (16), обѣщаніе дара 349 (107).

Общій должникъ см. конкурсъ.
Обязанность давать пропитаніе 108 слѣд. (**31**), 434 (132).
— исполненія должника 4 (**2**).
Обязательственная сдѣлка 19 слѣд. (**7** слѣд.).
Обязательственные договоры 26 (**9**).
Одностороннія обязательства 65 слѣд. (19).
— обѣщанія 26 слѣд. (**9**).
Опредѣленіе времени 116 слѣд. (**35**).
Опредѣленный срокъ уплаты · 132 (40).
Опредѣлимость дѣйствія 49 (**15**).
Освобожденіе должника отъ обязательствъ 176 прим. 1 (54).
Основанія возникновенія обязательствъ 17 слѣд. (**6** слѣд.).
Оспариваніе; право оспариванія, принадлежащее обойденному кредитору 463 слѣд. (144 слѣд.).
Отвѣтственность за чужую вину 124 (**38**).
— продавца за эвикцію 321 (99).
— простирающаяся до предѣловъ vis major 127 (**39**), за недостатки вещи и несоотвѣтствіе ея качествамъ, установленнымъ договоромъ 328 (100).
Отказъ оффереита отъ своего предложенія 37, 38 (11).
Отпаденіе субъекта обязательства 218 (**67**).
Отрицательный договорный интересъ 34 (10).
Отрицательныя обязательства 80 (23).
Отсрочка 217 (65), 217 прим. 2 (66).
Отступное 39 (12).
Отсутствующіе, договоры между о. 34 слѣд. (11).
Отчетъ при negotiorum gestio 402 (122).
— при порученіи 385 (116).
Оферта 29 (9), 34 слѣд. (11).
Охрана см. custodia.
Оцѣночный договоръ 393 слѣд. (**120**), 23 (7).

П.

Пари 343 слѣд. (**105**).
Пассивныя корреальныя обязательства 236 слѣд. (**73**).
Переводъ 390 (**119**).
Передача проданной вещи 319 (98).
Переговоры о заключеніи договора 30 (10).
Переносъ обязательствъ 157 слѣд. (**47** слѣд.).
Переходъ исковъ по наслѣдству 423 (129).
Пираты 379 (114).
Платежъ 179 слѣд. (**55**).
— впередъ, продажа съ платежомъ впередъ 309 (95).
— „наличными“ 210 прим. 11 (63).
Поврежденіе вещей 427 слѣд. (**131** слѣд.). 420 (129).
Погашеніе обязательства 218 (**67**). 216 (65).
Подвластныя лица, значеніе ихъ сдѣлокъ для домовладыки 44 слѣд. (**14**), отвѣтственность домовладыки за ихъ деликты 124 слѣд. (38); денежный заемъ, совершаемый лицами, находящимися подъ отцовской властью 284 слѣд. (**88**).
Поднаемъ 365 (111).
Подрядъ 373 слѣд. (**113**).
Подтоварищество 415 (126).
Попечитель конкурсной массы 188 (56), 463 слѣд. (144).
Положительныя обязательства 80 (**23**).
„По приказу“ бумаги 29 (9).
Порученіе 380 слѣд. (**115** слѣд.), 22 (7).
Поручительство 246 слѣд. (**76** слѣд.).
Посылка проданнаго товара въ опредѣленное мѣсто 310 (95). 317 (96), 319 (97).
Почтовая посылка, ея адресатъ 64 (18).
Похищеніе 424 (**130**).
Права на alimenta, какъ предметъ

цессіи 166 (50), какъ предметъ компенсаціи 211 прим. 14 (63).
Право выкупа 312 прим. 16 (95).
— къ вещи 9 (3).
— на пенсію 211 прим. 14 (63).
— обратной покупки 312 (95).
— отказаться отъ сдѣлки купли-продажи 312 (95).
— отказаться отъ товарищества 418 (128).
— отступиться отъ двусторонняго договора 138 (41).
— отступиться при имущественномъ наймѣ 364 (111).
Право отказаться отъ порученія 388 (117).
— преимущественной покупки 312, 313 (95).
Правонарушеніе см. деликтъ.
Предварительное исполненіе рѣшенія 7 прим. 4 (3).
Предварительныя соглашенія 30 слѣд. (**10**).
Предложеніе исполненія 141 (43).
Предметъ обязательства 79 (**23**).
Преимущественное удовлетвореніе въ конкурсѣ 189 (56).
Прекращеніе обязательствъ 176 слѣд. (**54** слѣд.).
Прибыль и убытокъ товарищества 412 (126).
Привилегія см. beneficium.
Привилегіи женщинъ 270 слѣд. (**84**).
Признаніе долга 78 (22).
— должникомъ цедированнаго обязательства 171 прим. 9 (51).
Принадлежности проданной вещи 319 (98).
Приниматель уплаты 183 (55).
Принудительная мировая сдѣлка 217 (66).
Принудительное прощеніе долга 217 (**66**).
Принятіе на себя чужого долга 174 (**53**).
Присвоеніе 425 (130), 425 прим. 14 (130).
— находки 425 (130).
Причинная связь при возмѣщеніи интереса 148, 151 (45).
Пріобрѣтеніе законной силы даренія между супругами 353 (108).
Пріостановленіе платежей 187 (56).
Проба, продажа съ представленіемъ пробы, для пробы см. купля-продажа.
Продажа 302 слѣд. (**94** слѣд.).
— въ кредитъ 309 (95).
— надежды 305 (94).
— на наличныя деньги 309 (95).
— наслѣдства 162 (48).
— на срокъ 309 (95).
Продажа съ цѣлью самозащиты 144 (43).
Проданная вещь, ея передача 319 (98).
Прокуристъ 42 прим. 7 (13).
Промиттентъ 25 (8).
Пропитаніе см. алименты.
Просрочка, промедленіе 130 слѣд. (**40** слѣд.), 103 прим. 13 (29). 339 (102), mora 4 прим. 12 (1).
— кредитора 140 слѣд. (**43**).
Процессуальные проценты 349 прим. 2 (107).
— штрафы 7 (3).
Проценты 98 слѣд. (**28** слѣд.), 185 (55).
— foenus nauticum 288 (89).
— договорные 100 слѣд. (29).
— законные 100 слѣд. (29), 105 (30).
— за промедленіе 137 (41), 349 прим. 2 (107).
— на проценты 107 (30), 117 прим. 4 (35).
— ограниченіе ихъ размѣра 105 слѣд. (**30**), 57 (16a).
— при даренін 349 (107).
— при depositum irregulare 300 (93).
— при займѣ 282 (87).
— при компенсаціи 215 (64).
— при платежѣ покупателемъ цѣны 318 (97).

Проценты при просрочкѣ (ex mora) 137 (41), 349 прим. 2 (107).
— прощеніе ихъ 347 прим. 11 (106).
Прочеркиваніе документа обязательства 179 прим. 16 (54).
Послѣдующее одобреніе 402 (122).
Публичный вызовъ 28 (9).
Публичный торгъ 38 прим. 18 (11).
Пунктація 31 (10).
Путешествующій 37 прим. 12 (11), 128 прим. 3 (39).

Р.

Разсчетъ 77, 78 (22).
Распредѣленіе вѣрителей въ конкурсѣ 188 (56).
Расторженіе купли—продажи 332 (101), 337 (102).
Растрата 425 (130), 425 прим. 14 (130).
Расхваливаніе товара при куплѣ-продажѣ 330 (100).
Расходы на похороны 434 (132).
Реальное предложеніе 141 (43).
Реальные договоры 276 слѣд. (**85** слѣд.), 21 слѣд. (7), 25 (8).
Регрессъ корреальнаго должника, уплатившаго болѣе своей части 241 (**73**).
— поручителя 260 (80).
— солидарнаго должника 245 (75).
Ремонтъ при наймѣ 369 (111).
Рента 99 (28); предоставленіе ренты 352 (108).
Реплика компенсаціи 212 (64).
Рискъ, сдѣлки на р. 343 (104).
Рискъ см. periculum.
Родовые признаки предмета обязательства см. genus.
Росписка см. квитанція.
Ростовщичество, ростовщическія сдѣлки 57 (**16a**), 106 (30).
Рѣшеніе суда; основанное на немъ naturalis obligatio **16** (5).
Рѣшеніе суда при корреальныхъ обязательствахъ 241 (**73**), 244 (74).

С.

Сбавка арендной платы 366 (111).
Сдѣлки въ разсрочку (продажа въ разсрочку) 313 прим. 23 (95).
— налагающія обязанности на обѣ стороны 65 (**19**).
— налагающія обязанности на одну сторону 65 (**19**).
— на разницу 343 прим. 9 (104).
— на рискъ 343 (104); сдѣлки безнравственныя 56 (16).
Секвестрація 296 (92), 301 (93).
Сепаратистъ 188 (56).
Синаллагматическія сдѣлки 66 слѣд. (**20**).
Служебныя обязанности, неисправность при исполненіи с. о. 439 (135).
Случай см. casus.
Смерть, какъ основаніе прекращенія порученія 388 (117), товарища 418 (128).
Смѣшанные штрафные иски 422 (129).
Совершеніе купли-продажи 314 слѣд. (**96**).
Совѣтъ 381 (115).
Содержаніе обязательствъ 79 (**23**).
Содержатель гостинницы 37 прим. 12 (11), 125 (38), 127, 128 (39).
Солидарныя обязательства 226 слѣд. (**70** слѣд.), солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ 244 слѣд. (**75**), 432 (131).
Сопоручитель 265 (81).
Спекуляція, купля - продажа съ цѣлью с. 339 (102).
Способность подвластныхъ лицъ принимать на себя обязательства 284 слѣд. (**88**).
Ссуда 289 слѣд. (**90**), 21 (7).
Стипуляція см. stipulatio.

Страхованіе жизни въ пользу третьяго лица 64 (18).
Субаренда 365 (111).
Субъектъ, отпаденіе с. обязательства 218 (**67**).
Судебныя издержки 9 (3).
Судохозяинъ 41 (13).
Супруги, даренія между с. 353 (108).
Суррогаты исполненія 193 слѣд. (**58** слѣд.).

Т.

Текущій счетъ 107 прим. 9 (30).
Теорія воспріятія 36 (11).
— доставленія при куплѣ-продажѣ 317 прим. 10 (96).
— изъявленія 36 (11).
— исполненія при куплѣ 317 прим. 10 (96).
— выдѣленія 317 прим. 10 (96).
— полученія 37 прим. 10 (11).
Товарищество 407 слѣд. (**124** слѣд.), прекращеніе 417 (**128**).
— преслѣдующее общія промышленныя цѣли 408 (124).
— съ внѣшними отношеніями (Aussengesellschaft) 415 (127).
Товаръ 304 (94).
Торговое дѣло, пріобрѣтеніе 175 прим. 3 (53).
Торговыя товарищества 408, 409 (124), 412 прим. 4 (126).
Тотализаторъ 342 прим. 8 (104).
Традиція (передача) проданной вещи 304 (94), 321 (99).
Требованіе возврата дара 353 (108).
— вознагражденія за работу, его уступка 167 прим. 6 (50), преимущественное передъ другими удовлетвореніе въ конкурсѣ 189 (56).
— право требовать см. obligatio.
Третьи лица, договоры въ пользу т. л. 61 (18).
Тѣлесное поврежденіе 433 (132).

У.

Увѣдомленіе (Kündigung) 114 (34), заявленіе о прекращеніи найма 369 (111), отказъ при договорѣ товарищества 418 (128), увѣдомленіе о прекращеніи порученія 388 (117).
— о цессіи 160 (48).
Удержаніе вещи 298 (92), 313 (95).
Уменьшеніе покупной платы 335 (101).
Умерщвленіе человѣка 433 (**132**).
Умыселъ см. dolus.
Уполномоченный въ чужомъ промышленномъ предпріятіи 42, 43 (13).
Условіе, суспензивное при куплѣ-продажѣ 316 (96).
Условная купля-продажа между книготорговцами 395 прим. 10 (120).
Участіе товарищей въ прибыляхъ 411 (126).

Ф.

Фингированная цессія 165 (49).
Фингированный доходъ (fingirtes Einkommen) 148 (45).
Фискъ см. казна.
Форма обязательственныхъ сдѣлокъ 19 слѣд. (**7** слѣд.), 16 (5).
Фрахтовая сдѣлка 373 прим. 5 (113).

Х.

Хозяинъ предпріятія (предприниматель) 124, 125 (38), 127 (39).
Храненіе 297 (92).
Хромающіе договоры см. negotia claudicantia.

Ц.

Цессія 160 слѣд. (**48** слѣд.).
Цѣна вещи при куплѣ-продажѣ 307 (94).
— единство ц. при продажѣ нѣсколькихъ предметовъ 334 (101).

Ч.

Частичное исполненіе (частичная уплата) 180 (55).
Чекъ 182 прим. 11 (55).

Ш.

Шкиперъ 127 (39).
Штрафная цѣль при actra 39 (12).
Штрафные иски 420, 422 слѣд. (129 слѣд.).

Э.

Эвикція 321 слѣд. (99), 194 (58) и прим. 7.
— при дареніи 349, 350 (107).
— при куплѣ-продажѣ 319 (97), 322 (99).
— при мировой сдѣлкѣ 357 (109).
— при наймѣ 364 (111).
Эдильскіе иски 329 слѣд. (100).

Ю.

Юридическая сила неформальныхъ обязательственныхъ договоровъ 24 (8).

ЛАТИНСКІЙ ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ.

Цифры въ скобкахъ обозначаютъ параграфъ; цифры, напечатанныя жирнымъ шрифтомъ, указываютъ sedes materiae.

A.

Acceptilatio 176 слѣд. (54), 239 (73).
Actio aestimatoria praescriptis verbis 23 (7), 395 (120).
— aestimatoria injuriarum 444 прим. 12, прим. 16 (137).
— certae pecuniae 282 прим. 1 (87), 446 (138), 451 прим. 8 (140), 456 прим. 28 (141).
— civilis 6 (3).
— commodati 290 (90).
— communi dividundo 79 прим. 2 (23), 399 прим. 8 (122).
— conducti 362 (110).
— constitutoria см. a. de pec. const.
— contraria 66 (19).
— de aestimato 394 прим. 3 (120).
— de bene depensis 280 прим. 4 (86).
— de calumnia 420, 421 (129).
— de dejectis et effusis 437, 438 (**134**).
— de dolo 421 (129).
— de eo quod certo loco 113 (33).
— de in rem verso 46 (**14**), 41 (13), 46 прим. 12 (14), 47 прим. 13 (14), 48 прим. 17 (14).
— de in rem verso utilis 47 (14), 48 прим. 16, прим. 17 (14), 415 (127).
Actio de pastu 437 (133).
— de pauperie 431 прим. 15 (131), 435 (133), 437 прим. 12 (133).
— de peculio 45 (**14**), 41 (13).
— de pecunia constituta 224 (69), 249 (77).
— depensi 259 прим. 1 (80).
— depositi 297 (92).
— de positis et suspensis 437 прим. 3 (134).
— de servo corrupto 420 (129).
— directa, contraria 66 (19).
— doli 440 слѣд. (**136**), 422 (129).
— ex empto 319 (98), 322 (99).
— exercitoria 41 (**13**), 416 прим. 5 (127), 416 прим. 6 (127).
— funeraria 401 (122).
— furti 426 (**130**), 422 слѣд. (129).
— injuriarum 442 слѣд. (**137**), 422 слѣд. (129).
— institoria 41 (**13**), 126 (38), 416 прим. 6 (127), quasi institoria 43 (13).
— institutoria 273 (84).
— legis Aquiliae 427 слѣд. (**131** слѣд.), 8 прим. 6 (3), 422 (129), 431 прим. 15 (131), 438 (135).
— locati 362 (110).
— mandati 385 (**116**), 46 (14).
— contraria при mandatum qualificatum 251 (77), 260 (80), 270 (83).

Actio mutui 282 прим. 1 (87).
— negotiorum gestorum 46 (14), 48 прим. 17 (14), 347 (106), 397 (121), 399 (122); предоставляемая поручителю 260 (80), 262 прим. 8 (80), 270 (83).
— noxalis 125 слѣд. (38), 435 (133).
— Pauliana 463 слѣд. (144 слѣд.).
— pro socio 409 (125), 415 (126).
— quanti minoris 332 (101), 335 слѣд. (101).
— quasi institoria 43 (13).
— quod jussu 44 (14), 41 (13).
— quod metus causa 8 прим. 6 (3).
— redhibitoria 332 слѣд. (101).
— restitutoria 273 (84).
— tributoria 45 прим. 6 (14).
— utilis въ договорахъ въ пользу третьихъ лицъ 63 (18), — utilis при цессіи 159 (47).
— venditi 219 прим. 6 (67), 317 (97).
— vi bonorum raptorum 420 (129).
Actiones aediliciae 332 (101).
— adjecticiae qualitatis 41 слѣд. (13 слѣд.).
— poenales см. штрафные иски.
— stricti juris см. judicia.
— utiles 159 (47).
— vindictam spirantes 166 прим. 4 (50).
Addictio in diem 313 (95).
Adjectus solutionis causa 183 прим. 18 (55), 201 прим. 9 (60).
Aestimatio 146 (44).
Alea 305 (94).
Alimenta см. алименты.
Anatocismus 107 (30).
Animus contrahendae societatis 407 (124).
— donandi 217 (65), 270 (83), 272 (84), 347 (106).
— injuriandi 443 (137).
— lucri faciendi при воровствѣ 426 (130).
— novandi 200 (60).
Apocha 178 прим. 14 (54).
Argentarius 68 (20), 205 (62).
Arra 38 слѣд. (12), (задатокъ) при куплѣ-продажѣ 313 (95).
— poenitentialis 39 (12).
— poenalis 39 (12).
Arrha см. Arra
Authentica si qua mulier 274 (84).

B.

Beneficium cedendarum actionum 254 (78), 261 (80).
— competentiae 189 (57), 349 (107), 410 (125).
— dationis in solutum 195 прим. 8 (58).
— divisionis 8 прим. 7 (3), 237 (73), 254 (78), 263 (81).
— excussionis 8 прим. 7 (3), 254 (78), 257 (79).
Bonae fidei judicia 7 (3), 59 (17), 205 (62).
Boni mores 56 (16).
Bonitas nominis (bonum nomen esse) 173 (52).
Bonorum emptio 187 (56), b. emptor 205 (62).

C.

Calumnia см. act. d. c.
Capitis deminutio 240 прим. 14 (73), 410 прим. 7 (125).
Casus 144 (44), 221 прим. 6 (68), 298 (92).
— certi 152 прим. 18 (45).
Caupo см. шкиперъ.
Causa finita 462 (143).
— при обязательственныхъ договорахъ 74 слѣд. (22).
Cautio damni infecti 147 прим. 2 (45).
— discreta, indiscreta 76 слѣд. (22).
Certum, incertum 49 (15).
Cessio bonorum 186 (56).
— necessaria 165 (49).
Civilis obligatio 6 слѣд. (3), 9 слѣд. (4).
Claudicantia negotia 70 (20).
Clausula doli 55 прим. 13 (16).
Codex accepti, expensi 22 (7).

Colonia partiaria 363 прим. 4 (111).
Colonus 363 прим. 2 (111).
Commodatum см. ссуда.
Commodum 82 (23).
Compensatio см. компенсація.
— lucri cum damno 150 (45).
Competentiae beneficium 189 (57).
Concursus duarum causarum lucrativarum 222 (68).
Condemnatio „in quantum facere potest debitor“ 190 (57).
Condictio 445 слѣд. (**138** слѣд.).
— causa finita 354 прим. 14 (108).
— certi, incerti 446 (138).
— ex poenitentia 24 прим. 16 (7).
— furtiva 448 (**139**), 422 (129), 426, 427 (130), 447 (138), 454 (141).
— indebiti 451 слѣд. (**141**), 8 прим. 7 (3), 72 (21), 193 прим. 4 (58), 215 (64), 446, 447 (138).
— ob causam 458 слѣд. (**142**), 447 (138).
— ob injustam causam 447 (138).
— ob turpem causam 447 (138).
— ob turpem vel injustam causam 450 слѣд. (**140**).
— possessionis 447 (138).
— sine causa 461 слѣд. (**143**), 22, 23 (7), 278 (85), 347 (106), 352 прим. 7 (108), 447 (138).
— triticaria 282 прим. 1 (87), 446 (138).
Conductio см. locatio.
Conductor 362 (110).
Confusio 218 (67).
Consilium см. совѣтъ.
— fraudandi 466 (145).
Constitutum 223 слѣд. (**69**), 22 прим. 12 (7).
— debiti 223 слѣд. (**69**), 248 слѣд. (**77**).
— debiti alieni 249 (77), 252 прим. 1 (78).
— possessorium 408 прим. 8 (124).
Contractus, понятіе 18 прим. 2 (6).
— aestimatorius 393 слѣд. (**120**), 23 (7).
Contractus consensuales 22 (7), 25 (8), 337 прим. 1 (102).
— innominati 22 (7), 24 (8).
— litterales 21, 22 (7).
— mohatrae 280 прим. 7 (86).
Contrectatio 424 (130).
Correi stipulandi, promittendi 228, 229 (71).
Creditor см. кредиторъ.
Culpa 118 слѣд. (**36** слѣд.).
— in concreto 121 прим. 4 (37), 123 (37), 414 (126).
— in contrahendo 30 слѣд. (**10**), 28 прим. 11 (9), 33 прим. 11 (10), 306 прим. 16 (94), 440 (135).
— in custodiendo 125 (38).
— in eligendo 125 (38).
— in exigendo 165 прим. 5 (49).
— lata 119 прим. 5 (36), 123 (37), 143 (43), 294 (91), 297 (92), 350 прим. 6 (107).
Cumulativa intercessio 269 (83).
Custodia 121, 122 (37).
— при куплѣ-продажѣ 314 прим. 2 (96).

D:

Damnas esto 455 (141).
Damnum 144 (44).
— corpori corpore datum 429 (131).
— emergens 147 (45).
— injuria datum 428 (131).
Dare, какъ предметъ обязательства 83 (24).
Datio in solutum 193 (58), 195 прим. 8 (58), 196 прим. 3 (59).
Debitor см. должникъ.
Deductio 205 (62).
Degustatio 310 прим. 8 (95).
Delegatio 195 слѣд. (**59**), 390 прим. 1 (119).
Denuntiatio при цессіи 160 слѣд. (48).
Depositum 295 слѣд. (**92** слѣд.).
— irregulare 299 (**93**), 203 прим. 7 (61), 210 (63), 278 (85), 301 прим. 5 (93).

Depositum miserabile 8 прим. 6 (3).
Dicta promissa 330 (100).
Diligentia 120 слѣд. (37).
Dispache 379 (114).
Dolus 54 (16), 119 слѣд. (36), 143 (43), 294 (91), 297 (92), 326 прим. 21 (99), 326 (99), 350 прим. 6 (107), 354 прим. 13 (108).
Dominium litis 159 (47).
Donatio 345 (106).
— remuneratoria 348 (106).
— sub modo 348 прим. 16 (106).
Duplicatio actionis 8 прим. 6 (3).

E.

„Eiserne Viehverträge“ 367 прим. 28 (111).
Emptio 303 слѣд. (**94** слѣд.).
— ad gustum см. купля для пробы.
— ad mensuram 316 (96).
— bonorum 186, 187 (56), 205 (62), 464 (144).
— per aversionem 316 (96).
— rei speratae см. купля будущей вещи.
— spei 305 (94).
— venditio 303 (94).
Exceptio de jure tertii 164 прим. 4 (49).
— divisionis см. beneficium.
— doli 171 прим. 8 (51), 176 прим. 7 (53), 182 прим. 15 (55), 193 прим. 3 (58), 205, 206 (62).
— evictionis imminentis 319 (97).
— mercis non traditae 68 (20).
— non adimpleti contractus 71 слѣд. (**21**), 166 прим. 3 (50). 176 прим. 7 (53), 210 прим. 10 (63), 340 (103).
— non numeratae pecuniae 283 прим. 10 (87).
— pluriumlitisconsortium 237 (73).
— S. C. Macedoniani 256 (79), 286 (88).
— S. C. Vellejani 256 прим. 5 (79).
Exercitor navis 41 (13).
Expromissio 198 (59).

F.

Facere, non facere, какъ предметъ обязательства 84, 85 (24).
Facultas alternativa 98 (27).
Fidejussio 246 (76), 252 (78).
— indemnitatis 257 (79).
Fidepromissio 246 (76).
Fides 21 (7).
Foenus nauticum 287 (89).
Fraudationis causa latitatio 186 (56).
Furtum 424 слѣд. (**130**), 298 (92).
— usus 291 (90), 298 (92), 425 (130).

G.

Ganerbschaften 410 (125).
Genus, какъ предметъ обязательства 87 слѣд. (**25**), 180 прим. 5 (55).
— продажа 306, 307 прим. 18 (94).

I.

Impensae см. издержки.
Imprudentia 439 прим. 6 (135).
Incassomandatarii 183 (55).
In diem addictio 313 (95).
Inquilinus 363 прим. 2 (111).
In rem versio 46 (14).
Institor 42 (13), 416 прим. 6 (127).
Interdictum de precario 294 (91).
— de vi 125 прим. 4 (38).
— fraudatorium 464 (144).
— quod vi aut clam 234 прим. 6 (72).
Interpellatio 130 (40).
Interusurium 117 (35).
Ipso jure compensari 206 (62).

J.

Judicia stricti juris 446 (138).
Juramentum in litem 152 (45).
Jus ad rem 9 (3).
— retentionis см. удержаніе вещи.
— variandi 98 прим. 16 (27).

L.

Laesio enormis 338, 339 (102).
Legitimae usurae см. проценты законные.

Legitima pacta 22 (7).
Leonina societas 413 прим. 8 (126).
Lex Anastasiana 57 (16a), 169 (51).
— Aquilia 426 слѣд. (131 слѣд.).
— Cincia 351 прим. 2 (108), 355 прим. 18 (108).
— commissoria 39 прим. 4 (12), 153 (46), 312 (95).
— Furia de sponsu 247 (76).
— Rhodia de jactu 378 (114).
Litis contestatio, ея вліяніе при корреальныхъ обязательствахъ 233 (72).
— при поручительствѣ 247 (76), 257 (79).
Locatio conductio 360 слѣд. (110 слѣд.), irregularis 374 прим. 8 (113), operarum 371 (112), operis 373 слѣд. (113), 126 (38).
Locator 362 (110), 376 (113).
Lucrum cessans 147 (45).

M.

Magister navis 41 (13), 416 прим. 6 (127).
Mancipatio 351 прим. 2 (108).
Mandatum 380 слѣд. (115 слѣд.), 22 (7).
— accipiendi 390 (119).
— aliena gratia 60 прим. 2 (17).
— qualificatum 250 (77), 389 (118).
— solvendi 390 (119).
Mensor 123 прим. 10 (37), 371 прим. 4 (112).
Miserabile см. depositum.
Missio in bona 186 (56).
Modus при дареніи 348 прим. 16 (106), 354 прим. 13 (108).
Mohatrae см. contractus.
Mora см. просрочка.
Moratorium 217 прим. 2 (66).
Mores, contra bonos mores 56 (16).
Mortis causa donatio 348 (106).
Mutuum 276 слѣд. (85 слѣд.).
Mutuus dissensus см. consensus contrarius.

N.

Naturales obligationes 9 слѣд. (4 слѣд.), 287 (88).
Naturalia negotii 31 (10)
Nauta 125 прим. 5 (38), 127 (39).
Nauticum foenus 287 (89).
Negotia claudicantia 70 (20).
Negotiorum gestio 396 слѣд. (121 слѣд.).
Negotium utiliter coeptum 400(122).
Nomen verum, bonum 173 (52).
Novatio 195 слѣд. (59), при корреальныхъ обязательствахъ 239 (73).
Noxa 125 (38).
Nudum pactum 24 (8).

O.

Obligatio, понятіе 1 слѣд. (1).
— alternativa см. альтерн. обяз.
— civilis 6 слѣд. (3), 9 слѣд. (4).
— dividua, individua см. дѣлимость обязательствъ.
— generis 87 слѣд. (25 слѣд.).
— in solidum см. солидарн. обяз.
— naturalis 9 слѣд. (4 слѣд.), 287 (88).
Obligationes ex contractu и ex delicto 17 слѣд. (6).
— quasi ex contractu 18 (6).
— quasi ex delicto 18 (6).
Operae illiberales 371 (112).

P.

Pactum adjectum 157 (47).
— de contrahendo 31, 32 (10), 166 прим. 4 (50).
— de mutuo accipiendo 277 (85).
— de mutuo dando 277 (85).
— de non cedendo 166 (50).
— de non petendo 178 прим. 10 (54), 199 прим. 2 (60), 216 (65), 240 (73).
— legitimum 22 (7).
— nudum 24 (8).
— praetorium 22 (7).
Pauliana actio 463 слѣд. (144 слѣд.).
Pauperies 431 прим. 15 (131), 435 (133).

Peculium 41 (13), 45 (14), 285 (88).
Pecunia trajecticia 287 (89).
Periculum emptoris 69 (20), 314 (96).
— et commodum 82 (23).
— in mora 143 прим. 11 (43).
— locatoris 362 (110).
— при species и genus 87 прим. 2 (25).
Perpetuatio обязательства 135 (41), 158 (47).
Poenae temere litigantium 7 прим. 5 (3), 8 прим. 6 (3).
Pollicitatio 27 (9).
Potentiores, цессія 167 (50).
Praetoria pacta 22 (7).
Precarium 293 слѣд. (**91**).
Pretium certum, justum 307, 309 (94).
Privativa intercessio 269 (83).
Privilegia causae, personae 169 прим. 6 (51).
Privilegium exigendi въ конкурсѣ 189 (56).
Procurator in rem suam 159 (47).
Provocatio ex lege si contendat 265 прим. 10 (81).
Purgatio morae 138 (42).

Q.

Quanti ea res est 146 прим. 7 (44).
Quarta Falcidia 15 (5).
Quasi ex contractu см. obligationes.
— ex delicto см. obligationes.
Querela inofficiosi testamenti 219 прим. 6 (67).
— non numeratae pecuniae 179 прим. 14 (54), 283 прим. 10 (87).
Quod interest 146 прим. 7 (44).

R.

Rapina 420 (129).
Receptum (поручительство) 249 (77).
— nautarum, cauponum 127 (39).
Remissio см. договоръ о прощеніи долга.
— mercedis 366 (111).
Renuntiatio см. увѣдомленіе.
Res exta commercium 54 (16).

S.

Sachwucher 59 (16a).
„Salvum fore recipio“ 128 прим. 3 (39).
„Securitas“ 178 прим. 14 (54).
Senatus consultum Macedonianum 284 слѣд. (**88**), 15 (5).
— Vellejanum 270 слѣд. (84).
Simplaria venditio 335 прим. 17 (101).
Societas 407 слѣд. (**124** слѣд.), прекращеніе 417 (128).
Solidus, его стоимость 351 (108).
Solutio 176 прим. 1 (54).
Solutionis causa adjectus 183 (55), 201 прим. 9 (60).
Species, какъ предметъ обязательства 87 слѣд. (**25**); продажа индивидуальныхъвещей 307 прим. 18 (94).
Sponsio 343 (105).
— dimidiae partis 224 (69).
— (поручительство) 246 (76).
Stabularius 127 прим. 2 (39).
Stipulatio 19 слѣд. (**7**), 25 (8), debiti 75 (**22**), ob causam 75 (**22**), съ цѣлью новаціи 200 (60).
Stricti juris judicia 7 (3).
Sublocatio 365 (111).
Summissio 367 прим. 25 (111).

T.

Transactio 356 слѣд. (109).

U.

Untergesellschaft 415 (126).
Usurae см. проценты.
— indebitae 452 прим. 10 (141).

V.

Venditio см. emptio.
„Vera rei aestimatio“ 146 (44).
Veritas nominis 173 (52).
„Verum rei pretium“ 146 прим. 7 (44).
Viehverleihverträge 59 (16a).
Vires heriditariae 424 прим. 16 (129).
Vis major 127 слѣд. (**39**), вліяніе на неустойку 155 прим. 6 (46).
Votum 27 (9).

Дернбургъ

ПАНДЕКТЫ

ОВЯЗАТЕЛЬСТ

ПРАВО

Т. II

М. Ф.