

# СИСТЕМА РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

*Проф. Барона.*

---

Перевелъ съ пятого нѣмецкаго изданія

**Л. Петражицкій.**

---

**ВЫПУСКЪ ТРЕТІЙ.**

**Книга IV. Обязательственное право.**

---

**ВТОРОЕ ИЗДАНИЕ**

(исправленное по 9-му нѣмецкому изданію).

---

**С.-ПЕТЕРБУРГЪ.**

Типографія М. М. Стасюлевича, В. О., 5 л., 28.

**1899.**



Дозволено цензурою. С.-Петербургъ, 14 Марта 1899 г.

# ОГЛАВЛЕНИЕ.

## ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

### ОБЩАЯ ЧАСТЬ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА.

§	ГЛАВА ПЕРВАЯ.	СТР.
208.	Понятіе обязательства. . . . .	1

### ГЛАВА ВТОРАЯ.

#### Возникновеніе обязательствъ.

209.	I. Классификація Гая и Юстиніана . . . . .	6
210.	II. Критика классификаціи Гая и Юстиніана и замѣна ея новою .	13
211.	A. Pollicitatio. . . . .	15
	B. Договоръ.	
212.	1) Соглашеніе. Продажа съ публичнаго торга . . . . .	17
213.	2) Форма договора . . . . .	21
	3) Виды договоровъ.	
214.	а. Дискретный и абстрактный договоръ. . . . .	23
215.	б. Двусторонніе и односторонніе договоры . . . . .	24
216.	с. Договоры, основанные на рискѣ . . . . .	29
217.	д. Договоры о дѣйствіи третьяго лица и о дѣйствіи въ пользу третьяго лица . . . . .	31
218.	4) Укрѣпленіе договоровъ . . . . .	33
	5) Заключеніе договоровъ чрезъ представителей.	
219.	а. Введеніе . . . . .	37
220.	б. Древнее ius civile . . . . .	38
221.	с. Преторское право . . . . .	40
222.	д. Право Юстиніана . . . . .	45
223.	е. Современное право . . . . .	46

### ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

#### Содержаніе обязательствъ.

224.	Общій обзоръ . . . . .	47
------	------------------------	----

#### Раздѣлъ первый.

##### Право вѣрителя на исполненіе.

225.	I. Предметъ исполненія . . . . .	48
------	----------------------------------	----

§§		СТР.
226.	II. Лицо исполняющаго и получающаго . . . . .	49
	III. Время исполненія.	
227.	A. Общее правило . . . . .	51
228.	B. Исключенія (отсрочка) . . . . .	53
229.	IV. Мѣсто исполненія . . . . .	56
230.	V. Исковая осуществимость обязательства. . . . .	57
231.	Доказываніе иска посредствомъ долговаго акта. Договоръ признанія . . . . .	60
	VI. Вліяніе конкурса на право вѣрителя.	
232.	A. Общія начала . . . . .	62
233.	B. Кто есть конкурсный вѣритель? . . . . .	63
234.	C. Въ какомъ порядкѣ получаютъ удовлетвореніе конкурсные вѣрители? . . . . .	66
235.	D. Право конкурсныхъ вѣрителей на опороженіе дѣйствій общаго должника . . . . .	69

### Раздѣлъ второй.

#### Отвѣтственность должника за неисполненіе и ненадлежащее исполненіе.

236.	I. Отвѣтственность должника за собственную вину (dolus и culpa).	73
237.	II. Отвѣтственность должника за предѣлажи собственной вины . . . . .	75
238.	III. Отвѣчаетъ ли должникъ за случай? . . . . .	79
239.	IV. Отвѣтственность должника за эвикцію и недостатки . . . . .	82
240.	V. Отвѣтственность должника за шота (за просрочку) . . . . .	83
241.	Приложеніе. Мора вѣрителя. . . . .	87
242.	VI. Отвѣтственность должника за исполненіе въ надлежащемъ мѣстѣ.	88
243.	VII. Ученіе объ интересѣ. . . . .	89

### ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

#### Единство и множественность обязательствъ.

244.	1) Дѣлимость и недѣлимость обязательствъ . . . . .	94
245.	2) Корреальныя обязательства . . . . .	97
246.	3) Только солидарныя обязательства . . . . .	103
247.	4) Природа корреальныхъ и только солидарныхъ обязательствъ . . . . .	107

### ГЛАВА ПЯТАЯ.

#### Уступка требованій и принятіе на себя чужихъ долговъ (cessio и intercessio).

#### Раздѣлъ первый.

##### Уступка требованій (cessio).

248.	I. Историческое введеніе . . . . .	110
	II. Догматическое изложеніе.	
249.	A. Понятіе и актъ цессіи . . . . .	113
	B. Правоотношенія.	
250.	1) Цедента и цессіонарія къ должнику . . . . .	114

§§		СТР.
251.	2) Цедента и цессіонарія другъ къ другу . . . . .	116
252.	C. Допустимость и недопустимость цессіи . . . . .	116
253.	D. Lex Anastasiana . . . . .	118

## Раздѣлъ второй.

## Принятіе на себя чужихъ долговъ (intercessio).

254.	I. Понятіе интерцессіи и ея примѣненіе . . . . .	118
	II. Практическое значеніе интерцессіи.	
255.	A. Sctum Velleianum . . . . .	121
256.	B. Законы Юстиніана . . . . .	123
257.	C. Средневѣковое и новое право . . . . .	124
	III. Въ частности поручительство.	
258.	A. Историческое введеніе . . . . .	124
	B. Догматическое изложеніе.	
	Предварительное замѣчаніе . . . . .	127
259.	1) Обязанности поручителя . . . . .	127
260.	2) Права поручителя . . . . .	130

## ГЛАВА ШЕСТАЯ.

## Прегражденіе обязательствъ.

261.	I. Общій обзоръ . . . . .	132
	II. Отдѣльные способы прекращенія.	
	A. Платежъ.	
	Предварительное замѣчаніе . . . . .	132
262.	1) Платежъ въ счетъ нѣсколькихъ долговъ . . . . .	133
263.	2) Доказываніе платежа посредствомъ платежной росписки . . . . .	134
264.	3) Объявленіе платежа (constitutum debiti) . . . . .	134
265.	B. Компенсація . . . . .	136
	C. Новація.	
266.	1) Novatio voluntaria . . . . .	140
267.	2) Novatio necessaria . . . . .	143
268.	D. Прощеніе . . . . .	146
269.	E. Случай . . . . .	148
270.	F. Смерть одной изъ сторонъ.—Confusio . . . . .	152
271.	G. Concursus duarum lucrativarum causarum . . . . .	153
272.	H. Прочія основанія прекращенія обязательствъ . . . . .	153

## ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

## ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА.

Предварительное замѣчаніе . . . . .	154
-------------------------------------	-----

## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

## Требованія, направленные на возвращеніе полученнаго.

## Раздѣлъ первый.

## З а е м ъ.

273.	A. Общія начала . . . . .	155
------	---------------------------	-----

§§		СТР.
274.	В. Заемъ подвластныхъ дѣтей . . . . .	157
	<b>Раздѣлъ второй.</b>	
	<b>С с у д а.</b>	
275.	А. Ссуда въ тѣсномъ смыслѣ (commodatum). . . . .	158
276.	В. Precarium . . . . .	160
	<b>Раздѣлъ третій.</b>	
277.	Depositum . . . . .	161
278.	Особые виды depositum. Т. и. depos. irregulare. Добровольный секевестръ . . . . .	162
	<b>Раздѣлъ четвертый.</b>	
279.	Закладной договоръ . . . . .	164
	<b>Раздѣлъ пятый.</b>	
	<b>Неосновательное обогащеніе.</b>	
280.	а. Общія начала . . . . .	166
	б. Въ частности, неосновательность обогащенія.	
281.	1) Condictio indebiti . . . . .	168
282.	2) Condictio causa data causa non secuta . . . . .	171
283.	3) Condictio ob turpem causam . . . . .	172
284.	4) Condictio ob iniustam causam . . . . .	173
285.	5) Condictio sine causa . . . . .	174
	<b>ГЛАВА ВТОРАЯ.</b>	
	<b>МѢНОВНЫЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.</b>	
	<b>Раздѣлъ первый.</b>	
	<b>Купля-продажа.</b>	
286.	А. Понятіе . . . . .	175
287.	В. Обязанности контрагентовъ . . . . .	180
	Въ частности:	
288.	1) Отвѣтственность продавца за evictio . . . . .	182
289.	2) Отвѣтственность продавца за недостатки . . . . .	186
290.	С. Побочные уговоры при продажѣ . . . . .	189
	<b>Раздѣлъ второй.</b>	
291.	Мѣна . . . . .	190
	<b>Раздѣлъ третій.</b>	
	<b>Наемъ.</b>	
292.	А. Понятіе и виды . . . . .	190
	В. Отдѣльные виды.	
	1) Имущественный наемъ (loc. cond. rei).	
293.	а. Объектъ найма . . . . .	192

§§		СТР.
294.	в. Обязанности контрагентов . . . . .	193
295.	с. Особня основанія прекращенія . . . . .	196
296.	2) Личный наемъ (loc. cond. operatum) . . . . .	198
297.	3) Подрядъ (loc. cond. operis). . . . .	200
298.	4) Особые случаи найма . . . . .	201
299.	Приложеніе. Сравненіе найма съ depositum и mandatam . . . . .	204

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

## Обязательства изъ общенія.

## Раздѣлъ первый.

## Договоръ товарищества.

300.	А. Понятіе и условія . . . . .	206
301.	В. Отношеніе товарищей между собою и къ третьимъ лицамъ . . . . .	208
302.	С. Особня основанія прекращенія товарищества. Раздѣлъ . . . . .	209
303.	Д. Особые виды товарищества . . . . .	212

## Раздѣлъ второй.

304.	Общеніе безъ договора (случайное общеніе, т. н. communitio incidens). . . . .	214
------	---	-----

## Раздѣлъ третій.

305.	Споры о границахъ . . . . .	215
------	-----------------------------	-----

## ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

## Обязательства изъ веденія чужихъ дѣлъ.

## Раздѣлъ первый.

## Веденіе дѣлъ по порученію.

306.	А. Общія начала . . . . .	217
307.	В. Особые виды мандата (M. qualificatum, M. agendi, Delegatio, Оцѣночн. договоръ) . . . . .	220

## Раздѣлъ второй.

308.	Веденіе дѣлъ по должности . . . . .	224
------	-------------------------------------	-----

## Раздѣлъ третій.

309.	Добровольное веденіе чужихъ дѣлъ (negotiorum gestio въ т. см.) . . . . .	225
310.	Особые виды добровольнаго веденія дѣла . . . . .	228

## ГЛАВА ПЯТАЯ.

## Обязательства изъ недозволенныхъ дѣяній.

## Раздѣлъ первый.

## Furtum.

311.	А. Общія начала . . . . .	229
312.	В. Особые виды furtum . . . . .	234

## Раздѣлъ второй.

Поврежденіе вещей (*damnum iniuria datum*).

§§		СТР.
313.	А. Область примѣненія <i>lex Aquilia</i> . . . . .	235
	В. Поврежденія, нанесенныя не лицомъ отвѣчающимъ.	
314.	1) Поврежденія, причиненныя людьми и животными . . . . .	239
315.	2) Поврежденіе недвижимостями ( <i>cautio damni infecti</i> ) . . . . .	242
316.	С. Прочія правила о причиненіи вреда . . . . .	244

## Раздѣлъ третій.

317.	Угрозы . . . . .	245
------	------------------	-----

## Раздѣлъ четвертый.

## Злоумышленное причиненіе имущественнаго вреда.

318.	А. Общія начала ( <i>actio doli</i> ) . . . . .	246
	В. Особые случаи злого умысла.	
319.	1) Нарушеніе отправленія правосудія . . . . .	247
320.	2) <i>Calumnia</i> . . . . .	247

## Раздѣлъ пятый.

321.	<i>Iniuria</i> . . . . .	248
------	--------------------------	-----

## Раздѣлъ шестой.

322.	Проступокъ судьи . . . . .	251
------	----------------------------	-----

## Раздѣлъ седьмой.

## Нарушеніе фантическихъ состояній.

323.	Введеніе . . . . .	253
324.	1) <i>Operis novi nuntiatio</i> . . . . .	253
325.	2) Дѣянія, совершаемыя вопреки запрещенію или тайно . . . . .	255

## ГЛАВА ШЕСТАЯ.

## Смѣшанные случаи.

## Раздѣлъ первый.

## Обязанность къ предъявленію.

326.	А. Общія начала ( <i>act. ad exhibendum</i> ) . . . . .	256
327.	В. Особые случаи . . . . .	257

## Раздѣлъ второй.

328.	Обязанность давать алименты . . . . .	259
------	---------------------------------------	-----

## Раздѣлъ третій.

329.	Обязанность дать приданое . . . . .	260
------	-------------------------------------	-----





## КНИГА ЧЕТВЕРТАЯ.

### Обязательства.

#### ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

#### Общее учение.

t. I. III, 13: de obligationibus. — t. D. XLIV, 7; t. C. IV, 10: de obligationibus et actionibus. — *Unterholzner*, quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. 2 тома. 1840. — *Savigny*, das Obligationenrecht. 2 тома. 1851. 1853 (неокончено). — *Ryck*, die L. v. d. Schuldverhältnissen. Bd. 1. 1889.

#### ГЛАВА ПЕРВАЯ.

#### § 208. Понятіе и болѣе подробное опредѣленіе обязательства.

*Fr. Mommsen*, die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse. 1853. — *Ryck*, die Obligatio. 1878. — *Fr. Mommsen*, über die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen. 1879. — *Ihering*, Rechtsgutachten in Sachen des intercantonalen Comité's der Gäubahn gegen die Gesellschaft der Schweizerischen Centralbahn. Стр. 47—123. 1879. — *Bechmann*, der Kauf. Bd. 2. S. 405 ff. 431 ff. 1884. — *Kuntze*, die Obligation. §§ 21—27. 1886. — *Pescatore*, die sog. alternative Obligation. 1880. — *Ihering*, gesammelte Aufsätze. T. 1. Стр. 327—425. 1881. — *Savigny*, §§ 2—4. 28. 37—48. 81. — *Vangerow*, §§ 566. 568. 602. 109. — *Windscheid*, §§ 250—252. 254. 255. 264. 314. 315. 326. — *Brinz*, §§ 206—217. 238—246. — *Baron*, §§ 108—115.

**I. Понятіе.** Въ источникахъ мы находимъ два легальныя опредѣленія обязательства. Первое (въ Институціяхъ III, 13 pr.) гласитъ: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura; второе (въ Дигестахъ XLIV, 7. 1. 3. pr.) гласитъ: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel aliquam servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. *Обязательство есть такое*

*правоотношеніе, по которому одно лицо (вѣритель, кредитор, creditor, reus credendi) можетъ требовать отъ другого (должника, debitor, reus debendi) того дѣйствія или упушенія, къ которому другое лицо обязано.* Изъ этого опредѣленія (какъ и изъ легальныхъ) видно различіе между обязательствомъ и вещными правами: объектомъ вещныхъ правъ служить тѣлесная вещь, объектомъ обязательства является лицо (поэтому: *adstringimur... ut alium nobis obstringat...*); различны объекты,—различны и права на нихъ; изъ различія между тѣлесною вещью и лицомъ вытекаетъ различіе между вещными правами и обязательствомъ; если мнѣ принадлежитъ вещное право, то это значитъ, что я *имѣю* (собственность есть *полное имѣніе, iura in re aliena*—ограниченное), если же мнѣ принадлежитъ обязательство, то это значитъ, что я *долженъ получить*; вещное право является господствомъ надъ вещью, обязательство же есть ограниченіе свободы должника, потому что послѣдній до возникновенія обязательства былъ свободенъ, послѣ же возникновенія обязательства онъ связанъ (*obligatus*), обязанъ къ какому либо дѣйствію или упушенію.

II. *Болѣе подробное опредѣленіе.* Ограниченіе свободы должника можетъ быть различно какъ по размѣру, такъ и по продолжительности; должникъ можетъ быть обязанъ къ большому или меньшему, на болѣе или менѣе продолжительное время; вообще, содержаніе обязательства можетъ быть самое разнообразное. Содержаніе обязательства можетъ состоять въ обязанности доставить право собственности или вещное право на какую либо вещь (—и то, и другое обозначается въ источникахъ словомъ *date* въ тѣсномъ смыслѣ<sup>1</sup>—), дозволить пользованіе или извлеченіе плодовъ изъ какой либо вещи, совершить какую либо работу и т. п. Что же касается *границъ, мѣръ и основанія* обязательства, то существуютъ слѣд. правила: 1. *границу* для себя встрѣчаетъ обязательство въ законахъ природы, нормахъ права и нравственности; 2. *мѣра* обязательства не должна находиться въ зависимости отъ простаго усмотрѣнія должника; 3. *основаніемъ* обязательства (какъ и частныхъ правъ вообще, § 16) служитъ интересъ управомоченнаго, т. е. вѣрителя.—Эти три правила требуютъ болѣе подробнаго разьясненія.

<sup>1</sup> 1. 4 pr. D. de us. 22, 1; l. 75. § 10. D. de v. o. 45, 1; l. 37. D. de usufr. 7, 1; l. 19. D. de s. p. r. 8, 3; l. 167. pr. D. de r. i. 50, 17; Gai. 4, 4.

Ad 1. По законамъ природы (физически) невозможно<sup>2</sup>, напри- мѣръ, предоставленіе уже уничтоженной вещи<sup>3</sup>; по предписаніямъ права невозможно, напр., предоставленіе rei divini iuris, права собственности на свободнаго человѣка<sup>4</sup>. Къ обоимъ случаямъ отно- сится правило: *impossibilium nulla est obligatio*<sup>5</sup>. Кругъ дѣйствій, противорѣчащихъ нравственности (*turpia facta*, недозволенные дѣйствія), весьма обширенъ: *quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dicam contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*<sup>6</sup>, т. е. всякое безнравственное и безчестное дѣйствіе невозможно для нравственнаго существа<sup>7</sup>. Всякое обязательство, противное законамъ природы, нормамъ права, добрымъ нравамъ, ничтожно, все равно, знали ли стороны его характеръ или не знали<sup>8</sup> (что нѣкоторые оспариваютъ безъ основанія); тѣмъ не менѣе, если лицо обѣщающее могло бы при надлежащемъ вниманіи съ своей стороны усмотрѣть невозможность даннаго обязательства, то (по новой и многими признанной теоріи) оно виновно въ такъ наз. *culpa in contrahendo* (напр., если кто продаетъ вещь *extra commercium*, какъ свою собственную, или распоряжается наслѣдствомъ, которое ему не принадлежитъ) и поэтому обязано уплатить другой сторонѣ—если послѣдняя, безъ вины съ своей стороны, не знала о невозможности обязательства—такъ наз. отрицательный договорный интересъ, т. е. убытки, которые понесъ другой контрагентъ отъ того, что положился на исполненіе договора (напр., совершилъ какія либо затраты на принятіе вещи, которую надѣялся приоб- рѣсть)<sup>9</sup>. Впрочемъ, слѣдуетъ указать на то, что по новѣйшимъ изслѣдованіямъ отвѣтственность за отрицательный интересъ не обусловлена виною (т. н. *culpa in contrahendo*); напротивъ, за него отвѣчаетъ всякій, чье изъявленіе воли возбудило въ противникѣ вѣру въ возникновеніе обязательства, ибо всякій отвѣчаетъ за надежность своихъ заявленій; кто дѣйствуетъ, тотъ долженъ дѣйствовать на свой страхъ, а не на чужой.

<sup>2</sup> 1. 35. pr. D. de v. o. 45, 1; 1. 31. D. de r. i. 50, 17.—<sup>3</sup> §§ 1. 5. I. de in. st. 3, 19; 1. 15. pr. D. de c. e. 18, 1; 1. 69. l. 97. pr. D. de v. o. 45, 1.—<sup>4</sup> § 2. J. de in. st. 3, 19; 1. 103. D. de v. o. 45, 1.—<sup>5</sup> 1. 185. D. de r. i. 50, 17; cf. 1. 182. eod.—<sup>6</sup> 1. 15. D. de cond. inst. 28, 7.—<sup>7</sup> 1. 26. l. 27. pr. D. de v. o. 45, 1; 1. 4. C. de in. st. 8, 38.—<sup>8</sup> 1. 15. pr. l. 57. pr. § 1. D. de c. e. 18, 1; 1. 7. D. de her. v. 18, 4.—<sup>9</sup> 1. 8. § 1. D. de rel. 11, 7; 1. 8. l. 9. D. de her. v. 18, 4; 1. 21. pr. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 62. § 1. D. de contr. e. 18, 1.

Ad 2. Мѣра обязательства поставлена въ зависимость только отъ усмотрѣнія *должника*, если, напр., кто либо обѣщаетъ дать пшеницы и при этомъ не опредѣляетъ количества, если кто либо обѣщаетъ дать участокъ, не опредѣляя, какой участокъ и т. п.<sup>10</sup>; такое обязательство ничтожно<sup>11</sup>. Напротивъ, мѣру обязательства можно предоставить усмотрѣнiю *третьяго* лица; тогда обязательство будетъ условное, а именно, будетъ зависѣть отъ того, выскажетъ ли третье лицо свое мнѣнiе или нѣтъ<sup>12</sup>. Отъ простаго усмотрѣнiя, произвола, слѣдуетъ отличать *arbitrium boni viri*, т. е. справедливое усмотрѣнiе, масштаб котораго и есть справедливость; поэтому, мѣру обязательства можно поставить въ зависимость отъ справедливаго усмотрѣнiя не только третьяго лица, но и самого должника<sup>13</sup> или вѣрителя<sup>14</sup>; если высказано усмотрѣнiе несправедливое, то судья по требованiю другой стороны исправляетъ его<sup>15</sup>; если же усмотрѣнiе совсѣмъ не высказано, то его высказываетъ судья.—Изъ сказаннаго видно, что не требуется исполнѣя точнаго опредѣленiя мѣры обязательства. Поэтому, родовыя вещи могутъ быть предметомъ обязательства даже безъ опредѣленiя качества; тогда должнику (по правилу: *in dubio secundum debitorem*)<sup>16</sup> предоставляется выборъ между отдѣльными сортами и вещами<sup>17</sup>.—Поэтому, далѣе, два или нѣсколько предметовъ могутъ быть объектомъ обязательства альтернативно (т. е. такъ, что изъ нихъ долженъ быть предоставленъ только одинъ, альтернативное обязательство). И здѣсь право выбора принадлежитъ должнику (даже неисправному)<sup>18</sup>, и притомъ онъ можетъ переимѣнить свой выборъ<sup>19</sup>, пока еще не исполнено все обязательство<sup>20</sup>; но если должникъ прямо выговорилъ себѣ право выбора въ договорѣ, то онъ уже не можетъ переимѣнять своего рѣшенiя<sup>21</sup>; то же правило дѣйствуетъ и тогда, если должникъ

<sup>10</sup> l. 94. l. 95. l. 108. § 1. l. 115. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 69. § 4. D. de i. d. 23, 3.—<sup>11</sup> l. 71. pr. D. de leg. 1 (30).—<sup>12</sup> l. 75. D. pro soc. 17, 2; l. 25. pr. D. loc. 19, 2.—<sup>13</sup> l. 69. § 4. D. de i. d. 23, 3; l. 7. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 3. C. de dot. pr. 5, 11.—<sup>14</sup> l. 24. pr. D. loc. 19, 2; l. 30. D. de op. lib. 38, 1; l. 22. § 1. D. de r. i. 50, 17.—<sup>15</sup> ll. 76—80. D. pro soc. 17, 2.—<sup>16</sup> l. 47. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>17</sup> l. 32. § 3. D. de c. i. 12, 6; l. 99. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 52. D. mand. 17, 1; l. 3. D. de r. c. 12, 1.—<sup>18</sup> l. 47. § 3. D. de leg. 1. (30) (verba: quoties moram non est facturus legatario, которыхъ отнюдь не слѣдуетъ отождествлять съ quoties moram non fecit.)—<sup>19</sup> l. 138. § 1. l. 106. l. 75. § 8. D. de v. o. 45, 1; l. 6. § 1. D. de r. i. 42, 1; l. 10. § 6. D. de i. d. 23, 3; l. 25. pr. l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1; § 33. I. de a. 4, 6.—<sup>20</sup> l. 26. §§ 13. 14. D. de c. i. 12, 6; l. 21. § 6. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>21</sup> l. 138. § 1. i. f. cit.; l. 84. § 9. D. de leg. 1 (30); l. 11. § 1. D. de leg. 2 (31).

дать обѣщаніе исполненія (*constit. debiti*, § 264) по отношенію къ одному изъ предметовъ <sup>22</sup>; должникъ лишается права выбора, если не совершаетъ дѣйствія, не смотря на присужденіе къ нему, а доводитъ дѣло до *executio*; въ такомъ случаѣ уже по необходимости право выбора осуществляется вѣрителемъ. Вѣрителю принадлежитъ право выбора, если это прямо условлено въ договорѣ; если въ договорѣ не постановлено противное, то право перемѣнять свое рѣшеніе (свой выборъ) принадлежитъ вѣрителю до предъявленія иска <sup>23</sup>; если вѣритель присвоить себѣ въ искѣ право выбора, не имѣя его, то онъ совершаетъ *pluspetitio causa* <sup>24</sup>. Право выбора прекращается, если одинъ предметъ погибаетъ вслѣдствіе чисто случайныхъ обстоятельствъ; тогда альтернативное обязательство, въ которомъ дѣло идетъ о двухъ предметахъ, превращается (по началу: *duae res sunt in obligatione sed altera in solutione*) <sup>25</sup> въ простое (*obl. pura*) <sup>26</sup>.

Ad 3. Обязательство безъ интереса для вѣрителя, т. е. для удовлетворенія простой прихоти, ничтожно. Спорно, имѣютъ ли значеніе свойства интереса: требуется ли, чтобы это былъ имущественный интересъ, или это можетъ быть интересъ нравственный (§ 16), напр., продавецъ рабыни ставить условіе, не *prostituatur* <sup>27</sup>; на чужомъ участкѣ кто либо срубаетъ аллею деревьевъ, чѣмъ онъ причиняетъ не только имущественный ущербъ собственнику участка, но и лишаетъ узупруктурарія участка удобства прогулки <sup>28</sup>; одно лицо выговариваетъ себѣ, чтобы другое лицо исполняло надъ его гробомъ извѣстные религіозные обряды <sup>29</sup> и т. п. По прежде господствовавшему мнѣнію, нравственный интересъ можетъ лишь тогда служить достаточнымъ основаніемъ для обязательства, когда вслѣдствіе особыхъ обстоятельствъ къ нему присоединяется и имущественный интересъ, напр., условлена неустойка. Но правильнѣе, по чисто римскому праву, различать въ этомъ случаѣ *obligationes stricti iuris* и *bonae fidei* (§ 84); для послѣднихъ было достаточно нравственнаго интереса <sup>30</sup>; если не была условлена не-

<sup>22</sup> l. 25. pr. D. de p. e. 13, 5; l. 27. § 6. D. de p. 2, 14.—<sup>23</sup> l. 112. pr. l. 75. § 8. D. de v. o. 45, 1; l. 6. § 1. D. ad sc. Tert. 38, 17; l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1.—<sup>24</sup> § 33. l. de a. 4, 6; l. 46. § 1. D. de i. d. 23, 3.—<sup>25</sup> l. 128. i. f. D. de v. o. 45, 1.—<sup>26</sup> l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1; l. 10. § 6. D. de i. d. 23, 3; l. 47. § 3. de leg. 1 (30); l. 9. § 2. de fund. dot. 23, 5; l. 128. cit.; l. 2. § 3. D. de eo quod. c. l. 13, 4.—<sup>27</sup> l. 6. l. 7. D. de serv. exp. 18, 7.—<sup>28</sup> l. 16. § 1. D. quod vi 43, 24.—<sup>29</sup> l. 44. D. de man. test. 40, 4.—<sup>30</sup> l. 54. D. mand. 17, 1 и мѣста прим. 27—29. 33.

устойка, то должникъ присуждался къ уплатѣ штрафа, размѣръ котораго опредѣлялъ по своему усмотрѣнію судья<sup>31</sup> (теперь такой штрафъ часто называютъ возмѣщеніемъ нематеріальнаго вреда, § 71 sub I), и такимъ путемъ оскорбленное правовое чувство потерпѣвшаго получало удовлетвореніе; при *stricti iuris negotia*, гдѣ судья не предоставлялось дѣйствовать по усмотрѣнію и, слѣдовательно, нельзя было назначить штрафа, требовался имущественный интересъ<sup>32</sup>. Такъ какъ въ настоящее время римскихъ *stricti iuris obligationes* уже не существуетъ, то всегда надо примѣнять принципъ обязательствъ *bonae fidei*.—Впрочемъ, весьма часто<sup>33</sup> съ нравственнымъ интересомъ совпадаетъ требованіе моральнаго долга; отсюда нѣкоторые хотѣли вывести заключеніе, что нравственнаго интереса достаточно лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель хотѣлъ исполнить моральную обязанность; это мнѣніе неосновательно<sup>34</sup>.

*Прибавленіе.* Слово *obligatio* имѣетъ нѣсколько значеній; *obligatio* означаетъ: 1) требованіе (право требованія)<sup>35</sup>, 2) долгъ<sup>36</sup>, 3) цѣлое правоотношеніе, двѣ стороны котораго суть требованіе и долгъ<sup>37</sup>, 4) обязывающій актъ, откуда техническія выраженія *verborum, literarum obligatio*<sup>38</sup>, 5) выраженіе *pignoris obligatio* означаетъ установленіе залоговаго права<sup>39</sup> (въ противоположность къ *personae obligatio*, § 185 пр. 1).

## ГЛАВА ВТОРАЯ

### Возникновеніе обязательствъ.

#### I. § 209. Классификація Гая и Юстиніана.

*Liebe*, die Stipulation und das einfache Versprechen. 1840.—*Gneist*, die formellen Verträge des neueren Römischen Obligationenrechts. 1845.—*Schlesinger*, zur Lehre von den Formalcontracten. 1858.—*Girtanner*, die Stipulation. 1859.—*Karsten*, die Bedeutung der Form im Obligationenrecht. 1. Abth. Röm. Lehre v. d. Stipulation. 1878.—*Wendt*, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 1: *condictio ex poenitentia*. 1878; Heft 2: Reuverträge. 1879.—*Baron*, die Conditionen. § 4. 1881.—*Gradenwitz*, Interpolationen in den Pandekten. §§ 17. 18. (*Act. praescriptis verbis*. Das Reurecht). 1887.—*Savigny*, §§ 51. 52. 72—75. 82—85.—*Vangerow*, §§ 572. 595—600.—*Windscheid*, §§ 312. 326.—*Brinz*, §§ 248—251. 299. 310. 319.—*Baron*, §§ 116—120. 123.

<sup>31</sup> I. 14. § 1. D. de serv. c. 11, 3.—<sup>32</sup> I. 54. D. mand. 17, 1; l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1; l. 9. § 2. D. de statul. 40, 7.—<sup>33</sup> Ср. еме I. 1. § 2. D. de tut. 27, 3; l. 7. l. 71. пр. D. de condit. 35, 1.—<sup>34</sup> I. 16. § 1. D. qu. vi 43, 24.—<sup>35</sup> § 2. I. de r. i. 2, 2; l. 1. § 1. D. de n. d. 1, 8; l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1.—<sup>36</sup> I. 36. D. de r. c. 12, 1.—<sup>37</sup> Ср. напечатанныя выше легальныя опредѣленія.—<sup>38</sup> I. 1. § 21. D. de tut. 27, 3.—<sup>39</sup> I. 11. D. qu. m. p. 20, 6.

Вслѣдствіе изреченій Гая <sup>1</sup> и Юстиніана <sup>2</sup> въ наукѣ Римскаго права установилось четырехчленное дѣленіе обязательствъ по основаніямъ ихъ возникновенія; по принципу: *aut obligationes ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio* <sup>3</sup>, различаютъ контракты, деликты, quasi-контракты, quasi-деликты.

*А. Контракты.* Контракты суть тѣ обязательственные договоры, которые уже существовали въ древнемъ *ius civile*; ихъ было четыре рода; характеристическій признакъ ихъ, такъ наз. *causa civilis* (которую нельзя смѣшивать съ *causa obligationis* и *causa debendi*, §§ 214. 231), состоялъ или въ употребленіи устной рѣчи (*verba*), или въ примѣненіи извѣстной письменной формы (*literae*), или въ совершеніи дѣйствія вѣрителемъ (*res*), или въ неформальномъ соглашеніи контрагентовъ (*consensus*); поэтому различаютъ: 1) вербальные, 2) литеральные, 3) реальные, 4) консенсуальные контракты; первые два называются формальными контрактами, послѣдніе два — неформальными или материальными.

1. *Вербальные контракты* мыслимы лишь при томъ условіи, чтобы контрагенты могли говорить и слышать и находились въ одномъ и томъ же мѣстѣ; въ классическомъ правѣ литеральныхъ контрактовъ было три: *stipulatio*, *dotis dictio*, *operarum iurata promissio*.

*a. Stipulatio* <sup>4</sup> по своей формѣ состоитъ изъ непосредственнаго устнаго вопроса одного контрагента (*stipulator*, *reus stipulandi*) и устнаго отвѣта другого (*promissor*, *reus promittendi*); первоначально слова были предписаны правомъ, но позднѣе выборъ словъ былъ предоставленъ свободному усмотрѣнію сторонъ; впрочемъ, и въ классическомъ правѣ слова *spondes-spondeo* были резервированы для Римлянъ, другія же слова: *dabis-dabo*, *facies-faciam*, *promittis-promitto*, δώσεις-δώσω, ποιήσεις-ποιήσω, ὁμολογήεις-ὁμολογήω и т. п. — были общи у Римлянъ съ перегринами. Закономъ императора Льва (469 г.) была предоставлена свобода употреблять какія угодно слова и конструкціи <sup>4а</sup>. — Существовалъ обычай составлять о стипуляціи письменный актъ (*cautio*) <sup>5</sup>, и отсюда мало по малу раз-

<sup>1</sup> I. 1. I. 5. D. de o. et a. 44, 7; ср. Gai. 3, 88. — <sup>2</sup> § 2. I. de obl. 3, 13 и заглавія t. I. 3, 27 и 4, 2. — <sup>3</sup> § 2. I. de obl. 3, 13. — <sup>4</sup> Gai. 3, 92 sqq.; t. I. 3, 15; de verb. obl. — <sup>4а</sup> I. 10. C. de contr. stip. 8, 37. — <sup>5</sup> Примѣры см. въ I. 40. D. de r. c. 12, 1; I. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1; I. 11. § 2. D. de d. r. 45, 2.

вилась норма права, по которой *cautio* обладает безусловною доказательною силою<sup>6</sup>, т. е. было исключено и доказательство противнаго, развѣ если бы было доказано, что контрагентъ во время составленія *cautio* не находился въ томъ мѣстѣ<sup>7</sup>. Вслѣдствіе этого перестали совсѣмъ произносить слова стипуляціи, записывая ихъ въ *cautio*, какъ бы произнесенныя; иными словами, на дѣлѣ стипуляція превратилась въ письменный контрактъ, хотя теорія юристовъ продолжала разсматривать ее, какъ вербальный контрактъ.

*Содержаніе* стипуляціи можетъ быть столь же разнообразное, какъ содержаніе обязательства вообще; стипуляція можетъ обнять всевозможныя договорныя обязательства, лишь бы они были односторонни и обладали имущественною цѣнностью: платежъ денегъ, предоставленіе другихъ вещей, совершеніе работъ, упущенія и т. д. Поэтому то римскіе юристы излагали общую теорію договоровъ преимущественно на стипуляціи, и въ настоящее время для основательнаго ознакомленія съ договорами необходимо изученіе стипуляціи (хотя послѣдняя уже нигдѣ не употребляется).

Искъ изъ стипуляціи, смотря по содержанію послѣдней, бываетъ *condictio certi*, *condictio triticaria* или *actio ex stipulatu*, смотря по тому, идетъ ли дѣло объ опредѣленной денежной суммѣ, или о другой опредѣленной вещи, или, наконецъ, о неопредѣленныхъ объектахъ.

Часто заключали *stipulatio* (съ *cautio*) потому, что *stipulator* обѣщаль *promissor* у совершить преддѣйствіе.\* И вотъ, если первый предъявлялъ искъ изъ стипуляціи противъ второго, то послѣдній могъ посредствомъ *exc. doli* осуществить уговоръ о преддѣйствіи перваго, а вѣритель долженъ былъ въ такомъ случаѣ доказать, что онъ совершилъ это преддѣйствіе<sup>8</sup>. На тотъ случай, когда преддѣйствіе должно было состоять въ выдачѣ денегъ взаймы, императорскія конституціи 3-го вѣка<sup>9</sup> установили, что *exc. doli* (*exc. non numeratae pecuniae*) допускается лишь до истеченія опре-

<sup>6</sup> Paul. sent. rec. V, 7, § 2; l. 134. § 2. D. de v. o 45, 1; l. 1. C. de contr. st. 8, 38; § 8. I. de fidei. 3, 20.—<sup>7</sup> l. 14. § 2. C. de cont. stip. 8, 37; § 12. I. de inut. st. 3, 19.—<sup>8</sup> Gai 4, 116; l. 2. § 3. D. de dol. exc. 44, 4; § 2. I. de exc. 4, 13.—<sup>9</sup> l. 8. l. 9. l. 10. l. 14. pr. C. de non. num. pec. 4. 30.

\* То, что одна сторона въ обязательствѣ обязана совершить въ пользу другой, называется дѣйствіемъ; если дѣйствіе одной стороны совершается раньше дѣйствія другой, то будемъ его называть преддѣйствіемъ (*Vorleistung*), а послѣдующее дѣйствіе другой стороны назовемъ воздѣйствіемъ (*Gegenleistung*).



дѣлennaго срока (сначала одного года, со времени Діоклетіана пяти, со времени Юстиніана двухъ лѣтъ) послѣ выдачи документа; по прошествіи же этого срока стипуляція или cautio служила для обѣщавшаго безусловнымъ основаніемъ обязанности уплатить (§ 96 пр. 4).—Сходенъ со стипуляціонною cautio былъ документъ, который выдавался безъ формы стипуляціи въ удостовѣреніе полученія займа<sup>10</sup>; и къ послѣднему были примѣнены означенныя начала эсцепціи по п. р. рес.; см. подробности въ § 231.

b. Dotis dictio<sup>11</sup> есть (уже вышедшее изъ употребленія при Юстиніанѣ) устное установленіе dos, обыкновенно словами: tot nummi tibi doti sunt.

c. Operarum iurata promissio<sup>12</sup>. Вольноотпущенные, получая свободу, обыкновенно обѣщали патрону извѣстныя услуги посредствомъ стипуляціи или обѣщанія подъ присягой.

2. *Литеральный контрактъ* (nomen transcripticium) ко времени Юстиніана уже вышелъ изъ употребленія; контрактъ этотъ совершался посредствомъ внесенія денежныхъ долговъ въ codex expensі и ассерті<sup>13</sup>.

3. *Реальные контракты* по праву Юстиніана бываютъ двухъ родовъ: т. н. contractus nominati и contractus innominati.

a. *Contractus nominati*. Нѣкоторые реальные контракты (а именно тѣ, которые направлены на возвращеніе даннаго in genere или in specie: заемъ, commodatum, depositum, закладной договоръ, §§ 273 — 279) принадлежать къ числу самыхъ обыкновенныхъ юридическихъ сдѣлокъ; поэтому уже въ періодъ республики они были снабжены особымъ названіемъ и теоріею; такіе договоры имѣютъ силу, хотя обѣщаніе возвратить полученное послѣдовало неформально.

b. *Contractus innominati* (безыменные контракты)<sup>14</sup>. Если одно лицо совершаетъ въ пользу другого извѣстное дѣйствіе съ неформальнымъ уговоромъ, что должникъ совершитъ воздѣйствіе, то, по праву республиканскаго періода, для получателя не возникало обязательства, такъ что если онъ добровольно не исполнялъ обѣщаннаго, то лицо, совершившее преддѣйствіе, могло отъ него лишь

<sup>10</sup> l. 41. § 2. D. de us. 22, 1.—<sup>11</sup> l. 25. l. 44. § 1. l. 46. § 1. l. 57. l. 59. пр. D. de i. d. 23, 3; Ulp. fr. 6, 2; fr. Vat. §§ 99. 100.—<sup>12</sup> t. D. 38, 1; C. 6, 3; de operis libertorum.—<sup>13</sup> Gai. 3. 128 sqq.; cf. t. I. de liter. obl. 3, 21.—<sup>14</sup> t. D. 19, 5; de praescriptis verbis; t. C. 4, 64; de rerum permutatione et praescriptis verbis.

требовать (посредствомъ *condictio ob causam datorum*, § 282 пр. 1) возвращенія полученнаго, такъ какъ оно обманулось въ своей надеждѣ на воздѣйствіе<sup>15</sup>. Но въ началѣ императорскаго періода<sup>16</sup> получатель уже признавался обязаннымъ къ условленному воздѣйствію<sup>17</sup>; тѣмъ не менѣе право лица, совершившаго преддѣйствіе, требовать возвращенія полученнаго, все таки не было отмѣнено, такъ что ему предоставлялось на выборъ<sup>18</sup> принудить получателя или (посредствомъ *actio praescriptis verbis, in factum civilis*)<sup>19</sup> къ совершенію воздѣйствія, или (поср. *condictio ob causam datorum*) къ возвращенію полученнаго; мало того, его право выбора было до того неограничено, что онъ могъ требовать возвращенія полученнаго не только вслѣдствіе неисправности получателя, но иногда (§ 282 кон.) въ случаѣ невозможности воздѣйствія (*ob causam non secutam*)<sup>20</sup> и, по правильному, но оспариваемому мнѣнію, просто по произволу (въ силу т. наз. *ius poenitendi*)<sup>21</sup>; лишь добровольное воздѣйствіе прекращало *ius poenitendi*<sup>22</sup>.— Относящіеся сюда договоры *по большей части* не получили въ обыденной жизни особыхъ названій (это были „безыменные“ договоры) и поэтому подраздѣлялись на четыре общія категоріи<sup>23</sup>: *do ut des* (мѣна), *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Они получили силу лишь мало по малу; даже Павелъ еще не признаетъ третьей изъ означенныхъ категорій<sup>24</sup>, между тѣмъ какъ прочіе классическіе юристы считаютъ дѣйствительными всѣ четыре.

4. *Консенсуальные контракты*. Путемъ неформальнаго соглашенія, по древнему *ius civile*, могли возникнуть четыре дѣйствительныя обязательства<sup>25</sup>: купля, наемъ, *societas*, *mandatum* (§§ 286—307). Прочія неформальныя соглашенія (*pacta*) не производили никакого обязательства, по правильному мнѣнію, даже натурального<sup>26</sup>, одно только *pactum usuarium* порождало натуральное обя-

<sup>15</sup> l. 65. § 4. D. de c. ind. 12, 6.—<sup>16</sup> l. 1. § 1. l. 19. пр. 1. 20. пр. D. h. t. 19, 5.—<sup>17</sup> l. 8. l. 15. D. h. t. 19, 5; l. 7. §§ 2. 4. D. de pact. 2, 14.—<sup>18</sup> l. 5. §§ 1. 2. l. 7. D. h. t. 19, 5; l. 4. l. 5. C. h. t. 4, 64.—<sup>19</sup> l. 7. § 2. D. de pact. 2, 14; l. 23. i. f. D. comm. div. 10, 3; l. 6. C. de transact. 2, 4; l. 6. C. h. t. 4, 64.—<sup>20</sup> l. 5. §§ 1. 2. l. 3. §§ 3. 5. l. 5. § 1. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 5. l. 10. C. de c. ob c. d. 4, 6.—<sup>21</sup> l. 3. §§ 2. 3. l. 5. пр. §§ 1—4. D. c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 5. § 1. l. 7. D. h. t. 19, 5; l. 1. l. 4. l. 5. l. 7. C. h. t. 4, 64.—<sup>22</sup> l. 1. пр. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4, l. 3 пр. § 1. eod.—<sup>23</sup> l. 5. D. h. t. 19, 5.—<sup>24</sup> l. 5. § 3. D. h. t. 19, 5; ср. также l. 4. C. de dolo 2, 21.—<sup>25</sup> l. 15. l. 22. D. h. t. 19, 5; l. 3. § 4. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4.—<sup>26</sup> l. 1. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 56. D. de fid. 46, 1.

зательство <sup>27</sup>. Дальнѣйшее развитіе права до Юстиніана произвело здѣсь мало перемѣнъ:

а. Нѣкоторымъ pacta былъ присвоенъ искъ: отчасти правомъ юристовъ (тѣмъ pacta, которыя присовокуплялись тогчасъ при заключеніи сдѣлки *bonae fidei, pacta adiecta*) <sup>28</sup>, отчасти преторскимъ правомъ (*constitutum*, § 264, *pactum iurisiurandi*, § 99: такъ назыв. *pacta praetoria*), отчасти императорскими законами (*pactum dotis, pactum donationis do 500 solidi*, §§ 332. 69: такъ наз. *pacta legitima*) <sup>29</sup>. Исковыя pacta называются теперь *pacta vestita* въ противоположность къ *pacta nuda*.

б. Если *pactum* было направлено на взаимныя дѣйствія, и одна сторона исполнила обѣщанное дѣйствіе, то возникалъ безыменнѣй реальный контрактъ (выше 3. б).

с. Императоръ Зенонъ установилъ новый консенсуальный контрактъ—*contractus emphyteuticarius* (§ 179).

В. *Деликты*. 1. *Понятіе и условія*. *Деликтъ есть такое недозволенное дѣйствіе, которое порождаетъ обязательство*. Всякій деликтъ для своего возникновенія предполагаетъ: а) противозаконное дѣйствіе (а не простое упущеніе); противозаконное дѣйствіе должно обыкновенно состоять въ *dolus*, въ одномъ случаѣ (*damnum iniuria datum*, § 313) оно можетъ состоять въ *culpa*; способны къ деликтамъ лишь тѣ лица, которыя способны ко вмѣненію (§ 71); б) поврежденіе какого либо блага челоуѣка (тѣла, свободы, имущества, чести).

2. *Обязательство изъ деликта можетъ быть двоякое*:

а. *обязанность возмѣститъ ущербъ*, осуществляемая посредствомъ т. н. *actio rei persecuturia* (§ 81); это бываетъ только тогда, если деликтомъ нанесенъ имущественный вредъ;

б. *обязанность уплатить штрафъ*, осуществляемая посредствомъ *actio poenalis* (§ 81); дѣло въ томъ, что, по древнему римскому праву, нѣкоторыя проступки (такъ наз. *delicta privata*) карались не уголовнымъ наказаніемъ, а взысканіемъ денежнаго штрафа въ пользу потерпѣвшаго, котораго послѣдній могъ требовать гражданскимъ искомъ; въ императорскій періодъ впервые при большей части деликтовъ потерпѣвшему было предоставлено на выборъ

<sup>27</sup> 1. 5. § 2. D. de sol. 46, 3; 1. 3. 1. 4. 1. 22. C. de us. 4, 32; 1. 11. § 3. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>28</sup> 1. 7. §§ 5. 6. D. de pact. 2, 14; 1. 72. 1. 75. 1. 79. D. de c. e. 18, 1.—<sup>29</sup> 1. 6. C. de dot. prom. 5, 11; 1. 35. C. de don. 8, 53.

или взыскать частный штрафъ путемъ гражданскаго процесса, или потребовать уголовнаго наказанія за *crimen extraordinarium*<sup>30</sup>, и обыкновенно избиралось послѣднее<sup>31</sup>.

C. *Quasicontractus*. Подъ *quasi-контрактами* разумѣютъ обязательства, сходныя съ обязательствами изъ контрактовъ. Гай<sup>32</sup> и Юстиніанъ<sup>40</sup> замѣчаютъ о нѣкоторыхъ обязательствахъ, что должникъ является обязаннымъ, хотя онъ и не заключилъ съ вѣрителемъ контракта и не совершилъ деликта; они прибавляютъ, что поэтому (!) его обязательство возникло *quasi ex contractu*; сюда они относятъ слѣдующіе случаи: 1) обязательство *negotiorum gestor'a* (§ 309), 2)—*tutor'a* (§ 382), 3) обязательство изъ общенія безъ договора (§ 304), 4) обязательство наслѣдника по отношенію къ получателю отказа (§ 444), 5) обязательство лица, обогатившагося отъ полученія недолжнаго (§ 281). Новые юр. относятъ сюда еще 6) *litiscontestatio* (§ 95 sub V).

D. *Quasidelicta*. Подъ *quasi-деликтами* разумѣютъ обязательства, сходныя съ обязательствами изъ деликтовъ. Гай<sup>41</sup> и Юстиніанъ<sup>42</sup> замѣчаютъ о нѣкоторыхъ обязательствахъ, что должникъ является обязаннымъ, хотя онъ не совершилъ никакого деликта, и прибавляютъ, что поэтому (!) его обязательство возникло *quasi ex maleficio*; сюда они относятъ обязательства: 1) судьи, *qui litem suam facit* (§ 322), 2) того лица, которое отвѣчаетъ по *act. de effusis et eiectis*, а равно и того, которое отвѣчаетъ по *act. de positis et suspensis* (§§ 314, 316), 3) корабельщика, содержателя гостинницы и постоялаго двора, которые, по преторскому эдикту, отвѣчаютъ за кражу и другія вредныя дѣйствія своихъ людей (§ 312 пр. 11 и § 314 пр. 1).

<sup>30</sup> l. 56. § 1. l. 92. D. de furt. 47, 2; l. 6. l. 45. D. de ini. 47, 10; l. 3. D. de pr. del. 47, 1.—<sup>31</sup> l. 92. cit.; l. 45. cit.—<sup>32</sup> l. 14. § 1. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>33</sup> l. 11. § 2. D. de serv. corr. 11, 3.—<sup>34</sup> l. 34. pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 15. §§ 34, 46. D. de ini. 47, 10; l. 8. C. de ini. 9, 35.—<sup>35</sup> l. 1. l. 11. D. a f. c. 47, 7.—<sup>36</sup> l. 1. D. vi b. r. 47, 8; l. 88. D. de furt. 47, 2.—<sup>37</sup> Ср., съ одной стороны, мѣста прим. 34—36; съ другой стороны, l. 53. pr. D. de o. et a. 44, 7 и сообщеніе Павла въ l. 34. pr. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>38</sup> На основаніи l. 60. D. de o. et a. 44, 7; l. 130. D. de r. i. 50, 17; l. 32. D. de o. et a. 44, 7; l. 6. D. ad l. I. de ad. 48, 5.—<sup>39</sup> l. 5. pr. § 3. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>40</sup> t. I. 3, 27; de obl. quasi ex contr.—<sup>41</sup> l. 5. §§ 4—6. D. de o. et a. 44, 7; l. 6. D. de extr. cogn. 50, 13.—<sup>42</sup> t. I. 4, 5; de obl. quae quasi ex del nascuntur.

## II. § 210. Критика классификаціи Гая и Юстиніана и замѣна ея новою.

*Hesse*, über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen Römischen Rechts. 1868.—*Brinz*, kritische Blätter. Nr. 1. 1852.—*Savigny*, §§ 76. 77.—*Seuffert*, zur Geschichte der obligatorischen Verträge. 1881.—*Vangerow*, § 600.—*Windscheid*, §§ 302. 303. 326.—*Brinz*, §§ 247. 319. 337.—*Bekker*, § 95 Beil. I.

А. *Критика*. Четырехчленное дѣленіе основаній происхожденія обязательствъ свойственно не (—какъ неосновательно думаютъ—) вообще римской юриспруденціи, а лишь воззрѣніямъ Гая <sup>1</sup>, заимствованнымъ Юстиніаномъ <sup>2</sup>; прочіе римскіе юристы довольствовались лишь указаніемъ на главнѣйшія основанія возникновенія обязательствъ: контракты и деликты. Оно и не исчерпываетъ предмета: много обязательствъ нельзя подвести ни подъ одну изъ этихъ категорій. Наконецъ, эта классификація содержитъ два неясныя выраженія; слово „контрактъ“ означаетъ, что обязательство основано на волѣ сторонъ, слово „деликтъ“,—что обязательство возникаетъ изъ противозаконнаго дѣйствія; но какія же обстоятельства порождаютъ т. н. *obl. quasi ex contractu* и *quasi ex delicto*: этого изъ названія не видно; и часто повторяемыя Гаемъ и Юстиніаномъ слова: *sed quasi ex maleficio tenentur*, *quasi ex contractu teneri videntur* и т. п.—вовсе не указываютъ, каково основаніе возникновенія этихъ обязательствъ: они указываютъ лишь на то, что должникъ по *quasi*-контракту *долженъ обсуждаться* подобно должнику по контракту, должникъ по *quasi*-деликту—подобно должнику по деликту, такъ что дѣло идетъ о сходствѣ *ответственности*.—Итакъ, изъ понятій, которыя римское право даетъ для классификаціи основаній возникновенія обязательствъ, пригодны только контрактъ и деликтъ.

В. *Замѣна классификаціи Гая и Юстиніана другою*. Слѣдуетъ принять пять основаній возникновенія обязательствъ: 1) *договоръ*, 2) *одностороннюю волю должника или его наследодателя*, 3) *волю судьи*, 4) *одностороннее внимательство одного лица въ сферу права другою, будетъ ли это внимательство недозволенное (деликтъ) или дозволенное*, 5) *положительное предписаніе закона*.

1. *Договоръ*. При рецепціи римскаго права вербальные контракты не привились въ Германіи; напротивъ, обычное право установило въ Германіи въ концѣ 16-го вѣка (въ Италіи и Франціи уже немного раньше) то положеніе, что всякое обѣщаніе, хотя бы и данное неформально, произво-

<sup>1</sup> I. 1. 1. 4. 1. 5. D. de obl. et a. 44, 7.—<sup>2</sup> § 2. I. de obl. 3, 13.

дѣть дѣйствительное обязательство: поэтому, въ нынѣшнемъ правѣ на мѣсто «контракта» слѣдуетъ поставить «обязательственный договоръ». Спорно, принадлежитъ ли всегда теперешнему договору характеръ римскаго консенсуальнаго контракта, или еще имѣеть значеніе римское дѣленіе на реальные и консенсуальные договоры. По правильному мнѣнію, слѣдуетъ различать поименованные и безыменные реальные контракты:

а. Римскіе безыменные реальные контракты направлены по общему правилу на полученіе извѣстнаго *воздѣйствія*: это мѣновыя договоры (§ 215); именно поэтому ихъ слѣдуетъ теперь разсматривать какъ консенсуальные договоры, ибо по нынѣшнему праву уже простое обѣщаніе даетъ право на искъ, и каждый контрагентъ можетъ требовать исполненія, хотя бы самъ еще не совершилъ обѣщаннаго съ своей стороны дѣйствія; лишь предполагается, что онъ готовъ совершить дѣйствіе (потому что въ противномъ случаѣ ему угрожаетъ такъ наз. *ex. non adimpleti contractus*, § 215); далѣе, если одна сторона совершитъ прежде обѣщанное дѣйствіе, то ей, по нынѣшнему праву, уже не принадлежитъ *ius poenitendi*, такъ какъ она лишь уплатила дѣйствительный долгъ; *ius poenitendi* имѣеть теперь мѣсто лишь въ томъ случаѣ, если таково намѣреніе сторонъ, напр., если вся сдѣлка имѣеть въ виду единственно интересъ лица, совершившаго преддѣйствіе; въ этомъ случаѣ и теперь слѣдуетъ разсматривать договоръ, какъ реальный. Слѣдуетъ далѣе замѣтить, что нѣкоторые безыменные договоры направлены на *возвращеніе полученнаго*, такъ что они не мѣновыя договоры (напр., *inspiciendum dare, experiendum dare, precario dare*)<sup>3</sup>; и эти случаи, не чуждые и теперешнему обороту, слѣдуетъ и теперь признавать реальными договорами, ибо преддѣйствіе происходитъ здѣсь и теперь не на основаніи предыдущаго обѣщанія, а добровольно (ср. sub b).

б. Римскіе поименованные реальные контракты всѣ направлены на *возвращеніе* полученнаго; обѣщаніе *возвратитъ* имѣеть точно такъ же мѣсто и въ нынѣшнемъ правѣ, поэтому *contractus nominati* и теперь еще являются реальными договорами. Положимъ, этимъ договорамъ *часто* предшествуетъ обѣщаніе совершить преддѣйствіе (напр., *actum de mutuo dando, de commodando*), и это обѣщаніе теперь даетъ искъ; но обѣщаніе возвращенія дается не одновременно съ обѣщаніемъ преддѣйствія, а лишь при совершеніи послѣдняго, ибо прежде оно было бы совѣмъ немислимо или мыслимо только, какъ условное.

2. *Одностороннее изъявленіи воли должника или его наследодателя* бываетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ основаніемъ возникновенія обязательства: *pollicitatio* (§ 211) и отказы (§ 444).

3. На основаніи *воли судьи* обязательство можетъ возникнуть въ процессахъ о раздѣлѣ (*act. familiae erciscundae, communi dividundo* и *finium regundorum*); какъ судья можетъ для раздѣла устанавливать вещныя права разнаго рода, точно такъ же онъ можетъ возложить на *adiudicatarius* *обязанность* вознаградить прочихъ *condomini* (§ 132 пр. 1, § 305 пр. 9). Въ реституціонныхъ процес-

сахъ (§ 111) судья можетъ возстановить прекратившееся обязательство.

4. Какъ основаніе происхожденія обязательства, большое значеніе имѣетъ *одностороннее вмѣшательство* одного лица въ сферу права другого; такъ какъ на всякаго должны падать послѣдствія его дѣйствій, то всякое одностороннее вмѣшательство въ чужую правовую сферу, въ особенности въ сферу чужого имущества, можетъ послужить основаніемъ для возникновенія обязательства, будетъ ли это вмѣшательство дозволено правомъ или противозаконно.

а. Противозаконное вмѣшательство совпадаетъ съ понятіемъ деликта и обсуждается по началамъ послѣдняго, но съ одною важною разницею въ теперешнемъ правѣ, а именно: по римскому праву изъ деликта возникаетъ притязаніе на вознагражденіе за убытки или на штрафъ, или и на то, и на другое, теперь же притязаніе на штрафъ за немногими исключеніями не существуетъ (§ 81 sub III).

б. Дозволенное правомъ вмѣшательство въ чужую имущественную сферу обнимаетъ обязательства изъ *negotiorum gestio*, изъ опеки, изъ случайнаго общенія.

5. По особенно настоятельнымъ требованіямъ справедливости право ввело нѣсколько обязательствъ; содержаніе ихъ различно; нѣкоторыя изъ нихъ находятся въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, а) что одно лицо обогатилось на счетъ имущества другого формально—законнымъ путемъ, матеріально же—безъ основанія (§ 285), б) что между двумя лицами существуетъ тѣсная родственная связь (§§ 328. 329), в) что кто либо потерпѣлъ ущербъ, полного возмѣщенія котораго не даетъ формальное право (§ 314 слѣд.).

Изъ означенныхъ основаній происхожденія обязательствъ въ специальномъ изложеніи нуждаются *pollicitatio* (§ 211), договоръ (§ 212 слѣд.), отказъ (§ 438 слѣд.).

### A. § 211. Pollicitatio.

t. D. L, 12: de pollicitationibus.—*Regelsberger*, civilrechtliche Erörterungen. §§ 41—48. 1868.—*Schlossmann*. der Vertrag. §§ 19. 20.—*Regelsberger*, Streifzüge im Gebiet des Civilrechts. S. 17 ff. (die Pollicitation). 1892.—*Vangerow*, §§ 603. 615.—*Windscheid*, §§ 304. 308.—*Brinz*, § 307.—*Baron*, § 136.

*Pollicitatio* въ обширномъ смыслѣ означаетъ всякое обязательственное обѣщаніе <sup>1</sup>; въ тѣсномъ смыслѣ *pollicitatio* означаетъ одно-

<sup>1</sup> l. 43. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 5. C. de contr. stip. 8, 38.

*стороннее изъясненіе воли, въ которомъ одно лицо обѣщаетъ совершить въ пользу другого какое либо дѣйствіе: pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero solius offerentis promissum*<sup>2</sup>. Такое изъясненіе воли обязываетъ изъясняющаго тотчасъ (т. е. безъ принятія его другимъ лицомъ) лишь въ слѣдующихъ случаяхъ:

1. Въ случаѣ обѣщанія въ пользу общины, если для такого обѣщанія есть особый поводъ (*iusta causa*), напр., обѣщающему дана или будетъ дана какая либо должность; община пострадала отъ пожара или землетрясенія<sup>3</sup>. Если такого повода не существуетъ, то обѣщаніе обязываетъ лишь тогда, когда уже началось исполненіе обѣщаннаго<sup>4</sup>.

2. Въ случаѣ обѣщанія въ пользу церкви или какой либо благочестивой цѣли<sup>5</sup> (*votum*, обѣтъ).

3. Принадлежитъ ли публичный вызовъ, т. е. объявленное публично обѣщаніе дѣйствія въ пользу того, кто совершитъ съ своей стороны извѣстное преддѣйствіе, напр., обѣщаніе премій за сочиненіе, награды за возвращеніе потерянной вещи, къ числу *pollicitationes*, или, можетъ быть, его правильнѣе признать договоромъ съ *неопредѣленнымъ* лицомъ,—это вопросъ спорный; первое мнѣніе заслуживаетъ предпочтенія какъ потому, что римскому праву *договоры съ неопредѣленными лицами* были вообще чужды, такъ и по той причинѣ, что на объявленную награду имѣетъ право и то лицо, которое совершаетъ требуемое дѣйствіе, не зная о вызовѣ (стало быть, безъ *acceptatio*). Впрочемъ, этого положенія нельзя поддержать доказательствами изъ источниковъ, такъ какъ о публичномъ вызовѣ послѣдніе ничего не говорятъ, несмотря на то, что это явленіе было у Римлянъ довольно распространено.

Нѣкоторые признаютъ еще четвертый случай *pollicitatio*: обѣщаніе приданого (§ 332); дѣйствительно источники<sup>6</sup> часто упоминаютъ о *pollicitatio dotis*, но въ общемъ смыслѣ, въ смыслѣ вообще обязательственнаго обѣщанія<sup>7</sup> (выше пр. 1), а не въ смыслѣ односторонняго обѣщанія.

<sup>2</sup> 1. 3. pr. D. h. t. 50, 12.—<sup>3</sup> 1. 1. § 1. 1. 3. pr. 1. 4. 1. 6. § 2. 1. 7. 1. 9. 1. 11. 1. 12. § 1. 1. 13. pr. 1. 14. D. h. t. 50, 12.—<sup>4</sup> 1. 1. §§ 2—5. 1. 3. pr. 1. 6. § 1. D. h. t. 50, 12.—<sup>5</sup> 1. 2. D. h. t. 50, 12; с. 18. X. de cens. 3, 39.—<sup>6</sup> 1. 6. C. de dot. prom. et nuda pollicit. 5, 11; 1. 1. 1. 13. C. de iure dot. 5, 12; 1. 1. § 8. D. de dot. coll. 37, 7.—<sup>7</sup> См. выше прим. 1; 1. 25. C. ad scf. Vell. 4, 29.



## В. ДОГОВОРЪ.

## 1) § 212. Соглашение. Предварительный договоръ. Продажа съ публичнаго торга.

*Scheurl*, Beiträge. Томъ 1-й, стр. 305 слѣд. 1853.—*Regelsberger*, civilrechtliche Erörterungen. §§ 1—40. 1868.—*Degenkolb*, der Begriff des Vorvertrages. 1871.—*Schott*, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. 1873.—*Köppen*, der obl. Vertrag unter Abwesenden. 1874.—*Schlossmann*, der Vertrag. § 16. 1876.—*Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. §§ 3. 4.—*Ihering*, ges. Aufsätze. Томъ 1-й, стр. 402 слѣд., томъ 2-й, стр. 67 слѣд. 1881. 1882.—*Bechmann*, der Kauf. Томъ 2. Стр. 270 слѣд. 1884.—*Vangerow*, §§ 603. 109.—*Windscheid*, §§ 305—308. 310.—*Bekker*, § 94. Beil. II. IV. § 96.—*Regelsberger*, § 150.

I. Понятіе договора вообще было уже изложено выше (§ 48); здѣсь идетъ рѣчь лишь объ обязательственномъ договорѣ. Обязательственный договоръ есть соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ о томъ, что одною стороною должно быть совершено другой известное дѣйствіе или что должны быть совершены взаимныя дѣйствія. Соглашеніе состоялось (договоръ заключенъ, совершенъ, с. perfectus), если имѣется на лицо: а) предложеніе (офферта) со стороны будущаго должника, т. е. его обѣщаніе съ цѣлью заключенія договора, б) принятіе обѣщанія (ассертатіо) будущимъ вѣрителемъ; принятіе должно быть изъявлено будущему должнику (или его представителю); между отсутствующими это будетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда изъявленіе принятія дошло до будущаго должника (т. н. Empfangstheorie, теорія полученія), напр., письмо принимающаго предложеніе отдано въ руки будущаго должника или положено въ его квартирѣ; въ этихъ случаяхъ договоръ совершенъ, не смотря на то, что адресатъ еще не прочелъ письма. Теорія полученія впрочемъ не есть общепризнанная; противъ нея стоятъ два мнѣнія: теорія изъявленія (Aeusserungstheorie) и теорія воспріятія (Vernehmungstheorie). По теоріи изъявленія, договоръ уже заключенъ въ тотъ моментъ, когда принимающій предложеніе даетъ объ этомъ изъявленіе (напр., въ тотъ моментъ, когда онъ бросаетъ письмо въ почтовый ящикъ или передаетъ посланному); но, вѣдь, изъявленіе обязываетъ лишь тогда, когда оно сдѣлано надлежащему лицу, стало быть, лишь въ тотъ моментъ, когда оно доходитъ до надлежащаго лица; почта же и посланный суть представители не адресата, а посылающаго. По теоріи воспріятія, договоръ заключенъ лишь въ тотъ моментъ, когда будущій должникъ получилъ (воспріять)

свѣдѣніе о принятіи со стороны будущаго вѣрителя (т. е., въ приведенномъ выше примѣрѣ, — лишь послѣ прочтенія адресатомъ письма); ибо соглашеніе сторонъ должно достигнуть сознанія этихъ послѣднихъ; въ пользу этой теоріи говоритъ, повидимому, то обстоятельство, что стипуляція глухого ничтожна, такъ какъ онъ не можетъ слышать отвѣта<sup>1</sup>; но причиною ничтожности здѣсь является не то, что отвѣтъ промиссора не доходитъ до сознанія глухого, а скорѣе то, что онъ вообще до глухого не доходитъ: по отношенію къ глухимъ вообще невозможно никакое устное изъясненіе.—Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ:

1. Обязательство еще не возникло, когда одно лицо сдѣлало предложеніе офферту (*propositio*), но другое лицо еще не изъясвило предлагающему принятія этого предложенія (напр., между отсутствующими—тогда, когда письмо о принятіи еще находится въ дорогѣ). До этого момента какъ предложеніе, такъ и принятіе могутъ быть взяты назадъ. Иными словами: *офферта по римскому праву не обязываетъ*, поэтому какъ предлагающій, такъ и принимающій можетъ до момента заключенія договора отказаться (въ этомъ состоитъ практическое значеніе указанныхъ выше теорій полученія, изъясненія, воспріятія); но почти всѣ согласны въ томъ (хотя источники объ этомъ умалчиваютъ), что лицо, берущее назадъ свое рѣшеніе, совершаетъ т. н. *culpa in contrahendo* и обязано поэтому возмѣстить другому т. н. отрицательный договорный интересъ, т. е. уплатить всѣ тѣ убытки, которые понесла другая сторона отъ того, что была обманута въ надеждѣ на совершеніе договора (напр., то лицо, которому сдѣлано предложеніе купли, не пользуется другимъ случаемъ закупа, и цѣна товаровъ поднимается въ промежутокъ времени до взятія предложенія назадъ); право на вознагражденіе за такой ущербъ не имѣетъ мѣста, если принятіе послѣдуетъ уже слишкомъ поздно, т. е. по истеченіи срока, который былъ назначенъ предлагающимъ или самъ собою разумѣлся по справедливому усмотрѣнію.—На иную точку зрѣнія стали нѣкоторые новыя законодательства; они объявляютъ предлагающаго абсолютно обязаннымъ своимъ предложеніемъ въ теченіе извѣстнаго небольшого срока, въ продолженіе котораго отреченіе не дозволяется. Такой точки зрѣнія держится и германское торговое уложеніе ст. 319.

<sup>1</sup> I. I. § 15. D. de o. et a. 44, 7; I. I. pr. D. de v. o. 45, 1; cfr. Ulp. fr. 20, 13.

2. Обязательство уже существуетъ, когда стороны согласились, что долженъ быть заключенъ *обязательственный договоръ такого рода*, напр., что долженъ быть данъ заемъ въ такую то сумму, что должна быть совершена купля или продажа по такой то цѣнѣ (*actum de mutuo dando, de retroemendo, de retrovendendo, protimiseos*,—вообще *actum de contrahendo*, предварительный договоръ). Такимъ образомъ предварительный договоръ является совершеннымъ договоромъ, но съ особымъ содержаніемъ, а именно онъ направленъ на заключеніе второго договора, а исполненіе договора состоитъ здѣсь въ заключеніи этого второго договора. Если одна изъ сторонъ отказывается заключить условленный договоръ, то отъ нея можно потребовать какъ заключенія договора, такъ и вознагражденія за убытки, возникшіе изъ этого отказа (243)<sup>2</sup>. Но такъ какъ доказываніе убытковъ бываетъ затруднительно, то обыкновенно стороны договариваются при самомъ заключеніи договора о неустойкѣ<sup>3</sup> или даютъ задатокъ (у новыхъ юр.—*arra contractui imperfecto data*), который теряетъ или отдаетъ вдвойнѣ та сторона, которая откажется отъ заключенія договора<sup>4</sup>.—Если лица, которыя намѣрены заключить договоръ, уже сдѣлали взаимныя заявленія, но еще не довели дѣла даже до предварительнаго договора, то обмѣнъ ихъ изъявленій называется предварительными переговорами, трактатами. Предварительные переговоры вполнѣ необязательны.—Если предварительный договоръ или предварительные переговоры облекаются въ письменную форму, то въ этомъ случаѣ говорятъ о пунктаціи (*minuta*); пунктаціи не принадлежитъ бѣльшей силы, нежели неформальному предварительному договору или неформальнымъ переговорамъ.

3. Нѣтъ на лицо соглашенія, если стороны установили опредѣленія объ *essentialia negotii*, но въ то же время удержали за собою право регулировать *naturalia* и *accidentalia negotii* (§ 61) послѣдующими соглашеніями; такой договоръ пока не имѣетъ обязательной силы<sup>4a</sup>.

II. Существуетъ спорный вопросъ, нерѣшенный въ источникахъ, когда наступаетъ соглашеніе сторонъ при *публичномъ торгѣ* (продажа движимостей—аукціонъ, продажа недвижимостей—суб-

<sup>2</sup> l. 68. D. de v. o. 45, 1; l. 75. D. de c. e. 18, 1; l. 21. § 5. D. de a. e. v. 19, 1. —<sup>3</sup> l. 122. § 3. D. de v. o. 45, 1. —<sup>4</sup> l. 17. C. de fid. instr. 4, 21; pr. I. de emt. vend. 3, 23; Cp. l. 38. pr. D. de rit. nupt. 23, 2; l. 5. C. de spons. 5, 1. —<sup>4a</sup> l. 9. pr. D. c. e. 18, 1.

гастація). По господствующему мнѣнію, совершающій публичный торгъ вызываетъ присутствующихъ предложить ему договоръ; стало быть, если предложеніе или личность предлагающаго ему не понравится, то онъ можетъ отказаться отъ продажи ему и взять вызовъ назадъ; далѣе, между нѣсколькими предложеніями онъ можетъ выбрать то, которое ему больше нравится. Но нѣкоторые юристы утверждаютъ, что совершающій публичный торгъ самъ предлагаетъ договоръ *in incertam personam* (т. е. тому, кто больше дастъ или меньше потребуеть), такъ что посредствомъ всякаго предложенія заключается договоръ, но договоръ условный (а именно, подъ условіемъ, что не послѣдуетъ лучшаго предложенія); стало быть, сдѣлка должна быть признана за тѣмъ, кто больше дастъ или меньше потребуеть. Первая теорія правильна въ томъ случаѣ, если совершающій торги (какъ обыкновенно бываетъ) не опредѣляетъ цѣны, ибо тогда вызовъ не есть опредѣленное предложеніе; таковымъ можетъ быть признано лишь предложеніе присутствующаго. Иное дѣло, если совершающій торги самъ опредѣляетъ цѣну; въ этихъ случаяхъ правильна вторая теорія.—Слѣдуетъ еще замѣтить, что по римскому праву публичный торгъ, какъ форма заключенія договора, былъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ предписанъ закономъ; такъ, напр., при продажѣ *pignus in causa iudicati captum*, при отдачѣ въ аренду городскихъ земель<sup>5</sup>; кромѣ того, публичный торгъ былъ въ ходу и въ частномъ оборотѣ.

III. Нѣкоторыя новыя законодательства ввели принужденіе къ заключенію договоровъ, т. е. постановили, что въ извѣстныхъ случаяхъ предложеніе должно быть принято тѣмъ, кому предлагается заключеніе договора, въ противномъ случаѣ его можно заставить заключить договоръ и возмѣстить убытки, причиненные отказомъ (пр. 2); въ частности обязательно заключеніе договоровъ для тѣхъ учреждений, которыя имѣютъ публичное назначеніе, какъ-то: желѣзныя дороги, почты, телеграфы, телефоны, извозчики, аптеки. Римскому праву это явленіе чуждо.

<sup>5</sup> 1. 2. l. 3. C. de exc. r. iud. 7, 53; 1. 2. C. si in. c. ind. pign. 8, 22; 1. 2. C. de fide et iure hastae 10, 3; Nov. 120. c. 6. § 2; 1. 3. C. de loc. praed. vic. 11, 70.

## 2) § 213. Форма договора.

*Setzer*, Abhandl. aus dem Civilrecht. I. 1860.—*Regelsberger*, civilrechtliche Erörterungen. §§ 26—29. 1868.—*Karsten* въ книгѣ, указанной въ § 209.—*Bruns-Sachau*, Syrisch-Römisches Rechtsbuch. Стр. 220 слѣд. 1880.—*Seuffert*, zur Geschichte der obligatorischen Verträge. 1881.—*Savigny*, § 77.—*Wangerow*, § 606.—*Windscheid*, § 312.—*Bekker*, § 93. Beil. V.

Во время Юстиніана обыкновенно требовалось соблюденіе стипуляціонной формы; изъ этого правила изъяты были такъ наз. реальныя и консенсуальныя контракты (по классическому праву, и литеральныя контракты).

По нынѣшнему же праву вообще достаточно всякаго изъявленія воли сторонъ (какъ устнаго, такъ и письменнаго, какъ прямого (явнаго), такъ и молчаливаго, § 210 sub B. 1). Лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ требуется соблюденіе особой формы, такъ что несоблюденіе влечетъ за собою ничтожность договора:

1. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ римское право предписываетъ не стипуляцію, а другую форму; такъ, для даренія свыше 500 solidi требуется судебная инсинуація, эмфитевтический договоръ долженъ быть въ извѣстныхъ случаяхъ заключенъ письменно, при *intercessio* женщинъ должна быть соблюдена тоже опредѣленная форма (которую мы изложимъ ниже, §§ 69. 179. 256 слѣд.).

2. Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ современное право создало новыя формы: вексель, бумаги на предъявителя. Это излагается въ германскомъ частномъ правѣ.

3. Если стороны въ предварительномъ договорѣ сами условились о заключеніи договора въ опредѣленной формѣ. Если условлена письменная или нотаріальная форма, то, по предписанію Юстиніана<sup>1</sup>, обязательство возникаетъ для сторонъ лишь тогда, когда письменный актъ подписанъ обѣими сторонами или нотариусомъ; даже пунтація, подписанная обѣими сторонами, подлежитъ тѣмъ же правиламъ и не даетъ права на искъ о заключеніи договора; но та сторона, которая дала задатокъ и отказывается отъ заключенія договора, теряетъ свой задатокъ; если задатокъ дала другая сторона, то отказывающійся отъ заключенія договора уплачиваетъ двойную стоимость полученнаго (ср. § 212 пр. 4). Совершенно справедливо господствующее мнѣніе относитъ это постановленіе лишь къ случаю сомнѣнія (потому что иначе

<sup>1</sup> 1. 17. C. de fid. instr. 4, 21; пр. I. pe emt. 3, 23.

это было бы прямое покровительство нарушенію довѣрія), т. е. считаетъ его непримѣнимымъ къ тому случаю, когда по несомнѣнной волѣ сторонъ perfectio договора не откладывается до совершения письменнаго акта, который долженъ лишь служить средствомъ облегченія доказательства; въ такомъ случаѣ можно предъявить искъ о совершении акта.

### 3) Виды договоровъ.

#### а. § 214. Дискретный и абстрактный договоръ.

*Liebe, Gneist, Schlesinger, Girtanner* въ соч., прив. къ § 209.—*Bähr*, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 3. Aufl. 1894.—*Schlossmann*, zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge. 1868.—*Buhl*, Beiträge zur L. v. Anerkennungsvertrag. 1875.—*Spaltenstein*, das specifisch juristische Geschäft im Röm. Obligationenrecht. 1876.—*Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. § 36 слѣд.—*Savigny*, § 78.—*Vangerow*, § 600.—*Windscheid*, § 318. 319. 364.—*Bekker*, §§ 100. 101.

Какъ всякая сдѣлка, такъ и обязательственный договоръ имѣетъ въ виду какую либо цѣль (такъ наз. causa obligationis); цѣль договора бываетъ обыкновенно выражена въ самомъ договорѣ, но не всегда, такъ что иногда ея не видно (§ 67).

І. Договоръ, въ которомъ обнаружена его цѣль, называется дискретнымъ, индивидуально-определеннымъ, материально-характеризованнымъ, каузальнымъ. Это названіе происходитъ отъ того, что въ различныхъ видахъ договоровъ бываетъ и различная цѣль, такъ что отъ цѣли всякаго договора зависитъ и его индивидуальный характеръ. Такъ, получающій заемъ обѣщаетъ уплатить деньги назадъ, чтобы возмѣстить вѣрителю его теперешній вычетъ изъ своего имущества; покупатель обѣщаетъ известную сумму денегъ съ тѣмъ, чтобы продавецъ обѣщалъ передать ему известный предметъ; продавецъ обѣщаетъ дать покупщику известный предметъ съ тѣмъ, чтобы покупатель обѣщалъ уплатить известную сумму денегъ; кто входитъ въ товарищество, тотъ обѣщаетъ совершить известный взносъ, чтобы сообща съ товарищами достигнуть известной цѣли.

ІІ. Договоръ, въ которомъ цѣль не выражена и не видна, называется абстрактнымъ, чистымъ, простымъ (неправильно названіе—формальный договоръ). Это названіе основано на томъ, что здѣсь договоръ является какъ бы отвлеченнымъ отъ цѣли, выступая въ простой формѣ обѣщанія и принятія (напр., я обѣщаю вамъ упла-

титъ 100). Абстрактный договоръ въ гражданскомъ оборотѣ есть исключительное явленіе; обыкновенно же контрагенты указываютъ цѣль въ самомъ договорѣ; но вслѣдствіе отвлеченія отъ *causa obligationis* договоръ самъ по себѣ становится болѣе крѣпкимъ, въ известной мѣрѣ независимымъ отъ цѣли (ср. ниже текстъ между пр. 7 и 8), такъ что, гдѣ это соотвѣтствуетъ намѣренію сторонъ, послѣднія обращаются къ абстрактному договору.

1. *Римское право.* Абстрактнымъ договоромъ, по римскому праву, можетъ быть стипуляція; въ ней, впрочемъ, можетъ быть выражена и цѣль <sup>1</sup> (*causa stipulationis*, напр., *dotis nomine tot dare spondes? spondeo*) <sup>1a</sup>, но часто она заключается и въ видѣ абстрактнаго договора (*centum dare spondes? spondeo*). Но хотя бы цѣль въ абстрактной стипуляціи не была указана, все таки эта цѣль существуетъ и оказываетъ извѣстное вліяніе на стипуляцію. При этомъ слѣдуетъ обратить вниманіе на аналогію, которая существуетъ между *causa traditionis* (§ 131 пр. 14) и *causa stipulationis*. Во первыхъ, въ содержаніи: какъ *causa traditionis*, такъ и *causa stipulationis* бываетъ или *solvendi causa* <sup>2</sup> (кто либо даетъ обѣщаніе, чтобы отмѣнить существующій долгъ, такъ наз. *stipulatio novationis*, § 266 въ началѣ) <sup>2a</sup>, или *donandi causa* <sup>3</sup>, или *contrahendi causa* <sup>4</sup> (одно лицо обѣщаетъ уплатить сумму, которую другое лицо должно ему дать взаймы), или *dotis constituendae causa* <sup>5</sup>, или цѣль обезпеченія, напр., *cautio damni infecti* (§ 315 пр. 18) и т. п. Во вторыхъ, въ томъ, что какъ *traditio*, такъ и абстрактная стипуляція въ двухъ случаяхъ бываетъ ничтожна, а именно, если она имѣетъ цѣлью дареніе между супругами <sup>6</sup>, и если ее заключаютъ для *intercessio* женщины <sup>7</sup>; во всѣхъ прочихъ случаяхъ стипуляція дѣйствительна, хотя бы даже цѣль была порочная (цѣль, основанная на ложномъ предположеніи, или основанная на принужденіи, неправомѣрная, безнравственная цѣль); но тогда стипуляцію можно опорочить искомъ (*condictio stipulationis*, *actio quod metus*, *actio doli*) и возраженіемъ (*exc. metus doli*) <sup>8</sup>; въ этомъ случаѣ опорочивающій долженъ доказать основаніе опоро-

<sup>1</sup> l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 71. pr. D. pro soc. 17, 2.—<sup>1a</sup> l. 20. D. de iure dot. 23, 3.—<sup>2</sup> l. 2. § 3. D. de don. 39, 5.—<sup>2a</sup> l. 2. D. de nov. 46, 2.—<sup>3</sup> l. 3. § 10. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—<sup>4</sup> l. 1. § 1. D. de cond. s. c. 12, 7; l. 6. § 1. D. de nov. 46, 2.—<sup>5</sup> t. C.: de dotis prom. 5. 11.—<sup>6</sup> l. 3. § 10. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—<sup>7</sup> l. 1. sqq. D. ad sct. Vell. 16, 1.—<sup>8</sup> l. 1. l. 3. D. de cond. s. c. 12, 7; l. 2. § 3. D. de dol. m. exc. 44, 4; l. 15. pr. D. de fid. 46, 1.

ченія, и до проведенія опороченія стипуляція признается дѣйствительною.—Нѣкоторые юристы утверждаютъ, что должникъ можетъ отказывать въ исполненіи абстрактной стипуляціи, пока вѣритель не докажетъ наличности *causa*, а если вѣритель, не удовлетворивъ этого требованія, предъявить искъ, то этому иску можно противопоставить *exceptio doli*. Но оба мѣста источниковъ, на которыя опирается это мнѣніе (l. 25. § 4. D. de prob. 22, 3 и l. 13. C. de non pum. рес. 4, 30), говорятъ не объ абстрактной стипуляціи, а объ общаніи предмета, который *предполагается* должнымъ (обсуждаемый тамъ документъ гласитъ не: „А. общаетъ В. уплатить 100“, но „А. общаетъ В. уплатить 100, *которые онъ ему долженъ*“, ср. § 231 пр. 3. 4).

2. *Нынѣшнее право.* Начала абстрактной стипуляціи слѣдуетъ теперь примѣнять къ неформальному *абстрактному* договору; впрочемъ, многіе считаютъ дѣйствительнымъ лишь неформальный *дискретный* договоръ (напр., я общаю А. уплатить сто *въ видъ подарка*, я общаю А. уплатить сто, *которые онъ мнѣ сегодня одолжилъ*); но это неосновательно; ибо обязанность должника изъ абстрактной стипуляціи происходитъ не отъ формы его общанія, но отъ его *воли*, которая, вѣдь, точно также имѣется на лицо и въ абстрактномъ договорѣ; и *гражданскій оборотъ* нуждается въ такомъ институтѣ, который служилъ бы *замѣною абстрактной стипуляціи*, а такъ какъ теперь договоры не нуждаются въ особой формѣ, то для этой цѣли можетъ служить неформальный абстрактный договоръ.

## b. § 215. Двусторонніе и односторонніе договоры.

*Bruck*, Die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. 1874.—*Bechmann*, Der Kauf. Bd. 2. S. 183—211. 1884.—*Puntschart*, die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts. §§ 12 ff. 1885.—*Ryck*, L. v. d. Schuldverhältnissen. § 54—68. 1889.—*Andre*, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. 1890.—*W. Stintzing*, Nondum est ex emto actio. 1893.—*Vangerow*, § 607.—*Windscheid*, §§ 320, 321.—*Brinz*, § 224.

I. *Взаимные, двусторонніе договоры (обюдные договоры, прежде называвшіеся contractus bilaterales aequales) суть такіе договоры, изъ которыхъ для каждаго изъ контрагентовъ возникаетъ и требованіе, и долгъ; поэтому, для каждаго контрагента есть особый искъ, напр., act. venditi—act. emti, act. locati—act. conducti. Они распадутся на два класса: на мѣнновыя договоры и договоры общенія. Мѣнновыя договоры (у Грековъ synallagmata)<sup>1</sup> суть такіе, въ ко-*

<sup>1</sup> l. 7. § 2. D. de pact. 2, 14.



торыхъ каждый контрагентъ обѣщаетъ другому какое либо дѣйствіе за воздѣйствіе; они распадаются на два вида, смотря по тому, доставляетъ ли дѣйствіе одного контрагента постоянное обладаніе вещью (договоръ купли, мѣны и подобныя сдѣлки) или только временное употребленіе и пользованіе (наемъ и подобныя сдѣлки). Договоры общенія суть такіе договоры, въ которыхъ нѣсколько контрагентовъ соединяютъ свои дѣйствія для достиженія сообща извѣстной цѣли, которая дѣйствіемъ одного контрагента не могла бы быть вовсе достигнута или не могла бы быть достигнута такъ легко или такъ выгодно.—Противоположны двустороннимъ договорамъ: 1) *строго односторонніе договоры* (прежде называвшіеся *contr. unilaterales*), изъ которыхъ для одной стороны возникаетъ требованіе, а для другой долгъ, напр., заемъ, стипуляція; здѣсь существуетъ искъ лишь для одной стороны противъ другой, напр., *act. ex stipulatu*, 2) *односторонніе договоры съ actio-nes contrariae* (прежде называвшіеся *contr. bilaterales inaequales*, случайно-двусторонніе), которые по своему первоначальному содержанию являются односторонними, но допускаютъ послѣдующее возникновеніе обязанности для впрителя вслѣдствіе особыхъ обстоятельствъ (напр., *depositarius, commodatarius, mandatarius* дѣлаютъ издержки); искъ для преслѣдованія первоначальной обязанности называется *actio directa*, искъ для осуществленія послѣдующей обязанности—*actio contraria* (напр., *act. depositi directa—contraria*).

II. Сущность *двустороннихъ* договоровъ спорна; ихъ опредѣляютъ то какъ двѣ половины одной и той же сдѣлки, то какъ два самостоятельныя и другъ отъ друга независимыя обязательства, то какъ два самостоятельныя, но другъ друга проникающія обязательства. Правильна послѣдняя теорія; это видно изъ слѣдующихъ правилъ:

1. *Относительно исполненія.* Лишь въ исключительныхъ случаяхъ бываетъ опредѣлено закономъ (такъ, относительно отдающаго внаймы)<sup>1а</sup> или особымъ побочнымъ соглашеніемъ, что одна сторона обязана совершить преддѣйствіе. Обыкновенно же примѣняется правило, что дѣйствія должны послѣдовать одновременно и что только тотъ можетъ требовать исполненія отъ другого, кто самъ уже исполнилъ или готовъ къ исполненію. Если дѣло доходить до процесса, то на истцѣ, безспорно, лежитъ обязанность

<sup>1а</sup> l. 24. D. loc. 19, 2.

доказывать, что онъ уже исполнилъ или готовъ къ исполненію. Но является спорнымъ, долженъ ли истецъ взять на себя добровольно доказываніе этихъ фактовъ, какъ принадлежащихъ къ основанію иска, или онъ можетъ ожидать возраженія отвѣтчика (такъ наз. *exc. non impleti contractus*); справедливость перваго мнѣнія видна изъ изреченія источниковъ: *offerrī pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur*<sup>2</sup>; мѣста источниковъ<sup>3</sup>, на которыя опирается противоположное мнѣніе, говорятъ объ иныхъ (хотя и сходныхъ) случаяхъ; отсюда слѣдуетъ, что такъ наз. *exc. non impleti contractus* есть собственно не *exceptio* (какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе), а *litiscontestatio negativa* (§ 92). — Далѣе, является спорнымъ, должно ли отличать отъ *exc. non impleti contractus* еще особое возраженіе—*exc. non rite impleti contractus* и на кого здѣсь падаетъ обязанность доказывать. Правильнымъ надо признать слѣдующее: надо обращать вниманіе, не заключается ли въ утвержденіи о ненадлежащемъ исполненіи утверженіе о неисполненіи (отвѣтчикъ-продавецъ утверждаетъ, что истецъ уплатилъ ему только 90, между тѣмъ какъ цѣна условлена была 100; отвѣтчикъ-покупщикъ утверждаетъ, что истецъ доставилъ ему русскую пшеницу, между тѣмъ какъ онъ купилъ венгерскую); тогда *onus probandi* лежитъ на истцѣ, ибо утверженіе отвѣтчика содержитъ въ себѣ *exc. non impleti contractus*; иначе рѣшается вопросъ, если утверженіе отвѣтчика не является упрекомъ въ неисполненіи, а лишь указываетъ основаніе для права на возмѣщеніе вреда или уменьшеніе цѣны (напр., отвѣтчикъ-покупщикъ утверждаетъ, что предметъ купли страдаетъ недостатками); въ этомъ случаѣ дѣйствуютъ правила компенсаціи (§ 285), ибо отвѣтчикъ заявляетъ вступное притязаніе, и поэтому на немъ лежитъ *onus probandi*.

2. *Относительно исключительныхъ случаевъ возникновенія обязательства лишь для одной стороны.* Иногда двусторонній договоръ не имѣетъ полной, двусторонней силы, обязательство возникаетъ лишь для одной стороны; поэтому другая сторона можетъ требовать по произволу удержанія договора въ силѣ или его уничтоженія, а первая сторона должна подчиниться ея произволу; если же другая сторона рѣшится сохранить договоръ въ силѣ, то она

<sup>2</sup> l. 13. § 8. D. de a. e. v. 19, 1. — <sup>3</sup> Gai. 4, 126; l. 25. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. C. de ev. 8. 44; l. 5. § 4. D. de exc. dol. 44, 4; съ послѣднимъ мѣстомъ ср. l. 3. pr. D. de a. e. v. 19, 1.

должна совершить то, что сама обещала. Важнейшие случаи этого рода следующие: а. недееспособное лицо заключает двусторонний договор, напр., опекаемый sine tutore auctore<sup>4</sup>; б. заключает двусторонний договор подвластное лицо, которое, хотя способно к приобретению для своего властителя, не может последнего обязывать<sup>5</sup> (этот случай теперь не существует); в. кто либо продает украденную вещь, не зная, что она украденная, между тем как это известно покупщику<sup>6</sup>; г. заключен договор купли о вещи, большая часть которой уничтожена, и оба контрагента об этом не знают<sup>7</sup>. Эти случаи называют negotia claudicantia: quia ex uno latere constat contractus<sup>8</sup>. Их природа спорна; следует различать три главных мнения:

а. здесь имеет место относительная ничтожность (§ 64), т. е. упомянутый выше произвол одной стороны относительно *удержания* договора в силе основан на том, что от усмотрения этой стороны зависит *действительность* договора. Этого мнения нельзя принять, потому что источники уже с момента заключения договора считают одного обязанным, а другого необязанным<sup>9</sup>;

б. только одна сторона обязана, а другая нет, но последняя поступает против намерения договора, если требует от обязанной стороны воздействия, не исполнив своего (хотя бы и недействительного) обещания, и тогда обязанному дается *exc. doli*. И этого (теперь господствующего) мнения нельзя принять, потому что, по прямому указанию источников<sup>10</sup>, необязанный должен исполнить свое обещание *ultro* (т. е. не ожидая *exc. doli*);

в. обязана лишь одна сторона, но обязательство не направлено на то, чтобы она *просто* совершила обещанное действие (б), а на то, чтобы она совершила его *за воздействие*; не *намерение* контрагентов, а уже их *уговор* защищает обязанного против требования совершить действие без воздействия. Это — правильное мнение.

3. *Относительно прекращения обязательства без материального удовлетворения*. Если одна сторона освобождается от своей обязанности не материальным удовлетворением другой стороны

<sup>4</sup> pr. I. de auct. tut. 1, 21; l. 13. § 29. D. de a. e. v. 19, 1; l. 1. l. 7. § 1. D. de resc. vend. 18, 5.—<sup>5</sup> l. 31. § 1. D. de r. cr. 12, 1; l. 57. D. ad aed. ed. 21, 1.—<sup>6</sup> l. 34. § 3. D. de contr. e. 18, 1.—<sup>7</sup> l. 57. pr. l. 58. D. de c. e. 18, 1.—<sup>8</sup> l. 13. § 29. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>9</sup> Ср. места, приведенные выше в пр. 4—6.—<sup>10</sup> l. 34. § 3. D. de contr. e. 18, 1.

(посредствомъ платежа, депозиціи, компенсаціи, новаціи, однимъ словомъ, посредствомъ *satisfactio*, § 261), а какимъ либо инымъ путемъ, то прекращается и обязанность другой стороны. Примѣненіе этого общаго правила содержать слѣдующія рѣшенія источниковъ:

а. если, по заключеніи договора купли, издаются *novae tabulae*, т. е. если закономъ уничтожаются вполнѣ или отчасти денежные долги (—такіе законы издавались неоднократно къ концу республики вслѣдствіе извѣстныхъ происковъ социалистовъ—), то продавецъ не обязанъ выдавать вещи, а если послѣдняя уже выдана, то ее можно потребовать назадъ <sup>11</sup>;

б. если при договорѣ купли заключено *act. de non praestanda evictio*, и затѣмъ вещь по *evictio* отнимаютъ у покупателя, то продавецъ не можетъ требовать цѣны, а если онъ получилъ послѣднюю до эвикціи, то обязанъ даже ее возвратить <sup>12</sup>; подробности см. въ § 288;

с. если наступаетъ экспроприація предмета купли еще до его передачи, то продавецъ не можетъ требовать цѣны, а если онъ получилъ послѣднюю еще до экспроприаціи, то обязанъ даже ее возвратить <sup>13</sup>;

д. если одна сторона освобождается путемъ *acceptilatio*, то освобожденною признается и другая сторона <sup>14</sup>;

е. правило: *locatoris est periculum*; напротивъ, къ куплѣ страннымъ образомъ примѣняется противоположное правило: покупатель долженъ уплатить покупную цѣну даже въ томъ случаѣ, если предметъ купли до его выдачи погибъ отъ *casus*: *emptoris est periculum* (§ 269).

Впрочемъ, большинство романистовъ выставляютъ прямо противоположный общій принципъ, утверждая (на основаніи только что приведеннаго правила: *emptoris est periculum*), что прекращеніе обязательства для одной стороны не влечетъ за собою освобожденія другой; поэтому они приходятъ къ заключенію, что двусторонній договоръ заключаетъ въ себѣ два другъ отъ друга не зависящія обязательства. Изъ приведенныхъ выше а—е нормъ слѣдуетъ противное, но правило о *casus* при куплѣ служитъ все-

<sup>11</sup> l. 50. D. de a. e. v. 19, 1, гдѣ слѣдуетъ читать не *amitteret* по искаженному флорентинскому списку, а *admitteret* (равно *reciperet*) по другимъ спискамъ, упомянутымъ въ глоссѣ.—<sup>12</sup> l. 11. § 18. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>13</sup> l. 33. D. loc 19, 2.—<sup>14</sup> l. 23. D. de acc. 46, 4; l. 5. pr. D. de resc. vend. 18, 5.

таки важнымъ аргументомъ въ пользу мнѣнія противниковъ— правило, которое съ точки зрѣнія защищаемаго нами мнѣнія трудно объяснить; вѣроятно, оно было перенесено съ древней натуральной купли (*mancipatio*) на консенсуальный договоръ купли.

### с. § 216. Договоры, основанные на рискѣ.

Bechmann, der Kauf. Bd. 2. S. 252 ff. 1884.—F. Endemann, die L. v. d. emptio rei speratae u. emptio spei. 1885.—Vangerow, §§ 673. 623. 632.—Windscheid, §§ 322. 419. 420.—Brinz, §§ 298. 307.

Договоры, основанные на рискѣ (рисковыя, алеаторныя), суть такіе договоры, по которымъ согласно namпенію сторонъ зависитъ отъ случая, для кого обязательство принесетъ выгоду, а для кого убытокъ. Римское право знаетъ слѣдующіе ихъ виды: *emptio spei*, *emptio rei speratae*, игру, пари, *foenus nauticum*.

Германское право насчитываетъ ихъ еще нѣсколько: лотерею, договоръ о пожизненной рентѣ, договоръ страхованія. Мы должны здѣсь изложить только римскіе договоры:

I. *Emptio spei* есть договоръ, въ которомъ [предметомъ сдѣлки служитъ надежда: *ipsum incertum rei venit*<sup>1</sup>; договоръ признается недѣйствительнымъ, если надежда неосуществима (напр., покупается будущій уловъ рыбы въ тотъ моментъ, когда закинутый неводъ уже вытащенъ, или лотерейный билетъ, когда онъ уже вынутъ); если надежда не исполняется, то воздѣйствіе все таки должно быть совершено<sup>2</sup>.

II. *Emptio rei speratae* есть договоръ, въ которомъ предметомъ сдѣлки служитъ вещь, возникновенія которой по природѣ вещей можно ожидать (напр., сто четвертей пшеницы будущей жатвы); договоръ этотъ есть купля подъ молчаливымъ условіемъ, „если вещь возникнетъ“, поэтому онъ только тогда совершенъ (*perfectus c.*), и воздѣйствіе должно быть исполнено, когда вещь возникла<sup>3</sup>; зато качество возникшей вещи не оказываетъ никакого вліянія на покупную цѣну.

III. Объ играхъ<sup>4</sup> въ римскомъ правѣ находимъ слѣд. нормы: вообще игры запрещены<sup>5</sup>; но дозволяется игра на угощеніе<sup>6</sup>;

<sup>1</sup> l. 11. D. de her. vend. 18, 4.—<sup>2</sup> l. 8. § 1. D. de contr. e. 18, 1; l. 11. § 18. l. 12. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>3</sup> l. 8. pr. l. 39. § 1. D. de c. e. 18, 1.—<sup>4</sup> tit. D. de aleat. 11, 5; t. C. de aleat. et aleat. lusu 3, 43.—<sup>5</sup> l. 1. 2. § 1. D. h. t. 11, 5.—<sup>6</sup> l. 4. pr. D. h. t. 11, 5.

игра на деньги дозволена лишь при *ludi virtutis causa* (борьба, военныя игры) <sup>7</sup>; изъ нихъ Юстиніанъ призналъ дозволенными только пять опредѣленныхъ игръ и то съ тѣмъ, чтобы ставить не больше одного солида <sup>8</sup>. Всякій другой долгъ изъ игры ничтоженъ, а уплаченное можно потребовать назадъ въ теченіе пятидесяти лѣтъ <sup>9</sup>. Эти правила въ существенныхъ чертахъ измѣнены германскими правомъ.

IV. *Пари* (битье обь закладъ) есть относящееся къ противоположнымъ утвержденіямъ двустороннее обьщаніе, по которому тотъ, чье утвержденіе окажется невѣрнымъ, долженъ уплатить обьщанное другому. Будучи обьщаніемъ подь условіемъ въ собственномъ смыслѣ или мнимымъ условіемъ, договоръ пари исполнѣ дѣйствителенъ (только, по римскому праву, его слѣдовало заключать въ формѣ стипуляціи <sup>11</sup>, или передавать сумму пари третьему лицу <sup>12</sup>); недѣйствителенъ договоръ пари, который относится къ чему либо безнравственному <sup>13</sup>, въ частности, къ запрещенной игрѣ <sup>14</sup>. Неосновательно нѣкоторые доказываютъ (вмѣсто недѣйствительности безнравственнаго договора пари) недѣйствительность пари вообще.

V. *Foenus nauticum, pecunia trajecticia* <sup>15</sup>, есть заемъ тому лицу, которое самая деньги <sup>16</sup> или купленные на нихъ товары посылаетъ за море, но не желаетъ принять на себя риска транспорта и поэтому вступаетъ въ соглашеніе съ вѣрителемъ, чтобы послѣдній принялъ на себя рискъ транспорта (т. е. отъ отбытія до прибытія) <sup>17</sup>. Если во время транспорта деньги или товары погибнуть, то вѣрителю не принадлежитъ никакого требованія; это, конечно, не примѣняется, если получившій заемъ самъ виновенъ въ гибели <sup>18</sup>. Такъ какъ рискъ падаетъ на вѣрителя, то послѣдній не связанъ законною мѣрою процентовъ (уже по праву до-юстиніанову) <sup>19</sup>.—И другой рискъ кромѣ морского можно тоже принять на себя путемъ договора <sup>20</sup>; такой договоръ называется *foenus quasi nauticum*.—Съ *foenus nauticum* сходенъ германскій договоръ бодмерей.

<sup>7</sup> l. 2. § 1. D. h. t. 11, 5.—<sup>8</sup> l. 1. l. 2. C. h. t. 3, 43.—<sup>9</sup> l. 1. C. h. t. 3, 43.—<sup>10</sup> l. 2. § 1. D. quar. rer. act. non datur 44, 5.—<sup>11</sup> l. 108. pr. l. 129. D. de v. o. 45, 1; l. 37. D. de r. c. 12, 1.—<sup>12</sup> l. 17. § 5. D. de praescr. v. 19, 5.—<sup>13</sup> l. 17. § 5. i. f. cit.—<sup>14</sup> l. 3. D. de al. 11, 5.—<sup>15</sup> tit. D. de naut. foen. 22, 2; t. C. 4, 33.—<sup>16</sup> l. 1. l. 3. D. h. t. 22, 2.—<sup>17</sup> l. 3. pr. l. 4. l. 6. D. h. t. 22, 2; l. 4. C. h. t. 4, 33.—<sup>18</sup> l. 3. C. h. t. 4, 33.—<sup>19</sup> Paul. i. S. R. II, 14. § 5; l. 4. pr. D. h. t. 22, 2; l. 1. l. 2. C. h. t. 4, 33.—<sup>20</sup> l. 5. D. h. t. 22, 2.

**d. § 217. Договоры о дѣйствіи третьяго лица и о дѣйствіи въ пользу третьяго лица.**

t. C. IV, 11: ut act. et ab her. et contra her.—t. C. IV, 50: si quis alteri vel sibi.—t. C. VII, 60: inter alios acta.—t. I. III, 28: per quas pers.—t. I. III, 19: de inut. stip.—*Busch*, Doctrin und Praxis über die Giltigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. 1860.—*Unger*, Verträge zu Gunsten Dritter. 1869.—*Gareis*, die Verträge zu Gunsten Dritter. 1873.—*Zimmermann*, Lehre v. d. stellvertretenden negot. gestio. § 2. 1876.—*Danz*, die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter. §§ 53—69. 1886.—*Leonhard*, die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. S. 21 ff. 1892.—*Savigny*, Obligationenrecht. § 59.—*Vangerow*, § 608.—*Windscheid*, §§ 313. 316. 317.

**I.** Договоръ о дѣйствіи третьяго лица (обремененіе третьяго лица) бываетъ въ томъ случаѣ, если кто либо обѣщаетъ дѣйствіе третьяго лица отъ своего имени (не выступая съдовательно въ качество представителя третьяго). Такой договоръ по древнему ius civile признавался ничтожнымъ: nemo factum alienum promittendo obligatur <sup>1</sup>; но по классическому (и нынѣшнему) праву обѣщавшій обязанъ или по возможности стараться, чтобы третье лицо совершило условленное дѣйствіе, или даже уплатить интересъ, если, не смотря на его усилія, третье лицо этого дѣйствія не совершаетъ (въ этомъ отношеніи рѣшаетъ намѣреніе сторонъ) <sup>2</sup>. Если кто обѣщаетъ отъ имени своего наслѣдника, то послѣдній (по закону Юстиніана) <sup>3</sup> прямо обязанъ къ исполненію; до Юстиніана же дѣйствовало правило: ab heredis persona obligationem incipere non posse <sup>4</sup>.

**II.** Договоръ о дѣйствіи въ пользу третьяго лица (т. н. pactum in favorem tertii) бываетъ въ томъ случаѣ, если кто либо выговариваетъ себѣ дѣйствіе въ пользу третьяго лица отъ своего имени (не выступая съдовательно въ качество представителя третьяго). Такой договоръ признается дѣйствительнымъ лишь тогда, когда:

1. или выговаривающій дѣйствіе въ пользу третьяго лица находится съ послѣднимъ въ отношеніи власти; поэтому, отецъ можетъ выговорить себѣ дѣйствіе въ пользу своего подвластнаго сына (и наоборотъ) <sup>5</sup>;

2. или исполненіе дѣйствія въ пользу третьяго лица пред-

<sup>1</sup> l. 38. pr. § 1. l. 83. pr. D. de v. o. 45, 1; §§ 3. 21. I. de in. stip. 3, 19.—<sup>2</sup> l. 19. D. rat. rem 46, 8; l. 14. § 2. D. de pec. const. 13, 5.—<sup>3</sup> l. un. C. ut act. ab her. 4, 11.—<sup>4</sup> Gai. 3, 100. 117. 158.—<sup>5</sup> § 4. I. de in. stip. 3, 19; l. 38. § 17. l. 39. l. 45. pr. l. 56. § 3. l. 130. D. de v. o. 45, 1; l. 2. C. de contr. stip. 8, 37.

ставляетъ интересъ и для самого выговаривающаго это дѣйствіе <sup>6</sup>. При *stricti iuris obligationes* интересъ этотъ долженъ былъ быть денежнымъ (напр., выговаривающій самъ долженъ былъ третьему лицу уплатить выговоренную сумму); гдѣ такового не было, дѣйствіе въ пользу третьяго лица дѣлали обыкновенно не предметомъ договора, а условіемъ обѣщанія неустойки (*nisi Titio rem dederis, tot aureos mihi dari spondes? spondeo*) <sup>7</sup>. При *bonae fidei obligationes* уже по римскому праву достаточно было нравственнаго интереса; теперь его всегда достаточно (§ 208 пр. 30 слѣд.).—Итакъ, если дѣйствіе представляетъ интересъ для самого выговаривающаго, то послѣдній можетъ требовать исполненія дѣйствія въ пользу третьяго; но само третье лицо, по общему правилу, не пріобрѣтаетъ никакого требованія <sup>8</sup>. Въ видѣ исключенія третьему лицу принадлежитъ требованіе противъ должника въ слѣдующихъ случаяхъ: а. если совершающій продажу залогоприниматель выговоритъ право выкупа въ пользу залогодателя, то послѣднему дается *act. in factum* <sup>9</sup>; б. если кто либо даритъ вещь, возлагая на одареннаго обязанность выдать ее впослѣдствіи третьему лицу, то послѣднему дается *act. utilis* <sup>10</sup>; в. если кто либо отдаетъ чужую вещь на сбереженіе или въ ссуду съ уговоромъ, чтобы она была возвращена собственнику, то послѣднему дается *act. utilis depositi* или *commodati* <sup>11</sup>; г. если восходящій родственникъ, установляя приданое, выговариваетъ возвращеніе послѣдняго своей дочери или ея дѣтямъ, то имъ дается *utilis actio* <sup>12</sup>; е. если кто выговоритъ себѣ что либо въ пользу своихъ наслѣдниковъ <sup>13</sup>, то послѣднимъ дается искъ; ф. одно довольно странное законоположеніе опредѣляетъ, что если кто либо даетъ взаймы собственныя деньги на имя третьяго лица, хотя бы безъ вѣдома послѣдняго, то требованіе пріобрѣтаетъ только третье лицо, а не самъ займадатель <sup>14</sup>.—Къ этимъ случаямъ римскаго права германское право прибавило еще нѣсколько: вписаніе жены въ кассу для вдовъ мужемъ, страхованіе жизни въ пользу третьихъ лицъ, крестьянскія сдѣлки объ уступкѣ

<sup>6</sup> § 20. I. de in. stip. 3, 19; l. 38. §§ 20—23. D. de v. o. 45, 1; l. 3. C. de in. stip. 8, 38.—<sup>7</sup> l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1; §§ 4. 19. I. de in. stip. 3, 19.—<sup>8</sup> l. 11 D. o. et a. 44, 7; l. 6. C. si quis alt. 4, 50; l. 26. C. de iure dot. 5, 12; l. 73. § 4. D. de r. i. 50, 17.—<sup>9</sup> l. 13. pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 7. § 1. D. de distr. pign. 20, 5.—<sup>10</sup> l. 3. C. de don. quae sub modo 8, 54.—<sup>11</sup> l. 8. C. ad. exh. 3, 42.—<sup>12</sup> l. 12. D. sol. matr. 24, 3; l. 7. C. de p. c. 5, 14.—<sup>13</sup> l. un. C. ut ab her. 4, 11.—<sup>14</sup> l. 9. § 8. D. de r. c. 12, 1; l. 35. § 2. D. de don. 39, 5; l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1.



имущество съ уговорами въ пользу третьихъ, принатіе торговыхъ долговъ при приобрѣтеніи торговаго заведенія... Нѣкоторые даже утверждаютъ, что изъ всѣхъ договоровъ въ пользу третьяго лица послѣднее приобрѣтаетъ право требованія; изложеніе этого спорнаго вопроса относится къ германскому частному праву.

#### 4) § 218. Укрѣпленіе договоровъ.

*Randa*, zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe. 1869.—*Brunns* и *Sachau*, Syrisch-Römisches Rechtsbuch. Стр. 216 слѣд. 1880.—*Bechmann*, der Kauf. Bd. 2. S. 415 ff. 1884.—*v. Seeler*, zur Lehre v. d. Conventionalstrafe. 1891.—*Pergament*, Conventionalstrafe und Interesse. 1896.—*Savigny*, Obligationenrecht. §§ 79. 80.—*Vangerow*, §§ 612—614.—*Windscheid*, §§ 83a. 285. 286. 324. 325.—*Baron*, § 111.—*Bekker*, § 108. Beil. II.

Договоры могутъ быть укрѣпляемы выдачею задатка, общаіемъ неустойки, присягою.

I. *Задатокъ* (*arrha*). Въ видѣ задатка могутъ быть даны деньги или другія вещи<sup>1</sup>; въ римскомъ правѣ задатокъ имѣетъ двоякое примѣненіе:

1. *Какъ знакъ совершенія договора*<sup>2</sup>; такой задатокъ новыя юр. называютъ *arrha confirmatoria*, *arrha pacto perfecto data*; какъ таковой, онъ употребляется въ особенности при *неформальныхъ* договорахъ, чтобы служить доказательствомъ заключенія договора (*ut evidentiis probari possit, convenisse*)<sup>3</sup>. Если договоръ исполненъ или уничтоженъ, то задатокъ теряетъ свое значеніе и подлежитъ— въ первомъ случаѣ зачету или возвращенію; во второмъ случаѣ— возвращенію<sup>4</sup>; лишь въ томъ случаѣ, если уничтожается договоръ купли въ силу *lex commissoria* (§ 286 кон.), отступающій отъ договора продавецъ можетъ удержать *arrha*<sup>5</sup>.

2. *Какъ средство принужденія къ заключенію предположеннаго договора* (т. н. а. *pacto imperfecto data*); въ такой функціи задатокъ выступаетъ при *pact. de contrahendo*; давшій *arrha* лишается задатка, если позднѣе уклонится отъ заключенія договора, и получаетъ двойное количество, если уклоняется противная сторона (§ 212 пр. 4).—Такой задатокъ былъ въ ходу у Римлянъ и при одной сдѣлкѣ изъ области семейнаго права (при обрученіи); и

<sup>1</sup> l. 11. § 6. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. § 15. D. de inst. a. 14, 3.—<sup>2</sup> pr. I. de emt. 3, 23.—<sup>3</sup> l. 35. pr. D. de c. e. 18, 1.—<sup>4</sup> l. 11. § 6. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. § 15. D. de inst. a. 14, 3.—<sup>5</sup> l. 6. pr. l. 8. D. de l. comm. 18, 3.

здѣсь получатель задатка въ случаѣ, если онъ безъ основанія отступаетъ отъ обрученія, долженъ выдать агна вдвойнѣ <sup>5a</sup>; напротивъ, неустойка для укрѣпленія обрученія не допускается <sup>5b</sup> (ср. пр. 14).

Современный гражданскій оборотъ породилъ новый случай примѣненія задатка:

3. Какъ т. н. а. *poenitentialis*, *Reugeld*, отступное; здѣсь къ договору присовокупляется статья, что давшій агна можетъ отступить отъ договора, лишаясь задатка. Это не укрѣпленіе, а ослабленіе договора.

II. *Неустойка есть дѣйствіе, которое обѣщано подъ условіемъ, если известное обѣщаніе не будетъ исполнено или будетъ исполнено ненадлежащимъ образомъ. И неустойка примѣняется въ римскомъ правѣ въ двойной функціи:*

1. *Какъ средство укрѣпленія заключеннаго договора.* При этомъ возникаетъ вопросъ, можетъ ли вѣритель въ случаѣ неисполненія или ненадлежащаго исполненія требовать платежа неустойки и вмѣстѣ съ тѣмъ исполненія договора (или возмѣщенія убытковъ отъ неисполненія или ненадлежащаго исполненія), или онъ можетъ потребовать только неустойки, или, наконецъ, ему предоставленъ выборъ между тѣмъ и другимъ. Платежа неустойки вмѣстѣ съ исполненіемъ договора (или возмѣщеніемъ убытковъ) можно требовать лишь въ томъ случаѣ, если въ пользу такого требованія имѣется прямое или молчаливое соглашеніе въ договорѣ <sup>6</sup> (напр., неустойка условлена уже на случай просрочки исполненія, неустойка несоразмѣрно мала въ сравненіи съ предметомъ главнаго договора). Если такого соглашенія нѣтъ, то при *stricti iuris obligationes* можно требовать только неустойки <sup>7</sup> (этотъ случай исчезъ вмѣстѣ съ *obl. stricti iuris*, ср. § 84 sub 5); при *obl. bonae fidei* вѣрителю принадлежитъ право выбора между неустойкою и исполненіемъ договора (или возмѣщеніемъ убытковъ); если его выборъ палъ на одно изъ двухъ, а другое составляетъ болѣе значительную сумму, то онъ можетъ потребовать разницы <sup>8</sup>; обыкновенно вѣритель выбираетъ неустойку, потому что это избавляетъ его отъ доказыванія убытковъ <sup>9</sup> (ср. § 288 sub II); разъ сдѣланный выборъ связываетъ вѣрителя и въ томъ случаѣ, если онъ добровольно при-

<sup>5a</sup> l. 5. C. de spons. 5, 1. — <sup>5b</sup> l. 134. pr. D. de v. o. 45, 1. — <sup>6</sup> l. 115. § 2. D. de v. o. 45, 1. — <sup>7</sup> l. 44. § 6. D. de o. et a. 44, 7; l. 115. § 2 D. de v. o. 45, 1. — <sup>8</sup> l. 41. l. 42. l. 71. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 28. D. de a. e. v. 19, 1. — <sup>9</sup> § 7. I. de v. o. 3, 15; l. 11. D. de stip. pr. 46, 5.

нимаетъ исполненіе, хотя можетъ требовать неустойки; тогда онъ уже лишается права на послѣднюю <sup>10</sup>.

2. Какъ средство принужденія къ заключенію предполагаемаго договора <sup>10a</sup> (§ 212 пр. 3).

3. Въ современномъ гражданскомъ оборотѣ неустойка постановляется часто въ видѣ т. н. *multa poenitentialis*, отступного, такъ что должнику принадлежитъ право выбора между неустойкою и исполненіемъ; въ этомъ заключается не укрѣпление, а ослабленіе договора.

Необходимо еще отмѣтить слѣдующее: размѣръ неустойки зависитъ отъ усмотрѣнія сторонъ <sup>11</sup>; впрочемъ, если долгъ способенъ къ росту, то, по римскому праву, неустойка не должна превышать законной мѣры процентовъ <sup>12</sup>. Вслѣдствіе закона 14-го ноября 1867 объ отмѣнѣ законнаго ограниченія процентовъ это постановленіе лишено силы (ср. § 43 sub 4). — Дѣйствительность неустойки вообще не зависитъ отъ дѣйствительности главнаго договора; поэтому у римлянъ прибѣгали къ неустойкѣ для косвеннаго принужденія къ исполненію недѣйствительныхъ самихъ по себѣ обязательствъ (ср. § 217 пр. 7); неустойка лишь тогда признается недѣйствительною, когда въ главномъ договорѣ обѣщано что либо невозможное, безнравственное, противозаконное <sup>13</sup>, или когда дѣйствіе должно быть совершено вполне свободно <sup>14</sup> (поэтому нельзя укрѣплять неустойкою обрученія, нельзя запретить подъ страхомъ неустойки расторгненіе брака). — Если неустойка условлена для укрѣпленія какого либо упущенія, то она подлежитъ платежу въ случаѣ совершенія противоположнаго дѣйствія <sup>15</sup>; если же неустойка служитъ для укрѣпленія положительнаго дѣйствія, то спрашивается, былъ ли вмѣстѣ съ тѣмъ предписанъ срокъ для совершенія этого дѣйствія, или нѣтъ; въ первомъ случаѣ неустойка подлежитъ платежу съ истеченіемъ назначеннаго срока <sup>16</sup>, во второмъ случаѣ — съ того момента, когда, несмотря на истеченіе *modicum tempus* <sup>17</sup> и несмотря на то, что можно было совершить дѣйствіе, послѣднее все таки не совершено <sup>18</sup>. — Частичное исполненіе не освобождаетъ отъ неустойки <sup>19</sup>. — Напо-

<sup>10</sup> l. 23. pr. D. de rec. 4, 8; l. 23. D. de o. et a. 44, 7; l. 10. i. f. D. de eo quod c. l. 13, 4. — <sup>10a</sup> l. 122. § 3. D. de v. o. 45, 1. — <sup>11</sup> l. 56. pr. D. de ev. 21, 2. — <sup>12</sup> l. 44. D. de us. 22, 1; l. 13. § 26. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. C. de us. 4, 32. — <sup>13</sup> l. 69. l. 26. l. 35. l. 123. D. de v. o. 45, 1. — <sup>14</sup> l. 61. pr. l. 134. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 2. C. de inut. stip. 8, 38. — <sup>15</sup> l. 122. § 6. D. de v. o. 45, 1. — <sup>16</sup> l. 23. D. de o. et a. 44, 7; l. 12. C. de contr. stip. 8, 37. — <sup>17</sup> l. 21. § 12. D. de rec. 4, 8. — <sup>18</sup> l. 115. § 2. D. de v. o. 45, 1. — <sup>19</sup> l. 47. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. §§ 3. 4. l. 85. § 6. D. de v. o. 45, 1.

минанія должнику со стороны вѣрителя не требуется (здѣсь мы имѣемъ такъ наз. объективную шога, § 240 пр. 1); требуется ли culpa должника, это вопросъ спорный; по правильному мнѣнію, вообще<sup>19а</sup> culpa не требуется<sup>20</sup>; если невозможность исполненія наступила вслѣдствіе vis major, то неустойка не подлежитъ платежу<sup>20а</sup>.

III. *Jusiurandum promissorium*. Общаніе подъ присягою есть общаніе съ указаніемъ на предметъ, который лицо обещающее почитаетъ высокимъ, священнымъ. Выбору предметовъ римское право оставляетъ большой просторъ: per deum, per salutem tuam, per caput tuum vel filiorum, per genium principis, даже propriae superstitionis, лишь бы не improbatae publice religionis<sup>21</sup>.—За исключеніемъ общанія подъ присягою услугъ со стороны вольноотпущенника (§ 209 пр. 12)<sup>22</sup>, римляне вездѣ твердо держались того правила, что присяга не оказываетъ вліянія на дѣйствительность договора<sup>23</sup>; тѣмъ не менѣе одинъ изъ императорскихъ законовъ налагаетъ безчестіе на полнолѣтнее лицо (maior), которое нарушаетъ мировую сдѣлку, подтвержденную присягою<sup>23а</sup>, а одинъ изъ императорскихъ рескриптовъ<sup>24</sup> отказываетъ въ реституціи минору, который подкрѣпилъ продажу присягою (§ 101 пр. 13, § 105 пр. 10).

О предѣлахъ приѣнненія этого рескрипта спорили глоссаторы *Vulgarius* и *Martinus*; первый относилъ рескриптъ лишь къ отчужденіямъ, самимъ по себѣ дѣйствительнымъ, но опорачиваемымъ, второй—также и къ отчужденіямъ ничтожнымъ, напр., если minor отчуждаетъ участокъ безъ decretum начальства (§§ 378. 21 пр. 9); этотъ споръ рѣшилъ императоръ Фридрихъ I Барбарусса въ *Authentica sacramenta puberum*<sup>25</sup> (согласно съ ошибочнымъ мнѣніемъ) въ томъ смыслѣ, что присяга совершеннолѣтняго лица дѣлаетъ всякое отчужденіе неподлежащимъ опороchenію (даже ничтожное). Затѣмъ папскія декреталии<sup>26</sup> присвоили обязательную силу дозволенію на отчужденіе дотальнаго участка, данному женою подъ присягою, отреченію подъ присягою получившей приданое дочери отъ будущаго наслѣдства отца, укрѣпленію подъ присягою *lex commissoria* залогодателемъ; канонисты, въ свою очередь, выставили общій

<sup>19а</sup> Одно исключеніе см. въ I. 2. § 1.—I. 4. § 3. D. si quis caut. 2, 11; I. 21. § 9. D. de rec. 4, 8.—<sup>20</sup> I. 77. D. de v. o. 45, 1; I. 9. D. de n. f. 22, 2; I. 22. пр. D. ad I. Aq. 9, 2.—<sup>20а</sup> I. 69. D. de v. o. 45, 1.—<sup>21</sup> I. 3. § 4. I. 4. I. 5. пр.—§ 3. I. 13. § 6. I. 33. D. de iur. 12, 2.—<sup>22</sup> I. 7. пр. D. de op. lib. 38, 1; I. 44. D. de l. c. 40, 12.—<sup>23</sup> I. 7. § 16. D. de p. 2, 14; I. 5. § 1. C. de leg. 1, 14.—<sup>23а</sup> I. 41. C. de transact. 2, 4.—<sup>24</sup> I. 1. C. si adv. v. 2, 28.—<sup>25</sup> Auth. Sacramenta puberum къ I. 1. C. cit.—<sup>26</sup> c. 28. X. de iurei. 2, 24; c. 2. in VI. de p. 1, 18; c. 7. X. de iurei. 2, 24.

принципъ, что *всякое* обѣщаніе подъ присягою должно быть исполнено, поскольку оно не задѣваетъ интересовъ третьихъ лицъ (въ частности государства) и не угрожаетъ вѣчному блаженству. Прежняя практика признавала это начало при дареніи между супругами и *intercessio* женщинъ; но въ новое время наука стремится отвергнуть это опасное общее начало, а нѣкоторыя новыя партикулярныя законодательства даже совѣтъ за-прещаютъ укрѣпленіе договоровъ вѣсудебною присягою<sup>27</sup>.

## 5) Заключение договоровъ чрезъ представителей.

*Buchka*, Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen. 1852.—*Brinz*, kritische Blätter, Nr. 2. 1853.—*Ruhstrat*, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. 1854.—*Mandry*, das gemeine Familienrecht mit Ausschluss des ehel. Güterrechts. Томъ 2-й. Стр. 207 слѣд. 1876.—*Chambon*, über die act. quod iussu въ Beiträge zum Obligationenrecht. 1851.—*Drechsler*, die act. quod iussu. 1877.—*Hellmann*, Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1881.—*Baron*, Abhandl. aus dem Römischen Civilprocess; томъ 2-й: die adjecticischen Klagen. 1882.—v. Thur, actio de in rem verso. 1895.

### а. § 219. Введеніе.

*Savigny*, Obligationenrecht. § 57.

Ученіе о представительствѣ при обязательственныхъ договорахъ подверглось въ исторіи римскаго права важнымъ преобразованіямъ; еще болѣе важныя перемѣны произвели средневѣковое и новое обычное право; то правило древняго *ius civile*, по которому изъ договоровъ, заключенныхъ представителемъ, права и обязанности возникаютъ только для послѣдняго, теперь вполнѣ отмѣнено и даже обратилось въ прямо протоволожное правило. Для пониманія хода развитія права, ясности изложенія и надлежащаго рѣшенія относящихся сюда спорныхъ вопросовъ необходимо раздѣлить наше изложеніе по періодамъ (древняго *ius civile*, преторскаго права, права Юстиніана, современнаго права. §§ 220—223).

Но прежде всего слѣдуетъ вспомнить содержаніе двухъ существенныхъ для насъ понятій (§ 65): представителя въ изъявленіи воли и представителя въ волѣ (лучше: въ составленіи воли). *Представитель въ изъявленіи воли (посланный, nuntius) есть то лицо, которое должно довести сообщенную ему волю другого до свѣдѣнія третьяго лица, т. е. изъявить ее вмѣсто другого (подобно письму, которое содержитъ изъявленіе воли)*<sup>1</sup>. *Представитель въ волѣ*

<sup>27</sup> Allg. Preuss. Landrecht II, 20. §§ 1425—1430; ср. Preussische A.G.O. I, 10. § 284; ср. также Reichsstrafgesetzbuch 1871 г. § 302.

<sup>1</sup> I. 1. § 1. D. mand. 17, 1; I. 2. § 2. D. de o. et a. 44, 7.

есть то лицо, которое должно само вмѣсто другого составить волю и изъявить ее затѣмъ за другого третьему лицу. Представительство посланнаго касается обнаруженія воли, представительство въ волѣ касается и составленія воли, слѣдовательно, заключенія договора и постановленія договорныхъ соглашеній; посланный является органомъ сообщенія чужой воли, представитель въ волѣ составляетъ *собственную* волю, которая тѣмъ не менѣе должна быть признана представляемымъ; этому ничуть не противорѣчитъ то обстоятельство, что представитель бываетъ иногда ограниченъ разными инструкціями; эти инструкціи ставятъ только границы, изъ предѣловъ коихъ онъ не долженъ выходить при составленіи воли; можно лишь сказать, что представляемый, который даетъ инструкціи, направилъ свои *намѣренія* на данную сдѣлку, но лишь представитель составляетъ *рѣшеніе*, т. е. волю. Конечно, если инструкціи обладаютъ такою опредѣленностью, что представителю не остается болѣе ничего добавить и даже не предоставлено никакого выбора, то это будетъ представительство въ изъявленіи воли, а не въ волѣ.

Замѣтимъ еще, что особый видъ представительства въ изъявленіи воли составляетъ дѣятельность маклера (*proхенета*); маклеръ занимается посредничествомъ при заключеніи договоровъ въ видѣ профессіи; онъ изъявляетъ каждой изъ сторонъ, ведущихъ переговоры, сообщенную ему волю другой стороны, получая за это при заключеніи договора извѣстную плату (*proхенетичесум*), право на которую въ классическомъ правѣ осуществлялось судебнымъ порядкомъ въ формѣ *extraordinaria cognitio*<sup>2</sup> (§ 296 sub III).

### b. § 220. Древнее ius civile.

*Pernice, Labeo. I. 504 слѣд. 1873. — Baron, die Conditionen. § 20. 1881. — Savigny, System. § 113. — Windscheid, § 313.*

Что и по *ius civile* при заключеніи договоровъ (кромѣ вербальныхъ) допускалось употребленіе посланныхъ, что послѣдніе остаются внѣ всякаго обязательственнаго пехус, что послѣдствія договора касаются лишь самихъ контрагентовъ<sup>1</sup>,—все это понятно само собою. Но если договоръ заключаетъ *открытый* (§ 65 sub

<sup>2</sup> t. D. de prox. 50, 14.

<sup>1</sup> l. 15. D. de pec. c. 13, 5; l. 1. § 11. D. dep. 16, 3; l. 1. § 1. D. mand. 17, 1.

II. 2) уполномоченный къ заключенію представитель отъ имени представляемаго (напр., торговый прокурисьть, опекунъ, представитель юридическаго лица покупаетъ, продаетъ, нанимаетъ, отдаетъ внаймы отъ имени хозяина дѣла, опекаемаго, юридическаго лица), то, по древнему цивильному праву, онъ одинъ (а не представляемый) становится вѣрителемъ или должникомъ<sup>2</sup>; ибо право или обязанность, проистекающая изъ договора, признается цивильнымъ правомъ за слѣдствіе рѣшенія, простое же намѣреніе заключить договоръ (см. § 219) не можетъ произвести такого права или обязанности. Это выражаютъ обыкновенно слѣд. образомъ: „*ius civile непосредственнаго представительства при договорахъ не допускаетъ*“; правильнѣе: по *ius civile*, договоръ, заключенный представителемъ, не производитъ *никакихъ непосредственныхъ послѣдствій* для представляемаго; если надо установить непосредственное отношеніе между представляемымъ и третьимъ контрагентомъ, то представитель долженъ уступить свои права изъ договора представляемому<sup>3</sup> или уступить свои права изъ отношенія представительства третьему контрагенту. Повидимому, исключается тотъ случай, когда подвластное лицо заключаетъ договоръ въ качествѣ представителя владыки; а именно, поскольку дѣло идетъ о *требованіяхъ*, одинъ только владыка становится непосредственно вѣрителемъ по договору<sup>4</sup>; но это правило основано на томъ принципѣ, что *всѣ* приобрѣтенія подвластнаго лица, по *ius civile*, идутъ въ пользу владыки, даже тогда, когда подвластное лицо дѣйствуетъ не въ качествѣ представителя владыки<sup>5</sup> (ср. § 65 пр. 11).

[Впрочемъ, въ классическомъ правѣ возникла мысль, что въ порученіи заключить договоръ уже и по *ius civile* есть элементъ, обязывающій лицо, давшее порученіе (*iussus*); поэтому классическіе юристы дали третьему контрагенту *condictio* противъ лица, давшаго порученіе, для достиженія исполненія обязанностей, принятыхъ лицомъ, дѣйствовавшимъ по порученію<sup>6</sup>].

<sup>2</sup> l. 11. D. de o. et a. 44, 7. — <sup>3</sup> l. 8. § 10. l. 45. pr. i. f. D. mand. 17, 1. — <sup>4</sup> Ulp. 19, 18; Gai. 2, 86—90; pr. § 3. l. per quas p. 2, 9. — <sup>5</sup> §§ 4. 13. l. de in. stip. 3, 19; l. 79. D. de acq. her. 29, 2. — <sup>6</sup> l. 17. §§ 4. 5. D. de inst. a. 14, 3; l. 29. D. de r. cr. 12, 1; § 8. l. quod cum eo 4, 7; cf. l. 84. D. pro soc. 17, 2.

## с. § 221. Преторское право.

*Schlossmann*, das Contrahiren mit offener Vollmacht. 1892.—*Savigny*, Obligationenrecht. § 54.—*Vangerow*, §§ 608, 240—243, 661.—*Windscheid*, §§ 482—484.—*Brinz*, §§ 258, 259.

Изложенный в § 220 принцип гражданского права практически совсем нецелесообразен; он уничтожает ту цель, къ которой стремятся стороны, заинтересованныя въ договорѣ; обязательство возникает здѣсь между представителемъ и третьимъ контрагентомъ, между тѣмъ какъ по намѣренію сторонъ оно должно бы возникнуть между представляемымъ и третьимъ контрагентомъ. Поэтому преторскій эдиктъ и право юристовъ произвели въ этомъ отношеніи реформу, сохранивъ тѣмъ не менѣе прежній принципъ гражданского права. Общее начало этой реформы гласитъ: *обязательства, возникающія по ius civile между представителемъ и третьимъ контрагентомъ, остаются въ силѣ; кроме того возникаютъ еще обязательства между представляемымъ и третьимъ контрагентомъ; содержаніе этихъ новыхъ обязательствъ совершенно то же, что и первоначальныхъ; поэтому новыя обязательства осуществляются посредствомъ actiones utiles*<sup>1</sup>; здѣсь возникаетъ отношеніе, которое имѣетъ много общаго съ корреальнымъ обязательствомъ (но это не есть корреальное обязательство, какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе, § 245 sub II. 2); разница между ними заключается въ томъ, что при корреальномъ обязательствѣ существуютъ два главных, одинаково воздѣйствующихъ другъ на друга (отдѣльныя) обязательства, здѣсь же обязательству представителя принадлежитъ главное и опредѣляющее значеніе, обязательству же представляемаго лишь придаточное и производное.

Въ частности дѣло представляется въ слѣдующемъ видѣ:

I. *Приобрѣтеніе требованій изъ договоровъ представителей.* Этотъ вопросъ обсуждается различно, смотря по тому, подвластенъ ли представитель представляемому, или же нѣтъ:

1. Если представитель находится подъ властью представляемаго, то послѣдній уже по *ius civile* является управомоченнымъ непо-

<sup>1</sup> Gai. 4, 69 sqq.—<sup>2</sup> l. 12. D. de c. e. 18, 1.—<sup>3</sup> l. 51. § 1. D. de aed. ed. 21, 1; l. 16. §§ 2. 3. l. 22. § 5. D. de l. c. 40, 12.—<sup>4</sup> l. 13. D. de c. e. 18, 1; l. 51. D. de aed. ed. 21, 1; l. 16. § 4. D. de l. c. 40, 12; l. 17. D. de l. c. 40, 12 въ первой части.—<sup>5</sup> Таково содержаніе конца весьма спорной l. 17. D. de l. c. 40, 12; cf. l. 2. D. de litig. 44, 6.



средственно изъ договора перваго <sup>6</sup> (§ 220 пр. 4); то же правило остается въ силѣ и впослѣдствіи.

2. Если представителемъ является самостоятельное лицо, то дѣло зависитъ отъ личности представляемаго; а именно: опекаемые, юридическія лица, солдаты изъ договоровъ своихъ опекуновъ, представителей, уполномоченныхъ приобретають противъ третьяго контрагента *actio utilis* <sup>7</sup>; другимъ лицамъ *actio utilis* дается лишь въ исключительныхъ случаяхъ, а именно, если ихъ уполномоченный несостоятеленъ <sup>8</sup>.

II. *Возникновеніе обязанности (долга) изъ договоровъ представителей.* Въ нѣкоторыхъ случаяхъ (*actio exercitoria* и *institoria*) здѣсь не обращали вниманія на то обстоятельство, находится ли представитель во власти представляемаго, или нѣтъ. Въ другихъ же случаяхъ именно въ виду этого обстоятельства были введены различныя иски, а именно, противъ владыки представителя *actio quod iussu, de peculio, tributoria, de in rem verso*, противъ другихъ представляемыхъ такъ наз. *actio quasi institoria* и *actio de in rem verso*. Всѣ эти иски названы новыми юр. акт. *adiecticiae qualitatis*, потому что ихъ можно предъявлять *рядомъ* съ исками противъ представителя: *hoc edicto non transfertur actio sed adiicitur* <sup>9</sup>.

А. Иски, независимые отъ того, состоитъ ли представитель подъ властью представляемаго или нѣтъ.

1. *Actio exercitoria* <sup>10</sup>. Если корабельщикъ (*exercitor navis*) назначилъ кого либо капитаномъ корабля (*magister navis*), будетъ ли это его подвластный сынъ, рабъ или чужой человѣкъ, то онъ отвѣчаетъ предъ третьими лицами, съ которыми заключить договоръ капитанъ, за полное исполненіе всѣхъ договоровъ, входящихъ въ кругъ его предпріятія <sup>11</sup>, и обязанъ даже уплатить по займу, если послѣдній былъ необходимъ (напр., для ремонта корабля), хотя бы затѣмъ капитанъ растратилъ деньги на другія

<sup>6</sup> § 4. I. de inut. st. 3, 19; l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1. — <sup>7</sup> l. 2. l. 4. C. quando ex facto tut. 5, 39; l. 5. §§ 7. 9. D. de p. const. 13, 5; l. 2. D. quando ex f. 26, 9; l. 2. pr. l. 9. pr. D. de adm. tut. 26, 7; l. 26. D. de r. c. 12, 1. — <sup>8</sup> l. 49. § 2. D. de a. p. 41, 2; l. § 18. D. de ex. 14, 1; l. 1. l. 2. D. de inst. 14, 3; l. 27. § 1. l. 28. pr. l. 68. D. de proc. 3, 3; l. 5. D. de stip. pr. 46, 5; l. 13. § 25. D. de a. e. v. 19, 1; l. 18. § 16. D. damn. inf. 39, 2. — <sup>9</sup> l. 5. § 1. D. de exerc. a. 14, 1; l. 1. § 17. eod. — <sup>10</sup> t. D. 14, 1: de exercitoria actione; t. C. 4, 25: de institoria et exercitoria actione. — <sup>11</sup> l. 1. pr. — § 5. 15. 16. D. h. t. 14, 1; § 2. I. quod cum eo 4, 7.

цѣли <sup>12</sup>. Отвѣчаетъ ли корабельщикъ и за деликты капитана, — этотъ вопросъ источниками не затронутъ и возбуждаетъ споры между романистами; по правильному мнѣнію, вопросъ этотъ рѣшается въ утвердительномъ смыслѣ, потому что *actio exercitoria* по своему содержанію равна иску противъ капитана корабля (ср. выше пр. 2. 3). Искъ третьяго лица противъ корабельщика называется *actio exercitoria*.

2. *Actio institoria* <sup>13</sup>. Если хозяинъ предпріятія (предпріятія могутъ быть весьма разнообразныя, въ источникахъ <sup>14</sup> упоминаются: покупка и продажа товаровъ, разносная продажа одежды и бѣлья, банковыя предпріятія, управленіе большимъ наемнымъ домомъ, чистка платья) назначилъ кого либо своимъ представителемъ (*institor*), своего ли подвластнаго сына, раба или чужого человѣка, то онъ отвѣчаетъ предъ третьими лицами, съ которыми заключаетъ договоръ *institor*, за полное исполненіе всѣхъ договоровъ, входящихъ въ кругъ его предпріятія <sup>15</sup>; отсюда исключается заемъ, который можетъ быть сдѣланъ на отвѣтственность хозяина предпріятія лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ крайней необходимости <sup>15a</sup>. Отвѣчаетъ ли хозяинъ предпріятія и за деликты *institor*'а, вопросъ спорный, но по правильному мнѣнію, его слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ <sup>16</sup>. Искъ третьяго лица противъ хозяина предпріятія называется *actio institoria*.

В. *Иски противъ того лица, представитель котораго находится подъ его властью.*

1. *Actio quod iussu* <sup>17</sup>. Искъ этотъ относится къ тому случаю, если подвластный сынъ или рабъ заключилъ договоръ съ третьимъ лицомъ по уполномочію своего владыки; уполномочіе обыкновенно изъясняется непосредственно третьему лицу <sup>18</sup>, но можетъ быть также изъяснено только подвластному <sup>19</sup> (это положеніе спорно). Владыка отвѣчаетъ за полное исполненіе предъ третьимъ контрагентомъ; искъ послѣдняго противъ перваго получилъ (отъ начальныхъ словъ преторскаго эдикта) названіе *actio quod iussu*.

<sup>12</sup> l. 7. pr. § 1. l. 1. § 9. D. h. t. 14, 1. — <sup>13</sup> t. D. 14, 3: de institoria actione; t. C. 4, 25: de institoria et exercitoria actione. — <sup>14</sup> l. 3. l. 5. pr. — § 10. l. 19. D. h. t. 14, 3; § 2. I. quod cum eo 4, 7. — <sup>15</sup> l. 5. §§ 11 — 16. l. 7. §§ 1. 2. l. 11. § 5. l. 13. pr. D. h. t. 14, 3. — <sup>15a</sup> l. 1. C. h. t. 4, 25; cf. l. 19. § 2. D. h. t. 14, 3; l. 7. § 11. i. f. D. ad sct. Mac. 14, 6. — <sup>16</sup> l. 5. §§ 8. 10. D. h. t. 14, 3. — <sup>17</sup> t. D. 15, 4: quod iussu. — <sup>18</sup> l. 1. § 1 D. h. t. 15, 4; l. 13. C. quod cum eo 4, 26. — <sup>19</sup> l. 2. D. quod cum eo 14, 5; Theoph. paraphr. IV, 7. § 1; l. 1. § 2. D. h. t. 15, 4. — <sup>20</sup> l. 1. § 5. D. h. t. 15, 4; l. 5. § 2. D. de in rem v. 15, 3.

2. *Actio de peculio* <sup>21</sup>. Искъ этотъ относится къ тому случаю, если подвластный сынъ или рабъ получилъ отъ своего владыки *peculium* (т. е. получилъ часть имущества владыки въ управленіе) и при управленіи имъ <sup>22</sup> или (по мнѣнію позднѣйшихъ классическихъ юристовъ) еще и раньше <sup>22a</sup> принялъ на себя обязательства по договорамъ; сюда не относятся обязательства изъ деликта (развѣ если отъ него обогатилось *peculium* <sup>23</sup>) и дарственного общанія подвластного <sup>23a</sup>. Владыка <sup>24</sup> отвѣчаетъ предъ третьими лицами въ размѣрѣ *peculium* <sup>25</sup> во время *condemnatio* <sup>26</sup> (поэтому въ періодъ формулярнаго процесса въ формулу вставлялись слова „*de peculio*“, откуда искъ третьяго контрагента противъ владыки получилъ названіе *actio de peculio*). Но владыка имѣетъ право взять себѣ впередъ изъ *peculium* ту сумму, которую подвластный долженъ ему по какимъ бы то ни было обязательствамъ <sup>27</sup> (кромѣ штрафовъ <sup>28</sup>). Между нѣсколькими пекулярными кредиторами преимущество отдается привилегированнымъ <sup>29</sup>; къ остальнымъ примѣняется правило: *occupantis est melior conditio* <sup>30</sup>. Отвѣтственность владыки продолжается еще въ теченіе одного *annus utilis* послѣ прекращенія власти <sup>31</sup>.

3. Особый видъ предыдущаго иска представляетъ *actio tributoria* <sup>32</sup>. Если подвластный съ допущенія <sup>33</sup> владыки употреблялъ цѣлое *peculium* или часть его на промышленное (въ частности торговое) предпріятіе <sup>33a</sup>, и это предпріятіе окажется недостаточнымъ для полнаго удовлетворенія торговыхъ кредиторовъ, то наступаетъ сходный съ конкурсомъ раздѣлъ торговаго актива между кредиторами; здѣсь владыка обсуждается, какъ обыкновенный вѣритель, и не имѣетъ никакихъ преимуществъ (кромѣ, впрочемъ, того, что онъ можетъ осуществить и требованія, основанныя не на торговыхъ сдѣлкахъ <sup>34</sup>); далѣе, правило: *occupantis est melior*

<sup>21</sup> t. D. 15, 1; de peculio; § 4. I. quod cum eo 4, 7.—<sup>22</sup> l. 18. § 5. D. de castr. p. 49, 17.—<sup>22a</sup> l. 27. § 2. l. 42. D. h. t. 15, 1; cf. l. 5. § 7. D. de trib. act. 14, 4.—<sup>23</sup> l. 3. §§ 11. 12. D. h. t. 15, 1.—<sup>23a</sup> l. 7. D. de don. 39, 5.—<sup>24</sup> l. 3. § 5. sq. D. h. t. 15, 1; l. 49. D. de o. et a. 44, 7; l. 14. D. de n. g. 3, 5; l. 7. D. de tut. 26, 1.—<sup>25</sup> l. 4. pr. §§ 1. 2. l. 47. § 2. D. h. t. 15, 1.—<sup>26</sup> l. 30. pr. D. h. t. 15, 1; l. 53. D. sol. m. 24, 3; l. 7. § 15. D. qu. ex c. 42, 5.—<sup>27</sup> l. 9. l. 11. pr.—§ 6. l. 52. pr. D. h. t. 15, 1.—<sup>28</sup> l. 9. § 6. D. h. t. 15, 1.—<sup>29</sup> l. 52. pr. § 1. D. h. t. 15, 1; l. 23. § 13. sol. matr. 24, 3.—<sup>30</sup> l. 10. l. 52. pr. D. h. t. 15, 1. l. 6. D. de trib. a. 14, 4.—<sup>31</sup> t. D. 15, 2: quando de pec. a. annalis est.—<sup>32</sup> t. D. 14, 4: de tributoria actione.—<sup>33</sup> l. 1. pr. § 3. D. h. t. 14, 4.—<sup>33a</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 14, 4.—<sup>34</sup> l. 5. §§ 6. 7. l. 1. pr. D. h. t. 14, 4.

conditio здѣсь не примѣняется <sup>35</sup>. Раздѣлъ обыкновенно <sup>35a</sup> совершается владыкою, который по actio tributoria <sup>36</sup> отвѣчаетъ за его правильность и обязанъ вознаградить обиженнаго въ дѣлѣ изъ своего прочаго имущества. Если подвластный велъ нѣсколько отдѣльныхъ торговыхъ предпріятій, то вѣрители каждаго изъ нихъ удовлетворяются отдѣльно <sup>37</sup>.

5. *Actio de in rem verso* <sup>38</sup>. По общему мнѣнію, этотъ искъ относится къ тому случаю, если подвластный сынъ или рабъ съ уполномочіемъ или безъ уполномочія владыки вступить въ обязательства, и то, что приобрѣтетъ изъ этого обязательства, или часть того употребить въ пользу владыки. Это мнѣніе противорѣчитъ источникамъ. По источникамъ <sup>39</sup>, actio de in rem verso есть видъ actio de rescilio; она относится къ тому случаю, если подвластный сынъ или рабъ получить rescilium и то, что онъ приобрѣтетъ по обязывающему его договору съ третьимъ лицомъ, не присоединить къ rescilium, а издержать въ пользу владыки <sup>40</sup>; послѣдній отвѣчаетъ въ теченіе обыкновеннаго давностнаго срока (тридцатилѣтняго) <sup>41</sup> въ размѣрѣ своего обогащенія.

С. Иски противъ того, которому его представитель не подвластенъ.

1. Такъ наз. *actio quasi institoria*. Кто поручаетъ другому заключить какую бы то ни было сдѣлку, тотъ отвѣчаетъ (по мнѣнію позднѣйшихъ классическихъ юристовъ) предъ третьимъ контрагентомъ за полное исполненіе договора <sup>43</sup>.

2. *Actio de in rem verso*. Искъ этотъ относится къ тому случаю, если уполномоченный представитель при заключеніи договора съ третьимъ лицомъ, вышелъ изъ предѣловъ своихъ полномочій, и представляемый вслѣдствіе заключенія такого договора обогатился; тогда представляемый отвѣчаетъ предъ третьимъ контрагентомъ въ размѣрѣ обогащенія <sup>45</sup>; искъ есть utilis actio изъ сдѣлки.

<sup>35</sup> l. 5. § 19. l. 6. D. h. t. 14, 4.—<sup>35a</sup> l. 7. § 1. D. h. t. 14, 4.—<sup>36</sup> l. 7. §§ 2. 4. D. h. t. 14, 4; § 3. I. quod cum eo 4, 7.—<sup>37</sup> l. 5. §§ 15. 16. D. h. t. 14, 4.—<sup>38</sup> t. D. 15, 3; de in rem verso.—<sup>39</sup> § 4. I. quod cum eo 4, 7; Gai. 4, 74. i. f.—<sup>40</sup> l. 3. §§ 1. 2. l. 5. § 3. l. 10. §§ 4. 7. D. h. t. 15, 3.—<sup>41</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 15, 3.—<sup>42</sup> l. 1. D. h. t. 15, 3.—<sup>43</sup> l. 31. pr. D. de n. g. 3, 5; l. 5. C. de ex. 4, 25; l. 10. § 5. D. mand. 17, 1; l. 13. § 25. D. de a. e. v. 19, 1; l. 16. l. 19. pr. D. de inst. 14, 3; l. 5. l. 6. C. de ex. 4, 25.—<sup>44</sup> l. 19. pr. D. de inst. 14, 3; l. 7. § 1. D. eod.; l. 4. C. de ex. 4, 25.—<sup>45</sup> l. 3. D. quando ex f. 26, 9; l. 15. pr. D. de dolo 4, 3; cf. l. 9. l. 10. D. de inst. act. 14, 3.—<sup>46</sup> l. 7. § 1. C. quod cum eo 4, 26; l. 82. D. pro soc. 17, 2.—<sup>47</sup> l. 49. D. mand. 17, 1; l. 15. C. si cert. pet. 4, 2; l. 8. C. dep. 4, 34; l. 3. C. de o. et a. 4, 10.

3. По договорамъ, которые законно заключены опекунами и представителями для опекаемыхъ и юридическихъ лицъ, послѣдніе отвѣчаютъ по *actio utilis* <sup>48</sup>.

**d. § 222. Право Юстиніана.**

*Savigny, Obligationenrecht. §§ 55. 56. — Vangerow, § 608.*

Съ теченіемъ времени преторскій эдиктъ подвергся слѣдующимъ измѣненіямъ:

1. Изъ договоровъ, заключенныхъ опекуномъ отъ имени опекаемаго, по окончаніи опеки не существуетъ права требованія ни въ пользу опекуна, ни противъ него; на мѣсто послѣдняго вступаетъ одинъ опекаемый <sup>1</sup>.

2. Тѣ же правила примѣняются и къ управляющимъ имуществомъ юридического лица <sup>2</sup>.

3. *Actio iudicati*, которая возникаетъ въ пользу или противъ представителя въ процессѣ (потому что она *iudicio contrahitur* <sup>3</sup>), переносится по общему правилу на самого представляемаго <sup>4</sup>.

Напротивъ, неосновательны слѣдующія утвержденія:

а. Что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ всякій представитель отвѣчаетъ лишь тогда, когда третій контрагентъ особо выговорилъ себѣ право противъ него, или что его отвѣтственность продолжается лишь до тѣхъ поръ, пока онъ занимается дѣлами довѣрителя, или что отвѣтственность для него существуетъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой у него находится на рукахъ имущество довѣрителя. Приводимыя въ пользу этихъ положеній мѣста источниковъ <sup>5</sup> вовсе ихъ не подтверждаютъ.

б. Что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ слѣдуетъ различать формальные и неформальные договоры; что лишь относительно первыхъ удержались нормы цивильнаго и преторскаго права, напротивъ, по неформальному договору, заключенному представителемъ, управомоченъ и обязанъ только представляемый. Един-

<sup>48</sup> 1. 2. pr. D. de adm. tut. 26, 7; 1. 4. §§ 1. 2. D. de re iud. 42, 1; 1. 5. l. 8. D. quando ex facto 26, 9; 1. 27. D. de r. cr. 12, 1; Nov. 120. c. 6. § 3.

<sup>1</sup> 1. 9. pr. D. de adm. tut. 26, 7; 1. 26. C. eod. 5, 37; ll. 5—8. D. quando ex f. 26, 9; ll. 1—4. C. eod. 5, 39; 1. 5. § 9. D. de pec. c. 13, 5.—<sup>2</sup> 1. 3. § 2. D. de adm. rer. ad civ. 50, 8.—<sup>3</sup> 1. 3. § 11. D. de pec. 15, 1.—<sup>4</sup> 1. 28. l. 61. D. de proc. 3, 3; 1. 4. pr. §§ 1. 2. D. de r. iud. 42, 1; 1. 6. § 3. D. quod cui un. 3, 4; 1. 2. pr. D. de adm. tut. 26, 7; 1. 6. D. quando ex facto 26, 9; 1. 1. C. eod. 5, 39.—<sup>5</sup> 1. 20. D. de i. a. 14, 3; 1. 6. § 1. D. de n. g. 3, 5; 1. 67. D. de proc. 3, 3.

ственное мѣсто<sup>6</sup>, приводимое въ подтвержденіе этого положенія, говоритъ не о различіи формальныхъ и неформальныхъ обязательствъ, а о правѣ и фактическомъ состояніи<sup>7</sup>; поэтому теорія эта не встрѣтила признанія.

### е. § 223. Современное право.

*Thöl*, Handelsrecht. §§ 69—72. 5. Aufl. — *Hellmann*, Stellvertretung in Rechtsgeschäften. Стр. 142—163. 1881. — *Mitteis*, die Lehre v. d. Stellvertretung. 1885. — *Savigny*, Obligationenrecht. § 58. — *Vangerow*, § 608. — *Windscheid*, § 313.

I. По нормѣ обычнаго права, начало соблюденія которой относится еще къ среднимъ вѣкамъ (§ 65 кон.), по договору, заключенному представителемъ отъ имени представляемаго, управомоченъ и обязанъ уже не представитель, а только представляемый; съ этимъ обычнымъ правомъ согласуется и обычная редакція договора: представитель заявляетъ не то, что онъ заключаетъ договоръ отъ имени представляемаго, а что представляемый заключаетъ договоръ чрезъ него; поэтому договорный актъ подписывается обыкновенно словами: N. N. (имя представляемаго) чрезъ A. A. (имя представителя).

II. О значеніи этого обычнаго права существуютъ три главныя теоріи. Первая теорія продолжаетъ держаться того взгляда, что, такъ какъ заключаетъ договоръ представитель, то онъ непосредственно и становится вѣрителемъ и должникомъ, какъ по римскому праву, но что обычное право отнимаетъ у него его требованіе или долгъ и переноситъ ихъ на представляемаго. По второй теоріи представитель выступаетъ въ качествѣ контрагента, но тѣмъ не менѣе онъ не становится ни вѣрителемъ, ни должникомъ, потому что на это не направлена его воля; должникомъ или вѣрителемъ становится непосредственно представляемый. По третьей теоріи контрагентомъ является самъ представляемый (онъ заключаетъ договоръ, пользуясь представителемъ, какъ средствомъ), поэтому естественно только онъ дѣлается вѣрителемъ или должникомъ. Между второй и третьей теоріями нѣтъ разницы въ практическомъ результатѣ, различіе состоитъ только въ теоретической формулировкѣ. Напротивъ, между первой теоріей, съ одной стороны, и второю или третьей, съ другой, существуютъ важныя различія въ особенности въ виду слѣд. случаевъ: 1) представитель неспособенъ къ обязательствамъ и пріобрѣтеніямъ, а представляемый къ этому способенъ; 2) кто либо заключаетъ договоръ въ качествѣ представителя другого, не будучи имъ уполномоченъ или переступая предѣлы уполномочія; 3) представитель получил уполномочіе отъ нѣсколькихъ лицъ вмѣстѣ. Интересы гражданскаго оборота требуютъ, чтобы предложенные вопросы были рѣшены не въ смыслѣ первой изъ приведенныхъ теорій, т. е.: представляемый обязывается или пріобрѣтается, несмотря на то, что

<sup>6</sup> I. 53. D. de acq. r. d. 41, 1. — <sup>7</sup> Pauli sent. rec. V, 3. § 2; I. 1. C. per quas pers. 4, 27; § 3. I. eod. 2, 9.

представитель неспособенъ къ обязательству или приобрѣтенію<sup>1</sup>; кто не имѣетъ уполномочія или переступаетъ его, тотъ не обязанъ къ исполненію договора (или вознагражденію за убытки), а только къ возмѣщенію такъ называемаго отрицательнаго договорнаго интереса (§§ 208. 212), развѣ если онъ явно или молчаливо гарантировалъ послѣдующее согласіе представляемаго, или скрылъ умышленно (*dolo*) отсутствіе или превышеніе уполномочія; нѣсколько довѣрителей отвѣчаютъ не солидарно, а каждый *pro rata* (§ 244 пр. 12. 13. 19).—Всѣ почти согласны въ томъ, что, гдѣ дѣло идетъ объ обсужденіи существованія воли, ея мотивовъ и ея изъявленія (§§ 50, 51, 62, 63), слѣдуетъ принимать во вниманіе волю представителя, такъ какъ послѣдній долженъ составить и изъявить волю, заключенную въ договорѣ (иными словами: такъ какъ онъ контрагентъ). Поэтому, дѣтскій возрастъ, душевная болѣзнь, физическое принужденіе, существенное заблужденіе представителя исключаютъ дѣйствительность всякаго договора; заключеніе договора вслѣдствіе угрозъ противъ представителя даетъ право представляемому опорочить договоръ и т. д.

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

### Содержаніе обязательствъ.

#### § 224. Общій обзоръ.

t. D. XLVI, 3; t. C. VIII, 42: de solutionibus et liberationibus.

Содержаніе обязательствъ можно разсматривать съ двухъ точекъ зрѣнія: съ точки зрѣнія вѣрителя и съ точки зрѣнія должника.

I. Для вѣрителя обязательство есть право: право на исполненіе обязательства; отсюда, далѣе, вытекаетъ право распоряженія обязательствомъ путемъ *cessio*, *delegatio*, *compensatio*, *novatio*, путемъ прощенія. Право распоряженія обязательствомъ мы изложимъ ниже съ различныхъ точекъ зрѣнія; въ первомъ раздѣлѣ этой главы мы изложимъ право вѣрителя на исполненіе съ различныхъ сторонъ (со стороны предмета, лица исполняющаго и принимающаго, времени, мѣста, осуществленія искомъ, коллизіи нѣсколькихъ вѣрителей, §§ 225—235).

II. Для должника обязательство есть обязанность: обязанность исполнить обязательство и отвѣчать за неисполненіе или ненадлежащее исполненіе. Должникъ отвѣчаетъ въ томъ случаѣ, если обязательство не исполнено по его собственной винѣ, часто также, если—по чужой винѣ, но не отвѣчаетъ въ томъ случаѣ, если обя-

<sup>1</sup> cf. l. 7. § 2. D. de inst. 14, 3; l. 1. § 16. D. de ex. a. 14, 1.

зательство не исполнено по случайнымъ обстоятельствамъ; онъ отвѣчаетъ въ томъ случаѣ, если совершенное исполненіе окажется затѣмъ мнимымъ, или только временнымъ, или недостаточнымъ, а также, если исполненіе послѣдовало не въ надлежащее время и не въ надлежащемъ мѣстѣ. Если на должника падаетъ отвѣтственность, то она обыкновенно состоитъ въ обязанности уплатить интересъ (§ 243).—Всѣ эти предметы будутъ изложены во второмъ раздѣлѣ этой главы (§§ 236—243).

## Раздѣлъ первый.

### Право вѣрителя на исполненіе.

#### I. § 225. Предметъ исполненія.

*Römer, die Leistung an Zahlungsstatt nach Römischem und gemeinem Recht mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher. 1866.—Savigny, Obligationenrecht. § 31.—Vangerow, § 583.—Windscheid, § 342.*

Вѣритель можетъ требовать доставленія того предмета, который именно составляетъ объектъ обязательства: *solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit*<sup>1</sup>; поэтому, вѣритель по общему правилу можетъ не согласиться ни на дѣленіе, ни на измѣненіе дѣйствія; по исключенію допускается противъ воли вѣрителя:

1. Дѣленіе дѣйствія въ томъ случаѣ, если должникъ признаетъ только часть долга, которую онъ готовъ уплатить<sup>2</sup>; неосновательно нѣкоторые дѣлали отсюда тотъ выводъ, что исполненіе по частямъ допускается всегда; выводъ этотъ опровергается тѣмъ, что, несмотря на уплату части долга, проценты нарастаютъ на *весь* долгъ<sup>3</sup>.

2. Измѣненіе дѣйствія въ случаѣ, указанномъ въ Новеллѣ 4 с. 3. А именно, чтобы предотвратить растрату участковъ путемъ *executio*, Юстиніанъ постановилъ, что, кто долженъ сумму денегъ и имѣетъ только недвижимости (нѣкоторые юристы прибавляютъ: или движимости), тотъ можетъ дать послѣднія по судебной оцѣнкѣ вмѣсто платежа вѣрителю (такъ наз. *beneficium dationis in solutum, datio in solutum necessaria*); вѣритель можетъ выбирать между различными недвижимостями.—Во всѣхъ прочихъ случаяхъ,

<sup>1</sup> l. 176. D. de v. s. 50, 16.—<sup>2</sup> l. 21. D. de r. c. 12, 1.—<sup>3</sup> l. 41. D. de us. 22, 1.—<sup>4</sup> Nov. 120. c. 6. § 2.



гдѣ этихъ условій не существуетъ, исполненіе можетъ состоять въ чемъ либо другомъ, а не въ предметѣ обязательства, лишь въ случаѣ согласія вѣрителя<sup>5</sup> (такъ наз. *datio in solutum voluntaria*).—*Datio in solutum* прекращаетъ обязательство лишь въ томъ случаѣ, если данный предметъ присоединенъ къ имуществу вѣрителя такъ, какъ это было условлено между сторонами; если же это не послѣдовало, и наступаетъ эвикція полученнаго вѣрителемъ предмета со стороны дѣйствительнаго управомоченнаго, то вступаетъ въ дѣйствіе старый долгъ<sup>6</sup>, который между тѣмъ лишь покоился, и кромѣ того вѣритель можетъ еще потребовать возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ имъ вслѣдствіе эвикціи полученнаго вмѣсто платежа предмета<sup>7</sup> (напр., издержекъ на эвикціонный процессъ, на эвинцируемую вещь).

Изложенное выше ученіе о *datio in solutum necessaria* не отмѣнено И. уст. гражд. с., такъ какъ послѣдній въ § 757 касательно принудительнаго исполненія, направленнаго на *недвижимыя* имущества, подтверждаетъ *земскіе* законы.

## II. § 226. Личность исполняющаго и получающаго.

*Vangerow*, § 582.—*Windscheid*, § 342.—*Brinz*, § 290.

Не всегда требуется, чтобы дѣйствіе было исполнено самимъ должникомъ и лично самому вѣрителю.

I. Требуемое дѣйствіе должно быть исполнено самимъ должникомъ лишь въ томъ случаѣ, если личность исполняющаго имѣетъ вліяніе на содержаніе дѣйствія<sup>1</sup> (напр., трудъ художника, нѣкоторыя ремесленные работы). Если же личность исполняющаго не имѣетъ такого значенія (напр., обыкновенно въ случаѣ представленія тѣлесныхъ вещей), то дѣйствіе можетъ быть исполнено кѣмъ угодно; вѣритель не можетъ отказаться отъ принятія платежа отъ посторонняго лица, которое предлагаетъ уплатить по порученію ли должника или безъ такового<sup>2</sup>.

II. Вмѣсто самого вѣрителя, дѣйствіе можетъ быть исполнено его представителю (уполномоченному, опекуну<sup>3</sup> и т. д.); мало

<sup>5</sup> l. 2. § 1. l. 3. D. de r. c. 12, 1; l. 16. C. h. t. 8, 42; pr. I. qu. m. obl. toll. 3, 29. — <sup>6</sup> l. 46. pr. § 1. D. h. t. 46, 3; l. 8. C. de sent. et int. 7, 45. — <sup>7</sup> l. 24. pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 4. C. de ev. 8, 44.

<sup>1</sup> l. 31. D. h. t. 46, 3. — <sup>2</sup> l. 39. D. de neg. gest. 3, 5; l. 23. l. 40. l. 53. l. 72. § 2. D. h. t. 46, 3; pr. I. qu. m. obl. toll. 3, 29. — <sup>3</sup> l. 180. D. de r. i. 50, 17; l. 12. pr. l. 14. § 7. l. 34. § 3. l. 49. D. h. t. 46, 3; l. 19. C. eod. 8, 42; l. 11. § 5. D. de pign. act. 13, 7; l. 6. § 2. D. de cond. ind. 12, 6.

того, оно должно быть исполнено представителю, если вѣритель недѣеспособенъ <sup>4</sup>.—Часто въ самомъ договорѣ (въ стипуляціи слѣдующими словами: *mihi aut Titio dare spondes? — spondeo*) <sup>5</sup> или позднѣе должнику предоставляется право уплатить должное вмѣсто вѣрителя другому лицу (*solutionis causa adiectus*); *solutionis causa adiectus* не имѣетъ права требованія противъ должника и не можетъ, поэтому, ни простить долга, ни совершить новации, ни предъявить иска <sup>6</sup>; онъ можетъ только принять дѣйствіе <sup>7</sup> и долженъ возвратить полученное вѣрителю <sup>8</sup>. Спорно, имѣетъ ли должникъ право совершить исполненіе вѣрителю своего вѣрителя. Но нѣтъ никакого основанія (за исключеніемъ одного случая <sup>13</sup>, § 294 пр. 28) предоставлять должнику такое несогласное съ содержаніемъ обязательства право; впрочемъ, обыкновенно должникъ, уплатившій вѣрителю своего вѣрителя, приобрѣтаетъ противъ послѣдняго по началамъ *negotiorum gestio* (§ 309) встрѣчное требованіе, осуществимое по правиламъ и при условіяхъ компенсаціи <sup>14</sup>.—Платежъ наслѣдодателю вѣрителя всегда освобождаетъ должника, все равно, выдалъ ли тотъ полученное своему наслѣднику, или нѣтъ <sup>15</sup> (ибо наслѣдникъ по общему правилу долженъ нести послѣдствія всѣхъ сдѣлокъ наслѣдодателя).—Платежъ неуполномоченному третьему лицу (*negotiorum gestor*) освобождаетъ должника лишь въ томъ случаѣ, если третье лицо выдастъ полученное вѣрителю <sup>16</sup>, или, если вѣритель дастъ послѣдующее согласіе на платежъ <sup>17</sup>.—Если обязательство направлено на предоставленіе движимой вещи, которой должникъ не можетъ предоставить вслѣдствіе препятствій, зависящихъ отъ личности вѣрителя (напр., вѣритель отказывается принять, находится въ отсутствіи, неспособенъ къ отчужденію), то должникъ освобождается отъ своего долга судебною депозиціею вещи (у Римлянъ депозиціею въ храмъ <sup>18</sup>); должникъ можетъ взять назадъ депонирован-

<sup>4</sup> l. 15. l. 66. D. h. t. 46, 3; § 2. I. qu. al. 2, 8.—<sup>5</sup> § 4. I. de inut. stip. 3, 19.—<sup>6</sup> l. 10. D. de nov. 46, 2; l. 10. D. h. t. 46, 3; l. 7. § 1. D. de pec. const. 13, 5.—<sup>7</sup> § 4. I. de in. stip. 3, 19; l. 16. pr. D. de fid. 46, 1; l. 12. § 3. l. 59. l. 106. D. h. t. 46, 3.—<sup>8</sup> § 4. I. de inut. stip. 3, 19; l. 131. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 98. § 5. i. f. D. h. t. 46, 3.—<sup>9</sup> Ср. мѣста въ пр. 7.—<sup>10</sup> l. 57. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 16. D. pr. de fid. 46, 1.—<sup>11</sup> l. 81. pr. D. h. t. 46, 3.—<sup>12</sup> l. 38. l. 95. § 6. D. h. t. 46, 3; l. 56. § 2. D. de v. o. 45, 1.—<sup>13</sup> l. 11. § 5. D. de pign. a. 13, 7.—<sup>14</sup> l. 6. D. de exc. dol. 44, 4.—<sup>15</sup> l. 11. § 5. D. de pign. act. 13, 7.—<sup>16</sup> l. 28. l. 34. § 9. D. h. t. 46, 3.—<sup>17</sup> l. 12. § 4. l. 49. l. 58. pr. D. h. t. 46, 3; l. 12. C. eod. 8, 42.—<sup>18</sup> l. 1. § 3. l. 7. D. de us. 22, 1; l. 28. § 1. D. de adm. 26, 7; l. 2. l. 6. l. 19. C. de us. 4, 32; l. 9. C. h. t. 8, 42; l. 7. § 2. D. de min. 4, 4.

ный предметъ, пока его еще не принялъ вѣритель<sup>19</sup>; право собственности вѣритель приобретаетъ лишь принятиемъ предмета.

### III. Время исполненія.

#### A. § 227. Общее правило.

*Savigny*, § 50.—*Vangerow*, §§ 585, 587.—*Windscheid*, §§ 273, 274.

Вѣритель можетъ требовать платежа тогда, когда наступило время исполненія обязательства. Моментъ наступленія времени исполненія источники выражаютъ словами: *dies obligationis venit*, въ отличіе отъ выраженія: *dies obligationis cedit*, которое означаетъ тотъ моментъ, въ который обязательство возникаетъ (*perfectio obligationis*)<sup>1</sup>.

I. Когда наступаетъ время исполненія, это зависитъ прежде всего отъ того, опредѣлено ли это закономъ<sup>2</sup> (§ 294 пр. 13. § 328 въ концѣ) или особымъ изъявленіемъ воли<sup>3</sup>; въ случаѣ существованія такого опредѣленія, вѣритель не можетъ требовать исполненія раньше установленнаго времени<sup>4</sup>; но онъ обязанъ (по правилу: *diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore*)<sup>5</sup> принять исполненіе, если должникъ предложитъ его раньше, и можетъ отказать должнику въ принятіи лишь въ томъ случаѣ, если уговоръ о времени исполненія былъ прибавленъ въ его (вѣрителя) интересѣ<sup>6</sup>.—Если должникъ пользуется правомъ болѣе ранняго платежа, то въ случаѣ процентнаго денежнаго долга вѣритель не получаетъ отъ этого никакой выгоды, потому что его требованіе процентовъ прекращается исполненіемъ; другое дѣло если денежный долгъ — безпроцентный: тогда вѣритель можетъ отдать полученное въ ростъ. Эта выгода называется *commodum temporis, repraesentationis, interusurium*, въ современной торговой терминологіи — дисконтомъ. По мнѣнію нѣкоторыхъ прежнихъ юристовъ, должникъ, платя раньше срока, можетъ эту выгоду вычесть; но это было бы несправедливо, такъ какъ должникъ

<sup>19</sup> l. 19. C. de us. 4, 32.

<sup>1</sup> l. 213. пр. D. de verb. sign. 50, 16.—<sup>2</sup> l. 24. D. loc. 19, 2; l. un. § 7. C. de r. п. а. 5, 13.—<sup>3</sup> § 2. I. de verb. obl. 3, 15; § 26. I. de inut. stip. 3, 19; l. 50. D. de o. et а. 44, 7; l. 41. пр. l. 42. D. de v. o. 45, 1.—<sup>4</sup> § 2. I. cit.; l. 42. D. cit.—<sup>5</sup> l. 41. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 38. § 16. l. 137. § 2. eod. l.; 70. D. de sol. 46, 3.—<sup>6</sup> l. 17. D. de reg. iur. 50, 17; cf. l. 43. § 2. D. de leg. 2. (31); l. 15. D. de ann. leg. 33, 1.

может навязать вѣрителю исполненіе до срока. Но гдѣ этого требуетъ интересъ третьихъ лицъ, тамъ вѣритель обязанъ согласиться на вычетъ *interusurium*; такъ, напр., если надъ имуществомъ должника открылся конкурсъ; поэтому, если требованіе противъ общаго должника есть требованіе срочное, то у конкурснаго вѣрителя всегда вычитается *interusurium* <sup>7</sup>; поэтому, далѣе, вѣритель, которому общій должникъ до открытія конкурса преждевременно уплатилъ свой долгъ, обязанъ затѣмъ уплатить *interusurium* въ конкурсную массу <sup>7а</sup>. Въ этихъ случаяхъ (и нѣкоторыхъ другихъ <sup>8</sup>, § 447 sub 1. 2) необходимо опредѣлить размѣръ *interusurium*; относительно способа его опредѣленія существуютъ три теоріи:

1. По Карпцову *interusurium* состоитъ въ процентахъ, которые бы выросли въ промежуточное время на номинальную сумму обязательства; вѣритель получаетъ номинальную сумму за вычетомъ ея процентовъ за промежуточное время, напр., вмѣсто капитала въ 300 марокъ, долженствующаго быть уплаченнымъ спустя два года, считая по 5-ти процентовъ,—270 марокъ.

2. По Гофману оно состоитъ въ процентахъ, которые бы выросли въ промежуточное время на сумму долженствующую быть уплаченною теперь; вѣритель получаетъ такую сумму, что, придавъ къ ней проценты, которые бы на нее выросли въ промежуточное время, онъ бы имѣлъ въ срокъ исполненія обязательства сумму долга; въ вышеприведенномъ примѣрѣ — 272 марки  $72\frac{8}{11}$  пфенниговъ.

3. По Лейбницу оно состоитъ въ процентахъ и процентахъ на проценты, которые бы выросли въ промежуточное время на сумму, долженствующую быть уплаченною теперь; вѣритель получаетъ въ нашемъ примѣрѣ—272 марки  $10\frac{130}{147}$  пф.

Единственное мѣсто, которое въ источникахъ римскаго права посвящено счету *interusurium* <sup>9</sup>, основано на методѣ Карпцова; но оно не можетъ имѣть значенія обязательной нормы, представляя лишь попытку рѣшенія математической задачи. И въ теперешнемъ дѣловомъ оборотѣ приѣмается методъ Карпцова; хотя онъ и математически, и юридически невѣренъ и ведетъ при болѣе продолжительныхъ промежуткахъ даже къ абсурду, но зато онъ даетъ очень простой способъ счисленія, а при небольшихъ промежуткахъ и малыхъ суммахъ потеря, возни-

<sup>7</sup> Reichsconcursordnung § 58.—<sup>7а</sup> l. 10. § 12. l. 17. § 2. D. quae in fraud. 42, 8.—<sup>8</sup> Cp. l. 1. § 10. l. 45. pr. l. 66. pr. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 24. § 2. D. sol. matr. 24, 3.—<sup>9</sup> l. 88. § 3. D. ad l. Falc. 35, 2.

кающая для вѣрителя, представляется совѣтъ незначительною. Въ практикѣ судовъ принятъ методъ Гофмана, его же подтвердилъ и Имп. конкурсный уставъ § 58.

II. Тѣ обязательства, время исполненія коихъ не опредѣлено особо ни закономъ, ни изъявленіемъ воли, подлежатъ исполненію тотчасъ послѣ своего возникновенія; *in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*<sup>10</sup>; но должнику слѣдуетъ предоставить такой срокъ для исполненія, который является необходимымъ по самому свойству дѣйствія (*impedimentum naturale*)<sup>11</sup>, напр., въ случаяхъ, если дѣло идетъ о постройкѣ дома, о предоставленіи будущихъ плодовъ<sup>12</sup>.

### V. § 228. Исключенія (отсрочка).

*Vangerow*, §§ 174. 586.—*Windscheid*, §§ 266—268. 275.—*Brinz*, § 286.

I. По требованіямъ справедливости, въ нѣкоторыхъ случаяхъ должнику дается небольшая отсрочка (*modicum tempus*) исполненія, такъ, напр., наслѣднику—относительно наслѣдственныхъ долговъ (*neque enim cum sacco hereditatem adire debet*)<sup>1</sup>, должнику, который предъ судомъ тотчасъ признаетъ свой долгъ и проситъ объ отсрочкѣ платежа<sup>3</sup>.

II. Большинство вѣрителей несостоятельнаго должника можетъ (по закону Юстиніана)<sup>5</sup> предоставить отсрочку должнику и притомъ отсрочку *обязательную для меньшинства*. Продолжительность такой отсрочки не можетъ быть больше 5-и лѣтъ. Большинство опредѣляется по общей суммѣ долговъ; если же цѣнность долговъ окажется съ обѣихъ сторонъ равною, то по числу вѣрителей.—Этотъ законъ, который только повидимому нарушаетъ права меньшинства, на дѣлѣ же охраняетъ ихъ интересы, отмѣненъ §-мъ 4-мъ Вводнаго закона къ Имп. конкурсному уставу и §-мъ 14-мъ Вводнаго закона къ И. у. г. с.; но И. у. г. с. § 160 слѣд. въ видѣ принудительной мировой сделки (*Zwangsvergleich*) устанавливаетъ институтъ, который присваиваетъ большинству вѣрителей еще больше правъ, нежели законъ Юстиніана (ср. § 268 sub III).

<sup>10</sup> l. 14. D. de r. i. 50, 17; l. 213. pr. D. de v. s. 50, 16. — <sup>11</sup> § 27. I. de inut. stip. 3, 19; l. 14. l. 60. l. 73. l. 98. § 1. l. 137. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 186. D. de r. i. 50, 17.—<sup>12</sup> l. 73. pr. D. de v. o. 45, 1.

<sup>1</sup> l. 105. D. de sol. 46, 3; l. 71. § 2. D. de leg. 1. (30).—<sup>2</sup> l. 5. § 1. D. de coll. 37, 6.—<sup>3</sup> l. 21. D. de iud. 5, 1.—<sup>4</sup> l. 21. § 1. D. de pec. const. 13, 5.—<sup>5</sup> l. 8. C. qui bon. ced. 7, 71.

III. Рескриптомъ монарха, по римскому праву, могла быть предоставлена отсрочка должнику (*moratorium*); но для этого было необходимо, чтобы должникъ представилъ вѣрителямъ поручителей за будущее удовлетвореніе <sup>6</sup>. Теперь всѣ согласны, что этотъ институтъ несправедливъ и опасенъ для достоинства монарха, поэтому его отмѣнили §4 Вводнаго закона къ Имп. конкурсному уставу и § 14 Вводнаго закона къ И. у. г. с.

IV. Такъ наз. новыми юристами *beneficium competentiae* (въ источникахъ *condemnatio in id quod facere potest*) содержитъ въ себѣ отсрочку. Нѣкоторые должники могутъ требовать, чтобы имъ было пока (ниже пр. 21) оставлено столько, сколько необходимо для ихъ насущнаго содержанія. Основаніемъ для предоставленія этой отсрочки можетъ быть:

1. Положеніе должника, который пользуется особымъ покровительствомъ закона. На этомъ основаніи *beneficium competentiae* принадлежитъ: 1. солдату противъ всѣхъ его вѣрителей <sup>7</sup>; распространеніе его на духовныхъ и юристовъ (такъ наз. *milites Christi et Justiniani*, слуги *militiae spiritualis et togatae*) не признано практикою, но признано нѣкоторыми партикулярными законодательствами; 2. по *lex Julia de cessione bonorum*, кто добровольно потребуеть открытія конкурса, уступивъ для этой цѣли свое имущество своимъ вѣрителямъ, и затѣмъ приобрѣтетъ новое имущество, тому принадлежитъ *benef. competentiae* противъ *прежнихъ* вѣрителей <sup>8</sup>, а не противъ *всѣхъ* (какъ нѣкоторые утверждаютъ) <sup>9</sup>; по Вводному закону къ Уставу о конкурсахъ § 4, уступка имущества устранена и поэтому проистекающее изъ нея *benef. compr.* исчезло; 3. кто задолжалъ, будучи подъ властью отца, тому принадлежитъ *b. compr.* противъ вѣрителя, развѣ если послѣдній требуетъ исполненія нескоро послѣ освобожденія должника отъ власти или если бывший подъ властью приобрѣлъ при освобожденіи отъ нея значительное состояніе <sup>10</sup>.

2. Личное отношеніе между вѣрителемъ и должникомъ, вслѣдствіе котораго было бы нехорошо, чтобы вѣритель осуществилъ свое требованіе со всею строгостью. Такимъ отношеніемъ можетъ быть или опредѣленное семейственное отношеніе или отношеніе, находящееся въ связи съ самимъ требованіемъ. На этомъ основаніи пользуются *benef. competentiae*: 1. восходящіе по отношенію

<sup>6</sup> I. 2. I. 4. C. de prec. 1, 19; R.P.O. 1577. г. Tit. 23. § 4.—<sup>7</sup> I. 6. pr. l. 18. D. de re iud. 42, 1.—<sup>8</sup> § 40. I. de act. 4, 6; l. 4. § 1. D. de cess. bon. 42, 3; l. 3. C. de bon. auct. iud. 7, 72.—<sup>9</sup> Основывался на l. 4. § 1. cit.; но см. § 40. cit. и l. 3. cit.—<sup>10</sup> l. 49. D. de re iud. 42 1; ll. 2—5. D. quod cum eo 14, 5.

къ нисходящимъ <sup>11</sup>, но не обратно, какъ нѣкоторые утверждаютъ; 2. супруги взаимно <sup>12</sup>; 3. тесть по отношенію къ зятю, который во время брака требуетъ отъ него платежа обѣщаннаго приданнаго <sup>13</sup>; 4. мужъ, его отецъ и его дѣти по отношенію къ тѣмъ лицамъ, которымъ возвращается dos по закону; 5. даритель противъ требованія изъ дарственнаго обѣщанія <sup>15</sup>; 6. товарищъ противъ требованій изъ товарищества.

Benef. competentiae есть право чисто личное, стало быть, не принадлежитъ поручителю должника и не переходитъ къ наслѣдникамъ послѣдняго <sup>18</sup>. Оно исключается всегда при требованіяхъ изъ делистовъ, при прочихъ требованіяхъ—въ тѣхъ случаяхъ, если должникъ виновенъ въ dolus <sup>19</sup> (напр. подвластный сынъ выдавалъ себя предъ другимъ контрагентомъ за свободнаго отъ власти); отъ beneficium можно отказаться, если это не будетъ contra bonos mores (напр., со стороны родителей по отношенію къ дѣтямъ) <sup>20</sup>. Beneficium продолжается лишь до тѣхъ поръ, пока должникъ не приобрѣтетъ новаго имущества <sup>21</sup>. Его можно осуществить во всякой стадіи процесса; если это имѣетъ мѣсто до рѣшенія, то должникъ присуждается къ меньшему; если же въ исполнительній инстанціи, то съ должника менѣе взыскивается <sup>22</sup>. При опредѣленіи оставляемой должнику суммы слѣдуетъ имѣть въ виду, сколько необходимо для содержанія (пропитанія, одежды, жилища) должника (и его семьи) <sup>24</sup>.

И. у. г. с. не коснулся benef. competentiae, поэтому вышеизложенныя начала дѣйствуютъ еще и теперь; но изъ § 686 И. у. г. с. слѣдуетъ,

<sup>11</sup> l. 16. l. 17. D. de re iud. 42, 1. — <sup>12</sup> l. 20. D. de re iud. 42, 1. — <sup>13</sup> l. 21. l. 22. pr. D. de re iud. 42, 1; l. 17. pr. D. sol. matr. 24, 3. — <sup>14</sup> l. 21. l. 23. l. 24. § 1. D. de re iud. 42, 1; l. 16. l. 17. § 2. l. 12. l. 14. pr. l. 15. § 2. l. 18. pr. D. sol. matr. 24, 3. — <sup>15</sup> l. 33. D. de i. d. 23, 3; l. 33. pr. D. de don. 39, 5; l. 19. § 1. D. de re iud. 42, 1. — <sup>16</sup> l. 63. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 16. D. de re iud. 42, 1; § 38. I. de act. 4, 6. — <sup>17</sup> l. 63. pr. cit. — <sup>18</sup> ll. 23—25. l. 41. pr. D. de re iud. 42, 1; l. 7. pr. D. de exc. 44, 1; l. 63. §§ 1. 2. D. pro soc. 17, 2; ll. 12—15. § 1. D. sol. matr. 24, 3. — <sup>19</sup> l. 22. § 1. l. 52. D. de re iud. 42, 1; l. 21. § 6. D. rer. am. 25, 2; l. 4. §§ 1. 2. D. quod cum eo 14, 5. — <sup>20</sup> l. 14. § 1. D. sol. matr. 24, 3. — <sup>21</sup> l. 63. § 4. D. pro soc. 17, 2; l. un. § 7. C. de rei ux. act. 5, 13; l. 8. C. sol. mat. 5, 18. — <sup>22</sup> l. 17. §§ 1. 2. D. sol. matr. 24, 3; l. 41. § 2. D. de re iud. 42, 1; l. 33. pr. D. de don. 39, 5. — <sup>23</sup> l. 8. l. 9. D. de cond. ind. 12, 6. — <sup>24</sup> l. 173. D. de r. i. 50, 17; l. 19 § 1. l. 30. D. de re iud. 42, 1; l. 6. l. 7. D. de cess. bon. 42, 3. — <sup>25</sup> l. 19. § 1. l. 49. l. 50. D. de re iud. 42, 1; l. 54. D. sol. matr. 24, 3. — <sup>26</sup> l. 16. l. 19. pr. D. de re iud. 42, 1; l. 63. § 3. D. pro soc. 17, 2. — <sup>27</sup> l. 7. l. 8. C. quae res. pign. 8, 16; cf. l. 6. l. 7. D. de pign. 20, 1. — <sup>28</sup> l. 19 § 1 D. de re iud. 42, 1; l. 173. pr. D. de r. i. 50, 17.

что benef. competentiae не можетъ быть осуществляемо въ исполнительній инстанціи (выше пр. 22), если оно обосновано уже до рѣшенія.

#### IV. § 229. Мѣсто исполненія.

*Reutz*, die Lehre vom Erfüllungsort. 1862.—Schulin, zur Lehre vom Erfüllungsorte und vom Gerichtsstande der Obligation. 1879.—*Savigny*, System. § 370; Obligationenrecht. § 49.—*Vangerow*, § 584.—*Windscheid*, § 282.—*Brinz*, § 290.

Вѣритель можетъ требовать, чтобы исполненіе послѣдовало въ надлежащемъ мѣстѣ.

I. Мѣсто исполненія можетъ опредѣляться природою обязательства или его предметомъ. Природою обязательства мѣсто опредѣляется въ случаѣ требованій возмѣщенія вреда и штрафныхъ требованій; въ случаѣ первыхъ вѣритель можетъ требовать исполненія въ своемъ мѣстожительствѣ<sup>1</sup>; послѣдніи должникъ можетъ исполнить въ своемъ мѣстожительствѣ. Предметомъ опредѣляется мѣсто исполненія въ случаѣ тѣхъ обязательствъ, которыя направлены на передачу или обработку участка; но и къ движимымъ индивидуально опредѣленнымъ вещамъ примѣняется начало, что онѣ могутъ быть переданы въ томъ мѣстѣ, гдѣ онѣ находятся безъ вины со стороны должника<sup>2</sup> (поэтому, покупатель и наниматель должны сами забрать вещь)<sup>3</sup>; родовыя же вещи, напротивъ, подлежатъ вспомогательному мѣсту исполненія (см. sub III), кромѣ случаевъ займа и фидеикоммисса: заемъ долженъ быть возвращенъ въ мѣстѣ полученія<sup>4</sup>, фидеикоммиссъ (по Юстиніанову и современному праву—отказъ) можетъ быть уплаченъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится большая часть наслѣдства<sup>5</sup>.

II. Мѣсто исполненія можетъ быть опредѣлено уговоромъ сторонъ<sup>6</sup>. Тогда вѣритель можетъ требовать исполненія только въ этомъ мѣстѣ<sup>7</sup>; если должникъ не исполняетъ въ этомъ мѣстѣ, то вѣритель имѣетъ право требовать исполненія вмѣстѣ съ такъ наз. мѣстнымъ интересомъ во вспомогательномъ мѣстѣ исполненія (въ мѣстѣ личной подсудности должника, см. ниже sub III); подробности см. въ § 242 sub II.

<sup>1</sup> l. 72. § 3. D. de sol. 46, 3.—<sup>2</sup> l. 12. § 1. D. dep. 16, 3; l. 38. l. 52. § 3. D. de iud. 5, l. 1. 47. pr. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 137. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 11. § D. ad exh. 10, 4.—<sup>3</sup> l. 2. l. 5. D. de per. et comm. 18, 6; l. 3. § 4. l. 9. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>4</sup> l. 45. § 1. D. de iud. 5, 1.—<sup>5</sup> l. 50. pr. D. de iud. 5, 1; l. un. C. ubi fid. 3, 17; l. 2. C. comm. de leg. 6, 43.—<sup>6</sup> § 83. I. de act. 4, 6; l. 47. pr. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 50. pr. l. 52. §§ 1. 2. D. de iud. 5, 1.—<sup>7</sup> l. 2. § 7. l. 9. D. de eo quod certo loco 13, 4.



III. Если мѣсто исполненія не опредѣлено, и должникъ доводить дѣло до иска, то мѣсто иска и будетъ мѣстомъ исполненія<sup>3</sup>; это обыкновенно бываетъ мѣсто личной подсудности должника, стало быть, его мѣстожительство. Основаніе этой нормы заключается въ томъ, что въ этомъ мѣстѣ исполненіе представляетъ менѣ всего затрудненій для должника. Отсюда слѣдуетъ, что если должникъ исполняетъ добровольно (объ этомъ случаѣ источники умалчиваютъ), то онъ можетъ это сдѣлать не только въ мѣстѣ своей личной подсудности, но и во всякомъ подходящемъ мѣстѣ<sup>9</sup>, напр., въ промышленномъ заведеніи, въ квартирѣ вѣрителя.

#### V. § 230. Исковая осуществимость обязательства.

*Christiansen*, zur Lehre von der naturalis obligatio und conditio indebiti. 1844.—*Holtius*, Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts, Nr. 1, übersetzt von Sutro. 1852.—*Brinz*, kritische Blätter. Nr. 3. 1853.—*Schwanert*, die Naturalobligationen des Romischen Rechts. 1861.—*Ryck*, L. v. d. Schuldverhältnissen. §§ 2—11. 1889.—*Savigny*, Obligationenrecht. §§ 5—14.—*Vangerow*, § 567.—*Windscheid*, §§ 287—289.—*Brinz*, §§ 219—223.—*Baron*, §§ 142. 143.

I. *Понятіе цивильнаго и натуральнаго обязательства*. Подобно всякому праву, требованіе вѣрителя по общему правилу защищено искомъ<sup>1</sup> и называется *obligatio civilis* или *obl. honoraria*<sup>2</sup>, смотря по тому, признано ли право иска цивильнымъ или преторскимъ правомъ. Но есть и такія *обязательства*, которыя лишены иска; хотя вслѣдствіе этого имъ недостаетъ самаго характернаго признака права, тѣмъ не менѣ ихъ нельзя называть ничтожными (что однако случается въ источникахъ)<sup>3</sup>, потому что съ ними соединены въ большей или меньшей мѣрѣ прочія послѣдствія обязательствъ. Они называются въ источникахъ *naturales obligationes*<sup>4</sup>, что указываетъ на то, что естественному возрѣнію (хотя и не юридическому) они представляются обязательствами.

<sup>1</sup> l. 1. D. de ann. leg. 33, 1; l. 38. D. de iud. 5, 1; l. 47 § 1. D. de leg. 1 (30); l. 4. D. de cond. trit. 13, 3; l. 22. D. de r. c. 12, 1. —<sup>2</sup> l. 39. D. de sol. 46, 3.

<sup>3</sup> l. 108. D. de v. s. 50, 16; l. 42. § 1. D. de o. et a. 44, 7. —<sup>4</sup> l. 5. pr. D. de pign. 20, 1; l. 1. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 1. § 24. D. de ex. a. 14, 1; l. 8. § 4. D. de acc. 46, 4; l. 10. D. de v. s. 50, 16; § 1. I. de obl. 3, 13. —<sup>5</sup> l. 10. D. de v. s. 50, 16; l. 16. § 4. D. de fid. 46, 1; l. 41. D. de pec. 15, 1; l. 42. § 1. D. de o. et a. 44, 7. —<sup>6</sup> l. 5. pr. D. de pign. 20, 1; l. 5. § 2. l. 94. § 4. D. de sol. 46, 3; l. 10. D. de v. s. 50, 16. —<sup>7</sup> l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 1. pr. D. loc. 19, 2. —<sup>8</sup> l. 15. pr. D. de cond. ind. 12, 6. —<sup>9</sup> l. 5. pr. D. de auct. 26, 8.

III. *Послѣдствія натурального обязательства могутъ быть слѣдующія:*

1. Если натуральный должникъ исполняетъ добровольно, то въ этомъ заключается исполненіе долга; поэтому къ такому исполненію не примѣняются ни начала даренія, ни начала платежа недолжнаго<sup>8</sup>; напротивъ, хотя бы должникъ по заблужденію считалъ долгъ исковымъ<sup>9</sup>, все таки вѣритель можетъ удержать за собою уплаченное<sup>10</sup>; *натуральный вѣритель, какъ обыкновенно говорятъ, имѣетъ ius soluti retentionis.*

2. Если натуральный должникъ добровольно для обезпеченія натурального обязательства установитъ закладное право<sup>11</sup> или представить поручителя<sup>12</sup>, или дать обѣщаніе платежа (*constitutum debiti*)<sup>13</sup>, то эти акты имѣютъ силу и не могутъ быть опровержены подъ тѣмъ предлогомъ, что они предполагаютъ наличность дѣйствительнаго обязательства; ибо натуральное обязательство не есть недѣйствительное, а только лишенное иска обязательство.

3. Если натуральный должникъ совершитъ новацію натурального обязательства, то она имѣетъ силу<sup>14</sup> на томъ же основаніи, что и *ad 2.*

4. Даже противъ воли должника натуральный вѣритель можетъ представить натуральное обязательство къ компенсаціи<sup>15</sup>.

III. *Случаи натурального обязательства.* Многіе изъ нихъ теперь не существуютъ; а именно, натуральное обязательство раба<sup>16</sup>, *capite deminuti*<sup>17</sup>, натуральное обязательство, которое оставалось послѣ *litiscontestatio*<sup>18</sup> (§ 267 пр. 8), которое происходило отъ примѣненія *ius iniuriam*<sup>19</sup>, и, наконецъ, то, которое возникало изъ пекуліарныхъ сдѣлокъ между владыкою и подвластнымъ<sup>20</sup>. Натуральные обязательства, которыя могутъ имѣть значеніе еще и теперь, по большей части спорны:

<sup>8</sup> l. 19. § 4. D. de don. 39, 5; l. 21. пр. D. ad l. Falc. 35, 2. — <sup>9</sup> l. 40. пр. l. 64. D. de cond. ind. 12, 6. — <sup>10</sup> l. 16. § 4. D. de fid. 46, 1; l. 10. D. de obl. et a. 44, 7. — <sup>11</sup> l. 5. пр. l. 14. § 1. D. de pign. 20, 1; l. 13. пр. D. de cond. i. 12, 6. — <sup>12</sup> l. 6. § 2. l. 7. l. 16. § 3. l. 60. D. de fid. 46, 1. — <sup>13</sup> l. 1. § 7. D. de pec. c. 13, 5. — <sup>14</sup> l. 1. § 1. D. de nov. 46, 2. — <sup>15</sup> l. 6. D. de comp. 16, 2. — <sup>16</sup> l. 95. § 2. D. de sol. 46, 3. — <sup>17</sup> l. 7. §§ 6. 7. l. 9. §§ 2. 4. l. 17. i. f. D. de pec. 15, 1; l. 38. §§ 1. 2. D. de cond. i. 12, 6; l. 20. § 2. D. de stat. 40, 7. — <sup>18</sup> l. 14. D. de o. et a. 44, 7; l. 13 пр. D. de cond. i. 12, 6. — <sup>19</sup> l. 2. § 2. D. de cap. min. 4, 5. — <sup>20</sup> l. 60. пр. D. de c. i. 12, 6; l. 8. § 1. D. rat. r. 46, 8; l. 30. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2. — <sup>21</sup> l. 3. § 7. D. quod quisque 2, 2. — <sup>22</sup> l. 4. l. 11. D. de iud. 5, 1; l. 16. D. de furt. 47, 2; l. 64. D. de cond. i. 12, 6; l. 40. § 3. D. de cond. 35, 1. — <sup>23</sup> l. 1. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 56. пр. D. de fid. 46, 1.

1. Заемъ, данный подвластному дитяти, производить, по *act. Macedonianum*, только натуральное обязательство съ послѣдствіями II. 1—3<sup>24</sup>; послѣдствіе sub 4 не подтверждается ни однимъ мѣстомъ источниковъ и поэтому, по правильному мнѣнію, должно быть отвергнуто.

2. Становится ли несовершеннолѣтній, вступившій въ обязательство безъ согласія опекуна, натурально обязаннымъ, вопросъ спорный (§ 380 кон.).

3. Остается ли должникъ, неправильно оправданный, натурально обязаннымъ, вопросъ спорный (§ 97 пр. 5—8).

4. Прекращается ли обязательство въ случаѣ давности иска исполнѣ, или остается натуральное обязательство, вопросъ спорный (§ 91 sub 2).

5. Нѣкоторые юристы считаютъ натуральнымъ обязательствомъ всякій обычай, который требуетъ предоставленія чего либо; такимъ образомъ они признаютъ жену натурально-обязанною къ установленію приданого, вольноотпущенника къ совершенію услугъ патрону, одареннаго къ взаимному даренію (§ 70), взявшаго взаймы деньги къ платежу процентовъ. И въ самомъ дѣлѣ, въ одномъ мѣстѣ источниковъ<sup>26</sup> обычай *donatio remuneratoria* названъ натуральнымъ обязательствомъ. Но во всѣхъ этихъ случаяхъ уже потому не можетъ быть никакого натурального обязательства, что послѣднее лишено было бы опредѣленнаго содержанія (§ 208 пр. 10. 11); обстоятельство, которое придаетъ этимъ случаямъ нѣкоторое сходство съ натуральными обязательствами, состоитъ въ томъ, что если что нибудь предоставлено вслѣдствіе обычая, то оно не считается подаркомъ (ибо недостаетъ *animus donandi*) и не можетъ быть востребовано назадъ<sup>27</sup> (ибо это было бы неблагодарностью).

IV. Отъ *naturalis obligatio* слѣдуетъ отличать *obligatio civilis inanis, quasi nulla, inefficax*<sup>29</sup>; это—такое обязательство, которое

<sup>24</sup> l. 9. l. 10. l. 11. l. 18. D. ad *act. Mac.* 14, 6; l. 26. § 9. l. 40. pr. D. de *cond. i.* 12, 6; l. 2. D. *quae res pign.* 20, 3; l. 2. C. ad *act. Mac.* 4, 28. —  
<sup>25</sup> l. 40. pr. l. 19. pr. D. de *cond. ind.* 12, 6; l. 9. § 4. D. ad *act. Mac.* 14, 6. —  
<sup>26a</sup> См. однако объ *exc. metus Senec. contr.* IX, 3. (26). — <sup>26</sup> l. 25. § 11. D. de *h. p.* 5, 3. — <sup>27</sup> l. 26. pr. § 12. l. 32. § 2. D. de *c. i.* 12, 6. <sup>28</sup> l. 5. § 15. D. de *don. i. v. et u.* 24, 1; l. 19. l. 20. D. *quae in fr.* 42, 8. — <sup>29</sup> l. 66. D. de *r. i.* 50, 17; l. 8. § 9. D. ad *act. Vell.* 16, 1; l. 40. pr. D. de *cond. i.* 12, 6; l. 8. D. de *cond. ob. t. c.* 12, 5; l. 95. § 2. D. de *sol.* 46, 3; l. 13. D. de *iure d.* 23, 3; l. 25. D. de *v. o.* 45, 1.

по древнему *ius civile* имѣло силу, но позднѣйшее право освободило должника отъ всякихъ обязанностей, напр., обязательство, заключенное вслѣдствіе угрозы или обмана.

### § 231. Доказываніе иска посредствомъ долгового акта. Договоръ признанія.

Ср. литературу къ §§ 209. 214.—*Vangerow*, § 612a.—*Windscheid*, §§ 372. 412 a. b.—*Brinz*, § 311.—*Baron*, §§ 117. 120.

**I. Понятіе и доказательная сила долгового акта въ римскомъ правѣ.** Для доказательства иска служить (кромѣ другихъ средствъ) долговой актъ (*cautio*), т. е. письменный актъ, въ которомъ кто либо признаетъ извѣстный долгъ или обѣщаетъ уплатить извѣстный долгъ (въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ вмѣстѣ съ тѣмъ *constitutum debiti*, § 264). Если въ долговомъ актѣ указано само обязательство, на основаніи котораго онъ выданъ (*causa debendi*, которой нельзя смѣшивать съ такъ наз. *causa civilis* и такъ наз. *causa obligationis*, §§ 209. 214), то новые юр. называютъ такой актъ *cautio discreta* (напр., „признаю, что я долженъ А. 100 талеровъ по займу, за сдѣланныя имъ издержки“) <sup>1</sup>; противоположный видъ долгового акта есть *cautio quae indiscrete loquitur*, *cautio indiscreta* („признаю, что я долженъ А. 100 талеровъ“). По римскому праву доказательною силой обладаетъ только *c. discreta*; напротивъ, *c. indiscreta* неспособна служить доказательствомъ опредѣленнаго долга, а можетъ лишь сдѣлать вѣроятнымъ существованіе долга, иначе говоря: она порождаетъ *praesumptio hominis* (§ 96 пр. 10).—Особныя правила примѣняются къ долговому акту, выданному по займу (и подобнымъ сдѣлкамъ, напр., *quasi-ususfructus*, *locatio conductio irregularis*, но не *depositum irregulare*) <sup>2</sup>. А именно, такъ какъ въ этомъ случаѣ долговой актъ выдается часто впередъ (т. е. еще до полученія займа, но въ ожиданіи полученія) <sup>3</sup>, то, вѣроятно со времени Каракаллы (около 215 г. по Р. Хр.), въ продолженіе извѣстнаго срока (до Діоклетіана въ теченіе одного года, до Юстиніана въ теченіе пяти лѣтъ, потомъ—двухъ лѣтъ) <sup>4</sup> доказатель-

<sup>1</sup> l. 47. § 1. D. de pact. 2, 14; l. 24. l. 26. D. de pec. const. 13, 5; l. 61. pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 26. D. dep. 16, 3.—<sup>2</sup> l. 25. § 4. D. de prob. 22, 3.—<sup>3</sup> l. 25. § 4. cit.—<sup>4</sup> l. 13. C. de non num. pec. 4, 30.—<sup>5</sup> l. 14. § 1. C. de non num. pec. 4, 30.—<sup>6</sup> l. 3. C. de dote cauta 5, 15.—<sup>7</sup> l. 14. pr. C. de non num. pec. 4, 30.

ная сила долгового акта была т. ск. задерживаема<sup>8</sup>; должникъ можетъ въ теченіе этого времени предъявить *querela non numeratae pecuniae*, т. е. можетъ выставить простое и бездоказательное утверженіе, что онъ займа не получалъ, или путемъ иска (*condictio ob causam datorum*)<sup>9</sup>, или путемъ возраженія на искъ (*exc. non numeratae pecuniae*)<sup>10</sup>, или, наконецъ, путемъ судебного или письменно заявленнаго противнику протеста<sup>11</sup>; этимъ онъ принуждаетъ вѣрителя доказывать наличность долга иными средствами<sup>12</sup>, но если это доказательство окажется успѣшнымъ, то онъ присуждается къ уплатѣ двойнаго<sup>13</sup>. По истеченіи срока должникъ уже не можетъ дѣлать такого заявленія, а долженъ безусловно уплатить<sup>14</sup>; это не потому, чтобы долговой актъ заключалъ въ себѣ literalное обязательство, а по той причинѣ, что должникъ, который оставилъ долговой документъ въ теченіе долгаго времени въ рукахъ вѣрителя, необходимо заставляеть думать, что онъ дѣйствительно получилъ значащійся въ актѣ заемъ; поэтому, мы имѣемъ *praesumptio iuris et de iure* въ пользу выдачи займа. Впрочемъ въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ долговой актъ получаетъ доказательную силу тотчасъ съ момента выдачи<sup>17-19</sup>.

Вводный законъ къ И. у. г. с. § 17 опредѣляетъ, что доказательная сила долгового акта (и квитанція) не зависитъ отъ истеченія времени. Этимъ устранена *querela non numeratae pecuniae*, и выдавшій долговой актъ можетъ впредь выставить съ успѣхомъ утверженіе о неполученіи займа лишь въ томъ случаѣ, *если онъ докажетъ это утверженіе*. Но и римскія начала объ увеличенной доказательной силѣ долгового акта послѣ истеченія двухлѣтнаго срока тоже лишились значенія, хотя о нихъ и не упоминаетъ Вводный законъ; ибо они являются лишь обратной стороною (устраненной) *querela*.

II. *Такъ наз. договоръ признанія (Anerkennungsvertrag)*. До новѣйшаго времени общее мнѣніе видѣло въ долговомъ актѣ только средство доказательства, а именно, вѣсудебное признаніе; послѣднее теряетъ, по этому мнѣнію, свою силу вслѣдствіе простаго доказательства противнаго, т. е. вслѣдствіе того, что выдавшій актъ доказалъ неправильность означеннаго въ актѣ правоотношенія; далѣе, по этому общему мнѣнію, получившій долговой актъ, предъявляя искъ, долженъ субстанціровать при-

<sup>8</sup> I. 4. l. 8. l. 14. pr. C. de non. n. p. 4, 30.—<sup>9</sup> l. 7. C. de n. n. p. 4, 30; l. 3. C. de post. 2, 6; l. 4. C. de cond. ex lege 4, 9.—<sup>10</sup> l. 9. l. 14. pr. § 4. C. d. n. n. p. 4, 30.—<sup>11</sup> l. 14. §§ 4—6. C. de n. n. pec. 4, 30.—<sup>12</sup> l. 3. l. 10. l. 14. C. de n. n. p. 4, 30; Nov. 18. c. 8.—<sup>13</sup> Nov. 18. c. 8.—<sup>14</sup> l. 8. l. 14. § 3. C. de n. n. p. 4, 30; § un. I. de lit. obl. 3, 21.—<sup>15</sup> § un. I. de lit. obl. 3, 21.—<sup>16</sup> Paraphr. Inst. ad § un. I. de lit. obl. 3, 21.—<sup>17</sup> l. 13. l. 5. C. de n. n. p. 4, 30; ep. l. 126 § 2. D. de v. o. 45, 1.—<sup>18</sup> l. 14. § 1. C. de n. n. p. 4, 30.—<sup>19</sup> l. 4. C. de n. n. p. 4, 30.

знанное въ актѣ правоотношеніе, т. е. представить факты, обосновывающіе послѣднее, такъ что ссылки на *cautio indiscreta* недостаточно для доказательства иска. Но въ послѣднее время выставлено было мнѣніе, что долговой актъ не только служитъ средствомъ доказательства, а содержитъ еще такъ наз. договоръ признанія; о содержаніи договора признанія мнѣнія расходятся: одни видятъ въ немъ договоръ, направленный на установленіе дома, и поэтому видятъ въ долговомъ актѣ вмѣстѣ съ тѣмъ абстрактное обѣщаніе уплатить означенный въ актѣ предметъ, другіе считаютъ договоръ признанія обѣщаніемъ выдающаго актъ признавать доказаннымъ долгъ, означенный въ актѣ. По первому воззрѣнію на договоръ признанія, долговой актъ не теряетъ силы вслѣдствіе простого доказательства противнаго; для этого необходимо доказать, что актъ выданъ по *simulatio*, *извинительному заблужденію* или вслѣдствіе обмана или угрозы (§ 51); по второму воззрѣнію достаточно простого доказательства противнаго. По обѣимъ новымъ теоріямъ, получившій долговой актъ, въ случаѣ предъявленія иска, не обязанъ субстанціровать признаннаго долга, и поэтому для доказательства достаточно *cautio indiscreta*. Обѣ эти теоріи несогласны съ источниками римскаго права, потому что по источникамъ долговой актъ является простымъ средствомъ доказательства<sup>20</sup>; но такъ какъ эти мнѣнія представляютъ болѣе строгое отношеніе къ выдающему актъ, что при развитомъ оборотѣ является безспорною потребностью, и такъ какъ въ нынѣшнемъ правѣ признается дѣйствительнымъ и неформальное обѣщаніе, то эти теоріи встрѣтили сочувствіе какъ въ теоріи, такъ и на практикѣ; въ частности, очень распространенная практика признаетъ достаточнымъ основаніемъ иска тотъ долговой актъ, который выданъ на основаніи *разчетовъ* между получающимъ и выдающимъ.

## VI. Вліяніе конкурса на право вѣрителя.

### А. § 232. Общія начала.

*Fuchs*, der deutsche Concursprocess. 1877. — *L. Seuffert*, zur Gesch. u. Dogmatik des Deutschen Concursrechts. 1888. — *Vangerow*, § 592. — *Windscheid*, §§ 266. 269. — *Baron*, §§ 215. 218.

Не право вѣрителя на исполненіе обязательства, а только *фактическое* осуществленіе его права подвергается измѣненію въ томъ случаѣ, если вслѣдствіе несостоятельности должника надъ его имуществомъ открывается конкурсъ; въ пользу признанія несостоятельности говорятъ, по И. конк. уст., въ случаѣ приостановленія платежей, *praesumptio iuris et de iure*<sup>1</sup>. Конкурсъ есть особое

<sup>20</sup> 1. 26. § 2. D. dep. 16, 3; 1. 5. 1. 6. C. si cert. 4, 2; 1. 6. C. de comp. 4, 31; cf. 1. 19. § 1. D. de acc. 46, 4; 1. 6. l. 13. C. de sol. 8, 42; далѣе, мѣста въ пр. 3. 4.

<sup>1</sup> Reichsconcursordnung § 94.

судебное производство (такъ наз. *processus cridae*—конкурсный процессъ), направленное на то, чтобы раздѣлить недостаточное имущество общаго должника (*decoctor*) между вѣрителями соразмѣрно съ ихъ требованіями. Конкурсъ не открывается *ex officio*, а только по требованію <sup>1а</sup> или одного изъ вѣрителей, или (со времени *lex Julia de sessione bonorum*) общаго должника; у Римлянъ открытіе конкурса состояло въ томъ, что вѣрители получали отъ магистрата *missio in bona decoctoris* <sup>2</sup>. Теперь на мѣсто *missio* вступило постановленіе суда. До открытія конкурса всякій вѣритель несостоятельнаго должника можетъ осуществить свое требованіе, не обращая вниманія на другихъ вѣрителей <sup>3</sup>, даже въ томъ случаѣ, если вслѣдствіе этого терпятъ вредъ другіе кредиторы; ибо *ius civile vigilantibus scriptum est* (§ 235 пр. 16, 17). Открытіе же конкурса производитъ то послѣдствіе, что разсмотрѣніе и удовлетвореніе всѣхъ требованій противъ общаго должника происходитъ въ одномъ общемъ производствѣ <sup>4</sup>. Лишь тѣ вѣрители, которые предъявляютъ свои требованія въ этомъ производствѣ, получаютъ удовлетвореніе изъ конкурсной массы; въ р. пр. требовалось *своевременное* предъявленіе (что отмѣнено И. конк. у. §§ 130, 140, 143); если кто не предъявитъ своего требованія, то послѣднее оставляется безъ вниманія при раздѣлѣ конкурсной массы, но вообще не теряетъ силы противъ должника <sup>5</sup>.—Два вопроса требуютъ особаго разсмотрѣнія: 1) кто есть конкурсный вѣритель? 2) въ какомъ порядкѣ получаютъ удовлетвореніе конкурсные вѣрители?

### В. § 233. Кто есть конкурсный вѣритель?

*Mandry*, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. §§ 28. 40. 43. 3. Aufl. 1885.—*Vangerow*, § 593.—*Windscheid*, § 272.—*Brinz*, § 286.

**I. Римское право.** Конкурсными вѣрителями признаются тѣ лица, которымъ принадлежитъ во время открытія конкурса личное требованіе противъ общаго должника. Слѣдовательно, сюда не относятся:

1. Такъ наз. виндиканты или сепаратисты *ex iure dominii*, т. е. тѣ лица, которыя требуютъ посредствомъ *actio in rem* (*rei vindic-*

<sup>1а</sup> См. *Reichsconcursordnung* § 95. — <sup>2</sup> 1. 12. пр. 1. 15. пр. D. de reb. auct. iud. 42, 5. — <sup>3</sup> 1. 6. § 7. 1. 10. § 16. 1. 24. D. quae in fr. 42, 8. — <sup>4</sup> 1. 6. § 7. D. quae in fr. cr. 42, 8. — <sup>5</sup> *Reichsconcursordnung* § 152.

catio, confessoria, hereditatis petitio и т. д.) выдачи какой-либо вещи, находящейся въ конкурсной массѣ; ибо все то, что не относится къ имуществу должника, должно быть выдѣлено изъ массы. Но къ виндикантамъ приравняются иногда и простые вѣрители, а именно:

а. тѣ, которые требуютъ выдачи вещи, находящейся въ конкурсной массѣ, посредствомъ *a. in rem scripta* (напр. *a. quod metus, de pauperie*), ибо *actio in rem scripta*, хотя она и основана на обязательствѣ, тѣмъ не менѣе обладаетъ всѣми послѣдствіями иска *in rem*;

б. такъ наз. сепаратисты *ex iure crediti*, т.-е. тѣ лица, которые по строгому праву принадлежатъ къ числу конкурсныхъ вѣрителей, но которые по соображеніямъ справедливости имѣютъ право отдѣлить часть конкурсной массы для своего исключительнаго удовлетворенія путемъ особаго производства (т. н. партикулярнаго, частнаго конкурса). Сюда относятся слѣд. случаи римскаго права: α) вѣрители наслѣдства и отказополучатели, пользуясь *benef. separationis*, могутъ отдѣлить наслѣдство отъ имущества наслѣдника, надъ которымъ открытъ конкурсъ (§ 427 sub I. 3); β) вѣрители подвластнаго лица, которое употребляетъ *resulium* на торговое предпріятіе, могутъ отдѣлить торговое предпріятіе отъ имущества владыки, надъ которымъ открытъ конкурсъ; если подвластное лицо вело нѣсколько предпріятій, то вѣрители отдѣльныхъ предпріятій могутъ требовать отдѣленія послѣднихъ<sup>1</sup>; γ) тѣ лица, которые предоставляютъ кредитъ подвластному сыну, имѣющему *res. castrense*, имѣютъ право отдѣленія противъ тѣхъ, которые сдѣлались его вѣрителями въ прежнее время<sup>2</sup>.

Вѣрители подъ залогъ принадлежали, по римскому праву, тоже къ числу виндикантовъ по отношенію къ заложеннымъ вещамъ; судебная практика отнесла ихъ къ числу конкурсныхъ вѣрителей.

2. Вѣрители массы, т.-е. тѣ лица, которые уже послѣ открытія конкурса приобрѣли требованія противъ конкурсной массы (всѣхъ вѣрителей), какъ таковой; они получаютъ удовлетвореніе *предъ* всѣми конкурсными вѣрителями. Сюда относятся требованія изъ неисполненныхъ двустороннихъ договоровъ общаго должника, въ которые вступили вѣрители, далѣе, требованія изъ обязательствъ,

<sup>1</sup> 1. 5. §§ 15. 16. D. de trib. act., 14, 4.—<sup>2</sup> 1. 1. § 9. D. de separ. 42, 6.



которыя были заключены въ интересѣ массы, въ частности, требованіе конкурснаго суда по поводу издержекъ на конкурсъ<sup>3</sup>.

II. *Правила Имперскаго конкурснаго устава*. И. к. у. исходитъ вообще изъ тѣхъ же началъ, что и прежнее Общее право, но измѣняетъ ихъ во многихъ случаяхъ. Онъ отличаетъ отъ конкурсныхъ вѣрителей: управомоченныхъ къ выдѣленію (*Aussonderungsberechtigte*), управомоченныхъ къ отдѣленію (*Absonderungsberechtigte*) и вѣрителей массы:

1. *Конкурсными вѣрителями признаются тѣ лица, которымъ во время открытія производства принадлежитъ личное и имуществовное притязаніе противъ общаго должника*<sup>4</sup>. Это понятіе согласно съ прежнимъ.

2. *Управомочены къ выдѣленію тѣ, которые на основаніи принадлежащаго имъ личного или вещнаго права могутъ выдѣлить изъ массы какой-либо предметъ, не принадлежащій общему должнику*<sup>5</sup>. Сюда относятся прежніе сепаратисты *ex iure dominii* и стоящіа наравнѣ съ таковыми лица, которымъ принадлежитъ *act. in rem scripta*. И. к. у. § 36 ставитъ наравнѣ съ ними продавца или комиссіонера для покупокъ по отношенію къ товарамъ, которые были посланы имъ съ другого мѣста общему должнику и еще не оплачены; но для этого необходимо, чтобы товары не перешли въ обладаніе общаго должника (или его представителя) еще до открытія конкурса.—Управомоченные къ выдѣленію не принимаютъ совсѣмъ участія въ конкурсномъ производствѣ, осуществляя свое право противъ распорядителя конкурсной массы независимо отъ конкурса.

3. *Управомоченные къ отдѣленію*<sup>6</sup> *суть*: а) вѣрители, которые имѣютъ на недвижимость вещное право (ипотеку, причѣмъ достаточно законной ипотеки) или какое-либо иное право на преимущественное удовлетвореніе (напр., государство по поводу земельныхъ податей), б) *закладоприиматели на движимости и res incorporales*, в) такъ наз. какъ бы закладоприиматели, т.-е. цѣлый рядъ лицъ, которымъ принадлежитъ на движимыя вещи или законное закладное право, или *ius retentionis* и которыя, поэтому, по И. к. у. § 41 приравнены къ закладоприимателямъ, напр., художники, ремесленники и рабочіе по поводу ихъ требованій за работу и издержки—по отношенію къ сдѣланнымъ ими или починеннымъ вещамъ, находящимся еще у нихъ, д) вѣрители наслѣдства и отказополучатели въ выше I. 1. в. указанномъ случаѣ, е) общіе собственники (*condomini*) и товарищи общаго должника на часть послѣдняго по поводу требованій, возникающихъ изъ общенія, ф) кредиторы лена, родового имѣнія, фамильнаго фиденкоммисса— по отношенію къ этимъ имѣніямъ.— Изъ этого перечисленія видно, что управомоченные къ отдѣленію соотвѣтствуютъ прежнимъ сепаратистамъ *ex iure crediti*; но случаи прежняго Общаго права отчасти распространены, отчасти устраниены.—Управомоченные къ отдѣленію не принимаютъ никакого участія въ конкурсномъ про-

<sup>3</sup> I. S. i. f. D. dep. 16, 3. — <sup>4</sup> Reichsconcursordnung § 2. — <sup>5</sup> Rco. § 35. — <sup>6</sup> Rco. §§ 39—45.

изводства; они осуществляютъ свои требованія и свое притязаніе на отдѣльное удовлетвореніе противъ конкурснаго распорядителя такъ, какъ если бы надъ имуществомъ общаго должника не было открыто конкурса; поэтому партикулярнаго конкурса уже болѣе не существуетъ. Если послѣ продажи отдѣленныхъ предметовъ останется излишекъ, то его присоединяютъ къ конкурсной массѣ; если же вырученной отъ продажи суммы окажется недостаточно для удовлетворенія требованій отдѣльныхъ вѣрителей, то послѣдніе могутъ предъявить требованіе недостающей суммы, если на общемъ должникѣ лежитъ личная отвѣтственность<sup>7</sup>.

4. *Вѣрители массы*<sup>8</sup>. *Различаются издержки массы и доли массы:*

а. *Издержки массы*—это судебныя издержки на общее производство, издержки на управленіе, продажу и раздѣлъ массы, а также пособіе, назначенное общему должнику и его семейству.

б. *Доли массы*—требованія изъ сдѣлокъ или дѣйствій распорядителя конкурсной массы, требованія изъ двустороннихъ договоровъ, исполненіе которыхъ еще не послѣдовало ни съ той, ни съ другой стороны и въ которыя вступила конкурсная масса, и требованія изъ неосновательнаго обогащенія массы.

Вѣрители массы не принимаютъ въ конкурсѣ никакого участія, и, въ случаѣ спора объ ихъ притязаніяхъ, дѣло рѣшается не конкурснымъ судомъ, а обыкновеннымъ процессомъ; они получаютъ удовлетвореніе изъ валовой конкурсной массы, а конкурсные вѣрители, напротивъ, изъ чистой конкурсной массы. Если конкурсной массы недостаточно для всѣхъ вѣрителей массы, то сначала удовлетворяются долги массы, а затѣмъ издержки массы<sup>9</sup>.

### С. § 234. Въ какомъ порядкѣ получаютъ удовлетвореніе конкурсные вѣрители?

*Vangerow*, § 594.—*Windscheid*, §§ 270. 271. 272\*.

1. *Римское право*. Конкурсные вѣрители дѣлятся въ римскомъ правѣ на два класса. Первый классъ образуютъ тѣ вѣрители, которымъ по закону дано право преимуществва (*privilegium exigendi*)<sup>1</sup>. Второй классъ—всѣ прочіе. Въ предѣлахъ всякаго класса отдѣльныя требованія по общему правилу равны другъ другу<sup>2</sup>; въ видѣ исключенія нѣкоторыя требованія перваго класса (ниже 1. а. d. 2. а. е?) пользуются преимуществвомъ предъ прочими. Права преимуществва суть отчасти чисто личныя (*privilegia exigendi personae*), отчасти наслѣдственныя права (*priv. exig. causae*).

<sup>7</sup> Rco. § 57.—<sup>8</sup> Rco. §§ 51. 52.—<sup>9</sup> Rco. § 53.

<sup>1</sup> t. D. de reb. auct. iud. poss. 42, 5; t. C. de bonis auct. iud. poss. 7, 72.—<sup>2</sup> 1. 32. D. h. t. 42, 5; 1. 6. C. h. t. 7, 72.

1. *Чисто личныя права преимуществва* принадлежать: а) казнѣ<sup>3</sup>, за исключеніемъ ея штрафныхъ требованій; б) монарху и его супругѣ<sup>5</sup>; в) городамъ<sup>6</sup>, наравнѣ съ которыми многіе ставятъ церкви; д) женѣ (и путативной) и ея дѣтямъ, а равно и невѣстѣ по поводу дotalьнаго требованія<sup>7</sup>; е) опекаемымъ по поводу требованій изъ опеки<sup>8</sup>. Большею части этихъ лицъ въ позднѣйшую императорскую эпоху было предоставлено общее законное залоговое право (§ 190), такъ что конкурсная привилегія для нихъ стала излишней.

2. *Права преимуществва, переходящія на наследниковъ*, присвоены слѣдующимъ требованіямъ: а) издержкамъ на погребеніе общаго должника или другого лица, погребеніе котораго лежало на общемъ должникѣ<sup>9</sup>; б) денежному займу, который былъ выданъ на возстановленіе зданія<sup>10</sup>; в) требованію товарища по поводу пропорціональнаго возмѣщенія издержекъ на ремонтъ общаго зданія<sup>11</sup>; д) займу для купли, постройки или снаряженія корабля, а равно и требованію продавца корабля, который кредитоваль покупную цѣну<sup>12</sup>; е) требованію поклажедателя по поводу денегъ, безпроцентно отданныхъ аргентарію на сохраненіе<sup>13</sup> (что практика распространила на всякое depositum).

II. *Практика.* Практика ввела нѣсколько измѣненій римскаго права: 1) она лишила (какъ уже мы упомянули выше § 233) залогопринимателей положенія виндикантовъ и причислила ихъ къ конкурснымъ вѣрителямъ; 2) она ввела нѣсколько новыхъ правъ преимуществва: для издержекъ на послѣднюю болѣзнь, для жалованья домашней прислугѣ и вознагражденія псаломщикамъ (на основаніи 5-й книги Моисея, гл. 24 ст. 14. 15), для depositum (выше I. 2. е); 3) она предоставила нѣкоторымъ привилегированнымъ требованіямъ (что нѣкоторые относительно похоронныхъ издержекъ утверждаютъ уже и по римскому праву)<sup>14</sup> преимущество даже предъ залогопринимателями: издержкамъ на похороны и на болѣзнь, жалованью прислугѣ, общественнымъ податямъ; они называются *абсолютно-привилегированными требованіями*.—Такимъ образомъ конкурсные вѣрители распались по суд. практикѣ на пять классовъ:

<sup>3</sup> I. 10. pr. D. de pact. 2, 14; I. 34. D. h. t. 42, 5; I. 6. pr. D. de iure fisci 49, 14; Pauli sent. rec. V, 12. § 10.—<sup>4</sup> Ср., съ одной стороны, I. 17. D. de iure f. 49, 14; I. un. C. poen. fisc. 10, 7; съ другой стороны, I. 37. D. de iure f. 49, 14.—<sup>5</sup> I. 6. § 1. D. de iure f. 49, 14.—<sup>6</sup> I. 38. § 1. D. h. t. 42, 5.—<sup>7</sup> I. 17. § 1. I. 18. I. 19. pr. D. h. t. 42, 5; I. un. C. de priv. dot. 7, 74; I. 9. C. de i. d. 5, 12; I. 12. pr. C. qui pot. 8, 17.—<sup>8</sup> I. 19. § 1. до I. 23. D. h. t. 42, 5; I. 42. I. 44. § 1. D. de adm. tut. 26, 7.—<sup>9</sup> I. 17. pr. D. h. t. 42, 5; I. 45. D. de rel. 11, 7.—<sup>10</sup> I. 24. § 1. D. h. t. 42, 5; I. 25. D. de reb. cred. 12, 1.—<sup>11</sup> I. 52. § 10. D. pro soc. 17, 2.—<sup>12</sup> I. 26. I. 34. D. h. t. 42, 5.—<sup>13</sup> Ср., съ одной стороны, I. 7. §§ 2. 3. I. 8. D. dep. 16, 3; съ другой стороны, I. 24. § 2. D. h. t. 42, 5.—<sup>14</sup> Paul. sent. rec. I, 21. § 15; I. 14. § 1. I. 45. D. de rel. 11, 7.

Первый классъ: абсолютно-привилегированные вѣрители;

Второй классъ: привилегированные залогоприниматели (§ 205);

Третій классъ: простые залогоприниматели;

Четвертый классъ: привилегированные вѣрители;

Пятый классъ: простые вѣрители.

Конкурсные вѣрители, не обладающіе залоговымъ правомъ (4 и 5 классъ), называются въ источникахъ <sup>15</sup> cred. chirographarii, какъ если бы у нихъ всѣхъ были письменные долговые акты.

III. *Правила И. к. у. § 54 смд.* И. к. у. значительно измѣнилъ какъ римское право, такъ и правила, введенныя практикою. Сравнительно съ прежней практикою Уставъ выдѣлилъ изъ конкурснаго производства почти всѣхъ залогопринимателей, объявивъ ихъ управомоченными къ отдѣленію (§ 233 sub II. 3); сравнительно съ римскимъ правомъ Уставъ устранилъ много privilegia exigendi, оставивъ изъ нихъ лишь немногія. По И. к. у. конкурсныя требованія распадаются на два класса: на привилегированныя и непривилегированныя:

*Первый классъ. Привилегированныя требованія суть слѣдующія:*

a. оставшіяся за послѣдній годъ до открытія конкурса или смерти общаго должника неудовлетворенными требованія жалованья, денегъ на содержаніе и другія требованія прислуги, нанятой общимъ должникомъ на постоянную службу для домашняго, земледѣльческаго или промышленнаго хозяйства; къ нимъ приравнены требованія касъ вспомоствованія на случай болѣзни по поводу взноса для поступления и періодическихъ взносовъ <sup>16</sup>;

b. требованіе имперской кассы, городскихъ кассъ и общинъ, а равно и участковыхъ, окружныхъ и провинціальныхъ союзовъ (Amts-, Kreis- und Provinzialverbände) по поводу общественныхъ налоговъ, которые должны были быть уплачены въ послѣднемъ году до открытія конкурса;

c. требованія церквей и школъ общественныхъ союзовъ и общественныхъ, обязанныхъ къ страхованію, страховыхъ отъ огня учреждений по поводу взносовъ и платежей, слѣдующихъ къ уплатѣ по закону или по уставу за послѣдній годъ до открытія конкурснаго производства;

d. требованія врачей, хирурговъ, аптекарей, повивальныхъ бабокъ и сидѣлокъ по поводу платы за лѣченіе и уходъ за больнымъ за послѣдній годъ до открытія конкурснаго производства, поскольку размѣръ требованій не превышаетъ таксы;

e. требованія дѣтей и лицъ, опекаемыхъ общимъ должникомъ, касающіяся ихъ имущества, по закону подлежащаго управленію послѣдняго; права преимуществва имъ не дается, если требованіе не осуществлено судебнымъ порядкомъ въ теченіе двухъ лѣтъ послѣ прекращенія управленія имуществомъ и не было подано въ судъ до открытія конкурснаго производства.—Отдѣльныя требованія располагаются въ порядкѣ ихъ перечисленія; нѣсколько требованій равнаго качества въ случаѣ недостатка конкурсной массы получаютъ удовлетвореніе пропорціонально своему размѣру.

<sup>15</sup> I. 38. § 1. D. h. t. 42, 5; I. 4. C. h. t. 7, 72.—<sup>16</sup> Reichsgesetz v. 15 Juni 1888 § 53.

*Второй классъ.* Сюда относятся всѣ требованія безъ преимуществъ; такъ какъ для полного ихъ удовлетворенія недостаточно конкурсной массы, то они удовлетворяются пропорціонально своему размѣру.

Слѣдующихъ требованій по И. к. у. вообще нельзя осуществить въ конкурсномъ производствѣ: а. процентовъ, нарастающихъ со времени открытія конкурса; б. издержекъ отдѣльныхъ вѣрителей вслѣдствіе участія ихъ въ производствѣ; с. денежныхъ штрафовъ; d. требованія изъ актовъ щедрости общаго должника между живыми или на случай смерти.

## D. § 235. Право конкурсныхъ вѣрителей на опороченіе дѣйствій общаго должника.

*Reinhart*, die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. 1871.—*Zürcher*, die act. Pauliana nach Gemeinem Recht und den neueren Codificationen. 1872.—*Schönemann*, die Paulianische Klage gegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger. 1872.—*Hasenbalg*, zur Lehre von der act. Pauliana. 1874.—*Fischer*, Anwendbarkeit der act. Paul. auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfand. 1875.—*Mandry*, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. §§ 10. 50. 3. Aufl. 1885.—t. D. XLII, 8: quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. t. C. VII, 75: de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt.—*Vangerow*, §§ 177. 697.—*Windscheid*, §§ 463. 463<sup>a</sup>.—*Brinz*, § 345.—*Baron*, § 132 кон.

I. *Введеніе.* За исключеніемъ права производить платежи <sup>1</sup>, общій должникъ по римскому праву не лишается права распоряженія своимъ имуществомъ, несмотря на открытіе конкурса; такимъ образомъ какъ до открытія, такъ и послѣ открытія конкурса угрожаетъ опасность, что общій должникъ станетъ злоупотреблять своимъ правомъ во вредъ вѣрителямъ. Эта опасность *теперь* возможна только до открытія конкурса, потому что съ этого момента по современному праву общій должникъ, не лишаясь дѣеспособности, теряетъ тѣмъ же не менѣе право распоряженія имѣющимся у него во время открытія конкурса имуществомъ <sup>1a</sup>. Такимъ образомъ существуетъ настоятельное требованіе справедливости, чтобы вѣрители были защищены противъ такого злоупотребленія; для этой цѣли преторскій эдиктъ ввелъ нѣсколько, повидимому, *матеріально* различныхъ исковъ.—Господствующее мнѣніе признаетъ два такихъ иска: actio Pauliana <sup>2</sup> и interdictum fraudatorium <sup>3</sup>. Правиль *отдѣльныхъ* исковъ и ихъ различій нельзя съ достовѣрностью указать; поэтому мы будемъ излагать права вѣрителей независимо отъ иска, которымъ они осуществляются.

<sup>1</sup> I. 6. § 7. I. 10. § 16. D. h. t. 42, 8.—<sup>1a</sup> Reichsconcursordnung §§ 5. 6. 7.—<sup>2</sup> I. 1. pr. D. h. t. 42, 8; I. 38. § 4 D. de us. 22, 1.—<sup>3</sup> I. 10 pr. D. h. t. 42, 8; I. 67. § 1. D. ad set. Treb. 36, 1; I. 96. pr. D. de sol. 46, 3.—<sup>4</sup> I. 10. pr. i. f. D. h. t. 42, 8.—<sup>5</sup> § 6. I. de act. 4, 6.

II. Римское право. Общій принципъ таковъ: *Всякое юридическое дѣйствіе до или послѣ открытія конкурса, которымъ общій должникъ уменьшаетъ свое имущество съ намѣреніемъ повредить вѣрителямъ, можетъ быть опорочено послѣдними, если оно имъ дѣйствительно повредило.* Но обыкновенно для этого еще необходимо, чтобы намѣреніе общаго должника было извѣстно тому лицу, въ пользу котораго онъ уменьшаетъ свое имущество. Условія права опороченія суть слѣдующія:

1. Чтобы общій должникъ уменьшилъ свое имущество до или послѣ открытія конкурса, все равно, *dando obligando* или *liberando* <sup>6</sup> (§ 68), положительнымъ или юридическимъ дѣйствіемъ или упущеніемъ (напр., непрерываніемъ давности) <sup>7</sup>; непринятіе предложеннаго общему должнику приобрѣтенія (напр., наслѣдства) не есть уменьшеніе имущества <sup>8</sup>.

2. Чтобы общій должникъ совершилъ уменьшеніе имущества *in fraudem creditorum*, т. е. съ намѣреніемъ повредить своимъ вѣрителямъ <sup>10</sup>, и чтобы приобрѣтатель зналъ объ этомъ намѣреніи <sup>11</sup>; только при *negotia lucrativa* право опороченія не зависитъ отъ знанія приобрѣтателя <sup>12</sup>.

3. Чтобы вѣрители дѣйствительно потерпѣли вредъ отъ этого юридическаго дѣйствія; поэтому тѣ лица, которыя стали вѣрителями общаго должника уже послѣ этого дѣйствія, не имѣютъ права опороченія <sup>13</sup>; не можетъ быть опорочена продажа по сообразной цѣнѣ, потому что она не является нанесеніемъ вреда вѣрителямъ <sup>13a</sup>.

Спорно, можетъ ли быть опороченъ своевременный (произведенный общимъ должникомъ по наступленіи срока исполненія) платежъ долга; по господствующему теперь мнѣнію, платежъ не можетъ быть опороченъ, потому что отъ вѣрителя нельзя требовать неосуществленія своего права, чтобы предохранить другихъ отъ потери <sup>15</sup>; *creditor* (говорится въ источникахъ) *sibi vigilavit....* <sup>16</sup>,

<sup>6</sup> I. 1. pr. § 2. I. 2. 1. 3. pr. I. 10. pr. § 13. I. 22. D. h. t. 42, 8; I. 1. I. 2. I. 3. I. 5. C. h. t. 7, 75.—<sup>7</sup> I. 3. §§ 1. 2. I. 4. I. 5. I. 17. pr. I. 18. D. h. t. 42, 8.—<sup>8</sup> I. 6. pr. §§ 1—5. D. h. t. 42, 8; I. 67 (69). § 1. D. ad sc. Treb. 36, 1.—<sup>9</sup> I. 45. pr. D. de iure f. 49; 14.—<sup>10</sup> I. 1. pr. I. 10. pr. I. 17. § 1. D. h. t. 42, 8.—<sup>11</sup> I. 6. §§ 8. 9. D. h. t. 42, 8.—<sup>12</sup> I. 6. §§ 11. 13. D. h. t. 42, 8; I. 5. C. h. t. 7, 75.—<sup>13</sup> I. 10. § 1. I. 16. D. h. t. 42, 8.—<sup>13a</sup> Рѣшенія Имп. суда, томъ 13, стр. 42.—<sup>14</sup> I. 6. §§ 1. 2. D. de reb. auct. iud. 42, 5; I. 24. D. h. t. 42, 8; I. 18. § 10. I. 21. D. de iure f. 49, 14.—<sup>15</sup> I. 129. D. de r. i. 50, 17.—<sup>16</sup> I. 6. § 7. D. h. t. 42, 8.

*ius civile vigilantibus scriptum est...*<sup>17</sup>. — Равнымъ образомъ спорнымъ является случай платежа долга, время исполненія по которому еще не наступило; нѣкоторые думаютъ, что такой платежъ можно вполне опорочить, другіе же полагаютъ, что его можно опорочить лишь въ той мѣрѣ, въ какой вѣритель получилъ выгоду отъ преждевременнаго платежа (т. е. по отношенію къ *interusurium*, § 227 пр. 7); послѣднее мнѣніе прямо подтверждается въ источникахъ<sup>18</sup>.

Право опороченія принадлежитъ по р. пр. тѣмъ лицамъ, которыя уже были вѣрителями общаго должника во время вреднаго дѣйствія, позднѣйшимъ вѣрителямъ—лишь въ томъ случаѣ, если общій должникъ полученныя отъ нихъ деньги употребилъ на удовлетвореніе прежнихъ (управомоченныхъ къ опороченію) вѣрителей<sup>20</sup>. Въ качествѣ общаго представителя всѣхъ вѣрителей предъявить искъ объ опороченіи можетъ и конкурсный *curator*<sup>21</sup>.— Приобрѣтатель, который зналъ о зломъ умыслѣ общаго должника и противъ котораго предъявленъ искъ въ теченіе одного года (*annus utilis*) послѣ продажи имущества<sup>22</sup>, обязанъ выдать приобретенное вмѣстѣ съ плодами и процентами<sup>23</sup>; но если недостаетъ одного изъ означенныхъ двухъ условій, то приобрѣтатель обязанъ только выдать обогащеніе<sup>24</sup>. Наслѣдники приобрѣтателя отвѣчаютъ, по римскому праву, только въ размѣрѣ обогащенія<sup>25</sup>, по суд. практикѣ въ предѣлахъ суммы наслѣдства. Отвѣтственность падаетъ и на самого общаго должника<sup>26</sup> (конечно, его обыкновенно преслѣдуютъ только тогда, когда онъ опять приобрѣтаетъ имущество). Отвѣчаетъ даже и тотъ (по правильному мнѣнію), кто приобрѣлъ вещь отъ перваго приобрѣтателя, если и онъ зналъ злой умыселъ общаго должника<sup>27</sup>, ибо въ такомъ случаѣ онъ—*fautor delicti*. На кого падаетъ неограниченная отвѣтственность, тотъ можетъ требовать возмѣщенія необходимыхъ издержекъ<sup>28</sup> и возвращенія суммы, уплаченной имъ за предметъ, если она еще находится въ конкурсной массѣ или если конкурсная масса на эту сумму обогатилась<sup>29</sup>.

<sup>17</sup> I. 24. i. f. D. h. t. 42, 8. — <sup>18</sup> I. 10. § 12. l. 17. § 2. D. h. t. 42, 8. — <sup>19</sup> I. 25. § 3. D. h. t. 42, 8 и l. 1. C. h. t. 7, 75. — <sup>20</sup> I. 10. § 1. l. 15. l. 16. D. h. t. 42, 8. — <sup>21</sup> l. 1. pr. D. h. t. 42, 8. — <sup>22</sup> I. 10. § 18. l. 6. § 14. D. h. t. 42, 8. — <sup>23</sup> l. 38. § 4. D. de us. 22, 1; l. 10. §§ 19—23. l. 14. pr. l. 17. pr. l. 25. §§ 4—6. D. h. t. 42, 8. — <sup>24</sup> l. 6. §§ 10. 11. 13. 14. l. 10. §§ 18. 24. l. 25. pr. D. h. t. 42, 8. l. 5. C. h. t. 7, 75. — <sup>25</sup> l. 10. § 25. l. 11. D. h. t. 42, 8. — <sup>26</sup> l. 1. pr. i. f. l. 10. § 24. l. 12. l. 25. § 7. D. h. t. 42, 8. — <sup>27</sup> l. 9. D. h. t. 42, 8. — <sup>28</sup> l. 10. § 20. D. h. t. 42, 8. — <sup>29</sup> l. 7. l. 8. D. h. t. 42, 8.

III. Правила Имп. конк. устава. И. к. у. даетъ конкурснымъ вѣрителямъ значительно болѣе обширную защиту, чѣмъ римское право: онъ устанавливаетъ въ пользу вѣрителей предположеніе, что въ извѣстныхъ случаяхъ общій должникъ имѣлъ намѣреніе нанести вредъ своимъ кредиторамъ и что третье лицо это намѣреніе знало (ср. ниже текстъ къ прим. 32. 33. 35); затѣмъ онъ реципировалъ (изъ новыхъ партикулярныхъ законодательствъ) понятіе прекращенія платежей и приравниваетъ этотъ моментъ въ некоторыхъ случаяхъ къ просьбѣ объ открытіи конкурса, расширяя такимъ образомъ возможность опороченія (ср. текстъ къ прим. 31. 32); признаются подлежащими опороченію не только

1. тѣ юридическія дѣйствія, которыя общій должникъ предпринялъ съ извѣстною другою стороною цѣлью повредить своимъ вѣрителямъ <sup>30</sup> (выше II), но также и

2. тѣ юридическія сдѣлки, которыя заключены общимъ должникомъ послѣ прекращенія платежей или требованія открытія конкурса и вслѣдствіе заключенія которыхъ потерѣли вредъ конкурсные вѣрители, если другою стороною въ то время, когда она приступала къ сдѣлкѣ, было извѣстно прекращеніе платежей или требованіе открытія конкурса; а равно и тѣ юридическія дѣйствія, которыя послѣдовали послѣ прекращенія платежей или требованія открытія конкурса и которыя доставляютъ обезпеченіе или удовлетвореніе одному изъ вѣрителей, если послѣдній во время совершенія дѣйствія зналъ о прекращеніи платежей и требованіи открытія конкурса <sup>31</sup>; доказывать, что отвѣтчику было извѣстно прекращеніе платежей или требованіе открытія конкурса, долженъ истецъ; *отсюда слѣдуетъ: между тѣмъ какъ по римскому праву своевременный платежъ дома совсѣмъ не подлежитъ опороченію (выше прим. 16. 17), по Уставу онъ можетъ быть оспоренъ, если онъ послѣдовалъ послѣ прекращенія платежей (или требованія открытія конкурса), и это обстоятельство было извѣстно удовлетворенному кредитору;*

3. тѣ юридическія дѣйствія, которыя послѣдовали послѣ прекращенія платежей или требованія открытія конкурса или въ послѣдніе десять дней до прекращенія платежей или требованія открытія конкурса и которыя доставляютъ одному изъ вѣрителей обезпеченіе или удовлетвореніе, которыхъ онъ совсѣмъ не могъ требовать или не могъ требовать въ такомъ видѣ или въ то время, если отвѣтчикъ не докажетъ, что во время совершенія дѣйствія онъ не зналъ ни о прекращеніи платежей или требованіи конкурса, ни о намѣреніи общаго должника предоставить ему выгоду во вредъ другимъ вѣрителямъ <sup>32</sup>.

4. заключенные въ послѣднемъ году до открытія конкурса:

а. возмездные договоры общаго должника съ его супругомъ до или во время брака, съ его или его супруга родственникомъ въ восходящей или нисходящей линіи, съ его или его супруга полнородными или неполнородными братьями, сестрами или съ супругомъ одного изъ этихъ лицъ.

<sup>30</sup> Reichsconcursordnung § 24 Nr. 1.—<sup>31</sup> Rco. § 23 Nr. 1.—<sup>32</sup> Rco. § 23 Nr. 2.



если вслѣдствіе заключенія договора потерпѣли вредъ вѣрители общаго должника, и другой контрагентъ не докажетъ, что во время заключенія договора ему было неизвѣстно намѣреніе общаго должника повредить вѣрителямъ <sup>33</sup>;

в. *безвозмездныя* распоряженія общаго должника, если они не были подарками по обычнымъ случаямъ <sup>34</sup>; но годичный срокъ увеличивается до двухъ лѣтъ, если дѣло идетъ о безвозмездныхъ распоряженіяхъ общаго должника въ пользу своего супруга, а равно и о совершенномъ имъ въ это время обезпеченіи или возвращеніи приданого или имущества его жены, по закону перешедшаго въ его управленіе, если онъ по закону или договору, заключенному до этого промежутка, не былъ обязанъ совершить эти дѣйствія <sup>35</sup>.

Право опороченія можетъ быть осуществлено только распорядителемъ массы <sup>36</sup>; успѣшное опороченіе дѣйствуетъ въ пользу *всѣхъ* вѣрителей. — Право опороченія погашается истеченіемъ одного года со времени открытія конкурса <sup>37</sup>; послѣ истеченія этого срока правомъ опороченія нельзя воспользоваться и для истребованія обогащенія. — Въ прочемъ И. к. у. подтверждаетъ начала, изложенныя выше пр. 22—29 <sup>38</sup>.

По Имперскому закону 21-го іюля 1879 г., юридическія дѣйствія общаго должника могутъ быть опорочены вѣрителями и *внѣ конкурснаго производства*; право на опороченіе принадлежитъ всякому вѣрителю, который получилъ исполнительный долговой титулъ, по требованію котораго уже наступилъ срокъ исполненія, если принудительныя исполнительныя мѣры оказались безуспѣшными; опорочить можно юридическія дѣйствія, исчисленныя выше sub III. 1. 4.

## Раздѣль второй.

### Отвѣтственность должника за неисполненіе и ненадлежащее исполненіе.

#### I. § 236. Отвѣтственность должника за собственную вину (dolus и culpa).

*Hasse*, die Culpa des Römischen Rechts. 2-е изд. 1838. — *F. Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht. T. 3. 1855. — *Ryck*, L. v. d. Schuldverhältnissen, § 77. 1889. — *Vangerow*, § 109. — *Windscheid*, § 265. — *Brinz*, §§ 266. 267.

Всякій должникъ отвѣчаетъ за то, что исполненіе не сдѣлается по его винѣ (§ 71) совѣмъ или отчасти невозможнымъ, въ противномъ случаѣ онъ обязанъ уплатить интересъ (§ 243). Въ частности:

I. За *dolus (in faciendo и in non faciendo)* отвѣчаетъ всякій должникъ, точно также и за *culpa lata и culpa in concreto*, такъ

<sup>33</sup> Rco. § 24 Nr. 2. — <sup>34</sup> Rco. § 25 Nr. I. — <sup>35</sup> Rco. § 25 Nr. 2. — <sup>36</sup> Rco. § 29. — <sup>37</sup> Rco. § 34. — <sup>38</sup> Rco. §§ 30—33.

какъ послѣднія приравниваются къ *dolus*. Договоры, которыми устанавливается противное, недѣйствительны, какъ безнравственные<sup>1</sup>; напротивъ, не лишенъ силы договоръ, въ которомъ прощается уже совершенный *dolus* (*culpa lata* и *in conser.*) и требованіе интереса по этому поводу; такой договоръ не является безнравственнымъ<sup>2</sup>.

II. За *culpa levis in faciendo* отвѣчаетъ всякій должникъ, если *culpa* состоитъ въ поврежденіи вещи, то есть подходитъ подъ *lex Aquilia*<sup>3</sup> (§ 71 пр. 16). Всякая другая culpa levis возлагаетъ ответственность на обѣ стороны, если обязательство заключено въ обоюдномъ интересѣ<sup>4</sup>, на одну изъ сторонъ, если только послѣдняя заинтересована въ обязательствѣ<sup>5</sup>; поэтому за *culpa levis* отвѣчаютъ покупатель, продавецъ, наниматель, отдающій взаймы, *deponens*, *commodatarius*, за *culpa lata* — *depositarius* и *commodans*. Изъ этого правила существуютъ слѣд. изъятія:

1. Уменьшенная ответственность имѣетъ мѣсто:

а. Какъ ответственность за *s. in concreto*. Нѣкоторыя лица, въ обоюдномъ интересѣ которыхъ существуетъ обязательство, отвѣчаютъ за *s. levis*<sup>6</sup>, но имъ дозволяется сослаться на то, что они къ собственнымъ дѣламъ тоже примѣняютъ малую заботливость, такъ что отвѣтственность падаетъ на нихъ лишь въ томъ случаѣ, если они не оказываютъ и такой заботливости, какъ въ собственныхъ дѣлахъ. Сюда относится товарищъ по договору (*quia, qui parum diligentem socium acquirit, de se queri debet*)<sup>7</sup>, тѣ лица, которыя состоятъ въ случайномъ общеніи (*nam hos coniunxit non consensus sed res*)<sup>8</sup>, мужъ по отношенію къ *dos* и *parapherna*<sup>9</sup>, вѣроятно на томъ же основаніи, что и товарищъ.

б. Какъ ответственность за *s. lata*. Нѣкоторыя лица, въ интересѣ коихъ существуетъ обязательство, отвѣчаютъ только за *s. lata*; сюда относится прекаристъ<sup>10</sup> и *agrimensor*, все равно, получаетъ ли онъ вознагражденіе за свою работу или нѣтъ<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> l. 23. D. de r. i. 50, 17; l. 27. § 3. D. de pact. 2, 14; l. 17. pr. D. comm. 13, 6; l. 1. § 7. D. dep. 16, 3; l. 6. § 9. D. de a. e. v. 19, 1; l. 18. § 3. D. de don. 39, 5.—<sup>2</sup> l. 27. § 4. D. pact. 2, 14; cf. l. 14. § 9. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>3</sup> l. 18. § 1. D. comm. 13, 6; l. 10. pr. D. comm. div. 10, 3.—<sup>4</sup> l. 108. § 12. D. de leg. 1 (30); l. 5. § 1. l. 18. pr. D. comm. 13, 6; l. 31. i. f. D. loc. 19, 2; Coll. l. Mos. et Rom. X, 2. §§ 1—3.—<sup>5</sup> l. 5. § 2. i. f. D. comm. 13, 6; l. 17. § 2. D. praescr. verb. 19, 5; l. 91. pr. D. de verb. obl. 45, 1.—<sup>6</sup> l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; Coll. l. Mos. et Rom. X, 2. § 2.—<sup>7</sup> l. 72. D. pro soc. 17, 2.—<sup>8</sup> l. 25. § 16. D. fam. erc. 10, 2.—<sup>9</sup> l. 17. pr. D. de iur. dot. 23, 3; l. 11. C. de pact. conv. 5, 14.—<sup>10</sup> l. 8. § 3. D. prec. 43, 26.—<sup>11</sup> l. 1. pr. § 1. D. si mens. 11, 6.

2. Увеличенная отвѣтственность, а именно, отвѣтственность за с. *levis* имѣеть мѣсто:

а. Для тѣхъ лицъ, которые занимаются чужими дѣлами, хотя и не получая вознагражденія и, слѣдовательно, не будучи заинтересованными; сюда относятся: α) *mandatarius*<sup>12</sup>, β) *negotiorum gestor*; отвѣтственность послѣдняго распространяется даже на *casus*, если онъ берется за новыя дѣла, которыми обыкновенно не занимался хозяинъ<sup>13</sup>; его отвѣтственность ограничивается *culpa lata*, если онъ принялъ на себя веденіе дѣлъ, чтобы предотвратить вѣроятный вредъ<sup>14</sup>; γ) *tutor*<sup>15</sup>, которому, впрочемъ, дозволяется сослаться на обстоятельство, указанное sub 1. а<sup>16</sup>.

б. Для тѣхъ, которые сами навязываются на какую либо сдѣлку<sup>17</sup>. Не запрещаются уговоры, которыми прощается или условливается отвѣтственность за с. *levis*, хотя бы по закону отвѣтственность опредѣлялась иначе<sup>18</sup>. Правила, касающіяся с. *levis*, измѣняются также вслѣдствіе присоединенія мога вѣрителя или должника (§ 240 пр. 23—29. § 241 пр. 4. 5).

## II. § 237. Отвѣтственность должника за предѣлами собственной вины.

*Burchardi*, über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen. 1861. — *Exner*, der Begriff der höheren Gewalt. 1883. — *Wyss*, Haftung für fremde Culpa. 1867. — *Engelmann*, die custodiae praestatio. 1887. — *Bruckner*, die Custodia. 1889. — *Gerth*, der Begriff der vis maior. 1890. — *Vangerow*, § 105. — *Windscheid*, § 264 кон. — *Brinz*, §§ 268—270.

Отвѣтственность за предѣлами собственной вины имѣеть иногда мѣсто по отношенію къ движимымъ вещамъ, иногда по отношенію къ извѣстнымъ дѣятельностямъ.

I. По отношенію къ движимымъ вещамъ. Соотвѣтственно двумъ видамъ владѣльческой *custodia*: объективной и субъективной (§ 116 пр. 8<sup>a</sup> 8<sup>b</sup>) и обязанность къ *custodia* бываетъ двоякаго рода. Кто отвѣчаетъ за объективную *custodia*, тотъ отвѣчаетъ *только за собственную* вину; напротивъ, отвѣчающій за субъективную *custodia* (по Виндшейду: техническая *custodia*) обязанъ постоянно лично охранять вещь, и отсюда выводится, что онъ отвѣчаетъ за *чужую* вину и за обыкновенный случай (въ отличіе

<sup>12</sup> l. 11. l. 13. l. 21. C. mand. 4, 35; Модестинъ твердо придерживался этого правила: Coll. l. Mos. et Rom. X, 2. § 3. — <sup>13</sup> l. 11. D. neg. gest. 3, 5. — <sup>14</sup> l. 3. § 9. eod. — <sup>15</sup> Coll. l. Mos. et Rom. X, 2. § 3. — <sup>16</sup> l. 1. pr. D. de tut et rat. 27, 3. — <sup>17</sup> l. 1. § 35. D. dep. 16, 3; l. 53. § 3. D. de furt. 47, 2. — <sup>18</sup> l. 23. D. de r. i. 50, 17; l. 1. § 6. 10. 35. D. dep. 16, 3.

отъ vis maior, непреодолимой силы) <sup>1</sup>, въ частности, напр., за обыкновенную кражу и за поврежденіе вещи другими <sup>2</sup>, за вредъ, нанесенный мышами <sup>3</sup>; онъ не отвѣчаетъ только за vis maior, (§ 238), въ частности за насильственное похищеніе <sup>4</sup>, ибо противъ такихъ явленій и личное охраненіе не поможетъ: custodia adversus vim rariū proficit <sup>5</sup>. Основаніе такой отвѣтственности заключается въ требованіяхъ гражданскаго оборота; чѣмъ развитѣе оборотъ, тѣмъ рѣже должникъ является изолированной личностью; напротивъ, обыкновенно онъ находится въ особыхъ отношеніяхъ къ различнѣйшимъ лицамъ (жена, дѣти, домашняя прислуга, прочіе служащіе, друзья), которые неизбѣжно оказываютъ вліяніе на его положеніе, какъ должника, *принимая участіе* въ пользованіи предметомъ долга, въ обработкѣ, охраненіи; именно вслѣдствіе такой нераздѣлимой связи должника и третьихъ лицъ первый долженъ отвѣчать за вину послѣднихъ. Точно также гражданскій оборотъ требуетъ и отвѣтственности за обыкновенный случай, такъ какъ возможно принять мѣры для предупрежденія его, и заботливый должникъ въ силу отвѣтственности позаботится о принятіи такихъ мѣръ; поэтому эту заботливость нѣкоторые римскіе юристы называютъ diligentia exactissima, exactior, exacta, diligentia diligentissimi patris familias <sup>6</sup>.

1. Только за собственную вину (за объективную custodia) отвѣчаетъ: а) кто долженъ предоставить *собственную* вещь на основаніи negotium bonae fidei, напр., продавецъ <sup>7</sup>, б) кто долженъ предоставить *чужую* вещь на основаніи сдѣлки, заключенной *не въ его интересъ* <sup>8</sup>, напр., depositarius <sup>9</sup>, mandatarius <sup>10</sup>.

2. За чужую вину и обыкновенный случай (за субъективную custodia, за техническую custodia, do vis maior) отвѣчаетъ тотъ, кто долженъ предоставить *чужую* вещь на основаніи сдѣлки, заключенной *имъ въ своемъ интересъ* <sup>11</sup>. Сюда относятся: корабель-

<sup>1</sup> I. 3. § 1. I. 5. D. nautae 4, 9.—<sup>2</sup> I. 5. D. nautae 4, 9; I. 5. § 13. I. 12. § 1. D. com. 13, 6; I. 20. § 2. i. f. D. de praescr. verb. 19, 5.—<sup>3</sup> I. 13. § 6. D. loc. 19, 2; I. 2. pr. D. si quadr. 9, 1.—<sup>4</sup> I. 3. § 1. D. nautae 4, 9; I. 2. § 1. D. de per. et com. 18, 6.—<sup>5</sup> I. 31. pr. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>6</sup> I. 18. pr. D. com. 13, 6; I. 1. § 4. D. de obl. et act. 44, 7; I. 25. § 7. D. loc. 19, 2; I. 3. D. de per. et com. 18, 6; Pauli sent. rec. I, 4. § 1; §§ 2. 4. I. qu. m. re 3, 14; § 1. I. de obl. qu. ex contr. 3, 27; § 5. I. de loc. 3, 24.—<sup>7</sup> I. 35. § 4. D. de contr. emt. 18, 1; § 3. D. de emt. 3, 23.—<sup>8</sup> I. 10. § 1. D. com. 13, 6.—<sup>9</sup> I. 1. pr. § 12. D. dep. 16, 3; Gai. 3, 207; § 17. I. de obl. ex. del. 4, 1.—<sup>10</sup> I. 5. § 4. D. de praescr. v. 19, 5; cf. I. 14. § 9. D. furti 47, 2.—<sup>11</sup> I. 14. § 16. D. de furt. 47, 2; Gai. 3, 206; I. 10. § 1. D. com. 13, 6.

щия, хозяинъ гостинницы или постоялаго двора по отношенію къ вещамъ путешественниковъ или хозяевъ груза<sup>12</sup>; b) кто взялъ на себя custodia вещи за вознагражденіе<sup>13</sup>, въ частности хозяинъ склада относительно вещей, взятыхъ на сохраненіе за плату<sup>14</sup>; c) conductor какъ въ случаѣ cond. rei<sup>15</sup>, такъ и въ случаѣ cond. operarium и operis относительно вещей, которыя онъ долженъ обработать, доставить въ другое мѣсто и т. п.<sup>16</sup>; d) commodatarius<sup>17</sup>; e) закладоприематель<sup>18</sup>. Къ этимъ случаямъ, соотвѣствующимъ общему правилу, присоединяются еще нѣсколько исключительныхъ случаевъ<sup>19—22</sup>.

Развитое выше понятіе отвѣтственности за субъективную (техническую) custodia установлено авторомъ настоящаго учебника (въ Archiv für civilistische Praxis. Т. 52, стр. 44—95. Т. 78, стр. 203—310). *Прежнему общему мнѣнію это понятіе неизвѣстно.* И оно, положимъ, указываетъ, что по преторскому эдикту de nautis, sauronibus, stabulariis, корабельщики, хозяева гостинницы и постоялаго двора безусловно отвѣчаютъ за вещи путешественниковъ и хозяевъ груза, развѣ если эти вещи пропали или повреждены по винѣ самихъ путешественниковъ или хозяевъ груза или вслѣдствіе непреодолимой силы (выше случай a). Но оно считаетъ это опредѣленіе преторскаго эдикта чѣмъ то аномальнымъ, упуская изъ виду много другихъ правоотношеній, къ которымъ примѣняется та же норма. Въ прежніе вѣка этихъ правоотношеній не оставляли безъ вниманія, и, чтобы отличить ихъ отъ тѣхъ обязательствъ, въ которыхъ должникъ отвѣчаетъ за culpa levis, установили третью степень вины: такъ наз. culpa levissima. Конечно, это была ошибка;

<sup>12</sup> I. 3. § 1. l. 4. pr. l. 5. D. nautae 4, 9; l. 14. § 17. D. de furt. 47, 2. —  
<sup>13</sup> l. 40. l. 41. D. loc. 19, 2; здѣсь отвергается содержащееся въ l. 19. l. 20. D. com. 13, 6 мнѣніе Юліана. —<sup>14</sup> l. 55. pr. l. 60. §§ 6. 9. D. loc. 19, 2; l. 1. l. 4. C. loc. 4, 65; l. 3. § 2. D. de off. pr. vig. 1, 15; coll. l. Rom. X, 9. —<sup>15</sup> l. 5. § 15. D. com. 13, 6; l. 28. C. loc. 4, 65; § 5. I. cond. 3, 24; cf. l. 14. § 16. D. de furt. 47, 2; напротивъ, l. 11. pr. D. loc. 19, 2; l. 27. § 9. D. ad l. Aq. 9, 2 относится къ недвижимостямъ. —<sup>16</sup> l. 5. pr. D. nautae 4, 9; l. 2. pr. D. si quadr. 9, 1; l. 12. pr. l. 14. § 17. l. 48. § 4. D. de furt. 47, 2; l. 13. §§ 5. 6. l. 25. § 7. l. 62. D. loc. 19, 2; Gai. 3, 206. 207; § 16. I. de obl. ex del. 4, 1. —  
<sup>17</sup> l. 5. §§ 15. 4. 9. 13. l. 18. pr. D. com. 13, 6; l. 14. § 16. D. de furt. 47, 2; §§ 15. 16. I. de obl. ex del. 4, 1; l. 1. § 4. D. de obl. et act. 44, 7; Gai. 3, 205. 206. —<sup>18</sup> l. 13. § 1. D. de pign. a. 13, 7; l. 19. C. de pign. 8, 13; l. 14. § 16. D. de furt. 47, 2; § 4. I. qu. m. re 3, 14; напротивъ, l. 14. D. de pign. a. 13, 7 относятся, вѣроятно, къ недвижимостямъ. —<sup>19</sup> l. 1. § 35. D. dep. 16, 3. —  
<sup>20</sup> § 1. I. de obl. qu. ex contr. 3, 27; Pauli sent. rec. I, 4. § 1. —<sup>21</sup> l. 1. § 1. l. 2. § 1. l. 3. D. de per. et com. 18, 6; cf. l. 15. § 1. eod. —<sup>22</sup> l. 25. § 3. D. pro soc. 17, 2.

существуетъ только двѣ степени вины, а сущность отвѣтственности за субъективную (техническую) custodia въ томъ именно и состоитъ, что должникъ отвѣчаетъ даже тогда, когда онъ не виновенъ. Но эта ошибка менѣе важна, чѣмъ ошибка господствующаго мнѣнія; послѣдняя, впрочемъ, повидимому начинаетъ смѣняться правильнымъ взглядомъ, ибо нѣкоторые авторитетные романисты (Виндшейдъ, Бринцъ) въ принципѣ согласны съ возрѣніемъ автора.

II. По отношенію къ дѣятельностямъ отвѣтственности за чужую вину нѣтъ въ томъ случаѣ, если дѣло идетъ о замѣстителѣ, субститутѣ; если же дѣло идетъ о помощникѣ или служащемъ, то такая отвѣтственность имѣетъ мѣсто. Поэтому mandatarius или tutor, который поручилъ веденіе дѣлъ замѣстителю, не отвѣчаетъ за вину послѣдняго; но, конечно, если онъ совершилъ culpa in eligendo или in inspiciendo, то онъ является отвѣтственнымъ, такъ какъ имѣется на лицо его собственная вина. Напротивъ, отвѣчаетъ за чужую вину: 1) conductor operis (§ 297 пр. 13); онъ отвѣчаетъ за ненадлежащее исполненіе подряда (за плохую работу своихъ служащихъ и помощниковъ; впрочемъ, это спорно); но если подрядчикъ (по особымъ основаніямъ) вправѣ передать исполненіе подряда замѣстителю, то онъ не отвѣчаетъ за вину послѣдняго, а только за culpa in eligendo<sup>23</sup>, ибо это его собственная вина; 2) корабельщикъ, хозяинъ предпріятія, давшій порученіе, которые отвѣчаютъ по act. exercitoria, institoria или quasi institoria (§ 221 пр. 11. 12<sup>a</sup>. 15. 16. 43); они отвѣчаютъ за исполненіе договоровъ, заключенныхъ капитаномъ, инститоромъ, мандатаріемъ, слѣдовательно и въ томъ случаѣ, если эти лица ненадлежащимъ образомъ исполняютъ договоръ.

Новые очень важные случаи отвѣтственности свыше собственной вины ввелъ Имперскій законъ объ отвѣтственности (Reichshaftpflichtgesetz) 7-го іюня 1871 г., по которому железнодорожный предприниматель отвѣчаетъ за смерть и тѣлесныя поврежденія людей, случившіяся при эксплуатаціи, если не докажетъ, что причиною несчастнаго случая была непреодолимая сила или собственная вина потерпѣвшаго; далѣе, владѣлецъ рудниковъ, копей, каменоломни или фабрики отвѣчаетъ въ томъ случаѣ, если его уполномоченный или служащій неисправнымъ (виновнымъ) исполненіемъ своихъ обязанностей причинилъ смерть или тѣлесное поврежденіе какому либо человѣку (подробности см. въ § 314 sub 4).

<sup>23</sup> I. 13. § 1. D. loc. 19, 2.

### III. § 238. Отвѣчаетъ ли должникъ за случай?

Кромѣ указанныхъ въ § 237 книгъ ср. *Fr. Mommsen*, въ книгѣ, указанной въ § 208.—Тотъ же авторъ, *Erdörterungen aus dem Obligationenrecht*. 1859.—*Hartmann*, *die Obligation*. Стр. 166 сл. 1875.—Тотъ же авторъ, *juristischer Casus und seine Prästation*. 1884.—*Puntschart*, *die Fundamentalen Rechtsverhältnisse des Röm. Privatrechts*. 1885 (подъ этимъ заглавіемъ скрывается изслѣдованіе о casus).—*Vangerow*, § 591.—*Windscheid*, § 327.—*Brinz*, §§ 276—278.

I. *Случайнымъ вредомъ (casus) называется вредъ, происшедшій помимо воли должника или третьяго лица*, стало быть, сюда относится вредъ, причиненный а) обыкновенными явлениями природы, какъ-то, напр., жарою, морозомъ, вѣтромъ, снѣгомъ, пылью; б) животными, напр., мышами; в) невмѣняемыми людьми. *Общее мнѣніе относитъ дѣйствія третьяго лица также къ случаямъ*, но это неправильно<sup>1а</sup>. Случай распадается на два вида: обыкновенный случай и т. н. непреодолимую силу.

1. Обыкновеннымъ мы называемъ преодолимый (предотвратимый) случай<sup>1б</sup>; сюда относятся приведенные выше sub a. примѣры; въ примѣрахъ b. c. все зависитъ отъ обстоятельствъ дѣла; вредъ, причиняемый мышами или нападеніемъ слабоумнаго человѣка, есть обыкновенный случай; вредъ, причиненный испугавшеюся лошадыю или нападеніемъ человѣка въ принадлежѣ буйства, можетъ быть непредотвратимымъ случаемъ.

2. Непреодолимую силу (*vis maior*, θεοῦ βία, *casus maior*, *casus fortuitus*, *damnum fatale*) источники опредѣляютъ, какъ непреодолимый случай (*casus quibus resisti non potest*<sup>1с</sup>, въ одномъ мѣстѣ сказано: *adversus quos caveri non potuit*)<sup>1д</sup>. Они относятся сюда:

а. Непреодолимое проявленіе стихійныхъ силъ природы: пожаръ (кромѣ того случая, если причиною его является чья-либо culpa)<sup>1е</sup>, наводненіе, бурю, градобитіе, кораблекрушеніе, землетрясеніе, моровую язву и т. п.<sup>1ф</sup>;

б. Тлѣнность и смертность всего матеріальнаго, въ частности смерть и болѣзнь рабовъ и животныхъ<sup>1г</sup>; ибо и это непредотвратимое.

<sup>1а</sup> Ср. противъ этого I. 2. § 9. i. f. l. 3. D. si quis caut. 2, 11; l. 22. pr. l. 37. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 25. § 2. D. loc. 19, 2.—<sup>1б</sup> l. 13. § 6. D. loc. 19, 2; ср. l. 2. pr. D. si quadr. 9, 1.—<sup>1с</sup> l. 18. pr. D. com. 13, 6; l. 15. § 2. D. loc. 19, 2; l. 1. § 4. D. de obl. et act. 44, 7; l. 28. C. loc. 9, 65.—<sup>1д</sup> l. 4. C. de per. tut. 5, 38.—<sup>1е</sup> l. 30. § 4. D. loc. 19, 2.—<sup>1ф</sup> l. 3. § 1. D. nautae 4, 9; l. 5. § 4. D. comm. 13, 6; l. 52. § 3. D. pro soc. 17, 2; l. 11. D. de per. 18, 6; § 2. I. qu. m. re 3, 14; l. 15. § 2. l. 25. § 6. l. 33. i. f. l. 36. D. loc. 19, 2; l. 1. § 4. D. de obl. 44, 7; l. 24. §§ 3. 4. D. de damno inf. 39, 2.—<sup>1г</sup> l. 5. § 4. l. 18. pr. D. com. 13, 6; l. 23. i. f. D. de reg. iur. 50, 17; l. 10. § 1. i. f. D. de l. Rhod. 14, 2.

тимья явленія природы; совершенно правильно Торговое уложеніе Art. 395.607 причисляетъ сюда утечку, усушку, вообще внутреннюю порчу товара;

с. Но также и человѣческія насильственныя дѣйствія, если они непреодолимы, напр., нападеніе разбойниковъ, пиратовъ, нашествіе враговъ <sup>1h</sup>.

За случай должникъ отвѣчаетъ, конечно, тогда, когда casus наступилъ вслѣдствіе его culpa или mora <sup>1</sup> (такъ наз. casus mixtus); это собственно отвѣтственность не за случай, а за предшествующую culpa или mora. За *всякій* случай должникъ отвѣчаетъ при наличности особаго на то уговора (напр., въ случаѣ договора страхованія отъ огня, градобитія, падежа скота и т. п.), за обыкновенный casus—въ случаѣ субъективной (технической) custodia (§ 237); въ прочихъ областяхъ примѣняется начало: casus a nullo praestantur <sup>2</sup>; здѣсь вслѣдствіе случая обязанность должника уменьшается или даже прекращается, если погибъ весь предметъ долга <sup>3</sup>. Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что случай имѣетъ значеніе лишь въ области обязательствъ, направленныхъ на индивидуально-опредѣленную вещь (species); напротивъ, если предметомъ обязательствъ служатъ лишь родовымъ образомъ опредѣленные вещи, то случай здѣсь немислимъ <sup>4</sup> (откуда правило глоссаторовъ: genus perire non censetur); поэтому должникъ денежной суммы не освобождается тѣмъ, что предназначенныя имъ на удовлетвореніе долга деньги сгорѣли во время пожара <sup>5</sup>. Далѣе, слѣдуетъ замѣтить, что случайная невозможность исполненія въ альтернативныхъ обязательствахъ наступаетъ лишь тогда, когда уже не существуютъ *все* альтернативные предметы долга <sup>6</sup> (§ 208 пр. 25. 26). Особыя правила примѣняются къ товариществу. Если случай произошелъ при веденіи дѣлъ товарищества однимъ изъ socii, то ущербъ падаетъ на всѣхъ товарищей, все равно, повреждены ли

<sup>1h</sup> l. 3. § 1. D. nautae 4, 9; l. 5. § 4. l. 18. pr. D. com. 13, 6; l. 1. § 4. D. de obl. et act. 44, 7; § 2. l. qu. m. re 3, 14. — <sup>1</sup> l. 22. D. de neg. g. 3, 5; l. 5. § 4. l. 18. D. comm. 13, 6; l. 10. § 1. D. de l. Rhod. 14, 2; l. 1. § 4. i. f. D. de obl. 44, 7. — <sup>2</sup> l. 23. D. i. f. de r. i. 50, 17. — <sup>3</sup> l. 5. § 4. D. comm. 13, 6; l. 3. D. de per. 18, 6; l. 1. § 4. D. de o. et a. 44, 7; l. 37. l. 51. D. de v. o. 45, 1; l. 107. D. de sol. 46, 3; §§ 2. 4. l. quibus mod. re obl. contr. 3, 14; § 5. l. de loc. 3, 24. — <sup>4</sup> l. 4. D. de iur. dot. 23, 3; l. 30. § 5. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 1. §§ 2. 4. D. de o. et a. 44, 7; § 2. l. qu. mod. re contr. obl. 3, 14. — <sup>5</sup> l. 11. C. si cert. pet. 4, 2. — <sup>6</sup> l. 2. § 3. D. de eo quod certo loco 13, 4; l. 10. i. f. l. 11. D. de i. d. 23, 3.



(или погибли) вещи товарищества или ведущаго дѣла товарища<sup>7</sup>. Если случай произошел независимо от веденія дѣлъ, то его вредныя послѣдствія падаютъ на товарищей лишь тогда, когда повреждены (или погибли) вещи товарищества; вредъ падаетъ на отдѣльнаго товарища, когда случай повредилъ вещи, которыя онъ обѣщаль доставить, но еще не доставилъ<sup>8</sup>, или которыя онъ уже далъ товариществу, но не въ собственность, а лишь въ пользованіе<sup>9</sup>.

Случай, о которомъ мы выше говорили, слѣдуетъ разсматривать, какъ объективный, поражающій вещь случай; нѣкоторые новые писатели относятъ къ casus также такъ ими названную „субъективную невозможность“; подъ этимъ выраженіемъ они разумѣютъ тѣ случаи, въ которыхъ должникъ вслѣдствіе извѣстныхъ юридическихъ событій (напр., экспроприаціи, судебного рѣшенія, запрещенія вывоза) не можетъ исполнить обѣщаннаго дѣйствія; но здѣсь нѣтъ на лицо casus и для примѣненія правилъ о случаѣ нѣтъ основанія<sup>9a</sup>; точно также неудобно говорить здѣсь, какъ это недавно было предложено, о „юридическомъ случаѣ“; можно только утверждать, что здѣсь нѣтъ вины на сторонѣ должника, такъ что онъ не отвѣчаетъ за убытки.

II. Если одно и то же случайное обстоятельство или дѣйствіе третьяго лица вмѣстѣ съ вредомъ приносить и какія либо выгоды, то послѣднія достаются вѣрителю или должнику, смотря по тому, на кого падаетъ вредъ: commodum eius esse debet, cuius est periculum<sup>10</sup>. Поэтому, напр., искъ о кражѣ или поврежденіи вещи принадлежать должнику, если онъ несетъ вредныя послѣдствія этихъ фактовъ<sup>12</sup>; въ противномъ случаѣ они принадлежать вѣрителю<sup>13</sup>.

III. Правило: commodum eius esse debet, cuius est periculum выражено въ нѣсколькихъ мѣстахъ источниковъ<sup>14</sup> въ такомъ общемъ видѣ, что изъ него до послѣдняго времени выводили по-

<sup>7</sup> l. 52. § 4. l. 58. § 1. l. 60. § 1. l. 61. D. pro soc. 17, 2.—<sup>8</sup> l. 58. § 1. i. f. D. pro soc. 17, 2.—<sup>9</sup> l. 58 pr. D. pro soc. 17, 2.—<sup>9a</sup> l. 33. D. loc. 19, 2; l. 13. § 17. D. de a. e. v. 19, 1; l. 21. въ концѣ (quid, si rem — praestare debeo) D. de her. vend. 18, 4.—<sup>10</sup> l. 10. D. de r. i. 50, 17; § 3. I. de emt. 3, 23; l. 22. § 3. C. de furt. 6, 2; l. 13. § 1. D. comm. 13, 6.—<sup>11</sup> l. 7. § 13. D. comm. div. 10, 3; l. 13. § 17. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>12</sup> l. 14. pr. §§ 6. 10. 15. 16. 17. D. de furt. 47, 2; l. 25. § 8. l. 60. § 2. D. loc. 19, 2; l. 12. D. de re iud. 42, 1; §§ 15—17. I. de obl. quae ex del. 4, 1.—<sup>13</sup> l. 35. § 4. D. de contr. emt. 18, 1; l. 13. § 12. D. de a. e. v. 19, 1; l. 11. §§ 8—10. D. quod vi 43, 24; l. 14. pr. D. de furt. 47, 2.—<sup>14</sup> См. мѣста пр. 10.

ложене, будто всякій вѣритель имѣетъ право на плоды и приращенія, которые возникаютъ между установленіемъ и исполненіемъ обязательства. Но въ послѣднее время доказано, что это положене относится только къ *onerosae obligationes*<sup>15</sup>; къ другимъ обязательствамъ оно примѣняется лишь въ той мѣрѣ, поскольку означенныя приращенія являются частями вещи, напр., висячіе плоды, *alluvio*<sup>16</sup>. Но и при *obligationes onerosae* вѣрителю принадлежитъ право лишь на ту прибыль, которую вещь принесла непосредственно (*commodum ex re*), но не на ту прибыль, которую должникъ получилъ хотя и посредствомъ данной вещи, но своею дѣятельностью, напр., на *commodum ex negotiatione*.

#### IV. § 239. Отвѣтственность должника за эвикцію, недостатки и пороки.

*Brinz*, § 280.

Цѣлый рядъ обязательствъ имѣетъ цѣлью доставить вѣрителю на всегда или на время обладаніе тѣлесными или безтѣлесными вещами; въ случаѣ тѣлесныхъ вещей — или право собственности, или владѣніе, или *detentio* (мѣна, купля, наемъ тѣлесныхъ вещей); въ случаѣ безтѣлесныхъ — обладаніе вещнымъ или обязательственнымъ правомъ (напр., продажа сервитута, требованія). Во всѣхъ этихъ случаяхъ, если обязательство не есть *negotium lucrativum*<sup>1</sup> (§ 70 sub III), должникъ отвѣчаетъ обыкновенно за то,

а. что доставленный предметъ долга останется за вѣрителемъ всегда или въ теченіи опредѣленнаго времени; въ противномъ случаѣ должникъ обязанъ обыкновенно платить интересъ;

б. что предметъ долга не страдаетъ недостатками или пороками, которые вредятъ обладанію или пользованію вещью, или во всякомъ случаѣ являются противными уговору; въ противномъ случаѣ на должника падаетъ отвѣтственность, выражающаяся или въ прекращеніи договора, или въ возвращеніи суммы, на которую уменьшилась цѣнность предмета вслѣдствіе недостатковъ или пороковъ, или въ уплатѣ интереса.

<sup>15</sup> l. 3. § 1. l. 13. §§ 13. 18. D. de a. e. v. 19, 1; l. 13. l. 16. C. eod. 4, 49; l. 7. pr. D. de per. 18. 6; l. 7. § 12. D. sol. mart. 24, 3.—<sup>16</sup> l. 23. D. de leg 1 (30); l. 16. l. 26. D. de leg 3 (32); l. 8. D. de usur. 22, 1.—<sup>17</sup> l. 21. D. de her. vend. 18, 4.—<sup>18</sup> Между l. 13. § 11 и § 13. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>19</sup> l. 13. § 11. cit.; ср. также l. 13. § 18. D. i. f. eod.—<sup>20</sup> l. 13. § 13. cit. ср. l. 50. D. de iure fisci 49, 14; l. 49. § 1. D. de usufr. 7, 1.

<sup>1</sup> О люкративномъ см. выше § 70 текстъ къ пр. 14—16<sup>a</sup>.

Сюда относятся слѣдующіе договоры: 1) купля<sup>2</sup>; 2) установленіе dos venditionis causa aestimata (§ 332)<sup>3</sup>; 3) мѣна<sup>4</sup>; 4) раздѣлъ<sup>5</sup>; 5) мировая сдѣлка относительно вещи, которая дана въ видѣ отступного<sup>6</sup>; 6) отдача вещи вмѣсто платежа<sup>7</sup>; 7) установленіе pignus<sup>8</sup>; 8) отдача вещей внаймы<sup>9</sup>. Римскіе юристы развили означенные два вида отвѣтственности должника преимущественно въ примѣненіи къ куплѣ<sup>10</sup> и затѣмъ перенесли почти всѣ установленные относительно купли принципы на прочія обязательства, выше исчисленные. Поэтому мы изложимъ относящіяся сюда нормы римскаго права лишь въ ученіи о куплѣ (§§ 288. 289).

### V. § 240. Отвѣтственность должника за мора (за просрочку).

t. D. XXII, 1: de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora.—v. *Madai*, die Lehre von der Mora. 1837.—*Fr. Mommsen*, въ книгѣ, указанной къ § 236.—*Knier*, die Mora des Schuldners. 2 тома. 1871, 1872.—v. *Waldberg*, die Mora debitoris in ihrer Beziehung zur Culpa. 1878.—*Ryck*, L. v. d. Schuldverhältnissen. §§ 83—88. 1889.—*Vangerow*, § 588.—*Windscheid*, §§ 276—281.—*Brinz*, §§ 271—274.

То обстоятельство, что должникъ не исполнилъ въ срокъ обязательства, не оказываетъ само по себѣ никакого вліянія на его обязанность, развѣ если съ неисполненіемъ связаны извѣстныя послѣдствія особыми опредѣленіями въ договорѣ, завѣщаніи или по закону (у новыхъ юристовъ—мога *obiectiva*, мога въ обширномъ смыслѣ); въ договорѣ или завѣщаніи: напр., должникъ обязанъ уплатить неустойку<sup>1</sup>, вѣритель можетъ отступить отъ договора (§ 286 пр. 48); по закону въ нѣкоторыхъ случаяхъ на должника возлагается обязанность платить проценты (§ 42).—Но важныя послѣдствія наступаютъ въ томъ случаѣ, если должникъ находится in mora (часто вмѣсто mora—stat per debitorem quominus..., у новыхъ юристовъ: mora *subiectiva*, мога въ тѣсномъ смыслѣ, mora *solvendi*, неисправность, проволочка, просрочка).

<sup>2</sup> l. 11. § 2. D. de a. e. v. 19, 1; l. 60. D. de ev. 21, 2.—<sup>3</sup> l. 1. C. de iur. dot. 5, 12; l. 16. D. de iur. dot. 23, 3.—<sup>4</sup> l. 1. § 1. D. de rer. perm. 19, 4; l. 1. C. eod. 4, 64; l. 29. C. de ev. 8, 44; l. 19. § 5. D. de aed. ed. 21, 1; l. 2. D. de perm. 19, 4.—<sup>5</sup> l. 66. § 3. D. de ev. 21, 2. l. 10. § 2. D. de c. d. 10, 3.—<sup>6</sup> l. 33. C. de transact. 2, 4.—<sup>7</sup> l. 4. C. de ev. 8, 44; l. 24. pr. D. de pign. act. 13, 7.—<sup>8</sup> l. 9. pr. l. 32, l. 36, § 1. D. de pign. act. 13, 7.—<sup>9</sup> l. 9. pr. l. 7. l. 8. l. 33. D. loc. 19, 2; l. 19. § 1. l. 15. § 1. D. eod.; l. 13. § 6. D. damn. inf. 39, 2.—<sup>10</sup> t. D. de aed. ed. 21, 1; t. D. de evict. 21, 2.

<sup>1</sup> l. 12. C. de contr. stip. 8, 37; l. 23. D. de obl. et act. 44, 7.

1. *Условія просрочки (mora)*. Должникъ еще не находится въ просрочкѣ, 1) когда наступило время исполненія по обязательству, а для этого еще необходимо, 2) чтобы должникъ получилъ напоминаніе, и 3) чтобы неисполненіе произошло по его винѣ.

1. Правила о времени исполненія по обязательству см. въ §§ 227, 228.

2. Прежде чѣмъ приступить къ иску, вѣритель долженъ попытаться въ судебнымъ путемъ склонить должника къ добровольному исполненію; онъ долженъ потребовать отъ него платежа, напомнить (*interpellare*)<sup>2</sup>. Но кому принадлежитъ лишенное иска требованіе, тотъ не пользуется правомъ напоминанія<sup>3</sup>, стало быть, никогда не можетъ поставить должника въ просрочку.—Напоминаніе должно быть сдѣлано самому должнику или его представителю<sup>4</sup>, въ надлежащее время (т.-е. не въ неумѣстное время, напр., въ часы, непосвященные занятію дѣлами, и не преждевременно, т. е. до наступленія времени исполненія)<sup>5</sup>; въ надлежащемъ мѣстѣ<sup>6</sup>; въ прочемъ для напоминанія не требуется соблюденія какихъ либо формъ.—Въ видѣ исключенія не требуется напоминанія (*lex interpellat pro homine, mora fit ex re*): а. если напоминаніе невозможно за отсутствіемъ должника<sup>8</sup>; б. если кто завладѣлъ вещью посредствомъ деликта (тайнаго или насильнаго присвоенія): *semper moram fur facere videtur*<sup>9</sup>; с. если требованіе принадлежитъ минору<sup>10</sup>.—Очень спорнымъ теперь сдѣлался вопросъ, требуется ли напоминаніе въ томъ случаѣ, если при возникновеніи обязательства установленъ опредѣленный срокъ платежа или (какъ обыкновенно выражаются), правда ли, что *dies interpellat pro homine*. Источники<sup>11</sup> не даютъ опредѣленнаго отвѣта. По правильному мнѣнію, дѣло зависитъ отъ намѣренія сторонъ; послѣднее можетъ

<sup>2</sup> l. 32. pr. D. h. t. 22, 1; l. 36. § 3. D. de leg. 1 (30); l. 24. D. quando dies 36, 2; l. 23. D. de verb. obl. 45, 1.—<sup>3</sup> l. 127. D. de verb. obl. 45, 1; l. 88. D. de r. i. 50, 17.—<sup>4</sup> l. 24. D. de v. o. 45, 1.—<sup>5</sup> l. 32. § 1. D. h. t. 22, 1.—<sup>6</sup> l. 49. § 3. D. de v. o. 45, 1.—<sup>7</sup> l. 32. pr. D. h. t. 22, 1.—<sup>8</sup> l. 23. § 1. D. h. t. 22, 1; l. 2. D. de a. e. v. 4, 49.—<sup>9</sup> l. 8. § 1. l. 20. D. de cond. furt. 13, 1; l. 7. C. de cond. furt. ob t. c. 4, 7; l. 1. § 35. l. 19. D. de vi 43, 16.—<sup>10</sup> Ср., съ одной стороны, l. 3. § 2. D. de leg. ad. 34, 4; l. 26. § 1. D. de fid. lib. 40, 5; l. 3. C. in qu. c. in int. 2, 40; съ другой стороны, l. 87. § 1. D. de leg. 2 (31); l. 5. C. de a. e. v. 4, 49.—<sup>11</sup> Въ пользу этого указываютъ на l. 33. l. 114. l. 135. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 8. D. si quis caut. 2, 11; l. 40. D. de r. er. 12, 1; l. 10. C. de a. e. v. 4, 49; l. 12. C. de contr. stip. 8, 37; l. 2. C. de iur. emph. 4, 66; c. 4. X. de loc. et cond. 3, 18; противъ этого: l. 26. § 1. l. 53. pr. D. de fid. lib. 40, 5; l. 17. § 4. D. h. t.; l. 49. § 3. D. de v. o. 45, 1; l. 3. C. in qu. c. in int. 2, 41; l. 5. C. de a. e. v. 4, 49; l. 5. C. de p. i. e. 4, 54.

быть направлено или на то, чтобы до условленного дня вѣритель не имѣлъ права требовать, или вмѣстѣ съ тѣмъ и на то, чтобы въ условленный день должникъ исполнилъ обязательство добровольно. Въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ предполагать второе намѣреніе, которому соответствуетъ положеніе „dies interpellat pro homine“, потому что это положеніе до нашего столѣтія было преподаваемо юристами въ качествѣ нормы права, что не осталось безъ вліянія на народъ (§ 7 текстъ послѣ пр. 5).

3. Должникъ невиновенъ въ неисполненія, если онъ по извинительному заблужденію<sup>12</sup> не знаетъ самаго обязательства, его размѣра или времени исполненія<sup>13</sup>, напр., наслѣдникъ еще недостаточно освѣдомился о состояніи наслѣдства, поручитель желаетъ прежде узнать отъ главнаго должника, правда ли, что онъ не исполнилъ обязательства<sup>14</sup>.—Затѣмъ должникъ невиновенъ въ томъ случаѣ, если исполненію помѣшали внѣшнія обстоятельства<sup>15</sup>, напр., онъ находится въ отсутствіи по дѣламъ госуд. службы, въ плѣну у непріятелей<sup>16</sup>, или вѣритель отсутствуетъ<sup>17</sup>. Согласно съ этимъ одно мѣсто источниковъ<sup>18</sup> прямо признаетъ culpa условіемъ просрочки, только opus probandi (отсутствія вины) лежитъ на должникѣ. Этими опредѣленіями источниковъ опровергается мнѣніе многихъ юристовъ, по которому мога наступаетъ безъ culpa должника; въ означенныхъ рѣшеніяхъ источниковъ они усматриваютъ лишь справедливыя исключенія изъ (дѣйствующаго будто) противоположнаго принципа, между тѣмъ какъ въ нихъ, напротивъ, заключаются случаи примѣненія правильнаго принципа. Напротивъ, съ теоріей, по которой даже несостоятельность должника, наступившая безъ его вины, устраняетъ просрочку, нельзя согласиться, ибо права вѣрителя не зависятъ отъ платежной способности должника<sup>19</sup>.

II. *Послѣдствія просрочки.* Должникъ in mora долженъ: 1. возмѣстить вѣрителю интересъ<sup>20</sup> (§ 243), куда въ частности относятся проценты<sup>21</sup> и плоды<sup>22</sup>. 2. Онъ отвѣчаетъ (даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ прежде онъ отвѣчалъ лишь за culpa lata) впредь за

<sup>12</sup> l. 21. i. f. l. 22. D. h. t. 22, 1; l. 82. § 1. D. de v. o. 45, 1. — <sup>13</sup> l. 5. D. de r. cr. 12, 1; l. 63. l. 99. D. de r. i. 50, 17; l. 24. pr. D. h. t. 22, 1. — <sup>14</sup> l. 42. D. de r. i. 50, 17. — <sup>15</sup> l. 5. D. de r. cr. 12, 1. — <sup>16</sup> l. 23. pr. D. h. t. 22, 1. — <sup>17</sup> l. 17. § 3. D. h. t. 22, 1. — <sup>18</sup> l. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1. — <sup>19</sup> l. 137. § 4. D. de v. o. 45, 1. — <sup>20</sup> 114. D. de v. o. 45, 1; l. 36. §. 2. D. de usufr. 7, 1; l. 21. § 3. D. de a. e. v. 19, 1; l. 24. § 4. D. loc. 19, 2; l. 8. l. 14. pr. l. 38. D. h. t. 22, 1. — <sup>21</sup> l. 32. § 2. l. 34. l. 37. D. h. t. 22, 1; l. 2. C. dep. 4, 34; l. 78. § 2. l. 87. § 1. D. de leg. 2 (31); R.D.A. отъ 1600 г. § 139. — <sup>22</sup> l. 8. l. 38. § 15. l. 39. D. h. t. 22, 1; l. 26. D. de leg. 3 (32); l. 18. pr. D. ad set. Treb. 36, 1.

culpa levis<sup>23</sup>, а также и за случай, все равно, погибнетъ ли отъ него вещь<sup>24</sup> (отсюда правило: *mora perpetuam facit obligationem*)<sup>25</sup>, или ухудшится<sup>26</sup>, или (вслѣдствіе колебанія цѣны) упадетъ въ цѣнѣ<sup>27</sup>. Спорно, отвѣчаетъ ли должникъ за *casus*, который бы повредилъ или уничтожилъ вещь и въ случаѣ ея нахождения у вѣрителя вслѣдствіе своевременнаго исполненія. По этому вопросу (какъ и относительно случая послѣ *litiscontestatio*, § 95 пр. 21—23) существовалъ споръ<sup>28</sup> между самими римскими юристами. Сущности дѣла соотвѣтствуетъ отрицательный отвѣтъ: вѣритель не можетъ требовать отъ должника *pro poudo* того возмѣщенія той потери, которую онъ бы понесъ *и безъ мора*. 3. При *двустороннихъ* договорахъ вѣритель можетъ отступить отъ договора, если принятіе просроченнаго исполненія противно его интересамъ, напр., арендаторъ имѣнія—въ томъ случаѣ, если послѣднее не передано ему въ надлежащее время, такъ что онъ взялъ уже въ аренду другое имѣніе<sup>29а</sup>; при отсутствіи этого условія отступленіе отъ договора допускается только въ случаѣ особаго уговора (т. н. *clausula cassatoria*).

III. *Прекращеніе просрочки*. Просрочка должника прекращается (*mora purgatur*): 1. если прекращено обязательство платежемъ или инымъ путемъ<sup>30</sup>; 2. если вѣритель далъ отсрочку, прямо<sup>31</sup> или молчаливо (напр., условной новаціей, даже если *condicio deficit*)<sup>32</sup>; 3. если должникъ надлежащимъ образомъ предлагаетъ вѣрителю исполненіе,—для чего требуется, чтобы онъ предложилъ и возмѣщеніе вреда, который произошелъ отъ просрочки<sup>33</sup>; если вѣритель не принимаетъ предложенія, то онъ самъ попадаетъ въ просрочку: одновременная *mora* вѣрителя и должника немислима.

<sup>23</sup> l. 25. § 2. D. sol. matr. 24, 3.—<sup>24</sup> l. 5. D. de reb. cr. 12, 1; l. 25. § 2. D. sol. matr. 24, 3; l. 39. § 1. l. 108. § 11. D. de leg. 1 (30); l. 24. l. 82. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 31. pr. D. de nov. 46, 2; l. 3. C. de us. 6, 47.—<sup>25</sup> l. 24. § 2. D. h. t. 22, 1; l. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1; l. 58. § 1. D. de fid. 46, 1.—<sup>26</sup> См. мѣста въ пр. 24.—<sup>27</sup> l. 8. § 1. D. de cond. furt. 13, 1; l. 3. D. de cond. trit. 13, 3; l. 3. § 3. l. 21. § 3. D. de a. e. v. 19, 1; l. 37. D. mand. 17, 1.—<sup>28</sup> l. 14. § 1. D. dep. 16, 3; l. 47. § 6. D. de leg. 1 (30); cf. l. 14. § 11. D. qu. m. 4, 2; l. 12. § 4. D. ad exh. 10, 4.—<sup>29</sup> l. 8. pr. l. 16. l. 17. l. 20. D. de cond. furt. 13, 1; l. 2. C. eod. 4, 8; l. 9. C. de furt. 6, 2.—<sup>29а</sup> l. 24. § 4. D. loc. 19, 2.—<sup>30</sup> l. 17. D. de cond. furt. 13, 1; l. 29. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 8. pr. D. de nov. 46, 2.—<sup>31</sup> l. 54. D. de pact. 2, 14.—<sup>32</sup> l. 14. pr. l. 31. pr. D. de nov. 46, 2; l. 72. §§ 1—3. D. de sol. 46, 3.—<sup>33</sup> l. 73. § 2. l. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1; l. 72. §§ 1. 3. D. de sol. 46, 3; l. 17. D. de per. 18, 6; l. 51. pr. D. de a. e. v. 19, 1.

## Приложеніе.

## § 241. Mora вѣрителя.

См. литературу къ § 240, кромѣ того v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris. 1884; Hirsch, Revision d. L. vom Gläubigerverzuge. 1895.—Windscheid, §§ 345—347.—Brinz, § 275.

Просрочка мыслима и на сторонѣ вѣрителя—въ случаѣ непринятія предложеннаго исполненія (въ источникахъ: mora, часто: stat per creditorem quominus..., у новыхъ юристовъ: mora accipiendi).

**I. Условія.** Вѣритель впадаетъ въ просрочку въ томъ случаѣ, если онъ не принимаетъ исполненія, предложеннаго надлежащимъ образомъ <sup>1</sup> (§§ 225. 229). Такъ какъ по правиламъ о мѣстѣ исполненія (§ 229) иногда предметъ долга долженъ быть доставленъ вѣрителю, а иногда самъ вѣритель долженъ его забрать, то должникъ, предлагая исполненіе, иногда долженъ имѣть предметъ подъ рукою, а иногда нѣтъ: иногда требуется (какъ прежде говорили) реальное предложеніе, а иногда словесное. Предложенія совѣмъ не требуется, если за отсутствіемъ вѣрителя оно оказалось бы безуспѣшнымъ <sup>2</sup>.—Требуется ли для возникновенія mora вина вѣрителя, это вопросъ спорный и едва ли разрѣшимый на основаніи источниковъ <sup>3</sup>; по основаніямъ справедливости, его слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ; вообразимъ, напр., такой случай, что должникъ предлагаетъ исполненіе вѣрителю тогда, когда въ жилищѣ послѣдняго пожаръ.

**II. Послѣдствія.** Просрочка вѣрителя не должна причинить вреда должнику. Поэтому должникъ отвѣчаетъ съ этого времени лишь за culpa lata, хотя бы прежде отвѣчалъ за culpa levis <sup>4</sup>. Поэтому вредъ падаетъ на вѣрителя, если въ случаѣ обязательства о родовоѣ вещи или альтернативнаго обязательства вслѣдствіе casus или culpa levis должника погибаетъ тотъ предметъ, который былъ предложенъ въ видѣ исполненія <sup>5</sup>. Поэтому должникъ не обязанъ хранить предмета долга, если это влечетъ за

<sup>1</sup> l. 39. l. 122. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 41. § 1. D. de us. 22, 1.—<sup>2</sup> l. 6. C. de us. 4, 32.—<sup>3</sup> Ср., съ одной стороны, l. 37. D. mand. 17, 1; l. 72. pr. D. de sol. 46, 3; съ другой стороны l. 18. pr. D. de const. pec. 13, 5; l. 3. § 4. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>4</sup> l. 5. l. 17. D. de per. 18, 6; l. 9. D. sol. matr. 24, 3.—<sup>5</sup> l. 84. § 3. D. de leg. 1 (30); l. 6. D. de dol. exc. 44, 4; l. 72. pr. D. de sol. 46, 3; l. 105. D. de v. o. 45, 1.—<sup>6</sup> l. 1. § 3. 4. D. de per. 18, 6.

собою издержки денегъ или мѣста; онъ можетъ внести его на храненіе въ храмъ <sup>7a</sup> (теперь въ судъ), а если это не удобно, то продать или даже выбросить, предупредивъ объ этомъ вѣрителя; если должникъ сохранилъ предметъ долга, то вѣритель долженъ возмѣстить ему всѣ убытки, напр., наемную плату за бочки, въ которыхъ должникъ хранилъ вино <sup>8</sup>, издержки на пропитаніе раба <sup>9</sup>, наемную плату за складъ.

**III. Прекращеніе.** Основанія прекращенія, изложенныя по поводу *poena solvendi*, примѣняются аналогично и къ *poena accipiendi* <sup>10</sup>.

## VI. § 242. Отвѣтственность должника за исполненіе въ надлежащемъ мѣстѣ.

Литературу см. въ § 229 и *Cohn*, *die act. de eo quod certo loco*. 1877.—*Lenel*, *das ed. perpetuum* § 96 (*die act. de eo quod certo loco*). 1883.—*Brinz*, § 279.

**I. Общее правило.** Должникъ отвѣчаетъ за дѣйствіе въ надлежащемъ мѣстѣ; въ противномъ случаѣ онъ платитъ такъ наз. *interesse loci*. *Interesse loci* можетъ быть различно по содержанию. Иногда дѣйствіе въ ненадлежащемъ мѣстѣ равняется неисполненію (напр., дѣло идетъ о постройкѣ дома); тогда вѣритель можетъ требовать повторенія дѣйствія въ надлежащемъ мѣстѣ <sup>1</sup>. Иногда дѣйствіе въ ненадлежащемъ мѣстѣ бываетъ менѣе цѣнно, чѣмъ дѣйствіе въ надлежащемъ мѣстѣ; тогда вѣритель можетъ требовать разницы цѣнностей <sup>2</sup>. Иногда дѣйствіе въ ненадлежащемъ мѣстѣ дѣлаетъ для вѣрителя невозможнымъ исполнить его обязательство, которое онъ долженъ былъ исполнить въ томъ же мѣстѣ, гдѣ и его должникъ; тогда онъ можетъ требовать, чтобы должникъ возмѣстилъ ему всѣ убытки, происшедшіе отъ этого.— Впрочемъ, надо замѣтить, что исполненіе не въ условленномъ мѣстѣ можетъ быть выгодно для вѣрителя (напр., вещь обладаетъ въ томъ мѣстѣ большею цѣнностью, чѣмъ въ условленномъ); тогда вѣритель, просившій должника объ исполненіи въ томъ мѣстѣ и получившій его, долженъ согласиться на вычетъ разницы цѣнн <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> t. 12. l. 14. pr. D. eod. 18, 6.—<sup>7a</sup> l. 10. § 2. C. de bon. auct. iud. 7, 72; l. 20. § 1. C. de agr. cens. 11, 48.—<sup>8</sup> См. мѣсто въ пр. 6 и l. 8. D. de trit. 33, 6.—<sup>9</sup> l. 38. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>10</sup> l. 17. D. de per. 18, 6.

<sup>1</sup> l. 2. § 7. D. de eo quod certo loco 13, 4 (...quemadmodum si quis insulam...).—<sup>2</sup> l. 2. § 7. cit. (...et ideo quod interest solum petendum).—<sup>3</sup> l. 2. pr. D. de eo quod certo loco 13, 4.



**II. Особенности обязательств *stricti iuris*.** Изложенныя правила не примѣнялись въ древнемъ *ius civile* къ *obligationes stricti iuris*. При *obl. bonae fidei*, если вѣритель уговорился съ должникомъ объ опредѣленномъ мѣстѣ исполненія, а должникъ въ этомъ мѣстѣ не исполнилъ, вѣритель могъ предъявить искъ изъ контракта какъ въ мѣстѣ исполненія (*forum contractus*), такъ и въ мѣстѣ личной подсудности должника (*forum domicilii* и *originis*, § 24) <sup>4</sup>; если онъ предъявлялъ искъ въ мѣстѣ личной подсудности должника, то послѣдній присуждался къ исполненію въ этомъ мѣстѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ къ уплатѣ *interesse loci*. Напротивъ, при *stricti iuris obligationes*, если должникъ не исполнялъ въ условленномъ мѣстѣ, то по древнему *ius civile* вѣритель могъ предъявить искъ лишь въ этомъ мѣстѣ, а должникъ присуждался только къ исполненію въ этомъ мѣстѣ (стало быть, безъ *interesse loci*) <sup>5</sup>. Преторскій эдиктъ подчинилъ *stricti iuris obligationes* тѣмъ же правиламъ, что и *obl. bonae fidei*; по преторскому эдикту, вѣритель могъ изъ *stricti iuris obligatio* предъявить *actio de eo quod certo loco dari oportet* <sup>6</sup> въ мѣстѣ личной подсудности должника; это былъ арбитражный искъ, въ которомъ судъ предоставлялось свободное усмотрѣніе въ той же мѣрѣ, какъ и въ *bonae fidei actio*, и въ которомъ отвѣтчикъ присуждался къ исполненію въ мѣстѣ иска и въ то же время къ уплатѣ мѣстнаго интереса <sup>7</sup>. Такимъ образомъ въ классическую эпоху между *obl. bonae fidei* и *stricti iuris* было различіе только въ названіи иска. Это различіе теперь не имѣетъ никакого значенія.

## VII. § 243. Учение объ интересѣ.

*Fr. Mommsen*, Beitrage zum Obligationenrecht. Т. 2-й. 1885. — *Cohnfeldt*, Lehre vom Interesse nach Römischen Recht. 1865. — *Jhering*, das Schuldmoment im Röm. Privatrecht (Verm. Schr. Стр. 215 слѣд. 1879). — *Vangerow*, § 571. — *Windscheid*, §§ 257. 258. — *Brinz*, §§ 281—281<sup>d</sup>.

Какъ видно изъ изложеннаго выше (§§ 236 — 242), обыкновенно слѣдствіемъ неисполненія или ненадлежащаго исполненія бываетъ обязанность должника платить интересъ. Но есть и такія обязательства, которыя съ самаго начала направлены на уплату

<sup>4</sup> l. 7. pr. D. eod. 13, 4. — <sup>5</sup> l. 1. l. 4. pr. D. eod. 13, 4. — <sup>6</sup> t. D. 13, 4: de eo quod certo loco dari oportet; t. C. 3, 18: ubi conveniatur qui certo loco dare promisit. — <sup>7</sup> l. 1. C. h. t. 3, 18; l. 2. l. 3. D. h. t. 13, 4.

интереса; такова большая часть обязательствъ изъ деликтовъ, обязательство изъ *cautio damni infecti* и др.; уплаты интереса иногда можно требовать и исками изъ вещныхъ правъ <sup>1</sup> (§ 152 текстъ предъ пр. 11, § 172 пр. 12). — Слово интересъ здѣсь берется не въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ является условіемъ всѣхъ частныхъ правъ (§ 16), а въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ былъ изложенъ въ § 71 пр. 1, а именно: въ какомъ источнике употребляютъ слова: *id quod interest creditoris* (откуда неудачно образованное слово „интересъ“); въ этомъ смыслѣ интересъ есть вредъ, понесенный къмъ либо въ его имущество вслѣдствіе опредѣленнаго положительнаго или отрицательнаго факта, за который отвѣчаетъ другое лицо. Особаго разсмотрѣнія требуютъ: 1) размѣръ интереса и 2) его причинная связь съ фактомъ, за который отвѣчаетъ другое лицо.

**I. Размѣръ.** Интересъ составляетъ весь ущербъ, который причиненъ вѣрителю, состоитъ ли этотъ вредъ въ томъ, что отъ имущества отдѣлилась извѣстная часть, которая уже въ немъ заключалась (у новыхъ юристовъ — *damnum emergens*, положительный вредъ), или въ томъ, что къ его имуществу не присоединилось что либо такое, что могло бы присоединиться <sup>2</sup> (у новыхъ юр. — *lucrum cessans*, потерянная прибыль, отрицательный вредъ). Поэтому, напр., убившій чужого раба, котораго собственникъ отчуждилъ съ неустойкою или которымъ не было еще принято открывшееся наслѣдство, долженъ уплатить собственнику цѣну раба и неустойку или цѣнность наслѣдства <sup>3</sup>; продавецъ, не выдавшій проданной вещи, которая въ свою очередь продана покупщикомъ третьему лицу, долженъ уплатить и тотъ интересъ, который уплаченъ первымъ покупщикомъ второму покупщику <sup>4</sup>. — Безразлично и то, произошелъ ли вредъ непосредственно и необходимо вслѣдствіе вреднаго факта, или посредственно вслѣдствіе наличности или наступленія обстоятельствъ, которыхъ отвѣтственное лицо не знало или не могло предвидѣть (поэтому, напр., убившій лошадь, которая принадлежала къ четверкѣ, долженъ уплатить и то, чѣмъ уменьшилась цѣнность остальныхъ лошадей <sup>5</sup>; продав-

<sup>1</sup> l. 68. l. 71. D. de r. v. 6, 1.—<sup>2</sup> l. 13. pr. D. r. r. 46, 8; l. 33. pr. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 19. pr. D. loc. 19, 2; l. 8. D. de ev. 21, 2; l. 33. D. de dolo 4, 3.—<sup>3</sup> l. 22. pr. l. 23. pr. D. ad l. Aq. 9, 2.—<sup>4</sup> arg. l. 21. § 3. i. f. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>5</sup> l. 22. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2.

шій завѣдомо плохой строительный матеріалъ, если вслѣдствіе этого рухнулся домъ, который былъ выстроенъ изъ гнилого матеріала, обязанъ возмѣстить цѣнность обрушившагося дома; продавшій завѣдомо большое животное, заразившее затѣмъ все стадо, обязанъ возмѣстить цѣнность всего стада<sup>6</sup>; неуплатившій въ срокъ своего долга, такъ что его вѣритель, въ свою очередь не будучи въ состояніи уплатить въ срокъ свой долгъ, долженъ уплатить неустойку, — возмѣщаетъ вѣрителю и эту неустойку<sup>7</sup>). Не принимается только въ расчетъ личная привязанность вѣрителя (напр., къ наслѣдственному участку, къ рабу, который есть *filius naturalis* получающаго интересъ) и чрезвычайныя и чрезмѣрныя затраты<sup>8</sup>. Въ случаѣ неопредѣленности размѣра вреда приходится рѣшать дѣло лишь по вѣроятности; поэтому, напр., кто продалъ уловъ рыбы и не хочетъ закидывать невода, тотъ присуждается по усмотрѣнію судьи къ платежу цѣнности средняго возможнаго улова<sup>9</sup>. Впрочемъ, часто и приблизительная оцѣнка вреда представляетъ большія затрудненія; какъ, напр., опредѣлить убытки, которые понесла желѣзнодорожная компанія вслѣдствіе того, что взявшійся за постройку дороги къ сроку не окончилъ извѣстной части пути? Къ этимъ случаямъ относится упоминаемое въ концѣ этого параграфа положеніе Имп. у. гр. суд. § 260, по которому судья можетъ допустить истца къ оцѣнкѣ подъ присягою. — По закону Юстиніана<sup>10</sup> (имѣющему цѣлью предупредить чрезмѣрныя требованія интереса), если предметъ обязательства представляетъ опредѣленную цѣнность, то интересъ не можетъ превышать двойного размѣра этой цѣнности. Такъ какъ редакція этого закона крайне неопредѣленна (*sancimus in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere*), то содержаніе его возбуждаетъ споры; въ особенности спорять: 1. о томъ, относится ли этотъ законъ и къ такимъ обязательствамъ, которыя съ самаго начала направлены на уплату интереса, а именно, къ обязательствамъ изъ деликтовъ; господствующее мнѣніе отрицаетъ это; и въ самомъ дѣлѣ, между примѣрами, которые приво-

<sup>6</sup> l. 13. pr. D. de a. e. v. 19, 1. — <sup>7</sup> l. 3. D. de in lit. iur. 12, 3; l. 2. § 8. D. de eo quod c. l. 13, 4 — <sup>8</sup> l. 33. pr. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 6. § 2. D. de op. serv. 7, 7; l. 43. i. f. l. 44. D. de a. e. v. 19, 1; l. 13. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 40. pr. D. d. i. 39, 2. — <sup>9</sup> l. 12. D. de act. emt. 19, 1. — <sup>10</sup> l. un. C. de sent. quae pro eo quod interest prof. 7, 47.

дѣть Юстиніанъ, обязательства изъ деликтовъ не упомянуты; 2. о томъ, какія обязательства слѣдуетъ считать требованіями чего либо опредѣленнаго; многіе юристы подъ ними разумѣютъ всѣ обязательства, которыя не направлены съ самаго начала на уплату интереса; правильнѣе относить сюда только такія обязательства, объектъ которыхъ есть опредѣленная species или опредѣленное по качеству и количеству genus, или работа поденщика или ремесленника.

II. Причинная связь между вредомъ и порождающимъ отвѣтственность фактомъ. Основаніемъ платежа интереса бываетъ опредѣленный фактъ, за который должно отвѣчать другое лицо; по-этому возмѣщенію подлежитъ лишь тотъ вредъ, который является дѣйствительнымъ слѣдствіемъ этого факта; иными словами: между фактомъ и вредомъ должна существовать причинная связь. Причинной связи, напр., нѣтъ на лицо, если данный фактъ былъ способенъ причинить вредъ, но, прежде чѣмъ это случилось, тѣ же вредныя послѣдствія на дѣлѣ произвелъ другой фактъ (поэтому, нанесшій рабу смертельную рану подлежитъ отвѣтственности не за убійство, а только за нанесеніе раны, если смерть раба послѣдовала непосредственно отъ дѣйствія третьяго лица <sup>11</sup> или вслѣдствіе небрежности врача <sup>12</sup>, или вслѣдствіе собственной небрежности <sup>13</sup>). Напротивъ, причинная связь есть налицо (правильнѣе: не уничтожается), если послѣ возникновенія вреда наступаетъ новый фактъ, который бы произвелъ вредныя послѣдствія, если бы они уже не были произведены: neque enim ex postfacto decrescit obligatio <sup>14</sup> (поэтому, напр., разрушившій чужой домъ отвѣчаетъ и въ томъ случаѣ, если послѣ разрушенія произошелъ пожаръ, обратившій въ пепель всѣ дома той части города) <sup>15</sup>.—При констатированіи причинной зависимости надо поступать съ большою осторожностью, въ особенности если дѣло идетъ о потерянной прибыли, т. е. о гипотетической выгодѣ. Поэтому, съ одной стороны, вѣритель, которому не выдана слѣдующая вещь, можетъ требовать прибыли, которую онъ могъ получить отъ представляющагося (доказаннымъ имъ) случая продажи <sup>16</sup>, въ частности, вѣ-

<sup>11</sup> l. 11. § 3. l. 15. § 1. l. 52. pr. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 4. D. de imp. 25, 1.—  
<sup>12</sup> l. 7. § 8. l. 8. pr. D. ad l. Aq. 9, 2—<sup>13</sup> l. 203. D. de r. i. 50, 17.—<sup>14</sup> l. 44. § 2. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>15</sup> l. 7. § 4. i. f. D. quod vi aut cl. 43, 24; l. 37. D. mand. 17, 1; l. 16. § 2. D. de ev. 21, 2; l. 27. § 2. D. de rei vind. 6, 1.—  
<sup>16</sup> l. 57. D. sol. matr. 24, 3.

ритель такой вещи, которая имѣеть рыночную цѣнность, можетъ требовать высшей цѣнности, которою вещь обладала хоть одинъ моментъ во время пога <sup>17</sup>; точно также виноторговецъ, у котораго покущикъ не беретъ купленнаго вина и тѣмъ лишаетъ его возможности пользоваться бочками, можетъ требовать наемной платы за бочки, если ему представлялся случай найма <sup>18</sup>. Но, съ другой стороны, кто долженъ купцу денежную сумму и впадаетъ въ просрочку, тотъ долженъ уплатить только проценты, но не прибыль, которую бы купецъ получилъ, если бы употребилъ деньги на свой торговый оборотъ <sup>19</sup>; ибо никакой купецъ не имѣеть обыкновенія ограничивать своей торговли вслѣдствіе того, что тотъ или другой должникъ не уплачиваетъ ему въ надлежащее время своего долга; въ такихъ случаяхъ купцы прибѣгаютъ къ усиленному пользованію кредитомъ, такъ что вредъ отъ несвоевременной уплаты выражается только въ процентахъ; но, конечно, придется разсуждать иначе, если платежъ долженъ былъ послѣдовать не въ мѣстожительствѣ вѣрителя, а въ другомъ мѣстѣ, гдѣ вѣритель не имѣеть знакомыхъ, не пользуется кредитомъ <sup>20</sup>.

Рѣшенія источниковъ о потерянной прибыли возбудили нѣсколько неправильныхъ взглядовъ; а именно, прежде различали непосредственный интересъ и косвенный (*damnum circa rem, extra rem*) и утверждали, что должно возмѣщаться только *damnum circa rem*—то относительно обязательствъ изъ *culpa*, то относительно купли, то относительно денежныхъ долговъ. Само это дѣленіе оставлено теперь почти всѣми, но общаго мнѣнія о значеніи этихъ рѣшеній источниковъ все таки не составилось.

Вслѣдствіе этого И у. г. с. § 260 предоставляетъ широкій просторъ усмотрѣнію судья во всѣхъ тѣхъ процессахъ, гдѣ дѣло идетъ объ интересѣ; судья рѣшаетъ по своему усмотрѣнію, принимая во вниманіе всѣ обстоятельства, какъ тотъ вопросъ, причиненъ ли вредъ (т. е. вопросъ о причинной связи), такъ и тотъ вопросъ, каковъ размѣръ интереса; далѣе, усмотрѣнію суда предоставлено—или принять предложеніе одной изъ сторонъ, желающей взять на себя обязанность доказывать, или *ex officio* предложить вопросъ на изслѣдованіе экспертовъ. Въ крайнихъ случаяхъ судъ можетъ допустить истца къ оцѣнкѣ вреда подъ присягою, но въ та-

<sup>17</sup> 1. 21. § 3. i. f. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>18</sup> 1. 1. § 3. D. de per. et comm. 18, 6.—<sup>19</sup> 1. 19. D. eod. 18, 6.—<sup>20</sup> 1. 2. § 8. D. de eo quod certo loc. 13, 4.—<sup>21</sup> 1. 29. § 3. D. ad leg. Aq. 9, 2.—<sup>22</sup> То же доказываетъ 1. 23. § 2. D. ad l. Aquil. 9, 2 (verba: quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur).

комъ случаѣ долженъ опредѣлить maximum, выше котораго не можетъ идти истецъ (выше § 45).

## ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

### Единство и множественность обязательствъ.

#### 1) § 244. Дѣлимость и недѣлимость обязательствъ.

*Ribbentrop*, zur Lehre von den Correalobligationen. §§ 21—24. 1831.—*Ubbelohde*, die Lehre von den untheilbaren Obligationen. 1862.—*Baron*, Gesamt-rechtsverhältnisse. § 16. 1864.—*Steinlechner*, das Wesen der iuris communio und quasi communio. §§ 19. 20. 33. 1876.—*Rümelin*, Theilung der Rechte. §§ 19—21. 1883.—*Scheurl*, Theilbarkeit von Rechten. S. 68 ff. 1884.—*Ryck*, L. v. d. Schuldverhältnissen. §§ 23—27. 1889.—*Savigny*, §§ 29—36.—*Vangerow*, § 567.—*Windscheid*, §§ 253. 299. 300.—*Brinz*, §§ 229—233.

**I. Понятіе и примѣненіе къ разнымъ обязательствамъ. Обязательство признается дѣлимымъ (obl. dividua), если дѣлимо слѣдуемое дѣйствіе, т. е. если оно можетъ послѣдовать по частямъ безъ измѣненія характера и уменьшенія цѣнности. Поэтому:**

1. Обязательства, содержаніе которыхъ состоитъ въ предоставленіи права собственности или другого вещнаго права<sup>1</sup>, по общему правилу, суть обязательства дѣлимыхъ; исключаются: а. обязательство, направленное на установленіе сервитута<sup>2</sup>; дѣлимо только обязательство къ установленію узѣфрукта (§ 150 пр. 6. 7); б. альтернативное обязательство, а также и обязательство, предметомъ котораго служатъ отдѣльныя вещи, опредѣленныя только по роду; но недѣлимость основана здѣсь не на природѣ дѣйствія, а на требованіи справедливости: нельзя позволить должнику предоставить вѣрителю части различныхъ вещей<sup>3</sup>; поэтому въ другихъ отношеніяхъ и эти обязательства дѣлимы<sup>4</sup>.

2. Обязательства, направленные на дѣйствіе или удушеніе, признаны въ источникахъ<sup>5</sup> недѣлимыми (таково, напр., обязательство къ сооруженію какого либо орус, къ дозволенію прохода); но есть исключенія: а. если обязательство направлено на нѣсколько рабочихъ дней (оно дѣлимо по днямъ)<sup>6</sup>, б. если оно направлено на осуществленіе дѣлимаго права, напр., на прощеніе дѣлимаго

<sup>1</sup> l. 85. § 1. D. de v. o. 45, 1.—<sup>2</sup> l. 2. § 1. l. 72. пр. D. de v. o. 45, 1.—

<sup>3</sup> l. 2. § 1. l. 85. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 26. §§ 13. 14. D. de c. i. 12, 6.—

<sup>4</sup> l. 2. § 3, l. 85. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 17. D. de acc. 46, 4; l. 54. пр. l. 117. D. de v. o. 45, 1.—<sup>5</sup> l. 72. пр. D. de v. o. 45, 1.—<sup>6</sup> l. 15. § 1. l. 8. пр. D. de o. l. 38, 1; l. 54. § 1. D. de v. o. 45, 1.

обязательства, на непреслѣдованіе искомъ дѣлимаго права <sup>7</sup>; с. обязательство, направленное на передачу владѣнія вещью, господствующее мнѣніе считаетъ дѣлимымъ (потому что есть общее владѣніе по идеальнымъ частямъ, § 115), между тѣмъ источники называютъ такое обязательство недѣлимымъ <sup>8</sup>; удовлетворительнаго объясненія этого рѣшенія еще не найдено.

II. *Послѣдствія дѣлимости и недѣлимости* бываютъ двоякія:

1. При дѣлимыхъ обязательствахъ возможно требованіе и дѣйствіе по частямъ, стало быть, и удовлетвореніе вѣрителя, и освобожденіе должника по частямъ <sup>9</sup>. Возможно ли только дѣйствіе по частямъ, или оно всегда (и противъ воли вѣрителя) дозволено правомъ, этотъ вопросъ мы уже рѣшили выше (§ 225) въ первомъ смыслѣ.—Къ недѣлимымъ обязательствамъ примѣняются противоположныя правила: дѣленіе немыслимо; neque enim ullum balneum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit <sup>10</sup>.—При обязательствахъ, недѣлимыхъ по соображеніямъ справедливости (см. выше I. 1. b), частичное исполненіе возможно, но имѣетъ значеніе оно лишь въ томъ случаѣ, если должникъ въ послѣдствіи даетъ остальные части той же вещи; если же онъ даетъ затѣмъ другую вещь, то можетъ обратно потребовать часть, данную прежде <sup>11</sup>.

2. Если нѣсколько лицъ заключаютъ договоръ о дѣлимомъ дѣйствіи, въ качествѣ ли вѣрителей или въ качествѣ должниковъ, то, по закону XII таблицъ <sup>12</sup>, требованіе или долгъ ipso iure раздѣляется между этими лицами: nomina sunt ipso iure divisa; такимъ образомъ возникаетъ столько отдѣльныхъ, другъ отъ друга независимыхъ обязательствъ, сколько есть вѣрителей или должниковъ; предметомъ каждаго изъ этихъ обязательствъ является только часть обѣщаннаго предмета <sup>13</sup>. То же правило примѣняется въ томъ случаѣ, если умираетъ вѣритель или должникъ дѣлимаго обязательства, оставляя нѣсколькихъ наслѣдниковъ; тогда обязательство распадается между наслѣдниками на нѣсколько самостоятельныхъ частичныхъ обязательствъ <sup>14</sup>.—Къ недѣлимымъ обяза-

<sup>7</sup> 1. 4. § 1. D. de v. o. 45, 1.—<sup>8</sup> 1. 72. pr. D. de v. o. 45, 1.—<sup>9</sup> 1. 9. § 1. D. de sol. 46, 3.—<sup>10</sup> 1. 80. § 1. D. ad. l. Falc. 35, 2.—<sup>11</sup> 1. 26. §§ 13. 14. D. de c. i. 12, 6; 1. 2. § 1. D. de v. o. 45, 1.—<sup>12</sup> 1. 25. § 9. D. fam. erc. 10, 2; 1. 1. C. si unus ex pl. 8, 31; 1. 6. C. fam. e. 3, 36.—<sup>13</sup> 1. 11. §§ 1. 2. D. de d. r. 45, 2; 1. 5. C. si certum 4, 2; 1. 1. l. 2. C. si plures 7, 55.—<sup>14</sup> См. мѣста въ прим. 12 и кромѣ того 1. 2. § 5. 1. 4. pr. 1. 25. § 1. D. f. e. 10, 2.

тѣльствамъ примѣняются иныя правила; хотя и здѣсь возникаетъ столько обязательствъ, сколько есть вѣрителей или должниковъ, но каждое обязательство направлено на цѣлое недѣлимое дѣйствіе (*in solidum*, откуда названіе — солидарное обязательство) какъ по отношенію къ вѣрителямъ, такъ и по отношенію къ должникамъ. Отсюда слѣдуетъ:

а) Если недѣлимое обязательство принадлежитъ *нѣсколькимъ вѣрителямъ*, то должникъ можетъ совершить слѣдующее дѣйствіе только всѣмъ вѣрителямъ вмѣстѣ <sup>15</sup>, развѣ если совершеніе дѣйствія одному содержитъ въ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ удовлетвореніе всѣхъ <sup>16</sup>, или если дѣйствіе можетъ быть совершено каждому въ отдѣльности, напр., нѣсколько общихъ собственниковъ участка выговариваютъ себѣ вещный сервитутъ <sup>17</sup>. — Если дѣло доходитъ до денежной оцѣнки въ процессѣ, и такимъ образомъ на мѣсто слѣдующаго недѣлимаго дѣйствія вступаетъ дѣлимое (деньги), то требованіе отдѣльныхъ солидарныхъ вѣрителей сокращается до поголовной части денежной цѣнности недѣлимаго дѣйствія <sup>18</sup>.

б) Если въ недѣлимомъ обязательствѣ участвуетъ *нѣсколько должниковъ*, то каждый должникъ освобождается лишь тогда, когда исполнено цѣлое дѣйствіе <sup>19</sup>, такъ что для его освобожденія еще недостаточно, чтобы онъ исполнилъ то, что приходится на его часть (напр., два *condomini* участка общають установить вещный сервитутъ, одинъ устанавливаетъ, а другой нѣтъ). Если дѣло доходитъ до денежной оцѣнки въ процессѣ, то тотъ должникъ, по винѣ котораго обязательство не исполнено, присуждается къ уплатѣ всего интереса въ деньгахъ (только нѣсколькимъ должникамъ, которые одинаково виновны и всѣ несостоятельны, принадлежитъ такъ наз. *beneficium divisionis*, т. е. они могутъ требовать, чтобы вѣритель раздѣлил свое требованіе между отдѣльными должниками) <sup>20</sup>; но какъ поступать съ тѣмъ, кто невиновенъ въ неисполненіи, это вопросъ спорный. Справедливости соотвѣтствуетъ то мѣсто источниковъ, которое говоритъ въ пользу возложенія на него отвѣтственности только въ размѣрѣ *части* денежной стоимости <sup>21-22</sup>. — Впрочемъ, между нѣсколькими должниками имѣетъ

<sup>15</sup> l. 54 § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 36. l. 14. pr. D. dep. 16, 3. — <sup>16</sup> l. 11. § 1. D. de a. p. a. 39, 3. — <sup>17</sup> l. 18. D. comm. pr. 8, 4. — <sup>18</sup> l. 25. § 9. D. fam. e. 10, 2. — <sup>19</sup> l. 192. D. de r. i. 50, 17; l. 17. D. de serv. 8, 1. — <sup>20</sup> l. 22. D. dep. 16, 3. — <sup>21</sup> l. 25. § 10. D. fam. erc. 10, 2. Ср. кромѣ того l. 2. §§ 2. 5. D. de v. o. 45, 1. — <sup>22</sup> l. 72 pr. D. de v. o. 45, 1; Ср. кромѣ того l. 80. § 1. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 11. § 23. D. de leg. 3 (32); l. 49. § 4. D. de leg. 2 (31); l. 139. D. de v. o. 45, 1.



мѣсто право регресса: 1. въ случаѣ *равной* виновности нѣсколькихъ; а именно, тотъ, который не воспользовался benef. divisionis и поэтому уплатилъ весь интересъ, можетъ требовать отъ своихъ совиновниковъ соотвѣтственнаго возмѣщенія<sup>23</sup>; 2. въ случаѣ *исключительной* виновности одного или нѣсколькихъ; а именно, виновные должны возмѣстить невиннымъ уплаченныя послѣдними части денежной цѣнности<sup>24</sup>.

Ш. Есть еще два рода обязательствъ, которыя, хотя и могутъ быть направлены на часть, тѣмъ не менѣе направляются на цѣлое (in solidum); обязательства перваго рода называются корреальными, втораго рода — только солидарными обязательствами. Объ этомъ ниже въ §§ 245—247.

## 2) § 245. Корреальные обязательства.

t. D. XLV, 2: de duobus reis constituendis. — t. C. VIII, 39; t. I. III, 16: de duobus reis stipulandi et promittendi. — *Ribbentrop*, zur Lehre von den Correobligationen. 1831. — *Brinz*, kritische Blätter. Nr. 4. 1853. — *Kuntze*, die Obligation und die Singularsuccession. §§ 30—57. 1856. — v. *Helmolt*, die Correobligationen. 1857. — *Fitting*, die Natur der Correobligationen. 1859. — *Samhaber*, zur Lehre von den Correobligationen. 1861. — *Baron*, die Gesamtrechtsverhältnisse im Römischen Recht. Стр. 205—391. 1864. — *Brinz*, zur Lehre von den Correobligationen und den solidarischen Schuldverhältnissen. 1873. — *Unger*, passive Correalität und Solidarität. 1884. — *Waldner*, die correae Solidarität. 1885. — *Mitteis*, die Individualisirung der Obligation. Стр. 49—113. 1886. — *Kuntze*, die Obligationen. Стр. 125—186. 1887. — *Ryck*, L. v. d. Schuldverhältnissen. §§ 12—22. 1889. — *Wieding*, Novella Justiniani 99. 1857. — *Savigny*, §§ 16—27. — *Vangerow*, § 573. — *Windscheid*, §§ 292—298. — *Brinz*, §§ 234—237. 253. 254. — *Baron*, § 117.

(Понятіе корреальныхъ и только солидарныхъ обязательствъ см. въ § 247).

1. *Практическое значеніе корреальныхъ обязательствъ.* Положеніе XII таблицъ: nomina sunt ipso iure divisa, которое къ обязательству нѣсколькихъ лицъ о дѣлимомъ дѣйствіи примѣняется съ самаго начала, а къ обязательству о недѣлимомъ дѣйствіи обыкновенно при превращеніи его въ денежный долгъ (§ 244 пр. 12. 18. 22), можетъ быть мишено примѣненія волею сторонъ, т. е. можетъ состояться соглашеніе, чтобы каждый изъ должниковъ долженъ былъ предоставить цѣлый (нераздѣленный) предметъ, или чтобы каждый изъ вѣрителей могъ требовать цѣлаго предмета; тогда возникаетъ такъ называемое (новыми юр.) кор-

<sup>23</sup> 1. 2. § 2. 1. 85. § 3. D. de v. o. 45, 1; 1. 25. § 10. D. fam. e. 10, 2. —<sup>24</sup> 1. 2. § 5. 1. 5. § 4. D. de v. o. 45, 1; 1. 2. §§ 12. 13, 1. 44. § 5. D. fam. e. 10, 2.

реальное обязательство; оно бываетъ или пассивное (въ случаѣ нѣсколькихъ должниковъ, которые въ источникахъ называются duo rei debendi, duo rei promittendi, въ одномъ мѣстѣ <sup>1</sup>—socii), или активное (въ случаѣ нѣсколькихъ вѣрителей, которые въ источникахъ именуется duo rei credendi, duo rei stipulandi). Цѣль, для которой дѣйствующія лица присваиваютъ обязательству свойства коррeальности, бываетъ при пассивномъ корр. обязательствѣ не та, что при корр. обязательствѣ активномъ. При пассивномъ вѣритель достигаетъ большей прочности и надежности своего требованія, такъ какъ каждый коррeальный должникъ отвѣчаетъ за цѣлый долгъ, а также нѣкотораго удобства при удовлетвореніи и преслѣдованіи своего требованія, потому что ему приходится имѣть дѣло только съ однимъ должникомъ, стало быть, одинъ разъ получать, давать росписку, предъявлять искъ. При активномъ, наоборотъ, удобство возникаетъ для должника, который можетъ сразу дать предметъ долга одному коррeальному вѣрителю; впрочемъ, активное коррeальное обязательство можетъ имѣть цѣлю и удобства коррeальныхъ вѣрителей, если (что очень часто бываетъ) коррeальные вѣрители состоятъ другъ съ другомъ въ товариществѣ.

**II. Возникновеніе коррeальнаго обязательства.** *Корреальное обязательство возникаетъ по воли заинтересованныхъ сторонъ, т. е.*

1. При обязательствахъ изъ договоровъ по соглашенію контрагентовъ <sup>2</sup>; содержаніе этого соглашения выражаютъ теперь словами: „вмѣстѣ и порознь, солидарно, одинъ за всѣхъ и всѣ за одного“. Съ исторической стороны надо замѣтить, что, по римскому праву, первоначально требовался непременно *единный* актъ; при активной коррeальной стипуляціи каждый изъ стипуляторовъ предлагалъ сначала вопросъ, а затѣмъ обѣщающій давалъ отвѣтъ, обращенный ко всѣмъ (Titi, centum dare spondes? Titi, eosdem centum dare spondes?—Utrique vestrum dare spondeo). При пассивной коррeальной стипуляціи stipulator обращался сначала съ вопросомъ къ каждому изъ обѣщающихъ, а затѣмъ получалъ отъ каждаго утвердительный отвѣтъ (Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?—Spondeo. Spondeo) <sup>3</sup>. Но впоследствии при пассивной <sup>4</sup> коррeальной стипуляціи стали

<sup>1</sup> I. 3. § 3. D. de lib. leg. 34, 3.—<sup>2</sup> I. 9. pr. D. h. t. 45, 2; I. 13. § 9. D. loc. 19, 2.—<sup>3</sup> pr. I. h. t. 3, 16; I. 8. D. h. t. 45, 2.—<sup>4</sup> I. 3. pr. D. h. t. 45, 2. I. 43, D. de fid. 46, 1; I. 8. § 5. D. de nov. 46, 2.

допускаться и раздѣленные акты; многіе утверждаютъ то же относительно активной, но это противорѣчитъ источникамъ <sup>5</sup>.

2. При обязательствахъ изъ распоряженій на случай смерти по волѣ наслѣдодателя. И здѣсь въ настоящее время употребляются такія же выраженія, какъ и при коррeальныхъ договорахъ. Римляне при пассивномъ коррeальномъ отказѣ <sup>6</sup> употребляли слѣд. слова: *Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato*; при активномъ коррeальномъ отказѣ: *Titio aut Seio, utri heres vellet, decem dato* <sup>7</sup>.

По господствующему мнѣнію, къ коррeальнымъ обязательствамъ надо еще причислить: обязательство поручителя рядомъ съ обязательствомъ главнаго должника, а также, по римскому праву, отвѣтственность представляемаго рядомъ съ обязательствомъ представителя. Но ниже (§ 246) мы увидимъ, что здѣсь бываетъ только солидарность, а не коррeальность.

**III. Правоотношенія коррeальныхъ вѣрителей и коррeальныхъ должниковъ.**

1. Относительно исполненія.

a. Каждый коррeальный вѣритель можетъ потребовать весь долгъ, должникъ освобождается платежемъ одному изъ вѣрителей <sup>9</sup>. Спорно, обязанъ ли удовлетворенный вѣритель совершить регрессъ въ пользу прочихъ вѣрителей, т. е. обязанъ ли онъ выдать имъ соотвѣтственную часть полученнаго; рѣшенія этого вопроса, по правильному мнѣнію, нельзя вывести изъ сущности коррeального обязательства, какъ такового; для этого надо обратиться къ правоотношенію, на почвѣ котораго возникло коррeальное обязательство; поэтому, напр., право регресса не имѣетъ мѣста при коррeальномъ отказѣ; напротивъ, право регресса имѣетъ мѣсто при коррeальномъ договорѣ, который заключенъ нѣсколькими товарищами съ третьимъ лицомъ <sup>10</sup>.

b. Каждый коррeальный должникъ отвѣчаетъ за весь долгъ, его платежъ освобождаетъ прочихъ должниковъ <sup>11</sup>. И здѣсь спорно, имѣетъ ли коррeальный должникъ, исполнившій весь долгъ, право регресса противъ прочихъ должниковъ; по правильному мнѣнію, и

<sup>5</sup> 1. 28. § 2. D. de stip. s. 45, 3; 1. 7. § 1. D. de auct. et cons. 26, 8. —  
<sup>6</sup> 1. 8. § 1. D. de leg. 1 (30); 1. 25. pr. D. de leg. 3 (32); въ 1. 9. pr. D. h. t. 45, 2 слѣдуетъ (какъ всѣми признано) читать *Titius aut Maevius*. — <sup>7</sup> 1. 16. D. de leg. 2 (31). — <sup>8</sup> 1. 4. C. de v. s. 6, 38. — <sup>9</sup> 1. 31. § 1. D. de nov. 46, 2. — <sup>10</sup> 1. 62 pr. D. ad. l. Falc. 35, 2. — <sup>11</sup> 1. 3. § 1. D. h. t. 45, 2; § 1. I. h. t. 3, 16.

здѣсь надо исходить изъ сущности правоотношенія, существующаго между коррeальными должниками (напр., *societas*)<sup>12</sup>; уплачивающей коррeальный должникъ во всякомъ случаѣ можетъ достигнуть права регресса, потребовавъ отъ вѣрителя цессіи его требованій противъ прочихъ коррeальныхъ должниковъ (спорно); для этой цѣли ему принадлежитъ такъ наз. *beneficium cedendarum actionum*<sup>13</sup>, которое онъ можетъ осуществить въ процессѣ посредствомъ *exceptio doli*.—Впрочемъ, отвѣтственность коррeальныхъ должниковъ за весь долгъ была измѣнена 99-й Новеллой Юстиніана<sup>14</sup> (добавленіемъ къ Нов. 4); область примѣненія послѣдней возбуждаетъ споры вслѣдствіе неясной редакціи (εἰ τις ἀλληλεγγύως ὑπεσθόνους λάβοι τινάς, εἰ μὲν προσθεῖη τὸ δεῖν καὶ ἕνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνεχέσθαι...). По правильному мнѣнію, Новелла относится ко *всѣмъ* коррeальнымъ должникамъ; если они всѣ состоятельны и не отсутствуютъ (т. е. легко могутъ быть преслѣдуемы искомъ), то отъ нихъ можно требовать только соотвѣтствующихъ частей (имъ принадлежитъ такъ наз. *benef. divisionis*); всего же долга можно требовать лишь въ томъ случаѣ, если недостаетъ какого-либо изъ означенныхъ условій (состоятельности или присутствія должниковъ); было бы несправедливо, если бы вѣритель могъ выбрать себѣ одного изъ должниковъ и требовать отъ него платежа всего долга. Новыя законодательства устранили *benef. divisionis* коррeальныхъ должниковъ, потому что оно прямо противорѣчитъ намѣренію контрагентовъ.

2. *Исполненію равняется depositio, datio in solutum, compensatio*, далѣе, по римскому праву, *acceptilatio*<sup>15</sup> (потому что *acceptilatio* есть *imaginaria solutio*), по нынѣшнему праву, выдача росписки въ полученіи, § 268. Не равняется исполненію:

а. *Pactum de non petendo*; если это есть такъ наз. *p. de n. p. in personam* (§ 268 пр. 8), то его дѣйствіе, конечно, ограничивается личностью заключившаго *pactum*<sup>16</sup>; если—*in rem*, то при пассивномъ коррeальномъ обязательствѣ кромѣ лица, заключившаго *pactum*, оно полезно только тому коррeальному должнику, который состоитъ пацісцентомъ въ товариществѣ, и то не ради него самого, а ради пацісцента, противъ котораго онъ въ противномъ случаѣ со-

<sup>12</sup> l. 62. pr. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 1. C. h. t. 8, 39.—<sup>13</sup> l. 65. D. de ev. 21, 2; l. 47. D. loc. 19, 2; l. 13. C. de loc. 4, 65.—<sup>14</sup> Ср. попытку Марцелла въ l. 47. D. loc. 19, 2.—<sup>15</sup> l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 13. § 12. l. 16. D. de acc. 46, 4.—<sup>16</sup> l. 25. § 1. D. de p. 2, 14; l. 3. § 3. D. de lib. leg. 34, 3.

вершил бы регрессъ посредствомъ *actio pro socio*<sup>17</sup>; при активномъ коррeальномъ обязательствѣ *p. de. n. p. in rem* также кромѣ падисцента вредить только тому коррeальному вѣрителю, который съ падисцентомъ состоитъ въ товариществѣ<sup>18</sup>, что многіе несправедливо отрицаютъ.

b. *Confusio*; если вѣритель сдѣлается наслѣдникомъ одного изъ коррeальныхъ должниковъ (или наоборотъ), то прочіе коррeальные должники остаются обязанными<sup>19</sup>, не лишаясь, однако, какъ *benef. divisionis* изъ Нов. 99, такъ и права регресса, если таковое имъ принадлежить (выше пр. 12. 13). Подобнымъ же образомъ коррeальный вѣритель, сдѣлавшись наслѣдникомъ общаго должника, становится должникомъ своихъ прежнихъ совѣрителей (что нѣкоторые отрицаютъ), сохраняя, однако, право регресса, если таковое ему принадлежить.

c. По римскому *ius civile, capitis deminutio*; прочіе коррeальные должники, не потерпѣвшіе *capitis deminutio*, остаются обязанными<sup>20</sup>. Это основаніе прекращенія обязательствъ не существуетъ уже въ преторскомъ правѣ (§ 25).

d. Равняется ли исполненію новація, — это вопросъ спорный. Господствующее мнѣніе рѣшаетъ его въ утвердительномъ смыслѣ; но правильнымъ будетъ это рѣшеніе лишь тогда, когда воля совершающихъ новацію лицъ направлена на полное прекращеніе коррeальнаго обязательства, а не на освобожденіе только одного коррeальнаго должника или на удаленіе только одного коррeальнаго вѣрителя<sup>21</sup>. —

3. Если по поводу коррeальнаго обязательства возникаетъ споръ и этотъ споръ оканчивается процессомъ или присягою, то дѣйствуютъ слѣдующія правила:

a. По праву до-юстиніанову, примѣнялось правило „*ne bis sit de eadem re actio*“ (§ 95), хотя бы процессъ былъ возбужденъ только однимъ изъ коррeальныхъ вѣрителей или только противъ одного коррeальнаго должника. Это выражаютъ обыкновенно такъ: вслѣдствіе *litiscontestatio* со стороны одного коррeальнаго вѣрителя прочіе вѣрители теряли свое требованіе, вслѣдствіе *litiscontestatio* съ однимъ

<sup>17</sup> l. 21. § 5. l. 22. l. 23. l. 25. pr. l. 27. pr. l. 40. pr. l. 57. § 1. D. de pact. 2, 14; l. 34. § 11. de sol. 46, 3; l. 5. § 1. D. de lib. leg. 34, 3. —<sup>18</sup> l. 34. pr. D. de rec. 4, 8. —<sup>19</sup> l. 71. pr. D. de fidei. 46, 1. —<sup>20</sup> l. 9. D. de d. r. 45, 2. —<sup>21</sup> l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 8. § 11. l. 20. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 33. § 1. D. de st. s. 45, 3.

корреальнымъ должникомъ освобождались прочіе должники <sup>22</sup>. Но потеря требованія и освобожденіе отъ долга происходили только *civilliter*; неучаствовавшіе въ процессѣ *correi* оставались такимъ образомъ натуральными вѣрителями или должниками <sup>23</sup>. Юстиніанъ лишилъ *litiscontestatio* этого значенія <sup>24</sup>, по утвержденію въ которыхъ, для всѣхъ корреальныхъ должниковъ, по справедливому и господствующему мнѣнію, только для *пассивныхъ* <sup>25</sup>.

б. Если (мнимый) корреальный должникъ отрицаетъ подъ присягой, на которую его вызвалъ (мнимый) корреальный вѣритель, существованіе корреального обязательства, то это полезно и для его (мнимыхъ) содолжниковъ; точно также, съ другой стороны, признать значеніе присяги должны и (мнимые) совѣрители того, который вызвалъ на присягу <sup>26</sup>. Это правило примѣняется лишь тогда, когда присяга относится къ обязательству, какъ таковому, но если присяга касается участія присягающаго въ обязательствѣ, то, конечно, это правило не примѣняется <sup>27</sup>.

#### IV. Прибавимъ еще слѣд. замѣчанія:

1. Каждый *correus* отвѣчаетъ только за собственную пога, а не за пога прочихъ *correi* <sup>28</sup>.

2. Отвѣчаетъ ли каждый *correus* только за собственную вину (*culpa* или *dolus*) или также и за вину прочихъ участниковъ, это вопросъ спорный. Господствующее мнѣніе рѣшаетъ его утвердительно на основаніи *l. 18. D. de d. r. 45, 2*, но законъ этотъ вовсе не говоритъ о винѣ; правильнѣе рѣшать вопросъ въ отрицательномъ смыслѣ.

3. Содержаніе корреального обязательства *въ моментъ его возникновенія* должно быть вполнѣ равнымъ для всѣхъ *correi*. Различіе допускается только въ томъ отношеніи, что одинъ *correus* можетъ обязатья подъ условіемъ или срокомъ <sup>30</sup>.

4. Позднѣйшіе договоры, которые *correus* заключаетъ относительно корреального обязательства и которые измѣняютъ обязательство (напр., онъ обѣщаетъ отвѣчать за *culpa levis*, между тѣмъ какъ на немъ лежитъ только отвѣтственность за *culpa lata*, выго-

<sup>22</sup> *l. 28. C. de fid. et mand. 8, 40.* — <sup>23</sup> *arg. l. 16. D. h. t. 45, 2.* — <sup>24</sup> *l. 28. § 2. C. de fid. et mand. 8, 40.* — <sup>25</sup> *l. 2. D. h. t. 45, 2; l. 5. i. f. D. de fid. 46, 1; l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2.* — <sup>26</sup> *l. 28. pr. § 3. D. de iurei. 12, 2.* — <sup>27</sup> *Cf. l. 28. § 1. l. 42. § 1. D. de iurei. 12, 2; l. 1. § 3. D. quar. rer. act. 44, 5.* — <sup>28</sup> *l. 32. § 4. D. de us. 22, 1; l. 173. § 2. D. de r. i. 50, 17.* — <sup>29</sup> *l. 9. § 1. l. 15. l. 5. D. h. t. 45, 2.* — <sup>30</sup> *l. 7. D. h. t. 45, 2; § 2. I. h. t. 3, 16.*

вариваетъ себѣ отсрочку и т. п.), имѣютъ значеніе только для договаривающагося и его товарища <sup>31</sup>. Но если корреальный вѣритель приметъ обѣщаніе платежа (constitutum, § 264), то впредь только онъ имѣетъ право принять платежъ <sup>32</sup>, потому что constitutum есть начало solutio; слѣдовательно, корреальный вѣритель, принимаетъ ли онъ платежъ или обѣщаніе платежа, въ равной мѣрѣ исключаетъ своихъ совѣрителей, хотя бы послѣдніе не были его socii.

5. По закону Юстиніана <sup>33</sup>, перерывъ давности, происшедшій по отношенію къ одному корреальному должнику или одному корреальному вѣрителю, имѣетъ значеніе перерыва для *всѣхъ*, „quum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparuit“.

V. *Природа корреальныхъ обязательствъ* будетъ изложена въ § 247.

### 3) § 246. Только солидарныя обязательства.

См. литературу, указанную къ § 245.

Только солидарныя обязательства существуютъ въ римскомъ правѣ лишь какъ солидарность долговъ (спорно!); мы имѣемъ съ ними дѣло во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, *идѣ нѣсколько самостоятельныхъ долговъ направлены на одно и то же дѣйствіе*.

I. *Возникновеніе*. Основаній возникновенія солидарныхъ обязательствъ невозможно (какъ при корреальныхъ обязательствахъ) свести къ одному принципу, въ частности объ исходной точкѣ корреальнаго обязательства (а именно, что слѣдуетъ предотвратить раздѣленіе одного обязательства на нѣсколько долевыхъ обязательствъ) здѣсь не можетъ быть и рѣчи. Основанія возникновенія только солидарныхъ обязательствъ бываютъ двухъ родовъ:

1. *Отвѣтственность нѣсколькихъ лицъ за причиненный вредъ*:

а. Нѣсколько лицъ совершаютъ сообща деликтъ; они отвѣчаютъ за возмѣщеніе вреда солидарно <sup>1</sup>, потому что общій деликтъ есть деликтъ *каждаго* <sup>2</sup>. Съ этою обязанностью нельзя смѣшивать ихъ

<sup>31</sup> l. 9. § 1. D. h. t. 45, 2; l. 34. pr. D. de rec. 4, 8; l. 1. l. 14. D. rat. r. 46, 8.—<sup>32</sup> l. 10. D. de p. c. 13, 5.—<sup>33</sup> l. 4. C. h. t. 8, 39.—<sup>1</sup> l. 1. § 4. D. de eo per qu. f. 2, 10; l. 14. § 15. l. 15. D. qu. m. c. 4, 2; l. 17. pr. D. de dolo 4, 3; l. 5. D. de n. a. 9, 4; l. 3. pr. D. si m. 11, 6; l. 7. § 4. l. 18. D. qu. f. t. 27, 6; l. 1. § 13. D. de vi 43, 16; l. 1. C. de c. f. 4, 8.—<sup>2</sup> l. 1. §§ 14. 15. D. de tut. 27, 3.

обязанности уплатить штрафъ; каждый уплачиваетъ весь штрафъ (§ 81 пр. 8).

б. Нѣсколько лицъ по общей винѣ нарушаютъ уже существующее обязательство; они отвѣчаютъ солидарно на томъ же основаніи, что и въ случаѣ а. Сюда относится обязательство нѣсколькихъ опекуновъ или чиновниковъ<sup>3</sup>, а также и нѣсколькихъ лицъ, которыя наняли вещь или взяли ее въ ссуду<sup>4</sup> или на сохраненіе<sup>5</sup>, или которымъ поручено исполненіе какого либо дѣла<sup>6</sup>.

с. Нѣсколько лицъ приняли на себя по договору возмѣщеніе вреда; напр., по римскому праву, нѣсколько довѣрителей (mandatores), которые поручили кому либо веденіе какого либо дѣла, все равно, порознь или сообща (ибо общее порученіе есть порученіе каждого)<sup>7</sup>; по нынѣшнему праву, нѣсколько страховыхъ учрежденій, въ которыхъ застрахована одна и та же вещь.

д. Нѣсколько лицъ обязаны по закону къ возмѣщенію вреда; напр., нѣсколько жильцовъ одной комнаты, которые отвѣчаютъ по actio de effusis et eiectis<sup>8</sup>; нѣсколько общихъ собственниковъ раба или животнаго, которые отвѣчаютъ по actio noxalis<sup>9</sup>.

2. *Отвѣтственность одного лица за обязательство другого* по договору или по закону. Сюда относится обязательство поручителя рядомъ съ обязательствомъ главнаго должника, а также, по римскому праву, обязательство представляемаго рядомъ съ обязательствомъ открытаго представителя (§ 221). Господствующее мнѣніе причисляетъ всѣ эти случаи къ корреальнымъ обязательствамъ; ср. противъ этого § 245. II. § 246. II. 2.

II. *Правоотношенія солидарныхъ должниковъ.* Обоимъ случаямъ солидарнаго обязательства общи два правила:

1. Каждый солидарный должникъ отвѣчаетъ за весь долгъ (in solidum)<sup>10</sup>; впрочемъ, отвѣтственность эта смягчается тремя способами: а) въ нѣкоторыхъ случаяхъ признано benef. divisionis; это beneficium было предоставлено императоромъ Адрианомъ (въ epistola divi Hadriani, § 259 пр. 17) нѣсколькимъ сопоручителямъ, но классическіе юристы распространили его на нѣсколькихъ опекуновъ, чиновниковъ, депозитаріевъ, если они въ равной мѣрѣ ви-

<sup>3</sup> l. 15. D. de tut. 27, 3; l. 18. § 1. D. de adm. tut. 26, 7.—<sup>4</sup> l. 5. § 15. D. comm. 13, 6.—<sup>5</sup> l. 1. § 43. l. 22. D. dep. 16, 3.—<sup>6</sup> l. 60. § 2. D. mand. 17, 1.—<sup>7</sup> l. 21. l. 59. § 3. D. m. 17, 1; l. 52. § 3. de fid. 46, 1.—<sup>8</sup> l. 1. § 10. l. 2. l. 3. l. 4. D. de his qui ef. 9, 3.—<sup>9</sup> l. 8. l. 20. pr. D. de int. in i. 11, 1; l. 8. D. de nox. a. 9, 4; l. 1. § 14. D. si quadr. 9, 1.<sup>10</sup> l. 1. § 43. D. dep. 16, 3; l. 14. § 15. D. qu. m. c. 4, 2.



новны <sup>11</sup>; спорять о томъ, слѣдуетъ ли ограничить *beneficium* исчисленными случаями или распространить его на всѣхъ солидарныхъ должниковъ; справедливость говорить въ пользу распространенія: *pec enim amplius actoris interest* <sup>12</sup>; b) въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣть мѣсто *benef. excussionis*, т. е. одинъ изъ солидарныхъ должниковъ отвѣчаетъ *principaliter*, а другой лишь въ томъ случаѣ, если оказалось безуспѣшнымъ взысканіе съ перваго; это правило примѣнялось уже въ классическомъ правѣ къ нѣсколькимъ соопекунамъ и чиновникамъ, если въ причиненіи вреда *главнымъ образомъ* виновенъ одинъ изъ нихъ <sup>13</sup>; далѣе, по Нов. 4, главный должникъ отвѣчаетъ прежде поручителя; и здѣсь умѣстно распространеніе на аналогичные случаи; c) въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣть мѣсто право регресса; а именно, солидарный должникъ, уплатившій весь долгъ, можетъ по общему правилу требовать отъ своихъ содолжниковъ вознагражденія въ размѣрѣ, опредѣляемомъ по *beneficium divisionis* или *excussionis*; для этой цѣли онъ можетъ потребовать отъ вѣрителя цессіи его правъ противъ прочихъ должниковъ (*benef. cedendarum actionum* <sup>14</sup>); если же этой цессіи не послѣдовало безъ его вины, то онъ можетъ предъявить *utilis actio* <sup>15</sup> (§ 249 sub 3). Солидарнымъ должникамъ изъ *dolus* не дается никакого права регресса <sup>16</sup>.

2. Исполненіе дѣйствія однимъ должникомъ освобождаетъ прочихъ солидарныхъ должниковъ <sup>17</sup>, такъ какъ тогда вредъ уже возмѣщенъ, обѣщанное исполнено. Исполненію равняется *depositio, datio in solutum, compensatio*; относится ли сюда и *acceptilatio*, вопросъ спорный; по правильному мнѣнію, его слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ <sup>18</sup> (потому что *acceptilatio* есть *imaginaria solutio*).

Кромѣ этихъ двухъ общихъ началъ, означенные два вида только солидарныхъ обязательствъ существенно отличаются другъ отъ друга. При солидарныхъ обязательствахъ къ возмѣщенію вреда между солидарными должниками нѣтъ болѣе никакой зависимости (кромѣ вышеизложенной). Напротивъ, солидарныя обязательства,

<sup>11</sup> 1. 38. pr. § 1. 1. 45. D. de adm. t. 2<sup>o</sup>, 7; 1. 7. D. de mag. conv. 27, 8; 1. 22. D. dep. 16, 3. — <sup>12</sup> 1. 22. D. dep. 16, 3. — <sup>13</sup> 1. 3. § 2. 1. 39. § 11. 1. 55. § 2. D. de adm. t. 26, 7; 1. 12. D. rem p. 46, 6; 1. 11. 1. 12. 1. 13. D. ad mun. 50, 1. — <sup>14</sup> 1. 1. §§ 13. 14. 18. 1. 21. D. de tut. 27, 3; 1. 6. C. arb. t. 5, 51; 1. 2. C. de div. t. 5, 52; 1. 2. C. de contr. i. t. 5, 58. — <sup>15</sup> 1. 1. §§ 13. 14. D. de tut. 27, 3; 1. 2. §§ 8. 9. D. de adm. r. 50, 8; 1. 4. D. de his qui ef. 9, 3. — <sup>16</sup> 1. 1. § 14. D. de tut. 27, 3; 1. 38. § 2. D. de adm. t. 26, 7. — <sup>17</sup> 1. 14. § 15. D. qu. m. c. 4, 2; 1. 1. § 43. D. dep. 16, 3. — <sup>18</sup> 1. 16. D. de acc. 46, 4.

возникающія изъ отвѣтственности за чужую обязанность, имѣютъ характеръ придаточныхъ обязательствъ; главное обязательство, которое есть необходимое условіе ихъ существованія, опредѣляетъ ихъ содержаніе и судьбу; всякое прекращеніе главнаго обязательства (по праву до-юстиніанову также и *litiscontestatio* съ главнымъ должникомъ) влечетъ за собою по общему правилу прекращеніе придаточнаго, уменьшеніе или увеличеніе главнаго обязательства (напр., вслѣдствіе *casus, mora, culpa* главнаго должника) влечетъ за собою уменьшеніе или увеличеніе придаточнаго. Но нѣтъ обратной зависимости главнаго обязательства отъ придаточнаго; отсюда было только одно изъятіе, состоявшее въ томъ, что, по до-юстиніанову праву, *litiscontestatio* съ придаточнымъ должникомъ обнаруживала свое поглощающее дѣйствіе также для главнаго и для прочихъ придаточныхъ должниковъ, такъ какъ искъ о придаточномъ обязательствѣ немислимъ безъ иска о главномъ; но и это изъятіе устранено Юстиніаномъ<sup>19</sup>. Такимъ образомъ эти солидарныя обязательства рѣзко отличаются и отъ корреальныхъ обязательствъ, въ которыхъ обязательства отдѣльныхъ *coerrei* находятся въ отношеніи равной зависимости другъ отъ друга и равнаго вліянія другъ на друга; источники прямо признаютъ это различіе<sup>20</sup>; о корреальныхъ обязательствахъ сказано: *sunt duae obligationes eiusdem potestatis, o солидарныхъ обязательствахъ, o которыхъ зѣкъ идетъ рѣчь: est aliqua differentia obligationum, rei obligatio* (главное обязательство) *est plenior*; неосновательно господствующее мнѣніе причисляетъ эти солидарныя обязательства къ корреальнымъ.

III. *Сравненіе правоотношеній солидарныхъ должниковъ и корреальныхъ.* Въ правоотношеніяхъ солидарныхъ и корреальныхъ должниковъ въ юстиніановомъ (и нынѣшнемъ) правѣ не много различій, а именно, новация съ однимъ корреальнымъ должникомъ или присяга одного корреальнаго должника можетъ имѣть освобождающее значеніе для прочихъ; съ другой стороны, перерывъ исковой давности противъ одного корреальнаго должника вредитъ и прочимъ; корреальный должникъ не пользуется *benef. excussionis*. Затѣмъ, между вторымъ видомъ солидарныхъ должниковъ и корреальными должниками есть та разница, что придаточное обязательство зависитъ отъ главнаго (выше II кон.). Наконецъ, въ до-юстиніа-

<sup>19</sup> I. 28. C. de fid. 8, 40. — <sup>20</sup> I. 5. D. de fidei. 46, 1; I. 13. D. h. t. 45

новомъ правѣ между первымъ видомъ солидарныхъ должниковъ и корреальными должниками было еще одно важное различіе: *litiscontestatio* съ однимъ корреальнымъ должникомъ освобождала и прочихъ; именно открытіе этого различія повело въ наше время къ отдѣленію корреальныхъ обязательствъ отъ только солидарныхъ.—Вслѣдствіе незначительности перечисленныхъ различій новѣйшее законодательство оставило противопоставленіе корреальныхъ и солидарныхъ обязательствъ, говоря только о должникахъ, которые „отвѣчаютъ солидарно“.

#### 4) § 247. Природа корреальныхъ и только солидарныхъ обязательствъ.

I. *Господствующая теорія.* До новѣйшаго времени не различали корреального и солидарнаго обязательства; говорили только о корреальномъ обязательствѣ, называя его однимъ обязательствомъ съ нѣсколькими субъектами. Но вотъ замѣтили, что, по классическому римскому праву, иногда (а именно, при только солидарныхъ обязательствахъ перваго вида, § 246 sub I) *litiscontestatio* съ однимъ должникомъ не влечетъ за собою освобожденія его содолжниковъ; это открытіе послужило поводомъ къ установленію различія между корреальными и только солидарными обязательствами; *корреальное обязательство признали (и теперь это господствующее мнѣніе) однимъ обязательствомъ съ нѣсколькими субъектами, только солидарное обязательство — нѣсколькими обязательствами, направленными на одинъ и тотъ же предметъ.* Тѣмъ свойствомъ корреальнаго обязательства, что оно есть одно, единое обязательство, объяснили правило, что не только платежъ (и акты, имѣющіе съ нимъ равное значеніе), но и *acceptilatio, novatio, litiscontestatio, culpa*, перерывъ исковой давности—производятъ равное дѣйствіе на *всѣхъ cogrei*, хотя исходятъ только отъ одного изъ нихъ. Но такъ какъ это правило примѣняется не ко *всѣмъ* юридическимъ фактамъ (безспорно не примѣняется къ *confusio, capitis deminutio, mora, pact. de non petendo*, спорно—къ *culpa, novatio*), то *установили различіе между объективнымъ составомъ и субъективнымъ отношеніемъ корреальнаго обязательства, утверждая, „что тѣ факты, которые касаются объективнаго состава самаго обязательства, полезны для всѣхъ cogrei, а тѣ, которые вліяютъ только на личность одного изъ нихъ, не затрагивая состава самаго обязательства, могутъ быть полезны или вредны исключительно для него одного“.*

II. *Другія теоріи.* Указанная теорія пользовалась нѣкоторое время всеобщимъ признаніемъ; но въ послѣднее время она не разъ подвергалась нападкамъ; особенно же возбуждало сомнѣнія различіе между объективнымъ составомъ и субъективнымъ отношеніемъ коррелянаго обязательства; во-первыхъ потому, что этимъ еще не объясняется, почему же нѣкоторые факты дѣйствуютъ объективно, а нѣкоторые субъективно; во-вторыхъ потому, что вообще субъекты обязательства и само обязательство находятся въ такой тѣсной связи другъ съ другомъ, что всякій фактъ, касающійся субъектовъ обязательства, какъ таковыхъ, долженъ воздѣйствовать и на обязательство. Сюда присоединяется еще то, что и сами источники называютъ корреляное обязательство то *una obligatio*, то *plures obligationes*<sup>1</sup>. Вслѣдствіе этого въ послѣднее время были предложены другія теоріи о природѣ коррелянаго обязательства.

1. Нѣкоторые вообще не признаютъ различія между корреляными и только солидарными обязательствами. Правила, которыя господствующее мнѣніе сводитъ къ единству коррелянаго обязательства, одни изъ нихъ считаютъ опредѣленіями чисто положительнаго характера (—источники вовсе не даютъ повода такъ думать—), другіе выводятъ ихъ изъ предполагаемой воли сторонъ (—что, очевидно, почти нигдѣ невозможно—); третьи, наконецъ, утверждаютъ, что тѣ правила, собственно говоря, должны бы примѣняться и къ только солидарнымъ обязательствамъ, но что они не примѣняются къ только солидарнымъ обязательствамъ потому, что послѣднія суть обязательства изъ делиетовъ или сходныхъ съ деликтами фактовъ (—это утвержденіе ничего не доказываетъ—).

2. Другіе, удерживая различіе между корреляными обязательствами и только солидарными, называютъ корреляное обязательство—обязательствомъ субъективно-альтернативнымъ: въ корреляномъ обязательствѣ не рѣшено (*in pendenti*), кто изъ нѣсколькихъ лицъ есть вѣритель (или должникъ); это нерѣшительное состояніе прекращается послѣдующимъ дѣйствіемъ (*electio, occupatio*); напротивъ, въ только солидарномъ обязательствѣ имѣется рядомъ нѣсколько опредѣленныхъ обязательствъ, которыя (за исключеніемъ платежа) не зависятъ другъ отъ друга. Эта теорія противорѣчитъ

<sup>1</sup> Ср. ниже пр. 4—8.

источникамъ, которые каждаго изъ *сoggei* съ самаго начала называютъ должникомъ или вѣрителемъ и обсуждаютъ какъ такового: *et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur*<sup>2</sup>, и. т. под. выраженія<sup>3</sup>.

3. Авторъ настоящаго учебника согласенъ съ господствующимъ мнѣніемъ относительно только солидарныхъ обязательствъ; въ корреальномъ же обязательствѣ видитъ онъ совокупное правоотношеніе (*Gesamtrechtsverhältniss*), т. е. соединеніе одного общаго обязательства съ нѣсколькими отдѣльными обязательствами. Воля дѣйствующихъ лицъ, чтобы обязательство не было раздѣлено, можетъ быть исполнена только тѣмъ путемъ, что обязательство заключается совокупностью *сoggei* какъ чѣмъ то единымъ; такимъ образомъ возникаетъ совокупное обязательство, въ источникахъ—*communis, tota, una obligatio*<sup>4</sup>, *commune ius*<sup>5</sup>. Но, далѣе, такъ какъ каждый *сoggeus* есть самостоятельный субъектъ правъ и обладаетъ отдѣльнымъ имуществомъ, то совокупное обязательство порождаетъ отдѣльное обязательство для каждаго *сoggeus*, въ источникахъ—*propria singulorum obligatio*<sup>6</sup>, *duae species obligationis*<sup>7</sup>, *duae obligationes*<sup>8</sup>. Въ каждомъ отдѣльномъ обязательствѣ существуетъ какъ бы пробѣлъ; ибо корреальный вѣритель признаетъ управомоченность своихъ совѣрителей рядомъ съ собою, корреальный должникъ утверждаетъ наличность обязанности своихъ содолжниковъ рядомъ со своею обязанностью; отсюда слѣдуетъ, что исполненіе корреальнаго обязательства, хотя исходящее отъ одного корреальнаго должника и обращенное къ одному корреальному вѣрителю, тѣмъ не менѣе прекращаетъ *всѣ* отдѣльныя обязательства; то же относится и къ распоряженію обязательствомъ (напр., *novatio, cessio*), если только намѣреніе распоряжающагося направлено на прекращеніе всѣхъ отдѣльныхъ обязательствъ; далѣе, *litiscontestatio* и присяга влекутъ за собою одинаковыя послѣдствія для *всѣхъ* *сoggei*, такъ какъ онѣ суть средства удостовѣренія корреальнаго обязательства, а удостовѣреніе отдѣльнаго корреальнаго обязательства невозможно безъ предварительнаго удостовѣренія совокупнаго обязательства. Кромѣ исполненія, распоряженія и удостовѣренія,

<sup>2</sup> *pr. I. h. t. 3, 16; l. 2. D. h. t. 45, 2.*—<sup>3</sup> *l. 3. § 1. l. 19. D. h. t. 45, 2.*—<sup>4</sup> *l. 34. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 2. D. h. t. 45, 2.*—<sup>5</sup> *l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2.*—<sup>6</sup> *l. 9. § 2. D. h. t. 45, 2.*—<sup>7</sup> *l. 13. D. h. t. 45, 2; l. 5. D. de fid. 46, 1.*—<sup>8</sup> *§ 1. I. h. t. 3, 16; l. 5. D. de fid. 46, 1; l. 15. D. h. t. 45, 2.*

между отдѣльными обязательствами нѣтъ болѣе никакой зависимости, поэтому всякій другой юридическій фактъ (напр., *act. de non petendo*, *confusio*, *moras*, *culpa*) касается только одного изъ *correi*.

## ГЛАВА ПЯТАЯ.

### Уступка требованій и принятіе на себя чужихъ долговъ (*cessio* и *intercessio*).

#### Раздѣлъ первый.

#### Уступка требованій (*cessio*).

t. D. XVIII, 4; C. IV, 39: de hereditate vel actione vendita.—*Mühlenbruch*, Lehre von der Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. 1836.—*Kuntze*, въ первой книгѣ, указанной къ § 245.—*Windscheid*, die Actio. des Römischen Civilrechts. §§ 15—20. 1856.—*Schmidt*, die Grundlehren der Cession. 2 тома. 1863, 1866.—*Ryck*, L. v. d. Schuldverhältnissen. § 103. 1889.

#### I. § 248. Историческое введеніе.

*Danz*, die Forderungsüberweisung. § 1—6. 1886.—*Eisele*, die actio utilis des Cessionars. 1887.—*Vangerow*, § 574.—*Windscheid*, §§ 328. 329.—*Brinz*, § 284.—*Baron*, § 137.

Вопросъ, можетъ ли требованіе перейти отъ вѣрителя на другое лицо, по древнему *ius civile*, рѣшается различно по отношенію къ универсальному преемству и преемству сингулярному: на универсальнаго преемника (наслѣдника, *pater agrogator* и т. д.) требованія (кромѣ чисто-личныхъ, § 270 пр. 1) могли переходить; путемъ сингулярнаго преемства (напр., на того, кто хотѣлъ совершить мѣну, куплю требованія) требованіе не могло быть перенесено однимъ вѣрителемъ; для переноса требованія необходима была *delegatio* (§ 307), т. е. такая сдѣлка, которая зависитъ отъ согласія должника и которая не переноситъ старое требованіе, а замѣняетъ его новымъ. Причину этого господствующее мнѣніе видитъ въ томъ, что обязательство, представляя *чисто-личное* отношеніе между двумя субъектами правъ, по самому своему понятію не можетъ быть переносимо, и что перемѣна вѣрителей измѣняетъ само обязательство. Очевидно, это можно сказать только о такихъ обязательствахъ, на которыя оказываетъ опредѣленное вліяніе личность сторонъ (напр., обязательства къ услугамъ, къ установленію узурфрукта, § 270 пр. 1); если бы это объясненіе

было справедливо относительно всѣхъ обязательствъ, то это не допустило бы также перехода требованій по универсальному предмету. Дѣйствительная причина заключается въ томъ, что древнему *ius civile* не доставало *формы* для переноса *отдѣльныхъ* требованій <sup>1</sup> (что при незначительности обязательственного оборота въ средній періодъ римской республики не удивительно); такую форму надо было создать. Ее нашли лишь послѣ введенія формулярнаго процесса, т. е. тогда, когда стало возможно вести свой процессъ не лично, а чрезъ своего представителя (*cognitor*, *procurator*) <sup>2</sup>; путемъ *litiscontestatio* съ отвѣтчикомъ представитель дѣлался *dominus litis*, т. е. рѣшеніе произносилось на имя представителя; прокураторъ имѣлъ *actio iudicati* и долженъ былъ затѣмъ расчитываться съ представляемымъ <sup>3</sup>. Такимъ образомъ, если кто либо хотѣлъ передать свое требованіе другому, то онъ давалъ послѣднему *mandatum agendi* (уполномочивалъ его получить исполненіе, а въ случаѣ необходимости вчать искъ), заявляя вмѣстѣ съ тѣмъ, что онъ можетъ это сдѣлать *in rem suam* (т. е. въ собственномъ интересѣ, не давая отчета, съ правомъ удержать за собою полученное отъ должника): представитель дѣлался *cognitor* или *procurator in rem suam* <sup>4</sup>. Такимъ путемъ потребности оборота въ значительной части были удовлетворены; хотя вѣритель (*cedens*) уступалъ только *искъ* (поэтому источники чаще говорятъ о *mandare, cedere actionem*, нежели о *cedere nomen*), хотя *cessionarius* былъ только *представителемъ* вѣрителя въ процессѣ, но, получая искъ, цессіонарій въ существенныхъ отношеніяхъ прибрѣталъ и требованіе. Впрочемъ, только въ существенныхъ отношеніяхъ, что видно изъ слѣдующаго: *mand. agendi in rem suam* подлежало обыкновеннымъ правиламъ порученія и поэтому (§ 306 sub III) теряло силу вслѣдствіе отмѣны уполномочія со стороны довѣрителя (цедента) <sup>4a</sup>, а также и вслѣдствіе смерти манданта или мандатарія (цедента или цессіонарія), если эти факты наступали до *litiscontestatio* цессіонарія съ должникомъ (*debitor cessus*). Чтобы устранить это неудобство, въ императорской періодъ была дана цессіонарію *actio utilis suo nomine* <sup>5</sup>, т. е. право получить платежъ и вчинить искъ, *не выступая въ роли*

<sup>1</sup> Gai. 2, 38. — <sup>2</sup> Gai. 4, 82. — <sup>3</sup> Gai. 4, 86. 87; fr. Vat. 317; l. 4. § 5. D. de app. 49, 1; l. 11. pr. D. de dol. exc. 44, 4; l. 22. 23. C. de proc. 2, 13. — <sup>4</sup> Gai. 2, 39. — <sup>4a</sup> l. 3. C. de nov. 8, 41. — <sup>5</sup> l. 16. pr. D. de pact. 2, 14; l. 55. D. de proc. 3, 3; l. 1. C. de o. et a. 4, 10; l. 33. C. de don. 8, 53.

*представителя первоначальнаго должника, но дѣйствуя отъ своего имени.* Мало по малу (съ 3-го вѣка по Р. Хр.) эта actio utilis suo nomine стала даваться и въ такихъ случаяхъ, гдѣ вѣритель со-всѣмъ не даетъ никакого mand. agendi, но заключаетъ сдѣлку отчуженія, которая обязываетъ его къ выдачѣ mand. agendi (cessio voluntaria: купля<sup>6</sup>, datio in solutum<sup>7</sup>, легать<sup>8</sup>, установленіе приданаго<sup>9</sup>, дареніе<sup>10</sup>); мало того, эта actio utilis стала примѣняться и въ нѣкоторымъ такимъ случаямъ (какъ нѣкоторые утверждаютъ—ко всѣмъ), когда кто либо обязанъ къ уступкѣ требованія *въ силу закона* (cessio legis, § 249 sub 3.—Природа этой actio utilis спорна. Многие думаютъ, что она касается только отношенія между цедентомъ и цессіонаріемъ, давая послѣднему твердое (неотмѣнимое и наследственное) право; отношенія же между цессіонаріемъ и должникомъ искъ этотъ не затрагиваетъ: цессіонарій все таки осуществляетъ *чужое* требованіе. Другіе полагаютъ, что actio utilis охватываетъ и это послѣднее отношеніе, такъ что цессіонарій изъ представителя цедента дѣлается самъ управомоченнымъ, вѣрителемъ должника. Справедливо послѣднее мнѣніе, такъ какъ только оно объясняетъ, почему цессіонарій можетъ дѣйствовать отъ *своего* имени; поэтому можно утверждать, что cessio въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ производить сингулярное преемство въ требованіяхъ: *cessio является здѣсь дѣйствительнымъ преемствомъ въ требованіи, а не новациею, поэтому придаточныя права и привилегіи переходятъ тоже на цессіонарія* (§ 250 sub 2 a); это подтверждается и выраженіями источниковъ, какъ то obligationem, debitum transferre, donare<sup>11</sup>; однако необходимо замѣтить, что:

1. По формѣ и по названію цедентъ остается вѣрителемъ; какъ бонитарному собственнику источники не присваиваютъ названія dominus, а преторскому наследнику названія heres, точно также нельзя ожидать и примѣненія слова creditor къ цессіонарію. Для современнаго права это, конечно, не имѣетъ значенія.

2. Обстоятельство, которое обосновываетъ actio utilis цессіонарія (отчуждательная сдѣлка, предписаніе закона) само по себѣ неизвѣстно должнику; *поэтому онъ можетъ послѣ совершенія cessio*

<sup>6</sup> l. 16. pr. D. de pact. 2, 14; l. 7. l. 8. l. 9. C. h. t. 4, 39; l. 1. l. 2. C. de o. et a. 4, 10. — <sup>7</sup> l. 5. C. quando fisc. 4, 15. — <sup>8</sup> l. 18. C. de leg. 6, 37. — <sup>9</sup> l. 2. C. de o. et a. 4, 10. — <sup>10</sup> l. 33. C. de don. 8, 53. — <sup>11</sup> l. 23. C. mand. 4, 35; l. 2. § 8. D. h. t. 18, 4; l. 5. § 2. D. qu. m. p. 20, 6; l. 64. § 4. D. sol. matr. 24, 3; l. 64. pr. D. ad sc. Tr. 36, 1.



смотреть на цедента, какъ на вѣрителя (напр., уплатить ему долгъ, совершить съ нимъ *compensatio*)<sup>12</sup> до тѣхъ поръ, пока не узнаетъ о цессии. Но спорно, связываетъ ли должника съ цессіонаріемъ всякое какимъ бы то ни было образомъ дошедшее до него свѣдѣніе о цессии (лишь бы достовѣрное), или только прямое извѣщеніе (*denuntiatio*) со стороны цессіонарія (или также и цедента, какъ нѣкоторые утверждаютъ). Источники то упоминаютъ о *denuntiatio*, то обходятъ ее молчаніемъ<sup>13</sup>—это доказываетъ, что *denuntiatio* не требуется, но рекомендуется; для цессіонарія весьма важно не оставлять извѣщенія должника на произволь судьбы.

## II. Догматическое изложеніе.

### А. § 249. Понятіе и актъ цессіи.

*Vangerow*, § 574.—*Windscheid*, § 330.—*Brinz*, § 285.

*Цессія есть самостоятельный переносъ требованія отъ прежняго вѣрителя на другое лицо.* Она совершается:

1. Изъявленіемъ со стороны прежняго вѣрителя воли передать другому право требованія или взысканія по требованію въ свою (получающаго) пользу и принятіемъ со стороны другого. Для изъявленія этой воли (и для принятія) особой формы не требуется, но обыкновенно она совершается въ письменной формѣ, чтобы доставить цессіонарію средство доказательства цессіи. Согласія должника не требуется<sup>1</sup>. Цессія есть абстрактный договоръ. Абстрактная воля перенести требованіе имѣетъ въ виду (какъ *animus domini transferendi* при *traditio*, § 131 пр. 14) какую либо конкретную цѣль (*causa cessionis*), къ которой примѣняются тѣ же правила, что и къ *causa traditionis*.—Изъявленіе воли является излишнимъ, если *causa cessionis* заключается въ какой либо отчуждательной сдѣлкѣ, совершенной прежнимъ вѣрителемъ, какъ то: купля, легать, установленіе *dos*, дареніе (ср. текстъ § 248 къ пр. 6—10); тогда цессія называется *cessio voluntaria*; въ противоположность послѣдней та цессія, которая основывается на предписаніи закона, называется *cessio necessaria*, напр., совершающій платежъ

<sup>12</sup> I. 23. § 1. D. h. t. 18, 4; I. 17. D. de transact. 2, 15.—<sup>13</sup> Ср., съ одной стороны, I. 3. C. de nov. 8, 41; I. 4. C. quae res p. 8, 16; съ другой стороны, I. 17. D. de transact. 2, 15; I. 18. пр. D. de p. a. 13, 7.—<sup>1</sup> I. 3. C. h. t. 4, 39; I. 1. C. de nov. 8, 41.

корреальный или солидарный должникъ осуществляет benef. cedendarum actionum (§ 245 пр. 13, § 246 пр. 14).

2. Судебнымъ постановленіемъ: въ рѣшеніи процесса о раздѣлѣ<sup>2</sup>, или для исполненія какого либо рѣшенія; въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ переводъ вмѣсто платежа. Переводъ вмѣсто платежа, по И. у. г. с. § 736 слѣд., допускается только при денежныхъ требованіяхъ; ему принадлежитъ (какъ отмѣчено въ объяснительной запискѣ къ И. у. г. с.) характеръ *datio in solutum* (§ 225 sub 2).

3. Непосредственнымъ опредѣленіемъ закона (*cessio legis*). Но является спорнымъ, можетъ ли каждый, кто имѣетъ законное притязаніе на уступку требованія, *ipso iure* выступать въ роли цессіонарія, или это примѣняется лишь къ отдѣльнымъ немногимъ случаямъ<sup>3</sup>; первое мнѣніе противорѣчитъ яснымъ свидѣтельствамъ источниковъ<sup>4</sup>. Дѣйствительные случаи *cessio legis* суть слѣдующіе: нѣкоторые солидарные должники, уплативъ весь долгъ, могутъ въ силу закона требовать соответствующихъ частей отъ своихъ содолжниковъ (§ 246 пр. 15); не получившій обязательной доли наслѣдникъ, который совершилъ *rescissio testamenti*, можетъ въ силу закона требовать назадъ отказы, выданные наслѣдниками по завѣщанію, отъ лицъ получившихъ<sup>5</sup>.

## В. Правоотношенія.

### 1) § 250. Цедента и цессіонарія къ должнику.

*Vangerow*, § 575.—*Windscheid*, §§ 321—332, 334.—*Brinz*, § 285.—*Bekker*, § 98. Beil. I.

1. Цедентъ съ момента совершенія *cessio* (а не съ момента *denuntiatio*, какъ нѣкоторые полагаютъ) теряетъ свое требованіе<sup>1</sup>; отсюда слѣдуетъ, въ частности, что второю цессіей онъ ничего не переноситъ на новаго цессіонарія. Тѣмъ не менѣе должникъ, пока не узнаетъ о цессіи, можетъ поступать съ цедентомъ какъ съ вѣрителемъ<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> I. 3. D. fam. erc. 10, 2.—<sup>3</sup> I. 57. D. de leg. 1 (30); I. 1. §§ 13. 14. D. de tut. 27, 3; I. 4. D. de his qui eff. 9, 3; I. 8. § 16. D. de inoff. test. 5, 2; I. 2. D. qu. ex f. 26, 9.—<sup>4</sup> I. 11. C. de fid. 8, 40; I. 49. § 2. D. de a. p. 41, 2; § 4. I. de fideiuss. 3, 20.—<sup>5</sup> I. 8. § 16. D. de inoff. test. 5, 2. См. еще сингулярный случай I. 53. i. f. D. de cond. ind. 12, 6.

<sup>1</sup> I. 16. пр. D. de pact. 2, 14; I. 18. пр. D. p. a. 13, 7; I. 26. D. de proc. 3, 3.—<sup>2</sup> См. текстъ § 248 въ пр. 1.—<sup>3</sup> I. 6. D. h. t. 18, 4.—<sup>4</sup> I. 20. пр. D. h. t. 18, 4.

2. Цессіонарій съ момента совершенія *cessio* (а не съ момента *denuntiatio*, какъ въкоторыя полагають) приобрѣтаетъ требованіе и можетъ имъ распорядиться по своему усмотрѣнію, напр., простить его, представить къ зачету, отчудить<sup>5</sup>. Онъ можетъ осуществить требованіе въ томъ же объемѣ и только въ томъ объемѣ, какъ цедентъ<sup>6</sup>; въ этомъ отношеніи позднѣйшее право (по которому цессіонарій признается вѣрителемъ) должно было удержать всѣ слѣдствія прежняго (по которому цессіонарій признается лишь представителемъ вѣрителя), потому что иначе или цессіонарій, или должникъ понесъ бы ущербъ. Отсюда слѣдуетъ:

а. Цессіонарію принадлежать не только всѣ придаточныя права (на залоги и противъ поручителей)<sup>7</sup> но и привилегіи, и то не только *privil. causae*, но и *personae cedentis*, напр., процентная и залоговая привилегія фиска<sup>8</sup>; ибо въ противномъ случаѣ требованіе въ рукахъ цессіонарія уменьшилось бы въ цѣнѣ; тѣмъ не менѣе источники исключаютъ отсюда личныя права преимущества въ конкурсѣ (*privil. exigendi personae*)<sup>9</sup>; это положеніе пытались объяснить разными способами, но едва ли его можно оправдать.— Процессуальныя привилегіи цедента (напр., привилегія относительно подсудности, освобожденіе отъ *cautiones*) не принадлежать цессіонарію, такъ какъ онѣ не касаются требованія.

б. Можетъ ли цессіонарій воспользоваться своими собственными личными привилегіями, это вопросъ спорный. По правильному мнѣнію, его слѣдуетъ рѣшить въ отрицательномъ смыслѣ, потому что въ противномъ случаѣ должникъ потерялъ бы въ слѣдствіе цессіи ущербъ. Подтвержденій въ источникахъ нѣтъ<sup>10</sup>.

с. Всѣ возраженія, которыя должникъ могъ противопоставить цеденту (напр., возраженіе компенсаціи), сохраняють силу и противъ цессіонарія, *если только во время ихъ возникновенія должникъ не зналъ еще о цессіи.*

<sup>5</sup> l. 13. § 1. l. 16. D. de pact. 2, 14; l. 17. § 3. D. de iurei. 12, 2; l. 18. D. de comp. 16, 2; l. 33 C. de don. 8, 53.—<sup>6</sup> l. 8. C. h. t. 4, 39.—<sup>7</sup> l. 6. l. 23. pr. D. h. t. 18, 4; l. 6. l. 7. C. de o. et a. 4, 10; l. 14. C. de fid. 8, 40.—<sup>8</sup> l. 43. D. de us. 22, 1; l. 2. C. de his qui in pr. l. 8, 18; l. 7. C. de priv. f. 7, 73.—<sup>9</sup> l. 42. D. de adm. et per. 26, 7.—<sup>10</sup> Приведенныя прежде l. 6. D. de iure fisci 49, 14 и l. 17. § 6. D. de us. 22, 1 говорятъ объ универсальномъ преемствѣ.

## 2) § 251. Отношенія цедента и цессионарія другъ къ другу.

*Schliemann*, die Haftung des Cedenten. 1848.—*Vangerow*, § 575.—*Windscheid*, §§ 336. 397.—*Brinz*, § 285.

1. Обязанности цедента суть слѣдующія: онъ долженъ во всѣхъ случаяхъ (т. е. въ чемъ бы *causa sessionis* ни заключалась) содѣйствовать цессионарію въ осуществленіи требованія, въ частности: указать и выдать ему средства доказыванія <sup>1</sup>; далѣе, онъ долженъ выдать цессионарію все то, что получить отъ должника <sup>2</sup>. Напротивъ, вопросъ объ его отвѣтственности за существованіе требованія (за *nomen verum, debitorem esse*) или за его фактическую осуществимость (за *nomen bonum*, надежность требованія, *locupletem debitorem esse*) рѣшается различно, смотря по *causa sessionis*: даритель или обремененный отказомъ не отвѣчаетъ ни за то, ни за другое, продавецъ не отвѣчаетъ за *nomen bonum*, но отвѣчаетъ за *nomen verum* <sup>3</sup>; должникъ, денежное требованіе коего переведено вмѣсто платежа его вѣрителю (§ 249 sub 2), также не отвѣчаетъ, по И. у. г. с. § 736 часть 2, за *nomen bonum*; управляющій имуществомъ, который превратилъ послѣднее (или часть его) въ требованія, отвѣчаетъ за ихъ дѣйствительность и за ихъ надежность; но эти опредѣленія часто отмѣняются особымъ *actum adiectum*.

2. Обязанности цессионарія зависятъ отъ *causa sessionis*; покупатель долженъ уплатить покупную цѣну и т. д.

## С. § 252. Допустимость и недопустимость цессіи.

*Vangerow*, § 574.—*Windscheid*, § 335.—*Brinz*, 285.

I. По общему правилу цессія допускается при всѣхъ требованіяхъ, какъ условныхъ, срочныхъ, будущихъ, такъ и при натуральныхъ и придаточныхъ (напр., при требованіяхъ процентовъ). При двустороннихъ обязательствахъ каждая сторона можетъ уступить свое требованіе, что однако не освобождаетъ ее отъ ея долга; поэтому, двусторонняго договора, какъ *цѣлаго*, по римскому праву, нельзя перевести по *cessio*; иначе по современному праву—вслѣдствіе новаго института принятія на себя чужихъ долговъ (§ 254 sub IV).

<sup>1</sup> I. 28. l. 55. D. de proc. 3, 3; l. 6. l. 14. pr. l. 23. pr. D. h. t. 18, 4.—<sup>2</sup> I. 23. § 1. D. h. t. 18, 4.—<sup>3</sup> I. 4. l. 5. D. h. t. 18, 4; l. 74. § 3. D. de ev. 21, 2; cf. l. 10. l. 11. l. 12. D. h. t. 18, 4; l. 18. § 3. D. de don. 39, 5; l. 75. §§ 1. 2. D. de leg. 1 (30); l. 31. pr. D. de a. e. v. 19, 1.

<sup>1</sup> cf. l. 58. pr. D. loc. 19, 2; l. 53. pr. D. de a. e. v. 19, 1.

II. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ цессія запрещается, а въ случаѣ совершенія вопреки запрету признается ничтожною. Это относится: а) къ такимъ требованіямъ, которыя по отношенію къ вѣрителю являются чисто личными, напр., обязательство къ предоставленію узупрукта, алиментовъ, личныхъ услугъ<sup>2</sup>; б) по императорскому законодательству<sup>3</sup>, запрещается уступка спорныхъ требованій кромѣ случаевъ установленія dos или donatio propter nuptias, мировой сдѣлки, раздѣла наслѣдства и исполненія отказа; это ограниченіе устраниено §-мъ 236 И. у. г. с.; в) по нѣсколькимъ новымъ имперскимъ законамъ<sup>3а</sup>, ничтожна цессія (залогъ, переводъ, наложеніе ареста) вознагражденія за работы или услуги до дня платежа, а равно и служебныхъ доходовъ чиновниковъ и военнослужащихъ, права на пособие изъ внесенныхъ въ регистры кассъ вспомошествованія, права на ренту изъ государственныхъ установленій страхованія на случай старости и неспособности къ труду а равно и права на ренту изъ страхованія отъ несчастныхъ случаевъ профессиональными союзами.

III. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ нельзя уступить требованія определеннымъ лицамъ; нарушеніе такого запрещенія влечетъ за собою полное освобожденіе должника. Эти случаи слѣд.: а) никто не можетъ уступить своего требованія болѣе сильному (potentior), т. е. такому лицу, которое вслѣдствіе своего социальнаго положенія лишило бы должника возможности вести успѣшно процессъ<sup>4</sup>; спорные вопросы, возбужденные этимъ предписаніемъ Θεодосія и Гонорія, могутъ имѣть только историческій интересъ, такъ какъ теперь нѣтъ potentiores въ этомъ смыслѣ; б) по германскимъ имперскимъ законамъ еврей не можетъ уступить христіанину требованія, которое ему принадлежитъ противъ христіанина<sup>5</sup>; и этотъ законъ на практикѣ уже давно не соблюдался; формально отмѣнилъ его союзный законъ 3 іюля 1869; в) вѣритель опекаемаго не можетъ уступить своего требованія опекуну даже послѣ окончанія опеки, если требованіе возникло еще во время опеки<sup>6</sup>.

IV. Pacta de non cedendo признаются дѣйствительными, совершенная вопреки уговору уступка не имѣетъ силы.

<sup>2</sup> I. 9. § 1. D. de op. lib. 38, 1.—<sup>3</sup> I. 3. l. 4. C. de lit. 8, 36.—<sup>3а</sup> Reichsgesetz 21 іюня 1869 г.; 31 марта 1873 г. § 6; 2 мая 1874 г. § 45; 7 апрѣля 1876 г. § 10—<sup>4</sup> I. 2. C. ne lic. pot. 2, 14.—<sup>5</sup> R.A. 1551 г. § 79; R.P.O. 1577 г. Tit. 20. § 4.—<sup>6</sup> Nov. 72. c. 5.—<sup>7</sup> I. 4. D. de iud. 5, 1; I. 7. D. de o. et. a. 44, 7.

## D. § 253. Lex Anastasiana.

*Vangerow*, § 576.—*Windscheid*, § 333.

По закону императора Анастасія <sup>1</sup>, цессіонарій, который купилъ требованіе за сумму меньше номинальной, не можетъ требовать отъ должника больше уплаченной имъ суммы вмѣстѣ съ обычными процентами; по дополнительному постановленію Юстиніана <sup>2</sup>, въ случаѣ обхода этого закона тѣмъ путемъ, что часть требованія продается, а часть дарится, или тѣмъ путемъ, что для виду дается цѣлое требованіе, должникъ обязанъ къ платежу только уплаченной суммы. Отъ разности двухъ суммъ должникъ освобождается. Законъ этотъ, какъ это въ немъ ясно выражено, относится только въ куплѣ требованій, но не къ купле-подобнымъ сдѣлкамъ, каковы, напр., раздѣлъ сонаслѣдниковъ, *datio in solutum*, уступка по мировой сдѣлкѣ. Но и по отношенію къ куплѣ практика и теорія ограничили законъ Анастасія (изъявъ изъ его дѣйствія бумага на предъявителя и векселя), такъ какъ принципъ этого закона, по которому торговля требованіями влечетъ будто бы за собою притѣсненіе должниковъ, неоснователенъ; поэтому новыя партикулярныя законодательства и Общія германскій торговый кодексъ арт. 299 совсѣмъ отиѣнили законъ Анастасія.

## Раздѣлъ второй.

Принятіе на себя чужихъ долговъ (*intercessio*).

t. D. XVI, 1; C. IV, 29: ad setum Velleianum.—*Kattenhorn*, über Intercessionen der Frauen nach Römischen Recht. 1840.—*Bachofen*, ausgewählte Lehren des Römischen Civilrechts. 1848.—*Girtanner*, die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht. 1851.—*Hasenbalg*, Beiträge zur Lehre von der Intercession. 1856.—*Danz*, die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung. §§ 35 — 50. 1886.—*v. Blume*, Novation, Delegation und Schuldübertragung. S. 39 ff. 1895.—*Delbrück*, die Uebnahme fremder Schulden nach gemeinem und Preussischem Recht. 1853; ср. также литературу къ § 217.

## I. § 254. Понятіе интерцессіи и ея примѣненіе.

*Vangerow*, § 577.—*Windscheid*, § 485.—*Brinz*, §§ 252. 260. 261.

**I. Понятіе.** Принятіе на себя чужого дома (*intercessio*, также *interventio*) есть договоръ между впрителемъ и третьимъ лицомъ, въ которомъ последнее принимаетъ на себя долгъ другого. И такъ.

<sup>1</sup> I. 22. C. mand. 4, 35.—<sup>2</sup> I. 23. C. eod. 4, 35.

всякая *intercessio* содержитъ три существенные признака: 1) кто либо долженъ *принять на себя долгъ*, 2) и притомъ долгъ *чужой*, 3) посредствомъ *договора съ вѣрителемъ*.

II. *Примѣненіе этого понятія*. Означенные три признака свойственны нѣсколькимъ сдѣлкамъ различнаго содержанія:

1. *Экспромисси*, которая состоитъ въ томъ, что кто либо принимаетъ на себя уже существующій долгъ другого и притомъ такъ, что послѣдній освобождается отъ долга. Это совершается посредствомъ новирующаго договора, у Римлянъ посредствомъ стипуляціи и литеральнаго контракта (по современному праву, посредствомъ неформальнаго договора, § 266 кон.), или посредствомъ *defensio* въ процесѣ. т. е. акта, сходнаго съ новаціей<sup>1</sup>. Въ источникахъ названіе *expromissio* примѣняется и къ перемѣнѣ вѣрителя, и къ перемѣнѣ должника<sup>2</sup>, все равно, принимаетъ ли новый должникъ чужой долгъ добровольно или вслѣдствіе уговора съ прежнимъ должникомъ (*delegatio*, § 307)<sup>3</sup>. Теперешняя терминологія ограничиваетъ названіе *expromissio* тѣмъ случаемъ, когда новый должникъ принимаетъ долгъ безъ предварительнаго соглашенія съ прежнимъ.

2. *Адпромисси* (*поручительству*), которая состоитъ въ томъ, что кто либо принимаетъ на себя долгъ другого въ качествѣ *придаточнаго должника*, такъ что главный должникъ остается обязаннымъ (§ 258).

3. Установленію залогового права за чужой долгъ (ср. ниже пр. 6).

4. Такъ наз. *tacita intercessio*; она состоитъ въ томъ, что кто либо принимаетъ на себя обязательство, которое должно было бы принять другое лицо, единственно въ немъ заинтересованное (напр., кто либо занимаетъ деньги для другого)<sup>4</sup>.—*Tacita intercessio* возможна и въ томъ видѣ, что одно лицо обязывается въ качествѣ *корреальнаго должника* вмѣстѣ съ другимъ лицомъ и *единственно въ интересъ послѣдняго*<sup>5</sup>.

Случаи sub 1 и первый случай sub 4 называются *intercessio privativa*, случаи 2. 3 и второй случай sub 4—*intercessio cumulativa*<sup>6</sup>.

III. Съ другой стороны, есть цѣлый рядъ сходныхъ сдѣлокъ,

<sup>1</sup> I. 2. § 5. I. 23. l. 26. D. h. t. 16, 1.—<sup>2</sup> I. 36. D. de i. d. 23, 3; l. 31. § 3. D. de m. c. don. 39, 6.—<sup>3</sup> I. 22. D. h. t. 16, 1; l. 53. D. de contr. e. 18, 1; l. 4. § 3. D. de re i. 42, 1.—<sup>4</sup> I. 8. § 14. l. 11. l. 12. D. h. t. 16, 1; l. 3. l. 4. l. 10. C. h. t. 4, 29.—<sup>5</sup> I. 3. C. de d. r. 8, 39.—<sup>6</sup> l. 8. pr. l. 32. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 5. l. 7. C. h. t. 4, 29.

которыя не содержатъ въ себѣ интерцессіи, такъ какъ у нихъ недостаетъ того или другого изъ вышеозначенныхъ признаковъ.

1. *Нѣтъ принятія на себя чужого долга въ случаѣ платежа чужого долга* <sup>7</sup> или *datio in solutum* <sup>8</sup>, а равно отреченія отъ права (въ частности, отъ закладного права) <sup>10</sup>.

2. Только *повидимому* является принатиемъ на себя чужого обязательства, если кто дѣлаетъ это въ собственномъ интересѣ: *prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipit* <sup>11</sup>; это бываетъ, напр., тогда, когда кто либо принимаетъ на себя обязательство своего представителя.

3. Нѣтъ принятія на себя чужого долга въ томъ случаѣ, если кто либо обѣщаетъ принатию только *должнику* (а не вѣрителю); это имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если кто либо принимаетъ на себя рискъ какого либо дѣйствія или упущенія, совершивъ которое другое лицо можетъ сдѣлаться должникомъ (напр., кто либо предлагаетъ опекуну не отчуждать вещей опекаемаго и обѣщаетъ возмѣстить убытки, могущіе возникнуть для опекуна изъ отвѣтственности за это упущеніе <sup>17</sup>; кто либо побуждаетъ другого принять наслѣдство, обѣщая вознаграждать за убытки въ случаѣ обремененія наслѣдства долгами) <sup>18</sup>.

IV. Древнее *ius civile* не знало сингулярнаго преемства ни въ требованіи, ни въ долгѣ; въ срединѣ императорскаго періода относительно сингулярнаго преемства въ *требованіи* произошла перемѣна (§ 248 пр. 5. 11); но сингулярное преемство въ *долгѣ* осталось навсегда чуждымъ римскому праву; поэтому *exromissio* всегда влечетъ за собою новацию: существующее обязательство прекращается, уступая мѣсто новому, причемъ на послѣднее не переходятъ *accessoria* прежняго обязательства (поручительства, залоговыя права, неустойки, проценты, привилегіи, приращенія отъ *тога* и *ципра*, § 261 пр. 11), и новому обязательству нельзя уже противопоставить тѣхъ возраженій, которыя существовали противъ прежняго (§ 261 пр. 7 слѣд.).

По мнѣнію германистовъ, теперь возможно и дѣйствительное син-

<sup>7</sup> I. 4. § 1. D. h. t. 16, 1; I. 4. l. 9. C. h. t. 4, 29.—<sup>8</sup> I. 5. D. h. t. 16, 1.—<sup>9</sup> I. 8. § 5. D. h. t. 16, 1.—<sup>10</sup> I. 8. pr. I. 11. l. 21. C. h. t. 4, 29.—<sup>11</sup> I. 13. pr. D. h. t. 16, 1.—<sup>12</sup> I. 13. pr. I. 19. § 3. l. 32. pr. D. h. t. 16, 1.—<sup>13</sup> I. 3. l. 13. pr. D. h. t. 16, 1.—<sup>14</sup> I. 22. D. h. t. 16, 1.—<sup>15</sup> I. 27. § 2. D. h. t. 16, 1; I. 2. C. h. t. 4, 29.—<sup>16</sup> I. 4. § 1. D. h. t. 16, 1; это высказываетъ также очень спорная I. 13. C. h. t. 4, 29.—<sup>17</sup> I. 8. § 1. l. 19. § 1. D. h. t. 16, 1.—<sup>18</sup> I. 19. pr. D. h. t. 16, 1.—<sup>19</sup> I. 6. § 1. C. h. t. 4, 29.—<sup>20</sup> I. 19. § 4. D. h. t. 16, 1.



гулярное преемство въ долгѣ. А именно, если третье лицо по договору съ вѣрителемъ или по договору съ должникомъ приметъ на себя долгъ (— во второмъ случаѣ требуется согласіе вѣрителя, которое можетъ быть изъявлено и молчаливо, напр., тѣмъ, что вѣритель взыскиваетъ по обязательству съ лица, принявшаго на себя долгъ—), то не происходитъ никакой новаци, такъ что долгъ переходитъ на новаго должника въ такомъ видѣ, въ какомъ онъ существовалъ у прежняго должника, т. е. со своими *accessoria* и *exceptiones*; и такъ, старое обязательство продолжаетъ существовать, а происходитъ только перемѣна должника. Главные случаи принятія чужого долга: принятіе ипотечныхъ долговъ покупателейъ недвижимости, приобрѣтеніе торговаго заведенія съ его фирмой, договоръ о принятіи всего имуществва съ обязательствомъ пожизненно содержать его хозяина. Болѣе подробно это излагается въ германскомъ частномъ правѣ.

## II. Практическое значеніе интерцессіи.

### A. § 255. *Senatusconsultum Velleianum*.

*Vangerow*, § 581.—*Windscheid*, §§ 485—487.—*Brinz*, § 262.

Какъ ни различно содержаніе исчисленныхъ въ предыдущемъ §-ѣ интерцессіонныхъ сдѣлокъ, всѣ онѣ сходны въ томъ отношеніи, что въ императорскій періодъ онѣ мало по малу были запрещены для женщинъ. Вызваны были такіе запреты тѣмъ, что интерцессія не приличествуетъ женщинамъ (*cum feminas virilibus officiis fungi non sit aequum*)<sup>1</sup>, и что женщины легкомысленно къ ней относятся (*infirmitas feminarum auxilium meruit*)<sup>2</sup>. При Августѣ и Клавдіи женщинамъ было запрещено совершать *intercessio* за своихъ мужей; затѣмъ при Клавдіи въ 46 г. по Р. Хр. издано было *senatusconsultum Velleianum*, которое запретило *всѣмъ* женщинамъ поручаться за другихъ посредствомъ *fideiussio* и принимать на себя займы за другихъ<sup>3</sup>; путемъ *responsa* юристовъ и императорскихъ рескриптовъ запрещеніе это было распространено на всѣ интерцессіонныя сдѣлки<sup>4</sup>. Интерцессія женщины признается относительно-ничтожною (§ 64 sub I. 1)<sup>5</sup>; женщина (а равно и тотъ, кто за нее поручился<sup>6</sup> или установилъ закладное право<sup>7</sup>, или интерцедировалъ по порученію женщины<sup>8</sup>) можетъ защищаться противъ всякаго притязанія вѣрителя посредствомъ *exceptio sciti Velleiani*<sup>9</sup> (по рим-

<sup>1</sup> l. 2. § 1. D. h. t. 16, 1.—<sup>2</sup> l. 2. § 3. D. h. t. 16, 1.—<sup>3</sup> l. 2. pr. § 1. D. h. t. 16, 1.—<sup>4</sup> l. 1. pr. l. 2. § 4. D. h. t. 16, 1.—<sup>5</sup> l. 1. § 2. D. h. t. 16, 1.—<sup>6</sup> l. 16. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 14. C. h. t. 4, 29.—<sup>7</sup> l. 2. D. quae res p. 20, 3.—<sup>8</sup> l. 6. l. 7. l. 30. § 1. l. 32. § 3. D. h. t. 16, 1; l. 15. C. h. t. 4, 29.—<sup>9</sup> tt. D. et. C. passim.

скому праву, даже въ исполнительній инстанціи <sup>10</sup>; этого не призналъ И. у. г. с. § 686, часть 2); если же женщина по незнанію принадлежащей ей экцепціи исполнила принятое на себя обязательство, то она можетъ потребовать возвращенія уплаченнаго; если дѣло идетъ о существующей на лицо движимой вещи, то она можетъ осуществить свое право посредствомъ rei vindicatio (потому что вѣритель вовсе не приобретаетъ права собственности <sup>11</sup>, § 131 пр. 16), въ прочихъ случаяхъ—посредствомъ condictio <sup>12</sup>; завѣдомо уплаченнаго она не можетъ требовать назадъ, потому что *платежъ чужого долга не воспрещается* <sup>13</sup>.—Чтобы вѣритель не потерпѣлъ вреда, въ случаѣ expromissio ему передаются всѣ притязанія противъ прежняго должника <sup>14</sup>; въ случаѣ такъ наз. tacita intercessio ему дается притязаніе противъ того, за кого была совершена женщиною интерпессія, и при томъ въ такомъ видѣ, въ какомъ бы онъ приобрѣлъ это притязаніе, если бы женщина не совершила интерпессіи <sup>15</sup>. Иски, которые служатъ для осуществленія передаваемыхъ притязаній, называются въ источникахъ actiones restitutoriae или rescissoriae; подражая этой терминологіи, новые юристы въ случаѣ tacita intercessio называютъ искъ: actio institutoria; ибо „instituit magis quam restituit obligationem“ <sup>16</sup>.—Въ слѣдующихъ случаяхъ изложенныя нормы не примѣняются: 1) если женщина, совершающая intercessio, обманула вѣрителя <sup>17</sup>; 2) если вѣритель по извинительному заблужденію не зналъ, что женщина совершаетъ intercessio <sup>18</sup>; это можетъ имѣть мѣсто въ частности при такъ наз. tacita intercessio <sup>19</sup>, а равно, если женщина заключаетъ сдѣлку чрезъ подставное лицо <sup>20</sup> (ср. выше пр. 8); 3) если вѣритель неполнолѣтенъ (minor) и главный должникъ несостоятеленъ <sup>21</sup>; въ этомъ случаѣ происходитъ коллизія между привилегіей мнора и привилегіей женщины, и первая беретъ верхъ; 4) если intercessio была совершена для установленія приданаго <sup>22</sup>; 5) по закону Юстиніана <sup>23</sup> и въ томъ случаѣ, если по истеченіи двухъ лѣтъ женщина повторила intercessio.

<sup>10</sup> l. 11. D. ad sct. Mac. 14, 6.—<sup>11</sup> l. 32. §§ 1. 2. D. h. t. 16, 1; l. 39. § 1. l. 40. D. de r. v. 6, 1.—<sup>12</sup> l. 40. пр. D. de c. i. 12, 6; l. 8. § 3. D. h. t. 16, 1; l. 9. C. h. t. 4, 29.—<sup>13</sup> l. 9. C. h. t. 4, 29.—<sup>14</sup> l. 1. § 2. l. 8. §§ 7. 13. l. 9. l. 13. § 2. l. 14. D. h. t. 16, 1; l. 16. C. h. t. 4, 29.—<sup>15</sup> l. 8. §§ 14. 15. D. h. t. 16, 1.—<sup>16</sup> l. 8. § 14. cit.—<sup>17</sup> l. 2. § 3. l. 30. пр. D. h. t. 16, 1; l. 5. l. 18. C. h. t. 4, 29.—<sup>18</sup> l. 12. l. 17. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 1. C. h. t. 4, 29.—<sup>19</sup> l. 4. пр. l. 11. l. 27. пр. l. 28. § 1. D. h. t. 16, 1.—<sup>20</sup> l. 6. D. h. t. 16, 1.—<sup>21</sup> l. 12. D. de min. 4, 4.—<sup>22</sup> l. 12. l. 25. C. h. t. 4, 29.—<sup>23</sup> l. 22. C. h. t. 4, 29; Nov. 61. c. 1. § 1.

## В. § 256. Законы Юстиниана объ интерцессии женщинъ.

*Vangerow*, § 581.—*Windscheid*, § 488.—*Brinz*, § 263.

I. По l. 23. § 2. C. h. t. 4, 29, всякая *intercessio* женщины должна быть изъявлена посредствомъ публичнаго письменнаго акта, подписаннаго тремя свидѣтелями. Отношеніе этого закона къ до-юстиніанову праву спорно. Господствующее и правильное мнѣніе признаетъ соблюденіе формы необходимымъ условіемъ для всякой интерцессіи, въ томъ числѣ и для случаевъ, изъятыхъ изъ дѣйствія *set. Vell.*, въ противномъ случаѣ интерцессія *ipso iure* ничтожна; если же форма соблюдена, то въ случаяхъ, изъятыхъ изъ дѣйствія *set. Vell.*, интерцессія вполнѣ дѣйствительна, въ случаяхъ, не изъятыхъ изъ дѣйствія *set. Vell.*, интерцессія относительно-ничтожна.

Предписанная Юстиніаномъ форма нѣсколько измѣнена практикою; судья, предъ которымъ совершается *intercessio*, не привлекаетъ свидѣтелей (какъ это дѣлалось у Римлянъ); нотаріусъ привлекаетъ только двухъ свидѣтелей.

II. По Новеллѣ 134 с. 8 (изъ которой извлечена такъ наз. *Auth. si qua mulier*), жена, которая подтверждаетъ или подписываетъ заемное письмо своего мужа и обязывается по этому долгу себя или свое имущество, не отвѣчаетъ ни въ какомъ случаѣ, все равно, совершено ли изъявленіе воли въ частномъ или публичномъ актѣ, одинъ или нѣсколько разъ; отсюда исключается тотъ случай, когда полученный капиталъ былъ издержанъ въ пользу жены (потому что въ такомъ случаѣ женщина не совершила интерцессіи, а заключила договоръ для себя). Наука (и практика) относитъ Новеллу ко всякой распознаваемой для вѣрителя *intercessio* жены за мужа. Но спорятъ о томъ, изъяты ли изъ дѣйствія Новеллы тѣ случаи, которые изъяты изъ *set. Vell.* Этотъ вопросъ слѣдуетъ рѣшить отрицательно. Далѣе спорно, примѣняется ли Новелла когда супруги *вмѣстѣ* занимаютъ деньги и *сообща* выдаютъ долговой документъ; правильно думать, что новелла примѣняется не всегда, а лишь въ томъ случаѣ, когда въ сдѣлкѣ заключалась распознаваемая для вѣрителя интерцессія жены (что послѣдняя должна доказать).

\* l. 24, l. 25. C. h. t. 4, 29.

## С. § 257. Средневековое и новое право.

I. Въ *средніе вѣка* опредѣленія римскаго права были измѣнены въ трехъ отношеніяхъ:

1. По обычному праву, интерцессія женщины-купца всегда имѣетъ силу, даже если она изъяснена неформально или за мужа. То же постановляетъ и Герм. торговое ул. § 6.

2. По судебной практикѣ, опирающейся на правила каноническаго права о присягѣ (§ 218), интерцессія, совершенная женщиною подъ присягою, всегда имѣетъ силу.

3. По обычному праву, опирающемуся на римское право (— въ которомъ въ *нѣкоторыхъ* случаяхъ уже была признана дѣйствительность отреченія <sup>1</sup>—), интерцессія женщины имѣетъ силу въ томъ случаѣ, если интерцедирующая, выслушавъ объясненія участвующаго судьи или нотаріуса, отречется отъ принадлежащаго ей юридическаго преимущества. Дѣйствительность отреченія всегда предполагаетъ соблюденіе формы, предписанной Юстиніаномъ; интерцедирующая жена, какъ многіе полагаютъ, должна совершить отреченіе подъ присягою.

II. *Современное право.* Допустимость подкрѣпленія присягою и отреченія, въ существѣ дѣла, устранила принципъ *set. Vell.*; относительно современнаго права надо установить слѣд. положеніе: *для дѣйствительности интерцессіи женщины требуется или подкрѣпленіе присягою или изъясненіе въ публичномъ письменномъ актѣ; въ послѣднемъ случаѣ съ изъясненіемъ должно быть соединено объясненіе значенія сдѣлки участвующимъ судьей или нотаріусомъ и отреченіе интерцедирующей отъ set. Velleianum.*—Но и это ограниченіе интерцессіи женщинъ устраниено нѣкоторыми партикулярными законодательствами; мѣра эта вполне разумна, потому что присяга не приличествуетъ частнымъ сдѣлкамъ, а объясненія судьи или нотаріуса сподятся обыкновенно къ пустой формальности.

## III. Въ частности, поручительство.

Гиртанеръ въ книгѣ, указанной къ § 254.—*Hasenbalg*, die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.—*Bruns*, das constitutum debiti въ Kleinere Schriften. Bd. I. S. 221—312. 1882.—*Sokolowski*, die Mandatsbürgschaft. 1891.

## A. § 258. Историческое введеніе.

*Vangerow*, §§ 578—580.—*Windscheid*, §§ 476. 412.—*Brinz*, § 257.—*Baron*, §§ 118. 135.

Изъ интерцессионныхъ сдѣловъ поручительство требуетъ особаго разсмотрѣнія, какъ историческаго, такъ и догматическаго. *Пору-*

<sup>1</sup> I. 3. C. quando mulier 5. 35; Nov. 118. c. 5; I. 32. § 4. D. h. t. 16, 1.

чительство есть принятіе на себя чужого долга придаточнымъ образомъ, т. е. такъ, что должникъ остается обязаннымъ. Римское право отличается замѣчательнымъ обиліемъ поручительственныхъ сдѣлокъ; для поручительства можетъ служить stipulatio, pactum и консенсуальный контрактъ.

1. Поручительство путемъ stipulatio есть adpromissio<sup>1</sup>. Классическое римское право по употребляемымъ въ стипуляціи словамъ различаетъ три института: sponsio (idem dari spondes? spondeo), fidepromissio (idem fide promittis? promitto), fideiussio (idem fide tua esse iubes? iubeo); въ по-классическую эпоху первые два института вышли изъ употребленія, такъ что въ правѣ Юстиніана дѣйствуетъ только третій. Всѣ три предполагаютъ наличность дѣйствительнаго обязательства, хотя бы только натурального<sup>2</sup> (наличность главнаго долга); далѣе, они не должны обременять adpromissor'a болѣе, нежели главное обязательство главнаго должника<sup>3</sup>; поэтому, adpromissor никогда не можетъ обязаться къ большому<sup>4</sup> или къ чему либо другому<sup>5</sup>, нежели главный должникъ, а равно онъ не можетъ обязаться безусловно, если главный должникъ обязанъ условно и т. д.<sup>6</sup>; въ противномъ случаѣ сдѣлка ничтожна<sup>7</sup>; напротивъ, adpromissio in leviozem causam допускается<sup>8</sup>. Вчатіе иска противъ адпромиссора, по до-юстиніанову праву, освобождало главнаго должника и обратно<sup>9</sup>; однако отсюда не слѣдуетъ, что главный должникъ и adpromissor суть корреальные должники (какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе, § 246 sub II кон.).—Въ классическомъ правѣ существовали важныя различія между sponsio и fidepromissio, съ одной стороны, и fideiussio, съ другой стороны<sup>10</sup>.

2. Pactum съ цѣлью поручительства называется constitutum debiti alieni<sup>11</sup>. Constitutum debiti есть обѣщаніе уплатить должное въ опредѣленное время (§ 264). Если обѣщаніе дается другимъ лицомъ, а не должникомъ (const. debiti alieni), то въ немъ заключается обезпеченіе вѣрителя и, слѣдовательно, въ практическомъ результатѣ поручительство; но такъ какъ constitutum собственно

<sup>1</sup> Gaius 3, 115—127; t. I, 8, 20: de fideiussoribus; t. D. 46. 1; C. 8, 40: de fideiussoribus et manadtoribus.—<sup>2</sup> l. 6. D. de v. o. 45, 1; l. 70. § 4. l. 6. § 2. l. 7. l. 16. §§ 3. 4. D. h. t. 46, 1; § 1. I h. t. 3, 20; противорѣчить l. 25. D. h. t. 46, 1, объяснить которую еще не удалось.—<sup>3</sup> l. 8. § 7. D. h. t. 46, 1; Gai. 3, 126.—<sup>4</sup> § 5. l. h. t. 3, 20.—<sup>5</sup> l. 42. D. h. t. 46, 1.—<sup>6</sup> l. 8. §§ 7—12. l. 16. §§ 1. 2. l. 34. l. 70. D. h. t. 46, 1.—<sup>7</sup> l. 8. § 7. D. h. t. 46, 1.—<sup>8</sup> l. 8. § 7. l. 34. D. h. t. 46, 1.—<sup>9</sup> l. 28. C. h. t. 8, 40.—<sup>10</sup> Gai. 3, 119 sqq.—<sup>11</sup> t. D. 13, 5; C. 4, 18: de pecunia constituta.

не есть поручительство, а обѣщаніе платежа, то оно болѣе независимо отъ главнаго долга, нежели *adpromissio*. Хотя *constitutum* также предполагаетъ по крайней мѣрѣ *naturaliter* дѣйствительный главный долгъ <sup>12</sup>, но на обязанность конституента не оказываетъ вліянія увеличеніе главнаго долга вслѣдствіе *morae* или *culpa*, а равно и прекращеніе главнаго долга по давности <sup>13</sup>; далѣе конституентъ можетъ принять иныя и даже болѣе тяжкія обязанности относительно мѣста и времени <sup>16</sup>; онъ можетъ обязаться къ другому равноцѣнному предмету (напр., вмѣсто денегъ, къ доставленію хлѣба) <sup>17</sup>; если онъ обяжется къ большому, то *constitutum* не признается ничтожнымъ, а только низводится до размѣра главнаго долга <sup>18</sup>. Всѣ эти правила (пр. 13—18) не примѣняются къ *adpromissio*.

3. *Консенсуальный контрактъ съ цѣлью поручительства есть mandatum, называемое новыми юристами кредитнымъ порученіемъ, mandatum qualificatum*. Кто либо (его преимущественно новые юр. называютъ мандаторомъ, между тѣмъ какъ источники примѣняютъ это названіе ко всякому дающему порученіе) <sup>20</sup> даетъ другому порученіе предоставить третьему лицу кредитъ или не лишать его кредита <sup>21</sup> („дай *vizaym* X. на мой рискъ“, „дай отсрочку X. на мой рискъ“); *mandator* этимъ принимаетъ на себя рискъ кредита <sup>22</sup>, стало быть, дѣлается поручителемъ третьяго лица и отвѣчаетъ предъ кредитующимъ по *a. mandati contraria* <sup>23</sup>. У Римлянъ кредитное порученіе особенно часто употреблялось между отсутствующими, такъ какъ здѣсь невозможно поручительство путемъ *stipulatio* <sup>24</sup>. Природа порученія сообщаетъ этой формѣ поручительства свой особый характеръ; *поручитель даетъ поводъ къ сдѣлкѣ, за которую онъ поручается*; поэтому:

а) обязательство поручителя обсуждается по началамъ порученія (*mandatum* <sup>25</sup>): *mandator* отвѣчаетъ и въ томъ случаѣ, если главное обязательство не состоится за недѣеспособностью третьяго лица <sup>26</sup>; *mandator* можетъ отмѣнить *mandatum*, а принявшій порученіе от-

<sup>12</sup> 1. 1. §§ 1. 6.—8. 1. 3. § 1. l. 18. § 1. D. h. t. 13, 5.—<sup>13</sup> 1. 18. § 1. D. h. t. 13, 5.—<sup>14</sup> 1. 1. § 8. 1. 19. § 2. l. 20. D. h. t. 13, 5.—<sup>15</sup> 1. 10. D. h. t. 13, 5.—<sup>16</sup> 1. 3. § 2. l. 4. l. 5. pr. D. h. t. 13, 5.—<sup>17</sup> 1. 1. § 5. D. h. t. 13, 5.—<sup>18</sup> 1. 11. § 1. l. 12. l. 13. l. 19. pr. § 1. D. h. t. 13, 5.—<sup>19</sup> 1. 2. C. de pac. const. 4. 18.—<sup>19a</sup> 1. 2. C. de const. pec. 4, 18; Theoph. paraphr. ad. § 8. I. de act. 4, 6.—<sup>20</sup> 1. 22. § 11. l. 46. l. 49. D. mand. 17, 1.—<sup>21</sup> § 6. I. mand. 3, 26; l. 6. § 4. l. 12. §§ 13. 14. D. eod. 17, 1.—<sup>22</sup> l. 12. § 14. l. 21. i. f. D. mand. 17, 1.—<sup>23</sup> l. 12. § 13. i. f. D. mand. 17, 1.—<sup>24</sup> l. 32. D. mand. 17, 1.—<sup>25</sup> 1. 12. §§ 11—13. l. 27. § 5. D. mand. 17, 1.—<sup>26</sup> l. 13. pr. D. de min. 4, 4.

казаться отъ него, пока оно не исполнено <sup>27</sup>; смерть одной изъ сторонъ погашаетъ *mandatum* (§ 306), платежъ мандатора не освобождаетъ главнаго должника <sup>28</sup>;

b) и обратно, *mandator* имѣетъ притязаніе противъ *mandataria*, который, принявъ порученіе, не исполнилъ его или не исполнилъ надлежащимъ образомъ; притязаніе это онъ можетъ осуществить посредствомъ *a. mandati directa* <sup>29</sup>. Принявшій порученіе обязанъ къ *diligentia*. Всѣ эти правила (пр. 25—29) не примѣняются ни къ *adpromissio*, ни къ *const debiti alieni*.

## В. Догматическое изложеніе поручительства.

### *Предварительное замѣчаніе.*

Идетъ оживленный споръ о томъ, продолжаютъ ли теперь существовать три формы поручительства Юстиніанова права, или, напротивъ, дѣйствуетъ только одинъ институтъ и который именно? Конечно, стороны могутъ изъяснить свою волю такъ, чтобы юридическая сдѣлка подчинялась правиламъ одного изъ трехъ юстиніановыхъ институтовъ (только достаточно *неформального* изъясненія). Но гдѣ такого изъясненія воли нѣтъ, гдѣ изъясненіе воли просто гласить, что кто либо поручается за такой то долгъ или „обѣщаетъ уплатить его, беретъ долгъ на свою отвѣтственность“, тамъ безъ сомнѣнія различіе между *fideiussio* и *constitutum* чуждо сознанію сторонъ, и тогда надо примѣнять начала *fideiussio*, какъ чистаго поручительства; но эти начала должны быть измѣнены въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ они находятся въ связи съ характеромъ *stricti iuris* этого института (ср. § 259 sub I и II. 2). Напротивъ, кредитное порученіе должно еще теперь дѣйствовать въ качествѣ особаго *юридическаго* института; хотя кредитное порученіе основано на томъ же *хозяйственномъ* соображеніи, что и всякое другое поручительство (обезпеченіе вѣрителя), но его природа порученія всегда отличаетъ его отъ всякаго другого поручительства; кредитное порученіе (еще и теперь) подлежитъ особымъ началамъ (изложеннымъ въ § 258 sub 3). Поэтому, въ дальнѣйшемъ изложеніи мы кредитное порученіе пока оставимъ въ сторонѣ.

### 1) § 259. Обязанности поручителя.

*Vangerow*, § 578.—*Windscheid*, §§ 477—480.—*Brinz*, §§ 255. 256.

I. Прежде всего обязанность поручителя опредѣляется волею сторонъ; а именно, признается дѣйствительнымъ всякое соглашеніе, по

<sup>27</sup> l. 12. § 16. D. mand. 17, 1.—<sup>28</sup> l. 28. D. mand. 17, 1; l. 95. § 10. D. de solut, 46, 3.—<sup>29</sup> l. 6. § 4. D. mand. 17, 1.

которому поручитель обязывается къ меньшему или на болѣе легкихъ, или, по крайней мѣрѣ, не на болѣе тяжелыхъ условіяхъ, нежели главный должникъ; напротивъ, та сдѣлка, по которой поручитель обязывается къ большому или на болѣе тяжелыхъ условіяхъ, признается ничтожною относительно большаго или болѣе тяжелыхъ условій; римское право опредѣляетъ, что *fideiussio* въ этихъ случаяхъ *вполнѣ* ничтожна (§ 258 пр. 7); это опредѣленіе основано на томъ, что *fideiussio* есть *negotium stricti iuris* (поэтому теперь оно не имѣетъ силы).

II. Если же нѣтъ особаго соглашенія сторонъ, то поручитель обыкновенно отвѣчаетъ такъ, какъ главный должникъ. Отсюда слѣдуетъ:

1. Если главный долгъ ничтоженъ съ самаго начала или дѣлается ничтожнымъ впоследствии, то ничтожно или дѣлается ничтожнымъ и поручительство <sup>1</sup>.

2. Если содержаніе главнаго долга позднѣе измѣняется или расширяется (напр., вслѣдствіе просрочки или вины главнаго должника), то поручитель отвѣчаетъ и за это <sup>2</sup>. Поэтому поручитель отвѣчаетъ и за проценты, которые главный должникъ обязанъ платить за просрочку; источники устанавливаютъ противоположное правило; но это объясняется тѣмъ, что *fideiussio* была *negotium stricti iuris* (§ 84 пр. 25—27).—Расширенія главнаго долга, основанныя на *особомъ* договорѣ (напр., главный должникъ обѣщаетъ платить проценты или неустойку), касаются поручителя лишь въ томъ случаѣ, если его поручительство прямо или молчаливо было отнесено и къ этимъ расширениямъ <sup>3</sup>; ср. § 191 пр. 5.

3. Если главный долгъ прекращается *ipso iure*, то по общему правилу прекращается и долгъ изъ поручительства <sup>4</sup>. Это неточно выражено въ источникахъ <sup>5</sup>: *in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora*. Дѣло въ томъ, что есть такіе случаи, въ которыхъ поручительство (какъ и заладное право, § 207 sub III. 2) продолжаетъ оставаться въ

1. 29. l. 47. пр. l. 56. пр. § 2. l. 60. l. 70. § 4 D. de fid. 46, 1; l. 1; §§ 1. 6. 8. D. de const. pec. 13, 5; l. 16. § 1. D. ad set. Vell. 16, 1.—<sup>2</sup> l. 58. § 1. l. 68. § 1. D. de fid. 46, 1; l. 49. l. 88. l. 91. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 24. § 1. D. de us. 22, 1; l. 54. пр. D. loc. 19, 2; l. 5. C. de pact. int. emt. 4, 54; l. 2. § 12. D. de adm. r. c. 50, 8.—<sup>3</sup> l. 54. пр. D. loc. 19, 2.—<sup>4</sup> l. 10. C. de fid. 8, 40; l. 8. C. quod cum eo 4, 26.—<sup>5</sup> l. 4. C. de fid. 8, 40; l. 21. § 3. l. 71. пр. D. de fid. 46, 1; l. 38. § 5. D. de sol. 46, 3; l. 28. § 1. D. de iurei. 12, 2; l. 5. пр. D. de lib. leg. 34, 3; l. 60. D. de fid. 46, 1.—<sup>5</sup> l. 42. D. de sol. 46, 3.



силѣ, несмотря на прекращеніе главнаго обязательства: поручитель не можетъ ссылаться на смерть главнаго должника, не оставившаго наследниковъ <sup>6</sup>, ни (по мнѣнію позднѣйшихъ римскихъ юристовъ) на гибель предмета долга, происшедшую по его собственной винѣ <sup>7</sup>.

4. Возраженія главнаго должника по общему правилу принадлежать и поручителю <sup>8</sup>, въ частности возраженіе о давности главнаго долга (§ 91 пр. 4). И здѣсь неточно выражаются источники <sup>9</sup>: *omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt*; дѣло въ томъ, что поручителю не принадлежатъ:

а. чисто-личныя возраженія, напр., изъ *benef. competentiae* <sup>10</sup>;  
 б. тѣ возраженія, противъ которыхъ именно вѣритель долженъ быть обезпеченъ поручительствомъ; поэтому, напр., *restitutio minoris* не приноситъ пользы его поручителю, если послѣдній именно поручился по поводу возраста главнаго должника <sup>12</sup>.

III. Поручителю принадлежитъ нѣсколько самостоятельныхъ возраженій:

1. Изъ *benef. excussionis seu ordinis*. Согласно до-юстиніанову праву, если главный должникъ не платилъ долга, то вѣритель могъ тотчасъ начать искъ противъ поручителя, такъ что требовался прямой уговоръ, если надо было достигнуть того, чтобы вѣритель былъ обязанъ сначала обратиться съ искомъ противъ главнаго должника, и чтобы поручитель былъ такимъ образомъ лишь *fideiussor indemnitatis* <sup>15</sup>. Юстиніанъ далъ (въ Nov. 4. c. 1) поручителю право требовать предварительнаго иска противъ главнаго должника и безъ особаго уговора. *Benef. excussionis* не примѣняется, по прямому опредѣленію 4-й Новеллы, тогда, когда главный должникъ находится въ отсутствіи, и не будетъ представленъ поручителемъ къ сроку, опредѣленному судьей: совершенно справедливо это опредѣленіе распространяютъ и на тотъ случай, когда осуществленіе иска противъ главнаго долж-

<sup>6</sup> l. 95. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 1. § 14. D. dep. 16, 3; l. 1. C. h. t. 8. 40.—  
<sup>7</sup> l. 19. D. de dolo 4, 3; l. 32. § 5. D. de us. 22, 1; l. 38. § 4. l. 95. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 88. l. 91. § 4. D. de v. o. 45, 1.—<sup>8</sup> l. 19. l. 7. § 1. D. de exc. 44, 1; § 4. l. de repl. 4, 14; l. 15. pr. l. 49. pr. D. de fid. 46, 1; l. 14 § 6. D. qu. met. 4, 2; l. 16. § 1. D. ad sct. Vellei. 16, 2; l. 24. D. de don. 39, 5; l. 4. l. 5. D. de comp. 16, 2; l. 3. § 1. D. de pec. const. 13, 5; l. 12. C. de n. n. p. 4, 30.—<sup>9</sup> l. 19. D. de exc. 44, 1.—<sup>10</sup> l. 7 pr. D. de exc. 44, 1.—<sup>11</sup> l. 5. pr. in. fine D. de lib. leg. 34, 3.—<sup>12</sup> l. 13. pr. D. de min. 4, 4; l. 2. C. de fid. min. 2, 23.—<sup>13</sup> l. 9. § 3. D. ad sct. Mac. 14, 6.—<sup>14</sup> l. 58. § 1. D. mand. 17, 1.—<sup>15</sup> l. 41. D. de fid. 46, 1; l. 116. D. de v. o. 45, 1.

ника вообще труднѣе, нежели противъ поручителя, напр., потому, что надъ его (главнаго должника) имуществомъ открылся конкурсъ.

2. Изъ *beneficium cedendarum actionum*; совершая платежъ, поручитель можетъ потребовать отъ вѣрителя уступки всѣхъ правъ, которыя принадлежать ему противъ главнаго должника и противъ сопоручителей<sup>16</sup> (послѣднее нѣкоторыя несправедливо отрицаютъ).

3. Изъ *beneficium divisionis*; если нѣсколько лицъ поручились за одинъ и тотъ же долгъ, то, по *epistola d. Hadriani*<sup>17</sup>, каждый изъ поручителей можетъ требовать, чтобы вѣритель распредѣлилъ требованіе между состоятельными: при этомъ (по правильному мнѣнію) безразлично, совершено ли поручительство одновременно и сообща, или же нѣтъ.

## 2) § 260. Права поручителя.

*Vangerow*, § 578.—*Windscheid*, § 481.

I. *Противъ главнаго должника.* Можетъ ли поручитель, удовлетворившій вѣрителя, совершить регрессъ противъ главнаго должника, или нѣтъ? Это зависитъ отъ свойства правоотношенія, существующаго между нимъ и главнымъ должникомъ. Поручитель не пользуется правомъ обратнаго требованія, если поручительство не было настоящей интерцессіей<sup>1</sup> (напр., главный должникъ былъ его повѣренный), а равно если онъ поручился съ намѣреніемъ совершить дареніе или вопреки запрещенію со стороны главнаго должника<sup>2а</sup>. За исключеніемъ этихъ случаевъ, смотря по тому, поручился ли онъ по порученію или безъ порученія главнаго должника, онъ можетъ требовать отъ послѣдняго возмѣщенія убытковъ посредствомъ *act. mandati contraria*<sup>3</sup> или *negotiorum gestorum contraria*<sup>4</sup>. Если вѣритель уступилъ свои притязанія поручителю (§ 259 пр. 16), то послѣдній можетъ требовать въ качествѣ цессіонарія вѣрителя (не только возмѣщенія убытковъ, но и) полнаго удовлетворенія главнаго долга. Поручитель теряетъ право регресса, если совершаетъ

<sup>16</sup> 1. 2. C. de fidei. 8, 40; 1. 17. l. 36. D. eod. 46, 1; 1. 95. § 11. D. de sol. 46, 3.—<sup>17</sup> Gai. 3, 121. 122; § 4. I. de fid. 3, 20; 1. 26. l. 27. l. 49. § 1. l. 51. §§ 1. 4. D. de fid. 46, 1; 1. 10. § 1. l. 16. C. eod. 8, 40; 1. 3. C. de pec. const. 4, 18.—<sup>18</sup> 1. 10. § 1. D. de fid. 46, 1.—<sup>19</sup> 1. 12. D. rem. pup. 46, 6.

<sup>1</sup> 1. 24. D. de pact. 2, 14.—<sup>2</sup> 1. 9. § 3. D. ad sct. Mac. 14, 6; 1. 6. § 2. D. mand. 17, 1.—<sup>2а</sup> 1. 20. § 1. l. 40. D. mand. 17, 1.—<sup>3</sup> 1. 6. § 2. l. 18. l. 20. § 1. l. 21. l. 22. pr. D. mand. 17, 1; § 6. I. de fid. 3, 20.—<sup>4</sup> 1. 6. § 2. l. 20. § 1. D. mand. 17, 1.—<sup>5</sup> 1. 10. § 13. D. mand. 17, 1.—<sup>6</sup> 1. 12. pr. D. mand. 17, 1.

платежъ, зная, что у главнаго должника есть возраженія противъ вѣрителя <sup>7</sup>.—Изложенныя начала аналогично примѣняются и къ тому случаю, когда поручитель еще не уплатилъ, но присужденъ къ платежу долга <sup>8</sup>, и даже къ тому случаю, когда главный должникъ медлитъ съ платежемъ долга или начинаетъ расточать свое имущество; поручитель можетъ тогда требовать освобожденія отъ своего обязательства или по крайней мѣрѣ обезпеченія (§ 76) <sup>9</sup>.

II. *Противъ сопоручителей.* Совершившему платежъ поручителю только тогда принадлежитъ право регресса противъ сопоручителей, когда вѣритель уступилъ ему свои требованія противъ нихъ; поручитель, уплатившій долгъ, имѣетъ, по правильному мнѣнью, право на эту уступку (§ 259 пр. 16); само собою разумѣется, что если онъ станетъ взыскивать весь долгъ съ сопоручителя, то послѣдній можетъ ему противопоставить *exc. divisionis*.

III. *Противъ обратныхъ поручителей.* Обратный поручитель есть поручитель, представленный поручителю главнаго должника для обезпеченія его права регресса противъ послѣдняго <sup>10</sup>; размѣръ его обязательства опредѣляется правомъ регресса поручителя.—Отъ обратнаго поручителя слѣдуетъ отличать *подпоручителя* (*fideiussor fideiussoris* въ источникахъ, *fidei. succedaneus* у новыхъ юр.), т. е. того, который поручился предъ вѣрителемъ за поручителя; размѣръ его обязательства опредѣляется обязательствомъ поручителя <sup>11</sup>.

IV. *Противъ вѣрителя.* По римскому праву вѣритель можетъ дать главному должнику отсрочку или просто не взыскивать своего требованія, не уменьшая этимъ отвѣтственности поручителя <sup>12</sup>. Напротивъ, по судебной практикѣ поручитель можетъ требовать отъ вѣрителя, чтобы онъ не давалъ излишней поблажки главному должнику или сопоручителю и этимъ не подвергъ опасности его *beneficia* (§ 259 sub III. 1. 3). Такого рода практика образовалась на основаніи l. 28. D. de fidei. 46, 1, которая въ дѣйствительности говоритъ только объ *exceptio divisionis*, но уже глоссою была истолковываема въ томъ смыслѣ, что поручитель посредствомъ *иска* можетъ требовать отъ вѣрителя, чтобы онъ вчалъ искъ противъ должника или сопоручителя; если въ продолженіе назначеннаго судьей срока вѣритель не исполняетъ требованія поручителя, то послѣдній освобождается. По начальнымъ словамъ приведеннаго мѣста (*si contendat*) искъ поручителя называли „*provocatio ad agendum ex lege si conten-*

<sup>7</sup> l. 10. § 12. l. 29. D. mand. 17, 1; l. 10 C. eod. 4, 35.—<sup>8</sup> l. 38. § 1. D. mand. 17, 1.—<sup>9</sup> l. 38. § 1. D. mand. 17, 1; l. 10. C. mand. 4, 35.—<sup>10</sup> l. 4. pr. D. de fid. 46, 1.—<sup>11</sup> l. 8. § 12. l. 27. § 4. D. de fid. 46, 1; l. 38. § 5. de sol. 46, 3.—<sup>12</sup> l. 62. D. de fid. 46, 1.

dat<sup>4</sup> и создали для него особый видъ процесса (провокаціонный процессъ); но послѣдній не перешелъ въ И. у. г. с.

## ГЛАВА ШЕСТАЯ.

### Прекращеніе обязательствъ.

*Wieding*, der Justinianische Libellprocess. § 15. 1865. — *Windscheid*, § 341. — *Brinz*, § 289. — *Baron*, § 139.

#### I. § 261. Общій обзоръ.

Естественно и чаще всего обязательства прекращаются исполненіемъ (платежомъ, *solutio*); но прекращеніе обязательства (тоже называемое *solutio*) возможно и безъ исполненія—по волѣ вѣрителя или безъ его воли. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ прекращенія этого рода вѣритель получаетъ матеріальное вознагражденіе за прекращеніе обязательства (*datio in solutum*, *compensatio*, *novatio*); эти случаи подходятъ подъ понятіе *satisfactio*<sup>1</sup>. — Для римскаго формулярнаго процесса было важно, слѣдовало ли заявлять факты прекращенія тотчасъ при предъявленіи иска предъ магистратомъ или лишь позднѣе предъ присяжнымъ; такъ какъ первые факты вносились въ формулу въ качествѣ *exceptio*, то о нихъ говорили, что они дѣйствуютъ *ore exceptiois*; прочіе—*ipso iure*<sup>2</sup>; это различіе, рѣзко выдвигаемое источниками, сохранило важное значеніе и въ позднѣйшемъ правѣ, но какое значеніе ему принадлежало въ юстиніановомъ процессѣ, это вопросъ спорный; въ настоящее время значеніе этого различія ограничивается только тѣмъ, что судья обязавъ принимать во вниманіе тѣ факты, которые дѣйствуютъ *ore exceptiois* (напр., возраженіе о давности), даже если они видны изъ изложенія иска, не *ex officio*, а лишь въ томъ случаѣ, если на нихъ ссылается отвѣтчикъ.

#### II. Отдѣльные способы прекращенія.

##### А. ПЛАТЕЖЪ.

##### *Предварительное замѣчаніе.*

Правила объ исполненіи (платежѣ) были уже изложены выше (§§ 225—235). Здѣсь мы займемся только тремя вопросами: а) пла-

<sup>1</sup> I. 5. § 3. D. de v. o. 45, 1; I. 53. D. de c. e. 18, 1; I. 52. D. de sol. 46, 3.—<sup>2</sup> Gai. 3, 168. 181 и цитата § 230 пр. 29.

тежомъ въ счетъ нѣсколькихъ долговъ (§ 262); b) доказываніемъ платежа (§ 263); c) обѣщаніемъ платежа (§ 264).

### 1) § 262. Платежъ въ счетъ нѣсколькихъ долговъ.

t. D. XLVI, 3; t. C. VIII, 42: de solutionibus. — *Vangerow*, § 589. — *Windscheid*, § 343. — *Brinz*, § 290.

Если вѣритель имѣетъ нѣсколько однородныхъ требованій противъ должника, и послѣдній совершаетъ платежъ, котораго недостаточно для покрытія всѣхъ требованій, то возникаетъ вопросъ, къ которому изъ требованій платежъ долженъ быть отнесенъ? Вопросъ этотъ имѣетъ важное значеніе въ особенности тогда, когда лишь за нѣкоторыя требованія обѣщаны проценты, установлены закладныя права и поручительства, и когда нѣкоторыя требованія подлежатъ давности прежде, нежели другія. Прежде всего вопросъ рѣшается волею *уплачивающаго*<sup>1</sup>: *possumus certam legem dari ei quod solvimus*. Если же она не была изъявлена, то опредѣлить назначеніе платежа можетъ *вѣритель*<sup>2</sup>; только онъ долженъ сдѣлать это тотчасъ<sup>3</sup> и притомъ соблюдая интересъ должника, какъ бы свой собственный; поэтому онъ не можетъ зачесть платежа на спорный долгъ или такой, по которому еще не наступилъ срокъ исполненія<sup>4</sup>. Если же и вѣритель не указалъ назначенія полученнаго платежа, то послѣдній относится къ процентамъ преимущественно предъ капиталомъ<sup>5</sup>; затѣмъ къ долгу, по которому наступилъ срокъ платежа<sup>6</sup>; къ долгу, обезпеченному неустойкой<sup>7</sup>; къ долгу, за который отвѣчаетъ поручитель или залогъ<sup>8</sup>; къ тому долгу, которымъ должникъ обремененъ отъ своего имени, преимущественно предъ тѣмъ, которымъ онъ обремененъ отъ чужого имени (напр., какъ поручитель)<sup>9</sup>; къ старѣйшему по времени долгу<sup>10</sup>; наконецъ, ко всѣмъ прочимъ долгамъ — пропорціонально<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> l. 1. l. 101. § 1. D. h. t. 46, 3; l. 1. C. h. t. 8, 42. — <sup>2</sup> l. 1. D. h. t. 46, 3; l. 1. C. h. t. 8, 42. — <sup>3</sup> l. 1. l. 2. l. 3. D. h. t. 46, 3. — <sup>4</sup> l. 1. D. h. t. 46, 3. — <sup>5</sup> l. 101. § 1. l. 73. l. 96. § 3. D. h. t. 46, 3; l. 35. pr. D. de pign. a. 13, 7. — <sup>6</sup> l. 5. §§ 2. 3. l. 6. l. 48. D. h. t. 46, 3; l. 1. C. h. t. 8, 42. — <sup>7</sup> l. 3. § 1. l. 103. D. h. t. 46, 3. — <sup>8</sup> l. 5. pr. l. 97. D. h. t. 46, 3. — <sup>9</sup> l. 97. D. h. t. 46, 3. — <sup>10</sup> l. 97. D. h. t. 46, 3. — <sup>11</sup> l. 8. D. h. t. 46, 3.

## 2) § 263. Доказывание платежа посредствомъ платежной росписки.

См. литературу къ § 209.—*Windscheid*, § 344.

Для доказательства платежа (кромѣ другихъ средствъ) можетъ служить платежная росписка, т. е. документъ, въ которомъ впритѣль признаетъ, что онъ получилъ отъ должника предметъ дома. Такъ какъ росписка выдается иногда до полученія платежа, то ея доказательная сила (по закону Юстиніана)<sup>1</sup> при займахъ и подобныхъ сдѣлкахъ (§ 231 пр. 5) откладывается до истеченія 30-ти дней послѣ выдачи; если должникъ пытается доказать платежъ посредствомъ платежной росписки, то впритѣль въ теченіе этихъ 30-и дней можетъ предъявить *querela non solutae pecuniae* (неточно названную Юстиніаномъ *exceptio non numeratae pecuniae*); къ этому возраженію относились тѣ же изыятія и тѣ же спорные вопросы, что и по поводу долгового акта (§ 231). Законъ Юстиніана (пр. 1) отмѣненъ Вводнымъ закономъ къ И. у. г. с. § 17, по которому доказательная сила росписки (и долгового акта) не зависитъ отъ времени (ср. § 231).—Квитанціи, удостовѣряющія платежъ общественныхъ податей за послѣдніе три года, даютъ основаніе предположить, что уплачены и прежніе взносы<sup>3</sup>; это предположеніе почти всѣ распространяютъ на частныя росписки въ полученіи срочныхъ взносовъ (процентовъ, наемной платы).—Во всякомъ случаѣ, если не по римскому<sup>4</sup>, то по современному обычному праву, производя платежъ, должникъ можетъ требовать росписки; до полученія послѣдней должникъ можетъ удержать платежъ.

3) § 264. Обѣщаніе платежа (*constitutum debiti*).

t. D. XIII, 5: de pecunia constituta.—t. C. IV, 18: de constituta pecunia.—*Bruns*, Kleinere Schriften. I. 221—312. 1882.—*Bähr*, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. 1867.—*Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. § 40. 1877.—*Kappeyne van de Coppello*, Abhandl. S. 200—354. 1885.—*Windscheid*, § 284.—*Baron*, § 135.

Платежу иногда (въ частности, если должникъ проситъ объ отсрочкѣ) предшествуетъ особое обѣщаніе платежа (*constitutum debiti*), обыкновенно вмѣстѣ съ указаніемъ опредѣленнаго времени, когда платежъ долженъ послѣдовать; если не сдѣлано такого ука-

<sup>1</sup> l. 14. § 2. C. de non. num. pec. 4, 30.—<sup>2</sup> l. 14. § 1. C. de non num. pec. 4, 30; l. 4. C. de ap. publ. 10, 22.—<sup>3</sup> l. 3. C. de ap. publ. 10, 22.—<sup>4</sup> l. 1. C. de ap. publ. 10, 22; l. 19. C. d. fid. instr. 4, 21; l. 18. C. de test. 4, 20.

занія, то обещающему дается десятидневный срокъ (§ 228 пр. 4) <sup>1</sup>. Constitutum имѣло въ классическомъ римскомъ правѣ очень важное значеніе, потому что общаніе платежа, хотя бы совершенное неформально, давало, по преторскому эдикту <sup>2</sup>, право на искъ (actio de pecunia constituta seu constitutoria), который влекъ за собою присужденіе отвѣтчика къ штрафу въ 50 процентовъ стоимости предмета иска <sup>3</sup>. Хотя штрафъ этотъ въ правѣ Юстиніана уже не существуетъ (я хотя въ нынѣшнемъ правѣ всѣ неформальные договоры даютъ право иска), тѣмъ не менѣе constitutum не потеряло своего значенія. А именно, съ нимъ часто соединяется признаніе долга конституентомъ (напр., тѣ 100, которые я долженъ А. за купленный участокъ, обещаю ему уплатить) <sup>3a</sup>; впрочемъ, это бываетъ не всегда (напр., то, что я долженъ А. изъ продажи участка.....). Далѣе, хотя constitutum не обращаетъ недѣйствительнаго долга въ дѣйствительный <sup>4</sup> (напротивъ, constituens можетъ противопоставить иску изъ constitutum тѣ же возраженія, которыя существуютъ противъ самаго требованія <sup>5</sup>), но натуральный долгъ оно превращаетъ въ исковой <sup>6</sup>. Затѣмъ, общаніе платежа можетъ быть дано не только должникомъ (const. debiti proprii), но и третьимъ лицомъ (const. debiti alieni) <sup>7</sup>; въ послѣднемъ случаѣ возникаетъ особый видъ поручительства (§ 258). Затѣмъ, constitutum защищаетъ вѣрителя отъ прекращенія требованія вслѣдствіе давности <sup>8</sup>, вслѣдствіе смерти (при наслѣдственныхъ обязательствахъ), вслѣдствіе прекращенія обогащенія (при искахъ объ обогащеніи) <sup>9</sup>, такъ какъ всѣ эти факты не имѣютъ значенія противъ уже совершеннаго constitutum. Далѣе, въ constitutum можетъ войти отступленіе отъ прежняго требованія: можетъ быть обещанъ платежъ другими вещами (хлѣбомъ вмѣсто денегъ) <sup>10</sup>, въ другое время, въ другомъ мѣстѣ <sup>11</sup>, третьему лицу <sup>12</sup>; что касается мѣста и времени, то constitutum можетъ быть менѣе выгодно для конституента, нежели само обязательство; но если въ constitutum заключены болѣе обязательныя для конституента условія относительно *прочаго* содержанія обязательства, то constitutum сокращается до размѣра по-

<sup>1</sup> l. 21. § 1. D. h. t. 13, 5.—<sup>2</sup> l. 1. pr. D. h. t. 13, 5.—<sup>3</sup> Gaius 4, 171.—  
<sup>3a</sup> l. 26. D. h. t. 13, 5.—<sup>4</sup> l. 1. §§ 1. 5. 8. l. 11. § 1. l. 12. l. 24. l. 31. D. h. t. 13, 5.—<sup>5</sup> l. 3. pr. § 1. D. h. t. 13, 5.—<sup>6</sup> l. 1. § 7. D. h. t. 13, 5.—<sup>7</sup> l. 2. l. 5. §§ 2—4. l. 26. l. 27. l. 28. D. h. t. 13, 5.—<sup>8</sup> l. 18. § 1. D. h. t. 13, 5.—<sup>9</sup> l. 1. § 8. l. 19. § 2. l. 20. D. h. t. 13, 5.—<sup>10</sup> l. 1. § 5. l. 25. pr. D. h. t. 13, 5.—<sup>11</sup> l. 4. l. 5. pr. l. 16. pr. D. h. t. 13, 5.—<sup>12</sup> l. 5. §§ 2. 6. 7. l. 7. § 1. D. h. t. 13, 5.

слѣдняго <sup>13</sup>. Во всякомъ случаѣ само обязательство остается нетро-  
нутымъ; поэтому вѣрителю принадлежитъ выборъ, или (не обращая  
вниманія на *constitutum*) требовать исполненія самого обязатель-  
ства, или же требовать исполненія *constitutum*; если онъ приметъ  
исполненіе *constitutum*, то этимъ погашается само обязательство <sup>14</sup>.

## В. § 265. Компенсация (зачетъ).

t. D. XVI, 2; t. C. IV, 31; de compensationibus.—*Brinz*, die Lehre von der  
Compensation. 1849.—*H. Dernburg*, die Compensation nach Römischen Recht  
mit Rücksicht auf die neueren Gesetzbücher. 2 Aufl. 1868.—*Ubbelohde*, über  
den Satz: ipso iure compensatur. 1858.—*Ascher*, die Compensation im Civil-  
process des classischen Römischen Rechts. 1863.—*Schwanert*, die Compensation  
nach Römischen Recht. 1870.—*Eisele*, die Compensation nach Röm. und Gem.  
Recht. 1876.—*Lenel*, Ursprung und Wirkung der Exceptionen. Стр. 139 слѣд.  
1876.—*Stampe*, das Compensationsverfahren im vorjustinianischen stricti iuris  
iudicium. 1886.—*Vangerow*, § 618.—*Windscheid*, §§ 348—351.—*Brinz*, §§ 287.  
288.—*Baron*, § 140.

І. *Понятіе и исторія*. Легальное опредѣленіе гласитъ: *compensatio est debiti et crediti inter se contributio* <sup>1</sup>, т. е. *компенсация есть взаимный зачетъ требованія и встрѣчнаго требованія*; должникъ можетъ зачесть съ требованіемъ своего вѣрителя встрѣчное требованіе, которое у него есть противъ вѣрителя, все равно, согласенъ ли послѣдній на зачетъ, или нѣтъ. Должникъ заинтересованъ въ этомъ, потому что *interest potius nostra non solvere, quam solutum repetere* <sup>2</sup>; а вѣритель не можетъ противъ этого возражать, потому что *dolo facit, qui petit quod redditurus est* <sup>3</sup>; однимъ словомъ компенсация равносильна платежу: *dedisse intelligendus est etiam is qui compensavit* <sup>4</sup>.—Право на компенсацию развивалось постепенно; первоначально только предъявляющій искъ *argentarius* <sup>5</sup> и покупатель конкурсной массы (*bonorum emtor*) <sup>6</sup> должны были сами совершать зачетъ встрѣчныхъ требованій должника; затѣмъ, должникъ изъ *bonae fidei obligatio* (§ 84) имѣлъ право зачесть свое встрѣчное требованіе, вытекающее изъ той же сдѣлки <sup>7</sup>; въ императорскій періодъ и должникъ изъ *stricti iuris obligatio* получилъ право зачесть посредствомъ *doli exceptio* какия бы то ни было встрѣчныя требованія съ требованіемъ истца <sup>8</sup>; на-

<sup>13</sup> l. 1. § 8. l. 11. § 1. l. 12. l. 24. D. h. t. 13, 5.—<sup>14</sup> l. 18. § 3. D. h. t. 13, 5.—<sup>15</sup> l. 10. D. h. t. 13, 5.

<sup>1</sup> l. 1. D. h. t. 16, 2.—<sup>2</sup> l. 3. D. h. t. 16, 2.—<sup>3</sup> l. 8. pr. D. de dol exc. 44, 4.—<sup>4</sup> l. 76. D. de v. s. 50, 16.—<sup>5</sup> Gai. 4, 64.—<sup>6</sup> Gai. 4, 65.—<sup>7</sup> Gai. 4, 63.—<sup>8</sup> § 30. I. de act. 4, 6; l. 4. l. 5. l. 10. § 3. l. 15. D. h. t. 16, 2.



конецъ, Юстиніанъ<sup>9</sup> допустилъ компенсацію во всѣхъ случаяхъ (даже относительно вещныхъ притязаній); поэтому, въ правѣ Юстиніана (и современномъ правѣ) остались лишь отдѣльные случаи, въ которыхъ не допускается компенсація по особымъ практическимъ соображеніямъ, а именно: 1) противъ требованія изъ depositum<sup>10</sup>; 2) противъ требованія возвращенія противозаконно захваченной вещи<sup>11</sup>; 3) противъ требованій казны и городской общины по поводу податей и нѣкоторыхъ другихъ ихъ требованій<sup>12—15</sup>.

II. *Условія компенсаціи.* Зачетъ можетъ состояться по волѣ обѣихъ сторонъ (договорный зачетъ); въ этомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ взаимнымъ прощеніемъ долга (§ 263), и особыхъ условий относительно свойствъ требованія и встрѣчнаго требованія на этотъ случай не предписано. Напротивъ, если дѣло идетъ о зачетѣ противъ воли вѣрителя, то для этого требуется:

1. чтобы встрѣчное требованіе было матеріально дѣйствительно; поэтому obligatio civilis inanis (§ 230 пр. 29) не можетъ быть зачтено<sup>16</sup>; иногда (многіе утверждаютъ, что всегда) достаточно было натурального обязательства<sup>17</sup>; относящіяся сюда случаи натурального обязательства въ современномъ правѣ уже не существуютъ;

2. чтобы встрѣчное требованіе принадлежало самому зачитывающему противъ требующаго<sup>18</sup>: ex persona tertii compensatio fieri nequit; это правило дѣйствуетъ и въ томъ случаѣ, если третье лицо согласно. Впрочемъ, поручитель можетъ представить къ зачету встрѣчное требованіе главнаго должника противъ вѣрителя<sup>19</sup>, корреальный должникъ — встрѣчное требованіе того содолжника, съ которымъ онъ находится въ отношеніяхъ товарищества<sup>20</sup>;

3. чтобы предметъ требованія и встрѣчнаго требованія были однородны<sup>21</sup> (поэтому можно компенсировать только деньги деньгами, хлѣбъ хлѣбомъ того же рода и качества и т. д.); но не требуется связи (connexitas) между двумя требованіями. И въ томъ, и въ другомъ отношеніи отъ compensatio отличается ius retentionis, предполагающее встрѣчное требованіе, которое находится въ связи съ предъявленнымъ требованіемъ, но можетъ быть съ послѣднимъ

<sup>9</sup> l. 14. пр. C. h. t. 4, 31.—<sup>10</sup> l. 14. § 1. C. h. t. 4, 31; l. 11. пр. C. dep. 4, 34.—<sup>11</sup> l. 14. § 2. C. h. t. 4, 31.—<sup>12</sup> l. 46. § 5. D. de iure f. 49, 14.—<sup>13</sup> l. 46. § 5. D. de iure f. 49, 14; l. 7. C. h. t. 4, 31.—<sup>14</sup> l. 3. C. h. t. 4, 31.—<sup>15</sup> l. 3. C. h. t. 4, 31.—<sup>16</sup> l. 14. D. h. t. 16, 2.—<sup>17</sup> l. 6. l. 8. D. h. t. 16, 2.—<sup>18</sup> l. 18. § 1. D. h. t. 16, 2; l. 9. C. h. t. 4, 31; l. 23. D. h. t. 16, 2.—<sup>19</sup> l. 4. l. 5. D. h. t. 16, 2.—<sup>20</sup> l. 10. de d. r. 45, 2.—<sup>21</sup> Gai. 4, 66.

неоднородно <sup>22</sup>; но *ius retentionis* не прекращаетъ права, которому противопоставлено встрѣчное требованіе, а только откладываетъ его исполненіе (§ 76);

4. чтобы по встрѣчному требованію наступило время исполненія; срокъ исполненія признается наступившимъ и тогда <sup>23</sup>, когда должнику по требованіямъ справедливости предоставлена отсрочка <sup>24</sup> (§ 228);

5. допускается ли (по закону Юстиніана <sup>25</sup>) компенсация только тогда, когда встрѣчное требованіе можетъ быть тотчасъ доказано (*liquidum cum illiquido nulla est compensatio*), это вопросъ спорный. Диспозитивнымъ словамъ юстиніанова закона (*ita compensationes obici iubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare*) соотвѣтствуетъ то мнѣніе, по которому возраженіе о компенсации не принимается лишь тогда, когда доказываніе встрѣчнаго требованія требуетъ сложнаго разбирательства, которое бы продолжалось несравненно дольше, чѣмъ доказываніе главнаго требованія.

III. *Какъ совершается компенсация?* Простое возникновеніе встрѣчнаго требованія еще не прекращаетъ требованія; требованіе и встрѣчное требованіе могутъ существовать рядомъ; компенсация наступаетъ лишь по волѣ вѣрителя или должника (или обоихъ). А именно, въ двухъ случаяхъ (которые теперь не существуютъ) *вѣритель* (*argentarius* и *bonorum emtor*) обязанъ былъ самъ зачесть встрѣчное требованіе должника <sup>31</sup>, въ прочихъ случаяхъ зачетъ зависитъ отъ усмотрѣнія должника <sup>32</sup>; существованіе годнаго къ зачету встрѣчнаго требованія является, слѣдовательно, *основаніемъ*, а заявленіе компенсации со стороны должника *условіемъ* зачета; если должникъ хочетъ воспользоваться зачетомъ, а судья въ этомъ ему отказываетъ (не вслѣдствіе несуществованія встрѣчнаго требованія, а вслѣдствіе недопустимости компенсации), то его встрѣчное требованіе продолжаетъ существовать <sup>33</sup>; если же судья най-

<sup>22</sup> Ср. l. 1. pr. D. qu. m. pign. 20, 6; l. 15. § 2. D. de furtis 47, 2.—<sup>23</sup> l. 7. pr. D. h. t. 16, 2.—<sup>24</sup> l. 16. § 1. D. h. t. 16, 2.—<sup>25</sup> l. 14. § 1. C. h. t. 4, 31; § 30. I. de act. 4, 6.—<sup>26</sup> l. 2. C. h. t. 4, 31; Reichscivilprocessordnung § 686 ограничила это.—<sup>27</sup> l. 1. C. h. t. 4, 31.—<sup>28</sup> l. 41. C. Th. de app. 11, 30.—<sup>29</sup> l. 46. § 4. D. de iure f. 49, 14.—<sup>30</sup> Gai. 4, 65—68.—<sup>31</sup> Gai. 4, 64. 65.—<sup>32</sup> l. 2. D. h. t. 16, 2; l. 1. § 4. D. de contr. tut. 27, 4.—<sup>33</sup> l. 7. § 1. D. h. t. 16, 2; l. 8. § 2. D. de neg. gest. 3, 5.

детъ, что возраженіе о компенсаціи основательно, то оба требованія признаются прекращенными, поскольку они покрываютъ другъ друга; при этомъ временемъ прекращенія считается не моментъ произнесенія рѣшенія, а моментъ возникновенія встрѣчнаго требованія<sup>34</sup>; поэтому, напр., ни та, ни другая сторона не можетъ требовать процентовъ за промежуточное время<sup>35</sup>, а равно не имѣютъ мѣста неблагоприятныя послѣдствія просрочки по поводу неисполненія въ промежуточное время<sup>36</sup>, не взыскивается и неустойка<sup>37</sup>.— Какъ уже выше замѣчено, воля должника совершить компенсацію должна была изъясляться въ *stricti iuris iudicia* противопоставленіемъ *ex c. doli in iure* (выше пр. 8); въ *bonae fidei iudicia* этого не требовалось только потому, что *bonae fidei iudiciis exceptio doli inest* (§ 84 пр. 24); въ прочихъ случаяхъ несомнѣнно всегда требовалось противопоставленіе *doli exceptio*. Тѣмъ не менѣе въ нѣсколькихъ мѣстахъ какъ во фрагментахъ юристовъ<sup>38</sup>, такъ и въ законахъ Юстиніана<sup>40</sup> мы встрѣчаемъ правило: *compensatio fit ipso iure*; о значеніи этого правила существуютъ самыя различныя мнѣнія. По одному мнѣнію, очень распространенному въ прежнее время, это правило высказываетъ, что требованіе тотчасъ уничтожается съ возникновеніемъ встрѣчнаго требованія; это мнѣніе по изложеннымъ причинамъ отвергнуто теперь почти всѣми. По господствующему теперь мнѣнію, означенное правило указываетъ на обратное дѣйствіе возраженія о компенсаціи, а именно на то, что въ случаѣ признанія возраженія заслуживающимъ удовлетворенія, компенсація обсуждается такъ, какъ если бы она послѣдовала уже въ моментъ возникновенія встрѣчнаго требованія; но въ такомъ случаѣ само правило, чтобы заключать данную норму, должно было бы иначе быть выражено (напр.: *compensatio ipso iure fieri intelligitur*). Въ новое время было предложено еще нѣсколько объясненій, которыя, впрочемъ, по своей неудовлетворительности, не встрѣтили признанія; поэтому мы о нихъ говорить не будемъ.

<sup>34</sup> l. 4. C. h. t. 4, 31; §§ 30. 39. I. de act. 4, 6.—<sup>35</sup> l. 11. l. 12. D. h. t. 16, 2.—<sup>36</sup> l. 40. D. de r. c. 12, 1.—<sup>37</sup> l. 31. § 1. D. de her. pet. 5, 3.—<sup>38</sup> l. 10. § 1. D. h. t. 16, 2; l. 30. D. de cond. ind. 12, 6.—<sup>39</sup> l. 4. l. 10. пр. § 1. l. 21. D. h. t. 16, 2.—<sup>40</sup> l. 4. l. 14. пр. C. h. t. 4, 31; § 30. I. de act. 4, 6.

## С. НОВАЦІЯ.

## 1) § 266. Так. наз. novatio voluntaria.

t. D. XLVI, 2; C. VIII, 41: de novationibus et delegationibus.—См. лит. къ § 209; кромѣ того: v. *Salpius*, Novation und Delegation nach Römischen Recht. 1864.—*Salkowski*, zur Lehre von der Novation nach Römischen Recht. 1866.—*Römer*, die bedingte Novation nach dem Römischen und heutigen Gemeinen Recht. 1863.—*Книер*, Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation. 1866.—*Römer*, Abhandlungen. H. 1. 1877.—*Kuntze*, die Obligationen. §§ 29—31. 1886.—*Gradenwitz*, Interpolationen in den Pandektenen § 21 (animus novandi). 1887.—v. *Blume*, Novation, Delegation und Schuldübertragung. 1894.—*Vangerow*, § 619.—*Windscheid*, §§ 353—355. 301.—*Brinz*, §§ 282. 282<sup>a</sup>.

**I. Понятіе и послѣдствія.** Легальное опредѣленіе <sup>1</sup> гласитъ: novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. *Итакъ, новація есть переводъ содержанія какого либо обязательства въ новое обязательство и при томъ (что пропущено въ легальномъ опредѣленіи) въ обязательство формальное <sup>2</sup>, стало быть, въ литеральный контрактъ или (что въ правѣ Юстиніана было единственно возможно) въ стимуляцію.* Въ силу воли сторонъ существующее обязательство прекращается тѣмъ, что на его мѣсто вступаетъ новое формальное обязательство съ равнымъ по существу содержаніемъ; отсюда мы видимъ, что новація не есть суррогатъ исполненія (не есть datio in solutum), а является актомъ воли, превращеніемъ одного обязательства въ другое. Новація была у Римлянъ въ большомъ употребленіи, въ частности какъ средство для превращенія неформального обязательства въ формальное, что, съ одной стороны, было необходимо для послѣдующей acceptilatio <sup>3</sup>, съ другой стороны, вслѣдствіе характера stricti iuris формального обязательства доставляло вѣрителю разныя выгоды. Кромѣ того, къ новаціи прибѣгали для перемѣны лица вѣрителя или должника (ср. ниже II. 2), чтобы ввести или измѣнить побочныя опредѣленія (напр., чтобы прибавить или отмѣнить срокъ или условіе) <sup>4</sup>, а также, чтобы увеличить или уменьшить главный предметъ обязательства <sup>5</sup>; впрочемъ, послѣдній случай сталъ разсматриваться какъ новація, кажется, лишь въ позднѣйшемъ классическомъ правѣ <sup>5a</sup>. — Новація

<sup>1</sup> l. 1. D. h. t. 46, 2.—<sup>2</sup> Gai. 3, 176.—<sup>3</sup> § 1. I. qu. m. obl. toll. 3, 29.—<sup>4</sup> Gai. 3, 177.—<sup>5</sup> l. 25. D. de i. dot. 23, 3; l. 58. D. de v. o. 45, 1; l. 28. D. h. t. 46, 2; l. 8. C. h. t. 8, 41.—<sup>5a</sup> l. 56. § 77. D. h. t. 46, 2 является свидѣтельствомъ о болѣе древнемъ классическомъ правѣ.

производитъ полное прекращеніе существующаго обязательства со всѣми его придаточными частями (поручительствами, залоговыми правами, неустойками, процентами, привилегіями, расширениями вслѣдствіе того, supra должника и т. п.)<sup>6</sup>; поэтому, новация можетъ быть для вѣрителя невыгодною, если придаточныя части не войдутъ въ новаціонную стипуляцію.

II. *Условія.* Для новации необходимы три условія:

1. *Существованіе обязательства;* иногда (нѣкоторые утверждаютъ, что всегда) достаточно натурального обязательства. Если обязательства нѣтъ совсѣмъ или если оно безсилно вслѣдствіе какого либо возраженія (obl. civilis inanis, § 230 sub IV), то новация немыслима; тѣмъ не менѣе новаціонная стипуляція имѣетъ силу въ двухъ случаяхъ: а) если обѣщающій знаетъ несуществованіе или недѣйствительность обновляемаго обязательства<sup>7</sup>; ибо въ такомъ случаѣ подъ видомъ новации онъ хочетъ обязаться съ цѣлью даренія (§ 68 пр. 6); б) если обѣщающій, хотя и не зная несуществованія обязательства, обѣщаетъ просто безъ упоминанія о мнимомъ обязательствѣ (напр., *centum dare spondes? spondeo*); но тогда онъ можетъ опорочить обѣщаніе искомъ и возраженіемъ по поводу *falsa causa* (§ 214 пр. 8)<sup>8</sup>. Но если въ обѣщаніи упомянуто, какъ его основаніе, мнимое обязательство (напр., *quicquid te ex vendito dare facere oportet, dare facere spondes? spondeo*)<sup>9</sup>, то обѣщаніе недѣйствительно, такъ какъ обѣщающій желаетъ себя обязать лишь въ той мѣрѣ, въ какой онъ уже состоитъ должникомъ; на томъ же принципѣ основана норма, по которой новация условнаго обязательства находится въ зависимости отъ исполненія условія<sup>10</sup>.

2. *Возникновеніе новаго формальнаго обязательства,* будетъ ли это обязательство срочное или безъ срока<sup>11</sup>, исковое или безъ иска<sup>12</sup>, вполне дѣйствительное, или подверженное возраженіямъ (*civilis inefficax*)<sup>13</sup>; болѣе древніе римскіе юристы не обращали даже вниманія, если обязательство было ничтожно съ самаго начала<sup>14</sup>; далѣе, они утверждали, что если новация поставлена въ зависимость отъ условія, то прежнее обязательство прекращается до исполненія

<sup>6</sup> l. 15. l. 18. l. 27. l. 29. D. h. t. 46, 2; l. 4. C. de fid. 8, 40.—<sup>7</sup> l. 21. l. 25. D. de v. o. 45, 1; l. 12. D. h. t. 46, 2.—<sup>8</sup> l. 20. D. ad sct. Mac. 14, 6.—<sup>9</sup> l. 27. D. h. t. 46, 2.—<sup>10</sup> l. 8. § 1. l. 14. § 1. D. h. t. 46, 2; l. 21. D. de acc. 46, 4.—<sup>11</sup> l. 5. l. 8. § 1. D. h. t. 46, 2.—<sup>12</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 46, 2.—<sup>13</sup> l. 8. § 11. l. 14. l. 32. § 5. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 16. C. eod. 4, 29.—<sup>14</sup> Gai. 3, 179.

условія <sup>15</sup>; позднѣйшіе римскіе юристы совершенно справедливо поставили прекращеніе прежняго обязательства въ зависимость отъ исполненія условія <sup>16</sup> и въ то же время установили правило, что во время нерѣшительнаго состоянія условія нельзя осуществлять прежняго обязательства <sup>17</sup>.—Новаціонная стипуляція должна содержать какое либо измѣненіе <sup>18</sup>, потому что иначе не было бы никакого разумнаго основанія для новаціи; если совершается новація неформальнаго обязательства, то измѣненіе состоитъ уже въ замѣнѣ неформальнаго обязательства формальнымъ; затѣмъ измѣненіе можетъ состоять въ прибавленіи или устраниеніи <sup>19</sup> условій, сроковъ, поручителей <sup>20</sup>, неустоекъ; наконецъ, въ перемѣнѣ лица вѣрителя или должника <sup>21</sup>; въ послѣднемъ случаѣ новые юристы говорятъ объ *expromissio*, если кто либо принимаетъ на себя чужой долгъ безъ предварительнаго уговора съ должникомъ (—уже въ § 254, текстъ къ пр. 2. 3, было замѣчено, что источники придаютъ этому слову болѣе широкое значеніе—), и о *delegatio*, если должникъ обязывается передъ другимъ по порученію вѣрителя или если должникъ съ согласія своего вѣрителя представляетъ ему новаго должника (—мы увидимъ ниже § 307, что источники придаютъ этому слову болѣе широкое значеніе—).

### 3. *Право и намѣреніе совершить новацію:*

а. Право совершить новацію принадлежитъ дѣеспособному вѣрителю и его представителю, будетъ ли послѣдній управомоченъ къ управленію всѣмъ имуществомъ, или прямо уполномоченъ къ новаціи <sup>22</sup>. Если кто либо безъ права на совершеніе новаціи приметъ новаціонную стипуляцію, то прежнее обязательство продолжаетъ оставаться въ силѣ, а новаціонная стипуляція имѣетъ значеніе такъ наз. придаточнаго обѣщанія <sup>24</sup> (акцессорная, или конфирматорная стипуляція); вѣрителю тогда принадлежитъ выборъ между исполненіемъ перваго или втораго обязательства; исполненіе одного прекращаетъ другое.

б. *Намѣреніе совершить новацію* (*animus novandi*); если такого намѣренія нѣтъ, то прежнее обязательство продолжаетъ существо-

<sup>15</sup> Gai. 3, 179.—<sup>16</sup> l. 8. § 1. l. 14. pr. l. 24. D. h. t. 46, 2.—<sup>17</sup> l. 83. D. de i. dot. 23, 3; l. 36. D. de reb. cr. 12, 1.—<sup>18</sup> § 3. I. qu. mod. obl. toll. 3, 29.—<sup>19</sup> § 3. I. cit.; l. 8. C. h. t. 8, 41.—<sup>20</sup> Gai. 3, 178.—<sup>21</sup> § 3. I. qu. m. obl. toll. 3, 29; l. 8. § 5. D. h. t. 46, 2.—<sup>22</sup> l. 20. pr. § 1. D. h. t. 46, 2.—<sup>23</sup> l. 16, l. 21. l. 25. l. 34. pr. D. h. t. 46, 2.—<sup>24</sup> l. 10. D. h. t. 46, 2.—<sup>25</sup> l. 9. pr. l. 16. D. h. t. 46, 2.

вать, а новаціонная стипуляція имѣть значеніе придаточнаго общаія (пр. 24); доказательства намѣренія совершить новацію классическіе юристы (какъ сообщаетъ Юстиніанъ)<sup>25</sup> почерпали изъ новыхъ опредѣленій въ новаціонной стипуляціи; при этомъ между ними возникли разногласія; нѣкоторые видѣли новацію въ какомъ бы то ни было измѣненіи обязательства (напр., въ присоединеніи поручителя или корреального должника, въ установленіи залогового права). Поэтому Юстиніанъ опредѣлилъ<sup>26</sup>, что нѣтъ новаціи „nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint“. Уже со времени комментаторовъ стали возникать споры о значеніи этихъ словъ. Положимъ, всѣ согласны, что не при всякомъ измѣненіи обязательства происходитъ новація (это обыкновенно выражаютъ такъ: нѣтъ *novatio praesumpta*); но спорять о томъ, необходимо ли для новаціи соответственное прямое изъясненіе воли сторонъ, или же можно изъ содержанія *всѣхъ* соглашеній сторонъ выводить молчаливо выраженное намѣреніе совершить новацію (что обыкновенно выражаютъ такъ: *имѣетъ ли силу только novatio expressa или же допускается и novatio tacita*); словамъ закона, очевидно, соответствуетъ строгое мнѣніе, которое требуетъ *прямого* изъясненія сторонами намѣренія совершить новацію, но нельзя не признать, что такое правило противорѣчитъ твердому соблюденію договоровъ, поэтому господствующее мнѣніе склоняется въ пользу *novatio tacita*.

Слѣдуетъ замѣтить, что въ настоящее время спорять еще о томъ, можно ли произвести новацію только посредствомъ нынѣшняго формальнаго контракта (напр., векселя), или также посредствомъ неформальнаго абстрактнаго договора; по правильному мнѣнію, слѣдуетъ признать дѣйствительными оба средства; но если кто, будучи должнымъ сумму денегъ изъ какого либо консенсуальнаго контракта, признаетъ себя должникомъ въ долгомъ актѣ (что теперь часто случается), то въ этомъ не заключается новаціи; что же касается вопроса, слѣдуетъ ли тогда признавать наличность заемнаго обязательства или же продолженіе прежняго основанія долга (такъ что выданный долговой актъ не имѣетъ матеріальнаго значенія), то по этому поводу ср. § 273 пр. 8 и 8а.

## 2) § 267. Такъ наз. novatio necessaria.

См. литературу къ § 94.—*Windscheid*, § 356.—*Baron*, § 210.

Вліяніе *litiscontestatio* (начала процесса) и судебного рѣшенія

<sup>25</sup> I. S. C. h. t. 8, 41.—<sup>26</sup> I. S. C. h. t. 8, 41; § 3. I. qu. m. obl. toll. 3, 29.

на правоотношенія вообще изложено уже въ §§ 95. 97; здѣсь идетъ рѣчь только объ ихъ особомъ вліяніи на обязательства.

I. *Litiscontestatio* и рѣшеніе въ источникахъ не разъ сопоставляются съ (добровольною) новаціей или даже прямо называются новаціей<sup>1</sup>; въ самомъ дѣлѣ, нѣкоторыя постановленія юстиніанова права, повидимому, указываютъ на то, что означенные акты заслуживаютъ присвоеннаго имъ многими романистами названія—*novatio necessaria*: 1) требованія, иски по которымъ сами по себѣ ненаслѣдственны, съ момента *litiscontestatio* дѣлаются наслѣдственными<sup>2</sup>; вслѣдствіе *litiscontestatio* они теряютъ свой особый характеръ, который служитъ причиною ихъ ненаслѣдственности (§ 81 пр. 14. § 82 пр. 2); 2) по той же причинѣ требованіе, которое само по себѣ не могло быть осуществлено посредствомъ *act. de peculio* (напр., притязаніе изъ деликта), становится осуществимымъ посредствомъ названнаго иска, будучи признано судебнымъ рѣшеніемъ<sup>3</sup>; 3) иски, погашаемые болѣе короткою давностью, послѣ рѣшенія превращаются лишь истеченіемъ тридцатилѣтней давности<sup>4</sup>; 4) рѣшеніе прекращаетъ, по римскому праву (§ 42 пр. 18), наростаніе процентовъ, которое, впрочемъ, по истеченіи исполнительнаго четырехмѣсячнаго срока возобновляется съ большею силою<sup>5</sup>.

II. Подробное изслѣдованіе вопроса дѣйствительно приводитъ къ тому выводу, что, во всякомъ случаѣ, по древнему *ius civile*, существовала такъ наз. *novatio necessaria*; въ пользу этого говорить слѣдующее:

1. по правилу древняго римскаго права: *ne bis sit de eadem re actio* (§ 95 пр. 1. 2), обязательство въ моментъ *litiscontestatio* лишается иска (кромѣ настоящаго процесса), такъ какъ въ этотъ моментъ происходитъ осуществленіе и поглощеніе иска; но древнее *ius civile* не знаетъ совсѣмъ обязательствъ безъ иска, такъ что съ его точки зрѣнія обязательство вполнѣ прекратилось;

2. по правилу: *iudicio contrahitur*<sup>6</sup> (§ 95 пр. 47), съ момента *litiscontestatio* начинается для сторонъ обязательство, а именно, обязанность покориться будущему рѣшенію суда, каково бы оно ни было. Обязательство это (*condemnari oportere*) продолжается до рѣшенія. Съ воспослѣдованіемъ рѣшенія въ случаѣ *condemnatio*

<sup>1</sup> I. 11. § 1. I. 29. D. h. t. 46, 2; I. 3. § 2. C. de us. rei iud. 7, 54; Vat. fr. 263.—<sup>2</sup> I. 6. § 3. D. de re iud. 42, 1.—<sup>3</sup> I. 3. § 11. D. de pec. 15, 1.—<sup>4</sup> I. 6. § 3. D. de re iud. 42, 1.—<sup>5</sup> I. 3. C. de us. rei iud. 7, 54.—<sup>6</sup> I. 3. § 11. D. de pec. 15, 1.



отвѣтчикъ подвергается *новому* обязательству: обязательству исполнить рѣшеніе (*iudicatum solvi*), для чего служитъ новый искъ, *actio iudicati* (§ 97); въ то время, когда всякое рѣшеніе выражалось въ денежной суммѣ, это новое обязательство, очевидно, часто отличалось отъ первоначальнаго;

3. есть взаимная связь между прекращеніемъ стараго и возникновеніемъ новаго обязательства: послѣднее возникло на основаніи перваго.

Все это явленіе Гай описываетъ слѣдующими словами <sup>7</sup>: *tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitio iudicimo fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione, sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri; et hoc est quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.*

III. Но эта теорія лишилась своего внутренняго значенія съ того момента, когда римскимъ правомъ было реципировано понятіе натурального обязательства; съ этого времени *litiscontestatio* и рѣшеніе не препятствуютъ первоначальному обязательству продолжаться въ качествѣ обязательства натурального <sup>8</sup>, между тѣмъ какъ при добровольной новаці первоначальное обязательство вполне прерывается; поэтому за истцомъ остаются также побочныя права (залоговое право, право преимущества въ конкурсѣ, право на проценты <sup>9</sup>, по юстиніанову праву <sup>10</sup> также притязаніе противъ *fideiusor'a* и корреального должника), между тѣмъ какъ при т. н. добровольной новаці они прекращаются вмѣстѣ съ первоначальнымъ обязательствомъ. Даже нѣкоторыя возраженія, упущенныя въ процессѣ, могутъ быть противопоставлены притязанію на исполненіе рѣшенія (*actio iudicati*); таковы, напр., т. н. *beneficium cedendarum actionum* <sup>11</sup>, *exc. sciti Macedoniani* и *Velleiani* <sup>12</sup> (что, впрочемъ, относительно послѣднихъ двухъ возраженій И. у. г. с. § 686 ч. 2-я не признаетъ, ср. § 255 пр. 9. § 274 пр. 7). Но что вполне лишило основанія разсматриваемую нами теорію, такъ это то, что принципъ „*ne bis sit de eadem re actio*“ почти вполне былъ отмѣненъ постоян-

<sup>7</sup> Gai. 2, 180.—<sup>8</sup> l. 60. pr. D. de cond. ind. 12, 6; l. 8. § 1. D. r. r. 46, 8.—<sup>9</sup> l. 29. D. h. t. 46, 2; l. 13. § 4. D. de pign. 20, 1.—<sup>10</sup> l. 28. C. de fid. 8, 40.—<sup>11</sup> l. 41. § 1. D. de fid. 46, 1; l. 1. § 18. D. de tut. 27, 3.—<sup>12</sup> l. 11. D. ad scit. Mac. 14, 6.

нымъ возраставиёмъ числа исключеній (§ 95 пр. 5—9); съ тѣхъ поръ должникъ остается одинаково обязаннымъ какъ до, такъ и послѣ начала процесса, а послѣдствіемъ присуждающаго рѣшенія является лишь то, что *притязаніе вѣрителя становится яснымъ и безспорнымъ и можетъ быть впредь осуществлено только установленнымъ судьей образомъ*. Тѣмъ не менѣе прежнее возрѣніе сохранило свою силу въ нѣкоторыхъ частяхъ и до настоящаго времени (выше I), поэтому и спорять еще теперь, принадлежитъ ли литисконтестаціи и рѣшенію характеръ новаціи.

#### D. § 268. Прощеніе.

v. *Völderndorff-Waradein*, zur Lehre vom Erlass. 1850.—v. *Scheurl*, Beiträge. Nr. 14. 1853.—*Leist*, über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsacte. 1876.—*Vangerow*, § 621.—*Windscheid*, §§ 357. 358.—*Brinz*, §§ 111. 291.—*Bekker*, § 104 sub II.

*Прощеніе есть прекращеніе требованія по волѣ вѣрителя съ согласія должника*. Прощеніе есть абстрактный договоръ, признаваемый дѣйствительнымъ даже въ томъ случаѣ, если его causa неправомерна, порочна, или же въ дѣйствительности совсѣмъ отсутствуетъ (§ 214); впрочемъ, обыкновенно его causa есть дареніе или воздѣйствіе за совершенное уже дѣйствіе, или преддѣйствіе (ср. § 131 текстъ къ пр. 14).

I. *Римское право*. Въ юстиніановомъ правѣ сдѣлки прощенія существовали лишь для нѣкоторыхъ обязательствъ; а именно, по правилу (впрочемъ, весьма сомнительному): *prout quidque contractum est, ita et solvi debet*<sup>1</sup>, было только двѣ сдѣлки прощенія: 1. стипуляція прекращалась посредствомъ *acceptilatio*<sup>2</sup>, т. е. посредствомъ договора въ формѣ вопроса и отвѣта, въ которомъ стороны заявляли, что должно такъ быть, какъ если бы вѣритель получилъ платежъ (*quod ego tibi promisi, habesne acceptum? acceptum habeo*); 2. консенсуальный контрактъ прекращался посредствомъ *contrarius consensus*<sup>3</sup>, т. е. посредствомъ неформальнаго соглашенія сторонъ, что неисполненный консенсуальный контрактъ долженъ быть прекращенъ.—Чтобы примѣнить прощеніе и къ прочимъ обязательствамъ, обращались къ двумъ косвеннымъ средствамъ: а. стороны новировали

<sup>1</sup> 1. 80. D. de sol. 46, 3; 1. 35. 1. 100. D. de r. i. 50, 17.—<sup>2</sup> § 1. I. qu. m. obl. 3, 29; t. D. de acc. 46, 4.—<sup>3</sup> § 4. I. qu. m. obl. 3, 29; 1. 7. § 6. D. de pact. 2, 14; 1. 2. 1. 3. 1. 5. §§ 1. 2. D. de resc. vend. 18, 5; 1. 95. § 12. D. de sol. 46, 3.

посредствомъ стипуляціи договоръ, долженствующій быть прекращеннымъ, и заключали затѣмъ *acceptilatio*; приемъ этотъ примѣнялся какъ къ *отдельнымъ* требованіямъ, такъ и тогда, когда вѣритель желалъ простить своему должнику *всѣ* свои тебованія; для послѣдняго случая Aquilius Gallus составилъ формулу новаціонной стипуляціи, которая отъ его имени получила названіе *stipulatio Aquiliana* <sup>4</sup>; б. вѣритель заключалъ съ должникомъ  *Pactum de non petendo* <sup>5</sup>. т. е. вѣритель обязывался не взыскивать требованія искомъ; собственно говоря, это вовсе не было прощениемъ, и должнику слѣдовало бы только дать противъ *иска* *exc. pacti* <sup>6</sup>, такъ что въ прочихъ отношеніяхъ требованіе продолжало бы существовать безъ иска; но подобно тому, какъ право *iuris civilis*, будучи лишено иска преторскимъ эдиктомъ, превращалась въ какую то безсодержательную форму (§ 79 кон.), такъ и здѣсь послѣ заключенія  *Pactum de non petendo* на обязательство смотрѣли, какъ на *obligatio inanis* (§ 230 пр. 29), и если должникъ совершалъ платежъ по извинительному заблужденію, то ему дозволяли требовать уплаченное обратно <sup>7</sup>. Впрочемъ вышесказанное относится лишь къ тому случаю, когда  *Pactum de non petendo* заключено навсегда; если же  *Pactum* заключено лишь на извѣстное время (напр., на время жизни вѣрителя или должника, въ каковомъ случаѣ оно называлось  *Pact. de n. p. in personam* въ противоположность къ  *Pact. de n. p. in rem* <sup>8</sup>), то это имѣло лишь значеніе отсрочки <sup>8а</sup>, и вѣритель даже во время льготнаго срока могъ осуществлять свои прочія права, напр., залладное право, установленное въ обезпеченіе требованія <sup>9</sup>.

**II. Современное право.** *Acceptilatio* теперь не существуетъ; но вѣритель часто выдаетъ платежную росписку безъ дѣйствительнаго полученія съ намѣреніемъ простить долгъ (что, впрочемъ, практиковалось уже и у Римлянъ къ концу классическаго періода <sup>9а</sup>); такая росписка является признаніемъ вѣрителя, что должникъ освобождается отъ долга (т. е. договоромъ признанія, прекращающимъ долгъ, ср. о договорѣ признанія, устанавливаемомъ долгъ въ § 231 sub. II), и подлежитъ правиламъ *acceptilatio*.—*Contrarius consensus* продолжаетъ существовать и иногда неточно именуется *mutuus dissensus*.—Затѣмъ въ современномъ правѣ прибавилось заявленіе вѣрителя, что онъ прощаетъ долгъ.—Часто также заключается договоръ съ вѣрителемъ, чтобы онъ не начиналъ иска по требо-

<sup>4</sup> § 1. I. qu. m. obl. 3, 29; l. 18. § 1. D. de acc. 46, 4; l. 2. l. 4. l. 5. D. de transact. 2, 15.—<sup>5</sup> t. D. 2, 14; t. C. 2, 3; de pactis.—<sup>6</sup> § 3. I. de exc. 4, 13.—<sup>7</sup> l. 40. § 2. l. 32. § 1. D. de. c. i. 12, 6; cf. l. 34. § 11. D. de sol. 46, 3; l. 27. § 6. D. de pact. 2, 14.—<sup>8</sup> l. 7. § 8. l. 17. § 3. l. 25. § 1. D. de pact. 2, 14.—<sup>8а</sup> l. 55. D. de v. s. 50, 16.—<sup>9</sup> cf. l. 32. § 1. D. de. c. i. 12, 6.

ванію; на этотъ договоръ нельзя смотрѣть (какъ на римское pact. de non petendo), какъ на прекращеніе требованія, потому что теперь отношеніе иска къ праву иное, нежели у Римлянъ (§ 79 кон.); его заключаютъ обыкновенно только тогда, когда желаютъ, чтобы требованіе лишилось своего дѣйствія на время, или, хотя и навсегда, но лишь въ какомъ либо одномъ отношеніи (напр., вѣритель отказывается отъ осуществленія личнаго притязанія, но удерживаетъ за собою право осуществить закладное право, обезпечивающее личное притязаніе); изъ вышеизложеннаго видна ошибочность того мнѣнія нѣкоторыхъ новыхъ юристовъ, по которому теперь pact. d. n. p. не только порождаетъ возраженіе, но превращаетъ обязательство ipso iure (стало быть, вполне).

III. *Во частности. принудительное прощеніе.* По римскому праву, большинство вѣрителей обремененнаго долгами наслѣдства, чтобы побудить наслѣдника къ принятію послѣдняго, могли согласиться на частичное прощеніе, обязательное и для меньшинства <sup>10</sup>. Большинство опредѣляется прежде всего размѣромъ требованій, а въ случаѣ ихъ равенства числомъ лицъ; закладныхъ правъ и поручительствъ, которыя установлены вѣрителямъ, принадлежащимъ къ меньшинству, прощеніе не касается <sup>11</sup>.

Практика распространила принудительное прощеніе на *все* случаи несостоятельности должника (— очевидно потому, что большинство обыкновенно только тогда согласится на прощеніе, когда это соответствуетъ интересамъ самихъ вѣрителей—); И. конк. уст. § 160 слѣд. призналъ эту практику и точно регулировалъ институтъ т. н. принудительной мировой сдѣлки; изъ предписаній И. к. у. заслуживаетъ вниманія то положеніе, что всякій вѣритель, *принадлежитъ ли онъ къ меньшинству или къ большинству*, сохраняетъ свои права противъ содолжниковъ и поручителей общаго должника <sup>12</sup>.

### Е. § 269. Случай.

*Hoffmann*, über. das Periculum beim Kauf. 1870. — *Bechmann*, der Kauf. §§ 82—84. 134. 135. 1876. 1884. — *Jhering*, gesammelte Aufsätze. T. 1. Crp. 291—326. 426—490. 1881. — См. также литературу къ § 238. — *Vangerow*, §§ 591, 635. — *Windscheid*, § 390. — *Brinz*, §§ 277. 278.

I. Уже выше (въ § 238) было указано, что должникъ не отвѣчаетъ по общему правилу (а именно, если не было особаго согласенія или присоединенія *супра* или *тога*) за случай, который поражаетъ предметъ долга. Отсюда слѣдуетъ, что если вещь гибнетъ

<sup>10</sup> 1. 7. § 19.—1. 10. pr. D. de pact. 2, 14; 1. 58. § 1. D. mand. 17, 1; 1. 23. D. quae in fr. cred. 42, 8.—<sup>11</sup> 1. 58. § 1. D. mand. 17, 1; 1. 10. pr. D. de pact. 2, 14.—<sup>12</sup> 1. 58. § 10. D. mand. 17, 1 и 1. 10. pr. D. de pact. 2, 14.—<sup>13</sup> Reichs-concursordnung § 178.

случайно, то обязанность должника по общему правилу прекращается <sup>1</sup>.

II. При двусторонних договорах возникает вопрос, прекращает ли случайная гибель предмета долга обязанность обеих сторон или только той стороны, которая должна была предоставить погибнувший предмет. Новые юристы пытались установить для всех случаев этого рода один общий принцип; но эти попытки должны были остаться безуспешными, потому что не все двусторонние договоры имеют одну и ту же природу, а распадаются на мѣновныя обязательства и обязательства общенія, а первыя, въ свою очередь, распадаются на куплю и купле-подобныя сдѣлки, съ одной стороны, и на наемъ и наймо-подобныя сдѣлки, съ другой стороны (§ 215). Для каждаго изъ этихъ видовъ сдѣлокъ относительно разсматриваемаго нами вопроса дѣйствуютъ особыя правила.

1. Относительно *купли* дѣйствуетъ правило, что случай, поражающій проданный предметъ, не оказываетъ никакого вліянія на обязанность покупателя. Поэтому, если относительно *индивидуально-определенной* вещи заключена *perfecta emtio-venditio*, то примѣняется правило: *periculum est emtoris*, такъ что покупательъ долженъ уплатить цѣну, хотя не получаетъ вещи <sup>2</sup>; противное мнѣніе нѣкоторыхъ прежнихъ романистовъ <sup>3</sup> теперь всеми отвергнуто.—Если по отношенію къ *индивидуально-определенной* вещи заключена купля подъ *суспензивнымъ* условіемъ, то во время нерѣшительности условія слѣдуетъ различать между т. н. *periculum interitus* и *periculum deteriorationis*; первое падаетъ на продавца, второе на покупателя <sup>4</sup>; но это различіе установлено источниками непоследовательно, ибо, такъ какъ *суспензивно-условная* купля не есть *contractus perfectus*, то, собственно говоря, *всякій* случай долженъ бы падать на продавца.—Если *индивидуально-определенное* количество *res fungibiles* (§ 40 пр. 6) продано цѣликомъ, какъ оно есть (*per aversionem*), то *emtio* является *perfecta*, и дѣйствуетъ правило: *periculum est emtoris* <sup>5</sup>. Напротивъ, купля признается *imperfecta* (по

<sup>1</sup> l. 33. l. 83. § 5. D. de v. o. 45, 1; l. 107. D. de sol. 46, 3; cf. l. 92. l. 98. § 8. eod.—<sup>2</sup> l. 7. pr. l. 8. pr. l. 16. D. de per. et. comm. 18, 6; l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1; l. 15. D. de i. d. 23, 3; l. 1. ll. 4—6. C. de per. et. comm. 4, 48; § 3. l. de emt. vend. 3, 23.—<sup>3</sup> Осправшееся на l. 33. D. loc. 19, 2; ll. 12—14. D. de per. et. comm. 18, 6.—<sup>4</sup> l. 8. pr. D. de per. et. comm. 18, 6; cf. Vat. fr. § 16.—<sup>5</sup> l. 4. §§ 1. 2. D. de per. et. comm. 18, 6; l. 35. §§ 5. 6. l. 62. § 2. D. de c. e. 18, 1; l. 2. C. de per. et. comm. 4, 48.

миѣнію сабинянцевъ, которое взяло верхъ) <sup>6</sup>: а) если изъ индивидуально-опредѣленнаго количества *res fungibiles* продана извѣстная часть, которая еще должна быть отмѣрена, отвѣшена, отсчитана, б) если индивидуально-опредѣленное количество *res fungibiles* продано такимъ образомъ, что покупная цѣна опредѣляется по мѣрѣ, вѣсу, числу отдѣльныхъ вещей даннаго количества, такъ что само количество еще должно быть измѣрено, взвѣшено, сосчитано. Въ обоихъ случаяхъ несовершенной купли замѣнимыхъ вещей весь рискъ до измѣренія, взвѣшенія, счета падаетъ на продавца <sup>7</sup>; нѣкоторые писатели полагаютъ, что и здѣсь слѣдуетъ различать между *peric. interitus* и *deteriorationis*, но ихъ миѣніе не имѣетъ никакого подтвержденія въ источникахъ. Если предметомъ купли служить *индивидуально-неопредѣленное* количество *res fungibiles* (у новыхъ юристовъ: договоръ поставки, напр., сто шеффелей восьмидесяти-фунтовой ржи, тысяча аршинъ солдатскаго сѣраго сукна), то сначала рискъ совсѣмъ не принимается во вниманіе: *genus perire non censetur* (§ 238 пр. 4); но существуетъ спорный вопросъ о томъ, переходитъ ли рискъ позднѣе на покупателя, когда продавецъ *односторонне* выдѣлилъ (отмѣрилъ, отвѣсилъ, отсчиталъ) проданное количество, или лишь тогда, когда покупательъ получилъ увѣдомленіе объ одностороннемъ выдѣленіи, или, наконецъ, лишь тогда, когда продавецъ уже доставилъ (прислалъ, принесть, выдалъ) проданное количество (теорія выдѣленія—теорія доставленія); источники объ этомъ не говорятъ; внутреннія основанія говорятъ въ пользу теоріи доставленія, потому что лишь съ момента исполненія (доставленія) на мѣсто слѣдуемаго *genus* вступаетъ *species*.

2. Относительно *найма* дѣйствуетъ то правило, что случай, поражающій нанятый предметъ, вліяетъ и на обязательство нанимателя: *locatoris [est] periculum*. Такимъ образомъ, при *locatio conductio rei*, если случайно сдѣлается невозможнымъ пользованіе вещью въ теченіе назначеннаго въ договорѣ времени, то само обязательство прекращается, а наниматель платитъ наемную плату только за время, въ которое онъ могъ пользоваться <sup>8</sup>; если пользованіе вещью вслѣдствіе случая значительно уменьшилось, то пропорціонально уменьшается наемная плата <sup>9</sup>; *на особыхъ со-*

<sup>6</sup> 1. 35. § 5. D. de c. e. 18, 1; 1. 2. C. de per. et. comm. 4, 48; 1. 1. § 1. D. eod. 18, 6.—<sup>7</sup> 1. 35. §§ 5—7. D. de c. e. 18, 1; 1. 1. § 1. 1. 5. D. de per. et comm. 18, 6; 1. 2. C. eod. 4, 48.—<sup>8</sup> 1. 9. §§ 3. 4. 1. 19. § 6. 1. 30. § 1. D. loc. 19, 2.—<sup>9</sup> 1. 25. § 2. 1. 27. пр. D. loc. 19, 2.

*ображеніяхъ справедливости* основана *remissio mercedis* въ пользу арендатора, когда пользованіе участкомъ вслѣдствіе случая вполне или отчасти оказалось *безуспѣшнымъ* <sup>10</sup> (§ 294). При *loc. cond. operatum*, если нанявшійся по случаю (болѣзни, смерти) не исполняетъ своей работы, то само обязательство прекращается; если случай наступаетъ послѣ исполненія части работъ, то наниматель платитъ часть наемной платы <sup>11</sup>.— При *loc. cond. operis* <sup>12</sup>, если случай сдѣлаетъ невозможнымъ исполненіе подряда, то само обязательство прекращается; когда случай произойдетъ послѣ частичнаго изготовленія, то, если работа сдѣлана хорошо (*approbatione dignum*), подрядившій долженъ уплатить соразмѣрную часть цѣны (что нѣкоторые отрицаютъ безъ основанія); всю плату онъ обязанъ внести въ томъ случаѣ, если *оконченная* хорошо сдѣланная работа погибла случайно до передачи подрядившему.

3. При безыменныхъ контрактахъ, по господствующему мнѣнію, дѣйствуютъ правила купли. Но скорѣе слѣдуетъ утверждать, что и здѣсь имѣетъ значеніе различіе между куплею и наймомъ; при купле-подобныхъ безыменныхъ контрактахъ (мѣна <sup>14</sup>, уплата денегъ за *manumissio раба* <sup>15</sup>) дѣйствуютъ правила купли; при наймоподобныхъ (дача вещей за услуги)—правила найма <sup>16</sup>.

4. Въ товариществѣ случайная гибель взносовъ отдѣльныхъ товарищей прызводитъ то послѣдствіе, что если безъ нихъ цѣль товарищества не можетъ быть достигнута, то прекращается само обязательство (§ 302).

III. При тѣхъ одностороннихъ обязательствахъ, при которыхъ можетъ имѣть мѣсто *actio contraria* (т. е. *obl. bilaterales inaequales*, § 215), случай, поражающій предметъ главнаго обязательства, не имѣетъ никакого вліянія на побочное обязательство, осуществляемое посредствомъ *act. contraria* <sup>17</sup>.

<sup>10</sup> l. 15. §§ 2—7. D. loc. 19, 2.—<sup>11</sup> l. 30. § 1. D. loc. 19, 2.—<sup>12</sup> l. 1. § 13. D. de extr. cogn. 50, 13; l. 11. C. de cond. ob c. 4, 6.—<sup>13</sup> l. 36. l. 37. l. 59. l. 62. D. loc. 19, 2; l. 10. pr. D. de l. Rhod. 14, 2; l. 15. § 6. D. loc. 19, 2.—<sup>14</sup> l. 5. § 1. D. de pr. v. 19, 5; l. 10. C. de cond. ob c. 4, 6.—<sup>15</sup> l. 5. § 2. D. de pr. v. 19, 5; l. 3. § 3. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4.—<sup>16</sup> l. 5. pr. D. de c. c. d. n. s. 12, 4; cf. l. 5. § 2. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>17</sup> l. 10. § 1. l. 22. D. de neg. gest. 3, 5; l. 18. § 4. D. comm. 13, 6; l. 8. pr. D. de pign. a. 13, 7; cf. l. 4. D. de imp. 25, 1.

F. § 270. Смерть одной из сторонъ.—*Confusio*.

*Vangerow*, § 620.—*Windscheid*, §§ 352. 359.

I. Со смертью *вѣрителя* или должника обязательства по общему правилу не прекращаются, а переходят на наслѣдниковъ; если же наслѣдниковъ нѣтъ, то имущество умершаго (въ томъ числѣ требованія и долги), какъ выморочное (*bona vacantia*), переходитъ къ казнѣ. Но въ видѣ исключенія прекращаются:

1. Обязательства, которыя по своей природѣ связаны съ определеннымъ лицомъ, напр., *требованіе* установленія зуфрукта для опредѣленнаго лица, *долгъ* работы, которая зависитъ отъ личной способности работника <sup>1</sup>; поэтому также договоры порученія и товарищества смертью одного изъ контрагентовъ прекращаются *на будущее время* (§§ 302. 306).

2. Къ наслѣдникамъ *вѣрителя* не переходятъ такія требованія, которыя направлены къ удовлетворенію за личную обиду и поэтому осуществляются посредствомъ т. н. *actiones vindictam spirantes*; на наслѣдниковъ *должника* обязательства изъ деликтовъ и деликто-подобныхъ дѣяній переходятъ лишь въ ограниченномъ размѣрѣ (§ 69 пр. 23. § 82. пр. 1. 2. § 81 пр. 10—14).

II. Обязательства прекращаются *вслѣдствіе confusio* (совпаденія, сліянія), если вѣритель дѣлается универсальнымъ преемникомъ (§ 47) умершаго должника или обратно <sup>2</sup>; ибо никто не можетъ сдѣлаться самому себѣ должникомъ или вѣрителемъ; если обязательство есть корреальное, то тѣ *coacti*, которые не принимаютъ участія въ универсальномъ преемствѣ, остаются въ прежнемъ положеніи <sup>3</sup>. Если универсальное преемство имѣетъ мѣсто между поручителемъ и вѣрителемъ, то поручительство прекращается, но главный должникъ остается обязаннымъ; если оно имѣетъ мѣсто между вѣрителемъ и главнымъ должникомъ, то поручитель, какъ придаточный должникъ, освобождается <sup>3a</sup>. Въ случаѣ универсальнаго преемства между главнымъ должникомъ и поручителемъ прекращается болѣе слабый долгъ <sup>4</sup>; таковымъ обыкновенно окажется поручительство, но можетъ оказаться и главный долгъ, напр., если только послѣдній есть долгъ безъ иска <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ср. l. 31. D. de sol. 46, 3.—<sup>2</sup> l. 75. l. 95. § 2. l. 107. D. de sol. 46, 3.—<sup>3</sup> l. 71. пр. D. de fid. 46, 1.—<sup>3a</sup> l. 50. D. de fid. 46, 1.—<sup>4</sup> l. 5. l. 14. l. 71. пр. D. de fid. 46, 1.—<sup>5</sup> l. 95. § 3. D. de sol. 46, 3.—<sup>6</sup> l. 5. D. de fid. 46, 1; l. 13. D. de d. r. 45, 2.—<sup>7</sup> l. 93. D. de sol. 46, 3.



**Г. § 271. Такъ наз. concursus duarum lucratarum causarum.**

*W. Sell*, über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligation durch concursus duarum causarum lucratarum. 1839. *Hartmann*, die Obligation, стр. 3—114. (1. Abschnitt: über den conc. caus. lucr.) 1875.—*Vangerow*, § 622.—*Windscheid*, § 343<sup>a</sup>.—*Brinz*, § 292.

Если то лицо, которое имѣетъ право требованія какой либо спеціальной вещи, до исполненія требованія приобрѣтаетъ эту вещь какимъ либо инымъ путемъ, то исполненіе обязательства становится уже для должника невозможнымъ; но полное освобожденіе должника имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда и само обязательство, и позднѣйшее приобрѣтеніе вещи вѣрителемъ были negotia lucrativa (§ 48)<sup>1</sup>; напр., кому либо отказана чужая вещь, и эту же вещь собственникъ ея даритъ отказополучателю (новые юристы называютъ этотъ случай: concursus duarum lucratarum causarum); если недостаетъ одного изъ двухъ означенныхъ условій, то должникъ остается обязаннымъ по крайней мѣрѣ въ томъ отношеніи, что онъ долженъ возмѣстить вѣрителю его убытки; поэтому, если бы (въ приведенномъ примѣрѣ) было совершено не дареніе, а продажа, то наследникъ долженъ былъ бы возмѣстить отказополучателю покупную цѣну<sup>2</sup>.

**Н. § 272. Основанія прекращенія обязательствъ, которыя уже были упомянуты въ другихъ мѣстахъ.**

*Windscheid*, § 361.

Сюда относятся:

1. restitutio in integrum (§ 111);
2. наступленіе резолютивнаго условія или срока (§§ 56. 59).
3. прекращается ли вообще и въ какой мѣрѣ прекращается обязательство давностью иска и судебнымъ рѣшеніемъ, вопросъ спорный; мы его разсмотрѣли въ §§ 91 и 97;
4. лишеніе требованія въ наказаніе (§§ 77. 252. 371 sub II. 4);
5. прекращеніе интереса вѣрителя; ибо обязательство предполагаетъ интересъ вѣрителя не только при своемъ возникновеніи (§ 208), но и для своего продолженія; поэтому, напр., если кто либо

<sup>1</sup> 1. 17. 1. 19. D. de o. et a. 44, 7; § 6. I. de leg. 2, 20; 1. 34. §§ 2. 7. 8. 1. 82. pr. §§ 4. 6. 1. 108. § 9. D. de leg. 1 (30); 1. 73. 1. 87. pr. D. de leg. 2 (31); 1. 21. § 1. D. de leg. 3 (32).—<sup>2</sup> § 6. I. de leg. 2, 20.

отдалъ участокъ на нѣсколько лѣтъ въ аренду и затѣмъ въ своемъ завѣщаніи отказалъ этотъ участокъ третьему лицу, то наследникъ не имѣетъ никакого притязанія противъ арендатора изъ договора своего наследодателя <sup>1</sup>; обокраденный собственникъ теряетъ вмѣстѣ съ правомъ собственности и притязаніе на возмѣщеніе вреда противъ вора <sup>2</sup> (напр., если наследодатель отказалъ вещь третьему лицу подъ условіемъ, и условіе исполнилось послѣ кражи);

6. прекращеніе главнаго обязательства: оно влечетъ за собою по общему правилу прекращеніе придаточнаго обязательства. Эта норма и изъятія изъ нея разсмотрѣны выше § 259 пр. 4—7.

## ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

### ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА.

#### *Предварительное замѣчаніе.*

Уже въ § 208 мы указывали на неисчерпаемое разнообразіе обязательствъ; изложить всѣ отдѣльныя обязательства было бы задачей невыполнимой; и въ этомъ нѣтъ никакой нужды, потому что принципы общей части (§§ 208 — 272) даютъ вообще достаточное руководство для рѣшенія частныхъ случаевъ. Особое изложеніе можетъ быть полезнымъ и даже необходимымъ лишь для тѣхъ обязательствъ, которыя достигли особенно важнаго значенія вслѣдствіе своей распространенности въ оборотѣ или подлежатъ особымъ правиламъ вслѣдствіе своихъ особенностей. Изложенію такихъ обязательствъ посвящена эта вторая часть (§§ 273—329).

<sup>1</sup> l. 32, D. loc. 19, 2.—<sup>2</sup> l. 14, pr. D. de cond. furt. 13, 1; ср. также l. 97, § 1, D. de v. o. 45, 1.

## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

## Требованія, направленные на возвращеніе полученнаго.

## Раздѣлъ первый.

## Заемъ.

t. D. XII, 1: de rebus creditis si certum petetur et de condictione. — t. C. IV, 1: de rebus creditis et iureiurando. — t. C. IV, 2: si certum petatur.

## А. § 273. Общія начала.

*Heimbach*, die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten. 1849. — *Huschke*, die L. d. R. R. vom Darlehen. 1882. — *Mitteis*, Reichsrecht u. Volksrecht. Стр. 468 сл. 1891. — *Vangerow*, § 623. — *Windscheid*, §§ 370. 371. — *Brinz*, § 296.

**I. Понятіе и условія.** *Заемъ* (mutuum; это слово въ источникахъ ошибочно производится отъ того: „quod de meo tuum fit“) <sup>1</sup>, *реальный контрактъ* <sup>2</sup>, возникаетъ вслѣдствіе передачи замѣнимыхъ вещей, въ частности денегъ, въ собственность другому лицу, заемщику, съ обязательствомъ возвращенія полученнаго въ равномъ количествѣ и того же качества <sup>3</sup>. Итакъ, для возникновенія займа необходимы два условія:

1. Чтобы на получателя было перенесено право собственности на предоставленныя замѣнимыя вещи; по мнѣнію позднѣйшихъ <sup>4</sup> римскихъ юристовъ <sup>5</sup>, безразлично, переносится ли право собственности непосредственно или косвенно; поэтому, напр., обязательство возникаетъ и въ томъ случаѣ, если заимодавецъ далъ вещь съ тѣмъ, чтобы получатель продалъ ее и вырученную сумму удержалъ въ видѣ займа, и затѣмъ продажа послѣдовала <sup>6</sup>, или если заимодавецъ поручаетъ третьему лицу (напр., своему должнику) дать деньги взаймы, и тотъ совершаетъ это отъ имени давшаго порученіе (§ 307) <sup>7</sup>; это относится, по мнѣнію Ульпіана (находившагося, можетъ быть, въ этомъ вопросѣ подъ вліяніемъ греческаго права), даже и къ тому случаю, если вѣритель, имѣющій право требованія замѣнимыхъ ве-

<sup>1</sup> l. 2. § 2. D. h. t. 12, 1; pr. l. qu. m. re obl. 3, 14. — <sup>2</sup> pr. l. eod. 3, 14. — <sup>3</sup> l. 2. D. h. t. 12, 1. — <sup>4</sup> О мнѣніи прежнихъ (Африкана) ср. l. 34. pr. D. mand. 17, 1. — <sup>5</sup> l. 11. pr. l. 15. D. h. t. 12, 1. — <sup>6</sup> l. 11. pr. cit.; l. 8. C. si cert. pet. 4, 2. — <sup>7</sup> l. 15. cit.

щей изъ какого либо другого обязательства, соглашается съ должникомъ, чтобы послѣдній удержалъ эти вещи въ видѣ займа<sup>8</sup>; но эта теорія Ульпіана требуетъ для своего оправданія двухъ фикцій, а именно, что должникъ совершилъ платежъ, и что затѣмъ вѣритель возвратилъ полученное должнику въ видѣ займа; поэтому императоръ Діоклетіанъ совершенно справедливо не присоединился къ мнѣнію Ульпіана<sup>8а</sup>, такъ что въ этомъ случаѣ остаются въ силѣ прежній долгъ и его causa. Напротивъ, если заемъ не состоится переносъ права собственности (потому ли, что дающій самъ не имѣетъ права собственности, или потому, что онъ неспособенъ къ отчужденію)<sup>9</sup>, то нѣтъ займа<sup>10</sup>; но первоначальный недостатокъ можетъ быть устраненъ позднѣйшими фактами, въ частности тѣмъ, что получатель добросовѣстно потребилъ полученное<sup>11</sup>; тогда давшему вещи противъ потребившаго получателя дается искъ, называемый новыми юристами *condictio de bene deperensis*, такъ какъ потребление обыкновенно состоитъ въ издержаніи денегъ.

2. Чтобы получатель общалъ возвратитъ полученное въ равномъ количествѣ и того же качества<sup>12</sup>; не требуется, чтобы при этомъ было опредѣлено и время возвращенія. Если не состоялось общаніе возвращенія (вслѣдствіе заблужденія, ср. § 50 пр. 9), то заемъ не возникаетъ, но получатель отвѣчаетъ по правиламъ *condictio ob causam datorum* (§ 282), такъ какъ право собственности было ему передано въ томъ предположеніи, что онъ сдѣлается должникомъ; новые юристы назвали этотъ искъ *condictio Juvenciana* по имени автора (Juvencius Celsus) того мѣста въ Дигестахъ, гдѣ этотъ искъ обсуждается<sup>13</sup>.

II. *Обязанности.* Изъ займа возникаетъ обязанность только для получателя. Размѣръ обязанности въ классическомъ римскомъ правѣ при денежномъ займѣ былъ иной, нежели при займѣ прочихъ заимчивыхъ вещей; при денежномъ займѣ (такъ какъ *condemnatio formulae* была certa)<sup>14</sup> заемщикъ присуждался къ платежу занятой суммы и къ роена *tertiaе partis*<sup>15</sup>, при займѣ же прочихъ вещей, — къ платежу занятой суммы и къ возмѣщенію интереса (напр., къ

<sup>8</sup> I. 15. cit.; I. 3. § 3. D. ad. sct. Mac. 14, 6. — <sup>8а</sup> I. 6. C. si cert. pet. 4, 2. —

<sup>9</sup> I. 2. § 4. I. 16. D. h. t. 12, 1; I. 9. pr. D. de a. et. c. 26, 8; § 2. I. qu. al. I. 2, 8. — <sup>10</sup> I. 2. § 2. D. h. t. 12, 1. — <sup>11</sup> § 2. I. cit.; I. 11. § 2. I. 12. I. 13. pr. § 1. I. 19. pr. § 1. D. h. t. 12, 1; I. 24. pr. § 2. D. de o. et a. 44, 7; I. 56. § 2. D. de fid. 46, 1. — <sup>12</sup> I. 2. pr. D. h. t. 12. I. — <sup>13</sup> I. 32. D. h. t. 12, 1. — <sup>14</sup> Gai. 4, 50. —

<sup>15</sup> Gai. 4, 13. 171; cf. I. 3. C. de us. 4, 32; I. 24. D. de praescr. v. 19, 5.

платежу процентовъ вслѣдствіе мора) <sup>16</sup>; поэтому при денежномъ займѣ искъ вѣрителя назывался *condictio certi* <sup>17</sup>, при займѣ прочихъ вещей—*condictio triticaria* <sup>18</sup>. Несмотря на перемены въ судопроизводствѣ, правила эти сохранились и въ правѣ Юстиніана; отпала только *poena tertiae partis*. Reichstagsabschied 1600 г. § 139 подчинилъ денежный заемъ правиламъ займа прочихъ заимчивыхъ вещей; поэтому въ настоящее время искъ направляется на платежъ суммы займа и на возмѣщаніе интереса, т. е. обыкновенно на уплату процентовъ; искъ называется теперь *condictio ex mutuo*.—Заемщикъ, какъ таковой, не обязанъ еще платить процентовъ <sup>19</sup>; проценты возникаютъ лишь изъ особыхъ юридическихъ фактовъ: обѣщанія, *mora*, *litiscontestatio*.—Обязательство должника изъ займа остается въ силѣ, если занятыя вещи до потребленія случайно погибли <sup>20</sup>.

### В. § 274. Заемъ подвластныхъ дѣтей.

t. D. XIV. 6: de scto Macedoniano.—t. C. IV, 28: ad sctum Macedonianum.—*Dietzel*, das sct. Macedonianum. 1856.—Ср. лит. къ § 230.—*Vangerow*, § 245.—*Windscheid*, § 373.—*Brinz*, § 297.

По сенатскому постановленію <sup>1</sup>, состоявшемуся при Веспасіанѣ по поводу отцеубійства, которое совершилъ обремененный долгами подвластный сынъ, нѣкій Macedo (откуда *sct. Macedonianum*),—кто даетъ деньги займы подвластному дитяти какого бы то ни было возраста, пола, состоянія <sup>2</sup>, тотъ не можетъ предъявить иска изъ займа; само подвластное дитя <sup>3</sup>, его наслѣдникъ <sup>4</sup>, его отецъ <sup>5</sup> (если онъ вообще обязанъ отвѣчать за дитя, § 221), его поручитель <sup>6</sup> (если онъ имѣетъ право регресса противъ подвластнаго дитяти) могутъ противопоставить иску вѣрителя *ex scti Macedoniani* даже въ исполнительной инстанціи <sup>7</sup> (последнее не признано И. у. г. с. § 686 часть 2).—Требованіе вѣрителя и по прекращеніи отеческой власти не становится исковымъ <sup>8</sup>, но оно съ самаго начала обладаетъ свойствами натурального обязательства (§ 230), въ частности, уплаченнаго по займу уже нельзя потребовать назадъ.—Къ неденежнымъ

<sup>16</sup> l. 23. C. de us. 4, 32.—<sup>17</sup> l. 9. § 3. D. h. t. 12, 1.—<sup>18</sup> l. 1. D. de cond. trit. 13, 3.—<sup>19</sup> Ср. мѣста выше въ пр. 15.—<sup>20</sup> l. 1. § 4. D. de o. et a. 44, 7; § 2. l. qu. m. re obl. 3, 14.

<sup>1</sup> l. 1. pr. D. h. t. 14, 6.—<sup>2</sup> l. 1. § 3. l. 9. § 2. D. h. t. 14, 6.—<sup>3</sup> l. 1. §§ 1—3. l. 3. § 4. D. h. t. 14, 6.—<sup>4</sup> l. 7. § 10. D. h. t. 14, 6.—<sup>5</sup> l. 7. § 10. cit.; l. 6. pr. C. h. t. 4, 28.—<sup>6</sup> l. 9. § 3. D. h. t. 14, 6.—<sup>7</sup> l. 11. D. h. t. 14, 6.—<sup>8</sup> l. 1. pr. D. h. t. 14, 6.—<sup>9</sup> Между l. 9. § 1. D. h. t. 14, 6 и l. 14. D. de r. c. 12, 1.

займамъ *scilicet*. *Mas.* не относится <sup>10</sup>; оно не относится и къ такимъ (мнимымъ) займамъ, которые (по мнѣнію Ульпіана) возникаютъ не путемъ дѣйствительнаго предоставленія денегъ <sup>11</sup> (§ 273 пр. 8. 8<sup>a</sup>), тѣмъ болѣе оно не относится къ незаемнымъ сдѣлкамъ <sup>12</sup>, развѣ если имѣлось въ виду обойти законъ <sup>13</sup> (напр., продажа вещи подвластному лицу въ долгъ, и тотчасъ же обратная купля продавцомъ на наличныя; эта сдѣлка названа въ средніе вѣка *contractus mohatrae, bogatae*).—И къ займу, выданному наличными деньгами, *scilicet*. *Mas.* не примѣняется:

а. если отецъ соглашается на заемъ, все равно, тотчасъ или впоследствии, прямо или молчаливо <sup>14</sup>;

б. если заемъ былъ совершенъ или по крайней мѣрѣ издержанъ въ пользу отца (напр., на содержаніе дитяти, на уплату долговъ отца) <sup>15</sup>;

с. если заемъ совершенъ для необходимыхъ потребностей подвластнаго, напр., для уплаты суммъ, которыя подвластный долженъ третьимъ вѣрителямъ <sup>16</sup> (а не самому отцу) <sup>17</sup>;

д. если вѣритель по извинительному заблужденію принималъ подвластное лицо за самостоятельное <sup>18</sup>, и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ <sup>19—22</sup>.

## Раздѣлъ второй.

### Суда.

#### А. § 275. Суда въ тѣсномъ смыслѣ (commodatum).

t. D. XIII, 6: *commodati vel contra*. — t. C. IV, 23: *de commodato*. — *G. E. Schmidt*, das *Commodatum* und *Precarium*. 1841. — *Vangerow*, § 629. — *Windscheid*, §§ 374. 375. — *Brinz*, § 316.

І. *Понятіе*. Суда въ тѣсномъ смыслѣ (*commodatum*), реальный контрактъ <sup>1</sup>, возникаетъ путемъ передачи вещи въ *detentio* <sup>2</sup> другому лицу (*commodatarius*, *судоприиматель*) для пользованія, безъ

<sup>10</sup> l. 7. § 3. D. h. t. 14, 6.—<sup>11</sup> l. 3. § 3. D. h. t. 14, 6 Ульпіана.—<sup>12</sup> l. 3. § 3. l. 7. пр. § 2. l. 13. D. h. t. 14, 6.—<sup>13</sup> l. 7. § 3. D. h. t. 14, 6.—<sup>14</sup> l. 7. §§ 11. 15. l. 12. l. 16. D. h. t. 14, 6; l. 2. l. 7. пр. C. h. t. 4, 28.—<sup>15</sup> l. 7. §§ 12. 13. D. h. t. 14, 6; l. 2. l. 5. C. h. t. 4, 28.—<sup>16</sup> l. 7. § 14. D. h. t. 14, 6.—<sup>17</sup> l. 7. § 12. D. h. t. 14, 6.—<sup>18</sup> l. 3. пр. l. 19. D. h. t. 14, 6; l. 2. C. h. t. 4, 28.—<sup>19</sup> l. 7. § 1. C. h. t. 4, 28.—<sup>20</sup> l. 11. § 7. l. 34. пр. D. de min. 4, 4.—<sup>21</sup> l. 1. § 3. l. 2. D. h. t. 14, 6.—<sup>22</sup> l. 2. C. h. t. 4, 28.—<sup>23</sup> l. 7. § 16. D. h. t. 14, 6.

<sup>1</sup> § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14.—<sup>2</sup> l. 8. l. 9. D. h. t. 13, 6; l. 3. § 20. l. 20. D. de acq. poss. 41, 2.

вознагражденія <sup>3</sup>, съ уговоромъ, что *commodatarius* по использованіи отдастъ вещь назадъ ссужающему (*commodator*, коммодантъ, ссудодатель) <sup>4</sup>. Предметомъ ссуды могутъ служить вещи какъ движимыя, такъ и (что, впрочемъ, рѣдко бываетъ) недвижимыя <sup>5</sup>, какъ непотребляемыя, такъ и (*ad romram vel ostentionem* <sup>6</sup>) потребляемыя, какъ собственныя ссудодателя, такъ и чужія <sup>7</sup>; но если вещь принадлежитъ ссудоприноимателю, то обязательство не возникаетъ <sup>8</sup>, такъ какъ онъ уже по праву собственности имѣетъ право пользованія и держанія (*detentio*).—Если принимающій обѣщаетъ *воздѣйствіе* въ деньгахъ, то это не ссуда, а договоръ найма <sup>9</sup>.

II. *Обязанности.* Изъ ссуды всегда возникаютъ обязанности для ссудоприноимателя, иногда могутъ возникнуть обязанности для ссудодателя.

1. *Обязанности ссудоприноимателя.* Онъ долженъ возратить данную ему въ ссуду вещь <sup>10</sup> по истеченіи условленнаго времени; если же времени возвращенія не было опредѣлено, то оно опредѣляется справедливымъ усмотрѣніемъ <sup>11</sup>; затѣмъ онъ долженъ возратить всѣ плоды вещи <sup>12</sup> (потому что ссуда даетъ только право на пользованіе вещью, а не на извлеченіе изъ нея плодовъ). Ссудоприноиматель отвѣчаетъ по общему правилу за *culpa levis*, а относительно движимостей и за субъективную (техническую) *custodia* <sup>13</sup> (§ 237), а не всегда только за *culpa levis*, какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе. Искъ, принадлежащій ссудодателю противъ ссудоприноимателя для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется *actio commodati directa*.

2. *Обязанности ссудодателя.* Онъ долженъ возмѣстить ссудоприноимателю чрезвычайныя необходимыя издержки <sup>14</sup> (обыкновенныя издержки долженъ нести ссудоприноиматель) <sup>15</sup>. Онъ отвѣчаетъ, по общему правилу, за *culpa lata*, напр., если онъ даетъ въ ссуду испорченную бочку, такъ что влитое въ нее вино вытекаетъ <sup>16</sup>. Искъ, принадлежащій ссудоприноимателю противъ ссудодателя для

<sup>3</sup> § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14; l. 17. § 3. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>4</sup> l. 3. § 6. l. 4. D. h. t. 13, 6.—<sup>5</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 13, 6.—<sup>6</sup> l. 3. § 6. D. h. t. 13, 6.—<sup>7</sup> l. 15. l. 16. D. h. t. 13, 6.—<sup>8</sup> l. 15. D. dep. 16, 3.—<sup>9</sup> l. 5. § 12. D. h. t. 13, 6; § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14.—<sup>10</sup> l. 2. pr. D. de r. c. 12, 1.—<sup>11</sup> l. 5. pr. l. 17. § 3. D. h. t. 13, 6.—<sup>12</sup> l. 38. § 10. D. de us. 22, 1; l. 14. § 15. D. de furt. 47, 2.—<sup>13</sup> l. 5. § 2. l. 18. pr. D. h. t. 13, 6; l. 1. § 4. D. de o. et a. 44, 7; § 2. I. qu. m. re 3, 14.—<sup>14</sup> l. 18. § 2. D. h. t. 13, 6; l. 15. § 2. l. 59. D. de furt. 47, 2.—<sup>15</sup> l. 18. § 2. D. h. t. 13, 6.—<sup>16</sup> l. 17. § 3. l. 18. § 3. D. h. t. 13, 6.

судебнаго осуществленія этихъ обязанностей, называется *actio commodati contraria*.

### В. § 276. Precarium.

t. D. XLIII, 26: de precario.—t. C. VIII, 9: de precario et Salviano interdicto.—*Schmidt*, въ книгѣ, цит. къ § 275.—*Bulling*, das Precarium. 1846.—*Baron*, die Conditionen. § 17. 1881.—*Ihering*, der Besitzwille. Стр. 389—421. 1889.—*Vangerow*, § 691.—*Windscheid*, § 376.—*Baron*, §§ 106 кон. 123.

Легальное опредѣленіе <sup>1</sup> гласитъ: *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur*. *Precarium* бываетъ въ томъ случаѣ, когда состоялось соглашеніе, что ссудодатель, несмотря на передачу вещи, этимъ не связанъ по отношенію къ ссудоприноимателю <sup>2</sup>; слѣдовательно:

1. ссудодатель имѣетъ право потребовать вещь отъ ссудоприноимателя (прекариста), когда ему заблагоразсудится <sup>3</sup>; онъ не отвѣчаетъ предъ прекаристомъ ни за чрезвычайныя издержки, ни даже за *culpa lata*.

2. Съ другой стороны, и прекаристъ по древнему *ius civile* былъ свободенъ отъ обязательства <sup>4</sup>, такъ что, если *precario* данъ не могъ доказать своего права собственности, то возвращеніе вещи зависѣло только отъ добросовѣстности прекариста. Но въ позднѣйшемъ правѣ прекаристъ уже обязанъ къ возвращенію вещи <sup>5</sup> и отвѣчаетъ за *dolus* и *culpa lata* <sup>6</sup>; для судебнаго осуществленія этихъ обязанностей по преторскому эдикту дается ссудодателю *interdictum de precario* <sup>7</sup> (§ 124), а по праву юристовъ *condictio incerti* и *actio praescriptis verbis* <sup>8</sup>.—Мы уже выше замѣтили (§ 112), что прекаристъ получаетъ, смотря по волѣ сторонъ, или т. н. производное юридическое владѣніе или только *detentio* вещи.

Эти начала, какъ справедливо полагаетъ господствующее мнѣніе, дѣйствуютъ и теперь; *precarium* случается теперь даже въ различныхъ комбинаціяхъ, а именно, то самостоятельно, то въ дополненіе къ другому договору, напр., продавецъ еще до платежа пѣны предоставляетъ покущику пользованіе купленной вещью съ правомъ потребовать ее по желанію обратно <sup>9</sup>,

<sup>1</sup> l. 1. pr. D. h. t. 43, 26.—<sup>2</sup> l. 14. D. h. t. 43, 26; ср. l. 1. § 1. l. 8. § 3. D. eod.—<sup>3</sup> l. 1. pr. l. 2. § 2. l. 15. pr. D. h. t. 43, 26.—<sup>4</sup> l. 14. D. h. t. 43, 26; l. 14. § 11. D. de furt. 47, 2.—<sup>5</sup> l. 1. pr. § 2. l. 2. § 2. l. 12. pr. l. 15. D. h. t. 43, 26.—<sup>6</sup> l. 2. l. 8. §§ 3. 6. D. h. t. 43, 26; l. 23. D. de r. i. 50, 17.—<sup>7</sup> Ср. титулы, указаные при заглавіи.—<sup>8</sup> l. 2. § 2. l. 19. § 2. D. h. t. 43, 26; въ последнемъ мѣстѣ вмѣсто *id est* слѣдуетъ читать *item*.—<sup>9</sup> l. 20. D. h. t. 43, 26; l. 13. § 21. D. de a. e. v. 19, 1; l. 11. § 12. D. quod vi 43, 24.



закладоприиматель оставляет закладодателю пользование закладомъ до востребованія <sup>10</sup>.

## Раздѣлъ третій.

### § 277. Depositum.

t. D. XVI, 3; t. C. IV, 34: depositi vel contra.—Vangerow, § 630.—Windscheid, §§ 377. 378.—Brinz, § 317.

**I. Понятіе.** Легальное опредѣленіе гласитъ <sup>1</sup>: Depositum est quod custodiendum alicui datum est. *Depositum* (поклажа, отдача на сохраненіе), реальный контрактъ <sup>2</sup>, возникаетъ путемъ передачи движимой вещи въ *detentio* другому лицу (*depositarius*, поклажеприиматель) съ уговоромъ, что онъ, поклажеприиматель, будетъ ее сохранять и затѣмъ возвратитъ поклажедателю (*depones*) <sup>3</sup>. Общее мнѣніе требуетъ для поклажи еще наличности одного отрицательнаго условія, а именно, безвозмездности храненія; но ниже (§ 299) мы покажемъ, что это мнѣніе неправильно; утверждать можно лишь то, что на дѣлѣ уговоръ о вознагражденіи рѣдко встрѣчается. Если дѣло идетъ о храненіи недвижимой вещи, то договоръ подлежитъ началамъ порученія (*mandatum*, § 306). Предметъ поклажи можетъ принадлежать поклажедателю или быть чужою вещью <sup>4</sup>; но если онъ принадлежитъ поклажеприимателю, то нѣтъ договора *depositum* <sup>5</sup>, такъ какъ собственникъ заинтересованъ и безъ того въ сохраненіи своей вещи.

**II. Обязанности.** Изъ *depositum* всегда возникаютъ обязанности для поклажеприимателя, могутъ возникнуть и для поклажедателя.

**1. Обязанности поклажеприимателя.** Онъ долженъ хранить и возвратитъ вещь во всякое время по требованію поклажедателя <sup>6</sup>; онъ долженъ также выдать всѣ плоды, извлеченные имъ изъ вещи <sup>7</sup>, и уплатитъ вознагражденіе за самовольное пользованіе вещью <sup>8</sup> (что по римскому праву составляло *furtum usus*, § 311 пр. 8); по общему правилу онъ отвѣчаетъ за *culpa lata* <sup>9</sup>, а если получаетъ вознагражденіе, то за *culpa levis* <sup>9a</sup>; если же онъ самъ навязался

<sup>10</sup> l. 6. § 4. l. 11. D. h. t. 43, 26.

<sup>1</sup> l. 1. pr. D. h. t. 16, 3.—<sup>2</sup> l. 1. § 5. D. de o. et a. 44, 7; § 3. I. qu. m. re obl. 3, 14.—<sup>3</sup> l. 1. §§ 12. 13. D. h. t. 16, 3.—<sup>4</sup> l. 1. § 39. D. h. t. 16, 3.—<sup>5</sup> l. 15. l. 31. § 1. D. h. t. 16, 3; l. 45. D. de r. i. 50, 17.—<sup>6</sup> l. 1. §§ 22. 45. 46. D. h. t. 16, 3; l. 11. C. h. t. 4, 34.—<sup>7</sup> l. 1. § 24. l. 28. pr. D. h. t. 16, 3; l. 38. § 10. D. de us. 22, 1.—<sup>8</sup> § 6. I. de obl. quae ex del. 4, 1; l. 29. pr. D. h. t. 16, 3; l. 3. C. h. t. 4, 34.—<sup>9</sup> l. 1. § 9. l. 32. D. h. t. 16, 3.—<sup>9a</sup> l. 5. § 2. D. comm. 13, 6.

на хранение вещи, то за субъективную (техническую) custodia<sup>10</sup>. Если поклажа послѣдовала по случаю крайней необходимости (tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa, т. н. depositum miserabile), то depositarius, виновный въ dolus, присуждался, по римскому праву (но не по современному, § 81), къ уплатѣ двойного<sup>11</sup>. Искъ, который принадлежит поклажедателю противъ поклажепринимателя для судебного осуществленія этихъ обязанностей и которому поклажеприниматель, по закону Юстиніана<sup>12</sup>, не можетъ противопоставить ни возраженія изъ ius retentionis, ни возраженія компенсаці, называется actio depositi directa.

2. *Обязанности поклажедателя.* Онъ долженъ возмѣстить поклажепринимателю всѣ умѣстныя издержки<sup>13</sup>. Далѣе, онъ долженъ уплатить вознагражденіе, если таковое было обѣщано<sup>14</sup>. Онъ отвѣчаетъ за culpa levis<sup>15</sup>. Искъ, принадлежащій поклажепринимателю противъ поклажедателя для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется actio depositi contraria.

### § 278. Особые виды depositum (Т. н. depos. irregulare. Добровольный севестръ).

*Neustetel*, въ своихъ и Циммерна römisch-rechtliche Untersuchungen. Nr. 1. 1821.—*Schaffrath*, praktische Abhandlungen. Nr. 14. 1841.—*Muther*, Sequestration und Arrest im Römischen Recht. 1856.—*Mühlhäuser*, Umfang und Geltung des depositum irregulare. 1879.—*Niemeyer*, depositum irregulare. 1889.—*Voigt*, vom Besitz des Sequester. Стр. 11—35. 1885.—*Vangerow*, § 630.—*Windscheid*, §§ 379, 380.—*Brinz*, § 317.

I. *Т. н. depos. irregulare.* Согласно изложенному въ предыдущемъ §-ѣ поклажеприниматель дѣлается только детенторомъ отданной на хранение вещи, безъ права пользованія ею; далѣе, онъ не отвѣчаетъ за случай, и, наконецъ, онъ долженъ возвратитъ самоѣ вещь, отданную на хранение. Но стороны могутъ при передачѣ на хранение денегъ согласиться, чтобы поклажеприниматель приобрѣлъ право собственности на отданныя на хранение деньги (такъ что онъ можетъ распоряжаться ими по произволу), чтобы онъ отвѣчалъ за случай и, наконецъ, чтобы онъ отдалъ не тѣ же денежные знаки, а равное количество того же качества; такое соглашеніе

<sup>10</sup> I. 1. § 35. D. h. t. 16, 3.—<sup>11</sup> I. 1. §§ 1—4. I. 18. D. h. t. 16, 3; §§ 17 23. 26. I. de act. 4, 6.—<sup>12</sup> I. 11. C. h. t. 4, 34.—<sup>13</sup> I. 12. pr. l. 23. D. h. t. 16, 3.—<sup>14</sup> I. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 2. § 24. D. vi b. r. 47, 8.—<sup>15</sup> I. 61. § 5. D. de furt. 47, 2.

происходить молчаливо въ томъ случаѣ, если (и это самый частый случай) это либо даетъ на храненіе деньги по счету и не запертыя <sup>1</sup>. Сдѣлка эта, названная новыми юристами *depos. irreg.*, по внѣшнему виду очень сходна съ займомъ, но отличается отъ послѣдняго по цѣли сторонъ: заемъ имѣетъ цѣлью помочь нуждѣ заемщика въ деньгахъ, *depos. irreg.* имѣетъ цѣлью помочь тому, кто не можетъ сохранять денегъ у себя. Поэтому *depos. irreg.* не подлежитъ правиламъ займа (въ частности, нормамъ *acti Macedoniani*, правиламъ о *querela non numeratae pecuniae*)<sup>2</sup>, а обсуждается по началамъ поклажи (въ частности, относительно недопустимости компенсаціи и права удержанія, а также относительно конкурсныхъ привилегій и процентовъ <sup>3</sup>; послѣднія два различія нынѣ не существуютъ). Упуская изъ виду цѣль сторонъ, нѣкоторые новые юристы обсуждаютъ *depos. irreg.*, какъ заемъ; пожалуй, можно согласиться, что таково было мнѣніе Ульпіана <sup>4</sup>, но другіе римскіе юристы его не раздѣляли.

*Depositum irregulare* можетъ теперь имѣть своимъ предметомъ не только деньги и банкноты, но также и цѣнныя бумаги, если онѣ отдаются въ банкъ на храненіе безъ индивидуализаціи; но благоразумнѣе отдавать цѣнныя бумаги на храненіе въ видѣ *depositum regulare* (т. е. индивидуализируя ихъ путемъ обозначенія серіи и сниска номеровъ), чтобы банкъ не могъ ими распоряжаться.

II. *Добровольный секвестръ*. Въ источникахъ мы находимъ два легальныхъ опредѣленія; одно гласитъ <sup>5</sup>: *Proprie in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur*; другое <sup>6</sup>: *Sequester est, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt*. Первое вѣрно для всѣхъ случаевъ, второе имѣетъ въ виду лишь самый частый случай примѣненія. *Итакъ, добровольный (договорный) секвестръ есть передача вещи нѣсколькими лицами на храненіе третьему лицу (sequester) съ условіемъ возратить ее въ случаѣ наступленія извѣстныхъ обстоятельствъ*. Поводомъ къ секвестру обыкновенно служитъ юридическій споръ, въ которомъ каждый изъ отдающихъ вещь на храненіе предъявляетъ на нее притязаніе; ис-

<sup>1</sup> l. 31. D. loc. 19, 2.—<sup>2</sup> l. 14. § 1. C. de non num. pec. 4, 30.—<sup>3</sup> l. 24. l. 25. § 1. l. 26. § 1. l. 29. § 1. D. h. t. 16, 3.—<sup>4</sup> l. 9. § 9. l. 10. D. de r. c. 12, 1; l. 1. § 34. D. h. t. 16, 3; ср. l. 7. § 2. D. dep. 16, 3; l. 24. § 2. D. de reb. auct. iud. 42, 5.—<sup>5</sup> l. 6. D. h. t. 16, 3.—<sup>6</sup> l. 110. D. de v. s. 50, 16; ср. l. 17. pr. D. h. t. 16, 3.

ходъ спора (суд. рѣшеніе, мировая сдѣлка и т. п.) рѣшаетъ, кто можетъ требовать (посредствомъ *actio depositi sequestraria*)<sup>7</sup> возвращенія вещи<sup>8</sup>. Но иногда севестръ происходитъ и безъ юр. спора, напр., нѣсколько наслѣдниковъ отдають документы на храненіе третьему лицу<sup>9</sup>.—Уже выше (§ 112) было укаzano, что *sequester* дѣлается юридическимъ владѣльцемъ взятой на храненіе вещи. —Съ *sequestratio voluntaria* сходна т. н. *sequestratio necessaria* (§ 76) по распоряженію судьи.

## Раздѣлъ четвертый.

### § 279. Закладной договоръ.

t. D. XIII, 7; t. C. IV, 24: de pignoratitia actione vel contra.—*Vangerow* § 631.—*Windscheid*, §§ 381. 382.—*Brinz*, § 318.

**I. Понятіе.** Не всякій залогъ порождаетъ обязательство между вѣрителемъ и залогодателемъ, а только такой, при которомъ залогодатель предоставляетъ вѣрителю владѣніе предметомъ залога (закладной договоръ, *contractus pignoratiticius*, реальный контрактъ<sup>1</sup>) Закладной договоръ производитъ обязательство и тамъ, гдѣ онъ не порождаетъ залогового права<sup>2</sup> (напр., залогодатель не имѣетъ права собственности на вещь, онъ недѣеспособенъ и т. п.); только въ томъ случаѣ, если залоговое право не возникаетъ потому, что вѣритель уже есть собственникъ заложенной вещи, не возникаетъ и обязательства, ибо владѣніе вещью должно принадлежать вѣрителю уже въ силу его права собственности<sup>3</sup>.

**II. Обязанности.** Изъ закладного договора всегда возникаютъ обязанности для залогопринимателя, могутъ возникнуть и для залогодателя.

**1. Обязанности залогопринимателя.** Онъ долженъ возвратить вещь залогодателю по окончаніи залогового права<sup>4</sup>; если право это окончилось продажею вещи вѣрителемъ, то послѣдній долженъ выдать залогодателю остатокъ цѣны ея (*hyperocha*)<sup>5</sup>. Онъ долженъ

<sup>7</sup> l. 5. § 1. l. 12. § 2. D. h. t. 16, 3.—<sup>8</sup> l. 5, l. 6. C. h. t. 4, 34; l. 9. § 3. D. de dolo 4, 3.—<sup>9</sup> l. 17. pr. i. f. D. h. t. 16, 3; l. 5. D. fam. erc. 10, 2; l. 5. C. comm. utr. iud. 3, 38.

<sup>1</sup> l. 1. § 6. D. de o. et a. 44, 7; § 4. I. qu. m. rē obl. 3, 14.—<sup>2</sup> l. 9. pr. § 4. l. 11. § 2. l. 32. D. h. t. 13, 7.—<sup>3</sup> l. 20. § 3. l. 29. D. h. t. 13, 7; l. 45. pr. D. de r. i. 50, 17.—<sup>4</sup> l. 9. § 3. l. 10. l. 11. pr. §§ 1. 2. l. 40. § 2. D. h. t. 13, 7; l. 11. C. h. t. 4, 24.—<sup>5</sup> l. 24. § 2. l. 42. D. h. t. 13, 7.

выдать всю прибыль, полученную имъ въ качествѣ залогопринимателя отъ вещи, стало быть, не только плоды <sup>6</sup>, но и, напр., штрафъ, заплаченный ему воромъ вещи <sup>7</sup>; но онъ не возвращаетъ залогодателю своей части клада, найденнаго имъ въ заложенной вещи <sup>8</sup>; ибо половину клада онъ приобрѣтаетъ, какъ находчикъ. Въ случаѣ антихрезиса онъ можетъ удержать всѣ плоды или часть ихъ (§ 201). Онъ отвѣчаетъ вообще за culpa levis, по отношенію къ движимымъ вещамъ за субъективную custodia въ тѣсномъ смыслѣ <sup>9</sup> (§ 237), а не всегда только за culpa levis (какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе). Искъ, принадлежащій залогодателю противъ залогопринимателя для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется actio pigneraticia directa.

2. *Обязанности залогодателя.* Онъ долженъ возмѣстить всѣ умѣстныя издержки залогопринимателю <sup>10</sup> и взять на себя тѣ обязанности, которыя послѣдній долженъ былъ принять на себя по случаю продажи залога (въ частности, обязанность возмѣщенія вреда въ случаѣ эвикціи <sup>11</sup>, § 198 пр. 22. 23). Если онъ заложилъ ему чужую вещь, то онъ долженъ установить ему другое залоговое право <sup>12</sup>. Онъ отвѣчаетъ за culpa levis <sup>13</sup>. Искъ, принадлежащій залогопринимателю противъ залогодателя для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется actio pigneraticia contraria.

III. *Распространеніе.* Вышеизложенныя правила примѣняются аналогично и къ ипотекаѣ, возникаетъ ли она по договору, по судебному распоряженію или по закону, конечно лишь при сходствѣ отношеній; послѣднее бываетъ тогда, когда вѣритель въслѣдствіи получаетъ залогъ во владѣніе (§ 194) <sup>14</sup>. Искъ названъ въ одномъ мѣстѣ utilis actio exemplo pigneraticiae actionis <sup>15</sup>.

<sup>6</sup> l. 6. § 1. l. 22. § 2. D. h. t. 13, 7; l. 1. C. h. t. 4, 24.—<sup>7</sup> l. 22. пр. D. h. t. 13, 7; l. 15. пр. D. de furt. 47, 2.—<sup>8</sup> l. 63. § 4. D. de a. r. d. 41, 1.—<sup>9</sup> § 4. l. qu. m. re obl. 3, 14; l. 13. § 1. D. h. t. 13, 7; l. 19. C. de pign. 8, 13; отступающее мнѣніе Павла находимъ въ l. 14. l. 30. D. h. t. 13, 7.—<sup>10</sup> l. 8. пр. § 1. l. 25. D. h. t. 13, 7; l. 6. C. de pign. 8, 13.—<sup>11</sup> l. 22. § 4. D. h. t. 13, 7.—<sup>12</sup> l. 9. пр. l. 16. § 1. l. 32. D. h. t. 13, 7.—<sup>13</sup> l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 7. C. h. t. 4, 24.—<sup>14</sup> l. 7. пр. 13. D. de distr. pign. 20, 5; l. 4. l. 7. C. h. t. 4, 24; l. 34. D. de damn. inf. 39, 2; l. 5. § 21. D. ut in poss. leg. 37, 4.—<sup>15</sup> l. 5. § 21. cit.

## Раздѣль пятый.

## Неосновательное обогащеніе.

*Windscheid*, die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850.—*Erxleben*, die conditiones sine causa. 2 Abth. 1850. 1853.—*H. Witte*, die Bereicherungsklagen des Gemeinen Rechts. 1859.—*Voigt*, die conditiones ob causam. 1862.—*Baron*, die Conditionen. §§ 5—7. 1881.—*Pfersche*, die Bereicherungsklagen. 1883.

## а. § 280. Общая начала.

*Vangerow*, § 624.—*Windscheid*, §§ 421 — 424.—*Brinz*, § 300.—*Bekker*, §§ 100—101.

I. *Введеніе*. Если кто либо обогатился въ ущербъ другому, то этотъ фактъ еще не даетъ потерпѣвшему права требовать выдачи обогащенія; въ прежніе вѣка держались противоположнаго начала, опираясь на изреченіе источниковъ: *iure naturae aequum est, neminem cum detrimento alterius et iniuria fieri locupletiores*<sup>1</sup>, и на основаніи этого изреченія давали искъ объ обогащеніи (*actio in factum* по поводу обогащенія); но теперь всѣми признано, что это изреченіе не является общимъ правиломъ, а лишь слишкомъ широкимъ обобщеніемъ отдѣльныхъ нормъ. *Потерпѣвшему только тогда принадлежитъ притязаніе на возвращеніе противъ обогатившагося, когда есть на лицо особаго обстоятельства, которыя говорятъ о неосновательности обогащенія: constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam*<sup>2</sup>. Этихъ обстоятельствъ нельзя объять однимъ общимъ выраженіемъ, потому что они суть отчасти чисто юридическія основанія, отчасти же соображенія справедливости, недопускающія, чтобы извѣстное приобрѣтеніе, сдѣланное по формамъ права, было оставлено за приобрѣвшимъ; и источники употребляютъ для различныхъ случаевъ неопредѣленные общія выраженія: *datum, promissum, quod deprehenditur sine causa, non ex iusta causa* и т. п.<sup>3</sup>. Разныя, несогласныя между собою попытки систематизировать эти обстоятельства, встрѣчаются уже у классическихъ юристовъ<sup>4</sup>; по большей части они различаютъ требованіе

<sup>1</sup> l. 206. D. de r. i. 50, 17.—<sup>2</sup> l. 1. § 3. D. de cond. s. c. 12, 7; ср. также l. 25. D. de a. r. a. 25, 2.—<sup>3</sup> l. 66. D. de cond. i. 12, 6; l. 10. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 3. D. de cond. s. c. 12, 7.—<sup>4</sup> l. 1. D. de cond. ob. t. v. i. c. 12, 5 (Paulus); l. 52. (Pomp.) l. 65. (Paul.) D. de cond. i. 12, 6; l. 1. D. de cond. s. c. (Ulp.); ср. также l. 1. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 (Ulp.).

возвращенія datum seu promissum ob rem (honestam и turpem) и ob causam. Юстиніанъ установилъ новую систематизацію (которую прежде несправедливо приписывали классическимъ юристамъ, § 84 пр. 34 слѣд.); онъ различаетъ слѣд. случаи:

1. *condictio indebiti*: t. D. XII, 6; C. IV, 5 (особый видъ datum ob causam классическихъ юристовъ);

2. *condictio causa data causa non secuta*, или *condictio ob causam datorum* (datum ob rem honestam классическихъ юристовъ): t. D. XII, 4; t. C. IV, 6;

3. *condictio ob turpem causam*: t. D. XII, 5; t. C. IV, 7;

4. *condictio ob iniustam causam*: t. D. XII, 5; t. C. IV, 9;

5. *condictio sine causa*: t. D. XII, 7; t. C. IV, 9.

**II. Условія.** Мы уже видѣли, что излагаемое правоотношеніе требуетъ наличности двухъ условій: 1) *обогащенія одного лица въ ущербъ другому*; 2) *неосновательности этого обогащенія*.

1. *Виды обогащенія* могутъ быть различны: кто либо приобрѣлъ безъ основанія право собственности или владѣніе вещью<sup>5</sup>, или вещное право на чужую вещь<sup>6</sup>, или требованіе<sup>7</sup>; безъ основанія освободился отъ ограниченія собственности<sup>8</sup>, отъ долга<sup>9</sup>; приобрѣлъ свободное право собственности, между тѣмъ какъ долженъ былъ получить собственность, обремененную сервитутомъ<sup>10</sup>; долженъ былъ сдѣлать приобретеніе, лишь доставивъ обезпеченіе въ его возвращеніи при извѣстныхъ обстоятельствахъ, а приобрѣлъ безъ cautio<sup>11</sup>; сдѣлалъ сбереженіе вслѣдствіе употребленія чужой вещи или пользованія ею безъ основанія<sup>12</sup> (напр., не имѣя на то права, жилъ въ чужомъ домѣ, который могъ бы быть отданъ собственникомъ внаймы), или вслѣдствіе принятія недолжныхъ работъ.—Само обогащеніе опредѣляетъ размѣръ обязанности обогащеннаго; вообще онъ долженъ возратить то, что во время начала процесса еще находится въ его рукавъ отъ дѣйствія, полученнаго безъ основанія<sup>14</sup>; сюда еще присоединяются:

а. за время до процесса: вся прибыль отъ дѣйствія, получен-

<sup>5</sup> l. 4. § 2. D. de r. c. 12, 1; l. 15. §§ 1. 2. D. de c. i. 12, 6.—<sup>6</sup> l. 12. D. de c. i. 12, 6.—<sup>7</sup> l. 1. pr. §§ 1. 2. l. 3. D. de c. s. c. 12, 7; l. 7. C. de non. n. p. 4, 30.—<sup>8</sup> l. 5. § 6. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—<sup>9</sup> l. 4. l. 10. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 24. D. de m. c. d. 39, 6.—<sup>10</sup> l. 22. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 8. pr. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>11</sup> l. 5. § 1. D. de usufr. e. r. 7, 5; l. 3. § 10. D. ci cui plus 35, 3; l. 39. D. de c. i. 12, 6.—<sup>12</sup> l. 65. § 7. D. de c. i. 12, 6.—Между l. 26. § 12. l. 65. § 8. D. de c. i. 12, 6 и l. 25. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>14</sup> l. 3. l. 26. § 12. l. 32. pr. l. 65. §§ 7. 8. l. 66. D. de cond. i. 12, 6.

наго безъ основанія (omnis causa), поскольку она еще находится у отвѣтчика <sup>15</sup>; далѣе, то, чѣмъ обогащеніе уменьшилось вслѣдствіе dolus или culpa отвѣтчика <sup>16</sup>. Несправедливо утверждают нѣкоторые юристы, что относительно res fungibiles обязаный отвѣчаетъ даже за уменьшеніе вслѣдствіе случая; приводимыя въ доказательство мѣста источниковъ <sup>17</sup> этого не подтверждаютъ;

b. за время послѣ начала процесса: обыкновенныя послѣдствія начала процесса (§ 95 sub II).

2. *Неосновательность обогащенія* мы изложимъ по системѣ Юстиніана.

### b. Въ частности, неосновательность обогащенія.

1) § 281. Совершеніе дѣйствія въ ошибочномъ предположеніи наличности долга (condictio indebiti, платежъ мнимаго долга).

t. D. XII, 6; t. C. IV, 5: de condictione indebiti.—*Zimmermann*, Beiträge zur Theorie der condictio indebiti. 1868.—*Vangerow*, § 625.—*Windscheid*, § 426.—*Brinz*, § 304.

I. *Условія*. Обогащеніе признается неосновательнымъ въ томъ случаѣ, если оно происходитъ отъ дѣйствія, которое совершено для исполненія несуществующаго долга, предполагаемаго по ошибкѣ существующимъ. *Итакъ, требуется: 1) несуществованіе дома; 2) ошибочное предположеніе существованія дома; 3) дѣйствіе для исполненія мнимаго дома.*

1. Долгъ не существуетъ, все равно, ничтожно ли обязательство ipso iure, или вполнѣ лишено силы оре exceptionis <sup>1</sup>; все равно, возникаетъ ли обязательство, но еще не вполнѣ возникло (напр., суспензивно-условное обязательство до исполненія условія) <sup>2</sup>, или оно возникло, но позднѣе прекратилось <sup>3</sup>; даже въ томъ случаѣ, если дѣйствіе совершено по поводу дѣйствительнаго обязательства, но не вѣрителю, а другому <sup>4</sup>, или не должникомъ, а другимъ <sup>5</sup>, или предоставлена не должная вещь, а другая <sup>6</sup>, все это—совершеніе недолжнаго дѣйствія. Напротивъ, долгъ существуетъ и

<sup>15</sup> l. 7. § 1. l. 12. D. de c. c. d. e. n. s. 12, 4; l. 15. D. de c. i. 12, 6; l. 38. §§ 1—3. D. de us. 22, 1.—<sup>16</sup> l. 26. § 12. l. 65. § 8. D. de c. i. 12, 6; l. 38. § 1. D. de us. 22, 1; l. 37. § 1. l. 39. D. de m. c. d. 39, 6.—<sup>17</sup> l. 25. D. do pr. v. 19, 5; l. 7. l. 19. § 2. D. de c. i. 12, 6.

<sup>1</sup> l. 26. §§ 3. 7. l. 30. l. 32. § 1. l. 40. pr. § 2. l. 43. D. h. t. 12, 6.—<sup>2</sup> l. 16. pr. § 1. l. 18. l. 48. l. 60. § 4. D. h. t. 12, 6.—<sup>3</sup> l. 43. D. h. t. 12, 6.—<sup>4</sup> l. 22. l. 65. § 9. D. h. t. 12, 6.—<sup>5</sup> l. 19. § 1. l. 65. § 9. cf. l. 44. D. h. t. 12, 6.—<sup>6</sup> l. 19. §§ 3. 4. l. 20. l. 26. §§ 4—6. l. 31. l. 32. pr. § 3. D. h. t. 12, 6.



требованіе возвращенія не допускается, если обязательство дѣйстви- тельно, но еще не наступило время его исполненія <sup>7</sup>, далѣе, если оно—обязательство натуральное <sup>8</sup>; не допускается требованіе воз- вращенія даже и въ томъ случаѣ, если нѣтъ и натурального обяза- тельства, но дѣйствіе было совершено въ виду нравственного долга <sup>9</sup>.

2. Исполненіе мнимаго долга, несуществованіе котораго было извѣстно исполняющему, не можетъ быть потребовано обратно: по общему правилу <sup>11</sup> здѣсь имѣется на лицо дареніе <sup>12</sup>. Исполнившій имѣеть право требовать возвращенія лишь въ томъ случаѣ, если онъ находился въ заблужденіи относительно существованія долга <sup>13</sup>, причѣмъ требуется, какъ справедливо утверждаетъ господствующее мнѣніе, чтобы заблужденіе было извинительное <sup>14</sup>, стало быть, не заблужденіе въ правѣ <sup>15</sup>, кромѣ тѣхъ случаевъ, гдѣ и послѣднее признается извинительнымъ (§ 10).—Если дѣйствіе состоитъ въ пре- доставленіи тѣлесной вещи, то имѣеть ли значеніе сознание полу- чателя? Это вопросъ спорный; по господствующему мнѣнію, всякій, кто принимаетъ завѣдомо недолжную вещь, какъ исполненіе, совер- шаетъ кражу и поэтому отвѣчаетъ не по правиламъ неоснователь- наго обогащенія (по *cond. indebiti*), а по правиламъ о кражѣ (по *cond. furtiva* и *actio furti*, § 311); по другому мнѣнію, кражу со- вершаетъ только тотъ, кто, вызывая смѣшеніе лицъ или пользуясь таковымъ, достигаетъ того, что должникъ принимаетъ его за сво- его дѣйствительнаго вѣрителя; послѣднее мнѣніе соотвѣтствуетъ какъ общимъ началамъ о приобрѣтеніи собственности по *traditio* (§ 131), такъ и правильному толкованію опредѣленій источниковъ <sup>19</sup> (§ 311 пр. 6).

3. Что дѣйствіе совершается для исполненія мнимаго долга, это должно быть видно изъ прямого или молчаливаго изъясненія со- вершающаго дѣйствіе, ибо только обнаруженная вовнѣ воля имѣ- етъ юридическое значеніе <sup>20</sup>.

<sup>7</sup> I. 10. l. 17. l. 57. D. h. t. 12, 6.—<sup>8</sup> l. 13. l. 19. pr. l. 38. pr. l. 40. pr. l. 51. l. 64. D. h. t. 12, 6.—<sup>9</sup> l. 26. pr. D. h. t. 12, 6.—<sup>10</sup> l. 32. § 2. D. h. t. 12, 6.—<sup>11</sup> Изъятія: l. 50. D. de sol. 46, 3; l. 31. pr. D. de h. p. 5, 3.—<sup>12</sup> l. 53. D. de r. i. 50, 17; l. 47. D. de op. l. 38, 1; l. 7. § 2. D. pro emt. 41, 4; l. 12. D. de nov. 46, 2.—<sup>13</sup> l. 1. § 1. l. 24. l. 26. §§ 2. 3. D. h. t. 12, 6; l. 9. pr. C. h. t. 4, 5.—<sup>14</sup> l. 25. pr. D. de prob. 22, 3.—<sup>15</sup> l. 10. l. 6. C. de i. et f. i. 1, 18; l. 9. § 5. D. eod. 22, 6; l. 6. l. 7. C. h. t. 4, 5.—<sup>16</sup> См. мѣста пр. 15.—<sup>17</sup> l. 1. pr. D. ut in poss. leg. 36, 4; l. 32. § 2. l. 38. l. 64. D. h. t. 12, 6; l. 16. § 2. D. de min. 4, 4; l. 5. C. h. t. 4, 5.—<sup>18</sup> l. 11. C. h. t. 4, 5.—<sup>19</sup> l. 43. pr. § 1. l. 80. § 6. D. de furt. 47, 2; cf. l. 66. § 4. eod.; l. 18. D. de c. f. 13, 1.—<sup>20</sup> l. 65. § 2. D. h. t. 12, 6.

**II. Доказываніе** <sup>21</sup>. Если потерпѣвшій требуетъ выдачи обогащенія путемъ иска (*condictio indebiti*), то естественно онъ долженъ доказать наличность изложенныхъ sub I обстоятельствъ; слѣдовательно, онъ долженъ доказать, что онъ совершилъ дѣйствіе съ цѣлью погасить долгъ (I. 3), который не существовалъ (I. 1), но который онъ по извинительному заблужденію принималъ за существующій (I. 2) <sup>22</sup>. Впрочемъ, по положительному опредѣленію источниковъ, въ двухъ случаяхъ <sup>23</sup> отъ истца по общему правилу <sup>24</sup> не требуется доказыванія несуществованія долга, такъ что отвѣтчикъ долженъ доказывать его существованіе: 1) если отвѣтчикъ завѣдомо не признаетъ, что истецъ совершилъ дѣйствіе, а истецъ это докажетъ; 2) если истцомъ является лицо, которое несуществующій долгъ принимаетъ за существующій вслѣдствіе недостатка дѣловой опытности: minor, женщина, солдатъ, неопытный человѣкъ.—Если отвѣтчикъ не признаетъ своего обогащенія, утверждая, что полученное отъ истца онъ потерялъ до начала процесса безъ своей вины, то онъ долженъ доказать это утверженіе.

**III. Исключенія.** Не допускается требованіе возвращенія:

1. Въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣняется правило: *lis infitiando crescit in duplum* <sup>25</sup> (§ 81 пр. 6), потому что здѣсь дѣйствіе совершено не по заблужденію, а скорѣе изъ страха уплатить двойное.

2. Есть изреченіе въ источникахъ, которое гласитъ: *roepae pop solent repeti, quum depensae sunt* <sup>27</sup>; значеніе этого изреченія неясно; обыкновенно его объясняютъ въ томъ смыслѣ, что если во время платежа штрафъ долженъ былъ быть уплаченъ, но позднѣе обстоятельства такъ измѣнились, что его уже нельзя было бы требовать, то требованіе возврата уплаченного штрафа не допускается <sup>28</sup>; напр., если тотъ, кому оставленъ отказъ подъ условіемъ, потребовалъ предъявленія завѣщанія, а тотъ, у кого находится документъ, не желалъ показать его, и былъ принужденъ поэтому уплатить отказъ, то, если условіе не исполняется, возврата уплаченного уже требовать нельзя; ибо обладатель документа долженъ былъ упла-

<sup>21</sup> l. 25. D. de prob. 22, 3.—<sup>22</sup> l. 25. pr. cit.—<sup>23</sup> l. 25. pr. § 1. cit.—<sup>24</sup> Извѣстія въ l. 25. § 2. cit.—<sup>25</sup> l. 34. pr. D. de min. 4, 4.—<sup>26</sup> § 7. I. de obl. qu. ex c. 3, 27; l. 4. C. h. t. 4, 5; l. 2. C. de comp. 4, 31.—<sup>27</sup> l. 74. § 2. D. de iud. 5, 1; l. 36. D. fam. erc. 10, 2; l. 24. § 5. D. mand. 17, 1; l. 1. D. h. t. 4, 5.—<sup>28</sup> l. 42. D. h. t. 12, 6; l. 46. D. de r. i. 50, 17.—<sup>29</sup> l. 3. § 14. D. de tab. exh. 43, 5; другіе случаи см. въ l. 35. D. h. t. 12, 6; l. 1. § 2. D. ad. l. iul. amb. 43, 14.

тить въ наказаніе за свое упорство. Если такъ понимать разбираемое изреченіе, то въ немъ вовсе не содержится исключенія.

2) § 282. Совершеніе дѣйствія въ предположеніи будущаго не безчестнаго обстоятельства (*condictio causa data causa non secuta*, или *condictio ob causam datorum*).

t. D. XII, 4; de condictione causa data causa non secuta.—t. C. IV, 6; de condictione ob causam datorum.—Vangerow, § 526.—Windscheid, §§ 427—429.—Brinz, § 303.

I. *Условія*. Обогащеніе признается неосновательнымъ въ томъ случаѣ, если оно происходитъ отъ дѣйствія, которое совершено въ предположеніи какого либо будущаго не безчестнаго обстоятельства, но предполагаемое обстоятельство не наступило. *Итакъ, требуется:* 1) *предположеніе будущаго не безчестнаго обстоятельства (causa futura honesta)*; 2) *дѣйствіе въ предположеніи этого обстоятельства*; 3) *ненаступленіе этого обстоятельства*.

1. Будущія не безчестныя обстоятельства, въ предположеніи которыхъ совершаются дѣйствія и которыя позднѣе не наступаютъ, очень разнообразны; сюда относятся какъ дѣйствія получателя, такъ и прочіе юр. факты:

a. *Дѣйствія получателя*. Главный случай римскаго права (т. н. безыменные реальные контракты <sup>1</sup>) теперь не имѣетъ значенія (§ 209 пр. 14—22. § 210 sub. В. 1); другіе случаи возможны и теперь, напр., выдача долгового акта до полученія ожидаемаго займа, если заемъ не послѣдовалъ <sup>2</sup>; отказъ и дареніе, съ возложеніемъ обязанности сдѣлать что либо (*sub modo*), если не послѣдовало исполненіе *modus* <sup>3</sup> (ср. § 70 пр. 9).

b. *Прочіе юридическіе факты*: установленіе *dos* до брака, если бракъ не состоялся <sup>4</sup>; дареніе на случай смерти, если даритель пережилъ одареннаго или спасся отъ угрожавшей его жизни опасности <sup>5</sup>; платежъ *negotiorum gestor*'у, если *dominus negotii* отказалъ въ *ratihabitio* <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> 1. 3. §§ 2. 3. 1. 5. пр. D. h. i. 12, 4; 1. 5. § 1. 1. 7. D. de pr. v. 19, 5.—

<sup>2</sup> 1. 4. C. de cond. ex l. 4, 9; 1. 7. C. de non n. p. 4, 30.—<sup>3</sup> 1. 2. 1. 3. 1. 8. C. h. t. 4, 6; 1. 1. 1. 3. C. de don. quae s. m. 8, 54.—<sup>4</sup> 1. 6. 1. 7. 1. 9. D. h. t. 12, 4; 1. 7. § 3. 1. 74. D. de i. d. 23, 3; 1. 1. C. h. t. 4, 6.—<sup>5</sup> 1. 13. D. h. t. 12, 4; 1. 3. § 5. D. de coll. 37, 6.—<sup>6</sup> 1. 1. § 1. 1. 2. D. h. t. 12, 4; 1. 65, § 3. D. de c. i. 12, 6.—<sup>7</sup> 1. 35. § 3. D. de m. c. d. 39, 6.—<sup>8</sup> 1. 14. D. h. t. 12, 6; 1. 58. пр. D. de sol. 46, 3.

2. Что дѣйствіе совершается въ предположеніи будущаго обстоятельства, это должно быть прямо или молчаливо выражено дѣйствующимъ; поэтому, требовать возврата не можетъ то лицо, которое дѣлаетъ другому подарокъ въ невысказанной надеждѣ получить отъ него взаимный подарокъ, склонить его къ какой либо услугѣ, получить послѣ него наследство, если надежда позднѣе не исполнилась<sup>9</sup>.

3. Причина ненаступленія предположеннаго обстоятельства вообще безразлична, поэтому можно требовать возврата обогащенія, произошло ли ненаступленіе по винѣ получателя или вслѣдствіе чисто случайныхъ обстоятельствъ<sup>10</sup>; мало того, даже простая перемѣна намѣренія совершающаго дѣйствіе (предполагается правомѣрность такой перемѣны) даетъ ему право требовать возвращенія<sup>11</sup> (напр., въ случаѣ платежа впередъ приданнаго, если сама уплатившая отступаетъ отъ обрученія; въ случаѣ передачи какого либо имущества принявшему порученіе, если мандантъ отмѣняетъ порученіе; по римскому праву, также въ случаѣ безыменныхъ реальныхъ контрактовъ на основаніи *ius poenitendi*). Только въ нѣсколькихъ случаяхъ ненаступленія предположеннаго обстоятельства по случайнымъ обстоятельствамъ не возникаетъ права требованія возврата; самые случаи спорны: по господствующему мнѣнію, это тѣ случаи, въ которыхъ ожидаемое обстоятельство состоитъ въ воздѣйствіи получателя; правильнѣе утверждать: если сдѣлка была купле-подобная (§ 269 пр. 14—16).

### 3) § 283. Совершеніе дѣйствія въ предположеніи будущаго безчестнаго обстоятельства (*condictio ob turpem causam*).

t. D. XII, 5; de condictione ob turpem vel iniustam causam.—t. C. IV, 7; de condictione ob turpem causam. — *Vangerow*, § 627. — *Windscheid*, §§ 423, 428.—*Brinz*, § 302.

Обогащеніе признается неосновательнымъ въ томъ случаѣ, если оно происходитъ отъ дѣйствія, совершеннаго въ предположеніи будущаго безчестнаго для получателя обстоятельства (*causa futura inhonesta*), все равно, сбылось ли предположенное обстоятельство<sup>1</sup>

<sup>9</sup> l. 3. § 7. D. h. t. 12, 4; l. 7. C. h. t. 4, 6; l. 25. C. de transact. 2, 4.—  
<sup>10</sup> l. 2. l. 3. § 5. l. 7. § 1. l. 10. D. h. t. 12, 4.—<sup>11</sup> l. 38. § 1. D. de us. 22, 1; l. 10. D. de spons. 23, 1; l. 7. § 3. D. de i. d. 23, 3; l. 8. D. h. t. 12, 4; l. 35. § 4. D. de m. c. d. 39, 6.

<sup>1</sup> l. 9. пр. D. h. t. 12, 5.

или нѣтъ; напр., совершеніемъ дѣйствія имѣлось въ виду отклонить получателя отъ совершенія преступленія <sup>2</sup> или склонить его къ исполненію уже существующаго обязательства <sup>3</sup>. Но если предположенное обстоятельство свидѣтельствуетъ *въ то же время* о безчестности совершающаго дѣйствіе (напр., кто либо даетъ взятку судѣ, платитъ дѣвушкѣ, чтобы ее обольстить, преступникъ спасаетъ себя подкупомъ отъ того, кто его хочетъ обвинить или выдать) <sup>4</sup>, или свидѣтельствуетъ *только* объ его безчестности (напр., по воззрѣнію позднѣйшихъ римскихъ юристовъ, если кто платитъ проституткѣ) <sup>5</sup>, то совершающій дѣйствіе не имѣетъ права на возвращеніе.

#### 4) § 284. Обогащеніе изъ деликта или изъ неодобряемой сдѣлки (condictio ob iniustam causam).

t. D. XII, 5: de condicione ob turpem vel iniustam causam.—t. C. IV, 9: de condicione ex lege et sine causa vel iniusta causa.—Vangerow, § 627.—Windscheid, §§ 422. 423.—Brenz, § 302.

Обогащеніе признается неосновательнымъ въ томъ случаѣ, если оно происходитъ отъ деликта или неодобряемой закономъ сдѣлки, напр., отъ дѣйствія, совершеннаго подъ давленіемъ угрозы <sup>1</sup>, отъ даренія между супругами <sup>2</sup>, выигрышъ въ недозволенныхъ играхъ <sup>3</sup>, ростовщическіе проценты <sup>4</sup>, плоды, потребленные недобросовѣстнымъ владѣльцемъ <sup>5</sup>.

Нѣкоторые юристы оспариваютъ существованіе cond. ob iniustam causam, отождествляя ее съ cond. ob turpem causam. Но хотя у классическихъ юристовъ и нѣтъ установившихся названій для отдѣльных исковъ о возвращеніи, всетаки эти названія установилъ Юстиніанъ; онъ же установилъ названіе „cond. ob iniustam causam“ и отдѣлил его отъ „cond. ob turpem causam“.

<sup>2</sup> l. 2. pr. l. 4. § 2. D. h. t. 12, 5.—<sup>3</sup> l. 2. § 1. l. 4. § 4. l. 9. pr. § 1. D. h. t. 12, 5.—<sup>4</sup> l. 2. § 2. l. 3. l. 4. pr. § 1. D. h. t. 12, 5.—<sup>5</sup> l. 4. § 3. D. h. t. 12, 5.

<sup>1</sup> l. 6. l. 7. D. de cond. ob t. v. ini. c. 12, 5.—<sup>2</sup> l. 5. § 18. l. 6. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—<sup>3</sup> l. 2. C. de al. 3, 43.—<sup>4</sup> l. 18. C. d. us. 4, 32.—<sup>5</sup> l. 3. C. de c. ex. l. 4, 9; l. 22. § 2. D. d. pign. a. 13, 7.

### 5) § 285. Прочіе случаи неосновательнаго обогащенія (*condictio sine causa*).

t. D. XII, 7: de condictione sine causa.—t. C. IV, 9: de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa.—*Windscheid*, zwei Fragen aus der Lehre v. d. Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. 1878.—*Ihering*, gesamm. Aufsätze. III, 1—86. 1886.—*Vangerow*, § 628.—*Windscheid*, § 422.—*Brinz*, § 305.

Классическіе юристы и императоры до Юстиніана подь обладаніем „sine causa“ разумѣютъ *всѣ* случаи неосновательнаго обогащенія (§ 280 пр. 3), въ томъ числѣ и тѣ 4 случая, которые были изложены въ §§ 281—284. Юстиніанъ выдѣлилъ эти 4 случая (§ 280), а такъ какъ они не обнимали всѣхъ случаевъ обогащенія, то онъ установилъ еще одинъ добавочный искъ: *condictio sine causa*, посредствомъ котораго потерявшій ущербъ могъ преслѣдовать обогащеннаго въ прочихъ случаяхъ обогащенія. Но такъ какъ положительный матеріалъ этой *condictio sine causa* взять изъ сочиненій классическихъ юристовъ и законовъ императоровъ, то естественно, что понятие, выработанное Юстиніаномъ, не содержится въ источникахъ въ чистомъ и ясномъ видѣ.

I. *Случаи, въ которыхъ приобрьтеніе было неосновательнымъ съ самаго начала*: 1) что либо дано для юридически невозможной цѣли, напр., установлена *dos* для брака, которому противостояло юридическое препятствіе<sup>1</sup>; 2) что либо дано на основаніи ничтожной сдѣлки, напр., исполнено дарственное обѣщаніе на сумму выше 500 *solidi*, совершенное безъ судебной инсинуаціи (§ 69 пр. 10); 3) кто либо получил прибыль отъ незаконнаго отчужденія чужой вещи<sup>2</sup>; существуетъ спорный вопросъ, обязанъ ли возвратить прибыль отъ продажи только владѣлецъ безъ титула, или также и владѣлецъ съ титуломъ; источники упоминаютъ только о владѣльцѣ безъ титула; и внутреннія основанія говорятъ въ пользу того, что владѣлецъ съ титуломъ, какъ владѣлецъ *ex iusta causa*, можетъ удержать и вырученное *ex iusta causa*; 4) обогащающее дѣйствіе совершенно недѣеспособнымъ лицомъ<sup>3</sup>.

II. *Случаи, въ которыхъ приобрьтеніе стало неосновательнымъ*

<sup>1</sup> l. 5. D. h. t. 12, 7; l. 1. C. de cond. ob. c. 4, 6.—<sup>2</sup> l. 23. l. 31. § 1. D. de r. c. 12, 1; l. 1. C. de reb. al. 4, 51; l. 49. D. de neg. gest. 3, 5; l. 24. § 1. l. 30. pr. D. de a. e. v. 19, 1; l. 1. C. de com. rer. al. 4, 52; cf. l. 67. i. f. D. de iure dot. 23, 3.—<sup>3</sup> l. 29. l. 41. D. de c. i. 12, 6; l. 12. l. 19. § 1. D. de r. c. 12, 1; l. 24. pr. D. de o. et a. 44, 7.

*вполнѣдствіи (causa finita)*: 1) послѣ прекращенія долга въ рукахъ вѣрителя остался долговой актъ <sup>4</sup>; 2) несмотря на исполненіе обязательства, въ рукахъ вѣрителя остался задатокъ <sup>5</sup>; 3) кто либо получилъ отъ другого вознагражденіе за пропавшую вещь, а затѣмъ получилъ и самоѣ вещь <sup>6</sup>; 4) за неблагодарность отмѣняется дареніе <sup>7</sup>; 5) *quasiusufructuarius* ничего не возвращаетъ собственнику, несмотря на прекращеніе *quasi-узуфрукта* <sup>8</sup>.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### ИМѢННЫЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

#### Раздѣлъ первый.

#### Купля-продажа.

#### А. § 286. Понятіе.

t. D. XVIII, 1: de contrahenda emtione et venditione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt.—t. C. IV, 38: de contrahenda emtione et venditione.—t. I. III, 23: de emtione et venditione.—*Bechmann*, der Kauf nach G. R. Bd. 1. 1876. Bd. 2. 1884.—*Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft. Стр. 561—584. 593—610. 1879.—*Pfersche*, zur Lehre vom sog. error in substantia. 1880.—*Vangerow*, §§ 632. 611. 604.—*Windscheid*, §§ 323. 385—388. 396.—*Brinz*, §§ 325. 325\*.—*Baron*, § 124.

*Договоръ купли-продажи (emtio venditio), консенсуальный контрактъ, возникаетъ тѣмъ путемъ, что одно лицо (venditor, продавецъ) обязываетъ другому (emtor, покупщику) предоставить извѣстный предметъ за извѣстную сумму денегъ, а другое лицо обязываетъ первому уплатить за предметъ условленную денежную сумму.*

I. *Предметы купли* могутъ быть самыя разнообразныя <sup>1</sup>: тѣлесная вещь и безтѣлесная (долженствующій быть установленнымъ сервитутъ <sup>2</sup>, осуществленіе уже имѣющагося *узуфрукта* <sup>3</sup>, требованіе <sup>4</sup>); недвижимая вещь и движимая (*merx*) <sup>5</sup>, въ томъ числѣ и деньги; вещь, существующая въ данное время, и будущая, явится ли она изготовленной человѣческими руками или должна возникнуть естественнымъ путемъ (*res sperata*, которой нельзя смѣши-

<sup>4</sup> 1. 2. C. h. t. 4, 9.—<sup>5</sup> 1. 11. § 6. D. de a. e. 19, 1.—<sup>6</sup> 1. 2. D. h. t. 12, 7.—<sup>7</sup> 1. 7. C. de rev. don. 8, 55.—<sup>8</sup> 1. 5. § 1. D. de usufr. ear. r. 7. 5.

<sup>1</sup> 1. 34. § 1. D. h. t. 18, 1.—<sup>2</sup> 1. 20. D. de serv. 8, 1.—<sup>3</sup> 1. 12. § 2. D. de usufr. 7, 1.—<sup>4</sup> t. D. 18, 4. C. 4. 39; de her. vel act. vend.—<sup>5</sup> 1. 66. D. de v. s. 50, 16.

вать со spes, § 216); отдѣльная вещь и совокупность вещей (даже все имущество <sup>6</sup>, наслѣдство <sup>7</sup>); собственная вещь продавца и чужая <sup>8</sup>; индивидуально или же только родовымъ образомъ опредѣленные вещи <sup>8a</sup>. Напротивъ, договоръ ничтоженъ:

1. относительно вещи, которая не существуетъ въ настоящемъ и которая невозможна въ будущемъ (исполненіе такого договора невозможно) <sup>9</sup>; если о несуществованіи зналъ только покупатель, то въ видѣ изъятія онъ признается обязаннымъ <sup>10</sup>, потому что здѣсь подъ куплею скрыто дареніе;

2. относительно вещи extra commercium <sup>11</sup>; впрочемъ, нѣкоторые римскіе юристы считали куплю дѣйствительною, если былъ въ заблужденіи только покупатель <sup>12</sup>; другіе только тогда считали куплю дѣйствительною, когда дѣло шло о свободномъ человѣкѣ, котораго кто либо по ошибкѣ купилъ, какъ раба <sup>13</sup>;

3. относительно украденной вещи, если это знали оба контрагента; если это неизвѣстно обоимъ контрагентамъ или только покупщику, то договоръ имѣетъ силу; если не зналъ этого только продавецъ, то возникаетъ т. н. negotium claudicans <sup>14</sup> (ср. § 215 пр. 6);

4. относительно вещи, уже принадлежащей покупщику <sup>15</sup> (suae rei emptio non valet), развѣ если ему не принадлежитъ владѣніе или пользованіе ею <sup>16</sup>.

II. Относительно покупной цѣны дѣйствуетъ правило: *pretium должно быть pecunia numerata, certum et verum, но не требуется чтобы pretium было iustum.*—Цѣна должна состоять въ деньгахъ <sup>18</sup>; въ противномъ случаѣ это будетъ не продажа, а какая либо иная сдѣлка (мѣна, безыменннй контрактъ), но сверхъ денегъ можетъ быть обѣщано еще что либо <sup>19</sup>.—Цѣна должна быть опредѣленною (pretium certum); достаточно, если она опредѣлена объективно (напр.

<sup>6</sup> l. 33. D. de aed. ed. 21, 1; l. 5. D. de ev. 21, 2.—<sup>7</sup> См. прим. 4.—<sup>8</sup> l. 28. D. h. t. 18, 1.—<sup>8a</sup> fr. Vat. 16; l. 65. D. de cont. emt. 18, 1; l. 15. § 1. D. de per. 18, 6.—<sup>9</sup> l. 35. § 7. de contr. e. 18, 1; l. 5. D. de per. 18, 6; l. 2. C. eod. 4, 48.—<sup>10</sup> l. 15. pr. l. 57. l. 58. D. h. t. 18, 1.—<sup>11</sup> l. 57. § 2. cit.—<sup>12</sup> l. 34. § 1. D. h. t. 18, 1.—<sup>13</sup> ll. 4—6. D. h. t. 18, 1; § 5. I. h. t. 3, 23.—<sup>14</sup> l. 70. l. 34. § 2. D. h. t. 18, 1; l. 39. § 3. D. de ev. 21, 2; l. 4. D. qu. ad lib. 40, 13; ll. 22—24. l. 34. § 1. l. 62. § 1. D. h. t. 18, 1.—<sup>15</sup> l. 34. § 3. D. h. t. 18, 1.—<sup>16</sup> l. 16. pr. l. 18. pr. D. h. t. 18, 1; l. 4. l. 10. C. h. t. 4, 38; l. 45. pr. D. de r. i. 50, 17.—<sup>17</sup> l. 34. § 4. D. h. t. 18, 1; l. 28. D. de poss. 41, 2.—<sup>18</sup> Gai 3, 141.—<sup>19</sup> l. 1. l. 72. pr. D. h. t. 18, 1; l. 1. D. de perm. 19, 4; § 2. I. h. t. 3, 23.—<sup>19</sup> l. 6. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.



quantum pretii in arca habeo) <sup>20</sup>. Если опредѣленіе цѣны предоставлено усмотрѣнію третьяго, то продажа будетъ условною, пока третій не выскажетъ своего мнѣнія <sup>21</sup>; впрочемъ, по правильному мнѣнію, опредѣленіе цѣны можетъ быть предоставлено и *справедливому* усмотрѣнію (*boni viri arbitrium*) одного или контрагентовъ (покупщика или продавца), но не его *произволу* <sup>22</sup> (§ 208 пр. 13—15).— Цѣна не должна необходимо соответствовать цѣнности вещи <sup>23</sup>: не требуется *iustum pretium*; лишь рескриптами Діоклетіана <sup>24</sup> было опредѣлено, что продавецъ участка, получившій менѣе половины дѣйствительной стоимости, можетъ отступить отъ договора (*propter laesionem enormem* или *ultra dimidium*), если покупатель доплатитъ до дѣйствительной стоимости. Практика перенесла это правило на движимыя вещи, далѣе на покупщика, который уплатилъ больше двойной дѣйствительной стоимости, и даже на всѣ мѣнныя сдѣлки. Напротивъ, новыя партикулярныя законодательства, а равно и Герм. торговое уложеніе § 286 отмѣнили совсѣмъ начала *laesio enormis* на томъ основаніи, что они нарушаютъ свободу договоровъ; правильнѣе положеніе дополнительнаго закона о ростовщичествѣ 19 іюня 1893 г., по которому поразительное несоответствіе между покупною цѣною и цѣнностью вещи, соединенное съ эксплуатаціей нужды, легкомыслія или неопытности другого контрагента (вещественное ростовщичество), если оно совершится профессиональнымъ или обычнымъ образомъ, приравнивается къ ростовщичеству <sup>25а</sup> (ср. § 43 sub 1 въ концѣ).— Отъ цѣны, не соответствующей стоимости вещи, слѣдуетъ отличать цѣну, несерьезно назначенную (*venditio pummo uno*); цѣна должна быть назначена серьезно (*pretium verum*), въ противномъ случаѣ сдѣлка подчиняется правиламъ даренія <sup>26</sup> (кромѣ случаевъ символической сдѣлки, § 50 пр. 4); точно также, если продажа совершается за слишкомъ низкую цѣну добровольно, изъ благоволенія (т. н. *venditio gratiosa*), примѣняются правила даренія <sup>27</sup> (§ 68 пр. 7. 8. 11 и § 347).

III. *Perfectio договора*. Какъ консенсуальный контрактъ, договоръ продажи тогда окончательно совершенъ (*perfecta emptio ven-*

<sup>20</sup> § 1 I. h. t. 3, 23; I. 7. § 1. D. h. t. 18, 1; I. 37. eod.—<sup>21</sup> Gai. 3, 140; I. 15. C. h. t. 4, 38; § 1. I. h. t. 3, 23.—<sup>22</sup> I. 35. § 1. D. h. t. 18, 1; I. 22. § 1. D. de r. i. 50, 17.—<sup>23</sup> I. 16. § 4. D. de min. 4, 4; I. 22. § 3. I. 23. D. loc. 19, 2; Nov. 97. c. 1.—<sup>24</sup> I. 2. l. 8. C. de resc. vend. 4, 44; ср. I. 3. l. 4. I. 12. I. 15. C. eod.; c. 3. c. 6. X. de e. et v. 3, 17.—<sup>25</sup> Въ доказательство приводятъ I. 16. I. 17. l. 54. D. de c. e. 18, 1; I. 78. l. 79. D. pro soc. 17, 2; I. 6. § 2. I. 12. § 1. D. de i. d. 23, 3; I. 3. C. comm. utr. i. 3, 38.—<sup>25а</sup> Имп. уголовное уложеніе § 302-е.—<sup>26</sup> I. 36. D. h. t. 18, 1; I. 3. l. 9. C. h. t. 4, 38.—<sup>27</sup> I. 33. D. h. t. 18, 1; I. 5. § 5. I. 31. § 3. I. 32. § 26. D. de don. i. v. et u. 24, 1; I. 17. pr. D. ad sc. Vell. 16, 1.

ditio), когда обѣ стороны пришли къ соглашенію по существеннымъ пунктамъ сдѣлки (предметъ и цѣна) <sup>28</sup>. Есть такіе случаи, когда соглашеніе сторонъ бываетъ только кажущимся, и такіе случаи, когда это соглашеніе нерѣшительно:

1. *Случаи кажущагося соглашенія сторонъ*.—Факты, вообще исключаютъ дѣйствительность юридической сдѣлки и оставляютъ только внѣшній видъ ея (simulatio, шутка, физическое принужденіе, существенное заблужденіе, § 50), имѣютъ такое же вліяніе и на договоръ купли. Къ нимъ присоединяются еще слѣдующіе новые случаи:

а. *Заблужденіе въ качество*, или т. н. *error in substantia*. По мнѣнію позднѣйшихъ классическихъ юристовъ <sup>29</sup>, договоръ ничтоженъ, когда кто либо по заблужденію покупаетъ вмѣсто золотого или серебрянаго сосуда сосудъ изъ бронзы или изъ свинца, вмѣсто вина—уксусъ, вмѣсто раба—рабыню <sup>30</sup> (но это правило не примѣняется къ куплѣ сосуда изъ худшаго золота вмѣсто лучшаго, вина испорченнаго—вмѣсто хорошаго, бывшаго въ употребленіи платья—вмѣсто новаго, рабыни, уже разъ родившей—вмѣсто дѣвственницы, стола изъ худшаго дерева—вмѣсто лучшаго) <sup>31</sup>. Изъ этихъ рѣшеній прежде выводили то правило, что заблужденіе въ матеріалѣ (т. н. *error in substantia*) есть заблужденіе существенное, уничтожающее договоръ, заблужденіе же въ другихъ свойствахъ предмета (т. н. *error in bonitate*) на дѣйствительность договора вліянія не имѣетъ. Правильнѣе и согласнѣе съ приведенными примѣрами источниковъ утверждаетъ господствующее мнѣніе, что договоръ лишь тогда ничтоженъ, когда одинъ изъ контрагентовъ заблуждается въ такомъ свойствѣ предмета купли, которое по воззрѣніямъ, господствующимъ въ оборотѣ, составляетъ его сущность, такъ что при отсутствіи этого свойства предметъ купли является иною вещью. Ничтожности договора по этой причинѣ можетъ требовать только то лицо, которое вслѣдствіе своего заблужденія потерпѣло какой либо вредъ <sup>32</sup> (относительная ничтожность, § 64 sub I. 1); поэтому, признается дѣйствительнымъ *односторонній* договоръ (напр., стипуляція, дарственное обѣщаніе, закладной договоръ), несмотря на существенное заблужденіе *върителя* въ свойствахъ, опредѣляющихъ существо предмета договора <sup>33</sup>.

<sup>28</sup> II. 9—15. D. h. t. 18, 1.—<sup>29</sup> О мнѣніи прежнихъ см. I. 9. § 2. D. h. t. 18, 1.—<sup>30</sup> I. 3. § 2. I. 11. § 1. I. 14. I. 41. § 1. D. h. t. 18, 1. <sup>31</sup> I. 10. I. 14. I. 45. D. h. t. 18, 1; I. 21. § 2. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>32</sup> I. 45. i. f. D. h. t. 18, 1.—<sup>33</sup> I. 22. D. de v. o. 45, 1; I. 1. § 2. D. de p. a. 13, 7.

в. *Заблужденіе въ количествѣ.* Договоръ ничтоженъ, если продавецъ имѣлъ въ виду бѣльшую цѣну, нежели покупательъ <sup>34</sup>; въ обратномъ случаѣ имѣеть силу купля за меньшую цѣну <sup>35</sup>, такъ какъ на послѣднюю согласны обѣ стороны.—Заблужденіе въ объемѣ вещи (напр., кто либо думаетъ, что покупаетъ поле въ 100 десятинъ, между тѣмъ какъ ихъ только 90) не исключаетъ наличности consensus сторонъ; но цѣна соразмѣрно уменьшается, если чего либо недостаетъ до объема, заявленнаго продавцомъ <sup>36</sup>, и увеличивается, если объемъ окажется больше заявленнаго <sup>37</sup>.

2. *Случаи нерѣшительнаго соглашенія сторонъ.* Нерѣшительнымъ дѣлается соглашеніе сторонъ относительно своего возникновенія въ случаѣ включенія суспензивнаго условія, относительно продолженія своего существованія—въ случаѣ включенія резолютивнаго условія. Особенно частые случаи этого рода суть слѣдующіе:

а. *Купля подъ условіемъ предварительнаго испытанія или осмотра, т. н. emtio ad gustum.* Смотря по намѣренію сторонъ (что особенно важно для перехода риска, § 269 sub II. 1), это условіе можетъ быть суспензивнымъ <sup>38</sup> или резолютивнымъ <sup>39</sup>; исполненіе или неисполненіе условія зависитъ отъ заявленія покупателя, правится ли ему вещь или не правится. При этомъ заявленіи покупательъ, по правильному мнѣнію, можетъ слѣдовать своему усмотрѣнію и не обязанъ указывать основаній своего мнѣнія.—Къ emtio ad gustum нѣкоторые относятъ также куплю съ уговоромъ о правѣ отступить (pactum displicentiae) <sup>40</sup>; но такая купля заключена безусловно, только что покупательъ можетъ отступить отъ нея, и если онъ воспользуется этимъ правомъ, то послѣдствія купли прекращаются не ipso iure, а лишь тогда, когда онъ совершитъ необходимыя дѣйствія; поэтому продавецъ обратно приобрѣтаетъ право собственности на проданную вещь лишь тогда, когда покупательъ совершитъ обратную traditio.—Отъ emtio ad gustum слѣдуетъ также отличать куплю по образцамъ; купля по образцамъ есть безусловная купля количества вещей, которыя должны соответствовать представленнымъ образцамъ.

<sup>34</sup> l. 52. D. loc. 19, 2.—<sup>35</sup> l. 1. § 4. D. de v. o. 45, 1.—<sup>36</sup> l. 69. § 6. D. de ev. 21, 2; cf. l. 42. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>37</sup> l. 40. § 2. D. h. t. 18, 1; l. 45. D. de ev. 21, 2; l. 13. § 14. D. h. t. 18, 1.—<sup>38</sup> § 4. I. h. t. 3, 23; l. 20. § 1. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>39</sup> l. 3. D. h. t. 18, 1; l. 2. § 5. D. pro emt. 41, 4; l. 11. § 13. D. quod vi a. c. 43, 24; l. 4. C. de aed. 4, 58.—<sup>40</sup> l. 6. D. de resc. v. 18, 5; l. 20. pr. D. de pr. v. 19, 5; l. 31. § 22. D. aed. e. 21, 1; l. 3. i. f. f. D. qu. m. p. 20, 6.

б. *Продажа съ условіемъ, если не найдется лучший покупатель, in diem addictio* <sup>41</sup>. Смотри по намѣренію сторонъ (что особенно важно для перехода риска, § 269 sub II. 1), это условіе можетъ быть суспензивнымъ или резолютивнымъ <sup>42</sup>; въ первомъ случаѣ договоръ возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, если въ теченіе условленнаго времени не найдется лучший покупатель, или если продавецъ не приметъ такого покупателя; во второмъ случаѣ договоръ возникаетъ тотчасъ, но теряетъ свою силу *ipso iure*, если въ теченіе условленнаго срока найдется лучший покупатель и будетъ принятъ продавцомъ.

с. *Lex commissoria* <sup>48</sup> въ данномъ случаѣ (о другомъ значеніи при закладномъ договорѣ см. § 198 пр. 31) есть *соглашеніе (lex)*, по которому продавецъ можетъ объявить договоръ не заключеннымъ, если покупатель своевременно не исполнитъ своихъ обязанностей, вытекающихъ изъ этого договора <sup>49</sup>. Соглашеніе это въ сомнительныхъ случаяхъ содержитъ въ себѣ резолютивное условіе <sup>50</sup>. Если покупатель не исполняетъ своевременно своихъ обязанностей, то продавецъ имѣетъ право <sup>51</sup> заявить, что онъ отказывается отъ договора, при чемъ безразлично, виновенъ ли или не виновенъ покупатель въ неисполненіи договора, напоминалъ ли ему продавецъ объ исполненіи или не напоминалъ <sup>52</sup>. Если продавецъ заявить, что онъ отказывается отъ договора, то онъ не только получаетъ обратно то, что дано имъ покупщику, но и удерживаетъ задатокъ, а также, по правильному мнѣнію, и то, что еще имъ получено отъ покупателя; но послѣдній можетъ въ этомъ случаѣ удержать за собою плоды, извлеченные имъ въ промежуточное время изъ предмета купли <sup>53</sup>.

## В. § 287. Обязанности контрагентовъ.

t. D. XIX, 1; t. C. IV, 49: de actionibus emti et venditi.—*Thering*, *Gesamm. Aufsätze*. I, 291—326. 1881.—*Vangerow*, §§ 633. 634.—*Windscheid*, §§ 389. 390.—*Brinz*, § 326.

Изъ договора купли всегда возникаютъ обязанности для обѣихъ сторонъ.

<sup>41</sup> t. D. 18, 2: de in diem addicione.—<sup>42</sup> l. 2. pr. D. de in d. a. 18, 2.—<sup>43</sup> l. 4. § 6. l. 5. l. 14. § 5. l. 15. § 1. D. a. de i. d. a. 18, 2.—<sup>44</sup> l. 2. § 4. D. pro emt. 41, 4.—<sup>45</sup> l. 9. l. 11. § 1. l. 12. l. 13. l. 14. § 2. D. de i. d. a. 18, 2.—<sup>46</sup> l. 6. § 1. l. 7. l. 8. D. de i. d. a. 18, 2.—<sup>47</sup> l. 6. de D. eod. 18, 2.—<sup>48</sup> t. D. 18, 3: de lege commissoria.—<sup>49</sup> l. 1. D. de l. c. 18, 3.—<sup>50</sup> l. 1. D. cit.; l. 2. § 3. D. pro emt. 41, 4.—<sup>51</sup> l. 2. l. 3. l. 4. § 2. D. de l. c. 18, 3.—<sup>52</sup> l. 4. § 4. D. eod. 18, 3.—<sup>53</sup> l. 4. § 1. l. 6. pr. l. 8. D. eod. 18, 3; l. 1. C. de pact. e. et v. 4, 54.

I. *Обязанности покупателя.* Онъ обязанъ заплатить покупную цѣну, т. е. перенести право собственности на нее продавцу <sup>1</sup>, и это онъ долженъ сдѣлать тотчасъ при полученіи предмета купли; если онъ уплачиваетъ позднѣе, то хотя бы и не былъ in mora, во всякомъ случаѣ долженъ заплатить и проценты <sup>2</sup> (§ 42 пр. 13). Онъ долженъ возмѣстить продавцу всѣ умѣстныя издержки <sup>3</sup>. Онъ отвѣчаетъ за culpa levis (§ 236).—Что покупательъ не освобождается отъ этихъ обязанностей и въ томъ случаѣ, если для продавца сдѣлалось невозможнымъ исполненіе его обязанности, другими словами, что покупательъ несетъ рискъ (periculum est emtoris), объ этомъ мы уже говорили подробнѣе въ § 269 sub II. 1.—Искъ, принадлежащій продавцу противъ покупателя для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется actio venditi.

II. *Обязанности продавца.* Онъ долженъ перевести предметъ купли въ составъ имущества покупателя (напр., передать тѣлесную вещь), т. е. предоставить предметъ покупщику такъ, чтобы послѣдній могъ имѣть его и господствовать надъ нимъ безъ препятствій со стороны третьихъ лицъ <sup>4</sup>. Вмѣстѣ съ предметомъ купли онъ долженъ выдать всѣ его принадлежности <sup>5</sup> и всю прибыль, которую онъ получилъ или могъ получить со времени заключенія договора, въ частности плоды <sup>6</sup>. Онъ отвѣчаетъ за culpa levis <sup>7</sup>.—Передачей предмета купли покупщику продавецъ не освобождается отъ своихъ обязанностей въ томъ случаѣ, если онъ совсѣмъ не имѣлъ права на этотъ предметъ или имѣлъ право съ порокомъ; дадѣе, если въ предметѣ купли нѣтъ обѣщанныхъ качествъ или есть недостатки; притязанія, которыя въ этихъ случаяхъ принадлежатъ покупщику противъ продавца, будутъ изложены въ §§ 288, 289.—Искъ, принадлежащій покупщику противъ продавца для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется actio emti.

<sup>1</sup> l. 13. § 20. l. 11. § 2. D. h. t. 19, 1; l. 1. pr. D. de perm. 19, 4.—<sup>2</sup> l. 13. §§ 20, 21. D. h. t. 19, 1; l. 5. C. h. t. 4, 49; l. 18. § 1. D. de us. 22, 1; l. 2. C. eod. 4, 32.—<sup>3</sup> l. 13. § 22. l. 38. § 1. D. h. t. 19, 1; l. 13. l. 16. C. h. t. 4, 49.—<sup>3a</sup> Сюда не относится и l. 21. D. de her. vend. 18, 4, какъ часто думаютъ.—<sup>4</sup> l. 11. § 2. l. 30. § 1. D. h. t. 19, 1; l. 25. § 1. D. de c. e 18, 1; l. 1. pr. D. de perm. 19, 4.—<sup>5</sup> l. 13. § 31. ll. 14—18. l. 38. § 2. D. h. t. 19, 1; ll. 47—49. D. de c. e 18, 1.—<sup>6</sup> l. 13. §§ 10, 11, 13. D. h. t. 19, 1; l. 7. pr. D. de p. et c. 18, 16; l. 4. § 1. D. de us. 22, 1; l. 16. C. h. t. 4, 49.—<sup>7</sup> l. 23. D. de r. i. 50, 17; l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 35. § 4. D. de c. e. 18, 1; l. 3. D. de per. 18, 6.

## ВЪ ЧАСТНОСТИ

## 1) § 288. Обь отвѣтственности продавца за evictio (обь обязанности очистки).

t. D. XXI, 2; de evictionibus et duplae stipulatione.—t. C. VIII, 44; de evictionibus.—Müller, die Lehre des Römischen Rechts von der Eviction (неокончено). 1851.—Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums. 1874.—Vangerow, § 610.—Windscheid, §§ 391. 392.—Brinz, §§ 280. 328.—Baron, § 124.

(Для ясности изложенія мы ниже вездѣ предполагаемъ, что предметомъ купли служить *тѣлесная вещь*).

I. *Понятіе и условія*. Купля-продажа тѣлесной вещи есть сдѣлка, направленная на перенесеніе и приобрѣтеніе права *собственности* (иная господствующая теорія). Это видно изъ того, что съ момента передачи купленной вещи и платежа цѣны или зачета ея въ долгъ (въ кредитъ) покупательъ приобрѣтаетъ на предметъ купли право собственности, если это право принадлежало продавцу <sup>1</sup> (что было бы невозможно безъ воли перенести и приобрѣсть право собственности). Далѣе, это видно изъ того, что соглашеніе контрагентовъ, въ силу котораго право собственности не должно перейти къ покупщику, лишаетъ сдѣлку признанія за нею характера купли <sup>3</sup>. Наконецъ, это видно изъ того, что, по до-юстиніанову праву, покупательъ *gesti mansi* могъ требовать отъ продавца совершенія мандипаціи <sup>4</sup>. Но римское право не проводитъ вполнѣ послѣдовательно этого значенія купли; покупательъ, не приобрѣвшій права собственности, несмотря на передачу ему вещи, тѣмъ не менѣе не можетъ тотчасъ осуществить своихъ притязаній противъ продавца; онъ долженъ ждать, пока третье лицо, уполномоченное, не лишитъ его владѣнія купленной вещью путемъ процесса, т. е. пока у него не отсудятъ вещи (evictio). Поэтому то въ источникахъ римскаго права часто говорится: *продавецъ обязанъ къ перенесенію не права собственности, а владѣнія (ut emptori rem habere liceat, при чемъ habere означаетъ не право собственности, а владѣніе <sup>5</sup>)*. Эта непослѣ-

<sup>1</sup> l. 11. § 2. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>2</sup> l. 9. § 4. D. de i. et. f. i. 22, 6.—<sup>3</sup> l. 80. § 3. D. de c. e. 18, 1; ср. l. 16. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 65. D. de c. e. 18, 1.—<sup>4</sup> Gai. 4, 131<sup>a</sup>; Paul. I, 13<sup>a</sup>, § 4.—<sup>5</sup> l. 11. § 2. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>6</sup> l. 38. § 9. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 33. D. de vi 43, 16; l. 2. § 38. D. ne quid in l. p. 43, 8; l. 143. l. 164. § 2. l. 188. D. de v. s. 50, 16; l. 15. D. de r. i. 50, 17.

довательность имѣеть цѣлью оказаніе справедливаго снисхожденія продавцу; этимъ путемъ онъ освобождается иногда отъ всякой обязанности; напр., въ томъ случаѣ, если вещь до отсужденія приобрѣтена по давности покупщикомъ, или покинута (derelictio) собственникомъ, или погибла отъ случая <sup>8</sup>. Если же продавецъ не заслуживаетъ снисхожденія (напр., если онъ завѣдомо продалъ чужую вещь), то онъ отвѣчаетъ предъ покупщикомъ тотчасъ <sup>9</sup>; если интересъ покупателя сталкивается съ началомъ справедливаго снисхожденія въ пользу продавца, то первому оказывается предпочтеніе; поэтому, напр., если покупательъ позднѣе приобрѣтаетъ право собственности на купленную вещь какимъ либо инымъ путемъ, такъ что отсужденіе дѣлается невозможнымъ, то онъ можетъ тотчасъ осуществить свои притязанія противъ продавца <sup>10</sup>.—Итакъ, условія отвѣтственности продавца за evictio (обязанности очистки) слѣдующія: 1) *отсужденіе отъ покупателя*, 2) *вещи*, 3) *вслѣдствіе полнаго или частичнаго неимѣнія продавцомъ права на вещь*.

1. Нѣтъ на лицо эвикціи, если государство совершаетъ экспроприацію вещи отъ покупателя на основаніи права суверенитета <sup>12</sup>. И въ томъ случаѣ нѣтъ эвикціи, если покупательъ добровольно выдаетъ вещь тому, кто предъявляетъ на нее притязанія; для наличности эвикціи необходимо, чтобы притязанія были осуществлены въ процессѣ, чтобы покупательъ былъ присужденъ къ выдачѣ вещи и исполнилъ рѣшеніе <sup>13</sup>. На какомъ правѣ основанъ процессъ, на правѣ ли собственности на вещь, или на какомъ либо другомъ вещномъ правѣ (залоговомъ правѣ, узупфруктѣ) <sup>15</sup>, или на личномъ правѣ требованія (напр., на требованіи по actio noxalis <sup>16</sup>, требованіи на основаніи in integrum restitutio) <sup>17</sup>, это безразлично. Чтобы осторожнѣе вести процессъ, покупательъ долженъ о немъ своевременно извѣстить продавца, привлечь его къ дѣлу (item denuntiare auctorem laudare <sup>18</sup>), а продавецъ, зная дѣло, вѣроятно, лучше покупателя, долженъ принять участіе въ процессѣ въ качествѣ пособ-

<sup>7</sup> l. 11. § 2. l. 30. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; l. 1. pr. D. de perm. 19, 4; l. 25. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 4. D. de us. 22, 1.—<sup>8</sup> l. 21. pr. § 1. l. 64. § 2. l. 76. D. h. t. 21, 2; l. 26. C. h. t. 8, 44.—<sup>9</sup> l. 30. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>10</sup> l. 13. § 15. D. de a. e. v. 19, 1; l. 9. l. 41, § 1. D. h. t. 21, 2.—<sup>11</sup> l. 18. § 1. D. de per. 18, 6; l. 24. C. h. t. 8, 44.—<sup>12</sup> l. 11. pr. D. h. t. 21, 2.—<sup>13</sup> l. 21. § 1. l. 35. l. 57. pr. D. h. t. 21, 2.—<sup>14</sup> l. 56, § 1. D. h. t. 21, 2.—<sup>15</sup> l. 34. §§ 1. 2. l. 35. l. 63. § 1. D. h. t. 21, 2.—<sup>16</sup> l. 11. § 12. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>17</sup> l. 39. pr. l. 66. § 1. D. h. t. 21, 2.—<sup>18</sup> l. 53. § 1. l. 62. § 1. D. h. t. 21, 2; ll. 7—9. l. 17. l. 20. l. 23. l. 29. C. h. t. 8, 44.

ника покупателя. Передавъ вещь безъ суда, покупательъ лишается своихъ притязаній противъ продавца <sup>20</sup>, если только не докажетъ, что притязаніе третьяго лица было основательное <sup>21</sup>, такъ что процессъ былъ бы излишнимъ и предосудительнымъ. Если покупательъ безъ особаго основанія не совершитъ *litis denuntiatio*, то, несмотря на эвикцію, продавецъ свободенъ отъ обязанности очистки, развѣ покупательъ докажетъ, что и при участіи продавца процессъ былъ бы проигранъ.

2. Возможна эвикція всей вещи и части ея, какъ идеальной <sup>22</sup>, такъ и реальной <sup>24</sup>; только при продажѣ *universitas iuris* (наслѣдства, § 37 кон.) продавецъ не отвѣчаетъ за отсужденіе отдѣльныхъ предметовъ, которые, повидимому, принадлежали къ *universitas* <sup>25</sup>. Эвикціей части вещи признается тотъ случай, если третье лицо доказало свое право узурфрукта на вещь <sup>26</sup>; напротивъ, обнаруженіе личности или отсутствія прочихъ сервитутовъ только тогда подходитъ подъ понятіе эвикціи <sup>27</sup>, когда продавецъ особо гарантировалъ, что вещь не обременена сервитутами (*fundum optimum maximum esse*), или что съ нею связаны какія либо сервитутныя права; безъ особаго принятія на себя гарантіи продавецъ отвѣчаетъ за обремененіе вещи сервитутами лишь въ томъ случаѣ, если онъ завѣдомо объ этомъ умолчалъ <sup>28</sup>.

3. Продавецъ не отвѣчаетъ за эвикцію, если рѣшеніе матеріально несправедливо по винѣ судьи <sup>29</sup> (отмѣнено §-мъ 65-мъ И. у. г. с.) или по винѣ покупателя <sup>30</sup>; ибо онъ обязанъ отвѣчать лишь за недостаточность своего права. Но то же правило дѣйствуетъ и тогда, когда дѣйствительный недостатокъ права продавца не устраненъ по винѣ покупателя, напр., если покупательъ не приобрѣлъ вещи по давности, будучи въ состояніи это сдѣлать <sup>31</sup>.

**II. Размѣръ ответственности.** Продавецъ долженъ возмѣстить

<sup>19</sup> I. 55. § 1. I. 56. §§ 5. 6. I. 63. pr. D. h. t. 21, 2; I. 29. C. h. t. 8, 44.—  
<sup>20</sup> I. 56. § 1. D. h. t. 21, 2; I. 17. C. h. t. 8, 44.—<sup>21</sup> I. 11. § 12. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>22</sup> I. 53. § 1. D. h. t. 21, 2; I. 11. § 12. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>23</sup> I. 1. I. 39. § 2. D. h. t. 21, 2.—<sup>24</sup> I. 1. I. 64. § 3. D. h. t. 21, 2.—<sup>25</sup> I. 5. D. h. t. 21, 2. I. 1. C. h. t. 8, 44.—<sup>26</sup> I. 15. § 1. I. 39. § 5. I. 49. D. h. t. 21, 2; I. 66. pr. D. de c. e. 18, 1.—<sup>27</sup> I. 75. D. h. t. 21, 2; I. 59. I. 66. pr. D. de c. e. 18, 1.—  
<sup>28</sup> I. 69. § 5. D. h. t. 21, 2; I. 1. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; противное мнѣніе опирается въ особенности на I. 15. § 1. D. h. t. 21, 2; I. 61. D. de aed. ed. 21, 1.—<sup>29</sup> I. 5. I. 51, pr. D. h. t. 21, 2; I. 8. i. f. l. 15. C. h. t. 8, 44; I. 1. C. de rer. p. 4, 64.—<sup>30</sup> I. 55. pr. I. 63. §§ 1. 2. I. 66. pr. D. h. t. 8, 21, 2; I. 8. i. f. l. 19. C. h. t. 8, 44.—<sup>31</sup> I. 56, § 3. D. h. t. 21, 2.



покупщику интересъ <sup>32</sup>; послѣдній можетъ не совпадать съ покупною цѣной <sup>33</sup>, но (вслѣдствіе повышенія или пониженія цѣнъ, вслѣдствіе издержекъ) быть больше или меньше ея; онъ не долженъ (по закону Юстиніана, § 243 пр. 10) ни въ какомъ случаѣ превышать двойной покупной цѣны. Размѣръ интереса долженъ доказать покупатель; чтобы избѣгнуть доказыванія у Римлянъ существовалъ обычай въ случаѣ продажи цѣнныхъ вещей заключать, при совершеніи договора, *stipulatio duplae* (scil. *resuniae*), т. е. продавецъ обѣщаль въ случаѣ отсужденія уплатить покупщику неустойку вдвое больше покупной цѣны; если случайно стипуляція была упущена, то продавецъ былъ обязанъ совершить ее позднѣе по требованію покупателя; мало того, по мнѣнію позднѣйшихъ римскихъ юристовъ <sup>34</sup>, даже если покупатель не потребовалъ стипуляціи, то все таки въ случаѣ отчужденія онъ имѣлъ право на двойную цѣну <sup>37</sup>. Обычай и обязанность заключать *stipul. duplae* теперь не существуютъ; но уговоръ о неустойкѣ возможенъ и теперь.

### III. *Исключенія.* Продавецъ не отвѣчаетъ за *evictio*:

1. Если покупатель посредствомъ договора (т. н. *actum de non praestanda evictione*) освободилъ продавца отъ обязанности очистки. Это освобожденіе не имѣетъ силы, если продавецъ зналъ недостатокъ своего права <sup>36</sup> (это было бы *actum de dolo non praestando*, § 236 пр. 1).

2. Если покупатель, зная недостатокъ права продавца, не выговорилъ себѣ особо отвѣтственности за этотъ недостатокъ <sup>40</sup>.

IV. *Аналогичные случаи.* Они уже были исчислены въ § 239; но здѣсь отвѣтственность того, кто далъ свою вещь, часто возникаетъ тотчасъ, такъ что не надо ожидать эвикціи со стороны третьяго лица.

<sup>32</sup> I. 8. D. h. t. 21, 2; I. 23. I. 25. I. 29. C. h. t. 8, 44. — <sup>33</sup> I. 60. I. 66. § 3. I. 70. D. h. t. 21, 2; I. 23. C. h. t. 8, 44. — <sup>34</sup> Мнѣніе прежнихъ юристовъ см. въ I. 60. D. ц. t. 21, 2. — <sup>35</sup> I. 2. I. 37. §§ 1. 2. D. h. t. 21, 2; I. 11. §§ 8. 9. D. de a. e. v. 19, 1. — <sup>36</sup> I. 6. § 9. I. 11. §§ 15. 18. D. de a. e. v. 19, 1; I. 69. § 5. D. h. t. 21, 2. — <sup>37</sup> I. 11. I. 18. D. de a. e. v. 19, 1, въ которой (на что до сихъ поръ не обращали вниманія) Ульпіанъ присоединяется къ мнѣнію Юліана словами: „neque enim bonae fidei contractus — retineret“. — <sup>38</sup> I. 68. пр. D. h. t. 21, 2. — <sup>39</sup> I. 12. § 1. D. de distr. p. 20, 5. — <sup>40</sup> I. 18. I. 27. C. h. t. 8, 44; I. 7. C. comm. utr. i. 3, 38. — <sup>41</sup> I. 3. §§ 3. 4. C. comm. de leg. 6, 43; Nov. 7. c. 5. — <sup>42</sup> I. 2. § 1. D. qu. r. a. 44, 5.

## 2) § 289. Ответственность продавца за недостатки.

t. D. XXI, 1: de aedilicio edicto. — t. C. IV, 58: de aediliciis actionibus. — *Neustetel* въ своихъ и *Циммерна* römisch-rechtliche Untersuchungen. № 9. 1821. — *Bruno* и *Sachau*, Syrisch-Römisches Rechtsbuch. Стр. 207 слѣд. 1880. — *Hanausek*, Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Sache. 2 Abth. 1883. 1887. — *Eck*, Beitr. zur L. v. d. ädil. Klagen. 1885. — *Vangerow*, § 609. — *Windscheid*, § 393—395. — *Brinz*, §§ 327—327<sup>b</sup>. — *Baron*, § 124.

Къ недостаткамъ относятся какъ недостатки въ тѣсномъ смыслѣ, такъ и отсутствіе обѣщанныхъ качествъ вещи.

I. *Историческое введеніе.* По древнему *ius civile*, продавецъ отвѣчаетъ за недостатки только въ двухъ случаяхъ: 1) если онъ особо принималъ на себя эту отвѣтственность (въслѣдствіе гарантіи обѣщанныхъ имъ качествъ вещи)<sup>1</sup>; 2) если онъ завѣдомо скрылъ недостатки проданнаго предмета (въслѣдствіе *dolus*)<sup>2</sup>. Въ этихъ случаяхъ продавецъ обязанъ уплатить интересъ покупщику, которому для осуществленія этого требованія принадлежитъ *actio emti*, и согласиться на отмѣну договора, если этого требуютъ интересы покупщика. Принимая во вниманіе мѣнновой характеръ договора купли, курульные эдилы, которымъ были подсудны торговыя дѣла, въ своихъ эдиктахъ<sup>3</sup> расширили отвѣтственность продавца за предѣлы означенныхъ двухъ случаевъ. По эдикту эдиловъ, и безъ принятія особой гарантіи, и безъ умышленнаго умолчанія о недостаткахъ продаваемой вещи, продавецъ отвѣчаетъ за всѣ тѣлесныя недостатки (въ случаѣ продажи рабовъ и за нѣкоторые нравственныя и юридическія недостатки: *fugitivum*, *erronem non esse*, *noxa solutum esse*); затѣмъ, онъ отвѣчаетъ не только за обѣщанныя (*promissa*), но и за односторонне имъ въ переговорахъ указанныя (*dicta*) качества проданной вещи; но покупщикъ можетъ здѣсь требовать не платежа интереса, а отмѣны договора или пониженія цѣны, откуда соответственныя иски называются: *actio redhibitoria*, *iudicium redhibitorium* и *quanti minoris*, *iudicium aestimatorium*. — Нѣкоторые юристы, не признавая изложеннаго отношенія гражданского права и эдильскаго эдикта, утверждаютъ, что уже по *ius civile* продавецъ и въ случаѣ отсутствія гарантіи или *dolus* долженъ былъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ отвѣчать за недостатки; и въ самомъ дѣлѣ, нѣкоторыя мѣста источниковъ<sup>4</sup> допускаютъ *actio emti* и въ такихъ

<sup>1</sup> l. 6. § 4. l. 13. § 3. D. de a. e. v. 19, 1; Cic. de off. 3, 16. — <sup>2</sup> l. 11. §§ 3. 5. D. de a. e. v. 19, 1; l. 35. § 8. D. de c. e. 18, 1; Cic. de off. 3, 16. — <sup>3</sup> l. 1. § 1. l. 38. pr. § 5. D. h. t. 21, 1. — <sup>4</sup> l. 13. pr. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.

случаяхъ; но, по правильному мнѣнію, это объясняется тѣмъ, что въ позднѣйшее время отвѣтственность продавца, какъ она была нормирована эдильскимъ эдиктомъ, могла быть осуществляема не только исками эдикта, но также и искомъ гражданского права. — Впрочемъ, эдиктъ относился только къ продажѣ рабовъ и упряжнаго скота; но юристы распространили его на всѣ тѣлесныя вещи <sup>5</sup>. — Признавалось также недостаткомъ, если кто либо продалъ животныхъ съ украшеніями (ornamenta) и не передалъ послѣднихъ; въ этомъ случаѣ, по эдильскому эдикту, покупатель могъ въ теченіе шестидесяти дней потребовать или выдачи украшеній, или отмѣны договора <sup>7</sup>; теперь судебная практика допускаетъ только требованіе украшеній.

II. *Догматическое изложеніе.* Продавецъ отвѣчаетъ предъ покупщикомъ за всѣ недостатки, существовавшіе уже въ моментъ заключенія договора, все равно, гарантировалъ ли онъ особо ихъ отсутствіе или нѣтъ, умолчалъ ли онъ завѣдомо о нихъ или нѣтъ <sup>8</sup>; онъ не отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, если указалъ эти недостатки покупщику, или если покупатель зналъ ихъ или долженъ былъ ихъ усмотрѣть, какъ явно видимые <sup>9</sup>, или, наконецъ, если эти недостатки столь незначительны, что не уменьшаютъ цѣны и нормальной годности вещи <sup>10</sup>. Точно также продавецъ отвѣчаетъ за отсутствіе особенныхъ качествъ вещи, которыя онъ указалъ въ предварительныхъ переговорахъ или въ принятомъ другою стороною обѣщаніи <sup>11</sup> (dicta promissa, отъ нихъ слѣдуетъ отличать обыкновенное расхваливаніе вещи со стороны продавца <sup>12</sup>). — *Въ случаяхъ принятаго обѣщанія (promissa) и умышленного скрытія (dolus)* дѣйствуютъ положенія древняго ius civile; поэтому, отвѣтственность продавца продолжается 30 лѣтъ и выражается въ платежѣ интереса <sup>13</sup> (стало быть, напр., не только уплаченнаго выше стоимости за гнилое дерево, но въ то же время и стоимости дома, который былъ построенъ изъ гнилого дерева и рушился) <sup>14</sup>; если этого требуетъ интересъ покупателя, то продажа должна быть отмѣнена. *Въ прочихъ случаяхъ* дѣйствуютъ начала эдильскаго эдикта; слѣдовательно, покупатель не можетъ требовать интереса, а только отмѣны дого-

<sup>5</sup> l. 1, pr. l. 63. D. h. t. 21, 1. — <sup>6</sup> l. 1. § 3. D. h. t. 21, 1. — <sup>7</sup> l. 38. pr. § 11. D. h. t. 21, 1. — <sup>8</sup> См. мѣста пр. 3 и кромѣ того: l. 17. § 20. l. 38. §§ 5. 10. l. 52. D. h. t. 21, 1. — <sup>9</sup> l. 14. § 10. l. 1. § 6. l. 48. § 4. D. h. t. 21, 1. — <sup>10</sup> l. 1. § 8. l. 10. pr. l. 4. § 6. — l. 15. l. 38. §§ 3. 7—9. D. h. t. 21, 1. — <sup>11</sup> l. 1. § 1. l. 17. § 20. l. 18. l. 19. § 1. l. 38. § 10. D. h. t. 21, 1. — <sup>12</sup> l. 19. § 3. D. h. t. 21, 1; l. 37. D. de dol. 4, 3. — <sup>13</sup> l. 6. § 4. l. 13. pr. §§ 1—3. D. de a. e. v. 19, 1. — <sup>14</sup> l. 13. pr. cit.; ср. выше § 243.

вора или же пониженія цѣны<sup>15</sup>; это право выбора покупателя подлежит правиламъ альтернативнаго стеченія исковъ<sup>16</sup> (§ 85 sub П. 2).

1. Если покупательъ выбралъ отмѣну договора, то онъ долженъ въ теченіе sex menses utiles предъявить actio redhibitoria<sup>17</sup>; продавецъ обязанъ возратить ему цѣну съ процентами, а если цѣна еще не уплачена, то освободить его отъ долга<sup>18</sup>; затѣмъ онъ долженъ возмѣстить ему издержки кромѣ тѣхъ, которыя уравниваются пользованіемъ<sup>19</sup>.—По римскому праву, судья до постановленія рѣшенія приглашалъ продавца добровольно исполнить свои обязанности, а если тотъ не повиновался, то присуждалъ его къ двойному<sup>21</sup>; теперь и предложеніе исполнить, и присужденіе къ двойному, по правильному мнѣнію, не должны примѣняться (§§ 81. 84).—Покупщикъ съ своей стороны обязанъ выдать (redhibere) продавцу вещь со всѣми принадлежностями и всею прибылью, которую онъ получилъ отъ нея или могъ получить, въ частности плоды<sup>22</sup>; за ухудшенія, происшедшія по его винѣ, онъ долженъ тоже вознаграждать<sup>23</sup>.—Часто покупательъ уже при заключеніи купли малоцѣнныхъ вещей отказывался отъ эвентуальнаго осуществленія actio redhibitoria; тогда договоръ назывался venditio simplaria<sup>24</sup>; ἀπλῆ πρᾶσις, ἀπλῆ ὄνῃ<sup>24а</sup>, и покупательъ могъ требовать только пониженія цѣны.

2. Если покупательъ выбралъ пониженіе цѣны, то онъ долженъ въ теченіе одного annus utilis предъявить actio quanti minoris<sup>25</sup>; продавецъ обязанъ возратить ему столько, на сколько недостатковъ понижаетъ цѣнность вещи<sup>26</sup>; если оказываются различные недостатки одинъ за другимъ, то покупательъ можетъ требовать пониженія цѣны нѣсколько разъ<sup>27</sup>; но ни въ какомъ случаѣ не должна быть исчерпана вся цѣна, такъ что судья эвентуально долженъ постановить не уменьшеніе цѣны, а отмѣну договора<sup>28</sup>.

### III. Аналогичные случаи. Ответственность вслѣдствіе гарантіи

<sup>15</sup> l. 18. pr. l. 38. pr. l. 43. § 6. D. h. t. 21, 1.—<sup>16</sup> l. 25. § 1. D. de exc. r. i. 44, 2.—<sup>17</sup> l. 38. pr. l. 19. § 6. l. 48. § 2. l. 55. D. h. t. 21, 1; l. 2. C. h. t. 4, 58; l. 25. § 1. D. de e. r. i. 44, 2.—<sup>18</sup> l. 25. § 10.—1. 27. l. 29. § 2. D. h. t. 21, 1.—<sup>19</sup> l. 27. l. 29. l. 30. D. h. t. 21, 1.—<sup>20</sup> l. 31. §§ 6. 11—15. l. 38. § 3. l. 44. § 2. l. 47. § 1. l. 48. pr. D. h. t. 21, 1.—<sup>21</sup> l. 45. D. h. t. 21, 1.—<sup>22</sup> l. 1. § 1. l. 23. §§ 1. 9. l. 24. l. 31. §§ 2.—4. l. 33. § 1. D. h. t. 21, 1.—<sup>23</sup> l. 1. § 1. l. 21. § 1. l. 23. pr. l. 25. pr.—§ 8. l. 31. § 9. l. 43. § 8 D. h. t. 21, 1; l. 4. pr. D. qu. m. p. 20, 6.—<sup>24</sup> l. 48. § 8. D. h. t.—<sup>24а</sup> Bas. XIX, 10, 11; Сирійско-римскій сводъ §§ 39. 113.—<sup>25</sup> l. 19. § 6. l. 38. pr. l. 48. § 2. D. h. t. 21, 1.—<sup>26</sup> l. 38. pr. § 13. D. h. t. 21, 1; l. 13. pr. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>27</sup> l. 31. § 16. D. h. t. 21, 1; l. 32. § 1. D. de ev. 21, 2.—<sup>28</sup> l. 43. § 6. D. h. t. 21, 1; l. 25. § 1. D. de e. r. i. 44, 2.—<sup>29</sup> l. 44. § 2. l. 47. § 1. l. 48. pr. D. h. t. 21, 1.

и умышленнаго умолчанія относится ко всѣмъ мѣновымъ договорамъ. Болѣе обширная отвѣтственность, введенная эдильскимъ эдиктомъ, признана въ источникахъ по отношенію къ мѣнѣ, но отвергнута по отношенію къ найму<sup>30</sup>; слѣдуетъ замѣтить, что при наймѣ, если недостатки *препятствуютъ* или *значительно умаляютъ* пользованіе вещью, наниматель уже по *ius civile* можетъ требовать платежа интереса или пониженія наемной платы<sup>31</sup>; ср. § 294 пр. 6.

### С. § 290. Побочные договоры при продажѣ.

*Vangerow*, § 637.

Законныя обязанности сторонъ могутъ быть въ различныхъ отношеніяхъ измѣняемы побочными уговорами (*pacta adiecta*), напр., о мѣстѣ и времени передачи купленнаго предмета, а также и о платежѣ цѣны, о несеніи риска и т. п. Нѣкоторыя изъ этихъ побочных соглашеній требуютъ особаго упоминанія:

1. Т. н. *pactum reservati dominii*, т. е. соглашеніе, по которому, не смотря на передачу вещи и кредитованіе (зачетъ въ долгъ) цѣны, право собственности на купленную вещь должно перейти къ покупщику лишь съ момента платежа имъ цѣны, или по которому, въ случаѣ неуплаты цѣны въ положенный срокъ, право собственности на купленную вещь опять должно возвратиться къ продавцу (§ 131 sub 2).

2. Т. н. *pactum hypothecae*, т. е. соглашеніе, что цѣна будетъ кредитована, право собственности будетъ перенесено на покупщика, но до платежа цѣны продавецъ будетъ имѣть на вещь залоговое право.

3. Т. н. *pactum de retroemendo* и *de retrovendendo*; первое обязываетъ продавца впослѣдствіи обратно купить у покупщика проданную вещь; второе обязываетъ покупщика впослѣдствіи продать вещь обратно продавцу<sup>1</sup>.

4. Т. н. *pactum proticisionis*, договоръ, въ силу котораго покупщикъ на случай, если онъ пожелаетъ впослѣдствіи продать купленную вещь, обязывается предоставить преимущество продавцу, если послѣдній согласится на условія, которыя будутъ предложены другимъ покупщикомъ<sup>2</sup>.

<sup>30</sup> l. 19. § 5. l. 63. D. h. t. 21, 1; l. 2. D. de rer. perm. 19, 4.—<sup>31</sup> l. 15. § 1. l. 19. § 1. l. 25. § 2. D. loc. cond. 19, 2; l. 13. § 6. D. de damn. inf. 39, 2.

<sup>1</sup> l. 12. D. de pr. v. 19, 5; l. 2. C. de pact. i. e. 4, 54.—<sup>2</sup> l. 75. D. de c. e. 18, 1; l. 21. § 5. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>3</sup> l. 122. § 3. D. de v. o. 45, 1.—<sup>4</sup> l. 3. C. de iure emph. 4, 66; l. 16. D. de r. a. i. 42, 5; l. 60. D. de pact. 2, 14.

## Раздѣлъ второй.

## § 291. МѢна.

t. D. XIX, 4: de rerum permutatione.—t. C. IV, 64: de rerum permutatione et praescriptis verbis.—*Bechmann*, der Kauf. Bd. 2. Стр. 170 слѣд. 1884.—*Vangerow*, § 638.—*Windscheid*, § 398.

МѢна отличается въ римскомъ правѣ отъ купли въ двухъ отношеніяхъ: 1) здѣсь даются не деньги за вещь, а вещь за вещь<sup>1</sup>; 2) обязательство возникаетъ лишь съ момента совершенія дѣйствія однимъ контрагентомъ: мѢна принадлежитъ въ римскомъ правѣ къ безыменнымъ *реальнымъ* контрактамъ<sup>2</sup>. Въ современномъ правѣ второе отличіе не существуетъ (§ 210 sub B. 1), первое осталось. Въ остальномъ къ мѢнѣ примѣняются начала купли<sup>3</sup>: каждый контрагентъ приравнивается къ продавцу по отношенію къ вещи, данной имъ, — къ покупщику по отношенію къ вещи полученной. Впрочемъ, обмѣненная вещь съ момента *traditio* переходитъ въ собственность получателя, все равно, исполнилъ ли послѣдній свое обязательство или нѣтъ (иначе въ случаѣ купли, § 131 пр. 20).

## Раздѣлъ третій.

## Наемъ.

t. D. XIX, 2: locati conducti.—t. C. IV, 65: de locato et conducto.—t. I. III, 24: de locatione et conductione.

## A. § 292. Понятіе и виды.

*Waaser*, die colonia partiaria. 1885.—*Vangerow*, § 640.—*Windscheid*, § 399.—*Brinz*, § 330.—*Baron*, § 125.

*Наемъ, locatio conductio, консенсуальный контрактъ, возникаетъ тѣмъ путемъ, что одно лицо (locator) обѣщаетъ другому (conductor) предоставить за извѣстную сумму денегъ пользованіе вещью или работою силою человека, а другое лицо обѣщаетъ первому уплатить за пользованіе условленную сумму денегъ. Смотри по тому, выступаетъ ли объектъ найма въ страдательной функціи или дѣятельной, наемъ распадается на два вида: наемъ вещей, имущественный наемъ (loc.*

<sup>1</sup> l. 1. D. h. t. 19, 4; l. 7. C. h. t. 4, 64; l. 1. § 1. D. de c. e. 18, 1.—<sup>2</sup> l. 3. l. 7. C. h. t. 4, 64.—<sup>3</sup> Ср. l. 1. l. 2. D. h. t. 19, 4; l. 2. C. h. t. 4, 64; l. 19. § 5. D. de aed. ed. 21, 1; l. 5. § 1. D. de pr. v. 19, 5.

cond. rei) и личный наемъ (наемъ услугъ, loc. cond. operatum); но подъ понятие loc. operatum подходит лишь дѣятельность *свободнаго* человѣка, дѣятельность же раба и животнаго относится къ loc. rei. Особымъ видомъ личнаго найма бываетъ производство какого либо opus, какъ результата работы (loc. cond. operis, подрядъ, заказъ); здѣсь обѣщается не самъ трудъ, а трудовой результатъ; вслѣдствіе этого въ случаѣ loc. operatum рабочій находится подъ руководствомъ и дѣйствуетъ по указаніямъ работодателя, въ случаѣ же loc. operis онъ долженъ самостоятельно направить свой трудъ къ достиженію обѣщаннаго подрядившему результату.—Для всѣхъ видовъ найма необходимо соглашеніе о *наемной платѣ* (merces, pretium); если стороны не заключили соглашенія о наемной платѣ, то сдѣлка является безыменнымъ контрактомъ, и воздѣйствіе должно быть опредѣлено справедливымъ усмотрѣніемъ одного изъ контрагентовъ, эвентуально судебнымъ усмотрѣніемъ <sup>1</sup>. Если стороны согласились насчетъ наемной платы, то послѣдняя обсуждается вообще по правиламъ покупной цѣны <sup>2</sup> (§ 286 sub II): *следовательно, merces должна быть pecunia numerata, certa, vera, не требуется, чтобы merces была iusta*. Но часто за пользованіе сельскимъ участкомъ или исполненіе сельскихъ работъ (напр., за стереженіе скота, производство жатвы) вмѣсто денегъ обѣщается опредѣленная доля годовыхъ плодовъ <sup>3</sup>; въ послѣднемъ случаѣ, если дѣло идетъ о пользованіи сельскими участками, источники говорятъ о colonus partiarus, новыя юристы—о contractus sociidae (= societatis, такъ какъ договоръ этотъ похожъ на товарищество). Colonia partiaria была весьма распространена въ древности, и теперь еще весьма часто встрѣчается во Франціи и въ Италиі; напротивъ, въ Германіи она очень рѣдкое явленіе; отъ нея слѣдуетъ отличать тотъ случай, если арендаторъ поля обѣщаетъ *опредѣленное количество* плодовъ въ качествѣ арендной платы <sup>3a</sup>. Существуетъ, впрочемъ, спорный вопросъ, слѣдуетъ ли colonia partiaria разсматривать какъ наемъ (аренда изподу) или какъ товарищество; по правильному мнѣнію, она ни то, ни другое, а безыменный контрактъ, т. е. она не подчиняется правиламъ упомянутыхъ договоровъ, а ей присущи собственныя начала.—Наемъ признается совершеннымъ (perfecta loca-

<sup>1</sup> l. 22. D. de pr. v. 19, 5; § 1. I. h. t. 3, 24.—<sup>2</sup> l. 2. pr. l. 20. § 1. l. 25. pr. l. 46. D. h. t. 19, 2; l. 5. § 2. l. 17. § 3. D. de pr. v. 19, 5; § 2. I. h. t. 3, 24.—<sup>3</sup> l. 25. § 6. D. h. t. 19, 2; l. 52. § 2. D. pro soc. 17, 2.—<sup>3a</sup> l. 8. l. 21. C. h. t. 4, 65.

tio), когда стороны согласились о предметѣ найма и о наемной платѣ <sup>4</sup>; при этомъ аналогично примѣняются начала купли-продажи (§ 286 sub III).

## В. ОТДѢЛЬНЫЕ ВИДЫ.

### 1) Имущественный наемъ (loc. cond. rei).

#### а. § 293. Объектъ найма.

*Vangerow*, § 632. II.—*Windscheid*, § 339.—*Brinz*, § 331.

Объектъ найма можетъ быть различный: какъ тѣлесная вещь, такъ и безтѣлесная, напр., узуфруктъ <sup>1</sup>, право государства на публичные налоги (временная передача этого права публиканамъ первоначально признавалось куплей-продажей, позднѣе наймомъ) <sup>2</sup>; и теперь, напр., мостовые и шоссейные сборы нерѣдко предоставляются частнымъ лицамъ. Затѣмъ, какъ движимая вещь, такъ и недвижимость; какъ собственная вещь отдающаго внаймы, такъ и чужая <sup>3</sup>; послѣднее въ частности случается тогда, когда самъ наниматель отдаетъ вещь внаймы третьему лицу (поднаемъ, *sublocatio*); для этого не требуется дозволенія хозяина (наймодавца, *locator*) <sup>4</sup>. Если вещь принадлежитъ самому нанимателю, то договоръ ничтоженъ <sup>5</sup>, развѣ если владѣніе или пользованіе принадлежитъ другому <sup>6</sup>. Затѣмъ, какъ плодоносная вещь, такъ и вещь, годная только для пользованія въ тѣсномъ смыслѣ; въ современной обыденной рѣчи наемъ называется арендою (*Pacht*), если вещь доставляетъ плоды или подобные доходы (имѣніе, гостинница, желѣзнодорожный буфетъ отдаются въ аренду); слово наемъ (*Miethe*) ограничивается прочими вещами (домъ, корабль, верховая лошадь); римская терминологія этого различія не знала; различали только арендатора сельскохозяйственнаго участка (*colonus*) отъ нанимателя дома (*inquilinus*); современная наука относитъ слово „наемъ“ ко всѣмъ вещамъ.

Наемъ вещей имѣетъ много сходнаго съ куплею; дѣйствіе на-

<sup>4</sup> l. 20. pr. D. h. t. 19, 2.

<sup>1</sup> l. 12. § 2. l. 38. D. de us. 7, 1.—<sup>2</sup> Festus s. v. venditiones; Hyginus p. 116, 12—14 (ed. Lachm.); l. 16. D. de v. s. 50, 16.—<sup>3</sup> l. 7. l. 9. pr. § 6. D. h. t. 19, 2.—<sup>4</sup> l. 60. pr. D. h. t. 19, 2; l. 6. C. b. t. 4, 65.—<sup>5</sup> l. 20. l. 23. C. h. t. 4, 65; l. 15. D. dep. 16, 3; l. 45. pr. D. de r. i. 50, 17.—<sup>6</sup> l. 29. pr. D. qu. m. us. 7, 4; l. 35. § 1. l. 37. D. de pign. a. 13, 7; l. 28. l. 37. D. de acq. poss. 41, 2.



нимателя и покупателя вполне аналогичны. Но и объектъ имущественнаго найма сроденъ съ объектомъ купли; что не можетъ быть продано, то не можетъ быть и предметомъ найма, и обратно, что можетъ быть продано, то по большей части (хоть и не всегда) можетъ быть отдано внаймы; но различіе заключается въ томъ, что объектъ купли переходитъ навсегда и вполне въ составъ имущества покупателя (откуда отвѣтственность продавца: *ut emptori rem habere liceat*), между тѣмъ какъ наниматель обыкновенно получаетъ объектъ найма лишь на время и то лишь со стороны ея годности или доходности; откуда отвѣтственность хозяина: *ut re conductori frui liceat* <sup>7</sup>. Сродствомъ купли и найма вещей объясняется тотъ фактъ, что древніе римскіе юристы спорили, куда слѣдуетъ отнести нѣкоторые договоры: къ куплѣ или къ найму <sup>8</sup>; ср. § 179 пр. 3. § 297 пр. 9 и выше пр. 2.

### b. § 294. Обязанности контрагентовъ.

*Vangerow*, §§ 641. 642.—*Windscheid*, § 400.—*Brinz*, § 331.

Изъ договора найма всегда возникаютъ обязанности для обѣихъ сторонъ.

I. *Обязанности хозяина* (locator). Онъ долженъ первый совершить свое дѣйствіе (§ 215 пр. 1а), а именно, онъ обязанъ:

1. Предоставить нанимателю пользованіе нанятою вещью со всѣми ея принадлежностями <sup>1</sup>, слѣдовательно, тѣлесную вещь передать нанимателю (въ *detentio*) <sup>2</sup>. Если предоставленіе пользованія сдѣлалось случайно невозможнымъ, то договоръ прекращается: хозяинъ не подвергается никакой отвѣтственности и не приобретаетъ никакого требованія на наемную плату (§ 269 пр. 8); если эта невозможность произошла отъ другихъ причинъ (напр., кто либо отдалъ внаймы чужую вещь, и дѣйствительный собственникъ лишаетъ нанимателя вещи посредствомъ *rei vindicatio*), то хозяинъ уплачиваетъ интересъ, хотя бы на его сторонѣ не было *culpa* <sup>2</sup>.

2. Онъ обязанъ предоставить вещь въ такомъ видѣ, чтобы было возможно пользованіе ею согласно обѣщанію <sup>4</sup>. Если вещь имѣетъ

<sup>7</sup> I. 9. пр. 1. 15. § 1. D. h. t. 19, 2.—<sup>8</sup> Gai. 3, 145 sqq.; пр.—§ 4. I. h. t. 3, 24; I. 2. § 1. D. h. t. 19, 2.

<sup>1</sup> I. 15. пр. § 1. I. 19. § 2. I. 24. § 4. D. h. t. 19, 2.—<sup>2</sup> I. 25. § 1. D. de p. a. 41, 2; I. 6. § 2. D. de prec. 43, 26.—<sup>3</sup> II. 7—9. § 1. I. 15. § 8. I. 35. пр. D. h. t. 19, 2.—<sup>4</sup> I. 19. § 1. D. h. t. 19, 2.

недостатки, а хозяинъ завѣдомо умолчалъ о нихъ или въ своемъ общаніи заявилъ, что они отсутствуютъ, то онъ обязанъ возмѣстить интересъ<sup>5</sup>; въ прочихъ случаяхъ дѣло зависитъ отъ того, препятствуютъ ли недостатки пользованію вполне или въ значительной мѣрѣ, или же нѣтъ; въ первомъ случаѣ хозяинъ лишается требованія всей наемной платы или части ея<sup>6</sup>, во второмъ—недостатки не оказываютъ никакого вліянія на обязанности контрагентовъ (§ 269 пр. 9. § 289 пр. 31).

3. Онъ обязанъ предоставить нанимателю обладаніе (*detentio*) и пользованіе вещью *на все время найма*<sup>7</sup>; поэтому онъ не имѣетъ права безъ особыхъ основаній производить измѣненія въ нанятой вещи, мѣшающія пользоваться ею (напр., ремонтъ дома допускается лишь въ случаѣ особой необходимости)<sup>8</sup>; въ то же время онъ долженъ производить необходимыя починки<sup>9</sup>.

4. Онъ обязанъ нести всѣ сборы и повинности, лежащія на самой вещи<sup>10</sup> (поземельные и домовые налоги, но не квартирные); обязанъ возвратить нанимателю всѣ необходимыя и полезныя издержки на вещь<sup>11</sup>; отвѣчаетъ за *culpa levis*<sup>12</sup>.

Искъ, принадлежащій нанимателю противъ хозяина для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется *actio conducti*.

## II. Обязанности нанимателя:

1. Наниматель обязанъ уплатить хозяину *postnumerando* наемную плату<sup>13</sup>; къ этому онъ обязанъ и въ томъ случаѣ, когда обстоятельства, касающіяся лично его, воспрепятствовали пользованію<sup>14</sup>; онъ освобождается отъ этой обязанности только въ томъ случаѣ, если хозяинъ ему не предоставляетъ пользованія: *locatoris est periculum*. Если пользованіе вещью сокращается въ значительной мѣрѣ вслѣдствіе случая, то соразмѣрно уменьшается и наемная плата<sup>15</sup> (ср. § 269 пр. 8. 9). Особые правила примѣняются къ арендѣ сельско-хозяйственного участка; по соображеніямъ справедливости, арендатору сбавляется арендная плата (*remissio mercedis*)<sup>16</sup>, если, по чрезвычайному несчастному случаю (наводненіе, градъ, вѣшество

<sup>5</sup> I. 19. § 1. D. h. t. 19, 2; I. 6. § 4. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>6</sup> I. 19. § 1. I. 25. § 2. D. h. t. 19, 2.—<sup>7</sup> I. 25. §§ 1. 2. I. 60. пр. D. h. t. 19, 2.—<sup>8</sup> I. 19 § 5. I. 30. пр. I. 35. D. h. t. 19, 2.—<sup>9</sup> I. 15. § 1. I. 25. § 2. D. h. t. 19, 2.—<sup>10</sup> I. un. § 3. D. de via publ. 43, 10; I. 32. § 6. D. de adm. tut. 26, 7; I. 4. I. 20. § 4. C. de agr. 11, 47.—<sup>11</sup> I. 19. § 4. I. 55. § 1. D. h. t. 19, 2.—<sup>12</sup> I. 5. § 2. D. comm. 13, 6; I. 23. D. de r. i. 50, 17.—<sup>13</sup> I. 24. § 2. D. h. t. 19, 2.—<sup>14</sup> I. 24. § 2. I. 27. § 1. I. 55. § 2. I. 61. § 1. D. h. t. 19, 2.—<sup>15</sup> I. 15. § 1 sq. I. 25. § 2. I. 27. пр. D. h. t. 19, 2.—<sup>16</sup> I. 15. § 7. D. h. t. 19, 2.

непріятеля и т. п.)<sup>17</sup>, онъ не могъ извлечь плодовъ (стало быть, это не относится къ несчастному случаю съ плодами *posse* ихъ *receptio*), и если вредъ былъ значительный<sup>18</sup>; впрочемъ, если срокъ аренды обнимаетъ нѣсколько періодовъ извлеченія плодовъ, то арендаторъ долженъ уравнивать неурожайный годъ болѣе урожайными, такъ что эвентуально онъ обязанъ доплатить вполѣдствіи<sup>19</sup>. *Colonus partiaris* не можетъ требовать сбавки арендной платы<sup>20</sup>.

2. Наниматель по общему правилу (по господствующему мнѣнію, всегда) отвѣчаетъ за *culpa levis*<sup>21</sup>, стало быть онъ обязанъ беречь вещь отъ поврежденій<sup>22</sup>; въ случаѣ найма движимой вещи онъ, по мнѣнію автора этого учебника, отвѣчаетъ за субъективную (техническую) *custodia*<sup>23</sup> (§ 237).

3. По окончаніи срока найма наниматель обязанъ возвратить вещь хозяину<sup>24</sup> въ цѣлости, поскольку это возможно при условленномъ пользованіи ею. Если возвращеніе вещи вообще или возвращеніе ея въ цѣлости стало для него невозможнымъ по его собственной винѣ, то онъ уплачиваетъ хозяину интересъ<sup>25</sup>. Если онъ безъ основанія отказывается выдать вещь до суд. рѣшенія, то, по закону имп. Зенона, его присуждаютъ къ уплатѣ двойного<sup>26</sup>; этотъ штрафъ теперь не существуетъ (§ 81).

Искъ, принадлежащій хозяину противъ нанимателя для судебнаго осуществленія этихъ обязанностей, называется *actio locati*.

Обязанности нанимателя по отношенію къ хозяину неизмѣняются, если первый отдаетъ вещь отъ себя внаймы третьему лицу. Съ другой стороны, отъ этого не возникаетъ никакого правоотношенія между вторымъ нанимателемъ (поднанимателемъ) и хозяиномъ; но если предметомъ найма служить домъ, то хозяинъ имѣетъ законное закладное право на *invecta et illata* поднанимателя<sup>27</sup> (§ 190 пр. 24), а послѣдній, чтобы освободить свои вещи, имѣетъ право заплатить наемную плату прямо хозяину дома<sup>28</sup> (§ 226 пр. 13).

Если наниматель уплатилъ наемную плату или не уплатилъ ея влѣдствіе *morae accipiendi* хозяина, то послѣдній долженъ дозво-

<sup>17</sup> I. 15. §§ 2—4. D. h. t. 19, 2.—<sup>18</sup> I. 25. § 6. D. h. t. 19, 2.—<sup>19</sup> I. 15. § 4. D. h. t. 19, 2; I. 8. C. h. t. 4, 65.—<sup>20</sup> I. 25. § 6. D. h. t. 19, 2.—<sup>21</sup> I. 9. пр. 1. 11. пр. § 3. I. 13. § 1. D. h. t. 19, 2.—<sup>22</sup> I. 11. §§ 1. 2. I. 25. § 3. D. h. t. 19, 2.—<sup>23</sup> I. 5. § 15. D. com. 13, 5; I. 28. C. h. t. 4, 65; § 5. I. h. t. 3, 24; cf. I. 14. § 16. D. furt. 47, 2.—<sup>24</sup> I. 25. C. h. t. 4, 65.—<sup>25</sup> I. 9. § 3. I. 11. I. 13. §§ 7. 8. I. 19. § 2. I. 25. § 3. D. h. t. 19, 2; I. 27. §§ 9. 11. D. ad l. Aq. 9, 2.—<sup>26</sup> I. 34. C. h. t. 4, 65.—<sup>27</sup> I. 5. пр. D. in qu. c. 20, 2; I. 11. § 5. D. de p. a. 13, 7.—<sup>28</sup> I. 11. § 5. D. de pign. a. 13, 7.

лить ему забрать ввезенныя и внесенныя вещи; къ этому можно принудить хозяина посредством *interd. de migrando* <sup>29</sup> или *extraordinaria cognitio* <sup>30</sup>.

### с. § 295. Особья основанія прекращенія.

*Röder*, Abhandlungen. Nr 1. 1833.— *Vangerow*, § 643. 644.— *Windscheid*, § 402.— *Brinz*, § 331.

Договору имущественнаго найма свойственны особья основанія прекращенія:

1. *Истечение времени*. Если наемъ заключенъ безъ ограниченія опредѣленнымъ срокомъ (напр., между проѣзжимъ и хозяиномъ гостинницы), то онъ продолжается до тѣхъ поръ, пока одна изъ сторонъ не откажется. Если же срокъ найма опредѣленъ, то наемъ кончается истеченіемъ условленнаго срока; но такъ какъ наемъ есть контрактъ консенсуальный, то онъ считается молчаливо продолженнымъ (*tacita relocatio*), если наниматель продолжаетъ пользоваться вещью безъ возраженій со стороны хозяина <sup>1</sup>. Вопросъ, на сколько времени продолженъ наемъ, рѣшается въ томъ смыслѣ, что аренда сельско-хозяйственнаго участка имѣетъ силу лишь на текущій годъ, такъ какъ воля сторонъ, вѣроятно, направлена на это время <sup>2</sup>; относительно городскихъ участковъ источники опредѣляютъ <sup>3</sup> „*ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*“; по господствующему мнѣнію, это означаетъ, что въ случаѣ молчаливаго продолженія найма каждая сторона во всякое время можетъ отказаться отъ договора, развѣ если въ первоначальномъ договорѣ письменно было условлено опредѣленное время найма, ибо тогда этотъ срокъ дѣйствуетъ и для продолженнаго договора; но многіе юристы толкуютъ приведенныя слова иначе, и при томъ ихъ объясненія весьма разнообразны.

Этотъ спорный вопросъ не имѣетъ теперь для Германіи важнаго значенія, такъ какъ продолжительность молчаливо продолженнаго договора опредѣляется повсюду мѣстными обычными нормами или договорами.

2. *Отступленіе нанимателя отъ договора* допускается въ слѣдующихъ случаяхъ: а) если хозяинъ не передаетъ ему вещи въ услов-

<sup>29</sup> t. D. 43, 32: de migrando.—<sup>30</sup> l. 1. § 2. D. de migr. 43, 32.

<sup>1</sup> l. 13. § 11. l. 14. D. h. t. 19, 2.—<sup>2</sup> l. 13. § 11. cit.; l. 6. C. h. t. 4, 65.—<sup>3</sup> l. 13. § 11 cit.

ленное время или въ видѣ, достаточно годномъ для пользованія <sup>4</sup>;  
 б) если съ пользованіемъ вещью соединяется какая либо опасность для нанимателя (напр., приближается войско непріятелей, сосѣдній домъ грозитъ паденіемъ) <sup>5</sup>.

3. *Отступленіе хозяина отъ договора* допускается въ слѣд. случаяхъ: а) если наниматель не вноситъ платы въ теченіе двухъ лѣтъ <sup>6</sup>; б) если наниматель злоупотребляетъ вещью <sup>7</sup>; с) если необходима починка вещи, не допускающая пользованія ею <sup>8</sup>; д) если хозяинъ зданія по непредвидѣннымъ обстоятельствамъ самъ пуждается въ немъ <sup>9</sup>.

4. По И. конк. у. §§ 17. 18, открытіе конкурса надъ имуществомъ нанимателя или хозяина даетъ право распорядителю конкурсной массы или другому контрагенту или обонмъ вмѣстѣ послѣ надлежащаго предваренія отступить отъ договора.

Смерть одного изъ контрагентовъ не имѣетъ никакого вліянія на договоръ найма <sup>10</sup>. Равнымъ образомъ и отчужденіе вещи хозяиномъ; повидимому, противное утверждаетъ юридическая поговорка: „Kauf bricht Miethe“ (vendage passe louage, наемъ уступаетъ куплѣ); но дѣйствительное значеніе ея заключается лишь въ томъ, что покупатель, достигнувъ по traditio права собственности на вещь, можетъ лишить нанимателя пользованія вещью <sup>11</sup>, такъ какъ онъ не связанъ договоромъ найма <sup>12</sup>; но если это дѣйствительно случится, то наниматель можетъ требовать отъ того, съ кѣмъ онъ заключилъ договоръ найма, платежа интереса <sup>13</sup>; если же этого не случится (напр., потому что покупатель обязался предъ хозяиномъ [продавцомъ] исполнить договоръ найма), то наниматель долженъ исполнить свои обязанности <sup>14</sup>.—Во многихъ партикулярныхъ правахъ, впрочемъ, дѣйствуетъ противоположное правило: „Neuer geht vor Kauf“ (купля уступаетъ найму), т. е. покупатель связанъ договоромъ найма и не можетъ лишить нанимателя пользованія вещью.

<sup>4</sup> I. 24. § 4. I. 25. § 2. I. 60. pr. D. h. t. 19, 2.—<sup>5</sup> I. 27. § 1. I. 13. § 7. D. h. t. 19, 2; I. 28. D. de damn. inf. 39, 2.—<sup>6</sup> I. 54. § 1. I. 56. D. h. t. 19, 2; Nov. 120. c. 8.—<sup>7</sup> I. 3. C. h. t. 4, 65; Nov. 120. c. 8; c. 3. X. loc. 3, 18.—<sup>8</sup> I. 3. C. h. t. 4, 65.—<sup>9</sup> I. 3. C. h. t. 4, 65.—<sup>10</sup> I. 10. C. h. t. 4, 65; § 6. I. h. t. 3, 24.—<sup>11</sup> I. 25. § 1. I. 32. D. h. t. 19, 2; I. 120. § 2. D. de leg. 1 (30).—<sup>12</sup> I. 9. C. h. t. 4, 65; I. 59. § 1. D. de usufr. 7, 1.—<sup>13</sup> См. мѣста пр. 11.—<sup>14</sup> I. 25. § 1. I. 58. pr. D. h. t. 19, 2; I. 9. C. h. t. 4, 65.

## 2) § 296. Личный наемъ (loc. cond. operarum).

*Löwenfeld*, Inästimabilität und Honorirung der artes liberales im Römischen Recht (въ особенности стр. 400—467) въ Festgabe für Planck. 1887.—*Idem*, Ueber den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches. Стр. 25 сл. 1899.—*Vangerow*, §§ 645. 650.—*Windscheid*, §§ 401. 404.—*Brinz*, § 332.

1. *Объектъ найма.* Онъ состоитъ въ той рабочей силѣ лица, которая проявляется не въ свободной духовной дѣятельности; слѣдовательно, сюда относятся работы поденщиковъ и ремесленниковъ (factum quod locari solet <sup>1</sup>, т. н. operae locari solitae, illiberales). Locator operarum обыкновенно есть самъ рабочій (нанявшійся), но можетъ быть и другое лицо, напр., отецъ отдаетъ внаймы рабочую силу своего сына, патронъ—своего вольноотпущенника (что иногда дозволялось) <sup>1а</sup>. Впрочемъ, личный наемъ былъ въ Римѣ сравнительно рѣдкимъ явленіемъ, такъ какъ достаточно было своихъ и нанятыхъ рабовъ; поэтому и источники посвящаютъ личному найму мало мѣста <sup>2</sup>, вслѣдствіе чего нормы римскаго права и основанныхъ на немъ новыхъ партикулярныхъ законодательствъ являются недостаточными для рабочихъ договоровъ теперешняго времени. Въ виду этого уставы о промышленности 19-го столѣтія (въ частности Имперскій уставъ о промышленности 21-го іюня 1869 и новеллы къ нему) были принуждены предпринять новый пересмотръ и нормировку рабочаго договора; нормировка эта касается въ особенности рабочаго времени, платежа заработной платы, обязанности предваренія о намѣреніи прекратить договоръ, стачекъ, порядка производства работъ, работы женщинъ, дѣтей и несовершеннолѣтнихъ рабочихъ, рабочихъ книжекъ и рабочихъ свидѣтельствъ, охраненія безопасности жизни, здоровія и нравственности рабочихъ. Эта нормировка въ виду теперешняго характера рабочаго движенія не можетъ быть признана законченною, но и впредь она будетъ происходить не путемъ частноправныхъ кодификацій, а путемъ имперскаго промышленнаго законодательства. Нижеслѣдующее изложеніе, ограничивающееся римскими нормами, не можетъ быть въ виду вышесказаннаго достаточнымъ для знакомства съ теперешнимъ состояніемъ права въ данной области.

<sup>1</sup> 1. 5. § 2. D. de praescr. v. 19, 5.—<sup>1а</sup> 1. 25. § 1. D. de op. lib. 38, 1.—

<sup>2</sup> Въ слѣд. мѣстахъ: 1. 19. §§ 9. 10. 1. 26. 1. 38. 1. 13. пр. D. h. t. 19, 2; 1. 22. C. h. t. 4, 65.

II. *Обязанности.*

1. *Обязанности* нанявшагося (или отдавшаго другого внаймы, *locator operarum*). Онъ долженъ въ теченіе условленнаго времени предоставлять обѣщанную рабочую силу <sup>3</sup>, если этому не помѣшаютъ случайныя обстоятельства (§ 269 пр. 11); онъ отвѣчаетъ по общему правилу за *culpa levis*, а по отношенію къ движимымъ вещамъ, по мнѣнію автора этого учебника, за субъективную (техническую) *custodia*, а не за *culpa levis* только, какъ полагаетъ господствующее мнѣніе.

2. *Обязанности нанимателя* (*conductor operarum*). Онъ обязанъ платить условленную плату, хотя бы не воспользовался рабочей силою, развѣ если нанявшійся заработалъ равную сумму, нанявшись въ другомъ мѣстѣ; онъ не обязанъ платить наемной платы, если нанявшійся не исполняетъ работъ, хотя бы причиною этому былъ случай (§ 269 пр. 11). Онъ долженъ возратить нанявшемуся всѣ основательныя издержки. Онъ отвѣчаетъ за *culpa levis*.

Иски для судебного осуществленія этихъ обязанностей суть *act. locati* и *actio conducti*.

III. *Свободная духовная дѣятельность, какъ профессія* <sup>5</sup> (т. н. *operae locari non solitae, operae liberales*), обнимала у Римлянъ различные виды дѣятельности <sup>6</sup>: обученіе наукамъ, услуги адвокатовъ, дѣятельность асессоровъ, которые функционировали во многихъ государственныхъ учрежденіяхъ (*iuris studiosi*) <sup>7</sup>, далѣе, помощь врачей, хирурговъ, повивальныхъ бабокъ (но не тѣхъ, которые заговариваютъ болѣзнь), работы землемѣровъ <sup>8</sup>, бухгалтеровъ (*librarii*), стенографовъ (*notarii*), профессію маклеровъ (*proxenetae*) <sup>9</sup>, которые были у Римлянъ посредниками въ разныхъ торговыхъ сдѣлкахъ (но также и въ заключеніи браковъ, опредѣленіи на должность и т. п.) <sup>10</sup>.—Всѣ эти виды дѣятельности въ древнее время не могли быть предметомъ юридически обязывающаго договора <sup>11</sup>, очевидно потому, что въ этихъ случаяхъ считали неприличнымъ и непрактичнымъ примѣненіе принужденія. Въ позднѣйшее время, хотя понятіе обязывающаго договора тоже не примѣнялось, всетаки, если услуги были исполнены добровольно, магистраты разбирали эти

<sup>3</sup> l. 22. C. h. t. 4, 65.—<sup>4</sup> l. 14. § 17. D. de furt. 47, 2.—<sup>5</sup> t. D. 50, 13; de extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur.—<sup>6</sup> l. 1. pr. § 6. D. h. t. 50, 13.—<sup>7</sup> l. 1. § 8. l. 4. D. h. t. 50, 13; l. 4. D. de off. ass. 1, 22.—<sup>8</sup> t. D. 11, 6; si mensur falsus modum dixerit.—<sup>9</sup> t. D. 50, 14; de proxenetis.—<sup>10</sup> l. 3. D. de prox. 50, 14.—<sup>11</sup> l. 1. pr. D. si mensur 11, 6.

дѣла въ *cognitio extraordinaria*, какъ касающіяся требованія гонорара (*honorarium* <sup>12</sup>, *salarium* <sup>13</sup>, *merces* <sup>14</sup>, у маклеровъ — *proхeticum*, *philanthropium*) <sup>15</sup>, такъ и касающіяся возможныхъ встрѣчныхъ <sup>16</sup> требованій <sup>17</sup>; только профессора философіи и правовѣдѣнія не могли предъявлять иска о гонорарѣ <sup>18</sup>. Размѣръ гонорара опредѣлялся усмотрѣніемъ магистрата; для адвокатотъ былъ постановленъ законный *maximum* <sup>19</sup>. — Теперь существуетъ споръ, дѣйствуютъ ли еще начала римскаго права, или же и свободную духовную дѣятельность слѣдуетъ обсуждать по правиламъ личнаго найма.

### 3) § 297. Подрядъ (заказъ, loc. cond. operis).

*Vangerow*, § 645.—*Windscheid*, § 401.—*Brinz*, § 333.

**I. Понятіе.** Подрядъ возникаетъ тѣмъ путемъ, что кто либо (*locator operis*) вступаетъ съ другимъ (*conductor operis*, *redemptor operis*) въ соглашеніе, въ силу котораго послѣдній обязанъ совершить опредѣленную работу за опредѣленную сумму денегъ. — Предметомъ подрада могутъ быть работы разнаго рода: постройка зданій <sup>1</sup>, перевозка лицъ или товаровъ по морю или по сушѣ <sup>2</sup>, обученіе ремеслу <sup>3</sup>, оправка и гравировка драгоценнаго камня <sup>4</sup>, чистка и починка платья <sup>5</sup>, приготовленіе бани <sup>6</sup>; также художественное произведеніе, напр., картина <sup>7</sup>, статуя <sup>8</sup>. Предполагается, что подрадчикъ не даетъ всего матеріала для изготовленія работы; иначе это будетъ продажа <sup>9</sup>; но сдѣлка остается наймомъ, если онъ даетъ лишь часть матеріала <sup>10</sup>. — Плата можетъ быть опредѣлена въ видѣ оптовой цѣны (*per aversionem*) или поштучно, по днямъ, по мѣсяцамъ <sup>11</sup>.

<sup>12</sup> l. 1. § 10. D. de extr. cogn. 50, 13; l. 1. pr. D. si mentor 14, 6.—<sup>13</sup> l. 1. § 8. l. 4. D. de extr. cogn. 50, 13.—<sup>14</sup> l. 1. pr. D. de extr. cogn. 50, 13; l. 1. § 1. D. si mentor 11, 6.—<sup>15</sup> l. 1. l. 1. § 3. D. de prox. 50, 14.—<sup>16</sup> l. 1. §§ 9. 15. l. 3. D. extr. cogn. 50, 13.—<sup>17</sup> Въ случаѣ встрѣчныхъ требованій противъ землемѣровъ искъ былъ *act. in factum*: l. 1. l. 5. § 2.—<sup>18</sup> l. 7. D. si mentor 11, 6.—<sup>19</sup> l. 1. §§ 4. 5. D. de extr. cogn. 50, 13.—<sup>20</sup> l. 1. §§ 10. 12. D. de extr. cogn. 50, 13; l. 3. D. de prox. 50, 14.

<sup>1</sup> l. 22. § 2. l. 30. § 3. l. 59. l. 60. §§ 3. 4. l. 62. D. h. t. 19, 2.—<sup>2</sup> l. 11. § 3. l. 13. §§ 1. 2. l. 19. § 7. l. 25. § 7. D. h. t. 19, 2.—<sup>3</sup> l. 13. §§ 3. 4. D. h. t. 19, 2.—<sup>4</sup> l. 13. § 5. D. h. t. 19, 2.—<sup>5</sup> l. 13. § 6. l. 25. § 8. l. 60. § 2. D. h. t. 19, 2.—<sup>6</sup> l. 58. § 2. D. h. t. 19, 2.—<sup>7</sup> l. 5. § 2. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>8</sup> l. 20. D. de c. e. 18, 1.—<sup>9</sup> l. 2. § 1. D. h. t. 19, 2; l. 65. D. de c. e. 18, 1; § 4. l. h. t. 3, 24; Кассій былъ другаго мнѣнія, *Gai.* 3, 147.—<sup>10</sup> l. 22. § 2. l. 30. § 3. D. h. t. 19, 2; l. 20. D. de c. e. 18, 1.—<sup>11</sup> l. 30. § 3. l. 36. l. 51. § 1. D. h. t. 19, 2.



## II. Обязанности.

1. *Обязанности подрядчика.* Онъ долженъ сдѣлать работу согласно договору <sup>12</sup> и сдать ее подрядившему. Онъ отвѣчаетъ за недостатки работы, приче́мъ, по правильному мнѣнiю, безразлично, произошли ли они по его собственному недосмотру или по винѣ его людей <sup>13</sup>; онъ отвѣчаетъ за *culpa levis*, по отношенiю къ движимостямъ за *субъективную* (техническую) *custodia* <sup>14</sup>, а не только за *culpa levis*, какъ утверждаетъ господствующее мнѣнiе (§ 237); но если подрядившiй принялъ работу безъ возраженiй (одобрилъ), то подрядчикъ отвѣчаетъ лишь тогда, когда онъ склонилъ подрядившаго къ одобренiю обманомъ (*dolo*), т. е. умышленно скрылъ недостатки работы <sup>15</sup>. За случай онъ не отвѣчаетъ и можетъ тогда по правильному мнѣнiю требовать части наемной платы соразмѣрно своей работѣ (§ 269 пр. 13).

2. *Обязанности подрядившаго.* Получивъ работу, онъ обязанъ уплатить цѣну; точно также, если работа погибла отъ случая (§ 269 пр. 13). Онъ отвѣчаетъ за *culpa levis*. Если издержки много превзойдутъ первоначальную смѣту подрядчика, то подрядившiй можетъ отступить отъ договора <sup>16</sup>.

Иски для судебного осуществленiя этихъ обязанностей суть *act. locati* и *conducti*.

### 4) § 298. Особенности случаи.

*Müller*, über die de recepto actio und deren Ausdehnung auf die Postanstalten. 2. Aufl. 1857.—*Dambach*, Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs. 4. Aufl. 1881.—*Vangerow*, §§ 646. 648.—*Windscheid*, §§ 384. 401. 403.

I. *T. n. locatio conductio irregularis* (въ источникахъ *abire in creditum*). Она можетъ имѣть мѣсто какъ при имущественномъ наймѣ, такъ и при подрядѣ.

1. *При имущественномъ наймѣ.* Въ § 294 мы видѣли, что наниматель дѣлается держателемъ нанятой вещи, долженъ *ее же* возвратить и не отвѣчаетъ за случай. Но стороны могутъ условиться, чтобы наниматель приобрѣлъ право собственности на нанятую вещь (такъ что онъ можетъ распорядиться ею по произволу), чтобы онъ

<sup>12</sup> I. 51. § 1. i. f. D. h. t. 19, 2.—<sup>13</sup> I. 25. § 7. I. 13. § 5. I. 62. D. h. t. 19, 2.—<sup>14</sup> I. 5. pr. D. naut. caup. 4, 9; I. 12. pr. I. 48. D. de furt. 47, 2; §§ 15. 16. I. de obl. quae ex del. 4, 1.—<sup>15</sup> I. 24. D. h. t. 19, 2.—<sup>16</sup> I. 60. § 4. D. h. t. 19, 2.

отвѣчалъ за случай и чтобы онъ возвратилъ цѣнность вещи. Соглашеніе это особенно употребительно по отношенію къ хозяйственному инвентарю (*instrumentum fundi*), который арендаторъ имѣнія получаетъ отъ собственника <sup>1</sup>; этотъ случай называется въ источникахъ *instrumentum aestimatum*; новые юристы называютъ его *contractus socidae*.

2. *При подрядѣ*. Въ § 297 мы видѣли, что подрядчикъ долженъ изготовить работу изъ даннаго ему матеріала, онъ дѣлается только держателемъ матеріала и не отвѣчаетъ за случай. Но стороны могутъ условиться, что подрядчикъ можетъ изготовить работу или изъ даннаго ему, или изъ другого однороднаго матеріала: тогда онъ дѣлается собственникомъ переданнаго ему матеріала и отвѣчаетъ за случай <sup>2</sup>.—По общему мнѣнію, существуетъ еще другой случай *loc. cond. irregularis*; онъ (будто бы) имѣетъ мѣсто тогда, когда кто либо передаетъ корабельщику для перевозки хлѣбъ, дозволяя ему возвратить хлѣбъ того же рода и качества. Хотя такой случай мыслимъ, тѣмъ не менѣе онъ совсѣмъ не соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ житейскимъ отношеніямъ; и то мѣсто источниковъ <sup>3</sup>, на которое опирается общее мнѣніе, обсуждаетъ иной случай: нѣсколько собственниковъ хлѣба зафрахтовали и нагрузили вмѣстѣ корабль (*confuderant*); этимъ путемъ они сдѣлались общими собственниками всей массы хлѣба (§ 139 пр. 1), такъ что каждый изъ нихъ можетъ требовать отъ корабельщика соотвѣтственной части всей массы; случайный рискъ, наконецъ, падаетъ на грузоприемателей, а не на корабельщика.

II. *Договоръ путешественника и фрахтовщика съ корабельщикомъ, содержаниемъ гостинницы и постоялаго двора* <sup>4</sup>. По преторскому *edictum de recepto nautarum cauponum stabulariorum*, корабельщики, содержатели гостинницъ и постоялыхъ дворовъ отвѣчаютъ за субъективную (техническую) *custodia* (§ 237) по отношенію къ вещамъ путешественниковъ и грузу <sup>5</sup>, развѣ если пользованіе комнатою или постоялымъ дворомъ предоставлено безвозмездно, или перевозка совершается даромъ <sup>6</sup>; не требуется, чтобы путешественникъ передалъ вещи хозяину гостинницы, постоялаго двора или корабля, достаточно простого внесенія <sup>7</sup>. Спорно, слѣ-

<sup>1</sup> I. 3. l. 54. § 2. D. h. t. 19, 2. — <sup>2</sup> I. 31. D. h. t. 19, 2; I. 34. pr. D. de auro 34, 2. — <sup>3</sup> I. 31. D. h. t. 19, 2. — <sup>4</sup> t. D. 4, 9: *nautae cauponae stabularii ut recepta restituant.* — <sup>5</sup> I. 3. § 1. l. 4. pr. I. 5. D. h. t. 4, 9. — <sup>6</sup> I. 6. pr. D. h. t. 4, 9. — <sup>7</sup> I. 1. § 8. D. h. t. 4, 9.

дуетъ ли распространять правила эдикта и на перевозку товаровъ сухимъ путемъ; вопросъ неправильно поставленъ, потому что здѣсь идетъ дѣло не о распространеніи, а, напротивъ, примѣненіе эдикта разумѣется само собою, такъ какъ по общимъ началамъ подряда (§ 297 пр. 14) перевозчикъ сухимъ путемъ отвѣчаетъ за субъективную (техническую) custodia.—Изложенныя правила эдикта перешли и въ Имп. почтовый уставъ 28-го окт. 1871 §§ 6. 11, а равно въ Торговое уложеніе §§ 395. 400. 697.—Искъ, принадлежащій путешественнику и грузоотправителю противъ содержателя гостиницы, постоялаго двора или корабельщика для судебного осуществленія вышеизложенныхъ обязанностей, называется въ источникахъ то in factum actio, то actio de recepto<sup>8</sup>.

III. *Несчастный случай при перевозкѣ водянымъ путемъ*<sup>9</sup>. Въ римское право перешло опредѣленіе родоссаго морского права: lex Rhodia de iactu. Содержаніе его слѣдующее: если въ случаѣ морской опасности для облегченія судна выбрасывается за бортъ чье либо добро (большая аварія), то убытки должны вмѣстѣ нести всѣ тѣ, для которыхъ выбрасываніе оказалось полезнымъ<sup>10</sup>. Это положеніе распространено на много другихъ случаевъ; морскою опасностью признается не только опасность отъ силъ природы, но также и нападеніе пиратовъ<sup>11</sup>; къ выбрасыванію приравнено, напр., поврежденіе самого корабля (срубаніе мачтъ и т. п.), выкупъ отъ морскихъ разбойниковъ<sup>12</sup>. Участвуютъ въ несеніи убытковъ собственникъ корабля и собственникъ груза, за исключеніемъ дорожнаго провіанта<sup>13</sup>, при чемъ предполагается, что корабль или грузъ не погибъ затѣмъ до окончанія пути<sup>14</sup>. При распредѣленіи убытковъ спасенныя вещи оцѣниваются по ихъ теперешней цѣнности, выброшенныя—по цѣнѣ, за которую онѣ были куплены<sup>15</sup>. Распредѣленныя части убытковъ взыскиваетъ корабельщикъ (поср. act. conducti); до ихъ уплаты корабельщику принадлежит ius retentionis на спасенныя вещи; къ нему (а не къ собственнику спасенныхъ вещей) обращаются съ требованіемъ собственники выброшенныхъ вещей<sup>16</sup>. О большой аваріи *морскихъ* кораблей подробныя правила содержатъ въ Торговомъ уложеніи § 702 и сл.; по отношенію къ прочимъ кораблямъ продолжаетъ дѣйствовать римское право.

<sup>8</sup> I. 3. §§ 1. 5. D. h. t. 4. 9.—<sup>9</sup> tit. D. 14, 2: de lege Rhodia de iactu.—<sup>10</sup> I. 1. D. h. t. 14, 2.—<sup>11</sup> I. 2. § 3. D. x. t. 14, 2.—<sup>12</sup> I. 2. §§ 1. 3. I. 3. I. 5. § 1. D. h. t. 14, 2.—<sup>13</sup> I. 2. § 2. D. h. t. 14, 2.—<sup>14</sup> I. 4. § 1. D. h. t. 14, 2.—<sup>15</sup> I. 2. § 4. I. 4. § 2. D. h. t. 14, 2.—<sup>16</sup> I. 2. пр. D. h. t. 14, 2.

*Приложеніе.***§ 299. Сравненіе найма съ depositum и mandatum.**

Ср. литературу къ § 296.

**I. Сравненіе имущественнаго найма съ depositum.** Съ depositum сходенъ наемъ недвижимой вещи; оба обязательства содержатъ въ себѣ пользованіе чужимъ помѣщеніемъ: поклажедатель пользуется помѣщеніемъ поклажепринимателя, наниматель пространствомъ хозяина. Существенное различіе между этими двумя правоотношеніями господствующее мнѣніе видитъ въ томъ, что поклажеприниматель даетъ мѣсто безвозмездно, отдающій въ наймы — возмездно. Это различіе указано и въ одномъ мѣстѣ источниковъ<sup>1</sup>; но въ другомъ мѣстѣ, несмотря на уговоръ о вознагражденіи, сдѣлка тѣмъ не менѣе названа depositum, а получившему плату поклажепринимателю присвоена отвѣтственность за custodia и act. furti<sup>2</sup>. Это кажущееся противорѣчіе примиряется слѣд. образомъ. Пользованіе можетъ быть предоставлено двоякимъ образомъ: или такъ, что пользующійся вмѣстѣ съ тѣмъ получаетъ распоряженіе мѣстомъ, или такъ, что распоряженіе остается за тѣмъ, у кого оно было прежде; первое имѣетъ мѣсто при наймѣ, второе при поклажѣ: первое представляетъ важную услугу и обыкновенно дается только за плату, второе обыкновенно представляетъ мелкую услугу и дается безвозмездно; поэтому въ сомнительныхъ случаяхъ, если условлено вознагражденіе, то предполагается ваемъ, если нѣтъ, то поклажа (только такъ можно объяснить содержаніе приведеннаго въ пр. 1. мѣста).

**II. Сравненіе личнаго найма съ порученіемъ (mandatum).** Съ порученіемъ сходенъ личный наемъ; оба обязываютъ одно лицо (нанявшагося—мандатарія) въ дѣятельности въ интересѣ другого. Существенное различіе между ними общее мнѣніе видитъ въ томъ, что повѣренный дѣйствуетъ безвозмездно, нанявшійся — за плату. Это различіе высказано и въ нѣсколькимъ мѣстахъ источниковъ<sup>3</sup>;

<sup>1</sup> 1. 3. § 1. D. nautae 4, 9; напротивъ, въ 1. 1. §§ 8. 9. D. dep. 16, 3 сравнивается съ depositum ne rei loc., a operarum locatio.—1. 5. § 2. D. comm. 13, 6; 1. 2. §§ 23. 24. D. vi bon. rap. 47, 8; послѣдняя навѣрно искажена, надо читать такъ: . . . nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis quasi mercedem accepi. § 24. Sed etsi sulpham non repromisi vel pretium deqositionis non quasi mercedem accepi. . . —<sup>3</sup> 1. 1. § 4. D. mand. 17, 1; 1. 22. D. pr. v. 19, 5; § 13. I. mand. 3, 26.

но въ другихъ, несмотря на уговоръ о вознагражденіи, слѣлка признана порученіемъ; только искъ, направленный на взысканіе вознагражденія, называется то *cognitio extraordinaria*, то *act. mandati* <sup>4</sup>. Это кажущееся противорѣчіе примиряется слѣд. образомъ. Дѣятельность въ интересѣ другого можетъ происходить двоякимъ образомъ: или безвозмездно, или за плату; въ первомъ случаѣ возникаетъ односторонній договоръ, во второмъ—двусторонній (мѣнковой договоръ). И вотъ полагають, что *это* именно различіе существуетъ между порученіемъ и личнымъ наймомъ (таково общее мнѣніе), но это неправильно; ибо личный наемъ относится только къ услугамъ поденщиковъ и ремесленниковъ, за которыя обѣщана плата. *Другія* же услуги, за которыя обѣщана плата, подведены (кромѣ случаевъ § 296. III) подъ понятіе *mandatum*; такимъ образомъ *mandatum* обнимаетъ два различные договора: 1) о *безвозмездныхъ услугахъ* какого бы то ни было рода въ пользу другого (даже объ услугахъ поденщиковъ и ремесленниковъ) <sup>5</sup>; 2) о *возмездныхъ услугахъ*, не принадлежащихъ ни къ числу услугъ поденщиковъ и ремесленниковъ, ни къ числу свободныхъ духовныхъ дѣятельностей (§ 296. III), напр., заключеніе договора для другого, управленіе имуществомъ другого за вознагражденіе <sup>6</sup>, нынѣшняя слѣлка торговой комиссіи. Отсюда видно, что различіе между порученіемъ и личнымъ наймомъ вовсе не заключается въ возмездности или безвозмездности.

<sup>4</sup> l. 6. pr. l. 7. l. 26. § 8. l. 56. § 3. D. mand. 17, 1; l. 1. l. 17. C. eod. 4, 35.—<sup>5</sup> l. 22. in initio D. pr. v. 19, 5; § 13. i. f. l. mand. 3, 26.—<sup>6</sup> l. 1. C. man d. 4, 35.

## ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

## Обязательства изъ общенія.

## Раздѣлъ первый.

## Договоръ товарищества.

t. D. XVII, 2; C. IV, 37: pro socio.—t. I. III, 25: de societate.

## А. § 300. Понятія и условія.

*Gesterding*, *Irrthümer*. Abh. 9. Nr. 1. 1818.—*Vangerow*, §§ 651. 655.—*Windscheid*, § 405.—*Brinz*, § 335.—*Baron*, § 126.

*Договоръ товарищества (societas), консенсуальный контрактъ, возникаетъ тѣмъ путемъ, что два или нѣсколько лицъ соглашаются участвовать въ совместномъ достиженіи общей дозволенной цѣли общими средствами.*

1. Цѣль не должна быть недозволенная <sup>1</sup>. Она можетъ быть различнаго рода; можетъ находиться въ всякаго отношенія къ имуществу (обученіе, забавы) или быть цѣлью имущественною; по объему цѣли различаютъ:

a. *societas omnium bonorum* (т. н. *societ. universalis*, общность всѣхъ имуществъ), объектомъ которой служитъ все наличное и будущее имущество товарищей <sup>2</sup>;

b. *societas lucri, quaestus, compendii* (т. н. *societ. quaestuaria*); объектомъ ея служитъ все то, что приобрѣтено дѣятельностью товарищей, стало быть, не путемъ наслѣдованія, отказовъ, дареній <sup>3</sup>;

c. *societas negotiationis*, объектомъ которой бываетъ то, что приобрѣтено въ какой либо дѣловой отрасли (напр., въ какомъ либо торговомъ предпріятіи) <sup>4</sup>;

b. *societas unius rei*, объектомъ которой является одно какое либо дѣло, напр., общая покупка какой либо вещи <sup>5</sup>.

2. Средства могутъ быть различнаго рода: тѣлесныя и безтѣлесныя вещи, тѣлесныя и духовныя дѣятельности <sup>6</sup>; во всякомъ случаѣ они должны имѣть имущественную цѣнность. Контрагенты могутъ

<sup>1</sup> l. 57. D. h. t. 17, 2.—<sup>2</sup> l. 1. § 1. l. 3. § 1. l. 5. pr. l. 65. pr. § 3. l. 73. D. h. t. 17, 2.—<sup>3</sup> II. 7—13. l. 71. § 1. D. h. t. 17, 2.—<sup>4</sup> l. 5. pr. l. 52. §§ 4. 5. l. 71. pr. D. h. t. 17, 2.—<sup>5</sup> l. 5. pr. l. 58. pr. D. h. t. 17, 2.—<sup>6</sup> l. 52. §§ 2. 7. l. 80. D. h. t. 17, 2; l. 1. C. h. t. 4, 37; § 2. I. h. t. 3, 25.

сами опредѣлить, какого рода средства должны дать отдѣльные товарищи и въ какомъ объемѣ; они могутъ также ввѣрить опредѣленіе этого одному изъ товарищей или опредѣленному третьему лицу <sup>6a</sup>; если не сдѣлано ни то, ни другое, то товарищи должны внести равные вклады въ размѣрѣ, необходимомъ для цѣли товарищества.— Должны ли вещи, внесенныя отдѣльными товарищами въ видѣ вкладовъ, сдѣлаться общею собственностью всѣхъ товарищей (*societas quoad sortem*), или же онѣ могутъ быть только употребляемы для цѣлей товарищества (*societas quoad usum*), это зависитъ отъ (прямого или молчаливаго) соглашенія контрагентовъ; если такого соглашенія нѣтъ, то признается только *societas quoad usum* <sup>6b</sup>.

3. *Цель* должна быть *общая*; поэтому соглашеніе, по которому одному контрагенту принадлеживъ вся выгода, а на другого падаетъ вся потеря (называемое *societas leonina* по извѣстной баснѣ Эзопа), признается не товариществомъ, а дареніемъ, скрытымъ подъ названіемъ товарищества <sup>7</sup>. Но контрагенты могутъ опредѣлить, что участіе отдѣльныхъ товарищей въ прибыли и убыткахъ не будетъ соответствовать ихъ вкладамъ <sup>8</sup>, а также, что участіе въ прибыли будетъ иное, нежели участіе въ потерѣ <sup>9</sup>; даже можно вполне освободить одного изъ товарищей отъ всякой потери, если его вкладъ больше вкладовъ другихъ товарищей <sup>10</sup>; если контрагенты не опредѣлили участія въ прибыли и потерѣ, то, по господствующему мнѣнію, послѣднія распределяются между отдѣльными товарищами *по абсолютно равнымъ частямъ*, не обращая вниманія на родъ и размѣръ ихъ вкладовъ, между тѣмъ какъ нѣкоторые юристы требуютъ распределенія *пропорціонально вкладамъ*; господствующее мнѣніе подтверждается прямыми указаніями источниковъ <sup>11</sup>.

Договоръ признается совершеннымъ (*soc. perfecta*), когда стороны согласились насчетъ цѣли и средствъ; если прибавлено суспензивное условіе, то *perfectio* отлагается до его исполненія <sup>12</sup>.

<sup>6a</sup> I. 6. I. 76.—I. 80. D. h. t. 17, 2.—<sup>6b</sup> I. 58. pr. D. h. t. 17, 2; I. 13. § 1. D. praescr. v. 19, 5.—<sup>7</sup> I. 29. § 2. I. 5. § 2. D. h. t. 17, 2; I. 16. § 1. D. de min. 4, 4; I. 32. § 24. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—<sup>8</sup> I. 29. pr. D. h. t. 17, 2; § 1. I. h. t. 3, 25.—<sup>9</sup> I. 30. D. h. t. 17, 2; § 2. I. h. t. 3, 25.—<sup>10</sup> I. 29. § 1. D. h. t. 17, 2; § 2. I. h. t. 3, 25.—<sup>11</sup> I. 29. pr. D. h. t. 17, 2; § 1. I. h. t. 3, 25; Gai. 3, 150; мѣста, на которыя опирается противное мнѣніе (I. 6. I. 80. D. h. t. 17, 2), не могутъ служить доказательствомъ этого.—<sup>12</sup> I. 6. II. 75—80. D. h. t. 17, 2; I. 6. C. h. t. 4, 37.

## В) § 301. Отношеніе товарищей между собою и къ третьимъ лицамъ.

*Vangerow*, §§ 652. 653.—*Windscheid*, §§ 406. 407.—*Brinz*, § 335.

I. *Между собою* товарищи имѣютъ однородныя обязанности и права; обязанности одного представляютъ права другого. Всякій товарищъ обязанъ внести свой вкладъ; вести дѣла товарищества, по сколько онъ не освобожденъ отъ этого; давать отчеты по веденію общихъ дѣлъ; дѣлиться съ другими всѣмъ, что онъ приобрѣлъ по дѣламъ товарищества<sup>1</sup>; принять на себя соразмѣрную часть потери. Онъ отвѣчаетъ по общему правилу за т. н. *culpa in concreto*<sup>2</sup>. Съ другой стороны, каждый товарищъ можетъ требовать, чтобы ему были соразмѣрно возмѣщены всѣ необходимыя и полезныя издержки съ процентами<sup>4</sup>, далѣе, чтобы ему была выдана соразмѣрная часть прибыли товарищества, наконецъ, чтобы всѣ убытки, которые онъ понесъ по дѣламъ товарищества безъ *culpa in concreto* съ своей стороны, были распределены между всѣми<sup>5</sup>; какъ быть тогда, когда случайный вредъ произойдетъ внѣ веденія дѣлъ товарищемъ, объ этомъ ср. § 238 пр. 7—9.

Искъ, принадлежащій одному товарищу противъ другого для судебного осуществленія этихъ правъ и обязанностей, называется *actio pro socio*.

II. *На отношеніе товарищей къ третьимъ лицамъ* договоръ товарищества не имѣетъ никакого вліянія; оно обсуждается такъ, какъ если бы между ними не было никакого товарищества; отсюда слѣдуетъ:

1. Если всѣ товарищи вмѣстѣ вступаютъ въ обязательство съ третьимъ лицомъ, то отъ намѣренія сторонъ зависитъ, должны ли товарищи быть уполномочены и обязаны корреально или по частямъ<sup>6</sup>; поскольку товарищи являются обязанными, они отвѣчаютъ своимъ имуществомъ, а не суммой товарищескихъ вкладовъ.

2. Если отдѣльный товарищъ вступаетъ по дѣламъ товарищества въ сдѣлки съ третьимъ лицомъ, то отношеніе къ послѣднему прочихъ товарищей опредѣляется по началамъ представительства

<sup>1</sup> I. 52. пр. §§ 5. 6. 1. 60. пр. 1. 67. пр. 1. 74. D. h. t. 17, 2; 1. 38. § 1. eod. —<sup>2</sup> 1. 52. §§ 2. 3. 11. 1. 72. D. h. t. 17, 2; § 9. I. h. t. 3, 25.—<sup>3</sup> 1. 52. § 3. cit. —<sup>4</sup> 1. 38. § 1. 1. 52. §§ 10. 12. 15. 1. 67. пр. § 2. D. h. t. 17, 2; 1. 2. C. h. t. 4, 37.—<sup>5</sup> 1. 52. § 4. 1. 60. § 1. 1. 61. D. h. t. 17, 2.—<sup>6</sup> 1. 11. § 1. D. de d. r. 45, 2; 1. 9. C. si cert. pet. 4, 2; 1. 4. пр. D. de ex. a. 14, 1; 1. 44. § 1. D. de aed. ed. 21, 1.



(§§ 219—223), стало быть, они приобрѣтаютъ чрезъ него права только тогда, когда онъ дѣйствуетъ въ качествѣ *открытаго* представителя; они дѣлаются чрезъ него обязанными только тогда, когда онъ дѣйствуетъ въ качествѣ *открытаго* представителя и *въ то же время уполномоченъ къ веденію дѣлъ товарищества* <sup>7</sup>; если онъ къ этому не уполномоченъ, то прочіе товарищи отвѣчаютъ только въ размѣрѣ своего обогащенія <sup>8</sup>.

Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ, что въ области *societas* не можетъ быть требованій и долговъ товарищества, какъ такового, а есть только долги и требованія отдѣльныхъ товарищей.

### С. § 302. Особые основанія прекращенія товарищества. Раздѣлъ.

*Brinckmann*, Verh. der act. comm. divid. und der act. neg. gest. 1855. — *Vangerow*, §§ 654. 658. — *Windscheid*, § 408. — *Brinz*, § 335.

Товариществу свойственны особые основанія прекращенія; есть два легальныя перечисленія этихъ основаній; по одному <sup>1</sup>: *societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione*; по другому <sup>2</sup>: *dissociamur renuntiatione, morte, capitis deminutione et egestate*. Если эти два перечисленія соединить, то получится слѣдующій рядъ основаній прекращенія, свойственныхъ товариществу.

1. *Ex personis*, т. е. вслѣдствіе смерти одного изъ товарищей <sup>3</sup>; ибо товарищество можетъ быть заключено не болѣе, какъ на время жизни товарищей <sup>4</sup>; распространеніе его на наслѣдниковъ (за искл. *soc. vectigalium*, § 303) не дозволяется и признается ничтожнымъ <sup>5</sup>. Товарищество прекращается даже и между оставшимися въ живыхъ товарищами, если въ договорѣ не постановлено противное <sup>6</sup>. Впрочемъ, товарищество прекращается лишь въ тотъ моментъ, когда оставшіеся въ живыхъ узнаютъ о смерти <sup>7</sup>; при этомъ наслѣдникъ умершаго товарища, хотя онъ самъ и не товарищъ, все таки долженъ окончить дѣла, начатыя наслѣдодателемъ; при этомъ онъ отвѣчаетъ за *culpa lata* <sup>8</sup>. — Къ смерти приравнивалась, по праву до-юстиніанову, всякая *capitis deminutio* <sup>9</sup>, по праву же

<sup>7</sup> I. 4. § 1. I. 1. § 25. I. 2. D. de ex. a. 14. 1; I. 13. § 2. I. 14. D. de inst. a. 14. 3. — <sup>8</sup> I. 82. D. h. t. 17. 2.

<sup>1</sup> I. 63. § 10. D. h. t. 17. 2. — <sup>2</sup> I. 4. § 1. D. h. t. 17. 2. — <sup>3</sup> I. 63. § 10. I. 65. § 9. D. h. t. 17. 2; § 5. I. h. t. 3. 25. — <sup>4</sup> I. 70. D. h. t. 17. 2. — <sup>5</sup> I. 35. I. 59. pr. I. 63. § 8. D. h. t. 17. 2. — <sup>6</sup> I. 65. § 9. D. h. t. 17. 2; § 5. I. h. t. 3. 25. — <sup>7</sup> I. 65. § 10. D. h. t. 17. 2. — <sup>8</sup> I. 35. I. 36. I. 40. D. h. t. 17. 2. — <sup>9</sup> Gai. 3, 153.

Юстиніана, только *cap. dem. maxima* и *media*<sup>10</sup>. Теперь эти случаи прекращенія не существуютъ.

2. *Ex rebus*, т. е., когда цѣль товарищества достигнута или сдѣлалась недостижимой<sup>11</sup>.

3. *Ex voluntate*, т. е. или по общему рѣшенію товарищей, или по одностороннему отказу (*renuntiatione*) одного изъ товарищей<sup>12</sup>; это потому, что *discordias materia communionis solet excitare*<sup>12a</sup>. Но отказа нельзя изъяснить ни отсутствующему<sup>13</sup>, ни *dolose* (т. е. съ намѣреніемъ извлечь для себя одного прибыль, которая въ противномъ случаѣ была бы общею)<sup>14</sup>; въ противномъ случаѣ товарищество продолжаетъ въ обоихъ случаяхъ (въ первомъ, пока отсутствующій не узнаетъ) оставаться въ силѣ относительно обязанностей, но не относительно правъ отказавшагося товарища; поэтому сдѣланное послѣднимъ пріобрѣтеніе дѣлается общимъ, между тѣмъ какъ потери несетъ онъ одинъ. Далѣе, отказъ не долженъ послѣдовать въ неудобное время, т. е. противно интересамъ товарищества; въ противномъ случаѣ отказавшійся долженъ уплатить интересъ<sup>15</sup>. Наконецъ, если товарищество заключено на опредѣленный срокъ, то для отказа требуются особыя основанія (напр., другой товарищ не исполняетъ своихъ обязанностей, выбывающаго отвлекаютъ дѣла службы); въ противномъ случаѣ и здѣсь дѣйствуетъ положеніе: *socium a se, non se a socio liberat*<sup>16</sup>.—Четвертое основаніе прекращенія, указанное въ источникахъ,—*actio*, есть лишь особый видъ отказа, который можетъ произойти и тѣмъ путемъ, что товарищ судебнымъ порядкомъ требуетъ раздѣла товарищескаго имущества, иными словами, что онъ возбуждаетъ *actio communi dividundo*.

4. *Egestate*, т. е. вслѣдствіе того, что одинъ изъ товарищей потерялъ все свое имущество, напр., въ случаѣ конкурса, конфискаціи<sup>17</sup>. Послѣдній случай теперь не существуетъ.

Впрочемъ, всѣ эти факты прекращаютъ товарищество лишь какъ таковое, т. е., поскольку оно является источникомъ *вновь возникающихъ* требованій и долговъ; но они не касаются отдѣльныхъ су-

<sup>10</sup> 1. 4. § 1. l. 63. § 10. D. h. t. 17, 2.—<sup>11</sup> 1. 63. § 10. l. 65. § 10. D. h. t. 17, 2; § 6. l. h. t. 3, 25.—<sup>12</sup> 1. 4. § 1. l. 63. § 10. D. h. t. 17, 2; § 6. l. h. t. 3, 25; l. 5. C. comm. div. 3, 37.—<sup>12a</sup> 1. 77. § 20. D. de leg. 2 (31).—<sup>13</sup> 1. 17. § 1. l. 65. § 4. D. h. t. 17, 2.—<sup>14</sup> 1. 65. §§ 3. 4. D. h. t. 17, 2; § 4. l. h. t. 3, 25.—<sup>15</sup> 1. 14. l. 17. § 2. l. 65. § 5. D. h. t. 17, 2.—<sup>16</sup> ll. 14—16. l. 65. § 6. D. h. t. 17, 2.—<sup>17</sup> 1. 4. § 1. l. 65. §§ 1. 12. D. h. t. 17, 2; §§ 7. 8. l. h. t. 3, 25.

*шествующихъ уже* требованій и долговъ<sup>18</sup>; точно также и общія вещи и права остаются общими, пока раздѣлъ не будетъ совершенъ самими товарищами (т. е. вѣйсудебнымъ порядкомъ) или судомъ по требованію всѣхъ товарищей или одного изъ нихъ.

а. Вѣйсудебный раздѣлъ, несомнѣнно, можетъ быть оспоренъ въ случаѣ *dolus*; имѣетъ ли то же значеніе заблужденіе, это вопросъ спорный; правильное толкованіе 1. 3. C. comm. utr. iud. 3, 38 говоритъ въ пользу утвержденья.

б. Судебный раздѣлъ осуществляется посредствомъ *actio duplex*, которая называется *actio communi dividundo*<sup>19</sup>; искъ этотъ можно предъявить лишь тогда, когда между сторонами признано, что подлежащій раздѣлу предметъ есть общій, и извѣстно, въ какихъ частяхъ онъ общій; въ противномъ случаѣ, это должно быть установлено особымъ процессомъ (*vindicatio partis* и т. п.)<sup>20</sup>. При раздѣлѣ судья долженъ принимать во вниманіе соглашенія сторонъ<sup>21</sup>; въ остальномъ онъ рѣшаетъ дѣло по своему усмотрѣнію, такъ какъ онъ есть *arbiter* въ смыслѣ древне-римскаго гражданского процесса<sup>21а</sup>; слѣдовательно, онъ можетъ раздѣлить общія вещи по реальнымъ частямъ<sup>22</sup>; или присудить одному товарищу одну, а другому другую вещь<sup>23</sup>; или присудить одному право собственности на вещь, а другому установить на нее узурфруктъ или какой либо другой сервитутъ<sup>24</sup>; или одному присудить исключительное право собственности на вещи съ условіемъ, чтобы онъ уплатилъ другимъ товарищамъ извѣстную сумму денегъ<sup>25</sup>; или продать вещи съ торговъ (между самими товарищами или также и третьими лицами) и вырученную сумму раздѣлить между товарищами<sup>26</sup>. Рѣшеніе о раздѣлѣ можетъ быть оспорено тѣмъ же способомъ, какъ и всякое другое судебное рѣшеніе.

<sup>18</sup> 1. 27. 1. 28. 1. 38. 1. 63. § 8. D. h. t. 17, 2. —<sup>19</sup> t. D. 10, 3; t. C. 3, 37; *communi dividundo*; t. C. 3, 38: *communis utriusque iudicii tam familiae herciscundae quam communi dividundo*. —<sup>20</sup> Arg. 1. 1. § 1. D. fam. enc. 10, 2; cp. 1. 34. § 1. D. de ev. 21, 2. —<sup>21</sup> 1. 21. 1. 3. § 1. D. h. t. 10, 3. —<sup>21а</sup> Paul. I, 18, 1; 1. 47. D. pro soc. 17, 2; 1. 26. D. comm. div. 10, 3; 1. 17. C. fam. enc. 3, 36. —<sup>22</sup> 1. 6. § 8. 1. 7. § 1. D. h. t. 10, 3; 1. 3. C. h. t. 3, 37; 1. 34. § 2. C. de don. 8, 53. —<sup>23</sup> 1. 6. §§ 8. 9. 1. 19. § 3. D. h. t. 10, 3; 1. 3. C. h. t. 3, 37; § 5. I. de off. iud. 4, 17. —<sup>24</sup> 1. 6. § 10. 1. 7. § 1. 1. 18. D. h. t. 17, 2; 1. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1. —<sup>25</sup> 1. 3. C. h. t. 3, 37. —<sup>26</sup> 1. 3. C. h. t. 3, 37.

## D. § 303. Особые виды товарищества.

*Salkowski*, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen. § 5. 1863.—*Vangerow*, § 656.—*Baron*, § 126.

1. *Societas omnium bonorum*. Товарищество этого рода въ высшихъ классахъ римскаго народа представляло, повидимому, перѣдкое явленіе; теперь оно встрѣчается только въ видѣ товарищества между супругами. Распространяется оно какъ на наличное, такъ и на будущее имущество<sup>1</sup>, нельзя только принудить товарища ко внесенію въ товарищество приобрѣтеній изъ недозволенныхъ дѣяній<sup>2</sup>.—Поскольку наличное имущество состоитъ изъ тѣлесныхъ вещей, право собственности на послѣднія съ момента заключенія договора тотчасъ (*ipso iure*) становится общимъ (§ 131 пр. 27. 28)<sup>3</sup>; требованія отдѣльныхъ товарищей въ классическое время переходили лишь по особому акту цессіи<sup>4</sup>; въ послѣдствіи цессія сдѣлалась излишнею (§ 248 пр. 6—10). Долги отдѣльныхъ товарищей, возникшіе какъ до заключенія товарищества, такъ и во время его существованія, дѣлаются общими лишь въ томъ отношеніи, что товарищъ-должникъ можетъ требовать платежа ихъ изъ общаго имущества<sup>5</sup>; но вѣритель не можетъ взыскивать съ другого товарища, кромѣ своего должника, такъ какъ *soc. omnium bonorum* не есть универсальное преемство (§ 47).

2. *Soc. publicanorum*. Взиманіе поземельныхъ податей и пошлинъ (*vectigalia*), эксплуатацію нѣкоторыхъ государственныхъ имуществъ (рудниковъ и т. п.), поставку для войска, исполненіе нѣкоторыхъ входящихъ въ сферу обязанностей государства работъ (*ultra tributa*), въ частности сооруженіе зданій—римское государство вплоть до позднѣйшаго императорскаго періода отдавало обыкновенно въ аренду лицамъ, которыя предлагали наибольшую сумму или требовали меньше всѣхъ. Эти аренды требовали обыкновенно большихъ капиталовъ, вслѣдствіе чего составлялось множество т. н. товариществъ публикановъ, которыя брали отдѣльныя аренды на пять, рѣже (вѣроятно, аренды рудниковъ) на сто лѣтъ: *decumani* для сбора десятины въ отдѣльныхъ провинціяхъ, *portitores* для сбора торговыхъ и сухопутныхъ пошлинъ, *scriptuarii* s. *pecuarii* для

<sup>1</sup> I. 3. § 1. 1. 52. § 16. 1. 73. D. h. t. 17, 2.—<sup>2</sup> I. 52. § 17. 1. 53. D. h. t. 17, 2.—<sup>3</sup> I. 1. § 1. 1. 2. D. h. t. 17, 2.—<sup>4</sup> I. 3. пр. D. h. t. 17, 2.—<sup>5</sup> I. 27. D. h. t. 17, 2.—<sup>6</sup> I. 52. § 18.—<sup>7</sup> I. 52. § 18. D. h. t. 17, 2.

сбора доходовъ отъ общественныхъ пастбищъ, арендаторы золотыхъ и серебряныхъ рудниковъ, соляныхъ копей, рыбнаго промысла, смолянаго и т. п.—Юридическому положенію этихъ товариществъ источники посвящаютъ мало мѣста, поэтому оно спорно и неясно; вѣроятно, они имѣли характеръ современныхъ коммандитныхъ акціонерныхъ товариществъ. А именно, во главѣ товарищества стояли обыкновенно предприниматели (*mancipes*)<sup>8</sup>; они заключали договоръ съ государствомъ, представляя поручителей и недвижимости въ залогъ (*cautio praedibus praediisque*); они занимали положеніе теперешнихъ комплементаровъ; рядомъ съ нимъ стояли *socii* (*publicani*), современные коммандитисты, на имя которыхъ давались акціи (*partes*); эти *partes* продавались, возвышаясь и падая въ курсѣ<sup>9</sup>. Управление отдавалось въ руки одного *magister*<sup>10</sup>, которому подчинялись *promagistri*<sup>11</sup>; послѣдніе имѣли подъ собою въ свою очередь многихъ чиновниковъ; ни предприниматели, ни товарищи не занимали необходимо, какъ таковыя, должностей въ управленіи; но на дѣлѣ эти должности обыкновенно имъ поручались, такъ какъ они естественно могли быть наилучшими блюстителями интересовъ товарищества<sup>12</sup>. Для рѣшенія важнѣйшихъ вопросовъ созывались предприниматели или всѣ товарищи<sup>13</sup>. Права отказа отъ товарищества товарищи не имѣли (что не было стѣснительно вслѣдствіе возможности продать акціи)<sup>14</sup>. Въ случаѣ смерти одного изъ товарищей *societas* сама собою прекращалась, но оставшіеся въ живыхъ товарищи должны были рѣшать, прекратить ли товарищество (что бывало, напр., въ томъ случаѣ, если умершій былъ главнымъ дѣятелемъ въ управленіи), или переписать акціи умершаго на имя наслѣдника (*partem adscribere*, т. е. принять наслѣдника въ число членовъ), или, наконецъ, признать продолженіе товарищества между оставшимися въ живыхъ, а наслѣднику умершаго предоставить участіе въ прибыляхъ и потерѣ (безъ активнаго членства)<sup>15</sup>. *Societas publicorum* имѣла права юридическаго лица<sup>16</sup> (§ 30 пр. 15); этимъ объясняются упомянутыя правила: 1) объ управленіи дѣлами товарищества; 2) о возможности перемѣны членовъ вслѣдствіе смерти

<sup>8</sup> Festus v. *manceps*.—<sup>9</sup> l. 59. pr. D. h. t. 17, 2; Cic. pro C. Rab. Post. c. 2; in Vatin. c. 12; Corn. Nep. v. Attic. c. 5.—<sup>10</sup> Festus v. *magisterare*; Cic. pro Planc. c. 13; Verr. II. 74.—<sup>11</sup> Cic. ad Att. XI. 10; ad famil. XIII. 65; Verr. II. 70.—<sup>12</sup> l. 8. § 1. D. de vacat. 50, 5; l. 9. § 4. D. de publ. 39, 4.—<sup>13</sup> Cic. Verr. II. 70. 71.—<sup>14</sup> l. 63. § 8. i f. (*„voluntaria societ.“*) D. h. t. 17, 2.—<sup>15</sup> l. 59. pr. l. 63. § 8. D. h. t. 17, 2.—<sup>16</sup> l. 1. pr. D. quod cui. univ. 3, 4.

или продажи акціи; 3) о недопустимости отказа отъ товарищества.— Вслѣдствіе измѣненія финансовой системы изложенныя начала въ современное право не перешли.

## Раздѣль второй.

### § 304. Общеніе безъ договора (случайное общеніе, т. н. *communio incidens*).

t. D. X, 2; t. C. III, 36: *familiae erciscundae*. — t. D. X, 3; t. C. III, 37: *communii dividundo*. — t. C. III, 38: *communio utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo*. — *Vangerow*, § 657. — *Windscheid*, § 449. — *Brinz*, §§ 176. 323.

Часто общеніе возникаетъ безъ предварительнаго соглашенія; таково общеніе между сонаслѣдниками, солегатаріями, соодаренными; новые юристы называютъ его неточно случайнымъ общеніемъ, *communio incidens*, примыкая къ выраженію источниковъ: *incidimus in communionem, in coheredem*<sup>1</sup>. Участники въ общеніи безъ договора (и они называются *socii*) являются между собою аналогично обязанными и управомоченными, какъ товарищи по договору; между ними существуетъ (по Гаю и Юстиніану) *obligatio quasi ex contractu* (§ 209 пр. 39. 40). Каждый изъ нихъ долженъ дѣлиться съ прочими участниками всѣми пріобрѣтеніями, которыя онъ сдѣлалъ вслѣдствіе общенія (въ частности плодами<sup>2</sup>); онъ долженъ вести дѣла, вызванныя общеніемъ, и давать въ этомъ отчетъ; онъ отвѣчаетъ за т. н. *culpa in concreto*<sup>3</sup>. Съ другой стороны, онъ имѣетъ право требовать участія въ пользованіи общею вещью<sup>4</sup>, а также соразмѣрнаго возмѣщенія необходимыхъ и полезныхъ издержекъ<sup>5</sup>, сдѣланныхъ въ общемъ интересѣ<sup>6</sup>. Искъ, принадлежащій одному участнику противъ другого для судебнаго осуществленія изложенныхъ обязанностей и правъ, называется: если дѣло идетъ о наслѣдствѣ, *actio familiae erciscundae*, въ прочихъ случаяхъ — *actio communi dividundo*<sup>7</sup>.

Общеніе можетъ быть прекращено или договоромъ самихъ участниковъ, или судьбою—по требованію всѣхъ участниковъ или одного

<sup>1</sup> l. 31. D. pro soc. 17, 2; l. 25. § 16. D. fam. erc. 10, 2.—<sup>2</sup> l. 4. § 3. l. 11. D. c. d. 10, 3; l. 34. D. pro soc. 17, 2; § 3. I. de obl. qu. ex c. 3, 27.—<sup>3</sup> l. 8. §. 2. l. 20. l. 28. D. c. d. 10, 3; l. 25. § 16. D. fam. erc. 10, 2.—<sup>4</sup> l. 12. l. 23. D. c. d. 10, 3; l. 4. D. de serv. leg. 33, 3.—<sup>5</sup> l. 3. pr. l. 4. § 3. l. 6. pr.—§§ 3. 12. D. c. d. 10, 3.—<sup>6</sup> l. 6. §§ 2. 7. D. c. d. 10, 3; l. 40. de neg. gest. 3, 5.—<sup>7</sup> l. 6. § 1. l. 11. D. c. d. 10, 3; l. 3. C. comm. utr. iud. 3, 38.

изъ нихъ (поср. *actio fam. erg.* или *actio comm. divid.*)<sup>8</sup>; здѣсь примѣняются тѣ же начала, что и къ раздѣлу между товарищами<sup>9</sup> (§ 302 пр. 18—26). Раздѣлъ не можетъ быть запрещенъ *навсегда* частною волею<sup>10</sup>; признается дѣйствительнымъ только изъясненіе частной воли о *временной* недопустимости раздѣла<sup>11</sup>.

Изъ вышеизложеннаго видно, что т. н. иски о раздѣлѣ осуществляютъ различныя притязанія: во первыхъ, право на раздѣлъ вещи, во вторыхъ, обязательственныя права; поэтому источники о нихъ говорятъ: *mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam*<sup>12</sup> (§ 80 кон.).

## Раздѣлъ третій.

### § 305. Споры о границахъ.

*Rudorff*, *gromatische Institutionen in Schriften der Röm. Feldmesser*. 2, 433—445. 1852. — *Karlowa*, *Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprocesses*. Стр. 141—162. 1865. — *Hesse*, *Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn*. §§ 102—107. 2. Aufl. 1880. — *Vangerow*, § 658. — *Windscheid*, § 450. — *Brinz*, § 177. — *Baron*, § 73.

I. *Историческое введеіе*<sup>1</sup>. Такъ какъ споры о границахъ очень часто происходятъ отъ неопредѣленности границъ (такъ что и сами спорящіе ихъ не знаютъ), то обыкновенный искъ (*rei vindicatio*) не всегда способенъ возстановить сосѣдскій миръ. Поэтому, на случай спора о границахъ *сельскихъ* участковъ законы XII таблицъ, а затѣмъ *lex Mamilia* установили особыя предписанія и ввели *actio finium regundorum*. Слѣдуетъ различать два случая:

1. Споръ касается только пограничной межи (*finis*) въ пять футовъ, которая по упомянутымъ выше законамъ должна была быть между сельскими участками и не подлежала дѣйствию *usucapio*; такой споръ называется *controversia de fine*, а искъ — *actio finium regundorum*; дѣло рѣшается землемѣрами (*agrimensores*), которые руководствуются исключительно *техническими* правилами и которые, если границы невозможно отыскать или если она не годится, могутъ провести новую границу.

2) Споръ простирается за предѣлы пограничной межи; тогда

<sup>8</sup> I. 5. C. c. d. 3, 37. — <sup>9</sup> I. 2. pr. D. c. d. 10, 3. — <sup>10</sup> I. 14. § 2. D. c. d. 10, 3. — <sup>11</sup> I. 14. §§ 2. 3. D. eod. 10, 3. — <sup>12</sup> § 20. I. de act. 4, 6.

<sup>1</sup> Cic. de leg. 1, 21; Frontinus de contr. agror. p. 43. 44; Hyginus de gener. contr. p. 126—130 (ed. Lachm.).

онъ называется *controversia de loco* и вполне подлежит началамъ *rei vindicatio*; поэтому его рѣшаетъ обыкновенный судъ, который, хотя и привлекаетъ землеѣровъ въ качествѣ экспертовъ, но рѣшаетъ дѣло исключительно по *юридическимъ* принципамъ, слѣдовательно, принимаетъ во вниманіе и измѣненіе границъ вслѣдствіе *usucapio*.

Въ сводѣ Юстиніана различіе *contr. de fine* и *de loco* не перешло; въ немъ установлены путемъ интерполяціи прежнихъ источниковъ слѣд. начала <sup>2</sup>: *все* споры о границахъ рѣшаются обыкновеннымъ судомъ; землеѣры привлекаются только въ качествѣ экспертовъ; для рѣшенія спора не имѣетъ значенія обыкновенная давность, но чрезвычайная принимается во вниманіе.

II. *Дѣйствующее право* <sup>3</sup>. Если возникаетъ споръ о границахъ (все равно, о межѣ въ пять футовъ или о большемъ пространствѣ) двухъ или нѣсколькихъ <sup>4</sup> сосѣднихъ сельско-хозяйственныхъ <sup>5</sup> участковъ, находятся ли послѣдніе въ деревнѣ или въ городѣ <sup>6</sup>, неизвѣстны ли границы самимъ сосѣдямъ или указаны ими несогласно, то каждый сосѣдъ (не только собственникъ, но также и пользовладѣлецъ, эмфитевта, залогоприниматель) <sup>7</sup> можетъ требовать судебного регулированія границъ (предъявивъ *actio finium regundorum*, принадлежащую къ числу *actiones duplices*) <sup>8</sup>. Задача судьи состоитъ прежде всего въ отысканіи дѣйствительной границы (при чемъ не принимается во вниманіе обыкновенная давность владѣнія) и затѣмъ въ возстановленіи найденной границы посредствомъ видимыхъ знаковъ. Если судья отыскалъ границу, но считаетъ ее нецѣлесообразною, то онъ можетъ провести новую границу и для этой цѣли присудить одному сосѣду часть земли другого съ обязанностью, конечно, соотвѣтственно вознаградить сосѣда <sup>9</sup>. Если же судѣ не удастся отыскать границы, то приходится обсуждать спорный пограничный кусокъ земли какъ общій и раздѣлить его между сосѣдями <sup>10</sup>.—Изъ вышеизложеннаго видно, что *actio finium regundorum* по своей природѣ имѣетъ значеніе виндикаціи и лишь при особыхъ обстоятельствахъ получаетъ характеръ иска о раздѣлѣ.

Упорядоченіе границъ является главною цѣлью процесса; но по-

<sup>2</sup> Ср. въ особенности I. 5. l. 6. C. fin. reg. 3, 39.—<sup>3</sup> t. D. 10, 1; C. 3, 39; finium regundorum.—<sup>4</sup> l. 4. § 8. D. h. t. 10, 1.—<sup>5</sup> l. 4. § 10. l. 5. l. 6. D. h. t. 10, 1.—<sup>6</sup> l. 4. § 10. cit.—<sup>7</sup> l. 4. § 9. D. h. t. 10, 1.—<sup>8</sup> l. 10. D. h. t. 10, 1.—<sup>9</sup> l. 2. § 1. D. h. t. 10, 1; § 6. I. de off. iud. 4, 17.—<sup>10</sup> l. 2. § 1. cit.



путно могутъ быть заявлены и личныя притязанія: на возмѣщеніе причиненныхъ убытковъ, на выдачу извлеченныхъ плодовъ <sup>11</sup>; относительно послѣднихъ дѣйствуютъ тѣ же правила, какъ въ случаѣ rei vindicatio <sup>12</sup>.

## ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

### Обязательства изъ веденія чужихъ дѣлъ.

#### Раздѣлъ первый.

#### Веденіе дѣлъ по порученію (mandatum).

t. D. XVII, 1: mandati vel contra. — t. C. IV, 35: mandati. — t. I. III, 26: de mandato.

#### А. § 306. Общія начала.

*Vangerow*, §§ 659—662.—*Windscheid*, §§ 409—411.—*Brinz*, § 334.

**I. Понятіе и условія. Порученіе (mandatum), консенсуальный контрактъ, возникаетъ вслѣдствіе предложенія одного лица (mandans, mandator, dominus scil. negotii, препоручитель) другому лицу (mandatarius, procurator) исполнить какое либо дѣло и принятія этого предложенія другимъ лицомъ <sup>1</sup>. Господствующее мнѣніе вводитъ еще одно отрицательное условіе, а именно, чтобы не было обѣщано вознагражденія за веденіе дѣла; но мы уже убѣдились выше (§ 299), что это мнѣніе неосновательно; ср. ниже пр. 15. Порученіе можетъ быть направлено на одно какое либо дѣло или на нѣсколько дѣлъ, даже на управленіе всѣмъ имуществомъ препоручителя <sup>2</sup>; оно можетъ имѣть предметомъ совершеніе юридической сдѣлки (напр., заключеніе договора) или дѣятельность иного рода (напр., ut in horto sphaeristerium et hypocausta faceret) <sup>2a</sup>; во всякомъ случаѣ порученное дѣло должно:**

**1. быть дозволеннымъ; поэтому, напр., порученіе совершить преступленіе ничтожно <sup>3</sup>.**

<sup>11</sup> § 6. I. de off. iud. 4, 17; l. 4. §§ 1. 2. D. h. t. 10, 1.—<sup>12</sup> l. 4. § 2. D. h. t. 10, 1; l. 56. D. fam. erc. 10, 2.

<sup>1</sup> l. 1. pr. § 2. l. 6. § 2. l. 18. l. 53. D. h. t. 17, 1; l. 6. C. h. t. 4, 35.—<sup>2</sup> l. 1. § 1. l. 63. D. de proc. 3, 3; l. 25. § 1. D. de min. 4, 4.—<sup>2a</sup> l. 16. D. h. t. 17, 1.—<sup>3</sup> l. 6. § 3. l. 22. § 6. D. h. t. 17, 1; § 7. I. h. t. 3, 26.

2. БЫТЬ ВОЗМОЖНЫМЪ; ПОЭТОМУ, НАПР., ПОРУЧЕНІЕ ИСПОЛНИТЬ ДѢЛО, КОТОРОЕ УЖЕ ИСПОЛНЕНО, НИЧТОЖНО <sup>4</sup>.

3. ИМѢТЬ ВЪ ВИДУ НЕ ИНТЕРЕСЪ ОДНОГО ТОЛЬКО МАНДАТАРІЯ, А ИНТЕРЕСЪ ПРЕПОРУЧИТЕЛЯ ИЛИ ТРЕТЬЯГО ЛИЦА, ИЛИ И ЭТИХЪ ЛИЦЪ, И САМОГО МАНДАТАРІЯ: *mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur* <sup>5</sup>. Недѣйствительность *mandatum tua gratia* происходитъ отъ того, что это будетъ скорѣе совѣтъ, а не порученіе; дающій же совѣтъ не имѣетъ воли обязать себя или другого, и поэтому онъ отвѣчаетъ лишь тогда: а) когда онъ умышленно даетъ вредный совѣтъ <sup>6</sup>, б) когда онъ по особому договору (договору гарантіи) принимаетъ на себя послѣдствія исполненія совѣта <sup>7</sup>.

II. *Обязанности*. Вслѣдствіе порученія возникаютъ, во первыхъ, юридическія отношенія между препоручителемъ и мандатаріемъ и, во вторыхъ, между препоручителемъ и тѣми лицами, предъ которыми мандатарій выступаетъ въ роли уполномоченнаго представителя манданта. Объ отношеніяхъ второго рода мы уже говорили выше (§§ 219—223); здѣсь мы будемъ говорить объ отношеніяхъ между препоручителемъ и мандатаріемъ.— Изъ порученія всегда возникаютъ обязанности для мандатарія, могутъ возникнуть и для препоручителя:

1. *Обязанности мандатарія*. Онъ долженъ исполнить порученіе, придерживаясь полученныхъ инструкцій и стараясь достигнуть возможно большей выгоды для препоручителя <sup>8</sup>; если онъ передалъ исполненіе другому (субституту), то отвѣчаетъ за дѣйствія послѣдняго, какъ за свои собственныя въ томъ случаѣ: а) если онъ зналъ или долженъ былъ знать его негодность (какъ обыкновенно говорятъ: *вслѣдствіе culpa in eligendo*) <sup>9</sup>; б) если передача исполненія состоялась вопреки запрещенію препоручителя или было несообразною съ сущностью порученнаго дѣла <sup>10</sup>; въ прочихъ случаяхъ *mandatarius* обязанъ только уступить препоручителю свои притязанія противъ субститута.— Онъ долженъ представить отчетъ въ исполненіи

<sup>4</sup> l. 12. § 14. D. h. t. 17, 1.—<sup>5</sup> l. 2. pr. D. h. t. 17, 1; §§ 1—7. l. h. t. 3, 26; l. 2. §§ 1—6. l. 6. §§ 4, 5. l. 8. § 6. D. h. t. 17, 1.—<sup>6</sup> l. 47. pr. D. de r. i. 50, 17.—<sup>7</sup> l. 6. § 5. D. h. t. 17, 1.—<sup>8</sup> l. 5. l. 46. D. h. t. 17, 1.—<sup>9</sup> l. 8. § 3. D. h. t. 17, 1; l. 21. § 3 l. 23. D. neg. gest. 3, 5; l. 10. i. f. l. 11. D. comm. 13, 6.—<sup>10</sup> l. 2. § 1. D. si mentor 11, 6.

порученія и передать препоручителю все полученное имъ вслѣдствіе порученія, а равно уступить препоручителю всѣ притязанія, приобретенныя имъ вслѣдствіе порученія противъ третьихъ лицъ <sup>11</sup>.—Онъ отвѣчаетъ за culpa levis <sup>12</sup> и поэтому обязанъ платить проценты на полученныя суммы, если онъ ихъ употребилъ въ свою пользу или не позаботился о выгодномъ ихъ помѣщеніи (§ 42 пр. 11).—Искъ, принадлежащій препоручителю противъ мандатарія для судебного осуществленія этихъ притязаній, называется actio mandati directa.

2. *Обязанности препоручителя.* Онъ долженъ возмѣститъ мандатарію всѣ умѣстныя издержки, въ частности, возратить издержанныя денежныя суммы съ процентами <sup>13</sup>, и освободить его отъ принятыхъ имъ обязанностей <sup>14</sup>. Гонораръ онъ обязанъ уплатить мандатарію лишь въ томъ случаѣ, если это было имъ обѣщано <sup>15</sup>. Онъ отвѣчаетъ за culpa levis; причиненный мандатарію непреодолимою силою вредъ по поводу исполненія имъ порученія несетъ самъ мандатарій <sup>16</sup>; спорно, на кого падаетъ вредъ, причиненный по поводу исполненія порученія безъ vis major, т. е. виною третьяго лица или обыкновеннымъ случаемъ; по правильному мнѣнію его долженъ нести препоручитель, такъ какъ его порученіе, хотя и безъ вины съ его стороны, подало все таки поводъ для убытковъ <sup>16a</sup>.—Эти обязанности лежатъ на препоручителѣ только тогда, когда мандатарій не вышелъ за предѣлы данныхъ ему указаній; въ противномъ случаѣ, мандатарій не можетъ предъявить никакого требованія противъ препоручителя, развѣ если самъ беретъ на себя вредъ, происшедшій вслѣдствіе нарушенія инструкцій <sup>17</sup>.—Искъ, принадлежащій мандатарію противъ препоручителя для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется actio mandati contraria.

III. *Прекращеніе.* Есть нѣсколько особыхъ основаній прекращенія, свойственныхъ порученію:

1. Исполненіе порученнаго дѣла.
2. Истеченіе срока, если mandatum было дано на срокъ.
3. Отказъ (отмѣна) порученія. Какъ препоручитель можетъ отмѣнить на будущее время порученіе, такъ и мандатарій можетъ

<sup>11</sup> 1. 8. § 9. 1. 10. §§ 2. 3. 8. 1. 20. pr. D. h. t. 17, 1; 1. 46. § 4. D. de proc. 3, 3.—<sup>12</sup> 1. 11. 1. 13. 1. 21. C. h. t. 4, 35,—<sup>13</sup> 1. 10. § 9. 1. 12. § 9. 1. 27. § 4. 1. 56. § 4. D. h. t. 17, 1; 1. 1. 1. 4. C. h. t. 4, 35.—<sup>14</sup> 1. 45. D. h. t. 17, 1.—<sup>15</sup> 1. 6. pr. 1. 7. D. h. t. 17, 1; 1. 1. C. h. t. 4, 35.—<sup>16</sup> 1. 26. §§ 6. 7. D. h. t. 17, 1; 1. 61. § 5. D. de furt 47, 2.—<sup>16a</sup> Ср. мѣста предъид. примѣчанія.—<sup>17</sup> 1. 3. § 2. 1. 4. 1. 41. D. h. t. 17, 1; § 8. I. h. t. 3, 26.

заявить о своемъ отказѣ<sup>18</sup>; но препоручитель долженъ признать дѣйствія, совершенныя мандатаріемъ прежде, нежели послѣдній узналъ объ отмѣнѣ порученія<sup>19</sup>; съ другой стороны, мандатарій отвѣчаетъ въ случаѣ несвоевременнаго отказа, если не имѣетъ для этого особыхъ основаній (болѣзнь, вражда)<sup>20</sup>.

4. Смерть. Такъ какъ *mandatum* заключается каждымъ изъ контрагентовъ по особому личному довѣрію къ другому контрагенту (*nam mandatum originem ex officio atque amicitia trahit*)<sup>21</sup>, то договоръ этотъ прекращается какъ смертью препоручителя, такъ и мандатарія<sup>22</sup>; но наслѣдники препоручителя должны признать дѣйствія, совершенныя мандатаріемъ прежде, нежели онъ узналъ о смерти манданта<sup>23</sup>. Смерть препоручителя не прекращаетъ только т. н. *mandatum post mortem*, т. е. если поручено дѣйствіе, которое должно быть совершено послѣ смерти препоручителя (напр., воздвигнуть надгробный памятникъ)<sup>24</sup>.

## В. § 307. Особые виды мандата (Mand. qualificatum. Mand. agendi. Delegatio или переводъ. Оуѣнчный договоръ)

v. *Salpius*, Delegation und Novation. 1864.—*Chambon*, Beiträge. 1851.—*Brinz*, kritische Blätter. Nr. 1. 1852.—*Jhering*, gesammelte Aufsätze. T. 2-й, стр. 429 слѣд. 1882.—*Bechmann*, der Kauf. T. 2-й, стр. 409 слѣд. 1884.—*Danz*, die Forderungsüberweisung. §§ 17—34. 1886.—*Vangerow*, §§ 616. 663. 639.—*Windscheid*, §§ 412. 383.—*Brinz*, § 282.

I. *Mandatum qualificatum*, кредитное порученіе: § 258.

II. *Mandatum agendi*, цессія: § 248.

III. *Delegatio* или переводъ въ обширномъ смыслѣ; переводъ бываетъ двоякаго рода: переводъ кредита и переводъ платежа<sup>1</sup>.

1. Переводъ кредита, т. е. одно лицо (*delegans*) уполномочиваетъ (*iubere*<sup>2</sup>, *velle*<sup>2a</sup>, *permittere*<sup>3</sup>, но также *mandare*<sup>3a</sup>) другое (*delegatarius*) принять отъ третьяго лица (*delegatus*), вмѣсто отъ него,

<sup>18</sup> 1. 12. § 16. 1. 22. § 11. D. h. t. 17, 1; §§ 9. 11. I. h. t. 3, 26.—<sup>19</sup> 1. 15. D. h. t. 17, 1; § 9. I. cit.—<sup>20</sup> 1. 22. § 1. 1. 23. 1. 24. 1. 25. 1. 27. § 2. D. h. t. 17, 1.—<sup>21</sup> 1. 1. § 4. D. h. t. 17, 1.—<sup>22</sup> 1. 27. § 3. 1. 57. D. h. t. 17, 1; 1. 15. C. h. t. 4, 35; § 10. I. h. t. 3, 26.—<sup>23</sup> 1. 26. pr. § 1. 1. 58. pr. D. h. t. 17, 1; § 10. I. h. t. 3, 26; 1. 19. § 3. D. de don. 39, 5.—<sup>24</sup> 1. 12. § 17. 1. 13. D. h. t. 17, 1. 1. t. D. 46, 2; C. 8, 41; de novationibus et delegationibus.—<sup>2</sup> 1. 84. D. pro soc. 17, 2; 1. 32. D. de r. c. 12, 1; 1. 2. § 2. 1. 21. § 1. D. de don. 39, 5; 1. 11. pr. D. h. t. 46, 2.—<sup>2a</sup> 1. 22. D. de man. 40, 1; 1. 13. § 6. D. quod vi 43, 24; 1. 30. § 1. D. qui et a quibus 40, 9.—<sup>3</sup> 1. 39. D. de don. i. v. et u. 24, 1; 1. 106. D. de sol. 46, 3; 1. 22. D. de man. vind. 40, 2; cf. 1. 11. § 5. D. de p. a. 13, 7.—<sup>3a</sup> 1. 10. § 4. D. mand. 17, 1; 1. 42. § 1. D. de a. p. 41, 2.

делеганта, обѣщаніе совершить известное дѣйствіе (обыкновенно уплатить сумму денег), и вмѣстѣ съ тѣмъ уполномочиваетъ третье лицо дать обѣщаніе на его (делеганта) счетъ. Итакъ, кредитный переводъ состоитъ изъ двухъ уполномочій. Полномочіе можетъ быть основано на порученіи, тогда уполномоченный обязанъ еѣ исполненію; но оно можетъ также основываться и на простомъ дозволеніи, тогда лишь вслѣдствіе добровольнаго осуществленія делегации (которая совершается въ классическомъ р. пр. путемъ стипуляціи и literalнаго контракта, теперь путемъ абстрактнаго веформальнаго договора, но обыкновенно на письмѣ) возникаютъ новыя правоотношенія. Для болѣе яснаго уразумѣнія послѣднихъ необходимо выдѣлить отдѣльныхъ участниковъ въ делегации.

а. *Отношеніе между делегантомъ и делегатаріемъ.* Обѣщаніе, данное делегатомъ делегатарію, здѣсь разсматривается, какъ бы обѣщаніе делеганта делегатарію, такъ какъ оно дано на счетъ делеганта, и его послѣдствія зависятъ отъ соглашеній, существующихъ между делегантомъ и делегатаріемъ. Если делегантъ былъ до сихъ поръ должникомъ делегатарія, и вслѣдствіе делегации вмѣсто него долженъ былъ вступить новый должникъ, то обѣщаніе делегата имѣетъ слѣдствіемъ новацію долга, отъ котораго освобождается делегантъ <sup>4</sup>: *solvit enim et qui reum delegat* <sup>5</sup> (*delegatio* совершается здѣсь *solvendi causa*). Если же делегантъ не состоялъ ни въ какомъ обязательственномъ отношеніи къ делегатарію, то, смотря по намѣренію сторонъ, въ обѣщаніи делегата заключается или дареніе делеганта делегатарію (*delegatio* совершается здѣсь *donandi causa*) <sup>6</sup>, или преддѣйствіе, за которое делегатарій долженъ будетъ совершить делеганту соответственное воздѣйствіе (*delegatio* совершается здѣсь *contrahendi causa*) <sup>7</sup>.

б. *Отношеніе между делегантомъ и делегатомъ.* Обѣщаніе, данное делегатомъ делегатарію, здѣсь разсматривается, какъ бы обѣщаніе делегата делеганту; его послѣдствія опредѣляются по соглашеніямъ, существующимъ между делегантомъ и делегатомъ. Въ остальномъ эти послѣдствія аналогичны изложеннымъ выше (*sub a*) <sup>8</sup>.

<sup>4</sup> I. 3. C. h. t. 8, 41; I. 33. D. h. t. 46, 2; I. 21. § 1. I. 33. § 3. D. de don. 39, 5; I. 41. pr. D. de re iud. 42, 1.—<sup>5</sup> I. 8. § 3. D. ad. sct. Vell. 16, 1.—<sup>6</sup> I. 2. § 2. I. 21. § 1. D. de don. 39, 5; I. 18. § 1. D. de m. c. don. 39, 6; I. 11. C. de don. 8, 53.—<sup>7</sup> I. 32. D. de r. c. 12, 1; I. 31. § 1. D. h. t. 46, 2; I. 56. pr. I. 78. § 5. I. 80. D. de iure. d. 23, 3.—<sup>8</sup> I. 21. § 1. D. de don. 39, 5; I. 18. § 1. D. de m. c. d. 39, 6; I. 11. C. de don. 8, 53; I. 21. § 1. I. 33. § 3. D. de don. 39, 5; I. 5. C. h. t. 8, 41.

с. *Отношеніе между делегатомъ и делегатаріемъ.* Правоотношеніе между делегантомъ и делегатаріемъ, а равно и между делегантомъ и делегатомъ, по общему правилу <sup>9</sup>, не имѣетъ на отношеніе между делегатомъ и делегатаріемъ никакого вліянія <sup>10</sup>; ибо обѣщаніе делегата делегатарію есть абстрактное обѣщаніе; делегатъ все равно долженъ исполнить свое обѣщаніе, хотя бы, напр., делегантъ по ошибкѣ считалъ себя должникомъ делегатарія, или делегатъ считалъ себя по ошибкѣ должникомъ делеганта; но эти обстоятельства даютъ притязаніе изъ неосновательнаго обогащенія (§ 208 слѣд.) делеганту противъ делегатарія или делегату противъ делеганта.

2. *Переводъ платежа, называемый Римлянами delegatio, теперь ассигнаціей или переводомъ просто; одно лицо (ассигнантъ) уполномочиваетъ другое (ассигнатарія) принять отъ третьяго лица (ассигната), вмѣсто отъ него, ассигнанта, известное дѣйствіе (обыкн. платежъ денегъ) и удержать полученное за собою, и, далѣе, уполномочиваетъ третье лицо совершить платежъ на его (ассигнанта) счетъ.* Правила, приведенныя выше о кредитномъ переводѣ, аналогично примѣняются и къ платежному переводу; отсюда два правила источниковъ <sup>11</sup>: а) qui mandat solvi, ipse videtur solvere; б) quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset.— Особого упоминанія заслуживаетъ юридическая поговорка: переводъ—не платежъ (Anweisung ist keine Zahlung); въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ ассигнантъ до совершенія платежа ассигнатомъ еще можетъ отмѣнить переводъ, и далѣе, такъ какъ ассигнатъ, можетъ быть, не исполнить обѣщанія, то изложенныя выше 1. а—с правила примѣняются лишь тогда, когда ассигнатъ уплатилъ ассигнатарію.

Противно изложенному выше, многіе писатели утверждаютъ, что делегація всегда влечетъ за собою новацію, такъ какъ она есть заявленіе прежняго должника, что вмѣсто него долженъ obligаться другой, или заявленіе вѣрителя, что должникъ вмѣсто него долженъ обѣщать другому. Это—слишкомъ узкое понятіе делегаціи:

<sup>9</sup> Изъятія: 1. 9. § 1. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; 1. 3. §§ 12. 13. 1. 4. 1. 5. §§ 3. 4. 1. 39. 1. 56. D. de don. i. v. et. u. 24, 1; 1. 2. §§ 3. 4. D. de don. 39, 5; 1. 7. pr. § 1. D. de d. m. e. 44, 4.—<sup>10</sup> 1. 12. 1. 13. 1. 19. D. h. t. 46, 2; 1. 9. § 1. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; 1. 78. § 5. D. de i. d. 23, 3; 1. 4. §§ 20. 21. D. de d. m. e. 44, 4; 1. 1. §§ 10. 11. D. qu. r. a. 44, 5.

делегация можетъ быть соединена съ новаціей, но не всегда бываетъ соединена.

IV. *Оцѣночный контрактъ, т. н. contractus aestimatorius*<sup>12</sup>. Отдача вещи другому для продажи совершается въ гражданскомъ оборотѣ въ различныхъ формахъ, которыя не подходятъ подъ понятіе оцѣночнаго контракта:

1. Иногда продажа совершается исключительно въ интересѣ того, кто даетъ вещь, такъ что продающій не извлекаетъ изъ продажи никакой выгоды; тогда сдѣлка обсуждается, какъ порученіе.

2. Иногда уполномоченный къ продажѣ получаетъ какую либо выгоду; это можетъ быть достигнуто разными способами:

а. Если намѣреніе сторонъ было направлено на то, чтобы смотрѣть на продажу, какъ на общее дѣло (такъ что одинъ даетъ вещь, другой — трудъ, издержки же и выручка должны быть по извѣстному масштабу распределены между ними), то сдѣлка подлежитъ началамъ товарищества<sup>13</sup>.

б. Если такого намѣренія нѣтъ, но хозяинъ вещи общаетъ уполномоченному къ продажѣ вознагражденіе, то сдѣлка подлежитъ началамъ порученія (§ 299. II).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ дающій вещь для продажи можетъ опредѣлить минимальную цѣну, за которую вещь можетъ быть продана (т. н. *limitum*); этимъ опредѣленіемъ связанъ продающій, который тѣмъ не менѣе не можетъ удержать за собою того, что онъ выручитъ больше положенной суммы.—Но иногда стороны придаютъ лимиту другое значеніе, а именно, что будетъ достаточно, если дающій вещь для продажи получить лимитированную сумму (*aestimatio*); тогда приниматель вещи можетъ удержать въ свою пользу то, что выручитъ сверхъ *aestimatio*; онъ можетъ даже самъ приобрѣсть вещь, уплативъ *aestimatio* (примѣры: договоръ торговца, разносящаго товары по домамъ, съ лавочнымъ торговцемъ, книгопродавца съ издательской фирмой). Вотъ *этотъ* видъ договора есть оцѣночный контрактъ (т. н. *cont. aestimatorius, rem aestimatam vendendam dare*); *оцѣночный контрактъ есть отдача вещи дру-*

<sup>12</sup> 1. 56. D. de sol. 46, 3; 1. 180. D. de r. i. 50, 17; ср. также 1. 49. l. 64. D. de sol. 46, 3; 1. 65. § 4. D. ad sct. Treb. 36, 1; 1. 5. D. si quid in fr. 38, 5; 1. 9. § 2. l. 19. § 3. D. de don. 39, 5; 1. 9. D. dn. c. c. d. c. n. s. 12, 4; 1. 3. §§ 12. 13. l. 26. D. de d. i. v. et. u. 24, 1; 1. 15. D. de r. c. 12, 1; 1. 34. pr. D. mand. 17, 1; 1. 5. § 8. l. 19. D. de i. d. 23, 3; 1. 14. pr. D. de f. d. 23, 5.—<sup>13</sup> 1. 44. D. pro soc. 17, 2; 1. 13. pr. D. de praescr. v. 19, 5.

юму съ порученіемъ продать ее и изъ вырученнаго уплатить извѣстную сумму преноручителю. *Contr. aest.* отличается отъ всѣхъ выше приведенныхъ случаевъ; вслѣдствіе этого древніе римскіе юристы спорили, къ какому типу договоровъ его слѣдуетъ отнести (къ куплѣ ли, или къ найму, или къ *mandatum*); поэтому преторъ опредѣлилъ въ своемъ эдиктѣ, что эту сдѣлку слѣдуетъ обсуждать, какъ безымянный реальный контрактъ, и дать лицу, отдающему вещь, *actio aestimatoria praescriptis verbis* противъ принявшаго на себя продажу<sup>14</sup>; правильнѣе было бы назвать этотъ договоръ особымъ видомъ *mandatum mea et tua gratia*. Безспорно, приниматель обязанъ или возвратить вещь, или уплатить цѣну; но спорно то, отвѣчаетъ ли онъ за случай; въ источникахъ по этому вопросу противорѣчіе<sup>15</sup>; по внутреннимъ основаніямъ слѣдуетъ возложить на него эту отвѣтственность лишь въ томъ случаѣ, если онъ самъ предложилъ сдѣлку. По поводу отвѣтственности за случай нѣкоторые утверждаютъ, что приниматель, получая вещь, *ipso iure* пріобрѣтаетъ на нее право собственности; но это совпаденіе отвѣтственности за случай и пріобрѣтенія права собственности, какъ бы оно часто ни встрѣчалось (§ 278 sub I. § 298 sub I), въ настоящемъ случаѣ прямо противорѣчитъ намѣренію сторонъ и не подтверждается въ источникахъ<sup>16</sup>; поэтому получатель вещи пріобрѣтаетъ на нее право собственности лишь въ томъ случаѣ, если онъ уплачиваетъ лимитированную сумму.

## Раздѣлъ второй.

### § 308. Веденіе дѣлъ по должности.

*Brinz*, §§ 517—520.

Веденіе дѣлъ по должности обнимаетъ три различныхъ случая:

1. Обязанности опекуна; обязанности эти мы изложимъ въ семейственномъ правѣ (§§ 368 — 386), потому что опекунъ обязанъ не только управлять имуществомъ опекаемаго, но и исполнять по отношенію къ питомцу обязанности главы семейства.

2. Обязательство *curator'a bonorum*<sup>1</sup>; таковой назначается для имущества отсутствующаго, который не оставилъ представителя,

<sup>14</sup> l. 1. pr. D. h. t. 19, 3. — <sup>15</sup> Между l. 1. § 1. D. h. t. 19, 3, съ одной стороны, и l. 17. § 1. D. de praescr. v. 19, 5, съ другой стороны. — <sup>16</sup> Ср. l. 5. § 18. D. de tr. a. 14, 4.

<sup>1</sup> t. D. 42, 7: de curatore bonis dando.



въ частности, для имущества военноплѣннаго <sup>2</sup>, далѣе, для неприобрѣтеннаго еще наслѣдства (*hereditas iacens*) <sup>3</sup>, для конкурсной массы <sup>4</sup>. Принять на себя *cura bonorum* обязанъ вообще каждый гражданинъ (*munus civile*) <sup>5</sup>; это не относится только къ *cura конкурсной массы* <sup>6</sup>. Права и обязанности *curator'a bonorum* зависятъ отъ повода къ назначенію; за исключеніемъ случаевъ необходимости онъ не имѣетъ права отчужденія <sup>7</sup>; это право принадлежитъ только конкурсному куратору и куратору *ex edicto Carboniano* (§ 423) <sup>8</sup>. Въ остальномъ примѣняются правила мандата.

3. Обязанности административныхъ чиновниковъ государства или юридическаго лица; и здѣсь примѣняются правила мандата <sup>9</sup>, которыя, впрочемъ, во многихъ случаяхъ измѣняются предписаніями публичнаго права. Изложеніе этого относится къ науцѣ государственнаго права.

## Раздѣлъ третій.

### § 309. Добровольное веденіе чужихъ дѣлъ (*negotiorum gestio* въ тѣсномъ смыслѣ).

t. D. III, 5; t. C. II, 18; de negotiis gestis. — *Chambon*, die *Negotiorum Gestio*. 1848. — *Dankwardt*, die *negot. gestio*. 1855. — *Leist*, das erlaubte unge-rufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. 1855. — *Köllner*, die Grundzüge der oblig. *negot. gest.* 1856. — *Ruhstrat*, über *negotiorum gestio*. 1858. — *Aarons*, Beiträge zur Lehre von der *negot. gestio*. 1860. — *Zimmermann*, echte und unechte *neg. gestio*. 1872. — v. *Monroy*, die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte. 1878. — *Sturm*, das *neg. util. coeptum*. 1878. — *Sturm*, das *neg. util. coeptum*. 1878. — von *Thur*, *act. de in rem verso*. § 4. 1895. — *Vangerow*, §§ 664—666. — *Windscheid*, §§ 430. 431. — *Brinz*, § 321.

I. *Понятіе. Negotiorum gestio* въ тѣсномъ смыслѣ (въ обширномъ смыслѣ эти слова часто имѣютъ разныя другія значенія <sup>1</sup>) бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда одно лицо (*negotiorum gestor*, добровольный радѣтель, распорядитель) ведетъ дѣла другого (*dominus, хозяинъ дѣла*) <sup>2</sup>, не будучи къ этому обязаннымъ ни по порученію

<sup>2</sup> 1. 22. § 1. D. de reb. auct. iud. 42, 5; l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4; l. 3. C. de postl. 8, 50. — <sup>3</sup> Cp. l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4; l. 1. § 17. D. de ventre in p. m. 37, 9; l. 5. § 1. D. de Carb. ed. 37, 10. — <sup>4</sup> l. 2. D. h. t. 42, 7; l. 5. 9. D. de cur. fur. 27, 10; Reichsconcursordnung § 5. — <sup>5</sup> l. 1. § 4. D. de mun. l. 50, 4. — <sup>6</sup> l. 2. § 3. D. h. t. 42, 7. — <sup>7</sup> l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4; l. 1. § 2. D. h. t. 42, 7; l. 6. § 4. D. de tut. 26, 1; l. 48. D. de adm. 26, 7. — <sup>8</sup> l. 2. § 1. D. h. t. 42, 7; l. 5. § 5. D. de Carb. ed. 37, 10. — <sup>9</sup> t. D. 50, 8; de adm. rerum ad civitates pertinentium; tt. C. 11, 33—35. 38.

<sup>1</sup> l. 2. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 17. § 3. D. comm. 13, 6; l. 1. pr. D. de aest. 19, 3. — <sup>2</sup> l. 9. § 4. D. h. t. 3, 5.

хозяина дѣла <sup>3</sup>, ни по должности. Обыкновенно поводомъ къ negotiorum gestio бываетъ то обстоятельство, что хозяинъ дѣла находится въ отсутствіи и никому не поручилъ завѣдыванія своими дѣлами <sup>4</sup>; но и тотъ, кто занимается дѣлами другого по порученію третьяго лица, тоже считается negotiorum gestor'омъ по отношенію къ хозяину дѣла <sup>5</sup>; далѣе, и тотъ, кто по ошибкѣ считаетъ себя обязаннымъ вести чужое дѣло <sup>6</sup>; наконецъ, тотъ, кто по ошибкѣ принимаетъ чужое дѣло за свое (напр., если добросовѣстный владѣлецъ продаетъ вещь) <sup>7</sup>; слѣдовательно, animus aliena negotia gerendi, хотя онъ обыкновенно бываетъ на лицо, не признается необходимымъ; смотря по наличности его или отсутствію и различаютъ подлинную negotiorum gestio и неподлинную.

II. *Обязанности.* Negotiorum gestio, по Гаю и Юстиніану—obl. quasi ex contractu <sup>8</sup>, всегда порождаетъ обязанности для negotiorum gestor'a, иногда и для хозяина дѣла:

1. *Обязанности добровольнаго радѣтеля.* Онъ обязанъ довести до конца разъ начатое дѣло и заботиться обо всемъ томъ, что находится съ этимъ дѣломъ въ связи (напр., получивъ деньги, онъ обязанъ отдать ихъ въ ростъ) <sup>9</sup>. Онъ обязанъ представить отчетъ хозяину дѣла, выдать ему все то, что находится у него на рукахъ вслѣдствіе negotiorum gestio, уступить ему всѣ требованія, приобретенныя имъ по случаю negotiorum gestio противъ третьихъ лицъ <sup>10</sup>. Онъ отвѣчаетъ, по общему правилу, за culpa levis, по отношенію къ движимымъ вещамъ, за субъективную custodia <sup>11</sup> (а не только за culpa levis, какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе, § 237); но иногда онъ отвѣчаетъ только за грубую вину, а иногда за случай: *первое* бываетъ тогда, когда безъ его вмѣшательства для хозяина дѣла все бы было потеряно <sup>12</sup>, *второе*, когда negotiorum gestor взялся за новое предпріятіе вопреки обычаю, которому слѣдуетъ хозяинъ <sup>13</sup>.—Искъ, принадлежащій хозяину дѣла противъ радѣтеля для судебного осуществленія этихъ обязанностей, называется actio negotiorum gestorum directa.

<sup>3</sup> l. 5. l. 19. § 2. D. h. t. 3, 5; l. 14. § 15, D. de rel. 11, 7.—<sup>4</sup> l. 1. l. 2. D. h. t. 3, 5; l. 5. pr. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>5</sup> l. 3. § 11. l. 4. D. h. t. 3, 5; l. 14. C. h. t. 2, 18; cp. l. 21. § 3, l. 28. D. h. t. 3, 5.—<sup>6</sup> l. 5. l. 19. § 2. l. 36. D. h. t. 3, 5.—<sup>7</sup> l. 49. D. h. t. 3, 5; cf. l. 30. pr. i. f. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>8</sup> l. 5. pr. D. de o. et. a. 44, 7; pr. § 1. I. de obl. quae quasi ex contr. 3, 27.—<sup>9</sup> l. 6. § 12. l. 35. pr. § 3. l. 31. § 2. l. 38. D. h. t. 3, 5.—<sup>10</sup> l. 2. l. 8. § 1. l. 23. D. h. t. 3, 5.—<sup>11</sup> §. 1. I. de obl. quae qu. ex c. 3, 27; Paul. sent. rec. I, 4. § 1.—<sup>12</sup> l. 3. § 9. D. h. t. 3, 5.—<sup>13</sup> l. 11. D. h. t. 3, 5.

2. *Обязанности хозяина дѣла.* Онъ обязанъ возратить радѣтелю всѣ умѣстныя издержки съ процентами и снять съ него принятыя имъ на себя обязательства <sup>14</sup>. Но эти обязанности возникаютъ лишь при наличности трехъ условій, а именно:

а. если negotiorum gestor дѣйствовалъ съ намѣреніемъ обязать хозяина дѣла <sup>15</sup> (т. н. animus obligandi). При наличности этого условія (подлинная neg. gestio) радѣтелю не вредитъ его заблужденіе въ лицѣ хозяина дѣла <sup>16</sup>. Если же онъ дѣйствовалъ съ намѣреніемъ совершить дареніе, то ему не принадлежитъ никакого требованія возмѣщенія <sup>17</sup>. Если онъ велъ завѣдомо чужое дѣло, но въ своемъ интересѣ (неподлинная neg. gestio, напр., commodatarius улучшаетъ вещь), то хозяинъ дѣла обязывается лишь по мѣрѣ своего обогащенія <sup>18</sup>. Если онъ велъ чужое дѣло, не зная, что оно чужое (въ такомъ положеніи находится, напр., всякій добросовѣстный владѣлецъ), то его право на возмѣщеніе издержекъ признано вездѣ въ источникахъ, но тамъ, повидимому, существуетъ противорѣчіе въ томъ отношеніи, что нѣкоторыя мѣста <sup>19</sup> даютъ ему только эксцепцію, другія <sup>20</sup> также и искъ (act. neg. gest. contraria); по правильному толкованію, вторыя мѣста относятся только къ добросовѣстному владѣльцу наслѣдства, который своимъ веденіемъ дѣлъ освободилъ дѣйствительнаго наслѣдника отъ какой либо обязанности (напр., воздвигнулъ надгробный памятникъ, занялся похоронами); за исключеніемъ этого, особенно покровительствуемаго, случая (§ 432) дается только эксцепція; это вполне справедливо, такъ какъ здѣсь нѣтъ animus obligandi.

б. если negotiorum gestor дѣйствовалъ не вопреки запрещенія хозяина дѣла; это положеніе было спорно между классическими юристами, но подтверждено закономъ Юстиніана <sup>21</sup>.

в. если negotiorum gestor дѣйствовалъ въ нетерпящемъ отлагательства интересѣ хозяина дѣла, т. е., если онъ взялся за дѣло для предупрежденія грозившаго вреда <sup>22</sup>: въ этомъ случаѣ онъ имѣетъ

<sup>14</sup> l. 1. 10. pr. l. 19. § 4. D. h. t. 3, 5.—<sup>15</sup> l. 14. l. 29. pr. D. comm. div. 10, 3; l. 11. l. 13. C. h. t. 2, 18.—<sup>16</sup> l. 5. § 1. l. 6. §§ 8. 10. l. 31. § 1. l. 45. § 2. D. h. t. 3, 5; l. 14. § 1. D. comm. div. 10, 3.—<sup>17</sup> l. 4. D. h. t. 3, 5; l. 12. C. h. t. 2, 18; ср. также l. 27. § 1. l. 34. § 1. l. 44. D. h. t. 3, 5; l. 11. l. 13. l. 15. C. h. t. 2, 18.—<sup>18</sup> l. 6. § 3. D. h. t. 3, 5.—<sup>19</sup> l. 14. § 1. l. 29. pr. D. comm. d. 10, 3; l. 33. i. f. D. de cond. i. 12, 6; l. 14. D. de d. m. e. 44, 4.—<sup>20</sup> l. 48. D. h. t. 3, 5; l. 50. § 1. D. de h. p. 5, 3; l. 14. § 11. l. 32. pr. D. de rel. 11, 7.—<sup>21</sup> l. 8. § 3. D. h. t. 3, 5; l. 40. D. mand. 17, 1; l. 24. C. h. t. 2, 18.—<sup>22</sup> l. 1. l. 6. § 6. l. 22. D. h. t. 3, 5; l. 3. § 8. l. 5. pr. § 2. D. de in rem v. 15, 3; l. 5. pr. D. de o. et a. 44, 7.

право на возмѣщеніе издержекъ, хотя бы исходъ дѣла и не былъ удачный <sup>23</sup> (это выражаютъ обыкновенно такъ: *не требуется, чтобы необходимая дѣла были utiliter gesta, достаточно, если они будутъ utiliter coepta*). Но если negotiorum gestor имѣлъ въ виду увеличить т. н. полезнымъ дѣломъ имущество хозяина дѣла, то его требованіе ограничивается размѣромъ этого увеличенія <sup>24</sup>, т. е. здѣсь требуется negotium utiliter gestum. На impensae voluptuariae радѣтелю принадлежитъ только ius tollendi <sup>25</sup>. Многие писатели отвергаютъ различіе необходимаго и полезнаго дѣла, а обращаютъ вниманіе на *предполагаемую волю* хозяина дѣла.

Искъ, принадлежащій радѣтелю противъ хозяина дѣла для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется actio negotiorum gestorum contraria.

Спорно, какое вліяніе на отношеніе между радѣтелемъ и хозяиномъ дѣла имѣетъ послѣдующее признаніе (одобреніе) веденія дѣла со стороны хозяина; по одному мѣсту источниковъ <sup>26</sup>, тогда также примѣняются правила negotiorum gestio, по другому <sup>27</sup> же тогда примѣняются правила порученія; по правильному мнѣнію, только хозяинъ дѣла отвѣчаетъ по правиламъ порученія, такъ какъ его признаніе, будучи актомъ одностороннимъ, имѣетъ значеніе только для него; онъ обязанъ, слѣдовательно, въ случаѣ rati habitio возмѣстить даже impensae voluptuariae; несмотря на прежнее запрещеніе веденія дѣла онъ обязанъ къ возмѣщенію издержекъ и т. д.

### § 310. Особые виды добровольнаго веденія дѣла. (Actio funeraria. Act. in factum для и противъ missus in possessionem).

*Brinz*, § 321<sup>a</sup>.

Въ двухъ случаяхъ добровольнаго веденія дѣла требованія negotiorum gestor'a опредѣляются особыми правилами:

1. Если кто либо совершитъ погребеніе умершаго <sup>1</sup> вмѣсто того лица, которое должно было это сдѣлать, то онъ можетъ потребовать отъ послѣдняго возмѣщенія всѣхъ умѣстныхъ издержекъ, хотя

<sup>23</sup> 1. 10 § 1. l. 12. § 2. l. 22. l. 31. pr. l. 32. pr. l. 37. § 1. D. h. t. 3, 5; l. 22. C. h. t. 2, 18.—<sup>24</sup> l. 11. l. 43. D. h. t. 3, 5; l. 5. pr. D. de in rem verso 15, 3.—<sup>25</sup> l. 3. § 4. D. de i. r. v. 15, 3; l. 27. pr. D. h. t. 3, 5.—<sup>26</sup> l. 9. D. h. t. 3, 5.—<sup>27</sup> l. 60. D. de r. i. 50, 17.

<sup>1</sup> t. D. 11, 7: de religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat; t. C. 3, 44: de religiosis et sumptibus funerum.

бы онъ дѣйствовалъ противъ его запрещенія, если только были основательныя причины не подчиняться этому запрещенію<sup>2</sup>. Требованіе похоронившаго пользовалось въ конкурсѣ привилегіею (§ 234 пр. 9. 14), которая не перешла въ И. конк. у. Искъ, которымъ это требованіе осуществляется, называется *actio funeгагіа*.—Слѣдуетъ замѣтить, что къ погребенію обязаны: а) тотъ, кому подъ этимъ условіемъ что либо оставлено<sup>4</sup>; б) наслѣдникъ<sup>5</sup>, а также въ случаѣ смерти жены тотъ, кому достается *dos*<sup>6</sup>; в) *paterfamilias* умершаго<sup>7</sup>; д) супругъ<sup>8</sup>.

2) Если вѣритель, вслѣдствіе *missio in bona debitoris* (§ 76 sub 3), дѣлаетъ издержки при управленіи имуществомъ своего должника, то онъ можетъ потребовать ихъ возмѣщенія отъ *curator*'а или должника, несмотря на то, что онъ совершилъ ихъ въ собственномъ интересѣ. Съ другой стороны, онъ отвѣчаетъ лишь за *грубую* вину при управленіи. Иски между заинтересованными лицами суть *actiones in factum*<sup>9</sup> (§ 84), стало быть, иски безъ особыхъ названій.

## ГЛАВА ПЯТАЯ.

### Обязательства изъ недозволенныхъ дѣяній.

#### Раздѣлъ первый.

#### Furtum.

t. D. XLVII, 2; de furtis.—t. C. VI, 2; de furtis et servo corrupto.—t. I. IV, 1; de obligationibus quae ex delicto nascuntur.—*Dollmann*, die Entwendung nach den Quellen des Gemeinen Rechtes. 1834.—*Cohn*, Beiträge zur Bearbeitung des R. R. Heft 2, 1—40. 1879.—*Baron*, die Conditionen. §§ 3. 6. 1881.—Тотъ же авторъ, die adjecticischen Klagen. § 3. 1882.—*Vangerow*, § 679.—*Windscheid*, §§ 452. 453. 425.—*Brinz*, §§ 301. 339.—*Baron*, § 131.

#### А. § 311. Общія начала.

1. *Понятіе и условія*. Легальное опредѣленіе *furtum* гласитъ 1: *furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*. Опредѣленіе это слѣдуетъ дополнить условіемъ движимости вещи, и тогда получимъ: *furtum*

<sup>2</sup> l. 14. § 13. D. h. t. 11, 7.—<sup>3</sup> l. 14. § 11. l. 32 pr. D. h. t. 11, 7.—<sup>4</sup> l. 12. § 4. D. h. t. 11, 7.—<sup>5</sup> l. 12. § 4. l. 14. § 1. D. h. t. 11, 7.—<sup>6</sup> ll. 16—20. 22—27. l. 29. l. 30. D. h. t. 11, 7.—<sup>7</sup> l. 21. l. 28. D. h. t. 11, 7.—<sup>8</sup> l. 28. D. h. t. 11, 7.—<sup>9</sup> l. 9. l. 14. § 1. D. de reb. auct. i. 42, 5; l. 15. § 14. D. de damn. inf. 39, 2.

<sup>1</sup> l. 1. § 3. D. h. t. 47, 2; cf. § 1. I. h. t. 4, 1.

(кражу, воровство) совершаетъ, по римскому праву, тотъ, кто посылательствомъ на движимую вещь умышленно причиняетъ другому вредъ, а себя доставляетъ выгоду. Итакъ, *furtum* предполагаетъ:

1) Движимую вещь (куда причислялись даже свободные люди *in potestate, manu, mancipio*); по отношенію къ недвижимой вещи не бываетъ *furtum*<sup>2</sup>. Движимая вещь можетъ быть какъ чужая, такъ и собственность вора; поэтому, легальное опредѣленіе различаетъ три главные случая<sup>2а</sup>:

а. *Furtum ipsius rei*; оно бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда воръ желаетъ себя *вполнѣ* присвоить чужую вещь. Сюда относится кража въ смыслѣ Германскаго уголовного уложенія § 242, т. е. похищеніе изъ чужого обладанія чужой движимой вещи съ намѣреніемъ противозаконнаго присвоенія, далѣе, утайка<sup>3</sup> и особый видъ ея—присвоеніе находки<sup>4</sup>, злоумышленное противозаконное отчужденіе чужой вещи<sup>5</sup>, отчужденіе специально заложенной вещи залогодателя<sup>7</sup> (§ 185 sub 4).

б. *Furtum usus*; оно бываетъ тогда, когда воръ присваиваетъ себя только пользованіе чужою вещью; напр., если залогоприниматель или депозитарій пользуется принятою вещью, если *commodatarius* расширяетъ пользованіе вещью за предписанные ему предѣлы<sup>8</sup>. Герм. уг. ул. 1871 г. не видитъ въ этомъ уголовного преступленія и наказуетъ только публичнаго залогопринимателя за „наказуемое корыстолюбіе“<sup>9</sup>.

в. *Furtum possessionis*; таковымъ объявляетъ Теофиль<sup>10</sup> утайку въ смыслѣ Герм. уг. ул. § 246, т. е. противозаконное присвоеніе чужой движимой вещи со стороны того, кто ея уже владѣетъ или у кого она находится. Большинство новыхъ юристовъ разумѣютъ подъ *furt. possessionis* тотъ случай, когда залогодатель похищаетъ вещь у залогопринимателя<sup>11</sup>, *proprietaryus*—у пользователѣца<sup>12</sup>, собственникъ—у владѣльца или держателя, который (напр., по по-

<sup>2</sup> I. 38. i. f. D. de us. 41, 3; I. 25. pr. D. h. t. 47, 2. —<sup>2а</sup> Brachylog. III, 20. § 1. —<sup>3</sup> I. 1. § 2. I. 33. I. 43. § 1. I. 46. § 6. I. 52. §§ 7. 16. I. 67. pr. I. 71. pr. I. 73. D. h. t. 47, 2. —<sup>4</sup> I. 43. §§ 4—11. D. h. t. 47, 2; I. 9. § 8. I. 31. § 1. I. 44. D. de a. r. d. 41, 1; § 48. I. de rer. div. 2, 1. —<sup>5</sup> I. 16. C. h. t. 6, 2; § 3. I. de us. 2, 6. —<sup>6</sup> I. 66. § 4. D. h. t. 47, 2. —<sup>7</sup> I. 19. § 6. I. 66. pr. D. h. t. 47, 2. —<sup>8</sup> § 6. I. h. t. 4, 1; I. 40. I. 43. § 4. I. 59. pr. § 1. I. 76. pr. I. 82. pr. D. h. t. 47, 2; I. 5. § 8. D. comm. 13, 6; I. 16. D. de cond. furt. 13, 1. —<sup>9</sup> Герм. уг. ул. § 290. —<sup>10</sup> Paraphr. ad § 1. I. h. t. 4, 1. —<sup>11</sup> § 10. 14. I. h. t. 4, 1; I. 16. D. de pign. act. 13, 7; I. 19. § 5. I. 20. pr. D. h. t. 47, 2. —<sup>12</sup> I. 15. § 1. I. 20. § 1. D. h. t. 47, 2.

воду издержекъ) имѣеть *ius retentionis*<sup>13</sup>. Герм. уг. ул. 1871 г. видятъ въ этомъ не кражу, а наказуемое корыстолюбіе<sup>14</sup>.

2. Посягательство на вещь (*contrectatio rei*)<sup>15</sup>. Оно бываетъ такъ же разнообразно, какъ случаи самой кражи; оно состоитъ или въ захватѣ владѣнія (въ случаѣ кражи въ смыслѣ Герм. уг. ул.), или въ передачѣ владѣнія (въ случаяхъ пр. 5. 7), или въ пользованіи (въ случаѣ пр. 8) и т. д.

3. Умышленное причиненіе вреда другому (*contrectatio fraudulosa*). Тотъ *не причиняетъ вреда* другому и не совершаетъ *furtum*, кто присвоитъ безхозяиную вещь, принимая ее по ошибкѣ за чужую<sup>16</sup>; далѣе, тотъ, кто купилъ вещь и уплатилъ цѣну, а затѣмъ отнимаетъ вещь у продавца<sup>17</sup> (онъ виновенъ лишь въ самоуправствѣ). Тотъ *не имѣетъ умысла* причинить вредъ и не совершаетъ *furtum*, кто присвоитъ себѣ вещь, считая себя уполномоченнымъ на это отъ собственника<sup>18</sup>.

4. Корыстное намѣреніе вора (*animus lucri faciendi, affectus furandi*). Такого намѣренія нѣтъ, когда похититель хочетъ только причинить кому либо непріятность или вредъ (напр., овладѣваетъ чужою вещью, чтобы бросить ее въ море)<sup>19</sup>; напротивъ, корыстное намѣреніе есть на лицо, если цѣль похитителя состоитъ не въ увеличеніи своего имущества, а въ какомъ либо иномъ распоряженіи похищенной вещью (напр., кто либо похищаетъ вещь, чтобы подарить ее другому: т. н. криспиніанизмъ, *nam species lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere*)<sup>20</sup>; но нѣтъ *furtum*, если кто похищаетъ дѣвицу по чувственному побужденію: *causa faciendi libido fuit, non furtum*<sup>21</sup>.

II. *Обязанности*. (Для ясности изложенія мы будемъ говорить только о главномъ случаѣ *furtum*, о кражѣ, какъ ее опредѣляетъ Герм. уг. ул.).

Изъ *furtum*, по римскому праву, возникаютъ два притязанія: одно на возмѣщеніе вреда, другое на штрафъ; въ современномъ правѣ частный штрафъ не существуетъ.

1. Принадлежать ли *притязанію на возмѣщеніе вреда*<sup>22</sup> (*condictio furtiva*, ср. ниже пр. 35 слѣд.) свойства деликтнаго обязатель-

<sup>13</sup> I. 15. § 2. I. 59. D. h. t. 47, 2.—<sup>14</sup> Герм. уг. ул. § 289.—<sup>15</sup> I. 52. § 19. D. h. t. 47, 2.—<sup>16</sup> I. 43. §§ 5, 11. D. h. t. 47, 2; см. также I. 46. § 8. cod.—<sup>17</sup> I. 14. § 1. D. h. t. 47, 2.—<sup>18</sup> I. 46. § 7. D. h. t. 47, 2.—<sup>19</sup> I. 14. § 2. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>20</sup> I. 54. § 1. D. h. t. 47, 2.—<sup>21</sup> I. 39. D. h. t. 47, 2.—<sup>22</sup> t. D. 13, 1; t. C. 4, 8: de condictione furtiva.

ства или же характеръ притязанія изъ права собственности, это вопросъ спорный; правильно—второе мнѣніе, потому что:

а. Это притязаніе принадлежитъ только собственнику<sup>23</sup>, субъекту вещнаго права<sup>24</sup> и добросовѣстному владѣльцу<sup>25</sup>, т. е. только такимъ лицамъ, которыя и безъ наличности особаго деликтнаго обязательства пользуются защитой отъ нарушеній.

б. Отвѣчаетъ по этому требованію только виновникъ, а не пособникъ<sup>26</sup>; ибо здѣсь важно не совершеніе проступка, а владѣніе украденною вещью, послѣднее же захватилъ только виновникъ; впрочемъ, виновникъ отвѣчаетъ и тогда, когда онъ уже не владѣетъ вещью<sup>27</sup>; ибо онъ отвѣчаетъ за случай, пока не предложитъ возвратить вещь потерпѣвшему (§ 240 пр. 29).

с. Наслѣдники виновника отвѣчаютъ не только въ размѣрѣ обогащенія (какъ при деликтныхъ обязательствахъ), а въ полномъ объемѣ<sup>28</sup>.

Притязаніе направлено на возвращеніе вещи и уплату интереса<sup>33</sup>; при этомъ важно то правило, что воръ тотчасъ (*ipso iure*) находится *in mora* (§ 240 пр. 9). Воръ не можетъ требовать возмѣщенія издержекъ<sup>34</sup>. Искъ, посредствомъ котораго притязаніе это осуществляется судебнымъ порядкомъ, былъ въ древнемъ правѣ различный, смотря по праву истца; во всякомъ случаѣ это былъ искъ *вещный* (*rei vindicatio*, *Publiciana* и т. д.); предъявленіе *личнаго* иска (съ *intentio rem* или *ius actori dare oportere*), собственно говоря, заключало въ себѣ невозможное требованіе, такъ какъ тому, кто уже имѣетъ право собственности и т. д., нельзя его перенести другой разъ; тѣмъ не менѣе допускали и предъявленіе личнаго иска въ формѣ *condictio*, прощая ошибку истца (ср. аналогичный случай въ § 120 sub 1. а), какъ говорятъ источники: *odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur*<sup>35</sup>. Этотъ личный искъ, между которыми, съ одной стороны, и вещнымъ искомъ, съ другой стороны, имѣлъ мѣсто *actionum concursus electivus*<sup>36</sup>; неточно названъ *con-*

<sup>23</sup> 1. 10. § 2.—1. 12. § 1. D. h. t. 13, 1.—<sup>24</sup> 1. 12. § 2. D. h. t. 13, 1; 1. 22. pr. D. pe pign. a. 13, 7.—<sup>25</sup> 1. 2. D. de cond. trit. 13, 3; 1. 25. § 1. D. de furt. 47, 2.—<sup>26</sup> 1. 5. l. 6. D. h. t. 13, 1; въ 1. 53. § 2. D. de v. s. 50, 16 слова *qui ope furtum facit* относятся къ сообщнику.—<sup>27</sup> 1. 8. l. 16. l. 17. l. 20. D. h. t. 13, 1; 1. 2. C. h. t. 4, 8.—<sup>28</sup> 1. 5. l. 7. § 2. l. 9. D. h. t. 13, 1; § 5. I. de obl. quae ex del. 4, 1.—<sup>29</sup> 1. 4. l. 19. D. h. t. 13, 1; 1. 3. § 12. D. de pec. 15, 1; 1. 30. pr. D. de a. e. v. 19, 1.—<sup>30</sup> 1. 49. D. de o. et a. 44, 7.—<sup>31</sup> 1. 15. D. h. t. 13, 1.—<sup>32</sup> 1. 1. § 18. D. dep. 16, 3.—<sup>33</sup> 1. 3. l. 8. § 2. l. 10. pr. D. h. t. 13, 1.—<sup>34</sup> 1. 13. D. h. t. 13, 1.—<sup>35</sup> § 14. I. de act. 4, 6; *Gai.* 4, 4.—<sup>36</sup> 1. 7. § 1. D. h. t. 13, 1; § 14. I. de act. 4, 6; § 19. I. h. t. 4, 1.



dictio furtiva<sup>37</sup>. Важное различіе между вещнымъ и личнымъ искомъ заключается въ томъ, что нѣсколько воровъ по rei vindicatio отвѣчаютъ лишь по мѣрѣ своего владѣнія, а по condictio furtiva—солидарно<sup>38</sup>, и, далѣе, въ томъ, что воръ, преслѣдуемый посредствомъ condictio furtiva, признается находящимся in mora, вслѣдствіе чего онъ отвѣчаетъ безусловно за casus и, въ случаѣ оцѣнки, платитъ *наивысшую* цѣну вещи съ момента совершенія кражи<sup>38a</sup> (§ 240 пр. 29); въ этихъ трехъ отношеніяхъ cond. furtiva, дѣйствительно, является деликтнымъ искомъ.

2. *Требованіе штрафа*<sup>39</sup>, по господствующему мнѣнію, принадлежитъ каждому, чей интересъ нарушенъ кражею; и это, повидимому, подтверждаетъ изреченіе источниковъ: cuius interfuit non surripī, is actionem furti habet<sup>40</sup>. Но это изреченіе въ другихъ мѣстахъ источниковъ признано неточнымъ<sup>41</sup>; правильнѣе утверждать, что притязаніе на штрафъ принадлежитъ только обокраденному собственнику, субъекту вещнаго права, добросовѣстному владѣльцу и держателю<sup>42</sup>, *если ихъ интересъ нарушенъ кражею*.

По этому требованію отвѣчаютъ всѣ виновники и физическіе пособники, а также и подстрекатели<sup>47</sup>, но ихъ наслѣдники не отвѣчаютъ<sup>48</sup>. Требованіе осуществляется судебнымъ порядкомъ поsr. actio furti и направлено (по большинству мѣстъ источниковъ) на возмѣщеніе четверного или двойного *интереса*, смотря по тому, былъ ли воръ застигнутъ (f. manifestum), или нѣтъ (f. nec manifestum<sup>49</sup>); но по одному мѣсту<sup>50</sup>, которое еще достаточно не выяснено, штрафъ состоитъ въ двойной или четверной *цѣнности вещи*.

<sup>37</sup> Это выраженіе находится въ l. 3. § 2. l. 21. § 5. D. rer. am. 25, 2; l. 38. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 80. §§ 5. 7. D. de furt. 47, 2.—<sup>38</sup> l. 1. C. h. t. 4, 8.—<sup>38a</sup> l. 8. l. 1. D. de cond. furt. 13, 1.—<sup>39</sup> t. D. 47, 2: de furtis; t. C. 6, 2: de furtis et servo corrupto.—<sup>40</sup> l. 10. D. h. t. 47, 2.—<sup>41</sup> l. 14. § 10. l. 85. D. h. t. 47, 2.—<sup>42</sup> l. 80. l. 15. pr. § 1. l. 46. §§ 1. 3. 4. l. 12. § 1. l. 20. § 1. l. 52. § 10. l. 53. § 4. l. 59. l. 14. § 2. l. 26. § 1. D. h. t. 47, 2.—<sup>43</sup> l. 14. pr. l. 80. pr. D. h. t. 47, 2.—<sup>44</sup> l. 35. § 4. D. de c. e. 18, 1; l. 14. pr. i. f. l. 13. l. 66. § 5. D. h. t. 47, 2.—<sup>45</sup> l. 14. § 1. D. h. t. 47, 2.—<sup>46</sup> l. 14. § 3. D. h. t. 47, 2.—<sup>47</sup> l. 50. §§ 1—4. l. 52. § 19. D. h. t. 47, 2.—<sup>48</sup> l. 1. pr. D. de priv. del. 47, 1.—<sup>49</sup> l. 27. l. 32. pr. l. 46. § 1. l. 67. § 1. l. 74. l. 87. D. h. t. 47, 1.—<sup>50</sup> l. 50. pr. D. h. t. 47, 2.

## В. § 312. Особые виды furtum.

*Breitenbach*, das Verbrechen des Raubes nach Römischem Recht. 1839.—*Vangerow*, § 680.—*Windscheid*, § 454.—*Baron*, § 132.

I. *Грабежь* (*rapina, bona vi rapta*)<sup>1</sup>, *насильственная кража*, въ древнемъ римскомъ правѣ обсуждался совершенно такъ же, какъ *furtum nec manifestum*<sup>2</sup>; позднѣе въ преторскомъ эдиктѣ былъ установленъ особый искъ (*actio vi bonorum raptorum*) противъ грабителя, направленный на четверную цѣну вещи<sup>3</sup>; было спорно, считать ли этотъ искъ чисто пенальнымъ или же смѣшаннымъ<sup>4</sup>; позднѣе взяло верхъ второе мнѣніе<sup>5</sup>; по истеченіи одного года искъ направлялся только на простую цѣнность вещи<sup>6</sup>. Искъ этотъ, поскольку предметомъ его служить частный штрафъ, теперь не существуетъ.

II. *Crimen expilatae hereditatis*<sup>7</sup>. Въ силу древней *usucapio pro herede* (§ 143 пр. 8) не признавалось кражей похищеніе наследственныхъ вещей до принятія наследства наследникомъ и даже до тѣхъ поръ, пока послѣдній ими не завладѣлъ. Послѣ устранения *usucapio pro herede* продолжало еще дѣйствовать правило: *rei hereditariae furtum non fit*<sup>8</sup>, но похититель за *crimen expilatae hereditatis* присуждался къ уголовному наказанію и къ возмѣщенію вреда. Теперь здѣсь примѣняются начала кражи.

III. Особая норма существуетъ противъ кражи и грабежа по случаю пожара, разрушенія зданія, кораблекрушенія, а также по случаю нападенія на корабль или на домъ<sup>9</sup>; противъ кражи и грабежа, совершенныхъ публиканами или ихъ подчиненными<sup>10</sup>; кражи, совершаемой корабельщиками, содержателями гостинницъ и постоялыхъ дворовъ и ихъ подчиненными (а именно, корабельщики, содержатели гостинницъ и постоялыхъ дворовъ отвѣчаютъ за совершенныя ими или ихъ подчиненными кражи и поврежденія, по римскому праву, *in duplum*, теперь удвоеніе не существуетъ)<sup>11</sup>; о кражѣ между супругами см. § 348.

<sup>1</sup> t. D. 47, 8: vi bonorum raptorum et de turba; t. C. 9, 33: vi bonorum raptorum; t. I. 4, 2: de bonis vi raptis.—<sup>2</sup> l. 1. l. 2. § 26. D. h. t. 47, 8; cf. l. 88. D. de furt. 47, 2; Папьянъ въ l. 80. § 3. D. de furt. 47, 2 высказывается за *furtum manifestum*.—<sup>3</sup> l. 2. § 13. D. h. t. 47, 8.—<sup>4</sup> Gai. 4, 8.—<sup>5</sup> пр. I. h. t. 4, 2; l. 1. C. h. t. 9, 33.—<sup>6</sup> пр. I. h. t. 4, 2; II. 2—5. C. h. t. 9, 33.—<sup>7</sup> t. D. 47, 19: *expilatae hereditatis*; t. C. 9, 32: *de crimine expilatae hereditatis*.—<sup>8</sup> l. 2. § 1. l. 6. D. h. t. 47, 19; l. 14. § 14. D. de furt. 47, 2; l. 1. § 15. D. si is qui test 47, 4.—<sup>9</sup> t. D. 47, 9: *de incendio, ruina, naufragio, nave, rate, expugnata*.—<sup>10</sup> l. 1. пр.—<sup>11</sup> § 5. l. 4. пр. l. 5. l. 6. l. 13. D. de publ. 39, 4.—<sup>11</sup> t. D. 47, 5: *furti adversus nautas caupones stabularios*; l. 5. § 6. D. de obl. et act. 44, 7.

## Раздѣлъ второй.

Поврежденіе вещей (*damnum iniuria datum*).A. § 313. Область примѣненія *lex Aquilia*.

t. D. IX, 2: ad legem Aquilianam.—t. C. III, 35; t. J. IV, 3: de lege Aquilia.—*A. Pernice*, zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach Römischen Recht. 1867.—*v. Thur*, zur Schätzung des Schadens in der l. Aquilia. 1892.—*Wächter*, die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen. 1874.—*Dochow*, die Busse im Strafrecht und Strafprocess. 1875.—*Vangerow*, § 681.—*Windscheid*, § 455.—*Brinz*, § 340.—*Baron*, § 131.

I. *Содержаніе закона Аквилія*. *Lex Aquilia*, плебисцитъ, по Теофилу, состоявшійся въ 467 г. римской эры, отмѣняя прежнія опредѣленія, постановила слѣдующее:

1. По первой главѣ этого закона, тотъ, кто убилъ виновно и противоправно чужого раба или чужое четвероногое стадное животное, долженъ возмѣстить собственнику вредъ по высшей цѣнѣ убитаго за послѣдній годъ <sup>1</sup>.

2. По второй главѣ, *adstipulator*, который въроломно освободилъ должника отъ его долга, долженъ возмѣстить убытки наслѣдникамъ вѣрителя. Это положеніе, какъ и весь институтъ адстипулаторовъ, не перешло въ право Юстиніана <sup>2</sup>.

3. По третьей главѣ, кто виновно и противоправно причинилъ вредъ инымъ какимъ либо образомъ (кромя описаннаго въ главѣ первой) посредствомъ *urere, frangere, gumperere*, тотъ долженъ возмѣстить собственнику вещи убытки по высшей <sup>3</sup> цѣнѣ за послѣдніе тридцать дней <sup>4</sup>.

Если тотъ, противъ кого предъявлена *actio legis Aquiliae*, на судѣ отрицается, то его присуждаютъ къ двойному <sup>5</sup>; послѣднее положеніе, а равно и своеобразная оцѣнка уничтоженной или поврежденной вещи (*высшая цѣна въ послѣднемъ году или мѣсяцѣ*) дѣлаютъ *act. l. Aquiliae* смѣшаннымъ искомъ (§ 81) <sup>6</sup>; поэтому нѣсколько провинившихся отвѣчаютъ самостоятельно за весь вредъ (а не по частямъ) <sup>7</sup>. Поврежденіе влечетъ за собою отвѣтственность не только тогда, когда оно причинено умышленно, а

<sup>1</sup> l. 2. pr. D. h. t. 9, 2.—<sup>2</sup> Gai. 3, 215; l. 27. § 4. D. h. t. 9, 2; § 12. I. h. t. 4, 3.—<sup>3</sup> Gai. 3, 218; § 15. I. h. t. 4, 3; l. 29. § 8. D. h. t. 9, 2.—<sup>4</sup> l. 27. § 5. D. h. t. 9, 2.—<sup>5</sup> l. 2. § 1. D. h. t. 9, 2.—<sup>6</sup> § 9. I. h. t. 4, 3; l. 23. § 8. D. h. t. 9, 2.—<sup>7</sup> l. 11. § 2. D. h. t. 9, 2.

достаточно всякой небрежности, грубой или малой: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*<sup>8</sup>. Повреждение не является противозаконнымъ, если повредившій дѣйствовалъ въ состояніи необходимой обороны, въ состояніи крайней необходимости или по должности<sup>9</sup>; ср., впрочемъ, § 71 текстъ послѣ прим. 3.

II. *Дальнѣйшее развитіе началъ закона Аквилія въ позднѣйшемъ правѣ.* Первоначальное развитіе теоріи деликта, направленного противъ закона Аквилія (*damnum iniuria datum, damnum iniuriae*), произошло въ періодъ боязливой, дословной интерпретаціи; тогда исключительно обращали вниманіе на внѣшнюю форму дѣянія, а не на внутренній моментъ, его цѣль, и поэтому признавалось необходимымъ условіемъ отвѣтственности *damnum corpore corpori datum* (ср. ниже); но позднѣе принципъ, лежащій въ основаніи этого закона, былъ свободно осуществленъ посредствомъ аналогичнаго иска, который называется въ Пандектахъ *promiscue to actio in factum*, то *actio utilis legis Aquiliae*<sup>10</sup>, а въ Институціяхъ — въ нѣкоторыхъ случаяхъ (въ случаѣ *damnum corpori nec corpore datum*, см. ниже sub 1) *actio utilis legis Aquiliae*, въ другихъ (въ случаѣ *damnum nec corpore nec corpori datum*, см. ниже sub 2) *actio in factum*<sup>11</sup>; которое указаніе вѣрно и существовала ли между обоими исками какая либо разница, кромѣ различія названій, этого невозможно опредѣлить. Но позднѣйшія распространенія суть слѣдующія:

1. По буквѣ закона Аквилія, деликтъ бываетъ на лицо только тогда, когда поврежденіе наносится *непосредственно* тѣлеснымъ воздѣйствіемъ на вещь (*damnum corpore datum*); по позднѣйшему праву, достаточно, если вредъ является *косвеннымъ* слѣдствіемъ тѣлеснаго воздѣйствія на вещь, напр., если кто либо запретъ раба или животное и тѣмъ причинить ему голодную смерть<sup>12</sup>, дать сумасшедшему рабу мечъ, которымъ тотъ лишитъ себя жизни<sup>13</sup>, дразнить животное, которое вслѣдствіе этого наноситъ вредъ<sup>14</sup>, перерубить канатъ, которымъ былъ привязанъ корабль, и отъ этого произойдетъ поврежденіе корабля<sup>15</sup>. *Но не влечетъ за собою отвѣтственности простое упущеніе, развѣ*

<sup>8</sup> l. 44 pr. l. 5. § 1. l. 31. D. h. t. 9. 2. — <sup>9</sup> l. 4. l. 5. pr. l. 29. §§ 3. 7. l. 45. § 4. l. 49. § 1. l. 52. § 1. D. h. t. 9, 2. — <sup>10</sup> l. 9. § 3. l. 27. § 34. l. 53. D. h. t. 9, 2; l. 51. D. de furt. 47, 2. — <sup>11</sup> § 16. I. h. t. 4, 3. — <sup>12</sup> § 16. I. h. t. 9, 2; l. 9. § 2. l. 29. § 7. D. h. t. 9, 2; l. 14. § 1. D. de pr. v. 19, 5; l. 2. § 20. D. vi bon. rapt. 47, 8. — <sup>13</sup> l. 7. § 6. D. h. t. 9, 2. — <sup>14</sup> l. 11. § 5. D. h. t. 9, 2. — <sup>15</sup> l. 29. § 5. D. h. t. 9, 2.

а. если оно сопровождается какое либо положительное дѣйствіе (напр., если кто не выставитъ обычныхъ знаковъ предостереженія, обрубая сучья, строя крышу) <sup>16</sup> или слѣдуетъ за нимъ (напр., операторъ не заботится о залѣченіи операціи, сдѣланной имъ рабу или животному <sup>17</sup>, и тѣмъ причиняетъ ему смерть), ибо дѣйствующій обязанъ предотвращать вредныя послѣдствія своего дѣйствія, хотя бы оно было дозволено.

б. если (какъ справедливо утверждаютъ нѣкоторые новые юристы) имѣется на лицо законная обязанность къ положительному дѣйствію, напр., если господинъ раба, несмотря на возможность, не предотвратилъ совершеннаго рабомъ преступленія <sup>17b</sup>; если кто либо вопреки § 367 Имп. уголовного уложенія оставляетъ безъ охраны погреба, ямы и отверстія въ мѣстѣ, гдѣ ходятъ или ѣздятъ люди, и кто либо проваливается; если хозяинъ дома вопреки полицейскимъ предписаніямъ не освѣщаетъ лѣстницъ, не посыпаетъ зимою панели пескомъ и вслѣдствіе этого кто либо упадетъ.

2. По буквѣ закона Аквилія, деликтъ бываетъ только тогда, когда вредъ состоитъ въ поврежденіи самой вещи (*damnum corpori datum*); по позднѣйшему праву, и тогда, когда, напр., кто либо лишаетъ другого его вещи, напр., выбьетъ ему деньги изъ рукъ и деньги растеряются, броситъ чужую вещь въ море или въ непроходимое мѣсто, испугаетъ чужое животное, которое поадаетъ въ руки воровъ, способствуетъ бѣгству чужого раба или животнаго <sup>18</sup>; однимъ словомъ, не требуется необходимо поврежденія *вещи*, а достаточно наличности поврежденія *имуществва*.

3. По буквѣ закона Аквилія, притязаніе на возмѣщеніе вреда возникаетъ лишь тогда, когда дѣло идетъ о поврежденіи *вещей*; по позднѣйшему праву, и тогда, когда потерпѣлъ тѣлесное поврежденіе *свободный* человѣкъ <sup>19</sup>; потерпѣвшему должны быть возмѣщены издержки на лѣченіе и потерянная заработная плата. По судебной практикѣ, опирающейся на Каролину <sup>20</sup>, онъ имѣетъ право и на т. н. *Schmerzensgeld* (вознагражденіе за причиненную боль), а иногда и на т. н. *Narbengeld* <sup>21</sup> (вознагражденіе за обезображеніе, напр., если обезображеніе лишило женщину возможности выйти замужъ; въ случаѣ лише-

<sup>16</sup> l. 31. D. h. t. 9, 2; § 5. I. h. t. 4, 3.—<sup>17</sup> l. 8. pr. l. 27. § 9. D. h. t. 9, 2; § 6. I. h. t. 4, 3.—<sup>18</sup> § 16. I. h. t. 4, 3; l. 27. § 21. D. h. t. 9, 2; l. 7. § 7. D. de d. m. 4, 2; l. 14. pr. § 2. D. de pr. v. 19, 5; l. 55. D. de a. d. 41, 1; l. 50. § 4. D. de furt. 47, 2.—<sup>19</sup> l. 5. § 3. l. 6. l. 7. pr. l. 13. pr. D. h. t. 9, 2; ср. l. 3. D. si quadr. 9, 1.—<sup>20</sup> Art. 20.—<sup>21</sup> Иначе римское право. l. 7. pr. D. de his qui effud. 9, 3.

нія жизни свободнаго челоуѣка, по суд. практикѣ, не только подлежатъ возмѣщенію расходы на погребеніе, но также, если послѣ убитаго остались вдова и дѣти, имѣвшіе право на полученіе алиментовъ отъ убитаго, должны быть доставляемы и алименты. По Германскому уг. уложенію 1871 г. § 231, уголовный судъ во всѣхъ случаяхъ тѣлесныхъ поврежденій можетъ на подсудимаго, кромя наказаанія, наложить еще по требованію пострадавшаго пеню (Busse) до суммы 6000 марокъ, которая идетъ въ пользу пострадавшаго; присужденіе къ пенѣ исключаетъ дальнѣйшія притязанія на возмѣщеніе вреда (слѣд., и Schmerzens- и Narbengelder). Такимъ образомъ Busse имѣетъ характеръ возмѣщенія вреда, а не въ то же время (какъ многіе утверждаютъ) и частнаго штрафа. Нѣсколько присужденныхъ отвѣчаютъ солидарно.

4. По буквѣ закона Аквилія, притязаніе на возмѣщеніе вреда принадлежитъ только собственнику; по позднѣйшему праву, и добросовѣстному владѣльцу<sup>22</sup>, и субъекту вещнаго права<sup>23</sup>; изъ субъектовъ обязательственныхъ правъ упоминается только арендаторъ, если повреждены стоящіе еще на полѣ плоды<sup>24</sup>; нѣкоторые романисты желаютъ распространить это положеніе на субъектовъ *всѣхъ* обязательственныхъ правъ, что прямо противорѣчитъ источникамъ<sup>25</sup>.

5. По буквѣ закона Аквилія, подлежащій возмѣщенію вредъ состоитъ въ цѣяности поврежденнаго объекта; толкованіе юристовъ прибавило сюда и прочій интересъ понесшаго ущербъ<sup>26</sup>, за исключеніемъ того, который посредствуется фактами, наступившими *послѣ* поврежденія; поэтому тотъ, чей закинутый неводъ былъ кѣмъ либо разорванъ, не можетъ требовать вознагражденія за ту рыбу, которая бы, вѣроятно, была поймана, если бы неводъ не былъ разорванъ<sup>27</sup> (§ 243 пр. 21).

III. *Современная право.* Кто положительнымъ дѣйствіемъ или упущеніемъ, соединеннымъ съ положительнымъ дѣйствіемъ, истребитъ или повредитъ виновнымъ и противоправнымъ образомъ непосредственно или посредственно какую либо вещь, или кто совершитъ иное, имѣющее такое же значеніе, дѣяніе, — тотъ долженъ уплатить интересъ потерпѣвшему собственнику, добросовѣстному владѣльцу, субъекту вещнаго права (въ одномъ случаѣ и личнаго). При опредѣленіи интереса теперешняя практика принимаетъ во вниманіе время нанесенія ущерба, а не послѣдняго года или мѣсяца; штрафъ двойного противъ отрицающагося отвѣтника тоже не существуетъ; act. legis Aquiliae является теперь, слѣдовательно, чистымъ ис-

<sup>22</sup> I. 11. § 8. l. 17. pr. D. h. t. 9, 2. —<sup>23</sup> I. 11. § 10. l. 12. l. 17. pr. l. 30. § 1. D. h. t. 9, 2; I. 17. § 3. D. de usufr. 7, 1. —<sup>24</sup> I. 27. § 14. D. h. t. 9, 2. —<sup>25</sup> I. 11. § 9. D. h. t. 9, 2; I. 18. § 5. D. de dol. 4, 3; I. 13. § 12. D. de a. e. v. 19, 1. —<sup>26</sup> I. 21. § 2. l. 22. l. 23. pr. §§ 2. 4. l. 37. § 1. l. 55. D. h. t. 9, 2; § 10, I. h. t. 4, 3. —<sup>27</sup> I. 29. § 3. D. h. t. 9, 2.

комъ о возмѣщеніи вреда, а не смѣшаннымъ искомъ. Наслѣдники по судебной практикѣ отвѣчаютъ до суммы наслѣдства (§ 81 пр. 12. 13).

## Б. ОТВѢТСТВЕННОСТЬ ЗА ПОВРЕЖДЕНІЯ, НАНЕСЕННЫЯ НЕ ЛИЦОМЪ ОТВѢЧАЮЩИМЪ.

### 1) § 314. Поврежденія, причиненныя людьми и животными.

*Zimmern*, System der römischen Noxalklagen. 1818.—*Wyss*, Haftung für fremde Culpa. 1867.—*Eger*, das Reichshaftpflichtgesetz. 3. Aufl. 1886.—*Vangerow*, §§ 689. 704—706.—*Windscheid*, § 457.—*Brinz*, § 341.—*Baron*, § 133.

1. Кто отвѣчаетъ за субъективную (техническую) custodia, тотъ отвѣчаетъ за всякое поврежденіе вещи, если только оно не произошло вслѣдствіе непреодолимой силы (§ 237); судохозяева, содержатели гостинницъ и постоялыхъ дворовъ отвѣчаютъ въ такомъ случаѣ, по римскому праву, in duplum, все равно, нанесено ли поврежденіе ими самими или ихъ людьми<sup>1</sup> (по современному праву, они отвѣчаютъ въ однократномъ размѣрѣ).

2. Если произошло поврежденіе вещи вслѣдствіе выбрасыванія или выливанія изъ дома (или корабля), находящагося въ общедоступномъ мѣстѣ, то понесшій ущербъ можетъ требовать отъ проживающаго или какимъ либо инымъ образомъ пользующагося домомъ или комнатою, по римскому праву, двойного (по современному, простого) возмѣщенія вреда (посредствомъ преторской actio de effusis et eiectis)<sup>2</sup>. Отвѣтственное такимъ образомъ лицо имѣетъ право обратнаго требованія къ виновнику<sup>3</sup>.

3. Область примѣненія actiones noxales<sup>4</sup>. По классическому римскому праву, отецъ отвѣчалъ за всѣ деликты подвластныхъ дѣтей, господинъ за всѣ деликты рабовъ, собственникъ, за нѣкоторые случаи вреда, причиненнаго домашнимъ животнымъ<sup>5</sup>; но онъ могъ освободиться отъ отвѣтственности, выдавъ (noxae datio) подвластное дитя, раба, животное—лицу, понесшему ущербъ; поэтому, искъ, посредствомъ котораго вредъ преслѣдовался на судѣ, назывался actio noxalis. Въ по-классическое время отвѣтственность отца за деликты подвластныхъ дѣтей была отмѣнена обычнымъ правомъ<sup>6</sup>,

<sup>1</sup> l. 5. § 6. D. de obl. et act. 44, 7: l. 7. D. nautae 4, 9.—<sup>2</sup> t. D. 9, 3: de his qui effuderint vel eiecerint; §§ 1. 2. I. de obl. quae qu. ex del. 4, 5.—<sup>3</sup> l. 5. § 4. D. h. t. 9, 3.—<sup>4</sup> t. D. 9, 4; C. 3, 41; I. 4, 8: de noxalibus actionibus.—<sup>5</sup> l. 1. § 10. D. si quadr. 9, 1.—<sup>6</sup> § 7. I. h. t. 4, 8.

такъ что теперь практикуется только отвѣтственность хозяина домашняго животнаго <sup>7</sup>. Предполагается, что домашнее животное безъ вины челоуѣка <sup>10</sup> причинило вредъ (pauperies) *противъ* обыкновенныхъ свойствъ своей породы <sup>11</sup>; только въ одномъ случаѣ собственникъ отвѣчаетъ и за естественный вредъ, а именно, если животное съѣсть чужіе плоды <sup>12</sup>. Притязаніе потерпѣвшаго состоитъ въ требованіи полнаго возмѣщенія вреда, но собственникъ можетъ освободиться отъ этого притязанія выдачею животнаго <sup>13</sup>, развѣ если онъ умышленно отрицалъ свое право собственности <sup>14</sup>. Притязаніе принадлежитъ тому, чьи интересы нарушены поврежденіемъ <sup>15</sup>. Ноха sequitur caput <sup>16</sup>, т. е., съ переходомъ права собственности на животное, переходитъ и отвѣтственность на новаго собственника, только *litis contestatio* уже окончательно опредѣляетъ лицо отвѣчающаго, такъ что позднѣйшій переходъ собственности не имѣетъ значенія <sup>17</sup>. Случайною смертью животнаго притязаніе уничтожается <sup>18</sup>. Искъ, которымъ потерпѣвшій осуществляетъ свое притязаніе противъ хозяина животнаго, называется обыкновенно *actio de pauperie*; въ случаѣ отравы, вообще съѣденія плодовъ—*actio de pastu*.—Иначе опредѣляется отвѣтственность за опасныя животныя; кто держитъ таковыя въ общедоступномъ мѣстѣ, тотъ отвѣчаетъ, по особой нормѣ эдильскаго права, безъ права *noxae datio* <sup>19</sup>.

4. По Имп. закону объ отвѣтственности (*Reichshaftpflichtgesetz*) 7-го іюня 1871 г., занимающійся эксплуатаціей рудника, каменоломни, копей или фабрики отвѣчаетъ за вредъ, происшедшій отъ того, что его уполномоченный, замѣститель или другое лицо, принятое имъ для распоряженія или надзора за эксплуатаціей или за рабочими,—своею виною при исполненіи служебныхъ обязанностей причиняетъ смерть или тѣлесное поврежденіе челоуѣку; потерпѣвшій или его наследникъ долженъ доказать вину уполномоченнаго и т. д.—Еще обширнѣе, по этому же закону, отвѣтственность желѣзнодорожнаго предпринимателя; а именно, послѣдній отвѣчаетъ за вредъ, происшедшій отъ того, что, при эксплуатаціи дороги, убить или потерпѣлъ тѣлесное поврежденіе челоуѣкъ; потерпѣвшій или его наследникъ не обязанъ доказывать, что самъ отвѣтчикъ или его уполномоченный и т. д. причинили по своей винѣ смерть или тѣлесное поврежде-

<sup>7</sup> t. D; 9, 1; t. I. 4, 9; si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.—<sup>8</sup> l. 4. D. h. t. 9, 1.—<sup>9</sup> § 1. I. h. t. 4, 9.—<sup>9a</sup> l. 1. § 10. D. h. t. 9, 1.—<sup>10</sup> l. 1. § 5. D. h. t. 9, 1; l. 8. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2.—<sup>11</sup> l. 1. §§ 4—7. 10. 11. l. 5. D. h. t. 9, 1; pr. I. h. t. 4, 8.—<sup>12</sup> l. 14. § 3. D. de pr. v. 19, 5; Pauli sent. rec. I, 15. § 1; l. 6. C. ad l. Aq. 3, 35.—<sup>13</sup> l. 1. pr. D. h. t. 9, 1; pr. I. h. t. 4, 9.—<sup>14</sup> l. 1. § 15. D. h. t. 9, 1.—<sup>15</sup> l. 2. pr. D. h. t. 9, 1.—<sup>16</sup> l. 1. §§ 12. 13. D. h. t. 9, 1.—<sup>17</sup> l. 37. l. 38. pr. D. de nox. a. 9, 4.—<sup>18</sup> l. 1. §§ 13. 16. D. h. t. 9, 1.—<sup>19</sup> l. 40. § 1. l. 41. l. 42. D. de aed. ed. 21, 1; § 1. I. h. t. 4, 9.



віе; отвѣтственность не имѣет мѣста, если предприниматель докажетъ, что причину несчастнаго случая была непреодолимая сила или собственная вина потерпѣвшаго. — Отвѣтственность состоитъ въ случаѣ тѣлеснаго поврежденія въ обязанности уплатить издержки на излѣченіе и кромѣ того ренту, если способность потерпѣвшаго къ свисканію себѣ средствъ къ жизни прекратилась на всегда или на время или уменьшилась; въ случаѣ причиненія смерти, предприниматель обязанъ возратить издержки на попытку излѣченія и на погребеніе, а равно (если смерть послѣдовала не тотчасъ) и потерянную заработную плату за время болѣзни; наконецъ, тѣ лица, которыхъ убитый ко времени смерти обязанъ былъ содержать, могутъ потребовать вознагражденія за алименты, которыхъ они лишились вслѣдствіе несчастнаго случая. — Требования изъ этого закона погашаются по общему правилу истеченіемъ двухъ лѣтъ послѣ несчастнаго случая. Противъ лицъ, имѣющихъ право на содержаніе, теченіе давности начинается со дня смерти.

Область примѣненія Имп. закона объ отвѣтственности 7-го іюня 1871 г. въ послѣдствіи была значительно ограничена Имп. закономъ о страхованіи отъ несчастныхъ случаевъ (Reichsunfallversicherungsgesetz) 6-го іюля 1884 г. и дальнѣйшими, распространяющими дѣйствіе послѣдняго, законами 28-го мая 1885 г. и 5-го мая 1886 г.; ибо по этимъ законамъ рабочіе и служащіе (послѣдніе лишь въ томъ случаѣ, если ихъ годичный доходъ не превышаетъ 2000 марокъ) въ рудникахъ, каменоломняхъ, косяхъ, фабрикахъ, на желѣзныхъ дорогахъ (но кромѣ того и во многихъ другихъ предпріятіяхъ, въ томъ числѣ, напр., почтовыхъ, телеграфныхъ, перевозочныхъ, строительныхъ, сельскохозяйственныхъ и лѣсныхъ) пользуются страхованіемъ отъ послѣдствій всякихъ несчастныхъ случаевъ при эксплуатациі; исключается лишь тотъ случай, если потерпѣвшій умышленно вызвалъ несчастное происшествіе; во всѣхъ прочихъ случаяхъ застрахованные или оставшіеся послѣ нихъ члены семьи и наслѣдники имѣютъ право на возмѣщеніе всякаго вреда вслѣдствіе смерти или тѣлеснаго поврежденія, провозшелъ ли онъ отъ случая или по чужой или собственной винѣ потерпѣвшаго; впрочемъ, вредъ возмѣщается по этимъ законамъ не въ полномъ, а лишь въ сокращенномъ размѣрѣ (ср. §§ 5—7 закона 6-го іюля 1884 г.); обязаны къ возмѣщенію профессиональные союзы предпринимателей, имѣющіе права юр. лицъ; въ области почты, телеграфовъ и государственныхъ желѣзныхъ дорогъ обязаны къ возмѣщенію Имперія или то союзное государство, которое является предпринимателемъ. Стало бытъ, между тѣмъ какъ законъ 1871 г. возлагаетъ отвѣтственность на единичнаго предпринимателя, по названнымъ новымъ законамъ, возмѣщаетъ вредъ данная отрасль промышленности (профессиональный союзъ), т. е. всѣ представители однородныхъ предпріятій; между тѣмъ какъ по закону 1871 г. въ случаѣ *vis major* отвѣтственности не полагается, по новымъ законамъ вредъ возмѣщается независимо отъ причины (*culpa* или *casus*). И вотъ въ предѣлахъ примѣненія законовъ о страхованіи законъ объ отвѣтственности 1871 г. не имѣетъ болѣе силы; тѣмъ не менѣе еще и теперь для него осталось довольно обширное поле дѣйствія; два главныхъ случая его примѣненія суть слѣд.: а) застрахованные лица и оставшіеся члены ихъ

семьи имѣютъ право на возмѣщеніе недостающаго до полнаго покрытія вреда противъ тѣхъ предпринимателей, ихъ представителей, замѣстителей и т. д., относительно которыхъ было установлено приговоромъ уголовного суда, что они причинили несчастье умышленно; б) Имп. законы о страхованіи относятся только къ тѣмъ лицамъ, которая состоятъ на работѣ или на службѣ въ предпріятіи; стало быть, законъ 1871 г. сохраняетъ силу для всѣхъ прочихъ лицъ, напр., для пассажировъ, фабричныхъ инспекторовъ, податныхъ ревизоровъ и т. д.

## 2) § 315. Поврежденіе недвижимостями (cautio damni infecti).

t. D. XXXIX, 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus.—Hesse, die cautio damni infecti. 1838.—Тотъ же авторъ, über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. §§ 1—27. 2. Aufl. 1880.—Groh, über die Caution wegen zukünftigen Schadens. 1854.—Vangerow, § 678.—Windscheid, §§ 458 до 461.—Brinz, § 172.

Иногда имѣетъ мѣсто отвѣтственность за вредъ, нанесенный недвижимыми вещами. Что относительно этого постановляло древнее ius civile, этого достовѣрно опредѣлить невозможно<sup>1</sup>; но преторскому праву, кто опасается, что отъ порочнаго устройства одной недвижимости можетъ произойти поврежденіе другой, тотъ можетъ требовать cautio damni infecti, т. е. общанія возмѣститъ ему вредъ, если таковой дѣйствительно произойдетъ<sup>2</sup>. Это требованіе оправдывается слѣдующимъ соображеніемъ. Самъ по себѣ хозяинъ недвижимости не отвѣчаетъ за вредъ, который происходитъ отъ недостатковъ его вещи; ибо такой вредъ происходитъ не по его винѣ, а вслѣдствіе случая или чужой (строителя) вины. Но если сосѣдъ требуетъ отъ него cautio damni infecti, то этимъ самымъ обращается его вниманіе на неисправное состояніе недвижимости; по обыкновенію boni patris familias онъ долженъ затѣмъ устранить недостатокъ соответственными поправками (ниже пр. 9), а сосѣдъ имѣетъ право требовать обезпеченія на случай вреда, который можетъ произойти, если поправка не будетъ сдѣлана.—

Недостатки недвижимости могутъ быть разные; источники<sup>3</sup> называютъ vitium loci, arborum, aedium, operis (напр., навѣса, suggrundia et protectiones<sup>4</sup>, хлѣбной печи<sup>5</sup>, колодца<sup>6</sup>, навозной ямы<sup>7</sup>, водопроводныхъ трубъ и жолобовъ)<sup>8</sup>; во всякомъ случаѣ недоста-

<sup>1</sup> cf. Gaius 4, 31; l. 5. D. ne quid in fl. 43, 8.—<sup>2</sup> l. 7. pr. D. h. t. 39, 2.—<sup>3</sup> l. 24. pr. §§ 2, 9, 12. D. h. t. 39, 2.—<sup>4</sup> cf. Rubr. D. h. t.—<sup>5</sup> l. 24. § 7. D. h. t. 39, 2; l. 27. § 10. D. ad l. Aq. 9, 2.—<sup>6</sup> l. 24. § 12. D. h. t. 39, 2.—<sup>7</sup> l. 17. § 2. D. si serv. v. 8, 5.—<sup>8</sup> l. 18. l. 29. D. de serv. pr. u. 8, 2.

токъ долженъ быть таковъ, чтобы его можно было исправить человѣческими руками<sup>9</sup>. Право требовать *cautio* имѣетъ тотъ, кому на подвергающуюся опасности вещь принадлежитъ право собственности<sup>11</sup> или какое либо иное вещное право<sup>12</sup> или (по обязательству) *detentio*<sup>13</sup>. Обязанъ къ представленію обезпеченія собственникъ<sup>15</sup>, добросовѣстный владѣлецъ<sup>16</sup>, субъектъ вещнаго права<sup>17</sup>; первые два и субъектъ вещнаго сервитута представляютъ обезпеченіе путемъ стипуляціи (*nuda repromissio*, теперь путемъ неформальнаго обѣщанія)<sup>18</sup>, прочіе должны въ то же время представить поручителей (*satisfatio*)<sup>19</sup>.—*Cautio* должна быть дана лишь на извѣстное время, опредѣляемое судьей<sup>24</sup>. Дающій обезпеченіе обязывается къ возмѣщенію всего интереса<sup>25</sup> (зуда однако не относится вредъ вслѣдствіе чрезвычайной роскоши)<sup>26</sup>. Искъ, которымъ можно было потребовать возмѣщеніе интереса, былъ въ *p. pr. actio ex stipulatu*, потому что *cautio* устанавливалась въ формѣ стипуляціи (§ 213).

Если не было дано обезпеченія въ теченіе опредѣленнаго срока, то подвергающійся опасности могъ требовать перваго ввода въ угрожающій участокъ (т. н. *missio ex primo decreto*); по этой *missio* введенный получаетъ *custodia et observatio* участка<sup>27</sup>, т. е., не имѣя права изгнать изъ него хозяина<sup>28</sup>, онъ можетъ, однако, изслѣдовать причины угрожающаго вреда и принять мѣры къ ихъ устраненію<sup>29</sup>; первый вводъ отмѣняется, какъ только представлено обезпеченіе и возмѣщены издержки на мѣры предосторожности<sup>30</sup>. Если по истеченіи извѣстнаго срока обезпеченія все таки не представлено, то вторымъ вводомъ (т. н. *missio ex secundo decreto*)<sup>31</sup> опасяющемуся вреда дается право на владѣніе угрожающимъ участкомъ; вслѣдствіе приобрѣтенія владѣнія право противника (собствен-

<sup>9</sup> 1. 24. § 8. D. h. t. 39, 2.—<sup>10</sup> 1. 13. § 2. D. h. t. 39, 2.—<sup>11</sup> 1. 5. § 2. 1. 20. D. h. t. 39, 2.—<sup>12</sup> 1. 5. § 2. 1. 11. 1. 13. § 8. 1. 39. § 2. D. h. t. 39, 2.—<sup>13</sup> 1. 13. §§ 4. 5. 1. 21. 1. 38. *pr.* D. h. t. 39, 2.—<sup>14</sup> 1. 11. 1. 13. § 9. D. h. t. 39, 2.—<sup>15</sup> 1. 9. §§ 4. 5. 1. 10. 1. 15. § 27. 1. 22. D. h. t. 39, 2.—<sup>16</sup> 1. 13. *pr.* D. h. t. 39, 2.—<sup>17</sup> 1. 9. §§ 4. 5. 1. 11. 1. 15. §§ 25. 26. 1. 19. *pr.* 1. 22. D. h. t. 39, 2.—<sup>18</sup> 1. 7. *pr.* 1. 13. *pr.* § 1. 1. 30. § 1. D. h. t. 39, 2.—<sup>19</sup> 1. 9. §§ 4. 5. 1. 10. 1. 11. 1. 15. § 25. D. h. t. 39, 2.—<sup>20</sup> 1. 32. D. h. t. 39, 2.—<sup>21</sup> 1. 13. § 6. 1. 33. 1. 34. D. h. t. 39, 2.—<sup>22</sup> 1. 18. § 2. 1. 20. D. h. t. 39, 2.—<sup>23</sup> 1. 32. 1. 39. *pr.* D. h. t. 39, 2.—<sup>24</sup> 1. 4. *pr.* 1. 7. *pr.* 1. 13. § 15. D. h. t. 39, 2.—<sup>25</sup> 1. 28. 1. 29. 1. 37. D. h. t. 39, 2.—<sup>26</sup> 1. 40. *pr.* D. h. t. 39, 2.—<sup>27</sup> 1. 7. *pr.* D. h. t. 39, 2; 1. 12. D. *qu. ex caus.* 42, 4; 1. 3. § 23. D. *de a. p.* 41, 2.—<sup>28</sup> 1. 15. § 20. D. h. t. 39, 2.—<sup>29</sup> 1. 15. § 30. D. h. t. 39, 2.—<sup>30</sup> 1. 15. §§ 31. 32. 39. D. h. t. 39, 2.—<sup>31</sup> 1. 7. *pr.* 1. 15. § 16. D. h. t. 39, 2.—<sup>32</sup> 1. 5. *pr.* 1. 12. 1. 15. §§ 16. 17. 25. 26. 27. 33. 1. 18. § 15. D. h. t. 39, 2; 1. 5. 1. 7. § 9. D. *comm. div.* 10, 3; 1. 1. *pr.* D. *de fundo dot.* 23, 5.

ность, добросовѣстное владѣніе) прекращается, и, поскольку оно способно къ переходу, переносится на введеннаго во владѣніе. Такимъ образомъ результатъ опасности вреда отъ участка выходить тотъ же, что и въ случаѣ поврежденій, причиненныхъ животными; въ обоихъ случаяхъ потерпѣвшему долженъ быть возмѣщенъ вредъ или по крайней мѣрѣ должна быть выдана наносящая вредъ недвижимость или животное<sup>33</sup>.

### С. § 316. Прочія правила о причиненіи вреда.

*Vangerow*, §§ 682—688.

Особыя правила постановлены противъ насильственныхъ поврежденій<sup>1</sup>, противъ поврежденій по случаю смятенія<sup>2</sup>, пожара и подобныхъ случаевъ<sup>3</sup>, противъ тайной порубки чужихъ деревьевъ (*actio arborum furtim caesarum*)<sup>4</sup>, противъ поврежденія надгробнаго памятника (*actio sepulcri violati*)<sup>5</sup> и нѣкоторыхъ другихъ<sup>6—9</sup>, а равно противъ опаснаго выставленія и вывѣшиванія вещей (*actio deposito vel suspenso*)<sup>10</sup>; въ послѣднемъ случаѣ жилецъ помѣщенія, изъ котораго что либо вылито или брошено, обязанъ потерпѣвшему отъ этого вредъ возмѣстить интересъ (по римскому праву въ двойномъ размѣрѣ), при чемъ безразлично, онъ ли виновникъ или кто другой.

<sup>33</sup> l. 7. pr. § 1. l. 9. pr. D. h. t. 39, 2.—<sup>34</sup> l. 4. pr. D. ne vis fiat 43, 4.—  
<sup>35</sup> l. 7. pr. l. 4. § 2. l. 15. § 36. l. 16. l. 17. l. 18. §§ 13—15. D. h. t. 39, 2; l. 4. §§ 2. 3. D. ne vis fiat 43, 4.—<sup>36</sup> l. 7. § 2. l. 8. l. 9. pr. D. h. t. 39, 2.—  
<sup>37</sup> l. 4. § 3. D. ne vis fiat 43, 4.—<sup>38</sup> l. 15. § 28. D. h. t. 39, 2.—<sup>39</sup> l. 6. l. 7. § 2. l. 9. § 3. l. 44. pr. D. h. t. 39, 2; l. 5. § 4. D. ad exh. 10, 4.—<sup>40</sup> l. 7. pr. l. 15. §§ 6. 9. D. h. t. 39, 2; l. 1. pr. D. de ripa mun. 43, 15; l. 1. pr. D. de via publ. 43, 11; l. 1. pr. D. de loc. publ. 43, 9.—<sup>41</sup> l. 9. §§ 1—3. D. h. t. 39, 2; l. 5. § 4. l. 9. § 1. l. 15. D. ad exh. 10, 4; l. 19. § 4. D. loc. 19, 2; l. 3. § 11. l. 5. § 4. D. de it. act. pr. 43, 19; l. 1. § 38. D. de ad. quot. 43, 20; l. 3. § 9. D. de riv. 43, 21; l. 1. pr. §§ 12. 14. D. de cloac. 43, 23.

<sup>1</sup> l. 2. pr. § 9. D. vi bon. rapt. 47, 8.—<sup>2</sup> l. 4. D. eod. 47, 8.—<sup>3</sup> l. 1. pr. D. de inc. 47, 9.—<sup>4</sup> t. D. 47, 7: arborum furtim caesarum.—<sup>5</sup> t. D. 47, 12; t. C. 9, 19: de sepulcro violato.—<sup>6</sup> l. 2. § 2. D. de rel. 11, 7.—<sup>7</sup> l. 14. § 1. D. de serv. corr. 11, 3.—<sup>8</sup> l. 3. pr. D. de via publ. 43, 11.—<sup>9</sup> ll. 1—6. D. de publ. 39, 4.—<sup>10</sup> l. 5. §§ 6—13. D. de his qui eff. 9, 3; § 1. I. de obl. quae qu. ex del. 4, 5.

## Раздѣлъ третій.

## § 317. Угрозы.

t. D. IV, 2: quod metus causa gestum erit.—t. C. II, 19: de his quae vi metusve causa gesta sunt.—Ср. лит. къ § 51.—Vangerow, § 692.—Windscheid, § 462.—Brinz, § 342.—Baron, § 132.

Уже выше мы замѣтили, что сдѣлка ничтожна, если она заключена вслѣдствіе тѣлеснаго насилія (физическаго принужденія, т. н. *vis absoluta*, § 50 sub III); далѣе, что если кто либо былъ побужденъ угрозами (психическое принужденіе, т. н. *vis compulsiva*) къ заключенію какой бы то ни было юридической сдѣлки, то онъ пріобрѣтаетъ притязаніе, при чемъ предполагается, что угрозы возбудили въ немъ основательный страхъ (*iustus timor, metus*, § 51 sub II). Здѣсь остается прибавить, что притязаніе возникаетъ и тогда, когда угроза имѣетъ слѣдствіемъ какое либо другое вредное дѣйствіе (напр., разрушеніе зданія)<sup>1</sup>. Притязаніе состоитъ въ правѣ требовать возстановленія прежняго состоянія и возмѣщенія убытковъ<sup>2</sup>; такимъ образомъ, переданное вещное право или владѣніе должно быть возвращено, прекращенное вещное право на чужую вещь и прощенное требованіе должны быть опять возстановлены, принятое обязательство должно быть прекращено.—Впрочемъ, къ этому обязанъ<sup>3</sup> не только самъ угрожающій, но также и всякое третье лицо, у котораго находятся вещи, отнятыя у потерпѣвшаго, а равно и то, которое ихъ злоумышленно лишилось<sup>4</sup>: *act. et exc. metus* суть *in rem scriptae* (§ 80 пр. 7). Наслѣдники угрожающаго отвѣчаютъ по началамъ деликтныхъ обязательствъ<sup>6</sup> (§ 81 пр. 12. 13).—Искъ, принадлежащій потерпѣвшему для судебнаго осуществленія его притязанія, называется *actio quod metus*; по р. праву, отвѣтчикъ присуждается къ учетверенной суммѣ, если противъ него былъ предъявленъ искъ до истеченія одного года послѣ угрозъ и онъ добровольно не исполнилъ своего обязательства по предложенію судьи<sup>6</sup> (*arbitrium de restituendo*, § 84 пр. 14); присужденіе къ четверному теперь не практикуется (§ 81).—Болѣе обширная мѣра, *act. et exc. spolii*, была изложена выше (§ 123).

<sup>1</sup> 1. 9. § 2. D. h. t. 4, 2.—<sup>2</sup> 1. 9. §§ 7. 8. 1. 10. § 1. 1. 12. пр. § 2. 1. 14. § 5. 1. 21. § 2. D. h. t. 4, 2; 1. 4. C. h. t. 2, 19.—<sup>3</sup> 1. 9. § 4. 1. 10. 1. 14. § 9. 1. 21. § 2. D. h. t. 4, 2.—<sup>4</sup> 1. 9. §§ 1. 8. 1. 10. пр. 1. 11. 1. 14. §§ 3. 5. 1. 18. D. h. t. 4, 2.—<sup>5</sup> 1. 16. § 2.—1. 20. D. h. t. 4, 2.—<sup>6</sup> 1. 14. §§ 1. 4. 7. 9. 10. 14. D. h. t. 4, 2; 1. 4. C. h. t. 2, 19.

## Раздѣль четвертый.

## Злоумышленное причиненіе имущественнаго вреда.

## А. § 318. Общія начала (actio doli).

t. D. IV, 3; t. C. II, 20: de dolo malo. Ср. литературу къ § 51.—*Vangerow*, § 693.—*Windscheid*, § 462.—*Brinz*, § 344.—*Baron*, § 132.

Уже выше мы замѣтили, что ничтожна та сдѣлка, которую кто либо заключилъ по существенному заблужденію, было ли послѣднее возбуждено въ немъ другимъ лицомъ намѣренно (обманомъ) или нѣтъ (§ 51); тамъ же мы видѣли, что въ случаѣ несущественнаго заблужденія, если послѣднее было возбуждено намѣренно, обманутый пріобрѣтаетъ противъ обманщика притязаніе. Здѣсь остается прибавить, что подобное притязаніе пріобрѣтаетъ всякій, которому другой злонамѣренно причинилъ какой бы то ни было имущественный вредъ (напр., кто либо дозволяетъ другому заниматься на своемъ участкѣ ломкой или гравеніемъ камней и отмѣняетъ дозволеніе, когда другой уже сдѣлалъ къ этому приготовленія и затраты<sup>1</sup>; кто либо умышленно уничтожаетъ отданное ему на храненіе завѣщаніе, и вслѣдствіе этого наслѣдники и легатаріи не могутъ доказать своихъ правъ предъ наслѣдниками по закону)<sup>2</sup>. Притязаніе состоитъ въ правѣ требовать полнаго возмѣщенія убытковъ<sup>3</sup>, по истеченіи двухъ лѣтъ—въ правѣ на выдачу обогащенія<sup>4</sup>; наслѣдники отвѣчаютъ по началамъ деликтныхъ обязательствъ<sup>5</sup> (§ 81 пр. 12. 13). Притязаніе не имѣетъ мѣста, если потерпѣвшій самъ виновенъ въ *dolus*<sup>6</sup>. Искъ, принадлежащій потерпѣвшему для судебнаго осуществленія его притязанія, называется *actio doli*; присужденный по этому иску становился *infamis* (§ 27); этимъ объясняются слѣдующія нормы (которыя нынѣ лишены значенія):

1. Иска нельзя предъявить на сумму меньше *duo aurei*<sup>7</sup>.

2. Если обязаннымъ къ возмѣщенію является лицо, которому потерпѣвшій долженъ оказывать особое уваженіе, то искъ предъявляется въ иной редакціи (*actio in factum*, въ которой о *dolus* не упоминается) и притомъ только объ обогащеніи<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> l. 34. D. h. t. 4, 3; l. 16. § 1. D. de pr. v. 19, 5.—<sup>2</sup> l. 35. D. h. t. 4, 3.—<sup>3</sup> l. 18. пр. § 1. D. h. t. 4, 3.—<sup>4</sup> l. 28. D. h. t. 4, 3; l. 8. C. h. t. 2, 20.—<sup>5</sup> l. 17. § 1. II. 26—28. D. h. t. 4, 3.—<sup>6</sup> l. 36. D. h. t. 4, 3; l. 154. D. de r. i. 50, 17.—<sup>7</sup> l. 9. § 5. l. 10. l. 11. пр. D. h. t. 4, 3.—<sup>8</sup> l. 11. § 1. l. 12. D. h. t. 4, 3.

3. Act. doli есть вспомогательный искъ, слѣдовательно, его нельзя предъявить, пока можно прибѣгнуть къ какому либо другому иску, хотя бы даже in integrum resitutio<sup>9</sup>.

## В. ОСОБЫЕ СЛУЧАИ ЗЛОГО УМЫСЛА.

### 1) § 319. Нарушеніе отправленія правосудія.

*Vangerow*, §§ 695. 696.—*Windscheid*, § 464.

1. По римскому праву, препятствующій позванному въ судъ (in ius vocatus) слѣдовать за истцемъ обязанъ уплатить истцу (по actio in factum) денежный штрафъ, равный суммѣ иска<sup>1</sup>. Далѣе, кто препятствуетъ тому тяжущемуся, который далъ cautio iudicio sisti, или его противнику явиться къ магистрату, тотъ платитъ (по actio in factum) интересъ<sup>2</sup>.—In ius vocatio и cautio iudicio sisti теперь не существуютъ, но тотъ, кто помѣшаетъ явиться вызванному въ судъ, платитъ потерпѣвшему интересъ.

2. Кто отчуждаетъ какую либо вещь по сдѣлкѣ между живыми съ цѣлью ограничить или затруднить другому преслѣдованіе его права (alienatio iudicii mutandi causa), тотъ платитъ потерпѣвшему (по actio in factum) интересъ<sup>3</sup>. Притязаніе погашается истеченіемъ одного annus utilis<sup>4</sup>. Наслѣдники отвѣчаютъ по началамъ деликтныхъ обязательствъ<sup>5</sup> (§ 81 пр. 12. 13). Въ древнее время это притязаніе возникало особенно часто тогда, когда владѣлецъ чужой вещи dolo malo оставлялъ свое владѣніе<sup>6</sup>; этотъ главный случай примѣненія потерялъ свое значеніе съ того времени, когда такой бывшій владѣлецъ сталъ подвергаться отвѣтственности, какъ бы владѣлецъ (т. н. fictus possessor, § 150).

### 2) § 320. Calumnia.

t. D. III, 6: de calumniatoribus.—*Vangerow*, § 694.—*Windscheid*, § 471.

Кто получилъ что либо calumniae causa, т. е. съ тѣмъ, чтобы возбудить противъ другого неправый процессъ или отказаться отъ такового, тотъ отвѣчаетъ предъ лицомъ, которому процессъ угро-

<sup>9</sup> l. 1. § 4.—l. 7. l. 18. §§ 2. 3. l. 25. l. 40. D. h. t. 4, 3; l. 2. C. h. t. 2, 20.

<sup>1</sup> t. D. 2, 7: ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat.—<sup>2</sup> t. D. 2, 10: de eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat.—<sup>3</sup> t. D. 4, 7; t. C. 2, 54: de alienatione iudicii mutandi causa facta.—<sup>4</sup> l. 6. l. 7. D. h. t. 4, 7.—<sup>5</sup> l. 4. § 6. l. 6. D. h. t. 4, 7.—<sup>6</sup> l. 1. l. 4. § 1. D. h. t. 4, 7.

жалъ (по *actio in factum*) до истеченія одного года въ четверномъ размѣрѣ противъ полученнаго, по истеченіи этого срока—въ одномъ размѣрѣ<sup>1</sup>. Такъ какъ теперь штрафныя притязанія по общему правилу отбѣнены, то притязаніе того лица, которому угрожалъ процессъ, поскольку оно направлено на кратный штрафъ, должно быть признано несуществующимъ.

## Раздѣлъ пятый.

### § 321. Iniuria.

t. D. XLVII, 10: de iniuriis et famosis libellis. — t. C. IX, 35; t. I. IV, 4: de iniuriis.—*Wächter* u *Dochow*, въ сочиненіяхъ, приведенныхъ къ § 313.—*Ihering*, Gesammelte Aufsätze. Bd. 3. Стр. 233—408. 1886.—*Landsberg*, Injuria und Beleidigung. 1886.—*Vangerow*, § 701.—*Windscheid*, § 472.—*Baron*, § 131.

I. *Понятіе и условія.* Iniuria въ обширномъ смыслѣ означаетъ всякую неправду, причинена ли она culpa или dolo. Въ тѣсномъ смыслѣ iniuria равняется contumelia, т. е. означаетъ умышленное оскорбленіе чуждой чести<sup>1</sup>. Къ iniuria въ т. см. относится, конечно, и оскорбленіе т. н. хозяйственной чести (напр., кто либо дѣлаетъ напоминаніе поручителю, между тѣмъ какъ главный должникъ готовъ уплатить<sup>2</sup>; кто либо предлагаетъ продать вещь, ложно утверждая, что она заложена ему другимъ<sup>3</sup> и т. п.). Затѣмъ умышленное оскорбленіе женской чести (напр., кто либо обращается къ женщинѣ съ ласкательными словами [*appellare est blanda ratione alterius puditiciam attentare*], слѣдуетъ повсюду за нею, удаляетъ сопровождающаго ее служителя<sup>3a</sup>). Но и всякое другое нарушеніе конкретнаго права, вытекающее изъ неуваженія къ чуждой личности, признавалось тоже за iniuria (напр., кто либо умышленно разглашаетъ тайны завѣщанія<sup>4</sup>, входитъ въ чье либо жилище противъ воли хозяина<sup>5</sup>, не даетъ другому пользоваться res publica publico usui destinata<sup>6</sup>, возбуждаетъ умышленно безъ всякаго основанія вопросъ о свободѣ лица и т. д.<sup>7</sup>). Къ составу обиды (iniuria) относится:

1. Оскорбительное дѣяніе. Оно можетъ (говорятъ источники) состоять въ дѣйстви или въ словахъ<sup>8</sup>, а также (говорятъ новые юр.)

<sup>1</sup> 1. 1. pr. D. h. t. 3, 6.—<sup>2</sup> 1. 4. D. h. t. 3, 6.—<sup>3</sup> 1. 5. pr. D. h. t. 3, 6.—<sup>4</sup> 1. 5. § 1. D. h. t. 3, 6; 1. 7. pr. eod.

<sup>1</sup> 1. 1. pr. D. h. t. 47, 10.—<sup>2</sup> 1. 19. 1. 20. D. h. t. 47, 10.—<sup>3</sup> 1. 15. §§ 32. 33. D. h. t. 47, 10.—<sup>3a</sup> 1. 15. §§ 15—23. D. h. t. 47, 10.—<sup>4</sup> 1. 41. pr. D. ad. l. Aq. 9, 2.—<sup>5</sup> 1. 5. pr. l. 23. D. h. t. 47, 10.—<sup>6</sup> 1. 13. § 7. D. h. t. 47, 10.—<sup>7</sup> 1. 11. § 9. 1. 12. 1. 22. D. h. t. 47, 10.—<sup>8</sup> 1. 1. § 1. D. h. t. 47, 10.



въ знакахъ (оскорбленіе дѣйствиємъ, словомъ, символическое оскорбленіе). Если оно состоитъ въ словахъ и притомъ въ такихъ словахъ, которыя ложно приписываютъ другому совершеніе безчестныхъ дѣяній, то новые юр. называютъ его клеветою <sup>8a</sup>. Если оно состоитъ въ распространеніи письменнаго оскорбленія, то источники называютъ его *libellus famosus, carmen famosum*, новые юристы—пасквилемъ. Оскорбительное дѣяніе, которое является особенно тяжкимъ по отношенію къ мѣсту, способу, лицу,—называется *atrox iniuria* <sup>9</sup>. Оскорбительное дѣяніе можетъ, по римскому праву, кромѣ оскорбленія того, противъ кого оно непосредственно направлено, заключать въ себѣ еще косвенно и оскорбленіе другого лица: путемъ оскорбленія подвластнаго дитяти, жены, невѣсты, наследодателя въ то же время наносится оскорбленіе отцу семейства, мужу, жениху, наследнику <sup>10</sup>; отсюда новые юристы пришли къ дѣленію на обиду непосредственную и косвенную. Герм. уголовное уложеніе косвенной обиды не знаетъ совсѣмъ.

2. Умысль причинить другому оскорбленіе чести или неуваженіе (*animus iniuriandi*) <sup>11</sup>. Для наличности такого умысла достаточно, чтобы дѣйствующій сознавалъ, что его дѣяніе содержитъ въ себѣ оскорбленіе чести или выраженіе неуваженія <sup>11a</sup>, и не важно, что онъ совершилъ дѣяніе не съ целью оскорбленія или выраженія неуваженія. Такого умысла нѣтъ, если безчестный фактъ, приписываемый другому, дѣйствительно имѣлъ или имѣеть мѣсто, а форма утвержденія и другія обстоятельства не выражаютъ особаго презрѣнія <sup>12</sup>: *противъ иска о клеветѣ допускается exceptio veritatis*.

II. *Наказаніе за iniuria* въ различные періоды было различно:

1. По законамъ XII таблицъ <sup>13</sup>, за сочиненіе пасквиля полагалось бичеваніе (до смерти?), за членовредительство (если не наступило примиреніе)—таліонъ, за переломленіе и раздробленіе кости—частный штрафъ въ 300 ассовъ за свободнаго, въ 150 ассовъ за раба, наконецъ, за всякую другую *iniuria*—штрафъ въ 25 ассовъ.—Въ преторскомъ эдиктѣ <sup>14</sup> было установлено начало, по которому денежная пеня, платимая обидчикомъ обиженному, должна быть опредѣлена судьей въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по тяжести

<sup>8a</sup> Reichsstrafgesetzbuch § 187. — <sup>9</sup> I. 7. §§ 7. 8. D. h. t. 47, 10; § 9. I. h. t. 4, 4. — <sup>10</sup> I. 1. §§ 3. 6. 9. I. 15. § 24. I. 26. D. h. t. 47, 10; § 2. I. h. t. 4, 4. — <sup>11</sup> I. 3. §§ 1.—4. D. h. t. 47, 10. — <sup>12</sup> I. 18. pr. D. h. t. 47, 10; Deutsches Reichsstrafgesetzbuch § 192. — <sup>13</sup> Gai. 3, 223; Cic. de rep. IV, 10, 12. — <sup>14</sup> Gai. 3, 224; I. 11. § 1. II. 16. 17. § 2. D. h. t. 47, 10.

обиды ex aequo et bono; притязаніе на штрафъ погашалось истеченіемъ одного года. Осужденный становился infamis; искъ обиженного назывался actio iniuriarum aestimatoria.—Lex Cornelia<sup>15</sup> (Судлы<sup>15a</sup>) далъ обиженному за нѣкоторыя обиды (толчки, удары, насильственное вторженіе въ жилище, пасквиль) право выбора между требованіемъ частнаго штрафа и требованіемъ уголовного наказанія обидчика; въ чемъ состояло само уголовное наказаніе, намъ неизвѣстно; для сочинителя пасквиля оно влекло за собою instabilitas<sup>16</sup> (§ 27 пр. 5). Въ императорскій періодъ право выбора между уголовнымъ наказаніемъ и частнымъ штрафомъ мало-по-малу было распространено на *все* виды iniuria<sup>17</sup>.

2. Въ сводѣ Юстиніана комбинированы такимъ образомъ различныя начала: наказанія за iniuria опредѣляются отчасти по началамъ преторскаго эдикта, отчасти по Lex Cornelia, отчасти по императорскимъ законамъ.

3. *Общее германское право до изданія Германскаго уголовного уложенія.* По нормамъ Общаго права, развившимся на почвѣ римскаго права, обиженный имѣлъ право выбора между требованіемъ уголовного наказанія обидчика и частнымъ штрафомъ. Уголовное наказаніе обыкновенно состояло въ тюремномъ заключеніи, частный штрафъ—въ денежной суммѣ, размѣръ которой намѣчалъ истецъ, а окончательно опредѣлялъ, смотря по тяжести обиды, судья. По имперскимъ законамъ<sup>18</sup>, оскорбленный могъ въ то же время требовать, чтобы оскорбитель въ случаѣ клеветы призналъ ее ложною, вообще за всякую обиду изъявилъ просьбу о прощеніи, а въ случаѣ сомнительнаго animus iniuriandi призвалъ честь оскорбленнаго; поэтому говорили объ actio ad recantationem s. ad palinodiam, ad deprecationem, ad declarationem honoris.—Притязаніе обиженного не переходило по наслѣдству ни съ активной, ни съ пассивной стороны<sup>19</sup>. Оно погашалось истеченіемъ одного года<sup>20</sup>, случаи корнелиева закона погашались истеченіемъ 30-и лѣтъ<sup>21</sup>. Притязаніе прекращалось прощеніемъ и примиреніемъ<sup>22</sup>, а также тѣмъ, что потерпѣвшій iniuria не принималъ ее за таковую<sup>23</sup>.

4. Изложенныя sub 3 нормы отмѣнены новымъ Герм. уг. уложеніемъ 1871 г. § 185 слѣд., которое призвало iniuria проступкомъ, облагаемымъ исключительно публичнымъ наказаніемъ; только въ томъ случаѣ, когда оскорбленіе влечетъ за собою вредныя послѣдствія для имущественныхъ отношеній оскорбленнаго, уголовный судъ можетъ присудить оскорбителя къ уплатѣ частнаго вознагражденія (Busse) до 6000 марокъ; въ такомъ случаѣ

<sup>15</sup> l. 5. l. 37. § 1. D. h. t. 47, 10; § 8. I. h. t. 4, 4.—<sup>15a</sup> l. 12. § 4. i. f. D. de acc. 48, 2.—<sup>16</sup> l. 5. § 9. D. h. t. 47, 10.—<sup>17</sup> § 10. I. h. t. 4, 4; l. 1. l. 5. D. de extr. cr. 47, 11.—<sup>18</sup> KGO 1555. П, 28. § 4; R.—Schluss 1670 r.—<sup>19</sup> l. 13. пр. l. 15. § 14. l. 28. D. h. t. 47, 10.—<sup>20</sup> l. 5. C. h. t. 9, 35; § 1. I. de perp. et temp. a. 4, 12.—<sup>21</sup> пр. I. de perp. et temp. a. 4, 12.—<sup>22</sup> l. 11. § 1. l. 17. § 6. D. h. t. 47, 10.—<sup>23</sup> l. 11. § 1. D. h. t. 47, 10; § 12. I. h. t. 4, 4.

оскорбленный уже не можетъ требовать иного возмѣщенія путемъ гражданскаго иска; Busse не имѣетъ здѣсь пенальнаго характера (какъ нѣкоторые утверждаютъ), она является только возмѣщеніемъ вреда (какъ и въ случаѣ § 313 sub II. 3)—Впрочемъ, слѣдуетъ отмѣтить, что уголовное наказаніе примѣняется только въ случаѣ оскорбленія чести; по отношенію ко всѣмъ прочимъ случаямъ (т. е. случаямъ нарушенія конкретнаго права изъ неуваженія къ чужой личности) слѣдуетъ утверждать, что римскій частный штрафъ дѣйствуетъ еще и теперь и можетъ быть потребованъ путемъ act. iniuriarum.

## Раздѣлъ шестой.

### § 322. Проступокъ судьи.

*Vangerow*, § 699.—*Windscheid*, § 470.

По классическому римскому праву, процессъ распадается обыкновенно на двѣ части: на производство у магистрата (*in iure*) и производство у присяжнаго (*in iudicio*).

1. Кто, въ качествѣ магистрата, установилъ новое (несправедливое) правило и примѣнилъ такое въ какомъ либо процессѣ, противъ того противникъ въ его дѣлѣ, кто бы онъ ни былъ, можетъ требовать примѣненія того же правила<sup>1</sup>.

2. Кто, въ качествѣ присяжнаго, *dolo* или *culpa* постановилъ несправедливое рѣшеніе (*iudex qui litem suam fecit*), тотъ отвѣчаетъ за это, а именно, въ случаѣ *dolus* онъ обязанъ возмѣстить весь предметъ процесса<sup>2</sup>, въ случаѣ *culpa*—уплатить опредѣляемую судьей сумму<sup>3</sup>.

Эти правила вошли въ сводъ Юстиніана, несмотря на перемѣну судопроизводства. Поэтому они оба имѣютъ силу по отношенію къ короннымъ судьямъ Юстиніанова и теперешняго времени. Только Германскіе имперскіе законы<sup>4</sup> ограничили отвѣтственность судьи случаями „обмана, злого умысла и т. п. причинъ“; но многіе юристы приравниваютъ къ нимъ и грубую вину.

Искъ противъ судьи (выше № 2) называется со времени среднихъ вѣковъ *actio ex syndicato*; это названіе происходитъ а *syndicis, peculiari magistratu apud Italos et Gallos ad hoc constituto ut rationes a magistratibus reposcat et de delictis in officiis ab iis commissis cognoscat ipsosque qui deliquerunt puniat*<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> t. D. 2, 2: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur.—<sup>2</sup> l. 15. § 1. D. de iud. 5, 1; l. 2. C. de poena iud. 7, 49.—<sup>3</sup> l. 5. § 4. D. de o. et a. 44, 7; l. 6. D. de extr. iud. 50, 13.

## Раздѣлъ седьмой.

## Нарушеніе фактическихъ состояній.

## § 323. Введеніе.

Кто желаетъ воспрепятствовать другому лицу воздвигнуть строеніе или произвести какую либо другую перемѣну на какомъ либо участкѣ, тотъ, собственно говоря, долженъ былъ бы доказать неправомѣрность строенія или другой перемѣны путемъ обыкновеннаго процесса, такъ что до рѣшенія процесса начатое сооруженіе могло бы быть продолжаемо. Но такъ какъ отъ этого могъ бы произойти непоправимый вредъ, то было установлено начало, что при-остановленія работы можно требовать тотчасъ, и до рѣшенія дѣла; въ то же время старались оградить предпринимателя работы отъ напрасныхъ придиорокъ. Осуществить эту мысль имѣютъ цѣлью два института: *operis novi nuntiatio* и *interd. quod vi aut clam*.

1. § 324. Сооруженіе или разрушеніе постройки (*operis novi nuntiatio*).

t. D. XXXIX, 1: de operis novi nuntiatione.—t. D. XLIII, 25: de remissionibus.—*Wiederhold*, das int. uti poss. und die novi operis nuntiatio. 1831.—*Hesse*, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. §§ 73—96. 2. Aufl. 1880.—Того же автора, das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken. 1866.—*Stölzel*, die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interd. quod vi aut clam. 1865.—*Karlowa*, Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprocesses. 1865.—*Wendt*, das Faustrecht. §§ 9—14. 1883.—*Schott*, das ius prohibendi und die formula prohibitoria. 1889.—*Vangerow*, § 676.—*Windscheid*, § 466.—*Brinz*, § 175.

Начатое<sup>1</sup> сооруженіе или разрушеніе постройки (*opus novum solo coniunctum*)<sup>2</sup> временно не можетъ быть продолжаемо вопреки запрещенію (*operis novi nuntiatio*) нѣкоторыхъ лицъ. Кто эти лица, видно изъ изреченія источниковъ<sup>3</sup>: *nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi causa*. Сообразно съ этимъ право запрещенія принадлежитъ:

1. *iuris nostri conservandi causa* преимущественно собственнику участка, если сооруженіемъ или разрушеніемъ постройки нарушается свобода его собственности (по *causa naturalis*), или принадлежащей ему на строеніе сервитутъ<sup>4</sup> (по *causa impositicia*), или изданные

<sup>1</sup> l. 1. § 1. D. h. t. 39, 1.—<sup>2</sup> l. 1. §§ 11. 12. D. h. t. 39, 1.—<sup>3</sup> l. 1. § 16. D. h. t. 39, 1.—<sup>4</sup> l. 2. D. h. t. 39, 1; l. 15. D. de s. p. u. 8, 2; l. 6. § 7. D. si s. v. 8, 5; l. 14. D. h. t. 39, 1.

для защиты сосѣдей публичные строительные законы (по *causa publica*)<sup>5</sup>. Кромѣ собственника право запрещенія принадлежит всѣмъ тѣмъ, кому даются *utiliter* иски о собственности, стало быть, добросовѣстному владѣльцу, суперфициарію<sup>6</sup>, эмфитевтѣ и залогопринимателю<sup>7</sup>, а также и пользовладѣльцу<sup>8</sup>; всѣ эти лица не могутъ сдѣлать нунціаціи собственнику;

2. *damni depellendi causa*<sup>8</sup> всякому, кто по поводу сооруженія или разрушенія постройки можетъ требовать *cautio damni infecti* и потребоваль послѣдней безуспѣшно;

3. *publici iuris tuendi causa* всякому совершеннолѣтнему гражданину, если сооруженіемъ или разрушеніемъ постройки нарушаются предписанія о пользованіи *res sacrae, religiosae, publicae*<sup>10</sup>.

*Nuntiatio* можетъ быть заявлена въ какой угодно формѣ<sup>11</sup>, но непосредственно при самомъ строеніи (*nuntiatio fit in rem*) въ присутствіи хозяина работъ или кого либо изъ его людей<sup>12</sup>. Дѣйствіе запрещенія бываетъ двоякое:

а. Нунціантъ лишается права самоуправства и владѣльческихъ интердиктовъ; таковъ смыслъ очень спорныхъ словъ: *in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus*<sup>16</sup>.

б. Даже если нунціантъ не имѣетъ права запрещенія (выше 1—3), и даже если работы предприняты законно, тѣмъ не менѣе на время надо ихъ приостановить<sup>17</sup>; въ противномъ случаѣ нунціантъ можетъ потребовать отъ предпринимателя работъ возстановленія прежняго состоянія (поср. *interd. de opere restituendo*, названнаго новыми юр. *demolitorium*)<sup>18</sup>.

Лишь въ немногихъ случаяхъ предприниматель можетъ дѣйствовать вопреки запрещенію, а именно, если общественный интересъ требуетъ продолженія работъ (напр., въ случаѣ поправки клоакъ) или если приостановленіе работъ было бы опасно для предпринимателя<sup>21</sup>. Въ прочихъ случаяхъ судьба начатаго *opus* послѣ запрещенія зависитъ отъ того, имѣетъ ли нунціантъ право

<sup>5</sup> l. 5. § 9. D. h. t. 39, 1.—<sup>6</sup> l. 3. § 3. D. h. t. 39, 1.—<sup>7</sup> l. 9. D. h. t. 39, 1; l. un. § 5. D. de rem. 43, 25.—<sup>8</sup> l. 1. § 20. l. 2. D. h. t. 39, 1; l. un. § 4. D. de rem. 43, 25.—<sup>9</sup> l. 1. § 17. D. h. t. 39, 1.—<sup>10</sup> l. 1. § 17. l. 3. § 4. l. 5. D. h. t. 39, 1.—<sup>11</sup> l. 1. § 2. l. 16. l. 19. D. h. t. 39, 1.—<sup>12</sup> l. 10. l. 23. D. h. t. 39, 1; l. 5. §§ 2—4. l. 11. D. eod.—<sup>13</sup> l. 8. § 6. l. 5. § 6. D. h. t. 39, 1.—<sup>14</sup> l. 8. § 7. l. 23. D. h. t. 39, 1.—<sup>15</sup> l. 3. § 3. D. de al. iud. mut. c. 1. 7.—<sup>16</sup> l. 1. § 6. l. 5. § 10. D. h. t. 39, 1.—<sup>17</sup> l. 20. §§ 3. 4. D. h. t. 39, 1.—<sup>18</sup> l. 20. pr.—<sup>19</sup> § 8. D. h. t. 39, 1.—<sup>20</sup> l. 22. D. h. t. 39, 1.—<sup>21</sup> Ср. l. 5. § 5. l. 18. D. h. t. 39, 1.—<sup>21</sup> l. 5. §§ 11—13. D. h. t. 39, 1; l. 3. § 8. D. de riv. 43, 21.

запрещенія или вѣтъ. Если онъ этого права не имѣеть, то предприниматель можетъ продолжать работы не раньше, какъ сообщивъ суду (претору) о нунціаціи и испросивъ освобожденія отъ послѣдней (*remissio nuntiacionis*) вслѣдствіе несуществованія на нее права<sup>22</sup>. Судь, по общему правилу<sup>23</sup>, удовлетворяетъ это требованіе безъ дальнѣйшаго разбирательства, отмѣняя запрещеніе *условно*, а именно, подъ условіемъ, если нунціантъ (какъ утверждаетъ предприниматель) не имѣеть права запрещенія; доказывать несуществованіе права запрещенія предприниматель обязанъ лишь въ томъ случаѣ, если нунціантъ предъявилъ противъ него *demolitorium*.—Если же нунціантъ имѣеть право запрещенія, то предприниматель можетъ продолжать начатыя работы не раньше, какъ обѣщавъ возстановить прежнее состояніе, если бы оказалось, что *opus* сооружено неправомѣрно (*stipulatio ex operis novi nuntiacione*, у новыхъ крестовъ *cautio de demoliendo*)<sup>24</sup>, въ случаѣ *nuntiatio damni depellendi causa* обѣщаніе состоитъ въ *cautio damni infecti* (§ 315); тогда предприниматель работъ получаетъ защиту при ихъ продолженіи отъ возможныхъ нападеній нунціанта (поср. *interdictum*, называемаго новыми юр. *ne vis fiat aedificanti*)<sup>25</sup> до тѣхъ поръ, пока вопросъ о правомѣрности предпринятаго дѣла не будетъ рѣшенъ обыкновеннымъ процессомъ.—По праву до-юстиніанову, нунціація лишалась силы (не только путемъ *remissio* и *cautio*, но и) тогда, когда нунціантъ въ теченіе годичнаго срока не доказалъ въ процессѣ неправомѣрности *opus*; Юстиніанъ<sup>26</sup> это отмѣнилъ и постановилъ кромѣ того, что послѣ заявленія нунціаціи процессъ о ея правомѣрности по возможности долженъ быть тотчасъ начатъ и оконченъ въ теченіе трехъ мѣсяцевъ.

Судебная практика и партикулярныя законодательства подвергли вышеизложенныя начала важнымъ измѣненіямъ; самое существенное изъ нихъ состоитъ въ томъ, что внѣсудебное запрещеніе не имѣеть никакой силы, а надо испросить судебного запрещенія (строить или разрушить) путемъ т. н. предварительнаго распоряженія (И. у. гражд. судопр. § 814 въ связи съ 4-мъ пунктомъ §-а 16-го вводнаго закона); по требованію предпринимателя судъ затѣмъ назначаетъ истребовавшему запрещеніе краткій срокъ для вчатія иска, въ которомъ онъ долженъ доказать свое право.

<sup>22</sup> t. D. 43, 25: de remisionibus.—<sup>23</sup> Два изъятія см. въ l. 5. §§ 14. 18. D. h. t. 39, 1.—<sup>24</sup> l. 5. § 17. l. 8. §§ 2. 4. l. 12. l. 20. § 1. l. 21. D. h. t. 39, 1; l. un. § 2. D. de rem. 43, 25.—<sup>25</sup> l. 20. § 9. sqq. D. h. t. 39, 1.—<sup>26</sup> l. 14. C. de aedif. priv. 8, 10.

2) § 325. Дѣянія, совершаемыя вопреки заповѣщенію или тайно  
(interdictum quod vi aut clam).

t. D. XLIII, 24: quod vi aut clam. — Ср. лит. къ § 324. — *Limacher*, über das interd. quod vi aut clam. 1865. — *Vangerow*, § 677. — *Windscheid*, § 465. — *Brinz*, § 174.

Въ позднѣйшее время, чтобы устранить недостатки и пробѣлы правилъ нунціаціи, было установлено въ преторскомъ эдиктѣ начало, по которому никакая перемѣна на участкѣ<sup>1</sup> не должна быть предпринимаема вопреки заповѣщенію или тайно отъ того, чей интересъ этимъ нарушается.

Перемѣною на участкѣ признается не только сооруженіе и разрушеніе постройки, но также и копаніе<sup>2</sup>, проведеніе бороздъ<sup>3</sup>, загрязненіе колодца<sup>4</sup>, рубка деревьевъ и т. д.<sup>5</sup>. — Право на заповѣщеніе принадлежитъ всякому, кто имѣетъ право собственности или другое вещное право на участокъ, или владѣніе, или detentio на основаніи обязательства, и чей интересъ нарушается перемѣною<sup>6</sup>. — Заповѣщеніе (prohibitio) можетъ быть выражено фактическимъ противодѣйствіемъ, или словами, или символически (въ источникахъ упоминается lapilli iactus)<sup>7</sup>. — Тайно дѣйствуетъ тотъ, кто знаетъ или долженъ знать, что другой не признаетъ его права на извѣстное дѣйствіе, и все таки не заявляетъ ему, что намѣренъ его совершить<sup>10</sup>. — И вотъ, если вопреки заповѣщенію или тайно была произведена перемѣна на участкѣ, то виновникъ, хотя бы онъ и имѣлъ право ее произвести<sup>11</sup>, тѣмъ не менѣе долженъ ее устранить и возмѣстить вредъ<sup>12</sup>. Искъ, которымъ потерпѣвшій преслѣдуетъ свои требованія, называется interdictum quod vi aut clam.

Притязанія потерпѣвшаго погашаются истеченіемъ одного года<sup>13</sup>; кромѣ того онъ не можетъ осуществить ихъ въ томъ случаѣ, 1) если противникъ готовъ, давъ cautio, вести процессъ о своемъ правѣ

<sup>1</sup> l. 1. § 4. l. 7. § 5. l. 20. § 4. D. h. t. 43, 24. —<sup>2</sup> l. 7. § 8. l. 9. § 3. l. 22. § 1. D. h. t. 43, 24. —<sup>3</sup> l. 9. § 3. l. 22. § 1. D. h. t. 43, 24. —<sup>4</sup> l. 11. pr. D. h. t. 43, 24. —<sup>5</sup> l. 7. § 5. l. 13. pr. §§ 4. 7. D. h. t. 43, 24. —<sup>6</sup> l. 11. §§ 1. 10. 12. 14. l. 12. l. 13. pr. § 3. l. 16. D. h. t. 43, 24. —<sup>7</sup> l. 20. § 1. l. 1. §§ 5. —<sup>8</sup> D. h. t. 43, 24; l. 5. § 10. D. de o. n. n. 39, 1; l. 6. § 1. D. si s. v. 8, 5. —<sup>9</sup> l. 11. § 9. l. 13. § 5. D. h. t. 43, 24. —<sup>10</sup> l. 20. § 3. D. h. t. 43, 24. —<sup>11</sup> l. 3. § 7. —<sup>12</sup> l. 5. § 6. l. 11. § 11. l. 18. § 1. l. 21. § 1. l. 22. § 5. D. h. t. 43, 24; l. 73. § 2. D. de r. i. 50, 17. —<sup>13</sup> l. 1. §§ 2. 3. D. h. t. 43, 24. —<sup>14</sup> l. 16. § 2. l. 7. pr. § 1. l. 11. § 4. l. 13. § 7. l. 14. l. 15. §§ 1. 3. 7. sq. l. 21. § 3. D. h. t. 43, 24; l. 4. § 2. l. 13. D. de aq. 39, 3. —<sup>15</sup> l. 15. §§ 3. —<sup>16</sup> D. h. t. 43, 24.

на перемѣны <sup>14</sup>; 2) если онъ произвелъ перемѣну по уполномочию отъ начальства (напр., при пожарѣ начальство велитъ разрушить соседнее зданіе, чтобы задержать огонь) <sup>15</sup>.

## ГЛАВА ШЕСТАЯ.

### Смѣшанные случаи.

#### Раздѣлъ первый.

#### Обязанность къ предъявленію.

#### A. § 326. Общія начала (act. ad exhibendum).

t. D. X, 4; t. C. III, 42: ad exhibendum.—*Demelius*, die Exhibitionspflicht. 1872.—*Vangerow*, § 707.—*Windscheid*, § 474.—*Brinz*, § 324.

*Если кто желаетъ осуществить какое либо притязаніе на вещь и для этого ему нужно ее осмотрѣть, то онъ вправе требовать, чтобы тотъ, кто можетъ это сдѣлать, ему ее предъявилъ (показалъ, exhibere).*

Притязаніе, для осуществленія котораго требуется exhibitio, можетъ быть не только вещное <sup>1</sup>, но и обязательственное <sup>2</sup> (напр., кто либо хочетъ вчинить actio poxalis и не можетъ указать, которое животное произвело вредъ) <sup>3</sup>. Притязаніе изслѣдуется судьей лишь суммарно, и заявленныя отвѣтчикомъ возраженія принимаются во вниманіе только въ томъ случаѣ, если они не требуютъ сложнаго разбирательства <sup>4</sup>. — Осмотръ вещи, предъявленіе которой требуется, можетъ быть необходимъ по разнымъ причинамъ, напр., желающій осуществить свое вещное право хочетъ убѣдиться, эта ли самая вещь или только похожая на нее находится во владѣніи другого; кому либо отказана вещь, которую онъ долженъ себѣ выбрать изъ нѣсколькихъ, и онъ желаетъ осуществить свое право выбора <sup>5</sup>; вещь одного соединена съ вещью другого, такъ что для вчатія виндикаціи требуется еще отдѣленіе (§ 139) <sup>6</sup>; кто либо

<sup>14</sup> I. 3. § 5. D. h. t. 43, 24.—<sup>15</sup> I. 7. §§ 2. 4. D. h. t. 43, 24.—<sup>16</sup> I. 7. § 3. I. 22. § 2. D. h. t. 43, 24.

<sup>1</sup> I. 1. I. 3. §§ 3. 4. 12. I. 12. § 2. D. h. t. 10, 4; I. 6. I. 8. C. h. t. 3, 42.—<sup>2</sup> I. 3. § 5. sq. D. h. t. 10, 4.—<sup>3</sup> I. 3. § 7. D. h. t. 10, 4.—<sup>4</sup> I. 3. §§ 9. 13. D. h. t. 10, 4.—<sup>5</sup> I. 3. § 6. D. h. t. 10, 4.—<sup>6</sup> I. 6. I. 7. §§ 1. 2. D. h. t. 10, 4; I. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1.



желаетъ взять свою вещь, попавшую случайно на чужой участокъ, а хозяинъ участка воспрещаетъ ему доступъ <sup>7</sup> (§ 126 пр. 4).—Обязанъ къ exhibitio держатель <sup>8</sup>, а равно и тотъ, кому только одному возможно достигнуть detentio вещи <sup>9</sup>.—Предъявленіе опредѣляется въ источникахъ словами praesentiam corporis praebere <sup>10</sup>, а также facere in publico potestatem, ut ei, qui agit, experiundi sit copia <sup>11</sup>. Расходы на предъявленіе несетъ по общему правилу тотъ, кто требуетъ предъявленія <sup>12</sup>.—Actio ad exhibendum въ классическомъ правѣ была искомъ арбитражнымъ (§ 84 sub 4); поэтому судья до постановленія рѣшенія предлагалъ отвѣтчику добровольно предъявить вещь (arbitrium de exhibendo) <sup>13</sup>, если же тотъ не повиновался, то судья присуждалъ его къ уплатѣ интереса <sup>14</sup>. Въ настоящее время рѣшеніе направлено на предъявленіе. Т. н. fictus possessor <sup>15</sup> присуждается къ платежу интереса.

### В. § 327. Особые случаи.

*M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. 1835.—Vangerow, § 708.—Windscheid, § 474.*

I. Изложенныя выше начала примѣняются и къ документамъ; поэтому, если кто имѣетъ на документъ вещное право (напр., собственникъ) <sup>1</sup> или личное притязаніе (напр., преноручитель) <sup>2</sup>, то онъ можетъ для осуществленія своего права предварительно потребовать предъявленія документа. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ по практическимъ соображеніямъ на держателя документа возлагаются *болѣе обширныя* обязанности:

1. Относительно документовъ на случай смерти <sup>3</sup> всякій, кто принесетъ iusiurandum de calumnia <sup>4</sup>, можетъ требовать, чтобы ему дозволили прочесть и переписать <sup>5</sup>; поэтому, онъ можетъ потребовать отъ держателя документа предъявленія послѣдняго, чтобы можно было сдѣлать вскрытіе, осмотръ или снятіе копій <sup>5a</sup>; въ случаѣ отказа detentor долженъ уплатить интересъ; интересъ состоитъ

<sup>7</sup> I. 5. §§ 4. 5. I. 9. § 1. D. h. t. 10. 4.—<sup>8</sup> I. 3. § 15. I. 4. I. 5. pr. § 6. D. h. t. 10. 4; I. 7. C. h. t. 3. 42.—<sup>9</sup> См. цитату пр. 7.—<sup>10</sup> I. 22. I. 246. D. de v. s. 50. 16.—<sup>11</sup> I. 2. D. h. t. 10. 4; I. 9. § 5. eod.—<sup>12</sup> I. 11. § 1. D. h. t. 10. 4.—<sup>13</sup> § 31. I. de act. 4. 6; § 3. I. de off. iud. 4. 17.—<sup>14</sup> I. 9. § 8. I. 12. § 4. D. h. t. 10. 4.—<sup>15</sup> I. 9. pr.—§ 3. I. 14. D. h. t. 10. 4; I. 5. C. h. t. 3. 42.

<sup>1</sup> I. 3. § 5. D. de tab. exh. 43. 5.—<sup>2</sup> I. 9. pr. D. de ed. 2. 13.—<sup>3</sup> t. D. 43. 5; t. C. 8. 7: de tabulis exhibendis.—<sup>4</sup> I. 3. C. quemadm. test. ap. 6. 32.—<sup>5</sup> I. 1. D. test. quemadm. ap. 29. 3.—<sup>5a</sup> I. 1. I. 3. § 9. D. de tab. exh. 43. 5.

въ суммѣ наслѣдства или отказа, на которыя требующій *exhibitio* заявляетъ притязаніе<sup>6</sup>. Искъ требующаго предъявленія называется *int. de tabulis exhibendis*.

2. Аргентаріи должны предъявить тому лицу, съ которымъ они имѣютъ дѣловыя сношенія и которое принесетъ *iusiurandum de calumpnia*, касающуюся его часть торговыхъ книгъ, въ противномъ случаѣ они (по *actio in factum*, у новыхъ юр. *actio de edendo*) присуждаются къ уплатѣ интереса<sup>7</sup>. Этотъ случай исчезъ вмѣстѣ съ классомъ аргентаріевъ.

3. Если кто либо имѣетъ обязательственное притязаніе на документъ, который отъ его должника попалъ въ третьи руки, то онъ можетъ требовать отъ держателя (поср. *actio in factum*, у новыхъ юр. *actio de edendo*), чтобы тотъ позволилъ ему посмотреть и переписать<sup>8</sup>.

4. Во время процесса о денежной суммѣ истецъ по требованію отвѣтчика долженъ предъявить послѣднему свои счетныя книги, чтобы тотъ могъ изъ нихъ почерпнуть свѣдѣнія о правомѣрности требованія<sup>9</sup>.

5. Юстиніанъ постановилъ, что всякій держатель документа долженъ предъявить его каждому заинтересованному, поскольку это возможно безъ вреда для предъявляющаго<sup>13</sup>. Но этотъ законъ не глоссированъ.

II. Кто злоумышленно задерживаетъ у себя свободнаго чловека, тотъ долженъ его *exhibere* по требованію каждаго гражданина (*int. populare de libero homine exhibendo*)<sup>14</sup>, т. е. долженъ предоставить требующему возможность видѣть и разговаривать свободно и безпрепятственно съ задерживаемымъ лицомъ<sup>15</sup>. Теперь вмѣшивается полиція.

III. Объ обязанности въ *exhibitio* относительно дѣтей и жены (*int. de liberis exhibendis, de uxore exhibenda*) ср. §§ 353 и 330.

<sup>6</sup> l. 3. §§ 11—15. D. h. t. 43, 5.—<sup>7</sup> l. 4. pr. l. 6. §§ 4, 8. D. de ed. 2, 13.—<sup>8</sup> l. 3. § 14. D. ad exh. 10, 4.—<sup>9</sup> l. 5. l. 6. l. 8. C. de ed. 2, 1.—<sup>10</sup> l. 8. C. de ed. 2, 1; l. 7. C. de test. 4, 20.—<sup>11</sup> l. 2. §§ 1, 2. D. de i. f. 49, 14.—<sup>12</sup> C. l. un. § 1. de us. 5, 5.—<sup>13</sup> l. 22. C. defid. instr. 4, 21.—<sup>14</sup> t. D. 43, 29; de homine libero exhibendo.—<sup>15</sup> l. 2. § 8. D. h. t. 43, 29.

## Раздѣлъ второй.

## § 328. Обязанность давать содержаніе (алименты).

*Gett*, über die Rechtsverhältnisse aus der ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaft. 1836.—*Büngener*, zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht. 1879.—*Vangerow*, § 260.—*Windscheid*, § 475.

Обязанность давать содержаніе, алименты (пропитаніе, одежду, жилище)<sup>1</sup> можетъ основываться: 1) на договорѣ<sup>2</sup>; 2) на отказѣ въ распоряженіи на случай смерти<sup>3</sup> (§ 450 кон.); 3) на деликтѣ (§§ 313, 314)<sup>4</sup>; 4) на законѣ<sup>5</sup>; по закону къ взаимному содержанію обязаны восходящіе и нисходящіе<sup>6</sup> въ случаѣ нужды съ одной стороны и достаточнаго состоянія съ другой<sup>7</sup> и при томъ условіи, что получающій содержаніе не оказалъ никакой impietas по отношенію къ дающему alimenta<sup>8</sup>. Родители обязаны также нести издержки на воспитаніе дѣтей<sup>9</sup>. Изъ вѣнбачныхъ дѣтей право Юстиніана предоставляетъ притязаніе на alimenta дѣтямъ конкубины противъ обоихъ родителей<sup>10</sup>; ex damnato coitu procreati не имѣютъ этого требованія ни противъ отца, ни противъ матери<sup>11</sup>; прочія вѣнбачныя дѣти могутъ требовать alimenta отъ матери и ея восходящихъ<sup>12</sup>, по судебной практикѣ (вслѣдствіе неправильнаго толкованія одного изъ каноническихъ законовъ)<sup>13</sup> также отъ своего родителя, т. е. того, кто въ срокъ зачатія (182—300 дн. до рожденія) имѣлъ половыя сношенія съ матерью дитяти.—Сестры и братья не имѣютъ взаимнаго притязанія на содержаніе; это теперь всѣми признано; правда, источники предписываютъ опеуну давать содержаніе сестрамъ и братьямъ подопечнаго<sup>14</sup>, но эта норма основана на томъ, что опеунъ обязанъ исполнять и нравственныя обязанности подопечнаго<sup>15</sup>. — Жена имѣетъ право требовать содержанія отъ мужа (§ 331).

<sup>1</sup> I. 6. l. 23. D. de al. leg. 34, 1; I. 5. pr. D. de ventr. 37, 9; I. 43. l. 44. l. 234. § 2. D. de v. s. 50, 16.—<sup>2</sup> I. 8. C. de rer. perm. 4, 64; I. 1. C. de don. quae s. m. 8, 54.—<sup>3</sup> t. D. 34, 1: de alimentis et cibariis legatis.—<sup>4</sup> I. 7. D. de his qui eff. 9, 3.—<sup>5</sup> t. D. 25, 3: de alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis; t. C. 5, 25: de alendis liberis ac parentibus.—<sup>6</sup> I. 5. l. 8. D. h. t. 25, 3; II. 1—4. C. h. t. 5, 25; Nov. 117. c. 7.—<sup>7</sup> I. 5. §§ 7. 9. D. h. t. 25, 3; I. 2. C. h. t. 5, 25.—<sup>8</sup> I. 5. §§ 11. 23. D. h. t. 25, 3; I. 4. C. h. t. 5, 25.—<sup>9</sup> I. 5. § 12. D. h. t. 25, 3; I. 6. § 5. D. de Carb. ed 37, 10.—<sup>10</sup> Nov. 89. c. 12. §§ 4. 6. c. 13.—<sup>11</sup> Nov. 89. c. 15.—<sup>12</sup> I. 5. § 4. D. h. t. 25, 3.—<sup>13</sup> c. 5. X. de eo qui duxit 4, 7.—<sup>14</sup> I. 4. D. ubi pup. 27, 2; I. 1. § 2. D. de tut. 27, 3.—<sup>15</sup> I. 12. § 3. l. 13. § 2. D. de adm. et per. 26, 7.

## Раздѣлъ третій.

## § 329. Обязанность дать приданое.

*Vangerow*, § 216.—*Windscheid*, § 493.

Эта обязанность можетъ основываться 1) на договорѣ 2) или отказѣ<sup>1</sup>. Непосредственно 3) по закону притязаніе на установленіе приданого принадлежитъ женщинѣ:

а. противъ отца и дѣда съ отцовской стороны<sup>2</sup>, если у нея нѣтъ совсѣмъ или нѣтъ достаточнаго состоянія<sup>3</sup>.

б. противъ матери только въ случаѣ *magna et probabilis causa*<sup>5</sup> (ср. также § 28).

в. каноническое право опредѣляетъ, что обольститель долженъ дать приданое и жениться на обольщенной (хотя бы она не забеременѣла)<sup>7</sup>; практика предоставляетъ ему выборъ между установленіемъ приданого и бракомъ: *aut duc aut dota*

Величина приданого опредѣляется судьбою, смотря по имуществу обязаннаго и по состоянію супруговъ<sup>9</sup>.—*Dos* установленная лицами, обязанными къ этому, называется у новыхъ юристовъ *dos necessaria* (въ отличіе отъ *dos voluntaria*): *dos*, установленная отцомъ или его восходящимъ, называется въ источникахъ *dos profecticia* (въ отличіе отъ *dos adventicia*, подъ которой слѣдуетъ разумѣть *dos*, установленную кѣмъ бы то ни было другимъ—и самою женою).



<sup>1</sup> l. 77. § 9. D. de leg. 2 (31).—<sup>2</sup> l. 19. D. de rit. nupt. 23, 2; l. 6. D. de coll. 37, 6.—<sup>3</sup> l. 7. C. de dot. prom. 5, 11.—<sup>4</sup> l. 7. § 2. C. cit.—<sup>5</sup> Nov. 97. c. 5.—<sup>6</sup> l. 14. C. de i. dot. 5, 12.—<sup>7</sup> l. 19. § 1. C. de haer. 1, 5.—<sup>8</sup> c. 1. c. 2. X. de adult. 5, 16.—<sup>9</sup> Опираюсь на l. 12. § 3. D. de adm. tut. 26, 7.—<sup>9</sup> l. 60. l. 69. §§ 4. 5. D. de i. d. 23, 3; l. 43. D. de leg. 2 (31).