

ПРОВЕРЕНО  
2000г.

Seinem hochverehrten und theuren Lehrer

Herrn Dr. Ernst Loh,

Heimem Justizrate, ordentlichem Professor  
der Rechte an der Universität Berlin

in aller, unwandelbarer

Liebe und Dankbarkeit

der Verfasser.

Проверено 1961 г.  
1956  
702

М. Я. ПЕРГАМЕНТЬ.

# ДОГОВОРНАЯ НЕУСТОЙКА

и

## ИНТЕРЕСЪ

ВЪ РИМСКОМЪ И СОВРЕМЕННОМЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

48252  
реаб. гр. му-ва

СПбГУ



ОДЕССА.

«ЭКОНОМИЧЕСКАЯ» ТИПОГРАФІЯ, ПОЧТОВАЯ УЛИЦА, ДОМЪ № 43.  
1899.

Печатано по распоряженію Правленія Императорскаго Новороссійскаго Уни-  
верситета.

Ректоръ *О. Н. Шедовъ.*

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

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

Наконецъ, еще только два слова. Въ предисловіи ко второму тому своей «Системы» Беккеръ не безъ остроумія замѣчаетъ: «Vorreden pflegen Entschuldigungen zu sein; wer sich

frei weiss von aller Schuld, lasse die Hand davon». Эти слова отчасти справедливы и по моему адресу. Моя «вина» заключается въ нѣкоторомъ несоотвѣтствіи между заглавіемъ моей книги и ея содержаніемъ: первое гораздо уже послѣдняго, книга въ сущности пытается дать отвѣтъ на всѣ или почти всѣ мало-мальски серіозные вопросы изъ области нашего института. Въ этомъ легко убѣдиться хотя бы изъ только-что проведенной параллели между нею и ея нѣмецкимъ образцомъ. Если же я тѣмъ не менѣ рѣшилъ сохранить прежнее заглавіе, то произошло это по особой причинѣ, которую я излагаю ниже на стр. 5.

М. П.

Одесса,  
Февраль 1899.

## ОГЛАВЛЕНИЕ.

### ЧАСТЬ I.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимномъ отношеніи по римскому праву.

	<i>Стр.</i>
ВВЕДЕНІЕ . . . . .	3
I. Отношеніе стипуляціи о неустойкѣ къ абстрактному обязательству.	
§ 1. Простая (или ординарная) стипуляція и сложная (или двойная) стипуляція . . . . .	7
Fr. 115 §§ 1, 2 de V. O. — Аналогія съ легатомъ.—Понятіе неустойки.	
§ 2. Контроверза относительно легата . . . . .	18
Юліанъ и его сторонники; Павелъ. — Практическія послѣдствія разности возрѣній. — Отношеніе Папиніана къ той и другой конструкціи.—С. 14 de pactis 2, 3.—Взглядъ на дѣло Гербера и Максена.	
§ 3. Quasi-новация во fr. 44 § 6 D. de O. et A. (44, 7) . . . . .	29
§ 4. Результатъ . . . . .	33
Выводъ для чисто римскаго права.—Толкованіе fr. 1 § 6 D. de stip. serv. (45, 3). — Выводъ для пандектнаго права.	
II. Отношеніе договора о неустойкѣ къ матеріальному обязательству.	

#### ГЛАВА I.

##### Отношеніе альтернативное.

§ 5. Ограниченіе вѣрителя однимъ требованіемъ съ предоставленіемъ ему права выбора между главнымъ обязательствомъ и договоромъ о неустойкѣ . . . . .	38
Указаніе на источники. — Толкованіе fr. 4 § 7 de doli mali et met. exc. (44, 4) и с. 40 de transact. (2, 4).	

- Стр.
- § 6. Право вѣрителя производить дополнительное взысканіе. 54  
 Fr. 41 и 42 pro socio (17, 2); fr. 28 de A. E. V. (19, 1).—  
 Ученіе о томъ, что эти мѣста интерполированы, и его  
 оцѣнка. — Эскурсъ въ область стеченія исковъ.—Новые  
 доводы, выставленные противъ подлинности тѣхъ же от-  
 рывковъ. — Форма неустойчиваго соглашенія.
- § 7. Неустойка въ своемъ качествѣ заранѣе опредѣленнаго 80  
 въ пользу вѣрителя интереса. . . . .  
 Отдѣльныя положенія, вытекающія изъ этого характера  
 неустойки. — Ученіе Вендта о природѣ неустойки и его  
 критика. — Расширеніе понятія неустойки (Вендтъ, Гин-  
 шіусъ).
- § 8. Практика судебныхъ мѣстъ въ территоріяхъ пандект- 97  
 наго права . . . . .  
 Проведеніе начала альтернаціи. — Вопросъ о погашеніи  
 права на неустойку влѣдствіе принятія вѣрителемъ  
 удовлетворенія по главному обязательству.

## ГЛАВА II.

## Отношеніе кумулятивное.

- § 9. Кумуляція, какъ исключеніе въ источникахъ. . 106  
 Общія замѣчанія о кумуляціи. — Мѣста источниковъ.—  
 Кумуляція при мировой сдѣлкѣ. — Кумуляція въ визан-  
 тійскомъ правѣ.
- § 10. Выдѣленіе отрывковъ съ кажущейся только ку- 119  
 муляціей . . . . .  
 Fr. 47 de A. E. V. (19, 1). Его интерпретація. Ошибка  
 римскаго юриста. — Fr. 122 § ult. de V. O. (45, 1).+Выяс-  
 неніе смысла рѣшенія классика. Другія толкованія того же  
 фрагмента.
- § 11. Когда допускать кумуляцію? Природа неустойки при 136  
 кумулятивномъ отношеніи . . . . .

## ГЛАВА III.

## Tertium non datur.

- § 12. Бъ характеристикѣ римскоправовой фигуры, дающей 142  
 право требовать только неустойки . . . . .  
 Эта фигура самымъ тѣснымъ образомъ связана съ рим-  
 скимъ абстрактнымъ договоромъ.—Ея правовыя положенія

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

- § 13. Fr. 71 pr. D. pro socio (17, 2) . . . . . 151  
Толкованіе этого мѣста. — Имѣющаяся въ немъ интерполція.
- § 14. Опроверженіе воззрѣнія Вангерова и Виндшейда . . . 159  
Неустойка и отступное. — Полемика съ Зеккелемъ.

### ДОБАВЛЕНИЕ.

- Гипотеза Sjögren'a . . . . . 171  
Сущность гипотезы. — Повѣрка ея состоятельности на примѣрахъ: 1) компромисса, 2) мировой сдѣлки, 3) предварительнаго договора, 4) договора о товариществѣ, 5) обязательства уплачивать проценты; далѣе, на случаяхъ 6) установленія сервитута, 7) договоровъ въ пользу третьихъ лицъ и во вредъ имъ и 8) обязательствъ безъ имущественнаго интереса. — Лжеустойка. — Общій выводъ.

### ЧАСТЬ II.

#### Неустойка и интересъ въ ихъ взаимоотношеніи по новымъ кодексамъ.

##### I. Прусско-Французская система.

- § 15. Прусское Земское Уложеніе . . . . . 189  
Главные положенія. — Неудовлетворительность постановки вопроса сравнительно съ римскимъ строго альтернативнымъ принципомъ. — Нѣкоторыя второстепенныя постановленія о неустойкѣ, заключающіяся въ прусскомъ кодексѣ.
- § 16. Французское и италіанское законодательства . . . . 202  
Совпаденіе съ прусскимъ правомъ. — Тенденція, обнаруживающаяся въ судебной практикѣ. — Редакція ст. 1229 п. 1. — Неустойка за несвоевременность исполненія. — Неустойка, призванная обезпечить соблюденіе мировой



сдѣлки. — Заимствование нормъ изъ Code civil кодексами итальянскимъ и, конечно, баденскимъ, а въ настоящее время и японскимъ.

- § 17. Общее гражданское Уложение Австрийской Имперіи 1811 года . . . . . 213

Неустойка — не иное что, какъ вознагражденіе за ущербъ. — Ученіе о необходимости кумулировать исполненіе по основному договору съ неустойкою. — Ложность этого ученія. — Неустойка въ законодательствѣ и теоріи XVIII вѣка и начала нашего.

### II. Средніе типы законодательствъ.

- § 18. Саксонское гражданское уложение . . . . . 221

Право выбора вѣрителя между возмѣщеніемъ убытковъ и неустойкою. — Отсутствие дополнительнаго иска о разности между однимъ требованіемъ и другимъ.

- § 18 a. Цюрихское гражданское Уложение 1853—56 года . . . . . 224

### III. Римская система.

- § 19. Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ 1881 года . . . . . 225

Усвоеніе римскихъ началъ. — Отступленіе въ одномъ частномъ случаѣ въ вопросѣ о винѣ, какъ реквизитъ для commissio pignoraе.

- § 20. Гражданское Уложение Германской Имперіи (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich) . . . . . 227

Нормы для неустойки, назначенной на случай неисполненія, и для неустойки, назначенной на случай только ненадлежащаго исполненія. — Диспозитивный характеръ этихъ нормъ. — Предѣлы колебанія вѣрителя. — Неустойка денежная и состоящая въ иномъ удовлетвореніи. — Неустойка въ прежнемъ Торговомъ уложеніи и въ нынѣшнемъ. — § 75 п. 2 новаго Н.С.В.'а; заключеніе, которое дѣлаеть изъ него Зеккель.

- § 21. Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ . . . . . 237

Цѣлесообразная кодификація положеній пандектнаго права. — Редакціонныя и иные промахи, допущенныя составителями Свода.

IV. Система кумулятивнаго отношенія.

§ 22. Статья 1585 т. X ч. 1 . . . . . 243

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

§ 23. Продолженіе . . . . . 251

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

ЧАСТЬ III.

Право судьи на пониженіе размѣра неустойки.

§ 24. Право на пониженіе въ случаѣ частичнаго исполненія  
главнаго обязательства . . . . . 271

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

§ 25. Право на пониженіе независимо отъ частичнаго исполненія основнаго обязательства . . . . .	312
---	-----

Законодательства, допускающія подобное правомочіе судьи.—Проектъ нашего Министерства Финансовъ.—Созданіе § 343 германскаго гражданскаго уложенія и критическія замѣчанія по поводу и по адресу этой нормы: практика въ Австріи и другихъ странахъ и ея плоды; предложеніе О. Бера; охрана, предоставляемая законами о ростовщичествѣ; трудности, связанныя съ осуществленіемъ судейскаго права уменьшать неустойку; регулированіе вопроса въ области торговаго права.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

I. Проектъ главы о (добровольной) неустойкѣ въ отечественномъ законодательствѣ . . . . .	333
II. Источники . . . . .	336
III. Литература. . . . .	345

## Замѣченныя опечатки.

<i>Страница</i>	<i>Строка</i>	<i>Напечатано</i>	<i>Должно быть</i>
14	7 сверху	серьознѣйшую	серьознѣйшую
37	8 »	стипуляціи,	стипуляціи,
60	6 »	несравнѣнно	несравненно
73	10 »	ворядокъ	порядокъ
74	7 »	одна	одна,
86	2 »	дозволенной	дозволенной
94	5 »	условіе,	условіе
114	8 »	императору,	императоры,
138	1 снизу	в мѣстѣ	в мѣстѣ
147	10 »	fr. 115	fr. 115 pr.
167	11 »	видѣли,	видѣли,
172	6 »	оборота.	оборота. <sup>1)</sup>
—	1 »	заключеніе	установленіе
173	1 сверху	обязанность	обязательство
181	6 »	обязанность	обязательство
195	13 »	психологичеекомъ	психологическомъ
—	10 снизу	отрицательныя	отрицательныя
236	12 сверху	поставлень,	поставлень
256	1 снизу	образцовъ	образцовъ
258	1 »	ерменевтики.	герменевтики.
286	16 »	справедливын	справедливын

<sup>1)</sup> Ср. *Sohm, Institutionen*  
7 изд. стр. 369.

СНБГУ

## ЧАСТЬ I.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимномъ  
отношеніи по римскому праву.

СПбГУ

## ВВЕДЕНІЕ.

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



правѣ. Мало того: съ расширеніемъ оборота, съ усложненіемъ юридическихъ сдѣлокъ и гражданскихъ правоотношеній, она приобрѣтаетъ особенное, чрезвычайно широкое распространеніе. Съ одной стороны, римскій *iudex* получаетъ ничѣмъ почти не стѣненной возможностью считаться съ разнообразными видами и отѣнками интереса, цѣнить какъ *damnum emergens*, такъ и *lucrum cessans*, какъ непосредственный, прямой, такъ и посредственный, косвенный интересъ: процессуальныя формулы съ входившими въ нихъ ссылками: «*quanti ea res est*» или «*erit*» и «*quid quid ob eam rem dare facere oportet*» отнынѣ уполномочиваютъ судью поступать подобнымъ образомъ. А съ другой стороны, неустойка попрежнему и въ большей еще даже противъ прежняго мѣръ — любимѣйшая фигура римской правовой жизни. Классическіе юристы преподаютъ сторонамъ — основательный, повидимому, — совѣтъ по возможности прибѣгать къ неустойкѣ:

fr. ult. D. de stipulat. praetoriis (46, 5). Venuleius libro octavo actionum. In eiusmodi stipulationibus, quae «*quanti ea res est*» promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur.

fr. 137 § 7 D. de V. O. (45, 1). Venuleius libro primo stipulationum. Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatus et elegantius esse Labeo ait sic subici poenam: «*si ita factum non erit*»: at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: «*si adversus ea factum erit*» . . .

Совѣтъ этотъ повторяется еще императоромъ Юстиніаномъ въ его институціяхъ.

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

Соотвѣтственно только-что сказанному, мы въ римскихъ источникахъ — главнымъ образомъ въ дигестахъ и въ кодексахъ — встрѣчаемся съ цѣлымъ, весьма многочисленнымъ рядомъ мѣстъ — отрывковъ, рескриптовъ, конституцій и т. п. — трактующихъ о добровольной неустойкѣ. Стороны къ ней обращаются по возможности часто и притомъ одинаково какъ при строгихъ *stricti iuris*, такъ и при болѣе свободныхъ *bonae fidei iudicia*. Вотъ

туть-то и обнаруживается вся важность нашего ученія, вотъ когда становятся жгучими вопросы: каково же въ самомъ дѣлѣ отношеніе условленной неустойки къ интересу? Вправѣ-ли вѣритель искать и то и другое, или же, быть можетъ, онъ обязанъ удовлетвориться однимъ только: тѣмъ или другимъ, — а въ такомъ случаѣ чѣмъ? И какъ, наконецъ, быть тогда, когда добровольная неустойка и причиненный невыполненіемъ обязательства вредъ не одинаковы по своему объему или своей цифрѣ, когда они не покрываютъ другъ друга?

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

Обращаясь къ нему въ настоящее время, я сейчасъ же замѣчу предварительно, что намъ необходимо здѣсь — во избѣжаніе смѣшенія разнородныхъ матерій — строго различать и раздѣльно разсматривать абстрактныя обязательства или, иначе стипуляцію, съ одной, и матеріальныя обязательства, съ другой стороны. Отвѣтъ на интересующую насъ тему и заключающаяся въ ней трудности долженъ быть отысканъ и данъ самостоятельно и особо для каждой изъ означенныхъ двухъ группъ. Только такимъ путемъ мы достигнемъ результатовъ,

дѣйствительно соответствующихъ ученію источниковъ, только такое разьединеніе способно пролить истинный свѣтъ на принципы, которыми римскіе юристы руководились въ нашей области. Юристы эти смотрятъ на отношеніе неустойчнаго соглашенія къ стипуляціи, разъ, и къ матеріальному договору, два, какъ на два независимыхъ другъ отъ друга, мало въ чемъ соприкасающихся ученія. Ближайшее углубленіе въ матеріаль, имѣющійся въ источникахъ, убѣдитъ насъ въ томъ самымъ несомнѣннымъ и краснорѣчивымъ образомъ.

Мы сначала будемъ говорить о неустойкѣ при стипуляціи, чтобы затѣмъ перейти къ неустойкѣ при обязательствѣ матеріальному или каузальному<sup>1)</sup>.

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

## I.

Отношеніе стипуляціи о неустойкѣ<sup>1)</sup> къ абстрактному обязательству.

### § 1.

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

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

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

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

Въ § 6 онъ послѣ того продолжаетъ такъ :

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

Для правильнаго пониманія цитированнаго отрывка, необходимо прежде всего сосредоточить вниманіе на различіи въ формулировкѣ двухъ стипуляцій — той, о которой рѣчь идетъ въ § 5, по сравненію съ стипуляціоннымъ обязательствомъ слѣду-

---

<sup>1)</sup> Формою неустойчиваго соглашенія въ древнемъ Римѣ всегда или почти всегда служила именно стипуляція. Ниже, въ § 6, мы убѣдимся въ справедливости этого положенія, а равно и въ цѣлесообразности такой формы.

ющаго за тѣмъ параграфа. А въ этомъ, для насъ здѣсь крайне важномъ отношеніи чрезвычайно поучительно другое мѣсто историковъ, проливающее свѣтъ на ходъ историческаго развитія въ нашемъ дѣлѣ. На немъ намъ предварительно и слѣдуетъ остановиться. Это

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

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

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

Отсюда видно, что юристы Пегасъ и Сабинъ держались двухъ различныхъ мнѣній. Первый изъ нихъ полагалъ, что въ приведенномъ случаѣ исполненіе обязательства наступитъ только въ тотъ моментъ, когда дѣйствіе, составляющее предметъ условія, окажется уже невозможнымъ. И съ точки зрѣнія принциповъ, прилагаемыхъ къ ученію объ осуществленіи условій, Пегасъ былъ совершенно правъ. Въ стипуляціи, о которой идетъ рѣчь въ § 2 сѣ., имѣется *conditio negativa*, а отрицательное условіе, какъ извѣстно, считается осуществившимся лишь тогда, когда уже стало несомнѣннымъ, что обстоятельство, не долженствующее выполниться, дѣйствительно болѣе не выполнится

(совеѣмъ не выполнится или, по крайней мѣрѣ, въ продолженіе извѣстнаго срока, буде таковой опредѣленъ впередъ). Въ видѣ примѣровъ только, укажу на fr. 27 § 1 и fr. 99 de V. O. (45, 1). Въ стипуляціи, которая подлежала разсмотрѣнію нашихъ двухъ юристовъ, дѣло нѣсколько усложнилось еще влѣдствіе того, что обусловленное дѣйствіе вполнѣ зависѣло отъ воли лица обязаннаго<sup>1)</sup>. Здѣсь посему для рѣшенія того, осуществилось-ли условіе, или нѣтъ, пришлось бы, если бы строго слѣдовать только-что изложенному началу, ожидать, быть можетъ, очень долго, ожидать до тѣхъ поръ, пока не умретъ либо промитентъ, либо рабъ Памфилъ. Что подобное положеніе вопроса едва-ли, однако, могло быть пріятно стипулятору да и вообще соответствовать волѣ сторонъ, не требуетъ поясненій. Отсюда понятно, почему второй изъ названныхъ юристовъ, Сабинъ, держался иного взгляда. Исходя изъ намѣренія сторонъ («ex sententia contractentium»), онъ приходилъ къ заключенію прямо противоположному выводу Пегаса, а именно: онъ утверждалъ, что условіе осуществилось, а вмѣстѣ съ тѣмъ и вся стипуляція подлежитъ исполненію уже съ той минуты, какъ обѣщанная выдача раба стала выполнима для промитента. Ты можешь «dare Pamphilum» и тѣмъ не менѣе не даешь его: такъ не угодно-ли «dare centum»? Вотъ рѣшеніе Сабина — рѣшеніе, не согласное съ общими правилами насчетъ осуществленія отрицательныхъ условій, но зато, повторяю, отвѣчающее предположительному намѣренію контрагентовъ<sup>2)</sup>.

1) Я избѣгаю въ текстѣ выраженій: условіе «произвольное», *condicio «protestativa»* потому, что въ основаніе дѣленія условій на случайныя, произвольныя и смѣшанныя императоромъ Юстиніаномъ (с. un. § 7 C. de caducis tollendis 6, 51) положена степень участія воли лица не условно обязаннаго, а условно управомоченнаго, *honoratae personae*. Къ сожалѣнію, такое словоупотребленіе не всегда, впрочемъ строго выдерживается. См. Dernburg, Pandekten I § 106 прим. 5.

2) Составляло-ли разсматриваемое разногласіе двухъ юристовъ вмѣстѣ съ тѣмъ и объектъ спора между двумя школами, между Прокуленцами и Сабиніанцами, какъ то, повидимому, думаетъ Куяцій *ad l. 115 de V. O.*, — сказать трудно. Несомнѣнно только, что несогласіе Сабина съ Пегасомъ касалось стипуляціи непременно простой, а не сложной: формулировка «*si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?*» по своей ясности не оставляетъ

Папиніанъ избираетъ средній путь. Онъ не склоняется абсолютно ни на сторону Пегаса, ни на сторону его противника Сабина, а устанавливаетъ нѣкоторое различіе. Слѣдуетъ, говорить онъ, считаться съ формою стипуляціи и рѣшить вопросъ отдѣльно для стипуляціи простой, ординарной и отдѣльно для стипуляціи двойной или сложной. Къ первой, по Папиніану, примѣнимъ, правда, взглядъ Пегаса, но зато по отношенію ко второй должно считать правымъ непремѣнно Сабина.

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

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

---

желать ничего лучшаго. Вслѣдствіе того я не могу признать правильнымъ мнѣніе фонъ Зейлера («*Zur Lehre von der Conventionalstrafe nach römischen Recht*» стр. 127 сл.), что названные два юриста спорили насчетъ стипуляціи типа: «*Pamphilum dari spondes et, si non dederis, centum dari spondes*?». Еще менѣе основательно утверждение новѣйшаго изслѣдователя ученія о неустойкѣ, Sjögren'a («*Ueber die römische Conventionalstrafe etc.*» стр. 77), будто Сабинъ l. c. имѣлъ ввиду стипуляцію о неустойкѣ въ связи съ договоромъ матеріальнымъ. Откуда это видно или хотя бы даже отдаленно слѣдуетъ? Sjögren здѣсь, на мой взглядъ, проявилъ полное непониманіе существа всего спора и вопроса.

tione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse<sup>1)</sup>.

и изъ

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

Другого мнѣнія, напротивъ того, держался Павелъ, и держался сознательно: онъ хорошо понималъ, что его учене раздѣляется далеко не всеѣми:

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

fr. 24 pr. D. quando dies leg. (36, 2). Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam. Si penum heres dare damnatus sit vel fundum et, si non dedisset, decem, ego accepi et penum legatam et translata esse in decem, si

<sup>1)</sup> Faber, *Rationalia* III p. 188 col. 1. считасть этотъ отрывокъ ин-терполированнымъ. Вся lex ему кажется весьма подозрительной: «valde mihi suspecta est... et Tribonianus dignior quam Ulpiano». Ульпианъ, заявляетъ Фаберъ, никогда бы не употребилъ оборота въ родъ: «uxori meae... iussus est» или «habebit igitur heres oblationem tamdiu et rel.» (см. ниже). Но заявление это, разумѣется, совершенно голословно. Что приведенныя предложенія составлены «barbare ac insulse», ничѣмъ не доказывается и основано не болѣе какъ на субъективномъ чувствѣ самого Фабера.

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

<sup>2)</sup> Насчетъ «aliquod spatium» слѣдуетъ сравнить: fr. 105 D. de solut. (46, 3), fr. 23 D. de O. et A. (44, 7) и fr. 21 § ult. D. de receptis (4,8).



noſuerit penum heres dare, et tunc pecuniam deberi cum interpellatus<sup>3)</sup> fundum non dedisset...

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

Но внимательному читателю не можетъ вмѣстѣ съ тѣмъ не броситься въ глаза одно обстоятельство. Это то значительное и даже поразительное, можно сказать, сходство, какое существуетъ между легатомъ только-что указаннаго вида и вытекающими изъ него послѣдствіями, съ одной, и рѣшеніемъ Папиніана во fr. 115 § 2 cit., съ другой стороны. Дѣло въ томъ, что Папиніанъ раздѣляетъ взглядъ Сабина и склоняется въ пользу немедленнаго выполненія обѣщанія, — но не абсолютно, не всегда и не при всѣхъ условіяхъ. Согласно уже упомянутому, проводимому имъ разграниченію, онъ защищаетъ Сабина только въ томъ случаѣ, когда стипуляція, по аналогіи съ легатомъ указаннаго типа, формулирована слѣдующимъ образомъ: «Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?» — другими словами, тамъ, гдѣ сначала самое дѣйствіе («Pamphilum dari») выговаривается pure, т. е. безусловно, и гдѣ затѣмъ только присоединяется угроза неустойкою въ видѣ второй, уже условной стипуляціи. Тутъ объектъ сдѣлки, in casu рабъ Памфилъ, дѣйствительно подлежитъ выдачѣ сейчасъ же или, точнѣе, при первой къ тому возможности. И это-то, между прочимъ, и есть случай истиннаго договора о неустойкѣ, настоящей неустойки въ строгомъ смыслѣ слова. Гдѣ, наоборотъ, формулировка гласитъ иначе, гдѣ все сводится къ простой

<sup>3)</sup> По вопросу о необходимости предваренія должника вѣрителемъ, или такъ наз. интерпелляціи см. ниже § 24.

одночленной стипуляціи «*si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes*», — тамъ и Папиніанъ видитъ не болѣе какъ обыкновенное условіе: онъ даже подчеркиваетъ этотъ чисто условный характеръ стипуляціи, заявляя: «*si stipulatio a condicione non coerit*», и готовъ (вмѣстѣ съ Пегасомъ) примѣнить здѣсь соответственныя правила о *condicio* вообще и *condicio negativa* въ частности.

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

Говоря о стипуляціи типа «*Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?*», я сейчасъ усмотрѣлъ въ ней и только въ ней случай настоящей неустойки. Это требуетъ поясненія. Необходимо замѣтить, что въ наукѣ и литературѣ такой взглядъ, если, быть можетъ, и является господствующимъ, то во всякомъ случаѣ претендовать на всеобщее признаніе отнюдь не вправѣ. Не иной кто какъ Савиньи<sup>1)</sup> учить, что существуютъ два вида неустойчнаго договора: во 1-хъ, видъ простой, подъ которымъ онъ разумѣетъ самую обыкновенную по внѣшности условную стипуляцію въ родѣ уже знакомаго намъ обѣщанія «*si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?*» (съ естественнымъ на вопросъ отвѣтомъ: «*spondeo*»), — и во 2-хъ, видъ сложный или составной («*die zusammengesetzte Anwendung des Strafvertrags*»). Последний совпадаетъ съ неустойкой въ собственномъ смыслѣ слова по нашему пониманію и предполагаетъ двухчленную, уже неоднократно нами упоминавшуюся стипуляцію. И Савиньи со своимъ раздѣленіемъ и своею терминологіей не стоитъ одиноко. Его взглядъ усвоили себѣ, главнымъ образомъ, французскіе юристы<sup>2)</sup>, разрабо-

<sup>1)</sup> *Obligationenrecht* II § 80, въ русскомъ переводѣ Фукса и Мандро стр. 538 слл. Ср., впрочемъ, уже de Retes, *De stipulatione poenali* § 1.

<sup>2)</sup> См., напр., P. Girard, *Manuel de droit Romain* стр. 639 сл.; Accarias, *Précis de droit Romain* II стр. 299 сл.; van Wetter, *Les obligations en droit Romain* I стр. 151 сл.; Lacaze, *De la nature de la stipulation de peine* стр. 21 сл. 48 и друг. Ср. еще Bertolini, *Teoria generale della pena convenzionale* § 5 и поименованныхъ у него писателей.

тавшіе даже спеціальныя выраженія: *stipulation de peine*: a) *isolée ou principale* и b) *accompagnée ou accessoire* (= составной формѣ Савиньи). Но и среди нѣмецкихъ ученыхъ тотъ же взглядъ встрѣтилъ извѣстное сочувствіе: еще въ новѣйшее время за него высказались Оттонъ Беръ и отчасти Г. Гартманъ<sup>1)</sup>.

Нельзя не видѣть однако, что Савиньи и его послѣдователи дѣлаютъ серьезнѣйшую ошибку, ту самую ошибку, которой такъ тщательно старался избѣжать Палиціанъ. Они не въ достаточной мѣрѣ сознаютъ различіе, существующее между двумя видами стипуляціи: въ одномъ случаѣ неустойка несомнѣнна, — въ другомъ ея совсѣмъ нѣтъ. Савиньи погрѣшаетъ противъ понятія нашего института. Его знаменитое воззрѣніе на неустойку, какъ на «основанное на частномъ произволѣ уголовно-правовое установленіе въ миниатюрѣ» («eine durch Privatwillkür begründete Criminalanstalt im Kleinen»), не точно, а потому и не вѣрно, не взирая на всю красоту изреченія и на лежащую на немъ печать высокаго таланта. Характеристика неустойки сказаннымъ имъ не исчерпывается. Одна только цѣль въ этомъ смыслѣ еще не служитъ рѣшающимъ моментомъ. Савиньи казалось, что разъ «въ основѣ условнаго обѣщанія лежитъ намѣреніе достигъ результата, противоположнаго выраженному условію»<sup>2)</sup>, то *eo ipso* имѣется уже и договоръ о не-

<sup>1)</sup> Первый въ *Kritische Vierteljahresschrift* XXVIII стр. 580 сл., второй въ *Archiv für die civilistische Praxis* LXXIII стр. 376 сл. Изъ болѣе старой нѣмецкой литературы назову Keller'a (*Pandekten* I стр. 495), Arndts'a (*Lehrbuch der Pandekten* § 211) и Lang'a (*Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern* II стр. 4 и 31).

<sup>2)</sup> Таково его опредѣленіе неустойки: «*Conventionalstrafe heisst ein bedingtes Versprechen, etwas zu geben, wenn dabei die Absicht zu Grunde liegt, auf das Gegentheil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken.*»

Приблизительно того же взгляда, какъ и Савиньи, держится въ данномъ отношеніи Фиттингъ въ извѣстной статьѣ о безнравственныхъ условіяхъ въ *Archiv für die civilistische Praxis* N. F. VI стр. 399 сл. 404 сл. Но защищаемое имъ распространеніе fr. 2 D. de his quae poenae 34, 6 (Марціанъ въ немъ говоритъ: «*Poenam a condicione voluntas testatoris separat et an poena, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet: idque divi Severus et Antoninus rescripserunt.*») на двусторонніе

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

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

«... ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur.<sup>1)</sup>»

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

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

договоры мнѣ представляется произвольнымъ: оно не подтверждается ни однимъ изреченіемъ, а сужденіемъ Папиніана во fr. 115 § 2 D. cit., котораго Фиттингъ совсѣмъ не замѣчаетъ, даже прямо опровергается.

<sup>1)</sup> Ср. Code civil art. 1226: «La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.»

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

<sup>2)</sup> Ср. Code civil art. 1227 al. 1: «La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale»

и еще Bürgerliches Gesetzbuch § 344: «Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nicht-

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

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

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

erfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben».

Нѣкоторые любопытныя послѣдствія придаточнаго характера неустойки изъ современной практики судебныхъ мѣстъ можно найти у Sprenger'a, «*Die Konventionalstrafe nach dem Entwurf etc.*» въ Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts XXXIII стр. 656. Ср. еще Madeyski, «*Die Conventionalstrafe etc.*» въ Allgem. Oester. Gerichts-Zeitung XXXI стр. 285.

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

щественно отличается от неустойки, какъ способа обезпеченія уже наличнаго обязательства<sup>1)</sup>.

Сказаннымъ, прибавлю еще, я, разумѣется, не думаю отрицать значенія для неустойки формы условія. Эта форма, въ которую облекается и двучленная стипуляція, а, стало быть, и неустойка, проявляетъ свое вліяніе не въ одномъ лишь отношеніи, и въ дальнѣйшемъ мы сами будемъ имѣть полную возможность убѣдиться въ томъ. Но отсюда еще, конечно, совѣмъ не слѣдуетъ отождествленіе неустойки съ чистымъ условіемъ или справедливость того ученія, по которому stipulatio роенае должна во всемъ обсуждаться по законамъ, существующимъ для сдѣлокъ условныхъ<sup>2)</sup>.

48252 к. 2р. 1р. 6

<sup>1)</sup> Обязательства. Непремѣнно ли вмѣстѣ съ тѣмъ договора? Господствующее мнѣніе допускаетъ возможность примѣненія неустойки при всякомъ обязательственномъ отношеніи, въ томъ числѣ и при obligatio ex lege (напримѣръ, при обязательствѣ доставлять законные алименты) или ex delicto: Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts II § 235, Endemann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1898 II § 133. Иного взгляда держится Дернбургъ, Pand. II стр. 130 и въ особенности фонъ Зейлеръ назв. соч. стр. 10 сл. (Ср. также Code civil art. 1226 въ отличіе отъ Bürgerliches Gesetzbuch §§ 339, 340, 341). Последний приводитъ то объясненіе, что и обязательство недоговорнаго происхожденія, при присоединеніи къ нему неустойчнаго обезпеченія, предварительно по необходимости облекается въ форму договорную, вслѣдствіе чего и можно утверждать, что базисомъ для дополнительнаго соглашенія о неустойкѣ служитъ всегда «Hauptvertrag», т. е. договоръ, какъ главное обязательство. Такое объясненіе, однако, едва ли не искусственно. Противъ суженія, отстаиваемаго фонъ Зейлеромъ (съ большимъ, впрочемъ, знаніемъ дѣла), повидимому, говоритъ также некоторое сравненіе неустойки съ constitutumомъ: при обѣщаніи платежа, какъ извѣстно, можетъ имѣться ввиду самое разнообразное первоначальное требованіе, между прочимъ, и возникшее изъ дѣянія недозволеннаго: fr. 29 D. de pecun. constit. (13, 5). Ср. еще Fr. Mommsen, Beiträge III стр. 165 сл., а также Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II стр. 722 сл. Впрочемъ, правитчески весь вопросъ представляется мнѣ довольно безразличнымъ. Къ тому же въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ — съ этимъ нельзя не согласиться — неустойка, дѣйствительно, выговаривается въ обезпеченіе именно договора.

<sup>2)</sup> Такое ученіе проводится въ трудѣ Wolf'a «Zur Lehre von der Mora». Ср. противъ него Sintenis'a, «Das practische gemeine Civilrecht»

Юридический институт  
БИБЛИОТЕКА

## § 2.

*Контроверза относительно отказа.*

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

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

Павелъ объясняетъ себѣ правоотношеніе совсѣмъ инымъ образомъ. По его мнѣнію, и съѣстные припасы (или же земельный участокъ) составляютъ объектъ отказа. Этотъ объектъ видоизмѣняется: припасы (или участокъ) затѣмъ дѣйствительно обращаются въ денежную сумму. Но когда? съ какихъ поръ? Съ того только времени, разсуждаетъ юристъ, какъ наслѣдникъ не выполнилъ долгаго дѣйствія, другими словами, не выдалъ

1) § 88 и Vangerow'a, Lehrbuch der Pandekten III стр. 338 сл. Небезынтересно, что въ новѣйшее время Іерингъ (Rechtsgutachten стр. 5 сл.) положилъ въ основаніе своего рѣшенія по одному частному дѣлу ту же мысль, которая въ свое время защищалась Вольфомъ. См. ниже § 24.

<sup>1)</sup> Во fr. 1 cit. значится: «habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur....»; ср. fr. 84 D. de V. O. (45,1).

отказоприемателю первоначального предмета легата, т. е. припасовъ. Техническія выраженія, которыми пользуется при этомъ Павелъ, не лишены извѣстнаго значенія. Это «*legatum transfusum*» и «*penus translata*<sup>1)</sup>». Все дѣло тутъ происходитъ совершенно такъ же, какъ при резолютивномъ условіи. Это доказываетъ продолженіемъ цитированнаго fr. 24 pr. :

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

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

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

На совпаденіе въ этомъ отношеніи мною уже указывалось<sup>2)</sup>. Пока, стало быть, различіе конструкцій не привело насъ ни къ какимъ ощутительнымъ послѣдствіямъ. Тѣмъ не менѣе было бы большимъ заблужденіемъ полагать, что данный споръ римскихъ юристовъ былъ исключительно только теоретическаго характера. Контроверза эта, напротивъ того, оказывается или, по крайней мѣрѣ, способна оказаться весьма важной и практически. И на этотъ счетъ точно также отношеніе юри-

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

<sup>2)</sup> См. выше стр. 12.



стовъ-классиковъ вполне созпательное, и здѣсь коллизія взглядовъ обнаружилась со всею желательной полнотою и ясностью.

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

Отвѣтъ на этотъ вопросъ даетъ намъ прежде всего Юліанъ. Во fr. 19 § 1 D. quando dies leg. (36, 2) онъ продолжаетъ свое (начатое въ *principium* въ того же мѣста) разсужденіе въ слѣдующихъ словахъ:

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

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

<sup>2)</sup> Такимъ представляется конецъ параграфа послѣ образцоваго исправленія въ текстъ, произведеннаго Теод. Момзенемъ. Ни одно изъ преж-

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

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

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

Павелъ, такимъ образомъ, разсуждаетъ строго послѣдовательно. Легатъ «heres fundum dato» долженъ, думаетъ онъ, почитаться перфектнымъ. Далѣе, отъзна («ademptio») этого легата только условная, («si heres non dederit»), а потому она, согласно элементарнымъ правиламъ, въ состояніи проявить свое дѣйствіе только въ томъ случаѣ, если условіе осуществится при жизни легатарія<sup>1)</sup>. Но наслѣдника, какъ примѣра ради предполагаетъ Павелъ, не тревожатъ: къ нему вовсе не обращаются съ требованіемъ о передачѣ помѣстья, а вслѣдствіе того онъ и не можетъ отказать въ выполненіи дѣйствія, вмѣненнаго ему завѣщателемъ въ обязанность. Нельзя, слѣдовательно, сказать, что heres non dedit: до этого дѣло не дошло. Между тѣмъ умираетъ отказоприниматель, уxor, вдова. Спрашивается: какъ вопросъ обстоитъ теперь? Отвѣтъ простой. Вслѣдствіе смерти легатарія не наступило, не успѣло, быть можетъ, наступить осуществленіе условія. Условіе, стало быть, отпало, а вмѣстѣ съ тѣмъ ясно, что отказъ, который и раньше уже былъ перфектенъ, продолжаетъ свое существованіе и впредь. И теперь его существованіе вполне обезпечено и твердо: Дамоклова меча, висѣвшаго надъ нимъ

---

нихъ чтеній не могло считаться удовлетворительнымъ. Предложеніе обыкновенно заканчивали словомъ «cesserit», причемъ весьма часто передъ этимъ глаголомъ вставлялось еще отрицаніе. Ср., напр., Синтениса въ нѣмецкомъ переводѣ Corpus'a Iuris III стр. 788 прим. 4 или того же Сальковского l. c.; у обоихъ къ «cesserit» прибавлено «non».

<sup>1)</sup> Ср. fr. 5 § 2 D. quando dies leg. (36, 2).

и угрожавшаго ему прекращеніемъ, нѣтъ болѣе, и правоотношеніе стало безповоротнымъ.

Если подвести итогъ всему разсужденію Павла, то выходитъ, что *fundus*, земельный участокъ долженъ отойти къ наследнику нашей отказопринимательницы или вдовы<sup>1)</sup>.

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

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

и съ нимъ сопоставить

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

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

Но все юристы эти въ одномъ отношеніи были вполне между собою солидарны, какъ мною уже было подчеркнута. Все они, повторяю, признавали, что при наличности legata съ формулировкой дву членною легатарій вправѣ былъ сейчасъ же и безъ дальнѣйшаго предъявить свое требованіе къ наследнику. Вотъ это положеніе — но только *mutatis mutandis* — и высказываетъ Папиніанъ въ знакомомъ намъ fr. 115 § 2 D. cit., съ перенесеніемъ его на договоръ о неустойкѣ и на участниковъ въ немъ. Какимъ путемъ Папиніанъ пришелъ къ своему выводу, которая изъ двухъ конструкцій послужила для

<sup>1)</sup> Ср. Salkowski назв. соч. стр. 203 прим. 13.

него точкой отправленія, объ этомъ онъ не говоритъ намъ ни слова. И нигдѣ въ источникахъ не встрѣчается на этотъ счетъ ни указанія, ни даже слабого намека. Равнымъ образомъ и дальнѣйшихъ заключеній изъ своего рѣшенія Папиніанъ точно также не дѣлаетъ. Передъ нами только голое изреченіе, что Сабинъ, молъ, правъ при условіи наличности двойной стипуляціи: никакихъ разъясненій, ничего другого оно не содержитъ. Чему, далѣе, приписать такое обстоятельство, обыкновенной ли сжатости и лаконизму рѣчи величайшаго изъ корифеевъ среди римскихъ юристовъ<sup>1)</sup>, или же какой-нибудь посторонней причинѣ, опять-таки, разумѣется, остается неизвѣстнымъ. Случайное-ли это молчаніе, или, наоборотъ, преднамѣренное, не желалъ-ли, быть можетъ, Папиніанъ воздержаться отъ сообщенія побудившихъ его къ рѣшенію мотивовъ, или же просто углубленіе въ матерію представлялось ему для его цѣлей и по плану его работы излишнимъ, — въ отвѣтъ на все эти вопросы едва-ли возможна хотя бы догадка болѣе или менѣе научнаго свойства: здѣсь вполнѣ умѣстна *ars nesciendi*. Мнѣ вслѣдствіе того кажутся мало обоснованными и даже произвольными попытки нѣкоторыхъ современныхъ писателей опредѣлить, кому изъ спорившихъ между собой юристовъ Папиніанъ сочувствовалъ. Что подобныя попытки должны оказаться разнорѣчивыми, понятно само собою. Liebe<sup>2)</sup>, на примѣръ, убѣждаетъ насъ въ томъ, что Папиніанъ склоняется на сторону Павла, между тѣмъ какъ Salkowsky<sup>3)</sup> съ такою же неповолебимой твердостью заявляетъ, что Папиніанъ — «очевидный» сторонникъ Юліана и его двухъ товарищей<sup>4)</sup>. Но ис-

<sup>1)</sup> Ср. P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts* стр. 201.

<sup>2)</sup> Назв. соч. стр. 318, 315, 312. Ср. также *Leipziger Kritische Jahrbücher Richter's* XIII стр. 13.

<sup>3)</sup> Назв. соч. стр. 200.

<sup>4)</sup> Другого рода неточность наблюдается въ изложеніи Муромцева (*Гражданское право древняго Рима* стр. 503 сл.). Онъ отправляется отъ положенія, что Сабинъ имѣлъ ввиду формулу: «объщаешь-ли дать то-то? если не дашь, то объщаешь-ли дать сто?» — положенія, безъ сомнѣнія, не вѣрнаго (см. выше стр. 9—10 прим.). Онъ затѣмъ допускаетъ, что Папиніанъ пошелъ еще дальше Сабина и раздѣлялъ его взглядъ даже во всѣхъ тѣхъ

точники наши, повторяю, не заключаютъ никакого ровно указанія ни въ одномъ, ни въ другомъ направленіи, и всякое отыскиваніе соответственнаго матеріала — не болѣе какъ праздный трудъ.

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

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

Если Вангеровъ<sup>2)</sup> отсюда, въ частности изъ словъ : *ut homo solvatur aut pecunia petatur* дѣлаетъ тотъ (согласный съ мнѣніемъ Сальковскаго) выводъ, будто Папиніанъ придерживается ученія Юліана, — то въ отвѣтъ на это Вангерову необходимо напомнить одно имъ, очевидно, не въ достаточной мѣрѣ опѣненное обстоятельство. Дѣло въ томъ, что и конструкція; вѣдь, Павла, въ общемъ и конечномъ своемъ итогѣ не даетъ ни отличныхъ отъ Юліановыхъ результатовъ, ни, съ другой стороны, чего-нибудь несогласнаго съ тѣми положеніями, какія заключаются въ только-что выписанныхъ строкахъ Папиніана. Нельзя забывать, что требовать-то управомоченный, и по Павлу, можетъ только денежную сумму.

случаяхъ, когда при существованіи хотя бы одной изъ стипуляцій «изъ ея смысла будетъ очевидно, что она содержитъ въ себѣ неустойку», — какое допущеніе опять-таки не можетъ быть признано соответствующимъ источникамъ: «itaque potest Sabini sententia recipi», говоритъ Папиніанъ во fr. 115 § 2 D. cit., «si.... ita concepta sit stipulatio: Pamphilum dari spondes? si non dederis. tantum dari spondes?». Папиніанъ, стало быть, настаиваетъ именно на формѣ стипуляціи. Въ результатѣ Муромцевъ приходитъ къ совершенно послѣдовательному, но, въ силу неправильности посылокъ, едва-ли справедливому заключенію, что «Павелъ и здѣсь остался позади Папиніана».

<sup>1)</sup> Въмѣсто «idem» писать «pro idem» (какъ то предлагаетъ Manns, «Von der Konventionalstrafe» стр. 61 сл., усматривающій въ нашемъ текстѣ пропускъ) нѣтъ рѣшительно никакой надобности.

<sup>2)</sup> Lehrb. der Pandekten III стр. 342.

Мы въ этомъ уже успѣли убѣдиться и ниже, въ слѣдующемъ параграфѣ изслѣдованія, еще болѣе укрѣпимся въ томъ же убѣжденіи.

Для лучшаго выясненія самаго способа выраженія Папиніана l. c., выдвинутого Вангеровымъ, я приведу аналогичное же словоупотребленіе въ другомъ мѣстѣ источника. На этотъ разъ обращаюсь къ кодексу и цитирую:

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

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

Согласно съ этимъ императоръ и пишетъ въ своемъ рескриптѣ: неустойку ты, истецъ, вправѣ требовать («*exiges*»); что же касается содержанія самой сдѣлки, то таковое

ты можешь только получить («consequeris»), — последнее, конечно, в томъ случаѣ, если отвѣтчикъ самъ предпочтетъ совершить слѣдующее и такую цѣною пожелаетъ избѣжать присужденія съ него неустойки суммы. Принудить его къ тому немислимо<sup>1)</sup>.

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

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

Ограничиваюсь тѣмъ, что ставлю вопросъ. Но нелишне, пожалуй, обратить тѣмъ не менѣе вниманіе на то обстоятель-

<sup>1)</sup> Ср. Salkowsky назв. соч. стр. 206 сл. По счастливой случайности до нашихъ дней сохранился одинъ конкретный образецъ договора, по своему составу безусловно аналогичнаго съ казусомъ въ с. 14 C. cit. Я имѣю ввиду одну изъ сдѣланныхъ въ Трансильваніи находокъ in forma triplichi, договоръ о товариществѣ отъ 167 года по Р. X. (C. I. L. III, 2, 950; Bruns, Fontes iuris Romani antiqui, изд. 6, стр. 334; Girard, Textes de droit Romain, изд. 2, стр. 767 сл.). Компания здѣсь соглашается насчетъ участія въ прибыляхъ, убыляхъ и вкладахъ и затѣмъ прибавляютъ условіе о неустойкѣ:

«In qua societate si quis dolo malo fraudem fecisse deprehensus fuerit, in asse uno denarium unum... denarium unum denarios XX... alio inferre debet...»

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

ство, что изъ трехъ научныхъ противниковъ Павла всего болѣе его напоминаетъ именно Ульпіанъ, т. е. юристъ позднѣйшій и къ Павлу по времени ближайшій. И Ульпіанъ точно также въ кругъ своихъ размышленій и разсужденій вводитъ такъ наз. *transfusio* и *translatio legati*, о которой, напротивъ того, ни Юліанъ, ни Марцеллъ не обмолвились ни единымъ словомъ:

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

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

Мнѣ кажется, однако, что къ этому едва-ли представляется какое-либо основаніе. Предыдущее изложеніе выяснило, что ученіе Павла имѣетъ точно такой же *raison d'être*, какъ и ученіе Юліана и его сторонниковъ, не соглашавшихся съ Павломъ. Герберъ и Максень, правда, говорятъ объ искусственности, слабости и непослѣдовательности осуждаемаго ими воззрѣнія, далѣе, о томъ «туманѣ», который окутываетъ все правоотношеніе, если держаться конструкціи Павла, и т. п., — но доказательства справедливости этихъ утвержденій мы у названныхъ писателей не встрѣчаемъ вовсе. Все сводится къ голословнымъ заявленіямъ и упрекамъ. Такъ, по Герберу<sup>2)</sup>, изъ

<sup>1)</sup> Герберъ въ назв. соч. стр. 89 слл., Максень въ назв. соч. стр. 230 слл.

<sup>2)</sup> Назв. соч. стр. 91.



fr. 115 § 2 D. cit. можно-де «съ увѣренностью» заключить, что теорія Павла среди римскихъ юристовъ отнюдь не нашла себѣ признанія. Какъ мало, однако, изреченіе Папаніана способно подкрѣпить подобное мнѣніе, хотя бы выраженное въ гораздо менѣе категорической формѣ, — мы уже видѣли. Затѣмъ Герберъ<sup>1)</sup> предлагаетъ замѣнить теорію Павла другою, которую онъ именуетъ теоріей «множественности практическихъ объектовъ при единствѣ объекта юридическаго» (!). Но чтобы такая замѣна вела къ упрощенію, естественности и полной удовлетворительности, какъ то думаетъ ея творецъ, позволительно сомнѣваться.

Въ свою очередь, Максень<sup>2)</sup> полагаетъ, что при двучленной стипуляціи наступаетъ совершенно то же правоотношеніе, что и при стипуляціи простой типа «*si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?*». А если такъ — заключаетъ онъ —, то очевидно, что Павелъ сильно ошибается. — Но въ такомъ случаѣ неизбежно признать, что и самъ Папиніанъ не безгрѣшенъ. И дѣйствительно: Максень договаривается и до этого, заявляя, что и Папиніанъ «былъ сбить съ толку» и что положеніе, высказанное имъ во fr. 115 § 2 D. cit., «ошибочно». Когда затѣмъ все препятствія на пути проведенія собственнаго, априорно составленнаго взгляда благополучно, такимъ образомъ, устранены и все, не укладывающееся въ произвольную рамку, подверглось либо частичной передѣлкѣ, либо полному остракизму, — тогда, конечно, остается только одно: самодовольно констатировать заблужденіе оспариваемаго ученія и подчеркнуть всю непригодность конструкціи Павла.

Къ сожалѣнію, ни Герберъ, ни Максень не задали себѣ труда поразмыслить надъ практическими результатами, связанными съ пониманіемъ именно Павла. А результаты эти<sup>3)</sup> всего нагляднѣе способны показать, что конструкція Павла полна смысла и что она не только не расходится съ намѣреніями завѣщателя и контрагента, но даже въ большей, быть можетъ, степени соответствуетъ имъ, чѣмъ та другая конструкція, противоположная ей.

<sup>1)</sup> Назв. соч. стр. 89.

<sup>2)</sup> Назв. соч. стр. 235 сл.

<sup>3)</sup> См. выше стр. 21 сл.

## § 3.

*Quasi-novatio eo fr. 44 § 6 D. de O. et A. (44, 7).*

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

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

*sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.*

Далѣе, не менѣе ясно и то, что Павелъ не признаетъ тѣхъ же правовыхъ послѣдствій при наличности двойной стипуляціи. Тамъ онъ видѣлъ не болѣе какъ условное денежное обѣщаніе, здѣсь онъ усматриваетъ самостоятельное обязательство съ придаточной неустойкою. И въ полнѣйшей аналогіи со своимъ рѣшеніемъ вопроса о двойномъ легатѣ — рѣшеніемъ, проводившимся имъ въ разрѣзъ съ мнѣніемъ уже знакомыхъ намъ классиковъ, Павелъ здѣсь утверждаетъ, что при стипуляціи съ двумя членами fundus, т. е. участокъ, находится *in stipulatione*, является ея настоящимъ объектомъ.

Такой его взглядъ съ несомнѣнностью вытекаетъ изъ противоположенія другъ другу параграфовъ пятаго и шестаго толкуемаго fr. 44 D. cit., раздѣленныхъ союзомъ «*sed*». Отсюда же вытекаетъ, между прочимъ, и какого рода вопросъ ставится юристомъ въ § 6-мъ. Этотъ вопросъ не въ томъ, конечно заключается, имѣемъ-ли мы тутъ одну стипуляцію или двѣ. Такого вопроса Павелъ не могъ возбудить послѣ сказаннаго имъ раньше. Онъ, разумѣется, уже отправляется

отъ положенія, что въ фингированномъ имъ казусѣ двѣ стипуляціи (опять-таки согласно съ той точкой зрѣнія, которая отстаивалась имъ при отказѣ). Разсуждая послѣдовательно, Павелъ затѣмъ спрашиваетъ: оказываетъ-ли осуществленіе условія во второй, условной, стипуляціи вліяніе и дѣйствіе<sup>1)</sup> на первую, или нѣтъ, не оказываетъ. Правда, нельзя не согласиться, что самая формулировка дилеммы не изъ удачныхъ: ея два предложенія недостаточно рельефно обозначены и выдвинуты другъ противъ друга. Строго говоря, слѣдовало бы «utrum» (соотвѣтствующее другой частицѣ «an») отнести къ словамъ «non tollat», поставивъ его или здѣсь, передъ отрицаніемъ, на которомъ, вѣдь, главное удареніе, или, по крайней мѣрѣ, передъ «existens». Предшествующее же предложеніе должно было, влѣдствіе такой перестановки, оказаться не вопросительнымъ, какимъ оно является въ настоящемъ своемъ видѣ, а утвердительнымъ. Говоря проще, Павлу слѣдовало л. с. написать приблизительно слѣдующее:

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

Но если точность выраженія Павла въ касающемся насъ здѣсь отношеніи и оставлять желать лучшаго, то при нѣкоторомъ вниманіи все-таки весьма легко уяснить себѣ истинный смыслъ его словъ. И невольно приходится удивляться, почему влѣдствіе означеннаго только внѣшняго промаха чисто редакціоннаго свойства цѣлый рядъ новѣйшихъ писателей превратно поняли мысль Павла, приписавъ ему постановку вопроса, о которой онъ, несомнѣнно, и не думалъ<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Я пока намѣренно употребляю это общее и нѣсколько неопредѣленное выраженіе.

<sup>2)</sup> Сальковскій (назв. соч. стр. 201) упрекаетъ въ этой ошибкѣ Сальпіуса (назв. соч. стр. 241), но не замѣчаетъ при этомъ, что Сальпіусъ въ давномъ случаѣ повиненъ только въ повтореніи заблужденія Либе (назв. соч. стр. 315), своего непосредственнаго предшественника по разработкѣ той же матеріи. Изъ видныхъ писателей французской школы то же самое недоразумѣніе встрѣчается, напр., у Molitor'a, Les obligations en droit Romain I стр. 208.

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

Слова «*et quasi novatio prioris fiat*» безконечно часто подвергались обсужденію въ литературѣ, преимущественно въ старой и старѣйшей<sup>1)</sup>. Но уже сравнительно рано пришли къ сознанию, что о новаціи въ собственномъ и техническомъ смыслѣ слова здѣсь не можетъ быть рѣчи. Правда, Аккурсіи въ глоссѣ *ad h. l.* учитъ, что здѣсь имѣется настоящая новація, и Діонисій Готтофредъ въ своихъ «*notae*» еще повторяетъ такое воззрѣніе. Но уже Куяціи *ad l. 115 D. de V. O.* (45, 1) замѣчаетъ, что новаціи быть не можетъ, ибо, справедливо добавляетъ онъ, при новаціи мѣняется «*causa debendi*», а никакъ не «*ipsum debitum*», не самый долгъ<sup>2)</sup>. Свое убѣжденіе въ невозможности новаціи при наличнымъ обстоятельствахъ особенно энергично выражаетъ, далѣе, Анторъ Фаберъ: «*nec... fieri unquam novatio posset, nec si novandi animus millies intervenisset*<sup>3)</sup>». А въ другомъ мѣстѣ<sup>4)</sup> тотъ же Фаберъ говоритъ: нельзя себѣ представить ничего болѣе безсмысленнаго и несогласнаго съ существомъ неустойки, чѣмъ именно новацію. Новація, рассуждаетъ

<sup>1)</sup> По свидѣтельству *Lauterbach'a* (*Disputatio inauguralis de poena conventionali* 1666, § 59), уже въ его время, насчитывалось по этому поводу цѣлыхъ 13 мнѣній! Ср. *Либе* назв. соч. стр. 316 сл.

<sup>2)</sup> Тотъ же мотивъ находимъ, наприимѣръ, у *Accarias*, назв. соч. II стр. 305 прим. 1 и у *Aubry*, *De la stipulatio poenae en droit Romain* стр. 48. Не противорѣчитъ этому *fr. 28 D. novat.* 46, 2 (*Lenel Papin. № 56*) на томъ простомъ основаніи, что въ разбираемомъ *fr. 44 § 6 D. cit.* *centum* не является продуктомъ оцѣнки, между тѣмъ какъ во *fr. 28 D. cit.* *pecunia* служитъ именно эквивалентомъ помѣстья, или предмета новиряемаго обязательства («*quanti fundus est*», «*aestimatio*»). Ср. *P. Girard*, *Manuel de droit Romain* стр. 674 сл.

<sup>3)</sup> *Op. cit.* III p. 190 col. 1.

<sup>4)</sup> *Ibid.* p. 460 col. 2, p. 461 c. 2, cf. *de Retes op. cit.* §§ 6, 9.

онъ, призвана освободить промитента отъ первоначальнаго обязательства, въ то время какъ цѣль соглашенія о неустойкѣ состоитъ, наоборотъ, въ томъ, чтобы это обязательство утвердить и усилить. У Донелла мы, между прочимъ, читаемъ ad l. 115 D. de V. O. точно такое же соображеніе: «absurdissimum (est) dicere praecedentem stipulationem tolli ex stipulatione quae praecedentis firmanda e causa adhibetur». Фаберъ правъ, затѣмъ, и въ томъ своемъ заявленіи, что и самъ Павелъ во fr. 44 § 6 D. cit., очевидно, отрицаетъ наличность настоящей новаціи: иначе онъ не употребилъ бы выраженія «quasi novatio<sup>1)</sup>».

Все это чрезвычайно вѣрно и безспорно: находить въ анализируемомъ здѣсь случаѣ истинную новацію было бы, по меньшей мѣрѣ, неправильно<sup>2)</sup>.

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

<sup>1)</sup> Чтобы терминъ этотъ погрѣшаль противъ красоты языка, я не усматриваю. Видѣ, говорить же Цицеронъ de nat. deor. I c. 18, 49 (какъ справедливо подмѣчено Либе въ назв. соч. стр. 314 прим.) и объ «quasi cognis» и объ «quasi sanguis». Герберу (назв. соч. стр. 91), напротивъ того, quasi-novatio представляется какой-то «юридической небывальщиной»; двойная стипуляція напоминаетъ ему сказочнаго двуголоваго звѣря, и т. п.

<sup>2)</sup> Ср. еще Gide, Etudes sur la novation et le transport des créances en droit Romain стр. 149 сл.

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

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

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

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

#### § 4.

#### *Результатъ.*

Предыдущее разсужденіе оказалось нѣсколько пространнѣмъ и сложнѣмъ. Безъ него едва-ли, однако, возможно было разсчитывать на болѣе или менѣе полное освѣщеніе и понима-

<sup>1)</sup> Въ указанномъ выше мѣстѣ.

<sup>2)</sup> Совѣмъ напрасно, слѣдовательно, Manns (назв. соч. стр. 223) полагаетъ, будто Павелъ въ вопросѣ объ отказѣ пошелъ дальше, чѣмъ въ вопросѣ о стипуляціи. Доводы, приводимые имъ, далеко не убѣдительны.

ніе дѣла — воззрѣній римскихъ юристовъ въ затронутой нами матеріи, существа и значенія ихъ спора между собой. Теперь же, послѣ всего сказаннаго, нетрудно дать и отвѣтъ на главнѣйшій вопросъ, помѣщенный въ заголовкѣ къ настоящему отдѣлу, — вопросъ, интересующій насъ здѣсь прежде всего.

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

Исходя изъ такой точки зрѣнія, Юліану, Марцеллу и Ульпіану казалось, что и вообще *in obligatione* имѣется

<sup>1)</sup> Уже здѣсь заслуживаетъ быть упомянутымъ слѣдующее.

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

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

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

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

только одинъ предметъ. Это — денежная сумма, *centum*. Другой же предметъ — *pecus* или *fundus*, смотря по тому — по ихъ мнѣнію, и вовсе не находится *in obligatione*, а только *in praestatione* или *in solutione*. Слѣду прибавить, что и такое представленіе имѣеть, конечно, достаточное для себя основаніе, а потому точно также заслуживаетъ признанія. Необходимо только твердо помнить одно, безъ чего немислимо правильное ориентированіе въ нашей области: что три названныхъ юриста исходили изъ иска или, точнѣе, изъ способности служить объектомъ иска и одну лишь эту способность и принимали въ расчетъ въ своихъ изреченіяхъ. Такое отношеніе (характерное для «судебнаго» взгляда римлянъ) и приводило ихъ съ необходимостью къ теоріи единства обязательства<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Нѣкоторое недоумѣніе возбуждаетъ воззрѣніе того же Юліана, высказанное имъ по другому поводу. Во fr. 1 § 6 D. de stipul. servor. (45, 3) *Iulianus libro quinquagesimo secundo digestorum* читаемъ:

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

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

Какъ объяснить это отступленіе отъ твердо установленныхъ нами началъ?

Не кроется ли тутъ причина въ томъ обстоятельстве, что рабъ не въ силахъ лишить своего господина (Титія) разъ приобретеннаго въ его пользу права требованія? Такъ думаетъ, наприимѣръ, Thougeau, *De la clause pénales* стр. 32, и такое объясненіе мнѣ представляется не совсѣмъ неосновательнымъ. Рабъ—орудіе только приобретенія правъ; ослабить



Въ заключеніе настоящаго отдѣла необходимо сказать еще пару словъ по адресу современнаго римскаго или такъ на-

уже полученное обѣщаніе онъ не въ состояніи. Другое дѣло, конечно, завѣщатель при легатѣ: онъ, помимо всего другого, въ своемъ распоряженіи имѣеть уже известную намъ отчасти *translatio legati* (въ данномъ случаѣ *a persona in personam*): fr. 6 pr., fr. 7 D. de adim. vel transfer. leg. (34, 4).

При всей справедливости только-что замѣченнаго, одно рабское состояніе стипулятора само по себѣ едва ли можетъ вполне удовлетворительно объяснить интересующую насъ здѣсь разность рѣшеній Юліана. И это вотъ почему. Въдѣ, то положеніе, которое онъ, Юліанъ, отстаиваетъ по отношенію къ двойному легату («*in ius legatum intellegitur*», fr. 19 pr. D. quando dies leg. 36, 2), оно, въ примѣненіи къ нашему fr. 1 § 6 D. cit., ведетъ къ слѣдующему: къ тому, что для Тиція даже и не возникаетъ *prima obligatio*, и что *decem Titio praestanda* оказываются только *in solutione*. А потому, если на вопросъ смотрѣть съ этой, Юліановской, точки зрѣнія, то способность раба отнять право требованія у своего господина совершенно не при чемъ.

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

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

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

зывается пандектного или общего гражданского права. Каковъ для него итогъ и выводъ изъ всего сказаннаго?

Этотъ выводъ, думаю я, долженъ быть признанъ чисто отрицательнымъ. Все отношеніе договора о неустойкѣ къ абстрактной стипуляціи утратило въ настоящее время всякое практическое значеніе, — безразлично, будетъ-ли принята конструкція Павла, или конструкція его противниковъ.

Современный оборотъ не знаетъ совсѣмъ стипуляціи, а нашъ абстрактный, отрѣщенный отъ своей causa договоръ — и имѣю ввиду главнымъ образомъ, конечно, вексель — не допускаетъ включенія придаточнаго соглашенія о неустойкѣ. А потому нельзя не согласиться, что вся та юридическая фигура, которою мы до сихъ поръ были заняты, въ современномъ гражданскомъ правѣ отпала, исчезла, отсутствуетъ. Отсюда ясно вмѣстѣ съ тѣмъ, что въ наше время вопросъ о взаимномъ отношеніи неустойчнаго договора и основного обязательства долженъ всегда регулироваться въ зависимости отъ началъ, опредѣляющихъ отношеніе договора о неустойкѣ къ главному обязательству матеріальнаго или каузальнаго свойства. И отвѣтъ на означенный вопросъ долженъ будетъ, слѣдовательно, отыскиваться и получаться непременно изъ тѣхъ положеній, разбору которыхъ посвященъ слѣдующій отдѣлъ настоящаго изслѣдованія<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Savigny *Obligationenrecht* II стр. 278 (русск. переводъ Фукса и Мандро стр. 542), *Baron Pandekten* стр. 365 (въ русск. перев. Петражицкаго вып. 3 стр. 22) и *Hölder, Konventionalstrafe* въ *Rechtslexikon Gольцендорфа* II стр. 544. Насчетъ возрѣвнїа Виндшейда (*Lehrb. II § 285 п. 4 прим. 16*) см. ниже §§ 12, 14.

## II.

Отношеніе договора о неустойкѣ къ матеріальному<sup>1)</sup> обязательству.

### ГЛАВА I.

#### Отношеніе альтернативное.

##### § 5.

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

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

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

---

<sup>1)</sup> Этимъ обозначеніемъ, противопологаемымъ обязательству абстрактному (отдѣлъ I), я, въ видахъ краткости выраженія, думаю объять все, что способно служить базисомъ для договора о неустойкѣ, кромѣ обязательства изъ estipulacii. Савиньи (назв. соч. II стр. 277) въ этомъ же смыслѣ говоритъ о договорѣ bona fidei, что едва-ли заслуживаетъ предпочтенія.

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

Рѣшеніе въ высшей степени простое и ясное<sup>2)</sup>. Неравенство обоихъ случаевъ — въ первомъ для торжества правосудія требуется еще заявленіе особой *exceptio doli*, во второмъ это представляется излишнимъ — точно также чрезвычайно понятно. *Actio empti venditi*, о которой въ нашемъ спорѣ идетъ рѣчь, какъ извѣстно, относится къ такъ наз. *bona e*

<sup>1)</sup> Такое предположеніе дѣлаетъ глосса.

<sup>2)</sup> По странному недоразумѣнію, *Nettelblatt*, *Der Strafvertrag nach gemeinem Rechte* стр. 45 видитъ во fr. 28 D. cit. чисто условное обѣщаніе.

*fidei iudicia*. А потому здѣсь судья свободнѣе. Онъ не нуждается въ непремѣнной еще вставкѣ отдѣльной экцепціи: на основаніи препровожденной къ нему преторской формулы или, точнѣе, имѣющей въ ней клаузулы «*ex fide bona*», онъ уже вправѣ принять въ расчетъ совершившійся фактъ полученія продавцомъ условленной пени. Но это, разумѣется, въ томъ только случаѣ, если истецъ предъявилъ *actio venditi* послѣ *actio ex stipulatu*. При обратной послѣдовательности требований, къ судѣ пойдетъ, въ качествѣ второго по времени иска, такъ наз. *certi condictio*, принадлежащая, естественно, къ *stricti iuris iudicia*. Тутъ нашъ *iudex* оказался бы безсиленъ помочь Сею, не будь уже *in iure* допущена спасительная *exceptio doli*: оттого-то она здѣсь и нужна.

Остановимся еще на

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

Лабео, а за нимъ и Ульпіанъ высказываютъ взглядъ, вполне соответственный тому положенію, съ которымъ мы только-что познакомились въ fr. 28 D. cit.

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

Изъ приведенныхъ двухъ фрагментовъ нетрудно вывести слѣдующій принципъ. Вѣритель по матеріальному обязательству, обезпечившій свое право добавочнымъ условіемъ о неустойкѣ, имѣетъ альтернативное право требовать по своему вы-

бору одно изъ двухъ: или исполненія по основному обязательству, или уплаты выговоренной неустойки.

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

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

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

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

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

Слѣдовательно, въ нашей 1 10 § 1 D. cit. (въ которой, отмѣтимъ кстати, пока еще не узрѣли интерполяціи: *Lenel* № 250) классикъ долженъ былъ предоставить сторонѣ не *actio ex stipulatu* съ ея интенціей «*quidquid ob eam rem Nm Nm A° A° dare facere oportet*», а *condictio certae pecuniae* (*Lenel*, *Edictum* стр. 121 сл. 184 сл. 187; ср. хотя бы *Зона*, *Institutionen* 7 изд. стр. 373 сл., русскій переводъ *Нечаева* стр. 241). Между тѣмъ Ульпіанъ поступаетъ, повидимому, какъ разъ о б р а т н о. — Въ своей критикѣ на нѣмецкое изданіе моей работы *Зеккель* (въ указанномъ мѣстѣ стр. 396 прим.) обращаетъ вниманіе на возбужде-

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

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

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

II, наконецъ, еще

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

ніе мною вопроса объ означенномъ противорѣчій, прибавляя въ то же время, что никто пока не приступалъ къ его разрѣшенію. Мѣста, на которыя рецензентъ ссылается въ подтвержденіе обнаруженной мною непослѣдовательности, не идутъ, впрочемъ, къ дѣлу: во fr. 21 § 12 D. de recept. (4, 8) не названа *ex stipulatu actio*, а во fr. 31 D. eod., по всей вѣроятности, совсѣмъ не обусловлена роена при компромиссѣ, что, разумѣется, исполнѣ возможно: fr. 27 § ult., fr. 28 D. eod. (ср. мои замѣчанія въ Savigny-Zeitschrift XVIII Rom. Abth. стр. 301).

Отношеніе и здѣсь, несомнѣнно, альтернативное<sup>1)</sup>. Стороны вступили въ мировую сдѣлку, причемъ, очевидно, одна изъ нихъ внесла другой извѣстную вещь или сумму денегъ. Къ мировой сдѣлкѣ былъ затѣмъ присоединенъ еще неустойчивый договоръ на случай ея нарушенія. Согласно съ такою species facti названные императоры и пишутъ въ своемъ рескриптѣ, что контрагентамъ необходимо соблюдать условія полюбовнаго соглашенія. Въ случаѣ же ихъ несоблюденія виновная сторона обязана уплатить предусмотрѣнную пеню. Она, кромѣ того, должна будетъ возратить еще ту денежную сумму или вещь, которая ей дана была ея противникомъ при заключеніи трансакта. Последнее совершенно естественно и необходимо въ видахъ полнаго возстановленія стараго, предшествовавшаго трансакту порядка вещей.

Такимъ образомъ, нетрудно усмотрѣть, что и въ с. 40 С. сит. допускается только одно: или сохраненіе въ силѣ совершившейся мировой сдѣлки, или же присужденіе къ уплатѣ неустойки, но зато съ устраненіемъ дѣйствія самой сдѣлки. И то и другое вмѣстѣ рѣшительно не допускается. Такое отрицательное отношеніе къ началу кумулятивному даже рѣзко проявлено въ словахъ императоровъ: *aut subsequenter<sup>2)</sup> secundum leges<sup>3)</sup> accommodandus est consensus, aut poena<sup>4)</sup> et rel.*

Изъ пяти мѣстъ источниковъ, съ которыми мы нѣсколько ближе познакомились въ настоящемъ параграфѣ, два — fr. 4 § 7 D. 44, 4 и с. 40 С. 2, 4 — представляютъ нѣкоторые труд-

<sup>1)</sup> Обратное ошибочно утверждается Молиторомъ (назв. соч. I стр. 193 сл.). Правильно на дѣло смотреть, напр., Jäger въ своей диссертации «De stipulatione poenae etc.» стр. 53 сл.

<sup>2)</sup> Scilicet conventionibus (такъ глосса) или iis quae gesta sunt (такъ Донелль ad h. l., ср. Cod. Theodos. 2, 9, 2).

<sup>3)</sup> Ср. с. 39 С. eod.: Quamvis eum qui pactus est statim poeniteat, transactio rescindi et lis instaurari non potest.

<sup>4)</sup> Ср. с. 37 С. eod.: Promissis transactionis causa non impletis poenam in stipulationem deductam, si contra factum fuerit, exigere posse constituit.



ности. Въ интересахъ связности и ясности изложенія, я пока этихъ трудностей не коснулся. Теперь же, въ дополненіе къ уже замѣченному, считаю цѣлесообразнымъ, для лучшаго уразумѣнія содержанія и смысла цитированныхъ двухъ мѣстъ, присовокупить еще слѣдующее.

Ad l. 4 § 7 D. cit.

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

Въ литературѣ было выражено мнѣніе, что этотъ выборъ относится къ стипуляціи о неустойкѣ и къ стипуляціи же, въ которую облечено обѣщаніе (*satisfatio*) «*hominem intra certum diem tradi*», какъ основное въ данномъ случаѣ обязательство. При такомъ предположеніи дѣлавшіе его сейчасъ же сами становились въ тупикъ, недоумѣвая: почему же тогда не происходитъ поглощенія одной стипуляціи другою? какъ можетъ сохраниться, рядомъ съ искомъ о неустойкѣ, еще и главный искъ?¹). Ульпіанъ, вѣдь, о виндикаціи раба говоритъ уже послѣ всего, послѣ соглашенія, стало быть, насчетъ пени. Созданное такимъ образомъ затрудненіе пытались обойти посредствомъ того, на примѣръ, соображенія, что неустойчивая стипуляція не производитъ знакомой намъ *quasi*-новациі, если... она слѣдуетъ не сейчасъ же, непосредственно за основнымъ абстрактнымъ обязательствомъ, что-де во fr. 4 § 7 D. cit. какъ разъ имѣетъ мѣсто²).

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

Ульпіанъ (вмѣстѣ съ Лабеономъ), какъ отчасти уже было замѣчено, ведетъ рѣчь о виндикаціи («*hominem vindicat*»), послѣ того какъ «*secundum actorem fuerit iudicatum*» и вѣдствіе того «*iussu iudicis satisfatum sit*». Не представляется-ли здѣсь удивительнымъ то обстоятельство, что первоначальный искъ, *rei vindicatio*, видимо, уцѣлѣлъ еще послѣ ли-

¹) См. выше § 3.

²) «... non novat si ex intervallo sequatur» Донеллъ *Commentar. de iure Civili* l. XV cap. II § 12 *Nota* Osualdi Hilligeri.

тисконтестаціи и *deductio in iudicium*? Въ соединеніи съ требованіемъ пени римскіе юристы этотъ искъ какъ будто считаютъ допустимымъ, несмотря на все произошедшее съ момента начала процесса.

Странность эта, конечно, обратила на себя вниманіе ученыхъ романистовъ. Изъ нихъ Беккеръ въ своемъ извѣстномъ трудѣ «Die Aktionen des römischen Privatrechts»<sup>1)</sup> высказалъ предположеніе, что въ нашемъ отрывкѣ дѣло, по всей вѣроятности, идетъ о спонзійномъ процессѣ и что fr. 4 § 7 D. cit. является, слѣдовательно, однимъ изъ крайне немногочисленныхъ остатковъ этой древней или древнѣйшей формы судопроизводства въ компиляціи Юстиніана. Что отсутствіе консумпціи виндикаціоннаго иска въ разбираемомъ мѣстѣ объясняется именно такимъ путемъ, т. е. предъявленіемъ не иного чего, какъ только такъ наз. *in rem actio per sponsionem (mere praeiudicialis*<sup>2)</sup>, думаетъ точно также и Н. Krüger<sup>3)</sup>. Наконецъ, и я въ нѣмецкомъ изданіи данной работы указалъ мимоходомъ на гипотезу Беккера, какъ на удачную попытку разрѣшить занимающую насъ здѣсь трудность<sup>4)</sup>.

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

<sup>1)</sup> Томъ I, стр. 268 сл.

<sup>2)</sup> Которая, несомнѣнно, не могла вести къ консумпціи: Gai IV, 93. 94. Ср. Keller, Der römische Civilprocess §§ 26 и 27, Karlowa, Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen § 12.

<sup>3)</sup> Beiträge zur Lehre von der exceptio doli I стр. 208 сл. Ср. еще v. Koschembahr-Lyskowski, Die Theorie der Exceptionen nach klassischem römischen Recht I, 1 стр. 141.—На объясненіи, данномъ Маннс'омъ въ назв. соч. стр. 33 (ср. къ нему глоссу), я не останавливаюсь, такъ какъ оно явно ошибочно. Весьма мало вѣроятно и предположеніе Павла Крюгера (Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses стр. 119 прим. 23), что «вторая» виндикація направлена не противъ прежняго уже отвѣтчика, а противъ какого-то новаго владѣльца раба.

<sup>4)</sup> Konventionalstrafe und Interesse прилож. VI стр. 24 сл.

Зеккель говоритъ слѣдующее<sup>1)</sup>. Въ спонзiонномъ процессѣ отвѣтчикъ присуждается къ той суммѣ, на какую стороны бились объ закладъ. Поэтому остается совершенно непонятнымъ, какимъ это образомъ *officium iudicis* при такихъ условiяхъ можетъ привести къ его приказу обезпечить одержавшаго верхъ истца посредствомъ «*satisfatio hominem intra certum diem tradi*». Это замѣчанiе основательно. Со своей стороны, Зеккель представляетъ себѣ дѣло такъ. Истецъ вчалъ обыкновенный вещный искъ о правѣ собственности, предъявивъ *formulam petitoriam*. Процессъ затѣмъ подвинулся до такъ наз. *pronuntiatio de re*, когда судья высказывается о принадлежности истцу спорнаго права, или даже до послѣдующей стадiи, т. е. до *arbitratus de restituendo*, когда отвѣтчику объявляется приказъ добровольно возвратить спорный объектъ, — но ни въ какомъ случаѣ процессъ не успѣлъ еще завершиться присужденiемъ или окончательною *condemnatio*. Отвѣтчикъ далѣе, видимо, не сразу, не сейчасъ удовлетворяетъ истца, на что онъ, впрочемъ, имѣетъ право<sup>2)</sup>, но зато тутъ же общается — съ поручительствомъ и подъ страхомъ неустойки — передать раба не позже опредѣленнаго дня. Общанiе это дается *iussu iudicis*. Новацiи вещнаго притязанiя, которое *in iudicio* перешло уже въ фазисъ «*condemnari oportere*», *satisfatio* не вызываетъ. Теперь производство предъ *iudex*омъ приостановлено, но не закончено. Условленный срокъ однако отвѣтчикомъ пропускается. Каковы послѣ этого права истца? Ему, несомнѣнно, принадлежитъ выборъ. Одно изъ двухъ: или онъ предъявляетъ искъ изъ стипуляцiи и требуетъ на ея основанiи уплаты неустойки (отнюдь не выдачи раба: обязательство «*hominem tradi*» изъ основной стипуляцiи поглощено дополнительной стипуляцiей о неустойкѣ<sup>3)</sup>), — или же онъ продолжаетъ приостановленный на время виндикацiонный процессъ и проситъ судью довести дѣло до благополучнаго конца, т. е. въ крайнемъ случаѣ

<sup>1)</sup> Л. с. стр. 398 сл.

<sup>2)</sup> О нѣкоторой отсрочкѣ (*tempus*) въ этомъ отношенiи см. fr. 6 § 2 D. de confessis (42, 2) и въ особенности § 2 I. de officio iudicis (4, 17).

<sup>3)</sup> См. опять-таки выше §§ 3 и 4.

до *litis aestimatio* и кондемнаці («*hominem vindicat*»). Если затѣмъ истецъ, какъ, очевидно, предполагается въ нашей *species facti*, раба получить въ свои руки и захочетъ еще, кромѣ того, взыскать также неустойчивую сумму, то при такихъ условіяхъ отвѣтчикъ вправѣ будетъ противопоставить *exserptionem doli* и съ ея помощью отбить кумулятивное нападеніе противника.

Такъ приблизительно рассуждаетъ Зеккель, и рассужденіе это, повторяю, представляется мнѣ въ общемъ весьма убѣдительнымъ. Отмѣчу кстати, что оно лишній разъ подтверждаетъ справедливость того положенія, что истина и въ области романистическихъ изысканій и загадокъ по большей части проста и естественна и что самая правильная интерпретація фрагментовъ римскихъ юристовъ обыкновенно вмѣстѣ съ тѣмъ и самая непринужденна<sup>1)</sup>. Зеккелю принадлежитъ, на мой взглядъ, главнѣйшая заслуга по истолкованію нашего «до сихъ поръ не объясненнаго мѣста» (Беккеръ I. с.) Вмѣсто сложной гипотезы о спонзійномъ процессѣ, онъ выставляетъ самое обыденное явленіе — приостановку или перерывъ процесса; вмѣсто кондемнаці въ томъ, отжившемъ производствѣ онъ въ словахъ «*secundum actorem fuerit iudicatum*» усматриваетъ нормальнѣйшее сужденіе *iudex*'а о правѣ истца, встрѣчающееся во всякомъ процессѣ о правѣ собственности<sup>2)</sup>.

Въ приведенную интерпретацію я желалъ бы внести только одну поправку. Зеккель полагаетъ, что слова «*hominem vindicat*» выражаютъ продолженіе виндикаціоннаго процесса. Едва-

<sup>1)</sup> Блестящій примѣръ въ этомъ отношеніи представляетъ объясненіе известной *caus*, fr. 7 § 1 D. sol. matrim. (24. 3), данное въ последнее время Л. I. Петражицкимъ, — объясненіе, справедливо возбудившее вниманіе и получившее всеобщее почти признаніе въ романистической наукѣ. См. Петражицкі «Die Fruchtvertheilung...», «Abhandlung I: Die Theilung der Dotalfrüchte...» Berlin 1892, въ русск. переводѣ Кіевъ 1896. Ср. Dernburg, Pandekten III § 22 с.) въ 3-мъ и дальнѣйшихъ изданіяхъ.

<sup>2)</sup> Для подкрѣпленія своего мнѣнія, Зеккель I. с. собралъ цѣлый рядъ мѣстъ источниковъ, гдѣ «*iudicare*» не относится къ конечному приговору, къ осужденію или оправданію отвѣтника, а равносильно термину «*pronuntiare*» при *actiones arbitrarie*.

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

Послѣ всего сказаннаго ясно, что странность, будто rei vindicatio уцѣлѣла еще и послѣ литисконтестаціи и оказывается пригодною для возбужденія новаго иска,—что эта странность только кажущаяся. А вмѣстѣ съ тѣмъ ясно отвѣтъ и на главный, поставленный нами вопросъ: между какими обязательствами или исками допускаютъ выборъ Лабео́нъ, а вслѣдъ за нимъ и Ульпианъ? Или еще иначе: съ чѣмъ тутъ конкурируетъ искъ о неустойкѣ?—Онъ конкурируетъ, отвѣтимъ мы на основаніи изложеннаго, съ притязаніемъ на право собственности. Это притязаніе было возбуждено въ видѣ rei vindicatio помощью formula petitoria vel arbitraria и, преобразовавшись затѣмъ при переходѣ in iudicium въ новую форму «condemnari oportere», успѣло дойти до фазиса признанія его судьей, когда у него возникъ конкурентъ въ искѣ объ уплатѣ

неустойки. Последняя основана на *satisfactio*, т. е. на *cautio* или *stipulatio* съ поручительствомъ, и вытекаетъ, слѣдовательно, изъ договора абстрактнаго. Но того же нельзя, очевидно, сказать о главномъ притязаніи вещнаго характера. А потому мы правы были, относя разсмотрѣніе нашего fr. 4 § 7 D. cit. къ настоящему, второму, отдѣлу изслѣдованія, посвященному неустойкѣ въ ея соединеніи съ обязательствомъ матеріальнымъ въ принятомъ нами широкомъ смыслѣ слова. И, наоборотъ, не правъ Донелль, высказывая приведенное раньше мнѣніе о конкуренціи обязательства о неустойкѣ съ абстрактнымъ же обязательствомъ, между которыми Ульпіанъ, будто бы, допускаетъ выборъ. Трудность самимъ Донелломъ, такимъ образомъ, создана, и всѣ попытки къ ея устраненію должны считаться въ одинаковой мѣрѣ искусственными и ненужными.

Мнѣ въ заключеніе остается присовокупить, что я, разумеется, во fr. 4 § 7 D. cit. никакой интерполяціи не нахожу и надобности въ ея допущеніи не вижу. Ульпіанъ виновенъ, правда, въ нѣкоторой непоследовательности грамматической конструкции, не поставивъ отдѣльнаго подлежащаго при сказуемомъ «*stipulatus sit*». Но отъ такого, легко поправимаго анаколута классическая рѣчь не можетъ пострадать скольконибудь существенно<sup>1)</sup>.

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

При первомъ знакомствѣ съ этимъ мѣстомъ<sup>2)</sup> мною опущенъ былъ одинъ, не лишенный значенія моментъ. Нашъ ре-

<sup>1)</sup> Въ связи съ этимъ последнимъ замѣчаніемъ упомяну еще объ одной догадкѣ, сообщенной мнѣ виднымъ нѣмецкимъ романистомъ. Онъ предполагаетъ, что, вмѣсто «*et hominem vindicat*», слѣдуетъ читать «*et hominem (se cum) ducit*». Одно могло-де легко при перепискѣ обратиться въ другое. Спору нѣтъ: «*ducit*» нѣсколько упрощаетъ вопросъ, но (не говоря о произвольномъ характерѣ замѣны!) смыслъ все-таки остается неизмѣнно тотъ же, какой получается и при моемъ толкованіи термина «*vindicare*». Истець-побѣдитель и тутъ получилъ раба, и тутъ «*possidere*» оказывается послѣдствіемъ предыдущаго успѣшнаго дѣйствія по осуществленію своего вещнаго права — что единственно только и важно.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 42 сл.

скриптъ представляетъ капитальное затрудненіе слѣдующаго рода. Онъ допускаетъ возможность возрожденія права путемъ простаго соглашенія, несмотря на погашеніе его *ipso iure* вѣдствіе воспослѣдовавшей *acceptilatio* въ связи съ *stipulatio Aquiliana*. Что такой результатъ рѣзко расходится съ основными и безспорно установленными въ римскомъ правѣ положеніями, уже на первый взглядъ ясно. Достаточно въ этомъ отношеніи напомнить

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

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

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

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

ни наша же с. 40 *C. cit.* въ томъ видѣ, въ какомъ она помѣщена въ Феодосіевомъ кодексѣ (*C. Th.* 2, 9 *de pact. et transact.* с. 2)<sup>1)</sup>, гдѣ рѣчь идетъ только объ *Aquiliana stipulatio* безъ *acceptilatio*.

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

<sup>1)</sup> Въ изданіи Hänel'я стр. 215 сл.

Какъ разрѣшить его? какъ объяснить противорѣчiе между с. 40 С. с*i*t. и прочими мѣстами источниковъ, трактующими о правовомъ эффектѣ той же *assertilatio*?

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

Въ попыткахъ на этотъ счетъ недостатка, правда, не было. Уже схолиастъ къ Базиликамъ (XI, 2, 57) повторяетъ положенiе, что истецъ «*pristinam actionem movere nequit, Aquiliana stipulatione et assertilatione semel sublatam*»<sup>1)</sup>, но разъясненiя трудности онъ представить не сумѣлъ. Въ глоссѣ встрѣчается около пяти различныхъ мнѣнiй, изъ которыхъ ни одно не выдерживаетъ, однако, и самой снисходительной критики. Далѣе, Донелль (*ad h. l.*) высказываетъ такого рода мнѣнiе: прежнiй искъ, думаетъ онъ, не можетъ быть возстановленъ силою простого соглашенiя сторонъ («*conventionem sola transigentium suscitari*»). Противъ этого нельзя-де спорить. Но возможенъ, вѣдь, другой еще искъ, такъ наз. *actio praescriptis verbis*, предоставляемый на основанiи «*datio*» тому контрагенту, который возвращаетъ деньги. Ибо возвращенiе это, разсуждаетъ Донелль, очевидно, направлено къ тому, чтобы, взаменъ его, получить право вернуться къ старому порядку вещей: сторона даетъ деньги «*ea lege ut sibi de eadem re agere liceat*».

Не стану останавливаться на оцѣнкѣ этого, имѣвшаго извѣстный успѣхъ, но въ концѣ концовъ все-таки несомнѣнно невѣрнаго объясненiя, а отсылаю къ сравнительно недавно появившемуся труду Oertmann'a «*Der Vergleich*»<sup>2)</sup>, въ которомъ читатель найдетъ, между прочимъ, изложенiе и критику и большинства остальныхъ, выразившихся по тому же поводу воззрѣнiй.

Въ виду второстепеннаго значенiя вопроса для цѣлей настоящаго изслѣдованiя, я ограничусь тѣмъ, что вкратцѣ

<sup>1)</sup> По-гречески: «*οὐ δύναται κινήσαι τὴν ἀρχαίαν ἀγωγὴν, τὴν ἀπὸ ἀναίρεθείσας διὰ τῆς Ἀκουιλιανῆς ἐπρωτότητος καὶ ἀκερτίλατιόνος*», по изданiю Heimbach'a I стр. 722 (схолиа Θεοδώρα).

<sup>2)</sup> Стр. 181 сл.



приведу, главнымъ образомъ, еще только свое собственное объясненіе разбираемой аномаліи.

Прежде всего я никакъ не могу признать того, чтобы въ нашей с. 40 *C. cit.* имѣлась какая-либо безсознательная и случайная «порча» или поддѣлка первоначального текста рескрипта. Такое предположеніе дѣлаетъ уже названный мною Эртманъ<sup>1)</sup>. Его мнѣніе, въ болѣе точной передачѣ, сводится къ признанію словъ «*Aquilianaе*» и «*et asserptilationis*» — одного глоссею, оказавшеюся налицо уже ко времени редакціи кодекса Θεодосія II, другого бездѣльной интерполяціей Трибониана и его товарищей по комиссіи. Не могу я согласиться съ такимъ взглядомъ по двумъ причинамъ: во-первыхъ, потому, что подобный способъ обращенія съ текстомъ источниковъ мнѣ кажется не въ мѣру свободнымъ и непринужденнымъ. «Исправленія», предпринимаемаго Эртманомъ, никто, полагаю, кромѣ него самого, не назоветъ «незначительнымъ» («*ganz leichte Emendation*»). Во-вторыхъ, еще потому, что въ Юстиніановомъ кодексѣ, кромѣ указанной прибавки къ нашей конституціи сравнительно съ кодексомъ Θεодосіевымъ, наблюдается еще и другая. Въ с. 40 *C. cit.*, въ самомъ концѣ, значатся слова: «*si et adversarius hoc maluerit*», каковыхъ опять-таки въ *C. Th.* 2, 9, 2 нѣтъ. На эту послѣднюю вставку Эртманъ не обратилъ вниманія, а между тѣмъ она едва-ли не стоитъ въ связи съ прибавкой «*et asserptilationis*»: быть можетъ, одно призвано было уравновѣсить другое. Во всякомъ случаѣ объясненіе Эртмана, по вѣрному заключенію Зеккеля<sup>2)</sup>, равносильно отказу разрѣшить поставленную задачу, истолковать текстъ *Cod. Just.*

Мнѣ кажется, что ключъ къ занимающей насъ здѣсь задачѣ содержится въ измѣнившемся значеніи самой *asserptilatio*<sup>3)</sup>. Во времена Юстиніана она не обладаетъ болѣе первоначальной силою, не вызываетъ прежняго, строгаго дѣйствія. Она теперь входитъ въ качествѣ составной части въ извѣстную утравшую внутреннее юридическое значеніе формальность или

<sup>1)</sup> Въ указ. соч. стр. 184 сл.

<sup>2)</sup> Въ указ. мѣстѣ стр. 397.

<sup>3)</sup> Со мною соглашается Зеккель 1. с. Ср. того же Эртмана въ назв. соч. стр. 183.

процедуру, служить при уплатахъ или расчетахъ безцвѣтнымъ и пустымъ шаблономъ. Въ своемъ прекрасномъ трудѣ «Reichsrecht und Volksrecht»<sup>1)</sup> Миттейсъ приводитъ и другой примѣръ подобнаго рода явленія: онъ наглядно показываеъ, какъ выражалась и выродилась «стипуляція» (достаточно напомнить объ ея употребленіи въ завѣщаніяхъ!), какое жалкое и чисто внѣшнее существованіе она влачитъ въ позднѣйшее время, по утратѣ того содержанія и той важности, какія ей присущи были въ періодъ классической. Совершенно то же, по моему мнѣнію, слѣдуетъ сказать и по адресу *asseritatio*. Тогда станетъ совершенно понятнымъ, почему по чрезвычайномъ ослабленіи своего значенія и производимаго ею дѣйствія, она отнынѣ не можетъ болѣе служить препятствіемъ къ возвращенію *ad statum quo ante*, къ прежнему обязательству, къ прежнему иску и т. п. разъ только послѣдовавшее соглашеніе почему-либо желательно устранить и уничтожить. Необходимо твердо помнить, что предъ нами право и процессъ императора Юстиніана, а, по справедливому мнѣнію Noodt'a<sup>2)</sup>, «*permittunt insuper Principes negligi Juris formam solemnem quidem, at supervacua, ob litigantium consensum*». Правда, цитированная раньше с. 37 С. еод. стоитъ на другой почвѣ. Болѣе того: даже Граціанъ, Валентианъ и Θεодосій, видимо, держатся еще старой точки зрѣнія: с. 2 С. Th. cit. Но на это можетъ быть данъ одинъ весьма простой отвѣтъ: то былъ годъ 294 по Р. X. или, въ крайнемъ случаѣ, 381, между тѣмъ какъ обнародованіе интересующаго насъ здѣсь *Codex'a hereditae praelectionis* совпадаетъ, какъ извѣстно, съ концомъ уже 534 года. Промежутокъ времени, несомнѣнно, почтенный. Для Юстиніана воля сторонъ, ихъ «*malle*», ихъ соображенія и желанія уже пересиливаютъ все остальное, считаются моментомъ главнымъ и рѣшающимъ<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> См. стр. 488 слл.

<sup>2)</sup> «*De pactis et transactionibus*» cap. XIV, въ его *Opera omnia* 1763 I p. 458 col. 2.

<sup>3)</sup> G. Girard, *De la stipulatio poenae* стр. 100 объясняетъ отмѣну дѣйствія акцентилляціи и возстановленіе стараго иска дополнительнымъ и молчаливымъ условіемъ сторонъ, причеъ ему, Жирану, дѣло представляется со-

## § 6.

*Право вѣрителя производить дополнительное взысканіе.*

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

При этомъ мыслима двоякая возможность: по своему размѣру искъ изъ основнаго обязательства или, что въ данномъ случаѣ то же, искъ объ убыткахъ можетъ быть равенъ неустойкѣ, какъ можетъ быть и неравенъ ей. Въ первомъ случаѣ, т. е. при совпаденіи обѣихъ величинъ, послѣ проведенія кредиторомъ одного изъ двухъ альтернативно принадлежащихъ ему исковъ, другой его искъ исчезаетъ безслѣдно. Это съ необходимостью вытекаетъ изъ самаго существа дѣла. — Но такъ-ли оно бываетъ и во второмъ случаѣ, когда оба иска направлены на суммы неодинаковыя, когда

вершено нормальнымъ. Въ подтвержденіе онъ ссылается на fr. 43 pr. D. de iure dot. 23, 3. Но подобное объясненіе (даваемое, между прочимъ, не впервые, см. Oertmann назв. соч. стр. 182) и ссылка основаны на недоразумѣніи. Формальный актъ не можетъ, разумѣется, быть устраненъ актомъ безформеннымъ, къ тому же молчаливымъ выраженіемъ воли. Что же касается fr. 43 pr. D. cit., то здѣсь *asserptilatio*, совершенная *matrimonii causa*, объявляется, правда, недействительной при незаключенія брака, но происходитъ это по совершенно иной причинѣ. Римскіе юристы, какъ извѣстно, смотрятъ въ данномъ случаѣ на *condicio «si nuptiae secutaе fuerint»*, какъ на внутреннюю, самой *constitutio dotis* по необходимости присущую *condicio iurgis* (Ср. fr. 21 D. eod. и Bechmann, *Dotalrecht* II стр. 14; вѣсколько двусмысленно толкованіе Czychlarz'a, *Dotalrecht* стр. 146 и, безспорно, ошибочна интерпретація Ergleben'a, *Die condictiones sine causa* II стр. 101). Такое возвышеніе условной оговорки или поднятіе ея на ступень *condicionis quae tacite inest* съ точки зрѣнія римскихъ юристовъ казалось тѣмъ болѣе желательнымъ и естественнымъ, что *asserptilatio dotis* (въ отличіе отъ *datio dotis*), какъ *actus legitimus*, уже съ формальной стороны (fr. 4, 5 D. h. t. 46, 4; fr. 77 D. de R. I. A. 50, 17) не допускала истиннаго условія сторонъ даже указаннаго содержанія. Что вообще *asserptilatio* въ силу *condicio iurgis* можетъ находиться *in pendenti*, слишкомъ хорошо извѣстно (хотя бы изъ приводимыхъ въ учебникахъ мѣсть *digestus*), чтобы на этомъ вопросѣ стоило останавливаться.

одна сумма больше другой? Слѣдуетъ-ли тутъ сказать, что вѣритель, взыскавъ причитавшееся ему по одному требованію, eo ipso совсѣмъ лишился всякаго права, вытекающаго изъ другого требованія? Или, быть можетъ, тому же вѣрителю, несмотря на альтернативное или элективное отношеніе между двумя его исками, все-таки дозволяется еще до получить тотъ остатокъ или плюсъ, на который не вчѣтый и болѣе прибыльный искъ превышаетъ первый, уже предъявленный? Одно требованіе простирается на 100, другое на 90. По послѣднему произведено взысканіе. Спрашивается: какъ быть съ разностью въ 10? Утерять-ли на нее право нашъ кредиторъ, обезпечившій себя неустойкой, или нѣтъ?

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

Укажу на

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

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

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

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

Въ первомъ изъ этихъ отрывковъ, fr. 41 D. cit., утверждается, что товарищ (socius), который выговорилъ себѣ неустойку, не станетъ пользоваться принадлежащей ему actio pro socio, если только интересъ его не превышаетъ условленной пени. «Pro socio non aget»: это значитъ, что онъ не

<sup>1)</sup> Выше стр. 38 слл.

прибѣгнетъ къ иску изъ договора товарищества. И понятно, почему не прибѣгнетъ: по той простой причинѣ, что искъ, вытекающій изъ стипуляціи (въ которую облеченъ договоръ о пенѣ) гораздо болѣе выгоденъ и удобенъ, чѣмъ тотъ другой искъ, относящійся къ *bonae fidei iudicia*. Потому-то, главнымъ образомъ, контрагентъ и требуетъ условія о неустойкѣ, что онъ хочетъ оказаться въ будущемъ свободнымъ отъ необходимости доказывать свой интересъ, его личность и объемъ, что онъ на этотъ счетъ хочетъ быть вполне обезпеченнымъ и спокойнымъ. Въ этомъ и заключается весь смыслъ выписанныхъ мною во введеніи <sup>1)</sup> совѣтовъ римскихъ юристовъ, Лабеопа и Венулея, а равно императора Юстиніана. Справедливо, затѣмъ, замѣчаетъ Эйзеле<sup>2)</sup>: «во fr. 41 D. cit. только сказано, что въ подобномъ случаѣ фактически произойдетъ, въ предположеніи, что «*tantundem in re nam sit* и т. д.». Произойдетъ то, что *actio ex stipulatu* или, лучше, *condictio certae pecuniae* должна будетъ получить предпочтеніе предъ *actio pro socio* (по уже намѣченнымъ основаніямъ). Ничего болѣе fr. 41 D. cit. не содержитъ. Въ немъ Ульпіанъ не говоритъ ни о томъ, что искъ уже вчатъ, ни о послѣдовавшей уплатѣ истцу причитающейся ему пени, ни о чемъ-либо дальнѣйшемъ.

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

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

Здѣсь тотъ же Ульпіанъ представляетъ себѣ случай, когда оба иска не одинаковы по своей выгодности. При этомъ *species facti* выбрана такъ, что искъ изъ договора товари-

<sup>1)</sup> Стр. 4.

<sup>2)</sup> Въ *Archiv für die civilistische Praxis* LXXIX стр. 368 прим. 37.

щества оказывается болѣе прибыльнымъ и лучше вознаграждаетъ за причиненные неисполненіемъ обязательства вредъ и убытки, чѣмъ искъ изъ побочнаго соглашенія о неустойкѣ. Согласно съ этимъ, юристъ безъ всякаго колебанія и разрѣшаетъ вопросъ слѣдующимъ образомъ. Если истецъ, не смотря на сравнительную малоцѣнность иска о неустойкѣ, взыщетъ именно ее, тогда онъ вправѣ будетъ предъявить еще *actionem pro socio*, съ цѣлью вытребовать заключающійся въ ней остаточный плюсъ. Другими словами, и послѣ иска *ex stipulatu* истцу еще принадлежитъ искъ изъ договора товарищества, но за вычетомъ того, что уже получено въ качествѣ неустойки.

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

Таковы отдѣльные опредѣленія по нашему вопросу въ законодательномъ сборникѣ Юстиніана. Подчеркиваю послѣднія слова потому, что мнѣ послѣ сказаннаго необходимо поставить еще вопросъ: но соответствуютъ-ли также эти опредѣленія истиннымъ взглядамъ римскихъ классическихъ юристовъ, которымъ они приписаны, подъ чьимъ именемъ и ярлыкомъ они выпущены? дѣйствительно-ли все это именно такъ было высказано Ульпіаномъ, Юліаномъ и др.? Или еще иначе: есть-ли разсмотрѣнное нами Юстиніаново право вмѣстѣ съ тѣмъ и право классическое? и не являются-ли, наоборотъ, рѣшенія, относящіяся къ дополнительному требованію, дѣломъ рукъ компиляторовъ?

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

Начну съ Сальпіуса<sup>1)</sup>. Этотъ писатель утверждаетъ, что fr. 41 D. cit. у насъ имѣется не въ настоящемъ, а въ измѣненномъ Трибоніаномъ видѣ. Изъ приводимыхъ основаній, однако,

<sup>1)</sup> Назв. соч. стр. 243.

видно, что Сальпиусъ сталъ жертвой явнаго недоразумѣнія. По его мнѣнію, если принять въ расчетъ «способъ выраженія» даннаго отрывка, то необходимо заключить, что «actio pro socio» устраняется уже вслѣдствіе неустойчивой стипуляціи, какъ таковой, а отнюдь не вслѣдствіе еще только уплаты неустойки». Весьма естественно, что такой выводъ показался Сальпиусу не удовлетворительнымъ и что онъ потому счелъ себя вправѣ отнестись отрицательно къ неточному, будто бы, выраженію нашей lex, усматривая въ ней очевидную интерполяцію.

Но изложенное нами раньше толкованіе fr. 41 D. cit. самымъ несомнѣннымъ образомъ доказываетъ несостоятельность предположенія Сальпиуса, его первой посылки. Если бы онъ на отрывокъ посмотрѣлъ просто и непринужденно, то получилъ бы результатъ, который, безспорно, ему самому пришелся бы по вкусу. Погашеніе одного иска изъ двухъ равныхъ и альтернативныхъ въ силу взысканія по другому одобряется имъ самимъ, а между тѣмъ ничего другого не узаконяетъ и Ульпіанъ. Что же касается II. 42 D. cit. и 28 D. cit., то оба эти мѣста Сальпиусъ признаетъ подлинными, въ связи съ безусловнымъ признаніемъ за вѣрителемъ права требовать плюса, содержащагося въ не вчатомъ искѣ противъ вчатаго<sup>1)</sup>.

Къ Сальпиусу въ послѣднее время примкнулъ въ интересующемъ насъ здѣсь отношеніи Бертолини<sup>2)</sup>, которому принадлежитъ полнѣйшая и новѣйшая монографія о римской неустойкѣ на италіанскомъ языкѣ.

Бертолини, точно такъ же, какъ и Сальпиусъ, думаетъ, что для приведенія въ связь (чисто искусственную) fr. 41 и fr. 42 D. cit. (двухъ отрывковъ, почерпнутыхъ изъ различныхъ сочиненій<sup>3)</sup> Ульпіана), понадобилась извѣстная передѣлка со сто-

<sup>1)</sup> Тамъ же стр. 242.

<sup>2)</sup> Teoria generale della pena convenzionale стр. 74 сл.

<sup>3)</sup> Кстати отмѣчу, что Сальпиусъ вслѣдствіе страннаго lapsus calami пишетъ, будто II. 41 и 42 cit. взяты изъ различныхъ книгъ одного и того же комментарія Ульпіана ad Sabinum. Приведенныя выше (стр. 55) инскрипціи ошибочными не считаются: Lenel Palingenes. Ulp. № 646 и 2920, Edict. стр. 447.

роны редакторовъ. Но только въ отличіе отъ своего предшественника, Бертолини объявляетъ интерполированнымъ не первое, а второе изъ указанныхъ мѣстъ. Ульціанъ—разсуждаетъ италіанскій романистъ—во fr. 42 D. cit. подвергъ разсмотрѣнію два случая: какъ тотъ случай, когда интересъ равняется неустойкѣ или меньше ея, такъ и тотъ, когда онъ неустойку превосходитъ. Въ первомъ юристъ-классикъ постановилъ рѣшеніе противъ дополнительнаго требованія посредствомъ *actio pro socio*, во второмъ, наоборотъ, въ пользу такого требованія, въ размѣрѣ разности между двумя претензіями.

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

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

Но кто же всему этому повѣритъ?! Меньшее уже силою вещей входитъ въ большее. Разъ иска изъ главнаго договора незначѣмъ и нельзя предъявлять при томъ соотношеніи, что размѣръ его достигаетъ размѣра пени, то, естественно, предъявленіе того же иска такъ же точно невозможно или, пожалуй, еще менѣе возможно въ томъ случаѣ, когда сослужившій службу искъ о пенѣ прибыльнѣе другого. Никто, конечно, не станетъ ожидать по адресу послѣдней комбинаціи какихъ-либо спеціальныхъ правилъ или рѣшеній.

Вся гипотеза (если удостоивать этого названія догадку Бертолини) представляется мнѣ чистѣйшей фантазіей, къ тому же совершенно излишней, ненужной даже для цѣлей самого Бертолини. Зачѣмъ ему, спрашивается, доискиваться какихъ-то



интерполяцій въ цитированныхъ отрывкахъ, когда онъ самъ признаетъ полное тождество возрѣвій Ульпіана и Трибоніана по разбираемому вопросу и нисколько не сомнѣвается въ возможности дополнительнаго требованія разности уже во времена классической юриспруденціи?!

Несравнѣнно серіознѣе отношеніе къ тому же вопросу Гуго Крюгера<sup>1)</sup>. Онъ подвергаетъ болѣе или менѣе детальному и глубокому анализу цѣлый рядъ мѣстъ, трактующихъ о стеченіи исковъ изъ договора о неустойкѣ и изъ основного обязательства, разсматриваетъ послѣдствія стеченія здѣсь и въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ и приходитъ къ заключенію, что требованіе о доплатѣ допускается изъ всѣхъ отрывковъ всего только въ двухъ—во fr. 28 и fr. 42 cit. Въ остальныхъ о немъ не упоминается. Отсюда дѣлается тотъ выводъ, что означенныя два мѣста неподлинны. Въ качествѣ внѣшнихъ причинъ, подтверждающихъ такой взглядъ, Крюгеромъ выдвигается, во-первыхъ, заключительное предложеніе во fr. 28 cit., санкціонирующее правомочіе истца по требованію доплаты разности, и, во-вторыхъ, стоящій позади и прихрамывающій («*der nachhinkende*») *ablativus absolutus* во fr. 42 cit. Соответственно указанному, Крюгеръ полагаетъ, что послѣднія слова fr. 28 cit. «*nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri*» не принадлежатъ Юліану, равно какъ что Ульпіанъ во fr. 42 cit. не написалъ всей приписываемой ему фразы, а выразился лишь приблизительно такъ: «*postea pro socio agere non potest*». Въ пользу своего предположенія Крюгеръ въ

<sup>1)</sup> Назв. соч. I стр. 204 сл. Не лишено интереса, что и здѣсь, какъ въ интерполяціонной или исторической теоріи по вопросу о возвращеніи добросовѣстнымъ владѣльцемъ только еще не потребленныхъ плодовъ (см. Petrazzski Die Fruchtvertheilung стр. 146, Pernice Labeo II во второмъ изданіи стр. 357 и Петражицкій *Bona fides* въ гражд. правѣ и т. д. стр. 63), мысль нѣмецкихъ романистовъ предвосхитилъ Алібранди, написавшій еще въ 70-мъ году статью о конкуренціи исковъ (вообще), о чемъ тѣ опять-таки не знали вплоть до послѣдняго времени (1896), когда стало выходить въ свѣтъ посмертное изданіе сочиненій знаменитаго итальянскаго юриста: первый томъ, въ числѣ многихъ другихъ работъ, содержитъ и названную. См. Pernice Paro Alibrandi въ *Savigny-Zeitschrift XVIII Rom. Abth.* стр. 226 сл., 238.

числѣ другихъ мѣстъ еще цитируетъ, между прочимъ, позднѣйшую, уже намъ извѣстную с. 14 C. de pactis (2, 3), какъ совершенно умалчивающую о какомъ-либо добавочномъ требованіи остатка.

Конечный результатъ Крюгера тотъ, что въ періодъ классическаго права это добавочное требованіе врядъ-ли уже существовало, и что признаніе его должно отнести ко временамъ позднѣйшимъ<sup>1)</sup>.

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

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

<sup>2)</sup> См. стр. 25 сл.

<sup>3)</sup> Съ этимъ замѣчаніемъ въ нѣмецкомъ изданіи моей книги, по-видимому, согласился и самъ Крюгеръ. Онъ не защищаетъ своего привлеченія с. 14 C. cit., несмотря на то, что возвращается къ во-

Что касается, далѣе, грамматической конструкціи во fr. 42 cit., на которую, отмѣчу мимоходомъ, указываетъ и Бертолини<sup>1)</sup>, то ей, понятно, серьезнаго значенія приписывать нельзя: въ лучшемъ случаѣ она могла бы служить только подкрѣпленіемъ для другихъ вѣскихъ основаній (если бы таковыя имѣлись), и тогда, пожалуй, можно бы и ее принимать въ соображеніе. Но при наличномъ положеніи вещей вся уступка, которую справедливо сдѣлать Крюгеру, можетъ состоять лишь въ признаніи злосчастнаго *ablativus absolutus* стилистической погрѣшностью. Известно однако, что такихъ погрѣшностей у Ульпіана встрѣчается немало, а потому и данное неизящество выраженія легко отнести за счетъ самого юриста-классика.

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

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

Не буду настаивать на мелочахъ. Не стану опровергать своихъ научныхъ противниковъ указаніемъ на то, напримѣръ, что въ нашемъ отрывкѣ и раньше наблюдается переходъ прямой

---

просу о дополнительномъ требованіи въ пору классической юриспруденціи, причѣмъ отстаиваетъ свой прежній взглядъ (см. ниже). По адресу же перваго отдѣла моей книги, гдѣ дана, между прочимъ, и интерпретація с. 14 cit., онъ говоритъ въ указанномъ мѣстѣ: «Verf. entwickelt zunächst seine Ansicht über das Verhältniss der Pönalstipulation zur Hauptstipulation, die ich hier nur auseinanderzusetzen in der erfreulichen Lage bin, da sie mir vollständig begründet und mit den Quellen in Einklang stehend erscheint».

<sup>1)</sup> Назв. соч. стр. 75.

рѣчи въ косвенную и наоборотъ; не стану точно также цитировать всѣхъ отрывковъ, гдѣ безпричинное и даже ошибочное чередованіе личныхъ мѣстоименій ни въ комъ не возбуждаетъ недоумѣнія и безпокойства<sup>1)</sup>: все это едва-ли было бы интересно, а скорѣе грѣшило бы противъ чувства мѣры. Взамѣнъ того, я прійму оспариваемое въ отношеніи fr. 28 D. cit. мнѣніе и на минуту допущу, что этотъ отрывокъ дѣйствительно видоизмѣненъ компиляторами. Но что отсюда слѣдуетъ? Для вопроса (единственно насъ здѣсь интересующаго) о правѣ добавочной доплаты во времена классической юриспруденціи — ровно ничего.

Всѣми, не исключая и самыхъ усердныхъ искателей интерполяцій<sup>2)</sup>, признается въ настоящее время, что вставка предложенія съ «nisi» далеко не всегда свидѣтельствуетъ о материально мѣ разногласіи, т. е. о противоположности по существу между классическимъ правомъ, съ одной, и Юстиніановымъ, съ другой стороны: подобныя предложенія весьма часто имѣютъ значеніе только объясненія или дополненія, подчасъ чисто теоретической прибавки, нерѣдко они являются просто излишними. Все это, если принять во вниманіе характеръ и упадокъ творчества права въ Византіи въ VI и даже болѣе раннихъ вѣкахъ, никого, разумѣется, удивить не можетъ. А потому и по адресу нашего отрывка слѣдуетъ заклю-

<sup>1)</sup> См. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten стр. 33. Въ видѣ небольшого образца, на который мало кто обратилъ пока вниманіе, сошлюсь на fr. 14 § 3 D. de praeser. verbis (19, 5). Въ немъ юристъ долженъ былъ написать: «qua experiri possis, а не «... possim». Ср. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten X стр. 275. А между тѣмъ никто не видитъ изъ-за этого интерполяціи во fr. 14 § 3 D. cit.: Lenel Ulp. № 2867. Дѣйствительный залогъ «experire» не встрѣчается: Forcellini, Georges s. h. v.

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

чить: если бы даже согласиться, что послѣднія слова въ немъ вылились изъ-подъ пера Трибоніана, то и тогда бы не имѣлось никакого еще доказательства въ пользу проводимой Крюгеромъ мысли. Это еще не значило бы, что Юліанъ отрицалъ право требовать уплаты остатка: редакторы дигестъ прекрасно могли дополнить изреченіе въ смыслѣ самого же автора, они могли лишь полнѣе выразить то, чего хотѣлъ и самъ классической юристъ.

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

Наконецъ, и Альфредъ Пернисъ, авторитетнѣйшій изъ современныхъ историковъ римскаго гражданскаго права и въ частности изслѣдователей римской классической юриспруденціи, и онъ считаетъ недоказаннымъ и сомнительнымъ существованіе въ классическомъ правѣ требованія доплаты, въ размѣрѣ разности между двумя исками, о которыхъ мы ведемъ рѣчь<sup>1)</sup>.

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

---

<sup>1)</sup> Labeo, *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 2 изд. II, 1 стр. 272 слл. Оговариваюсь, во избѣжаніе недоразумѣнія, что все послѣдующее изложеніе въ настоящемъ § 6 относится только къ праву требованія доплаты при такомъ стеченіи исковъ, когда одинъ изъ нихъ вытекаетъ изъ договора о неустойкѣ. Разсужденіе на ту же тему въ болѣе общемъ видѣ, при всѣхъ возможныхъ конкурирующихъ искахъ, какъ, впрочемъ, само собою понятно, въ задачи и планъ моего изслѣдованія не входитъ.

премудрости, заключающейся въ fr. 41, достаточно, думается, ясно<sup>1)</sup>.

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

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

Если, послѣ всего, взвѣсить доводы за и противъ и подвести итогъ, то, пожалуй, можетъ показаться, что основанія, приводимыя въ пользу наличности интерполяціи въ названныхъ трехъ фрагментахъ, въ своей совокупности, не совсѣмъ лишены значенія. Но обязательными или даже только убѣдительными ихъ во всякомъ случаѣ признать трудно, невозможно.

Изъ доводовъ, выдвигаемыхъ защитниками интерполяцій, наиболее интересенъ единственный внутренній моментъ: тотъ, молъ, фактъ, что остальные (кромѣ трехъ занимающихъ насъ здѣсь) мѣста не знаютъ никакого требованія о доплатѣ, несмотря на разность величинъ исковъ при стеченіи. Такое соображеніе дѣйствительно—не стану этого отрицать—способно было бы усилить позицію противниковъ и навести на нѣкоторое раздумье и сомнѣніе на счетъ подлинности истолкованныхъ мѣстъ, — если бы не одно обстоятельство, на

<sup>1)</sup> Назв. соч. II стр. 273 прим. 3: «Dass (aber) Ulpian die tief sinnige Weisheit des fr. 41 nicht geschrieben habe, sollte doch wol klar sein». И раньше: «Der Cento fr. 41 sq. p. soc. 17, 2 ist für mich nicht mehr zu entwirren».

<sup>2)</sup> Выше стр. 55 сл.

<sup>3)</sup> См. Pernice, «Ulpian als Schriftsteller» въ отчетахъ засѣданій Прусской королевской академіи наукъ за 1885 годъ стр. 443 слл.

которое оспариваемые мною писатели забыли обратить должное вниманіе.

Возьмемъ уже знакомыя<sup>1)</sup> намъ l. 10 § 1 D. de pactis (2, 14) и l. 12 § 2 D. de pact. dotal. (23, 4). На первый взглядъ, отсутствіе признанія въ нихъ права на остаточный плюсъ какъ бы говорить противъ меня. Но всмотримся ближе, и картина измѣнится. Оказывается, что приведенному аргументу нельзя присваивать не только большого, но и вообще какого бы то ни было значенія. Почему? А потому, что ни въ l. 10 § 1 D. cit., ни въ l. 12 § 2 D. cit. основное обязательство не снабжено, не защищено самостоятельнымъ искомъ, особою actio. Въ обоихъ случаяхъ неустойка выговорена съ какой цѣлью? Съ цѣлью укрѣпленія pactum'a de non petendo, соглашенія о неистребованіи. Такое соглашеніе вооружается, какъ извѣстно, средствами не для войны наступательной, т. е. не искомъ, а для войны оборонительной, т. е. возраженіемъ или эксцепціей. Какъ же при такихъ условіяхъ управомоченному лицу осуществлять свое правомочіе въ направленіи добавочнаго притязанія? У него нѣтъ требуемаго оружія, нѣтъ иска изъ основного договора. Напротивъ того: не только мыслимо, но чрезвычайно легко и удобно дополучить разность путемъ предъявленія иска изъ договора купли-продажи или товарищества, путемъ возбужденія какой-нибудь actio venditi (fr. 28 D. cit.) или actio pro socio (fr. 42 D. cit.). Что касается единственнаго fr. 4 § 7 D. de doli mali et met. exc. (44, 4), къ которому мое разсужденіе не совсѣмъ примѣнимо, то и здѣсь (вопреки Г. Крюгеру<sup>2)</sup> отсутствіе упоминанія требованія о доплатѣ опять бездоказательно — потому, что въ цитированномъ мѣстѣ, какъ показало его толкованіе<sup>3)</sup>, римскій юристъ занялъ былъ прежде всего и даже исключительно однимъ только вопросомъ — необходимою отклонить кумулятивное отношеніе, или парализовать взысканіе неустойки, послѣ того какъ спорный рабъ уже оказался вытребованнымъ и въ рукахъ истца-собственника.

<sup>1)</sup> См. выше стр. 41 сл.

<sup>2)</sup> Назв. соч. стр. 208 сл.

<sup>3)</sup> См. выше стр. 40 и 43 слл.

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

Категорически абсолютной, впрочемъ, формы ни Пернисъ, ни Крюгеръ не придаютъ своимъ выводамъ. Первому отрывки только кажутся «подозрительными», послѣдній<sup>1)</sup> допускаетъ даже возможность, что право добавочнаго требованія, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, возникло въ періодъ позноклассической, бывъ введено Ульпіаномъ и Павломъ.

Въ заключеніе небезынтересно, въ видахъ, главнымъ образомъ, лучшаго освѣщенія только-что изложеннаго, выдвинуть одно, опять-таки внутреннее обстоятельство. Это обстоятельство, на мой взглядъ, подтверждаетъ оспариваемое право вѣрителя у юристовъ-классиковъ и, какъ мнѣ кажется, окончательно перевѣшиваетъ чашку вѣсовъ въ его пользу.

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

На основаніи прекрасной работы Эйзеле «Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz»<sup>2)</sup>, этотъ вопросъ въ своихъ результатахъ, поскольку они насъ здѣсь касаются, представляется въ слѣдующемъ видѣ. Предварительно еще только отмѣчу, что добытыя Эйзеле данныя въ наукѣ получили широкое признаніе и раздѣляются учеными романистами самыхъ различныхъ лагерей<sup>3)</sup>.

Эйзеле доказалъ три положенія:

1) При такъ наз. стеченіи исковъ («Klagenkonkurrenz», «actiones concurrentes»<sup>4)</sup>) можетъ случиться такъ, что одинъ и

<sup>1)</sup> Назв. соч. стр. 208.

<sup>2)</sup> Въ Archiv'ъ für die civ. Praxis LXXIX № 10. Ср. также другую его статью «Korrealität und Solidarität» тамъ-же LXXVII № 15.

<sup>3)</sup> См., съ одной стороны, Перниса въ назв. соч. стр. 270 прим. 2, а, съ другой, Дернбурга Pandekten I § 135 п. 3 и прим. 11 въ 5-омъ и въ особености въ 4-мъ изданіяхъ.

<sup>4)</sup> См. инскрипцію къ fr. 34 D. de O. et A. (44, 7) и fr. 89 D. de furtis (47, 2).



тотъ же фактическій составъ дѣла подходитъ подъ нѣсколько правовыхъ точекъ зрѣнія и, будучи, стало быть, разсматриваемъ съ разныхъ сторонъ, обнаруживаетъ заключающееся въ немъ множественное правонарушеніе. Тутъ въ классическомъ правѣ вопросъ обсуждается на основаніи началъ процессуальной консумпціи. Возбужденіе одного иска съ необходимостью влечетъ за собой устраненіе, потерю другого, безразлично, достигнутъ-ли притомъ помощью выбраннаго иска какой-нибудь матеріальный, дѣйствительный результатъ, или нѣтъ.

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

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

Для этого второго отношенія Эйзеле употребляетъ чрезвычайно мѣткій терминъ «*Solutionskonkurrenz*», т. е. стеченіе, устраняемое при посредствѣ удовлетворенія.

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

Сказанное могло бы навести на мысль, что и специально нашъ случай стеченія исковъ изъ договора о неустойкѣ и основнаго обязательства точно также подчиняется приведеннымъ двумъ положеніямъ и что потому принципъ кон-

сумпцій и здѣсь, въ отношеніи конкуренціи, имѣющей преимущественное право на наше вниманіе, былъ отмѣненъ и исчезъ лишь въ Юстиніановомъ законодательствѣ.

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

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

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

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

Такимъ образомъ въ разбираемомъ вопросѣ мы находимся на почвѣ Эйзелевской *Solutionskonkurrenz*. Это обстоятельство не можетъ подлежать ни малѣйшему сомнѣнію. Въ самое послѣднее время оно вдобавокъ получило еще одно новое подтвержденіе: Перниесъ<sup>1)</sup>, путемъ сопоставленія отрывковъ изъ источниковъ, весьма наглядно показалъ, что оборотъ «*contentum esse alterutra actione (alterutro)*» у римскихъ юристовъ означаетъ примѣненіе именно начала удовлетворенія. Между тѣмъ этотъ оборотъ, какъ мы помнимъ, встрѣчается во *fr. 12 § 2 D. de pact. dotal. (23, 4)*, гдѣ обсуждается отношеніе воз-

<sup>1)</sup> Назв. соч. II стр. 271.

раженія на основаніи  *pactum de non petendo*  къ иску изъ  *stipulatio poenae*  при стеченіи такихъ  *exceptio*  и  *actio*  другъ съ другомъ<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Замѣчанія текста по вопросу о стеченіи исковъ излишне, быть можетъ, дополнить двумя-тремя словами насчетъ судьбы вопроса въ нынѣшнемъ правѣ.

Въ современномъ процессѣ, какъ извѣстно, нѣтъ никакой необходимости слѣдовать римскому образцу и обозначать поименно вѣчаемые иски. Въ настоящее время совершенно достаточно, если судья изложитъ фактическія обстоятельства правопроизводящаго свойства, — если, выражаясь проще, разсказать ему, въ чемъ дѣло. Мы только изливаемъ передъ судьей свое горе—большаго не требуется — и затѣмъ просимъ помочь намъ, а онъ, судья, уже самъ подыскиваетъ юридическую точку зрѣнія, оправдывающую наше требованіе, нашъ «просительный пунктъ». Мало того: въ силу своего « *mobile officium* », современный судья опять-таки самъ, на основаніи сообщеннаго ему матеріала, получаетъ возможность (и, конечно, пользуется ею) предоставить истцу на ибольше выгодное для него право требованія. Такъ, напримѣръ, онъ дастъ сторонѣ, при наличности соответственныхъ обстоятельствъ, не искъ, допустимъ, изъ поклажи, а непременно  *actio legis Aquiliae* , такъ какъ послѣдній искъ и нынѣ еще для истца благопріятнѣе, чѣмъ  *actio depositi directa*  (стоитъ лишь вспомнить различіе между обоими случаями въ вопросѣ о винѣ или  *culpa* , ср.  *Dernburg Pandekten II § 131 прим. 22*).--Римскоправовая система, слѣдовательно, въ разсматриваемомъ отношеніи отошла въ исторію, пала. См.  *Pernice Pandekten*  (вмѣсто рукописи) § 68,  *Eisele*  въ указанномъ мѣстѣ стр. 404 сл.,  *Dernburg Pandekten I § 152*.

Но все сказанное, естественно, относится исключительно только къ случаямъ древней  *Consumptionskonkurrenz* . Контрагентъ, заключившій договоръ и выговорившій себѣ при этомъ неустойку, будетъ и въ настоящее время требовать либо исполненія по главному обязательству или понесенныхъ убытковъ, либо уплаты неустойки. Здѣсь уже не дѣло судьи заняться изслѣдованіемъ того, что для истца прибыльнѣе. И это по той простой причинѣ, что въ такихъ случаяхъ предъ нами уже цѣлыхъ двѣ независимыхъ  *causa* е, два основанія иска или юридическихъ отношенія. Но, добавлю еще мимоходомъ, обстоятельство это не препятствуетъ, разумѣется, вчать искъ по главному обязательству и одновременно, на случай неисполненія, искъ о неустойкѣ (ср.  *Dernburg, Pandekten II § 46 прим. 13*, со ссылкой въ 5 изданіи на меня).

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

Пусть при *Consumptionskonkurrenz* будетъ иначе. Тамъ дѣйствительно несущественно, достигался-ли, или нѣтъ, лучший результатъ, какой-нибудь высшій размѣръ при посредствѣ другого, не предъявленнаго иска. Но тамъ это понятно: такой порядокъ вещей «обусловленъ основной мыслью кон-

---

Указанное явленіе еще болѣе выясняетъ справедливость моего взгляда, по которому отношеніе между двумя исками въ изслѣдуемой области не аналогично со случаями, обобщенными нами въ положеніи 1) подъ терминомъ «*Konsumptionskonkurrenz*».

<sup>1)</sup> Зеккель (I. с. стр. 401) возражаетъ мнѣ: «*Die eben gedachte Prämisse des Verf. erscheint im Lichte historischer Betrachtung als zweifelhafte (!) petitio principii*». Не думаю. Мой критикъ упускаетъ изъ виду, что я исхожу изъ римскаго понятія *solutionis* и что римскіе же классическіе юристы дошли до принципа удовлетворенія въ нашемъ вопросѣ и до сознанія цѣлесообразности этого именно начала, какъ критерія въ дѣлѣ погашенія конкурирующаго иска.

сумпции; искъ можетъ быть консумированъ только цѣликомъ; невозможно, чтобы часть его или какое-нибудь отдѣльное притязаніе оставались въ силѣ и послѣ того въ качествѣ предмета требованія<sup>1)</sup>. Здѣсь-же рѣшаетъ не понятіе формальной *consumptionis*, а противоположное понятіе матеріальной *solutionis*. Чтобы одинъ изъ исковъ и внѣ почвы консумпціи долженъ былъ устраняться обязательно цѣликомъ, ни откуда не слѣдуетъ<sup>2)</sup>. Наоборотъ: такъ какъ здѣсь, въ объемѣ плюса или разности между двумя исками, конкуренціи, строго говоря, совѣсть нѣтъ, то понятно, что въ этихъ предѣлахъ невозможно и поглощеніе.

Еще только одно замѣчаніе. Пернисъ резонно говорить: «мы ничего не узнаемъ (изъ источниковъ) относительно процессуальной стороны дѣла: полагались-ли просто на *officium iudicis*? вставляли-ли какую-нибудь ограничительную прибавку въ *condemnatio*? или, быть можетъ, иска уже *in iure* принуждали съузить свое требованіе? Все это вопросы, которые въ такой же мѣрѣ важны для классическаго права, какъ безразличны для Юстиніана»<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Pernice въ назв. соч. II стр. 270: «.... Das verbietet der Grundgedanke der Konsumption: die Klage kann nur vollständig «aufgezehrt» werden; es ist unmöglich, dass ein Stück davon oder ein einzelner Anspruch daraus als klagbar bestehen bleibe».

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

<sup>3)</sup> Назв. соч. II стр. 272 сл.: «Wir erfahren nirgends etwas über die prozessualische Gestaltung der Dinge: verliess man sich einfach auf das *officium iudicis*? wurde ein einengender Zusatz in die Verurteilung eingeschaltet? nötigte man den Kläger schon *in iure* seinen Anspruch einzuschränken? Das sind alles Fragen, die so wichtig für das klassische Recht sind, wie gleichgiltig für Justinian».

Но слѣдуетъ-ли изъ молчанія источниковъ о ходѣ процесса дѣлать выводъ объ отсутствіи самаго права? Едва-ли. Да и самое молчаніе развѣ не находитъ себѣ болѣе или менѣе удовлетворительнаго объясненія въ томъ обстоятельствѣ, что въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ добавочное требованіе о разности возбуждалось посредствомъ *bonae fidei iudicium*? И тогда судья, опираясь на свои полномочія, на клаузулу «*ex fide bona*», просто и безъ дальнѣйшаго, самолучно ограничивалъ присужденіе остаткомъ. Только въ сравнительно рѣдкихъ случаяхъ порядокъ могъ быть обратный, т. е. интересующій насъ плюсъ получался не изъ главнаго иска и договора, а изъ придаточнаго о неустойкѣ. Тутъ, очевидно, нужно было дѣйствительно призадуматься, прежде чѣмъ предъявить строгую *condictio*: необходимо было заранее вычислить себѣ искомую разность и соотвѣтственно съ нею уже *in iure* опредѣлить величину своего требованія. Безъ этой предосторожности положеніе истца могло стать критическимъ: онъ могъ проиграть тяжбу вслѣдствіе допущенной съ его стороны *pluspetitio*. Но подобные случаи, несомнѣнно, были исключеніями: правиломъ служили случаи прямо противоположные—въ древнемъ Римѣ совершенно такъ же, какъ и у насъ въ настоящее время<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> См. ниже. Легко замѣтить, что при такой постановкѣ вопроса, признаніе или непризнаніе дополнительнаго иска въ классическую эпоху въ примѣненіи къ нашему институту не зависитъ отъ того, на какую точку зрѣнія стать въ громкомъ спорѣ о частичномъ дѣйствіи *exceptiois doli* (такъ наз. *condemnationsmindernde Wirkung der Einrede*). Положительное отношеніе къ этому дѣйствію (главнымъ образомъ Дернбурга въ его «*Compensation*») для насъ представляется, конечно, болѣе благоприятнымъ, чѣмъ отрицательное. При немъ даже тому истцу, который предъявилъ свою *condictio* послѣ иска изъ основнаго обязательства, нечего опасаться полнаго отказа: *exceptio doli* приведетъ лишь къ частичной *absolutio* въ объемѣ уже уплаченнаго по первому требованію и, слѣдовательно, къ желательной *condemnatio* въ размѣрѣ разности. Но даже второе, отрицательное, отношеніе (принадлежащее преимущественно Эйзеле въ его «*Compensation*») къ той же «*minuierende Wirkung*» не предрѣшаетъ отрицательнаго отвѣта на нашъ вопросъ о добавочномъ взысканіи остатка,

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

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

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

Нисколько не отрицая значенія интерполяціоннаго метода и той пользы, какую онъ принесъ уясненію истиннаго содержанія и смысла нашихъ источниковъ римскаго права, и отнюдь не принадлежа къ его противникамъ,—я при всемъ томъ думаю, что слишкомъ далеко идти въ этомъ направленіи, въ особенности же безъ нужды и при отсутствіи достаточныхъ доказательствъ, не слѣдуетъ. *Est modus in rebus*. Несоблюденіе мѣры, готовность усмотрѣть интерполяцію во всякомъ не абсолютно совершенномъ мѣстѣ, зачисленіе того или другого отрывка въ разрядъ «подозрительныхъ» по соображеніямъ подчасъ только чувства, ощущенія и субъективнаго вкуса, — все это представляется мнѣ крайностью, способною только вредить дѣлу<sup>1)</sup>. Такимъ образомъ утрачивается всякій, хотя сколько-нибудь надежный критерій для распознаванія подлинности или неподлинности приписываемыхъ римскимъ классикамъ фрагментовъ. Нерѣдко, далѣе, и вообще ускользаетъ почва подъ ногами, не оказывается ма-

---

—какъ то видно изъ текста, въ которомъ я (въ виду недоказанности означеннаго дѣйствія *exceptiois doli* при *Solutionskonkurrenz*) предпочелъ держаться взгляда для меня сравнительно менѣе выгоднаго.

<sup>1)</sup> Ср. Петражицкаго въ его «*Bona fides* въ гражд. правѣ» стр. 62 слл. и его критику интерполяціоннаго теченія, не чуждую, впрочемъ, какъ мнѣ кажется, извѣстной доли преувеличенія.

теріала, на который бы можно опереться даже въ крупныхъ и, повидимому, твердо установившихся вопросахъ. Наконецъ, подрывается довѣріе къ самому интерполяціонному методу и къ добытымъ имъ результатамъ, между тѣмъ какъ самъ по себѣ этотъ методъ, какъ одно изъ средствъ обнаруженія истины, заслуживаетъ, настаиваю, полного признанія.

Граденвиць—ученый, котораго, разумѣется, никто не упрекаетъ въ особенно скептическомъ къ интерполяціямъ отношеніи, — говоритъ: *Wer... eine Interpolation behauptet, der muss, wenn die Sache nur an sich selbst plausibel ist, d. h. wenn der Inhalt der Stelle durch eine Weglassung oder Aenderung sich wesentlich verbessert, nur wenige äussere Gründe beibringen, und das Schwergewicht neigt sich auf seine Seite: d. h. es wird wahrscheinlicher, dass die Stelle interpolirt, als dass dieselbe echt ist. Von da bis zur Gewissheit ist natürlich ein weiter Weg....»<sup>1)</sup>*

Требованіе, какъ легко видѣть, не чрезмѣрное! Но и въ немъ, въ этомъ *minimum*'ѣ, все-таки заключается реквизитъ въ роятія исправленія, т. е. существеннаго улучшенія даннаго мѣста путемъ опущенія или измѣненія одного или нѣсколькихъ словъ<sup>2)</sup>.

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

<sup>1)</sup> Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten* стр. 199.

<sup>2)</sup> А кромѣ того, не лишено значенія, какъ мнѣ кажется, еще слѣдующее: *onus probandi* (отвлекаясь, конечно, отъ ригористической обстановки процесса съ его распределеніемъ ролей истца и отвѣтника и отказомъ истцу при недоказанности имъ своего требованія), въ извѣстной, по крайней мѣрѣ, степени, признается и Граденвицемъ лежащимъ на сторонѣ, утверждающей интерполяцію: на ея обязанности, такимъ образомъ, представить соображенія въ пользу защищаемаго ею измѣненія, сдѣлать хотя бы только въ роятныиъ или правдоподобныиъ («*plausibel*»), что вложенныя въ уста римскимъ юристамъ мысли въ дѣйствительности не принадлежатъ имъ. Пока этого нѣтъ, пока мы съ римскимъ присяжнымъ должны сказать: *non liquet*, до тѣхъ поръ правильнѣе и цѣлесообразнѣе, по моему глубокому убѣжденію, держаться старой и традиціонной почвы.



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

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

И тѣмъ не менѣе какъ Geib<sup>1)</sup>, такъ и Н. Krüger<sup>2)</sup>, такъ, наконецъ, и Seckel<sup>3)</sup>—всѣ они попрежнему сомнѣваются въ существованіи права требованія остатка у классиковъ. При этомъ новыя даннѣ имъ не приводится или почти не приводится,—за исключеніемъ одного только замѣчанія насчетъ fr. 28 D. de A. E. V. (а l. 42 D. pro socio? ее совѣтъ игнорируютъ!), котораго я еще долженъ коснуться.

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

<sup>1)</sup> Въ указанномъ мѣстѣ стр. 355.

<sup>2)</sup> Въ указанномъ мѣстѣ стр. 413 сл.

<sup>3)</sup> Въ указанномъ мѣстѣ стр. 401 и прим.

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

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

Казалось бы, и прекрасно; тѣмъ больше основанія отстаивать текстъ дигестъ. Оказывается, нѣтъ. Зеккель аргументируетъ иначе: такъ какъ классическое право стоитъ, молъ, на другой почвѣ, то отсюда вытекаетъ, что предложеніе «*quantum roeuae nomine et rel.*» тоже интерполировано. У юриста-классика — заявляется въ концѣ концовъ — вмѣсто этихъ словъ, значилось нѣчто въ родѣ: «*quantum emptor ei condemnatus est*».

Этого ли не *petitio principii*, въ которой меня же послѣ того упрекаютъ?!

Въ настоящемъ мѣстѣ изслѣдованія всего удобнѣе хотя бы вкратцѣ выяснить вопросъ о формѣ придаточнаго неустойчнаго договора. И это потому, что разсмотрѣнная нами и необходимая, какъ мы видѣли, независимость юридическихъ основаній, на которыхъ покоятся, съ одной стороны, главное обя-

<sup>1)</sup> См. выше стр. 73 и ниже.

зательство, а, съ другой, обязательство о неустойкѣ, въ достаточной уже мѣрѣ обуславливаетъ собою и форму соглашенія относительно нашей пени. Для насъ теперь должно быть ясно, что такъ какъ это соглашеніе нуждается въ своей особой causa, то его, слѣдовательно, интересно облечь въ форму непремѣнно стипуляціи. И дѣйствительно: стипуляція въ римскомъ правѣ была безусловно господствующей, почти единственной формой договора о неустойкѣ. На это въ достаточной уже мѣрѣ указываетъ само названіе «*stipulatio poenae*» въ смыслѣ соответственнаго условія<sup>1)</sup>.

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

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

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

Я имѣю ввиду положеніе

§ 19 J. de inutil. stipul. (3. 19). *Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod*

<sup>1)</sup> Встрѣчаются еще обозначенія: «*poenalis stipulatio*» (во fr. 15 D. de transact. 2, 15 и fr. 1 § 6 D. quar. rer. act. 44, 5) и  *stipulationis poena*» (въ fr. 42 D. de rec. 4, 8 и с. 5 § 6 C. de spons. 5, 1).

<sup>2)</sup> Ср. Петражицкаго въ «*Die Lehre vom Einkommen*» II стр. 244 слл.

sua interest: ceterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in condicione stipulationis. ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena «nisi dederis tot aureos dare spondes?» tunc committitur stipulatio.

Cf. fr. 38 § 17 D. de V. O. (45, 1) и fr. 3 D eod («... hic non quaerimus, cuius intersit»).

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

Въ примѣненіи къ частному случаю справедливость такого заключенія подтверждается еще знаменитымъ изреченіемъ Папиніана во fr. 7 D. de serv. export. (18, 7),—единственнымъ, кстати, мѣстѣ въ Corpus Juris, въ которомъ отсутствіе стипуляціи въ договорѣ о неустойкѣ можетъ быть положительно установлено («*citra stipulationem*»<sup>1)</sup>).

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

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

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

[... και τῶν λοιπῶν κ'.... γων δηνάρια κγ' και τούτων ἑκατοστὴν τίσειν ἀπὸ τῆς προγεγραμμένης ἡμέρας εἰς τὴν δ' κ. Ὀκτωβρίας· εἰ ἂν δὲ μὴ ἀποδῶ

Савиньи, правда, учитъ, что если римскій юристъ выражаетъ здѣсь сомнѣнiе въ дѣйствительности или, лучше, въ значенiи обѣщанiя неустойки, то происходить это влѣдствiе безнравственной, будто бы, цѣли соглашенiя<sup>1)</sup>. Но Савиньи ошибается. Указанное сомнѣнiе основано не на иномъ чемъ, какъ на отсутствiи требуемаго интереса. Все дѣло въ томъ, что Папинiанъ (хорошо извѣстный благородствомъ своего характера и образа мыслей) отказывается признать интересъ въ какой-нибудь «роена non inrogatae indignatio», или vindicta, или въ чемъ-нибудь подобномъ. А безъ должнаго интереса неустойка, выговоренная «сitra stipulationem», взысканiю не подлежитъ. Разумѣется, Папинiанъ не останавливается на неудовлетворительности для истца этой выбранной сторонами формы неустойчнаго соглашенiя, но онъ и не имѣетъ достаточнаго къ тому повода при наличности данной, подлежащей его разрѣшенiю species facti.

### § 7.

*Неустойка въ своемъ качествѣ заранее опредѣленною въ пользу врителя интереса.*

Ближайшiй анализъ матеріала, заключающагося въ нашихъ источникахъ по изслѣдуемому вопросу, выяснилъ, что самымъ обыкновеннымъ и нормальнымъ отношенiемъ между исполненiемъ по главному обязательству и исполненiемъ по обязательству неустойчному оказывается отношенiе несомнѣнно альтернативное. Дальнѣйшее изложенiе насъ еще болѣе убѣдитъ въ этомъ, показавъ, что иного рода отношенiе допускается и встрѣчается лишь изрѣдка, въ видѣ только исключенiя изъ правильно повторяющейся альтернатiи.

σοι εἰς τὴν ἡμέραν ὀρισμένην, ἀποδώσω ὡς παρίον ἔτι δηνάρια κε'. Ἐγένετο εἰς Ἀλβουρον μεγάλην.]

C. J. L. III, 2, 933; Bruns Fontes стр. 312; Girard Textes стр. 768 сл.

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

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

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

Изъ всего до сихъ поръ изложеннаго легко вывести слѣдующія два положенія<sup>3)</sup>.

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

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

<sup>3)</sup> Ср. Дернбургъ, Pand. II § 46 п 3. Къ тѣмъ же приблизительно выводамъ приходитъ и Madeyski (въ назв. статьѣ § 8), съ тою разницей, что

1) Если неустойка условлена на случай полного неисполнения или ненаступления дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства, то вѣритель вправѣ по своему выбору потребовать либо исполненія обязательства или вознагражденія за причиненные убытки, либо, взаменъ этого, уплаты неустойки.

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

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

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

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

$$a + m \text{ или } a + p_2.$$

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

---

представленная имъ схема отличается изумительной сложностью и неясностью, отчасти благодаря нѣкоторымъ вносимымъ имъ терминамъ и понятіямъ собственнаго изобрѣтенія.

<sup>1)</sup> Просрочка приравнивается къ частичному неисполненію, по поговоркѣ: *minus solvit qui tardius solvit*.

<sup>2)</sup> Въ указанномъ мѣстѣ: «Der Gläubiger soll durch die Konventionalstrafe nicht Doppeltes erhalten».

<sup>3)</sup> Гай во fr. 57 D. de R. J. A. (50, 17).

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

Въ самомъ дѣлѣ. Мы сказали, что неустойка, съ точки зрѣнія альтернативнаго по выбору вѣрителя отношенія, является не инымъ чѣмъ, какъ заранѣе оцѣненнымъ въ его, кредитора, пользу интересомъ. Отсюда, конечно, слѣдуетъ, что должникъ, при неисполненіи своего обязательства, не вправѣ возвращаться къ интересу и настаивать на его величинѣ, не вправѣ отвѣчать кредитору, ищущему неустойки: «Нѣтъ, столько тебѣ не слѣдуетъ, ибо твой интересъ, размѣръ дѣйствительно причиненнаго тебѣ ущерба не достигаетъ такой цифры; меньше, изволь, я готовъ уплатить»<sup>1)</sup>. Но изъ

<sup>1)</sup> Мнѣ нѣтъ, думаю, надобности развивать въ подробности ту мысль, что такое право должника лишило бы неустойку всякаго существеннаго значенія и практически почти окончательно обезцѣнило бы этотъ, несомнѣнно, благодѣтельный въ общемъ институтъ, предлагаемый законодателемъ въ интересахъ гражданского оборота. Все сбереженіе времени и труда, выгадываемое, благодаря неустойкѣ, какъ сторонами, такъ и судьей, должно бы неминуемо исчезнуть. Справедливо замѣчаетъ по этому поводу Герингъ (назв. соч. стр. 10 сл.), что допустить отвергаемое здѣсь право должника значитъ уничтожить всю процессуальную важность неустойки, которая въ томъ-то и заключается, чтобы отрѣзать путь всякимъ спорамъ насчетъ интереса. Онъ затѣмъ весьма рельефно продолжаетъ: «An Stelle der einfachen klaren Gestaltung des Verhältnisses, wie es von den Parteien bei Abschluss des Vertrages in Ausübung des ihnen gesetzlich zugestandenen Autonomierechts beliebt worden ist, würde eine Komplizierung des Verhältnisses treten, welche die Aufgabe der Parteien wie des Richters in gleicher Weise erschweren würde». И дальше: «Nur der Jurist weiss, was ein Streit über das Interesse zu bedeuten hat und mit welchen Schwierigkeiten der Beweis desselben verbunden ist. Unter allen Thatbeständen, welche Gegenstände der prozessualischen Beweisführung bilden können, gibt es keinen, bei dem erfahrungsmässig der Beweis sich so schwer herstellen lässt, als der Betrag des Interesses, denn während der Beweis bei allen anderen Thatbeständen sich darum dreht, was geschehen ist, dreht er sich darum, was geschehen sein würde, wenn eine gewisse dem Beklagten zur Last fallende Thatsache



той же природы неустойки, изъ той же подмѣченной нами роли ея совсѣмъ не слѣдуетъ, чтобы и самъ вѣритель не имѣлъ права доказывать высоту своего интереса, не могъ заявлять притязаніе на извѣстную намъ разность, всякій разъ какъ она оказывается налицо.

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

Не слѣдуетъ также забывать—и это опять-таки моментъ противъ прикрѣпленія вѣрителя къ неустойкѣ—, что при обязательствѣ, обезпеченномъ неустойкой, получаются, строго говоря, два обязательства, выговариваемыя для себя кредиторомъ и принимаемыя на себя должникомъ. Вытекающіе изъ этихъ двухъ обязательствъ два иска существуютъ рядомъ, другъ подлѣ друга и взаимно ограничиваются только отчасти, въ томъ лишь соображеніи, что оба они служатъ одной и той же цѣли вознагражденія вѣрителя, а дважды одна и та же цѣль не должна удовлетворяться. Выражаясь болѣе технически, все ограниченіе сводится къ материально-альтернативному отношенію «*quo ad quantitates concurrentes*». Дальше оно не идетъ. Или еще другими словами: неустойка для вѣрителя является только тѣмъ минимумомъ, на который онъ вправѣ притязать. Соглашеніемъ на ея счетъ онъ хочетъ избавить себя отъ необходимости

---

nicht eingetreten sein würde: Dort hat er Thatsachen zum Gegenstande, hier Möglichkeiten, deren Verwirklichung eben durch den Beklagten abgeschnitten worden ist. Jede Interessenklage ist eine Wahrscheinlichkeitsrechnung und als solche etwas ausserordentlich Missliches, bei keiner Klage ist der Richter in dem Masse der Gefahr ausgesetzt, beim besten Willen ein Unrecht gegen die Partei zu begehen, als bei ihr».

доказывать размѣры своего интереса, но онъ тѣмъ не думаетъ лишать себя—и фактически, очевидно, не лишается — права прибѣгать къ такому доказательству, когда почему-либо считаетъ его для себя выгоднымъ.

Въ связи съ только-что сказаннымъ и въ виду одного существующаго въ литературѣ мнѣнiя<sup>1)</sup>, я здѣсь еще добавлю и *verbis expressis* подчеркну, что, какъ намъ уже извѣстно изъ предыдущаго параграфа, вѣритель воленъ получить свой плюсъ или разность между двумя требованiями въ какомъ ему угодно порядкѣ: онъ можетъ сначала взыскать неустойку и затѣмъ, убѣдившись, что причиненный ему ущербъ по своему размѣру больше, вчать еще дополнительный искъ объ остаткѣ, исходя изъ другого, точно также уполномочивающаго его, основного обязательства. Но онъ съ равнымъ правомъ и успѣхомъ можетъ сперва предъявить требованiе объ убыткахъ и послѣ того просить о добавкѣ, опираясь на придаточное соглашенiе о неустойкѣ. Последнее подчасъ отрицается. Но безъ малѣйшаго къ тому основанiя. Нѣтъ причины относиться къ указаннымъ двумъ случаямъ различно. Истцу обѣщана неустойка во 100. Неисполненiе договора причинило ему, на его взглядъ, убытковъ на 120. Онъ, естественно, оставляетъ пока условiе о неустойкѣ въ сторонѣ и возбуждаетъ дѣло о возмѣщенiи именно убытковъ. Но судья, противъ ожиданiя, не соглашается съ нимъ и понесенный имъ ущербъ оцѣниваетъ всего только въ 90. Тогда нашъ петець пользуется условiемъ о пенѣ и до-получаетъ свои 10, какъ разность между 100 и 90.

Правда, что при обычномъ теченiи вещей вѣритель всегда начинаетъ не съ иска по основному обязательству, а съ иска о неустойкѣ. И это весьма понятно: такимъ путемъ избѣгается доказыванiе интереса, къ чему вѣритель стремится прежде всего. Этимъ, между прочимъ, объясняется, почему римскiе юристы, при обсужденiи вопроса о дополнительномъ требованiи, вовсе не затрагиваютъ случая требованiя неустойки послѣ главнаго иска. Этотъ случай имъ справедливо

<sup>1)</sup> См., напримѣръ, Heimbach'a въ статьѣ «Conventionalstrafe» въ *Rechtslexikon Weiske* III стр. 64.

рисуется сравнительно рѣдкимъ и даже исключительнымъ. Но возможной и юридически дозволенной необходимо признавать также и эту послѣдовательность, — съ чѣмъ согласно и громадное большинство современныхъ писателей <sup>1)</sup>).

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

Это мало извѣстная

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

pr. Si ita stipulatio a patrono facta sit: «si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes»? videndum est, an et rel.

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

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

<sup>1)</sup> Ср. Вангерова (Lehrb. III стр. 343), Виндшейда (Lehrb. II § 285 прим. 15), Дернбурга (Pand. II стр. 132), Барона (въ указанномъ мѣстѣ), Бертолини (назв. соч. стр. 73 прим. 1).

«Begriff und Wesen der Conventionalstrafe»<sup>1)</sup> проводить мысль диаметрально противоположную нашей.

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

Но съ Вендтомъ согласиться, на мой взглядъ, нельзя. Онъ прежде всего безусловно неправъ въ отождествленіи настоящей, законной и публичной, роена съ такъ наз. роена conventionalis<sup>3)</sup>. Его перенесеніе на неустойку моментовъ уголовно-правовыхъ оказывается поэтому вполне произвольнымъ. вмѣсто того чтобы индуктивно, такъ сказать, убѣдиться, что за характеръ и значеніе римское право придавало изслѣдуемому нами институту, и отсюда уже выводить его природу и затѣмъ, на твердой основѣ положительнаго матеріала, заниматься его юридической конструкціей,—вмѣсто этого, Вендтъ а priori, опираясь на внѣшнюю только термино-

<sup>1)</sup> Это, собственно, четвертая глава его болѣе общей статьи подъ заглавіемъ «Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis», помѣщенной въ Jahrb. Ieringa XXII. Ср. его же Lehrbuch der Pandekten § 73 и еще Sjögren'a въ назв. соч. §§ 1 и 2 i. f.

<sup>2)</sup> Въ указанномъ мѣстѣ стр. 399 сл.

<sup>3)</sup> Ср. G. Hartmann Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung въ Archiv für die civ. Praxis LXXIII стр. 380.

логию, сливаетъ воедино существо неустойки съ существомъ уголовно-правового наказанія, послѣ чего ему, естественно, остается только одно: игнорировать степень соотвѣтствія или, лучше, несоотвѣтствія своего предвзятаго ученія истинному смыслу римско-правовыхъ рѣшеній. Вендтъ даже не пытается оправдать или подтвердить свои положенія ссылкой на источники и проверкою ихъ. Стоя на почвѣ пандектнаго права, онъ разсуждаетъ однако такъ, какъ если бы ни одного изъ интерпретированныхъ нами мѣстъ въ *Corpus'v Juris* не существовало. Лишь мимоходомъ имъ упоминается, что общія l. 9 и l. 34 i. f. de R. I. A. 50, 17 («Semper in obscuris quod minimum est sequimur», «ad id, quod minimum est, redigenda summa est») могли бы господствующимъ мнѣніемъ цитироваться въ свою пользу, но что въ сущности и эти изреченія бездоказательны. Излишне напоминать, что ни тотъ, ни другой изъ этихъ отрывковъ намъ не понадобился для нашихъ цѣлей и, разумѣется, понадобиться не могъ.

Но сказаннаго недостаточно. Вендтъ ошибается еще и въ другомъ отношеніи. Разсуждая о природѣ наказанія и абсолютномъ его характерѣ, онъ какъ бы находится совершенно внѣ времени и пространства!). Вопросъ о томъ, всегда ли въ древнемъ Римѣ строго производилось разграниченіе между карою, съ одной, и вознагражденіемъ, съ другой стороны, Вендтомъ не возбуждается и даже, повидимому, не приходитъ ему на мысль. Между тѣмъ вопросъ этотъ весьма и весьма важенъ. Если бы Вендтъ его себѣ хотя предложилъ, то онъ, несомнѣнно, самъ бы и разрѣшилъ его въ смыслѣ отрицательномъ, т. е. противъ себя и своей конструкции. Отъ его вниманія тогда, конечно, не могло бы ускользнуть, что римская роена, поражающая делинквента, далеко не всюду имѣла въ виду его одного, этого правонарушителя; что она, напротивъ, считалась и съ тѣмъ другимъ лицомъ, лицомъ потерпѣвшимъ, на долю котораго при деликтѣ выпадала роль пассивная и которому право стремилось доставить удовлетвореніе, — въ сравнительно позднее еще время точно такъ же, какъ въ отдаленную эпоху

<sup>1)</sup> Къ послѣдующему ср. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II стр. 720 сл.

господства кровавой мести и системы денежных композицій. Моменты *in odium* одного и *in favorem* другого, такимъ образомъ, вовсе не обязательно отдѣлялись другъ отъ друга. Но помимо того: Вендтъ забываетъ, далѣе, о существованіи такихъ, напримѣръ, явленій, какъ такъ наз. *actiones mixtae*, въ которыхъ до очевидности ясно соединены и притомъ сознательно соединены обѣ стороны — какъ возмездіе, такъ и возмѣщеніе причиненнаго ущерба.

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

То же самое, говоритъ Карлова, наблюдается и при договорной роена, т. е. при неустойкѣ. И при ней римское право принимаетъ въ соображеніе отнюдь не только одного отвѣтчика, не выполнившего или ненадлежаще выполнившего свое обязательство, но и вѣрителя. Послѣдній получаетъ удовлетвореніе; что въ этомъ удовлетвореніи существенную роль играетъ интересъ, ясно само собой. Въ какомъ при этомъ размѣрѣ вѣритель выговариваетъ себѣ удовлетвореніе, его дѣло или, лучше, дѣло соглашенія: что выговорено, то онъ вправѣ требовать, — даже въ томъ случаѣ, если оно превышаетъ величину интереса. Но важно, что въ эту условленную сумму входитъ вмѣстѣ съ тѣмъ уже и интересъ, что подлежащая здѣсь взысканію роена разсматривается,

---

<sup>1)</sup> «Die Aquilia eine Pönalklage auf Ersatz», въ *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach Römischen Rechte* стр. VIII, 116 слл.

какъ одно цѣлое, въ которомъ отдѣльныя части — интересъ и возможный, дополнительный, штрафной плюсъ — слиты нераздѣльно.

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

Зависимость — даже историческая — нашей неустойки отъ *roena publica* или *privata* не поддается доказательству и ни откуда не явствуется. Изреченія римскихъ юристовъ о неустойкѣ не содержатъ ни разу, несмотря на свою многочисленность, ни малѣйшаго указанія или хотя бы намека на связь ея — хотя бы въ прошедшемъ — даже съ деликтнымъ штрафомъ. Наоборотъ: всюду наблюдается исключительно гражданско-правовое на нее воззрѣніе и оперированіе, отрѣшенное отъ всякой примѣси или остатковъ деликтнаго свойства. Достаточно назвать *actio ex stipulatu* или *condictio*, какъ искъ изъ неустойчнаго договора, или упомянуть о пассивной его преемственности (противъ наследниковъ отвѣтчика), или вспомнить, далѣе, объ отношеніи между интересомъ и неустойкою — отношеніи, подходящемъ подъ категорію «*Solution skonkurrenz*», а не *Konsumption skon-*

kurrenz<sup>1)</sup>); достаточно, наконецъ, сослаться на тотъ фактъ, что внѣшняя форма соглашенія о неустойкѣ, форма условія, въ значительной степени опредѣляетъ собой связаннаго съ нашимъ институтомъ юридическія послѣдствія<sup>2)</sup>,— чтобы неизбежно прийти къ заключенію о крайней невѣроятности какой бы то ни было, въ томъ числѣ и генетической, близости между договорной пеней и наказаніемъ за проступокъ.

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

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

Скорѣе можно бы, разсуждая а *contrario*, извлечь изъ нихъ извѣстный аргументъ въ пользу защищаемаго

<sup>1)</sup> См. выше стр. 69 сл.

<sup>2)</sup> Мы въ этомъ убѣдимся ниже въ § 24.

<sup>3)</sup> См., главнымъ образомъ, Геринга, *Das Schuldmoment im römischen Privatrechte* гл. III. Ср. Pernice, *M. Antistius Labeo I* стр. 443 сл.

<sup>4)</sup> Вопреки Sjögren'у, назв. соч. стр. 83 сл.



здѣсь взгляда. Я, по крайней мѣрѣ, склоненъ видѣть характерное указаніе, идущее въ разрѣзъ съ теоріей Вендта, какъ разъ въ распространенности нашего института и въ любви къ нему со стороны оборота и его представителей въ эпоху полного разцвѣта права въ Римѣ, достиженія имъ высшей степени мѣнового строя и народнаго хозяйства. Что добровольная неустойка и въ современномъ затѣмъ гражданскомъ быту — излюблѣннѣйшее средство, что пользованіе ею идетъ не уменьшаясь, а, напротивъ, постоянно увеличиваясь, соразмѣрно естественному росту количества сдѣлокъ, — фактъ безспорный<sup>1)</sup>, но фактъ, наглядно вмѣстѣ съ тѣмъ показывающій, насколько непримѣнимъ къ нашему институту справедливый, самъ по себѣ, афоризмъ Теринга, и насколько, слѣдовательно, ошибочно отстаиваемое Вендтомъ отождествленіе неустойки съ настоящимъ наказаніемъ.

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

Но подобное подчеркиваніе терминологіи является преувеличеніемъ, способнымъ повести къ заблужденію. Слово «роена» употреблялось въ Римѣ, очевидно, въ смыслѣ самомъ общемъ: по адресу нашего института оно, на языкѣ юристовъ-классиковъ, означаетъ приблизительно то же самое, что невыгода или уронъ. Не болѣе. И мы въ современной рѣчи выражаемся почти точно такъ же: отвѣтчикъ, говоримъ мы

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

<sup>2)</sup> Назв. соч. стр. 6, 12.

теперь, за неисполненіе обязательства наказанъ, онъ жестоко поплатился, и т. п. Но значенія возмездія за проступокъ мы этимъ выраженіямъ не придаемъ; въ область криминальную или деликтную они насъ не уносятъ, какъ не уноситъ въ нее и извѣстное (знакомое намъ) опредѣленіе неустойки, предложенное Савиньи, даромъ, что онъ необыкновенно остроумно называетъ ее «уголовно-правовымъ установленіемъ въ миниатюрѣ». Отмѣчу еще, что указанное общее значеніе слова «роепа» дало возможность заимствовать его изъ римскаго права и удержать въ громадномъ большинствѣ новыхъ законодательствъ, — между прочимъ, и въ тѣхъ изъ нихъ, гдѣ характеръ неустойки, какъ вознагражденія за вредъ и убытки, стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія<sup>1)</sup>.

Въ связи съ разобраннымъ ученіемъ Вендта и въ дополненіе къ уже сказанному раньше<sup>2)</sup> по опредѣленію неустойки, считаю полезнымъ присовокупить еще слѣдующія положенія.

Съ Вендтомъ и въ другомъ еще отношеніи согласиться невозможно. Дѣло въ томъ, что этотъ писатель, независимо отъ своего сопоставленія неустойки съ уголовною карою, высказалъ еще другой, опять-таки оригинальный взглядъ по занимающему насъ институту. Къ категоріи неустойки, учитъ онъ, относится и такъ наз. *lex commissoria*. Наряду съ пенею, создающею обязательство, должна быть поставлена пеня, уничтожающая или разрушающая обязательство: и та и другая — виды соглашенія о неустойкѣ. Существуютъ, по нѣмецкой терминологіи Вендта, одинаково и «obligatorische» и «kommissorische» «Strafverträge» (последніе называются имъ также «Verwirkungsverträge», «cassatorische Clauseln» и т. п.<sup>3)</sup>. Если, стало быть, купля заключена съ уговоромъ, что при несвоевременномъ внесеніи покупной суммы право собственности на ку-

<sup>1)</sup> См. вторую часть настоящей работы.

<sup>2)</sup> См. § 1 стр. 13 сл.

<sup>3)</sup> Въ указанной статьѣ стр. 407 сл., Lehrbuch стр. 199, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften II стр. 149.

пленную вещь имѣть возвратиться къ продавцу, то здѣсь, по мнѣнію Вендта, содержится соглашеніе о пенѣ, ибо и здѣсь контрагенту за нарушеніе имъ принятыхъ на себя обязанностей грозитъ наказаніе. Равнымъ образомъ и по тѣмъ же причинамъ, условіе, о неустойкѣ имъ усматривается и въ томъ, напримѣръ, случаѣ, если лицо, отдающее внаймы, выговариваетъ себѣ право выселить нанимателя при невнесеніи послѣднимъ въ опредѣленные сроки квартирной платы (такъ наз. «*Exmissionsrecht*»), и т. п.

Но Вендтъ снова неправъ. Неустойка вовсе не имѣетъ своею цѣлью прекращеніе правоотношенія къ невыгодѣ должника. Въ понятіе ея не входитъ всякое условленное и невыгодное для лица послѣдствіе отъ неисполненія имъ главнаго обязательства. Неустойка въ собственномъ смыслѣ необходимо устанавливаетъ новую обязанность для должника, новое право для вѣрителя<sup>1)</sup>. Неустойку нельзя видѣть тамъ, гдѣ само главное притязаніе при неисправности должника поражается въ корнѣ, какъ это происходитъ при *lex commissoria* и при всякомъ вообще отмѣнительномъ условіи. Необходимо строго разграничивать смежныя области неустойчнаго и родственныхъ съ нимъ соглашеній<sup>2)</sup>.

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

Vat. 11. Papinianus libro tertio resp. Convenit ad diem pretio non soluto venditori alterum tantum praestari. Quod usurarum centesimam excedit, in fraudem iuris vide-

<sup>1)</sup> Ср. весьма ясное опредѣленіе въ *Badisches Landrecht* (Satz 1226), представляющее свободный переводъ соответствующей статьи Наполеонова кодекса: «Ein Strafgeding ist dasjenige, wodurch Jemand zur Sicherheit der Vertragsvollziehung für den Fall der Nichterfüllung zugleich eine weitere Verbindlichkeit übernimmt».

<sup>2)</sup> Ср. Дерябура *Pand.* II стр. 130.

*tur additum. Diversa causa est commissoriae legis, cum in ea specie non fenus illicitum exerceatur, sed lex contractui non improbabilis dicatur.*

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

Чуть-ли не еще дальше Вендта хотѣлъ идти Hin-schius<sup>1)</sup>. Рамки, въ которыхъ вмѣщается неустойка, раздвигаются имъ еще шире. И *lex commissoria* при закладномъ договорѣ, по Гиншіусу, тоже не иное что, какъ условіе о неустойкѣ. Въ самомъ дѣлѣ, разсуждаетъ онъ, неустойка—и, быть можетъ, даже значительная—имѣется и здѣсь: она здѣсь заключается въ разности между цифрою долга (какъ вычитаемымъ) и тою суммою, которая получилась бы отъ судебной продажи предмета залога (какъ уменьшаемымъ). Изъ своего ученія Гиншіусъ дѣлаетъ самыя обширныя выводы. Такъ какъ, говоритъ онъ, законодательствомъ 66, 67 и 68 гг. въ Германіи и Австріи былъ отмѣненъ *maximum* размѣра роста и неустойки и, взамѣнъ того, проведенъ принципъ полной свободы контрагентовъ въ дѣлѣ опредѣленія этого размѣра; такъ какъ, далѣе, встрѣчающаяся при залогѣ *lex commissoria*, какъ уже сказано, — видъ неустойчнаго соглашенія, то заключеніе отсюда получается то, что вмѣстѣ съ законою нормою для процентовъ и пени оказался уничтоженнымъ и запретъ трактуемой здѣсь *lex commissoria* при закладѣ. Благодѣтельная конституція Константина (с. 3 С. de pact. pignor. 8, 34) съ конца шестидесятихъ годовъ, слѣдовательно, не дѣйствуетъ болѣе въ пандектномъ правѣ, какъ не дѣйствуетъ и соотвѣтственный параграфъ въ Прусскомъ земскомъ уложеніи, въ австрійскомъ и саксонскомъ гражданскихъ кодексахъ, въ *Code civil* (поскольку идетъ рѣчь о примѣненіи его въ Германіи) и т. д. Все это, по мнѣнію Гиншіуса, ео ipso покончило свое существованіе.

Но такое воззрѣніе безусловно неправильно и въ настоящее время оставлено даже тѣми немногими его сторон-

<sup>1)</sup> См. его статью: «Das Gesetz für den Norddeutschen Bund, betreffend die vertragsmässigen Zinsen, und seine Einwirkung auf das bisherige Civilrecht» въ издававшейся имъ же *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen* II стр. 14 слл. 51 слл.

никами, которые слѣдовали ему раньше<sup>1)</sup>. Противъ него въ обстоятельномъ, хорошо мотивированномъ рѣшеніи высказался и имперскій судъ въ Лейпцигѣ<sup>2)</sup>. Здѣсь достаточно будетъ подчеркнуть, что истинная природа обезуждаемой Гиншюсомъ *lex commissoria* совсѣмъ иная, чѣмъ неустойки. Соответственно съ этимъ, императоръ Константинъ, когда сталъ принуждать вѣрителя искать осуществленія своего залогового права опредѣленнымъ способомъ, путемъ непременно продажи предмета залога, то стремился исключить возможность антиципированной передачи права собственности, но вовсе не добивался того, чтобы ограничить размѣръ вознагражденія вѣрителя за предоставленный должнику капиталъ. А потому и германское законодательство о процентахъ и замѣняющей ихъ неустойкѣ не могло коснуться данной *lex commissoria*, какъ спеціальнаго института залогового права, и регулирующихъ ее постановленій.

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

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

<sup>1)</sup> Предшественникомъ Гиншюса въ разбираемомъ направленіи является Jacques въ своей работѣ «Die Wuchergesetzgebung und das Civil- und Strafrecht» 1867.

<sup>2)</sup> См., главнымъ образомъ, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen IV (1881), 12 стр. 51 слл.

## § 8.

*Практика судебных мѣстъ въ территоріяхъ пандектнаго права.*

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

Въ одномъ (сравнительно старомъ) рѣшеніи высшаго апелляціоннаго суда въ Касселѣ отъ 1848 года<sup>1)</sup> начало альтернативы выражается очень ясно. Дѣло шло о договорѣ, заключенномъ между владѣльцемъ табачной фабрики, съ одной стороны, и между мастеромъ, служившимъ раньше на этой фабрикѣ по личному найму, съ другой. При поступленіи на службу къ фабриканту, мастеръ въ свое время обязался въ продолженіе всего срока найма и трехъ лѣтъ по истеченіи онаго не занимать мѣста ни въ какомъ другомъ табачномъ дѣлѣ<sup>2)</sup>. На случай

<sup>1)</sup> Въ Archivъ Seuffert'a für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten III, 38.

<sup>2)</sup> Въ какой мѣрѣ подобныя соглашенія и обязательства вообще дѣйствительны, я здѣсь, естественно, ex professo обсуждать не могу. Вопросъ этотъ чрезвычайно интересенъ и многократно обсуждался въ литературѣ. Отсылаю къ книгѣ Steinbach'a, Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation 1897, гдѣ читатель найдетъ сжатое, но достаточно полное изложеніе такъ наз. Concurrenzclauseln и гдѣ приняты, между прочимъ, въ соображеніе и результаты изслѣдованій Колера («Die Ideale im Recht» и друг.), собравшаго рядъ судебныхъ рѣшеній самыхъ различныхъ странъ. Въ общемъ можно выставить то положеніе, что договоры, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, дѣйствительны лишь постольку, поскольку они не идутъ въ разрѣзъ съ публичнымъ правомъ или, го-

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

Безусловно въ томъ же смыслѣ высказались, напримѣръ, еще кассационный судъ въ Вольфенбюттелѣ въ рѣшеніи отъ 10. X. 1860 года<sup>1)</sup> и позже оберландесгерихтъ въ Браун-

вори точнѣе, не ведутъ къ уничтоженію или существенному умаленію хозяйственной личности отвѣтчика. Условленное запрещеніе конкуренціи должно, слѣдовательно, быть ограниченнымъ во времени и пространствѣ, причемъ для границъ этихъ не долженъ допускаться слишкомъ широкій просторъ. Характерно на этотъ счетъ выражается французскій кассационный судъ: «Si la convention prive d'une manière absolue un citoyen du droit d'exercer son industrie, en quelque lieu que ce soit et pour toujours, elle est illicite, car elle détruit le droit que la constitution de 1789, d'accord avec la nature, déclare inaliénable». То же начало положено и въ основаніе соответственной нормы новаго германскаго торговаго уложенія отъ 10 мая 1897 года (§ 74 сл.: «... nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird»; ср. еще Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs 1897 стр. 67 сл. и соответственные мѣста въ Materialien zum HGB.). Безотрадную картину состоянія вопроса въ Германіи до изданія этого новаго законодательства рисуетъ статья въ журналѣ Soziale Praxis за 1896 годъ (V, 16) стр. 417 сл.

<sup>1)</sup> Archiv Seuffert'a XIX, 136.

швейгъ въ рѣшеніи отъ 9. II. 1880<sup>1)</sup>), приче́мъ первый (точно такъ же, впрочемъ, какъ и Кассельскій судъ въ изложенномъ процессѣ) за истцомъ открыто признаетъ право вчать затѣмъ еще дополнительный искъ о разности между двумя требованіями, буде предъявленное окажется менѣе выгоднымъ другого (побочный искъ о неустойкѣ, обеспечивавшій главный договоръ, имѣлъ своимъ предметомъ 80000 гульденовъ).

Далѣе, въ одномъ относительно новомъ рѣшеніи (отъ 20. II. 1893)<sup>2)</sup> апелляциянная инстанція въ Килѣ, исходя изъ извѣстныхъ намъ началъ, разсудила, что вѣритель, если взыскиваетъ неустойку вѣдствие неисполненія договора контрагентомъ, не вправе удержать за собою тѣ суммы или предметы, какіе имъ получены въ счетъ или какъ часть исполненія главнаго обязательства («Theilleistung»). Истицей въ нашемъ процессѣ продана была отвѣтчику принадлежавшая ей гостиница со все́мъ инвентаремъ, приче́мъ покупная сумма (82000 марокъ) подлежала внесенію по частямъ въ опредѣленные сроки. Уплативъ въ первый разъ своевременно причитавшуюся съ него сумму въ 5000, отвѣтчикъ уже второй уплаты сдѣлать не могъ. Истица вѣдствие того потребовала внесенія обѣщанной на этотъ случай неустойки, желая, однако, сохранить вмѣстѣ съ тѣмъ взятыя ею раньше 5000 марокъ. Но судъ ей въ этомъ отказалъ. Изъ мотивовъ рѣшенія для насъ здѣсь интересно то, что «за истицей признается право на выборъ либо настаивать на силѣ основнаго договора и требовать убытковъ за промедленіе, либо расторгнуть этотъ договоръ и взыскать неустойку, какъ установленный по взаимному соглашенію размѣръ интереса».

Наконецъ, все то же начало альтернативы проводится еще въ другомъ рѣшеніи (отъ 29. X. 1850), произнесенномъ на этотъ разъ высшимъ судомъ въ Любекѣ<sup>3)</sup>. И въ немъ,

<sup>1)</sup> Archiv Seuffert'a N. F. V, 198.

<sup>2)</sup> Archiv Seuffert'a N. F. XIX, 11.

<sup>3)</sup> Archiv Seuffert'a X, 246. По своей поучительности данный процессъ, а также процессъ между фабрикантомъ и мастеромъ включены Штаммлеромъ въ его сборники юридическихъ казусовъ: см., напримѣръ, Praktische Pandektenübungen 2 изд. стр. 328.



при внимательномъ отношеніи къ дѣлу, легко видѣть принципъ именно альтернативный, а никакъ не кумулятивный. Суду пришлось высказаться объ издательскомъ договорѣ, по которому авторъ сочиненія обязывался доставить въ совершенно полномъ и готовомъ къ печати видѣ рукопись второго тома не позже, чѣмъ черезъ годъ, считая съ момента выхода въ свѣтъ тома перваго. Въ противномъ случаѣ авторъ соглашался на потерю половины своего гонорара или, что то же самое, обѣщалъ неустойку, равную этой половинѣ. Изъ содержанія договора явствовало, что неустойка была назначена на случай опозданія, а потому призвана была обезпечить убытки, могущіе произойти отъ этого именно опозданія или промедленія. Когда въ назначенный годъ требуемаго манускрипта представлено не было, а издательская фирма тѣмъ не менѣе продолжала настаивать на исполненіи договора, причемъ просила судъ объ опредѣленіи новаго, необходимаго для написанія книги срока, — тогда нашъ авторъ отвѣчалъ, что цѣною потери половины вознагражденія онъ воленъ и вовсе не представлять рукописи.

Но во всѣхъ инстанціяхъ дѣло имъ было проиграно. Опираясь на указанный смыслъ договора, судьи рѣшили — и правильно рѣшили —, что уплата неустойки не можетъ въ данномъ случаѣ освободить отъ выполненія главнаго обязательства, — на томъ основаніи, что альтернативнаго отношенія здѣсь нужно искать не между основнымъ дѣйствіемъ и неустойкою, а между послѣднею и ущербомъ отъ промедленія. Наряду съ требованіемъ о выполненіи основнаго договора, издатель, слѣдовательно, былъ вправѣ искать еще и неустойки или, вмѣсто нея, понесенныхъ имъ влѣдствіе проволочки автора вреда и убытковъ.

Практика перѣдко наталкиваетъ на слѣдующаго рода вопросъ. При соединеніи главнаго дѣйствія съ неустойкой, т. е. когда неустойка выговорена на случай несвоевременности или неудовлетворительности исполненія и, стало быть, имѣетъ своей цѣлью покрывать лишь частичный интересъ (какъ въ послѣднемъ изъ изложенныхъ процессовъ), — при этихъ условіяхъ можетъ случиться такъ, что вѣритель, уже получившій право на неустойку влѣдствіе неисправности своего дол-

жника, соглашается на выполнение послѣднимъ основного обязательства—безъ дальнѣйшаго. Спрашивается: лишается-ли тутъ вѣритель права на (уже заслуженную) неустойку, на *pena iam commissa*?! Другими словами (такъ принято формулировать нашу контроверзу), погашается-ли притязаніе на неустойку съ принятіемъ главнаго дѣйствія безъ оговорки или резерваціи («*bei vorbehaltloser Annahme der Hauptleistung*»)? Примѣръ: Собственникъ магазина *A* заключилъ съ оптовымъ торговцемъ *B* договоръ о доставкѣ ему, *A*, партіи лѣтнаго товара къ 1 мая будущаго года, подъ условіемъ платежа за каждый день промедленія 25 марокъ. По винѣ *B* товаръ доставляется не 1 мая, а 21 числа того же мѣсяца. *A* тѣмъ не менѣе принимаетъ его безъ какого-либо заявленія съ своей стороны, но затѣмъ при расчетѣ хочетъ уплатить не всѣ условленныя за товаръ деньги, а на 500 марокъ меньше, предъявляя *compensando* требованіе на эту цифру на основаніи запозданія продавца на 20 дней и соглашенія насчетъ неустойки. Возникаетъ вопросъ: вправѣ-ли *A* такъ поступить?

Аналогичныя дѣла нерѣдко доходили до судебного разбирательства, и при этомъ нѣкоторые высшіе германскіе суды дотого правильно и мѣтко высказались на ихъ счетъ, что въ общемъ достаточно указать на соотвѣтствующія рѣшенія. Такъ, въ особенности обращаетъ на себя вниманіе рѣшеніе, относящееся къ семидесятымъ годамъ и принадлежащее бывшему высшему апелляціонному суду въ Гельс<sup>1</sup>). Здѣсь дается чрезвычайно вѣрное толкованіе тѣхъ мѣстъ источниковъ римскаго права, въ которыхъ думали найти отвѣтъ на занимающій насъ вопросъ. Это извѣстныя: 1) *l. ult. D. de eo quod certo loco* (13, 4), 2) *l. 6 § 2 D. de lege commissor.* (18, 3), 3) *l. 8 C. de usuris* (4, 32) и 4) *l. 23 pr. D. de receptis* (4, 8). Судъ резонно отвергаетъ мнѣніе романистовъ<sup>2</sup>), извлекающихъ изъ приведенныхъ отрывковъ и рескрипта положеніе, будто въ принятіи главнаго дѣйствія безъ оговорки заключается вмѣстѣ съ тѣмъ молчали-

<sup>1</sup>) *Archiv Seuffert's* N. F. III, 215; см. также XXI, 226.

<sup>2</sup>) См., напримѣръ, Сиятениса, *Das practische gemeine Civilrecht* II § 88 и примѣч. 32.

вый отказъ отъ неустойки. Удивительно, главнымъ образомъ, то обстоятельство, что къ разрѣшенію вопроса могли привлечь послѣдній изъ перечисленныхъ фрагментовъ, l. 23 pr. D. cit. Совершенно очевидно, что вся контроверза имѣетъ вообще смыслъ и значеніе исключительно только въ томъ предположеніи, что пеня можетъ быть взыскана наряду съ главнымъ дѣйствіемъ,—какъ отчасти уже указано<sup>1)</sup>. Но тогда о ней не можетъ быть рѣчи при римскомъ компромиссѣ (рѣшеніи дѣла третейскимъ судомъ), такъ какъ при немъ вѣритель, какъ извѣстно, не въ силахъ былъ принудить отвѣтника къ исполненію главнаго дѣйствія, а долженъ былъ довольствоваться требованіемъ присужденія ему неустойки на основаніи *sententia arbitri*. Тутъ болѣе чѣмъ естественно, что принятіе содержанія главнаго обязательства исключаетъ возможность взысканія неустойки или, какъ ее здѣсь называютъ, *rescissio* (*роепа*) *compromissa*. Но къ нашей контроверзѣ это явленіе, повторяю, ни мало не относится. Тѣмъ болѣе странно, что и теперь еще въ учебникахъ пандектъ можно встрѣтить ссылку на fr. 23 pr. D. cit. въ подтвержденіе означеннаго мнѣнія, а равнымъ образомъ, что само мнѣніе это, устарѣлое и для римскаго права безусловно ошибочное, отстаивается, какъ истинное<sup>2)</sup>.

И по существу, впрочемъ, правильно понятое римское возрѣніе заслуживаетъ предпочтенія предъ господствовавшимъ раньше. Уже сравнительно давно имперскій судъ<sup>3)</sup> резонно выяснялъ, что соглашаясь на выполненіе главнаго дѣйствія, вѣритель тѣмъ самымъ еще несколько не отказывается отъ неустойки, и что его молчаніе насчетъ дальнѣйшихъ его притязаній не предрѣшаетъ ничего. Заявляя эти притязанія впослѣдствіи, вѣритель не вступаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собою и не погрѣшаетъ противъ честнаго,] основан-

<sup>1)</sup> Ср. еще *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen IX* (1883), 51 стр. 200.

<sup>2)</sup> См., напримѣръ, Барона *Pandekten* § 218 и прим. 10.

<sup>3)</sup> Указанное рѣшеніе стр. 199, ср. *Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts XXIV*, 16.

наго на римской bona fides отношенія къ контрагенту. Всегда и непременно заявлять неисправному должнику о своихъ дѣйствіяхъ въ будущемъ—такой обязанности вѣритель не имѣеть. Въ настоящее время справедливость подобнаго взгляда признается лучшими цивилистами<sup>1)</sup>. Неустойка, даѣе, не отличается какимъ-либо ненавистнымъ характеромъ, который оправдывалъ бы юридическую презумпцію означеннаго отказа: неустойка не иное что, какъ априорная оцѣнка причиненнаго ущерба безъ примѣси момента уголовного, она вытекаетъ изъ свободнаго соглашенія сторонъ и стремится вознаградить одного, а не покарать другого. Если вредъ, понесенный въ силу, скажемъ, промедленія должника, можетъ быть съ него взысканъ во всякомъ случаѣ, несмотря на молчаливое отъ него принятіе предмета основнаго обязательства, то почему бы, спрашивается, дѣло обстояло иначе при неустойкѣ, т. е. тогда, когда тотъ же вредъ таксированъ заранее?!

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

<sup>1)</sup> См., напримѣръ, Дербурга Pand. II § 46 прим. 12.

<sup>2)</sup> См. преимущественно Дербурга, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts II стр. 105 сл. и Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts I § 107 прим. 46.

<sup>3)</sup> Allgemeines Landrecht I, 5 § 307. То же самое произошло въ Саксоніи (§ 1429 Саксонскаго гражданскаго уложенія) и отчасти въ Швейцаріи (§ 179 п. 2 Швейцарскаго союзнаго закона объ обязательствахъ).

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

Мнѣ поэтому кажется предпочтительной римская точка зрѣнія, предоставлявшая разрѣшеніе вопроса толкованію въ каждомъ конкретномъ случаѣ истиннаго намѣренія сторонъ и воздерживавшаяся отъ всякихъ специальныхъ правовыхъ предписаній, — словомъ, рассматривавшая нашъ спорный пунктъ, какъ *quaestio facti*, а не *iuris*<sup>1)</sup>.

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

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

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

<sup>1)</sup> Ср. Шпренгера въ указанной статьѣ стр. 669 сл.

<sup>2)</sup> См. *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich II* стр. 277.

<sup>3)</sup> «Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält».

въ тѣхъ же видахъ надѣленія должника сильнѣйшей по возможности защитой и прегражденія въ то же время пути ко всякаго рода спорамъ<sup>1)</sup>.

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

---

<sup>1)</sup> Ср. Коментарій Планк'а II стр. 122.

<sup>2)</sup> См. официально изданные протоколы засѣданій комиссіи для выработки втораго проекта I стр. 777 слл.

## ГЛАВА II.

### Отношеніе кумулятивное.

#### § 9.

#### *Кумуляція, какъ исключеніе въ источникахъ.*

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

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

---

<sup>1)</sup> См. преимущественно Archiv Senffert'a III, 38 и XIX, 136.

Вотъ точка зрѣнія римскаго права.

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

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

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

Но прежде чѣмъ заняться ближайшимъ съ ними ознакомленіемъ, необходимо предварительно сказать еще два слова, для выясненія самаго понятія кумуляціи и соглашенія насчетъ того, что мы въ дальнѣйшемъ будемъ разумѣть подъ этимъ терминомъ. Необходимо это, главнымъ образомъ, потому, что весьма многіе писатели, чуть-ли не большинство ихъ, находятъ кумулятивное отношеніе уже тамъ, гдѣ «возможно

---

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



требовать какъ исполнения главнаго договора, такъ и платежа (вмѣстѣ съ тѣмъ) неустойки»<sup>1)</sup>. Ясно, что на основаніи этой формулировки кумуляція оказывается уже тамъ, гдѣ неустойка назначается на случай, скажемъ, опозданія должника и, естественно, уплачивается независимо отъ выполненія основнаго дѣйствія<sup>2)</sup>. Между тѣмъ, такое правоотношеніе

<sup>1)</sup> См., напримѣръ, Савиньи назв. соч. II стр 276 сл. (стр. 541 русскаго перевода) или Виндшейда *Lehrb.* II § 285 п. 4.

<sup>2)</sup> Это положеніе многими высказывается открыто. См., напримѣръ, П. Жирара, который въ своемъ курсѣ римскаго права стр. 642 прим. 1 говоритъ слѣдующее: «Le cumul est la règle dans le système du droit moderne, C. civ., art. 1229, il est au contraire l'exception à Rome, où, par suite du système des condamnations pécuniaires, les dommages et intérêts, dont la stipulatio pœnae joue le rôle, ne sont pas une indemnité de l'exécution tardive ou incomplète, mais de l'inexécution totale.» Что тутъ Жираромъ понимается подъ «cumul», слѣдуетъ какъ изъ его ссылки на статью французскаго Code (см. ниже вторую часть настоящей книги § 16), такъ и изъ подчеркнутыхъ мною словъ.

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

Но, очевидно, совсѣмъ другое дѣло въ настоящее время, когда основное дѣйствіе (поскольку оно еще выполнимо) подлежитъ совершенію *in natura*. Тутъ дѣйствіе останется дѣйствіемъ, разсчитываетъ кредиторъ,

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

Исходя изъ внутренняго смысла понятія, я усматриваю кумуляцію въ нашемъ вопросѣ только тамъ, гдѣ сверхъ

---

требуемая вещь—вещью: ихъ таксировать, стало быть, незачѣмъ, а достаточно заранѣе опредѣлить ущербъ отъ возможнаго только запозданія и тому подобныхъ дефектовъ исполненія.

Кстати отмѣчу, что связь неустойки съ *pecuniaria condemnatio* была подмѣчена уже и Герингомъ («... das unerlässliche Complement der Geldcondemnation des römischen Prozesses: die Conventionalpön», въ его *Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn*, въ его же *Jahrbb. XVIII* стр. 127),—но въ другомъ, правда, направленіи. Герингъ думаетъ, что неустойка (точнѣе, высота ея) была призвана въ Римѣ побуждать недобросовѣтнаго отвѣтника къ исполненію самаго дѣйствія, согласно принятому имъ на себя обязательству и несмотря на наличность процессуальнаго принципа обязательности денежной именно конденсаціи. Безспорно такъ. Но только не слѣдуетъ преувеличивать значеніе этого момента, какъ то дѣлаетъ Герингъ («Daher der ausserordentlich häufige, man möchte sagen: fast regelmässige Gebrauch derselben bei den Römern»). Во-первыхъ, юристы-классики никогда не мотивируютъ неустойки необходимостью парализовать процессуальное несовершенство и не потому они совѣтуютъ пользоваться неустойкою; а, во вторыхъ, въ устахъ Юстиніана (§ ult. I. de V. O. 3, 15, см. выше стр. 4) подобный совѣтъ, съ точки зрѣнія Геринга, долженъ бы быть признанъ полнѣйшимъ анахронизмомъ, — если даже забыть, что у Юстиніана повторяется почти буквально мотивъ классиковъ. Центръ тяжести, главнѣйшій смыслъ неустойки, очевидно, въ другомъ.

всякаго интереса можетъ бытьъ въдобавокъ възыскана еще и неустойка, гдѣ, стало быть, по одному и тому же пункту производится възысканіе дважды: одинъ разъ въ видѣ требованія соотвѣтствующаго дѣйствія или соотвѣтствующихъ убытковъ, а другой разъ—неустойки. Отсюда слѣдуетъ: если неустойка назначена на случай полного невыполненія главнаго обязательства, то наличность кумулятивнаго отношенія должна признаваться лишь тогда, когда вѣритель вправѣ будетъ потребовать: 1) совершенія главнаго дѣйствія ( $a$ ) или возмѣщенія всего интереса вѣрителя ( $b$ ) плюсъ 2) уплаты неустойки ( $p_1$ ). Формула здѣсь:

$$a+p_1 \text{ или } b+p_1.$$

Этотъ случай не возбуждаетъ, впрочемъ, недоумѣнія.

Но, если далѣе, неустойка назначена на случай несвоевременнаго, положимъ, исполненія обязательства, т. е. призвана покрывать интересъ отъ промедленія, то здѣсь я, въ отличіе отъ цитированныхъ писателей и господствующаго мнѣнія, считаю правильнымъ называть кумулятивнымъ только то правоотношеніе, при которомъ требованію со стороны вѣрителя подлежатъ: 1) главное дѣйствіе ( $a$ ) плюсъ 2) понесенный отъ опозданія вредъ ( $m$ ) плюсъ 3) неустойка ( $p_2$ ). Формула, такимъ образомъ, здѣсь:

$$a+m+p_2.$$

Наоборотъ, сумма  $a+p_2$  не даетъ еще кумуляціи, какъ не даетъ ея  $a+m$ <sup>1)</sup>.

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

<sup>1)</sup> Ср. выше стр. 82 и Синтениса въ назв. соч. II § 88 прим. 21: «so dass... der Gläubiger möglicher Weise dreierlei fordern kann, die Hauptleistung, das Interesse wegen deren verzögerter Leistung und die Strafe».

Правильное выполнение этих условий обеспечивается слѣдующей заключительной статьей:

v. 18 sqq.... Si adversus ea factum erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, et amplius poenae nomine HS L milia nummum stipulatus est T. Flavius Syntrophus, spondit T. Flavius Aithales libertus<sup>1)</sup>.

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

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

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

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

Другое мѣсто — это

fr. 16 D. de transact. (2, 15). Hermogenianus libro primo iuris epitomarum. Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto<sup>3)</sup>, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur.

<sup>1)</sup> С. I. L. VI, 10239; Bruns, Fontes стр. 298; Girard, Textes стр. 744.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 34 прим.

<sup>3)</sup> Такъ именно слѣдуетъ разставить знаки препинанія. Запятая должна стоять послѣ «pacto», а не послѣ «fecerit», гдѣ она значится по нѣко-

Гермогеніанъ постановляетъ рѣшеніе въ томъ смыслѣ, чтобы не только раньше состоявшаяся мировая сдѣлка оставалась въ силѣ (для поддержанія ея въ распоряженіи отвѣтчика имѣется *exsertio*: наряду съ общими *exsertio pacti* и *doli* еще специальная *exsertio transactionis* или *transacti negotii*)<sup>1)</sup>, — но чтобы независимо отъ этого была внесена еще и пеня, обѣщанная на случай нарушенія мировой сдѣлки. Что юристъ проводитъ здѣсь принципъ кумуляціи, не требуетъ поясненій: неустойка взыскивается, а по обезпечиваемому ею главному дѣйствию все-таки требуется исполненіе въ полной мѣрѣ.

На первый взглядъ рѣшеніе это способно вызвать удивленіе. Оно какъ будто находится въ прямомъ противорѣчій съ результатами, добытыми нами раньше, преимущественно изъ толкованія с. 40 *C. de transact.* (2, 4) и однородныхъ съ нею мѣстъ<sup>2)</sup>. Но ближайшее знакомство съ fr. 16 *D. cit.* устраняетъ всякое недоумѣніе. Дѣло въ томъ, что въ этомъ отрывкѣ необходимо подчеркнуть выраженіе «*rato manente pacto*», какъ имѣющее особенное, весьма важное значеніе. Въ условіе о неустойкѣ стороны включили заявленіе, что неустойка подлежитъ уплатѣ съ сохраненіемъ притомъ полюбовной сдѣлкою своей силы. Стороны прямо оговорили, что эта сдѣлка остается нерушимою, несмотря на внесеніе пени. Такимъ образомъ, оказывается, что Гермогеніанъ—если принять во вниманіе, что предусмотрѣнный контрагентами случай дѣйствительно наступилъ—произнесъ свое сужденіе въ пользу кумулятивнаго отношенія лишь въ строгой зависимости отъ воли самихъ сторонъ и въ совершенномъ согласіи съ явно выраженнымъ содержаніемъ ихъ договора.

Что въ этомъ именно, а не въ чемъ-нибудь иномъ заключается причина различнаго отношенія къ двумъ, повидимому, одинаковымъ случаямъ въ с. 40 *C. cit.*, съ одной, и во fr. 16

---

торымъ устарѣлымъ изданіямъ *digest*, въ томъ числѣ и по изданію братьевъ Кригель: слова «*rato manente pacto*» являются составной частью стипуляціи, а не сужденія юриста.

<sup>1)</sup> Ср. Oertmann, назв. соч. стр. 157 сл.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 41 слл.

D. cit., съ другой стороны, — съ очевидностью вытекаетъ изъ с. 17 C. de transact. (2, 4), третьяго и, по моему мнѣнію, вмѣстѣ съ тѣмъ послѣдняго мѣста, санкціонирующаго кумуляцію.

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

Нѣкто Марцеллъ заключилъ съ настоящей отвѣтчицей мировую сдѣлку, которую та затѣмъ нарушила. Вслѣдствіе этого онъ теперь взываетъ къ названнымъ императорамъ, которые отвѣчаютъ ему, что для него достаточной защитой является exceptio transactionis. Отвѣтъ весьма понятный. Правда, Діоклетіанъ и Максиміанъ могли и, пожалуй, даже должны были дополнить свой рескриптъ указаніемъ на то обстоятельство, что послѣ провозшедшаго и Марцеллу, въ свою очередь, принадлежитъ право отступить отъ полюбовнаго соглашенія, если онъ того пожелаетъ. Но въ сущности ихъ молчаніе на этотъ счетъ легко объяснить: у нихъ не было повода коснуться вопроса о прекращеніи мировой сдѣлки посредствомъ *mutuus dissensus*, такъ какъ самъ проситель ничего не заявлялъ противъ того, чтобы оставаться при заключенномъ раньше трансактѣ, и весь вопросъ, очевидно, шелъ только о томъ, какіе ему будутъ принадлежать права въ предстоящемъ процессѣ, предполагая дальнѣйшее существованіе сдѣлки<sup>1)</sup>.

Пока, слѣдовательно, нашъ случай не представляетъ ничего ни сложнаго, ни даже для насъ интереснаго. Но содержаніе с. 17

<sup>1)</sup> Ср. Erxleben Die conditiones sine causa II стр. 326 слл., Risch Die Lehre vom Vergleich стр. 210 и Oertmann назв. соч. стр. 179.

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

Обратимъ вниманіе на то, что въ данномъ отвѣтѣ или, точнѣе, въ условно допущенномъ въ немъ предположеніи возвращеніе суммъ, переданныхъ контрагенту для заключенія съ нимъ трансакта, очевидно, разсматривается, какъ уплата неустойки<sup>1)</sup>. Смыслъ мнѣнія Діоклетіана и Максиміана, стало быть, такой: выполненіе полюбовной сдѣлки плусъ внесеніе неустойки или, другими словами, кумулятивное соединеніе главнаго дѣйствія съ пеней, могло бы наступить тогда, если бы сами стороны при вступленіи въ договоръ пожелали этого именно правоотношенія и проявили свою волю въ такомъ именно направленіи.

Выраженіе, которымъ пользуются императоры, очень близко къ выраженію Гермогеніана въ fr. 16 D. cit.: тамъ употреблена формула «*tato manente pacto*», здѣсь—«*manente transactionis placito*»<sup>2)</sup>.

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

<sup>1)</sup> Ср. Glück, Коментарій IV стр. 537 прим.

<sup>2)</sup> Излишне, думаю, останавливаться на взглядахъ и выводахъ тѣхъ толкователей, которые словамъ рескрипта «*si nihil tale convenit*» придаютъ значеніе отсутствія какого бы то ни было соглашенія насчетъ неустойки и соответственно переводятъ: если, молъ, мировая сдѣлка совсѣмъ не подтверждена неустойкою. Условіе о неустойкѣ, заключають они, при трансактѣ всегда влечетъ за собою кумулированіе требованій, Ср. Ж. Жира назв. соч. стр. 94.

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



съ незначительнымъ для себя рискомъ, возобновить нападеніе и попытать счастье. Иначе, разумѣется, при началѣ кумулятивномъ, которое, дѣйствительно, способно отбить у него охоту обращаться къ суду послѣ правильно заключенной полюбовной сдѣлки, а въ худшемъ случаѣ доставить Мевію компенсацію, не приводя къ расторженію трансакта и не воскрешая старыхъ несогласій и вопросовъ.

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

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

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

Въ своей образцовой исторіи греко-римскаго права Цахаріа<sup>2)</sup> правильно указываетъ на необыкновенное учащеніе договоровъ съ неустойкой въ Византіи по сравненію съ

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

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

Римомъ<sup>1)</sup>. Какъ на объясненіе этого явленія, онъ ссылается на такъ наз. *græca fides*, на обычное неисполненіе своихъ обязательствъ должниками изъ византійцевъ, на ихъ представленія объ оборотѣ, рѣзко расходящіяся съ тою *bona fides*, неоспоримое господство которой наблюдается въ періодъ чисто римскаго классическаго права. Такое объясненіе мнѣ кажется весьма вѣроятнымъ. Возможно еще, что не безъ вліянія оказался и вообще социальный, экономическій и правовой строй византійской имперіи. Какъ бы то ни было, для насъ важнѣе то, что, начиная съ VIII вѣка, простой договоръ безъ особенной формы и даже безъ прибавки о неустойкѣ—*πρόστιμον* на языкѣ тогдашнихъ памятниковъ—ничего или почти ничего не значитъ. Чрезвычайно характерно въ этомъ отношеніи замѣчаніе схоластика къ Базиликамъ: «Λέγεται δὲ ψῆδὸν (συμφώνων) καὶ τὸ ἄνευ προστίμου γινόμενον». («*Nudum pactum illud quoque dicitur, quod sine poena initum est*»)<sup>2)</sup>.

Параллельно съ этимъ идетъ и усиленіе послѣдствій отъ присоединенія къ сдѣлкѣ неустойчнаго условія. Развитие здѣсь оканчивается предписаніемъ императора Мануила Комнена въ XII столѣтіи, узаконяющимъ въ качествѣ правила кумулятивное отношеніе, между неустойкою и интересомъ. Но полное измѣненіе порядка вещей и полное вмѣстѣ съ тѣмъ

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

<sup>2)</sup> Basil. XI, 1, 7 schol. 6, въ изданіи Геймбаха I стр. 564. — Не менѣе характеренъ способъ выраженія въ Пейра (XLV, 1. Самый титулъ озаглавленъ: «Περὶ συμφώνων καὶ προστίμων»). «Τῶν συμφώνων (такъ начинается изложеніе) ὅσα μὲν ἔχουσι πρόστιμα καὶ ἀνάγκη τοῦ πληροῦσθαι, ταῦτα κρατοῦσι . . . », чему затѣмъ противопоставляется: «ὅσα δὲ οὐκ ἔχουσι πρόστιμον οὐδὲ ἀνάγκη τοῦ πληροῦσθαι. . . . Zachariae, *Jus Graeco-Romanum* I стр. 208. Ср. нашего Гарменопуло I, 9, 6, — въ Севатскомъ изданіи 1831 года стр. 63: «Изъ договоровъ только тѣ имѣютъ дѣйствіе, съ которыми сопряжены штрафъ и необходимость исполнять оныя. . . ; но въ тѣхъ договорахъ, при которыхъ нѣтъ ни штрафа, ни обязанности (*sic*) исполнять ихъ. . . ».

вырождение характера добровольной неустойки наступает тогда, когда судья по собственному почину начинает налагать денежную пеню на неисправного должника — даже тамъ, гдѣ ея не назначили стороны. И эта пеня въ источникахъ точно также носитъ названіе «*πρόστιμον*». Наконецъ, весь процессъ достойнымъ образомъ вѣнчается побѣда еще одного новаго начала: неустойка перестаетъ уплачиваться вѣрителю; она отнынѣ поступаетъ въ казну, наравнѣ со всякой *multa*.

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

Приведу только двѣ относящіяся сюда цитаты:

Basil. XI, 2, 9.  
Qui per fallaciam coheredum suorum rei veritatem ignorans transegit sine Aquiliana stipulatione, *id est, sine poenae et redditionis promissione*, decipi, nec vero pacisci videtur <sup>1)</sup>).

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

Многозначительное включеніе неустойки въ составъ стипуляціи.

Затѣмъ Basil. XI, 2, 34 <sup>2)</sup> (=с. 17 C. de transact. 2, 4).

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

«... Ὅτι εἰ μὲν ἐπρωτότησας, ἐὰν παραβαίη τὴν διάλυσιν, καὶ ἀναδοῦναι σοι αὐτὴν, ἀπερ ἔλαβε, καὶ μᾶναι τὴν διάλυσιν ἐβρωμένην, ὡς

«... Si quidem stipulatus es, si fidem transactionis non servaverit, et reddere eam tibi ea, quae accepit, et ratam manere

<sup>1)</sup> Изд. Геймбахъ I стр. 683 сл.: «... διαλυσάμενος οὐκ Ἀκουλιανῶς, τούτῃ ἐστιν, οὐ μετὰ πρόστιμον καὶ ὁμολογίας ἀναδόσεως....».

<sup>2)</sup> Изд. Геймбахъ I стр. 702.

εἰώθασι μέχρι σήμερον ποι-  
εῖν οἱ διαλυσάμενοι· ἐπε-  
ρωτῶντες γὰρ πρόστιμον  
ἐκ παραβάσεως εἰώθασιν  
ἐπιφέρειν πρὸς τῷ καὶ μετὰ  
τὴν τοῦ προστίμου καταβο-  
λὴν οὐδὲν ἤττον ἐρῶσθαι  
τὴν διάλυσιν....».

transactionem, ut hodienuc  
facere solent, qui trans-  
sigunt: poenam enim  
stipulati, si contra fac-  
tum sit, subicere solent,  
poena quoque soluta,  
transactionem nihilomi-  
nus ratam {mansuram...».

Освященіе мѣсть Corpus'a Juris, допускающихъ кумулятивное начало, постановленіями права византійскаго способно, думается мнѣ, заронить мысль, что мѣста эти содержатъ уже право до извѣстной степени переходное и подготовительное къ праву значительно новѣйшей формаци, и еще болѣе укрѣпить насъ въ томъ убѣжденіи, что право классическое, за самыми рѣдкими исключеніями, не знало кумуляціи интереса съ неустойкою.

#### § 10.

*Выдѣленіе отрывковъ съ кажущейся только кумуляціей.*

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

Но прежде всего, не серьезно указаніе на

fr. 15 D. de transact. (2, 15). Paulus (=Sent. I, 1, 3).

Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet: sed consultius est huic poenalem quoque stipulationem subiungere, quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest.

Этотъ фрагментъ достаточно привести, чтобы видѣть, что въ немъ нѣтъ и слѣда кумуляціи, и мнѣ не было бы надобности останавливаться на немъ отдѣльно, если бы схоластики къ этому мѣсту въ Базиликахъ (XI, 2, 15)<sup>1)</sup> не открыли въ немъ начала именно кумулятивнаго. Страннымъ образомъ, они ссылаются при этомъ на слѣдующую l. 16 D. eod., упуская

<sup>1)</sup> Изд. Геймбахъ I стр. 688 схолиі 1—3.

изъ виду, что въ ней, въ отличіе отъ предыдущаго fr. 15, нѣтъ оговорки «*rato manente pacto*», т. е. главнѣйшаго, безспорно, основанія для рѣшенія, принятаго Гермогеніаномъ<sup>1)</sup>.

Равнымъ образомъ, и второе еще мѣсто<sup>2)</sup>, которое приводятъ, с. 37 *C. de transact.* (2, 4), очевидно, не содержитъ и намека на кумуляцію. Оно вовсе не говоритъ о томъ, вправдѣ ли сторона, вмѣстѣ со взысканіемъ пени, настаивать также и на сохраненіи въ силѣ мировой сдѣлки. На вопросъ объ отношеніи между основнымъ требованіемъ и неустойчивымъ данная конституція не даетъ, слѣдовательно, никакого отвѣта<sup>3)</sup>.

Значительно существеннѣе и важнѣе съ разсмотрѣваемой точки зрѣнія указаніе на два другихъ мѣста. Даже видные писатели<sup>4)</sup> видятъ въ нихъ побѣду кумулятивнаго принципа надъ альтернативнымъ. Я разумѣю: 1) fr. 47 *D. de A. E. V.* (19, 1) и 2) fr. 122 § ult. *D. de V. O.* (45, 1). Но и эти отрывки — и первый и второй — не оправдываютъ, на мой взглядъ, подобнаго, часто соединяемаго съ ними представленія.

Займемся сначала толкованіемъ

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

<sup>1)</sup> Куяцій (*ad l. 15 D. cit.*, cf. *Opera* I p. 360 ed. Neapol.) правильно толкуетъ мѣсто въ пользу альтернативы, но впадаетъ въ другого рода ошибку: онъ почему-то, по примѣру с. 40 *C. de transact.* (2, 4), и въ *l. 15 D. cit.* усматриваетъ наличность *assertilationis*, вслѣдствіе чего вынужденъ прибѣгнуть къ мало вѣроятному объясненію, дабы выпутаться изъ произвольно созданной трудности.

<sup>2)</sup> Оно приведено уже выше стр. 43 прим. 4.

<sup>3)</sup> Ср. Ж. Жираръ назв. соч. стр. 94 сл., Bertolini назв. соч. стр. 66 сл., Oertmann назв. соч. стр. 171, а также глоссу *ad h. l.*

<sup>4)</sup> См., напримѣръ, Сиятениса назв. соч. II § 88 прим. 20.

poenam conveniri posse. in actione quoque ex empto officio iudicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere.

Отрывокъ этотъ, отмѣтимъ мимоходомъ, интересенъ еще и по судьбѣ своей. Въ свое время его выдвигали одинаково и сторонники правила «*dies interpellat pro homine*» и его противники. Только позже его съ обѣихъ сторонъ признали нейтральнымъ и безобиднымъ<sup>1)</sup>.

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

Прежде всего, если стать на точку зрѣнiя продавца, то необходимо сказать: если бы ему уплачено было при самой передачѣ проданнаго товара, т. е. одновременно съ нею, тогда, въ случаѣ своего запозданiя, онъ, несомнѣнно, сохранилъ бы пользованiе этимъ товаромъ еще въ теченiе нѣкотораго промежутка времени послѣ условленнаго для доставки срока,—но зато онъ тогда, безспорно, оказался бы лишеннымъ вмѣстѣ съ тѣмъ пользованiя покупной цѣною въ продолженiе того же промежутка. Но въ дѣйствительности дѣло обстоитъ иначе: въ разбираемомъ отрывкѣ указывается, что деньги за товаръ или, точнѣе, за лѣсъ, который продавецъ успѣлъ поставить только отчасти, были уплачены впередъ. Такимъ образомъ, продавецъ, въ результатѣ, получаетъ всю выгоду: выгоду отъ проданной и неправильно удержанной вещи, разъ, и выгоду отъ платы, взятой за эту вещь, два. Это, естественно, представляется несправедливымъ. Съ другой стороны, если обратиться къ покупателю и его интересамъ, то оказывается, что онъ не получаетъ купленнаго лѣса и что терпитъ вслѣдствiе того убытки. Правда, въ предвидѣнiи таковыхъ, онъ выговорилъ себѣ неустойку (обусловленную про-

<sup>1)</sup> См. Madai. Die Lehre von der Mora стр. 406, Wolff назв. соч. стр. 368 прим. 242.

медленіемъ контрагента)<sup>1)</sup>, но это обстоятельство, на взглядъ Павла, нисколько не касается и не покрываетъ другого вреда, точно также испытываемаго покупателемъ, — вреда съ платежа полностью впередъ. Для иллюстраціи этого именно ущерба римскій юристъ еще упоминаетъ о томъ, что деньги на покупку необходимо было предварительно занять, и занять притомъ на чрезвычайно тяжелыхъ условіяхъ, за огромные проценты<sup>2)</sup>. Двойной прибыли на сторонѣ должника соответствуетъ, такимъ образомъ, двойная же убыль на сторонѣ кредитора. Одинъ изъ убытковъ послѣдняго вознаграждается, какъ уже было замѣчено, неустойкою, — а другой?

Чтобы и этотъ второй ущербъ какъ-нибудь покрыть, не остается, повидимому, по вѣрному замѣчанію Момзена, ничего иного, какъ возратить покупателю выгоду отъ пользованія покупной платою. Сообразно съ этимъ, Павелъ и рѣшаетъ: проценты съ этой суммы долженъ будетъ принять въ соображеніе судья, и притомъ *ex officio*, т. е. въ силу своихъ полномочій, на основаніи формулы, *intentio* которой гласила: «*quidquid ob eam rem... de fe oportet ex fide bona*» и которою велѣдствіе того всего удобнѣе было воспользоваться для устраненія указаннаго нежелательнаго послѣдствія.

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

<sup>2)</sup> Добавленіе «*praesertim cum emptor mutuatus pecuniam usuras gravissimas expendit*» сдѣлано, такимъ образомъ, очень кстати: оно сообщаетъ вопросу полезное освѣщеніе, на что обращаетъ вниманіе и *Madai* назв. соч. стр. 407 сл. Напротивъ, не видитъ этого Момзенъ въ указ. мѣстѣ.

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

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

Изложенное только-что объясненіе (одобряемое, между прочимъ, также Н. Krüger'омъ<sup>2)</sup> и Seckel'емъ<sup>3)</sup>), надѣюсь, достигло своей цѣли — показать, что fr. 47 D. de A. E. V. не заключаетъ примѣненія кумулятивнаго начала къ неустойкѣ и интересу, что классическій юристъ не стремится въ немъ къ кумулятивной отвѣтственности должника въ принятомъ нами смыслѣ. Съ этой стороны нашъ отрывокъ ничего аномальнаго не содержитъ, и примириться съ нимъ, стало быть, можно. Но совсѣмъ другой вопросъ, насколько данное рѣшеніе Павла вообще правильно. На этотъ счетъ позволительно будетъ усомниться

<sup>1)</sup> Ср. Pothier, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* стр. 191, который, опираясь на Куяція ad. h. l., со всею силою подчеркиваетъ, что пеня и проценты «*propter diversa petuntur*». Ср. также Glück назв. соч. IV стр. 539.—Несостоятельно толкованіе нашего мѣста, данное Маннъ'омъ назв. соч. стр. 30: онъ полагаетъ, что Павелъ занятъ только вопросомъ, поглощаетъ ли actio empti равноцѣннымъ искомъ о неустойкѣ, или нѣтъ, и разрѣшеніемъ этого вопроса въ смыслѣ отрицательномъ.

<sup>2)</sup> Въ указанномъ мѣстѣ стр. 415.

<sup>3)</sup> Въ указанномъ мѣстѣ стр. 404.



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

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

нуты просрочки. И они тоже, такъ или иначе, при соглашеніи о модальностяхъ сдѣлки успѣли войти въ расчетъ и уже оказать свое вліяніе. Это вліяніе или воздѣйствіе должно было, естественно, отразиться на томъ добавочномъ соглашеніи, которое предусматривало именно нарушеніе контрагентомъ своихъ обязанностей, — короче, на условіи о неустойкѣ, преимущественно на ея размѣрѣ. Отсюда ясно, что требовать, кромѣ неустойки, еще уплаты процентовъ, хотя бы «*post moram intercedentem*», значить предъявлять требованіе повторное, до извѣстной степени двойное. Никакихъ процентовъ сверхъ пени покупатель взыскивать не вправе. Конечно, Павелъ не имѣетъ ввиду кумуляціи. Кумуляція, впрочемъ, и не получается здѣсь. Простой примѣръ способенъ убѣдить въ этомъ. Пусть ущербъ отъ несвоевременной поставки лѣса равенъ, положимъ, 100. Эта цифра представитъ собою тотъ ущербъ, который проистекаетъ отъ неисполнительности продавца: покупатель, скажемъ, пропустилъ, вслѣдствіе нея, выгодный случай перепродать лѣсъ и заработать такимъ путемъ указанные 100. Неустойка, допустимъ затѣмъ, обѣщана въ размѣрѣ 150, а интересующіе насъ здѣсь проценты пусть составляютъ 25. Кумулятивное къ дѣлу отношеніе (если держаться изложеннаго выше<sup>1)</sup> взгляда) дало бы въ итогъ въ пользу покупателя  $100 + 150 = 250$ . Но столько-ли присуждаетъ Павелъ? Нѣтъ, онъ присуждаетъ:  $150 + 25 = 175$ . Кумуляціи здѣсь, стало быть, нѣтъ, въ настоящемъ смыслѣ слова, — но нѣчто лишнее дѣйствительно есть — есть потому, что въ цифру 150 уже входитъ — *tacite* — и наша другая цифра 25: покупатель и ея не забылъ, когда опредѣлялъ размѣръ неустойки. Вотъ этого-то, думается мнѣ, римскій юристъ и не понялъ. Случайное, какъ уже замѣчено было, обстоятельство — уплата денегъ впередъ — привела Павла — безсознательно для него самого — къ допущенію нѣкоторой повторности взысканія. Сдѣлать продавца отвѣтственнымъ въ объемѣ какъ неустойки, такъ и вреда, причиненнаго его неисправностью и неосуществленіемъ вслѣдствіе того какой-нибудь представлявшейся покупателю выгоды, — классикъ никогда не согласился бы.

<sup>1)</sup> См. стр. 107 слл.

Но указанному обстоятельству онъ все-таки далъ себя сбить съ толку, оказался введеннымъ имъ въ заблужденіе. Его ошибка, слѣдовательно, если формулировать ее, заключается въ невниманіи къ законамъ или, скромнѣе, къ процессу образованія условія о цѣнѣ и вообще условій въ сдѣлкахъ, подобныхъ разбираемой и относящихся къ категоріи мѣновыхъ сдѣлокъ въ обширномъ смыслѣ слова<sup>1)</sup>.

Если, затѣмъ, спросить, какимъ образомъ такой юристъ, какъ Павелъ, могъ впасть въ подобную ошибку, то отвѣтъ на этотъ вопросъ кроется, по моему мнѣнію, въ моментѣ историческомъ, — въ томъ явленіи, что купля-продажа въ древнемъ Римѣ была первоначально, какъ справедливо думаютъ, договоромъ съ природой не консенсуальной, а реальной. Другими словами, я объясняю себѣ заблужденіе классика отголоскомъ того времени, когда сдѣлка купли-продажи предполагала совпаденіе передачи покупаемой вещи и уплачиваемой за нее цѣны. Гдѣ такого совпаденія нѣтъ, тамъ юристъ, даже позднѣйшій, подъ вліяніемъ давно пережитыхъ воззрѣній, все еще исходитъ изъ такой одновременности обоюдныхъ дѣйствій, стремится къ тому, чтобы по возможности пригнать къ одному моменту взаимныя права и требованія сторонъ. Рѣшеніе Павла принадлежитъ, такимъ образомъ, къ той же категоріи историческихъ переживаній при куплѣ-продажѣ, какъ и положеніе о *periculum emptoris*, или о непереходѣ права собственности на купленную и полученную вещь до внесенія или, по крайней мѣрѣ, до обезпеченія ргеіи (что, будто бы, введено въ законодательство децемвирами) и т. п.<sup>2)</sup>, или еще, быть можетъ, объ уплатѣ покупателемъ процентовъ съ цѣны вещи *post diem traditionis*<sup>3)</sup>. Последняя норма даже удивительно близко, какъ мнѣ кажется, подходит къ критикуемому рѣшенію Павла, представляя полную съ нимъ аналогію и параллель — въ противоположномъ только направленіи. И мотивъ къ ней, приводимый римскими юристами (Ульпіаномъ, напримѣръ, во fr. 13

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

<sup>2)</sup> См. Pernice въ указ. мѣстѣ.

<sup>3)</sup> Ср. Petrażycki, Einkommen II стр. 153 сл.

§ 20 D. de A. E. V. 19, 1) — мотивъ, и тамъ не идущій къ дѣлу, хотя по другимъ уже причинамъ, — тотъ же, который, очевидно, продиктовалъ классику его отвѣтъ во fr. 47 D. cit.: это—желаніе избѣгать соединенія на одной и той же сторонѣ пользованія и вещью и платою за нее.

#### Перехожу къ

fr. 122 § ult. D. de V. O. (45, 1) Scaevola libro vicen-  
simo octavo digestorum. Duo fratres hereditatem inter se  
diviserunt et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem  
facturos et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri pro-  
misit: post mortem alterius qui supervixit petit ab heredi-  
bus eius hereditatem quasi ex causa fideicommissi sibi a  
patre relictі debitam et adversus eum pronuntiatum est,  
quasi de hoc quoque transactum fuisset: quaesitum est, an  
poena commissa esset. respondit poenam secundum ea quae  
proponuntur commissam.

Что касается этого второго мѣста, то по его адресу осо-  
бенно часто раздавались голоса, утверждавшіе наличность въ  
немъ кумуляціи неустойки съ интересом<sup>1)</sup>. Даже юристы, какъ  
Вангеровъ и Виндшейдъ<sup>2)</sup>, и тѣ, повидимому, держатся того же  
взгляда. Синтенисъ прямо отправляется отъ кумулятивна-  
го начала, считая его здѣсь не подлежащимъ сомнѣнію, и  
въ дальнѣйшемъ своемъ разсужденіи только старается отыскать  
для него достаточную причину. Эту причину онъ и находитъ въ

<sup>1)</sup> См., напримѣръ, J. A. Seuffert Praktisches Pandektenrecht II § 281  
прим. 9, Neuenfeldt Ist die Conventionalstrafe etc. стр. 30, Manns назв. соч.  
стр. 92 сл. Мимоходомъ отмѣчу, что взглядъ на наше мѣсто послѣдняго  
изъ названныхъ писателей стоитъ въ тѣснѣйшей связи съ его своеобраз-  
нымъ и едва-ли заслуживающимъ вниманія различіемъ между «Identi-  
tätstipulation» и «Disparitätstipulation». Объ этомъ дѣленіи, а  
равно и основномъ (по меньшей мѣрѣ безплодномъ) возрѣніи автора, про-  
ходящемъ красной нитью чрезъ всю его книгу (кстати, несравненно болѣе  
слабую, нежели его же позднѣйшій, выдержавшій два изданія трудъ «Das  
Poenitenzrecht»), см. Nettelblatt'a назв. соч. стр. 13 слл.

<sup>2)</sup> Послѣдній въ Lehrb. II § 285 прим. 14, первый въ Pand. III  
стр. 344.

томъ обстоятельствъ, что въ рѣшенномъ Спеволюо случаѣ предметомъ обѣщанія является не «*facere*», а «*non facere*», воздержаніе отъ дѣйствія, при которомъ, вдобавокъ, «возможно нарушение не однократное, а повторное». Стороны, говорить Синтенисъ, стремятся здѣсь установить «прочный порядокъ вещей» и поставить дѣло такъ, чтобы «этотъ порядокъ не нарушался никогда, чтобы отъ него нельзя было отступить ни въ одномъ пунктѣ»<sup>1)</sup>. Но сразу же ясно, что рисуемая Синтенисомъ картина повторяется, въ большей или меньшей степени, при всякой мировой сдѣлкѣ, а при такихъ сложныхъ трансактахъ, какъ, напримѣръ, изображенный въ с. 40 С. 2, 4, и подавно, — а между тѣмъ нами констатировано было, что въ означенномъ рескриптѣ, какъ и въ другихъ мѣстахъ источниковъ, что, словомъ, всюду альтернативный принципъ — безусловное правило, допускающее исключеніе только при наличности спеціальнаго соглашенія.

Объясненіе Синтениса не въ состояніи, такимъ образомъ, помочь намъ при разрѣшеніи вопроса. Но точно также, думаю я, и всякое другое объясненіе. И это по той простой причинѣ, что никакое толкованіе нашей 1. 122 § 6 D. cit. не въ силахъ устранить фактъ противорѣчія ея общему началу, — если продолжать находить въ ней отношеніе кумуляціи. Предполагать же молчаливое на этотъ счетъ условіе сторонъ мы едва-ли вправѣ, за непмѣніемъ хотя бы малѣйшихъ на то намековъ.

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

---

<sup>1)</sup> «... Wo ein *non facere* zugesagt ist und zwar kein einmaliges, sondern ein wiederholtes Zuwiderhandeln möglich ist, also wenn ein dauernder Zustand geordnet worden, dem niemals zuwidergehandelt werden und der in keinem Punkte rückgängig werden soll. So in dem [Falle] des fr. 122 § 6 de V. O.» (въ указ. мѣстѣ).

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

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

Таковы приблизительно были вопросъ и отвѣтъ братьевъ другъ другу.

Затѣмъ, рано или поздно, одинъ изъ нихъ умираетъ, не оставляя, скажемъ, послѣ себя потомства и завѣщавъ свое имущество третимъ лицамъ. Тогда пережившій братъ предъявляетъ къ этимъ лицамъ требованіе о выдачѣ ему полученнаго ими наслѣдства, на томъ основаніи, что оно-де теперь принадлежитъ ему въ силу указаннаго фидеикомисса въ первомъ, отцовскомъ завѣщаніи. Въ этомъ требованіи ему, однако, отказывается: судья рѣшаетъ, что и вопросъ о фидеикомиссѣ тоже былъ объектомъ мировой сдѣлки, что и онъ вошелъ въ нее, а, слѣдовательно, исчерпанъ. Возвращаться къ нему снова нельзя, «quasi (такъ какъ)<sup>3)</sup> de hoc quoque transactum fuisse».

Согласно съ изложеннымъ («secundum ea quae proponuntur»), Сцевола и говоритъ: «proena commissa est». Другими словами: случай, предусмотрѣнный неустойчивымъ условіемъ, наступилъ. Ничего больше въ отвѣтъ знаменитаго классика не содержится. Обстоятельство это необходимо подчеркнуть со всею силою. Сомнѣніе, настаиваю, сводилось къ тому, касается-

<sup>1)</sup> Такъ думаетъ Готтофредъ ad h. l., что не лишено вѣроятности.

<sup>2)</sup> Что такого рода transactiones о наслѣдствѣ были нередки, доказываютъ: fr. 35 D. de pact. 2, 14, fr. 36 D. fam. ere. 10, 2, c. 2 C. de transact. 2, 4.

<sup>3)</sup> См. Dirksen, Manuale или словарь Neumann'a s. h. v.

ли трансактъ также и вопроса о фидеикомиссѣ, похороненъ-ли этотъ вопросъ теперь, или нѣтъ, Ввиду того, что сомнѣніе разрѣшено въ смыслѣ положительномъ, оказывается, что сторона, которая ссылается на фидеикомиссъ, поступаетъ тѣмъ самымъ вопреки состоявшейся сдѣлкѣ. Ergo, разсуждаетъ юристъ, сторона эта подпадаетъ подъ неустойку: наступившій случай и есть именно тотъ, который братьями-наслѣдниками имѣлся ввиду при дѣлежѣ и сопровождавшихъ его стипуляціяхъ. Вотъ что Сцевола высказываетъ со свойственнымъ ему лаконизмомъ. И только. Всѣ прочіе вопросы онъ оставляетъ совершенно открытыми. Это въ особенности относится къ вопросу, подлежитъ-ли взысканію неустойчная сумма, или не подлежитъ. Рѣшеніе этого обстоятельства, въ свою очередь, зависитъ отъ разнообразныхъ причинъ и условій, которыя вѣдь, однако, лежатъ внѣ предмета разсмотрѣнія нашего классика и по адресу которыхъ онъ потому и не считаетъ нужнымъ обмолвиться ни единымъ словомъ. Прежде всего, оно зависитъ отъ того, какое будетъ принято рѣшеніе наслѣдниками умершаго брата: они могутъ отказаться отъ перешедшихъ на нихъ правъ по мировой сдѣлкѣ и потребовать внесенія неустойки, но они вправѣ поступить и обратно, отдавъ предпочтеніе именно трансакту и распоротившись съ пенею. Такъ—въ случаѣ альтернативы. Но нѣтъ, равнымъ образомъ, ничего невозможнаго и въ томъ, что первоначальные контрагенты, т. е. производившіе раздѣлъ братья, заключили особаго рода условіе, послѣдствіемъ чего въ настоящее время является отношеніе кумулятивное и, соотвѣтственно съ тѣмъ, право новыхъ наслѣдниковъ не только настаивать на удержаніи въ силѣ полюбовной сдѣлки, но и взыскать еще помимо и сверхъ того неустойчную сумму. Все это, однако, повторяю, соображенія, не имѣющія непосредственной связи съ рѣшеніемъ Сцеволы: его рѣшеніе нисколько не затрагиваетъ ихъ, а тѣмъ менѣе предназначено извлечь изъ нихъ какое-либо опредѣленное и окончательное для даннаго случая указаніе<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Донеллъ ad h. l. справедливо, на мой взглядъ, подчеркиваетъ, что выраженіе «*pro rata commissam esse*» равносильно тому, какъ если бы юристъ

При такомъ пониманіи наше мѣсто не представляетъ, очевидно, ничего ненормальнаго и страннаго и отнюдь не идетъ въ разрѣзъ съ выведеннымъ нами изъ источниковъ генеральнымъ принципомъ альтернативнаго отношенія между интересомъ и неустойкою<sup>1)</sup>.

Иллюстраціей къ сказанному можетъ послужить одинъ судебный случай, который въ свое время былъ предметомъ разбирательства въ высшемъ апелляціонномъ судѣ города Касселя въ качествѣ послѣдней инстанціи и на который здѣсь умѣстно будетъ обратить вниманіе<sup>2)</sup>. Нѣкто Н. заключилъ домашнимъ порядкомъ договоръ о покупкѣ имъ недвижимаго имущества, причемъ на случай неисполненія этого договора обязался уплатить извѣстную неустойку. Къ сожалѣнію, въ числѣ прочихъ пунктовъ имѣлся одинъ, отличавшійся неточностью и неясностью, а между тѣмъ далеко не безразличный, такъ какъ имъ-то какъ разъ опредѣлялись тѣ условія, при соблюденіи которыхъ продавцомъ покупатель не вправѣ былъ отступить отъ заключенной сдѣлки. Вслѣдъ за нѣкоторыми дѣйствіями своего контрагента Н. сталъ утверждать, что условія эти нарушены и что, слѣдовательно, на основаніи намѣченнаго параграфа договора, онъ, Н., считаетъ себя совершенно свободнымъ отъ принятаго обязательства. Тогда продавецъ, естественно, возбудилъ искъ,

сказавъ: «роenam peti posse». Прибавлю отъ себя, что Сцевола не говорить, вѣдь, о томъ, что «роена praestari (exigi, consequi) debet», или что-нибудь въ этомъ родѣ. Употребленный же имъ терминъ, согласно объясненію, данному въ текстѣ, всего лучше, думается, перевести словами: неустойка заслужена (навлечена). Точнѣе латинскій смыслъ передаютъ обороты—нѣмецкій: die Strafe ist verwirklicht (verfallen), и французскій: la peine est encourue. Ср. еще fr. 14 D. de transact. (2, 15), гдѣ тотъ же Сцевола говорить: «utilibus actionibus conveniendus est», что означаетъ однако возможность, а не необходимость: Oertmann назв. соч. стр. 145 слл.

<sup>1)</sup> Куинцій (ad l. 10 D. de pactis 2, 14) усматриваетъ даже прямо альтернатію во fr. 122 § 6 D. cit. Но его аргументація не убѣдительна. Онъ оперируетъ съ «ipso iure» и «opere exceptiois», полагая, что Сцевола имѣлъ ввиду возможность взысканія неустойки ipso iure, безъ вниманія къ exceptio doli, которою промитентъ могъ оградить себя отъ этого взысканія, разъ оно замѣняло, а не сопровождало требованіе изъ основнаго трансакта.

<sup>2)</sup> Archiv Seuffert'a XXII, 127, отъ 3. III, 1863.



требуя уплаты обшанной неустойки. И дѣйствительно, названное судебное мѣсто признало, что данное покупателемъ Н. толкованіе спорнаго параграфа было неправильно. Такимъ образомъ, оказался налицо предусмотрѣнный сторонами случай незаконнаго односторонняго нарушенія договора, а вмѣстѣ съ тѣмъ случай, съ которымъ связана была уплата неустойки <sup>1)</sup>.

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

Эта моя интерпретація не встрѣтила въ литературѣ вѣсикихъ возраженій. Изъ нѣмецкихъ критиковъ, обсуждавшихъ первоначальное изданіе моей работы, никто почти, за однимъ только исключеніемъ, не возсталъ противъ нея. Зеккель даже открыто выражаетъ ей свое сочувствіе <sup>2)</sup>, — и только Н. Krüger заявляетъ себя несолидарнымъ съ нею <sup>3)</sup>. Но доводы послѣдняго

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

<sup>2)</sup> Въ указанномъ мѣстѣ стр. 404.

<sup>3)</sup> Въ указ. мѣстѣ стр. 415: «... die Stelle von Scaevola in Dig. 45, 1, 122, 6 hat meines Erachtens seine zwar scharfsinnige, aber gesuchte Interpretation nicht aus dem Wege zu räumen vermocht».

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

<sup>1)</sup> Назв. соч. стр. 66, 28.

<sup>2)</sup> Ad l. 10 D. de pactis (2, 14). Ср. P. Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts erp. 195 сл.

средоточивалось на одномъ: примѣнимо-ли по своему смыслу соглашеніе о неустойкѣ и къ наступившимъ обстоятельствамъ? Соответственно съ этимъ, и *responsum* его тоже относится лишь къ этому одному пункту <sup>1)</sup>.

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

<sup>1)</sup> Ср. fr. 132 *Trg. D. de V. O.* (45, 1). Этотъ длинный отрывокъ Павелъ посвящаетъ толкованію нѣсколькихъ только словъ изъ заключеннаго сторонами договора. Римскаго юриста и здѣсь по преимуществу интересуетъ значеніе состоявшейся стипуляціи: «*quem intellectum habeat haec conceptio «si eum aliter quam ut filium observasset», non prospicio.*»

<sup>2)</sup> Прочіе доводы противниковъ едва ли заслуживаютъ спеціальнаго опроверженія. Такъ, Крюгеръ ссылается еще на то, что дѣло идетъ о *transactio*. Какъ будто этого достаточно, какъ будто въ извѣстной с. 40 *C. cit.* и въ другихъ мѣстахъ не о *transactio* идетъ рѣчь! Или слѣдующее: Крюгеру представляется, что Сцевола произноситъ приговоръ «*prolatam esse commissam*», послѣ того какъ наследники умершаго брата уже сохранили наследство. Но это не вѣрно: еще только постановлено рѣшеніе въ ихъ пользу. Другими словами, они только въ правѣ сохранить перешедшее къ нимъ имущество (буде предпочтутъ это взысканію пени).

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

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

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

Словомъ, уплата неустойки, по мысли Pothier, обусловлена уже фактомъ попытки нарушить мировую сдѣлку, незави-

---

неумѣстно, не говоря уже обо всемъ прочемъ, въ настоящее время и, вдобавокъ, у насъ въ Россіи, гдѣ римское право дѣйствующимъ законодательствомъ никогда не было. Истинно научное и въ данной части безусловно признанное историческое или, лучше историко-догматическое направленіе, считается и съ пространствомъ времени, къ которому относятся завѣщанные намъ отрывки римскихъ юристовъ, и съ индивидуальностью послѣднихъ (вопреки извѣстному изреченію, они далеко не «fungible Personen»), и т. д.,—вовсе не старается о соединеніи текстовъ quand même и вовсе не страшится разногласія и антиномій.

<sup>1)</sup> См. выше стр. 116.

<sup>2)</sup> Oeuvres III № 340

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

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

#### § 11.

*Когда допускать кумуляцію? Природа неустойки при кумулятивномъ отношеніи.*

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

Въ разобранныхъ нами мѣстахъ изъ римскихъ источниковъ это соглашеніе, какъ мы видѣли, было явное. Объ явномъ, прямо выраженномъ условіи нами пока и велась, главнымъ образомъ, рѣчь. Но мы впади бы, думается мнѣ, въ серьезную ошибку, если бы хотѣли ограничивать весь вопросъ непремѣнно открытымъ, обязательно вовнѣ проявленнымъ условіемъ. Напрасно иные комментаторы утверждаютъ,

<sup>1)</sup> G. Girard назв. соч. стр. 97. Ср. Molitor назв. соч. I стр. 194 или еще, напримѣръ, Oumé Kenjiré, De la transaction № 171, а изъ итальянцевъ главнымъ образомъ Bertolini въ указанномъ мѣстѣ: «... la pena in quella fattispecie è stabilita come risarcimento delle inquietudini e dei danni in genere del dover sostenere una lite (un giudizio, a parte l'esito del medesimo)».

что такое именно соглашеніе—*condicio sine qua non*, что всякое другое не въ состояніи создать кумуляцію<sup>1)</sup>. Не вижу достаточнаго основанія для подобной постановки вопроса. На мой взглядъ, нѣтъ причины различать въ занимающемъ насъ здѣсь отношеніи виды соглашенія и отдавать одному преимущество предъ другимъ. И молчаливое соглашеніе способно привести къ тому же точно результату, какъ и явное,— даже въ чисто римскомъ правѣ. Важно только одно: чтобы особенность воли контрагентовъ, направленной въ сторону кумуляціи, была въ должной мѣрѣ установлена и не подлежала сомнѣнію.

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

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

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

<sup>1)</sup> Ср. Faber op. cit. III p. 461 c. 1: «... fieri n u m q u a m p o t e s t , u t q u i p o e n a m s t i p u l a t u s e s t , u t r u m q u e c o n s e q u a t u r . . . n i s i s t i p u l a t i o n i i n s e r u e r i t c l a u s u l a m . . . »

ненію. Чѣмъ выше неустойка, тѣмъ невѣроятнѣе такое толкованіе договора<sup>1)</sup>».

Послѣ всего сказаннаго ясно, что найденному нами въ первой главѣ изслѣдованія принципу альтернативнаго отношенія между интересомъ и неустойкою нельзя присваивать значенія нормы абсолютной, принудительной. Это, разумѣется, не *ius cogens*, а только *ius dispositivum*, право вспомогательное, уступчивое, оставляющее просторъ частному произволу, примѣняемое лишь поскольку правоотношеніе не регулировано инымъ образомъ самими участниками, поскольку имѣется пробѣлъ въ распоряженіяхъ частной автономіи.

Нѣкоторые пандектисты какъ будто идутъ еще дальше. Все вліяніе неустойки на основное обязательство, говорятъ они, сводится къ вопросу толкованія<sup>2)</sup>. По существу эта формулировка въ общемъ соотвѣтствуетъ нашему пониманію дѣла. Но удачной я ее тѣмъ не менѣе назвать не могу — не могу потому, что она недостаточно выдвигаетъ альтернативное начало, не отправляется отъ него, какъ отъ правила, только допускающаго отступленіе. *In dubio* или, лучше, при отсутствіи особыхъ причинъ судья, въ своемъ рѣшеніи по римскому праву, долженъ стать на почву альтернативы, какъ нормальнаго отношенія. Кумуляція—исключеніе и, какъ таковое, повторяю, не предполагается, а необходимо каждый разъ доказывается<sup>3)</sup>.

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

<sup>2)</sup> См., наприѣръ, Виндшейда Lehrb. II § 285 п. 4 («eine Auslegungsfrage») и Arndts'a Pand. § 211 («Sache der Willensauslegung»).

<sup>3)</sup> Отмѣчу еще, что въ монографической, по преимуществу, литературѣ о неустойкѣ нерѣдко высказывались странныя и даже прямо несообразныя мнѣнія по изслѣдуемому вопросу. Такъ, Nettelblatt (назв. соч. стр. 61 прим. 133) полагаетъ, что по общему правилу взыскатель можетъ требовать неустойки вмѣстѣ съ исполненіемъ: такое утвержденіе, думаетъ

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

Въ самомъ дѣлѣ, можно-ли и здѣсь остаться при выясненной нами раньше при альтернаціи<sup>1)</sup> природѣ института? Вправдѣ ли мы успокоиться на установленномъ тамъ и сказать, что и въ случаѣ совмѣстнаго взысканія понесенныхъ убытковъ, разъ, и условленной пени, два, послѣднія все же, по преж-

онь, согласуется и съ источниками. Того же взгляда держится, напримѣръ, Kersten въ своей сравнительно очень извѣстной диссертациі «De poena conventionali». Впрочемъ, вся глава его книги, посвященная вопросу объ отношеніи между собою главнаго договора и придаточнаго о неустойкѣ (VIII, стр. 31 слл. «de effectu poenae»), написана ниже всякой критики.

Равнымъ образомъ, съ выводами текста интересно сравнить слѣдующее, напримѣръ, заявленіе Hemleben'a, трактующаго о нашемъ вопросѣ въ спеціальной работѣ «De contractu rato manente, poena conventionali quoque soluta». Кумулятивное начало, увѣряетъ онъ насъ (§§ 7 слл.) господствуетъ абсолютно. Неудивительно, конечно, что, для обоснованія подобнаго взгляда (кстати, совершенно искаженнаго въ передачѣ Bernhard'a «Von der Conventionalstrafe» стр. 31 и другихъ), автору понадобилось прибѣгнуть къ самымъ рискованнымъ толкованіямъ отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ. Въ видѣ примѣра упомяну только объ его интерпретаціи извѣстнаго намъ fr. 10 § 1 D. de pactis (2, 14). Этотъ отрывокъ, полагаетъ Hemleben, не опредѣляетъ, что искъ о пенѣ и возраженіе изъ договора о неостребованіи могутъ принадлежать лицу только альтернативно. Нѣтъ, Ульцианъ въ немъ говоритъ лишь то, что управомоченный вправдѣ выбирать, которыми изъ двухъ находящихся въ его распоряженіи требованій онъ воспользуется сначала и которымъ — потомъ. Исчерпавъ одно, всегда-де возможно утилизировать еще и другое въ полномъ его объемѣ!

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

Напротивъ того, вѣрное указаніе или хотя вѣрный намекъ на альтернацію, какъ правило, даетъ de Wangenheim (Braun), Disputatio iuridica de poena conventionali etc. § 12, а въ послѣднее время тотъ же (альтернативный) принципъ справедливо выдвинуть Oertmann'омъ (назв. соч. стр. 170 слл.) для одной, по крайней мѣрѣ, области — области отношеній между неустойкою и объектомъ мировой сдѣлки, какъ основнаго, обезпечиваемаго пеней договора.

<sup>1)</sup> См. § 7, стр. 81 слл.



нему, сохраняетъ характеръ заранѣе опредѣленной (въ пользу вѣрителя) оцѣнки интереса?

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

Все это не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію<sup>1)</sup>.

Приписывая неустойкѣ, получаемой помимо вознагражденія за вредъ и убытки, функцію карательную, удѣляя ей при такой комбинаціи роль наказанія и даже чистаго наказанія, я нисколько, впрочемъ, не опасаясь того, что неустойка здѣсь можетъ быть понята, какъ наказаніе въ смыслѣ уголовномъ. Оговорка Зеккеля, что и въ разсматриваемомъ случаѣ

<sup>1)</sup> Сказанное въ текстѣ болѣе или менѣе точно соответствуетъ тому, что мною изложено въ началѣ § 10 нѣмецкаго изданія моей работы. Если я въ ней же затѣмъ въ другомъ мѣстѣ (§ 11 стр. 71, также 77) говорю: «denselben Schaden doppelt vergüten», «doppelt entschädigen» и т. п., то я этимъ, естественно, не хочу сказать ничего другого и не думаю устанавливать еще какую-то новую, по числу, быть можетъ, третью функцію или природу неустойки, какъ, повидимому, допускаютъ Geib (въ указанномъ мѣстѣ стр. 357) и Seckel (въ указ. мѣстѣ стр. 403). Только употребленные мною нѣмецкія выраженія не могутъ, охотно признаюсь въ томъ, считаться безупречными или вполнѣ удачными. Впрочемъ, тѣ же или подобные имъ выраженія встрѣчаются въ литературѣ весьма нерѣдко: см., напримѣръ, у Г. Крюгера (Beiträge etc. стр. 203): «doppelte Leistung», въ смыслѣ doppelte Ersatzleistung; у самого Дерябурга (см. выше стр. 82) читаемъ: «der Gläubiger soll... nicht Doppeltes erhalten», и т. д.

обозначеніе пени «чисто штрафною» должно понимать только «*sine grano salis*», едва-ли поэтому нужна: она продиктована нѣкоторой, небезвредной, педантичностью. Смѣшивать не только публично-правное названіе, но и *roepa privata* въ тѣсномъ смыслѣ слова съ гражданскою пеней никто и безъ того не станеть, — не долженъ по крайней мѣрѣ, если вспомнить то, что въ своемъ мѣстѣ излагалось о полномъ различіи — въ настоящемъ и прошедшемъ — между природою *roepae* въ уголовномъ и въ гражданскомъ правѣ<sup>1)</sup>. Положеніе, доказанное тамъ, при альтернатіи, справедливо и сохраняетъ силу также здѣсь, при дѣйствіи принципа кумулятивнаго. Основаніе для своего утвержденія тамъ мы почерпали не изъ функціи неустойки, не изъ факта замѣны ею интереса, а изъ договорной ея природы, изъ того обстоятельства, что соглашеніе сторонъ служить ея базисомъ, даетъ ей жизнь.

Говоря о «штрафѣ», «карѣ» или «наказаніи», я, понятно, не разумю ничего иного, какъ независимое отъ наличнаго вреда имущественное взысканіе, направленное въ пользу и обогащеніе вѣрителя, во вредъ и убытокъ должнику.

Отношеніе къ дѣлу Зеккеля приводитъ его къ непониманію и совершенно напрасному влѣдствію того отрицанію смысла неоднократно уже упоминавшагося нами извѣтнѣйшаго изреченія Савиньи, который, конечно, не сливалъ во-едино разнородныхъ и отличныхъ *toto coelo* матерій, а тѣмъ же менѣе назвалъ нашъ институтъ «уголовнымъ установленіемъ», «*eine, durch Privatwillkür begründete, Criminalanstalt im Kleinen*<sup>2)</sup>».

<sup>1)</sup> См. выше стр. 86 слл.

<sup>2)</sup> Наоборотъ, Зеккель въ указанномъ мѣстѣ стр. 404: «*Die Conventionalstrafe bildet also niemals eine «Criminalanstalt im Kleinen» (so allerdings Savigny)*».

### ГЛАВА III.

#### **Tertium non datur.**

##### § 12.

*Изъ характеристикъ римскоправовой фигуры, дающей право требовать только неустойки.*

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

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

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

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

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

Что касается чисто римскаго права, то по его адресу нѣтъ, конечно, возможности отрицать различіе, проводимое

<sup>1)</sup> Первый въ назв. соч. III стр. 342, второй въ назв. соч. II § 285 п. 4.

<sup>2)</sup> Виндшейдомъ это отношеніе, наряду съ двумя намъ уже извѣстными, приводится прямо какъ третье, подъ буквою с).

(классиками) между случаями нашего первого и второго отдѣла. Утверждать, что общаніе пени въ соединеніи съ абстрактнымъ, съ одной, и съ матеріальнымъ обязательствомъ, съ другой стороны, имѣетъ одно и то же дѣйствіе, — значитъ оказаться въ явномъ и непримиримомъ противорѣчій съ фактами, съ дѣйствительностью.

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

Но гораздо важнѣе слѣдующее. Въ томъ же первомъ отдѣлѣ<sup>1)</sup> мы выяснили, что при общаніи типа «*navem fieri spon-*

<sup>1)</sup> См. выше стр. 31 слл.

des? si non feceris, centum dari spondes?» не можетъ, правда, идти рѣчь о настоящей новаціи, но что тѣмъ не менѣе общаніе это сводится къ тому же приблизительно, какъ если бы новація наступила: въ результатъ «in obligatione» находится лишь centum, на vis же оказывается только «in solutione». Оправданіе для этого явленія мы усматривали въ формулировкѣ, въ томъ обстоятельствѣ, что вторая стипуляція (которая, сама по себѣ, не иное что, какъ суспензивное условіе) служитъ вмѣстѣ съ тѣмъ резолютивнымъ условіемъ при первой стипуляціи, безусловной, если брать ее въ отдѣльности.

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

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

Въ послѣднее время Sjögren (назв. соч. стр. 74 сл., 79) пытался дать интересующему насъ различію новое и оригинальное объясненіе. Причину явленія онъ усматриваетъ въ «неравной силѣ» основного обязательства или «фундамента», какъ онъ выражается. Но этотъ взглядъ является не болѣе, какъ послѣдствіемъ общей и неудовлетворительной гипотезы автора, съ которой мы познакоимся ниже (въ добавленіи). Пока я ограничусь указаніемъ, что Sjögren уже потому оказывается

зонно замѣчаетъ тотъ же писатель<sup>1)</sup>, здѣсь никакъ не поддается толкованію въ смыслѣ отмѣнительнаго условія главнаго обязательства.

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

неправымъ, что стипуляція, какъ основа для условія о пенѣ, нисколько не слабѣе обязательства каузальнаго. Заблужденію Sjögren'a способствуетъ то, что временами онъ совѣмъ забываетъ о существованіи самостоятельной стипуляціи, въ которую облакается главное обязательство, т. е. перваго члена обѣщанія: «*navem fieri spondes?*». Вмѣсто доводовъ, авторъ ограничивается заявленіемъ, что все дѣло въ «моментъ, отъ котораго идетъ упадокъ значенія стипуляціи». Между тѣмъ этотъ моментъ, какъ почти несомнѣнно, въ данномъ случаѣ болѣе или менѣе безразличенъ; его связь съ разсматриваемымъ вопросомъ болѣе, чѣмъ проблематична. Въ этомъ отношеніи достаточно вспомнить, что именно Павелъ, въ противоположность Юліану, Марцеллу и Ульпіану, удѣляетъ наибольшее и вполнѣ независимое значеніе абстрактному договору, обезпечиваемому пеней, и что изъ его противниковъ къ нему всего ближе подходитъ Ульпіанъ, т. е. какъ разъ позднѣйшій изъ трехъ юристовъ (см. выше § 2).

<sup>1)</sup> Стр. 208: «... Es kann eine Resolutivbedingung in die Hauptverpflichtung gar nicht hineininterpretirt werden».

<sup>2)</sup> Сальковский (назв. соч. стр. 208 прим.), безъ сомнѣнія, увлекается, когда полагаетъ, что таковъ былъ обыкновенный порядокъ формулированія. Въ опроверженіе стоитъ только сослаться на важнѣйшій и основной для всего ученія § 2 того же fr. 115 D. cit. Напрасно также Сальковский, парафразируя (стр. 201) знакомую намъ l. 44 § 6 de O. et. A. (44, 7), воз-

Ita stipulatus sum: «te sisti in certo loco: si non steris, quinquaginta aureos dari spondes?»<sup>1)</sup>

Мыслимо-ли, спрошу я послѣ всего приведеннаго, сливать или даже только сопоставлять съ этими и подобными явленіями тѣ случаи, которые намъ извѣстны изъ разобранныхъ отрывковъ въ родѣ ll. 28 и 47 de A. E. V. (19, 1), или l. 10 § 1 D. de pactis (2, 14), или еще ll. 41 и 42 D. pro socio (17, 2) и т. д.?!  
 Отвѣтъ на этотъ вопросъ, думается мнѣ, слишкомъ ясенъ, чтобы могли потребоваться еще какіе-нибудь дополнительные доводы къ уже сказанному.

становляетъ обсуждаемую въ ней стипуляцію въ такомъ видѣ: *pactum fieri et si non feceris centum dari spondes?* Изъ словъ Павла это отнюдь не слѣдуетъ, но равнымъ образомъ не слѣдуетъ и изъ редакціи мѣсть, трактующихъ объ отказѣ (fr. 1 § 8 D. ad leg. Falc. 35, 2, fr. 19 pr. fr. 24 pr. D. quando dies leg. 36, 2), гдѣ «dato» всякій разъ повторено.

<sup>1)</sup> Пользуюсь случаемъ, чтобы указать на одно обстоятельство, въ данномъ мѣстѣ не имѣющее, правда, отношенія къ предмету нашего изслѣдованія, но далеко небезынтересное съ точки зрѣнія воссозданія подлинныхъ текстовъ классическихъ юристовъ и полного уразумѣнія ихъ писаній. Въ цитированномъ fr. 115 pr. D. de V. O. (45, 1) терминъ «aureos», разумѣется, и н т е р п о л и р о в а н ѣ. О своемъ переводѣ одной денежной единицы на другую повѣствуетъ самъ Юстиніанъ въ § 3 I. de success. libert. (3, 7): «sic enim legis Pariae summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur». Соответственно съ тѣмъ, у Ленеля въ его Palingenesia (Papin. № 79) и значится — совершенно, конечно, правильно —, что въ дѣйствительности Папиніанъ написалъ, было, иное, чѣмъ то, что ему приписано, а именно: NS L̄. Но никакъ пока, насколько мнѣ по крайней мѣрѣ извѣстно, не обращено вниманія на тотъ фактъ, что, благодаря такой замѣнѣ, нашъ fr. 115 D. cit. получаетъ новое и яркое освѣщеніе. Оказывается, что такимъ образомъ открывается уже второе мѣсто въ дигестахъ, которое подтверждаетъ изложеніе Гая (IV, 186) и можетъ служить отличнымъ примѣромъ примѣненія упоминаемой Гаемъ цѣфры въ 50.000 сестерцій. Первое мѣсто—это, какъ извѣстно, fr. 3 § 4 D. de eo per quem 2, 10 (см. Keller Civilprocess прим. 540, Lenel Edictum стр. 65 прим. 9). Упомяну еще, что fr. 115 D. cit. извлеченъ изъ liber secundus quaestionum, гдѣ, какъ мы болѣе или менѣе твердо знаемъ, Папиніаномъ помѣщенъ былъ трактатъ «de vadimoniis» (ср. fr. 15 D. si quis caut. 2, 11, Lenel Papin. № 78). Все, слѣдовательно, согласуется какъ нельзя лучше.



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

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

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

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

Папиніанъ, замѣчаетъ затѣмъ Бертолини, упоминаетъ о «voluntas». Но и этому обстоятельству нельзя придавать значенія противъ нашего толкованія, въ виду такихъ мѣстъ, какъ fr. 44 § ult. de O. et A. (44, 7) или с. 14 de pactis (2, 3). Voluntas въ

<sup>1)</sup> Назв. соч. №№ 43 слл.

устахъ Папиніана здѣсь означаетъ, повидимому, только то, что воля контрагентовъ направлена въ сторону немедленнаго исполненія договора: обѣщаніе желательно сдѣлать тотчасъ же осуществимымъ. На такое именно намѣреніе указываетъ общій смыслъ мѣста, связь отдѣльныхъ его частей другъ съ другомъ<sup>1)</sup>.

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

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

Благополучно парализовавъ подобной (крайне незамысловатой, конечно) аргументаціей рядъ мѣстъ, разобранныхъ нами въ §§ 1 и 2 нашего изслѣдованія, Бертолини обращается, наконецъ, къ fr. 44 § 6 *D. cit.* Но здѣсь никакое уже толкованіе, какъ бы искусственно оно ни было, не въ силахъ помочь автору въ дѣлѣ отстаиванія его апріорной точки зрѣнія. А потому ему остается только прибѣгнуть къ героическому средству, что онъ и дѣлаетъ: онъ признаетъ отрывокъ Павла

<sup>1)</sup> См. мои замѣчанія въ §§ 1 и слѣдующихъ.

<sup>2)</sup> *Lehrb.* II § 285 прим. 16; см. выше стр. 25 сл.

дотого неудовлетворительнымъ и темнымъ («in testo imperfetto ed oscuro»), что утилизировать его никакъ, молъ, не приходится. Если, патетически заключаетъ въ концѣ концовъ Бертолини, лишене вѣрителя права выбора идетъ въ разрѣзъ съ началами права, логикой, справедливостью и т. п., то совершенно необъяснимо, какими бы судьбами стало возможнымъ удѣлять тому же вѣрителю право потребовать только неустойку!...

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

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

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

---

<sup>1)</sup> Matthias'омъ въ *Centralblatt für Rechtswissenschaft* XV стр. 324 сл. Это, къ слову сказать, единственный референтъ, который не соглашается съ проводимымъ мною различіемъ. Въ прочіе ставить его, напротивъ того, въ заслугу (см. выше стр. 6).

извѣстнаго промежутка времени? остается-ли и тогда взглядъ автора въ силѣ? — Разумѣется, нѣтъ. И это на томъ простомъ основаніи, что тогда нельзя уже вести рѣчь объ одномъ правовомъ актѣ и объ одномъ обязательствѣ: тогда налицо будутъ имѣться, очевидно, двѣ совершенно обособленныя стипуляціи, безъ взаимодѣйствія другъ на друга; и отношеніе между ними тогда должно быть то же, что между неустойчивой стипуляціей и основнымъ матеріальнымъ договоромъ<sup>1)</sup>.—Но вопросъ, предлагаемый Matthias'омъ, по моему мнѣнію, праздный. Конструируемый имъ случай въ источникахъ не встрѣчается и, слѣдовательно, фиктивный; для современнаго же права разрѣшеніе его не представляетъ ни малѣйшаго интереса уже потому, что вся категорія, къ которой онъ принадлежитъ, успѣла утратить (какъ мною доказывается) всякое примѣненіе и значеніе.

### § 13.

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

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

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

<sup>1)</sup> Ср. Salkowski назв. соч. стр. 208 прим. и выше стр. 144 слл.

dari fieri spondes?» sed «si ea ita facta non essent, decem dari?» non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.

Два лица, точнѣе, преподавателя<sup>1)</sup> заключили между собой договоръ товарищества, изложили его письменно, а затѣмъ дали другъ другу слѣдующее обѣщаніе, прибѣгнувъ къ помощи обоюдныхъ стипуляцій:

«haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?»<sup>2)</sup>.

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

<sup>1)</sup> Kuntze (Cursus des römischen Rechts § 657) называетъ ихъ нѣсколько забавно «доцентами филологін».

<sup>2)</sup> См. относящіяся сюда формулы въ § ult. l. de V. O. (3, 15) и fr. 71, fr. 137 § 7 de V. O. (45, 1). Ср. также Brissonius, De formulis lib. VI № 179. И безъ особаго доказательства ясно, что словечко «poena» не является непременно нужнымъ, обязательнымъ. На этотъ счетъ согласны все: ср., напримѣръ, à Beuma Tractatus de Poenal. Stipulationibus въ его Comment. стр. 600, Lauterbach Disputatio. de poena conventionali § 11, Kersten назв. соч. стр. 15, Uellenberg De poena convent. стр. 17, и др.

<sup>3)</sup> Такъ оно случилось, чтобы не ходить далеко за примѣрами, въ уже приведенномъ выше (стр. 26) Семиградскомъ договорѣ товарищества.

<sup>4)</sup> Ср. Savigny, System des heutigen Röm. Rechts V стр. 494 прим. b.

вѣство <sup>1)</sup>, воздѣйствовать на матеріальный договоръ въ томъ смыслѣ, чтобы устранить порождаемый имъ искъ. *Actio pro socio* остается, такимъ образомъ, въ полной силѣ.

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

---

<sup>1)</sup> Въ дополненіе къ уже знакомымъ намъ изъ § 5 мѣстамъ источниковъ, я процитирую еще

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

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

зультату, что *in obligatione* осталась бы одна только неустойка.

Но Павелъ рѣшаетъ иначе. Вспомнимъ при этомъ, что, въ противоположность Юліану и другимъ юристамъ-классикамъ, онъ, Павелъ, отстаиваетъ положеніе, что въ сложномъ общеніи съ неустойкой слѣдуетъ видѣть два обязательства. Тѣмъ краснорѣчивѣе свидѣтельствуетъ о юридическомъ его тактѣ то обстоятельство, что это его ученіе имъ не проводится абсолютно и съ неуклонностью и не примѣняется, между прочимъ, тамъ, гдѣ (какъ въ занимающемъ насъ въ данную минуту случаѣ) двучленная стипуляція стоитъ не одиноко, а въ связи съ матеріальнымъ договоромъ. Здѣсь она и для Павла является единымъ и неразрывнымъ цѣлымъ<sup>1)</sup>, влѣдствіе чего обсужденіе вопроса и со стороны Павла происходитъ въ томъ же смыслѣ, какъ если бы имѣлась только простая или одночленная стипуляція типа: «*si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?*» Очевидно, что все предыдущее—«*haec quae supra et rel.*»— по мнѣнію классика, не болѣе какъ соединительное звено или точка касанія между договоромъ товарищества и соглашеніемъ о неустойкѣ<sup>2)</sup>. *Non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat rem in societate*, рѣшаетъ въ результатѣ Павелъ и тѣмъ спасаетъ нашу *societas* вмѣстѣ съ вытекающимъ изъ нея искомъ. Неустойкѣ же онъ ео ірсо отводитъ ея обычную роль, сообщаетъ нормальное значеніе средства укрѣпленія или обезпеченія договора<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Не безъ вліянія, конечно, оказался тотъ фактъ, что, несмотря на виѣшнюю форму двойной стипуляціи, взысканію подлежатъ всегда одна лишь пеня.

<sup>2)</sup> Ср. Liebe назв. соч. стр. 318 и Salkowski назв. соч. стр. 210 и 222.

<sup>3)</sup> Приведенное толкованіе одобряется Зеккелемъ (въ указ. мѣстѣ стр. 405 сл.) и въ особенности Н. Krüger'омъ (въ указ. мѣстѣ стр. 415 сл.: «... eine sehr schöne Interpretation des Fragments Dig. 17, 2, 71 pr. Für sich betrachtet erscheint sie auffallend und könnte sie zum Widerspruch reizen; aber im Zusammenhange mit seinen treffenden Ausführungen im ersten Abschnitte erscheint sie plausibel und verständlich. Sie passt vollkommen in das Gesamtbild, das Verf. hier im stricten Anschluss an die Quellen entworfen hat»).

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

Но все эти и подобныя моменты, разумѣется, вопроса рѣшить не могутъ. Чувствомъ и ощущеніемъ, уже сказали мы при случаѣ, не должно и нельзя руководиться въ дѣлѣ открытія интерполяцій и слѣдованія по пути приближенія къ классической юриспруденціи. Перевѣсь въ пользу намѣченной гипотезы и иного, стало быть, текста, чѣмъ какой переданъ намъ въ сборникѣ Юстиніана, даютъ соображенія другого рода — соображенія логическаго свойства на болѣе или менѣе твердомъ базисѣ положительнаго матеріала.



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

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

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

<sup>1)</sup> Ср. новѣйшій (и прекрасный) курсъ римскаго права Парижскаго профессора P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit Romain* (въ самое короткое время выдержавшій два изданія) стр. 674.

<sup>2)</sup> Ср., напримѣръ, *Fragm. Vat.* 263, fr. 11 § 1 D. de nov. 46, 2 и с. 3 § 2 C. de usur. rei iudic. 7, 54.

<sup>3)</sup> L. ult. C. de nov. 8, 41 (42) (отъ середины 530 года!), ср. § 3 а I. quib. mod. obl. tollitur 3, 29.

ихъ такимъ путемъ съ намѣченнымъ взглядомъ императора и новѣйшаго законодательства.

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

Возвращаясь къ нашему мѣсту, къ fr. 71 pr. D. cit., или, точнѣе, къ выдвинутому мною въ немъ пункту, необходимо имѣть ввиду, что къ нему вполнѣ примѣнимо все только-что сказанное. А влѣдствіе того я не колеблюсь считать предложеніе «*si novationis causa id fecissent*» вставленнымъ, интерполированнымъ, дѣломъ рукъ Трибоніана. Правда, его подлинности Граденвицъ не заподозрилъ, равнымъ образомъ не сдѣлалъ этого и Ленель<sup>2)</sup>, но объясняется это въ значительной степени тѣмъ простымъ обстоятельствомъ, что эти писатели свое

---

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

<sup>2)</sup> *Palingenes. Alfenus № 51*.

преимущественное вниманіе въ интересующемъ насъ отношеніи обратили на титулы *ex professo: de novationibus et delegationibus* (46, 2) и *de verborum obligationibus* (45, 1)<sup>1)</sup>. Только Сальпіусъ<sup>2)</sup> призналъ наличность вставки въ указанномъ мѣстѣ, но вставка, которая, по его мнѣнію, происхожденія не компиляторскаго, а болѣе ранняго, и должна быть отнесена за счетъ еще Павла, какъ автора извлеченія изъ труда Альфена («*epitomarum Alfeni digestorum*»). Въ пользу того, что предъ нами именно *nota Pauli*, Сальпіусъ приводитъ то соображеніе, что компиляторы, если бы они произвели въ текстѣ измѣненіе, держались бы, по обыкновенію, способа выраженія, который гораздо ближе подходилъ бы къ цитированной императорской конституціи, чѣмъ дѣйствительно употребленный. Но Сальпіусъ при этомъ забываетъ или не видитъ, что компиляторы почти нигдѣ не поступаютъ иначе, а, наоборотъ, почти всюду въ аналогичныхъ случаяхъ вставляютъ одинъ изъ терминовъ: «*novationis causa*», или «*novandi animo*», или «*hoc agitur, ut novetur*», и т. п.<sup>3)</sup>. Что же касается собственной искусственной гипотезы нашего автора, то онъ не сумѣлъ обосновать ее никакими рѣшительно данными: все сводится къ заявленію съ его стороны, что эта гипотеза служитъ «прямымъ подтвержденіемъ» историческаго процесса развитія, открытаго имъ въ римскоправовой теоріи новаци<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Ср., напримѣръ, fr. 8 §§ 1, 2, 5 D. h. t. (Lenel Ulp. № 2929) или fr. 58 D. de V. O. (Lenel Inst. № 715).

<sup>2)</sup> Назв. соч. стр. 234 сл. Сальпіусу и здѣсь вторить Manns (назв. соч. стр. 24), книга котораго и вообще является въ значительной мѣрѣ чѣмъ-то въ родѣ подкрѣвленія или провѣрки общей теоріи Сальпіуса о погашающемъ и поглощающемъ дѣйствиіи (Consumptions- und Absorptionswirkung) стипуляціи на частномъ примѣрѣ неустойчивой стипуляціи. Ср. выше стр. 127 прим. 1.

<sup>3)</sup> Ссылки на мѣста источниковъ можно найти у Граденвица въ указанномъ мѣстѣ.

<sup>4)</sup> Ср. Costa въ указ. статьѣ стр. 52. Противъ Сальпіуса вообще см. преимущественно Н. Witte «Zur Lehre von der Stipulation etc.» въ *Krit. Vierteljahresschrift* VIII стр. 330 и R. Merkel, *Der römischrechtliche Begriff der Novatio* стр. 23.

## § 14.

*Опроверженіе воззрѣнія Ватерова и Виндшейда.*

Если я остановился подробно на толкованіи fr. 71 pr. D. cit.<sup>1)</sup> и въ частности занялся также вопросомъ о наличности въ немъ интерполіаціи, то сдѣлано это было, главнымъ образомъ, потому, что мнѣ казалось интереснымъ обнаружить все то огромное значеніе, какое принадлежитъ редакціи договора спеціально въ нашей области и притомъ въ классическій періодъ римскаго права, и выяснить, насколько тѣсно и неразрывно тотъ или другой результатъ связанъ съ оболочкой и внѣшней формулировкой соглашенія сторонъ. Нашему времени, позволительно думать, чуждо подобное могущество или господство слова. Мы нынѣ смотримъ прежде всего на намѣреніе сторонъ и, согласно съ тѣмъ, обсуждаемъ отношеніе основного дѣйствія къ неустойкѣ не въ зависимости отъ формы обѣщанія, какъ то, повторяю, имѣло мѣсто въ лучшую эпоху юриспруденціи древняго Рима, а считаюсь съ данными, проливающими свѣтъ на волю участниковъ сдѣлки.

Но эти соображенія вмѣстѣ съ тѣмъ всего лучше обнаруживаютъ истинность того положенія, что все отношеніе

---

Мое предположеніе интерполіаціи принято Ф. П. Бремеромъ и въ настоящее время вошло (со ссылкой на меня) въ его изданіе «*Jurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*» I стр. 207, 318 (ed. Teubneriana). Признаніе мѣста неклассическимъ, между прочимъ, способно въ значительной степени ослабить также то недоумѣніе, въ какое Сальковского (назв. соч. стр. 222 сл.) повергаетъ прямое желаніе контрагентовъ произвести новацію.

<sup>1)</sup> Изъ этой же интерпретаціи, отмѣчу мимоходомъ, съ полною ясностью видна ошибочность мнѣнія тѣхъ ученыхъ, которые, подобно, напримѣръ, Савиньи (назв. соч. II § 80 прим. 1) или Дернбургу (назв. соч. II § 46 прим. 15, ср. Specka, *Die Conventionalstrafe als Interesseersatz* стр. 48), цитируютъ нашъ отрывокъ для подтвержденія того правила, что и послѣ удовлетворенія притязанія помощью одного нева (изъ главнаго или неустойчнаго обязательства) все же разрѣшается довыскачать плюсъ, могущій получиться помощью другого. Этого вопроса l. 71 pr. D. cit., очевидно, совсемъ не затрагиваетъ.

между двумя стипуляціями — главной и неустойчивой — покоится исключительно только на римскомъ абстрактномъ договорѣ. Положеніе это было выставлено нами уже въ первомъ отдѣлѣ книги. — теперь же, послѣ обоснованія его въ настоящей главѣ, оно едва-ли можетъ еще подвергаться серьезному сомнѣнію: приведенныя данныя наглядно, надѣюсь, показали, что именно комбинація двухъ стипуляцій, а не иное что, имѣла своимъ послѣдствіемъ неоднократно уже упоминавшееся ограниченіе правъ вѣрителя. Гдѣ этой комбинаціи, этого сопоставленія не было, тамъ и въ самомъ римскомъ правѣ исходные моменты оказывались совсѣмъ другіе, тамъ и конечный выводъ, естественно, получался совершенно отличный. Въ настоящее время, когда римская стипуляція отжила свой вѣкъ, а вмѣстѣ съ нею стала чисто историческимъ достояніемъ и вся изученная нами фигура, исчезло, конечно, и отношеніе штрафной и главной стипуляціи другъ къ другу, какъ потерявшее всякое практическое значеніе.

Изложенныя соображенія, разумѣется, приходятъ на мысль и Вангерову. Онъ съ ними даже считается. Въ его пандектахъ можно читать: «въ наше время, послѣ утраты стипуляціи, наблюдается недостатокъ въ соотвѣтственной формѣ, изъ примѣненія которой непосредственно вытекаетъ такого рода [т. е. направленное на предоставленіе права требовать только пени] намѣреніе контрагентовъ»<sup>1)</sup>. Связь между обоими явленіями Вангеровымъ, стало быть, понимается весьма правильно. Тѣмъ болѣе удивительно, что онъ самъ, не взирая на это обстоятельство, настаиваетъ на прямо противоположномъ заключеніи. Нельзя, говорить онъ, разумно сомнѣваться въ томъ, «что подобные случаи могутъ, однако, встрѣтиться и въ нашей современной правовой жизни». «Но въ дѣйствительности», спѣшитъ онъ прибавить, «они, по всей вѣроятности, встрѣчаются лишь крайне рѣдко, и во всякомъ случаѣ требуется всякій разъ особенное доказываніе, что стороны заключили неустойчивый договоръ въ такомъ именно смыслѣ...»<sup>2)</sup>

1) Lehrb. III стр. 342: «... fehlt es auch h. z. T., nach dem Wegfallen der Stipulation, an einer entsprechenden Form, aus deren Anwendung unmittelbar eine solche Vertrags-Intention der Kontrahenten hervorgeht».

2) Тамъ же: «Es kann wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, dass Fälle dieser Art möglicher Weise auch noch in unserem heutigen

Уже эти ограниченія, даже помимо всего остального, до такой степени значительны, что можно бы по праву спросить: да вѣрять-ли серьезно послѣ этого и самъ Вангеровъ въ жизнеспособность воскрешеннаго имъ правоотношенія? Какъ бы то ни было однако, а на возможности этого правоотношенія и въ наше время Вангеровъ настаиваетъ. По его мысли, оно наступаетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда контрагенты самымъ недвусмысленнымъ образомъ постановили, что, кромѣ неустойки, вѣритель ничего болѣе взыскивать не вправе. Необходимо только помнить одно: «подобные договоры никогда не должны предполагаться или презумироваться».

Съ своей стороны, и я не думаю отрицать возможность существованія такого рода соглашеній, но — полагаю и утверждаю, что въ такомъ случаѣ, т. е. при наличности подобныхъ сдѣлокъ, не можетъ уже вестись рѣчь о неустойкѣ. (Здѣсь я вмѣстѣ съ тѣмъ перехожу къ опроверженію Виндшейда). Неустойка служить — какъ было выяснено съ самаго начала и какъ не разъ уже подчеркивалось на пространствѣ изслѣдованія — дѣлу укрѣпленія, усиленія, обезпеченія обязательствъ. Теперь допустимъ, что два лица улаиваются прямо и открыто (какъ того требуетъ Вангеровъ)

Rechtsleben vorkommen können; aber in der That kommen sie wohl nur äusserst selten vor, und jedenfalls ist immer eine besondere Beweisführung nöthig, dass die Kontrahenten den Pönalvertrag gerade in dieser Absicht abgeschlossen haben....».

Мимоходомъ замѣчу слѣдующее. Если принять въ расчетъ, что самъ Вангеровъ разбираемую фигуру приводитъ въ непосредственное соотношеніе со стипуляціей, то смѣло можно сказать, что и ему ничего не мѣшало признать справедливость дѣленія, предложеннаго Савиньи, Сальцусомъ и Сальковскимъ, или, другими словами, дѣлить вмѣстѣ съ ними (и съ нами) всѣ случаи на два разряда, въ зависимости отъ того обстоятельства, какъ въ основной договоръ — абстрактный-ли, или матеріальный. Вмѣсто этого, Вангеровъ предпочелъ установить другое, собственное дѣленіе, несомнѣнно, однако, менѣе удовлетворительное. Онъ различаетъ: 1) тѣ случаи, когда неустойчная стипуляція является въ роли самостоятельнаго обязательства (что соответствуетъ случаямъ нашего перваго отдѣла), и 2) случаи, когда та же неустойчная стипуляція служитъ только придаткомъ, соглашеніемъ аксессуарнымъ (что должно соответствовать случаямъ нашего втораго отдѣла).

въ слѣдующемъ: «мы — говорятъ или пишутъ они — заключаемъ другъ съ другомъ договоръ такого-то содержания, но при этомъ добавляемъ, что ни одинъ изъ насъ не вправѣ настаивать на исполненіи другимъ принятаго имъ на себя по договору обязательства, а каждый, вмѣсто того, долженъ удовлетвориться уплатою ему назначаемой симъ неустойки». Спрашивается: можно-ли въ подобномъ условіи (если бы даже внести въ его редакцію какое-нибудь видоизмѣненіе) видѣть укрѣпленіе или подтвержденіе договора?! Конечно, нѣтъ. Всякій, напротивъ того, скажетъ: дополнительный пунктъ содержитъ ослабленіе соглашенія, умаленіе шансовъ его нерушимости. Юристъ же, а въ особенности ученый, присовокупитъ еще: предъ нами здѣсь не неустойка, а отступное, то, что въ наукѣ зовется *multa poenitentialis*<sup>1)</sup>.

Смѣшеніе пени съ отступнымъ предвидятъ, его опасаются также и Вангеровъ съ Виндшейдомъ. Оба поэтому стремятся предупредить возможность такого смѣшенія и безразличнаго отношенія къ неустойкѣ и отступному. Но успѣхъ ихъ стараній на этотъ счетъ мнѣ представляется, по меньшей мѣрѣ, гадательнымъ. Вся разница, по ученію Вангерова и Виндшейда, сводится къ тому, что при одномъ правовомъ образованіи, при такъ наз. *multa poenitentialis* «должникъ и послѣ неисполненія не становится обязаннымъ уплатить пеню, а по-прежнему остается обязаннымъ только исполнить»<sup>2)</sup>, — между тѣмъ какъ при другомъ нарушеніе обязательства создаетъ именно необходимость уплаты условленной на этотъ случай суммы. Или иначе: при отступномъ «*in obligatione*» находится только предметъ главнаго договора, самая же пеня находится

<sup>1)</sup> По-нѣмецки *Reugeld* или *Wandelröhl*, по-французски *débit*. *Arndts* (въ указ. мѣстѣ, а равнымъ образомъ *Madeyski* въ назв. статьѣ § 14 и друг.) видятъ въ отступномъ случай альтернативнаго обязательства (*obligatio alternativa*). Но это невѣрно или, по крайней мѣрѣ, неточно: соглашеніе объ отступномъ создаетъ только такъ наз. *facultas alternativa* на сторонѣ должника.

<sup>2)</sup> *Windscheid Lehrb.* II § 285 прим. 17: «Der Unterschied gegen den vorigen Fall ist der, dass hier der Schuldner auch durch Nichterfüllung nicht zur Leistung der Strafe verpflichtet wird, sondern verpflichtet immer nur zur Erfüllung bleibt».

всегда in solutione<sup>1)</sup>; наоборот, при отстаиваемомъ Вангеровымъ и Виндшейдомъ видъ неустойки или, короче, при неустойкѣ привативной самая сумма съ неисполненіемъ должника переходить in obligationem.

Что критерій этотъ, выдвинутый названными романистами, страдаетъ, однако, абстрактностью и едва-ли можетъ похвалиться особенной практичностью<sup>2)</sup>, что во вся-

<sup>1)</sup> Vangerow Pand. III стр. 343: «Im Gegensatz zu den vorher ... dargestellten Fällen, stellt sich das Verhältniss so heraus, dass zwar nur das Objekt des Hauptvertrags in obligatione, die Strafe aber stets in solutione ist».

<sup>2)</sup> Противъ этого сильно протестуетъ Зеккель (въ указ. мѣстѣ стр. 406 слл.). Но безъ достаточнаго основанія. Зеккель приводитъ цѣлыхъ шесть пунктовъ, чтобы убѣдить меня въ несправедливости моего положенія, будто различіе между интересующими насъ здѣсь образованіями—отступнымъ, съ одной, и спорнымъ правоотношеніемъ, или привативною неустойкою съ другой стороны, не особенно практично («nicht allzu praktisch»). Но все эти пункты для меня далеко не убѣдительны. Изъ нихъ первые три содержать только простое переложеніе словъ Виндшейда и едва-ли способны выяснитъ серьезную на дѣлѣ практичность различія, а изъ послѣднихъ трехъ (не стоящихъ, между прочимъ, ни въ какой уже связи съ положеніемъ оспариваемыхъ мною писателемъ) п. 4 касается не совсѣмъ безспорнаго вопроса о culpa вѣ въ лучшемъ случаѣ справедливъ для римскаго и точно также пандектнаго права (но отнюдь не для общегерманскаго гражданскаго уложенія!), а, наоборотъ, п. 5, затрагивающій такъ наз. «Mässigungsrecht» судьи (помимо своей сомнительности), очевидно, можетъ имѣть отношеніе только къ будущему праву Германіи и лишено всякаго значенія для римскаго права и настоящаго gemeines Recht. (На почвѣ какаго же законодательства стоить рецензентъ?). Последний затѣмъ пунктъ и совсѣмъ не даетъ никакого-либо дѣйствительнаго контраста. Въ итогѣ, стало быть, съ Зеккелемъ, по меньшей мѣрѣ, трудно согласиться, когда онъ говоритъ объ «einschneidende Verschiedenheiten zwischen Reugeld und privativer Conventionalstrafe». Мнѣ, напротивъ того, выдвигаемыя различія представляются чѣмъ-то въ родѣ пресловутыхъ distinctiones эпохи постглоссаторовъ. Самъ Зеккель (стр. 407 прим. 2) долженъ допустить, что въ конструируемомъ мною въ текстѣ примѣрѣ «die typische (?) Form des Rücktrittspreises» оказывается «durch die Disposition der Contrahenten abgewandelt und die Unterscheidung von Reugeld und Conventionalstrafe erschwert, aber (добавляетъ онъ) nicht unmöglich gemacht, vgl. den folgenden Text unter Ziffer 5, 6» (каковыя пункты однако бездоказательны, см. также ниже).



комъ случаѣ указанное разграниченіе нисколько не устраняетъ выставленныхъ мною возраженій, — понятно и ясно почти само собою. Виндшейдъ, правда, приводитъ въ пользу своего взгляда еще и то соображеніе, что въ изслѣдуемомъ нами случаѣ вѣритель точно также извлекаетъ выгоду изъ дополнительнаго условія, каковая выгода состоитъ-де въ томъ, что онъ «свободенъ отъ необходимости доказывать высоту своего интереса<sup>1)</sup>». Но и этотъ доводъ врядъ-ли способенъ доказать что-либо въ разбираемомъ вопросѣ, кромѣ развѣ того, что Виндшейдъ самъ, повидимому, чувствуетъ всю слабость своей позиціи, а потому считаетъ нужнымъ ее усилить. Въ самомъ дѣлѣ, ему нельзя не возразить, что, во-первыхъ, при томъ же анализируемомъ соглашеніи сторонъ обѣщаніе штрафа доставляетъ преимущество не только вѣрителю, но и должнику. Это, между прочимъ, долженъ признать (и дѣйствительно признаетъ) и самъ Виндшейдъ, — по крайней мѣрѣ, «поскольку должникъ теперь воленъ рѣшить, къ чему считать себя обязаннымъ, къ исполненію-ли, или къ уплатѣ штрафа<sup>2)</sup>». Съ другой стороны, необходимо замѣтить, что одна лишь выгода кредитора безъ дальнѣйшаго далеко не служитъ рѣшающимъ моментомъ для признанія изслѣдуемаго института неустойки: дѣло идетъ прежде всего и главнѣйшимъ образомъ объ укрѣпленіи договора, а договоръ, безспорно, осла-

Нѣсколько странно звучитъ затѣмъ и признаніе (стр. 409): «Nun giebt es allerdings auch einige (!) Aehnlichkeiten zwischen den beiden Rechtsinstituten: beidmal hat es der Schuldner in der Hand, durch sein Verhalten es lediglich zur Zahlung der Summe des Straf- bzw. Reugeldes kommen zu lassen; beidmal kann der Gläubiger die Hauptleistung nicht erzwingen». Да развѣ, кромѣ этого, еще что-нибудь требуется для признанія обоихъ правоотношеній однородными?! Въ этомъ — и только въ этомъ — заключается, вѣдь, вся суть.

<sup>1)</sup> Въ указанномъ мѣстѣ прим. 16.

<sup>2)</sup> Тамъ же: «Der Vortheil, welchen das Strafversprechen dem Gläubiger gewährt, besteht auch in diesem Falle darin, dass er der Nothwendigkeit, die Höhe seines Interesse zu beweisen, entheben ist.. Von der anderen Seite hat auch der Schuldner einen Vortheil von dem Strafversprechen, insoferne es nun von seinem Willen abhängt, wozu er verbunden sein will, ob zur Erfüllung oder zur Leistung der Strafe».

блается, разъ нельзя искать судомъ именно выполненія его, разъ должнику дозволяется его невыполненіе, — безразлично, проистекаетъ-ли для кредитора выгода, или невыгода, отъ его права потребовать выговоренную имъ пеню<sup>1)</sup>.

Видшейдъ, положимъ, до извѣстной степени какъ бы въ состояніи не считаться съ этимъ рѣшающимъ, на мой взглядъ, обстоятельствомъ. Его положеніе исключительное, такъ

<sup>1)</sup> Зеккель (стр. 409 сл.) и съ этимъ не соглашается. Но вся его аргументація въ данномъ случаѣ сводится къ тому, что привативная неустойка *ceteris paribus* обыкновенно (?) значительнѣе по своему предмету или своей суммѣ, чѣмъ отступное; что она достаточно высока, чтобы явиться побужденіемъ для должника исполнить свое обязательство, и что, слѣдовательно, и она является способомъ укрѣпленія договора. (Ср. также *Madeyski* въ указ. мѣстѣ стр. 306). На это я отвѣчу, что размѣръ или количественная разность не можетъ, конечно, служить правовымъ критеріемъ. И Зеккель самъ признаетъ возможность случаевъ, когда, несмотря на наличность привативной пени, должникъ все-таки предпочтетъ уплатить ее и не соблюсти договора. Тогда, говорить онъ, «fehlt es aber an Verwirklichung der Geschäftstendenz, nicht an dieser selbst». Но фактъ все-таки остается фактомъ: кредиторъ не вправе настоять на исполненіи контракта, между тѣмъ какъ онъ могъ бы это сдѣлать, не будь выговорено привативной пени. Хорошо укрѣпленіе контракта, если оно ведетъ къ его уничтоженію! При этомъ не слѣдуетъ забывать еще и то, что ошибочнымъ расчетомъ вѣрителя дѣло, вопреки Зеккелю, не ограничивается. Стоитъ лишь представить себѣ наступившее послѣ заключенія условія измѣненіе цѣнъ на рынкѣ или слѣдующій, напри- мѣръ, случай: заключается *actum de emendo vendendo* относительно одного имѣнія, причѣмъ я, покупатель, выговариваю себѣ сравнительно высокую пеню (въ смыслѣ Зеккелевскомъ); вполнѣдствіи, однако, продавецъ успѣваетъ разбогатѣть и теперь отказывается продать мнѣ любезную ему землю, охотно уплачивая, взамятъ того, штрафъ. И здѣсь побочный договоръ, вслѣдствіе, будто бы, неустойчивой прибавки, въ результатъ далъ ослабленіе, а не усиленіе. А убытки для меня, быть можетъ, громадные: я собирался на купленномъ участкѣ построить фабрику, заводъ, ввести новую систему хозяйства, заработать, словомъ, тысячи и даже сдѣлалъ въ виду этого рядъ крупныхъ затратъ. И подобныхъ случаевъ можно привести, конечно, сколько угодно. Единственный надежный юридическій критерій — тотъ, долженъ-ли основной договоръ оставаться въ силѣ, если того требуютъ, или нѣтъ. Всякая другая почва и шатка и неприципальна.

какъ договорная неустойка разсматривается имъ не среди способовъ укрѣпленія договоровъ, какъ это дѣлается обыкновенно, а въ ученіи о «повышеніи правомочій вѣрителя» («Steigerung der Macht des Gläubigers») <sup>1)</sup>. Но при всемъ томъ согласиться съ его воззрѣніемъ невозможно. Разбираемое правоотношеніе не можетъ входить въ область нашей неустойки: одинъ и тотъ же институтъ никакъ не способенъ служить цѣлямъ какъ усиленія, такъ и ослабленія обязательства. Пеня, назначаемая въ видахъ укрѣпленія соглашенія, какъ гарантія его, съ тѣмъ чтобы сдѣлать его по возможности незыблемымъ, и, затѣмъ, какая-нибудь плата или премія, цѣною которой дозволено договоръ расторгнуть, обратитъ въ ничто, — эти два явленія относятся, по моему мнѣнію, къ двумъ различнымъ, — мало того: двумъ противоположнымъ одна другой областямъ гражданскоправовой мысли: подводить ихъ подъ одну категорію или одинъ образецъ, по меньшей мѣрѣ, насильственно <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> См., впрочемъ, Виндшейда же, Lehrb. II § 324.

<sup>2)</sup> Въ этомъ мѣстѣ у меня въ нѣмецкомъ изданіи настоящей работы шло примѣчаніе, въ которомъ указывалось, что въ данномъ какъ разъ отношеніи Савиньи (назв. соч. II стр. 276) держится иного взгляда. Затѣмъ говорилось, что и Atndts (Pand. § 211) и другіе точно также смотрятъ на отступное, какъ на видъ неустойки, но что такое мнѣніе ложно, причемъ въ подтвержденіе я ссылался на Hölder'a (I. с. стр. 545) и другихъ.

Главнѣйшее здѣсь указаніе — разногласіе Савиньи — не совсѣмъ точно. Если выхватить одно имѣющееся у него предложеніе, то, дѣйствительно, можно прійти къ тому выводу, который раньше сдѣлалъ я, а затѣмъ и Зеккель въ своей полемикѣ со мною. Но едва-ли тогда получается истинный смыслъ и вѣрное освѣщеніе словъ Савиньи. Я поэтому привожу теперь все интересное для насъ здѣсь мѣсто цѣликомъ, въ наиболѣе близкой къ подлиннику (и нѣсколько отличной отъ существующаго русскаго перевода стр. 540 сл.) передачѣ нѣмецкаго текста. Савиньи говорить: «Такимъ образомъ, цѣль неустойчнаго договора всегда одна и та же — укрѣпленіе главнаго договора. Поэтому взглядъ на неустойку, какъ на отступное, цѣною коего должникъ можетъ произвольно отказаться отъ исполненія главнаго договора, будетъ полнымъ непониманіемъ указанной, несомнѣнной вообще цѣли неустойчнаго договора. Разумѣется, стороны могутъ придать и такой смыслъ [отступнаго] своему штрафному договору. Но тогда онъ будетъ служить уже не

Мы, думается, не ошибемся, если въ итогъ скажемъ, что изложенная попытка спасти римскоправовую фигуру и для нашего права должна считаться не удавшейся. При всемъ уваженіи къ Вангеру и Виндшейду, нельзя, кажется, не согласиться, что попытка эта — не что иное, какъ продуктъ извѣстной тенденціи переносить римское право въ нашъ современный оборотъ въ возможно чистомъ и неприкосновенномъ видѣ. Она, слѣдовательно, принадлежитъ къ ряду тѣхъ (потерпѣвшихъ крушеніе) теорій и ученій, которыя не разъ уже ставились въ упрекъ строго романистическимъ юристамъ или романистамъ-фанатикамъ, какъ ихъ не безъ преувеличенія, впрочемъ, называютъ въ Германіи.

укрѣпленіемъ, а ослабленіемъ главнаго договора. Подобное значеніе никогда, впрочемъ, не предполагается само собою, а можетъ явиться лишь результатомъ открытаго волеизъявленія сторонъ».

Какова мысль Савиньи? Мнѣ кажется, что ближе къ истинѣ предположить (въ особенности, если сравнить подчеркнутыя мною мѣста), что Савиньи различалъ и даже противопоставлялъ другъ другу отступное и неустойку и отнюдь не думалъ представлять ихъ въ отношеніи понятій видового и родового. Въ этомъ меня убѣждаетъ еще и то обстоятельство, что, переходя въ дальнѣйшемъ къ вопросу объ отношеніи неустойчнаго договора къ главному, Савиньи сей часъ же заявляетъ, что это отношеніе бываетъ двоякое: кумулятивное или альтернативное. О третьемъ, спорномъ, такъ наз. привативномъ имъ не упоминается вовсе.

Зеккель же (въ указ. мѣстѣ) говоритъ: «Warum aber ein und dasselbe Institut nicht der Abschwächung und zugleich der Bestärkung einer Obligation solle dienen können, ist schlechterdings nicht einzusehen (übereinstimmend Savigny u. A.)». Ссылка, какъ мы только-что видѣли, не оправдывается. Что касается утвержденія о существованіи, то, при отсутствіи на этотъ счетъ доказательствъ моего критика, я тоже ограничусь утвержденіемъ, что свое высказанное въ текстѣ положеніе я считаю афористическимъ, непосредственно истиннымъ, продиктованнымъ силою вещей. Двумъ господамъ служить нельзя. «Въ одну телѣгу въпрячь не можно коня и трепетную лань». Иного, думается мнѣ, не скажешь, но и сказать нѣтъ надобности. — Если Зеккель продолжаетъ: «Dafür haben auch die römischen Juristen kein Verständniss gehabt», то это возраженіе неосновательно потому, что римляне находились въ данномъ отношеніи въ совершенно исключительныхъ условіяхъ (см. ниже въ текстѣ).

По поводу отвергаемаго ученія далеко нелишне, быть можетъ, еще разъ подчеркнуть и окончательно выяснить взаимную роль вѣшняго и внутренняго элементовъ въ римскомъ соглашеніи, обеспеченномъ неустойкою. Какъ Вангеровъ, такъ и Виндшейдъ настаиваютъ на моментѣ намѣренія сторонъ («*Vertragsintention der Kontrahenten*», «*Sinn der Verabredung*» и т. д.). Но оба они при этомъ не въ достаточной мѣрѣ принимаютъ въ соображеніе, что какъ разъ эта внутренняя, волевая сторона дѣла въ изученной нами фигурѣ съ привативнымъ характеромъ всего болѣе отстаетъ въ римскомъ правѣ на задній планъ. Результатъ тутъ получается уже въ силу самой редакціи обѣщанія. Специальнаго направленія воли контрагентовъ, съ цѣлью установленія такого именно правоотношенія, вовсе не требуется. Въ этомъ-то и сказывается, на мой взглядъ, выдвигавшаяся мною раньше необыкновенная мощь формы и слова, представляющая вмѣстѣ съ тѣмъ одинъ изъ разительныхъ контрастовъ между римскимъ и въ особенности классическимъ правомъ, съ одной стороны, и правомъ нынѣшней Европы, съ другой. Но оттого-то и позволительно думать, что въ римскомъ правѣ, въ противоположность современному, скорѣе можно было или имѣлось болѣе основанія признавать и въ данномъ, занимающемъ насъ здѣсь юридическомъ отношеніи точно также проявленіе неустойки. Тамъ противорѣчіе между ослабленіемъ обязательства, какъ слѣдствіемъ дополнительнаго соглашенія, и укрѣпленіемъ, какъ функціей неустойки, — до извѣстной степени отодвигалось, скрадывалось, ступшеывалось. Контрагенты тамъ не стремились или явно, по крайней мѣрѣ, не стремились къ интересующему насъ результату: онѣ наступали самъ собою, силою формальной необходимости, помимо воли сторонъ, а подчасъ, можетъ быть, — кто знаетъ? — и противъ ихъ воли, если онѣ не умѣли придать своему намѣренію достодолжнаго по точности и развитію выраженія. Что фактически въ древнемъ Римѣ и привативное правоотношеніе приводилось въ связь съ неустойкою, признаю и я. Самая терминологія — *stipulatio rognae* — проливаетъ въ этомъ смыслѣ нѣкоторый свѣтъ. Согласно съ тѣмъ, мною на этотъ счетъ не выражалось никогда никакихъ сомнѣній. Весь первый отдѣлъ изслѣдованія можетъ служить краснорѣчивымъ свидѣтельствомъ въ этомъ

смыслъ. Что касается моего разсужденія въ данной главѣ, то оно своею исключительною цѣлью имѣеть показать и доказать, что нынѣ о томъ правоотношеніи въ связи съ неустойкой не можетъ болѣе быть рѣчи, что его время прошло. Нисколько, впрочемъ, не колеблюсь сдѣлать отсюда тотъ конечный выводъ, что понятіе или категория чисто римской неустойки, такимъ образомъ, оказывается шире, а обнимаемые ею случаи многочисленнѣе, чѣмъ въ правѣ современномъ<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Зеккель и здѣсь, разумѣется, является диссидентомъ. Онъ возражаетъ (стр. 419): «Und es ist ein verzweifelttes Auskunftsmittel, zu dem Verf., in klarer Erkenntniss des Widerspruchsvollen seiner eignen Ausführungen, zu greifen sich genöthigt sieht: dass nämlich der Begriff der Conventionalstrafe im römischen Recht ein weiterer sei als im heutigen gemeinen Recht. Doctrinäre Begriffe sind nicht, sondern werden nur mehr oder weniger zweckmässig gebildet». Не могу не упомянуть, что въ приведенныхъ словахъ и душевное мое состояніе рисуется невѣрно (никакого противорѣчія въ своемъ изложеніи я не сознавалъ, какъ и не сознаю теперь), и что поученіе дается напрасно. Смыслъ сказаннаго мною достаточно ясенъ (такъ мнѣ, по крайней мѣрѣ, кажется). Я употребилъ краткую формулу, какъ это часто дѣлаютъ юристы-догматики, когда хотятъ объять извѣстную совокупность анализируемыхъ положеній. А жалалъ я выразить, что спорное правоотношеніе, съ точки зрѣнія нынѣшняго права, не заслуживаетъ быть причисленнымъ къ случаямъ неустойки; что, напротивъ того, въ виду открыто и рѣзко проявляющагося въ немъ намѣренія сторонъ допустить возможность отказа отъ принятаго на себя обязательства, — что въ виду такого характера договора, его правильнѣе и цѣлесообразнѣе подводить подъ типъ отступнаго и обесудждать соотвѣтственно, примѣняя къ нему нормы именно отступнаго, или *multae poenitentialis*, а никакъ не штрафной пени. И въ этомъ я остаюсь (*optima fide*) убѣжденнымъ и по сей часъ. — Въ свою очередь, позволю себѣ послать упрекъ по адресу Зеккеля — въ томъ именно, что онъ ни разу не задался вопросомъ: да какое же въ самомъ дѣлѣ можетъ нынѣ имѣться болѣе или менѣе прочное конкретное мѣрило для распознаванія и различенія воли, направленной на привативную неустойку, съ одной, и на отступное, съ другой стороны? (Терминологія сторонъ такимъ мѣриломъ, какъ извѣстно, служить не можетъ, не говоря уже о томъ, что въ громадномъ числѣ случаевъ стороны не употребляютъ никакихъ вообще терминовъ). Зеккель этого вопроса не предложилъ себѣ (хотя предложить долженъ

былъ, см. его самого выше стр. 163) и въ дѣствіе того остался позади даже Вангерова. Задумайся онъ только надъ указаннымъ вопросомъ, онъ самъ, несомнѣнно, пришелъ бы къ заключенію, что оберегаемое имъ дѣйствице—такъ наз. привативная неустойка—есть плодъ мертворожденный, схоластичный, въ родѣ какой-нибудь *culpa levissima* Прусскаго Земскаго Уложенія или другого продукта чисто теоретическаго, кабинетнаго измышленія.—Ошибка Зеккеля произошла оттого, что онъ не проникъ съвязью между защищаемой имъ фигурой и чисто римской стипуляціей: онъ недостаточно исторически взглянулъ на дѣло. Ему не пришло на умъ хотя такое, напр., соображеніе: если привативная неустойка возможна и въ настоящее еще время, то она должна была быть возможной въ древнемъ Римѣ и помимо стипуляціи. Отчего же, при всей многочисленности завѣщанныхъ намъ и относящихся къ нашему вопросу текстовъ, мы ни въ одномъ изъ нихъ не встрѣчаемся съ привативной неустойкой при обязательствѣ каузальному? И не знаменательное-ли это обстоятельство?

Немаловажная польза отъ серьезнаго углубленія въ римскіе источники для права современнаго заключается, между прочимъ, именно въ томъ, чтобы, уловивъ римское положеніе во всей его совокупности, окраскѣ и обстановкѣ и уразумѣвъ въ сѣ вызвавшіе его мотивы и условія—соціальныя, экономическія, процессуальныя, формальныя, философскія и т. д. и т. д.—, взвѣснить, примѣнимы-ли эти мотивы и условія и къ нашей нынѣшней дѣйствительности и насколько,—и въ томъ, чтобы затѣмъ, въ случаѣ отрицательнаго отвѣта, сумѣть отрѣшиться отъ римскаго наслѣдія, какъ отслужившаго свою службу, сумѣть не влечь его за собой, а отбросить, какъ ненужный уже балластъ.—Къ соматнѣю, подобное отношеніе—дѣло, повидимому, нелегкое.

Спѣшу, впрочемъ, оговориться, что далеко не все счтываютъ, подобно Зеккелю, «die Position von Vangerow und Windscheid für unerschütterter und sogar für unangreifbar». Напротивъ: въ нѣмецкой литературѣ выводы настоящей, заключительной въ данномъ отдѣлѣ главы были приняты въ общемъ особенно сочувственно (см. уже цитированныя критики, а также анонимную рецензію въ *Literarisches Centralblatt* № 40 за 1896 годъ: «Mit Erfolg wird die Ansicht Vangerow's und Windscheid's bekämpft...»).

ДОБАВЛЕНИЕ.  
Гипотеза Sjögren'a <sup>1)</sup>.

---

Почти одновременно съ выходомъ въ свѣтъ моего сочиненія на нѣмецкомъ языкѣ (въ началѣ 1896 года) появилась въ Берлинѣ книга приватъ-доцента Упсальскаго университета, Sjögren'a, уже до того бывшаго известнымъ нѣмецкой юридической публикѣ по обширной статьѣ на серіозную и интересную тему, помѣщенной въ Ежегодникъ Геринга <sup>2)</sup>. Въ своей книгѣ шведскій авторъ соединилъ два изслѣдованія—одно изъ области римскаго, другое изъ области древнегерманскаго права. Соответственно съ этимъ, онъ и озаглавилъ свой трудъ «Ueber die römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden». Изъ этихъ двухъ частей насъ здѣсь, естественно, можетъ интересовать только первая, которой и посвящаются нижеслѣдующія строки.

Sjögren ставитъ себѣ задачей отыскать для всего ученія о неустойкѣ «новую точку зрѣнія». Если, говорить онъ, подчеркнуть или выдвинуть въ неустойчномъ общаніи его «фундаментъ», т. е. тотъ главный или основной элементъ, къ которому примыкаетъ придаточный договоръ въ качествѣ средства усиленія, — то эта искомая точка зрѣнія и будетъ найдена. До

---

<sup>1)</sup> Ср. къ послѣдующему моему критику въ Zeitschrift der Savigny-Stiftung XVIII Rom. Abth. стр. 299 слл. Для своей «Konventionalstrafe und Interesse» я, конечно, не успѣлъ воспользоваться работою Sjögren'a.

<sup>2)</sup> «Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbeständen der Schadenstiftung» (Jherings Jahrbücher XXXV).





ніе сервитута, 8) обязанность платить проценты и 9) обязательство безъ денежнаго интереса<sup>1)</sup>. Остановимся на каждомъ изъ нихъ въ отдѣльности.

Что касается прежде всего компромисса или рѣшенія третейскаго суда въ древнемъ Римѣ, то, по мнѣнію Sjögren'a, подобное рѣшеніе вообщемъ способно вызывать правовое дѣйствіе только сомнительной твердости. И это потому, что вмѣстѣ съ нарожденіемъ государственнаго судоустройства и судопроизводства появляется враждебное отношеніе къ порядку третейскаго разбирательства. По этой и только по этой причинѣ, рассуждаетъ Sjögren, должна по необходимости выступить на сцену неустойка со своей санкціей, — дабы обезпечить выполненіе рѣшенія, подчиненіе ему.

Едва-ли, однако, можно согласиться съ нашимъ авторомъ. О какой-либо враждебной тенденціи со стороны общественнаго правопорядка по адресу компромисса не можетъ быть рѣчи. Безспорно, что рѣшеніе третейскаго судьи затрагиваетъ и публичное право: отправленіе правосудія не есть, конечно, дѣло частное. Но отсюда еще нисколько не слѣдуетъ правильность воззрѣнія Sjögren'a. Въ самомъ дѣлѣ: какое наступаетъ послѣдствіе отъ только-что упомянутаго соприкосновенія третейскаго суда съ сосѣднею областію или даже отъ вторженія въ нее? Единственное послѣдствіе—это государственное урегулированіе нашего института, нѣкоторая публично-правовая къ нему примѣсь и соответственная окраска. Какъ суррогатъ чисто судебного разрѣшенія гражданскихъ споровъ, третейское разбирательство удостоивается со стороны правопорядка вниманія, нормировки и защиты. Съ одной стороны, правопорядокъ не отказываетъ ему въ нѣкоторой помощи. Эта помощь въ Римѣ, какъ извѣстно, состоитъ въ томъ, что преторъ, по просьбѣ сторонъ, общаетъ третейскаго судью принудить (чрезвычайными средствами: путемъ *multae dictio* или *pignoris capio*) къ исполненію добровольно принятой обязанности. Съ другой стороны, тотъ же правопорядокъ ставитъ условія, при наличности которыхъ онъ согласенъ допустить и признать третейское разбирательство. Эти условія сближаютъ зани-

<sup>1)</sup> См. соответственные параграфы (§ 1 — § 9) главы II (стр. 24—72).

мающій насъ институтъ съ публичнымъ судоговореніемъ и отчасти сообщаютъ ему публичноправовое освѣщеніе. «Враждебнаго противоположенія» элементовъ государственнаго и частнаго я во всемъ этомъ рѣшительно не усматриваю. Но точно также не усматриваю и той слабости правового образованія, изъза которой, по мнѣнію автора, приходится неустойчивое обѣщаніе. Правда, что рѣшеніе третейскаго судьи не надѣлялось въ Римѣ законной силой рѣшенія, что приемъ не получалась *res iudicata*, что *sententia arbitri* не создавала иска о приведеніи въ исполненіе. Но противъ этой, дѣйствительно кардинальной, слабости договорная неустойка или въ данномъ случаѣ такъ наз. *roena compromissa* была, вѣдь, совершенно безсильна. И это уже по той простой причинѣ, что она простиралась только на одинъ изъ двухъ частныхъ договоровъ, необходимыхъ для рѣшенія спора о правѣ третейскимъ судомъ, а именно только на договоръ спорящихъ лицъ между собою — договоръ, который обсуждался на основаніи началъ частнаго права и сравнительно мало подвергался публичноправовымъ вѣяніямъ. Напротивъ того: къ *receptum*<sup>1)</sup>, т. е. договору спорящихъ сторонъ съ избранникомъ ихъ совѣсти или будущимъ третейскимъ судьей, неустойка не имѣла никакого равно отношенія: этотъ второй договоръ находился въ прямомъ подчиненіи нормамъ преторскаго эдикта; онъ носилъ отпечатокъ по преимуществу процессуальный; на него, далѣе, распространялись въ немаломъ числѣ правила, заимствованныя изъ области гражданскаго судопроизводства, — но, наоборотъ, совсѣмъ не вліяла неустойка сторонъ, которая, вполнѣ естественно, и вообще оставалась безъ какого бы то ни было воздѣйствія на всю судебную сторону дѣла<sup>1)</sup>.

По моему мнѣнію, роль неустойки при римскомъ компромиссѣ въ общемъ ничѣмъ не отличается отъ той весьма обыкновенной ея роли, которая наблюдалась нами уже

<sup>1)</sup> Объ этомъ разграниченіи, которое Sjögren недостаточно принимаетъ во вниманіе, см. Matthiass, Die Entwicklung des römischen Schiedsgerichts стр. 18 сл. и Mitteis въ Kritische Vierteljahresschrift XXXIII стр. 344 сл.

раньше. Неустойка и здѣсь является напередъ установленнымъ интересомъ. Къ этому заключенію меня приводятъ два соображенія. Не слѣдуетъ, во-первыхъ, забывать, что обоюдное обѣщаніе при компромиссѣ уплатить неустойку—порядокъ только нормальный, а никакъ не исключительный, не единственно только возможный. Кроме этого способа, еще встрѣчаются, какъ извѣстно<sup>1)</sup>:

а) Прямое обѣщаніе, въ формѣ стипуляціи данное, о признаніи *arbitrium*'а, безъ присоединенія къ нему условія о неустойкѣ. Изъ такого обѣщанія вытекаетъ, разумѣется, *actio ex stipulatu*, и предметомъ ея служить интересъ:

fr. 27 § 7 D. h. t. (4, 8) (Ulpianus). *Sed si poena non fuisset adiecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio*

fr. 28 D. eod. (Paulus). *Non autem interest, certa an incerta summa compromissa sit, ut puta <quanti ea res erit>.*

б) *Compromissum* безъ всякой или, по крайней мѣрѣ, безъ обоюдной стипуляціи, съ отдачею только на храненіе самаго предмета спора: fr. 11 § 2 D. h. t. (Ulpianus).

в) *Compromissum nudo pacto*:

fr. 11 § 3 D. eod. *Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum...*

Равнымъ образомъ, источники представляютъ намъ еще рядъ другихъ модификацій, не говоря уже о нововведеніяхъ Юстиніана въ с. 4 и с. 5 h. t. (2, 55), выходящихъ, правда, за предѣлы строго римскаго института третейскаго суда.

Во-вторыхъ, — и этотъ доводъ важнѣе предыдущаго — обѣщаніе уплатить неустойку дается, вѣдь, точно также и въ обыкновенномъ процессѣ. И тамъ элементъ договорный имѣлъ огромное значеніе, какъ опять-таки извѣстно. Стоитъ только вспомнить все многочисленныя преторскія стипуляціи въ широкомъ смыслѣ слова. При такихъ условіяхъ небезъинтересно спросить: въ чемъ въ этихъ преторскихъ стипу-

<sup>1)</sup> Ср. Arndts Pand. § 270 прим. 1.

ляціяхъ заключалось требованіе стороны? Отвѣтъ, очевидно, долженъ быть данъ такой: помимо возвращенія спорной вещи (*restitutio rei*), требованіе или притязаніе всегда направлялось на вознагражденіе за причиненные вредъ и убытки, другими словами, на *inserta quantitas*,—на основаніи той части формулы, которая гласила: «*quanti ea res est*»: fr. 2 pr. § 2 D. de stip. praetor. 46, 5<sup>1)</sup>). Отсюда уже вполне понятно пользованіе неустойкою и въ этихъ случаяхъ. Что оно здѣсь практиковалось, мы знаемъ. Это обстоятельство засвидѣтельствовано въ рядѣ мѣстъ:

fr. 6 D. h. t. (Paulus). In omnibus praetoriis stipulationibus, in quibus primo fieri aliquid, deinde, si factum non sit, poenam inferimus, poenae nomine stipulatio committitur<sup>2)</sup>.

Но этого мало. По счастью, засвидѣтельствовано также и то, съ какой цѣлью практиковалось означенное пользованіе неустойкою, какого рода функции она здѣсь выполняла. Одинъ изъ римскихъ юристовъ выражается на этотъ счетъ особенно ясно. Это—Венулей въ уже знакомомъ намъ отрывкѣ изъ его *liber octavus actionum*:

In eiusmodi stipulationibus, quae «*quanti ea res est*» promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, et rel.<sup>3)</sup>.

Мы видимъ: указаніе классика безусловно согласуется съ обычнымъ назначеніемъ договорной пени (cf. § ult. I. de V. O. 3, 13) и подтверждаетъ весьма естественныя въ этомъ же смыслѣ предположенія. Остается отмѣтить, что между упомянутыми преторскими стипуляціями и компромиссомъ древняго Рима существуетъ самая тѣсная связь и ближайшая аналогія. Чрезвычайно справедливо по этому поводу замѣчаетъ Беккеръ, что мы наблюдаемъ одинъ и тотъ же процессъ или порядокъ вещей въ обѣихъ областяхъ—какъ въ области названныхъ стипуляцій, такъ и въ дѣлѣ компромисса. Въ послѣднемъ случаѣ трудности,

<sup>1)</sup> Ср. цитированный выше fr. 28 D. de receptis (4, 8).

<sup>2)</sup> Ср. еще, напримѣръ, fr. 8 § 2 D. ratam rem haberi (46, 8).

<sup>3)</sup> Fr. ult. D. h. t. (см. выше стр. 4).

сопряженный съ необходимымъ вычисленіемъ понесеннаго ущерба, могли, по мнѣнію Беккера, чрезвычайно рано всѣмъ броситься въ глаза, а потому вызвать постоянное обращеніе къ услугамъ опредѣленныхъ суммъ или цѣнностей<sup>1)</sup>.

Въ качествѣ второго «фундамента» для римской неустойки Sjögren'омъ выдвигается мировая сдѣлка. Мотивы, по которымъ авторъ приходитъ къ убѣжденію въ наличности непрочнаго и нуждающагося въ укрѣпленіи образованія, здѣсь въ сущности тѣ же самыя, что и при договорѣ компромисса. И въ трансактѣ предъ нами «опять-таки до извѣстной степени публичноправный договоръ, дѣйствию котораго присуща принципиальная слабость». Объективное право, должно, по выраженію Sjögren'a, относиться къ мировой сдѣлкѣ неувѣренно или скептически («sich zweifelnd stellen») — все по той же причинѣ, что рѣшеніе тяжбъ принадлежитъ судебнымъ мѣстамъ, а не сторонамъ.

Переходя къ оцѣнкѣ этого взгляда въ примѣненіи къ институту трансакта, я опять долженъ выразить свое коренное несогласіе съ авторомъ.

Мировая сдѣлка въ древнемъ Римѣ была частноправной сдѣлкой и осталась таковой. Правда, она сопоставляется съ рѣшеніемъ. Но принимать такое сравненіе или сближеніе (указываю преимущественно на с. 20 h. t. 2, 4) за наличную, такъ сказать, монету — глубоко ошибочно и до нѣкоторой степени наивно. Рядъ весьма извѣстныхъ положеній и мѣстъ источниковъ безпощадно разрушаетъ иллюзію подобнаго отождествленія и препятствуетъ проводить его въ конкретныхъ част-

<sup>1)</sup> Bekker, Die Aktionen II стр. 45 прим.: «Diesen Vorgang treffen wir auch bei den Kompromissen. Anspruch wider den, der vom schiedsrichterlichen Ausgleich abfällt, auf soviel als der andere, der vom schiedsrichterlichen Ausgleich abfällt, auf soviel als der andere, der dabei beharren möchte, durch diesen Abfall Schaden leidet; soviel betrüge das «*quanti res est*» das von jeder Seite zu versprechen wäre. Die Schwierigkeiten der erforderlichen Ermittlung mochten hier besonders früh in die Augen springen, und zur regelmässigen Substitution bestimmter Werte führen, ohne dass darum Kompromisse auf «*quanti res e.*» ganz aus der Praxis verschwunden wären....»

ностях<sup>1)</sup>. Подчеркнутая Sjögren'омъ природа института доказываетъ опять-таки не болѣе, какъ необходимость его признанія правомъ порядкомъ, надѣленія его высшей санкціей. Эта санкція, и вообще, разумѣется, важная, здѣсь, по исключенію, пріобрѣтаетъ особенно большой вѣсъ и значеніе. Но этимъ дѣло и ограничивается: другихъ послѣдствій отсюда не вытекаетъ. Такимъ образомъ, природа мировой сдѣлки рѣшительно не въ состояніи подтвердить воззрѣніе автора.

Между тѣмъ противъ автора говоритъ многое — говорить, между прочимъ, и такой серьезный моментъ, какъ безформенность мировой сдѣлки:

fr. 2 D. h. t. (2, 15) (Ulpianus). Transactum accipere quis potest... et si pactum conventum fuerit factum.

Нормальной (но только нормальной) формой трансакта служила, впрочемъ, такъ наз. *Aquiliana stipulatio* въ связи съ *asseptilatio*, — но по причинамъ совершенно спеціальнаго характера, какъ то явствуетъ изъ fr. 4 h. t.

Далѣе: усиленіе трансакта помощью неустойки насколько не было обязательно или предписано. Лучшимъ доказательствомъ въ этомъ смыслѣ можетъ служить тотъ фактъ, что во всемъ *tit. Dig. de transactionibus* о неустойкѣ рѣчь идетъ только въ двухъ отрывкахъ. При этомъ далеко не лишне еще отмѣтить, что оба раза совѣтъ воспользоваться условіемъ о пенѣ преподаютъ юристы позднѣйшаго классическаго, отчасти даже послѣклассическаго періода (это, какъ мы уже знаемъ<sup>2)</sup>, Павелъ въ fr. 15 и отчасти Гермогеніанъ въ fr. 16 h. t.); что, затѣмъ, неустойка при трансактѣ появляется по преимуществу въ кодексѣ и, наконецъ, что общепринятымъ придаткомъ мировой сдѣлки она становится лишь въ византійскій уже періодъ<sup>3)</sup>.

Предъ нами, слѣдовательно, процессъ развитія, который несомнѣнно, самымъ тѣснымъ образомъ связанъ съ упадкомъ со-

<sup>1)</sup> См. въ настоящее время, главнымъ образомъ, Oertmann'a, назв. соч. § 27.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 111 сл. и 119 сл.

<sup>3)</sup> Ср. самого Sjögren'a стр. 40 слл.

держанія и силы стипуляціи и акцептиляціи, но который, съ другой стороны, безспорно, совершенно бездоказателенъ для гипотезы о слабости трансакта въ исходной моментъ его развитія и о необходимости укрѣпить его вѣдствіе того неустойкою въ тотъ первоначальный періодъ его существованія.

Заслуживаетъ упоминанія еще и то, что въ эту позднѣйшую эпоху самый характеръ договорной неустойки весьма серьезно измѣняется. Изъ заранѣе таксированнаго сторонами въ пользу вѣрителя интереса она превращается, какъ намъ уже извѣстно<sup>1)</sup>, въ средство карательное, въ чистое (къ тому же нерѣдко уплачиваемое фиску) наказаніе. Альтернативное отношеніе между требованіями по основному и неустойчному обязательству прекращается, какъ мы помнимъ, и наступаетъ царство кумуляціи.

Не говоритъ въ пользу теоріи автора и большинство его остальныхъ, уже перечисленныхъ «фундаментовъ».

Такъ, если онъ указываетъ на предварительный договоръ, какъ на ненадежное правовое образованіе, требующее для себя опоры въ соглашеніи о неустойкѣ, — то цитируемый имъ, для обоснованія этого своего утвержденія, извѣстный fr. 68 D. de V. O. (45, 1) не только не оправдываетъ дѣлаемой на него ссылки, но даже прямо идетъ въ разрѣзъ съ тезисомъ автора.

Достаточно привести означенное мѣсто:

Paulus libro secundo ad edictum Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulatus fuero: «pecuniam te mihi crediturum spondes?», incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest,

чтобы видѣть, что въ немъ присваивается неустойкѣ совсѣмъ иная роль, чѣмъ та, на которой настаиваетъ Sjögren. Со всей желательной ясностью Павелъ учитъ, что условіе о пенѣ обращаетъ стипуляцію изъ неопредѣленной по своему предмету или размѣру («incerta») въ точно опредѣленную

<sup>1)</sup> См. выше стр. 116 слл.



(«certa»); что, другими словами, неустойка здѣсь, какъ и вообще, служить дѣлу таксаціи убытковъ. По странному недоразумѣнію, Sjögren съ этимъ именно значеніемъ изслѣдуемаго института удивительно мало считается, а, взамѣнъ того, открываетъ въ словахъ Павла совершенно не существующее положеніе, будто юридическое дѣйствіе всякаго pactum'a de contrahendo, въ томъ числѣ и облеченнаго въ форму стипуляціи «непрочно» и «сомнительно», разъ при немъ нѣтъ дополнителяго обѣщанія неустойки.

Равнымъ образомъ, неправъ Sjögren и тогда, когда полагаетъ, что римскій договоръ товарищества былъ внутренне дотою слабымъ построеніемъ, что даже присоединеніе къ нему стипуляціи <sup>1)</sup> мало въ чемъ могло помочь горю. Простой абстрактный договоръ, думаетъ авторъ, въ самой незначительной только мѣрѣ способенъ былъ устранить эту слабость, и только стипуляція съ условіемъ о пенѣ оказывалась въ силахъ привести «нѣчто новое» и доставить дѣйствительное обезпеченіе.

На самомъ же дѣлѣ весь вопросъ и здѣсь заключается въ оцѣнкѣ интереса. Прямо немислимо, чтобы заключенный путемъ двусторонней стипуляціи договоръ товарищества могъ оказаться непрочнымъ и нуждаться еще въ укрѣпленіи. Всякое утвержденіе въ этомъ смыслѣ неизбѣжно разбивается о неоспоримыя и незыблемыя данныя изъ области римскоправовой системы контрактовъ. Нельзя не обратить вниманіе также, что мѣста въ законодательныхъ сборникахъ Юстиніана, трактующія о неустойкѣ при societas, далеко не многочисленны: въ tit. Dig. pro socio такихъ (разсмотрѣнныхъ нами) <sup>2)</sup> отрывковъ всего лишь три: fr. 41, 42 и 71 pr. Всѣ они, вдобавокъ, относятся опять-таки къ позднеклассическому періоду и не оставляютъ никакого сомнѣнія на тотъ счетъ, въ чемъ искать основанія для привлеченія неустойки. Что это основаніе не заключается въ слабости основнаго договора,

<sup>1)</sup> Точнѣе: стипуляціи «съ предисловіемъ», cum praefatione (fr. 134 § 1 D. de V. O.) или такъ наз. «Rescriptiv stipulation», по принятой теперь въ нѣмецкой романистической литературѣ терминологіи.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 55 слл. и 151 слл.

всего лучше видно из того обстоятельства, что во всех трех цитированных отрывках признается неоспоримое право и полная возможность обратиться къ иску изъ самой *societas*, т. е. къ (сопровождаемой безчестіемъ!) *actio pro socio*.

Совершенно неправильнымъ, наконецъ, должно быть названо указаніе Sjögren'a на обязанность платить проценты, какъ на типичный фундаментъ (въ принятомъ авторомъ смыслѣ) для неустойчнаго условія. Положеніе, будто право на проценты не является «прочнымъ», разумѣется, произвольно — произвольно даже по адресу *usurae quae officio iudicis praestantur*, а тѣмъ болѣе въ примѣненіи къ *usurae ex obligatione* при *stricti iuris iudicia*, гдѣ проценты, какъ извѣстно, должны были стипулироваться вѣрительемъ, — такимъ же точно образомъ, какъ и самая неустойка<sup>1)</sup>. Что въ послѣднемъ случаѣ участники сдѣлки никакъ уже не могли ощущать потребность въ сообщеніи ей большей устойчивости или силы, признаетъ и самъ Sjögren. Но тогда ясно, что если, несмотря на это, мы въ источникахъ неоднократно встрѣчаемъ *stipulatio roepae* въ соединеніи именно съ займомъ, то причина и цѣль подобнаго привнесенія неустойчнаго условія не могутъ состоять въ томъ, въ чемъ ихъ находятъ Sjögren. А могутъ онѣ состоять и дѣйствительно состоятъ единственно въ желаніи дать точную оцѣнку имѣющему быть уплаченнымъ вознагражденію, въ стремленіи [заблаговременно предупредить всякаго рода излишніе споры и проволочки, въ намѣреніи замѣнить неизвѣстное или неопредѣленное заранѣе извѣстнымъ и строго опредѣленнымъ<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Отмѣтимъ, что fr. 47 D. de A. E. V. Sjögren'омъ (стр. 63), видимо, не понятъ, ибо онъ цитируется имъ въ доказательство того, что обязательство уплаты процентовъ приходилось усиливать посредствомъ неустойки. Во избѣжаніе повтореній, я отсылаю къ данному раньше (стр. 120 слл.) толкованію этого (несовсѣмъ, впрочемъ, легкаго) отрывка.

<sup>2)</sup> При этомъ мною, конечно, оставляется въ сторонѣ другое примѣненіе неустойки — примѣненіе неправомѣрное, выражающееся въ пользованіи ею съ цѣлью обхода высшаго предѣла дозволеннаго закономъ роста, т. е. въ видахъ скрытаго ростовщичества (см. ниже § 24).

Послѣ всего сказаннаго справедливо будетъ признать неосостоятельны мѣ утверженіе автора, будто римская неустойка первоначально присоединялась только къ слабому въ правовомъ смыслѣ образованію, или фундаменту, нуждающемуся въ усиленіи, какъ выражается авторъ. Въ такой абсолютной формѣ теорія (точнѣе гипотеза) Sjögren'a о томъ, что договорная пеня—не болѣе, какъ своего рода опора или «клюва» на случай немощи, не заслуживаетъ одобренія и должна быть отвергнута.

Правда, въ основной своей идеѣ эта гипотеза (не взирая на узко одностороннюю постановку вопроса и на сказанное доктринерство автора) все-таки заключаетъ крупинку истины. Факты дѣйствительно подтверждаютъ существованіе одного-другого института, развившагося въ тѣснѣйшей связи съ обѣщаніемъ неустойки и при несомнѣнной ея помощи. Но всякое обобщеніе въ этомъ направленіи оказывается преувеличеніемъ и насиліемъ противъ тѣхъ же историческихъ фактовъ и римскоправовыхъ источниковъ, — поскольку тѣ и другіе доступны научному раскрытію.

Справедливо, во-первыхъ, что роль средства укрѣпленія при слабомъ правовомъ образованіи наша неустойка сыграла при договорномъ установленіи сервитутовъ. Что здѣсь дѣйствительно была и чувствовалась потребность въ усиленіи, слишкомъ хорошо извѣстно, чтобы нужно было останавливаться на этомъ вопросѣ подробнѣе. Въ знаменитомъ разсказѣ Гая (II, 31) (повторяющемся въ источникахъ не одинъ разъ) относительно созданія сервитутовъ «*pactionibus et stipulationibus*» подъ послѣдними, безспорно, должны пониматься именно штрафныя или неустойчныя стипуляціи. Въ соединеніи съ этимъ, не можетъ подлежать сомнѣнію, что первоначально примѣненіе пени въ данной области почти не знало исключеній. Если вспомнить содержаніе нѣкоторыхъ отрывковъ римскихъ юристовъ (хотя бы интереснаго fr. 7 D. si serv. vind. 8, 5 Павла съ его характерной cautio, cf. fr. 85 § 3 D. de V. O. 45, 1), то можно даже возсоздать болѣе или менѣе ясную картину занимающихъ насъ здѣсь случаевъ. Дѣло, очевидно, происходило слѣдующимъ образомъ: промитентъ давалъ обѣщаніе за себя и своихъ наслѣдниковъ, что ни самому стипулятору, ни его наслѣдникамъ не будутъ чиниться никакія препятствія при пользованіи приобретаемымъ

сервитутомъ — подѣ страхомъ уплаты, въ случаѣ нарушенія этого обѣщанія, неустойки въ известномъ размѣрѣ<sup>1)</sup>. Даже много позже еще договорная пеня остается въ употребленіи, и употребленіи постоянномъ, хотя, впрочемъ, не прямо уже обязательномъ<sup>2)</sup>.

Не спорю, во-вторыхъ, и противъ того взгляда автора, что договоры въ пользу третьихъ лицъ и во вредъ имъ, какъ равнымъ образомъ обязательства, лишенные денежнаго (имущественнаго) интереса, дѣйствительно должны были казаться въ древнемъ Римѣ непрочными и нуждавшимися въ укрѣпленіи помощью неустойчнаго соглашенія.

Относительно перваго рода договоровъ дѣло не подлежитъ никакому, конечно, сомнѣнію: классики явно указываютъ на *stipulatio roeanae*, какъ на средство придать значеніе такому договору. Сошлюсь только на известный fr. 38 §§ 1, 2, 4, 17 D. de V. O. (45, 1) Ульпіана и на дословное почти повтореніе содержащейся въ немъ мысли еще Юстиніаномъ въ его § 19 I. de inutil. stipul. 3, 19)<sup>3)</sup>.

Но точно также вѣрно, что и въ дѣлѣ признанія неимущественнаго интереса неустойка выполнила именно ту задачу, которую ей приписываетъ Sjögren. И здѣсь она доставляла защиту, которой, помимо нея, нельзя было добиться. Гдѣ съ обѣщаннымъ дѣйствіемъ не было связано имущественнаго интереса, тамъ неустойчное соглашеніе являлось на практикѣ прямо-таки необходимымъ. Такъ оно было, на примѣръ, когда объектомъ обѣщанія служило отпущеніе на волю раба (fr. 122 § 2 de V. O.)<sup>4)</sup>, или когда дѣло шло о дозволеніи или недозволеніи похоронить покойника въ погупаемомъ мѣстѣ (fr. 11 de relig. 11. 7)<sup>5)</sup>. Въ этихъ и подобныхъ случаяхъ контрагентъ, который усабливался насчетъ неустойки, избавлялся отъ необходимости доказывать свой инте-

1) Cf. Theophil. II, 3 § 4.

2) Ср., на примѣръ, fr. 2 §§ 5, 6 D. de V. O. (45, 1), гдѣ о *roeana* не упоминается.

3) См. выше стр. 78 сл., гдѣ этотъ параграфъ приведенъ цѣликомъ.

4) См. выше стр. 153.

5) Ср. Pernice, *Labeo* III стр. 147, а также 83 сл.

рестъ и, слѣдовательно, отъ необходимости представленія данныхъ, которыхъ онъ фактически представить не могъ. И объ этомъ тоже повѣствуетъ уже цитированное изреченіе Ульпіана, заключительныя слова котораго относятся и къ настоящему вопросу.

Fr. 38 § 17 cit. i. f. .... poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.

Для Юстиніанова права, отмѣчу еще въ заключеніе, два послѣдніе, только-что поименованные случая являются вмѣстѣ съ тѣмъ и единственными, когда договорная пеня служитъ только косвеннымъ психологическимъ стимуломъ, когда, другими словами, исключительная ея цѣль заключается въ побужденіи должника къ выполненію извѣстнаго дѣйствія, которое само по себѣ не составляетъ предмета обязательства, а потому и не можетъ быть потребовано отъ должника или отвѣтчика. При такихъ условіяхъ, неустойка перестаетъ служить средствомъ укрѣпленія обязательства и обращается въ средство замѣны обязательства. Соответственно съ этимъ, здѣсь невозможенъ вопросъ о какомъ-либо конкурентномъ отношеніи (альтернативіи или кумуляціи) между принадлежащими вѣрителю требованіями, — ибо двухъ требованій у вѣрителя вовсе нѣтъ, а есть только одно требованіе, создаваемое соглашеніемъ о неустойкѣ.

Съ точки зрѣнія догматика мнѣ вслѣдствіе того кажется вполне основательнымъ усматривать въ обоихъ случаяхъ ненормальную до извѣстной степени функцію неустойки. Весьма мѣтко поэтому, на мой взглядъ, выражается Экк<sup>1)</sup>, когда говоритъ, что въ нихъ нѣтъ болѣе настоящей договорной пени, а имѣется только «Pseudoconventionalstrafe», т. е. лже неустойка<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Въ своихъ образцовыхъ чтеніяхъ по пандектному праву.

<sup>2)</sup> Сказаннымъ въ текстѣ опровергается въ то же время ученіе тѣхъ писателей, которые, на основаніи обобщенія упомянутыхъ исключительныхъ случаевъ примѣненія неустойки (точнѣе: quasi-неустойки) заключаютъ, что неустойное соглашеніе не отличается акцессорнымъ характеромъ и что въ понятіе его не входитъ реквизитъ укрѣ-

Впрочемъ, и съ точки зрѣнія юриста-историка дѣло едва-ли мѣняется. Вопросъ все-таки представляется въ томъ же или почти въ томъ же свѣтѣ. Если отвлечься отъ двухъ-трехъ спорадическихъ случаевъ приложенія неустойки въ до-классическомъ правѣ (напомню о разсмотрѣнной уже роли неустойки при установленіи сервитута и укажу еще, что подобная же историческая роль, быть можетъ или даже вѣроятно, выпала на долю неустойки и въ процессѣ призна-нія стипуляціи, направленной на *facere*, а не на  *dare*)<sup>1)</sup>,—то оказывается, что мы постоянно встрѣчаемся съ одной и той же, неизмѣнной природою неустойки: это всюду и вездѣ

пленія обязательства. См. выше стр. 13 сл. Любопытно отмѣтить, что о противоположномъ, т. е. правильномъ, ученіи, едва-ли не господствующемъ (если не ограничиваться французскою только литературою), французскіе юристы нѣрѣдко отзываются, какъ объ ученіи уже отжившемъ. Такъ Lacaze (назв. соч. стр. 41) замѣчаетъ: «*Cette doctrine, qui a joui d'une très-grande faveur près des anciens interprètes du Droit romain, compte aujourd'hui peu (?) de partisans.*»

Нелишне еще, быть можетъ, обратить вниманіе на то обстоятельство, что занимающіе насъ здѣсь рѣдкіе случаи не слѣдуетъ смѣшивать со случаями римской двучленной стипуляціи, на которой мы останавливались достаточно долго и въ первомъ отдѣлѣ и въ настоящей главѣ второго отдѣла. Нельзя упускать изъ виду, что въ стипуляціи, гласящей: «*Pamphillum dari spondes? si non dederis, centum dari spondes?*» (fr. 115 § 2 de V. O.) уже первая ея половина, независимо отъ присоединенія къ ней второй стипуляціи, безусловно дѣйствительна и способна подлежать осуществленію судебнымъ порядкомъ, путемъ соответственнаго иска. Прида-точный характеръ неустойчнаго обѣщанія и здѣсь, такимъ образомъ, внѣ всякаго сомнѣнія. Отсюда классиками дѣлается слѣдующій, между прочимъ, вполне резонный выводъ:

Fr. 126 § 3 D. de V. O. Paulus libro tertio quaestionum. Si ita stipulatus fuero te sisti et, nisi steteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est: detracta secunda stipulatione prior manet utilis et perinde erit, ac si te sisti stipulatus essem.

Cf. fr. 97 pr. D. cod. (Celsus) (и Code civil ст. 1227 п. 2: «*La nullité de celle-ci—scil. de la clause pénale—n'entraîne point celle de l'obligation principale.*»).

Къ «женеустойкѣ» все это, конечно, непримѣнимо.

<sup>1)</sup> Ср. Карлова *Röm. Rechtsgesch.* II стр. 719, Sjögren назв. соч. стр. 36 слл.

интересъ, заранѣе опредѣленный посредствомъ автономной таксаціи сторонъ.

Еще только два слова о другомъ воззрѣніи нашего автора — воззрѣніи, чрезвычайно близко подходящемъ къ уже знакомому намъ и разобранному ученію Вендта<sup>1)</sup>. Опираясь на послѣдняго, и Sjögren всячески выставляетъ и подчеркиваетъ штрафной, карательный характеръ изслѣдуемаго института въ римскомъ правѣ, сравнивая неустойку съ закономъ установленнымъ возмездіемъ и характеризую ее, какъ ослабѣвшую въ теченіе вѣковъ форму плъи разновидность публично-правового наказанія<sup>2)</sup>. Что Вендтъ не сумѣлъ обосновать своего сопоставленія и взгляда и не успѣлъ его сдѣлать хотя нѣсколько правдоподобнымъ, — мы уже знаемъ. Мнѣ остается добавить, что и Sjögren'у это удалось не лучше. Онъ не выдвигаетъ ни одного новаго момента въ качествѣ связующаго звена между сближаемыми явленіями, не приводитъ ни одной мало-мальски существенной черты въ пользу защищаемой имъ конструкціи.]

<sup>1)</sup> См. выше стр. 86 сл.

<sup>2)</sup> Sjögren назв. соч. стр. 11 сл., 45, 82 сл.

## ЧАСТЬ II.

Неустойка и интересъ въ ихъ взаимоотношеніи по новымъ кодексамъ.



СП6ГУ

I.

Прусско-французская система.

---

§ 15.

*Прусское Земское Уложение.*

Нормировку неустойки Ландрехтъ начинается слѣдующимъ характернымъ опредѣленіемъ:

I, 5 § 292. Das Interesse, welches ein Contrahent dem Andern bei nichtgehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im voraus bestimmt werden.

Итакъ, по смыслу этой статьи договорная неустойка не иное что, какъ напередъ опредѣленный интересъ. О силѣ этого принципа въ прусскомъ правѣ спорять. Фёрстеръ и Дернбургъ въ своихъ извѣстныхъ курсахъ высказываютъ два, прямо противоположные взгляда. Первый полагаетъ, что пеня имѣетъ одну только функцію замѣны интереса и что единственная ея цѣль — это стремленіе исправить или «компенсировать тотъ имущественный вредъ, который причиненъ управомоченному лицу неисполненіемъ или нарушеніемъ обязательственнаго долга»<sup>1)</sup>. Напротивъ того, Дернбургъ утвер-

---

<sup>1)</sup> Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privat rechts I § 107, прил. 3.

ждаетъ, что въ приведенномъ параграфѣ кодекса даже нельзя видѣть указанія на сущность пени <sup>1)</sup>).

И тотъ и другой взглядъ мнѣ представляется крайнимъ, а потому неправильнымъ. Вѣрнѣе будетъ согласиться съ третьимъ мнѣніемъ, занимающимъ золотую середину и выраженнымъ, между прочимъ, главными комментаторами прусскаго права, Koch'омъ и Gruchot'омъ. Не отрицая того свойства договорной пени, которое выдвигается интересующей насъ нормою, они основательно замѣчаютъ, что имъ нѣсколько однако не исчерпывается понятіе неустойки. И это потому, что и въ Пруссіи, несомнѣнно, контрагенты, уславливаясь насчетъ неустойки, имѣютъ ввиду угрозою пени побудить къ достоятельному исполненію принятаго обязательства, что и тамъ, слѣдовательно, неустойка, помимо своего значенія въ качествѣ заранее оцѣненнаго интереса, является вмѣстѣ съ тѣмъ средствомъ укрѣпленія договора и обезпеченія кредитора въ этомъ также смыслѣ.

Что неустойка и по Ландрехту не сводится исключительно къ одному интересу, на мой взглядъ, доказывається уже наличностью въ немъ самомъ такихъ, напримеръ, положеній, какъ I, 5 §§ 308, 309, допускающихъ обѣщаніе пени третьему лицу, непричастному къ сдѣлкѣ между данными сторонами и, быть можетъ, совершенно не заинтересованному въ правильномъ осуществленіи должникомъ договора <sup>2)</sup>).

Вотъ въ этой-то, не упомянутой въ Ландрехтѣ роли неустойки Дербургъ усматриваетъ весь центръ тяжести. Рѣшающимъ для него — и по прусскому праву — является значеніе неустойки, какъ угрозы, способной побудить должника къ добросовѣстному выполненію лежащаго на немъ обязательства.

Но этотъ взглядъ страдаетъ, повторяю, односторонностью. Съ Дербургомъ еще можно согласиться, когда онъ заявляетъ: «Diess (т. е. подчеркнутая имъ функція) muss auch im preussi-

<sup>1)</sup> Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts II § 39, прим. 6.

<sup>2)</sup> Koch, Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preussischem Rechte II § 114 прим. 1, Gruchot въ своихъ Beiträge zur Erläuterung des preussischen Privatrechts II стр. 133 слл.

<sup>3)</sup> Ср. комментарий Коха къ относящимся сюда статьямъ и, главнымъ образомъ, къ I, 5 § 302, примѣч. 8.

schen Rechte durchschlagen. Die eingeführten Rechtssätze sind hiermit auch sehr wohl vereinbar». Но никакъ уже нельзя признать его правоту, когда онъ дальше говоритъ (на что мною раньше указывалось): «Sie treffen hiernach (?) nicht das Wesen des Instituts, sondern sind nur nebensächlicher Natur».

Насколько, дѣйствительно, выдвинутый прусскимъ законодателемъ моментъ интереса сказывается во всемъ ученіи Ландрехта о неустойкѣ и въ особенности отражается на отдѣльныхъ положеніяхъ, регулирующихъ изслѣдуемое взаимоотношеніе между неустойкою и интересомъ, приводя здѣсь къ результату отличному отъ того, который нами найденъ былъ для римскаго и пандектнаго права, — выясняется уже изъ краткаго обзорѣнія нормъ Земскаго Уложенія по занимающему насъ вопросу.

Уже I, 5 § 293 гласитъ:

Wo dergleichen Strafe festgesetzt worden, da findet die Forderung eines höheren Interesse nicht statt.

Отсюда, правда, слѣдуетъ, что и въ прусскомъ также правѣ кредитору принадлежитъ выборъ между требованіями, съ одной стороны, на неустойку, а, съ другой, на главное (еще выполнимое) дѣйствіе основнаго обязательства. Но изъ этого же параграфа съ очевидностью вытекаетъ, что какъ только основное дѣйствіе перестало быть выполнимымъ *in natura*, то у вѣрителя сохраняется одно только право—право на искъ въ размѣрѣ неустойки или, что то же, право взыскать неустойку. Никакихъ иныхъ требованій относительно должника у него не остается. Вотъ здѣсь-то и коренится практически важнѣйшее отступленіе отъ знакомой намъ нормировки вопроса на основаніи постановленій законодательныхъ сборниковъ Юстиніана.

Совершенно аналогично съ тѣмъ, что сейчасъ замѣчено, должно обсуждать наше отношеніе и въ томъ случаѣ, когда неустойка призвана обезпечить собою не полное нарушеніе должникомъ своего обязательства, а нарушеніе только частичное, въ родѣ запозданія или какого-нибудь дефекта требуемаго дѣйствія. Выписанный § 293, безспорно, примѣнимъ и къ такого рода соглашенію сторонъ. Тутъ кредиторъ вправѣ предъявить требованіе объ уплатѣ неустойки сверхъ исполненія главнаго обязательства, но разно-

образить это свое требованіе онъ не можетъ. Направить въ этомъ случаѣ свое взысканіе на интересъ, вмѣсто пени, ему не дозволено. Альтернативнаго выбора между неустойкою и суммою понесенныхъ убытковъ онъ не имѣетъ, а, слѣдовательно, не имѣетъ и права дополнительнаго требованія того плюса или остатка, на какой дѣйствительный ущербъ превышаетъ обѣщанную неустойку.

Въ римскомъ правѣ строго альтернативное отношеніе двухъ интересующихъ насъ требованій дало намъ основаніе охарактеризовать договорную пеню, какъ заранѣе послѣдовавшую въ пользу вѣрителя оцѣнку интереса <sup>1)</sup>. Въ примѣненіи къ Прусскому Земскому Уложенію эту формулу необходимо нѣсколько видоизмѣнить, отбросивъ слова «въ пользу вѣрителя». Для прусскаго законодателя пеня является такасаціей интереса, однаково обязательной для обѣихъ сторонъ: по установленіи пени, вѣритель точно такъ же, какъ и должникъ, лишается права уклониться отъ размѣровъ суммы, точно опредѣленной неустойчимъ условіемъ. Онъ утрачиваетъ, такимъ образомъ, свое естественное право, вытекающее изъ главнаго договора, искать нанесеннаго ему ущерба, требовать вознагражденія на общихъ началахъ.

Въ результатъ нетрудно видѣть, что въ прусскомъ правѣ неустойка далеко не всегда можетъ быть названа благотельнымъ институтомъ для кредитора. Выговоривъ себѣ пеню по договору, вѣритель можетъ очутиться въ худшемъ положеніи, чѣмъ если бы никакого прибавленія къ основному договору сдѣлано не было. Этотъ причиняемый дополнительнымъ условіемъ вредъ нерѣдко можетъ оказаться относительно даже весьма серіознымъ и ощутительнымъ. Поясню свою мысль слѣдующимъ несложнымъ казусомъ.

Архитекторъ или подрядчикъ заключаетъ съ капиталистомъ и будущимъ домовладѣльцемъ условіе, въ силу котораго онъ, подрядчикъ, обязуется за извѣстную сумму выстроить домъ, согласно представляемому плану. Домъ этотъ въ готовомъ видѣ подлежитъ передачѣ не позже точно опредѣленнаго срока, 1-го

<sup>1)</sup> См. выше § 7.

октября слѣдующаго года, подъ угрозою платежа въ противномъ случаѣ неустойки въ двѣ тысячи за каждый мѣсяцъ промедленія. И у насъ, а тѣмъ болѣе на Западѣ дома или, точнѣе, отдѣльныя въ нихъ квартиры часто сдаются уже тогда, когда домъ отстроень еще только вчернѣ. Такъ оно произошло и въ нашемъ случаѣ. Домовладѣлецъ уже лѣтомъ, т. е. за нѣсколько мѣсяцевъ до указаннаго срока, заключилъ рядъ контрактовъ о наймѣ, срокомъ съ октября мѣсяца.

Къ сожалѣнію, архитекторъ запаздываетъ, и домъ къ этому времени еще далеко не отдѣланъ. Тогда наниматели, уже успѣвшіе отказаться отъ своихъ прежнихъ квартиръ, остаются къ 1-му октября безъ помѣщенія и временно перезжаютъ въ гостиницы — конечно, за счетъ домохозяина. Послѣдній, въ предвидѣніи могущаго произойти промедленія, выговорилъ, какъ сказано, неустойку. Но, какъ теперь выясняется, эта неустойка едва-ли его обезпечитъ. Она не можетъ покрыть всѣхъ убытковъ на томъ основаніи, что въ октябрѣ мѣсяцѣ цѣны въ гостиницахъ оказываются вдругъ необыкновенно высокія (въ зависимости отъ непредвидѣннаго обстоятельства: одно многочисленное общество избираетъ данный именно городъ мѣстомъ своего годичнаго съѣзда).

И дѣйствительно: когда къ 1-му числу слѣдующаго, ноября мѣсяца домъ благополучно сдается и въ немъ, наконецъ, поселяются наниматели, когда затѣмъ производится расплата и подводятся счета, то въ итогѣ получается, что нашъ домохозяинъ терпитъ убытки въ цѣлыхъ пять тысячъ. Но ему, казалось бы, тревожиться нечего: свои убытки онъ долженъ имѣть право переложить, въ свою очередь, на плечи своего неисправнаго контрагента, — другими словами, ему должна быть дана возможность взыскать означенныя пять тысячъ съ подрядчика.

Такъ, дѣйствительно, слѣдовало бы на общемъ основаніи. Но на самомъ дѣлѣ регулированіе отношеній по прусскому праву произойдетъ иначе. Подрядчикомъ была обѣщана неустойка въ размѣрѣ двухъ тысячъ. Никакого другаго вознагражденія, стало быть, по точному смыслу извѣстнаго намъ I, 5 § 293, требовать нельзя. Больше-ли, меньше-ли дѣйствительный вредъ, — безразлично. Если этотъ вредъ теперь достигаетъ пяти тысячъ, то выводъ отсюда возможенъ только одинъ: разность въ три тысячи не перелagается на под-

рядчика, а несетса самимъ домохозяиномъ, который вправѣ съ него искать всего только двухъ тысячъ, согласно безповоротно установленной пенѣ.

При такихъ условіяхъ до очевидности яено, что тотъ же подыжавшій домохозяинъ очутился бы въ болѣе выгодномъ положеніи, если бы вовсе не договаривался насчетъ неустойки и вовсе не задумалъ усиливать обязательство подрядчика добавочнымъ соглашеніемъ неустойчнаго характера.

Совершенно такъ же обстоитъ дѣло и тогда, когда требованію подлежатъ проценты за проволочку (ex mora), если при этомъ была также выговорена пеня на случай неисправнаго платежа денежнаго долга. Определенная по договору неустойка здѣсь всецѣло поглощаетъ закономъ установленный интересъ или, точнѣе, закономъ предусматриваемые проценты. И здѣсь, слѣдовательно, вѣрителю можно только рекомендовать осторожность: его дѣло взвѣсить, насколько придаточное условіе вообще желательно; сообразить, не свяжетъ-ли оно его въ будущемъ, ограничивъ его претензію цифрою пени—цифрой, быть можетъ, малою сравнительно съ суммою, допускаемой въ видѣ вознагражденія помимо всякихъ особыхъ соглашеній <sup>1)</sup>.

Сказаннымъ вмѣстѣ съ тѣмъ предрѣшается вопросъ о цѣлесообразности истолкованныхъ нормъ прусскаго уложенія.

Въ дополненіе къ этому, а равнымъ образомъ въ развитіе соображеній, приводившихся раньше, при обсужденіи нормъ римскаго права <sup>2)</sup>, я замѣчу еще только слѣдующее.

Прусскими юристами справедливо подчеркивается, что «договоръ неустойки своей цѣлью имѣетъ обезпеченіе права

<sup>1)</sup> См. въ особенности Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals LXVII стр. 323 (или Archiv Striethorst'a для этихъ рѣшеній LXXXVI стр. 181), гдѣ высшее судебное мѣсто оперируетъ съ «законнымъ понятіемъ неустойки», отыскивая его въ «устанавливаемомъ по договору возмѣщеніи интереса». Ср. еще Förster-Eccius назв. соч. I § 107 прим. 19.

<sup>2)</sup> См. выше § 7 стр. 83 слл.

вѣрителя и усиленіе обязательства должника, но отнюдь не какое-либо ограниченіе вѣрителя въ дѣлѣ осуществленія имъ своихъ притязаній»<sup>1)</sup>. Съ этимъ нельзя не согласиться. Откуда бы, въ самомъ дѣлѣ, могло получиться подобное ограниченіе?! Вѣдь, выговаривая себѣ известную пеню дополнительнымъ порядкомъ, путемъ придаточнаго условія, вѣритель тѣмъ самымъ не выражаетъ намѣренія и не думаетъ отречься, отказываться отъ какого-либо изъ принадлежащихъ ему на общемъ основаніи правъ—правъ, вполне естественно вытекающихъ изъ основнаго заключеннаго между сторонами договора.

И далѣе: отпавляясь отъ представленія о договорной неустойкѣ, какъ о стимулѣ или психологическомъ мотивѣ къ выполненію обязательства, необходимо прійти къ тому (впрочемъ, посредственному) выводу, что неустойка стремится къ доставленію выгоды кредитору, а не должнику. А потому—продолжаетъ тотъ же Gruchot—слѣдуетъ признать, что правило § 293 Ландрехта «не соотвѣтствуетъ природѣ правоотношенія и способно повести къ величайшей несправедливости или обидѣ («zu den grössten Härten») во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда при самомъ опредѣленіи неустойки еще нельзя составить понятіе о будущемъ интересѣ вѣрителя, который можетъ выясниться лишь впоследствии, въ зависимости отъ позднѣйшихъ обстоятельствъ»<sup>2)</sup>.

Въ видѣ иллюстраціи къ мнѣнію Gruchot'a я сошлюсь на представленный мною примѣръ съ подрядчикомъ по постройкѣ дома.

Но и этимъ, какъ мнѣ кажется, еще не исчерпываются отрицательныя стороны разбираемаго регулированія вопроса. Оно влечетъ за собою нежелательныя послѣдствія еще и другого рода. Если, вмѣстѣ съ Петражицкимъ<sup>3)</sup>, стать на почву прин-

<sup>1)</sup> Gruchot въ указанномъ мѣстѣ стр. 137 сл.

<sup>2)</sup> Ср. еще выписанные у Gruchot'a I. с. мотивы къ соотвѣтственной статьѣ дѣйствовавшаго до послѣдняго времени германскаго торговаго уложенія (см. ниже), извлеченные имъ изъ протоколовъ Нюрнбергской конференціи для выработки проекта торговаго законодательства. Подробнѣе у Lutz'a, Protokolle etc. II стр. 411 сл. и III стр. 1312 сл.

<sup>3)</sup> Bona fides въ гражд. правѣ стр. 224.



цпа «мотиваціи» или «этическаго въздѣйствія», то прійдется признать, что начало, принятое прусскимъ законодателемъ, и съ точки зрѣнія гражданско-политической едва ли заслуживаетъ одобренія или замѣтвованія.

Въ самомъ дѣлѣ: не даетъ-ли оно вѣрителю нерѣдко поводъ и возможность измѣнять въ нѣкоторой части свое обязательство или произвольно отступать отъ него? Полагаю, что даетъ. Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ только нѣсколько модифицировать все тотъ же случай договора домохозяина съ архитекторомъ. Представимъ себѣ, что просрочка, о которой тамъ велась рѣчь, произошла не случайно. Допустимъ, что въ силу какихъ-нибудь опредѣленныхъ, но переходящихъ, временныхъ причинъ дома сразу поднялись въ цѣнѣ и что вмѣстѣ съ тѣмъ повысилась и стоимость квартиръ, а, равнымъ образомъ, вслѣдствіе значительно увеличившагося спроса, стоимость строительнаго матеріала и, главное, рабочаго труда, — подневная плата каменщиковъ, плотниковъ, землекоповъ и т. д. Пусть, предположимъ далѣе, все это является результатомъ игры или спекуляціи на дома, того, что подчасъ называется строительной горячкой. Прекращеніе искусственнаго повышения и быстрое затѣмъ паденіе цѣнъ нетрудно предвидѣть, но мѣсяць, два, три, а, быть можетъ, даже полгода и больше цѣны все-таки поддерживаются на ненормальномъ уровнѣ, и съ этимъ, конечно, обязательно считается<sup>1)</sup>. При такихъ условіяхъ можетъ легко случиться, что для нашего архитектора расходы по своей временной сдачѣ дома превысятъ сумму неустойки, вслѣдствіе чего онъ подвергнется искушенію (въ несчастію, весьма часто непреодолимому) затянуть, продлить постройку, разчитывая (и не безъ основанія), что по прошествіи горячихъ, дѣтнихъ, скажемъ, мѣсяцевъ и съ возвращеніемъ къ прежнимъ условіямъ, ему дешевле обойдется выполненіе принятаго на себя обязательства. И дѣйствительно, въ итогѣ получается, что, даже уплативъ неустойку, онъ все-таки, благодаря существенной разницѣ въ цѣнахъ до и послѣ условленнаго срока, выигралъ, заработалъ. Между тѣмъ, подобныя соображенія и

<sup>1)</sup> Укажу, что въ ту минуту, когда я пишу эти строки, городъ Одесса переживаетъ подобное приблизительно состояніе: данный примѣръ не можетъ, стало быть, считаться невѣроятнымъ.

«дѣла» были бы, разумѣется, немислимы, если бы, несмотря на соглашеніе о пенѣ, должникъ могъ тѣмъ не менѣе быть привлеченъ къ отвѣтственности въ размѣрѣ дѣйствительно причиненныхъ контрагенту убытковъ: ему тогда пришлось бы слишкомъ дорого поплатиться за преднамѣренную его неискренность, а потому для него, несомнѣнно, исчезъ бы всякій поводъ къ соблазну и борьбѣ съ нимъ.

Что подобный въ самыхъ крупныхъ штрихахъ обрисованный порядокъ, легко возможный при дѣйствиіи прусской нормы, нежелателенъ и не заслуживаетъ рекомендаціи на будущее время, совершенно ясно и едва-ли нуждается въ дальнѣйшемъ развитіи. Что, далѣе, и самому Суареду несомнѣн чужды были такія именно размышленія, всего лучше доказываетъ существованіе въ томъ же Ландрехтѣ спеціальнаго параграфа, предусматривающаго выдвинутыя мною послѣдствія и стремящагося парализовать ихъ. Въ I, 11 § 834 мы читаемъ:

*Hat jedoch der Schuldner, bei vorhandenen hinlänglichen Zahlungsmitteln, aus Vorsatz oder grobem Versehen, die Zahlung verzögert, so kann der Gläubiger, statt der Zögerungszinsen, oder der Conventionalstrafe, den Ersatz des aus diesem Verzuge ihm erwachsenen wirklichen Schadens verlangen.*

Мнѣ остается только прибавить, что этотъ параграфъ 1) имѣетъ ограниченное, къ сожалѣнію, примѣненіе, относясь только къ случаямъ займа, 2) представляетъ то неудобство, что является отдѣльною нормою, которая въ другихъ законодательствахъ, принадлежащихъ къ той же системѣ или построенныхъ на тѣхъ же началахъ, можетъ и не встрѣчаться и фактически дѣйствительно отсутствуетъ, — и что, наконецъ, 3) доказательство или установленіе въ процессѣ наличности требуемаго данной нормою злого умысла (*dolus*) или грубой неосторожности (*culpa lata*) на практикѣ — нелегкое, а въ нашемъ случаѣ и довольно безотрадное явленіе<sup>1)</sup>.

Высказываясь противъ изложенной нормировки вопроса въ прусскомъ правѣ и за сохраненіе римскоправового

<sup>1)</sup> См. Förster-Eccius назв. соч. I § 68 прим. 83: «Die Bestimmung ist wegen der Schwierigkeit, die Zahlungsmittel als hinreichend zu erweisen, unpraktisch».

принципа альтернативы во всей его чистоте, я, послѣ приведеннаго мною, не ожидаю упрека въ пристрастїи: масштабомъ при критикѣ Ландрехта въ нашей области для меня служить не фактъ совпаденія или несовпаденія его положеній съ положеніями *Corpus'a iuris*<sup>1)</sup>, а внутреннее его достоинство и пригодность въ этихъ предѣлахъ съ точекъ зрѣнія справедливости и цѣлесообразности нравственной и практической.

Въ послѣднее время, по случаю обсужденія соответственныхъ постановленій проектовъ общегерманскаго гражданскаго уложенія, были снова выражаемы сужденія по адресу разобранныхъ параграфовъ Земскаго Права, причѣмъ, однако, ничего новаго по существу ни pro, ни contra приведено не было.

Такъ, съ одной стороны, главные противники римскаго права въ ученіи о неустойкѣ, О. Гирке<sup>2)</sup> и О. Беръ<sup>3)</sup>, довольствуются порицаніемъ романистическихъ и восхваленіемъ прусскихъ началъ. Съ другой, его защитники подчеркиваютъ неудовлетворительность, наоборотъ, прусскаго I, 5 § 293, повторяя уже извѣстныя намъ соображенія. Этотъ параграфъ,

<sup>1)</sup> См. остроумныя и вѣрныя замѣчанія Scheu'я въ появившейся недавно книгѣ «Über den redlichen und unredlichen Besitzer» стр. 6, гдѣ говорится о критеріи, прилагавшемся цивилистами къ оцѣнкѣ гражданско-правовыхъ нормъ новыхъ кодексовъ еще сравнительно въ недалекую отъ насъ пору.

<sup>2)</sup> Въ пользующейся громкой извѣстностью критикѣ перваго проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія подъ заглавіемъ «Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht», появившейся первоначально въ *Jahrbuch's Schmoller'a für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*. См. т. XIII стр. 215: «Die Vorschriften des Entwurfs über Konventionalstrafe sind geeignet, masslose Ansprüche wach zu rufen. Entgegen dem preussischen... Recht soll im Zweifel neben der bedungenen Strafe noch der Ersatz eines höheren Schadens gefordert werden können». Вотъ и все обсужденіе занимающей насъ нормы.

<sup>3)</sup> Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich въ *Kritische Vierteljahresschrift* XXX стр. 384 (cp. ero же Gegenentwurf § 406): «Meiner Ansicht nach enthält der Grundsatz des preussischen Landrechts ..., dass im Zweifel die vereinbarte Conventionalstrafe das Vertragsinteresse fixire, das gesündere Recht». И здѣсь, слѣдовательно, точно также не дается никакого обоснованія.

аргументируетъ, напримѣръ, L. Seuffert, потому-де не можетъ быть признанъ «достойнымъ подражанія, что нельзя предположить, чтобы лицо, выговорившее себѣ неустойку, желало путемъ добавочнаго условія уменьшить свое право на возмѣщеніе возможныхъ послѣдствій убытковъ»<sup>1)</sup>.

Для насъ важны изъ прусскаго кодекса еще слѣдующія постановленія<sup>2)</sup>.

I, 5 § 294. Ist aber die Strafe nur auf eine gewisse Art des Schadens, welcher aus der Nichterfüllung des Vertrages entsteht, gerichtet, so bleibt es in Ansehung anderer Arten und Fälle bei den Vorschriften der Gesetze.

Чрезвычайно понятное (хотя и нѣсколько лишнее) положеніе. Определенный вредъ, который сторонами не былъ предусмотрѣнъ въ отдѣльности и на который установленная пеня не простирается, обсуждается по общимъ правиламъ о возмѣщеніи вреда: неустойчивое соглашеніе нѣсколько не должно здѣсь вліять. Въ самомъ дѣлѣ; интересъ, вѣдь, можетъ быть самый разнообразный. И соответственно этому, можно различать и отдѣльные роды или виды вреда. Бываетъ вредъ отъ полного неисполненія, затѣмъ вредъ отъ запозданія только или отъ доставки не въ условленномъ мѣстѣ; далѣе, ущербъ,

<sup>1)</sup> Die Allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurfe (въ Beiträge Bekker'a и Fischer'a вып. XI) стр. 72. Ср. выше стр. 84. Изъ болѣе старыхъ писателей въ качествѣ защитника пандектнаго права въ интересномъ для насъ здѣсь отношеніи можно назвать еще Lang'a, Bayerischer Entwurf II стр. 33 сл.

<sup>2)</sup> Замѣчу, что если я останавливаюсь болѣе или менѣе подробно на нормахъ Ландрехта, несмотря на то, что въ ближайшемъ будущемъ его дѣйствіе имѣетъ прекратиться, то дѣлается это потому, что въ силу известнаго свойства прусскаго уложенія—детальности его правоположеній, стремящихся предусмотрѣть все и объять все, согласно Бэконовскому принципу: «optima lex est quae minimum relinquit arbitrio iudicis», — мнѣ представляется особенно удобнымъ разностороннее освѣщеніе занимающей насъ матеріи на нормахъ именно этого кодекса,—старѣйшаго, между прочимъ, изъ трехъ главнѣйшихъ законодательствъ, усвоившихъ себѣ въ нашей области одну и ту же, отличную отъ римской, систему, которую я выше назвалъ прусско-французскою.

причисляемый, допустимъ, эвдикціей, и т. д., — и каждый ущербъ можетъ предусматриваться о со бо, каждый интересъ обезпечиваться о со бою неустойкой. Въ случаѣ, который имѣется ввиду въ нашемъ § 294, мыслимо, слѣдовательно, взысканіе одновременно неустойчивой суммы и вмѣстѣ съ тѣмъ интереса. Несомнѣнно. Но, очевидно, не слѣдуетъ полагать, что отношеніе, которое тогда получится, подойдетъ подѣ понятіе кумуляціи. Оно все же останется альтернативнымъ, и это на томъ основаніи, что пеня и интересъ тогда призваны покрывать не одинъ и тотъ же ущербъ, а, выражаясь языкомъ закона, разные «виды ущерба»<sup>1)</sup>.

Не лишень для насъ значенія еще

I, 5 § 295. War die Strafe nur auf die Zögerung in der Erfüllung gesetzt, so ist der andere Theil bei seinem

<sup>1)</sup> ALR: II, 1, 113 допускаетъ взысканіе неустойки, условленной на случай неисполненія обѣщанія вступить въ супружество. Наряду съ этимъ, II, 1 § 112 разрешаетъ возмѣщеніе, кромѣ того, издержекъ, понесенныхъ вѣдствие такого обѣщанія. Тѣмъ не менѣе здѣсь примѣненія кумулятивнаго отношенія видѣть нельзя. Неустойка въ данномъ случаѣ представляетъ собою интересъ иного рода, нежели тотъ, который выражается въ полученіи обратно денегъ, израсходованныхъ на приданое (платье и бѣлье), на устройство, быть можетъ, пріемовъ и празднествъ и т. п. Ея значеніе здѣсь дать извѣстное удовлетвореніе скорѣе нравственнаго свойства, нѣкоторую сатисфакцію, служить дѣлямъ неимущественнаго интереса. И въ этомъ смыслѣ она конкурируетъ или съ другими денежными статьями (§§ 114, 115) или, что въ высшей степени характерно, съ денежнымъ взысканіемъ уже, несомнѣнно, уголовнаго характера и, наконецъ, даже попросту съ тюремнымъ заключеніемъ (§§ 118, 119).

Римское право, впрочемъ, отвергло, какъ извѣстно, всякую возможность неустойчиваго условія на случай отступленія отъ обѣщаннаго брака. Соответственная стипуляція ни для кого въ Римѣ не была обязательна, такъ какъ считалась *contra bonos mores interposita*: «*inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*», говоритъ Павелъ во fr. 134 pr. de V. O. (45, 1). Ср. Sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 1589 («Das Versprechen einer Strafe für den Fall, dass die Ehe zwischen den Verlobten nicht zu Stande kommt, ist nichtig») и почти тождественный съ нимъ § 1297 п. 2 общегерманскаго гражданскаго уложенія.

Ansprüche auf dasjenige Interesse, welches aus der gänzlichen Nichterfüllung entsteht, an diese Bestimmung [vide § 293] nicht gebunden.

Такимъ образомъ, въ опредѣляемомъ настоящей нормой случаѣ вѣритель вправе требовать присужденія и свыше выговоренной неустойки. При этомъ, разумѣется, въ одномъ интересѣ, въ большемъ, уже заключается и интересъ другой, сравнительно меньшій: вознагражденіе, связанное съ совершеннымъ нарушеніемъ обязательства, естественно, поглощаетъ собою и вознагражденіе частичное, за простое, напримѣръ, промедленіе, а равнымъ образомъ поглощаетъ и неустойку, назначенную на случай именно промедленія. Что данный параграфъ никакого, впрочемъ, не содержитъ отступленія отъ начала, усвоеннаго прусскимъ Земскимъ Уложеніемъ, а тѣмъ менѣе идетъ съ нимъ въ разрѣзъ, ясно уже по первому взгляду.

Наконецъ, въ заключеніе приведу

I, 5 § 296. War hingegen die Strafe auf die gänzliche Nichterfüllung gesetzt, so darf in Fällen, wo nur ein Theil des Vertrages unerfüllt geblieben, oder nur in der Art, der Zeit, oder dem Orte der Erfüllung gefehlt ist, nicht die Strafe, sondern das erweisliche Interesse geleistet werden.

Это постановленіе имѣетъ цѣлью нормировать случай, противоположный случаю предшествующаго параграфа <sup>1)</sup>. Оно, между прочимъ, находится въ прямомъ противорѣчій съ соотвѣтственной нормой римскаго права. Съ этой послѣдней мы познакомимся позже, когда займемся разрѣшеніемъ вопроса о правѣ судьи понижать договорную неустойку. Въ настоящее же время я ограничусь только тѣмъ, что, въ связи съ цитированнымъ § 296, укажу еще на выработанное практикою положеніе слѣдующаго содержанія. Если одна и та же пеня призвана укрѣпить соглашеніе, направленное на исполненіе двухъ различныхъ, но имѣющихъ одновременно

<sup>1)</sup> Относительно примѣненія его на практикѣ см. рѣшеніе Reichsoberhandelsgericht's XIV стр. 267 слл.

наступить дѣйствій должника, то при такого рода условіи принимается за общее (вытекающее изъ предполагаемой воли сторонъ) правило, что пеня въ полномъ своемъ размѣрѣ подлежитъ уплатѣ уже тогда, когда осталось не выполненнымъ хотя бы одно только изъ двухъ обѣщанныхъ должникомъ дѣйствій<sup>1)</sup>.

### § 16.

#### *Французское и итальянское законодательства.*

Послѣ всего изложеннаго примѣнительно къ прусскому Земскому Уложенію выясненіе нашей матеріи по французскому праву не можетъ представить затрудненій.

Въ общемъ Code civil во всѣхъ рассмотрѣнныхъ нами вопросахъ стоитъ на той же почвѣ, на какой стоитъ и прусскій кодексъ.

Въ первой, впрочемъ, статьѣ, служащей введеніемъ къ нормамъ объ изслѣдуемомъ нами институтѣ и дающей его опредѣленіе, Code, въ отличіе отъ Ландрехта, выражаетъ правильное воззрѣніе на неустойку, подчеркивая ея значеніе, какъ средства упрѣвленія обязательства должника.

Art 1226. La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

Здѣсь правильно, такимъ образомъ, указывается на ту именно изъ двухъ цѣлей, преслѣдуемыхъ неустойчивымъ соглашеніемъ, которая прусскимъ законодателемъ совершенно игнорируется.

Но изъ этого принципіальнаго, безусловно вѣрнаго положенія Наполеоновъ кодексъ не дѣлаетъ всѣхъ послѣдовательныхъ выводовъ. Въ частности, въ конкретномъ примѣненіи общихъ началъ къ отношенію между неустойкою и интересомъ, оба законодательства ничѣмъ по существу не отличаются другъ отъ друга.

<sup>1)</sup> См. интересное рѣшеніе того же Reichsoberhandelsgericht'a XXII стр. 168 сл. (Archiv Seuffert'a N. F. IV, 193); ср. также Дернбурга, Preuss. Privatrecht II стр. 104 прим. 5.

И здѣсь вѣрителю принадлежитъ несомнѣнное право выбора между главнымъ дѣйствіемъ и обѣщанной пеней:

Art. 1228. Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution principale.

Но и по Code'у вѣрителю принадлежитъ право требовать только неустойки, какъ скоро главное дѣйствіе перестало быть исполнимымъ.

Art. 1152. Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

И даже точка зрѣнія, приведшая къ такому постановленію, совершенно та же, которая наблюдалась нами при разборѣ нормъ Ландрехта.

Art. 1229 al. 1. La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Данный пунктъ статьи выдвигаетъ, слѣдовательно, вторую или другую цѣль, преслѣдуемую сторонами при неустойчивомъ соглашеніи, — желаніе собственными силами и заранее опредѣлить цифру вознагражденія на случай неисправности должника, дабы предупредить всякіе на этотъ счетъ споры и устранить усмотрѣніе и произволъ судьи въ будущемъ процессѣ.

При этомъ сумма неустойки оказывается (въ наибѣйшемъ попрежнему согласіи съ соотвѣтственной нормой прусскаго уложенія) обязательной для об'юихъ контрагентовъ — для вѣрителя не менѣе, чѣмъ для должника. И по Code'у, стало быть, неустойка, по своей природѣ, — не иное что, какъ впередъ установленная оцѣнка интереса (безъ прибавки «въ пользу вѣрителя»), — до такой степени, что французскіе писатели прямо отождествляютъ одно съ другимъ. «Dommages et intérêts conventionnels et clause pénale», заявляютъ, напримѣръ, Baudry-Lacantinerie<sup>1)</sup>, «sont une seule et même chose sous des noms différents».

<sup>1)</sup> Précis de droit civil II № 960, въ самомъ началѣ отдѣла о неустойкѣ.



Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что французскіе же юристы и отчасти французская судебная практика проявляютъ, хотя и слабую, но несомѣнную, на мой взглядъ, тенденцію по возможности меньше стѣснять вѣрителя размѣрами условленной неустойки, — въ силу уже извѣстнаго намъ соображенія, что пеня должна усиливать, а не уменьшать его правомочія. Достигается это, главнымъ образомъ, нѣкоторымъ расширительнымъ толкованіемъ ст. 1228. Если, говорятъ, законъ предоставляетъ кредитору право настаивать на осуществленіи *in natura* содержанія основного обязательства, то отсюда вытекаетъ, что кредитору необходимо должно принадлежать и право расторженія главнаго договора. Одно не болѣе, какъ слѣдствіе другого: ст. 1184. <sup>1)</sup> А вмѣстѣ съ прекращеніемъ обязательственнаго отношенія вѣритель, безспорно, имѣетъ и возможность ликвидировать причиненный ему ущербъ и потребовать отъ неисправнаго должника вознагражденія за дѣйствительные убытки — вознагражденія, которое уже не зависитъ отъ раньше установленной цѣфы пени и, слѣдовательно, можетъ превышать ее.

И при наличности неустойчиваго соглашенія — заключаютъ, такимъ образомъ, французскіе юристы, опираясь на одно громкое рѣшеніе Парижскаго кассационнаго суда <sup>2)</sup> — кредиторъ сохраняетъ все свои права, основанныя на главномъ договорѣ. Подобнымъ окольнымъ, конечно, путемъ французскіе юристы въ сущности стремятся возвратиться къ римскому, хорошо знакомому намъ принципу и отношенію.

Этого они достигаютъ еще въ другомъ случаѣ, а именно тогда, когда неисполненіе обязательства должника произошлоумышленно, отъ его *dolus*. И тутъ разсужденіе комментаторовъ не совѣмъ естественное, а скорѣе натянутое, объясняющееся той цѣлью, которая имѣется ввиду. Аргументи-

<sup>1)</sup> Въ особенности п. 2. «... La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts».

<sup>2)</sup> Arrêt отъ 2 декабря 1856 года, см. Sirey, Recueil général, 1857, 1, 356). Ср. Laurent, Principes de droit civil français XVII № 446 и G. Girard назв. соч. стр. 153 сл.

ругують такъ. Спрашиваютъ: что означаетъ неустойка? и отвѣчаютъ: она означаетъ вредъ и убытки, предусмотрѣнные сторонами,—другими словами, она эквивалентъ этихъ убытковъ. Но, продолжаютъ затѣмъ, злой умыселъ никогда не предполагается, а потому и пеня, назначенная сторонами, очевидно, не можетъ обнимать собою случая *dolus'a*,—тѣмъ болѣе, что самъ законъ смотритъ на *dolus*, какъ на спеціальное основаніе для вознагражденія: въ ст. 1150 и 1151 законъ отдѣльно регулируетъ ущербъ, произошедшій, съ одной стороны, отъ неисправности по простой винѣ въ тѣсномъ смыслѣ слова, а, съ другой, причиненный умышленно. Въ результатѣ — такъ заключаютъ<sup>1)</sup> — необходимо сказать, что при наличности *dolus'a* наступившее въ дѣйствительности неисполненіе не есть то, которое контрагентами предвидѣлось, вслѣдствіе чего и не можетъ быть распространена на него неустойка, охватывающая только предусмотрѣнные случаи<sup>2)</sup>, а должно допустить вознагражденіе на общемъ основаніи.

Но помимо только-что намѣченныхъ исключеній, и по французскому дѣйствующему праву, какъ по прусскому, цифра убытковъ опредѣляется соотвѣтственной неустойкой, безъ права отступить отъ нея ни въ направленіи плюса, ни въ направленіи минуса<sup>3)</sup>.

Съ этой-то точки зрѣнія договорная пеня и квалифицируется во французской литературѣ, какъ «*un forfait*», «*un aléa*».

<sup>1)</sup> См., напримѣръ, Thoubeau назв. соч. № 205 или G. Girard назв. соч. стр. 150.

<sup>2)</sup> См. для иллюстраціи этого положенія (*explicite*, какъ мы видѣли, выраженнаго въ ALR: I, 5 § 294) судебную практику французскую и бельгійскую у Laurent назв. соч. XVII №№ 447—450.

<sup>3)</sup> Чрезвычайно характерно, впрочемъ, по моему мнѣнію, еще то обстоятельство, что французскіе писатели, когда связываютъ вѣрителя условіемъ о неустойкѣ и ея величиною, то основываются не на существовѣ или юридической конструкціи договорной пени, а на совершенно иномъ моментѣ. Они въ этомъ видятъ лишь частное примѣненіе известной статьи 1134 Code'a, гласящей: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*». См., напримѣръ, Laurent назв. соч. XVI № 303 въ связи съ XVII № 451.

Съ этой же точки зрѣнія, далѣе, порицается редакція ст. 1229 п. 1. Выраженія «*compensation*» et «*souffre*», дѣйствительно, употреблены здѣсь неправильно или, по крайней мѣрѣ, неточно. Французскіе юристы<sup>1)</sup> обращаютъ вниманіе на то, что о зачетѣ въ техническомъ смыслѣ слова въ этомъ пунктѣ не можетъ быть рѣчи уже по той причинѣ, что тогда получилось бы положеніе вещей, какъ разъ обратное тому, какое хочетъ установить означенная норма. Ибо тогда, очевидно, тотъ излишекъ, на который сумма фактически понесеннаго ущерба превышаетъ сумму пени, оставался бы не погашеннымъ и могъ бы, слѣдовательно, взыскиваться вѣрителемъ въ качествѣ дополненія. Отсюда ясно, что слово «*compensation*» въ данномъ мѣстѣ не имѣетъ настоящаго значенія, а равносильно термину «*estimation*» или «*représentation*».

Далѣе, и употребленіе другого слова «*souffre*» не можетъ почитаться удачнымъ. Оно способно ввести въ заблужденіе<sup>2)</sup>, заставивъ предположить, будто для полученія неустойки необходимо дѣйствительное понесеніе ущерба. Между тѣмъ, такое предположеніе явнымъ образомъ противорѣчитъ самому понятію договорной неустойки и преслѣдуемой ею цѣли: должникъ не вправѣ даже приступитъ къ доказыванію отсутствія убытка на сторонѣ вѣрителя.

Критикуемая норма<sup>3)</sup> своимъ происхожденіемъ обязана одному мѣсту въ трудахъ знаменитаго Pothier, оказавшаго, какъ извѣстно, огромнѣйшее вліяніе на творцовъ французскаго гражданскаго кодекса, и притомъ не только съ внутренней стороны, но и съ внѣшней, благодаря

<sup>1)</sup> См., напримѣръ, Aubry et Rau Cours de droit civil français III § 309, Colmet de Santerre Cours analytique de Code civil V № 165 bis, Larombière Théorie et pratique des obligations III ст. 1229 прим. 2.

<sup>2)</sup> См. стоящаго особнякомъ Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique, V<sup>o</sup> Obligations avec clause pénale, XXXIII № 1595, который заявляетъ, что изъ формулировки нашей статьи слѣдуетъ непримѣнимость ея, «*quand le créancier n'a souffert aucun préjudice*».

<sup>3)</sup> Отмѣтимъ мимоходомъ, что и стилистически она тоже не безгрѣшна. Если что-либо и можетъ служить компенсаціей убытковъ, то уже никакъ не условіе о пенѣ («*la clause pénale*»), а въ крайнемъ случаѣ сама лишь пеня. Ср. Laurent, Avant-projet de révision du Code civil IV стр. 204.

своему образцовому, по истинѣ, слову <sup>1)</sup>. У Pothier въ его «Traité des obligations» мы читаемъ: «Cette peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale; elle est par conséquent compensatoire des dommages-intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale» <sup>2)</sup>.

Эта редакція была, несомнѣнно, справедлива для эпохи Pothier, который настаивалъ на эквивалентности неустойки и причиненнаго вреда, дозволяя измѣнять опредѣленные ею размѣры — кредитору въ смыслѣ ея увеличенія, отвѣтчику въ смыслѣ ея уменьшенія, сообразно съ истиннымъ и доказаннымъ интересомъ. Правда, говоритъ Pothier, судья вообще не долженъ склоняться на сторону вѣрителя, который утверждаетъ, что неустойка не вознаграждаетъ его въ достаточной мѣрѣ, — другое, однако, дѣло, если тотъ же вѣритель имѣетъ на то вѣскія доказательства («à moins que le créancier n'eût la preuve en mains»). Равнымъ образомъ и относительно должника, подчинившаго себя чрезмѣрной неустойкѣ, Pothier, подъ вліяніемъ началъ *aequitatis* <sup>3)</sup>, въ концѣ концовъ приходилъ къ допущенію модификаціи пени, причемъ ссылаясь на произошедшее со стороны должника заблужденіе <sup>4)</sup>.

Но съ тѣхъ поръ все это совершенно перемѣнилось. Творцы Code'a старую практику подвергли порицанію и отбросили, отказавшись въ данномъ отношеніи идти за своимъ обычнымъ руководителемъ. Одинъ изъ нихъ, Bigot-Préameneu говорилъ въ Законодательномъ Корпусѣ: «La peine stipulée par les contractans fait la loi entre eux. Le créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est excessive» <sup>5)</sup>. Quel serait le juge qui, mieux

<sup>1)</sup> Въ изслѣдуемой области на Pothier, въ свою очередь, вліялъ другой французскій (небезызвѣстный и старѣйшій) юристъ Dumoulin своимъ «Tractatus de eo quod interest».

<sup>2)</sup> Oeuvres III № 342, ср. № 345.

<sup>3)</sup> «Toujours l'équité qui vient modifier le droit!», восклицаетъ, кажется, не безъ неудовольствія Laurent (назв. соч. XVI стр. 362).

<sup>4)</sup> Мы пока совершенно отвлекаемся отъ ст. 1231, о которой будетъ рѣчь ниже, въ слѣдующей части.

<sup>5)</sup> Эти слова Laurent, Avant-projet etc. IV стр. 206 хочеть внести въ самый текстъ закона.

que les parties, pourrait faire connaître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé ici la fixation de la peine?»<sup>1)</sup>.

Раньше, въ секціи законовъ Государственнаго Совѣта<sup>2)</sup>, мнѣнія, было, раздѣлились, но затѣмъ восторжествовалъ взглядъ, требовавшій устойчивости и неизмѣнности въ интересующемъ насъ вопросѣ. Получился рѣшительный запретъ ст. 1152. «Les parties — заявлялъ и здѣсь тотъ же Bigot-Préaumeu — sont les appréciateurs les plus sûrs du dommage qui peut résulter de l'inexécution d'un engagement; ainsi leur volonté doit être respectée. Si l'on accorde au juge le droit de diminuer les dommages-intérêts qu'elles ont fixés, il faut donc aussi lui donner le pouvoir de les augmenter lorsque les circonstances portent la perte du créancier au delà de ce qui avait été prévu»<sup>3)</sup>.

Альтернативное начало въ отношеніи между неустойкою и интересомъ выдвигается особенно въ

Art. 1229 al. 2. II (scil. le créancier) ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.

Ясно, что и въ случаѣ, который въ данномъ пунктѣ приводится, какъ исключеніе, точно также нѣтъ кумуляціи: неустойка тутъ представляетъ интересъ, связанный лишь со своевременностью исполненія. Французская юридическая терминологія даже выработала два особыхъ выраженія для такого именно интереса или ущерба, разъ, и затѣмъ для ущерба, происходящаго отъ полного неисполненія обязательства, два: она оперируетъ съ «dommages-intérêts moratoires» и съ «dommages-intérêts compensatoires». Ст. 1229 п. 1. въ оговоркѣ предвидитъ перваго рода убытки и однородную съ ними неустойку, а потому въ ней никакой

<sup>1)</sup> Loqué, La législation civile etc. de la France XII стр. 362, Exposé de motifs № 109 (засѣданіе 7 плювіоза XII=28 января 1804 года).

<sup>2)</sup> Въ засѣданіи 11 брюмера XII (=3 ноября 1803).

<sup>3)</sup> Loqué назв. соч. XII стр. 142 сл. Ср. Zachariae-Crome Französiches Civilrecht II стр. 289, Duranton Cours de droit français VI №№ 340 и сл., Sirey Codes annotés ст. 1229 прим. 1 и 2.

конкуренціи съ исполненіемъ основного дѣйствія не можетъ быть.

Если бы въ какомъ-нибудь конкретномъ случаѣ возникъ вопросъ, которая именно неустойка имѣлась ввиду сторонами, то подобное сомнѣніе, какъ *quaestio facti*, должно было бы разрѣшаться всякій разъ судомъ на основаніи всей обстановки и совокупности моментовъ, способныхъ пролить свѣтъ на истинное намѣреніе договаривающихся лицъ. Какъ на одинъ изъ такихъ моментовъ, французскіе юристы особенно часто указываютъ на отношеніе размѣровъ пени къ интересу, ожидаемому отъ главнаго дѣйствія. Если—весьма наглядно иллюстрируетъ свою мысль, напимѣръ, Mourlon—<sup>1)</sup> вѣритель вправѣ ожидать отъ обязательства прибыли, скажемъ, въ 100 т., а неустойка равняется 80, 90, 100 или даже 110 т., т. е. не уклоняется значительно отъ цыфры, опредѣляющей стоимость самаго обязательства, то предъ нами, кажется, пеня, призванная обезпечить собою именно исполненіе. Если, наоборотъ, она многимъ ниже и доходитъ въ данномъ примѣрѣ всего только до 10—20 т., то очевидно, что она выговорена на случай только опозданія.

Со значеніемъ относительной цѣнности главнаго договора и неустойчнаго мы, впрочемъ, встрѣчались уже и раньше, по другому поводу, когда стремились дать точку опоры для признанія возможности примѣненія начала дѣйствительно кумулятивнаго <sup>2)</sup>.

Точно также мы уже знакомы изъ первой части съ сущностью еще одного вопроса, являющагося здѣсь, во французскомъ правѣ, серіозной контроверзю. Этотъ вопросъ заключается въ слѣдующемъ: состоитъ-ли неустойка при мировой сдѣлкѣ (санкціонируемая ст. 2047) <sup>3)</sup> всегда обязательно, силою уже вещей, въ кумулятивномъ съ главнымъ договоромъ соединеніи, — или же вопросъ и въ данномъ случаѣ зависитъ отъ конкретной воли контрагентовъ? (Никѣмъ, впрочемъ, не отрицается, что пеня какъ разъ при трансактѣ, мирномъ раздѣлѣ и т. п. сдѣлкахъ всего чаще кумулируется

<sup>1)</sup> Répétitions écrites sur le Code Napoléon II № 1303 п. 4.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 137 сл.

съ основнымъ дѣйствиємъ и что въ этомъ своемъ примѣненіи она проявляетъ нѣкоторую склонность или тенденцію къ кумулятивному именно отношенію<sup>1)</sup>. Первое воззрѣніе высказано, главнымъ образомъ, Toullier<sup>2)</sup>, второе является теперь безусловно господствующимъ<sup>3)</sup>. Въ связи съ тѣмъ, что мною приводилось по этому вопросу при толкованіи римскаго права, и я не колеблюсь признать правильнымъ и для французскаго также права послѣднее именно мнѣніе. Ссылка противниковъ на то обстоятельство, что статьей 2047 имѣлось ввиду создать прямое и исключеніе изъ общей нормы (ст. 1229), опровергается простой исторической справкой, убѣдительно доказывающей, что редакторы Code'a и другія лица, принимавшія участіе въ его созданіи, разсматривали договорную пеню при мировомъ соглашеніи, какъ самую нормальную неустойку, а касательно регулирующихъ ее правилъ прямо отсылали къ тѣмъ нормамъ и статьямъ, которыя мы разобрали въ настоящемъ параграфѣ<sup>4)</sup>.

Относящіяся къ нашему ученію положенія италіанскаго права ни въ чемъ не расходятся съ правомъ французскимъ<sup>5)</sup>. Codice Civile del Regno d'Italia постановляетъ:

Art. 1209. La clausola penale è quella, con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un' obbligazione,

<sup>1)</sup> По причинамъ уже изложеннымъ: см. выше стр. 115 сл., стр. 135 сл.

<sup>2)</sup> Droit civil français VI № 830. Ср. также Sirey въ указ. мѣстѣ прим. 4. Подобный же взглядъ пытался кодифицировать извѣстный Фейербахъ въ своемъ проектѣ Баварскаго законодательства (§ 1321), имѣвшемъ цѣлью ввести въ Баварію французское право (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Baiern 1808—1809, ср. о немъ Roth, Bayrisches Civilrecht I § 1).

<sup>3)</sup> См. Demolombe назв. соч. XXVI № 659 и цитированную у него литературу.

<sup>4)</sup> См. Loqué назв. соч. XV стр. 420, 433, 445. — Дальнѣйшую казуистику по изслѣдуемымъ вопросамъ можно найти у Zachariä-Crome l. c., а также у Sirey (см. и Supplément, т. е. дополнительный томъ) въ примѣчаніяхъ къ ст. 1229.

<sup>5)</sup> Ср. къ послѣдующему Pacifici-Mazzoni, Istituzioni di diritto civile italiano V № 42.

si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione.

Art. 1211. Il creditore può domandare al debitore che è in mora l'esecuzione del obbligazione principale, invece della pena stipulata.

Art. 1212. La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale.

Il creditore non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata pel semplice ritardo.

Нетрудно видѣть, что (за исключеніемъ курсивомъ отмѣченной прибавки въ ст. 1209, ничего, впрочемъ, по существу не измѣняющей) эти статьи являются дословнымъ переводомъ статей 1226, 1228 и слѣдующей Наполеонова кодекса, вплоть до подчеркнутыхъ неточностей, повторенныхъ въ ст. 1212 п. 1., включительно.

Французскій art. 1152 точно также буквально воспроизведенъ въ италіанскомъ

Art. 1230. Quando la convenzione stabilisce, che colui il quale mancherà di eseguirla debba pagare una determinata somma a titolo di danni, non si può attribuire all'altra parte una somma maggiore o minore.

Настоящая статья содержитъ, впрочемъ, еще одинъ несомнѣннѣе безынтересный пунктъ, котораго въ Code'ѣ нѣтъ и который своею цѣлю, очевидно, имѣетъ связать данную норму, принадлежащую къ другому отдѣленію или даже къ другой главѣ, съ ученіемъ о неустойкѣ (и съ задаткомъ). Этотъ пунктъ гласитъ:

Lo stesso ha luogo, se l'accertamento dei danni è fatto sotto forma di clausola penale, o mediante caparra data al tempo del conchiuso contratto.

Баденское Земское Право и въ нашей области представляетъ только повтореніе французскихъ правилъ. Выписывать его опредѣленія я поэтому не стану, а ограничусь только двумя замѣча-



нiями. Во-первыхъ, переводчику французской ст. 1229 (п. 1.) удалось избѣжать ея недостатковъ. Въ нѣмецкомъ текстѣ значится:

Satz 1229 Abs. 1. Die zugesagte Strafe dient für Entschädigung wegen Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit.

Только слово «Entschädigung» еще, быть можетъ, оставлятьъ желать лучшаго.

Во-вторыхъ, въ одномъ мѣстѣ сдѣлана небольшая вставка:

Satz 1229 Abs. 2. Die versprochene Sache und die Strafe zugleich kann nicht gefordert werden, wenn nicht letztere *namentlich* für den blossen Verzug bedungen ist.

Эта (цѣлесообразная) прибавка имѣетъ ввиду распространить примѣненiе данной нормы на всѣ случаи частичнаго неисполненiя, а не одного лишь опозданiя.

Упомяну еще о новомъ Японскомъ гражданскомъ кодексѣ, три первыя книги котораго — общая часть, вещное и обязательственное право — опубликованы уже въ 1896 году.

Что и этотъ кодексъ находится подъ влiянiемъ французскаго права — фактъ въ общемъ достаточно извѣстный<sup>1)</sup>. Неудивительно поэтому, что и въ дѣлѣ нормировки института неустойки онъ вступилъ на путь, указанный его прототипомъ:

Французскiй переводъ ст. 420 гласить:

Les parties peuvent fixer, par avance, le montant des dommages-intérêts qu'entraînera l'inexécution. Dans ce cas,

<sup>1)</sup> Несмотря на переработку, которой подвергся первоначальный проектъ, принадлежавшiй Парижскому профессору Boissonade. Ср. историческое предисловіе къ появившемуся въ прошедшемъ году французскому изданiю: «Code civil de l'empire du Japon» trad. par Motono et Tomii, а также Amiaud, Législations civiles de l'Europe, de l'Amérique etc. стр. 113. Въ нѣкоторое преувеличеніе, кажется, впадаетъ нѣмецкiй переводчикъ того же кодекса Lönholm, когда полагаетъ, что французскiй элементъ въ японскомъ уложенiи сведенъ въ настоящее время, послѣ пересмотра, къ минимуму или даже нулю (Предисловіе стр. III). Во всякомъ случаѣ въ ученiи о неустойкѣ такой взглядъ не находитъ себѣ подтвержденiя.

le tribunal ne peut ni élever ni abaisser la somme fixée par les parties.

La fixation des dommages-intérêts, faite par avance, n'empêche pas la demande d'exécution ou de résiliation.

La clause pénale est présumée être une fixation de dommages-intérêts faite par avance.

Если вспомнить сказанное нами объ отношеніи французской литературы и практики къ истолкованнымъ положеніямъ Code'a, то необходимо прийти къ заключенію, что въ этой нормѣ японскаго права предъ нами новѣйшее изданіе этихъ положеній, проверенное и исправленное на основаніи указаній критики и судебныхъ мѣстъ.

### § 17.

*Общее гражданское Уложение Австрійской Имперіи 1811 года.*

Къ тому же типу законодательствъ необходимо причислить и кодексъ, названіе котораго приведено въ заголовкѣ.

§ 1336 п. 1. здѣсь опредѣляетъ:

Die vertragschliessenden Theile können eine besondere Uebereinkunft treffen, dass, auf den Fall des entweder gar nicht, oder nicht auf gehörige Art, oder des zu spät erfüllten Versprechens, anstatt des zu vergütenden Nachtheiles ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle<sup>1)</sup>.

Уже одно включеніе ученія о неустойкѣ (которой законъ присваиваетъ отличное отъ принятаго въ остальныхъ нѣмец-

<sup>1)</sup> Интересенъ еще Галиційскій гражданскій кодексъ (Bürgerliches Gesetzbuch für West(Ost)galizien 1797), послужившій, какъ извѣстно, первоначальнымъ проектомъ для дѣйствующаго австрійскаго кодекса, — въ томъ смыслѣ, что онъ повторяетъ соображеніе Юстиніана (§ ult. I. de V. O.) о томъ, за чѣмъ выговаривать неустойку: «Wollen die Contrahenten dem Rechtsstreite, welcher wegen Ausmessung des Interesse entstehen könnte, durch Bestimmung eines Geld- oder andern Betrages ausweichen, so sind sie berechtigt eine besondere Uebereinkunft darüber zu treffen, und auf den Fall, dass entweder das Versprechen gar nicht, oder zu spät erfüllt würde, sich eine Strafe auszubedingen». (§ 488).

ких законодательствахъ именованіе («Vergütungsbetrag»<sup>1)</sup>), въ главу («Hauptstück» XXX) «о правѣ вознагражденія за вредъ и убытки...» — доказываетъ съ достаточной ясностью, что мы и въ австрійскомъ правѣ встрѣчаемся съ тѣмъ же принципомъ, какой нами наблюдался въ правѣ прусскомъ и французскомъ. Изъ приведеннаго текста § 1336 можно усмотрѣть, что если отвлечься отъ главнаго дѣйствія *in natura*, то взысканію подлежитъ только неустойка и что съ нею не можетъ конкурировать ни полный интересъ — при совершенномъ неисполненіи —, ни дополнительный или частичный интересъ при запозданіи или наличности другихъ дефектовъ исполненія. О томъ, чтобы дозволено было требовать того или другого интереса вмѣстѣ съ неустойкой, не можетъ быть и рѣчи. Но и права выбора у вѣрителя точно также, безспорно<sup>2)</sup>, нѣтъ. Слова: «вмѣсто возмѣщенія ущерба» не оставляютъ на этотъ счетъ никакого, на мой взглядъ, сомнѣнія. А потому нельзя допустить и требованія въ размѣрѣ разности между неустойкою и превышающимъ ее ущербомъ, который фактически понесенъ. И по австрійскому, стало быть, кодексу соглашеніе о договорной пенѣ, это — условіе, заключенное въ интересахъ также должника: оба контрагента здѣсь равномѣрно связаны установленной цифрою. И австрійское право, слѣдовательно, въ нашемъ ученіи проникнуто сравнительной доброжелательностью и мягкостью по адресу должника. Дальнѣйшимъ, еще болѣе вѣскимъ указаніемъ въ этомъ же, безспорно, смыслѣ намъ послужитъ разрѣшаемое австрійскимъ законодателемъ право судебного уменьшенія неустойки.

Если принять въ соображеніе всѣ эти обстоятельства и въ особенности взвѣсить тотъ фактъ, что въ намѣченныхъ положеніяхъ Общаго Гражданскаго Уложенія не усматривается н и к а к о г о отступленія отъ соответственныхъ положеній прусскаго Ландрехта и Наполеонова Code'a, то нельзя не согласиться, что было бы,

<sup>1)</sup> Мимоходомъ отмѣчу, что австрійское гражданское уложеніе въ данномъ отношеніи принадлежитъ къ числу тѣхъ крайне немногочисленныхъ законодательствъ, которыя, подобно нашему русскому праву, избѣжали включенія момента или отбѣнка наказанія или кары во внѣшнее обозначеніе нашего института.

<sup>2)</sup> Ср. Коментарій Stubenrauch'a III § 1336 и Randa, Zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe стр. 36.

по меньшей мѣрѣ, удивительно, если бы вдругъ оказалось, что то же самое австрійское право санкціонируетъ настоящее кумулятивное начало въ дѣлѣ отношенія неустойки къ совершеию главнаго обязательства. А между тѣмъ это именно утверждается, это именно думаютъ найти въ заключительномъ пунктѣ (Schlussatz'ъ) того же § 1336. Здѣсь говорится:

Die Bezahlung des Vergütungsbetrages befreiet, ausser dem Falle einer besondern Verabredung, nicht von der Erfüllung des Vertrages <sup>1)</sup>.

Stubenrauch, Randa <sup>2)</sup> и другіе полагаютъ, что на этомъ основаніи должникъ обязанъ, во-первыхъ, исполнить договоръ (если исполненіе еще, разумѣется, возможно), а, во-вторыхъ, уплатить сверхъ того обѣщанную пеню, и притомъ безразлично, назначена-ли она на случай только нѣкоторой части чинной неисправности должника, какъ, напримѣръ, на случай его запозданія и т. п., или же на случай полнаго нарушенія имъ своего обязательства. Весьма естественно, что при подобномъ толкованіи наша норма, въ ея примѣненіи къ случаямъ послѣдняго рода, должна казаться въ высокой степени странной и наводить на раздумье рѣшительно всѣхъ, не исключая и самихъ защитниковъ приведеннаго воззрѣнія.

Но ложность этого воззрѣнія и толкованія внѣ всякаго, на мой взглядъ, сомнѣнія. Если даже оставить въ сторонѣ характеръ и духъ австрійскаго права въ нашемъ ученіи, безспорно, идущіе въ разрѣзъ съ указанной интерпретаціей, то все-таки ясно, что разбираемый Schlussatz ничего другого не можетъ имѣть ввиду, кромѣ желанія предупредить отождествленіе неустойки съ отступнымъ. Стоитъ вспомнить изъ Прусскаго Уложенія I, 5 § 311 («Dagegen befreiet die Erlegung der Strafe keinesweges von der

<sup>1)</sup> Въ русскомъ переводѣ (Вербловскаго): «Платежъ неустойки не освобождаетъ отъ исполненія договора, за исключеніемъ случая особаго о томъ соглашенія».

<sup>2)</sup> Первый въ указ. мѣстѣ, второй въ назв. соч. стр. 34 сл., особ. прим. 80. Ср. также поименованныхъ у Randa писателей, къ которымъ должно причислить еще Krainz'a, System des österreichischen Privatrechts II § 317 и Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts III стр. 150 прим. 53.

Erfüllung des Vertrages»), чтобы прийти къ заключенію, что и послѣдняя часть австрійскаго параграфа, посвященнаго неустойкѣ, не стремится къ установленію какого-либо кумулятивнаго отношенія, а опредѣляетъ лишь слѣдующее: неустойкѣ in dubio нельзя придавать содержанія и значенія такъ наз. multa poenitentialis. Считаю даже весьма вѣроятнымъ, что означенный § 311 не былъ забытъ редакторами австрійскаго кодекса и что въ дѣлѣ созданія занимающей насъ теперь нормы сказалось именно его влияніе <sup>1)</sup>.

Напротивъ того, Ранда <sup>2)</sup> такое толкованіе считаетъ неправильнымъ, — по двумъ, главнымъ образомъ, причинамъ. Прежде всего, думаетъ онъ, формулировка разбираемаго предложенія является «совершенно общей» («ganz allgemein»); въ ней не подчеркивается исключительно только отрицаніе за должникомъ права отступить отъ договора цѣною уплаты преміи. И, во-вторыхъ, въ концѣ прошедшаго столѣтія практика, молъ, склонялась въ пользу кумулированія основнаго дѣйствія и неустойки.

Но ни тотъ, ни другой доводъ нисколько, по моему мнѣнію, не убѣдительны. Что касается редакціи заключительнаго постановленія въ § 1336, то я рѣшительно отказываюсь признать за ней какую-либо доказательность: при всемъ желаніи, не могу въ ней найти мало-мальски существеннаго отличія отъ ст. 284 общаго торговаго уложенія 1861 года, на которую въ данномъ мѣстѣ ссылается Ранда <sup>3)</sup>, — а съ нормой Ландрехта I, 5 § 311 она даже почти дословно совпадаетъ. Что же касается названной практики, то необходимо отмѣтить, что въ интересующемъ насъ отношеніи она едва-ли могла имѣть серьезное значеніе. Общее гражданское Уложеніе Австрійской

<sup>1)</sup> Что на прусское право въ остальномъ ученіи о неустойкѣ обращалось вниманіе, ясно видно изъ комментарія Zeiller'a къ толкуемому § 1336 прим. \* и нисколько не удивительно, если вспомнить то влияніе, какое Ландрехтъ вообще оказалъ на австрійскій кодексъ. См. Pfaff'a, Ueber die Materialien des österr. allg. bürgl. Gesetz. в. Zeitschrift f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart Grünhut'a II стр. 292 сл.

<sup>2)</sup> Въ указ. мѣстѣ.

<sup>3)</sup> Н. G. V. Art. 284 Abs. 2: «Der Schuldner ist im Zweifel nicht befreit, sich durch Erlegung der Konventionalstrafe von der Erfüllung zu befreien».

Имперіи было опубликовано въ 1811 году, а работы по его составленію были закончены лишь къ началу предыдущаго 1810 года<sup>1)</sup>. Но къ этому времени даже французскій Code, а тѣмъ болѣе прусское законодательство уже сравнительно давно были въ дѣйствиі. Ранда основывается на свидѣтельствѣ Глюка<sup>2)</sup>, но не замѣчаетъ при этомъ, что, во-первыхъ, практика, которую послѣдній имѣетъ ввиду, относится къ періоду до 1796 года (а со вступленіемъ въ силу двухъ большихъ кодификацій практика — и судебная и иная — могла, а отчасти даже должна была измѣниться)<sup>3)</sup>, и, что, во-вторыхъ, и самое утвержденіе Глюка (какъ справедливо указываетъ Hasenöhr!<sup>4)</sup> едва-ли заслуживаетъ особаго вниманія: такъ, извѣстный, на-примѣръ, Тибо<sup>5)</sup> твердо держится почвы альтернаціи, а по своему вліянію, прибавлю отъ себя, Тибо, разумѣется, способенъ выдержать сравненіе съ Richter-Nemleben'омъ, котораго приводитъ Глюкъ и диссертацію котораго мы успѣли оцѣнить по достоинству уже раньше<sup>6)</sup>.

Между тѣмъ наблюдается чрезвычайно характерное явленіе другого рода — явленіе, которое, по моему мнѣнію, можетъ послужить рѣшающимъ моментомъ и доказательствомъ въ пользу защищаемаго здѣсь взгляда. Я имѣю ввиду то усиленное и рѣзко обнаруживающееся стремленіе предостеречь отъ смѣшенія неустойки съ отступнымъ, какое замѣчается въ данную именно эпоху. Въ сочиненіяхъ и въ частности въ диссертаціяхъ того времени, т. е. прошедшаго столѣтія и начала настоящаго, мы постоянно встрѣчаемся все съ тѣмъ же настойчиво

<sup>1)</sup> Первое чтеніе завершается только къ концу 1806 года: см. Nagasowsky, Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes стр. 164. Ср. еще § 736 проекта Саксонскаго гражданскаго уложенія, въ которомъ безъ перемѣны хотя единой іоты воспроизводилось послѣднее предложеніе австрійскаго § 1336. И тѣмъ не менѣе, никто въ этой предположавшейся статьѣ и не думалъ видѣть санкцію какой бы то ни было кумуляціи: см. Specielle Motiven zu dem Entwurfe etc. стр. 162 сл.

<sup>2)</sup> Въ его коментаріи IV стр. 537.

<sup>3)</sup> См. выше стр. 206 слл.

<sup>4)</sup> Das Oesterreichische Obligationenrecht I стр. 516 прим. 34.

<sup>5)</sup> Thibaut, System des Pandekten-Rechts § 83.

<sup>6)</sup> См. выше стр. 139.

преподаваемымъ совѣтомъ не забывать о необходимости разграниченія обоихъ правовыхъ образованій<sup>1)</sup>. И, повидимому, предостереженіе это дѣлалось не безъ основанія<sup>2)</sup>. По крайней мѣрѣ, достовѣрно извѣстно, что по нѣкоторымъ партикулярнымъ законодательствамъ неустойка прямо-таки была не инымъ чѣмъ, какъ отступнымъ<sup>3)</sup>. Довольно назвать въ этомъ отношеніи вліятельное Любекское городское право, на которое въ литературѣ ссылаются особенно часто. Что, затѣмъ, ошибки и промахи при различеніи нашихъ двухъ институтовъ были и остались до извѣстной степени дѣломъ совершенно обычнымъ, — въ этомъ всего лучше убѣждаютъ тѣ писатели, на которыхъ указываетъ самъ Ранда l. с., когда упрекаетъ комментаторовъ австрійскаго права въ томъ, что они «по примѣру Цейллера совершенно неправильно смѣ-

<sup>1)</sup> См., напримѣръ, Priess. *Comm. iuridica utrum poena conventionalis pro surrogato obligationis principalis habenda sit...* §§ 11, 17 или Bernhard назв. соч. стр. 20. И Lauterbach, *Collegium Theoretico-Practicum* § 77, равно какъ De Berger, *Oeconomia iuris* стр. 436 съ особенной силой выдвигаютъ положеніе, что внесеніе пени не освобождаетъ должника отъ его обязанностей по исполненію основнаго договора. Ср. еще Фейербаха въ Баварскомъ проектѣ 1808/9 года ст. 1323 п. 3: «Der Schuldner hat nicht die Wahl zwischen der Hauptverbindlichkeit oder der Strafe, ausser wenn die letztere als ein Reugeld oder eine Wandelpön ausdrücklich verabredet worden ist».

<sup>2)</sup> Такъ, напр., тотъ же Henleben назв. соч. § 3 свидѣтельствуетъ, что большинство ученыхъ докторовъ права среди его современниковъ смотрѣли на дѣло превратно, полагая, что уплата неустойки прекращаетъ главное обязательство. Ср. еще въ подтвержденіе чудовищную перетасовку всѣхъ мыслимыхъ въ нашемъ вопросѣ точекъ зрѣнія у далеко не безъизвѣстнаго въ свое время Jo. Aug. Bach'a въ его *Diss. iuridica de multa poenitentiali* (*Opuscula X* §§ 1, 4, 8).

<sup>3)</sup> См. Stobbe назв. соч. III стр. 147 слл., Mühlenbruch, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts II* § 340 (... «nach manchen Gesetzen hat nicht nur die Conventionalpön regelmässig die Natur eines Reugeldes, sondern es ist auch wohl ohne eine solche Verabredung gestattet, gegen Erlegung einer gewissen Summe von dem Contract abzugehen»). Ср. также Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts II* стр. 257. Насчетъ значенія Любекскаго права ср. Stobbe, *Geschichte der Deutschen Rechtsquellen II* стр. 293 слл. и Kahle, *Das Lübische Gesetzbuch* стр. 1 слл.

шиваютъ («in einen Topf werfen») вопросъ о допустимости кумуляціи съ отличнымъ отъ него вопросомъ о томъ, можно-ли толковать неустойку, какъ отступное<sup>1)</sup>.

Несомнѣнно характерно въ занимающемъ насъ вопросѣ также и то, что въ разсматриваемую эпоху появляются кодексы, какъ напримѣръ (составленное Крейтмайромъ) Баварское Земское Право, которое по адресу неустойки не содержитъ ничего другого, кромѣ одного только опредѣленія, что неустойка не есть отступное:

IV, I § 11, 2. Poena conventionalis oder der Poenfall, welcher auf den Contraventions-Fall zuweilen pactirt wird, massen der Uebertreter ungeachtet des entrichteten Poenfalls nichtsdestoweniger in der Hauptsache selbst obligat bleibt, ausser soweit per Pactum ein anderes beliebt ist<sup>2)</sup>.

То же самое слѣдуетъ сказать и о городскомъ правѣ Роштока отъ 1757 года.

III, 6, 29. Ist dem Kauf-Contract eine conventional poena bey gefüget worden, so muss der Contravenient nicht allein die Straffe erlegen, sondern es kan auch noch ohnedem ad implementum Contractus geklaget werden, wo nicht ein anders verabredet worden<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Немало и другихъ писателей повинны въ томъ же: ср., напр., Vering, Geschichte und Pandekten стр. 533.

<sup>2)</sup> Цитирую по новому (частному) изданію Danzer'a: Das Bayerische Landrecht—Codex Maximilianus Bavaricus civilis — vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung. Ср. Anmerkungen über den Codicem самого Крейтмайра IV стр. 29 сл.

<sup>3)</sup> Rostocksches Stadtrecht publiciret im Jahr 1757. Rostock. Официальное, повидимому, изданіе (изъ бібліотеки Reichsjustizamт'a въ Берлинѣ, Katalog стр. 58). О самомъ памятникѣ см. Stobbe, Geschichte der Deutschen Rechtsquellen II стр. 232.

Чрезвычайно поучительно отмѣтить мимоходомъ, что въ кодексъ, появившійся сто слишкомъ лѣтъ спустя и по ту сторону океана, включается норма, которая имѣетъ въ сущности тотъ же смыслъ, что приведенныя постановленія Баварскаго или Роштокскаго права. Калифорнское гражданское уложеніе въ ст. 2144 (3389) говоритъ: «Понудительное исполненіе договора, исполненіе коего натурою вообще возможно, можетъ быть требуемо, хотя бы въ договорѣ былъ назначенъ денежный штрафъ



Наконецъ, и фактъ помѣщенія спорной въ австрійскомъ правѣ нормы въ концѣ параграфа (въ пунктѣ четвертомъ) тоже, какъ мнѣ кажется, не безъ значенія. Если бы въ ней шла рѣчь о кумуляціи, то она, по всей вѣроятности, оказалась бы сей-часъ же послѣ перваго предложенія, регулирующаго отношеніе неустойки къ возмѣщенію убытковъ, — а не позади постановленій о размѣрѣ неустойки при займѣ и о правѣ судьи понижать условленную цифру. И въ этомъ отношеніи точно также нетрудно уловить сходство съ прусскимъ уложеніемъ, въ которомъ соотвѣтственный I, 5 § 311 уже служитъ переходомъ къ ученію объ отступномъ (о «Wandelrön» говорятъ § 312 — § 316)<sup>1)</sup>.

---

или опредѣленъ размѣръ вознагражденія за вредъ на случай его нарушенія, и не исполнившая договоръ сторона была согласна уплатить то или другое» (по изд. редакціонной комиссіи по составленію гражданскаго уложенія). Относительно подчеркнутыхъ мною терминовъ (по англійски: «penalty» и «liquidated damages») см. напр. Story A treatise on the law of contracts II № 1020 сл., Lehr Eléments de droit civil anglais стр. 544 и 556 сл., The American and English Encyclopedia of Law XIII s. v. Liquidated damages.

<sup>1)</sup> См. по этому поводу Förster-Eccius назв. соч. I § 107 i. f. и Dernburg, Preussisch. Privatrecht II § 42 прим. 3. — Другіе еще аргументы въ пользу нашего толкованія Schlusssatz'a § 1336 можно найти у Hasenöhrля (назв. соч. I стр. 516 сл.), который защищаетъ правильное, отстаиваемое и мною воззрѣніе. Вѣрный взглядъ высказанъ еще Ellinger'омъ, Handbuch des österr. allgem. Civil-Rechtes прим. къ ст. 1336. См. также ниже § 23.

## II.

### Средніе типы законодательствъ.

#### § 18.

##### *Саксонское гражданское Уложение.*

Гораздо ближе уже къ римскому праву, чѣмъ разсмотрѣнныя до сихъ поръ законодательства, «Гражданское уложение королевства Саксонскаго».

§ 1428 этого кодекса предусматриваетъ случай, когда кто-либо обѣщаль

... eine Strafe, Busse, Conventionalstrafe, für den Fall, dass ein Vertrag nicht erfüllt oder eine sonstige Leistung nicht bewirkt wird...

и на этотъ случай опредѣляетъ, что управомоченному лицу принадлежитъ выборъ

... (die Wahl) ob er Erfüllung des Vertrages oder die sonstige Leistung und Ersatz der durch die Nichterfüllung etwa entstandenen Schäden, oder ob er die Strafe verlangen will.

На основаніи этого параграфа (редакцію котораго, замѣчу мимоходомъ, едва-ли можно признать удачною)<sup>1)</sup> вѣрителю, слѣдовательно, предоставляется право предпочесть неустойкѣ

<sup>1)</sup> Прилагаю поэтому еще русскій переводъ нѣмецкаго текста (по изданію редакціонной комиссіи по составленію гражданскаго уложенія): «Если кто обѣщаль другому уплатить неустойку, штрафъ, пеню, на тотъ случай, если не будетъ исполненъ договоръ или не будетъ произведено иное удовлетвореніе, то съ того времени какъ возникло право на неустойку, лицу, въ

не только основное дѣйствіе, но и вознагражденіе за вредъ и убытки. Отношеніе, такимъ образомъ, здѣсь римское альтернативное.

То же самое относится и къ случаю, который имѣется ввиду въ слѣдующемъ § 1429, когда договорная цена подлежитъ уплатѣ при исполненіи обязательства «не въ надлежащее время или не въ надлежащемъ мѣстѣ». Здѣсь, говоритъ законъ, «управомоченному разрѣшается требовать осуществленія главнаго дѣйствія и вмѣстѣ съ тѣмъ неустойки». На первый взглядъ это положеніе какъ бы совпадаетъ съ соотвѣтственными нормами прускаго и французскаго права, но, если взглянуть въ него внимательнѣе, то, наоборотъ, оказывается, что и оно въ полномъ согласіи съ римскимъ правомъ. Смыслъ § 1429, очевидно, тотъ, что кредитору дается право выбора, съ одной стороны, между возмѣщеніемъ понесеннаго ущерба вслѣдствіе неправильнаго по мѣсту или по времени исполненія и, съ другой, между условленной пеней. Отношеніе и здѣсь, стало быть, для вѣрителя произвольно альтернативное, чего, конечно, нельзя сказать о Ландрехтѣ или Наполеоновомъ кодексѣ.

Что данную норму слѣдуетъ примѣнять именно такъ, вытекаетъ прежде всего изъ нормы предыдущей, т. е. § 1428. Нѣтъ рѣшительно никакого основанія допускать различное обужденіе одной и другой и полагать, что въ одномъ случаѣ неустойка можетъ конкурировать съ вознагражденіемъ за вредъ, а въ другомъ, напротивъ того, не можетъ. Но, кромѣ того, въ пользу нашего соображенія говоритъ еще другой моментъ, много болѣе важный, это—точный текстъ и смыслъ § 1431. Этотъ параграфъ гласитъ слѣдующимъ образомъ:

*Fordert der Berechtigte die versprochene Strafe, so kann er wegen Nichterfüllung, oder verspäteter Erfüllung, oder Erfüllung am unrechten Orte nicht einen weiteren Schädensanspruch geltend machen. Schädensprüche aus anderen Gründen, als für welche die Strafe versprochen ist, werden nicht ausgeschlossen.*

пользу коего она общана, независимо отъ того, оно-ли само или третье лицо должно получить ее, принадлежитъ выборъ: или требовать исполненія договора либо иного удовлетворенія и возмѣщенія причиненнаго вслѣдствіе неисполненія вреда, или же требовать уплаты одной неустойки».

Разность, слѣдовательно, между суммами неустойчивой и наличнаго убытка не подлежитъ взысканію. Этого уклоненія отъ римскаго права нельзя не видѣть. Тотъ остаточный плюсъ, который тамъ признавался, какъ самостоятельный объектъ иска, — его здѣсь вѣритель дѣйствительно теряетъ. Но когда теряетъ? сейчасъ-ли? — Нѣтъ, только послѣ предьявленія имъ требованія, только въ слѣдствіе принятаго рѣшенія. До тѣхъ поръ онъ воленъ свободно производить выборъ, отдавать преимущество одному предъ другимъ. Одно соглашеніе о неустойкѣ или ея установленіе еще не лишаетъ кредитора этого права. Абсолютной и безповоротной фиксаціи интереса саксонское право, такимъ образомъ, не знаетъ (въ отличіе отъ ALR: I, 5 § 293 или, положимъ, ст. 1152 Code civil!)<sup>1)</sup>

Въ итогъ необходимо признать, что саксонское гражданское уложеніе даетъ возможность избѣжать несправедливаго отношенія къ вѣрителю какъ разъ въ наиболѣе существенныхъ случаяхъ, встрѣчающихся на практикѣ всего чаще. Это тѣ случаи, когда для вѣрителя проистекаетъ ущербъ по причинамъ отъ него независящимъ — потому, что въ моментъ заключенія условія онъ никакъ не въ состояніи былъ обозрѣть и опредѣлить, хотя бы только приблизительно, размѣры своего интереса и возможныхъ въ будущемъ (при неисправности должника) убытковъ. Здѣсь именно кредиторъ, по саксонскому праву, и не окажется связаннымъ имъ же самимъ выговоренной неустойкой, какъ то, наоборотъ, произойдетъ по прусскому, на-

<sup>1)</sup> Равнымъ образомъ здѣсь нѣтъ того порядка вещей, который наблюдается въ прусскомъ правѣ и отчасти наблюдался тамъ и нами выше стр. 194: здѣсь неустойка при денежномъ займѣ не поглощаетъ собой законнаго, вышаго, процента, разъ, а послѣдній, въ свою очередь, не исключаетъ ликвидаціи фактически причиненнаго ущерба, превышающаго узаконенный процентъ ех тога, два: § 742 (ср. ALR: I, 11 § 833).

Прибѣгая къ нѣсколькимъ смѣлому (и не совѣмъ, быть можетъ, научно) сравненію, можно бы, пожалуй, сказать: если бы Перинсъ, Крюгеръ и др. (см. выше стр. 57 сл.) были правы въ своемъ отрицаніи занимавшаго насъ дополнительнаго требованія для классическаго періода римскаго права, — то саксонское уложеніе являло бы въ изслѣдуемой области какъ разъ примѣръ законодательства, тождественнаго съ правомъ временъ Юліана или Папиніана.

примѣръ, праву : неустойка не обратится для него въ ловушку, а, съ другой стороны, и для должника не послужитъ поводомъ или соблазномъ уклониться отъ добросовѣстнаго исполненія принятаго на себя по договору обязательства <sup>1)</sup>).

§ 18 а.

*Цюрихское гражданское Уложение 1853—56 года*

въ нашемъ ученіи совершенно согласно съ только-что разсмотрѣннымъ саксонскимъ кодексомъ. Возможно, что оно на послѣдній даже оказало свое вліяніе <sup>2)</sup>. Ограничусь поэтому лишь ссылкой на §§ 969 и 971 и примѣчанія къ нимъ самого составителя и главнѣйшаго комментатора уложенія, знаменитаго Блунчли.

Если, замѣчу еще, данный кодексъ мною вообще упоминается, хотя въ области обязательственной онъ и не состоитъ болѣе въ числѣ дѣйствующихъ законодательствъ, то дѣлается это во вниманіе къ тѣмъ общепризнаннымъ достоинствамъ, какими онъ отличается, и къ тому значенію, какое ему, соотвѣтственно съ тѣмъ, принадлежало, а отчасти и теперь еще принадлежитъ <sup>4) 5)</sup>.

<sup>1)</sup> У большинства писателей, занимавшихся обработкою саксонскаго права, страннымъ образомъ, встрѣчается по нашему вопросу почти одна только дословная передача приведенныхъ параграфовъ. См. Siebenhaar Lehrbuch des sächsischen Privatrechts § 433, Schmidt Vorlesungen über das in dem Königreiche Sachsen geltende Privatrecht I стр. 465. Комментаріи (Siebenhaar-Röschmann'a или, далѣе, Wengler и Brachmann'a), правда, многорѣчивѣе, но и они почему-то не выдвигаютъ или даже не касаются самой важной и юридически интереснѣйшей стороны дѣла.

<sup>2)</sup> Въ этомъ я, впрочемъ, изъ опубликованныхъ мотивовъ къ саксонскому кодексу не успѣлъ убѣдиться.

<sup>3)</sup> Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen, herausgegeben von Bluntschli, Redactor des Gesetzes.

<sup>4)</sup> Ср. Huber, System und Geschichte der Schweizerischen Privatrechtes I стр. 56 сл., а также Amiaud назв. соч. стр. 141 сл.

<sup>5)</sup> На почву Саксонскаго и Цюрихскаго Уложеній становится и анонимный авторъ проекта имперскаго гражданскаго кодекса для Германіи («Ein Reichsgesetzbuch über das Privatrecht. In sieben Büchern entworfen von \* 1896») въ § 294, ср. стр. 11.

### III.

#### Римская система.

---

#### § 19.

##### *Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ 1881 года.*

Весьма поучительно, что этотъ почти новѣйшій кодексъ, пользующійся, какъ извѣстно, прекрасной и заслуженной славой<sup>1)</sup>, въ ученіи о неустойкѣ возвращается къ постановкѣ римскаго права во всей ея чистотѣ — въ тѣхъ, по крайней мѣрѣ, предѣлахъ, какіе насъ прежде всего интересуютъ<sup>2)</sup>.

Мы здѣсь встрѣчаемся и съ правомъ кредитора производить выборъ между основнымъ дѣйствіемъ и обѣщанной пеней (ст. 179 п. 1), и съ правомъ на исполненіе обязательства вмѣстѣ съ полученіемъ пени при назначеніи ея на случай частичной неисправности на сторонѣ должника (ст. 179 п. 2). Наконецъ, встрѣчаемся — что должно быть особенно подчеркнуто — съ правомъ кредитора предпочитать неустойкѣ соответствующій интересъ и предпочитать притомъ въ любой моментъ — до и послѣ истребованія неустойки. Другими словами, швейцарскій законодатель, въ полномъ согласіи съ Юстиніаномъ, разрѣшаетъ вѣрителю дополнительное взысканіе въ размѣрѣ того плюса, на который одно требованіе больше другого.

---

<sup>1)</sup> Ср. предисловіе къ русскому переводу въ изд. редакц. комисс. по составленію гражданскаго уложенія стр. XIV слл.

<sup>2)</sup> Нѣкоторыя уклоненія см. частью выше стр. 103, частью ниже въ § 25. — Къ послѣдующему ср. Haberstick, Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts I стр. 168 слл.

Въ ст. 180 п. 2 значится

Uebersteigt der erlittene Schaden den Betrag der Strafe, so kann der Gläubiger den Mehrbetrag nur so weit einfordern, als er ein Verschulden nachweist.

Si le dommage qu'il a souffert dépasse le montant de la peine, le créancier ne peut réclamer une indemnité supérieure qu'en établissant une faute à la charge du débiteur.

Для правильной оцѣнки данной нормы еще необходимо указать на то обстоятельство, что, говоря вообще, данный швейцарскій кодексъ не требуетъ въ примѣненіи къ нашему институту наличности вины должника, отказывая въ присужденіи неустойки только при невозможности исполненія по винѣ самого вѣрителя или вѣдѣствіе непреодолимой силы (ст. 181)<sup>1)</sup>. Замѣтимъ, между прочимъ, что и въ этомъ отношеніи наблюдается совершенная солидарность швейцарскаго закона съ тѣмъ же римскимъ правомъ<sup>2)</sup>. Правда, цитированная ст. 180 въ своей второй части какъ бы составляетъ исключеніе изъ означеннаго начала, снова вводя требованіе *culpaе* для спеціальнаго нормируемаго ею случая. Но въ сущности исключенія здѣсь нѣтъ: оно только кажущееся. Реквизитъ момента вины въ ст. 180 оказывается совершенно естественнымъ, если сообразить, что взысканіе разности между вредомъ, понесеннымъ вѣрителемъ, и выговоренной имъ пеней можетъ, конечно, вытекать только изъ общаго иска объ убыткахъ, каковой искъ, разумѣется, обязательно предполагаетъ неосторожность или вину на сторонѣ должника.

Такимъ образомъ, даннымъ пунктомъ ст. 180 производится лишь перемѣщеніе бремени доказыванія — съ плечъ отвѣтчика на плечи вѣрителя. Не болѣе<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Ср. еще комментарий къ союзному закону объ обязательствахъ Schneider'a и Fick'a прим. 2 къ ст. 180.

<sup>2)</sup> Вообще о значеніи вины при неустойчномъ соглашеніи см. ниже § 24.

<sup>3)</sup> Въ этомъ смыслѣ я вношу теперь поправку къ невольнѣ точному (хотя и не отиѣченному критикою) изложенію дѣла въ нѣмецкомъ изданіи настоящей работы. Ср. еще ст. 110 (и къ ней Haberstick назв. соч. I стр. 224, 228 сл.).

## § 20.

*Гражданское Уложение Германской Империи (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich).*

И это важнейшее законодательство, процессъ созданія котораго только недавно закончился, сосредоточивъ на себѣ чрезвычайное вниманіе всей юридической Европы,—въ нашемъ ученіи держится, безспорно, романистическихъ началъ. Въ частности въ вопросахъ отношенія интереса и неустойки оно даже попросту кодифицируетъ положенія *Corpus a iuris*<sup>1)</sup>.

Мнѣ нѣтъ поэтому надобности останавливаться въ подробности на соответственныхъ нормахъ германскаго уложенія. Основываясь на выясненномъ уже по адресу римскаго права, я здѣсь лишь вкратцѣ изложу главнѣйшія касающія насъ постановленія<sup>2)</sup>.

Прежде всего надлежитъ отмѣтить, что будущее право Германіи, при регулированіи института неустойки, очевидно, исходить изъ соображенія о двойной (уже знакомой намъ) цѣли, преслѣдуемой институтомъ. Коментаторы и писатели справедливо указываютъ на это обстоятельство<sup>3)</sup>, подтверждаемое въ полной мѣрѣ отдѣльными нормами кодекса.

<sup>1)</sup> Ср. f. Motive zu dem Entwurfe (I) eines B. G. B.'s etc. II стр. 275 слл. Въ первомъ проектѣ неустойкѣ («Conventionalstrafe») были посвящены § 420—§ 425; во второмъ ей же («Vertragsstrafe», о переимѣнъ въ названіи см. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung I стр. 775 сл.) были отведены §§ 291 слл., въ третьемъ (Reichstagsvorlage) §§ 333 (334) слл., — и наконецъ, въ настоящее время въ получившей законодательную санкцію редакціи она составляетъ предметъ § 339—§ 345.

<sup>2)</sup> О § 343, содержащемъ узаконеніе такъ наз. «richterliches Ermäßigungsrecht», матеріи очень громкой, будетъ сказано ниже въ § 25.

<sup>3)</sup> Ср. Planck (Bürgerliches Gesetzbuch etc. erläutert von) II стр. 119, Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I стр. 600. Почему-то въ дальнѣйшемъ изложеніи (стр. 602 сл.) Endemann говоритъ, что въ случаѣ обезпеченія неустойкою только частичнаго ущерба одна изъ цѣлей—психологическое побужденіе къ исправному исполненію обязательства—выдвигается впередъ, оттѣсня другую функцію неустойки, какъ завѣще опредѣленнаго интереса: «Ihr (der Strafe) Hauptzweck ist dann, einen Druck auf den Schuldner auszuüben». Такое мнѣніе кажется мнѣ неосновательнымъ: различіе ни изъ чего не вытекаетъ.



Въ силу § 340, предусматривающаго назначеніе неустойки на случай (полнаго) неисполненія своего обязательства, вѣритель вправе требовать либо этого исполненія или соответствующаго вознагражденія, либо уплаты обѣщанной неустойки. Далѣе, въ силу слѣдующаго § 341, относящагося къ неустойкѣ, установленной на случай ненадлежащаго, въ особенности же несвоевременнаго исполненія, вѣрителю предоставляется, наряду съ правомъ на основное дѣйствіе, еще и право выбора между заслуженной пеней и причиненными запозданіемъ или иною несправностью убытками <sup>1)</sup>. И притомъ въ обоихъ случаяхъ, при примѣненіи какъ § 340, такъ и § 341, неустойка, на которую кредиторомъ приобрѣтено право, считается только минимальнымъ размѣромъ («*Mindestbetrag*») понесеннаго вреда. Отсюда непосредственно слѣдуетъ выводъ, дѣлаемый законодателемъ, впрочемъ, *explicite* и даже повторяемый имъ дважды (§ 340 п. 2 и § 341 п. 2): выборъ вѣрителемъ неустойки не исключаетъ его права искать добавочнаго вознагражденія за ущербъ (поскольку, разумѣется, ущербъ превышаетъ размѣръ неустойки) <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Planck назв. соч. II стр. 122 (прим. 1 къ § 341) замѣчаетъ: «*Der Mangel der Erfüllung kann aber auch von der Art sein, dass er nachträglich noch beseitigt werden kann. So z. B. kann das auf Grund eines Werkvertrags gelieferte Werk Mängel haben, die beseitigt werden können und die der Unternehmer auf Verlangen des Bestellers zu beseitigen verpflichtet ist (§ 633 Abs. 2). Bezieht sich das Strafversprechen auch auf solche Mängel, so kann sowohl die Beseitigung der Mängel als auch die Strafe gefordert werden*». Съ этимъ положеніемъ, въ столь общей, по крайней мѣрѣ, формѣ, я согласиться не могу. Коментаторъ, по видимому, не видитъ, что онъ санкціонируетъ не иное что, какъ кумулятивное (во вредъ должнику) отношеніе требованій. Если неустойка имѣетъ цѣлью вознаградить за наличность опредѣленныхъ дефектовъ, а допущенные первоначально дефекты вѣдѣ затѣмъ исправляются *in natura* и нечезаютъ, то за что же, спрашивается, вознаграждать вѣрителя? — развѣ только за промедленіе. Но тутъ уже мѣра интереса друга я. Все, конечно, зависитъ отъ намѣренія сторонъ — выясненіе этого намѣренія есть серьезнѣйшая задача судьи —, но *in dubio* утверженіе Planck'a (или его сотрудниковъ) представляется мнѣ ошибочнымъ.

<sup>2)</sup> Cohn'омъ «*Das neue Deutsche Bürgerliche Recht in Sprüchen* II стр. 30 придуманы слѣдующія удачныя поговорки: «*Strafleistung für Nicht-*

Первый проект (въ § 420 сл.), замѣтимъ еще, этого дополнительнаго права вѣрителя не зналъ. Но вторая комиссия его ввела. Мотивами при этомъ для нея служили два обстоятельства. Во-первыхъ, опасеніе, что безъ того гражданскій оборотъ окажется вынужденнымъ прибѣгать къ чрезвычайно высокимъ неустойчивымъ суммамъ, — соображеніе, не лишнее нѣкотораго основанія. Вѣритель, опасаясь, что можетъ не получить возмѣщенія всего испытаннаго имъ вреда, будетъ непременно стремиться принудить своего контрагента къ возможно болѣе капитальной неустойкѣ, чтобы обезопасить себя на всякій случай. Во-вторыхъ, разсуждали члены комиссіи, въ аналогичномъ же случаѣ просрочки законъ признаетъ за вѣрителемъ, кромѣ права на проценты ех тота, еще и право на вознагражденіе за дальнѣйшій ущербъ (B. G. B. § 288 п. 2). Отчего же закону стать непослѣдовательнымъ въ ученіи о неустойкѣ и отступить здѣсь отъ того начала, которое принято тамъ?!<sup>1)</sup>

Изъ приведенныхъ предложеній видно, что совпаденіе съ римскимъ правомъ полное: и отдѣльныя постановленія и даже распределеніе законодательнаго матеріала, — все это совершенно тождественно съ тѣмъ, что нами раньше было выведено на основаніи источниковъ<sup>2)</sup>.

Почти излишне прибавлять, что только-что изложенныя нормы надѣлены, конечно, лишь диспозитивнымъ характеромъ, — опять-таки согласно съ тѣмъ, что нами наблюдалось въ римскомъ правѣ. Контрагенты вольны условиться насчетъ кумуляціи неустойки съ интересомъ въ случаѣ нарушенія должникомъ своего обязательства, — и такое соглашеніе, естественно, будетъ приниматься въ соображеніе и правопорядкомъ. Они могутъ и, обратно, заключить договоръ въ томъ смыслѣ, чтобы уплата должникомъ пени исключала дальнѣйшее требованіе

---

leistung schwindet Hauptleistung», далѣе, «Verzugs(Ungehörigkeits)strafe schwindet Hauptleistung nicht» и, наконецъ, «Die Strafe ist des Schadens Minimum». Уже этими тремя афоризмами въ сущности очерчивается приблизительно вся нормировка идущихъ къ дѣлу отношеній.

<sup>1)</sup> Protokolle I стр. 776, Planck назв. соч. II стр. 121.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 81 сл.

высшихъ, превышающихъ ея размѣръ убытковъ, — и съ этимъ условіемъ, разумѣется, точно также должно будетъ считаться: въ такомъ случаѣ судья въ Берлинѣ положить именно это условіе въ основаніе своего рѣшенія, какъ если бы онъ призванъ былъ примѣнять нормы не новаго общегерманскаго, а попрежнему стараго прусскаго уложенія<sup>1)</sup>.

Необходимо упомянуть объ одномъ опредѣленіи положительнаго свойства въ общегерманскомъ кодексѣ.

На случай выбора между основнымъ дѣйствіемъ и неустойкой — случай, регулируемый пунктомъ 1 § 340, этотъ пунктъ во второй своей половинѣ гласитъ, что «если кредиторъ заявилъ должнику, что онъ требуетъ уплаты неустойки, то притязаніе на исполненіе исключается». Отсюда слѣдуетъ, что если, наоборотъ, вѣритель рѣшается въ пользу исполненія, то онъ eo ipso еще не теряетъ своего притязанія на неустойку, а можетъ, напротивъ того, измѣнить свое состоявшееся рѣшеніе и въ концѣ концовъ все-таки склониться въ пользу требованія именно неустойки. Должнику принадлежитъ, конечно, естественное право сдѣлать кредитору, пока тотъ колеблется, заявленіе о своей готовности исполнить свое обязательство и тѣмъ самымъ заставить его принять рѣшеніе и высказаться. Но должникъ не въ правѣ, ссылаясь, положимъ, на § 264 п. 2 закона, назначить вѣрителю извѣстный срокъ для учиненія выбора, съ тѣмъ, чтобы по истеченіи его, если вѣритель не успѣлъ имъ воспользоваться, право выбора уже перешло къ нему, должнику. Означенный § 264 относится къ случаямъ медлительности кредитора при альтернативномъ обязательствѣ, между тѣмъ какъ въ нашемъ ученіи строго альтернативнаго права (въ техническомъ смыслѣ) на неустойку или исполненіе у кредитора не получается<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Ср. Laband, Zum zweiten Buch des Entw. eines B. G. B.'s въ Archiv f. d. civ. Praxis LXXIV стр. 46.

<sup>2)</sup> Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts I стр. 324, Endemann назв. соч. I стр. 602, Planck назв. соч. II стр. 120 сл. Последній (ср. Oertmann Kommentar zum B.G.B., Das Recht der Schuldverhältnisse ad § 340 прим. 2) еще, впрочемъ, утверждаетъ, что на основаніи § 420 пер-

Упомянув раньше о правомочиі вѣрителя взыскать добавочнымъ порядкомъ тотъ плюсъ, который заключается въ не предъявленномъ требованіи, я опустил одно обстоятельство, котораго не могу не возстановить въ настоящемъ мѣстѣ.

Обстоятельство это касается того случая (§ 342), когда «въ качествѣ неустойки обѣщана не денежная сумма, а иное удовлетвореніе»<sup>1)</sup>. При такого рода условіи «требованіе кредиторомъ неустойки исключаетъ притязаніе на возмѣщеніе ущерба»<sup>2)</sup>.

Это отступленіе отъ общаго правила или исключеніе въ общемъ, на мой взглядъ, резонно и заслуживаетъ одобренія. Въ первомъ проектѣ его, однако, не было, а внесено оно уже второй комиссіей, полагавшей, что вытекающія изъ него юриди-

ваго проекта обязательство дѣйствительно обращалось въ альтернативное. Это неточно. Матеріальныхъ измѣненій на этотъ счетъ вторая комиссія не внесла: Protokolle I стр. 776.

<sup>1)</sup> Въ нѣмецкомъ текстѣ сказано: «Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen...».

<sup>2)</sup> Все (въ нормальномъ порядкѣ) возможныя и разсмотрѣнныя нами комбинаціи отношеній по В. Г. В. могутъ быть графически изображены въ слѣдующемъ видѣ (ср. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren стр. 162):

### Неустойка

	денежная	состоящая въ иномъ удовлетвореніи
на случай неисполненія	Исполненіе или неустойка (съ возмѣщеніемъ дальнѣйшаго ущерба) или возмѣщеніе ущерба.	Исполненіе или неустойка или возмѣщеніе ущерба.
на случай ненадлежащаго исполненія	Исполненіе и неустойка (съ возмѣщеніемъ дальнѣйшаго ущерба) или исполненіе и возмѣщеніе ущерба.	Исполненіе и неустойка или исполненіе и возмѣщеніе ущерба.

чекія послѣдствія должны оказаться цѣлесообразными и всего болѣе соответствовать намѣренію сторонъ<sup>1)</sup>. И дѣйствительно: сохраненіе первоначальной редакціи закона привело бы къ необходимости всякій разъ оцѣнивать предметъ удовлетворенія, причемъ, конечно, открылось бы широкое поле для всякаго рода споровъ относительно стоимости обѣщаннаго объекта.

Позволительно сомнѣваться насчетъ одного только: не слишкомъ-ли уже далеко идетъ германское уложеніе въ данномъ вопросѣ и не слишкомъ-ли уже узокъ терминъ «денежная сумма»? Какое, въ самомъ дѣлѣ, основаніе обсуждать неодинаково одно и то же отношеніе въ примѣненіи, съ одной стороны, къ горожанину, которому обѣщается неустойка въ столько-то марокъ, а съ другой, къ крестьянину, нерѣдко выговаривающему себѣ столько-то мѣръ пшеницы или бочекъ вина въ качествѣ все той же договорной пени? Разницы по существу въ положеніи того и другого нѣтъ. Все дѣло въ томъ, насколько объектъ неустойки, на которомъ остановились стороны, имѣетъ общую, рыночную, такъ сказать, цѣнность; насколько его стоимость во всякое время легко поддается опредѣленію. Но что при пшеницѣ, картофелѣ, винѣ и т. п. оцѣнка не можетъ представлять затрудненій, по моему мнѣнію, достаточно ясно. Названные предметы въ деревнѣ часто замѣняютъ деньги, являясь нерѣдко въ роли настоящихъ платежныхъ средствъ<sup>2)</sup>.

Не придавая, впрочемъ, этому вопросу особеннаго значенія, я все-таки полагаю бы умѣстнымъ указать, что римскіе юристы, очевидно, не проводили при регулированіи дѣла никакого различія въ зависимости отъ того, что служило предметомъ договорной неустойки. Въ тѣхъ отрывкахъ источниковъ, которые трактуютъ о правѣ дополнительнаго требованія (fr. 28 de A. E. V., fr. 42 pro socio и, пожалуй, еще fr. 41 eod.), говорится всюду просто о «роена ex stipulatu», а подъ этимъ терминомъ въ Римѣ разумѣлась, безспорно, далеко не одна только денежная неустойка. Охотно допускаю, что и тамъ тогда, какъ у насъ въ настоящее время, такъ а именно пеня должна была встрѣчаться и встрѣчалась всего чаще: это обуславливается уже самой природой вещей, свойствомъ денегъ, какъ

<sup>1)</sup> Protokolle I стр. 776, Planck назв. соч. II стр. 122.

<sup>2)</sup> Не соглашается со мною Deus, Die Vertragsstrafe nach dem B. G. B. стр. 20 сл.

общаго мѣрила цѣнности. Но вѣрно также и то, что и другіе предметы могли и могутъ, съ неменьшимъ весьма часто успѣхомъ, выговариваться въ качествѣ неустойки и вести къ достиженію цѣлей, преслѣдуемыхъ неустойчнымъ соглашеніемъ, — къ усиленію обязательства должника и къ избавленію вѣрителя отъ тяжелой необходимости доказывать размѣры своего интереса. И римляне это отлично понимали. Говоря о неустойкѣ, они не даютъ повода заключить, что рѣчь ведется не прѣменно о деньгахъ. Они вездѣ подчеркиваютъ только реквизитъ опредѣленности объекта пени и ея величины. Все дѣло для нихъ въ «*quantitas*»: о ней толкуетъ Ульпіанъ въ уже извѣстномъ намъ fr. 38 § 17 i. f. de V. O. <sup>1)</sup>), — тотъ самый Ульпіанъ, замѣчу между прочимъ, которому мы главнымъ образомъ обязаны свѣдѣніями по праву взысканія разности между двумя требованіями; о ней же, этой *quantitas*, упоминаетъ въ своихъ институціяхъ (§ ult. I. de V. O.) и Юстиніанъ, — который, согласно съ общимъ смысломъ цитированнаго параграфа, могъ бы съ равнымъ, несомнѣнно, правомъ, вмѣсто дѣйствительно приведеннаго имъ примѣра: «*tum poenae nomine decem aureos dare spondes?*», привести другой: «*tum poenae nomine tritici Africi optimi modios decem dare spondes?*»

Резюмирую. Обороту древняго Рима была знакома неустойка не только въ видѣ денежной суммы<sup>2)</sup>; далѣе: мы не видимъ, чтобы эта *poena p o n p u m m a r i a* подчинялась какимъ-либо особымъ правиламъ—ни вообще, ни въ частности примѣнительно къ обсуждаемому здѣсь вопросу о самостоятельномъ взысканіи остаточнаго плюса; — и, наконецъ: отъ подобнаго порядка вещей никто, повидимому, не ощущалъ особеннаго неудобства.

Прежнее Общегерманское Торговое уложеніе 1861—65 гг. (и понынѣ, впрочемъ, еще дѣйствующее въ Австріи) за-

<sup>1)</sup> Ср. еще его же fr. 11 § 2 D. de receptis (4, 8).

<sup>2)</sup> На выясненіи этого факта не приходилось бы спеціально останавливаться, если бы не утвержденіе нѣкоторыхъ юристовъ (Heimbach'a въ указ. мѣстѣ стр. 59 прим. 1, Mainz'a Cours de droit Romain соч. II § 258 прим. 5 и друг.), что неустойка должна обязательно состоять въ деньгахъ. Противоположнаго и правильнаго мнѣнія держатся, напримѣръ, Lauterbach въ назв. дисс. §§ 18 и 19, Jäger De stipulatione poenae etc. стр. 22, Sintenis назв. соч. II § 88 прим 3 и въ особенности Schiemann въ статьѣ «Ueber den Gegenstand der Conventionalstrafe» въ Dorpater Zeitschrift II стр. 4 слл.

ключало въ себѣ самостоятельную нормировку института неустойки. Такое отношеніе къ дѣлу въ то время представляется вполне естественнымъ и понятнымъ, если принять во вниманіе разнообразіе отдѣльныхъ нѣмецкихъ гражданскихъ законодательствъ въ нашей области и вспомнить ту довольно пеструю картину, которая здѣсь открывается взорамъ наблюдателя. Добавимъ, что старое торговое уложеніе стояло на почвѣ, принципиально отличной отъ почвы прусскаго Ландрехта, дѣйствующаго, какъ извѣстно, на пространствѣ территоріи въ сличкомъ 21 милліонъ душъ. Въ нашемъ ученіи торговое уложеніе было построено на чисто романистическихъ началахъ. Пользовавшаяся большой извѣстностью статья 284 выставяла (въ п. 2 и 3) всѣ тѣ положенія, какія мы вывели изъ изслѣдованія римскаго права, не исключая и пресловутаго дополнительнаго иска о разности между двумя принадлежащими вѣрителю требованіями. Общій принципъ, выраженный въ ст. 284, еще находилъ себѣ частное примѣненіе въ одномъ случаѣ, который предусматривался ст. 398 и относился къ фрахтовому договору. Наконецъ, и практика судовъ, въ особенности же славнаго высшаго суда для торговыхъ дѣлъ, такъ наз. (Bundes-, а впоследствии) Reichsoberhandelsgericht'a, была строго романистическая, совершенно сходная съ той, съ которой мы познакомились въ территоріяхъ дѣйствія пандектнаго права <sup>1)</sup>.

Съ созданіемъ гражданского уложенія для всей Германской имперіи отдѣльное регулированіе нашей матеріи въ торговомъ кодексѣ стало дѣломъ излишнимъ, — въ особенности ввиду того, что само гражданское уложеніе усвоило себѣ именно римскія начала. Приходилось бы, такимъ образомъ, повторяться <sup>2)</sup>. Поэтому новое торговое уложеніе (отъ 10 мая 1897 г.) не содержитъ болѣе общихъ положеній о неустойкѣ.

Изъ спеціальныхъ нормъ мнѣ здѣсь необходимо указать только на одну. Это п. 2 § 75, имѣющій отношеніе къ возбужденному много споровъ вопросу о конкурентной дѣятельности бывшему хозяину со стороны лицъ, служившихъ у него, по оставленіи

<sup>1)</sup> См. обо всемъ этомъ мою Konventionalstrafe und Interesse стр. 44 сл и 42.

<sup>2)</sup> См. Entwurf eines Handelsgesetzbuches 1897 стр. 209, 278 (въ изд. 1896 стр. 194, 261).

ими мѣста. Этого вопроса, въ предѣлахъ его принципиальной постановки, мы имѣли случай коснуться уже раньше, когда обозрѣвали прежнюю практику судовъ по пандектному праву<sup>1)</sup>. Въ настоящее время намъ слѣдуетъ, по адресу означеннаго параграфа и пункта, отмѣтить еще то, что онъ преслѣдуетъ цѣль по возможности сильнѣе защитить интересъ служащаго. Въ этихъ видахъ онъ опредѣляетъ, что если «прикащикъ на случай нарушенія имъ принятаго на себя по договору обязательства [о неконкурированіи, см. § 74] общалъ неустойку, то хозяинъ вправе требовать только неустойки; притязаніе на исполненіе или на возмѣщеніе дальнѣйшаго вреда исключается». При этомъ данному положенію присваивается сила абсолютная, такъ что всякаго рода соглашенія, клонящіяся къ устраненію его примѣненія, признаются ничтожными (п. 3). Только подобный характеръ нормы, говорится въ мотивахъ къ ней<sup>2)</sup>, способенъ въ достаточной мѣрѣ обезопасить служащаго отъ грозящей ему опасности быть вынужденнымъ не только уплатить договорную пеню, но и прекратить начатую конкурентную дѣятельность, покинуть новое, только-что полученное мѣсто и т. п.

Замѣтимъ еще, что именно этотъ пунктъ 2 § 75, главнымъ образомъ, побудилъ Зеккеля<sup>3)</sup> къ защитѣ такъ наз. привативной неустойки, какъ самостоятельнаго вида интересующаго насъ института: безъ допущенія этой разновидности, утверждаетъ Зеккель, будущее имперское право совсѣмъ не можетъ быть понято<sup>4)</sup>.

Ограничусь указаніемъ, что едва-ли, однако, Зеккель правъ и въ данномъ отношеніи. То обстоятельство, что законъ здѣсь называетъ подлежащую уплатѣ сумму пенею (Strafe, Vertragsstrafe), конечно, бездоказательно. Оно только лишній разъ подтверждаетъ справедливость выставляемаго мною тезиса, что названіе или терминъ и въ нашемъ ученіи не имѣетъ серіознаго

1) См. выше стр. 97 сл., а также Gierke, Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches, Vortrag стр. 25 сл. и Каминка, Новое германское торговое уложеніе въ Журналѣ Министерства Юстиціи 1898, 1 стр. 29 сл.

2) Denkschrift стр. 70, ср. также Materialien 189 (277) и др.

3) См. выше стр. 163 сл.

4) Въ уваз. мѣстѣ стр. 411.



значенія и что выводить отсюда характеръ и природу нашего института невозможно, превратно<sup>1)</sup>. Развѣ не смѣшивается въ общежитіи отступное съ неустойкой? развѣ стороны не говорятъ и не пишутъ: контрагентъ вправѣ отступить отъ договора цѣною уплаты неустойки въ столько-то? Несомнѣнно. И у нѣмцевъ формулировка въ родѣ «Rücktrittsrecht gegen Zahlung einer Strafe von X» принадлежитъ точно также къ самымъ обыкновеннымъ.

Считаться должно съ существомъ дѣла, а существо въ данномъ, регулируемомъ § 75, случаѣ таково, что я и здѣсь нисколько не колеблюсь признать наличность отступного, а никакъ не неустойки. Въ самомъ дѣлѣ: нельзя не видѣть, что нашъ должникъ, т. е. прикащикъ, поставленъ, не только въ тѣ условія, въ какихъ находится прусскій, на примѣръ, должникъ въ силу ALR: I, 5 § 293 или французскій въ силу ст. 1152 Code'a: онъ не только не обязанъ уплатить большее вознагражденіе, чѣмъ какое предопредѣлено неустойкою, но — и въ этомъ заключается весь центръ тяжести — не обязанъ даже исполнить. Отсюда прямо слѣдуетъ, что въ его, должника, руки отдано рѣшеніе вопроса, соблюсти-ли взятое на себя обязательство, или же нарушить его цѣною внесенія нѣкоторой преміи.

Другими словами: законъ измѣняетъ здѣсь неустойку въ отступное. Или точнѣе: законъ объявляетъ, что всякое дополнительное условіе по обезпеченію первоначальнаго обязательства о неконкурированіи извѣстнаго рода онъ, законъ, будетъ разсматривать, какъ отступное. Возможность, а весьма нерѣдко (какъ въ обсуждаемомъ, допустимъ, случаѣ) и разумность подобнаго отношенія къ дѣлу со стороны законодателя не можетъ подлежать сомнѣнію. Самый результатъ или фактъ во всякомъ случаѣ ясенъ: предъ нами уже отступное, а не пеня въ истинномъ смыслѣ слова.

Равнымъ образомъ весьма понятно, что правопорядокъ воленъ идти еще дальше по тому же пути расположенія къ должнику и заботливаго охраненія его отъ ущерба: онъ воленъ разрѣшить, на примѣръ, извѣстное смягченіе или уменьшеніе (въ порядкѣ судебномъ) установленной сторонами цѣфры. Упоминаю объ этомъ потому, что подобное явленіе (чисто положи-

<sup>1)</sup> См. выше стр. 92 сл., ср. 169 прим.

тельнаго, очевидно, свойства) наблюдается какъ разъ въ примѣненіи къ занимающему насъ здѣсь правоотношенію между принципаломъ и его служащимъ<sup>1)</sup>. Но это обстоятельство на юридическое существо уплачиваемой суммы, естественно, никакого вліянія оказать не можетъ, — какъ не можетъ оказать вліянія и то, положимъ, соображеніе, что въ какихъ-нибудь частностяхъ характеризуемая сумма оказывается подчиненной не тѣмъ правиламъ, которыя въ данномъ кодексѣ вообще установлены для отступного<sup>2)</sup>. Все это не въ силахъ изъять ее изъ категоріи отступного, куда она относится по самой природѣ своей, и перенести ее въ разрядъ неустойчивыхъ взысканій, отъ которыхъ она, наоборотъ, по этой же своей природѣ безконечно далека.

### § 21.

#### *Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ.*

Кто знакомъ съ характеромъ этого свода и съ исторіей кодификаціи 1864 года — преимущественно въ предѣлахъ интересующаго насъ обязательственнаго права—, тотъ, конечно, не удивится, что и въ вопросахъ, связанныхъ съ институтомъ неустойки, Остзейскій кодексъ стремится кодифицировать пандектное право и слѣдуетъ римскимъ образцамъ, — не всегда, впрочемъ, правильно понятымъ<sup>3)</sup>.

Ограничусь указаніемъ на принадлежащее вѣрителю право выбора между исполненіемъ основного обязательства и внесеніемъ неустойки (ст. 3372) и обращу здѣсь вниманіе на то обстоятельство, что это его право прекращается съ момента обращенія къ должнику съ требованіемъ о чемъ-либо одномъ: «обратясь съ требованіемъ объ уплатѣ, онъ уже не можетъ по-

<sup>1)</sup> Н. Г. В. § 75 Abs. 2 Satz 2. Насколько это опредѣленіе успѣваго вступитъ въ силу § 75 (см. Gareis, Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897, стр. XXIХ) можетъ считаться дѣйствующимъ уже въ настоящее время, когда В. Г. В. (на соответственный § 343 коего торговое уложеніе здѣсь ссылается) еще переживаетъ *tempus vacationis*? Объ этомъ см. случай изъ судебной практики въ Deutsche Juristen-Zeitung III (1898) № 15 стр. 312.

<sup>2)</sup> См., напр., В. Г. В. § 359.

<sup>3)</sup> Ср. къ послѣдующему Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Est- und Curland IV стр. 36 слл.

томъ домогаться исполненія по договору и наоборотъ». Такимъ образомъ, по обоимъ направленимъ проведено то ограниченіе вѣрителя, какое въ общегерманскомъ уложеніи установлено только въ одномъ смыслѣ<sup>1)</sup>. Интересно отмѣтить, что въ примѣненіи къ данной статьѣ еще спеціально оговорено, что «если предметомъ договора было несовершенство чего-либо, то сіе даетъ право требовать лишь одной неустойки», причемъ въ качествѣ источника этого положенія приведена извѣстная намъ l. 122 § 6 D. de V. O. (45, 1). Редакторы (Бунге, Мейковъ), повидимому, склонялись къ нѣскольکو необычному толкованію означеннаго фрагмента<sup>2)</sup>.

Далѣе, одна изъ послѣдующихъ статей (3374) предоставляетъ кредитору «право требовать вмѣстѣ и неустойку, и исполненіе договора: 1) когда такъ именно было условлено и 2) когда неустойка была опредѣлена не столько на случай неисполненія, сколько на случай исполненія не въ свое время»<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> § 349 Satz 2, см. выше стр. 23<sup>а</sup>.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 127 слл.

<sup>3)</sup> Въ одномъ изъ рѣшеній мѣстныхъ судовъ (Zwingmann, Civilrechtliche Entscheidungen der Riga'schen Stadtgerichte VI № 1056 отъ 28 III. 1879) изъ этого второго пункта ст. 3374 (въ соединеніи со ст. 3372 и 3376) выведено то заключеніе, что и наряду съ вознагражденіемъ за (полное) неисполненіе должникомъ своего обязательства вѣритель вправе потребовать еще сверхъ того или платежа условленной на случай опозданія неустойки, или, взамѣнъ нея, возмѣщенія соотвѣтственнаго (за опозданіе) ущерба. Мотивируетъ свое мнѣніе судъ тѣмъ соображеніемъ, что на мѣсто не исполненнаго обязательства должно поступить возмѣщеніе (полнаго) интереса: подставляя затѣмъ одно, вмѣсто другого, въ ст. 3374, онъ и получаетъ указанный выводъ. По адресу этого рѣшенія Erdmann назв. соч. IV стр. 37 сл. прим. 9 совершенно справедливо, на мой взглядъ, замѣчаетъ, что при возмѣщеніи ущерба не взвѣшивается абстрактно цѣнность дѣйствія, къ коему должникъ обязанъ, а что принимаются въ расчетъ также и тѣ конкретныя обстоятельства, которыя въ данномъ случаѣ возвышаютъ эту цѣнность. Судья, слѣдовательно, прибавлю отъ себя, въ оцѣнку полнаго интереса включить и ущербъ, причиненный тѣмъ, что въ настоящую именно минуту желаннаго дѣйствія нѣтъ: полный интересъ поглотить, стало быть, неустойку за промедленіе или аналогичное вознагражденіе. Судья не станеть особо оцѣнивать одно и потомъ другое; въ большинствѣ случаевъ, думается мнѣ, онъ и не въ состояніи это сдѣлать.

Въ общемъ эта статья понятна и правильна, хотя и не безупречна. Во-первыхъ, пунктъ 1) формулированъ слишкомъ узко <sup>1)</sup>. Подъ него не подойдутъ всѣ тѣ (нерѣдкіе) случаи, на которые указалъ Савиньи и на которыхъ съ особенной любовью останавливаются французскіе юристы <sup>2)</sup>, — когда одновременное требованіе исполненія и пени вытекаетъ изъ явной разницы въ цѣнности одного и другой. Вѣритель, который въ подкрѣпленіе обязательства должника, имѣющаго принести десятокъ тысячъ, выговорилъ себѣ неустойку въ нѣсколько сотъ рублей, по остзейскому праву можетъ потребовать только либо исполненія, либо указанной штрафной суммы. Естественно, что онъ потребуетъ перваго, но тогда онъ получитъ, вопреки своему несомнѣнному намѣренію, лишь то, что получилъ бы и безъ всякаго добавочнаго условія. Между тѣмъ (хорошо извѣстный намъ) fr. 115 § 2 D. de V. O., помѣщенный подъ разбираемой нормой, для него оказался бы, бесспорно, благоприятѣе.

Въ критикуемомъ рѣшеніи судъ оперировалъ чисто логически и строго формально, какъ если бы ему предложена была задача изъ области математики, а не права. Раздѣльная оцѣнка можетъ происходить развѣ только въ тѣхъ случаяхъ, когда неисполненіе должникомъ лежащаго на немъ дѣйствія обнаружилось не сразу, когда полное нарушеніе не сразу стало окончательнымъ, а только послѣ нѣкотораго промежутка. Вѣритель, побуждаемый, быть можетъ, увѣреніями должника, что онъ въ концѣ концовъ все-таки исполнитъ и что, положимъ, поставитъ обѣщанный товаръ, — требуетъ только платежа неустойки, установленной на случай запозданія. Но чрезъ нѣкоторое время, мѣсяцъ - другой спустя, выясняется, что товаръ и совсѣмъ не будетъ поставленъ. Тогда покупателю остается, разумѣется, лишь одно: предъявить искъ о присужденіи ему убытковъ за неисполненіе продавцомъ своего обязательства вообще. Здѣсь, такимъ образомъ, по исключенію, дѣйствительно будетъ имѣться раздѣльное и послѣдовательное присужденіе по двумъ интересамъ. Но такіе случаи, настаиваю, едва-ли встрѣяты особенно часто. Одинъ изъ нихъ мы, впрочемъ, уже наблюдали: это, повидимому, тотъ случай, о которомъ произнесъ свое сужденіе Павелъ въ знакомомъ намъ fr. 47 de A. E. V. (19, 1) (см. выше стр. 120 сл.).

<sup>1)</sup> Въ нѣмецкой редакціи точно такъ же: «wenn dies ausdrücklich verabredet worden».

<sup>2)</sup> См. выше стр. 137 сл., ср. 209.

Узкимъ, во-вторыхъ, мѣ представляется и избранное въ пунктѣ 2) выраженіе. Отчего говорить только объ исполненіи «не въ свое время»? Только запозданіе, правда, имѣетъ ввиду Наполеоновъ кодексъ, но лучше и предпочтительнѣе расширить постановку вопроса и прибавить: «и не въ своемъ мѣстѣ»<sup>1)</sup>, или даже упомянуть о «неисправности» вообще, или вставить, по крайней мѣрѣ, спасительное слово «особенно» (или «преимущественный», или что-нибудь подобное)<sup>2)</sup>.

Что касается мѣстъ римскихъ источниковъ, на которыя дѣлается ссылка во второмъ пунктѣ статьи, то ни l. 16 D. de transact. 2, 15, ни l. 12 C. de contrah. et committ. stipul. 8, 37 (38) не идутъ къ дѣлу: отрывокъ Гермогеніана долженъ былъ быть отнесенъ къ первой части законоположенія<sup>3)</sup>, а весьма извѣстная конституція Юстиніана обсуждаетъ посторонній въ данномъ случаѣ вопросъ о томъ, нужна-ли интерпелляція со стороны вѣрителя.

Затѣмъ отмѣчу еще (не въ видѣ, впрочемъ, упрека), что ст. 3374, съ точки зрѣнія изслѣдуемаго отношенія, заключаетъ несомнѣнно разнородныя предложенія: п. 1 санкціонируетъ кумуляцію, п. 2 — несмотря на совмѣстное требованіе и одного и другого, все-таки не болѣе, какъ альтернацію<sup>4)</sup>.

Остзейское право знаетъ, далѣе, и добавочное требованіе убытка, «насколько таковой превышаетъ размѣръ неустойки» («развѣ бы именно было условлено противное»). Эта норма (3376) — римская, и совершенно правильно указаны въ ея подтвержденіе три интерпретированныхъ нами въ свое время<sup>5)</sup> фрагмента: fr. 28 D. empti venditi (19, 1), fr. 41 и 42 D. pro socio (17, 2).

<sup>1)</sup> См., напримѣръ, Саксонское гражд. уложеніе § 1429, швейцарскій союзный законъ ст. 179.

<sup>2)</sup> См., напримѣръ, B.G.B. § 341, Badisches Landrecht Satz 1229 Abs. 2.

<sup>3)</sup> См. выше стр. 111 сл.

<sup>4)</sup> См. выше стр. 107 слл.

<sup>5)</sup> См. выше стр. 55 слл.

Въ сожалѣнію, другая (первая) часть той же ст. 3376 построила изъ спорнаго fr. 47 *empti venditi* <sup>1)</sup> общее и уже во всякомъ случаѣ — въ столь общей формѣ — ошибочное опредѣленіе: «Уплата неустойки не освобождаетъ подвергшагося ей ... отъ слѣдующихъ съ него процентовъ или плодовъ <sup>2)</sup>».

Не лишено также интереса, что сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ въ части третьей настойчиво подчеркиваетъ, что отъ нашего института должно отличать «встрѣчающееся въ договорахъ побочное опредѣленіе, по которому одной стороной предоставляется отступиться отъ договора безъ спроса другой вносомъ или потерю известной суммы (*Ruegeld*)». Та же мысль, заключающаяся здѣсь, въ примѣчаніи къ вступительной статьѣ (3369), повторяется и позже въ ст. 3373. «Подвергшійся неустойкѣ — говорится въ ней — не имѣетъ права выбора между уплатою оной или исполненіемъ договора <sup>3)</sup>».

Наконецъ, заслуживаетъ упоминанія ст. 3370, которая открыто разрѣшаетъ назначать договорную пеню «не только деньгами, но и всякими другими предметами». Прибавленіе: «кромѣ только тѣлесныхъ наказаній и такихъ взысканій, коими ограничивается личная свобода или наносится безчестіе» (ср. ALR: I, 5 § 297) — объясняется воспоминаніями и отголосками стараго права германскаго, гдѣ подобныя, нынѣ отвергаемая, пени дѣйствительно практиковались, — въ видѣ, на примѣръ, «любопытнаго въ историко-юридическомъ отношеніи *rustum obstagii* («*Einlager*», «*Einreiten*», «*Leistungspflicht*») и т. п.<sup>4)</sup>. Въ связи съ этой статьёй находится и самая дефиниція, даваемая неустойкѣ въ сводѣ. «Подъ неустойкою» — гласитъ ст. 3369 —

<sup>1)</sup> Его толкованіе (какъ уже разъ замѣчено) дано выше стр. 120 сл.

<sup>2)</sup> Но, конечно, противорѣчія между данною ст. 3376 и ст. 3372 читатель, знакомый съ ученіемъ о неустойкѣ, не усмотритъ, вопреки Пахману, Исторія кодификаціи гражданскаго права II стр. 398.

<sup>3)</sup> Обоснованіе этого положенія выписанными подъ статьёй мѣстами источниковъ и здѣсь должно быть названо неудачнымъ: о fr. 23 pr. D. de recept. (4, 8) см. выше стр. 101 сл., о fr. 9 D. de naut. foen. (22, 2) и fr. 77 D. de V. O. (45, 1) ниже § 24.

<sup>4)</sup> См. Schiemann въ указ. мѣстѣ стр. 12 сл., Gerber-Cosack System des Deutschen Privatrechts § 193 прим. 1., Gengler Das Deutsche Privatrecht стр. 399 сл. и Stobbe, Handbuch III § 174 прим. 2, гдѣ приведена и литература предмета.

«разумѣется невыгода, устанавливаемая, по взаимному соглаше-  
нію, въ связи съ другимъ обязательствомъ, на случай неиспол-  
ненія сего послѣдняго или исполненія онаго несоотвѣтственно  
договору и не такъ, какъ слѣдовало».

Къ этому опредѣленію относится отрицательно Пахманъ<sup>1)</sup>.  
Но помимо стилистической стороны дѣла, оставляющей въ ру-  
сской редакціи Остзейскаго гражданскаго кодекса и вообще желать  
очень многого, — настоящая статья, на мой взглядъ, вполнѣ удов-  
летворительна: «невыгода», разумѣется, означаетъ невыгоду  
и мущественную, что вытекаетъ уже изъ сравненія съ пер-  
вой по порядку нормой Прибалтійскаго обязательственнаго права  
(ст. 2907), которая признаетъ необходимымъ для права требо-  
ванія реквизитъ матеріальной цѣнности, согласно знаменитому  
изреченію Ульпіана во fr. 9 § 2 D. de statuliber. 40, 7: «ea enim  
in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt».

---

<sup>1)</sup> Назв. соч. II стр. 397 сл.

#### IV.

#### Система кумулятивнаго отношенія.

#### § 22.

#### *Статья 1585 т. X ч. 1.*

Въ числѣ средствъ «обезпеченія договоровъ и обязательствъ вообще» наше гражданское законодательство указываетъ и на неустойку (ст. 1554), которая можетъ быть или законной, т. е. опредѣляться закономъ, или добровольною, т. е. устанавливаться «особымъ условіемъ въ договорѣ по обоюдному согласію обязывающихся сторонъ» (ст. 1573). Оставляя въ сторонѣ неустойку законную (ст. 1574 слл.) и обращаясь къ «неустойкѣ по добровольному условію», необходимо сосредоточить вниманіе на ст. 1585, какъ на центральной, важнѣйшей и почти единственной въ кодексѣ нормѣ, регулирующей существо и значеніе договорной пени въ области отечественныхъ общихъ законовъ, нашего *ius universale*<sup>1)</sup>.

Ст. 1585 гласитъ:

Неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ, развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежемъ неустойки онъ прекращается.

<sup>1)</sup> Статей (партикулярныхъ) 1584 и 1586 мы коснемся ниже въ § 24.



Статья эта почти единогласно и во всякомъ случаѣ огромнымъ большинствомъ нашихъ русскихъ цивилистовъ<sup>1)</sup> толкуется въ смыслѣ признанія у насъ принципа кумулятивнаго отношенія между интересующими насъ требованіями, — между требованіями неустойки и интереса. При этомъ означенное начало кумуляціи проводится у насъ строго послѣдовательно и въ полной мѣрѣ по двумъ направленіямъ, въ двойномъ смыслѣ: въ смыслѣ совмѣстнаго требованія съ неустойкой—съ одной стороны, исполненія самаго обязательства, а, съ другой, возмѣщенія ущерба, понесеннаго отъ неисполненія. Договоръ—такъ аргументируютъ — долженъ оставаться въ силѣ и при взысканіи неустойки: это предписываетъ законъ. А потому взысканіе неустойки не должно оказывать никакого вліянія на общія послѣдствія нарушенія должникомъ принята имъ на себя обязательства, — другими словами, не должно лишать вѣрителя ни права соединенія неустойчнаго требованія съ искомъ объ исполненіи установленнаго въ договорѣ, ни, смотря по обстоятельствамъ, съ искомъ о вознагражденіи за вредъ и убытки. Взысканіе по неисполненію, о которомъ упоминаетъ толкуемая статья, инвольвируетъ, говорятъ, и то и другое—какъ исполненіе, такъ и вознагражденіе въ случаѣ неисполненія (ст. 569, 570). Отсюда двойное заключеніе, на которое указано, двойное значеніе опредѣленія законодателя по адресу неустойки<sup>2)</sup>.

Наша высшая инстанція и верховный руководитель въ дѣлѣ разъясненія смысла и примѣненія гражданскихъ законовъ, Гражданскій Кассационный Департаментъ Правительствующаго Сената точно также держится только-что намѣченной точки зрѣнія. Начиная съ 69 года, съ небезъизвѣстнаго рѣшенія по дѣлу

<sup>1)</sup> Весьма добросовѣтное и болѣе или менѣе полное сопоставленіе литературныхъ указаній можно найти у Анненкова въ его «Системѣ русскаго гражданскаго права» III стр. 245 слл. Съ своей стороны, я только дополню приведенный у него перечень ссылкой на анонимнаго автора въ энциклопедическомъ словарѣ Брокгауза-Ефрона («Неустойка», XX, 932). Ср. еще Lehr, *Eléments de droit civil russe* II № 830, а также мою *Konventionalstrafe etc.* стр. 76 слл.

<sup>2)</sup> Ср., напримѣръ, Гольмстена «Юридическая конструкція добровольной неустойки», въ его «Юридическихъ изслѣдованіяхъ и статьяхъ» стр. 177, сл.

торгового дома Карали съ Ржевкинымъ (№ 310), Сенатъ послѣдовательно<sup>1)</sup> стоитъ на почвѣ строго кумулятивнаго отношенія, заявляя, что, кромѣ полученія неустойки, вѣрителю принадлежить «не ... одно только право требовать исполненія договора, но и...право производить взысканіе за послѣдствіе неисполненія онаго». Судебная Палата (въ названномъ случаѣ—Московская) высказала, было, мнѣніе, что «взысканіе неустойки, обусловленное въ контрактѣ на случай могущихъ произойти для контрагента убытковъ, уже само собой исключаетъ возможность взысканія убытковъ сверхъ означенной неустойки»,—но Сенатъ напелъ, что такое заключеніе Палаты «не согласно съ постановленіями нашего гражданскаго права о неустойкѣ». Изъ словъ нашего закона, продолжаетъ Сенатъ, «видно только то, что условіе неустойки служитъ укрѣпленіемъ и обезпеченіемъ договора или обязательства, т. е. ручательствомъ въ точномъ исполненіи онаго; но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы законъ смотрѣлъ на неустойку, какъ на вознагражденіе за убытки, причиненные неисполненіемъ договора»<sup>2)</sup>

Неустойка — говорить, напротивъ того, Сенатъ, а вмѣстѣ съ нимъ и безусловно господствующее среди отечественныхъ цивилистовъ мнѣніе —, «это условленная сторонами особая кара за нарушеніе договора; это не эквивалентъ

<sup>1)</sup> См. рѣшенія гражд. кассад. деп. 70/572, 70/877, 71/891, 72/638, 73/539 и др.

<sup>2)</sup> Для обоснованія своего взгляда Сенатъ прибавляетъ: «Право на взысканіе неустойки открывается съ самаго того момента, въ который не исполненный договоръ долженъ быть исполненъ, хотя въ этотъ моментъ собственно не могло еще послѣдовать никакихъ убытковъ, такъ какъ они могутъ произойти лишь при дальнѣйшемъ неисполненіи договора». Но этотъ доводъ, очевидно, несостоятеленъ. И въ другихъ законодательствахъ право на взысканіе неустойки возникаетъ въ тотъ же моментъ, и однако это отнюдь не мѣшаетъ тамъ неустойкѣ являться именно заранѣе оцѣненнымъ интересомъ. Въ томъ, вѣдь, и заключается, между прочимъ, смыслъ этой апріорной таксаціи, что она устраняетъ необходимость соответствія между выговоренной цѣнностью и дѣйствительнымъ ущербомъ, вслѣдствіе чего и оказывается возможнымъ взыскивать неустойку, хотя бы на дѣлѣ вовсе не случилось никакого убытка.

чего-либо, уступленного одной стороной другой, а условленное обогащение одного контрагента на счет другого, собственно въ наказаніе послѣдняго за нарушеніе договора<sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ, справедливо будетъ сказать, что то принципиальное воззрѣніе на неустойку, которое въ западно-европейской литературѣ было выдвинуто и развито Вендтомъ<sup>2)</sup> и которое въ ученіи о неустойкѣ проводитъ одну только исключительную точку зрѣнія наказанія и возмездія, — что оно для русскаго права и русской практики оказывается истиннымъ. Исходя изъ своего основного положенія, Вендтъ прямо указываетъ на необходимость допущенія кумулятивнаго отношенія между принадлежащими вѣрителю требованіями. «Общая природа кары», говоритъ онъ, «по самому существу дѣла противоположна возмѣщенію убытка». Она-то и обуславливаетъ присужденіе должника, при наступленіи предусмотрѣннаго сторонами случая «къ уплатѣ неустойки, независимо и сверхъ исполненія по основному обязательству». «Только такимъ путемъ», рѣшаетъ Вендтъ, «можетъ достигаться цѣль наказанія (der Strafzweck)».

Все это нашло, какъ мы видимъ, полное осуществленіе и рельефнѣйшее выраженіе въ нашемъ отечественномъ законодательствѣ, которое, слѣдовательно, способно послужить прекраснымъ примѣромъ и наглядной иллюстраціей теоріи названнаго романиста (безъ его, впрочемъ, о томъ вѣдома).

Къ сказанному считаю небезполезнымъ добавить слѣдующее.

Безспорно, что природа неустойки не является ни чѣмъ-то абсолютнымъ, представляющимся уму человѣческому всегда неизмѣннымъ, ни чѣмъ-то априорнымъ, т. е. диктуемымъ человѣческимъ разумомъ извнутри, безотносительно къ опыту или наблюденію. Несомнѣнно, что въ зависимости отъ того или другого регулированія ученія о неустойкѣ въ томъ или другомъ законодательствѣ, долженъ соответственно измѣняться и взглядъ на ея природу. Отрицать это я могу тѣмъ менѣе,

<sup>1)</sup> Боровиковскій, Отчетъ судьи I стр. 249.

<sup>2)</sup> Мы на немъ останавливались выше стр. 86 слл.

что подобное отрицаніе означало бы для меня противорѣчіе самому себѣ и всему изложенному раньше. Потому-то и опровергалась мною гипотеза Вендта для римскаго и пандектнаго права, что ученіе именно римскихъ юристовъ и современная практика германскихъ судовъ, примѣняющихъ общее гражданское право (*das gemeine Recht*), діаметрально противоположны идеямъ Вендта, идутъ безусловно въ разрѣзъ съ ними. Разсужденіе въ нашемъ вопросѣ внѣ времени и пространства, какъ я уже подчеркивалъ, бесплодно, невысказано. Если, стало быть, въ какомъ-нибудь отдѣльномъ кодексѣ— въ нашемъ т. X, положимъ,—мы встрѣчаемся съ нормами иного свойства, нежели въ *Corpus Juris*, то, естественно, не только ничего не мѣшаетъ, но даже обязательно и неизбежно признать за нашимъ институтомъ въ этомъ—въ данномъ случаѣ въ русскомъ—законодательствѣ иную природу—природу пени или штрафа въ смыслѣ кары, наказанія, возмездія.

Такъ дѣло обстоитъ *de lege lata*, и, повторяю, я далеко отъ отрицанія различія въ существѣ изслѣдуемаго института по римскому праву, съ одной, и по русскому, съ другой стороны. Но если отвлечься отъ уже существующаго и перенестись, хотя бы только на минуту, на почву *de lege ferenda*, то едва-ли намѣченная разность представится столь же естественной и основательной, едва-ли можно будетъ такъ же легко примириться съ нею и успокоиться на добытыхъ результатахъ противоположенія. Съ точки зрѣнія цѣлесообразности и желательности постановка вопроса въ русскомъ правѣ не заслуживаетъ сопоставленія съ римской, признанія наряду и параллельно съ римской. Въ самомъ дѣлѣ: мы видѣли, что римскій взглядъ на неустойку есть вмѣстѣ съ тѣмъ— въ большей или меньшей степени—взглядъ общевропейскій; у всѣхъ почти народовъ неустойка оказывается неустойкой оцѣночной, а не штрафной или карательной. Мы видѣли, что если извѣстныя законодательства въ нѣкоторой мѣрѣ и отступили отъ римскаго права, то произошло это въ направленіи не у с и л е н і я ответственности должника, а, напротивъ того, е я о с л а б л е н і я: прусскій и французскій и послѣдовавшіе за ними кодексы связываютъ не только должника, но и вѣрителя разъ

установленной цыфрой убытковъ. Но на путь кумуляціи ни одно новое законодательство, какъ бы въ остальномъ оно ни относилось къ римскимъ ученіямъ и къ романизму, не вступило. И причина такого явленія, по моему пониманію, весьма проста. Ея нужно искать не въ иномъ чемъ, какъ въ несоотвѣтствіи кумулятивнаго начала въ нашемъ институтѣ правовому сознанію или чувству современнаго культурнаго челоука. Неустойка представляется намъ въ настоящее время по преимуществу суррогатомъ вознагражденія за ущербъ. А потому мы не сочувствуемъ взысканію и неустойки и убытковъ совмѣстно, развѣ бы такое взысканіе находило себѣ достаточную основу въ автономномъ опредѣленіи и доброй волѣ самихъ сторонъ. Присуждать должника, помимо этого случая, къ платежу договорной пени, развѣ, и внесенію соразмѣрнаго удовлетворенія, два, — нами невольно ощущается, какъ нѣчто въ родѣ двойнаго присужденія за одно и то же. Между тѣмъ положеніе «*ne bis in idem*» для каждаго изъ насъ нынѣ — настоящій императивъ, афоризмъ, перешедшій въ нашу кровь и плоть. Оттого-то, безъ сомнѣнія, и русскій судья по малѣйшему поводу, а нерѣдко даже подъ тѣмъ или инымъ предлогомъ, отказываетъ вѣрителю въ благопріятномъ рѣшеніи въ отвѣтъ на его притязаніе по неустойчивой записи. Требуемое истцомъ рѣшеніе ему, нашему судѣ, кажется глубоко не правильнымъ, совершенно несомвѣстимымъ со смысломъ пословицы: съ одного вола двухъ шкуръ не дерутъ. Слѣшу прибавить, что такимъ же точно, разумѣется, оно должно было бы показаться и всякому западно-европейскому судѣ.

Весьма понятно, что соглашеніе о неустойкѣ, призванное укрѣплять и обезпечивать исполненіе обязательства, косвенно вмѣстѣ съ тѣмъ призвано улучшать положеніе вѣрителя, доставлять ему извѣстную выгоду. Но этотъ плюсъ вовсе не долженъ заключаться обязательно въ правѣ вѣрителя кумулировать неустойку со своимъ интересомъ. И помимо такой кумуляціи преимущества, доставляемыя управомоченной стороной условіемъ о пенѣ, вполне явственны и ощутительны. Они состоятъ прежде всего въ устраненіи неопредѣленности и необезпеченности, неминуемо сопряженныхъ съ вычисленіемъ *ex post facto* размѣра интереса; далѣе и въ связи съ этимъ, — въ избавленіи кредитора отъ нелегкой обязанности

доказывать этотъ размѣръ и, съ другой стороны, въ правѣ не допускать своего противника къ доказыванію отсутствія интереса или послѣдовавшаго вреда, а равнымъ образомъ наличности интереса въ меньшихъ противъ неустойки размѣрахъ. Указываемыя преимущества заключаются, наконецъ, и въ томъ вытекающемъ изъ предыдущаго обстоятельстве, что на долю вѣрителя можетъ выпасть и фактически выпадаетъ нѣкоторая разность между суммами неустойки и дѣйствительно понесеннаго ущерба, нѣкоторый излишекъ надъ послѣднимъ — излишекъ, который далеко не всегда (въ виду свойственной вѣрителямъ въ большинствѣ случаевъ предусмотрительности) является *quantité négligeable* и, очевидно, служитъ чистымъ обогащеніемъ для контрагента, выговорившаго себя неустойку. Вотъ тѣ выгоды для одной стороны и невыгоды для другой, какія совершенно естественно создаются дополнительнымъ соглашеніемъ объ (оцѣночной) пенѣ<sup>1)</sup> и какихъ безъ этого соглашения не могло быть. Но этихъ выгодъ или невыгодъ вмѣстѣ съ тѣмъ и вполне достаточно — достаточно для того, чтобы сломить неправомѣрную волю должника, побудить его къ исполненію принятаго на себя обязательства и тѣмъ самымъ обезпечить вѣрителю плоды заключеннаго имъ договора, — другими словами, чтобы осуществить цѣль, преслѣдуемую неустойкой<sup>2)</sup>. Перечисленными моментами, на мой взглядъ, и долженъ исчерпываться тотъ «карательный элементъ», который присушь нашему институту и который — въ намѣченныхъ границахъ и въ упомянутомъ смыслѣ — усматривается въ немъ болѣе или менѣе правильно<sup>3)</sup>. Не требуется, слѣдовательно, ни болѣе выгодъ отъ добавочнаго условія для кредитора, ни болѣе невыгоды отъ него для должника.

*De lege ferenda*, скажемъ мы, такимъ образомъ, подводя итогъ, кумулятивное отношеніе, практикуемое въ русскомъ правѣ въ занимающемъ насъ вопросѣ, не заслуживаетъ сохраненія. По моему глубокому убѣжденію, оно заслуживаетъ отойти въ

<sup>1)</sup> См. выше стр. 80 слл.

<sup>2)</sup> Ср. *Madeyski* въ указанномъ мѣстѣ стр. 278.

<sup>3)</sup> См., напр., Таганцева въ статьѣ «Карательная дѣятельность государства и ея границы» въ *Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго права* 1882, 1 стр. 50.

область прошлаго и увеличить собою число безвозвратно пережитых нами правовых явлений. Изречение "нашего Сената, что «неустойка... есть обязательство весьма тяжкое»<sup>1)</sup>, пока, для действительствующаго права, къ несчастію, справедливо: тѣмъ болѣе, безспорно, можно будетъ порадоваться, когда оно утратитъ свою истинность, когда перестанетъ находить для себя основаніе и почву въ отечественномъ законодательствѣ и его приложеніи<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Рѣш. гражд. касс. деп. 71/175 (стр. 288).

<sup>2)</sup> Возставая противъ кумулятивнаго начала, нѣкоторые писатели выдвигаютъ другіе доводы, игнорируя приведенный мною выше въ текстѣ. Такъ, Madeyski (въ указ. мѣстѣ) пишетъ: «Es stimmt aber auch die Annahme einer reinen Strafe als Grund für die Conventionalstrafe mit der natürlichen Anschauung des alltäglichen Verkehrs nicht überein. Die Conventionalstrafe ist nicht Folge einer über den Privatwillen erhabenen Rechtssetzung, sondern ein Product des Parteiwillens, also auch des Willens des Schuldners selbst. Freiwilliger Unterwerfung unter reine Privatstrafe mangelt es an Realität: das wirkliche Leben kennt eine solche nicht».

Французскіе писатели, по своему обыкновенію, выставляютъ болѣе реальныя соображенія. G. Girard (назв. соч. стр. 85), напримѣръ, говоритъ: «... le créancier en demandant par supplément la peine obtiendrait plus que ce qui lui est dû: il en serait comme du créancier hypothécaire, qui demanderait à la fois l'objet de sa créance, et la propriété de l'immeuble hypothéqué à la dette».

Но все это, по моему мнѣнію, не особенно убѣдительно. Неубѣдительно также, думается мнѣ, было бы аргументировать въ томъ, молъ, направленіи, что съ повышеніемъ уровня хозяйственной и этической культуры общества долженъ совершаться переходъ отъ принципа кумуляціи къ принципу альтернаціи въ интересующей насъ области. Естественно, что болѣе развитое правовое чувство станетъ интенсивнѣе ощущать несправедливость кумуляціи, какъ правила, нежели менѣе развитое. Равнымъ образомъ ясно, что на низкихъ ступеняхъ матеріальной и, главнымъ образомъ, духовной жизни народа, при малой распространенности началъ честности и спасительной въ гражданскомъ оборотѣ bona fides, желательны сравнительно рѣзкія неустойки съ сильно выраженнымъ карательнымъ характеромъ, какъ серьезная угроза должнику, склонному нарушить свое обязательство. Но мало-малыски въскихъ указаний положительнаго характера въ пользу означеннаго процесса замѣны кумулятивнаго отношенія альтернативнымъ исторія обязательственнаго права

## § 23.

*Продолженіе.*

Въ предыдущемъ, при обсужденіи интересаго насъ вопроса о характерѣ договорной пени въ русскомъ правѣ, я отпирался отъ господствующаго толкованія ст. 1585, по общему мнѣнію устанавливающей безусловную кумуляцію. И дѣйствительно, если ограничиваться только грамматической интерпретаціей, то насчетъ правильности такого пониманія нашей нормы т. X ч. 1 не можетъ возникнуть никакого сомнѣнія. Приведенныя разсужденія Сената и нашихъ цивилистовъ — если брать статью, считаясь лишь со значеніемъ ея словъ или объясняя только ея выраженія, — должны признаваться основательными, дающими въ результатъ истинный, повидимому, смыслъ закона.

Но инымъ, какъ мнѣ кажется, представляется дѣло, инымъ содержаніе статьи и инымъ или, по крайней мѣрѣ, нѣсколько инымъ конечный результатъ, — если обратиться къ толкованію логическому, если въ частности освѣтитъ ст. 1585 исторически, остановившись на процессѣ ея созданія.

Въ самомъ дѣлѣ: откуда получилась наша статья? Отвѣтъ, казалось бы, весьма простъ: онъ дается узаконеніями, подъ нею приведенными, а такъ какъ законодатель отсылаетъ въ данномъ случаѣ къ узаконеніямъ, имѣющимся подъ статьей 1530, то, стало быть, этими послѣдними. Но въ дѣйствительности отвѣтъ не такой. Въ нашей цивилистической литературѣ уже обращено вниманіе на то, что ни одно изъ положеній, на которыя официально опирается ст. 1530, а, слѣдовательно, и ст. 1585, не подтверждаетъ сдѣлан-

---

не представляетъ—не представляетъ, насколько мнѣ извѣстно, ни исторія римскаго, ни исторія германскаго (см. Heusler назв. соч. I стр. 64), ни, наконецъ, исторія русскаго права. А потому я считаю научно рискованнымъ оперировать въ данномъ случаѣ съ моментами историческаго свойства и воздерживаюсь вслѣдствіе того отъ приведенія подобныхъ доводовъ въ подтвержденіе своей мысли о неудовлетворительности въ настоящее время кумуляціи, какъ общаго начала для регулюванія отношеній между неустойкою и интересомъ.



ной на него ссылки, ни одно не служит истинным источником ни 1530, ни 1585 статьи. Въ своей обстоятельной статьѣ «Къ вопросу объ источникахъ X тома Свода законовъ» Винаверъ весьма убѣдительно, на мой взглядъ, доказалъ, что значительнѣйшее число нормъ изъ нашей (уже подвергшейся его разсмотрѣнію) «общей части обязательственнаго права» — происхожденія не своего, а иноземнаго и что введены эти нормы въ нашъ т. X путемъ контрабанднымъ — такъ или иначе. Не стану излагать здѣсь вновь аргументовъ, выдвигаемыхъ Винаверомъ въ подкрѣпленіе своего открытія <sup>1)</sup> — ни общаго характера, относительно тенденцій Сперанскаго и его образа дѣйствій среди окружавшихъ его лицъ и обстановки, ни характера спеціальнаго, примѣнительно къ отдѣльнымъ статьямъ и заимствованіямъ —, а, во избѣжаніе ненужныхъ повтореній, отошлю къ соотвѣтственнымъ страницамъ «Журнала Министерства Юстиціи» за 1895 годъ <sup>2)</sup>. Упомяну только, по адресу ст. 1530 и 1585, что произведенная въ данномъ случаѣ Винаверомъ выписка указовъ, поименованныхъ подъ статьями, прямо разительно выясняетъ полное отсутствіе какого бы то ни было, хотя бы даже кажущагося отношенія этихъ «источниковъ» къ содержанію нормъ. Указы здѣсь говорятъ объ учрежденіи штата писцовъ для составленія крѣпостей, о непризнаніи не утвержденныхъ управоу благочинія обществъ, объ извѣстномъ порядкѣ взысканія убытковъ комиссією по сооруженію Храма Спасителя въ Москвѣ, и т. д. и т. д., — но о регулированіи отношенія

<sup>1)</sup> Ср., впрочемъ, уже Змирлова въ статьѣ «О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ» въ «Журналѣ Гражданскаго и Уголовнаго Права» за 1885 годъ (XV), 6 стр. 65. Съ Винаверомъ совершенно соглашается и Шершеневичъ (въ только-что появившейся «Исторіи кодификаціи гражданскаго права въ Россіи» стр. 97 сл., ср. 77, 94 и 96), который справедливо напоминаетъ, что «уже между современниками Сперанскаго возникало сомнѣніе, дѣйствительно-ли Сводъ представляетъ вѣрное извлеченіе изъ существующихъ законовъ» (Корфъ, Жизнь графа Сперанскаго II стр. 321, и другіе). См. также Цитовича, Курсъ гражданскаго права, Одесса 1878 I, 1 стр. 11 прим. 10.

<sup>2)</sup> I, 10 стр. 1—68 (въ особенности стр. 1 сл. 14 сл., 35 сл.), ср. II (1897), 6 стр. 87 сл. 100.

между двумя требованіями, возникающими при неустойчномъ соглашеніи, ни одинъ изъ указовъ, какъ легко видѣть, не говоритъ ни полслова <sup>1)</sup>).

Не столь, правда, очевиднымъ, но все же въ высокой степени правдоподобнымъ является, далѣе, указываемое Винаверомъ заимствованіе ст. 1585 изъ австрійскаго права. Хорошо извѣстный намъ заключительный пунктъ § 1336 австрійскаго гражданскаго кодекса <sup>2)</sup>, повидимому, послужилъ прототипомъ для русской нормы. Какъ главнѣйшая часть всего параграфа, онъ сосредоточилъ на себѣ вниманіе редакторовъ нашего Свода, Сперанскаго и его помощниковъ, которые и создали изъ него статью. Гласить онъ, какъ мы помнимъ, въ дословномъ русскомъ переводѣ такъ :

«Платежъ неустойки не освобождаетъ отъ исполненія договора, за исключеніемъ случая особаго о томъ соглашенія».

Сходство съ отечественной нормой, безспорно, большое. Но одно это сходство, охотно сознаюсь, могло бы резонно показаться недостаточнымъ. Въ соединеніи, однако, съ другими обстоятельствами, оно пріобрѣтаетъ рѣшающее значеніе. Эти обстоятельства слѣдующія :

1) До 1832 у насъ вовсе не имѣлось правила на интересующій насъ счетъ. Неволинъ основательно замѣчаетъ : «Законы до изданія Свода вообще не опредѣляли, должна-ли быть взыскиваема неустойка, въ случаѣ неисполненія обязательства, независимо отъ взысканія по неисполненію его, или платежемъ неустойки дѣйствіе договора прекращается <sup>3)</sup>».

<sup>1)</sup> Только одно изъ перечисленныхъ въ настоящее время узаконеній (опущенное Винаверомъ, какъ изданное послѣ 1832 года) своимъ предметомъ дѣйствительно имѣетъ неустойку, но и оно содержанія ст. 1585 нисколько не касается. Это—Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта отъ 2 февраля 1834 года (II. С. З. № 6775) «о непочтаніи лихвенными процентами неустойку, полагаемую на случай неплатежа въ срокъ занимаемыхъ подъ закладныя капиталовъ, по особымъ условіямъ заимодавца и кредитора».

<sup>2)</sup> См. выше стр. 214 сл.

<sup>3)</sup> Исторія Россійскихъ гражданскихъ законовъ III § 391 (Полное сочиненіе V стр. 24 сл.).—Такимъ требуемымъ правиломъ, разумѣется, не можетъ почитаться § 45 части третьей «Проекта Граждан-

2) Итакъ, приходилось заимствовать нужное положеніе. Но откуда? Вообще заимствованія производились, весьма

скаго Уложенія 1814 года, говорящій о неустойкѣ. По странной случайности, на него пока никѣмъ, кажется, не обращено вниманія.

Въ § 45 читаемъ:

Когда въ договорѣ постановлена неустойка, то платежъ ея освобождаетъ отъ всякаго другаго взысканія; но договоръ остается въ своей силѣ, развѣ бы именно сказано было въ договорѣ, что платежъ неустойки оный уничтожается.

(См. Архивъ Государственнаго Совѣта IV, 1, Журналы по дѣламъ Департамента Законовъ, Приложенія стр. 166.)

Нетрудно, между прочимъ, видѣть, что эта проектированная норма опредѣляетъ нѣчто весьма отличное отъ того, что потомъ узаконила настоящая ст. 1585 т. X ч. 1. Это обстоятельство можетъ, разумѣется, служить только лишнимъ подтвержденіемъ того, что Сперанскимъ впоследствии былъ утилизированъ источникъ, подъ вліяніемъ котораго онъ успѣлъ измѣнить свой взглядъ. Гораздо труднѣе отвѣтить на вопросъ о томъ, каковъ былъ источникъ самаго § 45. Если обратить вниманіе на положеніе этого параграфа въ проектѣ, то есть поводъ утвердиться въ извѣстномъ возвращеніи на уложеніе 1809—1814 г., какъ на подражаніе французскому кодексу. Укажу только на то, что предыдущій § 44 у Сперанскаго, безъ сомнѣнія, — не иное что, какъ сокращенный переводъ ст. 1151 Code'a, а послѣдующій § 46, въ свою очередь, представляетъ, хотя и плохое, но опять-таки безспорное воспроизведеніе ст. 1153. Такимъ образомъ, казалось бы, образцомъ для § 45 послужила ст. 1152 (напечатанная выше стр. 203). Не скрою, однако, что содержаніе или, лучше, формулировка обѣихъ нормъ значительно все-таки разнятся другъ отъ друга. Возможно, впрочемъ, что Сперанскій совершенно парафразировалъ означенную ст. 1152 потому, что желалъ принять въ соображеніе и отдѣльную section о неустойкѣ въ Code'ѣ, которой не включилъ въ свое Уложеніе (ср. въ особенности art. 1228). Гораздо больше, правда, напоминаютъ нашъ § 45 двѣ статьи Прусскаго Земскаго Права (I, 5 §§ 293 и 311, ср. § 312) — первая и послѣдняя изъ ученія о неустойкѣ —, но противъ мысли о заимствованіи нашей нормы изъ Ландрехта, повидимому, говорить: 1) непользованіе вообще прусскимъ кодексомъ при составленіи даннаго проекта гражданскаго уложенія и 2) стоящее въ связи съ этимъ незнакомство Сперанскаго до 1812 года съ нѣмецкимъ языкомъ и съ законодательствами, кромѣ одного лишь французскаго (Корфъ, назв. соч. I стр. 154) (разсуждая въ предположеніи, что и третья часть уложенія и въ частности интереснѣйшіе для насъ § 45 составлены еще самимъ Сперанскимъ)

естественно, изъ одного изъ двухъ новѣйшихъ въ то время уложеній—либо изъ французскаго (или у Потье, что весьма часто не составляло существенной разницы), либо изъ австрійскаго<sup>1)</sup>. Но заимствованіе изъ Code'a статей, посвященныхъ въ немъ неустойкѣ, представлялось нежелательнымъ—нежелательнымъ потому, что въ началѣ текущаго столѣтія существовалъ неодобрительный взглядъ по ихъ адресу, имѣвшій въ своемъ основаніи ошибочное о нихъ представленіе (о чемъ ниже). Такимъ образомъ, оставалось усвоить предложеніе законодательства австрійскаго.

Что въ данномъ случаѣ Сперанскій воодушевился именно австрійскими образцами, подтверждается

3) еще тѣмъ соображеніемъ, что наши термины «укрѣпленіе и обезпечиваемы» (ст. 1554) находятъ свое объясненіе въ выраженіяхъ австрійскаго права<sup>2)</sup>,—а, главное, тѣмъ, что

4) мы обладаемъ достовѣрнымъ свидѣтельствомъ самого Сперанскаго, способнымъ пролить яркій свѣтъ на вопросъ—и притомъ въ защищаемомъ какъ разъ направленіи. Сперанскій былъ, несомнѣнно, знакомъ съ нормировкой интересующаго насъ ученія въ австрійскомъ правѣ и, очевидно, не прочь былъ и въ этомъ ученіи послѣдовать примѣру австрійскаго законодателя. Это неопровержимо доказываютъ его собственныя слова. Винаверъ справедливо выдвигаетъ это обстоятельство. «Есть мнѣніе—говоритъ Сперанскій—, что залоги принадлежатъ къ наличнымъ имуществамъ, *jus reum*. Въ Австрійскомъ Уложеніи они отнесены къ обязательствамъ, но особеннымъ раздѣломъ подъ названіемъ *Befestigung* etc., и сіе кажется удобнѣе. Посему послѣ Раздѣла III можно сдѣлать особенный раздѣлъ IV объ укрѣпленіи договоровъ: 1) условіемъ неустойки, 2) поручительствомъ, 3) залогомъ, 4) залогомъ (*pignus*). Здѣсь собрать все, что принадлежитъ къ симъ предметамъ<sup>3)</sup>».

<sup>1)</sup> Примѣры въ качествѣ подтвержденія см. у Винавера.

<sup>2)</sup> См. Винавера въ указ. мѣстѣ стр. 42 сл.

<sup>3)</sup> Обзоръ книгъ и главъ Свода Законовъ Гражданскихъ въ Архивѣ историческихъ и практическихъ свѣдѣній и т. д. Калачова за 1859 г. книга 2-ая стр. 24.

Совокупность всѣхъ перечисленныхъ моментовъ даетъ, кажется, право считать заимствованіе нашей ст. 1585 изъ австрійскаго уложенія весьма вѣроятнымъ, — скажу болѣе: почти доказаннымъ<sup>1)</sup>.

Заслуга обнаруженія заимствованія, повторяю, принадлежитъ Винаверу. Но самъ Винаверъ не изслѣдовалъ по существу, съ точки зрѣнія содержанія нормы, значенія и послѣдствій того сближенія, которое онъ установилъ. Во введеніи къ своей статьѣ онъ только замѣчаетъ, что «вопросъ о происхожденіи институтовъ нашего гражданскаго права имѣетъ практическое значеніе... потому, что знаніе дѣйствительнаго источника закона дастъ возможность провѣрить правильность его толкованія, — выяснитъ, не дала-ли недомолвка или неясность въ законѣ простора для построенія теорій, несогласныхъ съ существомъ заимствованныхъ отношеній, и не возведено-ли случайное противорѣчіе или неполнота въ самомъ законѣ на степенъ чего-то предусмотрѣннаго, а, слѣдовательно, должнаго».

Слова эти, по моему убѣжденію, оправдываются на примѣрѣхъ неустойки. Нисколько не придавая результатамъ своихъ размышленій на этотъ счетъ характера чего-то категорическаго или безспорнаго, я тѣмъ не менѣе считаю умѣстнымъ подѣлиться ими съ читателемъ, ожидая, что послѣдующее разсужденіе будетъ принято, какъ извѣстная только гипотеза, стремящаяся, главнымъ образомъ, путемъ разносторонняго освѣщенія предмета, вызвать пересмотръ толкованія статьи 1585.

Я исхожу изъ того положенія, что эта подлежащая интерпретаціи норма заимствована изъ австрійскаго права. Отсюда съ очевидной необходимостью вытекаетъ важность для правильнаго пониманія русскаго закона—правильнаго отношенія къ закону австрійскому. На послѣднемъ мы уже подробно

---

<sup>1)</sup> Не теряю надежды, что какое-нибудь новое опубликованіе одной изъ бумагъ графа М. М. Сперанскаго или какая-нибудь счастливая находка въ рукописномъ отдѣленіи Императорской Публичной Библиотеки или въ актахъ бывшаго II Отдѣленія Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи внесетъ полную ясность, между прочимъ, и въ этотъ вопросъ, равно какъ выяснитъ вліяніе иностранныхъ образцовъ и на другія также статьи нашего т. X ч. 1.

останавливались<sup>1)</sup>. По моему мнѣнію, слѣдуетъ думать, что заключительное предложеніе § 1336 не содержитъ признака начала кумуляціи, а что оно, напротивъ того, только устанавливаетъ различіе между неустойкою и отступнымъ, стремясь предупредить ихъ смѣшеніе, замѣну первой вторымъ. Все дѣло, однако, въ томъ, что Сперанскій могъ этого не понять, могъ истолковать *Schlussatz* § 1336 именно въ смыслѣ или въ пользу кумулятивнаго отношенія. Эта догадка, на первый взглядъ просто возможная, приобретаетъ значительную степень вѣроятности, если принять во вниманіе слѣдующее небезъинтересное обстоятельство.

Главнѣйшій и единственный въ то время—время составленія нашего Свода—комментарій къ австрійскому кодексу на нѣмецкомъ языкѣ принадлежалъ извѣстному Zeiller'у, одному изъ послѣднихъ редакторовъ австрійскаго уложенія<sup>2)</sup>. Но Zeiller, какъ видно изъ его замѣчаній и какъ мы отчасти уже знаемъ<sup>3)</sup>, безусловно смѣшивалъ два вопроса: вопросъ о непредоставленіи должнику права освобождаться отъ исполненія обязательства цѣною внесенія неустойки, разъ, съ вопросомъ о правѣ вѣрителя на кумулятивное требованіе исполненія главнаго обязательства и уплаты неустойки, два. Zeiller не отдавалъ себѣ отчета въ томъ, что если кредитору и не предоставить права искать совмѣстно какъ исполненія по основному договору, такъ и пени по дополнительному, то неустойка тѣмъ не менѣе еще не утрачиваетъ ео ірсо своего характера неустойки и не обращается въ отступное.

Въ связи съ этимъ должно понимать и ошибочное (отрицательное) его сужденіе о постановленіяхъ французскаго

<sup>1)</sup> Выше § 17 (стр. 214 сл.). Обращаюсь здѣсь къ читателю съ усердною просьбою предварительно освѣжить въ своей памяти содержаніе этого §.

<sup>2)</sup> Объ этомъ комментарий см. Pfaff и Hofmann, *Commentar zum österr. allgem. bürg. Gesetzbuche* I, 1 стр. 61.

<sup>3)</sup> Zeiller назв. соч. III стр. 775 сл. (комментарій къ § 1336): «Der Vergütungsbetrag bezieht sich nur auf die Schadloshaltung und Genugthuung, dass die Verbindlichkeit noch nicht gehörig erfüllet worden ist. Er befreit also, wofern er nicht zugleich als ein Reugeld bestimmt ward (§ 909), nicht von der Erfüllung der Verbindlichkeit an dem gehörigen Orte und in der gehörigen Art». См. выше стр. 218 сл.

кодекса, которыя даютъ вѣрителю только право на одно изъ двухъ требованій и въ которыхъ онъ, Zeiller, вслѣдствіе того видитъ отступное <sup>1)</sup>. А такъ какъ страхъ, какъ мы въ свое время выяснили <sup>2)</sup>, предъ отождествленіемъ отступного съ неустойкою былъ великъ, то и вносится извѣстный *Schlussatz*, опредѣленіе о томъ, что одно не есть другое или, точнѣе, что платежъ неустойки не избавляетъ отъ обязательства.

Что касается австрійскаго права, то на его толкованіе взглядъ Zeiller'a, по моему убѣжденію, безсиленъ оказывать какое-либо вліяніе. Пусть самъ Zeiller и связывалъ съ положеніемъ § 1336 представленіе о кумуляціи, — но, во-первыхъ, ни откуда не слѣдуетъ, чтобы это представленіе раздѣлялось и другими соредакторами, и, во-вторыхъ (что важнѣе), оно нигдѣ не проявилось. А при такихъ условіяхъ, на какую бы почву ни стать въ спорѣ о значеніи воли законодателя для содержанія закона <sup>3)</sup>, необходимо признать, что съ заблужденіемъ Zeiller'a считаться не приходится. «Разъ (случайно ставшее извѣстнымъ) намѣреніе какого-нибудь составителя закона не отразилось на самомъ законѣ и его формулировкѣ и не присуще ему по самой его природѣ, то оно и не составляетъ части закона, а потому безразлично» <sup>4)</sup>. Это — основательно добавляють цитируемые авторы — справедливо даже тогда, когда составители закона (въ качествѣ, положимъ, народныхъ представителей) принимаютъ правовое участіе въ законодательствѣ, а тѣмъ болѣе справедливо, когда они (какъ въ данномъ, на примѣръ, случаѣ) являются простыми редак-

<sup>1)</sup> Zeiller въ примѣч. \*\* къ выписанному раньше мѣсту: «Der Code Napoleon's betrachtet die Conventionalstrafe viel mehr als eine Art von Reugeld, so dass der Gläubiger diese und die Hauptsache nicht zugleich fordern könne; sie müsste denn bloss auf den Verzug gesetzt sein (art. 1229)... — Объ отрицательномъ отношеніи Zeiller'a къ Code civil во общце см. Pfaff'a въ указ. статьѣ въ Zeitschrift Grünhut'a II стр. 294 сл.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 217 слл.

<sup>3)</sup> Ср. по этому поводу хотя бы Pandekten Pegelsbergera стр. 143 сл. (въ русскомъ переводѣ Базанова «Общее ученіе о правѣ» стр. 142 сл.).

<sup>4)</sup> Pfaff и Hofmann (назв. соч. I, 1 стр. 183), комментарий которыхъ къ а. в. Г. В. §§ 6 и 7 заслуживаетъ особеннаго вниманія по вопросамъ эрменевтики.

тора ми нормъ законодательнаго сборника. Не отразилось же занимающее насъ представленіе на заключительной части § 1336 потому, что на нее должно смотрѣть, какъ на простую стереотипную формулу: вставляя ее, компиляторы австрійскаго уложенія не только не вводили ничего особеннаго, отдавая лишь обязательную дань своему времени, но и въ дѣлѣ редакціи формулы имѣли уже готовые образцы<sup>1)</sup>. Самая формула означала, настаиваю, одно то, что неустойка не тождественна съ отступнымъ. Но что такое неустойка, что именно она изъ себя представляетъ и каково ея отношеніе къ исполненію, — этого наша формула не выражала и точно также не выражаетъ и въ австрійскомъ правѣ. Этого, стало быть, и нельзя, очевидно, выводить изъ текста толкуемаго параграфа. Отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ почерпаться изъ другихъ моментовъ — моментовъ, обязательно, впрочемъ, заключающихся въ самомъ законѣ и, прибавлю еще, существенно отличныхъ въ этомъ смыслѣ отъ туманныхъ соображеній и намековъ одного или хотя бы даже нѣсколькихъ редакторовъ въ ихъ толкованіяхъ на законъ или мотивахъ къ закону. Но моменты эти (если, главнымъ образомъ, вспомнить общую природу неустойки въ австрійскомъ правѣ, явствующую изъ того же § 1336), бесспорно, таковы, что рѣшаютъ вопросъ въ пользу отношенія альтернативнаго, а никакъ не кумулятивнаго.

Такъ обстоитъ дѣло въ австрійскомъ кодексѣ, и такое положеніе вещей мнѣ кажется дотого несомнѣннымъ, что самое возникновеніе и наличность контроверзы я въ состояніи себѣ объяснить только фактомъ встрѣчи позднѣйшихъ комментаторовъ со сбивчивымъ замѣчаніемъ у Zeiller'a<sup>2)</sup>. Если не суживать круга изслѣдованія и не ограничиваться предѣлами одного только австрійскаго кодекса, а обнять и современныя его появленію ученія пандектнаго права въ нашей области и затѣмъ анало-

<sup>1)</sup> См. выше стр. 215 сл.

<sup>2)</sup> Что, впрочемъ, съ Zeiller'омъ и помимо того случались ошибки; что, далѣе, въ комиссіи съ нимъ далеко не всегда соглашались и что его, хотя и несомнѣнно большой, авторитетъ, преувеличивать тѣмъ не менѣе не должно, — объ этомъ см. указанія у Pfaff и Hofmann'a назв. соч. I, 1 стр. X и въ особ. у Pfaff'a въ указ. статьѣ стр. 262 сл.



гичныя также нормы другихъ, опять-таки болѣе или менѣе современныхъ, законодательствъ, то оказывается, что нѣтъ вообще вопроса, нѣтъ никакой почвы и почвы для колебанія и разногласія <sup>1)</sup>).

Но далеко не такъ обстоитъ дѣло въ русскомъ правѣ, совсѣмъ не то приходится сказать о нашей статьѣ 1585, хотя она и заимствована изъ австрійской, которой принадлежитъ указанное, выясненное такимъ образомъ значеніе. Необходимо имѣть ввиду, что на русской нормѣ, въ отличіе отъ австрійской, взглядъ ея составителя, допускающій кумулятивное отношеніе, успѣлъ отразиться. Свое пониманіе австрійскаго законоположенія (пониманіе, навѣянное, какъ я полагаю, изложеннымъ мнѣніемъ Zeiller'a въ его коментаріи къ § 1336) и направленное, повторяю, въ сторону кумуляціи, Сперанскій прямо внесъ въ статью 1585, — а при такихъ условіяхъ, естественно, не можетъ быть рѣчи о томъ, что означенное пониманіе редактора для интерпретаціи закона несущественно. Нѣтъ, здѣсь оно прямо вошло въ содержаніе закона, составляетъ неразрывную его часть.

Слова толкуемой статьи:

«Неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ...»

---

<sup>1)</sup> Напомню здѣсь наставленіе Унгера: «Es müssen... die Werke der älteren Civilrechtslehrer und Praktiker sorgfältig und genau studirt werden, um die Ansichten und deren Genesis kennen zu lernen, welche über die fragliche Materie zu jener Zeit galten, als die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches gebildet wurden, da die Bestimmungen desselben in ihrer überwiegenden Mehrzahl nichts anderes als die Wiedergabe der Doctrin jener Zeit sind». (Изъ его извѣстной и прекрасной статьи «Ueber den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches», появившейся въ Jahrb. d. deutsch. Rechtswissenschaft Schletter'a I (1855) стр. 353 сл., а, начиная съ 3-го изданія (1868) «Системы» Унгера, печатаемой въ качествѣ приложенія къ первому ея тому). Ср. еще System I § 13, примѣч. 29.

не оставляютъ на этотъ счетъ ни малѣйшаго сомнѣнія. Другое дѣло, если должникъ предлагаетъ или уплачиваетъ, самъ уплачиваетъ<sup>1)</sup> неустойку: постановить здѣсь, что договоръ остается въ силѣ, значить только утверждать, что право выбора не принадлежитъ должнику, что, другими словами, предъ нами нѣтъ отступного. Но сказать, что неустойка взыскивается (къмъ? очевидно, вѣрителемъ) и что, несмотря на это взысканіе, и главный договоръ еще остается въ силѣ,—это, разумѣется, не можетъ означать ничего иного, какъ только то, что вѣритель имѣетъ право какъ на одно требованіе, такъ и на другое, т. е. на оба совмѣстно.

Своимъ парафразомъ австрійскаго, неправильно, по моему убѣжденію, понятаго имъ предложенія, Сперанскій ввелъ у насъ принципъ кумулятивный. Для насъ теперь всякое другое толкованіе австрійскаго предложенія совершенно бесполезно, ибо намъ путь къ отступленію отрѣзанъ.

Что сейчасъ изложенное не является только продуктомъ фантазіи, доказываетъ вторая половина той же ст. 1585. Она гласитъ:

развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежемъ неустойки онъ прекращается,

и, въ свою очередь, является описаніемъ части австрійской нормы, а именно ея оговорки: «ausser dem Falle einer besonderen Verabredung»<sup>2)</sup>. Но оговорка эта, вполне умѣстная и разумная при правильномъ пониманіи § 1336, — въ ст. 1585, при наличности внесенныхъ въ нее сравнительно съ § 1336 измѣненій, перестаетъ быть умѣстной и находится въ соотвѣтствіи съ общимъ положеніемъ, изъ котораго она должна представлять исключеніе. Въ самомъ дѣлѣ: чтó означаетъ вторая часть ст. 1585? Отвѣтъ для всякаго юриста ясенъ: она заключаетъ указаніе на отступное, при которомъ, говоритъ законодатель, не наступаютъ послѣдствія, предусмотрѣн-

<sup>1)</sup> Ср.: «Die Bezahlung des Vergütungsbetrages» (§1336), die Erlegung der Strafe (ALR: I, 5 § 311).

<sup>2)</sup> При редакціи этой половины ст. 1585 могли, впрочемъ, быть приняты въ расчетъ и заключительныя слова § 45 Уложенія 1814 года (см. выше стр. 253 сл.). Болѣе, чѣмъ вѣроятно, что Сперанскій эту свою прежнюю норму не совсѣмъ забылъ. По существу, однако, дѣло отъ этого не измѣняется.

ныя въ первой части статьи. А эта первая часть что устанавливаетъ? — Она устанавливаетъ кумуляцію. Но развѣ отступное, это дѣйствительно — исключеніе изъ принципа кумулятивнаго?! На этотъ вопросъ приходится отвѣтить: нѣтъ, нисколько. Стоитъ только на одну минуту вникнуть въ дѣло, чтобы видѣть, что настоящаго соотвѣтствія между частями нѣтъ. Отступное отдаетъ выборъ между исполненіемъ и платежемъ условленной суммы на случай неисполненія—въ руки должника. Прямое противоположеніе ей, это — нормальная неустойка, т. е. неустойка альтернативная, при которой тотъ же выборъ принадлежит не должнику, а вѣрителю. Съ другой стороны, та же альтернатива служитъ противоположеніемъ кумуляціи, но въ иномъ уже смыслѣ: первая дозволяетъ вѣрителю одно изъ двухъ наличныхъ требованій, послѣдняя уполномочиваетъ его предъявить оба требованія вмѣстѣ. Логически вполнѣ правильно только исключеніе двойное: либо исключеніе въ пользу альтернативы изъ кумуляціи (или наоборотъ), либо исключеніе въ пользу отступнаго изъ альтернативы. Но непослѣдовательно исключеніе изъ кумуляціи въ пользу отступнаго, какъ это санкціонируетъ ст. 1585. Это по меньшей мѣрѣ непродуманность. Гдѣ же при такихъ условіяхъ остается случай альтернативы—случай всеюду и вездѣ, какъ мы знаемъ, нормальный и повседневный?! Какъ быть съ нимъ?

Передача австрійскаго положенія собственными словами въ результатѣ дала, такимъ образомъ, логическій скачокъ, логическую ошибку. До сихъ поръ, одобрительно-ли, или неодобрительно относились къ толкуемой отечественной нормѣ, но въ нелогичности, насколько мнѣ извѣстно, ея не упрекали. Между тѣмъ такой упрекъ, думается, справедливъ: норма, несомнѣнно, отличается извѣстною ирраціональностью, нѣкоторымъ юридическимъ уродством<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> У насъ, повидимому, обращалось вниманіе только на то, что при кумуляціи кредиторъ получаетъ и то и другое, а при отступномъ или преміи—лишь одно. Этимъ довольствовались, констатируя въ этомъ искомое противоположеніе. Въ сущности въ основаніи подобнаго разсужденія лежитъ (хотя и безсознательно, быть можетъ) все то же воззрѣніе, по которому, разъ нѣтъ кумуляціи, то налицо уже отступное, т. е. воззрѣніе, котораго держались Zeiller и его послѣдователи. Ошибки живучи. Даже такой

Вытекаетъ-ли изъ сказаннаго какой-нибудь практической выводъ? Можно-ли приведенными соображеніями воспользоваться въ вопросахъ примѣненія статьи 1585? Полагаю что можно.

Мы видѣли, что Сперанскій внесъ въ толкуемую норму начало кумулятивное, — но всецѣло-ли, въ полномъ-ли объемѣ? Другими словами, хотѣлъ-ли нашъ Трибонианъ провести кумуляцію по всеѣмъ направленіямъ и осуществилъ-ли онъ это свое намѣреніе? Ни то, ни другое. Zeiller'у, а вслѣдъ за нимъ и Сперанскому желательно было только соединеніе исполненія съ неустойкой (отсутствіе такого соединенія уничтожаетъ, на ихъ взглядъ, наличность неустойки), но соединеніе убытковъ, иска о вознагражденіи съ неустойкою, — этого другого проявленія кумулятивнаго принципа Zeiller не желалъ, къ нему онъ не стремился. Неопровержимымъ тому доказательствомъ служитъ то же австрійское право, которое не только не разрѣшаетъ кумулированія убытковъ съ пенею, но даже ограничиваетъ кредитора только и непременно пенею, не предоставляя ему даже выбора между нею и ущербомъ и становясь, слѣдовательно, на почву не римскую, а прусскую, — въ чемъ Zeiller ничего неправильнаго и нежелательнаго не усматривалъ. И понятно, почему не усматривалъ: эта сторона дѣла не находится въ связи съ его ошибочнымъ воззрѣніемъ на неустойку и отступное и на различіе между ними.

По примѣру Zeiller'a и австрійскаго законодателя, и Сперанскій, повидимому, не думалъ о соединеніи съ неустойкою убытковъ и во всякомъ случаѣ это соединеніе едва-ли установилъ въ законѣ. Правда, если выхватить выраженіе 1585 статьи: «независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора» и толковать его отдѣльно отъ всего прочаго, какъ это дѣлаетъ, на примѣръ, Сенатъ, то, на основаніи грамматической интерпретаціи, можно, а, быть можетъ, и должно прійти къ заключенію, что это выраженіе обнимаетъ два случая — случай исполненія и случай удовле-

---

романистически образованный цивилистъ, какъ нашъ Мейеръ, — и тотъ (Русское гражданское право стр. 404 сл.) не замѣчаетъ несоответствія исключенія общей нормѣ и не задумывается надъ вопросомъ о возможности существованія права на искъ объ исполненіи безъ взысканія неустойки.

творенія за неисполненіе. Но если обратиться къ интерпретаціи логической и, вспомнивъ добытыя нами историческія данныя, сопоставить означенное выраженіе съ послѣдующими словами статьи: «который [т. е. договоръ] и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ», — то, кажется, справедливѣе будетъ сказать, что слова «по неисполненію самаго договора» относятся къ самому исполненію договора, — въ особенности, если принять въ соображеніе еще и заключительную часть нормы, имѣющую ввиду отступное, т. е. прежде всего освобожденіе (цѣною внесенія преміи) отъ исполненія, точнѣе, отъ исполненія *in natura* <sup>1)</sup>.

Въ результатѣ, такимъ образомъ, я склоняюсь къ тому мнѣнію, которое въ нашей литературѣ было уже высказано Пестржецкимъ, Любавскимъ и Змирловымъ <sup>2)</sup>, которое, далѣе, выражалось и Московской Судебной Палатой въ изложенномъ принципиальномъ рѣшеніи по дѣлу Карали, отмѣненномъ Кассационнымъ Сенатомъ. Но только, въ отличіе отъ своихъ предшественниковъ, я отвергаю возможность по нашему законодательству кумулированія убытковъ съ неустойкою не на основаніи того положенія (изъ котораго, погрѣшая нѣкоторою апріорностью сужденія, исходили до сихъ поръ) <sup>3)</sup>, что неустойка — не болѣе, какъ опредѣленная заранѣе сумма вознагражденія за вредъ и убытки, — а на основаніи изслѣдованія генизиса нашей статьи,

<sup>1)</sup> Подобное же толкованіе я нахожу въ одномъ дѣлѣ, по которому состоялось Высочайше Утвержденное мнѣніе Государственного Совѣта: въ этомъ процессѣ II Отдѣленіе Собственной Е. И. В. Канцеляріи, въ противоположность Адмиралтействъ - Совѣту, приходило къ указанному выводу какъ разъ на основаніи сопоставленія отдѣльныхъ частей нашей статьи (дѣло подполковника Балашова и купца Ненюкова 1853 г. въ Сборникѣ Высочайше-Утвержденныхъ мнѣній Государственного Совѣта по гражданскимъ дѣламъ т. II № 77 стр. 583).

<sup>2)</sup> Первымъ въ статьѣ «Неустойка, лихва и личное задержаніе за долги» въ Судебномъ Вѣстникѣ за 1870 г. № 27, вторымъ въ замѣткѣ «Замѣна неустойкой взысканія убытковъ» въ Юридическомъ Вѣстникѣ III (1871) 2 стр. 113 сл., третьимъ въ Журналѣ Гражданскаго и Уголовнаго Права XV (1885), 6 стр. 65 сл.

<sup>3)</sup> Змирловъ (въ указанномъ мѣстѣ) ссылается, впрочемъ, и на заимствованіе статьи 1585, но ошибочно полагаетъ, что она взята изъ Наполеонова кодекса.

который не допускаетъ широкаго ея толкованія, установленнаго Сенатскою практикою и упрочившагося, благодаря ей же<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Мы могутъ еще возразить: о б щ и й с м ы с л ь, д у х ъ нашего законодательства говоритъ въ пользу кумуляціи а, слѣдовательно, и толкованія Сената (ср. Гольмстенъ въ указ. мѣстѣ стр. 178). И это, могутъ прибавить, важное, чѣмъ историческія данныя. Но съ подобнымъ возраженіемъ нельзя согласиться по многимъ причинамъ. Во-первыхъ, законодатель договорную неустойку и вытекающія изъ нея отношенія, видимо, хотѣлъ нормировать въ статьѣ 1585, независимо отъ всего остальнаго, а потому необходимо прежде всего истолковать надлежащимъ образомъ именно эту статью, чтобы и изъ нея, по возможности, получить искомый отвѣтъ. И это тѣмъ болѣе, что говорить о «духѣ» нашего законодательства въ 1832 году, тогда какъ, по уже приведенному свидѣтельству Неволіна, у насъ раньше никакихъ опредѣленій на интересующій счетъ не было, — трудно. Затѣмъ, и въ настоящее даже время, если отвлечься отъ ст. 1585, то едва-ли можно сказать, что наши законоположенія таковы, чтобы должно было изъ нихъ вывести о б щ и й к у м у л я т и в н ы й с м ы с л ь. По крайней мѣрѣ, и въ томъ убѣдиться не могъ. Правда, ст. 1575 и 641 т. X ч. 1 дозволяютъ кумулированіе законной неустойки съ указными процентами (П. С. З. 1834, 2. II. № 6775, 35: «Кто не заплатитъ своихъ обязательствъ въ срокъ, на того за неустойку положить единожды три процента со всего незаплаченного капитала»); правда, далѣе, и то, что при казенныхъ подрядахъ и поставкахъ неустойка имѣетъ значеніе настоящаго штрафа (Положеніе о Казен. Подр. ст. 87—90 и 208), какъ и въ нѣкоторыхъ еще другихъ случаяхъ (о нихъ см. Побѣдоносцева, Курсъ гражд. права III стр. 282 сл. и, полнѣе, въ Сборн. гражд. зак. Гожева и Цвѣткова II стр. 748 слл.), — но, съ другой стороны, въ нашемъ же законодательствѣ встрѣчается случай (при цертепартіи), когда «положенная за неустойку пеня» является въ роли даже отступнаго (Уст. Торгов. ст. 326), что затѣмъ повторяется и при подрядахъ и поставкахъ въ военномъ вѣдомствѣ, гдѣ отдѣльныя нормы нерѣдко весьма характерны. Такъ, ст. 23 Свода Военныхъ Постановленій книги XVIII (по изд. 1869 г.) гласитъ: «Неустойка должна соответствовать тому вреду или убытку, который можетъ послѣдовать для казны отъ невыполненія или несвоевременнаго исполненія договора...» Въ ст. 79 (тамъ же) читаемъ: «..... ни съ залоговъ, ни съ имущества подрядчика не взыскиваются убытки, которые можетъ понести казна, производя заготовленіе собственнымъ распоряженіемъ при неисправности подрядчика, который, заплативъ полную неустойку, опредѣленную условіями договора, освобождается отъ исполненія принятаго имъ на себя обязательства». Интересно, между прочимъ, еще указать на это же положеніе въ изд. 59 года, гдѣ оно составляло ст. 751 ч. IV кн. 1: «Подрядчикъ, заплативъ, за неисправность по договору, неустойку, освобождается отъ ис-

Въ итогѣ, слѣдовательно, если обратиться къ формуламъ, въ свое время выведеннымъ нами для трактуемаго отношенія — альтернативнаго и кумулятивнаго — между двумя требованіями, то положеніе вопроса по русскому праву представится намъ въ слѣдующемъ видѣ. Пусть  $a$  опять означаетъ дѣйствіе по главному обязательству,  $b$  — соответственный полный эквивалентъ,  $m$  — частичный интересъ или убытокъ отъ ненадлежащаго исполненія, — на примѣръ, отъ опозданія, и  $p$  — неустойку, причѣмъ пусть имѣется  $p_1$ , когда неустойка условлена на случай полнаго неисполненія договора, и  $p_2$ , когда она на-

полненія принятой обязанности; развѣ въ самомъ договорѣ было бы сказано, что платежемъ неустойки онъ не прекращается, или самъ подрядчикъ пожелалъ бы окончить поставку». Это опредѣленіе, какъ легко видѣть, діаметрально противоположно опредѣленію ст. 1585 т. X ч. 1.

Наконецъ, и аргументація въ томъ смыслѣ, что неустойка по нашему законодательству включается въ договоръ «въ подкрѣпленіе силы долговыхъ обязательствъ» (ст. 1583 т. X ч. 1), а потому должна быть штрафомъ съ непременно кумулятивнымъ началомъ, — точно также несправедлива, какъ основанная на недоразумѣніи. Неустойка всегда служитъ дѣлу укрѣпленія или обезпеченія обязательства — одинаково, связаны ли она съ кумуляціей, или съ альтернаціей. Что и въ послѣднемъ случаѣ должникъ испытываетъ лишнюю (по сравненію съ обыкновеннымъ дѣйствіемъ договора) угрозу, которая, въ свою очередь, для него служитъ лишнимъ стимуломъ выполнить свое обязательство, а для послѣдняго моментомъ укрѣпляющимъ, — совершенно ясно и выше (стр. 248 сл.) уже развивалось. Ср. еще Hasenöhrl назв. соч. I стр. 517. Словомъ, обезпеченіемъ обязательства истинная договорная неустойка всегда бываетъ: весь вопросъ лишь въ томъ, является ли она въ добавокъ, одновременно съ этимъ, настоящимъ штрафомъ, подлиннымъ гражданскимъ наказаніемъ, налагаемымъ на неисправнаго должника независимо и сверхъ всего, — или же только предопредѣленіемъ вознагражденія за вредъ и убытки. Во всѣхъ почти западноевропейскихъ кодексахъ и правахъ неустойка, какъ мы видѣли, выполняетъ функціи укрѣпленія обязательства, что ей тамъ не мѣшаетъ, однако, быть вмѣстѣ съ тѣмъ заранѣе таксированной цифрою ущерба и регулироваться, слѣдовательно, на основаніи принципа альтернаціи, а не кумуляціи. Что кумуляція — для должника еще болѣе страшный Дамокловъ мечъ и вслѣдствіе того еще лучше въ состояніи «укрѣпить» обязательство, — весьма вѣроятно, но это обстоятельство нисколько, конечно, не противорѣчитъ значенію и оцѣночной также неустойки, какъ средства подобнаго же обезпеченія или усиленія договоровъ и обязательствъ.

значена на случай только частичной неисправности должника. Тогда права вѣрителя по ст. 1585 выразятся въ формулахъ:

$a + p_1$ . Здѣсь, безспорно, кумуляція, но она здѣсь прямо предусмотрена закономъ. Зато ей нѣтъ ни въ одной изъ дальнѣйшихъ формулъ. Если основное дѣйствіе невыполнимо болѣе, или если кредиторъ не настаиваетъ на его исполненіи, то онъ имѣетъ право только на одно изъ двухъ: либо на вредъ и убытки отъ неисполненія, т. е.: либо на соотвѣтственную неустойку, т. е.: Наоборотъ,  $b + p_1$  не допускается. И далѣе, при частичной неустойкѣ, кредиторъ получить:

$a + p_2$  или  
 $a + m$ , но никакъ не  $a + m + p_2$ , — по общему, по крайней мѣрѣ, правилу, когда нѣтъ особаго между сторонами соглашенія<sup>1)</sup>.

Если исходить изъ желательности начала альтернативнаго и нежелательности начала кумуляціи, то получившіеся выводы нельзя не признать извѣстнымъ шагомъ впередъ. Нашему судѣ—если онъ усвоитъ себѣ предлагаемое здѣсь толкованіе ст. 1585 (вытекающее, повторяю, изъ историческаго ея освѣщенія и чуждое, смѣю думать, всякой тенденціозности)—въ огромномъ числѣ, а, быть можетъ, даже въ большинствѣ относящихся сюда случаевъ не прійдется болѣе постановлять рѣшенія, при которомъ его чувство и симпатіи окажутся въ разладѣ и коллизіи съ его судейской обязанностью примѣнять норму закона, хотя бы несогласную съ его собственнымъ пониманіемъ правды. Судѣ — въ изслѣдуемыхъ предѣлахъ — не прійдется тогда ни подчинять своего разумѣнія мнимымъ требованіямъ закона, ни, что еще хуже, путемъ искусственнаго толкованія конкретнаго договора — ухватившись за какой-нибудь внѣшній, побочный, юридически ничего не значащій моментъ — находить рѣшеніе, правда, удовлетворяющее его, судью, съ точки зрѣнія даннаго спорнаго отношенія, но ложное съ точки зрѣнія его же

<sup>1)</sup> Ср. выше стр. 82 и 110.



собственного толкованія примѣняемаго имъ закона<sup>1)</sup>. Въ такихъ случаяхъ усиленіе чувства законности въ обществѣ и странѣ—особенно желательное у насъ, въ Россіи — можетъ, какъ мнѣ кажется, только выиграть отъ принятія интерпретаціи, безспорно, способной устранить въ значительной степени намѣченную коллизію<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> «Наша судебная практика ... вообще недоброжелательно смотритъ на просьбы о взысканіи неустойки, отказывая въ удовлетвореніи ихъ во всякомъ случаѣ, гдѣ есть какая-либо къ тому возможность...» «При введеніи новаго судопроизводства въ краѣ [новороссійскомъ], судебныя мѣста съ видимымъ нерасположеніемъ относились постоянно ко всякаго рода неустойкамъ, далеко не поощряя ихъ своими рѣшеніями. Это строго нравственное отношеніе къ дѣлу доходило иногда до крайности и шло въ разрѣзъ съ правильностью юридическихъ положеній...» (передовыя статьи въ Судебномъ Вѣстникѣ за 1868 годъ № 49 и за 1874 г. № 274).

<sup>2)</sup> Въ одномъ рѣшеніи отъ 1850 года «о взысканіи княземъ Голицынымъ съ графа Зубова денегъ по совершенному на поставку вина контракту» (Сборникъ Высочайше-Утвержденныхъ мнѣній Гос. Сов. т. I № 52 стр. 395) тогдашній Управляющій Министерствомъ Истиціи съ (четырьмя) сенаторами (а вмѣстѣ съ ними и Государственный Совѣтъ) высказываютъ, повидимому, то воззрѣніе, что вѣритель, обезпечившій себя неустойкою, ничего другого взыскивать не можетъ или, другими словами, что возмѣщенія убытковъ онъ не вправе требовать. Обосновывается такой взглядъ указаніемъ на статью 1288 т. X (по изд. 1842 г. = ст. 1536 по изд. 1857 года), предписывающую, что «договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ смыслу» (ср. выше стр. 205 прим. 3).—Здѣсь, такимъ образомъ, постановка вопроса уже совершенно австрійская или, что то же, прусско-французская (неустойка покрываетъ и исключаетъ искъ объ убыткахъ),—но постановка, несомнѣнно, ложная. Своего естественнаго права искать, на основаніи основнаго договора, вознагражденія за понесенный вредъ вѣритель можетъ, разумѣется, лишиться только въ силу прямого опредѣленія закона, направленнаго именно на ограниченіе его, вѣрителя, неустойкою при нарушеніи должникомъ своего обязательства. Такое опредѣленіе и встрѣчается дѣйствительно какъ въ прусскомъ и французскомъ, такъ и въ австрійскомъ правѣ. Но изъ послѣдняго къ намъ въ ст. 1585 перенесены не были слова § 1336: «anstatt des zu vergütenden Nachtheiles». Ничто, слѣдовательно, не можетъ препятствовать кредитору предъявить свое требованіе объ убыткахъ, отказавшись отъ дополнительнаго, установленнаго въ его же пользу условія о неустойкѣ, т. е. поступить такъ, какъ если бы этого условія совсѣмъ не было (см. выше стр. 194 сл.).

### ЧАСТЬ III.

Право судьи на понижение размера  
неустойки.

СП6ГУ

§ 24.

*Право на пониженіе въ случаѣ частичнаго исполненія главнаго обязательства.*

Римское, въ томъ числѣ и пандектное, право не знаетъ права судьи понижать размѣръ неустойки. Определенія, которыя встрѣчаются въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ, какъ то: fr. 9 pr., fr. 44 D. de usuris 22, 1, fr. 13 § 26 D. de A. E. V. 19, 1 (= Vat. 11) и с. 15 C. de usuris 4, 32, — не относятся къ нашему вопросу.

Вмѣстѣ съ тѣмъ подчеркну, что единственнымъ ограниченіемъ величины неустойки въ римскомъ правѣ служить то, которое вытекаетъ изъ запрета скрытаго ростовщичества<sup>1)</sup>. Этотъ запретъ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ соотвѣтственное уменьшеніе условленной между сторонами пени — уменьшеніе въ томъ размѣрѣ, на какой она превышаетъ дозво-

---

<sup>1)</sup> См. fr. 56 pr. D. de eviction. 21, 2, а также уже извѣстный намъ fr. 38 § 17 i. f. D. de V. O. (45, 1). Ср., напр., Сводъ Остзейскихъ законовъ III ст. 3371 по издан. 1864 года:

Определеніе количества неустойки зависитъ совершенно отъ договаривающихся и не стѣняется размѣромъ убытка, предвидимаго отъ неисполненія договора; запрещается только определеніемъ неустойки обходить постановленія о размѣрѣ законныхъ процентовъ. и, въ видѣ иллюстраціи къ данной нормѣ, рѣшенія судовъ въ Прибалтійскомъ краѣ, приведенныя у Zwingmann'a I № 83 а и VI № 1064. Ср. еще Саксонск. улож. § 1430, Цюрихск. улож. § 970 и Дрезденск. проектъ ст. 127.

ленный ростъ <sup>1)</sup>). Въ настоящее время все романисты согласны на тотъ счетъ, что господствовавшее раньше толкованіе известной конституціи Юстиніана, l. un. C. de sententiis quae pro eo 7, 47, оказавшее вліяніе и на партикулярныя уложенія <sup>2)</sup>, —

<sup>1)</sup> Это обстоятельство упущено, кажется, изъ виду контрагентами въ приведенномъ выше стр. 79 сл. договорѣ изъ числа открытыхъ въ Трансильваніи. Ср. Girard, Manuel стр. 641 прим. 5.

<sup>2)</sup> См., напр., Прусское Земское Право I, 5 § 301 и къ нему Förster-Escius назв. соч. I § 107 прим. 23, Koch Коментарій прим. 7 къ этому параграфу, Bornemann Systematische Darstellung des Preuss. Civilrechts mit Benutzung der Materialien II стр. 620 слл.

Отразилась-ли и насколько данная конституція Юстиніана (*hoc quod interest dupli quantitate minime excedere*) и на нашей ст. 1584 т. X ч. 1, я не берусь рѣшить. Мы здѣсь читаемъ:

Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской количество неустойки ни въ какомъ случаѣ не можетъ превышать суммы самаго обязательства, неустойкою обезпечиваемаго.

Сходство съ доктриной о невзысканіи *ultra alterum tantum* во всякомъ случаѣ большое! Въ остальномъ предоставляю выясненіе генезиса статьи историкамъ русскаго и въ особенности литовскаго права, ограничиваясь, съ своей стороны, постановкою вопроса объ ея связи — хотя бы даже косвенной — съ началами романистическими.

Пользуюсь случаемъ, чтобы обратить также вниманіе и на вторую партикулярную норму, относящуюся къ извѣждаемой области и внесенную въ т. X ч. 1. Въ ст. 1586 говорится:

Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской отвѣтственность въ платежѣ неустойки по обязательствамъ между частными лицами переходитъ на наследниковъ обязавшагося лица въ томъ только случаѣ, когда искъ по оной начатъ установленнымъ порядкомъ еще при жизни сего лица, или когда въ самомъ обязательствѣ платежъ неустойки распрощанъ на наследниковъ.

Законодатель здѣсь, видимо, отправляется отъ возрѣнія на неустойчный искъ, какъ на искъ пенальный, т. е. повиненъ въ смѣшеніи, отъ котораго настойчиво предостерегалъ Савиньи (*System des heutigen Röm. Rechts* V стр. 59 сл.; см. также выше стр. 140 сл. Къ сожалѣнію, ни одинъ изъ толкователей ст. 1586 въ Судебной Газетѣ 1884 №№ 33, 37, 42 и 43 не пошелъ къ вопросу съ этой именно стороны). Какія вліянія сказались на данномъ положеніи? какія иноземныя законодательства оставили на немъ

что оно было ошибочнымъ. Равнымъ образомъ, современная наука перестала относить къ неустойкѣ и § 21 I. de action. 4, 6<sup>1)</sup>. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы должны будемъ, въ виду этого, ограничиться изслѣдованіемъ поставленнаго вопроса по нѣкоторымъ новымъ законодательствамъ. Изъ нихъ намъ прежде всего необходимо остановиться на Наполеоновомъ кодексѣ<sup>2)</sup>.

свой слѣдъ и отпечатокъ? Знаю, какъ опасно руководствоваться въ вопросахъ происхожденія одними только моментами схода или даже тождества; помню справедливый на этотъ счетъ упрекъ, сдѣланный еще Кавелинымъ (соч. IV стр. 43), — и при всемъ томъ не могу отрѣшиться отъ мысли (выражаемой, впрочемъ, лишь въ качествѣ простой догадки), что римское право — такъ или иначе — отразилось и на ст. 1586. Извѣстное начало «in roenam heres non succedit» (fr. 22 D. de o. novi nunt. 39, 1), а, главное, исключеніе, претерпѣваемое этимъ началомъ съ момента литисконтестаціи (l. un. C. ex delictis defunctorum 4, 17), т. е. начала процесса, — прямо совпадаютъ съ содержаніемъ нашей статьи (см. подчеркнутыя въ ней слова). — Укажу еще кетати, что въ т. X. ч. 1 Свода изд. 1887 года опечатка: данная ст. 1586 основана на арт. 18 (а не 13) разд. VII Литовскаго Статута.

<sup>1)</sup> Ср. Glück Коментарій IV стр. 532 сл., Lauterbach Disputatio § 26, Jäger назв. соч. стр. 28 сл., Uellenberg назв. соч. стр. 13.

<sup>2)</sup> Въ послѣдующемъ я не касаюсь того уменьшенія неустойки до уровня законнаго процента, которое является результатомъ введеннаго во Франціи закона отъ 3 сентября 1807 года о предѣлѣ дозволеннаго роста. Не касаюсь потому, что такое уменьшеніе во все не относится къ вопросу о судейскомъ правѣ пониженія размѣровъ неустойки въ собственномъ смыслѣ слова. При наличности закономъ установленной высшей нормы процента (а въ особенности въ соединеніи съ такими нормами, какъ ст. 1153 и 1229 французскаго Code), подобное ограниченіе пени вытекаетъ и ясно само собою, не требуя для себя особы хъ законоположеній (ср. весьма правильное рѣшеніе нашего Гражд. Касс. Деп.—та по одному дѣлу Царства Польскаго за 1880 г. № 74), и, согласно съ этимъ, примѣнялось точно также и въ древнемъ Римѣ, какъ мы сейчасъ видѣли. Ср. Zachariä-Crome, Französ. Civilrecht II стр. 290 и (относительно подробностей и исключеній) Thoureau назв. соч. стр. 117, 157 сл. и G. Girard назв. соч. стр. 161 сл.

Въ связи съ этимъ прибавлю, что планъ моего труда мнѣ, къ сожалѣнію, не дозволяетъ заняться вопросомъ объ ограниченіи въ новое время свободы опредѣленія роста при долговыхъ обязательствахъ («bei Darlehen

Его ст. 1231 гласитъ :

La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

Отмѣтимъ тутъ же, что эта норма воспроизводится въ точности и ст. 1214 итальянскаго гражданскаго уложения («La pena può essere diminuita dal giudice, allorchè l'obbligazione principale è stata eseguita in parte». Ср. также Собрание гражданскихъ законовъ губерній Царства Польскаго ст. 1231: «Размѣръ неустойки можетъ быть судомъ уменьшенъ, если главное обязательство уже отчасти исполнено»). Наоборотъ, въ Баденскомъ Земскомъ Правѣ опять имѣется отступление отъ французскаго образца. Въ соответствующемъ Satz 1231 оказывается вставка и, конечно, не случайнаго свойства :

Der Richter kann die Strafe mässigen, wenn die Hauptverbindlichkeit zum grossen Theil vollzogen ist.

Въ мотивахъ къ приведенному положенію Code'a указывается на то, что въ случаѣ частичнаго неисполненія необходимо допустить исключеніе изъ общаго правила и прибѣгнуть къ помощи судейскаго пониженія размѣра неустойки. При этомъ выставляются два основанія. Уже знакомый намъ Bigot-Préameneu находилъ, что вмѣшательство судьи здѣсь желательно потому, что наступившій случай долженъ считаться отличнымъ отъ того, который сторонами имѣлся ввиду, а, слѣдовательно, случаемъ непредусмотрѣннымъ, стоящимъ

und creditirten Forderungen», по формулѣ нѣмецкихъ законодательствъ) и объ (естественно, повторяю, слѣдующемъ отсюда) ограниченіи также высоты неустойки въ тѣхъ же случаяхъ, а равно вопросомъ о новѣйшихъ законахъ о ростовщичествѣ, которые, въ свою очередь, несомнѣнъ безразличны для нашего института. Болѣе или менѣе обстоятельное изложеніе всего этого, съ историческимъ очеркомъ и обзорѣннѣмъ важнѣйшихъ законодательствъ, читатель найдетъ у Кофка въ его «Мнѣніи», составленномъ для двадцатаго съѣзда нѣмецкихъ юристовъ (Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages II стр. 4 слл.). По спеціальному вопросу, насколько соглашеніе о неустойкѣ на случай неисправнаго платежа процентовъ подпадаетъ подъ запретъ анатоцизма, см. еще интересную (несмотря на неправильность выводовъ) статью Martinus'a въ Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Gruchot'a XXXIX (1895) № 16 стр. 542 слл.

въ всякаго отношенія къ условленной пенѣ. Другой ораторъ, Favard, не повторяя этого довода съ своей стороны, выставялъ такое соображеніе: было бы, говорилъ онъ, несправедливо дѣлать въ одинаковой мѣрѣ отвѣтственнымъ двухъ должниковъ, изъ которыхъ одинъ успѣлъ почти совершенно выполнить свое обязательство, въ то время какъ другой къ его выполненію еще даже не приступалъ<sup>1)</sup>.

У французскихъ писателей мы встрѣчаемся съ оправданіемъ еще иного рода для того же положенія, выраженного въ ст. 1231. Они выдвигаютъ то обстоятельство, что если бы при неполномъ нарушеніи договора неустойка не подвергалась уменьшенію, то въ такомъ случаѣ вѣритель получалъ бы двойное вознагражденіе за ту часть выговореннаго дѣйствія, которая уже совершена. Это неизбѣжно слѣдуетъ — думаютъ Pothier, Duranton и другіе — изъ самаго существа неустойки, которая количественно должна заключать только возмѣщеніе причиненныхъ убытковъ и ничего болѣе<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Loaré назв. соч. XII стр. 362, 448 сл.

<sup>2)</sup> Pothier Oeuvres III № 350, Duranton Cours VI № 358, ср. еще, напр., Demolombe Cours XXVI № 666 и Aubry назв. соч. стр. 136.

Что касается примѣнимости ст. 1231, то она далеко не абсолютная. Прежде всего, этой нормы нельзя прилагать тамъ, гдѣ неустойка установлена на случай только промедленія; далѣе, тогда, когда стороны исключили ея примѣненіе силою предварительнаго соглашенія или сами опредѣлили размѣръ пониженія въ случаѣ лишь частичнаго неисполненія (ср. Sirey, Codes annotés примѣчанія къ ст. 1231 въ первомъ и дополнителномъ томахъ). Наконецъ, на уменьшеніе судьей условленной между контрагентами цѣфы слѣдуетъ смотрѣть, какъ на возможное только, а не непремѣнное: ст. 1231 представляетъ судѣ право, но не налагаетъ на него обязанности смягчить пеню (вопреки Duranton'у назв. соч. VI стр. 389 сл., см. Zachariä-Crome, Französ. Civilrecht II стр. 290).

Последнее соображеніе стоитъ въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что не всякое частичное совершеніе должникомъ требуемаго дѣйствія представляетъ для вѣрителя интересъ, — хотя бы только частичный или даже незначительный. Бываютъ случаи, когда должникъ часть лежащаго на немъ обязательства выполнялъ, а вѣритель тѣмъ не менѣе испытываетъ точно такой же ущербъ, какой онъ испыталъ бы, если бы никакого исполненія не послѣ-



Своимъ происхожденіемъ ст. 1231 обязана одному рѣшенію римскаго юриста-классика <sup>1)</sup> въ

fr. 9 § 1 D. si quis cautionibus (2, 11). Ulpianus libro septuagensimo septimo ad edictum. Si plurium servorum

довало. У комментаторовъ французскаго права на этотъ счетъ повторяются постоянно одни и тѣ же примѣры. Кредиторъ выговорилъ себѣ предоставленіе дома въ совершенно готовомъ видѣ съ тѣмъ, чтобы въ немъ поселиться, причѣмъ обезпечилъ свое право требованія неустойкою. Къ назначенному сроку изъ двухъ этажей оказывается построеннымъ только одинъ. Здѣсь неустойка подлежитъ уплатѣ цѣликомъ: данное частичное дѣйствіе должника не приноситъ вѣрителю ни малѣйшей выгоды. То же самое необходимо сказать и о такомъ, на примѣръ, случаѣ. Должникъ обязался изъ одного, съвернаго, скажемъ, города отправиться въ другой, южный, въ Марсель, положимъ, по дѣламъ кредитора, — но доѣзжаетъ лишь до Парижа: и здѣсь ст. 1231, конечно, непримѣнима (Demolombe Cours XXVI №№ 669 сл., Colmet de Santerre Cours V № 168 bis I сл.). Въ качествѣ обратнаго примѣра у тѣхъ же писателей встрѣчается слѣдующій казусъ. По договору долженъ быть вырытъ ровъ или проложенъ водопроводъ на пространствѣ 100 метровъ, но должникъ ограничивается длиною въ 50 метровъ: назначенная неустойка, рѣшаютъ здѣсь французскіе юристы (другого мнѣнія, впрочемъ, Laurent назв. соч. XVII № 455), взыскивается въ половинномъ или частичномъ вообщемъ размѣрѣ, такъ какъ вѣрителю и отъ половиннаго дѣйствія контрагента выгоду извлекаетъ. Замѣтимъ еще, что такая полезность частичнаго исполненія можетъ имѣться не только при дѣлимости, но даже и при недѣлимости основнаго обязательства (примѣры см. у Pothier, Oeuvres III № 352).—Наконецъ, касательно масштаба, которымъ слѣдуетъ пользоваться въ дѣлѣ повиженія суммы неустойки, ясно, что онъ долженъ быть относительнымъ, соответственнымъ той цѣнности, которую стороны придали все му дѣйствію. Абсолютнаго измѣренія здѣсь не должно быть, какъ, на примѣръ, и при actio quanti minoris; ср. Dernburg Pand. II § 101 прим. 18). А потому въ приведенномъ случаѣ съ водопроводомъ, если условленная въ качествѣ пени цыфра равнялась въ немъ 1000, то, говоря вообще, нашъ должникъ обязанъ будетъ уплатить половину этой пени, т. е. 500, независимо отъ истинной стоимости сдѣланнаго должникомъ или недодѣланнаго имъ (Demolombe и Colmet de Santerre ll. cit.).

<sup>1)</sup> Ср. Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence s. v. Peine contractuelle IX стр. 219 (изд. 4). По всей вѣроятности, и Прусскій I, 5 § 296 (см. выше стр. 201) точно также сложился подъ влияніемъ даннаго fr. 9 § 1

nomine iudicio sistendi causa una stipulatione promittatur, poenam quidem integram committi, licet unus status non sit, Labeo ait, quia verum sit omnes status non esse: verum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur.

Нынѣ въ наукѣ установлено, что это изреченіе Ульпіана не согласуется съ общей нормой, обязательной для римской договорной неустойки. Начало, которымъ римское право дѣйствительно руководствовалось въ аналогичныхъ случаяхъ, — прямо противоположное. Ограничусь приведеніемъ на этотъ счетъ только главнѣйшихъ мѣстъ, подтверждающихъ правильное, отвѣчающее источникамъ воззрѣніе.

Это

fr. 85 § 6 D. de V. O. (45, 1). Paulus libro septuagensimo quinto ad edictum. Item si ita stipulatio facta sit: «si fundus Titianus datus non erit, centum dari?», nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno (scil. herede), quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere.

Далѣе, fr. 25 § 13 D. fam. ercisc. (10, 2), изъ котораго беру слѣдующія для насъ здѣсь интересныя слова:

«tamen quia nihilum prodest ad poenam evitandam partem suam solvere...».

И затѣмъ еще слѣдующій параграфъ, fr. 25 § 14 D. eod., характерный потому, что заключаетъ сопоставленіе занимающаго насъ вопроса съ положеніемъ изъ области залогового права, о которомъ упоминается, какъ мы видѣли, и во fr. 85 § 6 D. cit. Такое сопоставленіе, разумѣется, весьма поучительно. Оно выясняетъ полную аналогію нашего правила изъ области неустойки съ извѣстнымъ предложеніемъ объ «*in-divisa pignoris causa*»: подобно тому какъ тамъ при частич-

---

D. cit. или, точнѣе, того покоившагося на этомъ отрывкѣ пандектнаго ученія, которое распространено было въ концѣ прошлаго столѣтія. См. Förster-Eccius назв. соч. I § 107 прим. 31, Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts III § 242 β ad 4.

ной неуплатѣ долга, обеспеченнаго залогомъ или залогомъ, залоговое право продолжаетъ существовать для остатка безъ всякаго измѣненія, точно также здѣсь рѣшительно вся неустойка можетъ быть взыскана уже тогда, когда только часть обязательства, укрѣпленнаго побочнымъ соглашеніемъ о пенѣ, оказалась невыполненной<sup>1)</sup>.

Но какъ объяснить fr. 9 § 1 D. cit.? На мой взглядъ, объясненіе слѣдуетъ находить въ томъ простомъ обстоятельстве, что дѣло идетъ о преторской стипуляціи, которая не подчинена абсолютно тѣмъ же правиламъ, какимъ подчинена стипуляція обыкновенная, совершенно свободно заключаемая сторонами. Не входя въ подробное обсужденіе вопроса, замѣчу только, что въ романистической литературѣ недостаточно, быть можетъ, считаются съ такими мѣстами, какъ

fr. 9 D. de stip. praetor. (46, 5). Venuleius libro primo stipulationum. In praetoriis stipulationibus si ambiguus sermo acciderit, praetoris erit interpretatio: eius enim mens aestimanda est.

или

fr. 52 pr. D. de V. O. (45, 1). Ulpianus libro septimo disputationum. In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant. enimvero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris qui eas proposuit....

<sup>1)</sup> Ср. еще fr. 5 §§ 3а, 4 D. de V. O (45, 1), а также fr. 13 § 2 i. f., § 5 D. de rebus dubiis (34, 5). Для обоснованія доказываемаго положенія, что неполное исполненіе не устраняетъ необходимости уплаты всей неустойочной суммы, ссылаются часто и на знакомый намъ fr. 47 D. de A. E. V. (19, 1). Такъ поступаютъ, напримѣръ, Windscheid Lehrb. II § 285 прим. 8, Дернбургъ Pand. II § 46 прим. 11, Р. Girard Manuel стр. 641. Ссылка эта, по моему мнѣнію, неправильна. Fr. 47 D. cit. содержитъ явное соглашеніе слѣдующаго содержанія: «ita ut, si non integras repraestaverit intra statuta tempora, poena conveniatur...», а, слѣдовательно, доказательнымъ въ интересующемъ насъ смыслѣ считаться не можетъ. — Въ той же неточности повинны, между прочимъ, и редакторы Остзейскаго Свода гражданскихъ узаконеній, который и здѣсь стоитъ на почвѣ римскаго права. (Въ ст. 3375 значитъ: «Если кто исполнитъ только часть дежавшаго на немъ по договору, то тѣмъ не менѣе онъ долженъ уплатить всю неустойку сполна, а не одну лишь долю ея по соразвѣрности»).

гдѣ съ необыкновенной ясностью говорится и настаивается, что при наличности преторской стипуляціи рѣшающимъ является толкованіе именно претора. Между тѣмъ это толкованіе, конечно, далеко не всегда совпадаетъ, не можетъ всегда совпадать съ намѣреніями и видами самихъ контрагентовъ и съ положеніями, призванными нормировать строго договорную стипуляцію. Чтобы убѣдиться въ необходимости на этотъ счетъ различій, довольно обратить вниманіе на тѣ цѣли, какія преслѣдовалъ преторъ при посредствѣ своихъ стипуляцій, и, главнымъ образомъ, на его стремленіе сломить этимъ путемъ упорство и неповиновеніе (*contumaciam*) тягущихся<sup>1)</sup>. Все это до такой степени естественно, что удивленіе, полагаю, должно бы вызываться какъ разъ обратнымъ явленіемъ, т. е. фактомъ тождественнаго обращенія съ стипуляціями обоихъ родовъ. Кто хотя съ нѣкоторымъ вниманіемъ читалъ титулъ *digesti si quis cautionibus* (2, 11), въ который входитъ и нашъ fr. 9 § 1 D. cit., для того не можетъ быть сомнѣнія въ справедливости указаннаго и защищаемаго мною взгляда. Уже второй по числу отрывокъ этого титула краснорѣчиво доказываетъ, что отношеніе къ вопросу римскихъ юристовъ здѣсь вовсе не то, какое наблюдается при добровольной неустойкѣ. Можно-ли въ самомъ дѣлѣ думать, что многочисленныя причины неявки и т. п., признаваемые со стороны претора уважительными и законными, хотя отчасти согласуются съ тѣмъ началомъ, которое лежитъ въ основаніи мѣсть, подобныхъ, напримѣръ, fr. 77 D. de V. O. (45, 1) или fr. ult. de naut. faen. (22, 2)?<sup>2)</sup>. Очевидно, нельзя. И, несомнѣнно, правъ,

<sup>1)</sup> Ср. Keller, *Der römische Civilprocess* § 77. — Что, далѣе, преторскія стипуляціи, несмотря на стипуляціонную свою форму, сближались съ *bonae fidei iudicia* (и вслѣдствіе того по необходимости приобрѣтали черты, чуждыя общей договорной стипуляціи). — фактъ точно также общеизвѣстный (ср. Savigny, *System V* прилож. XIX). Достигалось это, главнымъ образомъ, благодаря включенію въ стипуляцію такъ наз. *clausula de dolo*: «*dolumque malum (huic rei) abesse a futurumque esse*», которая имѣлась, если не во всѣхъ *cautiones*, то во всякомъ случаѣ, какъ безусловно доказано, въ громадномъ ихъ большинствѣ (см. Lenel, *Edictum* §§ 280 сл.).

<sup>2)</sup> Мы ниже возвратимся къ этимъ отрывкамъ.

слѣдовательно, Вольфъ, первый подчеркнувшій въ новое время все различіе между преторскими стипуляціями, съ одной, и стипуляціями о добровольной неустойкѣ, съ другой стороны <sup>1)</sup>. Напрасно только не вняли его голосу или не вняли, по крайней мѣрѣ, въ достаточной степени, несмотря на то, что опровергнуть его возрѣніе не удалось <sup>2)</sup>. Въ одномъ ученіи — ученіи о винѣ (*culpa*) при договорной пенѣ — взглядъ Вольфа оказался, впрочемъ, принятымъ, но другихъ выводовъ, вытекающихъ изъ того же названнаго различія, не сдумали усвоить. Въ частности ихъ не усвоили и не примѣнили и къ обезужденію занимающаго насъ теперь вопроса о дѣлимости или недѣлимости неустойки.

Послѣ изложеннаго нетрудно отнестись критически къ толкованію нашего fr. 9 § 1 D. cit., представленному нѣкоторыми (небезызвѣстными) писателями. Такъ, Уббелоде и другіе находятъ искомое объясненіе обнаруженнаго разногласія между этимъ отрывкомъ и другими въ томъ (нелишнемъ, впрочемъ, остроуміи) соображеніи, «что здѣсь только формально одно обязательство, а въ дѣйствительности столько отдѣльныхъ *cautiones in iudicio sistendi*, сколько нужно было доставить рабовъ». Другими словами, заявляетъ Уббелоде, матеріально вопросъ обстоитъ такъ, «какъ если бы на случай недоставленія каждаго раба была обшана только соразмѣрная часть всей неустойчной суммы» <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Въ трудѣ «Zur Lehre von der Mora» (1841) стр. 19 слл. Мысль, сама по себѣ, не можетъ считаться новою. Мы находимъ ее выраженною съ полной ясностью уже у de Retes'a въ назв. соч. § 26. Въ свою очередь, de Retes ссылается на Донелла. Тѣмъ не менѣе заслуга Вольфа безспорна: она состоитъ въ томъ, что онъ вновь возбудилъ вопросъ, обсудилъ и обосновалъ наблюдаемое въ источникахъ неодинаковое отношеніе къ двумъ намѣченнымъ категоріямъ стипуляцій, что доказалъ правильность ихъ раздѣльнаго разсмотрѣнія. Нѣкоторые намеки и данныя въ этомъ же направленіи встрѣчаются, впрочемъ, уже нѣсколько раньше у Унтергольднера, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen etc.* I § 123.

<sup>2)</sup> Ср., напримѣръ, Manns'a назв. соч. стр. 7 слл.

<sup>3)</sup> Ubbelohde, *Lehre von den untheilbaren Obligationen* стр. 129; ср. Holzschuher въ указ. мѣстѣ, Jäger назв. соч. стр. 41. Въ книгѣ Уббелоде приведены и другія попытки объяснить трактуемый фрагментъ. См. еще

Въ отвѣтъ цитированному автору мы должны будемъ сказать, что его толкованіе, съ одной стороны, едва-ли достаточно, а, съ другой, излишне, ненужно. Не достаточно оно потому, что не будь стипуляція въ данномъ случаѣ изъ числа преторскихъ, врядъ-ли бы (*rebus sic stantibus*) намѣченное намѣреніе, связанное съ общаніемъ, или матеріальное положеніе дѣла было принято въ расчетъ, а неминуемо послѣдовало бы присужденіе неисправнаго должника къ уплатѣ всей выговоренной суммы. Излишне же это толкованіе въ силу того соображенія, что при наличности преторской *cautio* частичное присужденіе вполнѣ понятно и помимо спеціальнаго, указаннаго Уббелоде направленія воли сторонъ<sup>1)</sup>. Недопустимымъ оно здѣсь могло бы, думается мнѣ, оказаться только по исключенію,—въ томъ развѣ случаѣ, если бы тѣ два, положимъ, раба, которыхъ необходимо было привести на судъ, составляли вмѣстѣ какую-нибудь одну цѣльную пару, причемъ каждый въ отдѣльности являлся бы или вовсе неимѣющимъ никакой цѣны, или относительно весьма малоцѣннымъ.

Отношеніе римскихъ юристовъ къ неустойкѣ и ея взысканію въ цѣломъ объемѣ при частичномъ только неисполненіи основнаго обязательства — вытекаетъ изъ внѣшней формы условія, въ которую облечена стипуляція о неустойкѣ. Мы здѣсь встрѣчаемся съ проявленіемъ значенія именно этой формы общанія пени—формы, соблазвившей, какъ уже было показано<sup>2)</sup>, нѣкоторыхъ писателей—того же Вольфа и другихъ—и приведшей ихъ къ смѣшенію чисто условной стипуляціи съ неустойчивой. Преувеличеніе или увлеченіе оказа-

Matthiae, *Kontroversenlexikon* I s. h. v. IV. — Ту же интерпретацію, что Уббелоде, даютъ въ сущности также Пернисъ (*Labeo* II, 2 изд. стр. 299 сл.) и Г. Крюгеръ (назв. соч. стр. 188 сл.). Послѣдній хорошо освѣщаетъ наше мѣсто съ точки зрѣнія классическаго права (основываясь отчасти на указаніяхъ Денеля), аргументируетъ въ частностяхъ помощью данныхъ изъ римскаго процесса и все-таки не догадывается, что разъясненіе трудности заключается именно въ преторскомъ характерѣ толкуемой стипуляціи.

<sup>1)</sup> Ср. еще *fr.* 32 § 2 *D. ad leg. Falc.* (35, 2).

<sup>2)</sup> См. выше стр. 17 сл.

лось вреднымъ и здѣсь. Но одна-другая норма изъ области нашего института дѣйствительно объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что *stipulatio pœnæ* была вмѣстѣ съ тѣмъ *stipulatio condicionalis*. Въ силу этого содержаніе или дѣйствіе главнаго обязательства должно было очутиться *in condicione*, а потому какъ бы становилось недѣлимымъ. Условіе могло либо исполниться, либо не исполниться. Средняго исхода, неисполненія частичнаго, не могло наступить при такихъ обстоятельствахъ, или, точнѣе, такой исходъ по своему значенію являлся абсолютно равносильнымъ неисполненію полному<sup>1)</sup>. Условіе (отрицательное) все-таки считалось осуществившимся, и притомъ въ полномъ своемъ объемѣ, какъ если бы должникъ не выполнилъ ровно ничего. Характерными мнѣ представляются въ этомъ отношеніи выраженія источниковъ — въ томъ же, напримѣръ, уже разобранномъ нами fr. 9 § 1 D. cit.: «*pœnam... integram committi, licet unus status non sit, ... quia verum sit omnes status non esse*» или въ fr. 23 pr. D. de recept. (4, 8): «*... quoniam semper verum est intra kalendas datum non esse*» (cf. fr. 90 de V. O.) и т. п.

Весьма понятно, что природа римской неустойки должна была, влѣдствіе сказаннаго, отличаться особенной силой и энергичностью, казаться «абсолютно принудительной», по удачному выраженію Перниса<sup>2)</sup>. «*Nec enim aliud in his stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui potest*», замѣчаетъ въ этомъ же смыслѣ Помпоній<sup>3)</sup>. Ничего—желаетъ онъ этимъ выразить — кромѣ безусловно полнаго удовлетворенія вѣрителя, не приѣмлется и въ счетъ не идетъ. Все прочее неизбежно влечетъ за собою обязанность уплатить всю пеню. Всякое другое регулированіе ответственности было бы сопряжено съ нарушеніемъ интересовъ вѣрителя.

Тою же формою стипуляціоннаго соглашенія о неустойкѣ объясняются, далѣе, еще и другія положенія, связанныя съ римской

<sup>1)</sup> Ср. fr. 23, 56 D. de cond. et dem. (35, 1) и затѣмъ еще разъ fr. 38 § 17 i. f. D. de V. O.

<sup>2)</sup> M. Antistius Labeo I стр. 371. Ср. Gruchot, Beiträge II стр. 140.

<sup>3)</sup> Fr. 5 § ult. i. f. de V. O. (45, 1).

*stipulatio poenae* <sup>1)</sup>. Такъ, форма является рѣшающей для вопроса о томъ, съ какого момента времени становится возможнымъ требованіе неустойки <sup>2)</sup>. Слѣдуетъ отвѣтить, что эта возможность наступаетъ уже въ моментъ нарушенія основного обязательства и, слѣдовательно, нисколько не обусловлена предварительнымъ напоминаніемъ должнику со стороны вѣрителя. Между тѣмъ такое напоминаніе оказалось бы, конечно, не обходимымъ, если бы не было дополнительнаго договора о неустойкѣ. Теперь же, бла-

<sup>1)</sup> Вопроса объ отвѣтственности по неустойчному обязательству при наследованіи (какъ на сторонѣ должника — важнѣйшій случай —, такъ и на сторонѣ кредитора) я не излагаю въ дальнѣйшемъ. Этому вопросу французскіе писатели (въ виду статей 1232 и 1233 Code'a, — а также толкователи аналогичныхъ нормъ кодексовъ, принадлежащихъ къ группѣ французскаго права; ср., напр., обстоятельную диссертацию голландца Schade van Westrum «Verbintenissen met strafbepaling» стр. 86 слл.) удѣляютъ особенное вниманіе (см. преимущественно Ж. Жирара назв. соч. стр. 59 слл., который сопоставляетъ всѣ относящіяся сюда — и отчасти противорѣчащія одно другому — изреченія римскихъ юристовъ). Для насъ, съ затронутой точки зрѣнія, совершенно достаточно отвѣтить, что данный вопросъ совпадаетъ съ вопросомъ (уже разсмотрѣннымъ выше) о частичномъ неисполненіи. Самъ-ли должникъ не совершилъ половины своего (укрѣпленнаго пенею) обязательства, или же одинъ изъ его двухъ наследниковъ не исполнилъ лежащей на немъ половины того же обязательства, или же, наконецъ, одинъ изъ двухъ наследниковъ вѣрителя не получилъ слѣдующей ему доли, — все равно: всюду наблюдается частичное нарушеніе обязательства, а потому всюду неустойка подлежитъ взысканію, и притомъ въ цѣломъ своемъ объемѣ. Допущеніе ея дѣлимости означало бы какъ въ первомъ, такъ и во второмъ, такъ, наконецъ, и въ третьемъ случаѣ, нарушеніе указаннаго начала, установленнаго для реализаціи условій, оно шло бы въ разрѣзъ съ характеромъ нераздѣльности условія. Оттого-то и мѣста, которыя приводились мною въ тебствѣ въ подтвержденіе необходимости уплаты всей неустойчной суммы (а не соответственной только части ея) при всякомъ нарушеніи договора, — могли заключать обсужденіе именно случаевъ долевого (*pro rata*) исполненія или неисполненія обязательства наследниками первоначальнаго контрагента.

<sup>2)</sup> Особенно выдвигаетъ это влияніе здѣсь Пухта (*Vorlesungen II* стр. 25): «Die Conventionalstrafe ist verfallen, die Forderung derselben entstanden, so wie die Bedingung existirt.... Dieser Grundsatz folgt aus dem Charakter eines Versprechens sub conditione».



годаря присоединенію этого договора, должникъ не въправѣ ожидать интерпелляціи, ибо пеня обѣщана подѣ известнымъ условіемъ, а это условіе, строго говоря, должно считаться исполненнымъ и помимо интерпелляціи. Оставляя въ сторонѣ (мало интересныя въ данномъ отношеніи) обязательства, направленныя на бездѣйствіе (и нарушенныя, очевидно, въ самый моментъ совершенія дѣйствія, запрещеннаго соглашеніемъ сторонъ),—укажу, что выраженное положеніе признается безспорнымъ для тѣхъ случаевъ, когда предѣ нами обязательство съ обозначеніемъ опредѣленнаго срока для его совершенія<sup>1)</sup>. Здѣсь рѣшительно никакой *admonitio* не требуется, въ то время какъ, повторю, она была бы нужна при отсутствіи неустойчиваго условія (я исхожу изъ отрицанія пареміи *«dies adiectus interpellat pro homine»* для чисто римскаго права). Но не менѣе справедливо, на мой взглядъ, то же самое положеніе и тогда, когда не назначено момента времени для осуществленія должникомъ выговореннаго отъ него дѣйствія. Это подтверждаютъ мѣста, знакомыя намъ еще по первому отдѣлу настоящаго изслѣдованія, какъ то: *fr. 115 § 2 D. de V. O. 45, 1, fr. 19 pr. D. quando dies leg. 36, 2* и *fr. 1 D. de penu leg. 33, 9* (за исключеніемъ развѣ *fr. 24 pr. D. quando dies leg.*). И тутъ, для полученія вѣрителемъ права взысканія пени, достаточно уже такъ наз. объективной пога со стороны должника, вмѣсто обычной субъективной (или пога въ тѣсномъ смыслѣ), предполагающей непременно напоминаніе<sup>2)</sup>.

Еще одно, значительно болѣе важное, послѣдствіе вишняго вида, придаваемого договору о неустойкѣ, заключается въ слѣдующемъ. Требуется-ли, или не требуется вина на сторонѣ должника, для того чтобы вѣритель могъ произвести взысканіе условленной пени? Вообще этотъ моментъ, естественно, вовсе не безразличенъ. При обязательствѣ, не обезпеченномъ добавочнымъ неустойчивымъ соглашеніемъ, должникъ, какъ из-

<sup>1)</sup> *Fr. 23 D. de O. et A. 44, 7, c. 12 C. de contr. et comm. stip. 8, 37 (38).*

<sup>2)</sup> Ср. Видштейда *Lehrb. II § 285 прим. 3 и 4* и приведенныхъ у него писателей, а также *Neuhaus'a, Die Conventionalstrafe стр. 24 слл.* Нѣсколько иного мнѣнія *Дербурга Pand. II § 46 прим. 7 слл.*

вѣстно, не отвѣчаетъ безъ вины, при наличности только простого случая или *casus*'а. Но иначе обстояло дѣло въ древнемъ Римѣ, когда приходило обѣщаніе неустойки. Тогда вступало въ силу упомянутое начало изъ области исполненія условій, тогда получала вліяніе одна лишь буква стипуляціи, принимался въ расчетъ приблизительно одинъ только голый фактъ наступленія или ненаступленія желаннаго порядка вещей. Что это такъ, неоспоримо доказываютъ три извѣстныхъ мѣста—fr. 77 D. de V. O. (45, 1), fr. ult. D. de naut. faen. 22, 2 и fr. 22 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2 —, въ которыхъ не можетъ быть рѣчи о какой бы то ни было *culpa* со стороны лица отвѣтственнаго, а тѣмъ не менѣе допущено присужденіе неустойки. Въ первыхъ двухъ отрывкахъ дѣло прямо очевидно: ко дню уплаты долга должника уже нѣтъ въ живыхъ, а наслѣдникъ еще не успѣлъ принять наслѣдство, — и тѣмъ не менѣе роена признается *commissa* при невнесеніи въ этотъ же день слѣдующихъ денегъ. Въ третьемъ фрагментѣ *species facti* нѣсколько сложнѣе, но и она, несомнѣнно, подтверждаетъ сказанное. Лицо *A* обѣщало лицу *B* передать ему раба Стиха, подъ страхомъ неустойки въ случаѣ неисполненія своего обѣщанія. Вслѣдъ затѣмъ Стиха убиваетъ третье лицо *C*. Юристъ (Павель) рѣшаетъ: «*utilitas venit in hoc iudicium*». Это значитъ: *A*, взыскивая посредствомъ *actio legis Aquiliae* убытки, причиненные ему убіеніемъ раба, включить въ сумму взысканія съ *C* также и тотъ минусъ, тотъ ущербъ, который онъ, *A*, испыталъ, ощутившись въ необходимости уплатить неустойку лицу *B*. Эту неустойку *A*, стало быть, уплатилъ. Но уплатилъ онъ ее, очевидно, безъ всякой своей вины, ибо къ умерщвленію раба онъ непричастенъ: въ умерщвленіи всецѣло виноватъ *C*. При неисполненіи главнаго обязательства, направленаго на традицію Стиха, его, лица *A*, вины, слѣдовательно, вовсе не было, а пеня, между тѣмъ, все-таки была взыскана. Отсюда весьма нетрудно, разумѣется, вывести принципъ, руководившій римскими юристами въ занимающемъ насъ вопросѣ<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Что въ аналогичныхъ же случаяхъ, но безъ включенія пени, римскіе юристы постановляютъ рѣшеніе совершенно отличное отъ сейчасъ разсмотрѣннаго, видно изъ fr. 18 § 5 D. de dolo malo 4,3 и fr. 13

Открытие этого принципа принадлежит, главным образом, уже не раз названному мною Вольфу<sup>1)</sup>, доказавшему, что въ наших источникахъ culpa должника не является обязательнымъ реквизитомъ для права взысканія съ него пени. До Вольфа держались обратнаго ученія, безусловно господствовавшего въ то время. Въ этомъ отношеніи довольно будетъ назвать Lauterbach'a или еще Jäger'a, которые въ своихъ работахъ, посвященныхъ нашему институту, даже вносятъ моментъ вины въ самое опредѣленіе неустойки<sup>2)</sup>. Неудивительно, между прочимъ, что при такой постановкѣ дѣла романисты и цивилисты еще почти всей первой половины текущаго столѣтія нерѣдко впадаютъ въ самый искусственный тонъ при объясненіи данной стороны изслѣдуемаго предмета: желаніе согла-

§ 12 D. de A. E. V. 19, 1. — Въ дополненіе къ fr. 22 pr. D. cit. я упомяну еще объ одномъ мѣстѣ, которое мало извѣстно и цитируется лишь крайне рѣдко, несмотря на то, что оно въ ближайшей связи съ тѣмъ же вопросомъ о culpa при неустойчивомъ соглашеніи. Я имѣю виду

fr. 68 (67) § 1 D. de furtis (47, 2). Celsus libro duodecimo digestorum Si tibi subreptum est, quod nisi die certa dedisses, poenam promisisti, ideoque sufferre eam necesse fuit, furti actione hoc quoque coestimabitur.

Быть можетъ, этотъ отрывокъ потому игнорировался писателями, что они никакъ не предполагали найти въ *libri terribiles* случай договорной роена. Ср., впрочемъ, справедливыя замѣчанія Петражицкаго (Bona fides въ гражд. правѣ стр. 105 сл.) насчетъ приѣмовъ собранія матеріала, содержащагося въ *Corpus* Juris.

Наоборотъ, не идетъ къ дѣлу злополучный fr. 69 D. de V. O (45, 1) Ульпіана, въ которомъ говорится о первоначальной (tempore promissionis) невозможности исполнить обѣщанное главное дѣйствіе. Отсылаю къ толкованію этого мѣста въ назв. соч. Бертолини стр. 51 сл. и въ специальной работѣ о значеніи момента вины, когда выговорена пеня, Манна («Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten?») стр. 16 сл.

<sup>1)</sup> Все въ томъ же трудѣ «Z. L. v. d. Mora» стр. 38 сл., въ которомъ авторъ, параллельно съ намѣченными уже крайностями, изрекъ много истинъ специально по адресу изслѣдуемаго института неустойки (ср. выше стр. 282 сл.).

<sup>2)</sup> Lauterbach назв. дисс. § 3 («... res, ad coercendum promissorem, qui promissum sua culpa non implet, promissa»), ср. Jäger назв. соч. стр. 10.

совать во что бы то ни стало свое учение и свои положенія съ рѣшеніями римскихъ классиковъ въ дигестахъ неизбѣжно приводило ихъ къ натяжкамъ и несообразностямъ <sup>1)</sup>.

Какое можно вывести изъ сказаннаго поученіе въ примѣненіи къ современному праву? Интересно-ли и съ этой точки зрѣнія раскрытіе мотивовъ, диктовавшихъ римскимъ юристамъ ихъ рѣшенія по вопросамъ о судьбѣ неустойки при неполномъ исполненіи основного обязательства, далѣе, о необходимости на поминанія и важности момента вины при наличности укрѣпленной пенею *obligatio*? — На мой взглядъ, несомнѣнно. Обнаруженіе началъ, лежащихъ въ основѣ соответственныхъ отрывковъ дигестъ, не можетъ не убѣдить самымъ нагляднымъ образомъ, что эти начала въ настоящее время и для настоящаго права нисколько не обязательны, — мало того: не пригодны. Въ самомъ дѣлѣ: мы видимъ, что здѣсь, какъ и въ другихъ уже знакомыхъ намъ вопросахъ изъ области нашего института <sup>2)</sup>, классики руководились при толкованіи договора его буквою, исходили изъ строгихъ началъ, прилагаемыхъ къ обсужденію условія при стипуляціи, этой сдѣлкѣ *stricti iuris*, — словомъ, придавали серіознѣйшее значеніе сторонъ формальной, чуть-ли не отдавая ей преимущество предъ стороною другой — матеріальной. Что эти моменты и соображенія въ нынѣшнемъ правѣ должны всецѣло отойти на задній планъ или, лучше, совершенно утратить всякій вѣсъ, — понятно и безъ поясненій.

Но могутъ сказать: пусть мотивы, въ данномъ случаѣ приводившіе римлянъ къ ихъ выводамъ, въ наше время лишены значенія, — но (по исключенію!) результаты, къ которымъ они здѣсь пришли, тѣмъ не менѣе заслуживаютъ еще и теперь полнаго вниманія, признанія и сохраненія. И по настоящій еще день эти конечные выводы не утратили все-таки своего смысла и въ состояніи сослужить полезную

<sup>1)</sup> Сравнительно новую (и, естественно, неудачную) попытку въ этомъ же направленіи дѣлаетъ *Madeyski* въ указ. статьѣ § 3.

<sup>2)</sup> См. выше § 14.

службу, даромъ, что вызваны соображеніями, уже отжившими свой вѣкъ. На такой именно почвѣ стоитъ, повидимому, Іерингъ. Бывъ призванъ дать свое заключеніе въ громкомъ процессѣ, возникшемъ, съ одной стороны, между обществомъ по осуществленію Сень-Готардскаго желѣзнодорожнаго пути, а, съ другой, извѣстнымъ инженеромъ Фавромъ, взявшимъ на себя прорытіе туннеля чрезъ Готардъ, — Іерингъ, нисколько не колеблясь, сталъ на сторону общества, доказывая, что никакой случай (casus) не въ состояніи освободить Фавра отъ обязанности уплатить условленную неустойку, разъ онъ не выполнилъ временно возложенныхъ на него по договору работъ<sup>1)</sup>. При этомъ Іерингъ, со свойственнымъ ему талантомъ, но и обычнымъ вмѣстѣ съ тѣмъ увлеченіемъ, проводитъ принципъ абсолютной всякій разъ, безъ какихъ бы то ни было ограниченій, ответственности должника, связавшаго себя неустойчнымъ обѣщаніемъ, — ответственности и въ современномъ, настаиваю, правѣ. На юридическомъ языкѣ, заявляетъ Іерингъ, этотъ принципъ гласить: «Der Promittent übernimmt das Periculum oder den Casus der Leistung». Доказывая свое положеніе, Іерингъ утверждаетъ, что принятіе на себя должникомъ страха въ этихъ, болѣе чѣмъ широкихъ, границахъ имѣетъ притомъ «разумное основаніе» («einen rationellen Grund»), независимое отъ того обстоятельства, что положеніе встрѣчается въ римскомъ правѣ, что оно создано Лабеолами, Павлами и т. д. Пусть, предполагаетъ Іерингъ, должникъ не подвергается указанной ответственности, — что тогда произойдетъ? А произойдетъ, рѣшаетъ онъ, то, что «неустойка окажется лишенной почти всякаго жизненнаго значенія», что принадлежащая ей «функція обезпеченія вѣрителя совершенно утратится», что правомѣрные интересы оборота подвергнутся чрезвычайной опасности<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Относительно фактической стороны этого высоко интереснаго судебного спора см. Regelsberger, Rechtsgutachten in Sachen des Herrn Louis Favre in Genf gegen die Gotthardeisenbahn-Gesellschaft wegen Sicherheitsleistung (Zürich 1878) стр. 3 сл., а также O. Bähr, Gutachten etc. (появившійся въ печати вмѣстѣ съ «заключеніемъ» Іеринга) стр. 22 сл. и въ особенности стр. 37 сл.

<sup>2)</sup> См. Rechtsgutachten стр. 6 сл. — «Ich hoffe den Nachweis liefern zu können, dass diese Gestaltung der Sache, so sehr sie durch den Schein

А потому, учить Герингъ : необходимо, чтобы въ дѣлѣ присужденія неустойки господствовала настоящая «неумолимость» («Unerbittlichkeit»): всякое иное, или «снисходительное», по выраженію Геринга, отношеніе къ дѣлу со стороны судьи «равнословно ослабленію не только практическаго значенія неустойки, но и психологическаго ея воздѣйствія на должника». Судья, который сталъ бы принимать въ расчетъ случай, тѣмъ самымъ сталъ бы вторгаться въ правовую сферу вѣрителя, — мало того: онъ «совершалъ бы грабежъ по адресу лица, выговорившаго себѣ пеню» («würde damit einen Raub gegen den Besteller begehen»), посягалъ бы на прочность «одного изъ драгоценнѣйшихъ институтовъ жизни и оборота», причинялъ бы «безъ всякаго для себя оправданія» («in unverantwortlicher Weise») всеобщій вредъ», и т. д. и т. д.<sup>1)</sup>

Не думаю, чтобы должно или только можно было согласиться съ этой проповѣдью безпощадной строгости къ отвѣтчику, экономически нерѣдко значительно болѣе слабому, нежели его контрагентъ, — и чтобы при регулированіи нашего института было обязательно или желательно слѣдовать тому рѣзко практическому направленію, какое слышится во всемъ разсужденіи знаменитаго Геттингенскаго романиста.

Выдающіеся юристы, даже оставаясь на почвѣ пандектнаго права, далеки отъ крайностей, въ которыя впалъ Герингъ. Не иной кто, какъ Виндшайдъ, пишетъ: «Wird dem Schuldner die Erfüllung ohne seine Schuld unmöglich, so ist er nach der Absicht der Parteien im Zweifel auch von der Strafe frei» и обосновываетъ этотъ свой взглядъ слѣдующимъ весьма справедливымъ соображеніемъ: «Es darf im Zweifel nicht angenommen werden, dass die Parteien durch die Strafstipulation die Verbindlichkeit dem Einfluss gesetzlich anerkannter Aufhebungs-

---

der Billigkeit den Unkundigen bestechen mag, die berechtigten Interessen des Verkehrs in äusserster Weise gefährden, die Konventionalpön ihres praktischen Werthes nahezu berauben würde. — Damit würde die... Versicherungsfunktion der Konventionalpön, wie ich sie genannt habe, welche zum Zweck hat, dem Promittenten die Gefahr aufzubürden und den Promissar völlig sicher zu stellen, gänzlich beseitigt sein». (ср. 8).

<sup>1)</sup> Тамъ же стр. 9 слл.

gründe haben entziehen wollen»<sup>1)</sup>. Правда, въ послѣдующемъ изложеніи Виндшейдъ отступаетъ отъ выставленнаго имъ же начала, не проводитъ его съ полной послѣдовательностью, — но самое начало имъ во всякомъ случаѣ правильно понято и подчеркнуто, — въ разрѣзъ съ принципомъ и мнѣніемъ Геринга. Еще дальше по тому же пути идетъ, какъ и слѣдовало ожидать, Дернбургъ. Виндшейдъ не считается съ моментомъ вины при наличности неустойки, условленной на случай опозданія, призванной, стало быть, обеспечивать своевременность исполненія по главному обязательству. Дернбургъ и въ этомъ уже видитъ чрезмѣрную суровость. Въ качествѣ примѣра имъ приводится случай, когда заводчикъ обязывается поставить къ опредѣленному сроку нѣкоторое количество машинъ, но затѣмъ нарушаетъ это свое обязательство по причинамъ чрезвычайнымъ, вслѣдствіе непреодолимой силы, вслѣдствіе того, положимъ, что объявлена война или вспыхнуло возстаніе и оказались отрѣзанными всѣ пути сообщенія. Здѣсь, рѣшаетъ Дернбургъ, заводчика нельзя присудить къ уплатѣ неустойки: подобное присужденіе не согласовалось бы ни съ существомъ пени, ни съ вѣроятнымъ намѣреніемъ контрагентовъ. Самый принципъ у Дернбурга получается такой: неустойка, говоритъ онъ намъ, не подлежитъ взысканію, если неисполненіе вызвано причинами, которыя лежатъ внѣ лица должника (*«die ausserhalb des Schuldners und seiner Person liegen.»*)<sup>2)</sup>. Этою формулой Берлинскій юристъ думаетъ хотя отчасти примирить желательную постановку дѣла съ завѣщанными и уже знакомыми намъ изреченіями римскихъ классиковъ. *«So weit»*, добавляетъ онъ прямо, *«ging (чрезвычайно характерный переходъ къ изложенію историческому!) man dagegen nicht, dass man die Strafe von der Verschuldung des Schuldners abhängig machte»*.

Мы вправдѣ быть откровеннѣе. Съ точки зрѣнія общей теоріи гражданскаго права и *de lege ferenda*, намъ во всякомъ случаѣ нѣтъ надобности заниматься придумываніемъ тончайшихъ разграниченій и замысловатыхъ редакцій отдѣльныхъ положеній, съ цѣлью из-

<sup>1)</sup> Lehrb. II § 285 п. 3 и прим. 9.

<sup>2)</sup> Pand. II § 46 п. 2 и прим. 5 и 6. Ср. Wendt'a, Lehrb. § 73 i. f.

бѣжать открытой коллизіи съ мѣстами въ *Corpus'ъ Juris*. Мы вправѣ и обязаны сказать, что договоръ, заключенный подъ угрозою неустойки, есть тотъ же договоръ гражданскаго права, неисполненіе котораго, по общему правилу и за сравнительно рѣдкими исключеніями (хорошо извѣстными и находящими свое объясненіе въ основаніяхъ въ значительной степени публично-правового, отчасти даже полицейскаго характера)<sup>1)</sup>, — только тогда влечетъ за собою взысканіе съ должника, когда оно ему можетъ быть вмѣнено, когда, другими словами, оно произошло по его винѣ, когда налицо элементъ виновности. Не вижу причины, почему бы предопредѣленіе вѣрителемъ въ свою пользу цыфры вознагражденія за вредъ и убытки (а что въ общемъ именно такъ юридическій взглядъ на неустойку, надѣюсь, показано) должно измѣнять основныя условія отвѣтственности по нарушенію договора. Неустойка только опредѣляетъ размѣръ или величину интереса: меньше этого установленнаго сторонами размѣра судья (въ обычномъ порядкѣ) присудить не вправѣ, хотя бы дѣйствительный ущербъ, причиненный вѣрителю, и былъ меньше (или хотя бы его, можетъ быть, и вовсе не было). Но такое присужденіе должно имѣть мѣсто когда? всегда-ли?—Нѣтъ, а, естественно, только тогда, когда налицо общія предположенія, требуемыя для присужденія за нарушеніе обязательства, и въ томъ числѣ и прежде всего какая-либо culpa на сторонѣ должника. Съ этой стороны, стало быть, договоръ съ неустойкой ничѣмъ не долженъ отличаться отъ договора безъ нея: все остается въ томъ же положеніи, какъ если бы никакой предварительной таксаціи интереса не послѣдовало. Мнѣ, пожалуй, возражать: но, вѣдь, неустойка является вмѣстѣ съ тѣмъ и средствомъ укрѣпленія обязательства. Безспорно, отвѣчу я, но этой ея функціи я и не упускаю нисколько изъ виду. И помимо отвѣтственности безъ вины, неустойчивое соглашеніе создаетъ для должника совершенно достаточный психологическій стимулъ исполнить свой обязательственный долгъ — стимулъ настолько притомъ серьезный, что въ немъ нельзя не на-

<sup>1)</sup> Ср. въ новѣйшее время Unger'a, *Handeln auf eigene Gefahr*. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz, 2 изд. стр. 1 слл., 128 слл.



ходить весьма и весьма существеннаго укрѣпленія обязательства и въ частности договора. На моменты, создающіе подобное желательное побужденіе или *compelle*, мною неоднократно уже указывалось, вѣдѣствіе чего я не стану здѣсь повторять ихъ вновь, а позволю себѣ отослать читателя къ предыдущему изложенію <sup>1)</sup>).

Не могу не упомянуть еще только объ одномъ. Развивая свое положеніе о несущественности момента вины при наличности неустойчнаго соглашенія, Іерингъ заявляетъ: «Für den Juristen bedarf dies nicht der Begründung; für ihn reicht die blossе Bezugnahme auf die bekannte Theorie der Konventionäl-pön aus, wie sie von den römischen Juristen in richtiger Erkenntniss (?) des obwaltenden Verhältnisses entwickelt und von allen neueren Gesetzgebungen, soweit mir bekannt ist, angenommen worden ist». Последнее утверждение всего удивительнѣе. Оно прямо поражаетъ <sup>2)</sup>. Какъ Іерингъ могъ написать подчеркнутыя мною строки, для меня непостижимо. Неужели же онъ не зналъ, что въ огромномъ большинствѣ новыхъ законодательствъ вопросъ обстоитъ какъ разъ обратно тому, что устанавливало въ данномъ отношеніи римское право и что имъ, Іерингомъ, считается непреложной и вѣчной истиной? Его утверженіе ошибочно, безъ всякаго сомнѣнія, для

<sup>1)</sup> См. выше, главнымъ образомъ, стр. 248 сл.

<sup>2)</sup> Въ особенности когда, вдобавокъ, читаешь въ концѣ даннаго Іерингомъ заключенія (стр. 20 сл.): «Ich übernehme für alle Ansichten, die ich in dieser Angelegenheit ausgesprochen habe, vor den Richtern und dem grösseren Publikum mit meinem Namen die Verantwortung... Mögen Sie die Gesichtspunkte, welche ich angab, als Advocat in der Sache verwerthen, ich meinerseits mag und darf keine Ansichten aussprechen, denen der Vorwurf einer sachlich nicht bis in's Kleinste und Einzelste gehenden Begründung gemacht werden kann. In Bezug auf die Fragen, welche ich im Vorstehenden beantwortet habe, habe ich diesen Vorwurf nicht zu befürchten (??)... Die Rechtsgrundsätze, welche bei denselben zur Anwendung gelangten, waren so allbekannte und feststehende, das der durch meine gegenwärtigen Verhältnisse (время было лѣтнее, и Іерингъ, по несчастію, писалъ свой «Rechtsgutachten» въ горахъ Гарца) herbeigeführte Mangel literarischer Hilfsmittel dabei nicht in Betracht kam.»

французскаго<sup>1)</sup>, для австрійскаго<sup>2)</sup> и для саксонскаго<sup>3)</sup> права, ошибочно, по всей вѣроятности, и по адресу прусскаго права<sup>4)</sup>. Такъ на дѣло смотрятъ все или почти все комментаторы названныхъ кодексовъ, а равнымъ образомъ судебная практика, — нисколько при этомъ не вступая въ коллизію ни съ буквою, ни со смысломъ или духомъ закона<sup>5)</sup>.

Но этого мало. Герингъ игнорируетъ даже разность мнѣній на почвѣ самаго пандектнаго права, довольствуясь тѣмъ, что приводитъ взглядъ Савиньи, по которому въ римскомъ правѣ въ интересующемъ насъ здѣсь отношеніи должно отличать *stricti iuris negotia* отъ *negotia bonaе fidei*: при первыхъ, училъ Савиньи, *culpa*, дѣйствительно, не служитъ непремѣннымъ рекузитомъ для права взысканія пени съ должника, — напротивъ того, при вторыхъ, какъ и при претор-

<sup>1)</sup> Code ст. 1229 въ соединеніи со ст. 1147 сл., ср. Demolombe, Cours XXVI №№ 676 сл. и Laurent, Principes XVII № 440. Ср. еще италянскій Codice art. 1212 въ связи съ art. 1225 сл.

<sup>2)</sup> Ср. Randa назв. соч. стр. 33, Hasenöhrl назв. соч. I § 41 п. 2 и Schey, Das allg. bürgerl. Gesetzbuch прим. 4 къ § 1336.

<sup>3)</sup> Sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 1432 въ связи съ § 738. Ср. комментарий Siebenhaar - Pöschmann'a примѣч. къ § 1432.

<sup>4)</sup> См. Дернбурга, Lehrb. des Preuss. Privatrechts II § 39 п. 3.

<sup>5)</sup> Ср. еще Цюрихское гражд. уложение § 972 (иначе, какъ уже указывалось выше стр. 226, Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ ст. 180 сл.). И законопроекты точно также не подтверждаютъ заявленія Геринга: см., напримѣръ, Дрезденскій проектъ ст. 128. Въ мотивахъ къ Баварскому проекту 1861—62 г. (стр. 69) высказывается та мысль, что моментъ вины дотога естественный рекузитъ для права требованія неустойки, что о немъ даже незначѣмъ особо упоминать въ законѣ (см. Lang, Bayrisch. Entw. II стр. 36). Отмѣчу еще, что и проектъ нашего Остзейскаго Свода выставлялъ требованіе *culpaе* при неустойномъ договорѣ: Entwurf 1860—62 г. ст. 3821 (b) («Ist aber die Erfüllung ohne sein [des Verpflichteten] Verschulden unmöglich geworden, so ist er von seiner Verbindlichkeit vollständig befreit»), съ ссылкой на l. 69 D. de V. O. Правда, впоследствии это требованіе было опущено (Остзейск. Сводъ III ст. 3373), — очевидно, въ видахъ согласованія нормы съ болѣе правильно понятнымъ римскимъ правомъ. См. еще ст. 3322 и затѣмъ рѣшенія въ сборникѣ Zwingmann'a III № 360, VI № 1218 и VII № 1327, но также IV № 555).

скихъ стипуляціяхъ, моментъ вины долженъ считаться обязательнымъ. «Этотъ послѣдній взглядъ», добавляетъ Савиньи: «одинъ только и можетъ имѣть значеніе для современнаго права, такъ что для насъ договорная неустойка умѣстна только по отношенію къ тѣмъ должникамъ, которымъ можетъ быть вмѣнено неисполненіе договора»<sup>1)</sup>. Иерингъ это ученіе считаетъ превратнымъ и непонятнымъ и замѣчаетъ, что оно основательно вызвало общій протестъ<sup>2)</sup>. Но онъ снова неправъ: въ его словахъ прежде всего неточность формальная или, лучше, фактическая<sup>3)</sup>, а затѣмъ и ошибка внутренняя, по существу, ибо мнѣнію Савиньи нельзя отказать ни въ справедливости, ни въ цѣлесообразности.

Не будемъ по этому поводу вдаваться въ изслѣдованіе или споръ о томъ, насколько въ занимающемъ насъ вопросѣ является неизбѣжнымъ или необходимымъ перенесеніе въ право пандектное чисто римскихъ положеній и примѣненіе ихъ здѣсь, на почвѣ *gemeines Recht*. (По моему убѣжденію, подобную необходимость едва-ли, впрочемъ, можно усмотрѣть, — если имѣть ввиду, что римскія положенія вытекли изъ толкованія условной стипуляціи). Этому спору черезъ какой-нибудь годъ суждено было бы обратиться въ пустую *Doctorfrage*. Не будемъ точно также доискиваться, не было-ли и въ самомъ дѣлѣ уже во времена классической юриспруденціи (и внѣ круга преторскихъ стипуляцій) какихъ-нибудь единичныхъ, исключительныхъ рѣшеній, допускавшихъ отступленіе отъ строгаго начала, принятаго въ *fr. 77 de V. O.*, въ *fr. ult. de nau. faen.* и т. д.,<sup>4)</sup> или, по крайней мѣрѣ, по попытокъ въ этомъ направленіи. Гораздо важнѣе, что при созданіи новаго германскаго уложенія никто не сталъ на почву Иеринга, и что нари-

<sup>1)</sup> Назв. соч. II стр. 281 (русск. перев. стр. 544).

<sup>2)</sup> Тамъ же стр. 6 сл.

<sup>3)</sup> Ср. сопоставленіе взглядовъ у Маппа въ назв. соч. стр. 2 слл.

<sup>4)</sup> Такихъ рѣшеній, замѣтимъ мимоходомъ, нельзя видѣть ни въ *fr. 10 § 1 i. f. D. de lege Rhodia 14, 2* (приводимомъ подчасъ въ этомъ именно смыслѣ, Ж. Жираръ стр. 38), ни въ *fr. 54 § 1 D. loc. cond. 19, 2*, ни, наконецъ, въ *fr. 122 § 3 D. de V. O. (45, 1)*. У Савиньи (I. с. примѣч. s) всѣ ссылки относятся къ *stipulationes praetoriae*.

сованные имъ ужасы, неминуемо, будто бы, сопряженные съ принятіемъ въ расчетъ отсутствія вины на сторонѣ должника, обязавшагося подъ угрозою неустойки, — что эти ужасы никого рѣшительно не устранили. Всѣ комиссія, напротивъ того, съ рѣдкимъ единодушіемъ признали желательность нормы, по которой должникъ, не виновный въ нарушеніи обязательства и могущій доказать эту свою невиновность, не подвергается взысканію неустойки<sup>1)</sup>. Редакторы, та-

<sup>1)</sup> См. въ первомъ проектѣ § 422 въ связи съ § 246, во второмъ § 291 и § 241, въ третьемъ § 333 (334) вмѣстѣ съ § 279 и, наконецъ, въ самомъ кодексѣ § 339 въ связи съ § 285. Ср. къ этому еще Motive II стр. 278.

Небезынтересно отмѣтить еще слѣдующее. Все сказанное въ текстѣ относится къ важнѣйшему случаю, когда должникъ обязался къ дѣйствию положительному (таковъ былъ и случай, подлежащій разсмотрѣнію Іеринга). Наоборотъ, когда должникъ, подъ страхомъ неустойки, обѣщаетъ не совершать чего нибудь, тогда commissio роенае обыкновенно связывается уже съ фактомъ совершенія запрещеннаго по договору дѣйствія — безъ дальнѣйшаго. Такъ, по крайней мѣрѣ, дѣло обстоитъ въ большинствѣ современныхъ и уже поименованныхъ законодательствъ (см. выше, причемъ ссылку относительно Code'a слѣдуетъ дополнить еще ст. 1145), такъ оно нормировано и въ общегерманскомъ BGB. Но въ комиссію по выработкѣ второго проекта было внесено предложеніе распространить правило о признааніи значенія за моментомъ вины и на тотъ случай, когда неустойчное обѣщаніе призвано обезпечить обязательство, направленное на бездѣйствіе или, лучше, воздержаніе отъ дѣйствія. При этомъ указывалось, что нѣтъ внутренней причины различно относиться въ интересующемъ насъ отношеніи къ obligationes faciendi, съ одной, и non faciendi, съ другой стороны. А между тѣмъ, прибавлялось, трактуемое отступленіе отъ общаго начала можетъ повести къ несправедливости, въ особенности по адресу наследника, который весьма часто можетъ и не знать о томъ укрѣпленномъ неустойкою обязательствѣ не предпринимать чего-либо, которое взялъ на себя его наследодатель. Подобныя несправедливости — заявлялось наконецъ — тѣмъ менѣе желательны, что современное правовое развитіе идетъ, безспорно, въ направленіи смягченія суровости, происходящей для должника отъ неустойчнаго соглашенія. — Но комиссія означенное предложеніе отвергла. Большинство полагало, что различіе между однимъ и другимъ видомъ обязательствъ все-таки имѣется и въ разсматриваемомъ отношеніи. Въ одномъ случаѣ — мотивировали это утверженіе — при дѣйствіяхъ положительныхъ, еще только пред-

кимъ образомъ (а вѣдѣ за ними и законодатель), согласились именно съ Савиньи, — и, прибавимъ, не только они. Въ отличіе отъ огромнѣйшаго числа другихъ положеній, заключавшихся въ проектахъ германскаго гражданскаго кодекса и сопровождавшихся критикой, нерѣдко весьма рѣзкой, въ томъ числѣ и такихъ, которые относились къ области изслѣдуемаго нами института, — да и н о е какъ разъ положеніе о значеніи *culpa* при неустойчномъ соглашеніи не только не вызвало (насколько мнѣ извѣстно) серьезнаго порицанія, но даже заслужило всеобщее и открытое признаніе. Назову только Густава Гартмана, юриста, несомнѣнно, чуткаго къ запросамъ правовой жизни<sup>1)</sup>.

Остается добавить, что и по остальнымъ вопросамъ изъ нашей области, разрѣшавшимся въ римскомъ правѣ въ зависимости отъ толкованія неустойчной стипуляціи въ формѣ условія, — по моему мнѣнію (если отпираться отъ намѣченныхъ соображеній), нѣтъ основанія держаться римскихъ образцовъ. А вѣдѣтвіе того я не вижу причины, почему бы въ современномъ правѣ не выставлятъ непремѣннымъ реквизитомъ для *commissio* роснае также и напоминаніе должнику объ исполненіи, — поскольку такое напоминаніе законодателя вообще требуется. Такъ посмотрѣли на дѣло, между прочимъ, и новѣйшіе кодексы нашего времени — прусскій Ландрехтъ въ I, 5 § 305, французскій Code въ ст. 1230 (=италианск. Codice ст. 1213),

стоитъ переходъ чужаго добра въ имущество вѣрителя; наоборотъ, въ другомъ, при обязательствахъ по *op facienda*, вѣритель все требуемое уже имѣетъ въ своемъ имуществѣ и только желаетъ обезопасить себя отъ могущаго произойти нарушенія этого уже наличнаго порядка вещей. Въ первомъ, молъ, случаѣ предполагается дѣйствіе должника, который при такихъ условіяхъ, буде не оказывается *in mora*, подлежитъ извиненію; во второмъ, съ точки зрѣнія интереса вѣрителя, довольно безразлично, виновенъ-ли должникъ, или нѣтъ, а потому здѣсь несправедливо допускать причиненіе ущерба первому, т. е. вѣрителю, вопреки договору. Сдѣланное предложеніе, говорилось еще, несогласно и съ правовымъ чувствомъ народа, а равнымъ образомъ и съ повлітiami оборота, такъ какъ-де въ оборотѣ предполагается, что при обязательствѣ, заключающемся въ воздержаніи отъ дѣйствія, обычное намѣреніе сторонъ таково, что должникъ принимаетъ на себя вѣвѣстную гарантію. См. Protokolle I стр. 779 сл.

<sup>1)</sup> См. уже указанную статью его въ Jahrbbb. Ihering's LXXIII стр. 380.

австрийскій въ § 1336, саксонскій въ § 1432 и общегерманское уложение въ § 339, — связывающіе право на взысканіе пени съ просрочкой (въ техническомъ смыслѣ слова) со стороны должника. Изъ нихъ французскій кодексъ, требующій для наличности пога напоминаніе («interpellation», «sommation», art. 1139) даже въ случаѣ обязательства съ назначеніемъ опредѣленнаго срока для исполненія, — признаетъ ту же необходимость и при договорѣ, укрѣпленномъ неустойкою<sup>1)</sup>. Другіе, не исключая и итальянскаго кодекса въ ст. 1223 (какъ усвоившіе правило: *dies interpellat pro homine*), ограничиваются требованіемъ интерпелляціи въ случаяхъ безъ обозначенія точнаго времени для выполненія обязательства<sup>2)</sup>.

Равнымъ образомъ, едва-ли, думается, обязательно для современнаго судьи присуждать неустойчивую сумму при неисполненіи должникомъ только части требуемаго дѣйствія. Изъ комментаторовъ новаго германскаго кодекса, не заключающаго на этотъ счетъ отдѣльной нормы, не всѣ, правда, согласны съ этимъ только-что высказаннымъ положеніемъ. Такъ, Endemann<sup>3)</sup> еще слѣдуетъ римскому правилу, допуская исключеніе

<sup>1)</sup> Demolombe въ указ. мѣстѣ, Laurent назв. соч. XVII ММ 436 сл.

<sup>2)</sup> Относительно Остзейскаго Свода вопросъ долженъ быть признанъ крайне спорнымъ. Для случаевъ, когда въ обязательствѣ срокъ назначенъ, сомнѣнія, правда, нѣтъ: тутъ рѣшается фактъ наступленія срока (ст. 3306 п. 3, 3322 и 3374). Но другое дѣло, когда такого срока нѣтъ. Тогда отвѣтъ зависитъ отъ предварительнаго разрѣшенія двухъ вопросовъ: 1) является-ли т. наз. *gemeines Recht* субсидіарнымъ источникомъ права для Прибалтійскихъ губерній (о контроверзѣ см. Кассо, Обзоръ Остзейскаго гражданскаго права § 49), и 2) каково здѣсь ученіе самаго пандектнаго права (см. Dernburg Pand. II § 46 прим. 9). — Erdmann'омъ назв. соч. IV § 297 i. f. отвѣтъ дается по Виндшейду.

Укажу еще, съ точки зрѣнія общерусскаго гражданскаго законодательства (нашего *ius universale*), что Сенатъ сталъ на ту почву, что право на взысканіе неустойки съ обязавшейся стороны возникаетъ для контрагента со времени просрочки исполненія по договору, и что, слѣдовательно, приеужденіе неустойки за неисполненіе договора, хотя бы истецъ и не требовалъ отъ отвѣтчика исполненія договора, вполнѣ согласно съ 1573 и 1585 ст. 1 ч. X т. (рѣш. гражд. касс. деп. 79/40, ср. 75/872 и 78/183).

<sup>3)</sup> Lehrbuch II стр. 603.

развѣ для того случая, когда не выполненный остатокъ сравнительно ничтоженъ по своей величинѣ, вслѣдствіе чего принятіе его въ соображеніе представлялось бы недобросовѣстнымъ (аналогичное примѣненіе § 320 п. 2 названнаго уложенія). Но Cosack выражается уже гораздо осторожнѣе («Ob die Strafe auch dann verfallen ist, wenn der Schuldner die Hauptleistung teilweise bewirkt, teilweise nicht bewirkt hat, lässt sich nur im Einzelfall bestimmen») <sup>1)</sup>, а Oertmann, хотя принципиально и держится еще того же взгляда, что Эндеманъ, обосновывая этотъ взглядъ отчасти тѣмъ соображеніемъ, что вѣритель вовсе, вѣдь, не обязанъ принимать неполнаго или дефектнаго исполненія (B. G. B. §§ 266, 363),—однако прибавляетъ: «Если же такое исполненіе тѣмъ не менѣе принято, то въ такомъ случаѣ предъ нами только «ненадлежащее исполненіе» въ смыслѣ § 341, и долженъ возникнуть вопросъ, условлена-ли неустойка и на этотъ случай, а если условлена, то какая» <sup>2)</sup>.

Это разсужденіе Эртмана разумно и, понятно, примѣнимо не къ одному только германскому уложенію. Но нельзя не видѣть, что въ сущности оно значительно вмѣстѣ съ тѣмъ измѣняетъ выставленный комментаторомъ общій принципъ, превращая его на практикѣ весьма часто въ прямо противоположный. Изъ ограниченія, внесеннаго Эртманомъ, прямо слѣдуетъ, что вѣритель, принявшій часть исполненія обязательства, тѣмъ самымъ лишается права на взысканіе всей пени, обезпечивающей все или полное исполненіе. Ничего другого, очевидно, и я не требую, считая именно этотъ результатъ правильнымъ и желательнымъ <sup>3)</sup>. Напомню еще

<sup>1)</sup> Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts I стр. 324

<sup>2)</sup> Коментарій прим. 4 къ § 339.

<sup>3)</sup> Типичный примѣръ рѣшенія въ противоположномъ смыслѣ на почвѣ римскаго права можно найти въ Archiv'в Seuffert'a II, 277. Судъ (Любекскій) призналъ, что если коми-воажеръ заключилъ договоръ на три года, съ обязательствомъ, подъ страхомъ неустойки въ 875 гульденовъ, доставлять ежегодно покупателей на сумму не менѣе 6000 талеровъ, то съ него можетъ быть взыскана пеня уже тогда, если онъ въ теченіе перваго года доставилъ своей фирмѣ дѣлъ меньше, чѣмъ на 6000. Судъ основывался на fr. 85 § 6 D. de V. O. и на другихъ уже извѣстныхъ намъ отрывкахъ классиковъ, а Pagenstecher, Pandekten-Praktikum стр. 344 сл. (данное рѣшеніе вошло также въ сборникъ Girtanner'a, Rechtsfälle zu

только тѣ мотивы, которые приведены у французскихъ юристовъ въ оправданіе ст. 1231 Code'a <sup>1)</sup>. Такимъ образомъ, въ сейчасъ указанномъ случаѣ (принятія части слѣдуемаго) вѣритель долженъ получить удовлетвореніе на общемъ основаніи, путемъ общаго иска объ убыткахъ (а не путемъ присужденія ему пени), что, повторяю, заслуживаетъ сочувствія. De lege ferenda, впрочемъ, трудно, кажется мнѣ, возражать и противъ такой нормы, какъ только-что упомянутая и знакомая намъ статья 1231 Наполеонова кодекса, — разумѣется, со всѣми тѣми ограниченіями, какія сопровождаютъ ея примѣненіе во французской судебной практикѣ <sup>2)</sup>.

Puchta's Pandekten № CCII) прибавляетъ, что коли-воиеру не въ состояніи помочь и то обстоятельство, если онъ въ теченіе двухъ слѣдующихъ лѣтъ пополнить недочетъ за первый годъ, такъ какъ-де *«condicio, quae semel extitit, iam non deficere potest»*.

<sup>1)</sup> См. выше стр. 274 сл.

<sup>2)</sup> См. выше I. с. и въ особенности примѣч. на стр. 275 сл. Почти излишне прибавлять, что при переходѣ по наслѣдованію обязательства съ неустойкою послѣдняя должна дѣлиться между наслѣдниками (пассивно и активно). Это вытекаетъ изъ проводимой мною точки зрѣнія, по которой обязательство, укрѣпленное неустойчивымъ соглашеніемъ, должно обезурядиться въ затронутыхъ нами отношеніяхъ такимъ же точно образомъ, какъ обыкновенное обязательство, за неисполненіе котораго съ должника слѣдуетъ вознагражденіе. Исходя отсюда, мнѣ представляется вѣрнымъ (хотя и ненужнымъ, говоря вообще) положеніе нашего Остзейскаго свода въ ст. 3377: «Право требованія неустойки, равно какъ и отвѣтственность въ платежъ оной, переходить на наслѣдниковъ обязавшагося (почему только обязавшагося? недосмотръ переводчика!) лица; во отвѣтственность эта, когда наслѣдниковъ нѣсколько, не солидарна для нихъ». Еще яснѣе и проще выражается Ландрехтъ въ отдѣлѣ о приобрѣтеніи наслѣдства, I, 9 § 366: «Mit den Rechten und Pflichten in Ansehung der Conventionalstrafen hat es eben die Bewandniss, wie mit andern aus Verträgen entspringenden Befugnissen und Verbindlichkeiten». Ср. Австр. улож. § 1337: «Die Verbindlichkeit zum Ersatze des Schadens, und des entgangenen Gewinnes, oder zur Entrichtung des bedungenen Vergütungsbetrages haftet auf dem Vermögen und geht auf die Erben über».



Въ связи со сказаннымъ я еще долженъ коснуться одной попытки представить юридическую конструкцію добровольной неустойки — попытки, сдѣланной въ недавнее сравнительно время и принадлежащей перу проф. А. Х. Гольмстена<sup>1)</sup>.

«Ученіе о неустойкѣ», справедливо говоритъ Гольмстенъ, «— одна изъ благодарнѣйшихъ темъ для юридическаго анализа и юридической конструкціи, это — одна изъ любопытнѣйшихъ задачъ, предлагаемыхъ юридической логикѣ и разрѣшаемыхъ ею».

Суть дѣла, по Гольмстену, «заключается въ томъ, что если неустойка есть денежная пеня, налагаемая за неисправность, то отсюда вытекаетъ рядъ послѣдствій даннаго рода; если она есть сумма, погашающая возможные убытки неисполненія обязательства — послѣдствія діаметрально противоположны».

Эти послѣдствія или, по крайней мѣрѣ, главнѣйшія изъ нихъ, резюмируются авторомъ въ шести пунктахъ, которые, въ послѣдовательномъ порядкѣ, относятся къ вопросамъ

1) о винѣ, 2) о частичномъ исполненіи основного обязательства, 3) объ (альтернативномъ или кумулятивномъ) отношеніи между неустойкою и исполненіемъ обязательства, 4) о преемственности или, точнѣе, пассивномъ переходѣ на наследниковъ обязанностей, вытекающихъ изъ неустойчиваго соглашенія, 5) объ ограниченіи размѣровъ неустойки закономъ или уменьшеніи ихъ судомъ и, наконецъ, 6) объ отношеніи (опять-таки альтернативномъ или кумулятивномъ) между неустойкою и причиненнымъ ущербомъ.

Если, полагаетъ Гольмстенъ, стать на почву п е н а л ь н а г о или уголовнаго характера неустойки, то послѣдствія, по намѣченнымъ пунктамъ, представляются въ слѣдующемъ видѣ:

<sup>1)</sup> Юридическія изслѣдованія и статьи III, 3 стр. 171 слл.: «Юридическая конструкція добровольной неустойки». Первоначально эта статья появилась въ (безвременно погибшей, къ сожалѣнію) «Юридической Лѣтописи» (1891 г. кн. 3 стр. 187 слл.). Аналогичная же — по цѣли и приему — попытка сдѣлана, въ примѣненіи главнымъ образомъ къ римскому праву, и въ знакомой намъ диссертациі Neuenfeldt'a «Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung?» Въ виду того однако, что предложенное здѣсь авторомъ теоретическое обоснованіе, по справедливому мнѣнію Гольмстена, весьма слабо, я руководствуюсь въ дальнѣйшемъ изложеніемъ только Гольмстена въ названной работѣ, ограничиваясь констатированіемъ лишь мѣстами взгляда и разногласія Neuenfeldt'a.

1) Моментъ вины долженъ считаться существеннымъ, такъ какъ «основное условіе уголовной отвѣтственности» — «виновность посягающаго». Отсюда то послѣдствіе, что случай исключаетъ обязанность платежа неустойки.

2) Частичное нарушеніе основного обязательства должно быть приравнено къ полному. И здѣсь и тамъ налицо «неисправность», т. е. именно то дѣяніе, которое предусматрѣно въ нормѣ, а въ данномъ случаѣ — въ нормѣ договора, *in lege privata*.

3) Отношеніе между неустойкою и исполненіемъ главнаго обязательства необходимо кумулятивное, — подобно тому какъ «отбытіе наказанія не избавляетъ осужденнаго отъ необходимости исполнить впредь ту обязанность, за неисполненіе которой онъ былъ наказанъ».

4) Пассивной преемственности въ обязательствахъ платить неустойку не можетъ быть, ибо всякое «наказаніе должно быть личное».

5) Ограниченію величины пени со стороны закона или сбавкѣ ея со стороны судьи нѣтъ мѣста: отличаясь характеромъ «устрашительнымъ и обезпечительнымъ», пеня можетъ стоять «въ всякаго отношенія къ цѣнѣ предмета главнаго обязательства».

6) Отношеніе между платежомъ неустойки и вознагражденіемъ за причиненные вредъ и убытки снова кумулятивное, въ полной аналогіи съ тѣмъ явленіемъ, что «преступное дѣяніе, независимо отъ карательныхъ послѣдствій, влечетъ за собою право лица пострадавшаго требовать вознагражденія за убытки, причиненные преступленіемъ».

Если же, наоборотъ, держаться другого воззрѣнія на неустойку, «по которому она есть сумма, напередъ выговоренная для погашенія убытковъ неисполненія обязательства», — то въ такомъ случаѣ, учить Гольмстенъ, послѣдствія получаютъ совершенно другія:

1) Моментъ вины оказывается безразличнымъ. Это потому, что вѣритель, выговаривая себѣ неустойку, очевидно, хочетъ обезпечить себя отъ убытковъ, безотносительно ко всякимъ обстоятельствамъ, могущимъ послужить причиною неисполненія главнаго договора и нанесенія тѣмъ ущерба ему, вѣрителю. Считаться съ фактомъ наличности или отсутствія вины было бы противно намѣренію сторонъ.

2) Частичное исполненіе или неисполненіе влечетъ за собою соответственное уменьшеніе размѣра неустойки. Вредъ отъ неполнаго нарушенія обязательства не равенъ вреду отъ нарушенія полнаго: расчетъ, стало быть, измѣняется.

3) «Неустойка и исполненіе альтернативны». Это слѣдуетъ изъ того соображенія, что неустойка — эквивалентъ предмета главнаго обязательства.

4) «Какъ видъ обязательствъ вознагражденія за убытки», неустойка переходитъ и на наследниковъ должника.

5) На томъ же основаніи, т. е. будучи вознагражденіемъ за убытокъ, неустойка «находитъ въ послѣднемъ свой объективный критерій». Сообразно могущему предвидѣться или дѣйствительно наступившему ущербу, неустойка подлежитъ и ограниченіямъ въ порядкѣ закона и пониженію судомъ.

6) Отношеніе между взысканіемъ неустойки и ущерба альтернативное. Иначе взысканіе было бы двойное.

По нашему мнѣнію, почтенному автору могутъ быть сдѣланы слѣдующія возраженія.

Изъ намѣченныхъ шести пунктовъ не всѣ дѣйствительно состоятъ въ связи съ той или другой указанной точкой зрѣнія на договорную неустойку. Это прежде всего должно сказать относительно двухъ первыхъ моментовъ — вины (1) и неполнаго нарушенія главнаго обязательства (2).

Что касается здѣсь римскаго права, то въ немъ, какъ мы успѣли убѣдиться, дѣло обстоитъ такъ, что вопросъ о culpa, какъ реквизитъ для права взысканія условленной пени, а равнымъ образомъ вопросъ о commissio roneae при частичномъ неисполненіи находятся въ зависимости отъ интерпретаціи осуществленія условія при стипуляціи. На рѣшеніе этихъ вопросовъ въ томъ или другомъ смыслѣ не оказываетъ, напротивъ того, вліянія соображеніе о пенальномъ или оцѣночномъ характерѣ неустойки<sup>1)</sup>. Это видно, между прочимъ, и изъ самаго направленія рѣшенія, которое въ обоихъ вопросахъ состоялось въ смыслѣ наименѣе благопріятномъ для должника, — что вполне понятно, если исходить изъ толкованія, повторяю, условія въ связи

<sup>1)</sup> Ср. еще Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II стр. 721, который отвергаетъ противорѣчающій этому взглядъ Neuenfeldt'a.

со строгимъ и точнымъ отношеніемъ къ *stricti iuris negotium*, но далеко не понятно, если принять изложенное распределение послѣдствій по двумъ выдвинутымъ принципамъ. Иначе пришлось бы уже тутъ сказать, что римскіе юристы въ одномъ отношеніи положили въ основу своего сужденія одно начало, а въ другомъ — другое, обратное первому<sup>1)</sup>.

Переходя затѣмъ къ новымъ кодификаціямъ, нельзя не согласиться, что теченіе права въ двухъ упомянутыхъ отношеніяхъ совпадаетъ съ смягченіемъ ответственности должника: *culpa* получаетъ существенную важность (къ чему наблюдается стремленіе уже въ пандектномъ правѣ), это — разъ, и, два, замѣтна несомнѣнная тенденція уменьшить размѣры взысканія съ должника, который частью все же выполнить слѣдующее съ него по договору, — тенденція, приводящая къ извѣстному колебанію на этотъ счетъ или несходству правъ новой форма-

<sup>1)</sup> Neuenfeldt (§§ 28 сл.), правда, говоритъ о смѣшеніи точекъ зрѣнія въ римскомъ правѣ по адресу неустойки. Онъ предполагаетъ историческій процессъ, преобразовавшій неустойку изъ настоящаго наказанія въ то, чѣмъ она стала впоследствии. Но я отказываюсь признать за его изложеніемъ какое бы то ни было значеніе. Мѣста изъ позднѣе классическаго права, (болѣе чѣмъ рѣдкія, вдобавокъ) доказательствомъ такого процесса или порядка явленій, очевидно, служить не могутъ. Къ примѣру изъ области авторскаго права, гдѣ уголовная точка зрѣнія постепенно смѣнялась гражданской, серьезно относиться, какъ къ доказательству, — трудно. Что касается нѣкоторыхъ другихъ приводимыхъ сравненій, полнѣе извѣстныхъ изъ труда Геринга (см. выше стр. 91 сл.), то въ ихъ самостоятельной истинности я не сомнѣваюсь. Но вся бѣда въ томъ, что къ добровольной неустойкѣ они не имѣютъ никакого отношенія: *comparaison n'est pas raison*. А кромѣ того, Neuenfeldt видимо смѣшиваетъ два явленія: фактъ примитивной, грубой оцѣнки ущерба, выражающейся въ какой-нибудь *duplae stipulatio*, и деликатное основаніе иска. Ставъ на точку зрѣнія Экка («Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums»), усматривающаго договорный характеръ даже въ *actio auctoritatis* (вопросъ о правильности этого взгляда оставляетъ мною открытымъ: см., съ одной стороны, Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht I* §§ 12 и 13 и Lenel, *Edictum* стр. 423 сл., а, съ другой, Pernice, *Labeo III* стр. 115 сл. и Girard, *Manuel* стр. 277 сл., 536 сл.), — уже во всякомъ случаѣ немыслимо конструировать п е н а л ь н о е происхожденіе стипуляціи, направленной на *dupla* (*pecunia*...).

ции. Но этотъ процессъ развитія опять-таки не свидѣтельствуетъ въ пользу интересующихъ насъ двухъ моментовъ, какъ даннхъ для конструкціи автора, ибо обнаруживаетъ, что оспариваемая точка зрѣнія, во-первыхъ, допускаетъ исторически неправдоподобную двойственность въ движеніи права примѣнительно къ нашему институту (въ отношеніи пункта перваго о винѣ движеніе права шло бы въ направленіи къ пенальной природѣ неустойки; въ отношеніи пункта втораго объ отвѣтственности при неполномъ нарушеніи обязательства — въ направленіи противоположномъ, приближаясь къ неустойкѣ въ ея качествѣ напередъ таксированнаго интереса), — а, во-вторыхъ, противорѣчитъ тому твердо установленному (и справедливо признаваемому и самимъ авторомъ) факту, что неустойка въ современныхъ западныхъ законодательствахъ — не иное что, какъ именно особаго рода вознагражденіе за убытки.

Уже отсюда должно возникнуть сомнѣніе насчетъ истинности вообще того положенія, что принятіе въ соображеніе момента виновности характеризуетъ пеню, какъ кару, и чуждо природѣ той же пени, какъ антиципированнаго возмѣщенія вреда. Въ самомъ дѣлѣ: откуда это положеніе почерпнуто? Изъ самаго-ли существа нашего института, или, быть можетъ, оно скорѣе навѣяно римскими ученіями? Думаю не ошибиться, разрѣшая вопросъ въ послѣднемъ смыслѣ. Такъ какъ мой взглядъ на реквизитъ *culpaе* при неустойкѣ уже достаточно ясенъ изъ предыдущаго <sup>1)</sup>, то я ограничусь лишь тѣмъ, что еще разъ подчеркну, что и въ гражданскомъ правѣ обязанность вознаграждать контрагента обусловливается, говоря вообще, виною должника. Въ понятіе неустойки въ какомъ-угодно значеніи отнюдь не входитъ обезпеченіе противъ всего, въ томъ числѣ и противъ фактовъ случайныхъ, стоящихъ внѣ сферы воли лица обязаннаго и не имѣющихъ ничего общаго ни съ его умысломъ, ни даже съ его небрежностью хотя бы въ слабѣйшей степени. Разумѣется, стороны могутъ заключить и такого рода договоръ: онѣ могутъ согласиться, что должникъ принимаетъ на себя отвѣтственность за всякое неисполненіе обязательства, отъ чего бы оно ни произошло:

<sup>1)</sup> См. выше стр. 287 слл.

требуемаго дѣйствія или положенія вещи не окажется налицо — онъ отвѣчаетъ. Противъ такого принятія на себя гарантіи за исходъ («Garantieübernahme»), по добровольному соглашенію, нельзя, конечно, ничего возразить: это, вѣдь, не *ratio ne dolus praestetur*. Но чтобы такая гарантія была внутренне присуща оцѣночной неустойкѣ, какъ таковой, я не усматриваю: она возможна въ соединеніи съ неустойчивымъ соглашеніемъ, въ качествѣ дальнѣйшаго побочнаго условія, — какъ возможна и безъ него.

Такимъ образомъ, моментъ вины, по моему крайнему разумѣнію, безразличенъ для юридической конструкціи договорной неустойки, точнѣе, для разрѣшенія вопроса о томъ, чѣмъ неустойка является — наказаніемъ-ли, или заранѣе опредѣленнымъ вознагражденіемъ. Но точно также безразличенъ и второй затронутый нами моментъ. Присуждать-ли неустойку при частичномъ нарушеніи должникомъ договора, или не присуждать, зависитъ не отъ того, которую избрать изъ двухъ означенныхъ точекъ зрѣнія, а отъ того, какъ толковать возложенное на должника обязательство. Въ Римѣ неустойка совершенно такъ же, какъ и во всей почти современной Европѣ, была оцѣночная. И тѣмъ не менѣе вся неустойка подлежала взысканію, хотя бы девять десятыхъ обязательства были исполнены, а не исполненной осталась лишь одна десятая. Почему? А потому, что на заключенный договоръ римскіе юристы смотрѣли подѣ угломъ условія, а при такомъ углѣ зрѣнія, если кто не исполнилъ всего, то приходится (строго держась редакціи договора) сказать, что онъ вообще не исполнилъ. Тицій обѣщаетъ поставить сто мѣръ пшеницы, а если ста мѣръ пшеницы не поставитъ, то заплатить такую-то пеню. Но онъ ставитъ только 90. Римлянинъ тогда и разсуждаетъ: поставилъ-ли Тицій сто? — Нѣтъ, онъ не поставилъ ста, а разъ не поставилъ, то, согласно осуществившемуся такимъ образомъ условію, онъ подвергается взысканію пени. Ходъ мысли здѣсь ничѣмъ рѣшительно не отличается отъ того, который намъ хорошо знакомъ изъ римскаго процесса. При *stricti iuris iudicia* судья разсуждалъ совершенно аналогично. Онъ получалъ формулу претора, въ которой говорилось: *Si p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> sestertium decem milia dare oportere, iudex, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> sestertium decem*

*milia s. s. p. a.* Слѣдствіе затѣмъ выясняло, что отвѣтчикъ истцу дѣйствительно долженъ, но долженъ не десять, а девять тысячъ. Что дѣлалъ судья? что ему оставалось дѣлать? Онъ отказывалъ, принужденъ былъ отказать истцу во всѣхъ десяти тысячахъ, во всемъ искѣ. При наличности строгой *condictio*, формулы для *actio certae creditae pecuniae*, не дававшей ему никакого простора, онъ иначе поступить не могъ, ибо на вопросъ: оказалось-ли, что отвѣтчикъ истцу долженъ десять тысячъ, онъ, *iudex*, не могъ не отвѣтить: нѣтъ, не оказалось, *non parat*, — вслѣдствіе чего для него, *iudex*'а, самымъ неизбежнымъ образомъ возникала обязанность примѣнить вторую часть дилеммы, т. е. *absolvere*.

Такъ разсуждали въ древнемъ Римѣ. Но и въ современномъ правѣ, при нѣсколько строгомъ и формальномъ отношеніи къ обязательству, нерѣдко приходятъ къ тому же результату въ области дѣйствія тѣхъ кодексовъ, которые, въ отличіе отъ Прусскаго Земскаго Права (I, 5 § 296) или Наполеонова кодекса, не заключаютъ спеціальныхъ на данный счетъ опредѣленій. Мы видѣли<sup>1)</sup>, что и комментаторы общегерманскаго гражданскаго уложенія тоже допускаютъ возможность присужденія неустойки и при частичномъ только неисполненіи. Очевидно, и они руководствуются соображеніемъ, что кто не все исполнилъ, тотъ и вообще не исполнилъ. И нельзя сказать, чтобы такое соображеніе было всегда невѣрно. Раньше я настаивалъ на томъ, что неполное нарушеніе не должно вести необходимо или обязательно къ присужденію пени, что этотъ абсолютный принципъ римскаго права не заслуживаетъ примѣненія и подражанія въ настоящее время. Но подобное послѣдствіе можетъ и теперь быть справедливымъ и цѣлесообразнымъ, а приведенное выше разсужденіе вполне правильнымъ — и притомъ правильнымъ не только съ точки зрѣнія формальной логики: часть исполненія можетъ быть и не желательна и не нужна вѣрителю. Но справедливо-ли будетъ въ такихъ случаяхъ утверждать, что предъ нами послѣдствіе пенальной природы института? Едва-ли, — ибо если отбросить дополни-

<sup>1)</sup> См. выше стр. 297 сл. Ср. Siebenhaar, Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts стр. 699.

тельное соглашеніе о неустойкѣ, то результатъ все-таки получится тотъ же самый или аналогичный: и тогда при выполненіи должникомъ части обязательства, вѣритель нерѣдко тѣмъ не менѣе вправѣ будетъ взыскать съ него столько же, сколько ему причиталось бы, если бы его контрагентъ вовсе не приступалъ къ исполненію своихъ обязанностей.

И наоборотъ. Допустимъ, вмѣстѣ съ авторомъ и господствующимъ ученіемъ, что въ нашемъ отечественномъ правѣ неустойка отличается характеромъ безусловно пенальнымъ. Слѣдуетъ-ли отсюда, что ее обязательно взыскивать и при частичномъ уже нарушеніи договора? Не думаю. Правда, смягчать, соразмѣрно понижать неустойку невозможно, но это недозволительно и при другой ея природѣ, недозволительно вообще, разъ въ кодексѣ нѣтъ нормы (въ родѣ, на примѣръ, ст. 1231 Code'a), специально уполномочивающей на то судью. Но, съ другой стороны, ничего не препятствуетъ и при наличности карательной неустойки совсѣмъ не примѣнять условія о пенѣ въ случаѣ частичнаго неисполненія, отсылая вѣрителя къ отыскиванію вреда и убытковъ на общемъ основаніи. Ибо въ томъ, по крайней мѣрѣ, случаѣ, когда вѣритель принялъ часть исполненія, всегда примѣнима — безотносительно къ характеру неустойки — извѣстная намъ аргументація французскихъ и нѣмецкихъ юристовъ, сводящаяся къ тому, что предусмотрѣнное сторонами неисполненіе не наступило, а наступилъ другой, непредусмотрѣнный случай — случай только ненадлежащаго исполненія. Добавлю, что кто слѣдилъ за нашимъ изложеніемъ и убѣдился, что неустойка, назначаемая, какъ обезпеченіе исполненія, съ одной, и неустойка, какъ обезпеченіе полноты, правильности, своевременности и т. п. исполненія, съ другой стороны, — это въ настоящемъ быту и правѣ два главные, далеко не одинаковые, типа неустойки, — тотъ не сочтетъ означенной аргументаціи ни пустой игрой словъ, ни софистической тонкостью.

Обращаясь къ одному изъ дальнѣйшихъ выставляемыхъ авторомъ моментовъ, къ способности или неспособности неустойки переходить на наследниковъ должника (4), нельзя



не видѣть, что моментъ этотъ могъ бы дѣйствительно служить реальнымъ и характернымъ критеріемъ, если бы выборъ шелъ между двумя природами неустойки, изъ коихъ одна являлась бы гражданскою, а другая уголовною, пенальною въ истинномъ смыслѣ слова. Но на самомъ дѣлѣ уголовный характеръ въ этомъ своемъ значеніи нигдѣ не присущъ нашему институту. Говоря о «карательной» его природѣ, о неустойкѣ, какъ «наказаніи» и т. п., мы всегда, конечно, разумѣемъ гражданское наказаніе, наказаніе въ смыслѣ самомъ общемъ и нами уже установленномъ<sup>1)</sup>. Единственное здѣсь исключеніе, это — партикулярная норма нашего т. X ч. 1, точнѣе, уже извѣстная намъ статья 1586<sup>2)</sup>, — продуктъ, нужно полагать, простого недоразумѣнія. Вообще же, если отвлечься отъ этой совершеннѣйшей аномаліи, то въ настоящемъ, не исключая и нашего общерусскаго права, пассивная и активная преемственность неустойки — явленіе столь безспорное и очевидное, что на этотъ счетъ не наблюдается ни разности взглядовъ, ни разности опредѣленій въ законодательствахъ<sup>3)</sup>. Спорять — дѣйствительно — о томъ, какова ответственность наследниковъ должника, связавшаго себя неустойкою, — солидарная-ли она, или же проратарная, соразмѣрная, а если допустима и та и другая, то когда бываетъ одна и когда другая, — но это споръ, который ведется исключительно на чисто гражданской почвѣ и рѣшается не тѣмъ, которому изъ двухъ занимающихъ насъ характеровъ неустойки отдать предпочтеніе, а соображеніями опять-таки римскоправовыми и намъ уже извѣстными — объ исполнимости или, лучше, неисполнимости въ извѣстной только части обязательства подъ условіемъ и о приобретаемомъ вслѣдствіе того обязательствомъ свойствѣ недѣлимости<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> См. выше стр. 140 сл.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 272 сл.

<sup>3)</sup> Для римскихъ юристовъ здѣсь не было и вопроса: ср., кромѣ уже цитированных fr. 77 D. de V. O. 45, 1 и fr. ult. de naut. faen. 22, 2 («...perinde committi poena potest, ac si fuisset heres debitoris»), еще fr. 23 § 3 D. de hered. instit. 28, 5. («Sed si sub condicione quis heres institutus sit et grave aes alienum sit, quod ex poena crescit, et rel.») и fr. 1 § 1 D. de curat. bon. dando 42, 7.

<sup>4)</sup> Совершенно сознательно и ясно указываютъ на эту зависимость отъ римскихъ воззрѣній французскіе юристы, причѣмъ обнаруживаютъ рѣд-

Что касается, далѣе, слѣдующаго момента (5) — законнаго ограниченія размѣра договорной пени или пониженія его судомъ —, то необходимо замѣтить, что законодатель, ограничивая здѣсь свободу автономнаго опредѣленія контрагентовъ, преслѣдуетъ спеціальныя цѣли, не связанныя съ природою неустойки въ томъ или другомъ ея смыслѣ, а потому и приводящія къ послѣдствіямъ, мало характернымъ въ качествѣ критеріевъ для распознаванія этой ея природы. Законнымъ ограниченіемъ неустойки, главнымъ образомъ, имѣется ввиду предупредить и парализовать дѣйствіе *in fraudem legis*, обходъ закона относительно максимума дозволеннаго роста <sup>1)</sup>. Это именнo стремленіе ясно сказывается въ томъ обстоятельстве, что ограниченіе неустойки въ исторіи законодательства наблюдается обыкновенно при сдѣлкѣ займа и долговыхъ обязательствахъ, каковая связь и внѣшнимъ образомъ обнаруживается въ соеди-

---

кое единодушіе. Ср., для примѣра, Merlin Répertoire IX стр. 219, Aubry назв. соч. стр. 40, Thoubeau назв. соч. стр. 76, Acollas Manuel de droit civil II № 1233 (особенно сильно подчеркивающей вліяніе формы: «formalisme Romain») и друг. Отмѣтимъ кстати, что французскіе романисты (въ отличіе отъ нѣмецкихъ, — по понятнымъ, впрочемъ, причинамъ) удѣляютъ весьма серьезное вниманіе внѣшнему виду неустойки и его значенію для нормировки института. Вопросомъ о томъ, служить-ли неустойка карою, или только опредѣленнымъ заранѣе вознагражденіемъ, они, напротивъ того, не занимаются. Это для нихъ, очевидно, вопросъ рѣшенный. Ихъ интересуетъ другое — интересуется, есть-ли неустойчное соглашеніе дополнительный договоръ о вознагражденіи за вредъ и убытки, или же условное просто обѣщаніе, а если оно и то и другое, то поскольку одно, поскольку другое. Суть дѣла («la question fondamentale») въ ученіи о неустойкѣ, заявляетъ, напримѣръ, П. Жираръ въ своемъ курсѣ стр. 640, заключается въ изслѣдованіи «jusqu'à quel point ses règles sont déterminées par son caractère de fond de convention accessoire de dommages et intérêts ou au contraire par sa forme de stipulation conditionnelle». Что при этомъ одними выдвигается одна изъ этихъ двухъ сторонъ, а другими — другая (см. тамъ же), только естественно.

<sup>1)</sup> Ср. выше стр. 271 слл. Мною оставляется въ сторонѣ сингулярное и изолированное положеніе прусскаго Ландрехта I, 5 § 301 (ср. нашъ т. X ч. 1 ст. 1584), своимъ происхожденіемъ, повидимому (какъ уже выше I. с. упоминалось), обязанное неточному пониманію римскоправовыхъ ученій. Ср. еще, впрочемъ, Vogtmanн назв. соч. II стр. 620 слл.

неніи по большей части въ одной и той же нормѣ запрета взиманія чрезмѣрнаго процента и чрезмѣрной, соотвѣтственной, неустойки. Такъ оно было въ германско-австрійскомъ законодательствѣ о процентахъ 67 и 68 гг. (§ 1), такъ оно въ новѣйшемъ германскомъ законодательствѣ о ростовщичествѣ (Strafgesetzbuch § 302 а даже объединяетъ проценты, неустойку и т. д. подъ терминомъ «Vermögensvortheile»), такъ оно, наконецъ, и въ нашемъ отечественномъ законѣ 24 мая 1893 года «о преслѣдованіи ростовщическихъ дѣйствій»,<sup>1)</sup> создавшемъ ст. 180<sup>2)</sup> (по прод. 1895 г.) Устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями: «За ссуду капитала», говорится здѣсь, «въ чрезмѣрный ростъ или подъ обезпеченіе чрезмѣрной неустойки...».

Уже одно это сопоставленіе нормъ способно, кажется, убѣдить, что извѣстный законный предѣлъ для неустойки возможенъ и встрѣчается независимо отъ взгляда на ея природу. Не менѣе справедливо, затѣмъ, сдѣлать тотъ же выводъ и относительно сбавки судьею цыфры условленной пени. Въ самомъ дѣлѣ, завѣсимъ хотя бы слѣдующее. Новое германское гражданское уложеніе санкціонировало, вслѣдъ за нѣкоторыми европейскими кодексами, общее право судейскаго пониженія неустойки<sup>3)</sup>. Предположимъ теперь, что при дѣйствіи будущаго права въ Германіи какой-нибудь вѣритель въ Берлинѣ выговорить себѣ отъ своего должника, на случай нарушенія имъ обязательства, не только возмѣщеніе ущерба, но и уплату неустойки. Такое соглашеніе, будетъ, разумѣется, вполне дѣйствительно, такъ какъ нормы германскаго кодекса, опредѣляющія альтернативное отношеніе между однимъ взысканіемъ и другимъ, являются, какъ мы въ своемъ мѣстѣ сказали, только диспозитивными, — въ полномъ согласіи съ римскимъ правомъ и съ остальными уже знакомыми намъ законодательствами<sup>4)</sup>. Спрашивается: если назначенная въ силу даннаго договора неустойка, которая по необходимости будетъ отличаться характеромъ уже не оцѣночнымъ, а карательнымъ<sup>4)</sup>, — если она къ тому же окажется, по

<sup>1)</sup> Собр. Узакон. и Распор. Правит. № 76 за 1893 г. (652, II отъ 24. V). Ср. ст. 1707 (по Прод.) Улож. о Наказаніяхъ.

<sup>2)</sup> См. ниже слѣдующій параграфъ.

<sup>3)</sup> См. выше стр. 229, а также Planck, Коментарій II прим. 1 къ § 340 и Oertmann, Коментарій прим. 6 къ § 340.

<sup>4)</sup> См. выше стр. 139 сл.

убѣжденію Берлинскаго судьи, чрезмѣрно высокой, то неужели онъ, судья, не понизитъ ея? не понизитъ только потому, что, какъ «наказаніе», неустойка можетъ стоять «внѣ всякаго отношенія къ цѣнѣ предмета главнаго обязательства». Не думаю. Напротивъ того, слѣдуетъ ожидать, что при соглашеніи, направленномъ на кумулятивное соединеніе взысканія причиненнаго вреда и штрафной пени, германскій судья скорѣе и чаще склоненъ будетъ смягчать ея нѣсколько суровые размѣры, чѣмъ при той неустойкѣ, которая замѣняетъ собой вознагражденіе убытковъ и ложится на должника сравнительно меньшимъ бременемъ. Естественно,—ибо съ чѣмъ же судья прежде всего считается, какъ не со степенью удовлетворенія вѣрителя и отягощенія должника?!

Такимъ образомъ, остаются моменты отношенія неустойки къ исполненію основнаго обязательства (3), разъ, и къ возмѣщенію понесенныхъ убытковъ (6), два. Эти моменты дѣйствительно являются типичными и реальными критеріями при распознаваніи природы неустойки и удѣленіи нашему институту значенія оцѣночнаго или карательнаго. Безусловно справедливо поэтому указаніе на нихъ въ этомъ смыслѣ со стороны автора. Согласно съ этимъ, они и нами были положены въ основу юридической конструкціи договорной неустойки и опредѣленія ея правовой природы. Занимавшее насъ на пространствѣ изслѣдованія отношеніе неустойки къ интересу было именно соединеніемъ отношенія ея къ исполненію *in natura* и, затѣмъ, къ вознагражденію вреда; оно слаталось какъ разъ изъ этихъ двухъ моментовъ<sup>1)</sup>. Подчеркнемъ еще только, что оцѣночный характеръ нашего института не обуславливается непременно прусско-французскою постановкой вопроса, по которой вѣритель, наравнѣ съ должникомъ, связанъ установленной разъ навсегда цифрою неустойки: и при римской, строго альтернативной (и предпочтительной, какъ мы въ своемъ мѣстѣ старались выяснить)<sup>2)</sup> системѣ природы неустойки, какъ опредѣляемаго *anticipando* интереса, не можетъ подлежать сомнѣнію<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> См. выше стр. 3, 82, 110 и *passim*.

<sup>2)</sup> См. выше стр. 83 слл. и 192 слл.

<sup>3)</sup> Neuenfeldt (§§ 8, 10 и 11 ср. §§ 24, 25 и 27) приводитъ еще три

## § 25.

*Право на пониженіе независимо отъ частичнаго исполненія основною обязательства.*

Въ предыдущемъ параграфѣ мы успѣли познакомиться съ ученіемъ о правѣ судьи уменьшать размѣры неустойки въ случаѣ частичнаго исполненія должникомъ своего обязательства: мы изложили нормы относящихся сюда законодательствъ и подвергли разсмотрѣнію наиболѣе существенные вопросы, связанные — такъ или иначе, посредственно или непосредственно—съ означеннымъ ученіемъ.

Но этимъ еще далеко не исчерпывается все то, что имѣетъ отношеніе къ судейскому праву понижать вообщѣ цифру договорной пени. Какъ извѣстно, существуетъ еще другая категория законодательствъ, точно также допускающая указанное право судьи, но вмѣстѣ съ тѣмъ рѣзко отличная отъ той, которая нами разобрана: въ цѣломъ рядѣ гражданскихъ уложеній судья предоставляются правомочія несравненно болѣе широкія и болѣе важныя, чѣмъ предоставляемыя ему въ той же области, главнымъ образомъ, французскимъ Code Napoléon.

Въ хронологической послѣдовательности эти кодексы слѣдующіе:

1. Австрійское гражданское уложеніе § 1336 п. 3:

In andern Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er von dem Schuldner als übermässig erwiesen wird, von dem

---

другихъ критеріа, которые однако достаточно назвать, чтобы обнаружить ихъ слабость. Это: а) требованіе наличности главнаго обязательства и интереса, представляемаго имъ для вѣрителя, б) требованіе наличности имущественнаго интереса, представляемаго самой неустойкой, и с) правовая судьба неустойки при конкурсѣ. Послѣдній пунктъ могъ бы, впрочемъ, имѣть значеніе, если бы, наряду съ такими нормами, какъ напримѣръ § 55 (§ 62 по изд. 1898 года) п. 2 Конкурснаго устава германскаго, Neuenfeldt'у удалось найти положенія и противоположнаго характера. А безъ этого его критерій лишень жизненности, не говоря о томъ, что по тому же Конкурсному уставу § 63 (прежде § 56) п. 3 даже «Bussen» подлежатъ удовлетворенію изъ конкурсной массы.

Рichter, allenfalls nach Einvernehmung der Sachverständigen, zu mässigen <sup>1)</sup>).

2. Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ ст. 182 :

Die Konventionalstrafe kann von den Parteien in beliebiger Höhe bestimmt werden. Jedoch ist der Richter befugt, übermässige Strafen nach billigem Ermessen herabzusetzen.

Les parties sont libres de stipuler telle peine que bon leur semble; le juge a néanmoins le droit de mitiger les peines qu'il trouverait excessives <sup>2)</sup>.

(ср. гражданское уложение Цюрихскаго кантона § 970 :

Es hängt zunächst von der Willkür der Kontrahenten ab, die Grösse der Konventionalstrafe zu bestimmen. In dessen ist die Verabredung derselben ungültig, wenn sie zur Umgehung der Wuchergesetze missbraucht worden ist, und überdem ist der Richter berechtigt, übermässige Konventionalstrafen in billiger Erwägung der natürlichen Verhältnisse herabzusetzen) <sup>3)</sup>.

и, наконецъ,

3. Гражданское уложение Германской империи § 343 :

Ist eine verwirkte Strafe unverhältnissmässig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden.

<sup>1)</sup> Въ русскомъ переводѣ (Вербловскаго): «Въ прочихъ случаяхъ [т. е. кромѣ случаевъ займа], если должникъ докажетъ чрезмѣрность неустойки, она уменьшается судомъ, во всякомъ случаѣ по выслушаніи заключенія свѣдущихъ людей».

<sup>2)</sup> Въ русскомъ переводѣ (Книрима): «Отъ усмотрѣнія договаривающихся сторонъ зависитъ опредѣлить размѣръ неустойки. Судъ однако вправѣ, если находитъ то справедливымъ, уменьшить чрезмѣрную неустойку».

<sup>3)</sup> Въ русскомъ переводѣ (Книрима и Гедримовича): «Отъ усмотрѣнія договаривающихся сторонъ зависитъ опредѣлить размѣръ неустойки. Однако соглашеніе о ней недѣйствительно, если имъ пользуются для обхода законовъ о лихвѣ; кромѣ того, судъ вправѣ уменьшать чрезмѣрную неустойку, обсудивъ по справедливости обстоятельства дѣла».

Bei der Beurtheilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Das Gleiche gilt auch ausser den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt<sup>1)</sup>.

Укажемъ еще отдѣльно на германскій имперскій законъ о сдѣлкахъ въ разсрочку (Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte) отъ 16 мая 1894 г., который въ § 4 п. 1 постановляетъ :

Eine wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen verwirkte Vertragsstrafe kann, wenn

<sup>1)</sup> Въ рускомъ переводѣ (Журнала Министерства Юстиціи 1898, 1 Приложение): «Если подлежащая уплатѣ неустойка несоразмѣрно велика, то по просьбѣ должника она можетъ быть уменьшена до соответствующихъ размѣровъ судебнымъ рѣшеніемъ. При обсужденіи надлежащаго размѣра принимаются во вниманіе не только имущественный, но и всякій иной интересъ кредитора. Послѣ уплаты неустойки уменьшеніе ея исключается.

То же правило примѣняется и помимо случаевъ, нормированныхъ въ §§-ахъ 339 и 342 [т. е. случаевъ, когда неустойка служитъ укрѣпленіемъ обязательства], когда кто-либо обѣщалъ уплатить неустойку на случай совершенія или несовершенія какого-либо дѣйствія».

Совершенно ясно, что вторая половина данной нормы относится къ случаямъ не настоящей неустойки или «лже неустойки», какъ мы сказали выше стр. 184. (Комментаторы германскаго уложенія называютъ ее еще «технической» или «конститутивной» неустойкою, см. Oertmann Коментарій стр. 82, Kuhlenbeck Коментарій стр. 235). Къ этимъ случаямъ, естественно, примѣнимы уже не положенія о неустойкѣ, съ которыми мы знакомились до сихъ поръ, а правила, существующія для обыкновенныхъ сдѣлокъ подъ условіемъ, — ибо, повторяю, здѣсь нѣтъ неустойки въ томъ смыслѣ, какъ ее понимаетъ законъ, а равнымъ образомъ наука (см. выше стр. 13 сл., Planck Коментарій прим. 3 къ § 339 и Windscheid Lehrb. II § 286). Если, добавлю еще, германскій законодатель тѣмъ не менѣе оба явленія — истинную неустойку и лженеустойку — поставилъ въ разсчитываемомъ отношеніи на одну доску, то это объясняется тѣмъ простымъ соображеніемъ, что иначе оказались бы легко возможны злоупотребленія in fraudem legis (см. Denkschrift zum Entwurf eines BGB.'s стр. 51 по изд. Guttentag'a).

sie unverhältnissmässig hoch ist, auf Antrag des Käufers durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Die Herabsetzung einer entrichteten Strafe ist ausgeschlossen <sup>1)</sup>.

Последнее специальное постановление в настоящее время имѣетъ право на вниманіе русскаго юриста еще и потому, что нашимъ Министерствомъ Финансовъ какъ разъ теперь (въ послѣдней четверти истекшаго 1898 года) выработанъ проектъ закона (по образцу германскаго, какъ говорится въ объяснительной къ проекту запискѣ) «для сдѣлокъ по куплѣ-продажѣ съ разсрочкой платежа». Въ § 4 этого проекта читаемъ :

Неустойка по срочнымъ платежамъ, буде таковая оговорена въ условіи, не должна превышать по каждому срочному платежу размѣра этого послѣдняго и, въ совокупности, одной десятой части цѣны имущества. Неустойка, опредѣленная въ высшемъ противъ указаннаго размѣрѣ, можетъ быть соотвѣтственно уменьшена судомъ.

Такимъ образомъ, и наше отечественное законодательство собирается (хотя и въ скромныхъ, впрочемъ, предѣлахъ, въ примѣненіи пока лишь къ указанному разряду случаевъ договора купли-продажи) вступить на путь разрѣшенія судѣ права понижать размѣры неустойки. Отмѣтимъ только, что въ этой попыткѣ наблюдается, однако, принципиальное отступленіе отъ названнаго нѣмецкаго образца — въ томъ отношеніи, что судѣ предписывается считаться съ точно опредѣленною цифрою или нормою, за которую неустойка не должна выходить. Эту именно арифметическую норму судья всякій разъ обязанъ будетъ, на основаніи приведеннаго параграфа проекта, принимать въ соображеніе при рѣшеніи вопроса, уменьшать-ли вообще условленную между контрагентами неустойку, или нѣтъ. Ее же (въ случаѣ утвердительнаго отвѣта на вопросъ)

---

<sup>1)</sup> Эта норма въ отдѣльномъ переводѣ не нуждается, такъ какъ почти дословно совпадаетъ съ уже цитированнымъ В. Г. В. § 343 п. 1, для котораго она послужила образцомъ и въ редакціонномъ, между прочимъ, отношеніи.



онъ обязательно положить и въ основаніе вычисленія самой сбавки. Легко видѣть, что проектъ, стало быть, возвращается къ такъ наз. «механическому» принципу Прусскаго Земскаго Права въ неоднократно уже цитированномъ I, 5 § 301, не отъживаясь на предоставленіе судѣ той значительно болѣе полной свободы дѣйствій, которая, наоборотъ, допущена въ новѣйшемъ германскомъ законодательствѣ<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Если судить по газетнымъ сообщеніямъ, то пока означенный проектъ только препровожденъ на обсужденіе въ Министерство Юстиціи и разосланъ для отзывковъ въ биржевые комитеты. Нельзя, конечно, не пожелать ему болѣе полной гласности (въ связи съ желательностью широкой гласности для всѣхъ въ общецѣ законопроектвъ по гражданскому праву). Не сомнѣваюсь, что онъ тогда возбудитъ интересъ русскаго общества, въ томъ числѣ и по преимуществу русскихъ юристовъ. Позволю себѣ, ввиду этого, рекомендовать недавно вышедшую въ свѣтъ книгу Lazarus'a «Das Recht des Abzahlungsgeschäftes nach geltendem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch» Berlin 1898, которая въ юридической литературѣ является первымъ (и удачнымъ) опытомъ монографической, болѣе или менѣе всесторонней, обработки ученія о сдѣлкахъ съ платежемъ въ срочку. Въ этой, небольшой впрочемъ, книгѣ можно найти освѣщеніе вопроса съ точекъ зрѣнія бытовой, хозяйственной, социально-политической и юридической — въ частности догматической и точки зрѣнія исторіи законодательства въ Германіи и внѣ ея.

Насколько комиссія по составленію нашего будущаго гражданского уложенія, которая по слухамъ, проникающимъ въ печать (Газета «Право» 1898 № 4 стр. 31 и 1899 № 1 стр. 44 сл.), уже окончила первое чтеніе проекта пятой книги, содержащей обязательственное право, приняла или, быть можетъ, еще приметъ положеніе о судейскомъ правомочіи насчетъ уменьшенія размѣровъ неустойки (въ Германіи имперскій законъ 1894 года считается въ извѣстныхъ отношеніяхъ предвѣстникомъ — «erster Vorläufer» — общегражданскаго кодекса), — мнѣ совершенно неизвѣстно. Во всякомъ случаѣ необходимо считаться и съ подобной возможностью. Это обстоятельство служить, кстати, одной изъ главнѣйшихъ причинъ, почему послѣдующія критическія замчанія въ текстѣ воспроизводятся еще и въ настоящее время, уже послѣ того какъ разбиравшіяся въ нѣмецкомъ изданіи моей работы параграфъ германскаго проекта успѣлъ удостоиться законодательной санкціи.

Мнѣ слѣдовало бы теперь заняться обстоятельной оцѣнкой судейскаго права пониженія неустойки со стороны цѣлесообразности этого явленія. (Иного отношенія къ дѣлу приведенныя узаконенія, думается, не требуютъ да и не допускаютъ). Но подобнаго рода оцѣнка уже неоднократно дѣлалась — и притомъ нерѣдко сравнительно полно и детально. Отсюда ясно, что мое изложеніе явилось бы неизбежно нѣкоторымъ повтореніемъ уже сказаннаго, если бы я дѣйствительно сталъ излагать *in extenso* всѣ соображенія и взгляды, высказывавшіеся по адресу занимающаго насъ правомочія судьи, то въ его защиту, то противъ него <sup>1)</sup>. Приходится, слѣдовательно, отказавшись отъ такого плана, удовлетвориться задачей болѣе скромной. Въ дальнѣйшемъ я ограничиваюсь тѣмъ, что, главнымъ образомъ въ дополненіе къ воззрѣніямъ, уже существующимъ въ интересномъ для насъ здѣсь направленіи, отчасти же въ развитіе и для иллюстраціи ихъ, укажу еще на слѣдующіе моменты, недостаточно, полагаю, принятыя пока во вниманіе при рѣшеніи вопроса о томъ, на чью сторону склониться въ борьбѣ двухъ началъ и лагерей. Но предварительно позволю себѣ отослать читателя къ трудамъ двадцатаго съѣзда нѣмецкихъ юристовъ, на которомъ референты по нашему вопросу, извѣстный, уже названный мною германистъ Гирке, далѣе, Маковеръ, а затѣмъ и другіе необыкновенно горячо и энергично оспаривали тезисы двухъ докладчиковъ Кофка и Симонъ'a, представившихъ свои «Мнѣнія» на обсужденіе съѣзда <sup>2)</sup>. Въ этихъ «Мнѣніяхъ» докладчики становились на стражу неприкосновенности автономнаго опредѣленія сторонъ въ нашемъ вопросѣ, защищая то правовое положеніе, какое господствовало и еще теперь господствуетъ въ Германіи и, соответственно, усвоено было и редакторами по составленію перваго проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія. Напротивъ того, Гирке и ораторы, солидарные съ нимъ, выступили на борьбу съ этимъ поряд-

<sup>1)</sup> См. въ особенности Protokolle I стр. 780—786. Тотъ же сводъ матеріала перепечатанъ у Reatz'a въ его «Die zweite Lesung etc. unter Gegenüberstellung der ersten Lesung» стр. 152 слл.

<sup>2)</sup> Кофка (на котораго уже указывалось) въ Verhandlungen des Zwanzigsten Juristentages II стр. 3—32, Simon тамъ же стр. 33—45.

комъ вещей, настаивая на необходимости признанія законодательнымъ путемъ права судьи понижать договорныя пени<sup>1)</sup> Какъ извѣстно, Гирке удалось увлечь за собой съѣздъ (точнѣе, его секцію) который (почти единогласно) отвергъ предложеніе докладчиковъ, постановивъ опредѣленіе о полезности и желательности предоставленія суду разбираемаго права смягченія — и притомъ въ примѣненіи ко всѣмъ неустойкамъ, т. е. безразлично, идетъ-ли дѣло о строго гражданскомъ обязательствѣ или о сдѣлкѣ изъ области права торговаго. Далѣе, точно также извѣстно, что комиссія, призванная редактировать второй проектъ уложенія, вняла голосу съѣзда — голосу, нашедшему себѣ, впрочемъ, поддержку и съ другихъ сторонъ<sup>2)</sup>, и, согласно съ тѣмъ, внесла въ выработанный ею второй «Entwurf» громкій § 295, который безъ всякихъ почти измѣненій вошелъ потомъ въ самый кодексъ, какъ уже приведенный § 343.

Отрицать, что въ основѣ этой важнѣйшей въ разсматриваемомъ отношеніи нормы лежитъ начало высоко гуманное и, бесспорно, симпатичное, было бы, разумѣется, несправедливо. «Данный параграфъ», резонно замѣчаетъ Планкъ, комментаторъ новаго уложенія и воспріемникъ его въ парламентъ, «содержитъ одно изъ тѣхъ включенныхъ второй комиссіей положеній, которыя имѣютъ ввиду облегчить социальныя нужды и стремятся защитить экономически слабыхъ противъ злоупотребленія своимъ правомъ со стороны экономически сильныхъ»<sup>3)</sup>.—И несмотря на все это, нельзя не подумать, нельзя не сознаться, что обсуждаемый § 343, это—чрезвычайно смѣлый опытъ, это—настоящій «прыжокъ въ неизвѣстность», что это—мѣра не только аномальная, но и гадательная по своимъ результатамъ, если брать и оцѣнивать эти результаты во всей ихъ совокупности<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Verhandlungen IV стр. 60 слл., см. также Gierke, Der Entwurf etc. въ указъ иѣсть стр. 215 (въ отдѣльномъ изданіи стр. 222 сл.) и болѣе раннія по времени замѣчанія Г. Гартмана въ назв. статьѣ: «Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung I. c. стр. 378 слл., а равнымъ образомъ Дербурга, Pand. II § 46 п. 4.

<sup>2)</sup> Ср., напримѣръ, Verhandlungen des königl. (preussisch.) Landesökonomiekollegiums 1890 стр. 258 и 507.

<sup>3)</sup> Коментарій II прим. 1 къ § 343.

<sup>4)</sup> Сказаннымъ я, впрочемъ, еще не становлюсь въ ряды рѣшительныхъ противниковъ нововведенія. Мнѣ только же

Опыт Австріи въ интересующемъ насъ дѣлѣ предоставленія судѣя права уменьшать высоту неустойки, очевидно, не привелъ къ положительнымъ результатамъ. Во всякомъ случаѣ невозможно скрыть то обстоятельство, что выдающіеся австрійскіе юристы выражаются безусловно неодобрительно по адресу того законоположенія, которое санкционируетъ это право въ ихъ отечественномъ гражданскомъ кодексѣ, т. е. по адресу хорошо знакомаго намъ § 1336, точнѣе, его п. 3. Они полагаютъ, что созданіемъ этого положенія законодатель «открылъ доступъ превратно понятой справедливости»<sup>1)</sup>. Нельзя игнорировать вмѣстѣ съ тѣмъ и то, что обязательное по австрійскому праву «выслушаніе заключенія свѣдущихъ людей» все же вноситъ извѣстный — хотя и слабый, быть можетъ, — коррективъ, умѣряющій опасность судейскаго усмотрѣнія или, лучше, судейскаго произвола, по выраженію даже защитниковъ трактуемаго мѣропріятія<sup>2)</sup>. А между

лательно, повторяю, выдвинуть тѣ стороны вопроса, которыя или совершенно обойдены были въ литературѣ, въ законодательствахъ и подготовительныхъ къ нимъ собраніяхъ, или сравнительно мало освѣщались. Между тѣмъ, въ нѣмецкой критикѣ взглянули иначе на мои нижеслѣдующія замѣчанія. Даже Сrome, который отнесся особенно сочувственно къ моей работѣ, — и тотъ, повидимому, недоволенъ подчеркиваніемъ мною отрицательныхъ сторонъ новой мѣры. Онъ пишетъ (въ указ. мѣстѣ): «Den Schluss der trefflichen Arbeit bilden einige Bemerkungen über das auch durch den Entwurf des BGB. dem Richter zugestandene Ermässigungsrecht einer übergrossen Konventionalstrafe. Die hiergegen geltend gemachten Bedenken können wir jedoch nicht teilen, erblicken vielmehr in dem richterlichen Ermässigungsrecht einen ungeheuren Fortschritt, dessen praktische Verwirklichung wir unserem Richterstande vertrauensvoll in die Hände legen können». Правильнѣе на мое отношеніе къ вопросу взглянуть одинъ лишь анонимный авторъ въ Literarisches Centralblatt (l. c.):... «diesem Mässigungsrecht, das auch in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Eingang gefunden hat, steht der Verf. kritisch, aber nicht absolut abweisend gegenüber».

<sup>1)</sup> Stubenrauch Коментарій, послѣднее примѣчаніе къ § 1336: «Wir glauben, dass das Gesetz ... einer übel verstandenen Billigkeit Raum gegeben habe». Ср. Randa назв. соч. стр. 38 сл., Hasenöhrл назв. соч. I стр. 514.

<sup>2)</sup> См. Verhandlungen des Zwanzigsten Juristentages IV стр. 69. Въ этомъ же смыслѣ говорятъ и французскіе писатели, см. Ж. Жирара назв. соч. стр. 116 сл.

тѣмъ и этого корректива въ германскомъ правѣ будущаго не найдется<sup>1)</sup>.

Что касается, далѣе, Швейцарской практики по вопросу о примѣненіи указанной выше ст. 182, то эта практика, въ силу своей молодости, едва-ли можетъ быть принята къ руководству<sup>2)</sup>. Можно сказать лишь одно: опытъ, полученный на этотъ же счетъ въ области дѣйствія и на почвѣ Цюрихскаго гражданскаго уложенія, не оказался много общающимъ. Онъ не могъ подавить тѣхъ сомнѣній, которыя невольно напрашивались при мысли о распространеніи Цюрихскаго § 970 на всю Швейцарію. Мотивы къ этому параграфу, изложенные въ свое время знаменитымъ Блунчли, встрѣтили сильное противорѣчіе и рѣзкую критику<sup>3)</sup>.

Наконецъ, относительно французскаго законодательства нелишне напомнить, что редакторы Code civil отказались отъ признанія за судьей права смятенія неустойки во всей ея цѣлости, согласившись на допущеніе этого права только въ тѣсно опредѣленныхъ границахъ: въ случаѣ частичнаго неисполненія должникомъ своего обязательства. Небезынтересно еще, что предварительно тѣ же редакторы остановились на оцѣнкѣ

<sup>1)</sup> Австрійскіе писатели (напримѣръ, Stubenrauch l. c. пунктъ 5 i. f. и Madeyski въ указ. статьѣ стр. 282) придаютъ значеніе и тому обстоятельству, что по § 1336 п. 3 на должника лежитъ onus probandi чрезвычайности неустойки (ср. къ этому положенію Civilrechtliche Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichtshofes, изд. Унгеромъ, Вальтеромъ и Поасомъ XXIII № 10368 и XXVII № 12690). Вопреки увѣреніямъ редакторовъ новаго германскаго уложенія и его комментаторовъ (Denkschrift стр. 51, Planck прим. 3 къ § 343, Serftmann прим. 6 къ § 343), я не въ состояніи убѣдиться, что точно такое же распределеніе бремени доказыванія вытекаетъ съ необходимостью и изъ общенѣмецкой нормы.

<sup>2)</sup> Съ нѣкоторыми случаями изъ этой практики можно познакомиться по упоминавшейся уже книгѣ Schneider и Fick'a, Комментарій (на нѣмецкомъ языкѣ) къ Швейцарскому закону объ обязательствахъ прим. 9 сл. и 13 сл. къ ст. 182.

<sup>3)</sup> См. тамъ же (у Schneider и Fick'a) прим. 2. Ср. Schumacher'a назв. соч. стр. 64, 104, 107 сл., который является безусловнымъ противникомъ ст. 182.—Самые мотивы Блунчли можно читать въ его же называвшемся раньше трудѣ «Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich» III стр. 49 сл.

несогласной съ этимъ ихъ взглядомъ и несравненно болѣе свободной судебной практики, господствовавшей во Франціи до того времени, и что они сознательно, такимъ образомъ, и обдуманно выступили противъ стараго порядка вещей и его удержанія въ будущемъ<sup>1)</sup>.

1) Объ этомъ отчасти уже излагалось выше стр. 207 сл. Относящіяся сюда типичныя процессы, начиная XVI и кончая XVIII столѣтійемъ, приводит Merlin въ указ. соч. IX стр. 215 сл. Воззрѣніе редакторовъ французскаго кодекса хорошо рисуется въ слѣдующихъ словахъ одного изъ нихъ, Favard'a: «Une clause pénale doit-elle être exécutée rigoureusement? Dans les tribunaux autrefois on la modifiait; quelquefois on la supprimait, quand il n'y avait qu'un retard dans l'exécution, et le juge se contentait de condamner à quelques dommages et intérêts. Cette jurisprudence, qui prenait sa source dans des sentimens louables, avait pourtant un grand vice: elle accoutumait les hommes à se jouer de leurs engagemens, à promettre plus qu'ils ne voulaient tenir, sûrs que les tribunaux les favoriseraient. Le projet de loi, plus sévère et plus juste, ne permet plus aux juges d'affranchir le débiteur de mauvaise foi de la peine qu'il a stipulée lui-même et librement. Il est du devoir du législateur de forcer les hommes à voir des lois dans les contrats, et à les exécuter avec ponctualité: moyen infailible de les ramener à la bonne foi la plus scrupuleuse...» (№ 80 доклада). «Ainsi, cette disposition renferme une excellente morale en assujettissant les hommes à compter sur l'exécution littérale de ce qu'ils ont stipulé» (№ 43 доклада). См. Loqué назв. соч. XII стр. 448 и 435.

Ту же самую практику имѣетъ ввиду и Voet, Commentarius ad Pandectas II стр. 746: .... «moribus hodiernis volunt, ingenti poena conventioni apposita, non totam poenam adiudicandam esse, sed magis arbitrio iudicis eam ita oportere mitigari, ut ad id prope reductatur ac restringatur, quanti probabiliter actoris interesse potest...». Нѣчто подобное желалъ санкционировать и для Германіи Hellfeld (Dissertatio de effecta poenae conventionalis etc. § 23) на томъ-же основаніи, что, какъ полагалъ авторъ, «reipublicae... interest, ne cives immoderata poenarum promissione suis se privent facultatibus, et in paupertatem deducti reipublicae sint noxii».

Владимірскій - Будаповъ (Обзоръ исторіи русскаго права стр. 497 сл.) указываетъ на случай изъ нашей древнерусской практики, когда судъ, по собственному усмотрѣнію, уменьшилъ размѣръ (условленной въ опредѣленной суммѣ) неустойки, — причѣмъ, кажется, не считаетъ этотъ случай исключительнымъ.

Отонъ Беръ—писатель, который въ ученіи о неустойкѣ далеко не является горячимъ поклонникомъ римскаго права, а, скорѣе, склоняется на сторону новыхъ кодификацій (прусскаго Ланд-рехта, французскаго Code'a и австрійскаго уложенія), утверждая, что въ этихъ современныхъ законодательствахъ содержатся, въ примѣненіи къ неустойкѣ болѣе здоровыя начала, чѣмъ въ Corpus'ѣ Juris<sup>1)</sup>. И при всемъ томъ, въ вопросѣ о предоставленіи судѣ права уменьшать назначенную контрагентами сумму договорной пени, — здѣсь даже онъ желалъ бы остаться въ общемъ при старой, римскоправовой, нормировкѣ дѣла: и онъ не скрываетъ опасенія, какъ бы указанное право судьи или суда не привело къ злоупотребленіямъ. Въслѣдствіе того имъ рекомендуется, между прочимъ, другой способъ и выходъ изъ затрудненія. Онъ согласенъ допустить вмѣшательство судебныхъ органовъ, — но вмѣшательство совершенно иного рода. Беръ учитъ: когда, по невыясненности фактической стороны дѣла, трудно установить недобросовѣстность должника и сознательное, преднамѣренное неисполненіе имъ своего обязательства, — при наличности такой обстановки судѣ должно быть дано правомочіе произносить условное опредѣленіе о взысканіи неустойки, — на случай если бы отвѣтчикъ и послѣ надлежащаго истолкованія судомъ заключеннаго соглашенія и его содержанія все-таки упорствовалъ въ своемъ нежеланіи исполнить требуемое дѣйствіе или требуемый рядъ дѣйствій. Судейскому рѣшенію сообщается, такимъ образомъ, до нѣкоторой степени значеніе arbitrium'a, направленного прежде всего на установленіе юридическаго отношенія между сторонами<sup>2)</sup>.

Нетрудно видѣть, что рекомендуемое измѣненіе навѣяно примѣрами изъ германской судебной практики, и мы, по всей вѣроятности, едва-ли ошибемся, если даже сдѣлаемъ болѣе точное предположеніе о томъ, что Беръ былъ знакомъ и солидаренъ съ однимъ уже извѣстнымъ намъ рѣшеніемъ въ области дѣйствія пандектнаго права<sup>3)</sup>—рѣшеніемъ, обратившимъ на себя вниманіе и разби-

<sup>1)</sup> Ср. уже выше стр. 198 и приведенныя тамъ ссылки.

<sup>2)</sup> Bähr, Gegenentwurf § 408.

<sup>3)</sup> См. выше стр. 131 сл. (особенно прим. 1 на стр. 132)

равшимся съ достаточной обстоятельностью въ нѣмецкой цивилистической литературѣ<sup>1)</sup>. Но это совпаденіе еще, естественно, не является гарантіей достоинства и успѣха задуманной Беромъ мѣры. Совершенно ясно, наоборотъ, что намѣченная мѣра должна по большей части оказаться неудачной и бесполезной. Всюду, гдѣ отдѣльные пункты или условія договора не возбуждаютъ какихъ-либо капитальныхъ недоразумѣній (а таково все же большинство договоровъ); гдѣ, далѣе, совершеніе дѣйствія перестало быть осуществимымъ, или гдѣ, наконецъ, должникъ лично поставленъ въ (субъективную) невозможность предпринять требуемое совершеніе или выполненіе *in natura*,—во всѣхъ этихъ и въ подобныхъ случаяхъ проектируемое Беромъ право вмѣшательства судьи врядъ-ли можетъ послужить на пользу должнику: его вездѣ придется приговорить къ платежу всей пени, какъ бы велика или несоразмѣрна она ни была.

Не буду распространяться. Реформа Бера, сама по себѣ, имѣетъ для насъ минимальное значеніе. Если о ней упомянуто, если это не показалось излишнимъ, то случилось это вотъ почему: какъ мы только-что видѣли, она не отличается нужными данными, чтобы обезпечить должнику то охраненіе и соблюденіе его интересовъ, какого ожидаютъ отъ общаго права судьи понижать размѣры неустойки. Но это обстоятельство, этотъ дефектъ не долженъ былъ, очевидно, и не могъ ускользнуть и отъ вниманія самого Бера, — юриста, который прославился не только какъ выдающійся теоретикъ, но и какъ недюжинный практикъ, какъ человѣкъ, обладавшій прежде всего рѣдкимъ практическимъ смысломъ. Если, при такихъ условіяхъ, Беръ все-таки не счелъ возможнымъ присоединить свой авторитетный голосъ къ многочисленному хору тѣхъ (родственныхъ съ нимъ по духу и направленію) ораторовъ, писателей, дѣятелей и т. д., которые настойчиво требовали внесенія въ германское законодательство интересующаго насъ (впослѣдствіи дѣйствительно внесеннаго) параграфа, — то это — фактъ, по моему мнѣнію, назидательный, способный навести на размышленіе и внушить осторожное, а отчасти даже скептическое отношеніе ко всему начинанію, о которомъ мы ведемъ рѣчь.

<sup>1)</sup> Kurhessische Annalen Heuser'a VIII (1861) стр. 52 сл.



Для надлежащей оцѣнки § 343 германскаго кодекса, необходимо принять въ соображеніе еще и слѣдующее. Замѣчаніе названнаго раньше <sup>1)</sup> Симона, что, молъ, нашъ вопросъ принадлежитъ къ числу тѣхъ вопросовъ, гдѣ доводы pro и contra уравниваются другъ друга, — это замѣчаніе могло, пожалуй, возбуждать нѣкоторое сомнѣніе въ Германіи въ то время, когда оно было высказано, — но уже никакъ не теперь и не въ будущемъ. Тѣ основанія, напримѣръ, по коимъ Гирке признавалъ защиту, доставляемую законами о ростовщичествѣ, неудовлетворительною и даже призрачною, ввиду часто практиковавшагося и, безспорно, возмутительнаго злоупотребленія договорной пеней, — нынѣ едва-ли еще существуютъ и встрѣчаются. Германскій законъ о ростовщичествѣ 24 мая 1880 года получилъ, благодаря новеллѣ 19 іюня 1893 г., столь широкое содержаніе, что долженъ быть признанъ вполне достаточнымъ въ качествѣ противовѣса злоупотребленіямъ безграничной свободой неустойчнаго соглашенія <sup>2)</sup>. А если къ этому прибавить, что въ настоящее время благополучно дѣйствуетъ и имперскій законъ о сдѣлкахъ съ платежемъ въ разсрочку и въ частности цитированный выше § 4 этого закона, — то нетрудно убѣдиться, что во всѣхъ приблизительно случаяхъ, которые раньше приводились въ доказательство недостаточности охраны должника и беспомощности его положенія <sup>3)</sup>, должникъ, напротивъ того, оказывается далеко не лишеннымъ требуемой защиты. Это справедливо, думается, даже по адресу того случая, который подвергался особенно внимательному — и не безъ основанія — разсмотрѣнію на знакомомъ намъ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ, — случая съ однимъ лицомъ, которое, при полученіи мѣста въ банкѣ съ жалованьемъ

<sup>1)</sup> См. выше стр. 317.

<sup>2)</sup> Довольно имѣть ввиду § 302 а германскаго уголовнаго уложенія, который въ новой редакціи гласитъ: «... mit Bezug auf ein Darlehn oder auf die Stundung einer Geldforderung oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirthschaftlichen Zwecken dienen soll...», — а также § 302 е того же Strafgesetzbuch'a, создавшій и въ области кредитныхъ сдѣлокъ защиту лицу, находящемуся въ стѣнныхъ обстоятельствахъ, въ случаѣ профессиональной эксплуатаціи его имущества или труда (такъ наз. Sach- и Arbeitswucher).

<sup>3)</sup> См. Gierke въ трудахъ двадцатаго съезда IV стр. 64, стр. 422.

въ 10,000 марокъ, предварительно должно было подписать обязательство не оставлять своей службы до истечения условеннаго срока подъ страхомъ уплаты неустойки въ цѣлыхъ 100,000 марокъ. И къ этому точно также случаю, думаю я, примѣнима упомянутая новелла законодательства 1880—93 гг., такъ какъ банкъ, надо полагать, и вообще прибѣгалъ къ соглашеніямъ въ родѣ указаннаго, принуждая къ принятію аналогичныхъ условій не одного только даннаго служащаго, а всѣхъ своихъ служащихъ или, по крайней мѣрѣ, болѣшую часть ихъ. Банкъ, словомъ, поступалъ такъ обыкновенно, это былъ его обычный пріемъ и способъ дѣйствій. Не вижу, вслѣдствіе того, основанія, почему бы *in casu* не усмотрѣть выставяемаго закономъ реквизита профессиональнаго или промысловаго характера дѣянія и не признать, согласно съ этимъ, заключенной сдѣлки недѣйствительной и ни для кого, стало быть, необязательной <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> См. *Fuld Wuchergesetz* стр. 31 и въ особенности стр. 39, *Heule Wuchergesetze* стр. 81. (Не согласенъ опять *Deus* назв. соч. стр. 32 сл.).

Добавимъ къ сказанному въ текстѣ, что рейхстагъ, кромѣ того, создалъ одно новое, немаловажное и для насъ здѣсь, положеніе: это — многозначительный пунктъ 2 § 138 (см. *Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes* стр. 29 и стенографическіе отчеты засѣданій рейхстага, особенно засѣданіе 20. VI. 1896 стр. 2762 сл.), построенный въ редакціонномъ отношеніи по образцу статьи 1 закона о ростовщичествѣ 1880 г. (*Strafgesetzbuch* § 302 а). Этотъ пунктъ гласитъ: «*Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvortheile versprechen oder gewähren lässt, welche den Werth der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvortheile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen*». Нѣтъ сомнѣнія, что и это законоположеніе обратитъ въ рядъ случаевъ разбираемое право судейскаго пониженія въ совершенно ненужное. Отмѣтимъ кстати, что точно такое же пониженіе введено (тѣмъ же рейхстагомъ) еще въ одномъ случаѣ, нормируемомъ нынѣ въ § 655 новаго кодекса: «*Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Dienstvertrags oder für die Vermittelung eines solchen Vertrags ein unverhältnissmässig hoher Maklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch*

Наконецъ, еще одно обстоятельство. Устранимъ на мгновение вѣроятность или возможность судейскаго произвола и представимъ себѣ судью, который по доброй совѣсти и крайнему разумѣнію будетъ стараться справиться съ опредѣленіемъ размѣра пени, подлежащей уплатѣ. Къ сожалѣнію, такому судѣ суждено натолкнуться на немалыя затрудненія. Остановимся хотя бы на слѣдующемъ. Какой моментъ онъ долженъ будетъ принять во вниманіе при разрѣшеніи своей задачи? время-ли заключенія договора, или время платежа пени? Вѣдь, на пространствѣ періода, раздѣляющаго эти два дѣйствія, многое можетъ измѣниться — и подчасъ даже весьма существенно. Пояснимъ нашу мысль примѣромъ. Хозяинъ обязалъ поступившаго къ нему въ дѣло прикащика не открывать въ теченіе извѣстнаго времени самостоятельнаго тождественнаго предпріятія. Неустойка, послужившая укрѣпленіемъ этого договора, была, скажемъ, непомерно высока. Но затѣмъ положеніе вещей измѣняется: оказывается, что вскорѣ послѣ принятія прикащика хозяину удастся увеличить сбытъ предметовъ своего производства въ нѣсколько разъ. Вотъ тогда прикащикъ нарушаетъ свое обязательство и, открывая, вопреки состоявшемуся соглашенію, собственную, безусловно тождественную торговлю, наживаетъ въ ущербъ своему бывшему хозяину. Уменьшить-ли въ этомъ случаѣ судья размѣръ назначенной сторонами неустойки? — Врядъ-ли, несмотря на то, что по времени установленія она, повторяю, должна считаться чрезмѣрной. И наоборотъ. Предположимъ, что при заключеніи условія была установлена, хотя и значительная, но по тогдашнимъ обстоятельствамъ совершенно справедливая неустойка. За время, однако, служенія прикащика происходитъ паденіе, цвѣтущаго раньше, предпріятія. Благодаря улучшеніямъ, произведеннымъ конкурентами въ данной именно отрасли промышленности или техники, оно остается далеко позади другихъ съ нимъ однородныхъ. Спрашивается:

---

Urtheil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen.» (см. Berichte der Reichstags-Kommission стр. 52 сл. и стенографич. отчеты стр. 2785 сл.). Ср. обо всемъ этомъ еще Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Recht, Vorträge стр. 15 слл.

если прикащикъ теперь покинетъ свое мѣсто и заведетъ свое собственное дѣло, — долженъ-ли онъ и тутъ уплатить всю указанную высокую пеню? Необходимо помнить, что въ моментъ ея назначенія она, правда, соотвѣтствовала обстоятельствамъ, но что теперь открытiе собственной торговли по образцу торговли принципала не можетъ ни принести выгоду, ожидавшихся прежде, ни причинить тѣхъ убытковъ, въ обезпеченiе которыхъ была опредѣлена неустойка. Казалось бы, что въ настоящемъ случаѣ пеня должна подлежать уменьшенiю, — нельзя, однако, не видѣть, что здѣсь уже гораздо труднѣе дать отвѣтъ, чѣмъ въ первомъ случаѣ. — Такимъ образомъ, хотя и нужно будетъ, говоря вообще, считаться, по преимуществу, съ временемъ присужденiя, тѣмъ не менѣе въ отдѣльныхъ случаяхъ трудности, и весьма серьезнаго притомъ свойства, встрѣтятся, очевидно, не разъ и не въ маломъ количествѣ. Прибавимъ ко всему этому, что не безразличны и другiе еще вопросы, — напримѣръ, вопросы о винѣ и объ имущественномъ положенiи или состоятельности сторонъ. И мимо этихъ вопросовъ судья точно также нельзя, недозволительно будетъ пройти, не остановившись на нихъ и не удостоивъ ихъ своего вниманiя и оцѣнки. Законъ вмѣняетъ ему въ обязанность принимать въ расчетъ всѣ рѣшительно условiя и отношенiя, взвѣшивая всѣ разумные интересы вѣрителя — не исключая, конечно, и интересовъ неимущественныхъ, нравственныхъ, интересовъ идеальнаго порядка —, подводить итогъ самымъ разнообразнымъ даннымъ и соображенiямъ. Но не значитъ-ли это налагать на судью работу столь же непосильную, сколько и неподходящую? не значитъ-ли это сообщать ему функцiи въ одинаковой, можетъ быть, мѣрѣ тяжелыя и противорѣчащiя его роли и характеру его дѣятельности — дѣятельности, безспорно, декларативнаго, а не конститутивнаго свойства?!<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Редакторы германскаго уложенiя какъ разъ обратнаго мнѣнiя. Съ ихъ (оптимистической) точки зрѣнiя выходитъ, что именно разносторонность моментовъ (долженствующихъ приниматься въ расчетъ при пониженiи судей условленнаго сторонами размѣра договорной пени) послужить гарантiей противъ судейскаго произвола (Denkschrift въ указ. мѣстѣ, ср. Protokolle I стр. 784: «.... so verzichte man am besten ganz auf Direktive...»).

Въ довершеніе всего—этимъ я ограничу свои замѣчанія—оказывается, что въ области торговыхъ сдѣлокъ судья по-прежнему лишень возможности ослабить самодѣятельность контрагентовъ при установленіи цыфры взыскиваемой неустойки<sup>1)</sup>. Отсюда ясно, что неизбѣжнымъ результатомъ нашего § 343 является или явится еще новое различіе и разногласіе между общегражданскимъ правомъ, съ одной, и торговымъ, съ другой стороны<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Handelsgesetzbuch 1897 г. § 348: «Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden». См. также Denkschrift zu dem Entw. eines HGB's 1897 стр. 209 (въ изд. 1896 г. стр. 194) и Materialien стр. 257 (345) сл., 305 (393), 373 (461) сл. и 390 (478).

<sup>2)</sup> Seckel въ своей рецензій нѣмецкаго изданія настоящей работы (въ указ. мѣстѣ стр. 413) не признаеть значенія этого соображенія. «Handelsrecht», говоритъ онъ, «ist gerade dazu da, vom bürgerlichen Rechte zu dissoniren, und es ist nur erfreulich, dass auch im Punkt der Strafherabsetzung das Handelsgesetzbuch der Versuchung öder Gleichmacherei widerstanden hat». На это я отвѣчу, что я самъ не принадлежу къ сторонникамъ того направленія, которое стремится устранить существующій нынѣ дуализмъ между нормами гражданского и торговаго права (см. въ последнее время Шершеневича, Исторія кодификаціи гражд. права въ Россіи стр. 122 сл. 127 сл. и приведенную у него литературу, ср. также Предисловія къ изданнымъ редакц. комиссіей по составлен. гражд. улож. переводамъ Швейцарск. союзн. закона объ обязательствахъ и Калифорнскаго гражд. улож.). Но, съ другой стороны, нѣтъ также, думается мнѣ, основанія безъ нужды и безъ цѣли способствовать у с и л е н і ю означеннаго дуализма. А между тѣмъ въ данномъ случаѣ дѣло обстоитъ именно такъ. Резонно, на мой взглядъ, ставить слѣдующаго рода вопросъ: отчего вводить судейское право пониженія неустойки въ гражданскомъ правѣ, если не вводить его въ то же самое время въ области права торговаго, въ которой злоупотребленія неустойчнымъ договоромъ были особенно часты и сильны и къ которой, главнымъ образомъ, относились и случаи, вызывавшіе негодованіе на неоднократно упоминавшемся съѣздѣ и среди юристовъ вообще (случаи, не всегда, конечно, подпадающіе подъ дѣйствіе п. 2 § 75 HGB'a 1897 г.)? Не на точкѣ зрѣнія Зеккеля стоялъ, очевидно, и Гирке, когда заканчивалъ свою рѣчь словами: «Schliesslich würde noch das Verhältniss zu dem HGB..... Schwierigkeiten machen. Und es ist ja wahr, dass eine Verschiedenheit zwischen dem Handelsrecht und dem bürgerlichen Rechte hier nicht

Вотъ каковы, по моему мнѣнію, тѣ затрудненія, которыя неминуемо должны намъ представиться при допущеніи судейскаго права понижать размѣры неустойки. Но, повторяю, я далекъ отъ отрицанія того, что разсмотрѣнный законъ преслѣдуетъ задачу благородную, этическую. И затѣмъ, при многообра-

wünschenswerth ist... In Übereinstimmung mit meinem Herren Correferenten ist deshalb auch die Fassung in dem Ihnen unterbreiteten Antrag gewählt, dass ein richterliches Mässigungsrecht eingeführt werden möge bei «allen» Conventionalstrafen.» (Verhandlungen IV стр. 66).

Мимоходомъ коснусь еще одного возраженія Зеккеля противъ моей критики положенія, содержащагося въ BGB. § 343. Онъ говоритъ (тамъ же стр. 412): «Wie viel man dem Richter eines bestimmten Landes und einer bestimmten Zeit vertrauen will, ist Temperamentsache, und der Streit darüber ist mit rein wissenschaftlichen Mitteln nicht auszufechten. Es wird immer Leute geben, die es selbstverständlich finden, dass die Strafkammer bei Vertragsbruch eines Kriegslieferanten (StrGB. § 329) herausfinde, ob 6 oder 60 Monate Gefängniss als verhältnissmässige Strafe erscheinen, indessen sie nicht zu begreifen vermögen, wie man der Civilkammer die Beurtheilung frei geben kann, ob 60,000 oder 6,000 M. im ähnlichen Einzelfall eine unverhältnissmässige Strafe seien». Зеккель (ср., впрочемъ, уже G. Hartmann'a въ указ. статьѣ стр. 380) здѣсь упускаетъ изъ виду, что въ послѣднемъ случаѣ, въ примѣръ взявъ гражданскаго права, вопросъ идетъ объ отъѣнѣ соглашенія, которое заключено самимъ должникомъ, и, слѣдовательно, не о простой только и свободной оцѣнкѣ, а о несомнѣнномъ вторженіи въ сферу частной автономіи и частныхъ правъ. Это, разумѣется, далеко не одно и то же. Но и помимо того: аргументація на почвѣ сближенія и уравненія явленій гражданскоправовыхъ съ явленіями, заимствованными изъ уголовного права и процесса, мнѣ представляется, по меньшей мѣрѣ, сомнительной съ точки зрѣнія своей научной состоятельности и убѣдительности. Вѣдь, ввели мы у себя на континентѣ Европы судъ присяжныхъ для огромной категоріи важнѣйшихъ уголовныхъ дѣлъ и, несмотря на это, не ввели и не думаемъ вводить тотъ же судъ для дѣлъ гражданскихъ. Какое же имѣлось бы у насъ основаніе дорожить и гордиться названнымъ институтомъ въ сферѣ одного процесса и отвергать его въ сферѣ другого, если бы можно было безнаказанно переносить безъ дальнѣйшаго формы и нормы изъ одной области въ другую? Очевидно, что разсуждая и поступаая такъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ дѣйствительности, мы стоимъ на точкѣ зрѣнія, принципиально противоположной точкѣ зрѣнія Зеккеля: мы твердо памятуемъ, что роли судьи гражданского и уголовного — роли различныя (см. также Гольмстена въ указ. статьѣ стр. 173 прим. 4).

зи явленій практической жизни, все же невозможно быть вполне увѣреннымъ, что защита, предоставляемая правопорядкомъ и удовлетворительная въ настоящее время, окажется всегда достаточной и въ будущемъ: могутъ, конечно, наступить и такіе случаи, когда будетъ желательно, чтобы судья протянулъ руку помощи сторонѣ, впавшей въ трудное положеніе, когда другого средства избѣжать суроваго рѣшенія не найдется<sup>1)</sup>. Пожелаемъ же, чтобы тѣ надежды, какія возложены германскимъ законодателемъ на правосудіе и его представителей, осуществились въ правѣ двадцатаго столѣтія; чтобы судебное сословіе Германіи, въ полномъ сознаніи всего значенія предъявленныхъ къ нему требованій, силилось и успѣло оправдать довѣріе къ нему общества и науки; чтобы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оно сумѣло, соотвѣтственно ожиданіямъ, отыскать истинно справедливый отвѣтъ, произнести рѣшеніе по возможности близкое къ началамъ римской, неизмѣнно свѣтящей намъ, *aequitas*.

---

<sup>1)</sup> Здѣсь мною не имѣются, впрочемъ, ввиду тѣхъ случаев, на которые ссылается Зеккель (въ указ. мѣстѣ стр. 413) и которые отчасти изложены у Sprenger'a (въ назв. статьѣ стр. 650 прим.), отчасти же почерпнуты изъ *Jahrb. der Württembergischen Rechtspflege* IV, 1891, № 26). Во всѣхъ этихъ случаяхъ судья примѣнилъ (весьма правильно, по моему убѣжденію, а не насильственно, какъ полагаетъ Зеккель) ограничительное толкованіе, согласно афоризму «*Semper in obscuris quod minimum est sequimur*» (Ulp. въ fr. 9 D. de R. I. 50, 17, ср. fr. 34 i. f. D. eod.), — афоризму, который въ особенности умѣстенъ при интерпретаціи соглашенія неустойчиваго характера. И при предоставленіи судѣ права на пониженіе высоты неустойки, судья все-таки долженъ будетъ прежде всего заняться выясненіемъ содержанія и смысла состоявшейся между сторонами сдѣлки, другими словами, долженъ будетъ прежде всего истолковать ее, а, толкуя, обязательно воспользоваться приведеннымъ правиломъ древнеримской герменевтики.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

СПІВГУ



СП6ГУ

## ПРИЛОЖЕНИЕ I.

### КНИГА V (?).

#### Раздѣль \*

#### ГЛАВА \*

#### О (добровольной) неустойкѣ.

(предназначается для Проекта нашего будущаго гражданскаго уложенія)<sup>1)</sup>.

Ст. 2). Договоръ о неустойкѣ есть такой придаточный<sup>2)</sup> договоръ, которымъ одна сторона, въ обезпеченіе исполненія обязательства<sup>4)</sup>, объявляетъ что-либо<sup>5)</sup> на случай его неисполненія или ненадлежащаго исполненія<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> Смѣю надѣяться, что послѣдующія строки еще не окончательно запоздали. Соображенія о близости изданія кодекса нерѣдко бываютъ ошибочны. Брунсъ, какъ извѣстно, писалъ въ 48 году настоящаго столѣтія: «... das lebendige Bedürfniss des Volkes... macht die Codification einfach zu einer praktischen Nothwendigkeit, der sich die deutschen Staaten nicht lange mehr entziehen können». (Предисловіе къ труду «Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart» стр. VI). Этой назрѣвшей необходимости суждено было осуществиться — вопреки ожиданіямъ Брунса — лишь полвѣка спустя!

<sup>2)</sup> Ср. ст. 1226 Наполеонова кодекса въ русскомъ переводѣ въ Собран. гражд. зак. губ. Царства Польскаго.

<sup>3)</sup> См. выше стр. 14 слл. 185 прим. Слово «придаточный» дѣлаетъ излишними оба пункта ст. 1227 Code'a, а отчасти и § 344 B.G.B.'а (ср. Саксонск. гражд. улож. §§ 1433 сл., Швейцарск. союзн. зак. объ обязательствахъ ст. 181).

<sup>4)</sup> См. выше стр. 17 прим. 1.

<sup>5)</sup> См. выше стр. 93 сл.

<sup>6)</sup> См. выше стр. 81 сл.

Ст. 4). Неустойка подлежит взысканію, когда обязавшаяся сторона впаде въ просрочку 2).

Ст. 3). Если неустойка назначена на случай неисполненія должникомъ обязательства, то вѣритель можетъ требовать или его исполненія, или, вмѣсто того, уплаты неустойки.

Если вѣрителю принадлежитъ право на вознагражденіе за убытки, отъ неисполненія произошедшіе, то онъ можетъ требовать или уплаты убытковъ, или, вмѣсто того, уплаты неустойки, какъ низшаго размѣра убытковъ. Не исключается право вѣрителя на дополнительное взысканіе убытковъ, поскольку они превышаютъ размѣръ неустойки 4).

Ст. 5). Если неустойка назначена на случай ненадлежащаго исполненія должникомъ обязательства, въ особенности же на случай опозданія 6), то вѣритель имѣетъ право на уплату неустойки сверхъ требованія объ исполненіи.

Если вѣрителю принадлежитъ право на вознагражденіе за убытки, отъ ненадлежащаго исполненія произошедшіе, то примѣняются правила второй части предшествующей статьи 7).

1) Ср. ст. 1230 Code'a и § 339 B.G.B.'a.

2) См. выше стр. 283—297. Терминъ «просрочка», конечно, употребленъ въ смыслѣ техническомъ. Для толкованія данной статьи необходимо, такимъ образомъ, имѣть ввиду усвоенное кодексомъ понятіе просрочки. Другими словами, наша статья отсылаетъ судью къ тѣмъ нормамъ, какія вообще приняты въ отдѣлѣ о просрочкѣ и какія являются рѣшающими для вопросовъ о винѣ и напominаніи — въ примѣненіи къ *obligationes faciendi* и *non faciendi*, къ обязательствамъ съ назначеніемъ опредѣленнаго времени для исполненія и безъ такого назначенія.

3) Ср. B.G.B. § 340 Abs. 1 и 2.

4) См. выше стр. 82 слл. Второе предложеніе перваго пункта § 340 B.G.B.'a (см. выше стр. 230, ср. Остзейск. Сводъ III ст. 3372 и выше стр. 237 сл.) излишне, думается, заимствовать.

5) B.G.B. § 341 Abs. 1 и 2.

6) См., напримѣръ, выше стр. 240.

7) См. выше стр. 82 слл., 192 слл. — Относительно B.G.B. § 341 Abs. 3 см. выше стр. 100 слл. и ср. еще согласныя съ изложеннымъ мною I с. мнѣніемъ рѣшенія гражд. кассац. деп. 71/90, 71/249, 72/588).

Относительно § 342 В. Г. В. см. выше стр. 231 слл. Несмотря на цѣлесообразность этой нормы, въ указанныхъ выше 1. с. предблахъ, она мною все-таки не вносится въ проектъ, ввиду сравнительной рѣдкости регулируемаго ею случая въ практикѣ современнаго оборота. И все прочія законодательства, кромѣ общегерманскаго, точно также не содержатъ ея.

В. Г. В. § 345 долженъ считаться ненужнымъ, особенно ввиду нашей первой статьи (см. выше стр. 16, ср. Planck, Коментарій II прим. къ § 345).

Что касается французскаго Code civil, то объ его статьяхъ 1231—1233 см. выше стр. 274 слл. 283, 297 слл.

Равнымъ образомъ, не нуждаются въ настоящее время въ специальныхъ нормахъ положенія: 1) о томъ, что неустойка не тождественна съ отступнымъ и что потому неустойчивое соглашеніе не даетъ должнику права выбора между уплатой неустойки и исполненіемъ обязательства или отвѣтственностью за неисполненіе (см., напр., Остзейск. Сводъ III ст. 3369 прим. и ст. 3373); 2) о томъ, что предлагаемыя нормы лишь диспозитивнаго характера (тамъ же ст. 3374 п. 1); 3) что неустойка подлежитъ взысканію и тогда, когда вѣритель не понесъ никакого ущерба (Швейцарск. союзн. зак. объ обязат. ст. 180 п. 1); 4) что условіе о неустойкѣ не должно прикрывать собою ростовщическую сдѣлку (новѣйшимъ правомъ это предусматривается въ законахъ о ростовщичествѣ и входитъ въ составъ опредѣлений уголовныхъ кодексовъ: такъ дѣло поставлено въ Германіи и у насъ, см. выше стр. 310 и 324 сл.), — и, наконецъ, еще рядъ другихъ положеній (см., наприм., отдѣльныя постановленія Прусскаго Земскаго права, выше стр. 199 слл.).

## ПРИЛОЖЕНИЕ II.

### ИСТОЧНИКИ.

#### А. Римское (и грекоримское) право.

##### 1. До Юстиниана.

	<i>Стр.</i>
Gai II, 31 . . . . .	182
III, 176 sqq. . . . .	156
IV, 171 . . . . .	81
IV, 186 . . . . .	147
IV, 193 sq. . . . .	45
Vat. 11 . . . . .	94, 271
263 . . . . .	156
C. Th. 2, 9 de pact. et transact. 2 . . . . .	50
C. I. L. III, 2, 933 . . . . .	79
III, 2, 950 . . . . .	26
VI, 2, 10239 . . . . .	110

##### 2. Юстинианово законодательство.

I. 3, 7 de success. libert. 3 . . . . .	147
3, 15 de verb. obl. 7 . . . . .	4, 81, 109, 152, 176, 233
3, 19 de inutil. stipul. 19 . . . . .	78, 183
3, 29 quib. mod. obl. toll. 3a . . . . .	156
4, 17 de officio iudicis 2 . . . . .	46
D. 2, 10 de eo per quem 3 § 4 . . . . .	147
2, 11 si quis cautionibus 9 § 1 . . . . .	276 слл. 279 слл.
15 . . . . .	147
2, 14 de pactis 10 § 1 . . . . .	41
27 § 2 . . . . .	50
35 . . . . .	129

	<i>Cmp.</i>
D. 2, 15 de transact. 2 . . . . .	178
4 . . . . .	178
9 § 2 . . . . .	118
14 . . . . .	129
15 . . . . .	78, 119, 178
16 . . . . .	111, 119, 178
4, 3 de dolo malo 18 § 5 . . . . .	285
4, 8 de receptis 11 § 2 . . . . .	175, 233
11 § 3 . . . . .	79, 175
21 § 12 . . . . .	11, 42
23 pr. . . . .	99, 282
27 § 7 . . . . .	42, 175
28 . . . . .	42, 175 с.л.
31 . . . . .	42
42 . . . . .	78
8, 5 si serv. vind. 7 . . . . .	182
9, 2 ad leg. Aquil. 22 pr. . . . .	285
10, 2 fam. ercisc. 25 § 10 . . . . .	72
25 §§ 13, 14 . . . . .	277
36 . . . . .	129
11, 7 de relig. 11 . . . . .	183
12, 1 de reb. cred. 24 . . . . .	41
13, 4 de eo quod certo loco 10 . . . . .	99
13, 5 de pecun. constit. 29 . . . . .	17
14, 2 de lege Rhodia 10 § 1 . . . . .	294
17, 2 pro socio 41 . . . . .	55, 180, 232
42 . . . . .	55, 180, 232
47 pr. . . . .	64
71 pr. . . . .	151 с.л. 180
18, 3 de lege commissor. 6 § 2 . . . . .	99
18, 7 de serv. export. 6 § 1 . . . . .	80
7 . . . . .	79
19, 1 de act. empti vend. 13 § 12 . . . . .	285 с.л.
13 § 20 . . . . .	126 с.л.
13 § 26 . . . . .	95
28 . . . . .	38, 55, 76, 232
47 . . . . .	108, 120 с.л. 181, 278
19, 2 loc. cond. 54 § 1 . . . . .	294
19, 5 de praeser. verb. 14 § 3 . . . . .	63
21, 2 de eviction. 56 pr. . . . .	271
22, 1 de usuris 9 pr. . . . .	271
44 . . . . .	271

	<i>Cmp.</i>
D. 22, 2 de naut. faen. 9 . . . . .	279, 285, 294, 308
23, 3 de iure dot. 43 pr. . . . .	54
51 . . . . .	54
23, 4 de pact. dotal. 12 § 2 . . . . .	42, 66, 69
28, 5 de hered. instit. 23 § 3 . . . . .	308
33, 9 de penn. leg. 1 . . . . .	10, 27, 284
34, 4 de adim. vel. transfer. leg. 3 . . . . .	19
6 . . . . .	19
7 . . . . .	19
34, 5 de rebus dubiis 13 §§ 2, 5 . . . . .	278
34, 6 de his quae poenae 2 . . . . .	14
35, 1 de cond. et dem. 23 . . . . .	282
56 . . . . .	282
35, 2 ad leg. Falc. 1 § 8 . . . . .	11, 22
35 § 2 . . . . .	281
36, 2 quando dies leg. 5 § 2 . . . . .	21
19 pr. . . . .	11, 284
19 § 1 . . . . .	20
24 pr. . . . .	11, 19, 21, 284
24 § 1 . . . . .	22
38, 1 de oper. libert. 39 pr. § 1 . . . . .	86
39, 1 de o. novi nunt. 22 . . . . .	273
39, 4 de publicanis 5 pr. . . . .	153
40, 7 de statulib. 9 § 2 . . . . .	242
42, 2 de confess. 6 § 2 . . . . .	46
42, 7 de curat. bonis dando 1 § 1 . . . . .	308
44, 4 de doli mali et met. exc. 4 § 7 . . . . .	40, 44, 66
44, 5 quar. rer. act. 1 § 6 . . . . .	78
44, 7 de obl. et act. 23 . . . . .	11, 284
34 . . . . .	67
44 § 5 . . . . .	7, 29 слл.
44 § 6 . . . . .	7, 29 слл., 146, 149 сл.
45, 1 de verb. obl. 2 §§ 5, 6 . . . . .	183
3 . . . . .	79, 271
5 § 3a . . . . .	278
5 § 4 . . . . .	278, 282
27 § 1 . . . . .	9
38 §§ 1, 2, 4 . . . . .	183
38 § 17 . . . . .	79, 183 сл., 233, 271, 282
52 pr. . . . .	278
58 . . . . .	158

	<i>Cmp.</i>
D. 45, 1 de verb. obl. 68 . . . . .	179
69 . . . . .	286
71 . . . . .	152
77 . . . . .	279, 285, 294, 308
84 . . . . .	18
85 § 3 . . . . .	182
85 § 6 . . . . .	277, 298
90 . . . . .	282
97 pr. . . . .	185
99 . . . . .	9
115 pr. . . . .	146 c.i.
115 § 1 . . . . .	8
115 § 2 . . . . .	8, 24, 34, 111, 137, 148, 185, 284
122 § 2 . . . . .	153, 183
122 § 3 . . . . .	294
122 § 6 . . . . .	127 c.i.i.
126 § 3 . . . . .	185
132 pr. . . . .	134
134 pr. . . . .	200
134 § 1 . . . . .	180
137 § 7 . . . . .	4, 152
45, 3 de stipul. serv. 1 § 6 . . . . .	35
46, 2 de novat. 1 pr. . . . .	32
8 §§ 1, 2, 5 . . . . .	158
11 § 1 . . . . .	156
15 . . . . .	15
28 . . . . .	31
46, 3 de solut. 105 . . . . .	11
46, 4 de accept. 4 . . . . .	54
5 . . . . .	54
46, 5 de stip. praetor. 2 pr. § 2 . . . . .	176
6 . . . . .	176
9 . . . . .	278
11 . . . . .	4, 81, 176
46, 8 ratam rem haberi 8 § 2 . . . . .	176
47, 2 de furtis 68 (67) § 1 . . . . .	286
89 . . . . .	67
50, 17 de div. reg. iuris 9 . . . . .	88, 330
34 . . . . .	88, 330
57 . . . . .	82
77 . . . . .	54
178 . . . . .	16



	<i>Стр.</i>
С. 2, 3 de pactis 14 . . . . .	25, 61, 149
2, 4 de transact. 2 . . . . .	129
14 . . . . .	50
17 . . . . .	113, 118
20 . . . . .	177
37 . . . . .	43, 120
39 . . . . .	43
40 . . . . .	42, 49 слл. 112
2, 55 (56) de receptis 1 . . . . .	15
4 . . . . .	175
5 . . . . .	175
4, 17 ex delict. defunct. un. . . . .	273
4, 32 de usuris 8 . . . . .	99
15 . . . . .	271
5, 1 de sponsal. 5 § 6 . . . . .	78
6, 51 de cad. tollend. un. § 7 . . . . .	9
7, 47 de sent., quae pro eo un. § 7 . . . . .	272
7, 54 de usur. rei iudic. 3 § 2 . . . . .	156
8, 34 (35) de pact. pignor. 3 . . . . .	95
8, 37 (38) de contr. et comm. stip. 12 . . . . .	240, 284
8, 41 (42) de novat. 8 . . . . .	156
8, 43 (44) de acceptilat. 2 . . . . .	50
3 . . . . .	50

### 3. Посль Юстиниана.

Basil. XI, 1, 7 schol. 6 . . . . .	117
XI, 2, 9 . . . . .	118
XI, 2, 15 schol. 1—3 . . . . .	119 сл.
XI, 2, 34 . . . . .	118
Пеїра XLV, 1 . . . . .	117
Гарменопуло I, 9, 6 . . . . .	117

## В. Современное право.

### 1. Австрія.

Общегражданское уложение § 1336 . . . . .	213, 253 слл. 297, 312 сл., 319 сл.
§ 1337 . . . . .	299
(Галиційскій гражданскій кодексъ § 488 . . . . .	213)

### 2. Баварія.

Земское право 1756 г. IV, I, 11 § 2 . . . . .	219
Проектъ 1808/9 г. ст. 1321 . . . . .	210
1323 . . . . .	218

## 3. Баденъ.

емское право ст. 1226 . . . . .	94
1229 . . . . .	212
1231 . . . . .	274

## 4. Германія.

Законодательство о процентахъ 67 и 68 гг. . . . .	95 сл.	310
Дрезденскій проектъ ст. 127 . . . . .		271
128 . . . . .		293
Первый проектъ гражданскаго уложенія § 421 . . . . .		104
Гражданское уложеніе § 138 . . . . .		325
§ 264 . . . . .		230
§ 266 . . . . .		298
§ 285 . . . . .		295
§ 288 . . . . .		229
§ 320 . . . . .		298
§ 339 . . . . .	15, 295, 297,	334
§ 340 . . . . .	228, 230,	334
§ 341 . . . . .	104, 228, 298,	334
§ 342 . . . . .	231,	335
§ 343 . . . . .	313, 318 сл.	
§ 344 . . . . .	15,	333
§ 345 . . . . .		335
§ 359 . . . . .		237
§ 363 . . . . .		298
§ 633 . . . . .		228
§ 655 . . . . .		325 сл.
§ 1297 . . . . .		200
Конкурсный уставъ § 62 (55) п. 2 . . . . .		312
§ 63 (56) п. 3 . . . . .		312
Торговое уложеніе 1861—65 гг. ст. 284 . . . . .		216, 234
308 . . . . .		234
Торговое уложеніе 1897 г. § 74 . . . . .		98, 235
§ 75 . . . . .	98, 234 сл.	328
§ 348 . . . . .		328
Имперскій законъ о сдѣлкахъ съ платежемъ въ разсрочку § 4 п. 1 . . . . .	314,	324
Уголовное уложеніе § 302а . . . . .		310, 324
§ 302е . . . . .		324

## 5. Италія.

Гражданское уложеніе ст. 1209 . . . . .	210 сл.
1211 . . . . .	211

	<i>Стр.</i>
Гражданское уложение ст. 1212 . . . . .	211, 293
1213 . . . . .	296
1214 . . . . .	274
1223 . . . . .	297
1225 сл. . . . .	293
1230 . . . . .	211

### 6. Калифорнія.

Гражданское уложение 2144 (3389) . . . . .	219
--	-----

### 7. Пруссія.

Земское право I, 5 § 292 . . . . .	189
§ 293 . . . . .	191, 223, 254
§ 294 . . . . .	199
§ 295 . . . . .	200
§ 296 . . . . .	201, 276, 306
§ 301 . . . . .	272, 309, 316
§ 305 . . . . .	296
§ 307 . . . . .	103
§ 308 . . . . .	190
§ 309 . . . . .	190
§ 311 . . . . .	215, 254, 261
§ 312 . . . . .	220, 254
§ 313—§ 316 . . . . .	254
I, 9 § 366 . . . . .	299
I, 11 § 833 . . . . .	223
§ 834 . . . . .	197
II, 1 § 112—§ 115 . . . . .	200
§§ 118 сл. . . . .	200

### 8. Россія.

Проектъ гражданского уложения 1814 г. § 44 . . . . .	254
§ 45 . . . . .	253 сл. 261
§ 46 . . . . .	254
Т. X ч. 1 ст. 569 . . . . .	244
570 . . . . .	244
641 . . . . .	265
1536 . . . . .	268
1554 . . . . .	243
1573 . . . . .	243, 297

	<i>Стр.</i>
Г. X ч. 1 ст. 1574 . . . . .	243
1575 . . . . .	243, 265
1583 . . . . .	266
1584 . . . . .	272, 309
1585 . . . . .	243 сл. 297
1586 . . . . .	272, 308
Положеніе о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ ст. 87—90 . . . . .	265
	208 . . . . . 265
Торговый уставъ ст. 326 . . . . .	265
Сводъ Военныхъ Постановленій кн. XVIII ст. 23 . . . . .	265
	79 . . . . . 265
Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями ст. 180 <sup>2</sup> . . . . .	310
Уложеніе о наказаніяхъ ст. 1707 . . . . .	310

Проектъ Остзейскаго Свода III ст. 3821 . . . . .	293
Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ ст. 2907 . . . . .	242
	ст. 3306 . . . . . 297
	3322 . . . . . 293, 297
	3369 . . . . . 241, 335
	3370 . . . . . 241
	3371 . . . . . 271
	3372 . . . . . 237, 334
	3373 . . . . . 241, 293, 335
	3374. 238, 240, 297, 335
	3375 . . . . . 278
	3376 . . . . . 238, 240
	3377 . . . . . 299
Собраніе гражданскихъ законовъ губерній Царства Польскаго ст. 1231 . . . . .	274

### 9. Рюштокъ.

Городское право 1757 г. III, 6, 29 . . . . .	219
--	-----

### 10. Саксонія.

Гражданское уложеніе § 738 . . . . .	293
§ 1428 . . . . .	221
§ 1429 . . . . .	103, 222
§ 1430 . . . . .	271
§ 1431 . . . . .	222
§ 1432 . . . . .	293, 297
§ 1433 сл. . . . .	333
§ 1580 . . . . .	200

## 11. Франція.

Наполеоновъ кодексъ ст. 1134 . . . . .	205
1139 . . . . .	297
1145 . . . . .	295
1147 . . . . .	293
1150 . . . . .	215
1151 . . . . .	205, 254
1152 . . . . .	203, 223, 254
1153 . . . . .	254, 273
1184 . . . . .	204
1226 . . . . .	15, 202, 333
1227 . . . . .	15, 185, 333
1228 . . . . .	203
1229 . . . . .	108, 203, 208, 273, 293
1230 . . . . .	296, 334
1231 . . . . .	274 слл. 299, 307, 335
1232 . . . . .	283, 335
1233 . . . . .	283, 335
2047 . . . . .	209 сл.
Законъ о процентахъ 1807 г. . . . .	273

## 12. Цюрихъ.

Гражданское уложеніе § 969 . . . . .	224
§ 970 . . . . .	271, 313, 320
§ 971 . . . . .	224
§ 972 . . . . .	293

## 13. Швейцарія.

Союзный законъ объ обязательствахъ ст. 110 . . . . .	226
178 . . . . .	103, 225
180 . . . . .	226, 293, 335
181 . . . . .	226, 333
182 . . . . .	313, 320

## 14. Японія.

Гражданскій кодексъ ст. 420 . . . . .	212 сл.
---------------------------------------	---------

### ПРИЛОЖЕНИЕ III.

#### ЛИТЕРАТУРА.

- Aubry.** De la stipulatio poenae en droit Romain.—Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations conventionnelles en droit Français. Paris 1878. (Thèse pour le doctorat).
- Bach** (Jo. Aug.). Dissertatio iuridica de multa poenitentiali in emptione venditione, въ его же Opuscula ad historiam et iurisprudentiam spectantia. Halae 1767, X p. 386—405.
- Bernhard** (Joh. Bapt.). Von der Conventionalstrafe. Würzburg 1843 (Inaug.-Diss.).
- Bertolini.** Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano. Roma 1894.
- à Beyma** (Jul.). Tractatus de Poenalibus Stipulationibus, въ его же Comment. In varios Titulos Juris, item Tractatus. Leovardiae 1645, p. 599—612.
- Braun.** (Respondens: de Wangenheim). Disputatio iuridica de poena conventionali maxime in matrimonialibus. Jenae 1707.
- Costa.** Animus novandi, въ Studii giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer, diritto Romano. Torino 1898, срр. 45—55.
- Deus.** Die Vertragsstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1896. (Inaug.-Diss.).
- Eisele.** Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz, въ Archiv für die civilistische Praxis LXXIX (1892) № 10.
- Gerber** (Herm.). Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast. Jena 1858.

- Girard** (G.). De la stipulatio poenae en droit Romain. — De la clause pénale en droit Français. Paris 1877. (Thèse pour le doctorat).
- Гольмстенъ**. Юридическая конструкция добровольной неустойки, въ его же Юридическихъ изслѣдованіяхъ и статьяхъ. С.-Петербургъ 1894, № III, 3.
- Heimbach**. Статья «Conventionalstrafe», въ Rechtslexikon Weiske. 2 Aufl. Bd. III, Leipzig 1844.
- Hellfeld**. Dissertatio de effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae, въ его же Opuscula et Dissertationes (iuris civilis privati). Jenae, Lipsiae & Francofurti 1775, XVII p. 371—400.
- Hölder**. Статья «Konventionalstrafe» въ Rechtslexikon v. Holtzendorff'a. 3 Aufl. Bd. II. Leipzig 1881.
- Jäger** (Georg). De stipulatione poenae quam etiam poenam conventionalem vocant. Jenae 1839. (Comment. inaug.).
- Jhering** (R.). Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht. Eine Festschrift. Giessen 1867. (Вошло затѣмъ съ прибавленіемъ въ его же Vermischte Schriften juristischen Inhalts. Leipzig 1879, № IV).
- Jhering** (R. v.). Gutachten des Geheimen Justizrath Prof. Dr..., въ Zwei Rechtsgutachten in Sachen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Unternehmung des grossen Tunnels (Favre). Luzern 1884, № 1.
- Kersten** (Chr. Friedr.). De poena conventionali. Lips. 1839. (Diss.).
- Koffka**. Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden? въ Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages. Bd. II. Berlin 1889, № XIII.
- Krüger** (Hugo). Beiträge zur Lehre von der exceptio doli. 1 Heft. Halle 1892.
- Lacaze**, De la nature de la stipulation de peine (en droit Romain). Paris 1889. (Thèse pour le doctorat).
- Lauterbach**. (Respondens: Wolfg. Ludov. Reus). Disputatio inauguralis de poena conventionali 1666, въ его же Diss. Acad. Vol. III. Tubingae 1728, № CXIII p. 411—445.

- Liebe.** Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840.
- Madai** (v.). Die Lehre von der Mora. Halle 1837.
- Madeyski** (Ritter v.). Die Conventionalstrafe und ihre Anwendungsarten bei Verträgen, вь Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung XXXI (1880) № 68—№ 77.
- Mann.** Gehört zur Verwirkung der Conventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? Göttingen 1890. (Inaug.-Diss.).
- Manns.** Von der Conventionalstrafe. 1 Theil. Frankfurt a. M. 1876.
- Martinus.** Wird nach Preussischem Recht eine für den Fall nicht pünktlicher Zinszahlung verabredete Conventionalstrafe von dem Zinseszinsverbote des § 818 Th. I Tit. 11 Allgemeinen Landrechts betroffen? вь Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Gruchot'a XXXIX (1895) № 16.
- Maxen.** Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen. Göttingen 1861.
- Mommsen** (Friedr.). Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abth.: Zur Lehre vom dem Interesse. Dritte Abth.: Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur L. v. d. Culpa. Braunschweig 1855.
- Nettelblatt** (Frhr. v.). Der Strafvertrag nach gemeinem Rechte. Ludwigslust 1886.
- Neuenfeldt.** Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung? Berlin 1885 (Inaug.-Diss.).
- Neuhaus.** Die Conventionalstrafe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Das gemeine Recht als Grundlage und zur Vergleichung. Elberfeld 1897. (Inaug.-Diss.).
- Oertmann.** Der Vergleich in gemeinen Civilrecht. Berlin 1895.
- Pergament.** Conventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältniss zu einander. Berlin 1896. (Von der jurist. Fakultät d. Universität Berlin gekrönte Preisschrift).
- Priess** (Jo. Joach). Commentatio iuridica utrum poena conventionalis pro surrogato obligationis principalis habenda sit... Rostochii 1774.
- Randa.** Zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe. Wien 1869.
- de Retes** (Jos. Fern.). Repetita Praelectio ad Tit. Dig. de V. O. Pars secunda. Tractatus primus: De stipulatione poenali



- dictata Anno 1657 et 1658, вѣ Novus Thesaurus iuris civilis et canonici Gerardi Meerman, Tom. VII. Hagae-Comitum 1753, p. 413—427.
- Richter** (Jo. Tob.). (Respondens: Henr. Jo. Hemleben). Dissertatio iuridica de contractu rato manente, poena conventionali quoque soluta. Lipsiae 1751.
- Salkowski**. Zur Lehre von der Novation nach Römischem Recht. Leipzig 1866.
- Salpius** (v.). Novation und Delegation nach römischem Recht. Berlin 1864.
- Schade van Westrum**. Verbintenissen met Strafbepaling. 's-Bosch 1886. (Academisch Proefschrift).
- Schiemann**. Ueber den Gegenstand der Conventionalstrafe, вѣ Zeitschrift für Rechtswissenschaft herausgegeben von der juristischen Facultät der Universität Dorpat II (1870) № 1.
- Schumacher** (v.). Die Conventionalstrafe des römischen Rechts und der schweizerischen Gesetzgebung. Hottingen - Zürich 1883. (Inaug.-Diss.).
- Seeler** (v.). Zur Lehre von der Conventionalstrafe nach römischem Recht. Halle 1891.
- Simon**. Soll die Conventionalstrafe im künftigen deutschen Gesetzbuch lediglich der freien Vereinbarung unterliegen oder an gesetzliche oder richterliche Schranken gebunden werden? вѣ Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages. Bd. II. Berlin 1889, № XIV.
- Sjögren**. Ueber die Römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden. Berlin 1896.
- Speeka**. Die Conventionalstrafe als Interesseersatz. Berlin 1896. (Inaug.-Diss.).
- Sprenger**. Die Konventionalstrafe nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, вѣ Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Gruchot'a XXXIII (1889) № 7.
- Thoureau**. De la clause pénale dans les obligations en droit Romain et droit Français. Paris 1883. (Thèse pour le doctorat).
- Uellenberg**. De poena conventionali iuris communis quod in Germania obtinet codicumque iuris qui in provincia Rhenana Borussica valent. Bonnae 1866. (Inaug.-Diss.).

- Weber** (Guil. Car.). Commentatio iuridica sistens quaedam ex materia de poena conventionali. Rostochii 1824.
- Wendt** (O.). Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis. 4. Begriff und Wesen der Conventionalstrafe, въ Jahrbücher für die Dogmatik Ihering'a XXII (1884) № 3.
- Witte** (H.). Zur Lehre von der Stipulation, Novation, Delegation und Succession in obligatorischen Rechtsverhältnissen, въ Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft VIII (1866) №№ 6 и 11 и IX (1867) № 15.
- Wolff** (Carl Wilh.). Zur Lehre von der Mora. Ein civilistischer Versuch. Göttingen 1841.\*)

---

\*) Перечень мелкихъ статей и газетныхъ замѣтокъ о неустойкѣ спеціально по русскому праву можно найти у Поворинскаго въ его Систематическомъ указателѣ русской литературы по гражданскому праву (изд. редакц. комисс. по составленію гражд. улож. СПб. 1886) стр. 164 сл. № 3203 — № 3217. См. также литературныя указанія у Анненкова, Система русскаго гражданскаго права III (1898) стр. 238—251 (ср. выше стр. 244 прим.).

Что касается сочиненія Lasius'a (M. Herm. Jac.) «Dissertatio philosophica de legibus ac poenis conventionalibus in genere» Halae 1740, то оно не имѣетъ отношенія къ ученію о неустойкѣ. Упоминаю объ этомъ потому, что Бертолини (назв. соч. стр. 85) включилъ его въ свой списокъ трудовъ по нашему предмету.