

Д 6
7267

М. Я. Пергаментъ.



*Къ вопросу
о договорной неустойкѣ
по нашему Проекту
гражданскаго уложенія.*

Торг. Домъ А. Г. Фальтъ и Ко., Ярославль

1909.

Проб,
188

1956

16579/11

Къ вопросу о договорной неустойкѣ по нашему Проекту гражданскаго уложенія.

М. Я. Пергамента.

Кто бросилъ хотя бѣглый взглядъ на статьи Проекта, нормирующія договорную неустойку, тотъ, конечно, не могъ не увидѣть серьезнѣйшаго сходства между ними и соответствующими параграфами германскаго гражданскаго уложенія. И здѣсь, какъ въ огромномъ числѣ другихъ случаевъ на пространствѣ обязательственнаго права, наши редакторы явились въ роли почти только переводчиковъ нѣмецкаго кодекса. Переводчики они, правда, оказались слабые, но существо дѣла отъ этого не измѣняется.

Чтобы согласиться съ сейчасъ сказаннымъ, достаточно сравнить ст. 1607 сводной редакціи Проекта (=ст. 63 первой и ст. 47 второй редакціи) съ В. Г. В. § 343 (о правѣ судьи понижать неустойку), или п. 3 ст. 1605 съ В. Г. В. § 341 Abs. 3 (тутъ произошло заимствованіе изъ германскаго кодекса произвольнаго и даже небезвреднаго толкованія факта принятія вѣрителемъ исполненія безъ оговорки насчетъ сохраненія за собой права на неустойку), или стоитъ обратить вниманіе на вліяніе, коему, напримѣръ, ст. 1601 подверглась со стороны В. Г. В. § 339 (и здѣсь и тамъ предметъ неустойки ограниченъ денежной суммой), а несчастная ст. 1604 (о моментѣ возникновенія права на неустойку) со стороны § 339 Satz 2, и т. д.

Мнѣ могутъ возразить, что все пока перечисленное не болѣе, какъ частности,—пусть не лишеныя значе-

нія частности, однако все же частности. Я отвѣчу: и въ основныхъ вопросахъ, входящихъ въ ученіе о договорной неустойкѣ, наши редакторы точно также послѣдовали примѣру нѣмецкаго законодателя, усвоившаго себѣ римскую точку зрѣнія. И это тоже болѣе, чѣмъ ясно. Такъ, по Проекту, неустойка является *in dubio* не «штрафною», въ противоположность ст. 1585 т. X ч. I, а «оцѣночною»; такъ, въ отличіе отъ прусско-французско-австрійскаго регулированія института, она альтернативна и въ томъ, между прочимъ, смыслѣ, что даже при наличности неустойчнаго обезпеченія, все-таки еще возможно предъявленіе иска объ убыткахъ на общемъ основаніи. Мы читаемъ въ ст. 1605 п. 1:

«Если неустойка назначена на случай неисполненія должникомъ обязательства, то вѣритель имѣетъ право требовать или платежа неустойки, или же исполненія обязательства *и возмѣщенія убытковъ*». ¹⁾

При указанныхъ условіяхъ только естественно ожидать, что и въ вопросѣ о допустимости дополнительнаго требованія въ объемѣ разности между неустойкой и убытками или обратно,—что и здѣсь Проектъ будетъ держаться своего германскаго образца, т. е., другими словами, отвѣтитъ на вопросъ утвердительно. И дѣйствительно: ст. 1606 говоритъ:

«Вѣритель, требующій, вмѣсто неустойки, вознагражденія за убытки отъ неисполненія обязательства, имѣетъ право на вознагражденіе, по крайней мѣрѣ, въ размѣрѣ неустойки», причемъ изъ объясненій къ этой статьѣ (ст. 62 первой редакціи) видно, что ее ввели, «слѣдуя примѣру германскаго уложенія (ст. 340 ч. 2)».

¹⁾ Въ первой редакціи послѣдняя часть этого пункта данной статьи (61) гласила нѣсколько иначе: «...вѣритель имѣетъ право требовать или платежа неустойки, или же исполненія обязательства и, въ случаѣ неисполненія,—возмѣщенія убытковъ». Впрочемъ, въ мотивахъ ко второй редакціи поясняется, что она «воспроизводитъ» первую «лишь съ нѣкоторыми редакціонными измѣненіями» (стр. 31). Ср. еще изъ объясненій къ ст. 62 первой редакціи: «Вѣритель, въ случаѣ обезпеченнаго неустойкою обязательства, *пользуясь принадлежащимъ ему правомъ выбора*, можетъ потребовать отъ должника возмѣщенія въ размѣрѣ дѣйствительно причиненныхъ ему убытковъ».

Итакъ, разность между неустойкою (какъ уменьшаемымъ) и убытками всегда обезпечена вѣрителю. Если послѣдній обратится къ общему иску объ ущербѣ, вмѣсто неустойки, а эта послѣдняя окажется больше доказаннаго вреда, то возмѣщено будетъ все-таки не меньше, чѣмъ «въ размѣрѣ неустойки». Это безспорно. Но возьмемъ случай противоположный. Вѣритель обращается сперва къ иску о неустойкѣ, условленной въ размѣрѣ, положимъ, ста, и взыскиваетъ эту сотню. Впослѣдствіи, однако, онъ убѣждается, что его убытокъ—120. Можетъ ли онъ теперь довыскать 20? Вотъ вопросъ, на который ни ст. 1606, ни какая-либо другая статья Проекта не заключаетъ отвѣта. Пытаясь разрѣшить игнорированный случай, я замѣчаю слѣдующее въ своей книгѣ, посвященной договорной неустойкѣ и интересу: ¹⁾ «На почвѣ римскаго, строго альтернативнаго отношенія нѣтъ основанія отклонить означенное дополнительное требованіе. Подобно тому какъ въ одномъ случаѣ, при предъявленіи иска объ убыткахъ, вѣритель имѣетъ право на всю неустойку, въ томъ числѣ, слѣдовательно, и на возможную разность между нею и причиненнымъ вредомъ, точно также въ другомъ случаѣ, при вчатіи иска о неустойкѣ, вѣритель долженъ имѣть право на разность между ущербомъ и (оказавшейся по размѣрамъ ниже) неустойкой: другими словами, ему нужно предоставить право на полученіе указанныхъ 20 изъ общей цыфры убытковъ».

Въ пользу этого моего вывода можно привести, во-первыхъ, общее начало, въ силу котораго, при римской (повидимому, усвоенной Проектомъ) точкѣ зрѣнія, все ограниченіе общаго иска объ убыткахъ дополнительнымъ искомъ о неустойкѣ сводится къ матеріально-альтернативному отношенію *quo ad quantitates concurrentes*. «Дальше оно не идетъ.....: неустойка для вѣрителя является только тѣмъ минимумомъ, на который онъ вправѣ притязать. Соглашеніемъ на ея счетъ онъ хочетъ избавить себя отъ необходимости доказывать размѣры своего интереса, но не думаетъ лишать себя

¹⁾ См 2-ое изд., стр. 330.

права прибѣгать къ такому доказательству, когда почему-либо считаетъ его для себя выгоднымъ». «Вредить кредитору неустойка не должна, не можетъ. Отъ ея присоединенія къ основному обязательству положеніе вѣрителя ухудшится не въ состояніи. Такого отрицательнаго ея значенія никакъ нельзя бы разумно объяснить...»¹⁾ Все то, чего кредиторъ могъ бы достигнуть, если бы условія о неустойкѣ совсѣмъ не было, принадлежитъ ему по праву и тогда, когда такое условіе налицо. При этомъ безразлично, какимъ образомъ кредиторъ добивается слѣдуемаго ему вознагражденія: путемъ ли одного, предъявленнаго съ самаго начала, иска о возмѣщеніи вреда, или путемъ двухъ послѣдовательно вчатыхъ исковъ: одного объ уплатѣ неустойки, а другого объ уплатѣ того плюса, на который понесенный вредъ превышаетъ цифру договорной пени.

Во-вторыхъ, тотъ же выводъ находитъ себѣ оправданіе въ достаточно уже выясненной зависимости положеній нашего Проекта по вопросамъ неустойки отъ положеній германскаго гражданскаго кодекса. Въ частности, ст. 1606 Проекта, какъ мы видѣли, взята изъ В. G. B. § 340 Abs. 2 (она даже не что иное, какъ укороченный его переводъ), а абзацъ этотъ постановляетъ:

«Если у кредитора есть притязаніе на возмѣщеніе ущерба отъ неисполненія, то онъ можетъ потребовать выговоренную неустойку, какъ низшій размѣръ убытковъ. *Не исключается право дозвѣскивать вознагражденіе за ущербъ, поскольку онъ превышаетъ размѣръ неустойки*»²⁾.

И тѣмъ не менѣе, несмотря на приведенные аргументы въ защиту моего заключенія, я въ настоящее время не считаю его абсолютно или единственно вѣрнымъ.

Здѣсь, прежде всего, умѣстно будетъ покаяться въ одной допущенной мною погрѣшности. Въ уже цитированномъ мѣстѣ моей книги (стр. 330), при разсмотрѣніи

¹⁾ Мое назв. соч., стр. 77.

²⁾ Здѣсь и ниже по переводу, издан. Журн. Мин. Юст.

занимающаго насъ здѣсь случая (вчатія дополнительнаго иска послѣ присужденія неустойки), я говорю по адресу Проекта: «Любопытно, что изъ объяснительной записки даже не видно, чтобы редакторы отдавали себѣ отчетъ въ его возможности». Это мое заявленіе ошибочно. Правда, въ объясненіяхъ къ трактующей о вопросѣ ст. 1606 (точнѣе, къ ст. 62 первой и ст. 46 второй редакціи) не содержится, дѣйствительно, ни слова о нашемъ случаѣ. Но зато въ объясненіяхъ къ ст. 1601 (ст. 57 первой редакціи) встрѣчается слѣдующее мѣсто: «Разъ должникъ самъ предоставилъ вѣрителю право взыскать съ него, въ случаѣ нарушенія обязательства, неустойку, онъ долженъ подчиниться этому какъ тогда, когда убытки ниже неустойки, такъ и тогда, когда убытковъ совсѣмъ причинено не было. *Допустить, чтобы вѣритель могъ довзыскать убытки, если количество ихъ превышаетъ размѣръ неустойки*, или предоставить должнику право оспаривать или требовать обратно неустойку, если убытковъ причинено не было, или только ту часть ея, которая превышаетъ количество дѣйствительныхъ убытковъ, значить уничтожать тѣ выгоды, изъ-за которыхъ устанавливается неустойка, съ согласія самихъ же сторонъ. Допустить, наряду съ неустойкой, и иски объ убыткахъ значить покровительствовать рискованнымъ и запутаннымъ процессамъ и усложнять спорныя отношенія (Hasenöhrl стр. 514)». Положимъ, это мѣсто изъ мало убѣдительныхъ, какъ мало убѣдительны нерѣдко и вообще «объясненія» къ статьямъ о неустойкѣ (укажу, для примѣра, на не совсѣмъ грамотныя, а подчасъ и просто непонятныя объясненія къ важнѣйшей ст. 61 первой редакціи). Подчеркнутыя мною слова, очевидно, нарушаютъ связь между предыдущимъ и слѣдующимъ. Это—чужеродная вставка, которая уже потому не идетъ къ дѣлу, что, въ дѣйствительности, она неинтересна для вопроса объ обезцѣненіи института неустойки. Что разрѣшать должнику доказывать отсутствіе причиненнаго имъ ущерба или меньшій размѣръ ущерба противъ цѣфры пени значило бы лишать неустойку ея пользы и значенія,—старая

истина ¹⁾). Но чтобы къ тому же результату приводило допущеніе довысканія остатка, далеко не столь понятно. Скажу болѣе: такое утвержденіе (въ литературѣ предмета оно, правда, встрѣчается) весьма сомнительно, ибо, въ существѣ дѣла, оно равносильно утвержденію, что и римское право и всѣ законодательства, послѣдовавшія за нимъ въ данномъ отношеніи (въ томъ числѣ и новое германское уложеніе), «уничтожили тѣ выгоды, изъ-за которыхъ устанавливается неустойка». Наконецъ, болѣе чѣмъ странное впечатлѣніе производитъ заключительное предложеніе въ приведенномъ мѣстѣ объяснительной записки къ Проекту. Съ одной стороны, едва ли кто станетъ особенно удивляться тому, что Hasenöhrl, разсуждая съ точки зрѣнія австрійскаго права, считаетъ вреднымъ осложненіемъ для дѣла допущеніе «наряду съ неустойкой и искомъ объ убыткахъ»: австрійская система и вообще не знаетъ иска объ ущербѣ, при наличности неустойчнаго договора,—ни послѣ вытребованія пени, ни до него ²⁾). Но когда, съ другой стороны, тоже самое заявляютъ творцы ст. 1605 Проекта, открыто, въ своемъ п. 1, санкціонирующей право предъявленія иска о возмѣщеніи убытковъ, то остается не только удивляться, но прямо недоумѣвать.

При всемъ томъ, не могу не сознаться, что читая «объясненія» къ ст. 1601, я недосмотрѣлъ.

Не оттого, впрочемъ, во мнѣ нынѣ зародилось сомнѣніе въ непогрѣшимости данного мною раньше толкованія, что, какъ сказано, въ запискѣ редакторовъ Проекта отыскались двѣ строки, расходящіяся съ этимъ толкованіемъ. Мнѣ хорошо извѣстно, что значеніе такъ

¹⁾ См. мое назв. соч., стр. 76. По этой самой причинѣ, укажемъ мимоходомъ, нельзя не назвать силошнымъ недоразумѣніемъ замѣтку, появившуюся въ апрѣльской книгѣ Журн. Мин. Юст. за истекшій годъ (стр. 169 и сл.). Авторъ ея восхваляетъ рѣшеніе одного изъ сѣздовъ мировыхъ судей Прибалтійскихъ губерній, коимъ было отказано въ искѣ объ уплатѣ неустойки на томъ основаніи, что истецъ не понесъ убытка. Насколько это рѣшеніе, вопреки автору замѣтки, находится въ непримиримомъ противорѣчьи съ остзейскимъ закономъ, не требуетъ поясненія. Довольно будетъ сказать, что въ области договорной пени „Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ, тщательно старается копировать пандектное право (мое назван. сочиненіе, § 21).

²⁾ См. мое назв. соч., § 17.

наз. законодательныхъ матеріаловъ—вопросъ не только громкій, но и спорный, вызвавшій цѣлую литературу. Извѣстно, что уже сравнительно давно замѣчено весьма справедливо, что «законъ гораздо мудрѣе законодателя», а въ послѣднее время въ наукѣ гражданского права все чаще раздаются голоса, отнюдь не склонные преувеличивать роль названныхъ матеріаловъ въ дѣлѣ интерпретаціи правовыхъ нормъ¹⁾. И во всякомъ случаѣ всего менѣе резонно, конечно, рекомендовать такое преувеличеніе тамъ, гдѣ «мотивы», какъ въ нашемъ случаѣ, свидѣтельствуютъ о недостаточномъ знакомствѣ съ предметомъ и о недостаточной ясности мысли ихъ составителей.

Если въ настоящее время, по зрѣломъ размышленіи, я допускаю и иное толкованіе нормировки вопроса, кромѣ того, которое предложено въ моей книгѣ, то происходитъ это на почвѣ углубленія въ содержаніе самаго текста ст. 1606 Проекта, совершенно независимо отъ продиктовавшихъ ее соображеній. Дѣло въ томъ, что нельзя, кажется, отрицать возможности, а равно обоснованности слѣдующаго разсужденія. Ст. 1606—такъ, пожалуй, скажутъ—даетъ кредитору, по меньшей мѣрѣ, право на неустойку; другими словами, въ случаѣ иска объ ущербѣ ему дается право на разность между неустойкою и ущербомъ, если послѣдній меньше первой. Объ этомъ правѣ вѣрителя не приходится спорить: оно ему открыто предоставлено отдѣльной нормою. Но именно поэтому произвольно и неправильно полагать, будто и въ противоположномъ случаѣ кредиторъ точно также можетъ притязать на разность, будто и послѣ предъявленія иска объ уплатѣ неустойки, еще возможно дозвysкивать тотъ плюсъ, на который неустойка превышаетъ дѣйствительнымъ ущербомъ. Произвольно же это и неправильно по той причинѣ, что объ этомъ второмъ случаѣ ст. 1606 ничего не содержитъ. Отсюда, наоборотъ, слѣдуетъ заключить, что во второмъ случаѣ, въ

¹⁾ Ср. въ особенности Колера въ его „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts“ I §§ 38—40 и Дерябурга въ его „Das bürgerliche Recht“ I³ § 8, а также Stampe, Unsere Rechts- und Begriffsbildung, стр. 33 и сл.

противоположность первому, права на разность не существуетъ. Умолчаніе насчетъ полномочія при одномъ сочетаніи, наряду съ явнымъ санкціонированіемъ аналогичнаго же полномочія при другомъ сочетаніи, достаточно краснорѣчиво. Его рѣшающаго значенія неспособно обезсилить ни общее соображеніе объ альтернативномъ отношеніи между вредомъ и неустойкою, ни близость къ нѣмецкому образцу. Мало того: исторія созданія именно нѣмецкаго образца въ полной мѣрѣ доказываетъ реальную возможность допущенія иска о разности между неустойкой и убыткомъ и, въ то же время, недопущенія иска о разности между убыткомъ и неустойкой (какъ вычитаемымъ). Нужно имѣть ввиду, что В. Г. В. § 340 образовался изъ § 420 перваго германскаго проекта. Но въ § 420 мы напрасно стали бы искать заключительныхъ словъ § 340: «Не исключается право довыскивать» и т. д. (см. выше). Эти слова впервые появились въ такъ наз. Entwurf II. При этомъ важно отмѣтить, что данному дополненію въ Германіи отнюдь не придаютъ того смысла, будто оно произведено ради большей только ясности: нѣтъ, въ немъ усматриваютъ настоящее измѣненіе по существу¹⁾. А при такихъ условіяхъ и статью 1606 Проекта нельзя понимать иначе, какъ въ смыслѣ недопущенія ею требованія разности между убытками и пенею. Пусть редакторы ссылаются на В. Г. В. § 340, вмѣсто того, чтобы, во избѣжаніе недоразумѣній, ссылались на Entw. I § 420,—конечный результатъ все же остается указанный: спорнаго иска мы не знаемъ.

Повторимъ: вотъ какое толкованіе закона могло бы встрѣтиться въ будущемъ, если на минуту предположить, что статья 1606 суждено сдѣлаться закономъ. Повторимъ и то, что подобному толкованію, какъ и толкованію противоположному, трудно было бы отказать въ полномъ вниманіи, и отдадимъ себѣ отчетъ въ томъ, что все это значитъ. Мы едва ли ошибемся, сказавъ: это значитъ, что намъ угрожало бы появленіе лишней

1) Motive II стр. 276, Protokolle I стр. 776, Planck II ad. li. I.

контроверзы, одинаково ненужной и безотрадной, въ родѣ тѣхъ (немногочисленныхъ, по счастью) контроверзъ, которыя обнаружилась въ Германіи—въ ея юридической литературѣ и судебной практикѣ—уже чуть ли не на слѣдующій день послѣ вступленія тамъ въ силу новаго общаго гражданскаго уложенія.

Вслѣдствіе изложеннаго, мнѣ представляется почти обязательнымъ дополнить ст. 1606 нѣкоторою прибавкой: эта прибавка должна либо прямо и недвусмысленно исключать обсуждаемое довысканіе, либо, наоборотъ, не менѣе опредѣленно узаконять искъ о разности между вредомъ и неустойкою,—допустимъ такъ:

«...Не исключается (или: ...Исключается) право вѣрителя на дополнительное требованіе убытковъ, поскольку они превышаютъ размѣръ неустойки»¹⁾.

Не стану послѣ всего сказаннаго, развивать, какая изъ двухъ прибавокъ предпочтительна. Сообщу только, для подкрѣпленія соображеній общаго характера, уже приведенныхъ мною *въ пользу* разсматриваемаго требованія, тѣ мотивы, какіе побудили комиссію по работкѣ второго германскаго Entwurf'a къ измѣненію § 420 перваго проекта и къ включенію послѣднихъ словъ § 340 уложенія. Два обстоятельства здѣсь сыграли роль²⁾. Во-первыхъ, опасеніе, что если не признать возможности довыскать интересующій насъ излишекъ, то гражданскій оборотъ будетъ прибѣгать къ чрезвычайно высокимъ неустойчивымъ суммамъ. Соображеніе это не лишено основанія. Опасаясь не получить возмѣщенія всего испытаннаго вреда, вѣритель будетъ

¹⁾ Ср. мое назв. соч. стр. 330 и сл. Мимоходомъ еще замѣчу: само собою разумѣется, что это право на дополнительное требованіе, разъ оно будетъ признано, необходимо относить безъ различія какъ къ тому случаю, когда неустойка призвана обеспечивать убытки отъ неисполненія, такъ и къ тому, когда она служитъ дѣлу обезпеченія убытковъ отъ ненадлежащаго и, въ особенности, несвоевременнаго исполненія основнаго обязательства. Отсюда ясно, что слова ст. 1606 „отъ неисполненія обязательства“ подлежатъ исключенію: они вносятъ произвольное и абсолютно неприемлемое сѣуженіе, къ тому же врядъ ли входившее въ расчетъ составителей Проекта. Предъ нами попросту результатъ техническаго, редакціоннаго недосмотра. Такихъ внѣшнихъ недочетовъ въ Проектѣ, вѣдь, — бездна.

²⁾ Ср. къ послѣдующему мое назв. соч., стр. 211.

принуждать своего контрагента соглашаться на возможно болѣе капитальную неустойку, дабы обезопасить себя на всякій конецъ. Во-вторыхъ—разсуждали члены второй германской комиссиі—въ аналогичномъ случаѣ съ просрочкой законъ признаетъ за кредиторомъ, кромѣ права на проценты *ex mora*, еще и право на вознагражденіе за дальнѣйшій ущербъ. Отчего же закону становится непоследовательнымъ, когда онъ трактуетъ о неустойкѣ, отступать здѣсь отъ начала, принятаго тамъ?! Нѣмецкими редакторами имѣлся ввиду В. G. B. § 288, гласящій:

«На денежный долгъ исчисляются за время просрочки четыре процента годовыхъ. Если кредиторъ на другомъ основаніи можетъ требовать исчисления болѣе высокаго роста, то ростъ исчисляется въ томъ размѣрѣ.

Притязаніе на возмѣщеніе дальнѣйшаго ущерба не исключается».

Въ высокой степени любопытно, отмѣтить, въ качествѣ матеріала для характеристики и оцѣнки технической стороны въ работѣ нашихъ редакторовъ, что данный германскій параграфъ цѣликомъ воспроизведенъ русскимъ проектомъ, и притомъ, неизмѣнно во всѣхъ его редакціяхъ. И всюду *допущено притязаніе на возмѣщеніе дальнѣйшаго ущерба*. Въ ст. 1666 (ст. 128 первой и ст. 106 второй редакціи) читаемъ:

«Должникъ, просрочившій платежъ денежной суммы, обязанъ уплатить вѣрителю, въ видѣ вознагражденія за убытки, узаконенные проценты... съ просроченной суммы за все время просрочки, или же проценты, назначенные по договору, если они выше узаконенныхъ, *причемъ вѣритель не лишается права на возмѣщеніе понесенныхъ имъ убытковъ, превышающихъ причитающіеся ему проценты»*¹⁾.

¹⁾ „Объясненія“ не отмѣчаютъ непоследовательности и, надо думать, ея не видятъ.

Еще только два слова о томъ, что и новѣйшіе западноевропейскіе проекты—венгерскій и швейцарскій—открыто признають разсмотрѣнный нами дополнительный плюсъ: венгерскій въ своемъ § 1047, швейцарскій (отъ 3 марта 1905 года) въ ст. 1187, воспроизводящей ст. 180 союзнаго закона объ обязательствахъ отъ 14 іюня 1881 года ¹⁾).

¹⁾ См. мое назв. соч., §§ 19 и 20 а. Въ полномъ согласіи съ германскимъ гражданскимъ уложеніемъ, венгерскій проектъ допускаетъ лишь одно исключеніе: онъ устраняетъ добавочное требованіе о разности для (сравнительно рѣдкаго, конечно) случая, когда „въ качествѣ неустойки обѣщана не денежная сумма, а иное удовлетвореніе“ (B. G. B. § 342). Но тутъ и вообще возбраняется „притязаніе на возмѣщеніе ущерба“, „если кредиторъ потребовалъ неустойку“. Ср. еще Planck'a II ad § 342.