

СИСТЕМА

РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

Профессора Верняскаго университета

БАРОНА.

Перевель съ послѣдняго (5-го) нѣмецкаго изданія

А. Петражицкій.

ВЫПУСКЪ ТРЕТІЙ. КНИГА IV.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЯ ПРАВА.

КІЕВЪ.

Продается въ книжныхъ магазинахъ Н. Я. Оглоблина:

Кіевъ, Крещатикъ, № 33,

§

С.-Петербургъ, Екатерининская, № 4.

1888.

Дозволено цензурою. Київъ, 18 Ноября 1888 года.



Київъ.

Въ типографіи Императорскаго университета св. Владиміра.
1888.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Общая часть обязательственного права.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

§ 208. Понятіе и болѣе подробное опредѣленіе обязательства СТРАН. 1

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Происхожденіе обязательствъ.

209.	I. Классификація Гая и Юстиніана	4
210.	II. Критика классификаціи Гая и Юстиніана и замѣна ея новою	9
211.	A. Pollicitatio	11
	B. Договоръ.	
212.	1) Взаимное соглашеніе волей. Продажа съ публичнаго торга	12
213.	2) Форма договора	14
	3) Виды договоровъ.	
214.	a. Дискретный и абстрактный договоръ	14
215.	b. Двусторонние и односторонние договоры	16
216.	c. Договоры, основанные на рискѣ	19
217.	d. Договоры о дѣйствіи третьяго лица и о дѣйствіи въ пользу третьяго лица	20
218.	4) Укрѣпленіе договоровъ	21
	5) Заключеніе договоровъ чрезъ представителей.	
219.	a. Введеніе	24
220.	b. Древнее ius civile	25
221.	c. Преторское право	25
222.	d. Право Юстиніана	30
223.	e. Ныѣшнее право	31

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Содержаніе обязательствъ.

224. Общій обзоръ 31

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

Право вѣрителя на исполненіе.

225.	I. Предметъ исполненія	32
226.	II. Лицо исполняющаго и получающаго	33
	III. Время исполненія.	
227.	A. Правило	34
228.	B. Исключенія (отсрочка)	35
229.	IV. Мѣсто исполненія	38
230.	V. Исковая осуществимость обязательства	38
231.	Доказываніе иска посредствомъ долговой росписки. Договоръ о признаніи	41
	VI. Вліяніе конкурса на право вѣрителя.	
232.	A. Вообще	43
233.	B. Кто есть конкурсный вѣритель?	43
234.	C. Въ какомъ порядкѣ получаютъ удовлетвореніе конкурсные вѣрители?	45
235.	D. Право конкурсныхъ вѣрителей на опороженіе дѣйствій общаго должника	47

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Отвѣтственность должника за неисполненіе и ненадлежащее исполненіе.

236.	I. Отвѣтственность должника за собственную вину (dolus и culpa)	49
237.	II. Отвѣтственность должника за custodia (отвѣтственность за чужую вину)	51
238.	III. Отвѣчаетъ ли должникъ за случай?	52

§			
239.	IV.	Отвѣтственность должника за эвикцію, недостатки и пороки	54
240.	V.	Отвѣтственность должника за пога (за проволочку)	55
		Приложение	57
241.		Пога вѣрителя	58
242.	VI.	Отвѣтственность должника за исполненіе въ надлежащемъ мѣстѣ	59
243.	VII.	Ученіе объ интересѣ	59

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Одно и нѣсколько обязательствъ.

244.	1)	Дѣлимость и недѣлимость обязательствъ	62
245.	2)	Корреальныя обязательства	64
246.	3)	Только солидарныя обязательства	71
247.	4)	Природа коррeальныхъ и только солидарныхъ обязательствъ	71

ГЛАВА ПЯТАЯ.

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

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Переносъ (уступка) требованій (cessio).

248.	I.	Историческое введеніе	73
	II.	Догматическое изложеніе:	
249.	A.	Понятіе и актъ цессіи	75
	B.	Правоотношенія	76
250.	1)	Цедента и цессіонарія къ должнику	77
251.	2)	Цедента и цессіонарія другъ къ другу	78
252.	C.	Допустимость и недопустимость цессіи	79
253.	D.	Lex Anastasiana	79

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Принятіе на себя чужихъ долговъ (intercessio).

254.	I.	Понятіе интерцессіи и ея примѣненіе	81
	II.	Практическое значеніе интерцессіи:	
255.	A.	Scutum Velleianum	82
256.	B.	Законы Юстиніана	84
257.	C.	Средневѣковое и новое право	84
	III.	Въ частности, поручительство:	
258.	A.	Историческое введеніе	85
	B.	Догматическое изложеніе:	
		Примѣчаніе	86
259.	1)	Обязанности поручителя	88
260.	2)	Права поручителя	88

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Прекращеніе обязательствъ.

261.	I.	Общій обзоръ	90
	II.	Отдѣльные способы прекращенія:	
	A.	Платежъ:	
		Предварительное замѣчаніе	91
262.	1)	Платежъ въ счетъ нѣсколькихъ долговъ	91
263.	2)	Доказываніе платежа посредствомъ росписки въ полученіи (квитанція)	91
264.	3)	Общаніе платежа (constitutum debiti)	92
265.	B.	Компенсация	92
	C.	Новація:	
266.	1)	Такъ наз. novatio voluntaria	93
267.	2)	Такъ наз. novatio necessaria	93
268.	D.	Прощеніе	93
269.	E.	Случай	93
270.	F.	Смерть одной изъ сторонъ — Confusio	93
271.	G.	Такъ наз. concursus duarum lucrativarum causarum	93
272.	H.	Основанія прекращ. обязательствъ, которыя уже изложены въ другихъ мѣстахъ	93

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Особенная часть обязательствъ.

	I.	Предварительное замѣчаніе	94
--	----	-------------------------------------	----

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Требования, направленные на возвращение полученнаго.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

273.	А. Общія начала	105
274.	В. Въ частности, заемъ подвластными дѣтямъ	107

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

275.	А. Ссуда въ тѣсномъ смыслѣ (commodatum)	108
276.	В. Precarium	109

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

277.	Depositum	110
278.	Особые виды depositum (Т. н. depos. irregulare). Добровольная севестрація	111

РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

279.	Закладной договоръ	112
------	--------------------	-----

РАЗДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Неосновательное Обогащеніе.

280.	а. Общія начала	113
	б. Въ частности, неосновательность обогащенія	
281.	1) Condictio indebiti	114
282.	2) Condictio causa data causa non secuta или condictio ob causam datorum	117
283.	3) Condictio ob turpem causam	118
284.	4) Condictio ob iniustam causam	118
285.	5) Condictio sine causa	119

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Мнѣныя обязательства.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Купля-продажа.

286.	А. Понятіе	120
287.	В. Обязанности контрагентовъ	123
	Въ частности	
288.	1) Отвѣтственность продавца за evictio	124
289.	2) Отвѣтственность продавца за пороки и недостатки	127
290.	С. Побочные договоры при куплѣ	130

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Мѣна

291.		130
------	--	-----

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Наемъ

292.	А. Понятіе и виды	131
	В. Отдѣльные виды	

293.	1) Наемъ вещей (loc. cond. rei)	
	а. Объектъ найма	131
294.	б. Обязанности контрагентовъ	132
295.	с. Особые основанія прекращенія	134
296.	2) Личный наемъ (loc. cond. operarum)	135
297.	3) Заказъ работы (loc. cond. operis)	136
298.	4) Особые случаи найма	137
	Приложеніе	
299.	Сравненіе найма съ depositum и mandatum	139

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Обязательства изъ общенія.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Договоръ товарищества.

300.	А. Понятіе и условія	140
301.	В. Отношеніе товарищей между собою и къ третьимъ лицамъ	141
302.	С. Особые основанія прекращенія товарищества. Раздѣлъ	142
303.	Д. Отдѣльные виды товарищества	144

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

304.	Общеніе безъ договора (случайное общеніе, т. н. communio incidens.)	145
------	---	-----

§		СТРАН.
	РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.	
305.	Споры о границахъ	146
	ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.	
	Обязательства изъ веденія чужихъ дѣлъ.	
	РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.	
	Веденіе дѣлъ по порученію (по довѣренности).	
306.	А. Общія начала	148
307.	В. Особые виды мандата (M. qualificatum. M. agendi. Delegatio, Опѣочн. договоръ).	150
	РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.	
308.	Веденіе дѣлъ по должности	152
	РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.	
309.	Добровольное веденіе чужихъ дѣлъ (negotiorum gestio въ тѣсномъ смыслѣ)	153
310.	Особые виды добровольнаго веденія дѣла	155
	ГЛАВА ПЯТАЯ.	
	Обязательства изъ недозволенныхъ дѣяній.	
	РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ	
	Furtum.	
311.	А. Общія начала	156
312.	В. Особые виды furtum	159
	РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.	
	Поврежденіе вещей (damnum iniuria datum).	
313.	А. Область примѣненія lex Aquilia	160
	В. Отвѣтственность за поврежденія, нанесенныя не лицомъ отвѣчающимъ.	
314.	1) Отвѣтственность за поврежденія, причиненныя черезъ людей и животныхъ	162
315.	2) Отвѣтственность за поврежденіе недвижимостями (cautio damni infecti)	163
316.	С. Прочія опредѣленія о причиненіи вреда	165
	РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.	
317.	Угрозы	166
	РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.	
	Злоумышленное причиненіе имущественнаго вреда.	
318.	А. Общія начала (actio doli)	167
	В. Особые случаи злоумышленности.	
319.	1) Препятствованіе отправленію правосудія	167
320.	2) Calumnia	168
	РАЗДѢЛЪ ПЯТЫЙ.	
321.	Iniuria	168
	РАЗДѢЛЪ ШЕСТОЙ.	
322.	Проступокъ судьи	170
	РАЗДѢЛЪ СЕДЬМОЙ.	
	Нарушеніе фактическихъ состояній.	
323.	Введеніе	170
324.	1) Сооруженіе или разрушеніе постройки (operis novi nuntiatio)	171
325.	2) Дѣянія, совершаемыя вопреки запрещенію или тайно (interdictum quod vi aut clam)	172
	ГЛАВА ШЕСТАЯ.	
	Смѣшанные случаи.	
	РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.	
	Обязанность къ предъявленію.	
326.	А. Общія начала (act. ad exhibendum).	173
327.	В. Особые случаи	174
	РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.	
328.	Обязанность давать alimenta	175
	РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.	
329.	Обязанность дать приданое	176

КНИГА ЧЕТВЕРТАЯ.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ.

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

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

§ 208. Понятіе и болѣе подробное опредѣленіе обязательства.

Fr. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse. 1853. — *Ryfk*, die Obligatio. 1878. — *Mommsen*, über die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen. 1879. — *Ihering*, Rechtsgutachten in Sachen des intercantonalen Comité's der Gäubahn gegen die Gesellschaft der Schweizerischen Centralbahn. Стр. 47—123. 1879. — *Pescatore*, die sog. alternative Obligation. 1880. — *Ihering*, gesammelte Aufsätze. Т. 1. Стр. 327—425. 1881. — *Savigny*, §§ 2—4. 28. 37—48. 81. — *Vangerow*, §§ 566. 568. 602. 109. — *Windscheid*, §§ 250—252. 254. 255. 264. 314. 315. 326. — *Brinz*, §§ 206—217. 238—246. — *Baron*, §§ 108—115.

I. Понятіе. Въ источникахъ мы находимъ два легальныя опредѣленія обязательства. Первое (въ Институтіяхъ III, 13 pr.) гласитъ: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura*; второе (въ Дигестахъ XLIV, 7. 1. 3. pr.) гласитъ: *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel aliquam servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*. *Обязательство есть такое отношеніе, по которому одно лицо (вѣритель, кредиторъ, creditor, reus credendi) можетъ требовать отъ другаго (должника, debitor, reus debendi) того дѣйствія или упущенія (бездѣйствія), къ которому другое лицо обязано.* Изъ этого опредѣленія (какъ и изъ легальныхъ) видно различіе между обязательствомъ и вещными правами: объектомъ вещныхъ правъ служитъ обыкновенно тѣлесная вещь, объектомъ обязательства является лицо (поэтому: *adstringitur... ut alium nobis obstringat...*); различны объекты,—различны и права на нихъ; изъ противоположности между вещными правами и обязательствомъ; если мнѣ принадлежитъ вещное право, то это значить, что я обладаю, имѣю (собственность есть полное обладаніе, *iura in re aliena*—ограниченное обладаніе), если же мнѣ принадлежитъ обязательство, то это значить, что я долженъ

получить; вещное право является господствомъ надъ вещью, обязательство же есть ограниченіе свободы должника, потому что послѣдній до возникновенія обязательства былъ свободенъ, послѣ же возникновенія обязательства онъ связанъ (*obligatus*), обязанъ къ какому либо дѣйствию или упущенію.

II. *Больше подробное опредѣленіе.* Ограниченіе свободы должника можетъ быть различно какъ по размѣру, такъ и по продолжительности; должникъ можетъ быть обязанъ къ большому или меньшему, на болѣе или менѣе продолжительное время; однимъ словомъ, содержаніе обязательства можетъ быть самое разнообразное. Содержаніе обязательства можетъ состоять въ обязанности доставить право собственности или вещное право на какую либо вещь (— и то и другое обозначается въ источникахъ словомъ *даге* въ тѣсномъ смыслѣ¹—), дозволить пользованіе или извлеченіе плодовъ изъ какой либо вещи, совершить какую либо работу и т. п. Что же касается *границъ, мѣры и основанія* обязательства, то существуютъ слѣд. правила: 1. *границу* для себя встрѣчаетъ обязательство въ законахъ природы, нормахъ права и нравственности; 2. *мѣра* обязательства не должна находиться въ зависимости отъ простаго усмотрѣнія должника; 3. *основаніемъ* обязательства (какъ и частныхъ правъ вообще, § 16) служить интересъ управомоченнаго, т. е. вѣрителя.—Эти три правила требуютъ болѣе подробнаго разъясненія.

Ad 1. По законамъ природы (физически) невозможно², напримѣръ, предоставленіе уже уничтоженной вещи³; по предписаніямъ права невозможно, напр., предоставленіе *rei divini iuris*, права собственности на свободного человѣка⁴. Къ обоимъ случаямъ относится правило: *impossibile nulla est obligatio*⁵. Кругъ дѣствий, противорѣчащихъ нравственности (*turpia facta*, недозволенные дѣствия), весьма обширенъ: *quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*⁶, т. е. всякое безнравственное и безчестное дѣвствіе невозможно для нравственнаго существа⁷. Итакъ, всякое обязательство, противное законамъ природы, нормамъ права, добрымъ правамъ, будетъ ничтожно, все равно, знали ли стороны его характеръ или не знали⁸ (что нѣкоторые оспариваютъ безъ основанія); тѣмъ не менѣе, если лицо обѣщающее могло бы при надлежащемъ вниманіи съ своей стороны усмотрѣть невозможность даннаго обязательства, то (по новой и почти общепринятой теоріи) оно виновно въ такъ наз. *culpa-in contrahendo* (напр., если кто продаетъ вещь *extra commercium*, какъ свою собственную, или распорядается наслѣдствомъ, которое ему не принадлежитъ); поэтому оно обязано уплатить другой сторонѣ—если послѣдняя, безъ вины съ своей стороны, не знала о невозможности обязательства—такъ наз. *отрицательный договорный интересъ, т. е. вся убытки, которые понесъ другой контрагентъ отъ того, что положился на исполненіе договора* (напр., совершилъ какія либо затраты на вещь, которую надѣялся приобрести)⁹.

Ad 2. Мѣра обязательства поставлена въ зависимость только отъ усмотрѣнія должника, если, напр., кто либо обѣщаетъ дать пшеницу и при этомъ

¹ l. 4 pr. D. de us. 22, 1; l. 75. § 10. D. de v. o. 45, 1; l. 37 D. de usufr. 7, 1; l. 19. D. de s. p. r. 8, 3; l. 167. pr. D. de r. i. 50, 17; *Gai.* 4, 4. — ² l. 35. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 31. D. de r. i. 50, 17. — ³ §§ 1. 5. I. de in. st. 3, 19; l. 15. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 69. l. 97. pr. D. de v. o. 45, 1. — ⁴ § 2. J. de in. st. 3, 19; l. 103. D. de v. o. 45, 1. — ⁵ l. 185. D. de r. i. 50, 17; cf. l. 182. cod. — ⁶ l. 15. D. de cond. inst. 28, 7. — ⁷ l. 26. l. 27. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 4. C. de in. st. 8, 38. — ⁸ l. 15. pr. l. 57. pr. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 7. D. de her. v. 18, 4. — ⁹ l. 8. § 1. D. de rel. 11, 7; l. 8. l. 9. D. de her. v. 18, 4; l. 21. pr. D. de a. e. v. 19, 1; l. 62. § 1. D. de contr. e. 18, 1.

не опредѣляетъ количества, если кто либо обѣщаетъ дать участокъ, не опредѣляя, какой участокъ и т. п.¹⁰; такое обязательство ничтожно¹¹. Напротивъ, мѣру обязательства можно предоставить усмотрѣнiю *третьяго* лица; тогда обязательство будетъ условное, а именно, будетъ зависѣть отъ того, выскажетъ ли третье лицо свое мнѣнiе или нѣтъ¹². Отъ простаго усмотрѣнiя слѣдуетъ отличать *arbitrium boni viri*, т. е. справедливое усмотрѣнiе, масштаб котораго и есть справедливость; поэтому, мѣру обязательства можно поставить въ зависимость отъ справедливаго усмотрѣнiя не только третьяго лица, но и самого должника¹³ или вѣрителя¹⁴; если высказано усмотрѣнiе несправедливое, то судья по требованiю другой стороны исправляетъ его¹⁵; если же усмотрѣнiе совсѣмъ не высказано, то его высказываетъ судья.—Изъ сказаннаго видно, что не требуется исполнѣнiя точнаго опредѣленiя мѣры обязательства. Поэтому, родовыя вещи могутъ быть предметомъ обязательства даже безъ болѣе точнаго опредѣленiя качества; тогда должнику (по правилу: *in dubio secundum debitorem*)¹⁶ предоставляется выборъ между отдѣльными сортами и вещами¹⁷. Поэтому, далѣе, два или нѣсколько предметовъ могутъ быть объектомъ обязательства альтернативно (т. е. такъ, что изъ нихъ долженъ быть предоставленъ только одинъ, альтернативное обязательство). И здѣсь право выбора принадлежитъ должнику (даже должнику *in mora*)¹⁸, и притомъ послѣднiй можетъ перемѣнить свой выборъ¹⁹, пока еще не исполнено все обязательство²⁰; но если должникъ прямо выговорилъ себѣ право выбора въ договорѣ, то онъ уже не можетъ перемѣнить своего рѣшенiя²¹; то же правило дѣйствуетъ и тогда, когда должникъ далъ обѣщанiе исполненiя (*constit. debiti*, § 264) по отношенiю къ *одному* изъ предметовъ²²; должникъ лишается права выбора, если не совершаетъ дѣйствiя, не смотря на присужденiе къ нему, а доводитъ дѣло до *executio*; въ такомъ случаѣ уже по необходимости право выбора осуществляется вѣрителемъ (теперь исполнительною властью). Вѣрителю принадлежитъ право выбора, если это прямо условлено въ договорѣ; если въ договорѣ не постановлено противное, то право перемѣнить свое рѣшенiе (свой выборъ) принадлежитъ вѣрителю до предъявленiя иска²³; если вѣритель присвоить себѣ въ искѣ право выбора, не имѣя его, то онъ совершаетъ *pluspetitio causa*²⁴. Право выбора прекращается, если одинъ предметъ погибаетъ вслѣдствiе чисто случайныхъ обстоятельствъ; тогда альтернативное обязательство, въ которомъ дѣло идетъ о двухъ предметахъ, превращается (по началу: *duae res sunt in obligatione sed altera in solutione*)²⁵ въ простое (*obl. pura*)²⁶.

Ад 3. Обязательство безъ всякаго интереса для вѣрителя, т. е. для

¹⁰ l. 94. l. 95. l. 108. § 1. l. 115. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 69. § 4. D. de i. d. 23, 3. —
¹¹ l. 71. pr. D. de leg. 1 (30). — ¹² l. 75. D. pro soc. 17, 2; l. 25. pr. D. loc. 19, 2. — ¹³ l. 69. § 4.
D. de i. d. 23, 3; l. 7. pr. D. de c. e. 18, 1; l. 3. C. de dot. pr. 5, 11. — ¹⁴ l. 24. pr. D. loc. 19, 2;
¹⁵ l. 30. D. de op. lib. 38, 1; l. 22. § 1. D. de r. i. 50, 17. — ¹⁶ ll. 76—80. D. pro soc. 17, 2. — ¹⁷ l. 47.
D. de o. et a. 44, 7. — ¹⁸ l. 32. § 3. D. de c. i. 12, 6; l. 99. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 52. D. mand.
¹⁹ l. 1; l. 3. D. de r. c. 12, 1. — ²⁰ l. 47. § 3. D. de leg. 1 (30) (verba: *quoties moram non est facturus*
legatario, quorumlibet omnium non debet omittere quoties moram non fecit.) — ²¹ l. 138.
§ 1. l. 106. l. 75. § 8. D. de v. o. 45, 1; l. 6. § 1. D. de r. i. 42, 1; l. 10. § 6. D. de i. d. 23, 3;
²² l. 25. pr. l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1; § 33. I. de a. 4, 6. — ²³ l. 26. §§ 13. 14. D. de c. i. 12, 6;
²⁴ l. 21. § 6. D. de a. e. v. 19, 1. — ²⁵ l. 138. § 1. i. f. cit.; l. 84. § 9. D. de leg. 1 (30); l. 11. § 1. D.
de leg. 2 (31). — ²⁶ l. 25. pr. D. de p. c. 13, 5; l. 27. § 6. D. de p. 2, 14. — ²⁷ l. 112. pr. l. 75. § 8. D.
de v. o. 45, 1; l. 6. § 1. D. ad sct. Tert. 38, 17; l. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1. — ²⁸ § 33. l. de a.
4, 6; l. 46 § 1. D. de i. d. 23, 3. — ²⁹ l. 128. i. f. D. de v. o. 45, 1. — ³⁰ l. 34. § 6. D. de c. e.
18, 1; l. 10. § 6. D. de i. d. 23, 3; l. 47. § 3. de leg. 1 (30); l. 9. § 2. de fund. dot. 23, 5; l. 128.
cit.; l. 2. § 3. D. de eo quod. c. l. 13, 4.

удовлетворенія простой прихоти, ничтожно. Спорно, имѣютъ ли значеніе свойства интереса: требуется ли, чтобы это былъ имущественный интересъ, или это можетъ быть интересъ нравственный (§ 16), напр., продавецъ рабыни ставить условіе, не *prostitutatur*²⁷; на чужомъ участіи кто либо срубаетъ аллею деревьевъ, чѣмъ онъ причиняетъ не только имущественный ущербъ собственнику участка, но и лишаетъ usufructуарія участка удобства прогулки²⁸; одно лицо выговариваетъ себѣ, чтобы другое лицо исполняло надъ его гробомъ извѣстные религіозные обряды²⁹ и т. п. По господствующему мнѣнію, нравственный интересъ можетъ лишь тогда служить достаточнымъ основаніемъ для обязательства, когда вслѣдствіе особыхъ обстоятельствъ къ нему присоединяется и имущественный интересъ, напр., условлена неустойка. Но правильнѣе, по чисто римскому праву, различать въ этомъ случаѣ *obligationes stricti iuris* и *bonae fidei* (§ 84); для послѣднихъ было достаточно нравственного интереса³⁰; если не была условлена неустойка, то должникъ присуждался къ уплатѣ штрафа, размѣръ котораго опредѣлялъ по своему усмотрѣнію самъ судья³¹, и такимъ путемъ оскорбленное правовое чувство потерпѣвшаго получало удовлетвореніе; при *stricti iuris negotia*, гдѣ судѣе не предоставлялось дѣйствовать по усмотрѣнію и, слѣдовательно, нельзя было назначить штрафа, тамъ требовался имущественный интересъ³². Такъ какъ въ настоящее время римскихъ *stricti iuris obligationes* уже не существуетъ, то всегда надо примѣнять принципъ обязательствъ *bonae fidei*.—Впрочемъ, весьма часто³³ съ нравственнымъ интересомъ совпадаетъ требованіе моральнаго долга; отсюда нѣкоторые хотѣли вывести заключеніе, что нравственного интереса достаточно лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель хотѣлъ исполнить моральную обязанность; это мнѣніе неосновательно³⁴.

Прибавленіе. Слово *obligatio* имѣетъ нѣсколько значеній; *obligatio* означаетъ: 1) требованіе (право требованія)³⁵, 2) долгъ³⁶, 3) цѣлое правоотношеніе, котораго двѣ стороны суть требованіе и долгъ³⁷, 4) обязывающій актъ, откуда техническія выраженія *verborum, literarum obligatio*³⁸, 5) выраженіе *pignoris obligatio* означаетъ установленіе закладнаго права³⁹ (въ противоположность къ *personae obligatio*, § 185 пр. 1).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Происхожденіе обязательствъ.

I. § 209. Классификація Гая и Юстиніана.

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

Вслѣдствіе изреченій Гая¹ и Юстиніана² въ наукѣ Римскаго права

²⁷ l. 6. l. 7. D. de serv. exp. 18, 7. — ²⁸ l. 16. § 1. D. quod vi 43, 24. — ²⁹ l. 44. D. de man. test. 40, 4. — ³⁰ l. 54. D. mand. 17, 1 и мѣста прим. 27—29. 33. — ³¹ l. 14. § 1. D. de serv. c. 11, 3. — ³² l. 54. D. mand. 17, 1; l. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1; l. 9. § 2. D. de statul. 40, 7. — ³³ Ср. еме l. 1. § 2. D. de tut. 27, 3; l. 7. l. 71. pr. D. de condit. 35, 1. — ³⁴ l. 16. § 1. D. qu. vi 43, 24. — ³⁵ § 2. I. de r. i. 2, 2; l. 1. § 1. D. de r. d. 1, 8; l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1. — ³⁶ l. 36. D. de r. c. 12, 1. — ³⁷ Ср. напечатанныя выше легальныя опредѣленія. — ³⁸ l. 1. § 21. D. de tut. 27, 3. — ³⁹ l. 11. D. qu. m. p. 20, 6.

¹ l. 1. l. 5. D. de o. et a. 44, 7; ср. Gai. 3, 88. — ² § 2. I. de obl. 3, 13 и заглавія t. I. 3, 27 и 4, 5.

установилось четырехчленное дѣленіе обязательствъ на основаніи ихъ происхожденія; по принципу: *aut obligationes ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*³, различаютъ контракты, деликты, quasi-контракты, quasi-деликты.

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

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

a. *Stipulatio*⁴ по своей формѣ состоитъ изъ непосредственнаго устнаго вопроса одного контрагента (*stipulator, reus stipulandi*) и устнаго отвѣта другаго (*promissor, reus promittendi*); первоначально слова были предписаны правомъ, но позднѣе выборъ словъ былъ предоставленъ свободному усмотрѣнію сторонъ; впрочемъ, и въ классическомъ правѣ слова *spondeo-spondeo* были оставлены за Римлянами, другія же слова: *dabis-dabo, facies-faciam, promittis-promitto, δώσεις-δώσω, ποιήσεις-ποιήσω, ὀμολογήεις-ὀμολογῶ* и т. п. — были общи у Римлянъ съ перегринами. Закономъ императора Льва (469 г.) торжественность словъ при стипуляціи была устранена, такъ что была предоставлена свобода употреблять какія угодно слова и конструкціи^{4а}. — Существовалъ обычай составлять о стипуляціи письменный актъ (*cautio*)⁵, и отсюда мало по малу развилась норма, по которой *cautio* обладаетъ безусловною доказательною силою⁶, т. е. было исключено и доказательство противнаго, развѣ если будетъ доказано, что контрагентъ во время составленія *cautio* не находился въ томъ мѣстѣ⁷. Вслѣдствіе этого перестали совсѣмъ произносить слова стипуляціи, записывая ихъ въ *cautio*, какъ бы произнесенныя; иными словами, на дѣлѣ стипуляція превратилась въ письменный контрактъ. — *Содержаніе* стипуляціи можетъ быть столь же разнообразное, какъ содержаніе вообще обязательства; стипуляція можетъ обнять всевозможныя договорныя обязательства, лишь бы они были односторонни и обладали имуществомъ дѣйствіемъ: уплату денегъ, предоставленіе другихъ вещей, совершеніе работъ, отрицательныхъ дѣйствій (упущеній) и т. д. Поэтому-то римскіе юристы излагали общую теорію договоровъ преимущественно на стипуляціи, и въ настоящее время для основательнаго ознакомленія съ договорами необходимо изученіе стипуляціи (хотя послѣдняя уже нигдѣ не употребляется). — Искъ изъ стипуляціи, смотря по содержанію послѣдней, бываетъ *condictio*

³ § 2. I. de obl. 3, 13. — ⁴ Gai. 3, 92 sqq.; t. I. 3, 15; de verb. obl. — ^{4а} l. 10. C. de contr. stip. 8, 38. — ⁵ Примѣры см. въ l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 126. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 11. § 2. D. de d. r. 45, 2. — ⁶ Paul. sent. rec. V, 7. § 2; l. 134. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 1. C. de contr. stip. 8, 38; § 8. I. de fidei. 3, 20. — ⁷ l. 14. § 2. C. de cont. stip. 8, 38; § 12. I. de inut. st. 3, 19.

certi, condictio triticaria и *actio ex stipulatu*, смотря по тому, идетъ ли дѣло объ опредѣленной денежной суммѣ, или о другой опредѣленной вещи, или, наконецъ, о неопредѣленныхъ объектахъ.—Часто заключали *stipulatio* (съ *cautio*) потому, что *stipulator* обѣщала *promissor* у совершить преддѣйствіе.* И вотъ, если первый предъявлялъ искъ изъ стипуляціи противъ второго, то послѣдній могъ посредствомъ *exc. doli* осуществить уговоръ о преддѣйствіи первого, а вѣритель долженъ былъ въ такомъ случаѣ доказать, что онъ совершилъ это преддѣйствіе⁸. На тотъ случай, когда преддѣйствіе должно было состоять въ выдачѣ денегъ взаймы, императорскія конституціи 3-го вѣка⁹ установили, что *exc. doli* (*exc. non numeratae pecuniae*) допускается лишь до истеченія опредѣленнаго срока (сначала—одного года, со времени Діоклетіана—пяти, со времени Юстиніана—двухъ лѣтъ) послѣ выдачи документа; по прошествіи же этого срока стипуляція или *cautio* служила для общавашаго (выдавашаго документъ) безусловнымъ основаніемъ обязанности уплатить (§ 96 пр. 4).—Сходна со стипуляціонною *cautio* была росписка, которая выдавалась безъ формы стипуляціи въ удостовѣреніе полученія займа¹⁰; и къ послѣдней были примѣнены означенныя начала *exc. doli* *non num. pec.*; см. подробности въ § 231.

б. *Dotis dictio*¹¹ есть (уже вышедшее изъ употребленія при Юстиніанѣ) устное установленіе *dos*, обыкновенно словами: *tot nummi tibi doti sunt*.

с. *Operatum iurata promissio*¹². Вольноотпущенные, получая свободу, обыкновенно обѣщали патрону извѣстныя услуги посредствомъ стипуляціи или клятвы.

2. *Письменный* (литеральный) *контрактъ* (*nomen transcripticium*) ко времени Юстиніана уже вышелъ изъ употребленія; контрактъ этотъ совершался посредствомъ внесенія денежныхъ долговъ въ *codex expensii* и *accepti*¹³.

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

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

б. *Contractus innominati* (безыменные контракты)¹⁴. Если одно лицо совершаетъ въ пользу другаго извѣстное дѣйствіе съ неформальнымъ уговоромъ, что должникъ совершитъ воздѣйствіе, то, по праву республиканскаго періода, для получателя не возникало обязательства, такъ что если онъ добровольно не исполнялъ обѣщаннаго, то лицо, совершившее преддѣйствіе

⁸ Gai. 4, 116; 1. 2. § 3. D. de dol. exc. 44, 4; § 2. I. de exc. 4, 13.—⁹ 1. 8. l. 9. 1. 10. 1. 14. пр. C. de non. num. pec. 4, 30.—¹⁰ 1. 41. § 2. D. de us. 22, 1.—¹¹ 1. 25. l. 44. § 1. l. 46. § 1. l. 57. l. 59. пр. D. de i. d. 23, 3; Ulp. fr. 6, 2; fr. Vat. §§ 99. 100.—¹² t. D. 38, 1; C. 6, 3: de operis libertorum.—¹³ Gai. 3, 128 sqq.; cf. t. I. de liter. obl. 3, 21.—¹⁴ t. D. 19, 5: de praescriptis verbis; t. C. 4, 64: de rerum permutatione et praescriptis verbis.

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

могло отъ него лишь требовать (посредствомъ *condictio ob causam datorum*, § 282 пр. 1) возвращенія полученнаго, такъ какъ оно обманулось въ своей надеждѣ на воздѣйствіе¹⁵. Но въ началѣ императорскаго періода¹⁶ получатель уже признавался обязаннымъ къ условленному воздѣйствію¹⁷; тѣмъ не менѣе право лица, совершившаго преддѣйствіе, требовать возвращенія полученнаго, все-таки не было отмѣнено, такъ что ему предоставлялось на выборъ¹⁸ принудить получателя или (посредствомъ *actio praescriptis verbis, in factum civilis*)¹⁹ къ совершенію воздѣйствія, или (поср. *condictio ob causam datorum*) къ возвращенію полученнаго; мало того, его право выбора было до того неограниченно, что онъ могъ требовать возвращенія полученнаго не только вслѣдствіе медлительности получателя, но иногда (§ 282 кон.) въ случаѣ невозможности воздѣйствія (*ob causam non secutam*)²⁰ и, по правильному мнѣнію, просто по прихоти (въ силу т. наз. *ius poenitendi*, права раскаянія)²¹; лишь добровольное воздѣйствіе прекращало *ius poenitendi*²².— Относящіеся сюда договоры по большей части не получили въ обыденной жизни особыхъ названій (это были „безыменные“ договоры) и поэтому подраздѣлялись на четыре общія категоріи²³: *do ut des* (мѣна), *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Они получили силу лишь мало по малу; даже Павелъ еще не признаетъ третьей изъ означенныхъ категорій²⁴, между тѣмъ какъ прочіе классическіе юристы считаютъ дѣйствительными всѣ четыре.

4. *Консенсуальные контракты*. Путемъ неформальнаго соглашенія, по древнему *ius civile*, могли возникнуть четыре дѣйствительныя обязательства²⁵: купля, наемъ, *societas*, *mandatum* (§§ 286—307). Прочія неформальныя соглашенія (*pacta*) не производили никакого обязательства, по правильному мнѣнію, даже натурального²⁶, одно только *pactum usurarium* порождало натуральное обязательство²⁷. Дальнѣйшее развитіе права до Юстиніана произвело здѣсь немного перемѣнъ:

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

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

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

¹⁵ l. 65. § 4. D. de c. ind. 12, 6.—¹⁶ l. 1. § 1. l. 19. пр. l. 20. пр. D. h. t. 19, 5.—¹⁷ l. 8. l. 15. D. h. t. 19, 5; l. 7. §§ 2. 4. D. de pact. 2, 14.—¹⁸ l. 5. §§ 1. 2. l. 7. D. h. t. 19, 5; l. 4. l. 5. C. h. t. 4, 64.—¹⁹ l. 7. 2. D. de pact. 2, 14; l. 23. i. f. D. comm. div. 10, 3; l. 6. C. de transact. 2, 4; l. 6. C. h. t. 4, 64.—²⁰ l. 5. § 1. 2. l. 3. §§ 3. 5. l. 5. § 1. D. de c. d. c. n. s. 12, 4; l. 5. l. 10. C. de c. ob c. d. 4, 6.—²¹ l. 3. 2. 3. l. 5. пр. §§ 1—4. D. c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 5. § 1. l. 7. E. h. t. 19, 5; l. 1. l. 4. l. 5. 7. C. h. t. 4, 64.—²² l. 1. пр. D. de c. d. c. n. s. 12, 4, l. 3. пр. § 1. cod.—²³ l. 5. D. h. t. 19, 5.—²⁴ l. 5. § 3. D. h. t. 19, 5; ср. также l. 4. C. de dolo 2, 21.—²⁵ l. 15. l. 22. D. h. t. 19, 5; l. 3. § 4. D. de c. d. c. n. s. 12, 4.—²⁶ l. 1. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 56. D. de fid. 46, 1.—²⁷ l. 5. § 2. D. de sol. 46, 3; l. 3. l. 4. l. 22. C. de us. 4, 32; l. 11. § 3. D. de pign. a. 3, 7.—²⁸ l. 7. §§ 5. 6. D. de pact. 2, 14; l. 72. l. 75. l. 79. D. de c. e. 18, 1.—²⁹ l. 6. C. de prom. 5, 11; l. 35. C. de don. 8, 53.

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

2. *Обязательство изъ деликта можетъ быть двойное:*

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

б. *обязанность уплатить штрафъ*, преслѣдуемая посредствомъ *actio poenalis* (§ 81); дѣло въ томъ, что, по *ius civile*, нѣкоторые проступки (такъ наз. *delicta privata*) карались не уголовнымъ наказаніемъ, но взысканіемъ денежнаго *штрафа* въ пользу потерпѣвшаго, котораго послѣдній могъ требовать гражданскимъ искомъ; въ императорскій періодъ впервые при большей части деликтовъ потерпѣвшему было предоставлено на выборъ или взыскать частный штрафъ путемъ гражданского процесса или потребовать уголовного наказанія за *crimen extraordinarium*³⁰, и обыкновенно избиралось послѣднее³¹.—Можетъ случиться, что противозаконное дѣйствіе нарушаетъ нѣсколько штрафныхъ законовъ; тогда возникаетъ вопросъ, должно ли виновное лицо платить всѣ штрафы. Слѣдуетъ различать два случая:

α. если нарушены различныя *права*, то всѣ штрафы выступаютъ кумулятивно; поэтому, если кто укралъ у раба одежду, и рабъ умеръ вслѣдствіе этого отъ простуды, то виновный платитъ штрафъ и за кражу, и за причиненіе смерти рабу³²; кто подговорилъ чужаго раба совершить кражу, тотъ отвѣчаетъ и предъ обкраденнымъ, какъ интеллектуальный виновникъ кражи, и предъ господиномъ раба за развращеніе послѣдняго³³;

β. если нарушено только одно право, но нѣсколько штрафныхъ законовъ (такъ что противозаконное дѣйствіе подходитъ подъ понятіе различныхъ деликтовъ, напр., если кто побьетъ чужаго раба, что подходитъ и подъ *lex Aquilia* и есть вмѣстѣ съ тѣмъ *iniuria*³⁴; если кто тайно срубаетъ чужія деревья, что влечетъ за собою какъ *act. agrovum caesarum*, такъ и *act. legis Aquiliae*³⁵; *raptor*а можно преслѣдовать какъ такового посредствомъ *act. vi bonorum raptorum* и какъ вора посредствомъ *act. furti nec manifesti*³⁶), обсужденіе такихъ случаевъ было между римскими юристами спорно: нѣкоторые требовали примѣненія началъ альтернативнаго стеченія искомъ (§ 85), другіе—элективнаго³⁷ (нѣкоторые романисты несправедливо утверждаютъ³⁸, что между классическими юристами были приверженцы и кумуляціи искомъ), въ источникахъ находятся оба означенныя мнѣнія, но по внутреннимъ основаніямъ слѣдуетъ отдать предпочтеніе элективному стеченію.

³⁰ l. 56. § 1. l. 92. D. de furt. 47, 2; l. 6. l. 45. D. de ini. 47, 10; l. 3. D. de pr. del. 47, 1—
³¹ l. 92. cit.; l. 45. cit.—³² l. 14. § 1. D. de pr. v. 19, 5.—³³ l. 11. § 2. D. de serv. corr. 11, 3.—
³⁴ l. 34. pr. D. de o. et a. 44, 7; l. 15. §§ 34. 46. D. de ini. 47, 10; l. 8. C. de ini. 9, 35.—³⁵ l. 1.
³⁶ l. 11. D. a. f. c. 47, 7.—³⁷ l. 1. D. vi b. r. 47, 8; l. 88. D. de furt. 47, 2.—³⁸ Ср., съ одной сто-
 роны мѣста прим. 34—36; съ другой стороны, l. 53. pr. D. de o. et a. 44, 7 и сообщеніе Паш-
 въ l. 34. pr. D. de o. et a. 44, 7.—³⁸ На основаніи l. 60. D. de o. et a. 44, 7; l. 130. D. de r. 1.
 50, 17; l. 32. D. de o. et a. 44, 7; l. 6. D. ad l. l. de ad. 48, 5.

C. *Quasicontractus*. Подъ *quasi-контрактами* разумѣютъ обязательства, сходныя съ обязательствами изъ контрактовъ. Гай³⁹ и Юстинианъ⁴⁰ замѣчаютъ о нѣкоторыхъ обязательствахъ, что должникъ является обязаннымъ, хотя онъ и не заключилъ съ вѣрителемъ контракта и не совершилъ деликта; они прибавляютъ, что поэтому (!) его обязательство возникло *quasi ex contractu*, и относятъ сюда слѣдующіе случаи: 1) обязательство *negotiorum gestor'a* (§ 309), 2) — *tutor'a* (§ 382), 3) обязательство изъ общенія безъ договора (§ 304), 4) обязательство наследника по отношенію къ получателю отказа (§ 444), 5) обязательство лица, обогатившагося отъ полученія недолжнаго (§ 281). Новые юр. относятъ сюда еще 6) *litiscontestatio* (§ 95 sub V).

D. *Quasidelicta*. Подъ *quasi-деликтами* разумѣютъ обязательства, сходныя съ обязательствами изъ деликтовъ. Гай⁴¹ и Юстинианъ⁴² замѣчаютъ о нѣкоторыхъ обязательствахъ, что должникъ является обязаннымъ, хотя онъ не совершилъ никакого деликта, и прибавляютъ, что поэтому (!) его обязательство возникло *quasi ex maleficio*; сюда они относятъ обязательства: 1) судьи, *qui litem suam facit* (§ 322), 2) того лица, которое отвѣчаетъ по *act. de effusis et eiectis*, а равно и того, которое отвѣчаетъ по *act. de positis et suspensis* (§§ 314. 316), 3) корабельщика, содержателя гостиницы и постоялаго двора, которые, по преторскому эдикту, отвѣчаютъ за кражу и другія вредныя дѣйствія своихъ людей (§ 312 пр. 11 и § 314 пр. 1).

II. § 210. Критика классификаціи Гаия и Юстиниана и замѣна ея новою.

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

A. *Критика*. Четырехчленное дѣленіе оснований происхожденія обязательствъ не принадлежитъ (—какъ неосновательно думаютъ—) вообще римской юриспруденціи, а лишь возрѣніямъ Гаия¹, заимствованнымъ Юстинианомъ²; прочіе римскіе юристы довольствовались лишь указаніемъ на главнѣйшія основания происхожденія обязательствъ: контракты и деликты. Далѣе, четырехчленное дѣленіе не исчерпываетъ предмета: много обязательствъ нельзя подвести ни подъ одну изъ этихъ категорій. Наконецъ, эта классификація содержитъ два неясныя выраженія; правда, слово „контрактъ“ означаетъ, что обязательство основано на волѣ сторонъ, слово „деликтъ“, — что обязательство возникаетъ изъ противозаконнаго дѣйствія; но какія же обстоятельства порождаютъ т. н. *obl. quasi ex contractu* и *quasi ex delicto*: этого изъ названія не видно; и часто повторяемья Гаемъ и Юстинианомъ слова: *sed quasi ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur* и т. п., — вовсе не указываютъ, каково основаніе происхожденія этихъ обязательствъ; они указываютъ лишь на то, что должникъ по *quasi-контракту* долженъ обсуждаться подобно должнику по контракту, должникъ по *quasi-деликту* — подобно должнику по деликту. — Итакъ, изъ понятій, которыя римское право даетъ для классификаціи оснований происхожденія обязательствъ, пригодны только контрактъ и деликтъ.

B. *Замѣна классификаціи Гаия и Юстиниана другою*. Слѣдуетъ принять

³⁹ I. 5. пр. § 3. D. de o. et a. 44, 7. — ⁴⁰ t. I. 3, 27; de *obl. quasi ex contr.* — ⁴¹ I. 5. §§ 4—6. D. de o. et a. 44, 7; I. 6. D. de extr. cogn. 50, 13. — ⁴² t. I. 4, 5; de *obl. quae quasi ex del. nascuntur*.
¹ I. 1. I. 4. I. 5. D. de *obl. et a.* 44, 7. — ² § 2. I. de *obl.* 3, 13.

пять оснований возникновения обязательств: 1) договоръ, 2) одностороннюю волю должника или его наследодателя, 3) волю судьи, 4) одностороннее вторжение одного лица въ сферу права другого, будетъ ли это вторжение не-дозволенное (деликтъ) или дозволенное, 5) положительное предписание закона.

1. Договоръ. При рецессии римскаго права вербальные контракты не привились въ Германіи; напротив, обычное право установило въ Германіи въ концѣ 16-го вѣка (въ Италіи и Франціи уже немного раньше) то положеніе, что всякое обѣщаніе, хотя бы и данное неформально, производитъ дѣйствительное обязательство; поэтому, въ нынѣшнемъ правѣ на мѣсто „контракта“ слѣдуетъ поставить обязательственный „договоръ“. Спорно, принадлежитъ ли всегда теперешнему договору характеръ римскаго консенсуальнаго контракта, или еще имѣетъ значеніе римское дѣленіе на реальные и консенсуальные договоры. По правильному мнѣнію, слѣдуетъ различать поименованные (nominati) и безыменные реальные контракты:

а. Римскіе безыменные реальные контракты слѣдуетъ теперь разсматривать какъ консенсуальные договоры, ибо каждый контрагентъ обѣщаетъ другому само по себѣ самостоятельное дѣйствіе; по нынѣшнему праву, уже простое обѣщаніе даетъ право на искъ, и каждый контрагентъ можетъ требовать исполненія, хотя бы самъ еще не совершилъ обѣщаннаго съ своей стороны дѣйствія и лишь предполагается, что онъ готовъ совершить дѣйствіе (потому что въ противномъ случаѣ ему угрожаетъ такъ наз. *exc. non adimpleti contractus*, § 215); далѣе, если одна сторона совершитъ прежде обѣщанное дѣйствіе, то ей, по нынѣшнему праву, уже не принадлежитъ *ius poenitendi*, такъ какъ она лишь улатила дѣйствительный долгъ; *ius poenitendi* лишь въ томъ случаѣ имѣетъ теперь мѣсто, если таково намѣреніе сторонъ, напр., если вся сдѣлка имѣетъ въ виду единственно интересъ лица, совершившаго преддѣйствіе.

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

2. Одностороннее изъявленіе воли должника или его наследодателя бываетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ основаніемъ происхожденія обязательства: въ *pollicitatio* (§ 211) и въ отказахъ (§ 444).

3. По воли судьи обязательство можетъ возникнуть въ процессахъ о раздѣлѣ (*act. familiae erciscundae* и *communi dividundo*); какъ судья можетъ для раздѣла устанавливать вещныя права разнаго рода, точно такъ же онъ можетъ возложить на *adiudicatarius* обязанность вознаградить прочихъ *condomini* (§ 132 пр. 1).—Въ процессѣ объ *in integrum restitutio* (§ 111) судья можетъ возстановить прекратившееся обязательство.

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

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

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

5. По особенно настоятельнымъ требованіямъ справедливости право ввело нѣсколько обязательствъ; содержаніе ихъ различно; нѣкоторые изъ нихъ находятся въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, а) что одно лицо обогатилось на счетъ имущества другаго формально—законнымъ путемъ, мате-

риально же—безъ основанія (§§ 284. 285), b) что между двумя лицами существуетъ тѣсная родственная связь (§§ 328. 329), с) что кто либо потерпѣлъ ущербъ, полнаго возмѣщенія котораго не даетъ формальное право (§ 314 слѣд.).

Изъ означенныхъ оснований происхожденія обязательствъ въ болѣе подробномъ изложеніи нуждаются pollicitatio (§ 211), договоръ (§ 212 слѣд.), отказъ (§ 438 слѣд.).

A. § 211. Pollicitatio.

t. D. L. 12: de pollicitationibus.—Regelsberger. civilrechtliche Erörterungen. §§ 41—48. 1868.—Schlossmann, der Vertrag. §§ 19. 20.—Vangerow, §§ 603. 615.—Windscheid, §§ 304. 308.—Brinz, § 307.—Baron, § 136.

Pollicitatio въ обширномъ смыслѣ означаетъ всякое обязательственное обѣщаніе¹; въ тѣсномъ смыслѣ pollicitatio означаетъ одностороннее изъявленіе воли, въ которомъ одно лицо обѣщаетъ совершить въ пользу другаго какое либо дѣйствіе: pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero solius offerentis promissum². Такое изъявленіе воли обязываетъ изъявляющаго тотчасъ (т. е. безъ принятія его другимъ лицомъ) въ слѣд. случаяхъ:

1. Въ случаѣ обѣщанія въ пользу общины, если для такого обѣщанія есть особый поводъ (iusta causa), напр., обѣщающему дана или будетъ дана какая либо должность; община пострадала отъ пожара или землетрясенія³. Если такого повода не существуетъ, то обѣщаніе обязываетъ лишь тогда, когда уже началось исполненіе обѣщаннаго⁴.

2. Въ случаѣ обѣщанія въ пользу церкви или какой либо благочестивой цѣли⁵ (votum, обѣтъ).

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

Нѣкоторые принимаютъ еще четвертый случай pollicitatio: обѣщаніе приданнаго (§ 332); въ самомъ дѣлѣ, источники⁶ часто упоминаютъ о pollicitatio dotis, но—въ общемъ смыслѣ, въ смыслѣ вообще обязательственнаго обѣщанія⁷ (выше пр. 1), а не въ смыслѣ односторонняго обѣщанія.

¹ l. 43. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 5. C. de contr. stip. 8, 38. — ² l. 3. pr. D. h. t. 50, 12.

³ l. 1. § 1. l. 3. pr. l. 4. l. 6. § 2. l. 7. l. 9. l. 11. l. 12. § 1. l. 13. pr. l. 14. D. h. t. 50, 12. —

⁴ l. 1. §§ 2—5. l. 3. pr. l. 6. § 1. D. h. t. 50, 12. — ⁵ l. 2. D. h. t. 50, 12; c. 18. X. de cens.

⁶ l. 6. C. de dot. prom. et nuda pollicit. 5, 11; l. 1. l. 13. C. de iure dot. 5, 12; l. 1. § 8.

⁷ D. de dot. coll. 37, 7. — ⁷ См. выше прим. 1; l. 25. C. ad set. Vell. 4, 29.

В. Договоръ.

1) § 212. Взаимное соглашеніе волей. Продажа съ публичнаго торга.

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

И. Понятіе договора вообще было уже изложено выше (§ 48); здѣсь идетъ рѣчь лишь объ обязательственномъ договорѣ. Обязательственный договоръ есть соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ о томъ, что тою или другою стороною должно быть совершено известное дѣйствіе или что должны быть совершены взаимныя дѣйствія. Соглашеніе состоялось (договоръ заключенъ, совершенъ, с. perfectus), если имѣется на лицо: а) обѣщаніе будущаго должника, б) принятіе обѣщанія (асцептатіо) будущимъ вѣрителемъ; принятіе должно быть изъяснено будущему должнику (или его представителю); между отсутствующими это будетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда изъясненіе принятія дошло до будущаго должника (т. н. Empfangstheorie, теорія полученія), напр., письмо принимающаго предложеніе отдано въ руки будущаго должника или положено въ его квартирѣ; въ этихъ случаяхъ договоръ совершенъ, не смотря на то, что адрессатъ еще не прочелъ письма. Теорія полученія вовсе не есть общепризнанная; противъ нея стоятъ два мнѣнія: теорія изъясненія (Aeusserungstheorie) и теорія воспріятія (Vernehmungstheorie). По теоріи изъясненія, договоръ уже заключенъ въ тотъ моментъ, когда принимающій предложеніе далъ объ этомъ изъясненіе (напр., въ тотъ моментъ, когда онъ бросаетъ письмо въ почтовый ящикъ или передаетъ посланному); но, вѣдь, совершеніе изъясненія обязываетъ лишь тогда, когда оно дано надлежащему лицу, стало быть, лишь въ тотъ моментъ, когда оно доходитъ до надлежащаго лица; почта же и посланный суть представители не адрессата, но лица посылающаго. По теоріи воспріятія, договоръ заключенъ лишь въ тотъ моментъ, когда будущій должникъ получилъ (воспріятъ) свѣдѣніе объ изъясненіи принятія будущаго вѣрителя (т. е., въ приведенномъ выше примѣрѣ, — лишь послѣ прочтенія адрессатомъ письма); ибо соглашеніе сторонъ должно достигнуть сознанія этихъ послѣднихъ; въ пользу этой теоріи говоритъ, повидимому, то обстоятельство, что стипуляція глухаго ничтожна, такъ какъ онъ не можетъ слышать отвѣта¹; по причинѣ ничтожности здѣсь является не то, что отвѣтъ промиссора не доходитъ до сознанія глухаго, а скорѣе то, что онъ вообще до глухаго не доходитъ: по отношенію къ глухимъ вообще невозможно никакое устное изъясненіе. — Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ:

1. Обязательство еще не возникло, когда одно лицо сдѣлало предложеніе (propositio), но другое лицо еще не изъявило предлагающему принятія этого предложенія (напр., между отсутствующими — тогда, когда письмо о принятіи еще находится въ дорогѣ). До этого момента какъ предложеніе, такъ и принятіе могутъ быть взяты назадъ; но почти все согласны въ томъ (хотя источники объ этомъ умалчиваютъ), что лицо, берущее назадъ свое рѣшеніе, совершаетъ т. н. *culpa in contrahendo*, и обязано, поэтому, возмѣстить другому т. н. отрицательный договорный интересъ, т. е. уплатить

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

252/5
13

всѣ тѣ убытки, которые понесла другая сторона отъ того, что была обманута въ надеждѣ на совершеніе договора (напр., то лицо, которому сдѣлано предложеніе купли, не пользуется другимъ случаемъ закупа, и цѣна товаровъ поднимается въ промежутокъ времени до взятія предложенія назадъ); право на вознагражденіе за такой ущербъ отпадаетъ, если принятіе послѣдуетъ уже слишкомъ поздно, т. е. по истеченіи срока, который былъ назначенъ предлагающимъ или самъ собою разумѣлся по справедливому усмотрѣнію.—На иную точку зрѣнія стали нѣкоторые новыя законодательства; они объявляютъ предлагающаго абсолютно обязаннымъ своимъ предложеніемъ въ теченіе извѣстнаго небольшого срока, въ продолженіе котораго отреченіе не дозволяется.

2. Обязательство уже существуетъ, когда стороны согласились, что долженъ быть заключенъ *такой то договоръ такого то рода*, напр., что долженъ быть данъ заемъ въ такую то сумму, что должна быть совершена купля или продажа по такой то цѣнѣ (*pactum de mutuo dando, de retroemendo, de retrovendendo, protimiseos*,—вообще *pactum de contrahendo*, предварительный договоръ). Если одна изъ сторонъ отказывается заключить условленный договоръ, то отъ нея можно потребовать какъ заключенія договора, такъ и вознагражденія за убытки, возникшіе изъ этого отказа (243)². Но такъ какъ доказываніе убытковъ бываетъ затруднительно, то обыкновенно стороны договариваются при самомъ заключеніи договора о неустойкѣ³ или даютъ задатокъ (у новыхъ юр.—*arra contractui imperfecto data*), который теряетъ или отдастъ вдвойнѣ та сторона, которая откажется отъ заключенія договора⁴.—Если лица, которые намѣрены заключить договоръ, уже изъявили взаимно свое желаніе, но еще не довели дѣла до предварительнаго договора, то обмѣнъ ихъ изъясненій называется предварительными переговорами, трактатами. Предварительные переговоры вполнѣ необязательны.—Если предварительный договоръ или предварительные переговоры облекаются въ письменную форму, то въ этомъ случаѣ говорятъ о пунктаціи (*minuta*); пунктаціи не принадлежитъ болѣе силы, нежели неформальному предварительному договору или неформальнымъ переговорамъ.

3. Нѣтъ на лицо соглашенія, если стороны установили опредѣленія объ *essentialia negotii*, но въ то же время удержали за собою право регулировать *naturalia* и *accidentalia negotii* (§ 61) послѣдующими соглашеніями; такой договоръ пока не имѣетъ обязательной силы⁴⁰.

II. Существуетъ спорный вопросъ, нерѣшенный въ источникахъ,—когда наступаетъ соглашеніе сторонъ при *продажѣ съ публичнаго торга* (продажа движимостей—аукціонъ, продажа недвижимостей—субгастанія). По господствующему мнѣнію, продавецъ съ публичнаго торга вызываетъ присутствующихъ предложить ему договоръ; стало быть, если предложеніе или личность предлагающаго ему не понравится, то онъ можетъ отказаться отъ продажи ему и взять вызовъ назадъ; далѣе, между нѣсколькими предложеніями онъ можетъ выбрать то, которое ему больше нравится. Но нѣкоторые юристы утверждаютъ, что совершающій публичный торгъ самъ предлагаетъ договоръ тому, кто больше дастъ или меньше потребуетъ, такъ что посредствомъ всякаго предложенія заключается договоръ, но договоръ условный (а именно, подъ

² l. 68. D. de v. o. 45, 1; l. 75. D. de e. e. 18, 1; l. 21. § 5. D. de a. e. v. 19, 1.—³ l. 122. § 3. D. de v. o. 45, 1.—⁴ l. 17. C. de fid. instr. 4, 21; pr. l. de emt. vend. 3, 23; Cp. l. 38. pr. D. de rit. nupt. 23, 2; l. 5. C. de spons. 5, 1.—⁴⁰ l. 9. pr. D. de e. e. 18, 1.

условіемъ, что не послѣдуетъ лучшаго предложенія), стало быть, сдѣлка должна быть признана за тѣмъ, кто больше дастъ или меньше потребуетъ. Первое мнѣніе справедливо въ томъ случаѣ, если совершающій торги (какъ обыкновенно бываетъ) не опредѣляетъ цѣны, ибо тогда вызовъ не есть опредѣленное предложеніе; таковымъ можетъ быть признано лишь предложеніе присутствующаго. Иное дѣло, если совершающій торги самъ опредѣляетъ цѣну; тогда справедливо будетъ второе мнѣніе. — Слѣдуетъ еще замѣтить, что по римскому праву публичный торгъ, какъ форма заключенія договора, былъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ предписанъ закономъ; такъ, при продажѣ *pignus in causa iudicati captum*, при отдачѣ въ аренду городскихъ земель⁵; кромѣ того, публичный торгъ былъ въ ходу и въ частномъ оборотѣ.

2) § 213. Форма договора.

Selzer, Abhandl. aus dem Civilrecht. 1860. — *Regelsberger*, civilrechtliche Erörterungen. §§ 26 — 29. 1868. — *Bruns-Sachau*, Syrisch-Römisches Rechtsbuch. Стр. 220 слѣд. 1880. — *Seuffert*, zur Geschichte der obligatorischen Verträge. 1881. — *Savigny*, § 77. — *Vangerow*, § 606. — *Windscheid*, § 312.

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

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

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

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

3. Если стороны въ предварительномъ договорѣ сами условились о заключеніи договора въ опредѣленной формѣ. Если условлена письменная или нотаріальная форма, то, по предписанію Юстиніана⁶, обязательство возникаетъ для сторонъ лишь тогда, когда письменный актъ подписанъ обѣими сторонами или нотаріусомъ; даже пунктація, подписанная обѣими сторонами, подлежитъ тѣмъ же правиламъ и не даетъ права на искъ о заключеніи договора; но та сторона, которая дала задатокъ и отказывается отъ заключенія договора, теряетъ свой задатокъ; если задатокъ дала другая сторона, то отказывающійся отъ заключенія договора уплачиваетъ двойную стоимость полученнаго (ср. § 212 пр. 4). Совершенно справедливо господствующее мнѣніе относитъ это постановленіе лишь къ случаю сомнѣнія (потому что иначе, это было бы прямое покровительство нарушенію дѣянія), т. е. считаетъ его непримѣнимымъ къ тому случаю, когда по ясной волѣ сторонъ *perfectio* договора не откладывается до совершенія письменнаго акта, который долженъ лишь служить средствомъ облегченія доказательства; въ такомъ случаѣ можно предъявить искъ объ исполненіи акта.

3) Виды договоровъ.

а. § 214. Дискретный и абстрактный договоръ.

Liebe, Gneist, Schlesinger, Girtanner, въ соч., прив. къ § 209. — *Bähr*, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. 1867. — *Schlossmann*, zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge. 1868. — *Bühl*, Beiträge zur L. v. Anerkennungsvertrag. 1875. — *Spaltenstein*, das specifisch juristische Geschäft im Röm. Obligationenrecht. 1876. — *Karlowa*, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. § 36 слѣд. — *Savigny*, § 78. — *Vangerow*, § 600. — *Windscheid*, § 318. 319. 364.

Какъ всякая сдѣлка, такъ и обязательственный договоръ имѣетъ въ виду какую либо цѣль (такъ наз. *causa obligationis*); цѣль договора бываетъ

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

⁶ 1. 17. C. de fid. instr. 4, 21; пр. I. pe. emt. 3, 23.

обыкновенно выражена въ самомъ договорѣ, но не всегда, такъ что иногда ея не видно (§ 67).

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

II. Договоръ, въ которомъ цѣль не выражена и не видна, называется абстрактнымъ, чистымъ, простымъ (неправильно названіе—формальный договоръ). Это названіе основано на томъ, что здѣсь договоръ является какъ бы отвлеченнымъ отъ цѣли, выступая въ простой формѣ обѣщанія и принятія (напр., я обѣщаю вамъ уплатить 100). Абстрактный договоръ въ гражданскомъ оборотѣ есть исключительное явленіе; обыкновенно же контрагенты указываютъ цѣль въ самомъ договорѣ; но вслѣдствіе отвлечения отъ *causa obligationis* договоръ самъ по себѣ становится болѣе крѣпкимъ, въ известной мѣрѣ независимымъ отъ цѣли (ср. ниже текстъ между пр. 7 и 8), такъ что, гдѣ это соотвѣтствуетъ намѣренію сторонъ, тамъ послѣднія обращаются къ абстрактному договору.

1. Римское право. Абстрактнымъ договоромъ, по римскому праву, можетъ быть стипуляція; въ ней, впрочемъ, можетъ быть выражена и цѣль¹ (*causa stipulationis*, напр., *dotis nomine tot dare spondes? spondeo*)², но часто она заключается и въ видѣ абстрактнаго договора (*centum dare spondes? spondeo*). Но хотя бы цѣль въ абстрактной стипуляціи не была указана, все-таки эта цѣль существуетъ и оказываетъ известное вліяніе на стипуляцію. При этомъ слѣдуетъ обратить вниманіе на аналогію, которая существуетъ между *causa traditionis* (§ 131 пр. 14) и *causa stipulationis*. Во первыхъ, въ содержаніи: какъ *causa traditionis*, такъ и *causa stipulationis* бываетъ или *solvendi causa*³ (кто либо даетъ обѣщаніе, чтобы отмѣнить существующій долгъ, такъ наз. *stipulatio novationis*, § 266 въ началѣ)⁴, или *donandi causa*⁵, или *contrahendi causa*⁶ (одно лицо обѣщаетъ уплатить сумму, которую другое лицо должно ему дать взаймы), или *dotis constituendae causa*⁵, или цѣль обезпеченія, напр., *cautio damni infecti* (§ 315 пр. 18) и т. п. Во вторыхъ, въ томъ, что какъ *traditio*, такъ и абстрактная стипуляція въ двухъ случаяхъ бываетъ ничтожна, а именно, если она имѣетъ цѣлью дареніе между супругами⁶ и если ее заключаютъ для *intercessio* женщины⁷; во всѣхъ прочихъ случаяхъ стипуляція дѣйствительна, хотя бы даже цѣль была порочная (цѣль, основанная на ложномъ предположеніи, или неправомѣр-

¹ l. 40. D. de r. c. 12, 1; l. 126. § 2 D. de v. o. 45, 1; l. 71. pr. D. pro soc. 17, 2. —
² l. 20. D. de iure dot. 23, 3. — ³ l. 2. § 3. D. de don. 39, 5. — ⁴ l. 2. D. de nov. 46, 2. —
⁵ l. 3. § 10. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — ⁶ l. 1. § 1. D. de cond. s. c. 12, 7; l. 6. § 1. D. de
nov. 46, 2. — ⁷ t. C. de dotis prom. 5, 11. — ⁸ l. 3. § 10. D. de don. i. v. et u. 24, 1. — ⁹ l. 1.
D. ad sct. Vell. 16, 1.

ная, безправственная цѣль); но тогда стипуляцію можно опорочить искомъ и возраженіемъ⁸.—Многіе юристы утверждаютъ, что должникъ можетъ отказываться въ исполненіи абстрактной стипуляціи, пока вѣритель не докажетъ наличности *causa*, а если вѣритель, не удовлетворивъ этого требованія, предъявитъ искъ, то этому иску можно противопоставить *exceptio doli*. Но оба мѣста источниковъ, на которыя опирается это мнѣніе (это есть возбуждавшія много споровъ l. 25. § 4. de prob. 22, 3 и l. 13. C. de non num. res. 4, 30), говорятъ не объ абстрактной стипуляціи, а объ обѣщаніи предмета, который *предполагается* должнымъ (обсуждаемый тамъ документъ гласитъ не: „А. обѣщаетъ В. уплатить 100“, но „А. обѣщаетъ В. уплатить 100, которые онъ ему долженъ“, ср. § 231).

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

В. § 215. Двусторонніе и односторонніе договоры.

Bruck, die Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. 1874.—*Vangerow*, § 607.—*Windscheid*, §§ 320. 321.—*Brinz*, § 224.

I. *Взаимные, двусторонніе договоры (обоюдные договоры, прежде называвшіеся contractus bilaterales aequales) суть такіе договоры, изъ которыхъ для каждаго изъ контрагентовъ возникаетъ и требованіе и долгъ; поѣтому, для каждаго контрагента есть особый искъ, напр., act. venditi—act. emti, act. locati—act. conducti.* Они распадаются на два класса: на мѣнныя договоры и договоры общенія. Мѣнныя договоры (у Греков *synallagmata*)¹ суть такіе, въ которыхъ каждый контрагентъ обѣщаетъ другому какое либо дѣйствіе за воздѣйствіе; они распадаются на два вида, смотря по тому, доставляетъ ли дѣйствіе одного контрагента *постоянное* обладаніе вещью (договоръ купли, мѣны и подобныя сдѣлки) или только *временное* употребленіе и пользованіе (наемъ и подобныя сдѣлки). Договоры общенія суть такіе договоры, въ которыхъ нѣсколько контрагентовъ соединяютъ свои дѣйствія для достиженія сообща одной цѣли, которая дѣйствіемъ одного контрагента не могла бы быть вовсе достигнута или не могла бы быть достигнута такъ легко или такъ выгодно.—Противоположны двустороннимъ договорамъ: 1) *строга односторонніе договоры (прежде называвшіеся contr. unilaterales), изъ которыхъ для одной стороны возникаетъ требованіе, а для другой долгъ, напр., заемъ, стипуляція; здѣсь существуетъ искъ лишь для одной стороны противъ другой, напр., act. ex stipulatu,* 2) *односторонніе договоры съ actiones contrariae (прежде называвшіеся contr. bilaterales inaequales, случайно-двусторонніе), которые по своему первоначальному содержанию являются односторонними, но допускаютъ послѣдующее возникновеніе обязанности для вѣрителя вслѣдствіе особыя обстоятельство (напр., depositarius, commodatarius, mandatarius дѣлаютъ издержки); искъ для преслѣдованія первоначальной обязанности носить названіе actio directa, искъ для преслѣдованія послѣдующей обязанности—actio contraria (напр., act. depositi directa—contraria).*

⁸ l. 1. l. 3. D. de cond. s. c. 12, 7; l. 2. § 3. D. de dol. m. exc. 44, 4; l. 15. pr. D. de fid. 46, 1

¹ l. 7. § 2. D. de pact. 2, 14.

II. Сущность *двусторонних* договоров спорна; их опредѣляютъ то какъ двѣ половины одной и той же сдѣлки, то какъ два самостоятельныя и другъ отъ друга независимыя обязательства, то какъ два самостоятельныя, но другъ друга проникающія обязательства. Справедливо послѣднее мнѣнiе; это видно изъ слѣдующихъ правилъ:

1. *Относительно исполненiя*. Лишь въ исключительныхъ случаяхъ бываетъ опредѣлено закономъ (такъ, относительно отдающаго внаймы)^{1а} или особымъ побочнымъ соглашенiемъ, что одна сторона обязана совершить преддѣйствiе. Обыкновенно же примѣняется правило, что дѣйствiя должны послѣдовать сейчасъ одно за другимъ, и что только тотъ можетъ требовать исполненiя отъ другаго, кто самъ уже исполнилъ или готовъ къ исполненiю. Если дѣло доходить до процесса, то на истца, безспорно, лежитъ обязанность доказывать, что онъ уже исполнилъ или готовъ къ исполненiю. Но является спорнымъ, долженъ ли истецъ взять на себя добровольно доказыванiе этихъ фактовъ, какъ принадлежащихъ къ основанiю иска, или онъ можетъ ожидать возраженiя отвѣтчика (такъ наз. *exc. non impleti contractus*); справедливость перваго мнѣнiя видна изъ изреченiя источниковъ: *offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur*²; мѣста источниковъ³, на которыя опирается противоположное мнѣнiе, говорятъ объ иныхъ (хотя и сходныхъ) случаяхъ; отсюда слѣдуетъ, что такъ наз. *exc. non impleti contractus* есть собственно не *exceptio*, а *litis-contestatio negativa* (§ 92).—Далѣе, является спорнымъ, должно ли отличать отъ *exc. non impleti contractus* еще особое возраженiе—*exc. non rite impleti contractus* и на кого здѣсь падаетъ обязанность доказывать. Правильнымъ будетъ слѣдующее: надо разсмотрѣть, не заключается ли въ утверженiи о ненадлежащемъ исполненiи—утверженiи о неисполненiи (отвѣтчикъ-продавецъ утверждаетъ, что истецъ уплатилъ ему только 90, между тѣмъ какъ продажная цѣна условлена была 100; отвѣтчикъ-покупщикъ утверждаетъ, что истецъ доставилъ ему русскую пшеницу, между тѣмъ какъ онъ купилъ венгерскую); тогда *onus probandi* лежитъ на истца; иначе рѣшается вопросъ, если утверженiе отвѣтчика не является упрекомъ въ неисполненiи, а лишь указываетъ основанiе для права на возмѣщенiе вреда (напр., отвѣтчикъ-покупщикъ утверждаетъ, что предметъ купли страдаетъ недостатками); въ этомъ случаѣ дѣйствуютъ правила компенсацiи (§ 265), а обязанность доказывать лежитъ на отвѣтчикѣ.

2. *Относительно исключительныхъ случаевъ возникновенiя обязательства лишь для одной стороны*. Иногда двустороннiй договоръ можетъ состояться не исполнѣ, такъ что одна сторона можетъ требовать по произволу удержанiя договора въ силѣ или его уничтоженiя, а другая сторона должна подчиниться произволу первой; если же первая сторона рѣшится сохранить договоръ въ силѣ, то она должна совершить то, что сама обѣщала. Важнѣйшiе изъ такихъ случаевъ суть слѣдующiе: а. недѣеспособное лицо заключаетъ двустороннiй договоръ, напр.,—опекаемый *sine tutore auctore*⁴; б. заключаетъ двустороннiй договоръ подвластное лицо, которое, хотя способно къ приобрѣтенiю для своего властителя, но въ то же время не можетъ послѣдняго обязывать⁵ (этотъ случай теперь не существуетъ); в. кто либо продаетъ украденную вещь, не зная, что она укра-

^{1а} l. 24. D. loc. 19, 2.—² l. 13. § 8. D. de a. e. v. 19, 1.—³ Gai. 4, 126; l. 25. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. C. de ev. 8, 44; l. 5. § 4. D. de exc. dol. 44, 4; съ послѣднимъ мѣстомъ ср. l. 3. pr. D. de a. e. v. 19, 1.—⁴ pr. l. de auct. tut. 1, 21; l. 13. § 29. D. de a. e. v. 19, 1; l. l. l. 7 § 1. D. de resc. vend. 18, 5.—⁵ l. 31. § 1. D. de r. cr. 12, 1; l. 57. D. ad aed. ed. 21, 1.

денная, между тѣмъ какъ это извѣстно покупщику⁶; d. заключенъ договоръ купли о вещи, большая часть которой уничтожена, и оба контрагента объ этомъ не знаютъ⁷. Эти случаи называютъ *negotia claudicantia: quia ex uno latere constat contractus*⁸. Ихъ сущность спорна; можно выдѣлить три главныя мнѣнія:

а. здѣсь имѣеть мѣсто относительная ничтожность (§ 64), т. е. упомянутый выше произволъ одной стороны относительно *удержанія* договора *въ силѣ* основанъ на томъ, что отъ усмотрѣнiя этой стороны зависитъ *дѣйствительность* договора. Этому мнѣнiя нельзя принять, потому что источники уже съ момента заключенiя договора считаютъ одного обязаннымъ, а другаго необязаннымъ⁹;

б. только одна сторона обязана, а другая нѣтъ, но послѣдняя поступаетъ противъ намѣренiя договора, если требуетъ отъ обязанной стороны воздѣйствiя, не исполнивъ своего (хотя бы и недѣйствительнаго) общагнiя, и тогда обязанному дается ехс. doli. И этого мнѣнiя нельзя принять, потому что, по прямому свидѣтельству источниковъ¹⁰, необязанный долженъ исполнить свое общагнiе *ultro* (т. е. не ожидая ехс. doli);

с. обязана лишь одна сторона, но обязательство не направлено на то, чтобы она *просто* совершила обѣщанное дѣйствiе (такъ, б), но на то, чтобы она сдѣлала его *за воздѣйствiе*; не *намѣренiе* контрагентовъ, а уже ихъ *уговоръ* защищаетъ обязаннаго противъ требованiя совершить дѣйствiе безъ воздѣйствiя. Это—правильное мнѣнiе.

3. Относительно прекращенiя обязательства безъ матеріальнаго удовлетворенiя. Если одна сторона освобождается отъ своей обязанности не матеріальнымъ удовлетворенiемъ другой стороны (посредствомъ платежа, депозити, компенсаціи, новаци, однимъ словомъ, посредствомъ *satisfactio*, § 261), а какимъ либо инымъ путемъ, то прекращается и обязанность другой стороны. Случаи примѣненiя этого общаго правила въ рѣшенiяхъ источниковъ суть слѣдующіе:

а. если, по заключенiи договора купли, издаются *novae tabulae*, т. е. если закономъ уничтожаются вполне или отчасти денежныя долги (—такіе законы издавались неоднократно къ концу республики вслѣдствiе извѣстныхъ происковъ социалистовъ—), то продавецъ не обязанъ выдавать вещи, а если послѣдняя уже выдана, то ее можно потребовать назадъ¹¹;

б. если при договорѣ купли заключено *pact. de non praestanda evictione*, и затѣмъ вещь по *evictio* отнимаютъ у покупщика, то продавецъ не можетъ требовать цѣны, а если онъ получилъ послѣднюю до *эвикціи*, то обязанъ даже ее возвратитъ¹²; подробности см. въ § 288;

с. если наступаетъ *экспроприація* предмета купли еще до его передачи, то продавецъ не можетъ требовать цѣны, а если онъ получилъ послѣднюю еще до *экспроприаціи*, то обязанъ даже ее возвратитъ¹³;

д. если одна сторона освобождается путемъ *acceptilatio*, то этимъ освобождается и другая сторона¹⁴;

е. правило: *locatoris est periculum*; напротивъ (непонятно, почему), въ куплѣ примѣняется противоположное правило: покупщикъ долженъ уплатитъ

⁶ l. 34. § 3. D. de contr. e. 18, 1. — ⁷ l. 57. pr. l. 58. D. de c. e. 18, 1. — ⁸ l. 13. § 20. D. de a. e. v. 19, 1. — ⁹ Ср. мѣста, приведенныя выше въ пр. 4—6. — ¹⁰ l. 34. § 3. D. de contr. e. 18, 1. — ¹¹ l. 50. D. de a. e. v. 19, 1, гдѣ слѣдуетъ читать не *amitteret* по искаженному флорентинскому списку, а *admitteret* (равно *reciperet*) по другимъ спискамъ, упомянутымъ въ gloss. — ¹² l. 11. § 18. D. de a. e. v. 19, 1. — ¹³ l. 33. D. loc. 19, 2. — ¹⁴ l. 23. D. de acc. 46, 4; l. 5. pr. D. de resc. vend. 18, 5.

покупную цѣну даже въ томъ случаѣ, если предметъ купли до его выдачи погибнетъ отъ casus: emptoris est periculum (§ 269).

Впрочемъ, большинство романистовъ въставляютъ прямо противоположный общій принципъ, утверждая (на основаніи только что приведеннаго правила: emptoris est periculum), что прекращеніе обязательства для одной стороны не влечетъ за собою освобожденія другой; поэтому, они приходятъ къ заключенію, что двусторонній договоръ заключаетъ въ себѣ два другъ отъ друга независимыя обязательства. Изъ приведенныхъ выше а—е нормъ слѣдуетъ противное, но правило о casus при куплѣ служитъ все-таки важнымъ аргументомъ въ пользу мнѣнія противниковъ—правило, которое съ точки зрѣнія защищаемаго нами мнѣнія трудно объяснить.

с. § 216. Договоры, основанные на рискѣ.

Vangerow, §§ 673. 623. 632.—Windscheid, §§ 322. 419. 420.—Brinz, §§ 298. 307.

Договоры, основанные на рискѣ, суть такіе договоры, при которыхъ согласно намѣренію сторонъ зависитъ отъ случая, для кою обязательство принесетъ выводу и для кою убытокъ. Римское право знаетъ слѣдующіе ихъ виды: emptio spei, emptio rei speratae, игру, закладъ (пари), foenus nauticum.

Германское право насчитываетъ ихъ еще нѣсколько, а именно, лотерею, Ausspielgeschäft, договоръ о пожизненной рентѣ и страховательный договоръ. Мы должны изложить только римскіе договоры:

I. Emptio spei есть договоръ, въ которомъ предметомъ сдѣлки служитъ надежда: ipsum incertum rei venit¹; договоръ признается недѣйствительнымъ, если надежда неосуществима (напр., вы покупаете будущій уловъ рыбы въ тотъ моментъ, когда закинутый неводъ уже вытасченъ, или лотерейный билетъ, когда онъ уже вынутъ); если надежда не исполнится, то воздѣйствіе все таки должно быть совершенно².

II. Emptio rei speratae есть договоръ, въ которомъ предметомъ сдѣлки служитъ вещь, возникновенія которой по природѣ вещей можно ожидать (напр., сто четвертей пшеницы отъ будущей жатвы); договоръ этотъ есть купля подъ молчаливымъ условіемъ, „если вещь возникнетъ“, поэтому онъ только тогда совершенъ (perfectus c.), и воздѣйствіе должно быть исполнено, когда вещь возникла³, зато качество возникшей вещи не оказываетъ никакого вліянія на покупную цѣну.

III. Объ играхъ⁴ въ римскомъ правѣ находимъ слѣд. нормы: вообще игры запрещены⁵; но дозволяется игра на угощеніе⁶; игра на деньги дозволена лишь при ludi virtutis causa (борьба, военныя игры)⁷; изъ нихъ Юстиніанъ призналъ дозволенными только пять опредѣленныхъ игръ и то съ тѣмъ, чтобы ставить не больше одного солида⁸. Всякій другой долгъ изъ игры ничтоженъ, а уплаченное можно потребовать назадъ въ теченіе пятидесяти лѣтъ⁹. Кто продаетъ вещь для игры, тотъ не отвѣчаетъ предъ покупщикомъ за evictio¹⁰. Эти правила въ существенныхъ чертахъ измѣнены германскимъ правомъ.

IV. Закладъ (пари) есть основанное на противоположности утвержденій двустороннее обѣщаніе, по которому тотъ, чье утвержденіе окажется невѣрнымъ, долженъ уплатить обѣщанное другому. Будучи обѣщаніемъ подъ

¹ 11. D. de her. vend. 18, 4. — ² 1. 8. § 1. D. de contr. e. 18, 1; 1. 11. § 18. l. 12. D. de a. e. v. 19, 1. — ³ 1. 8. pr. 1. 39. § 1. D. de c. e. 18, 1. — ⁴ tit. D. de aleat. 11, 5; t. C. de aleat. et aleat. lusu 3, 43. — ⁵ 1. 2. § 1. D. h. t. 11, 5. — ⁶ 1. 4. pr. D. h. t. 11, 5. — ⁷ 1. 2. § 1. D. h. t. 11, 5. — ⁸ 1. 1. l. 2. C. h. t. 3, 43. — ⁹ 1. 1. C. h. t. 3, 43. — ¹⁰ 1. 2. § 1. D. quar. rer. act. non datur 41, 5.

условіемъ въ собственномъ или несобственномъ смыслѣ, закладъ вполнѣ дѣйствителенъ (только, по римскому праву, его слѣдовало заключать въ формѣ стипуляціи¹¹, или передавать сумму залога третьему лицу¹²); недѣйствителенъ закладъ, который относится къ чему либо безнравственному¹³, въ частности, къ запрещенной игрѣ¹⁴. Неосновательно нѣкоторые доказываютъ (вмѣсто недѣйствительности безнравственнаго залога) недѣйствительность залога вообще.

¶. *Foenus nauticum, rescripta traiectica*¹⁵, есть заемъ тому лицу, которое самыя деньги¹⁶ или купленные на нихъ товары посылаетъ за море, но не желаетъ принять на себя риска транспорта и поэтому вступаетъ въ соглашеніе съ вѣрителемъ, чтобы послѣдній принялъ на себя рискъ транспорта (т. е. отъ отбытія до прибытія)¹⁷. Если во время транспорта деньги или товары погибнуть, то вѣрителю не принадлежитъ никакого требованія; это, конечно, не примѣняется, если получившій заемъ самъ виновенъ въ гибели¹⁸. Такъ какъ рискъ падаетъ на вѣрителя, то послѣдній не связанъ законною мѣрою процентовъ (уже по праву до-юстиніанову)¹⁹.—И другой рискъ кромѣ морскаго можно тоже принять на себя путемъ договора²⁰; такой договоръ называется *foenus quasi nauticum*.—Съ *foenus nauticum* аналогиченъ германскій договоръ бодмерен.

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

t. C. IV, 11: ut act. et ab her. et contra her. — t. C. IV, 50: si quis alteri vel sibi. — t. C. VII, 60: inter alios acta. — t. I. III, 28: per quas pers. — t. I. III, 19: de inut. stip. — Busch, Doctrin und Praxis über die Giltigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. 1860. — Unger, Verträge zu Gunsten Dritter. 1869. — Gareis, die Verträge zu Gunsten Dritter 1873. — Zimmermann, Lehre v. d. stellvertretenden negot. gestio. § 2. 1876. — Savigny, Obligationenrecht. § 59. — Vangerow, § 608. — Windscheid, §§ 313. 316. 317.

I. Договоръ о дѣйствіи третьяго лица (обремененіе третьяго лица) мы имѣемъ въ томъ случаѣ, если кто либо обязываетъ дѣйствіе третьяго лица, не выступая въ качествѣ представителя послѣдняго. Такой договоръ по *ius civile* признавался ничтожнымъ: *nemo factum alienum promittendo obligatur*¹; но, по классическому (и юстиніанову) праву, обязавшій обязанъ или по возможности стараться, чтобы третье лицо совершило условленное дѣйствіе, или даже уплатить интересъ, если, не смотря на его усилія, третье лицо все-таки этого дѣйствія не совершаетъ (въ этомъ отношеніи рѣшаетъ намѣреніе сторонъ)². Если кто обязываетъ отъ имени своего наследника, то послѣдній (по указу Юстиніана)³ прямо обязанъ къ исполненію; до Юстиніана же дѣйствовало правило: *ab heredis persona obligationem incipere non posse*⁴.

II. Договоръ о дѣйствіи въ пользу третьяго лица (*n. pactum in favorem tertii*) мы имѣемъ въ томъ случаѣ, если кто либо выговариваетъ себѣ дѣйствіе въ пользу третьяго лица, не выступая въ качествѣ представителя послѣдняго. Такой договоръ признается дѣйствительнымъ лишь тогда, когда:

1. или выговаривающій дѣйствіе въ пользу третьяго лица находится съ послѣднимъ въ отношеніи власти; поэтому, отецъ можетъ выговорить

¹¹ l. 108. pr. l. 129. D. de v. o. 45, 1; l. 37. D. de r. c. 12, 1. — ¹² l. 17. § 5. D. de praes. v. 19, 5. — ¹³ l. 17. § 5. i. f. cit. — ¹⁴ l. 3. D. de al. 11, 5. — ¹⁵ tit. D. de naut. foen. 22, 2; t. C. 4, 33. — ¹⁶ l. 1. l. 3. D. h. t. 22, 2. — ¹⁷ l. 3. pr. l. 4. l. 6. D. h. t. 22, 2; l. 4. C. h. t. 4, 33. — ¹⁸ l. 3. C. h. t. 4, 33. — ¹⁹ Paul. i. S. R. II, 14. § 5; l. 4. pr. D. h. t. 22, 2; l. 1. l. 2. C. h. t. 4, 33. — ²⁰ l. 5. D. h. t. 22, 2.

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

себѣ дѣйствіе въ пользу своего подвластнаго сына (и наоборотъ)⁵;

2. или исполненіе дѣйствія въ пользу третьяго лица представляетъ интересъ и для самого выговаривающаго это дѣйствіе⁶. При *stricti iuris obligationes* интересъ долженъ былъ быть денежнымъ (напр., выговаривающій самъ долженъ былъ третьему лицу уплатить выговоренную сумму); гдѣ такового не было, дѣйствіе въ пользу третьяго лица дѣлалось обыкновенно не предметомъ договора, а условіемъ обѣщанія неустойки (*nisi Titio rem dederis, tot aureos mihi dari spondes? spondeo*)⁷. При *bonae fidei obligationes* уже по римскому праву достаточно было нравственнаго интереса; теперь его всегда достаточно (§ 208 пр. 30 слѣд.).—Итакъ, если дѣйствіе представляетъ интересъ для самаго выговаривающаго, то послѣдній можетъ требовать исполненія дѣйствія въ пользу третьяго; но само третье лицо, по общему правилу, не пріобрѣтаетъ никакого требованія⁸. Въ видѣ исключенія третьему лицу принадлежитъ требованіе противъ должника въ слѣдующихъ случаяхъ: а. если совершающій продажу залогоприниматель выговоритъ право выкупа въ пользу залогодателя, то послѣднему дается *act. in factum*⁹; б. если кто либо даритъ вещь, возлагая на одареннаго обязанность выдать ее впослѣдствіи третьему лицу, то послѣднему дается *act. utilis*¹⁰; в. если кто либо отдаетъ чужую вещь на сбереженіе или въ ссуду съ уговоромъ, чтобы она была возвращена собственнику, то послѣднему дается *act. utilis depositi* или *commodati*¹¹; г. если восходящій родственникъ, устанавливая приданое, выговариваетъ возвращеніе послѣдняго своей дочери или ея дѣтямъ, то имъ дается *actio utilis*¹²; е. если кто выговоритъ себѣ что либо въ пользу своихъ наслѣдниковъ¹³, то послѣднимъ дается искъ; ф. одно довольно странное законоположеніе опредѣляетъ, что если кто либо даетъ взаймы собственныя деньги на имя третьяго лица, хотя бы безъ вѣдома послѣдняго, то требованіе пріобрѣтаетъ только третье лицо, а не самъ займодавецъ¹⁴.—Къ этимъ случаямъ римскаго права германское право прибавило еще нѣсколько: вписаніе жены въ кассу для вдовъ вносимъ мужа, страхованіе жизни въ пользу третьихъ лицъ, крестьянскія сдѣлки объ уступкѣ имущества съ уговорами въ пользу третьихъ, *Schüssel*-или *Heerdgeld*, *Strick*-и *Halftergeld*. Нѣкоторые даже утверждаютъ, что изъ всѣхъ договоровъ въ пользу третьяго лица, послѣднее пріобрѣтаетъ право требованія; изложеніе этого спорнаго вопроса относится къ германскому частному праву.

4) § 218. Укрѣпленіе договоровъ.

Randa, zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe. 1869. — *Bruns* и *Sachau*, *Syrisch-Römisches Rechtsbuch*. Стр. 216 слѣд. 1880. — *Savigny*, *Obligationenrecht*. §§ 79. 80. — *Vangerow*, §§ 612—614. — *Windscheid*, §§ 83a. 285. 286. 324. 325. — *Baron*, § 111.

Договоры могутъ быть укрѣпляемы выдачею задатка, обѣщаніемъ неустойки, обѣщаніемъ подъ присягою.

I. Задатокъ (*arra*). Въ видѣ задатка могутъ быть даны деньги или другія вещи¹; въ римскомъ правѣ задатокъ имѣетъ двойное примѣненіе:

1. Какъ знакъ совершенія договора²; такой задатокъ новые юр. называютъ *arra confirmatoria*, *arra pacto perfecto data*; онъ употребляется при неформальныхъ договорахъ, и служитъ доказательствомъ заключенія до-

⁵ § 4. I. de in. stip. 3, 19; I. 38. § 17. I. 39. I. 45. пр. I. 56. § 3. I. 130. D. de v. o. 45,

⁶ I. 2. C. de contr. stip. 8, 37. — ⁷ § 20. I. de in. stip. 3, 19; I. 38. §§ 20—23. D. de v. o. 45, 1;

⁸ I. 3. C. de in. stip. 8, 38. — ⁹ I. 38. § 17. D. de v. o. 45, 1; §§ 4. 19. I. de in. stip. 3, 19. — ¹⁰ I. 11

D. o. et a. 44, 7; I. 6. C. si quis alt. 4, 50; I. 26. C. de iure dot. 5, 12; I. 73. § 4. D. de r. i. 50,

¹¹ I. 13. пр. D. de pign. act. 13, 7; I. 7. § 1. D. de distr. pign. 20, 5. — ¹² I. 3. C. de don. quae

sub modo 8, 54. — ¹³ I. 8. C. ad exh. 3, 42. — ¹⁴ I. 12. D. sol. matr. 24, 3; I. 7. C. de p. c. 5, 14. —

¹ I. un. C. ut ab her. 4, 11. — ² I. 9. § 8. D. de r. c. 12, 1; I. 35. § 2. D. de don. 39, 5; I. 126.

³ D. de v. o. 45, 1.

⁴ I. 11. § 6. D. de a. e. v. 19, 1; I. 5. § 15. D. de inst. a. 14, 3. — ⁵ пр. I. de emt. 3, 23. —

говора (*ut evidentius probari possit, convenisse*)³. Если договоръ исполненъ или уничтоженъ, то задатокъ терять свое значеніе и подлежить—въ первомъ случаѣ зачету или возвращенію, во второмъ случаѣ—возвращенію⁴; лишь въ томъ случаѣ, если уничтожается договоръ купли въ силу *lex commissoria* (§ 286 кон.), отступающій отъ договора продавецъ можетъ удержать *argha*⁵.

2. *Какъ средство принужденія къ заключенію предполагаемаго договора* (т. н. а. *pactio imperfecto data*); въ такой функціи задатокъ выступаетъ при *pact. de contrahendo*; давній *argha* лишается задатка, если позднѣе уклонится отъ заключенія договора, и получаетъ двойное количество, если уклоняется противная сторона (§ 212 пр. 4).—Такой задатокъ былъ въ ходу у Римлянъ и при одной сдѣлкѣ изъ области семейственнаго права (при обрученіи); и здѣсь получатель задатка въ случаѣ, если онъ безъ особой причины отступаетъ отъ обрученія, долженъ выдать *argha* вдвойнѣ⁶; напротивъ, неустойка для укрѣпленія обрученія не допускается^{5b} (ср. пр. 14).

Современный гражданскій оборотъ породилъ новый случай примѣненія задатка:

3. Какъ т. н. а. *penitentialis, Reugeld*; здѣсь къ договору присовокупляется статья, что давній *argha* можетъ отступить отъ договора, лишаясь задатка. Это не укрѣпленіе, а ослабленіе договора.

II. *Неустойка есть дѣйствіе, которое обещано подъ условіемъ, если какое либо другое обещаніе не будетъ совсѣмъ исполнено или будетъ исполнено ненадлежащимъ образомъ.* И неустойка примѣняется въ римскомъ правѣ въ двойномъ значеніи:

1. *Какъ средство укрѣпленія заключеннаго договора.* При этомъ возникаетъ вопросъ, можетъ ли вѣритель въ случаѣ неисполненія или ненадлежащаго исполненія требовать уплаты неустойки и вмѣстѣ съ тѣмъ исполненія договора (или возмѣщенія убытковъ отъ неисполненія или ненадлежащаго исполненія), или онъ можетъ потребовать только неустойки, или, наконецъ, ему предоставленъ выборъ между тѣмъ и другимъ. Уплаты неустойки вмѣстѣ съ исполненіемъ договора (или возмѣщеніемъ убытковъ) можно требовать лишь тогда, когда на это даетъ право прямое или молчаливое соглашеніе въ договорѣ⁶ (напр., неустойка положена уже на просрочку исполненія, неустойка несоразмѣрно мала въ сравненіи съ предметомъ главнаго договора). Если такого соглашенія не послѣдовало, то при *stricti iuris obligationes* можно требовать только неустойки⁷ (этотъ случай отпалъ вмѣстѣ съ *obl. stricti iures*, ср. § 84 sub 5); при *obl. bonae fidei* вѣрителю принадлежитъ право выбора между неустойкою и исполненіемъ договора (или возмѣщеніемъ убытковъ); если его выборъ палъ на одно изъ двухъ, а другое составляетъ болѣе значительную сумму, то онъ можетъ еще потребовать разницы⁸; обыкновенно вѣритель выбираетъ неустойку, потому что это избавляетъ его отъ доказыванія убытковъ⁹ (ср. § 288 sub II); разъ сдѣланный выборъ связываетъ вѣрителя и въ томъ случаѣ, если онъ добровольно принимаетъ исполненіе, хотя можетъ требовать неустойки; тогда онъ уже лишается права на послѣднюю¹⁰.

2. *Какъ средство принужденія къ заключенію предполагаемаго договора* (§ 212 пр. 3).

3. Въ современномъ гражданскомъ оборотѣ неустойка постановляется часто въ видѣ т. н.

³ 1. 35. пр. D. de c. e. 18, 1.—⁴ 1. 11. § 6. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 5. § 15. D. de inst. a. 14, 3.—

⁵ 1. 6. пр. 1. 8. D. de l. comm. 18, 3.—^{5a} 1. 5. C. de spons. 5, 1.—^{5b} 1. 134. пр. D. de v. o. 45, 1.—

⁶ 1. 115. § 2. D. de v. o. 45, 1.—⁷ 1. 44. § 6. D. de o. et a. 44, 7; 1. 115. § 2. D. de v. o. 45, 1.—

⁸ 1. 41. l. 42. l. 71. пр. D. pro soc. 17, 2; 1. 28. D. de a. e. 19, 1.—⁹ § 7. I. de v. o. 3, 15; 1. 11.

¹⁰ D. de stip. пр. 46, 5.—^{10a} 1. 23. пр. D. de rec. 4, 8; 1. 23. D. de o. et a. 44, 7; 1. 10. i. f. D. de eo quod c. l. 13, 4.—^{10a} 1. 122. § 3. D. de v. 45, 1.

multa poenentialis, Reugeld, Wandelrön, такъ что должнику принадлежитъ право выбора между неустойкою и исполненіемъ; въ этомъ заключается не укрѣпленье, а ослабленіе договора.

Вообще необходимо еще замѣтить слѣдующее: размѣръ неустойки зависитъ отъ усмотрѣнія сторонъ¹¹; впрочемъ, если долгъ способенъ къ росту, то, по римскому праву, неустойка не должна превышать законной мѣры процентовъ¹². Вслѣдствіе закона отъ 14-го ноября 1867 объ уничтоженіи законнаго ограниченія процентовъ это постановленіе лишено силы (ср. § 43 sub 4).—Дѣйствительность неустойки вообще не зависитъ отъ дѣйствительности главнаго договора; поэтому, у Римлянъ прибѣгали къ неустойкѣ для косвеннаго принужденія къ исполненію недѣйствительныхъ самихъ по себѣ обязательствъ (ср. § 217 пр. 7); неустойка лишь тогда признается недѣйствительною, когда въ главномъ договорѣ обѣщано что либо невозможное, безправденное, противозаконное¹³, или когда дѣйствіе должно быть совершено вполнѣ свободно¹⁴ (поэтому, нельзя укрѣплять неустойкою обрученія, нельзя запретить подъ страхомъ неустойки расторгненіе брака).—Если неустойка условлена для укрѣпленія какого либо упущенія, то она подлежитъ уплатѣ въ случаѣ совершенія противоположнаго дѣйствія¹⁵; если же неустойка служитъ для укрѣпленія положительнаго дѣйствія, то спрашивается, былъ ли вмѣстѣ съ тѣмъ предписанъ срокъ для совершенія этого дѣйствія, или нѣтъ; въ первомъ случаѣ неустойка подлежитъ уплатѣ съ истеченіемъ назначеннаго срока¹⁶, во второмъ случаѣ—съ того момента, когда, не смотря на истеченіе *modicum tempus*¹⁷ и не смотря на то, что можно было совершить дѣйствіе, послѣднее все-таки не совершено¹⁸.—Частичное исполненіе не освобождаетъ отъ неустойки¹⁹.—Напомянія должнику со стороны вѣрителя не требуется (здѣсь мы имѣемъ такъ наз. объективную пога, § 240 пр. 1); требуется ли *culpa* должника,—это вопросъ спорный; по правильному мнѣнію, вообще^{19a} *culpa* не требуется²⁰.

III. *Jusiurandum promissorium.* Общаніе подъ присягою есть общаніе съ указаніемъ на предметъ, который либо общающее почитаетъ высокимъ, священнымъ. Выбору предметовъ римское право оставляетъ большой просторъ: *per deum, per salutem tuam, per caput tuum vel filiorum, per genium principis*, даже *propriae superstitionis*, лишь бы не *improbatae publice religionis*²¹.—За исключеніемъ общанія подъ присягою услугъ со стороны вольноотпущенника (§ 209 пр. 12)²², Римляне вездѣ твердо держались того правила, что присяга не оказываетъ вліянія на дѣйствительность договора²³; тѣмъ не менѣе одинъ изъ императорскихъ законовъ налагаетъ безестіе на полнолѣтнее лицо (*maior*), которое нарушаетъ мировую сдѣлку, подтвержденную присягою^{23a}, а одинъ изъ императорскихъ рескриптовъ²⁴ отказываетъ въ реституціи мнору, который подкрѣпилъ продажу присягою (§ 101 пр. 13. § 105 пр. 10).

О предѣлахъ примѣненія этого рескрипта спорили глоссаторы *Vulgarus* и *Martinus*; первый относилъ рескриптъ лишь къ отчужденіямъ, самимъ по себѣ дѣйствительнымъ, по опорачиваемымъ, второй—также и къ отчужденіямъ ничтожнымъ, напр., если *minor* отчуждаетъ участокъ безъ *decretum* начальства (§§ 378. 21 пр. 9); этотъ споръ рѣшилъ императоръ Фридрихъ I. Барбарусса въ *Authentica sacramenta puberum*²⁵ (согласно съ ошибочнымъ мнѣніемъ) въ томъ смыслѣ, что присяга

¹¹ l. 56. pr. D. de ev. 21, 2. — ¹² l. 44. D. de us. 22, 1; l. 13. § 26. D. de a. e. 19, 1; l. 5. D. de us. 4, 32 — ¹³ l. 69. l. 26. l. 35. l. 123. D. de v. o. 45, 1. — ¹⁴ l. 61 pr. l. 134. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 2. C. de inut. stip. 8, 38. — ¹⁵ l. 122. § 6. D. de v. o. 45, 1. — ¹⁶ l. 23. D. de o et a. 44 7; l. 12. C. de contr. stip. 8, 37. — ¹⁷ l. 21. § 12. D. de rec. 4, 8. — ¹⁸ l. 115. § 2. D. de v. o. 45 1. — ¹⁹ l. 47. D. de a. e. v. 19, 1; l. 5. §§ 3. 4. l. 85. § 6. D. de v. o. 45, 1. — ^{19a} Одно исключеніе см. въ l. 2. § 1.—l. 4. § 3. D. si quis caut. 2, 11; l. 21. § 9. D. de rec 4, 8. — ²⁰ l. 77. D. de v. o. 45, 1; l. 9. D. de n. f. 22, 2; l. 22. pr. D. ad l. Aq. 9, 2. — ²¹ l. 3. § 4. l. 4. l. 5. pr.—§ 3. l. 13. § 6. l. 33. D. de iur. 12, 2. — ²² l. 7. pr. D. de op. lib. 38, 1; l. 44. D. de l. c. 40, 12. — ²³ l. 7. l. 16. D. de p. 2, 14; l. 5. § 1. C. de leg. 1, 14. — ^{23a} l. 41. C. de transact. 2, 4. — ²⁴ l. 1. C. si adv. 2, 28. — ²⁵ *Auth. Sacramenta puberum* къ l. 1. C. cit.

совершеннолѣтняго лица дѣлаетъ всякое *отчужденіе* неподлежащимъ опороchenію (даже *ничтожное*). Затѣмъ папскіа декреталии²⁶ присвоили обязательную силу дозволенію на отчужденіе дotalьнаго участка, данному женою подъ присягою, отреченію подъ присягою получившей приданое дочери отъ будущаго наслѣдства отца, укрѣпленіе подъ присягою *lex commissoria* залогодателемъ; канонисты, въ свою очередь, выставили общій принципъ, что *всякое* обѣщаніе подъ присягою должно быть исполнено, поскольку оно не задѣваетъ интересовъ третьихъ лицъ (въ частности общественнаго блага) и не угрожаетъ вѣчному блаженству. Прежняя практика признала это начало при дареніи между супругами и *intercessio* женщинъ; но въ новое время наука стремится отвергнуть это опасное общее начало, а нѣкоторыя новыя партикулярныя законодательства даже совсѣмъ запрещаютъ укрѣпленіе договоромъ вѣсудебною присягою²⁷.

5) Заключение договоровъ чрезъ представителей.

Buchka, Lehre von der Stellvertretung bei der Eingehung von Verträgen. 1852.—*Brinz*, kritische Blätter Nr. 2. 1853.—*Rohstrat*, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. 1854.—*Mandry*, das gemeine Familienrecht mit Ausschluss des ehel. Güterrechts. Томъ 2-й. Стр. 207 слѣд. 1876.—*Drechster*, die act. quod iussu. 1877.—*Hellman*, Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1881.—*Baron*, dem Römischen Civilprocess; томъ 2-й: die adjecticishen Klagen. 1882.

а. § 219. Введение.

Savigny, Obligationenrecht. § 57.

Ученіе о представительствѣ при обязательственныхъ договорахъ подверглось въ исторіи римскаго права важнымъ преобразованіямъ; еще болѣе важныя перемены произвели средневѣковое и новое обычное право; такимъ образомъ то правило древняго *ius civile*, по которому изъ договоровъ, заключенныхъ представителемъ, права и обязанности возникаютъ только для послѣдняго, — теперь волиѣ отмѣнено и даже обратилось въ прямо противоположное правило. Пониманіе хода развитія права, ясность изложенія и, наконецъ, сообразное предмету рѣшеніе относящихся сюда спорныхъ вопросовъ требуетъ раздѣленія нашего изложенія по періодамъ (древняго *ius civile*, преторскаго права и права Юстиніана, §§ 220—223).

Но прежде всего слѣдуетъ вспомнить содержаніе двухъ понятій, лежащихъ въ основаніи нашего предмета (§ 65): представители въ изъявленіи воли и представителя въ волѣ (лучше: въ составленіи воли). Представитель въ изъявленіи воли (посланный, *nuntius*), есть то лицо, которое должно довести сообщениую ему волю друаго до свѣдѣнія третьяго лица, т. е. изъяснить ее вмѣсто друаго (подобно письму, которое содержитъ изъясненіе воли)¹. Представитель въ волѣ есть то лицо, которое должно само вмѣсто друаго составить волю и изъяснить ее затѣмъ зи друаго третьему лицу. Представительство посланнаго касается обнаруженія воли, представительство въ волѣ касается и составленія воли, слѣдовательно, заключенія и постановленія договорныхъ соглашеній; посланный является органомъ сообщенія чужой воли, представитель въ волѣ составляетъ собственную волю, которая тѣмъ не менѣе должна быть признана представляемымъ; этому ничуть не противорѣчитъ то обстоятельство, что представитель бываетъ ограниченъ разными инструкціями; эти инструкціи ставятъ только границы, изъ предѣловъ коихъ онъ не долженъ выходить при составленіи воли; можно лишь сказать, что представляемый, который даетъ инструкціи, направилъ свои намѣренія на данную сдѣлку, но лишь представитель составляетъ рѣшеніе, т. е. волю. Но, если инструкціи обладаютъ такою опредѣленностью, что представителю болѣе не остается ничего сдѣлать и даже не предоставлено никакого выбора, то это будетъ представительство въ изъявленіи воли, а не въ волѣ.

²⁶ с. 28 X de iurei. 2, 24; с. 2. in VI. de p. 1, 18; с. 7. X. de iurei. 2, 24 — ²⁷ Alle Preuss. Landrecht II. 20. §§ 1425—1430; ср. Preussische A.G.O. I. 10 § 284; ср. также Reichsstrafgesetzbuch отъ 1871 г. § 302

¹ 1. § 1 D. mand. 17, 1; 1. 2 § 2. D. de o et a. 44, 7.

Замѣтимъ еще, что особый видъ представительства въ изъявленіи воли составляетъ дѣятельность маклера (proxeneta); маклеръ занимается посредничествомъ при заключеніи договоровъ, какъ ремесломъ; онъ изъявляетъ каждой изъ сторонъ, ведущихъ переговоры, сообщенную ему волю другой стороны, получая за это при заключеніи договора известную плату (proxeneticum), право на которую въ классическомъ правѣ осуществилось судебнымъ порядкомъ въ формѣ extraordinaria cognitio² (§ 296 sub III).

b. § 220. Древнее ius civile.

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

Что и въ цивильномъ правѣ (ius civile) при заключеніи договоровъ (кромя вербальныхъ) допускалось употребленіе посланныхъ, что послѣдніе остаются внѣ всякаго обязательственнаго пехус, что послѣдствія договора касаются лишь самихъ контрагентовъ¹, — все это понятно само собою. Но если договоръ заключаетъ открытый (§ 65 sub II. 2), уполномоченный къ заключенію представитель отъ имени представляемаго (напр., повѣренный по торговымъ сдѣлкамъ, опекунъ, представитель юридического лица покупаетъ, продаетъ, нанимаетъ, отдаетъ внаймы отъ имени хозяина дѣла, опекаемаго, юридического лица), то, по цивильному праву, онъ одинъ (а не представляемый) становится вѣрителемъ или должникомъ²; ибо право или обязанность, проистекающая изъ договора признается цивильнымъ правомъ за слѣдствіе рѣшенія, простое же намѣреніе заключить договоръ (см. § 219) не можетъ произвести такого права или обязанности. Это выражаютъ обыкновенно слѣд. образомъ: „ius civile непосредственнаго представительства при договорахъ не допускаетъ“; правильнѣе: по ius civile, договоръ, заключенный представителемъ, не производитъ никакихъ непосредственныхъ послѣдствій для представляемаго; если надо установить непосредственное отношеніе между представляемымъ и третьимъ контрагентомъ, то представитель долженъ уступить (цедировать) свои права изъ договора представляемому³, или уступить свои права изъ отношенія представительства третьему контрагенту. Повидимому, исключается тотъ случай, когда подвластное лицо заключаетъ договоръ въ качествѣ представителя владыки; а именно, насколько дѣло идетъ о требованіяхъ, одинъ только владыка становится непосредственно вѣрителемъ по договору⁴; но это правило основано на томъ принципѣ, что ось приобрѣтенія подвластнаго лица, по ius civile, идутъ въ пользу владыки, и то даже тогда, когда подвластное лицо дѣйствуетъ не въ качествѣ представителя владыки⁵ (ср. § 65 пр. 11).

[Впрочемъ, въ классическомъ правѣ возникла мысль, что въ порученіи заключить договоръ уже и по ius civile есть элементъ, обязывающій лицо, давшее порученіе (iussus); поэтому классическіе юристы дали третьему контрагенту condictio противъ лица, давшаго порученіе, для исполненія обязанностей принятыхъ на себя лицомъ, дѣйствовавшимъ по порученію⁶].

c. § 221. Преторское право.

Savigny, Obligationenrecht. § 54. — Vangerow, §§ 608. 240—243. 661. — Windscheid, §§ 482—484. — Brinz, §§ 258. 259.

Изложенный въ § 220 принципъ цивильнаго права практически совсѣмъ

² t. D. de prox. 50, 14.

¹ l. 15. D. de pec. c. 13, 5; l. 1. § 11. D. dep. 16, 3; l. 1. § 1. D. mand. 17, 1. — ² l. 11. D. de o. et a. 44, 7. — ³ l. 8. § 10. l. 45. pr. i. f. D. mand. 17, 1. — ⁴ Ulp. 19, 18; Gai. 2, 86—90; pr. § 3. I. per quas p. 2, 9. — ⁵ §§ 4. 13. I. de in. stip. 3, 19; l. 79. D. de acq. her. 29, 2. — ⁶ l. 17. § 4. 5. D. de inst. a. 14, 3; l. 29. D. de r. cr. 12, 1; § 8. I. quod cum eo 4, 7; cf. l. 84. D. pro soc. 17, 2.

*не имълесообразенъ; онъ уничтожаетъ ту цѣль, къ которой стремятся стороны, заинтересованныя въ договорѣ; обязательство возникаетъ здѣсь между представителемъ и третьимъ контрагентомъ, между тѣмъ какъ по намѣренію стороны оно должно бы возникнуть между представляемымъ и третьимъ контрагентомъ. Поэтому преторскій эдиктъ и право юристовъ произвели въ этомъ отношеніи реформу, сохранивъ тѣмъ не менѣе прежній принципъ гражданского права. Общее начало этой реформы гласитъ: *обязательства, возникающія по ius civile между представителемъ и третьимъ контрагентомъ, остаются въ силѣ, кромѣ того возникаютъ еще обязательства между представляемымъ и третьимъ контрагентомъ*; содержаніе этихъ новыхъ обязательствъ совершенно то же, что и первоначальныхъ; поэтому новыя обязательства осуществляются посредствомъ *actiones utiles*¹; здѣсь возникаетъ отношеніе, которое имѣетъ много общаго со корреляльнымъ обязательствомъ (но это не есть корреляльное обязательство, какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе, § 245 sub II. 2); разница между ними заключается въ томъ, что при корреляльномъ обязательствахъ существуютъ два главныхъ, одинаково воздѣйствующихъ другъ на друга (отдѣльных) обязательства, здѣсь же обязательству представителя принадлежитъ главное и опредѣляющее значеніе, обязательству же представляемаго лишь придаточное и производное. Поэтому, гдѣ отъ знанія или незнанія лица зависитъ извѣстное притязаніе, тамъ дѣло будетъ зависѣть отъ лица представителя² (напр., представитель покупаетъ вещь съ недостатками и знаетъ о существованіи послѣднихъ, между тѣмъ какъ представляемый этого не знаетъ; ни тому, ни другому не принадлежитъ притязанія противъ продавца³); эта норма не должна только дозволить *dolus*, а поэтому: 1) тому лицу, которому дано порученіе купить опредѣленную вещь, зная ея недостатки, не принадлежитъ никакого притязанія по поводу недостатковъ даже и въ томъ случаѣ, если его представитель не зналъ о существованіи послѣднихъ⁴; 2) съ другой стороны, тайный сговоръ, въ которомъ провинится представитель, заключивъ завѣдомо запрещенный закономъ договоръ, не долженъ вредить представляемому; поэтому, если представитель купить свободнаго человѣка съ намѣреніемъ обмануть представляемаго, то послѣднему принадлежатъ тѣ же права, какъ если бы представитель не зналъ о свободѣ покупаемаго человѣка⁵.*

Въ частности дѣло представляется въ слѣдующемъ видѣ:

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

1. Если представитель находится подъ властью представляемаго, то послѣдній уже по *ius civile* является управомоченнымъ непосредственно изъ договора перваго⁶ (§ 220 пр. 4); то же правило остается въ силѣ и въ послѣдствіи.

2. Если представителемъ является самостоятельное лицо, то дѣло зависитъ отъ личности представляемаго; а именно: опекаемые, юридическія лица, солдаты изъ договоровъ своихъ опекуновъ, представителей, уполномоченныхъ приобретать противъ третьяго контрагента *actio utilis*⁷; другимъ лицамъ *actio utilis*

¹ Gai. 4, 69 sqq.—² l. 12. D. de c. e. 18, 1.—³ l. 51. § 1. D. de aed. ed. 21, 1; l. 16. §§ 3. 1. 22. § 5. D. de l. c. 40, 12.—⁴ l. 13. D. de c. e. 18, 1; l. 51. D. de aed. ed. 21, 1; l. 16. § 3. D. de l. c. 40, 12; l. 17. D. de l. c. 40, 12 въ первой части.—⁵ Таково содержаніе конна весталки спорной l. 17. D. de l. c. 40, 12; cf. l. 2. D. de litig. 44, 6.—⁶ § 4. I. de in. st. 3, 19; l. 38. § 1. D. de v. o. 45, 1.—⁷ l. 2. l. 4. C. quando ex facto tut. 5, 39; l. 5. §§ 7. 9. D. de p. const. 13, 1. 2. D. quando ex f. 26, 9; l. 2. pr. D. de adm. tut. 26, 7; l. 26. D. de r. c. 12, 1.

дается лишь въ исключительныхъ случаяхъ, а именно, если ихъ уполномоченный несостоятеленъ⁸.

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

A. Иски, независимыя отъ того, состоитъ ли представитель подъ властью представляемаго или нѣтъ.

1. *Actio exercitoria*¹⁰. Если корабельщикъ (*exercitor navis*) назначить кого либо капитаномъ корабля (*magister navis*), будетъ ли это его подвластный сынъ, рабъ или чужой человѣкъ, то онъ отвѣчаетъ предъ третьими лицами, съ которыми заключить договоръ капитанъ, за полное исполненіе всѣхъ договоровъ, входящихъ въ кругъ его предпріятія¹¹, и обязанъ даже уплатить по займу, если послѣдній былъ необходимъ (напр., для поправки корабля), хотя бы затѣмъ капитанъ растратилъ деньги на другія цѣли¹². Отвѣчаетъ ли корабельщикъ и за деликты капитана,—этотъ вопросъ источниками не затронутъ и возбуждаетъ споры между романистами; по правильному мнѣнію, вопросъ этотъ рѣшается въ утвердительномъ смыслѣ, потому что *actio exercitoria* по своему содержанію равна иску противъ капитана корабля (ср. выше пр. 2. 3). Искъ третьяго лица противъ корабельщика называется *actio exercitoria*.

2. *Actio institoria*¹³. Если хозяинъ предпріятія (предпріятія могутъ быть весьма разнообразны; въ источникахъ¹⁴ упоминаются: покупка и продажа товаровъ, коробочная продажа одежды и бѣлья, банковыя предпріятія, управленіе большимъ наемнымъ домомъ, очистка платья) назначаетъ кого либо своимъ представителемъ (*institor*), своего ли подвластнаго сына, раба или чужаго человѣка, то онъ отвѣчаетъ предъ третьими лицами, съ которыми заключаетъ договоръ *institor*, за полное исполненіе всѣхъ договоровъ, входящихъ въ кругъ его предпріятія¹⁵; отсюда исключается заемъ, который можетъ быть сдѣланъ на отвѣтственность хозяина предпріятія лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ необходимости¹⁶. Отвѣчаетъ ли хозяинъ предпріятія и за деликты *institor*'а,—это вопросъ спорный, но, по правильному мнѣнію, за слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ¹⁶. Искъ третьяго лица противъ хозяина предпріятія называется *actio institoria*.

⁸ l. 49. § 2. D. de a. p. 41, 2; . 1. § 18. D. de ex. 14, 1; l. 1. l. 2. D. de inst. 14, 3; l. 27. § 1. l. 28. pr. l. 68. D. de proc. 3, 3; l. 5. D. de stip. pr. 46, 5; l. 13. § 25. D. de a. e. v. 19, 1; l. 18. § 16. D. dam. inf. 39, 2.—⁹ l. 5. § 1. D. de exerc. a. 14, 1; . 1. § 17. eod.—¹⁰ t. D. 14, 1; de exercitoria actione; t. C. 4, 25; de institoria et exercitoria actione.—¹¹ l. 1. pr.—§§ 5. 15. 16. D. h. t. 14, 1; § 2. I. quod cum eo 4, 7.—¹² l. 7. pr. § 1. l. 1. § 9. D. h. t. 14, 1.—¹³ t. D. 14, 3; de institoria actione; t. C. 4, 25; de institoria et exercitoria actione.—¹⁴ l. 3. l. 5. pr.—§ 10. l. 19. D. h. t. 14, 3; § 2. I. quod cum eo 4, 7.—¹⁵ l. 5. §§ 11—16. l. 7. §§ 1. 2. l. 11. § 5. l. 13. pr. D. h. t. 14, 3.—¹⁶ l. 1. l. C. h. t. 4, 25; cf. l. 19. § 2. D. h. t. 14, 3; l. 7. § 11. i. f. D. ad set. Mac. 14, 6.—¹⁶ l. 5. §§ 8. 10. D. h. t. 14, 3.

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

1. *Actio quod iussu*¹⁷. Искъ этотъ относится къ тому случаю, если подвластный сынъ или рабъ заключить договоръ съ третьимъ лицомъ по уполномочию своего владыки; уполномочіе обыкновенно изъясняется непосредственно третьему лицу¹⁸, но можетъ быть также изъяснено только подвластному¹⁹ (это положеніе спорно); уполномочіе должно касаться дѣлъ владыки²⁰, а не подвластнаго (стало быть, не *peculium castrense* или *bona adventicia*, — и это положеніе спорно). Владыка отвѣчаетъ за полное исполненіе предъ третьимъ контрагентомъ; искъ послѣдняго противъ перваго получилъ (отъ начальнаго словъ преторскаго эдикта) названіе *actio quod iussu*.

2. *Actio de peculio*²¹. Искъ этотъ относится къ тому случаю, если подвластный сынъ или рабъ получилъ отъ своего владыки *peculium* (т. е. получилъ часть имущества владыки въ управленіе) и при управленіи имъ²² или (по мнѣнію позднѣйшихъ классическихъ юристовъ) еще и раньше^{22a} принялъ на себя обязательства по договорамъ; сюда не относятся обязательства изъ деликта (развѣ если отъ него обогатилось *peculium*²³) и дарственнаго общанія подвластнаго^{23a}. Владыка²⁴ отвѣчаетъ предъ третьими лицами въ размѣрѣ *peculium*²⁵ во время *condemnatio*²⁶ (поэтому въ періодъ формулярнаго процесса въ формулу вставлялись слова „*de peculio*“, откуда искъ третьяго контрагента противъ владыки получилъ названіе *actio de peculio*). Но владыка имѣетъ право взять себѣ впередъ изъ *peculium* ту сумму, которую подвластный долженъ ему изъ какихъ бы то ни было обязательствъ²⁷ (кромѣ штрафовъ²⁸). Между нѣсколькими пекулиарными кредиторами преимущество отдается привилегированнымъ²⁹; къ остальнымъ примѣняется правило: *occupantis est melior conditio*³⁰. Отвѣтственность владыки продолжается еще въ теченіе одного *annus utilis* послѣ прекращенія власти³¹.

3. Особый видъ предыдущаго иска представляетъ *actio tributoria*³². Если подвластный съ допущенія³³ владыки употреблялъ цѣлое *peculium* или часть его на промышленное (въ особенности торговое) предпріятіе^{33a}, и это предпріятіе окажется недостаточнымъ для полнаго удовлетворенія торговыхъ кредиторовъ, то наступаетъ сходный съ конкурсомъ раздѣлъ торговаго актива между кредиторами; здѣсь владыка обсуждается, какъ обыкновенный вѣритель и не имѣетъ никакихъ преимуществъ (кромѣ, впрочемъ, того, что онъ можетъ осуществить и требованія, основанныя не на торговыхъ сдѣлкахъ³⁴); далѣе, правило: *occupantis est melior conditio* — здѣсь не примѣняется³⁵. Раздѣлъ обыкновенно^{35a} совершается владыкою, который по *actio tributoria*³⁶ отвѣчаетъ за его справедливость и обязанъ вознаградить обиженнаго въ дѣлежѣ изъ своего прочаго имущества. Если подвластный велъ нѣсколько отдѣльных тор-

¹⁷ t. D. 15, 4: quod iussu. — ¹⁸ l. 1. § 1. D. h. t. 15, 4; l. 13. C. quod cum eo 4, 26. — ¹⁹ l. 2. D. quod cum eo 14, 5; Theoph. paraphr. IV, 7. § 1; l. 1. § 2. D. h. t. 15, 4. — ²⁰ l. 1. § 5. D. h. t. 15, 4; l. 5. § 2. D. de in rem v. 15, 2. — ²¹ t. D. 15, 1: de peculio; § 4. l. quod cum eo 4, 7. — ²² l. 18. § 5. D. de castr. p. 49, 17. — ^{22a} l. 27. § 2. l. 42. D. h. t. 15, 1; cf. l. 5. § 7. D. de trib. act. 14, 4. — ²³ l. 3. §§ 11. 12. D. h. t. 15, 1. — ^{23a} l. 7. D. de don. 39, 5. — ²⁴ l. 3. § 5 sq. D. h. t. 15, 1; l. 49. D. de o. et a. 44, 7; l. 14. D. de n. g. 3, 5; l. 7. D. de tut. 26, 1. — ²⁵ l. 4. pr. §§ 1. 2. l. 47. § 2. D. h. t. 15, 1. — ²⁶ l. 30. pr. D. h. t. 15, 1; l. 53. D. sol. m. 24, 3; l. 7. § 15. D. qu. ex c. 42, 5. — ²⁷ l. 9. l. 11. pr. — § 6. l. 52. pr. D. h. t. 15, 1. — ²⁸ l. 9. § 6. D. h. t. 15, 1. — ²⁹ l. 52. pr. § 1. D. h. t. 15, 1; l. 23. § 13. sol. matr. 24, 3. — ³⁰ l. 10. l. 52. pr. D. h. t. 15, 1; l. 6. D. de trib. a. 14, 4. — ³¹ t. D. 15, 2: quando de pec. a. annalis est. — ³² t. D. 14, 4: de tributaria actione. — ³³ l. 1. pr. § 3. D. h. t. 14, 4. — ^{33a} l. 1. § 1. D. h. t. 14, 4. — ³⁴ l. 5. §§ 6. 7. l. 1. pr. D. h. t. 14, 4. — ³⁵ l. 5. § 19. l. 6. D. h. t. 14, 4. — ^{35a} l. 7. § 1. D. h. t. 14, 4. — ³⁶ l. 7. §§ 2. 4. D. h. t. 14, 4; § 3. l. quod cum eo 4, 7.

говыхъ предпріятій, то вѣрители каждаго изъ нихъ удовлетворяются отдѣльно³⁷.

5. *Actio de in rem verso*³⁸. По общему мнѣнію, этотъ искъ относится къ тому случаю, если подвластный сынъ или рабъ съ уполномочіемъ или безъ уполномочія владыки вступить въ обязательство и то, что приобрѣтетъ изъ этого обязательства, или часть того употребить въ пользу владыки. Это мнѣніе противорѣчитъ источникамъ. По источникамъ³⁹, *actio de in rem verso* есть видъ *actio de peculio*; она относится къ тому случаю, если подвластный сынъ или рабъ получить *peculium* и то, что онъ приобрѣтетъ по обязывающему его договору съ третьимъ лицомъ, не присоединить къ *peculium*, а издержать въ пользу владыки⁴⁰; послѣдній отвѣчаетъ въ теченіе обыкновеннаго давностнаго срока (тридцатилѣтняго)⁴¹ въ размѣрѣ своего обогащенія. Въ четырехъ отношеніяхъ *actio de in rem verso* представляетъ преимущества предъ *actio de peculio*⁴²: а) владыка отвѣчаетъ и тогда, когда *actio de peculio* погашена давностью; б) далѣе, въ томъ случаѣ, если *peculium* безъ *dolus* взято назадъ; в) далѣе, въ томъ случаѣ, если *peculium* исчерпано; д) изъ нѣсколькихъ вѣрителей тотъ, который основываетъ свое требованіе на *in rem verso*, пользуется преимуществомъ предъ прочими вѣрителями.

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

1. Такъ наз. *actio quasi institoria*. Кто поручаетъ другому заключить какую бы то ни было сдѣлку, тотъ отвѣчаетъ (по мнѣнію позднѣйшихъ классическихъ юристовъ) предъ третьимъ контрагентомъ за полное исполненіе договора⁴³. Новые юр. называютъ относящейся сюда искъ *actio quasi institoria, ad exemplum, ad instar institoriae*; но прибавка *ad exemplum institoriae, ad instar institoriae* встрѣчается не только въ излагаемомъ нами институтѣ, но и въ другихъ различныхъ случаяхъ⁴⁴ и никогда не служила у Римлянъ техническимъ названіемъ для опредѣленнаго иска.

2. Такъ наз. *actio de in rem verso*. Искъ этотъ относится къ тому случаю, если управомоченный представитель при заключеніи договора съ третьимъ лицомъ, переступить предѣлы своихъ правомочій, и представляемый вслѣдствіе заключенія такого договора обогатится; тогда представляемый отвѣчаетъ предъ третьимъ контрагентомъ въ размѣрѣ обогащенія⁴⁵; искъ есть *utilis actio* изъ сдѣлки.—Но очень спорно, имѣетъ ли мѣсто подобная отвѣтственность въ томъ случаѣ, если ведущій чужія дѣла безъ порученія заключаетъ договоръ съ третьимъ лицомъ и этимъ обогащаетъ хозяина дѣла; правильнымъ будетъ среднее мнѣніе, по которому отвѣтственность эта имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если ведущій чужія дѣла заявляетъ себя таковымъ предъ третьимъ лицомъ⁴⁶, то есть дѣйствуетъ въ качествѣ открытаго представителя (§ 65 sub II. 2); ибо въ такомъ случаѣ и третье лицо, дѣйствуя въ интересѣ хозяина дѣла, становится его *negotiorum gestor* и можетъ противъ него предъявить *actio negotiorum gestorum contraria*; послѣдній искъ многіе неправильно называютъ *actio de in rem verso utilis*.—По прежней, но теперь почти всеміи отвергнутой теоріи, имѣетъ мѣсто такъ наз. *actio de in rem verso utilis* (т. н. искъ изъ полезнаго издержанія), если кто либо обогатился отъ дѣйствія дру-

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

гаго изъ имущества третьяго лица, при чемъ все равно, будетъ ли тотъ другою повѣренный въ дѣлахъ или должникъ обогащеннаго; это начало примѣняли, напр., при строительныхъ предпріятіяхъ, присваивая поставщику матеріаловъ и работникамъ, которые заключили договоръ съ архитекторомъ, и на основаніи этого договора совершили должное дѣйствіе, притязаніе противъ хозяина строительнаго предпріятія. Эта теорія вполне чужда римскому праву⁴⁷, но получила признаніе во многихъ партикулярныхъ законодательствахъ; ср. также § 280 въ началѣ о такъ наз. искѣ объ обогащеніи.

3. По договорамъ, которые законно заключены опекунами и представителями для опекаемыхъ и юридическихъ лицъ, послѣдніе отвѣчаютъ по actio utilis⁴⁸.

d. § 222. Право Юстиніана.

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

Съ теченіемъ времени преторскій эдиктъ подвергся слѣдующимъ измѣненіямъ:

1. Изъ договоровъ, заключенныхъ опекуномъ отъ имени опекаемаго, по окончаніи опеки не существуетъ права требованія ни въ пользу опекуна, ни противъ него; на мѣсто послѣдняго вступаетъ одинъ опекаемый¹.

2. Тѣ же правила примѣняются и къ управителямъ имущества юридическаго лица².

3. Actio iudicati, которая возникаетъ въ пользу или противъ представителя въ процессѣ (потому что она iudicio contrahitur³), переносится по общему правилу на самого представляемаго⁴.

Напротивъ, неосновательны слѣдующія утвержденія:

а. Что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ всякій представитель отвѣчаетъ лишь тогда, когда третій контрагентъ особо выговорить себѣ право противъ него, или что его отвѣтственность продолжается лишь до тѣхъ поръ, пока онъ занимается дѣлами довѣрителя, или что отвѣтственность для него существуетъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой у него находится на рукахъ имущество довѣрителя. Приводимыя въ пользу этихъ положеній мѣста источниковъ⁵ вовсе ихъ не подтверждаютъ.

б. Что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ слѣдуетъ дѣлать различіе между формальными и неформальными договорами; что лишь относительно первыхъ удержались нормы цивильнаго и преторскаго права, напротивъ, по неформальному договору, заключенному представителемъ, управомоченъ и обязанъ только представляемый. Единственное мѣсто⁶, приводимое въ подтвержденіе этого положенія, говоритъ не о различіи формальныхъ и неформальныхъ обязательствъ, а о правѣ и фактическомъ состояніи⁷; поэтому мнѣніе это не встрѣтило признанія.

⁴⁷ 1. 49. D. mand. 17, 1; 1. 15; C. si cert. pet. 4, 2; 1. 8. C. dep. 4, 34; 1. 3. C. de o. et a. 4. 10. — ⁴⁸ 1. 2. pr. de adm. tut. 26, 7; 1. 4. §§ 1. 2. D. de re iud. 42, 1; 1. 5. 1. 8. D. quando ex facto 26, 9; 1. 27. D. de r. cr. 12, 1; Nov. 120. c. 6. § 3.

¹ 1. 9. pr. D. de adm. 26, 7; 1. 26. C. eod. 5, 37; II. 5—8. D. quando ex f. 26, 9; II. 1—4. C. eod. 5, 39; 1. 5. § 9. D. de pec. c. 13, 5. — ² 1. 3. § 2. D. de adm. rer. ad civ. 50, 8. — ³ 1. 3. § 11. D. de pec. 15, 1. — ⁴ 1. 28. 1. 61. D. de proc. 3, 3; 1. 4. pr. §§ 1. 2. D. de r. iud. 42, 1; 1. 6. § 3. D. quod cui. un. 3, 4; 1. 2. pr. D. de adm. tut. 26, 7; 1. 6. D. quando ex facto 26, 9; 1. 1. C. eod. 5, 39. — ⁵ 1. 20. D. de i. a. 14, 3; 1. 6. § 1. D. de n. g. 3, 5; 1. 67. D. de proc. 3, 3. — ⁶ 1. 53. D. de acq. r. d. 41, 1. — ⁷ Pauli sent. rec. V, 3. § 2; 1. 1. C. per quas pers. 4, 27; § 3. I. eod. 2, 9.

е. § 223. Нынѣшнее право.

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

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

II. О значеніи этого обычнаго права существуютъ два главныя мнѣнія. Первое мнѣніе твердо придерживается того взгляда, что, такъ какъ заключаетъ договоръ представитель, то онъ непосредственно и становится вѣрителемъ и должникомъ, но что обычное право отнимаетъ у него его требованіе или долгъ и переноситъ ихъ на представляемаго. По второму мнѣнію, представитель совсѣмъ не становится ни вѣрителемъ ни должникомъ, потому что на это не направлена его воля; должникомъ или вѣрителемъ становится непосредственно представляемый. Въ практическомъ отношеніи этотъ вопросъ имѣетъ важное значеніе въ тѣхъ случаяхъ: 1) если представитель неспособенъ къ обязательствамъ и пріобрѣтеніямъ, а представляемый къ этому способенъ; 2) если кто либо заключаетъ договоръ въ качествѣ представителя другаго, не будучи имъ уполномоченъ или переступая предѣлы уполномочія; 3) если представитель получилъ уполномочіе отъ нѣсколькихъ лицъ вмѣстѣ. Интересы гражданскаго оборота требуютъ, чтобы предложенные вопросы были рѣшены въ смыслѣ втораго изъ приведенныхъ мнѣній, т. е., что представляемый обязывается или пріобрѣтаетъ, не смотря на то, что представитель неспособенъ къ обязательству или пріобрѣтенію¹; даѣе, кто не имѣетъ уполномочія или переступаетъ его, тотъ не обязанъ къ исполненію договора (или вознагражденію за убытки), развѣ если онъ явно или молчаливо гарантировалъ послѣдующее согласіе представляемаго, или скрылъ умышленно (dolo) отсутствіе или превышеніе уполномочія; наконецъ, нѣсколько довѣрителей отвѣчаютъ не солидарно, но каждый изъ нихъ отвѣчаетъ pro rata (§ 244 пр. 12. 13. 19) — Все согласны въ томъ, что, гдѣ дѣло идетъ объ обсужденіи существованія воли, ея мотивовъ и ея изъявленія (§§ 50. 51. 62. 63), тамъ слѣдуетъ принять во вниманіе волю представителя, такъ какъ послѣдній долженъ составить и изъявить волю, заключаемую въ договорѣ. Поэтому, дѣтскій возрастъ, душевная болѣзнь, физическое принужденіе, существенное заблужденіе, представителя исключаютъ дѣйствительность всякаго договора; заключеніе договора вслѣдствіе угрозъ противъ представителя даетъ право представляемому опорочить договоръ и т. д.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Содержаніе обязательствъ.

§ 224. Общій обзоръ.

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

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

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

II. Для должника обязательство есть обязанность: обязанность исполнить обязательство и отвѣчать за неисполненіе или ненадлежащее исполненіе. Должникъ долженъ отвѣчать тогда, когда обязательство не исполнено по его собственной винѣ, часто также — по чужой винѣ, но не отвѣчаетъ тогда, когда обязательство не исполнено по случайнымъ обстоятельствамъ; онъ долженъ отвѣчать тогда, когда совершенное исполненіе окажется за

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

тѣмъ мнимымъ, или только временнымъ, или недостаточнымъ; онъ долженъ отвѣчать тогда, когда исполненіе послѣдовало не въ надлежащее время и не въ надлежащемъ мѣстѣ. Если на должника падаетъ отвѣтственность, то она обыкновенно состоитъ въ обязанности уплатить интересъ (§ 243).—Все эти предметы будутъ изложены во второмъ раздѣлѣ этой главы (§§ 236—243).

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Право вѣрителя на исполненіе.

I. § 225. Предметъ исполненія.

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

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

1. Дѣленіе дѣйствія въ томъ случаѣ, если должникъ признаетъ только часть долга, которую онъ готовъ уплатить²; неосновательно нѣкоторые дѣлали отсюда тотъ выводъ, что исполненіе по частямъ допускается всегда; выводъ этотъ опровергается тѣмъ, что, не смотря на уплату части долга, проценты нарастаютъ на *цѣлый* долгъ³.

2. Измѣненіе дѣйствія въ случаѣ, указанномъ въ Новеллѣ 4 с. 3. А именно, чтобы предотвратить растрату участковъ путемъ *executio*, Юстиніанъ постановилъ, что, кто долженъ сумму денегъ и имѣетъ только недвижимости (нѣкоторые юристы прибавляютъ: или движимости), тотъ можетъ дать послѣдніи послѣ судебной оцѣнки вмѣсто платежа вѣрителю (такъ наз. *beneficium dationis in solutum, datio in solutum necessaria*); вѣритель можетъ выбирать между различными недвижимостями; но если должникомъ является церковь или благотворительное учрежденіе, то вѣрителю не принадлежитъ право выбора, а цѣна, установленная судебною оцѣнкою возвышается на одну десятую⁴.—Во всѣхъ прочихъ случаяхъ, гдѣ этихъ условій не существуетъ, исполненіе можетъ состоять въ чемъ либо другомъ, а не въ предметѣ обязательства, лишь въ случаѣ согласія вѣрителя⁵ (т. н. *datio in solutum voluntaria*).—*Datio in solutum* прекращаетъ обязательство лишь въ томъ случаѣ, если данный предметъ присоединенъ къ имуществу вѣрителя такъ, какъ это было условлено между сторонами; если же это не послѣдовало, и наступаетъ эвикція полученнаго вѣрителемъ предмета со стороны дѣйствительнаго управомоченнаго, то вступаетъ въ дѣйствіе старый долгъ⁶, который между тѣмъ лишь покоился, и кромѣ того вѣритель можетъ еще потребовать возмѣщенія убытковъ, понесенныхъ имъ вслѣдствіе эвикція полученнаго вмѣсто платежа предмета⁷ (напр. издержекъ на эвикціонный процессъ, на эвинцируемую вещь). Неосновательно утверждаютъ многіе писатели, что въ случаѣ эвикція вѣритель можетъ по

¹ l. 176. D. de v. s. 50, 16. — ² l. 21. D. de r. c. 12, 1. — ³ l. 41. D. de us. 22, 1. — ⁴ Nov. 120. c. 6. § 2. — ⁵ l. 2. § 1. l. 3. D. de r. c. 12, 1; l. 16. C. h. t. 8, 43; pr. I. qu. m. obl. toll. 29. — ⁶ l. 46. pr. § 1. D. h. t. 46, 3; l. 8. C. de sent. et int. 7, 45. — ⁷ l. 24. pr. D. de pign. act. 13, 7; l. 4. C. de ev. 8, 44.

своему усмотрѣнiю требовать—или, чтобы былъ возстановленъ прежнiй долгъ, или чтобы полученiе вмѣсто платежа разсматривалось какъ купля съ компенсаціею покупной цѣны за прежнiй долгъ, и чтобы былъ вознагражденъ весь интересъ, какъ при эвикціи проданной вещи; о такомъ правѣ выбора въ источникахъ нигдѣ не говорится.

Изложенное выше ученіе о *datio in solutum necessaria* не отмѣнено II. уставомъ г. с., такъ какъ послѣднiй въ § 757 касательно принудительнаго исполненiя, направленнаго на недвижимыя имущества, подтверждаетъ *земскіе законы*.

II. § 226. Лицо исполняющаго и получающаго.

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

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

I. Слѣдующее дѣйствіе должно быть исполнено самимъ должникомъ лишь въ томъ случаѣ, если личность исполняющаго имѣетъ вліяніе на содержаніе дѣйствiя¹ (трудъ художника, нѣкоторыя ремесленныя работы). Если же личность исполняющаго не имѣетъ такого значенiя (предоставленіе тѣлесныхъ вещей), то дѣйствіе можетъ быть исполнено кѣмъ угодно; вѣритель не можетъ отказаться отъ принятiя платежа отъ посторонняго лица, которое предлагаетъ уплатить по порученiю ли должника или безъ таковаго².

II. Вмѣсто самого вѣрителя, дѣйствіе можетъ быть исполнено его представителю (уполномоченному, опекуну³ и т. д.); мало того, дѣйствіе должно быть исполнено представителю, если вѣритель недѣеспособенъ⁴.—Часто въ самомъ договорѣ (при стипуляціи слѣдующими словами: *mihi aut Titio dare spondes?*—*spondeo*)⁵ или позднѣе должнику предоставляется право уплатить должное вмѣсто вѣрителя другому лицу (*solutionis causa adiectus*); *solutionis causa adiectus* не имѣетъ требованiя противъ должника и не можетъ, поэтому, ни простить долга, ни совершить новации, ни предъявить иска⁶; онъ можетъ только принять дѣйствіе⁷ и долженъ возвратить полученное вѣрителю⁸. Впрочемъ, вѣритель не можетъ одностороннею волей отнять у должника право уплатить *solutionis causa adiecto*⁹; это право прекращается лишь въ томъ случаѣ, если должникъ не уплатитъ долга добровольно и доведетъ дѣло до процесса¹⁰, или если *solutionis causa adiectus* умретъ¹¹ или потерпитъ такую перемѣну личнаго своего положенiя, которая угрожаетъ интересамъ вѣрителя (напр., адопцію, изгнаніе)¹².—Спорно, имѣетъ ли должникъ право совершить исполненіе вѣрителю своего вѣрителя. Нѣтъ никакого основанiя (за исключеніемъ одного случая¹³, § 294 пр. 28) предоставить должнику такое несогласное съ содержаніемъ обязательства право; но обыкновенно должникъ, уплатившiй вѣрителю своего вѣрителя, приобретаетъ противъ послѣдняго по началамъ *negotiorum gestio* (§ 309) встрѣчное требованіе, осуществимое по правиламъ и при условiяхъ компенсаціи¹⁴.—Платежъ наследодателю вѣрителя

¹ I. 31. D. h. t. 46, 3. — ² I. 39. D. de neg. gest. 3, 5; I. 23. I. 40. I. 53. I. 72. § 2. D. h. t. 46, 3; pr. I. qu. m. obl. toll. 3, 29. — ³ I. 180. D. de r. i. 50, 17; I. 12. pr. I. 14. § 7. I. 34. § 3. I. 49. D. h. t. 46, 3; I. 19. C. eod. 8, 42; I. 11. § 5. D. de pign. act. 13, 7; I. 6. § 2. D. de cond. ind. 12, 6.—⁴ I. 15. I. 66. D. h. t. 46, 3; § 2. I. qu. al. 2, 8.—⁵ § 4. I. de inut. stip. 3, 19.—⁶ I. 10. D. de nov. 46, 2; I. 10. D. h. t. 46, 3; I. 7. § 1. D. de pec. const. 13, 5.—⁷ § 4. I. de in. stip. 3, 19; I. 16. pr. D. de fid. 46, 1; I. 12. § 3. I. 59. I. 106. D. h. t. 46, 3. — ⁸ § 4. I. de inut. stip. 3, 19; I. 131. § 1. D. de v. o. 45, 1; I. 98. § 5. i. f. D. h. t. 46, 3.—⁹ Ср. мѣста въ пр. 7.—¹⁰ I. 57. § 1. D. de sol. 46, 3; I. 16. D. pr. de fid. 36, 1.—¹¹ I. 81. pr. D. h. t. 46, 3.—¹² I. 38. I. 95. § 6. D. h. t. 46, 3; I. 56. § 2. D. de v. o. 45, 1. — ¹³ I. 11. § 5. D. de pign. a. 13, 7.—¹⁴ I. 6. D. de exc. dol. 44, 4.

всегда освобождает должника, все равно, выдалъ ли тотъ полученное своему наслѣднику, или нѣтъ¹⁵ (ибо наслѣдникъ по общему правилу долженъ представлять наслѣдодателя во всякой сдѣлкѣ).—Платежъ неуполномоченному третьему лицу (*negotiorum gestor*у) освобождаетъ должника лишь тогда, когда тотъ выдастъ полученное вѣрителю¹⁶, или, когда вѣритель дастъ послѣдующее согласіе на платежъ¹⁷.—Если обязательство направлено на предоставленіе движимой вещи, которой должникъ не можетъ предоставить вслѣдствіе препятствій, зависящихъ отъ личности вѣрителя (напр., вѣритель отказывается принять, находится въ отсутствіи, неспособенъ къ отчужденію), то должникъ освобождается отъ своего долга судебною депозиціею вещи (у Римлянъ депозиціею въ храмъ¹⁸); должникъ можетъ взять назадъ депонированный предметъ, пока его еще не принялъ вѣритель¹⁹; право собственности вѣритель приобрѣтаетъ лишь принятіемъ предмета.

III. Время исполненія.

А. § 227. Правило.

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

Вѣритель имѣетъ право на исполненіе тогда, когда наступитъ время требованія по обязательству. Моментъ наступленія времени требованія по обязательству источники выражаютъ словами: *dies obligationis venit*, въ противоположность къ словамъ: *dies obligationis cedit*, которыя означаютъ тотъ моментъ, въ который обязательство возникаетъ (*perfectio obligationis*)¹.

I. Когда наступаетъ время требованія по обязательству,—это зависитъ прежде всего отъ того, опредѣлено ли это закономъ² (§ 294 пр. 13. § 342) или особымъ изъявленіемъ воли³; въ случаѣ существованія такого опредѣленія, вѣритель не можетъ требовать исполненія раньше этого установленнаго времени⁴; но онъ обязанъ (по правилу: *diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore*)⁵ принять исполненіе, если должникъ предложитъ его раньше, и можетъ отказать должнику въ принятіи лишь въ томъ случаѣ, если уговоръ о времени исполненія былъ прибавленъ въ его (вѣрителя) интересѣ⁶.—Если должникъ воспользуется правомъ болѣе ранняго платежа, то при процентномъ денежномъ долгѣ вѣритель не получитъ отъ этого никакой выгоды, потому что его требованіе процентовъ погашается исполненіемъ; другое дѣло, если денежный долгъ будетъ безпроцентный: тогда вѣритель можетъ впредь отдать полученное въ ростъ. Эта выгода называется *commodum temporis, repraesentationis, interusurium*, въ нынѣшней торговой терминологіи—дисконтомъ. По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, должникъ, платя раньше срока, можетъ эту выгоду вычесть; но это было бы несправедливо, такъ какъ должникъ можетъ навязать вѣрителю исполненіе до наступленія времени требованія. Но гдѣ этого требуетъ интересъ третьихъ лицъ, тамъ вѣритель обязанъ согласиться на вычесть *interusurium*; такъ, напр., если надъ имуществомъ должника открылся конкурсъ; поэтому, если требованіе

¹⁵ l. 11. § 5. D. de pign. act. 13, 7. — ¹⁶ l. 28. l. 34. § 9. D. h. t. 46, 3. — ¹⁷ l. 12. § 4. l. 49. l. 58. pr. D. h. t. 46, 3; l. 12. C. eod. 8, 42. — ¹⁸ l. 1. § 3. l. 7. D. de us. 22, 1; l. 28. § 1. D. de adm. 26, 7; l. 2. l. 6. l. 19. C. de us. 4, 32; l. 9. C. h. t. 8, 42; l. 7. § 2. D. de min. 4, 4. — ¹⁹ l. 19. C. de us. 4, 32.

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

противъ общаго должника есть требованіе срочное, то у конкурснаго вѣрителя всегда вычитается *interusurium* ⁷; поэтому, далѣе, вѣритель, которому общій должникъ до открытія конкурса преждевременно уплатилъ свой долгъ, обязанъ затѣмъ уплатить *interusurium* въ конкурсную массу ^{7а}. Въ этихъ случаяхъ (и другихъ ⁸, § 447 sub 1. 2) необходимо опредѣлить размѣръ *interusurium*'а; относительно способа его опредѣленія были выставлены три мнѣнія:

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

2. По Гофману, *interusurium* состоитъ въ процентахъ, которые бы росли въ промежуточное время на сумму, долженствующую быть уплаченною теперь; вѣритель получаетъ такую сумму, что, придавъ къ ней проценты, которые бы на нее росли въ промежуточное время, онъ бы имѣлъ въ срокъ требованія по обязательству сумму долга; въ вышеприведенномъ примѣрѣ—272 марки 72^{8/11} пфенниговъ.

3. По Лейбницу, *interusurium* состоитъ въ процентахъ и процентахъ на проценты, которые бы росли въ промежуточное время на сумму, долженствующую быть уплаченною теперь; вѣритель получаетъ въ нашемъ примѣрѣ—272 марки 31^{143/147} пф.

Единственное мѣсто, которое въ источникахъ римскаго права посвящено счету *interusurium* ⁹, основано на методѣ Карпцова; но оно не можетъ имѣть значенія обязательной нормы, представляя лишь попытку рѣшенія математической задачи. И въ теоретическомъ дѣловомъ оборотѣ примѣняется методъ Карпцова; хотя онъ и математически, и юридически невѣренъ и ведетъ при болѣе продолжительныхъ промежуткахъ даже къ абсурду, но за то онъ даетъ очень простой способъ счисленія, а при небольшихъ промежуткахъ и малыхъ суммахъ потеря, возникающая для вѣрителя, представляется совсѣмъ незначительною. Въ практикѣ судовъ принятъ методъ Гофмана, его же подтвердилъ и Уставъ о конкурсахъ § 58.

II. Тѣ обязательства, время требованія по которымъ не опредѣлено особо ни закономъ ни изъявленіемъ воли, подлежатъ исполненію тотчасъ послѣ своего возникновенія: *in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur* ¹⁰; но должнику слѣдуетъ предоставить такой срокъ для исполненія, который является необходимымъ по самому свойству дѣйствія (*impedimentum naturale*) ¹¹, напр., надо выстроить домъ, предоставить будущіе плоды ¹².

В. § 228. Исключенія (отсрочка).

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

I. По требованіямъ справедливости, въ нѣкоторыхъ случаяхъ должнику дается небольшая отсрочка (*modicum tempus*) исполненія: наслѣднику—относительно наслѣдственныхъ долговъ (*neque enim cum sacco hereditatem adire debet*) ¹, сонаслѣднику относительно долга изъ *collatio* ² (§ 429), должнику,

⁷ Reichscivilprozessordnung § 58.—^{7а} l. 10. § 12. l. 17. § 2. D. quae in fraud. 42, 8.—⁸ Ср. l. 1. § 10. l. 45. pr. l. 66. pr. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 24. § 2. D. sol. matr. 24, 3.—⁹ l. 88. § 3. D. ad l. Falc. 35, 2.—¹⁰ l. 14. D. de r. i. 50, 17; l. 213. pr. D. de v. s. 50, 16.—¹¹ § 27. I. de inut. stip. 3, 19; l. 14. l. 60. l. 73. l. 98. § 1. l. 137. § 2. D. de v. o. 45, 1; l. 186. D. de r. i. 50, 17.—¹² l. 73. pr. D. de v. o. 45, 1.

¹ l. 105. D. de sol. 46, 3; l. 71. § 2. D. de leg. 1 (30). — ² l. 5. § 1. D. de coll. 37, 6.—

который предъ судомъ тотчасъ признаетъ свой долгъ и проситъ объ отсрочкѣ платежа³, лицу, которое совершило *constitutum debiti* и забыло выговорить себѣ срокъ платежа⁴ (§ 264 пр. 1).

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

III. Рескриптомъ государя, по римскому праву, могла быть предоставлена отсрочка должнику (*moratorium*); но для этого было необходимо, чтобы должникъ представилъ вѣрителямъ поручителей за будущее удовлетвореніе⁶. Теперь всѣ согласны, что этотъ институтъ несправедливъ и опасенъ для достоинства государя, поэтому его отмѣнилъ § 4 Вводнаго закона къ Уставу о конкурсахъ и § 14 Вводнаго закона къ И. у. г. с.

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

1. Положеніе должника, который пользуется особымъ покровительствомъ закона. На этомъ основаніи *beneficium competentiae* принадлежитъ: 1. солдату противъ всѣхъ его вѣрителей⁷; распространеніе его на духовныхъ и юристовъ (такъ какъ *milites Christi et Justiniani*, слуги *militiae spiritualis et togatae*) не признано практикою, но признано нѣкоторыми партикулярными законодательствами; 2. по *l. Julia de cessione bonorum*, кто добровольно потребуетъ открытія конкурса, уступивъ для этой цѣли свое имущество своимъ вѣрителямъ, и затѣмъ приобрѣтетъ новое имущество, тому принадлежитъ *benef. competentiae* противъ прежнихъ вѣрителей⁸, а не противъ *всѣхъ* (какъ нѣкоторые утверждаютъ)⁹; по Вводному закону къ Уставу о конкурсахъ § 4, уступка имущества устранена и поэтому происходящее изъ нея *benef. comp.* отпадаетъ; 3. кто задолжалъ, будучи подъ властью отца, тому принадлежитъ *b. comp.* противъ вѣрителя, развѣ если послѣдній требуетъ исполненія нескоро послѣ освобожденія должника отъ власти или если бывший подъ властью приобрѣлъ при освобожденіи отъ нея значительное состояніе¹⁰.

2. Личное отношеніе между вѣрителемъ и должникомъ, вслѣдствіе котораго было бы нехорошо, чтобы вѣритель осуществилъ свое требованіе со всею строгостью. Такимъ отношеніемъ можетъ быть или опредѣленное семейственное отношеніе или отношеніе, находящееся въ связи съ самимъ требованіемъ. На этомъ основаніи пользуются *benef. competentiae*: 1. восходящія по отношенію къ нисходящимъ¹¹, но не обратно, какъ нѣкоторые утверждаютъ; 2. супруги взаимно¹²; 3. тещь по отношенію къ зятю, который во время брака требуетъ отъ него платежа обѣщаннаго приданаго¹³; 4. мужъ, его отецъ и его дѣти по отношенію къ тѣмъ лицамъ, которыми

³ l. 21. D. de iud. 5, 1.—⁴ l. 21. § 1. D. de pec. const. 13, 5.—⁵ l. 8. C. qui bon. ced. 7, 71.—
⁶ l. 2. l. 4. C. de prec. 1, 19; R.P.O. 1577. г. Tit. 23. § 4.—⁷ l. 6. pr. l. 18. D. ne re iud. 42, 1.—
⁸ § 40. I. de act. 4, 6; l. 4. § 1. D. de cess. bon. 42, 3; l. 3. C. de bon. auct. iud. 7, 72.—
⁹ Основываясь на l. 4. § 1. cit.; но см. § 40. cit. и l. 3. cit.—¹⁰ l. 49. D. de re iud. 42, 1; ll. 2—5. D. quod cum eo 14, 5.—¹¹ l. 16. l. 17. D. de re iud. 42, 1—¹² l. 20. D. de re iud. 42, 1.—¹³ l. 21. l. 22. pr. D. de re iud. 42, 1; l. 17. pr. D. sol. matr. 24, 3.

возвращается dos по закону, слѣдовательно, не при dos recepticia¹⁴ (§ 338); 5. даритель противъ требованія изъ дарственного общанія¹⁵; 6. товарищъ противъ требованій изъ товарищества; правда, въ источникахъ по этому вопросу—разнорѣчіе, принадлежитъ ли beneficium всякому товарищу, или же только socio omnium bonorum¹⁶, но первую норму слѣдуетъ предпочесть, такъ какъ всякое товарищество служитъ основаніемъ дружественныхъ отношеній; quum societas ius quodammodo fraternitatis in se habet¹⁷.—Вышеприведенныя слова источниковъ дали поводъ нѣкоторымъ юристамъ утверждать, что и между братьями и сестрами тоже существуетъ beneficium.

Benef. competentiae есть право чисто личное, стало быть, не принадлежитъ поручителю должника и не переходитъ къ наслѣдникамъ послѣдняго¹⁸. Оно отпадаетъ всегда при требованіяхъ изъ деликтовъ, при прочихъ требованіяхъ—въ тѣхъ случаяхъ, если должникъ виновенъ въ dolus¹⁹ (напр., подвластный сынъ выдавалъ себя предъ другимъ контрагентомъ за свободнаго отъ власти); отъ beneficium можно отказаться, если это не будетъ contra bonos mores (напр., со стороны родителей по отношенію къ дѣтямъ)²⁰. Beneficium продолжается лишь до тѣхъ поръ, пока должникъ не приобрѣтетъ новаго имущества²¹. Его можно осуществить во всякой стадіи процесса; если это имѣетъ мѣсто до приговора, то должникъ присуждается въ меньшему; если же въ инстанціи executionis, то съ должника менѣе взыскивается²²; но разъ уплаченнаго уже назадъ потребовать нельзя²³. При опредѣленіи оставляемой должнику суммы слѣдуетъ имѣть въ виду, сколько необходимо для содержанія (пропитанія, одежды, жилища) должника (и его семьи)²⁴; долги должника по отношенію къ другимъ вѣрителямъ во вниманіе не принимаются²⁵, развѣ если притязаніе на benef. competentiae предъявляетъ даритель²⁶.

Впрочемъ, benef. competentiae прошло у Римлянъ двѣ стадіи развитія. Первоначально оно имѣло то значеніе, что должникъ присуждался только на сумму своего имущества²⁷, избавляясь такимъ образомъ отъ невыгодъ, сопряженныхъ съ несостоятельностью (т. е. отъ личнаго ареста и открытія конкурса); лишь впослѣдствіи ему стали присваивать то значеніе, что должника слѣдуетъ присуждать не на всю сумму его активнаго имущества, но должно оставить ему еще необходимое для жизни²⁸. Не признавая такого историческаго развитія, нѣкоторые изъ новѣйшихъ юристовъ утверждаютъ, что существуетъ beneficium двухъ родовъ: benef. condemnationis in id quod facere potest и benef. executionis.

И. у. г. с. не коснулся benef. competentiae, поэтому вышеизложенныя начала дѣйствуютъ еще и теперь; но изъ § 686 И. у. г. с. слѣдуетъ, что benef. competentiae не можетъ быть осуществляемо въ инстанціи executionis (выше пр. 22), если оно было обосновано уже до приговора.

¹⁴ l. 21. l. 23. l. 24. § 1. D. de re iud. 42, 1; l. 12. l. 14. pr. l. 15. § 2. l. 16. l. 17. § 2. l. 18. pr. D. sol. matr. 24, 3.—¹⁵ l. 33. D. de i. d. 23, 3; l. 33. pr. D. de don. 39, 5; l. 19. § 1. D. de re iud. 42, 1.—¹⁶ l. 63. pr. D. pro soc. 17, 2; l. 16. D. de re iud. 42, 1; § 38. l. de act. 4, 6.—¹⁷ l. 63. pr. cit.—¹⁸ ll. 23—25. l. 41. pr. D. de re iud. 42, 1; l. 7. pr. D. de exc. 44, 1; l. 63. §§ 1. 2. D. pro soc. 17, 2; ll. 12—15. § 1. D. sol. matr. 24, 3.—¹⁹ l. 22. § 1. l. 52. D. de re iud. 42, 1; l. 21. § 6. D. rer. am. 25, 2; l. 4. §§ 1. 2. D. quod. cum eo 14, 5.—²⁰ l. 14. § 1. D. sol. matr. 24, 3.—²¹ l. 63. § 4. D. pro soc. 17, 2; l. un. § 7. C. de rei ux. act. 5, 13; l. 8. C. sol. matr. 5, 18.—²² l. 17. §§ 1. 2. D. sol. matr. 24, 3; l. 41. § 2. D. de re iud. 42, 1; l. 33. pr. D. de don. 39, 5.—²³ l. 8. l. 9. D. de cond. ind. 12, 6.—²⁴ l. 173. D. de r. i. 50, 17; l. 19. § 1. l. 30. D. de re iud. 42, 1; l. 6. l. 7. D. de cess. bon. 42, 3.—²⁵ l. 19. § 1. l. 49. l. 50. D. de re iud. 42, 1; l. 54. D. sol. matr. 24, 3.—²⁶ l. 16. l. 19. pr. D. de re iud. 42, 1; l. 63. § 3. D. pro soc. 17, 2.—²⁷ l. 82. D. ad l. Falc. 35, 2; § 37. l. de act. 4, 6; l. 21. D. de re iud. 42, 1.—²⁸ l. 19. § 1. D. de re iud. 42, 1; l. 173. pr. D. de r. i. 50, 17.

IV. § 229. Мѣсто исполненія.

Reatz, die Lehre vom Erfüllungsort. 1862. — *Savigny*, System § 370; Oblig. Recht § 49. — *Vangerow*, § 584. — *Windscheid*, § 282. — *Brinz*, § 290.

Вѣритель можетъ требовать, чтобы исполненіе послѣдовало въ надлежащемъ мѣстѣ.

I. Мѣсто исполненія можетъ опредѣляться *природою обязательства или его предметомъ*. Природою обязательства мѣсто опредѣляется при требованіяхъ возмѣщенія вреда и при штрафныхъ требованіяхъ; при первыхъ вѣритель можетъ требовать исполненія въ своемъ мѣстожительствѣ¹, послѣднія должникъ можетъ исполнить въ своемъ мѣстожительствѣ. *Предметомъ* опредѣляется мѣсто исполненія при тѣхъ обязательствахъ, которыя направлены на передачу или обработку участка; но и къ движимымъ индивидуально *опредѣленнымъ* вещамъ примѣняется начало, что онѣ могутъ быть переданы въ томъ мѣстѣ, гдѣ онѣ находятся безъ вины со стороны должника² (поэтому, покущикъ и наниматель должны сами забрать вещь)³; родовыя же вещи, напротивъ, подлежатъ вспомогательному мѣсту исполненія (см. sub III), кромѣ займа и фидеикоммисса: заемъ долженъ быть возвращенъ въ мѣстѣ полученія⁴, фидеикоммиссъ (по Юстиніанову и нынѣшнему праву—отказъ) можетъ быть уплаченъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится большая часть наслѣдства⁵.

II. Мѣсто исполненія можетъ быть опредѣлено *уговоромъ сторонъ*⁶. Тогда вѣритель можетъ требовать исполненія только въ этомъ мѣстѣ⁷; если же должникъ не исполняетъ въ этомъ мѣстѣ, то вѣритель имѣетъ право требовать исполненія вмѣстѣ съ такъ наз. мѣстнымъ интересомъ во вспомогательномъ мѣстѣ исполненія (въ мѣстѣ личной подсудности должника, см. ниже sub III); подробности см. въ § 242 sub II.

III. Если мѣсто исполненія не опредѣлено, и должникъ доводитъ дѣло до иска, то мѣсто иска и будетъ мѣстомъ исполненія⁸; это обыкновенно бываетъ мѣсто личной подсудности должника, стало быть, его мѣстожительство. Основаніе этой нормы заключается въ томъ, что въ этомъ мѣстѣ исполненіе представляетъ менѣ всего затрудненій для должника. Отсюда слѣдуетъ, что, если должникъ исполняетъ добровольно (—объ этомъ случаѣ источники умалчиваютъ—), то онъ можетъ это сдѣлать не только въ мѣстѣ своей личной подсудности, но и во всякомъ мѣстѣ, которое вообще окажется удобнымъ⁹, напр., въ промышленномъ заведеніи, въ квартирѣ вѣрителя.

V. § 230. Исковая осуществимость обязательства.

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

I. *Понятіе гражданскаго и натуральнаго обязательства*. Подобно вся-

¹ l. 72. § 3. D. de sol. 46, 3. — ² l. 12. § 1. D. dep. 16, 3; l. 38. l. 52. § 3. D. de iud. 5, 1. l. 47. pr. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 137. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 11. D. ad exh. 10, 4. — ³ l. 2. l. 5. D. de per. et comm. 18, 6; l. 3. § 4. l. 9. D. de a. e. v. 19, 1. — ⁴ l. 45. § 1. D. de iud. 5, 1. — ⁵ l. 50. pr. D. de iud. 5, 1; l. un. C. ubi fid. 3, 17; l. 2. C. comm. de leg. 6, 43. — ⁶ § 33. I. de act. 4, 6; l. 47. pr. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 50. pr. l. 52. §§ 1. 2. D. de iud. 5, 1. — ⁷ l. 2. § 7. l. 9. D. de eo quod certo loco 13, 4. — ⁸ l. 1. D. de ann. leg. 33, 1; l. 38. D. de iud. 5, 1; l. 47. § 1. D. de leg. 1 (30); l. 4. D. de cond. trit. 13, 3; l. 22. D. de r. c. 12, 1. — ⁹ l. 39. D. de sol. 46, 3.

утвержденіе о неполученіи займа лишь въ томъ случаѣ, *если онъ докажетъ это утвержденіе*. Но и римскія начала объ увеличенной доказательной силѣ долговой росписки послѣ истеченія двухлѣтнаго срока тоже отпали, хотя о нихъ и не упоминаетъ Вводный законъ; ибо они являются лишь обратной стороною (устраненной) querela.

VI. Вліяніе конкурса на право вѣрителя.

А. § 232. Вообще.

Fuchs, der deutsche Concursprocess. 1877.— *Vangerow*, § 592.— *Windscheid*, §§ 266. 269.— *Baron*, §§ 215. 218.

Не право вѣрителя на исполненіе обязательства, а только фактическое осуществленіе его права подвергается измѣненію въ томъ случаѣ, если вслѣдствіе несостоятельности должника надъ его имуществомъ открывается конкурсъ; въ пользу признанія несостоятельности говорить, по И. у. о конкурсахъ, въ случаѣ приостановленія платежей, praesumptio iuris et de iure¹. Конкурсъ есть особое судебное производство (такъ наз. processus cridae), направленное на то, чтобы раздѣлить недостаточное имущество общаго должника (decoctor) между вѣрителями соразмѣрно съ ихъ требованіями. Конкурсъ не открывается ex officio, а только по требованію^{1а} или одного изъ вѣрителей, или (со времени lex Julia de sessione bonorum) общаго должника; у Римлянъ открытіе конкурса состояло въ томъ, что вѣрители получали отъ магистрата missio in bona decoctoris². До открытія конкурса всякій вѣритель несостоятельнаго должника можетъ осуществить свое требованіе, не обращая вниманія на другихъ вѣрителей³; но открытіе конкурса производитъ то послѣдствіе, что разсмотрѣніе и удовлетвореніе всѣхъ требованій противъ общаго должника происходитъ въ одномъ общемъ производствѣ⁴. Лишь тѣ вѣрители, которые предъявятъ свои требованія въ этомъ производствѣ, получаютъ удовлетвореніе изъ конкурсной массы; въ р. пр. требовалось своевременное предъявленіе (что отмѣнено И. у. о к. §§ 130. 140. 143); если кто не предъявитъ своего требованія, то послѣднее оставляется безъ вниманія при раздѣлѣ конкурсной массы, но вообще не теряетъ силы противъ должника⁵.— Два вопроса требуютъ особаго разсмотрѣнія: 1) кто есть конкурсный вѣритель? 2) въ какомъ порядкѣ получаютъ удовлетвореніе конкурсные вѣрители?

В. § 233. Кто есть конкурсный вѣритель?

Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. §§ 28. 40. 43. 2. Aufl. 1882.— *Vangerow*, § 593.— *Windscheid*, § 272.— *Brinz*, § 286.

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

1. такъ наз. виндиканты или сепаратисты ex iure dominii, т. е. тѣ лица, которыя требуютъ посредствомъ actio in rem (rei vindicatio, confessoria, hereditatis petitio и т. д.) выдачи какой либо вещи, находящейся въ конкурсной массѣ; ибо все то, что не относится къ имуществу должника, должно быть выдѣлено изъ массы. Но къ виндикантамъ приравниваются иногда и простые вѣрители, а именно:

а. тѣ, которые требуютъ выдачи вещи, находящейся въ конкурсной массѣ, посредствомъ а. in rem scripta (напр., а. quod metus, de pauperie); ибо actio

¹ Reichsconcursordnung § 94.—^{1а} См. Reichsconcursordnung § 95.—² l. 12. pr. l. 15. pr. D. de reb. auct. iud. 42, 5.—³ l. 6. § 7. l. 10. § 16. l. 24. D. quae in fr. 42, 8.—⁴ l. 6. § 7. D. quae in fr. cr. 42, 8.—⁵ Reichsconcursordnung § 152.

in rem scripta, хотя и основанная на обязательствѣ, тѣмъ не менѣе обладаетъ всѣми послѣдствіями иска in rem (§ 80 пр. 7. 8);

в. такъ наз. сепаратисты ex iure crediti, т. е. тѣ лица, которые по строгому праву принадлежать къ числу конкурсныхъ вѣрителей, но которые по причинамъ справедливости имѣютъ право отдѣлить часть конкурсной массы для своего исключительнаго удовлетворенія путемъ особаго производства (т. н. партикулярнаго конкурса). Сюда относятся слѣд. случаи римскаго права: α) вѣрители наслѣдства и отказополучатели, пользуясь benef. seperationis, могутъ отдѣлить наслѣдство отъ имущества наслѣдника, надъ которымъ открытъ конкурсъ (§ 427 sub I. 3); β) вѣрители подвластнаго лица, которое употребляетъ resulium на торговое предпріятіе, могутъ отдѣлить торговое предпріятіе отъ имущества владыки, надъ которымъ открытъ конкурсъ; если подвластное лицо вело нѣсколько предпріятій, то вѣрители отдѣльныхъ предпріятій могутъ требовать отдѣленія послѣднихъ¹; γ) тѣ лица, которые кредитуютъ подвластному сыну, имѣющему res. castrense, имѣютъ право отдѣленія противъ тѣхъ, которые сдѣлались его вѣрителями въ прежнее время².

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

2. Вѣрители массы, т. е. тѣ лица, которые уже послѣ открытія конкурса приобрѣли требованія противъ конкурсной массы (всѣхъ вѣрителей), какъ таковой; они получаютъ удовлетвореніе предъ всѣми конкурсными вѣрителями. Сюда относятся требованія изъ неисполненныхъ двустороннихъ договоровъ общаго должника, въ которые вступили вѣрители, далѣе, требованія изъ обязательствъ, которые были заключены въ интересъ массы, въ частности, требованіе конкурснаго суда по поводу издержекъ на конкурсъ³.

II. Предписанія Имперскаго устава о конкурсахъ. Имперскій уставъ о конкурсахъ принимаетъ вообще тѣ же начала, что и прежнее Общее право, но измѣняетъ ихъ во многихъ случаяхъ. Онъ отличаетъ отъ конкурсныхъ вѣрителей: управомоченныхъ къ выдѣленію (Aussonderungsberechtigte), управомоченныхъ къ отдѣленію (Absonderungsberechtigte) и вѣрителей массы:

1. Конкурсными вѣрителями признаются тѣ лица, которымъ во время открытія производства принадлежит личное имущественное притязаніе противъ общаго должника⁴. Это понятіе согласно съ прежнимъ.

2. Управомочены къ выдѣленію тѣ, которые на основаніи принадлежащаго имъ личнаго имущественнаго права могутъ выдѣлить изъ массы какой либо предметъ, не принадлежащій общему должнику⁵. Это—прежние сепаратисты ex iure dominii и стоящіе наравнѣ съ такими лица, которымъ принадлежитъ act. in rem scripta; И. у. о. к. § 36 ставитъ наравнѣ съ ними продавецъ или комиссіонера для покупокъ по отношенію къ товарамъ, которые были посланы имъ съ другаго мѣста общему должнику и еще неоплачены; но для этого необходимо, чтобы товары не перешли во владѣніе общаго должника (или его представителя) еще до открытія конкурса.—Управомоченные къ выдѣленію не принимаютъ совсѣмъ участія въ конкурсномъ производствѣ, осуществляя свое право противъ конкурснаго управителя независимо отъ конкурса.

3. Управомоченные къ отдѣленію⁶ суть: а) вѣрители, которые имѣютъ на недвижимости вещное право (ипотеку, причѣмъ достаточно законной ипотеки) или какое либо иное право на преимущественное удовлетвореніе (напр., государство по поводу поземельныхъ податей), б) закладприниматели на движимости и res incorporeales, с) такъ наз. какъ бы закладприниматели, т. е. цѣлый рядъ лицъ, которымъ принадлежитъ на движимыя вещи или законное закладное право или ius retentionis и которая, поэтому, И. уставомъ о конкурсахъ § 41 приравнены къ вѣрителямъ подъ закладъ, напр., художники, мастеровые, ремесленники и рабочіе по поводу ихъ требованій за работу и издержки—по отношенію къ сдѣланнымъ ими или поправленнымъ вещамъ, находящимся еще у нихъ, д) вѣрители наслѣдства и отказополучатели въ выше I. 1. б. представленномъ случаѣ, е) общіе собственники (condomini), товарищи общаго должника на часть послѣдняго по поводу требованій, возникающихъ изъ общенія, ф) должнствующіе получить фиденкомиссъ содержанія, родового имѣнія, фамильный фиденкомиссъ—по отношенію къ этимъ имуществамъ.—Изъ этого

¹ l. 5. §§ 15. 16. D. de trib. act. 14, 4.—² l. 1. § 9. D. de separ. 42, 6.—³ l. 8. i. f. D. dep. 16, 3.—⁴ Reichsconcursordnung § 2.—⁵ Rco. § 35.—⁶ Rco §§ 39—45.

перечисленія видно, что управомоченные къ отдѣленію соответствуютъ прежнимъ сепаратистамъ ex iure crediti; но случаи прежняго Общаго права отчасти распространены, отчасти устранены.—Управомоченные къ отдѣленію не принимаютъ никакого участія въ конкурсномъ производствѣ; они осуществляютъ свои требованія и свое притязаніе на отдѣльное удовлетвореніе противъ конкурснаго управителя такъ, какъ если бы надъ имуществомъ общаго должника совѣзмъ не было открыто конкурса; поэтому партикулярнаго конкурса уже болѣе не существуетъ. Если при продажѣ отдѣльныхъ предметовъ останется излишекъ, то его присоединяютъ къ конкурсной массѣ; если же вырученной отъ продажи суммы окажется недостаточно для удовлетворенія требованій отдѣленныхъ вѣрителей, то послѣдніе могутъ предъявить требованіе недостающей суммы противъ конкурсной массы, если на общемъ должникѣ лежала личная отвѣтственность⁷.

4. *Вѣрители массы*⁸. *Различаются издержки массы и доли массы:*

а. *Издержки массы*—это судебныя издержки на общее производство, далѣе, издержки на управление, продажу и раздѣлъ массы, наконецъ, помощь, оказанная общему должнику и его семейству.

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

Вѣрители массы не принимаютъ въ конкурсѣ никакого участія, и, въ случаѣ спора объ ихъ притязаніяхъ, дѣло рѣшается не конкурснымъ судомъ, а обыкновеннымъ процессомъ; они получаютъ удовлетвореніе изъ валовой конкурсной массы, а конкурсныя вѣрители, напротивъ, изъ чистой конкурсной массы. Если конкурсной массы недостаточно для всѣхъ вѣрителей массы, то сначала удовлетворяются долги массы, а затѣмъ издержки массы⁹.

С. § 234. Въ какомъ порядкѣ получаютъ удовлетвореніе конкурсныя вѣрители?

Vangerow, § 594.—Windscheid, §§ 270. 271. 272^a.

1. *Римское право*. Конкурсныя вѣрители дѣлятся въ римскомъ правѣ на два класса. Первый классъ образуютъ тѣ вѣрители, которымъ по закону дано право преимуществва (*privilegium exigendi*)¹. Второй классъ—всѣ прочіе. Въ предѣлахъ всякаго класса отдѣльныя требованія по общему правилу равны другъ другу²; въ видѣ исключенія нѣкоторыя требованія перваго класса (ниже 1 а. д. 2. а. е?) пользуются преимуществвомъ предъ прочими. Права преимуществва суть отчасти чисто личныя (*privilegia exigendi personae*), отчасти наследственныя права (*priv. exig. causae*).

1. *Чисто личныя права преимуществва* принадлежатъ: а) казнѣ³, за исключеніемъ ея штрафныхъ требованій; конкурируютъ ли эти штрафныя требованія съ непривилегированными вѣрителями, или стоятъ послѣ всѣхъ ихъ,—объ этомъ въ источникахъ разнорѣчіе⁴; второе мнѣніе скорѣе можетъ быть принято, потому что по первому мнѣнію штрафу подвергался бы не общій должникъ, а вѣрители; б) государю и его супругѣ⁵; в) городамъ⁶, наравнѣ съ которыми многіе ставятъ церкви; д) женѣ (дѣйствительной или путативной) и ея дѣтямъ, а равно и невѣстѣ по поводу дotalнаго требованія⁷; е) опекаемымъ по поводу требованій изъ опеки противъ опекуновъ, протугорговъ, а равно и противъ тѣхъ, которые занимаютъ ихъ дѣлами по дружбѣ⁸.—Большой части этихъ лицъ въ позднѣйшую императорскую эпоху было предоставлено общее законное закладное право (§ 190), такъ что конкурсная привилегія для нихъ стала излишней.

2. *Права преимуществва, переходящія на наследниковъ* присвоены слѣдующимъ требованіямъ: а) издержкамъ на погребеніе общаго должника

⁷ Rco. § 57. — ⁸ Rco. §§ 51. 52.—⁹ Rco. § 53.

¹ t. D.: de reb. auct. iud. poss. 42, 5; t. C: de bonis auct. iud. poss. 7, 72. — ² l. 32. D. h. t. 42, 5; l. 6. C. h. t. 7, 72. — ³ l. 10 pr. D. de pact. 2, 14; l. 34. D. h. t. 42, 5; l. 6. pr. D. de iure fisci 49, 14; Pauli sent. rec. V, 12. § 10.—⁴ Ср., съ одной стороны, l. 17. D. de iure f. 49, 14; l. un. C. poen. fisc. 10, 7; съ другой стороны, l. 37. D. de iure f. 49, 14. — ⁵ l. 6. § 1. D. de iure f. 49, 14.—⁶ l. 38. § 1. D. h. t. 42, 5.—⁷ l. 17. § 1. l. 18. l. 19. pr. D. h. t. 42, 5; l. un. C. de priv. dot. 7, 74; l. 9. C. de i. d. 5, 12; l. 12. pr. C. qui pot. 8, 17. — ⁸ l. 19. § 1. до l. 23. D. h. t. 42, 5; l. 42. l. 44. § 1. D. de adm. tut. 26, 7.

или другого лица, которое общій должникъ долженъ былъ похоронить⁹; b) денежному займу, который былъ выданъ на восстановление зданія¹⁰; c) требованію товарища (socius) по поводу пропорціональнаго возмѣщенія издержекъ на поправку общаго зданія¹¹; d) займу для купли, постройки или снаряженія корабля, а равно и требованію продавца корабля, который кредитовала покушную цѣну¹²; e) требованію deponentis по поводу денегъ, безпроцентно отданныхъ аргентарію на сбереженіе (что практика распространила на всякое depositum); насчетъ этого требованія въ источникахъ существуетъ разнорѣчіе, слѣдуетъ ли его поставить предъ всѣми требованіями или послѣ всѣхъ требованій¹³; разныя попытки устранить это разнорѣчіе не получили общаго признанія.

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

- Первый классъ: абсолютно-привилегированные вѣрители;
- Второй классъ: привилегированные вѣрители подъ залогъ (§ 205);
- Третій классъ: простые вѣрители подъ залогъ;
- Четвертый классъ: привилегированные вѣрители;
- Пятый классъ: простые вѣрители.

Конкурсные вѣрители, не обладающіе закладнымъ правомъ (4 и 5 классъ) называются въ источникахъ¹⁵ *cred. chirographarii*, — какъ если бы у НИХЪ всѣхъ были письменные долговые акты.

III. Предписанія И. у. о конкурсахъ § 54 слѣд. И. у. о к. значительно измѣнилъ какъ римское право, такъ и правила, введенныя практикою. Противъ прежней практики Уставъ выдѣлилъ изъ конкурснаго производства почти всѣхъ вѣрителей подъ залогъ, объявивъ ихъ управомоченными къ отдѣленію (§ 233 sub II. 3); противъ римскаго права Уставъ устранилъ много *privilegia exigendi*, оставивъ изъ нихъ лишь немногія. Итакъ, конкурсныя требованія распадутся на два класса: на преимущественныя и непреимущественныя.

Первой классъ. Преимущественныя требованія суть слѣдующія: а. оставшіяся за послѣдній годъ до открытія конкурса или смерти общаго должника неудовлетворенныя требованія жалованья, денегъ на содержаніе и другія требованія прислуги, нанятой общимъ должникомъ на продолжительное время для домашняго, земледѣльческаго или промышленнаго хозяйства; б. требованія имущественнаго характера, городскихъ кассъ и общинъ, а равно и должностныхъ, окружныхъ и провинціальныхъ союзовъ (*Amts-, Kreis- und Provinzialverbände*) по поводу общественныхъ налоговъ, которые должны были быть уплачены въ послѣднемъ году до открытія конкурса; в. требованія церковей и школъ, общественныхъ союзовъ и общественныхъ, обязанныхъ къ принятію страхованія, страховыхъ отъ огня учрежденій по поводу взносов и платежей, слѣдующихъ къ уплатѣ по закону или по уставу за послѣдній годъ до открытія конкурснаго производства; г. требованія врачей, хирурговъ, аптекарей, повивальныхъ бабокъ и сидѣлокъ по поводу платы за лѣченіе и уходъ за больнымъ за послѣдній годъ до открытія конкурснаго производства, поскольку размѣръ требованій не превышаетъ обыкновенной таксы; е. требованія дѣтей и лицъ, порученныхъ заботамъ общаго должника, касающіяся ихъ имущества, за которое предоставленнаго управленію послѣдняго; права преимуществва имъ не дается, если требованіе не осуществлено судебнымъ порядкомъ въ теченіе двухъ лѣтъ послѣ прекращенія управленія имуществомъ и не было преслѣдовано до открытія конкурснаго производства. — Отдѣльныя требованія располагаются въ порядкѣ ихъ перечисленія, нѣсколько требованій равнаго качества въ случаѣ недостатка конкурсной массы получаютъ удовлетвореніе пропорціонально своему размѣру.

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

⁹ I. 17. pr. D. h. t. 42, 5; I. 45. D. de rel. 11, 7. — ¹⁰ I. 24. § 1. D. h. t. 42, 5; I. 25. D. de reb. cred. 12, 1. — ¹¹ I. 52. § 10. D. pro soc. 17, 2. — ¹² I. 26. I. 34. D. h. t. 42, 5. — ¹³ Ср. съ одной стороны, I. 7. §§ 2. 3. I. 8. D. dep. 16, 3; съ другой стороны, I. 24. § 2. D. h. t. 42, 5. — ¹⁴ Paul. sent. rec. I, 21. § 15; I. 14. § 1. I. 45. D. de rel. 11, 7. — ¹⁵ I. 38. § 1. D. h. t. 42, 5; I. 4. C. h. t. 7, 72.

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

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

Reinhart, die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. 1871. — *Zürcher*, die act. Pauliana nach Gemeinem Recht und den neueren Codificationen. 1872. — *Schönemann*, die Paulianische Klage gegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger. 1872. — *Hasenbalg*, zur Lehre von der act. Pauliana. 1874. — *Fischer*, Anwendbarkeit der act. Paul. auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfand. 1875. — *Mandry*, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. §§ 10. 50. 2. Aufl. 1882. — t. D. XLII, 8: quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. — t. C. VII, 75: de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — *Vangerow*, §§ 177. 697. — *Windscheid*, §§ 463. 463^a. — *Brinz*, § 345. — *Baron*, § 132. кон.

I. Введеніе. За исключеніемъ права производить платежи¹, общій должникъ, по римскому праву, не лишается права распоряженія своимъ имуществомъ, не смотря на открытіе конкурса; такимъ образомъ какъ до открытія, такъ и послѣ открытія конкурса угрожаетъ опасность, что общій должникъ станетъ злоупотреблять своимъ правомъ во вредъ вѣрителямъ. Эта опасность имѣть возможна только до открытія конкурса, потому что съ этого момента, по нынѣшнему праву, общій должникъ не лишается дѣеспособности, теряетъ тѣмъ не менѣе право распоряженія имѣющимися у него во время открытія имуществомъ². Такимъ образомъ существуетъ настоятельное требованіе справедливости, чтобы вѣрители были защищены противъ такого злоупотребленія; для этой цѣли преторскій эдиктъ ввелъ нѣсколько, повидимому, материально различныхъ исковъ. — Господствующее мнѣніе принимаетъ два такихъ иска: *actio Pauliana*² и *interdictum fraudatorium*³; нѣкоторые романисты доказываютъ кромѣ того существованіе здѣсь *actio in factum*⁴ (иска, который по господствующему мнѣнію признается за *actio Pauliana*) и *rescissoria in rem actio*⁵ (этотъ искъ до сихъ поръ считали слѣдствіемъ возстановленія *in integrum propter dolum* [§ 108 пр. 2], но въ послѣднее время его стали выдавать за *actio Pauliana*). Правиль *отдѣльныхъ* исковъ и ихъ различій нельзя съ достовѣрностью указать; поэтому мы будемъ излагать права вѣрителей независимо отъ иска, которымъ они осуществляются.

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

1. Чтобы общій должникъ уменьшилъ свое имущество до открытія конкурса, все равно, *dando*, *obligando* или *liberando*⁶ (§ 68), далѣе, все равно, положительнымъ ли юридическимъ дѣйствіемъ или упущеніемъ (напр., неприваніемъ давности)⁷; непринятіе предложеннаго общему должнику пріобрѣтенія (напр., наслѣдства) не есть уменьшеніе имущества⁸; только казна имѣетъ право опорочить и это дѣйствіе⁹.

¹ l. 6. § 7. l. 10. § 16. D. h. t. 42, 8. — ^{1a} Reichsconcursordnung §§ 5. 6. 7. — ² l. 1. pr. D. h. t. 42, 8; l. 38. § 4. D. de us. 22, 1. — ³ l. 10. pr. D. h. t. 42, 8; l. 67. § 1. D. ad set. Treb. 36, 1; l. 96. pr. D. de sol 46, 3. — ⁴ l. 10. pr. i. f. D. h. t. 42, 8. — ⁵ § 6. I. de act. 4, 6. — ⁶ l. 1. pr. § 2. l. 2. l. 3. pr. l. 10. pr. § 13. l. 22. D. h. t. 42, 8; l. 1. l. 2. l. 3. l. 5. C. h. t. 7, 75. — ⁷ l. 3. §§ 1. 2. l. 4. l. 5. l. 17. pr. l. 18. D. h. t. 42, 8. — ⁸ l. 6. pr. §§ 1—5. D. h. t. 42, 8; l. 67. § 1. D. ad set. Treb. 36, 1. — ⁹ l. 45. pr. D. de iure f. 49, 14.

2. Чтобы общій должникъ совершилъ уменьшеніе имущества in fraudem creditorum, т. е. съ намѣреніемъ повредить своимъ вѣрителямъ¹⁰, и чтобы пріобрѣтатель зналъ объ этомъ намѣреніи¹¹; только при negotia lucrativa право опороченія не зависитъ отъ знанія пріобрѣтателя¹².

3. Чтобы вѣрители дѣйствительно потерпѣли вредъ отъ юридическаго дѣйствія; поэтому тѣ лица, которыя стали вѣрителями общаго должника уже послѣ того дѣйствія, не имѣютъ никакого права опороченія¹³.

Спорно, можетъ ли быть опороченъ своевременный (произведенный общимъ должникомъ по наступленіи срока исполненія) платежъ долга; по очень распространенному прежде мнѣнію, надо было различать, уплатилъ ли должникъ добровольно (per gratificationem), или же по востребованію вѣрителя, и въ первомъ случаѣ платежъ можетъ быть опороченъ; по второму мнѣнію, слѣдовало обращать вниманіе не только на то, желалъ ли должникъ, удовлетворяя одного вѣрителя, повредить другимъ, но и на то, зналъ ли о такомъ желаніи вѣритель; по третьему, господствующему теперь мнѣнію, платежъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть опороченъ. Третье мнѣніе (за исключеніемъ двухъ случаевъ)¹⁴ справедливо, потому что отъ вѣрителя нельзя требовать неосуществленія своего права, чтобы предохранить другихъ отъ потери¹⁵: creditor (говорится въ источникахъ) sibi vigilavit...¹⁶; ius civile vigilantibus scriptum est...¹⁷.—Равнымъ образомъ спорнымъ является случай платежа долга, время исполненія по которому еще не наступило; нѣкоторые думаютъ, что такой платежъ можно вполне опорочить, другіе же полагаютъ, что его можно опорочить лишь въ той мѣрѣ, въ какой вѣритель отъ преждевременнаго платежа получилъ выгоду (т. е. по отношенію къ interusura, § 227 пр. 7); послѣднее мнѣніе прямо подтверждается въ источникахъ¹⁸.—Наконецъ, споренъ также и случай отдачи вмѣсто платежа (§ 225); такъ какъ принятіе вмѣсто платежа вовсе не есть простое осуществленіе правъ вѣрителя, то оно можетъ быть опорочено, если только есть на лицо условія, указанныя выше sub 2 и 3; подтвержденія источниковъ нѣтъ¹⁹.

Право опороченія принадлежит по р. пр. тѣмъ лицамъ, которыя уже были вѣрителями общаго должника во время вреднаго дѣйствія, позднѣйшимъ вѣрителямъ—лишь въ томъ случаѣ, если общій должникъ полученныя отъ нихъ деньги употребилъ на удовлетвореніе прежнихъ (управомоченныхъ къ опороченію) вѣрителей²⁰. Въ качествѣ представителя всѣхъ вѣрителей вмѣстѣ, предъявить искъ объ опороченіи можетъ и конкурсный curator²¹.—Пріобрѣтатель, который зналъ злой умыселъ общаго должника и противъ котораго предъявленъ искъ въ теченіе одного года (annus utilis) послѣ продажи имущества²², обязанъ выдать пріобрѣтенное вмѣстѣ съ плодами и процентами²³; но если недоста-етъ одного изъ означенныхъ двухъ условій, то пріобрѣтатель обязанъ только выдать обогащеніе²⁴. Наслѣдники пріобрѣтателя отвѣчаютъ, по римскому праву, только въ размѣрѣ обогащенія²⁵, на практикѣ до суммы наслѣдства. Отвѣт-

¹⁰ l. 1. pr. 1. 10. pr. 1. 17. § 1. D. h. t. 42, 8. — ¹¹ l. 6. §§ 8. 9. D. h. t. 42, 8. — ¹² l. 6. §§ 11. 13. D. h. t. 42, 8; l. 5. C. h. t. 7, 75. — ¹³ l. 10. § 1. l. 15. l. 16. D. h. t. 42, 8. — ¹⁴ l. 6. §§ 1. 2. D. de reb. auct. iud. 42, 5; l. 24. D. h. t. 42, 8; l. 18. § 10. l. 21. D. de iure f. 49, 14. — ¹⁵ l. 129. D. de r. i. 50, 17. — ¹⁶ l. 6. § 7. D. h. t. 42, 8. — ¹⁷ l. 24. i. f. D. h. t. 42, 8. — ¹⁸ l. 10. § 12. l. 17. § 2. D. h. t. 42, 8. — ¹⁹ Несправедливо считаютъ такими l. 25. § 3. D. h. t. 42, 8 и l. 1. C. h. t. 7, 75. — ²⁰ l. 10. § 1. l. 15. l. 16. D. h. t. 42, 8. — ²¹ l. 1. pr. D. h. t. 42, 8. — ²² l. 10. § 18. l. 6. § 14. D. h. t. 42, 8. — ²³ l. 38. § 4. D. de us. 22, 1; l. 10. § 19—23. l. 14. pr. l. 17. pr. l. 25. §§ 4—6. D. h. t. 42, 8. — ²⁴ l. 6. §§ 10. 11. 13. 14. l. 10. §§ 18. 24. l. 25. pr. D. h. t. 42, 8; l. 5. C. h. t. 7, 75. — ²⁵ l. 10. § 25. l. 11. D. h. t. 42, 8.

ственность падаетъ и на общаго должника самого²⁶ (конечно, его обыкновенно преслѣдуютъ только тогда, когда онъ опять приобрѣтетъ имущество). Отвѣчаетъ даже и тотъ (по правильному мнѣнію), кто приобрѣталъ вещь отъ перваго приобрѣтателя, если и онъ зналъ злой умыселъ общаго должника²⁷: въ такомъ случаѣ онъ есть *fautor delicti*. На кого падаетъ неограниченная отвѣтственность, тотъ можетъ требовать возмѣщенія необходимыхъ издержекъ²⁸ и возвращенія суммы, уплаченной имъ за предметъ, если она еще находится въ конкурсной массѣ или если конкурсная масса на эту сумму обогатилась²⁹.

III. *Предписанія И. устава о конкурсахъ. И. у. о к. даетъ конкурснымъ вѣрителямъ болѣе обширную защиту, чѣмъ римское право; онъ признаетъ подлежащими опороченію не только*

1. тѣ юридическія дѣйствія, которыя общій должникъ предпринялъ съ извѣстною другою стороною цѣлью повредить своимъ вѣрителямъ³⁰ (выше II), но также и

2. тѣ юридическія сдѣлки, которыя заключены общимъ должникомъ послѣ прекращенія платежей или требованія открытія конкурса и вслѣдствіе заключенія которыхъ потерѣли вредъ конкурсные вѣрители, если другой стороною въ то время, когда она приступала къ сдѣлкѣ, было извѣстно прекращеніе платежей или требованіе открытія конкурса; а равно и тѣ юридическія дѣйствія, которыя послѣдовали послѣ прекращенія платежей или востребованія конкурса и которыя доставляютъ обезпеченіе или удовлетвореніе одному изъ вѣрителей, если послѣдній во время совершенія дѣйствія зналъ о прекращеніи платежей и требованіи открытія конкурса³¹; доказывать, что отвѣтчику было извѣстно прекращеніе платежей или требованіе открытія конкурса, долженъ истецъ;

3. тѣ юридическія дѣйствія, которыя послѣдовали послѣ прекращенія платежей или требованія открытія конкурса или въ послѣдніе десять дней до прекращенія платежей или требованія конкурса и которыя доставляютъ одному изъ вѣрителей обезпеченіе или удовлетвореніе, *которыхъ онъ совсѣмъ не могъ требовать или не могъ требовать въ такомъ видѣ или въ то время*, если отвѣтчикъ не докажетъ, что во время совершенія дѣйствія онъ не зналъ ни о прекращеніи платежей или требованіи конкурса, ни о намѣреніи общаго должника предоставить ему выгоду во вредъ другимъ вѣрителямъ³².

4. заключенные въ послѣднемъ году до открытія конкурса:

а. *возмездные* договоры общаго должника съ его супругомъ, до или во время брака, съ его или его супругою родственникомъ въ восходящей или нисходящей линіи, съ его или его супругою полнородными или неполнородными братьями, сестрами или съ супругомъ одного изъ этихъ лицъ, если вслѣдствіе заключенія договора потерѣли вредъ вѣрители общаго должника, и другой контрагентъ не докажетъ, что во время заключенія договора ему было неизвѣстно намѣреніе общаго должника повредить вѣрителямъ³³;

б. *безвозмездныя* распоряженія общаго должника, если они не были подарками по обычнымъ случаямъ³⁴; но годичный срокъ увеличивается до двухъ лѣтъ, если дѣло идетъ о безвозмездныхъ распоряженіяхъ общаго должника въ пользу своего супруга, а равно и о совершенномъ имъ въ это время обезпеченіи или возвращеніи приданаго или имущества его жены, законно перешедшаго въ его управленіе, если онъ по закону или договору, заключенному до этого промежутка, не былъ обязанъ совершить эти дѣйствія³⁵.

Право опороченія можетъ быть осуществлено только управителемъ³⁶; успѣшное опороченіе выгодно для *всѣхъ* вѣрителей.—Право опороченія погашается истеченіемъ одного года со времени открытія конкурса³⁷; послѣ истеченія этого срока правомъ опороченія нельзя воспользоваться и для истребованія обогащенія.—Въ прочемъ И. у. о к. подтверждаетъ начала, изложенныя выше пр. 22—29³⁸.

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

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Отвѣтственность должника за неисполненіе и ненадлежащ. исполненіе.

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

Hasse, die Culpa des Römischen Rechts. 2-е изд. 1838.—F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. T. 3. 1855. — Vangerow, § 109. — Windscheid, § 265. — Brinz, §§ 266. 267.

Всякій должникъ отвѣчаетъ за то, что исполненіе не сдѣлается по его

²⁶ I. 1. pr. i. f. l. 10. § 24. l. 12. l. 25. § 7. D. h. t. 42, 8.—²⁷ l. 9. D. h. t. 42, 8.—²⁸ l. 10. D. h. t. 42, 8.—²⁹ l. 7. l. 8. D. h. t. 42, 8.—³⁰ Reichsconcursordnung § 24 Nr. 1.—³¹ Rco. 23 Nr. 1.—³² Rco. § 23 Nr. 2.—³³ Rco. § 24 Nr. 2.—³⁴ Rco. § 25 Nr. 1.—³⁵ Rco. § 25 Nr. 2.—³⁶ Rco. § 29.—³⁷ Rco. § 34.—³⁸ Rco. § 30—33.

винѣ (§ 71) совѣмъ или отчасти невозможнымъ, въ противномъ случаѣ онъ обязанъ уплатить интересъ (§ 243). Въ частности:

I. За *dolus* (*in faciendo* и *in non faciendo*) отвѣчаетъ всякій должникъ, точно также и за *culpa lata* и *culpa in concreto*, такъ какъ послѣднія приравниваются къ *dolus*. Договоры, которыми устанавливается противное, недѣйствительны, какъ безнравственные¹; напротивъ, не лишены силы договоры, въ которомъ прощается уже совершенный *dolus* (*culpa lata* и *in coner.*) и требованіе интереса по этому поводу; такой договоръ ничего безнравственнаго не представляетъ².

II. За *culpa levis in faciendo* отвѣчаетъ всякій должникъ, если *culpa* состоитъ въ поврежденіи вещи, то есть подпадаетъ подъ *lex Aquilia*³ (§ 71 пр. 16). Всякая другая *culpa levis* возлагаетъ отвѣтственность на обѣ стороны, если обязательство заключено въ обоюдномъ интересѣ⁴, на одну изъ сторонъ, если только послѣдняя заинтересована въ обязательствѣ⁵; поэтому, за *culpa levis* отвѣчаетъ покупатель, продавецъ, наниматель, отдающій внаемъ, *deponens*, *commodatarius*, за *culpa lata*—*depositorius* и *commodans*. Изъ этого правила существуютъ слѣд. изыятія:

1. Уменьшенная отвѣтственность имѣетъ мѣсто:

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

б. Какъ отвѣтственность за *c. lata*. Нѣкоторые лица, въ интересѣ коихъ существуетъ обязательство, отвѣчаютъ только за *c. lata*; сюда относятся прекарістъ¹⁰ и *agrimensor*, все равно, получаетъ ли онъ вознагражденіе за свою работу или нѣтъ¹¹.

2. Увеличенная отвѣтственность, а именно, отвѣтственность за *c. levis* имѣетъ мѣсто:

а. Для тѣхъ лицъ, которые занимаются чужими дѣлами, не получая вознагражденія и, слѣдовательно, не будучи заинтересованными; сюда относятся: α) *mandatarius*¹², β) *negotiorum gestor*; отвѣтственность послѣднихъ распространяется даже на *casus*, если онъ берется за новыя предпріятія, которыми обыкновенно не занимался хозяинъ¹³; его отвѣтственность ограничивается *culpa lata*, если онъ принялъ на себя веденіе дѣлъ, чтобы прет-

¹ 1. 23. D. de r. i. 50, 17; 1. 27. § 3. D. de pact. 2, 14; 1. 17. пр. D. comm. 13, 6; 1. 4. § 7. D. dep. 16, 3; 1. 6. § 9. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 18. § 3. D. de don. 39, 5.—² 1. 27. § 4. D. de pact. 2, 14; cf. 1. 14. § 9. D. de aed. ed. 21, 1.—³ 1. 18. § 1. D. comm. 13, 6; 1. 10. пр. D. comm. div. 10, 3.—⁴ 1. 108. § 12. D. de leg. 1 (30); 1. 5. § 1. 1. 18. пр. D. comm. 13, 6; 1. 31. i. f. D. loc. 19, 2; Coll. 1. Mos. et Rom. X, 2. §§ 1—3.—⁵ 1. 5. § 2. i. f. D. comm. 13, 6; 1. 17. § 2. D. praescr. verb. 19, 5; 1. 91. пр. D. de verb. obl. 45, 1.—⁶ 1. 5. § 2. D. comm. 13, 6; Coll. 1. Mos. et Rom. X, 2. § 2.—⁷ 1. 72. D. pro soc. 17, 2.—⁸ 1. 25. § 16. D. fam. erc. 10, 2.—⁹ 1. 17. пр. D. de iur. dot. 23, 3; 1. 11. C. de pact. conv. 5, 14.—¹⁰ 1. 8. § 3. D. prec. 43, 26.—¹¹ 1. 4. пр. § 1. D. si mens. 11, 6.—¹² 1. 11. 1. 13. 1. 21. C. mand. 4, 35; Модестинъ твердо придерживался этого правила: Coll. 1. Mos. et Rom. X, 2. § 3.—¹³ 1. 11. D. neg. gest. 3, 5.

отвратить возможный вред¹⁴; γ) tutor¹⁵, которому, впрочемъ, дозволяется сослаться на обстоятельство, указанное sub 1. а¹⁶.

б. Для тѣхъ, которые сами навязываются на какую либо сдѣлку¹⁷.

Вполнѣ дозволены уговоры, которыми прощается или условливается отвѣтственность за с. levis, хотя бы по закону отвѣтственность опредѣлялась иначе¹⁸. Правила, касающіяся с. levis, измѣняются также вслѣдствіе присоединенія мога вѣрителя или должника (§ 240 пр. 23—29. § 241 пр. 4. 5).

II. § 237. Отвѣтственность должника за custodia (отвѣтственность за чужую вину).

Burchardi, über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen. 1861. — Wyss, Haftung für fremde Culpa. 1867. — Vangerow, § 105. — Windscheid, § 264 кон. — Brinz, §§ 268—270.

I. Понятіе отвѣтственности за custodia. По общему правилу должникъ отвѣчаетъ лишь за свою собственную culpa, а не за чужую; по нѣкоторые должники, у которыхъ на рукахъ находятся тѣлесныя вещи, отвѣчаютъ за поврежденіе и за кражу вещи даже въ томъ случаѣ, если виноваты не они, а другія лица¹; они не отвѣчаютъ только за непреодолимую силу (куда въ частности относится насильное похищеніе)². О такихъ должникахъ источники выражаютъ, что они praestant (просто) custodiam (которой нельзя смѣшивать съ custodia boni s. diligentis patrisfamilias). Основаніе такой отвѣтственности за чужую вину заключается въ требованіяхъ гражданскаго оборота; чѣмъ обширнѣе оборотъ, тѣмъ чаще случается, что взявшій на себя извѣстную работу исполняетъ ее чрезъ другихъ; въ особенности въ такихъ случаяхъ (ср. ниже II. 1—4) гражданскій оборотъ требуетъ, чтобы предприниматель отвѣчалъ за чужую вину.

II. Отдѣльные случаи. За custodia (просто) отвѣчаетъ: 1) кто беретъ за custodia вещи возмездно^{2a}, въ особенности хозяинъ склада—за цѣлость вещи, взятой на сохраненіе за извѣстную плату³; 2) корабельщикъ, хозяинъ гостиницы или постоялаго двора за цѣлость вещей путешественниковъ или хозяевъ груза⁴; 3) рабочій, заключившій cond. operis или operatum⁵; но conductor rei не отвѣчаетъ просто за custodia⁶; 4) commodatarius⁷; 5) ведущій чужія дѣла безъ порученія⁸, а равно и всякій навязавшійся на веденіе чужихъ дѣлъ⁹; 6) отвѣчаетъ ли закладоприиматель просто за custodia? По этому вопросу въ источникахъ разнорѣчіе¹⁰. — Договорами можно расширить или сѣздить случаи отвѣтственности за custodia; такую отвѣтственность по договору принимаетъ на себя, напр., тотъ должникъ какой либо вещи, который въ по-

¹⁴ l. 3. § 9. eod.—¹⁵ Coll. l. Mos. et Rom. X, 2. § 3. — ¹⁶ l. 1. pr. D. de tut. et rat. 27, 3. — ¹⁷ l. 1. § 35. D. dep. 16, 3; l. 53. § 3. D. de furt. 47, 2. — ¹⁸ l. 23. D. de r. i. 50, 17; l. 1. §§ 6. 10. 35. D. dep. 16, 3.

¹ l. 25. § 7. D. loc. 19, 2; l. 19. D. comm. 13, 6; l. 41. D. loc. 19, 2; l. 3. § 1. D. naut. 4, 9; l. 2. pr. D. si quadr. 9, 1. — ² l. 5. § 4. D. comm. 13, 6; l. 3. § 1. D. naut. 4, 9. — ^{2a} l. 40. l. 41. cf. l. 29. D. loc. 19, 2. — ³ l. 1. C. loc. 4, 65; Coll. l. Mos. et Rom. 10, 9; l. 19. D. comm. 13, 6. — ⁴ l. 3. § 1. l. 4. pr. l. 5. D. nautae 4, 9; l. 14. § 17. D. de furt. 47, 2. — ⁵ l. 5. pr. D. nautae 4, 9; l. 12. pr. l. 14. § 17. l. 48. § 4. D. de furt. 47, 2; l. 13. § 5. l. 25. § 7. l. 62. D. loc. 19, 2. — ⁶ l. 11. pr. D. loc. 19, 2; l. 27. § 9. D. ad l. Aq. 9, 2; не точна l. 28. C. loc. 4, 65. Исключеніе см. въ § 5. l. loc. 3, 24; Theoph. paraphr. III, 24. § 5. — ⁷ l. 18. pr. l. 5. §§ 2—6. 9. 13. 15. D. comm. 13, 6; l. 14. §§ 10. 15. D. de furt. 47, 2; § 16. l. de obl. ex del. 4, 1; § 2. l. qu. m. re 3, 14; cf. l. 10. § 1. D. comm. 13, 6; l. 17. §§ 2. 4. D. praeser. v. 19, 5. — ⁸ § 1. l. de obl. quae quasi ex contr. 3, 27; Paul. sent rec. I, 4. § 1; cf. l. 47. §§ 5. 6. D. de leg. 1 (30) — ⁹ l. 53. § 3. D. de furt. 47, 2; cf. l. 1. § 35. D. dep. 16, 3. — ¹⁰ Между § 4. l. qu. m. re 3, 14; l. 13. § 1. D. de pign. a. 13, 7; l. 19. C. de pign. 8, 13, съ одной стороны, и l. 14. l. 30. D. de pign. a. 13, 7 Павла, съ другой стороны. —

бочномъ договорѣ со своимъ вѣрителемъ опредѣляетъ стоимость этой вещи (qui aestimatum aliquid accepit)¹¹.

Развитое выше понятіе отвѣтственности за custodia установлено авторомъ этого учебника (въ Archiv für civilistische Praxis T. 52, стр. 44—95). *Общее мнѣніе этого понятія не знаетъ.* И общее мнѣніе, положимъ, указыва-
етъ, что по преторскому эдикту de nautis, sauronibus, stabulariis, корабель-
щики, хозяева гостинницы и постоялаго двора безусловно отвѣчаютъ за
вещи путешественниковъ и хозяевъ груза, развѣ если эти вещи пропали или
повреждены по винѣ самихъ путешественниковъ или хозяевъ груза или вслѣд-
ствіе непреодолимой силы (выше случай 2). Но общее мнѣніе считаетъ это
опредѣленіе преторскаго эдикта чѣмъ то аномальнымъ, упуская изъ виду
много другихъ правоотношеній, къ которымъ примѣняется та же норма.
Въ прежніе вѣка этихъ правоотношеній не оставляли безъ вниманія, и, чтобы
отличить ихъ отъ тѣхъ обязательствъ, въ которыхъ должникъ отвѣчаетъ за
culpa levis, установили третью степень вины: такъ наз. culpa levissima. Ко-
нечно, это была ошибка; существуетъ только двѣ степени вины, а сущ-
ность отвѣтственности за custodia въ томъ именно и состоитъ, что должникъ
отвѣчаетъ даже тогда, когда онъ ни въ чемъ не виновенъ. Но эта ошибка
менѣе важна, чѣмъ ошибка теперешняго общаго мнѣнія.

Новые очень важныя случаи изложенной отвѣтственности ввелъ Имперскій законъ объ отвѣ-
тственности (Reichshaftpflichtgesetz) отъ 7-го іюня 1871 г., по которому желѣзнодорожный предпри-
ниматель отвѣчаетъ за смерть и тѣлесныя поврежденія, случившіяся при эксплуатаціи, если не
докажетъ, что причину несчастнаго случая была непреодолимая сила или собственная вина по-
терпѣвшаго; далѣе, предприниматель эксплуатаціи рудниковъ, копей, каменоломни или фабрики отвѣ-
чаетъ въ томъ случаѣ, если его уполномоченный или чиновникъ неисправнымъ (виновнымъ) испол-
неніемъ своихъ обязанностей причинилъ смерть или тѣлесное поврежденіе какому либо человѣку
(подробности см. въ § 314 sub 4).

III. § 238. Отвѣчаетъ ли должникъ за случай?

Fr. Mommsen, въ книгѣ, указанной къ § 208.—Тотъ же авторъ, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. 1859. — Vangerow, § 591. — Windscheid, § 327.—Brinz, §§ 276—278.

I. За случай, casus (—особымъ видомъ его является непреодолимая
сила: *damnum fatale, vis maior, θεός βία*, т. е. чрезвычайный, необыкновен-
ный случай, напр., пожаръ, наводненіе, землетрясеніе, моровая язва, корабле-
крушеніе, нападеніе разбойниковъ, вторженіе неприятелей¹—), должникъ
отвѣчаетъ, конечно, тогда, когда casus наступилъ вслѣдствіе его culpa или
пога^{1a} (такъ наз. casus mixtus); это—собственно отвѣтственность не за слу-
чай, а за предшествующую culpa или пога. За чистый случай должникъ не
отвѣчаетъ (развѣ если былъ особый уговоръ); *casus a nullo praestantur*²; поэтому
вслѣдствіе случая обязанность должника уменьшается или даже прекра-
щается, если погибнетъ весь предметъ долга³. Слѣдуетъ однако замѣтить, что,
если предметомъ обязательства служитъ родовая вещь, то случай здѣсь не-
мыслимъ⁴ (откуда правило новыхъ юристовъ: genus perire non censetur);

¹¹ l. 52. § 3. D. pro soc 17, 2.

¹ l. 3. § 1. D. nautae 4, 9; l. 5. § 4. D. comm. 13, 6; l. 52. § 3. D. pro soc. 17, 2; l. 2. § 1. D. de per. 18, 6; § 2. l. qu. m. re 3, 14; l. 7. pr. D. de ed. 2, 13; l. 15. § 2. l. 25. § 6. l. 33. l. 36. D. loc. 19, 2; l. 1. § 4. D. de obl. 44, 7. — ^{1a} l. 22. D. de neg. g. 3, 5; l. 5. § 4. l. 18. D. comm. 13, 6; l. 10. § 1. D. de l. Rhod. 14, 2. — ² l. 23. D. i. f. de r. i. 50, 17. — ³ l. 5. § 4. D. comm. 13, 6; l. 3. D. de per. 18, 6; l. 1. § 4. D. de o. et a. 44, 7; l. 37. l. 51. D. de v. o. 45, 1; l. 107. D. de sol. 46, 3; §§ 2. 4. l. quibus mod. re obl. contr. 3, 14; § 5. l. de loc. 3, 24. — ⁴ l. 4. D. de iur. dot. 23, 3; l. 30. § 5. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 1. §§ 2. 4. D. de o. et a. 44, 7; § 2. l. qu. mod. re obl. 3, 14.

поэтому, должникъ денежной суммы не освобождается тѣмъ, что предназначенны имъ на удовлетвореніе долга деньги сгорѣли во время пожара⁵. Далѣе, слѣдуетъ замѣтить, что случайная невозможность исполненія въ альтернативныхъ обязательствахъ наступаетъ лишь тогда, когда уже не существуютъ *всѣ* альтернативные предметы долга⁶ (§ 208 пр. 25. 26). Особыя правила примѣняются къ товариществу. Если случай произошелъ при веденіи дѣла товарищества однимъ изъ сосіи, то ущербъ падаетъ на всѣхъ товарищей, все равно, повреждены ли (или погибли) вещи товарищества или ведущаго дѣла товарища⁷. Если случай произошелъ независимо отъ веденія дѣла, то его вредныя послѣдствія падаютъ на товарищей лишь тогда, когда повреждены (или погибли) вещи товарищества; вредъ падаетъ на отдѣльнаго товарища тогда, когда случай повредилъ вещи, которыя онъ уже обѣщаль доставить, но еще не доставил⁸, или которыя онъ уже далъ товариществу не въ собственности, а лишь въ пользованіе⁹.

II. Если одно и то же случайное обстоятельство вмѣстѣ съ вредомъ причиняетъ и какія либо выгоды, то послѣднія достаются вѣрителю или должнику, смотря по тому, на кого падаетъ вредъ: *commodum eius esse debet, cuius est periculum*¹⁰. Поэтому, *condominus* вещи, который продаетъ свою часть и вслѣдствіе процесса о раздѣлѣ по *adiudicatio* лишается права собственности, долженъ выдать покупщику сумму, полученную отъ другаго *condominus*¹¹. Поэтому, иски о кражѣ или поврежденіи вещи принадлежатъ должнику, если онъ несетъ вредныя послѣдствія этихъ фактовъ¹²; въ противномъ случаѣ они принадлежатъ вѣрителю¹³.

III. Правило: *commodum eius esse debet, cuius est periculum* выставлено въ нѣсколькихъ мѣстахъ источниковъ¹⁴ въ такомъ общемъ видѣ, что изъ него до послѣдняго времени выводили положеніе, будто всякій вѣритель имѣетъ право на плоды и приращенія, которые возникаютъ между установленіемъ и исполненіемъ обязательства, а равно и на половину клада, который найденъ въ это время въ предметѣ долга и достался должнику, какъ собственнику. Но въ послѣднее время доказано, что это положеніе относится только къ *onerosae obligationes*¹⁵; къ другимъ обязательствамъ оно примѣняется лишь въ той мѣрѣ, поскольку означенныя приращенія являются частями вещи; напр., висячіе плоды, *alluvio*¹⁶. Но и при *obligationes onerosae* вѣрителю принадлежитъ право лишь на ту прибыль, которую вещь принесла непосредственно (*commodum ex re*), но не на ту прибыль, которую должникъ получилъ хотя и посредствомъ данной вещи, но своею дѣятельностью, напр., на *commodum ex negotiatione*; поэтому, если продавецъ, еще не будучи *in mora* по отношенію къ покупщику, продастъ вещь другому, и вещь погибнетъ отъ случая, то онъ не обязанъ выдавать первому покупщику полную цѣну, вырученной отъ второй продажи¹⁷, напротивъ, онъ сохраняетъ

⁵ l. 11. C. si cert. pet. 4, 2. — ⁶ l. 2. § 3. D. de eo quod certo loco 13, 4; l. 10. i. f. l. 11. D. de i. d. 23, 3. — ⁷ l. 52. § 4. l. 58. § 1. l. 60. § 1. l. 61. D. pro soc. 17, 2. — ⁸ l. 58. § 1. i. f. l. 11. D. pro soc. 17, 2. — ⁹ l. 58. pr. D. pro soc. 17, 2. — ¹⁰ l. 10. D. de r. i. 50, 17; § 3. I. de emt. 3, 23; l. 22. § 3. C. de furt. 6, 2; l. 13. § 1. D. comm. 13, 6. — ¹¹ l. 7. § 13. D. comm. div. 10, 3; l. 13. § 17. D. de a. e. v. 19, 1. — ¹² l. 14. pr. §§ 6. 10. 15. 16. 17. D. de furt. 47, 2; l. 25. § 8. l. 60. § 2. D. loc. 19, 2; l. 12. D. de re iud. 42, 1; §§ 15—17. I. de obl. quae ex del. 4, 1. — ¹³ l. 35. § 4. D. de contr. emt. 18, 1; l. 13. § 12. D. de a. e. v. 19, 1; l. 11. §§ 8—10. D. quod vi 43, 24; l. 14. pr. D. de furt. 47, 2. — ¹⁴ См. мѣста пр. 10. — ¹⁵ l. 3. § 1. l. 13. §§ 13. 18. D. de a. e. v. 19, 1; l. 13. l. 16. C. cod. 4, 49; l. 7. pr. D. de per. 18, 6; l. 7. § 12. D. sol. matr. 24, 3. — ¹⁶ l. 23. D. de leg. 1 (30); l. 16. l. 26. D. de leg. 3 (32); l. 8. D. de usur. 22, 1. — ¹⁷ l. 21. D. de her. vend. 18, 4.

противъ обоихъ покущиковъ свое право требованія покупной цѣны. Насчетъ вопроса, принадлежитъ ли покупщику право на наемную плату, которую продавецъ получаетъ между заключеніемъ договора купли и его исполненіемъ, повидимому въ источникахъ существуетъ разнорѣчіе¹⁸; самымъ вѣроятнымъ рѣшеніемъ будетъ слѣдующее: если предметъ купли во время заключенія договора уже былъ отданъ внаймы, то въ соглашеніи, чтобы исполненіе договора купли было отложено, заключается вмѣстѣ съ тѣмъ соглашеніе, что извлеченная въ это время наемная плата должна остаться за продавцомъ¹⁹; иное дѣло, если вещь тогда не была отдана внаймы; тогда существовало молчаливое соглашеніе, что продавецъ не долженъ отдавать внаймы, и поэтому, если продавецъ все таки отдалъ внаймы, то онъ долженъ возвратить наемную плату покупщику²⁰.

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

Brinz, § 280.

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

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

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

Сюда относятся слѣдующіе отдѣльные случаи: 1) *купля*²; 2) установленіе *dos venditionis causa aestimata* (§ 332)³; 3) *мѣна*⁴; 4) *раздѣлъ*⁵; 5) *мировая сдѣлка*—относительно вещи, которая дана для уравненія интересовъ⁶; 6) отдача вещи вмѣсто платежа⁷; 7) установленіе *pignus*⁸; 8) отдача вещей внаймы⁹. Римскіе юристы развили означенные два вида отвѣтственности должника преимущественно въ примѣненіи къ куплѣ¹⁰ и затѣмъ перенесли почти всѣ установленные относительно купли принципы на прочія обязательства, выше исчисленные. Поэтому мы будемъ излагать относящіяся сюда нормы римскаго права лишь въ ученіи о куплѣ (§§ 288. 289).

¹⁸ Между l. 13. § 11 и § 13. D. de a. e. v. 19, 1.—¹⁹ l. 13. § 11. cit.; ср. также l. 13. § 18. D. i. f. eod.—²⁰ l. 13. § 13. cit.; ср. l. 50. D. de iure fisci 49, 14; l. 49. § 1. D. de usufr. 7, 1.

¹ О *locrativum* см. выше § 70 текстъ къ пр. 14—16.—² l. 11. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. l. 60. D. de ev. 21, 2.—³ l. 1. C. de iur. dot. 5, 12; l. 16. D. de iur. dot. 23, 3.—⁴ l. 1. § 1. D. de rer. perm. 19, 4; l. 1. C. eod. 4, 64; l. 29. C. de ev. 8, 44; l. 19. § 5. D. de aed. ed. 21, 1. l. 2. D. de perm. 19, 4.—⁵ l. 66. § 3. D. de ev. 21, 2; l. 10. § 2. D. de c. d. 10, 3.—⁶ l. 33. C. de transact. 2, 4.—⁷ l. 4. C. de ev. 8, 44; l. 24. pr. D. de pign. act. 13, 7.—⁸ l. 9. pr. l. 32. l. 36. § 1. D. de pign. act. 13, 7.—⁹ l. 9. pr. l. 7. l. 8. l. 33. D. loc. 19, 2; l. 19. § 1. l. 15. § 1. D. eod. l. 13. § 6. D. damn. inf. 39, 2.—¹⁰ t. D. de aed. ed. 21, 1; t. D. de evict. 21, 2.

V. § 240. Отвѣтственность должника за мора (за проволочку).

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

То обстоятельство, что должникъ не исполнилъ въ срокъ обязательства, не оказываетъ никакого вліянія на его обязанность, развѣ если съ неисполненіемъ связаны извѣстныя послѣдствія особыми опредѣленіями въ договорѣ, завѣщаніи или по закону (у новыхъ юристовъ—*mora objectiva*, мора въ обширномъ смыслѣ); въ договорѣ или завѣщаніи: напр., должникъ долженъ уплатить неустойку¹, вѣритель можетъ отказаться отъ договора (§ 286 кон.); по закону въ нѣкоторыхъ случаяхъ на должника возлагается обязанность платить проценты (§ 42).—Но важныя послѣдствія наступаютъ тогда, когда должникъ находится *in mora* (часто вмѣсто *mora*—*stat per debitorem quominus*...., у новыхъ юристовъ: *mora subjectiva*, мора въ тѣсномъ смыслѣ, *mora solvendi*).

I. Условія проволочки (*mora*). Должникъ еще не находится *in mora* тогда, 1) когда наступило время исполненія по обязательству, но для этого еще необходимо, 2) чтобы должникъ получилъ напоминаніе и 3) чтобы неисполненіе произошло по его винѣ.

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

2. Прежде чѣмъ приступить къ иску, вѣритель долженъ попытаться вѣсудебнымъ путемъ склонить должника къ добровольному исполненію; онъ долженъ требовать отъ него платежа, напоминать (*interpellare*)². Но, кому принадлежитъ неисковое требованіе, тотъ не имѣетъ права на напоминаніе³, стало быть, никогда не можетъ поставить должника *in mora*.—Напоминаніе должно быть сдѣлано самому должнику или его представителю⁴ (рабъ, слуга не можетъ быть представителемъ своего господина⁵), въ надлежащее время (т. е. не въ неумѣстное время, напр., въ часы, непосвященные занятію дѣлами, и не преждевременно, т. е. до наступленія времени исполненія)⁶, въ надлежащемъ мѣстѣ⁷; въ прочемъ для напоминанія не требуется соблюденія никакихъ формъ.—Въ видѣ исключенія не требуется напоминанія (*lex interpellat pro homine, mora fit ex re*): а. если напоминаніе невозможно за отсутствіемъ должника⁸; б. если кто завладѣлъ вещь посредствомъ деликта (тайнаго или насильнаго присвоенія): *semper moram fur facere videtur*⁹. Нѣкоторые юристы утверждаютъ то же относительно требованій казны, миноровъ, а равно и относительно требованій церковей и благотворительныхъ учреждений изъ отказовъ, относительно требованій городовъ изъ отказовъ, имѣющихъ предметомъ сооруженіе зданій или художественныхъ произведеній, относительно требованія уплаты обѣщаннаго приданаго и возвращенія приданаго. Но въ источникахъ постановляется только то, что въ означенныхъ случаяхъ должникъ, не исполнившій своевременно обязательства, по закону обязанъ платить проценты (§ 42); только касательно требованій миноровъ

¹ l. 12. C. de contr. stip. 8, 37; l. 23. D. de obl. et act. 44, 7. — ² l. 32. pr. D. h. t. 22, 1; l. 36. § 3. D. de leg. 1 (30); l. 24. D. quando dies 36, 2; l. 23. D. de verb. obl. 45, 1. — ³ l. 127. D. de verb. obl. 45, 1; l. 88. D. de r. i. 50, 17. — ⁴ l. 24. D. de v. o. 45, 1. — ⁵ l. 32. § 1. D. h. t. 22, 1. — ⁶ l. 49. § 3. D. de v. o. 45, 1. — ⁷ l. 32. pr. D. h. t. 22, 1. — ⁸ l. 23. § 1. D. h. t. 22, 1; l. 2. D. de naut. foen. 22, 2. — ⁹ l. 8. § 1. l. 20. D. de cond. furt. 13, 1; l. 7. C. de cond. ob t. c. 4, 1. l. § 35. l. 19. D. de vi 43, 16.

большая часть мѣстъ источниковъ связываетъ съ несвоевременнымъ платежомъ вѣсть послѣдствія проволочки ¹⁰.—Очень спорнымъ теперь сдѣлался вопросъ, требуется ли напоминаніе въ томъ случаѣ, если при возникновеніи обязательства установленъ опредѣленный срокъ платежа или (какъ обыкновенно выражаются), правда ли, что *dies interpellat pro homine*. Источники ¹¹ не даютъ опредѣленнаго рѣшенія. По правильному мнѣнію, дѣло зависитъ отъ намѣренія сторонъ; послѣднее можетъ быть направлено или на то, чтобы до условеннаго дня вѣритель не имѣлъ права требовать, или вмѣстѣ съ тѣмъ и на то, чтобы въ условенный день должникъ исполнилъ обязательство добровольно. Въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ предполагать второе намѣреніе, которому соответствуетъ положеніе „*dies interpellat pro homine*“, потому что это положеніе до нашего столѣтія было преподаваемо юристами въ качествѣ нормы права, что не осталось безъ вліянія на народъ (§ 7 текстъ послѣ пр. 5).

3. Должникъ невиновенъ въ неисполненіи, если онъ по извинительному заблужденію ¹² не знаетъ самаго обязательства, его размѣра или времени исполненія ¹³, напр., наслѣдникъ еще недостаточно освѣдомился о состояніи наслѣдства, поручитель желаетъ прежде узнать отъ главнаго должника, правда ли, что онъ не исполнилъ обязательства ¹⁴.—Далѣе, должникъ невиновенъ въ томъ случаѣ, если исполненію помѣшали внѣшнія обстоятельства ¹⁵, напр., онъ находится въ отсутствіи по дѣламъ службы, въ плѣну у непріятелей ¹⁶, или вѣритель отсутствуетъ ¹⁷. Согласно съ этимъ одно мѣсто источниковъ ¹⁸ прямо признаетъ *culpa* условіемъ проволочки. Этими опредѣленіями источниковъ опровергается мнѣніе многихъ юристовъ, по которому мога наступаетъ безъ *culpa* должника; въ означенныхъ рѣшеніяхъ источниковъ они усматриваютъ лишь справедливыя исключенія изъ (дѣйствующаго будто) противоположнаго принципа, между тѣмъ какъ въ нихъ, напротивъ, заключаются случаи примѣненія правильнаго принципа. Можно даже утверждать, что несостоятельность должника, наступившая безъ его вины, устраняетъ проволочку—развѣ если несостоятельность уже была на лицо при заключеніи обязательства ¹⁹, ибо въ такомъ случаѣ должникъ уже виноватъ въ томъ, что принимаетъ на себя обязательство.

II. *Послѣдствія проволочки*. Должникъ *in* мога долженъ: 1. возмѣстить вѣрителю интересъ ²⁰ (§ 243); куда въ частности относятся проценты ²¹ и плоды ²². 2. Онъ отвѣчаетъ (даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ прежде онъ отвѣчалъ лишь за *culpa lata*) впередъ за *culpa levis* ²³, а также и за случай, все равно, погибнетъ ли отъ него вещь ²⁴ (отсюда правило: мога *perpetuam facit obligationem*) ²⁵, или ухудшится ²⁶, или (вслѣдствіе колебанія цѣны) упадетъ

¹⁰ Ср., съ одной стороны, 1. 3. § 2. D. de leg. ad 34, 4; 1. 26. § 1. D. de fid. lib. 40, 5; 1. 3. C. in qu. c. in int. 2, 41; съ другой стороны, 1. 87. § 1. D. de leg. 2 (31); 1. 5. C. de a. e. v. 4, 49.—¹¹ Въ пользу этого указываютъ на 1. 33. l. 114. l. 135. § 2. D. de v. o. 45, 1; 1. 8. D. si quis caut. 2, 11; 1. 40. D. de r. cr. 12, 1; 1. 10. C. de a. e. v. 4, 49; 1. 12. C. de contr. stip. 8, 37; 1. 2. C. de iur. emph. 4, 66; c. 4. X. de loc. et cond. 3, 18; противъ этого: 1. 26. § 1. l. 55. pr. D. de fid. lib. 40, 5; 1. 17. § 4. D. h. t.; 1. 49. § 3. D. de v. o. 45, 1; 1. 3. C. in qu. c. in int. 2, 41; 1. 5. C. de a. e. v. 4, 49; 1. 5. C. de p. i. e. 4, 54.—¹² 1. 21. i. f. l. 22. D. h. t. 22, 1; 1. 82. § 1. D. de v. o. 45, 1.—¹³ 1. 5. D. de r. cr. 12, 1; 1. 63. l. 99. D. de r. i. 50, 17; 1. 24. pr. D. h. t. 22, 1.—¹⁴ 1. 42. D. de r. i. 50, 17.—¹⁵ 1. 5. D. de r. cr. 12, 1.—¹⁶ 1. 23. pr. D. h. t. 22, 1.—¹⁷ 1. 17. § 3. D. h. t. 22, 1.—¹⁸ 1. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1.—¹⁹ Объ этомъ говоритъ 1. 137. § 4. D. de v. o. 45, 1.—²⁰ 114. D. de v. o. 45, 1; 1. 36. § 2. D. de usufr. 7, 1; 1. 21. § 3. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 24. § 4. D. loc. 19, 2; 1. 8. l. 14. pr. l. 38. D. h. t. 22, 1.—²¹ 1. 21. § 3. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 2. C. de p. 4, 34; 1. 78. § 2. l. 87. § 1. D. de leg. 2 (31); R. D. A. отъ 1600 г. § 139.—²² 1. 8. l. 38. § 15. l. 39. D. h. t. 22, 1; 1. 26. D. de leg. 3 (32); 1. 18. pr. D. ad sol. Treb. 36, 1.—²³ 1. 25. § 2. D. sol. matr. 24, 3.—²⁴ 1. 5. D. de reb. cr. 12, 1; 1. 25. § 2. D. sol. matr. 24, 3.—²⁵ 1. 39. § 1. l. 108. § 11. D. de leg. 1 (30); 1. 24. l. 82. § 1. D. de v. o. 45, 1; 1. 31. pr. D. de nos. 46, 2; 1. 3. C. de us. 6, 47.—²⁶ 1. 24. § 2. D. h. t. 22, 1; 1. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1; 1. 58. § 1. D. de fid. 46, 1.—²⁶ См. мѣста въ пр. 24.

въ дѣлѣ²⁷. Спорно, отвѣчаетъ ли должникъ за случай и тогда, когда бы послѣдній повредилъ или уничтожилъ вещь, если бы она находилась у вѣрителя вслѣдствіе своевременнаго исполненія. По этому вопросу (какъ и относительно случая послѣ *litiscontestatio*, § 95 пр. 21—23) существовалъ споръ²⁸ и между самими римскими юристами. Сущности дѣла соотвѣтствуетъ отрицательный отвѣтъ: вѣритель не можетъ требовать отъ должника *по поводу* мога возмѣщенія той потери, которую онъ бы понесъ и безъ мога. Только на вора въ наказаніе возлагается безусловная отвѣтственность за случай, отъ которой онъ можетъ освободиться лишь предложениемъ возратить вещь потерпѣвшему²⁹. 3. При двустороннихъ договорахъ вѣритель можетъ отступить отъ договора, если принятіе просроченнаго исполненія противно его интересамъ, напр., арендаторъ имѣнія—въ томъ случаѣ, если послѣднее не передано ему въ надлежащее время, такъ что онъ взялъ уже въ аренду другое имѣніе^{29a}.

III. Прекращеніе проволочки. Проволочка должника прекращается (мога *purgatur*): 1. если прекращено обязательство платежомъ или инымъ путемъ³⁰; 2. если вѣритель далъ отсрочку, прямо³¹ или молчаливо (напр., условной новаціей, даже если *condicio deficit*)³²; 3. если должникъ надлежащимъ образомъ предложитъ вѣрителю исполненіе, — для чего требуется, чтобы онъ предложилъ и возмѣщеніе вреда, который произошелъ отъ проволочки³³; если вѣритель не принимаетъ предложенія, то онъ самъ попадаетъ *in mora*: одновременная мога вѣрителя и должника немислима.

Приложеніе.

§ 241. Мого вѣрителя.

См. литературу при § 240. — *Windscheid*, §§ 345—347. — *Brinz*, § 275.

И для вѣрителя изъ обязательства возникаетъ обязанность—обязанность принять предложенное исполненіе; поэтому проволочка можетъ быть и на сторонѣ вѣрителя (въ источникахъ: мога, часто: *stat per creditorem quomiscus....*, у новыхъ юристовъ: мога *accipiendi*).

I. Условія. *Вѣритель попадаетъ въ проволочку въ томъ случаѣ, если онъ не принимаетъ исполненія, предложеннаго надлежащимъ образомъ*¹ (§§ 225. 229). Такъ какъ по правиламъ о мѣстѣ исполненія иногда предметъ долга долженъ быть доставленъ вѣрителю, а иногда самъ вѣритель долженъ его забрать, то должникъ, предлагая исполненіе, иногда долженъ имѣть предметъ подъ рукою, а иногда нѣтъ: иногда требуется (какъ прежде говорили) реальное предложеніе, а иногда словесное. Предложенія совсѣмъ не требуется, если за отсутствиемъ вѣрителя оно оказалось бы безуспѣшнымъ².—Требуется ли для возникновенія мога вина вѣрителя,—это вопросъ спорный и едва ли

²⁷ I. 8. § 1. D. de cond. furt. 13, 1; I. 3. D. de cond. trit. 13, 3; I. 3. § 3. l. 21. § 3. D. de a. e. v. 19, 1; l. 37. D. mand. 17, 1. — ²⁸ I. 14. § 1. D. dep. 16, 3; l. 47. § 6. D. de leg. 1 (30); cf. I. 14. § 11. D. qu. m. 4, 2; l. 12. § 4. D. ad exh. 10, 4. — ²⁹ I. 8. pr. l. 16. l. 17. l. 20. D. de cond. furt. 13, 1; l. 2. C. eod. 4, 8; l. 9. C. de furt. 6, 2. — ^{29a} l. 24. § 4. D. loc. 19, 2—³⁰ l. 17. D. de cond. furt. 13, 1; l. 29. § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 8. pr. D. de nov. 46, 2. — ³¹ l. 54. D. de pact. 2, 14. — ³² l. 14. pr. l. 31. pr. D. de nov. 46, 2; l. 72. §§ 1—3. D. de sol. 46, 3. — ³³ l. 73. § 2. l. 91. § 3. D. de v. o. 45, 1; l. 72. §§ 1. 3. D. de sol. 46, 3; l. 17. D. de per. 18, 6; l. 51. pr. D. de a. e. v. 19, 1.

¹ l. 39. l. 122. pr. D. de v. o. 45, 1; l. 41. § 1. D. de us. 22, 1. — ² l. 6. C. de us. 4, 32.—

разрѣшимый на основаніи источниковъ³; по причинамъ справедливости, его слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ; вообразимъ, напр., такой случай, что должникъ предлагаетъ исполненіе вѣрителю тогда, когда въ жилищѣ послѣдняго пожаръ.

II. *Postdamtia*. Проволочка вѣрителя не должна причинить вреда должнику. Поэтому, должникъ отвѣчаетъ съ этого времени лишь за culpa lata, хотя бы прежде отвѣчалъ за culpa levis или даже за custodia просто⁴. Поэтому, вредъ падаетъ на вѣрителя, если, при обязательствахъ о родовой вещи и при альтернативныхъ обязательствахъ, вслѣдствіе casus или culpa levis должника погибаетъ тотъ предметъ, который былъ предложенъ въ видѣ исполненія⁵. Поэтому, должникъ не обязанъ сохранять предмета долга, если на это потребовалось бы издержать деньги⁶ или отвести особое мѣсто⁷; но можетъ внести его на храненіе въ храмъ^{7a} (теперь въ судъ), а если это неудобно, то и выбросить, предупредивъ объ этомъ вѣрителя; если должникъ сохранялъ предметъ долга, то вѣритель долженъ возмѣстить ему всѣ убытки, напр., наемную плату за бочки, въ которыхъ должникъ хранилъ вино⁸, издержки на пропитаніе раба⁹, наемную плату за складъ.

III. *Прекращеніе*. Основанія прекращенія, изложенныя при mora solvendi, примѣняются аналогично и къ mora accipiendi¹⁰.

VI. § 242. Ответственность должника за исполненіе въ надлежащемъ мѣстѣ.

Литературу см. при § 229 и Cohn, die act. de eo quod certo loco. 1877. — Brinz, § 279.

I. *Правило*. Должникъ отвѣчаетъ за то, что онъ совершитъ дѣйствіе въ надлежащемъ мѣстѣ, въ противномъ случаѣ онъ платитъ такъ наз. interesse loci. Interesse loci можетъ быть различно по содержанію. Иногда дѣйствіе въ неналежащемъ мѣстѣ равняется неисполненію (напр., дѣло идетъ о постройкѣ дома); тогда вѣритель можетъ требовать повторенія дѣйствія въ надлежащемъ мѣстѣ¹. Иногда дѣйствіе въ неналежащемъ мѣстѣ бываетъ менѣе цѣнно, чѣмъ дѣйствіе въ надлежащемъ мѣстѣ; тогда вѣритель можетъ требовать разницы цѣнностей². Иногда дѣйствіе въ неналежащемъ мѣстѣ дѣлаетъ для вѣрителя невозможнымъ исполнить его обязательство, которое онъ долженъ былъ исполнить въ томъ же мѣстѣ, гдѣ и его должникъ; тогда онъ можетъ требовать, чтобы должникъ возмѣстилъ ему всѣ убытки, происшедшія отъ этого. — Впрочемъ, надо замѣтить, что исполненіе не въ условленномъ мѣстѣ можетъ быть выгодно для вѣрителя (напр., вещь обладаетъ въ томъ мѣстѣ болѣею цѣнностью, чѣмъ въ условленномъ); тогда вѣритель, просившій должника объ исполненіи въ томъ мѣстѣ, долженъ согласиться на вычетъ разницы цѣны³.

II. *Особенности обязательствъ stricti iuris*. Изложенныя правила не примѣнялись въ ius civile къ obligationes stricti iuris. При obl. bonae fidei если вѣритель уговорился съ должникомъ объ опредѣленномъ мѣстѣ испол-

³ Ср., съ одной стороны, l. 37. D. mand. 17, 1; l. 72. pr. D. de sol. 46, 3; съ другой стороны, l. 18. pr. D. de const. pec. 13, 5; l. 3. § 4. D. de a. e. v. 19, 1. — ⁴ l. 5. l. 17. D. de per. 18, 6; l. 9. D. sol. matr. 24, 3. — ⁵ l. 84. § 3. D. de leg. 1 (30); l. 6. D. de dol. exc. 44, 4; l. 72. pr. D. de sol. 46, 3. — ⁶ l. 105. D. de v. o. 45, 1. — ⁷ l. 1. §§ 3. 4. D. de per. 18, 6. — ^{7a} l. 12. l. 14. pr. D. eod. 18, 6. — ⁸ l. 10. § 2. C. de bon. auct. ind. 7, 72; l. 20. § 1. C. de agr. cens. 11, 48. — ⁹ См. мѣсто въ пр. и l. 8. D. de trit. 33, 6. — ¹⁰ l. 38. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — ¹¹ l. 17. D. de per. 18, 6. — ¹² l. 1. 2. § 7. D. de eo quod certo loco 13, 4 (... quemadmodum si quis insulam...). — ¹³ l. 1. 2. § 7. cit. (... et ideo quod interest solum petendum). — ¹⁴ l. 2. pr. D. de eo quod certo loco 13, 4.

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

VII. § 243. Ученіе объ интересѣ.

Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Т. 2-й 1855. — *Cohnfeldt*, Lehre vom Interesse nach Römischen Recht. 1865. — *Jhering*, das Schuldmoment im Röm. Privatrecht (Verm. Schr. Ср. 215 слѣд. 1879). — *Vangerow*, § 571. — *Windscheid*, §§ 257. 258. — *Brinz*, §§ 281—281^d.

Мы уже указывали (§§ 236—242), что обыкновенно слѣдствіемъ неисполненія или ненадлежащаго исполненія бываетъ обязанность должника платить интересъ. Но есть и такія обязательства, которыя съ самаго начала направлены на уплату интереса; такова большая часть обязательствъ изъ делиговъ, обязательство изъ *cautio damni infecti* и др.; уплаты интереса иногда можно требовать и исками изъ вещныхъ правъ ¹ (§ 152 текстъ предъ пр. 11. § 172 пр. 12).—Слово интересъ здѣсь берется не въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ является условіемъ всѣхъ частныхъ правъ (§ 16), а въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ былъ изложенъ въ § 71 пр. 1, а именно, въ какомъ источники употребляютъ слова: *id quod interest creditoris* (откуда неудачно образованное слово „интересъ“); *итакъ, интересъ есть вредъ, понесенный къмъ либо въ его имущество вследствие определеннаго положительнаго или отрицательнаго факта, за который отвѣчаетъ другое лицо*. Особаго разсмотрѣнія требуютъ: 1) *размѣръ интереса* и 2) *его причинная связь съ фактомъ, за который отвѣчаетъ другое лицо*.

I. Размѣръ. Интересъ состоитъ во всемъ вредѣ, который причиненъ вѣрителю, будетъ ли этотъ вредъ состоятъ въ томъ, что отъ имущества отдѣлилась извѣстная часть, которая уже въ немъ заключалась (у новыхъ юристовъ—*damnum emergens*, положительный вредъ), или въ томъ, что къ его имуществу не присоединилось что либо такое, что *могло бы присоединиться* ² (у новыхъ юр.—*lucrum cessans*, отрицательный вредъ). Поэтому, кто убьетъ чужаго раба, котораго собственникъ отчудилъ подъ страхомъ неустойки или кото-

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

¹ l. 68. l. 71. D. de r. v. 6, 1. — ² l. 13. pr. D. r. r. 46, 8; l. 33. pr. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 19. pr. D. loc. 19, 2; l. 8. D. de ev. 21, 2; l. 33. D. de dolo 4, 3.

рому открылось наслѣдство, еще имъ непринятое, тотъ долженъ уплатить собственнику цѣну раба и неустойку или цѣнность наслѣдства³; далѣе, продавецъ, не выдавшій проданной вещи, которая въ свою очередь продана покупщикомъ третьему лицу, долженъ уплатить и тотъ интересъ, который будетъ уплаченъ первымъ покупщикомъ второму покупщику⁴.—Безразлично и то, произошелъ ли вредъ непосредственно и необходимо вслѣдствіе вреднаго факта, или посредственно вслѣдствіе наличности или наступленія обстоятельство, которыхъ отвѣтственное лицо не знало или не могло предвидѣть (поэтому, кто убьетъ лошадь, которая принадлежала къ четверкѣ, тотъ долженъ уплатить и то, чѣмъ уменьшилась цѣнность остальныхъ лошадей⁵; кто завѣдомо продалъ плохой строительный матеріалъ, и вслѣдствіе этого рухнулъ домъ, въ который гнилой матеріалъ былъ застроенъ, тотъ платитъ цѣнность рухившагося дома; кто завѣдомо продалъ больное животное, заразившее все стадо, тотъ платитъ стоимость всего стада⁶; кто не платитъ во-время своего долга, такъ что его вѣритель, въ свою очередь не будучи въ состояніи уплатить во-время своего долга, долженъ уплатить неустойку,—тотъ возмѣщаетъ вѣрителю и эту неустойку⁷). Не принимается только въ расчетъ личная привязанность вѣрителя (напр., къ наслѣдственному участку, къ рабу, который есть *filius naturalis* получающаго интересъ) и чрезвычайныя и чрезмѣрныя затраты⁸. Въ случаѣ неопредѣленности размѣра вреда приходится рѣшать дѣло лишь по вѣроятности; поэтому, кто продалъ уловъ рыбы и не хочетъ закидывать невода, тотъ присуждается по усмотрѣнію судьи къ уплатѣ стоимости средняго возможнаго улова⁹.—По указу Юстиніана¹⁰ (имѣющему цѣлью предупредить чрезмѣрныя требованія интереса), если предметъ обязательства представляетъ опредѣленную цѣнность, то интересъ не можетъ превышать двойнаго размѣра этой цѣнности. Такъ какъ редація этого указа крайне неопредѣленна (*sancimus in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere*), то содержаніе его возбуждаетъ споры; въ особенности спорять: 1. о томъ, относится ли этотъ указъ и къ такимъ обязательствамъ, которыя *съ самаго начала* направлены на уплату интереса, а именно, къ обязательствамъ изъ деликтовъ; господствующее мнѣніе отрицаетъ это; и въ самомъ дѣлѣ, между примѣрами, которые приводитъ Юстиніанъ, обязательства изъ деликтовъ не упомянуты; 2. о томъ, какія обязательства слѣдуетъ считать требованіями чего то опредѣленнаго; многіе юристы подъ ними разумѣютъ всѣ обязательства, которыя не направлены *съ самаго начала* на уплату интереса; правильнѣе относить сюда только такія обязательства, объектъ которыхъ есть опредѣленная *species* или опредѣленное по качеству и количеству *genus*, или услуги поденщика или ремесленника.

II. *Причинная связь между вредомъ и порождающимъ отвѣтственность фактомъ.* Основаніемъ уплаты интереса бываетъ опредѣленный фактъ, за который должно отвѣчать другое лицо; поэтому возмѣщенію подлежитъ лишь тотъ вредъ, который является дѣйствительнымъ слѣдствіемъ этого факта; иными

³ l. 22. pr. l. 23. pr. D. ad l. Aq. 9, 2.—⁴ arg. l. 21. § 3. i. f. D. de a. e. v. 19, 1.—⁵ l. 22. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2.—⁶ l. 13. pr. D. de a. e. v. 19, 1.—⁷ l. 3. D. de in lit. iur. 12, 3; l. 2. § 8. D. de eo quod c. l. 13, 4.—⁸ l. 33. pr. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 6. § 2. D. de op. serv. 7, 7; l. 43. i. f. l. 44. D. de a. e. v. 19, 1; l. 13. § 1. D. de s. p. u. 8, 2; l. 40. pr. D. d. i. 39, 2.—⁹ l. 12. D. de act. emt. 19, 1.—¹⁰ l. un. C. de sent. quae pro eo quod interest prof. 7, 47.

словами: между фактомъ и вредомъ должна существовать причинная связь. Причинной связи нѣтъ на лицо, если данный фактъ былъ способенъ причинить вредъ, но прежде чѣмъ это случилось, тѣ же вредныя послѣдствія на дѣлѣ произвелъ другой фактъ (поэтому, нанесшій рабу смертельную рану подлежить ответственности, но не за убійство, а только за нанесеніе ранъ, если смерть раба послѣдуетъ непосредственно отъ дѣйствія третьяго лица ¹¹ или вслѣдствіе небрежности врача ¹², или вслѣдствіе собственной небрежности раба ¹³). Напротивъ, причинная связь будетъ на лицо (правильнѣе: не уничтожится), если послѣ возникновенія вреда наступаетъ новый фактъ, который бы произвелъ вредныя послѣдствія, если бы они уже не были произведены: *peque enim ex postfacto decrescit obligatio* ¹⁴ (поэтому, разрушившій чужой домъ отвѣчаетъ и въ томъ случаѣ, если послѣ разрушенія произошелъ пожаръ, обратившій въ пепель всѣ дома той части города) ¹⁵.—При констатированіи причинной зависимости надо поступать съ большою осторожностью, въ особенности если дѣло идетъ о потерянной прибыли, т. е. о гипотетической выгодѣ. Поэтому, съ одной стороны, вѣритель, которому не выдана слѣдующая вещь, можетъ требовать прибыли, которую онъ могъ получить отъ представлявшагося (доказаннаго имъ) случая продажи ¹⁶, въ частности, вѣритель такой вещи, которая имѣетъ рыночную цѣнность, можетъ требовать высшей цѣнности, которою вещь обладала хоть одинъ моментъ во время шога ¹⁷; далѣе, виноторговецъ, у котораго покупатель не беретъ купленнаго вина и тѣмъ лишаетъ его возможности пользоваться бочками, можетъ требовать наемной платы за бочки, если ему представлялся случай найма ¹⁸. Но, съ другой стороны, кто долженъ купцу денежную сумму и попадаетъ въ проволочку, тотъ долженъ уплатить только проценты, но не прибыль, которую бы купецъ получилъ, если бы употребилъ деньги на свой торговый оборотъ ¹⁹; ибо никакой купецъ обыкновенно не ограничиваетъ своей торговли вслѣдствіе того, что тотъ или другой должникъ не уплачиваетъ ему въ надлежащее время своего долга; въ такихъ случаяхъ самъ купецъ больше пользуется кредитомъ, чѣмъ прежде, такъ что вредъ отъ несвоевременной уплаты выражается только въ процентахъ; но, конечно, придется разсуждать иначе, если плагежъ долженъ былъ послѣдовать не въ мѣстожительствѣ вѣрителя, а въ другомъ мѣстѣ, гдѣ вѣритель не имѣетъ знакомыхъ, не пользуется кредитомъ ²⁰. Наконецъ, потерянной прибыли, поскольку она должна была возникнуть отъ будущихъ фактовъ, не обязанъ возвращать тотъ, кто платитъ интересъ по *act. legis Aquiliae*, хотя бы и существовала причинная зависимость; ибо по предписанію *lex Aquilia* должно принимать въ расчетъ только тѣ факты, которые оказали вліяніе на цѣнность вещи въ послѣднемъ году или за послѣдній мѣсяць до поврежденія (§ 313 пр. 6); поэтому, кто разорвалъ повѣшенный неводъ, не платитъ за рыбу, которая могла бы быть поймана ²¹; что это рѣшеніе заключаетъ въ себѣ не общее правило, а лишь примѣненіе закона *Aquila*, это доказывается какъ словами источниковъ (*nam ubi damni iniuria agitur ob retia...*) ²², такъ

¹¹ l. 11. § 3. l. 15. § 1. l. 52. pr. D. ad l. Aq. 9, 2; l. 4. D. de imp. 25, 1. — ¹² l. 7. § 8. pr. D. ad l. Aq. 9, 2 — ¹³ l. 203. D. de r. i. 50, 17. — ¹⁴ l. 44. § 2. D. de aed. ed. 21, 1. — ¹⁵ l. 7. § 4. i. f. D. quod vi aut cl. 43, 24; l. 37. D. mand. 17, 1; l. 16. § 2. D. de ev. 21, 2; l. 27. § 2. D. de rei vind. 6, 1. — ¹⁶ l. 57. D. sol. matr. 24, 3. — ¹⁷ l. 21. § 3. i. f. D. de a. e. v. 19, 1. — ¹⁸ l. 1. § 3. D. de per. et comm. 18, 6. — ¹⁹ l. 19. D. eod. 18, 6. — ²⁰ l. 2. § 8. D. de eo quod certo loc. 13, 4. — ²¹ l. 29. § 3. D. ad leg. Aq. 9, 2. — ²² То же доказываетъ l. 23. § 2. D. ad l. Aquil. 9, 2 (*verba: quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur*).

и противоположнымъ рѣшеніемъ относительно продажи будущаго улова рыбы (выше пр. 9).—Изложенныя опредѣленія о потеряннѣй прибыли возбудили нѣсколько неправильныхъ взглядовъ; а именно, прежде различали непосредственный интересъ и посредственный (*damnum circa rem, extra rem*) и утверждали, что должно возмѣщаться только *damnum circa rem*—то при обязательствахъ изъ простой сѣла, то при куплѣ, то при денежныхъ долгахъ. Само это дѣленіе оставлено теперь почти всемі, но общаго мнѣнія о значеніи приведенныхъ рѣшеній римскаго права все таки не составилось. Вслѣдствіе этого И. у. г. с. § 260 предоставляетъ широкій просторъ усмотрѣнію судьи во всѣхъ тѣхъ процессахъ, гдѣ дѣло идетъ объ интересѣ; судья рѣшаетъ по своему усмотрѣнію, принимая во вниманіе всѣ обстоятельства, какъ тотъ вопросъ, причиненъ ли вредъ (т. е. вопросъ о причинной связи), такъ и тотъ вопросъ, каковъ размѣръ интереса; далѣе, усмотрѣнію суда предоставлено—или принять предложеніе одной изъ сторонъ, желающей взять на себя обязанность доказывать, или *ex officio* предложить вопросъ на изслѣдованіе экспертовъ.

Въ крайнихъ случаяхъ судъ можетъ допустить истца къ оцѣнкѣ вреда родъ присягою, но въ такомъ случаѣ долженъ опредѣлить *maximum*, выше котораго не можетъ идти истецъ (выше § 45).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Одно и нѣсколько обязательствъ.

1) § 244. Дѣлимость и недѣлимость обязательствъ.

Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen. §§ 21—24. 1831. — *Ubbelohde*, die Lehre von den untheilbaren Obligationen. 1862. — *Baron*, Gesamtrechtsverhältnisse. § 16. 1864. — *Steinlechner*, das Wesen der iuris communio und quasi communio. §§ 19. 20. 33. 1876. — *Rümelin*, Theilung der Rechte. §§ 19 do 21. 1883. — *Savigny*, §§ 29—36. — *Vangerow*, § 567. — *Windscheid*, §§ 253. 293. 300. — *Brinz*, §§ 229—233.

I. Понятіе и примѣненіе къ отдѣльнымъ обязательствамъ. Обязательство признается дѣлимымъ (*obl. dividua*), если дѣлимо слѣдующее дѣйствіе, т. е. если оно можетъ послѣдовать по частямъ безъ измѣненій свойствъ и уменьшенія цѣнности. Поэтому:

1. Обязательства, содержаніе которыхъ состоитъ въ предоставленіи права собственности или другаго вещнаго права¹, по общему правилу, суть обязательства дѣлимыя; исключаются: а. обязательство, направленное на установленіе сервитута²; дѣлимо только обязательство къ установленію узупфрукта (§ 150 пр. 6. 7); б. альтернативное обязательство, а также и обязательство, предметомъ котораго служатъ отдѣльныя вещи, опредѣленныя только по роду, но недѣлимость основана здѣсь не на природѣ дѣйствія, а на причинахъ справедливости: нельзя позволить должнику давать вѣрителю части различныхъ вещей³; поэтому въ другихъ отношеніяхъ и эти обязательства дѣлимы⁴.

2. Обязательства, направленныя на дѣйствіе или упущеніе, признаны въ источникахъ⁵ недѣлимыми (таково обязательство къ сооружецію каковаго либо орус, къ дозволенію прохода); но есть слѣдующія исключенія: а. если обязательство направлено на нѣсколько рабочихъ дней (оно дѣлимо по днямъ)⁶; б. если оно направлено на осуществленіе дѣлимаго права, напр. на прощеніе дѣлимаго обязательства, на непреслѣдованіе искомъ дѣлимаго права⁷; с. обязательство, направленное на передачу владѣнія вещью, господствующее мнѣніе считаетъ дѣлимымъ (потому что есть общее владѣніе по

¹ 1. 85. § 1. D. de v. o. 45, 1.—² 1. 2. § 1. l. 72. pr. D. de v. o. 45, 1.—³ 1. 2. § 1. l. 85. § 4. D. de v. o. 45, 1; 1. 26. §§ 13. 14. D. de c. i. 12, 6.—⁴ 1. 2. § 3. l. 85. § 4. D. de v. o. 45, 1; 1. 17. D. de acc. 46, 4; 1. 54. pr. l. 117. D. de v. o. 45, 1.—⁵ 1. 72. pr. D. de v. o. 45, 1.—⁶ 1. 15. § 1. l. 8. pr. D. de o. l. 38, 1; 1. 54. § 1. D. de v. o. 45, 1.—⁷ 1. 4. § 1. D. de v. o. 45, 1.

идеальнымъ частямъ, § 115), между тѣмъ источники называютъ такое обязательство недѣлимымъ⁸, что до сихъ поръ еще не выяснено.

II. *Послѣдствія дѣлимости и недѣлимости* бывають двоякия:

1. При дѣлимыхъ обязательствахъ возможно требованіе и дѣйствіе по частямъ, стало быть, и удовлетвореніе вѣрителя и освобожденіе должника по частямъ⁹. Возможно ли только дѣйствіе по частямъ, или оно всегда (и противъ воли вѣрителя) дозволено правомъ, этотъ вопросъ мы уже рѣшили выше (§ 225) въ первомъ смыслѣ.—Къ недѣлимымъ обязательствамъ примѣняются противоположныя правила: дѣленіе немислимо; neque enim ullum balneum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dederit¹⁰.—При обязательствахъ, недѣлимыхъ по причинамъ справедливости (см. выше I. 1. б), частичное исполненіе возможно, но имѣть значеніе оно будетъ лишь въ томъ случаѣ, если должникъ позднѣе дастъ остальные части той же вещи; если же онъ дастъ позднѣе другую вещь, то можетъ обратно потребовать часть, данную прежде¹¹.

2. Если нѣсколько лицъ заключаютъ договоръ о дѣлимомъ дѣйствіи, въ качествѣ ли вѣрителей или въ качествѣ должниковъ, то, по закону XII таблиц¹², требованіе или долгъ ipso iure раздѣляется между этими лицами: nomina sunt ipso iure divisa; такимъ образомъ возникаетъ столько отдѣльныхъ, другъ отъ друга независимыхъ обязательствъ, сколько есть вѣрителей или должниковъ, и предметомъ каждаго изъ этихъ обязательствъ будетъ только часть обѣщаннаго предмета¹³. То же правило примѣняется тогда, когда умираетъ вѣритель или должникъ дѣлимаго обязательства, оставляя нѣсколькихъ наслѣдниковъ; тогда обязательство распадается между наслѣдниками на нѣсколько самостоятельныхъ частичныхъ обязательствъ¹⁴.—Къ недѣлимымъ обязательствамъ примѣняются иныя правила; хотя и здѣсь возникаетъ столько обязательствъ, сколько есть вѣрителей или должниковъ, но каждое обязательство направлено на цѣлое недѣлимое дѣйствіе (in solidum, откуда названіе—солидарное обязательство) какъ по отношенію къ вѣрителямъ, такъ и по отношенію къ должникамъ. Отсюда слѣдуетъ:

а. Если недѣлимое обязательство принадлежитъ нѣсколькимъ вѣрителямъ, то должникъ можетъ совершить слѣдующее дѣйствіе только всемъ вѣрителямъ вмѣстѣ¹⁵, развѣ если совершеніе дѣйствія одному содержитъ въ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ удовлетвореніе всѣхъ¹⁶, или если дѣйствіе можетъ быть совершено каждому въ отдѣльности, напр., нѣсколько общихъ собственниковъ участка выговаривають себѣ вещный сервитутъ¹⁷. Если дѣло дойдетъ до денежной опѣнки въ процессѣ, и такимъ образомъ на мѣсто слѣдующаго недѣлимаго дѣйствія вступаетъ дѣлимое (деньги), то требованіе отдѣльныхъ солидарныхъ вѣрителей сокращается до поголовной части денежной цѣнности недѣлимаго дѣйствія¹⁸.

б. Если въ недѣлимомъ обязательствѣ участвуетъ нѣсколько должниковъ, то каждый должникъ освобождается лишь тогда, когда исполнено цѣлое

⁸ l. 72. pr. D. de v. o. 45, 1. —⁹ l. 9. § 1. D. de sol. 46, 3. —¹⁰ l. 80. § 1. D. ad l. Falc. 35, 2. —¹¹ l. 26. §§ 13. 14. D. de c. i. 12, 6; l. 2. § 1. D. de v. o. 45, 1. —¹² l. 25. § 9. D. fam. erc. 10, 2; l. 1. C. si unus ex pl. 8, 31; l. 6. C. fam. e. 3, 36. —¹³ l. 11. §§ 1. 2. D. de d. r. 45, 2; l. 5. C. si certum 4, 2; l. 1. l. 2. C. si plures 7, 55. —¹⁴ См. мѣста въ прим. 12 и кромѣ того l. 2. § 5. l. 4. pr. l. 25. § 1. D. f. e. 10, 2. —¹⁵ l. 54 § 1. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 36. l. 14. pr. D. деп. 16, 3. —¹⁶ l. 11. § 1. D. de a. p. a. 39, 3. —¹⁷ l. 18. D. comm. pr. 8, 4. —¹⁸ l. 25. § 9. D. fam. e. 10, 2.

дѣйствию¹⁹, такъ что для его освобожденія еще недостаточно, чтобы онъ исполнилъ то, что приходится на его часть (напр., два condomini участка общають установить вещный сервитутъ, одинъ устанавливаетъ, а другой нѣтъ). Если дѣло доходить до денежной оцѣнки въ процессѣ, то тотъ должникъ, по вину котораго обязательство не исполнено, присуждается къ уплатѣ всего интереса въ деньгахъ (только нѣсколькимъ должникамъ, которые одинаково виновны и всѣ несостоятельны, принадлежитъ такъ наз. *beneficium divisionis*, т. е. они могутъ требовать, чтобы вѣритель раздѣлилъ свое требованіе между отдѣльными должниками)²⁰; но какъ поступать съ тѣмъ, кто невиновенъ въ неисполненіи,—это вопросъ спорный. Источники, повидимому, различають обязательства къ недѣлимому сервитуту и обязательства къ недѣлимому дѣйствию, и съ первыми (въ 1. 25. § 10. D. fam. ers. 10, 2)²¹ соединяють отвѣтственность въ размѣрѣ *всей* денежной стоимости, со вторыми (въ 1. 72. pr. D. de v. o. 45, 1)²²—только въ размѣрѣ *части* денежной стоимости. Рѣшеніе мѣста 25. § 10. cit., вѣроятно, слѣдуетъ объяснить тѣмъ, что наслѣдники должника, не установивъ еще сервитута на унаслѣдованный участокъ, раздѣлили послѣдній между собою, т. е. совершили *culpa*; поэтому, въ неисполненіи, отвѣчаетъ только тотъ должникъ, который невиновенъ въ неисполненіи, отвѣчаетъ только въ размѣрѣ части денежной стоимости недѣлимаго предмета.—Впрочемъ, между нѣсколькими должниками имѣетъ мѣсто право регресса: 1. въ случаѣ *равной* виновности нѣсколькихъ; а именно, тотъ, который не воспользовался *benef. divisionis* и поэтому уплатилъ весь интересъ, можетъ требовать отъ своихъ совиновниковъ соотвѣтственного возмѣщенія²³; 2. въ случаѣ *исключительной* виновности одного или нѣсколькихъ; а именно, виновные должны возмѣстить невиновнымъ уплаченные послѣдними части денежной цѣнности²⁴.

III. Есть еще два рода обязательствъ, которыя, хотя и могутъ быть направлены на часть, тѣмъ не менѣе направляются на цѣлое (*in solidum*); первый изъ нихъ называютъ корреляльными обязательствами, второй—только солидарными обязательствами. Объ этомъ ниже въ §§ 245—247.

2) § 245. Корреляльные обязательства.

t. D. XLV, 2: de duobus reis constituendis. — t. C. VIII, 39; t. I. III, 16: de duobus reis stipulandi et promittendi. — *Ribbentrop*, zur Lehre von den Correalobligationen. 1831. — *Brinz*, kritische Blätter Nr. 4. 1853. — *Kuntze*, die Obligation und die Singularsuccession. §§ 30—57. 1856. — v. *Helmoltz*, die Correalobligationen 1857. — *Fitting*, die Natur der Correalobligationen. 1859. — *Samhaber*, zur Lehre von den Correalobligationen. 1861. — *Baron*, die Gesamtrechtsverhältnisse im Römischen Recht. Str. 205.—391 1864. — *Brinz*, zur Lehre von den Correalobligationen und den solidarischen Schuldverhältnissen 1873. — *Wieding*, Novella Iustiniani 99. 1857. — *Unger*, passive Correalität und Solidarität 1884. — *Savigny*, §§ 16—27. — *Vangerow*, § 573. — *Windscheid*, §§ 292—298. — *Brinz*, §§ 234—237. 253. 254. — *Baron*, § 117.

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

1. *Практическое значеніе корреляльныхъ обязательствъ.* Положеніе XII таблицъ: *nomina sunt ipso iure divisa*, которое къ обязательству нѣсколькихъ лицъ о дѣлимомъ дѣйствии примѣняется *съ самаго начала*, а къ обязательству о недѣлимомъ дѣйствии обыкновенно при превращеніи его въ денежный долгъ.

¹⁹ 1. 192. D. de r. i. 50, 17; 1. 17. D. de serv. 8, 1. —²⁰ 1. 22. D. dep. 16, 3. —²¹ Ср. *Brinz* мѣ того 1. 2. §§ 2. 5. D. de v. o. 45, 1. —²² Ср. *кроме* того 1. 80. § 1. D. ad l. Falc. 35, 1. 11. § 23. D. de leg. 3 (32); 1. 49. § 4. D. de leg. 2 (31); 1. 139. D. de v. o. 45, 1. —²³ 1. 2. § 1. 85. § 3. D. de v. o. 45, 1; 1. 25, § 10. D. fam. e. 10, 2. —²⁴ 1. 2. § 5. 1. 5. § 4. D. de v. o. 45, 1. 2. §§ 12. 13. 1. 44. § 5. D. fam. e. 10, 2.

(§ 244 пр. 12. 18. 22), может быть лишено применения волею заинтересованных сторон, т. е. может состояться соглашение, чтобы каждый из должников должен был предоставить цѣлый (нераздѣленный) предмет, или чтобы каждый из вѣрителей мог требовать цѣлага предмета; тогда возникает такъ называемое (новыми юр.) корреляльное обязательство; оно бываетъ или пассивное (въ случаѣ нѣсколькихъ должниковъ, которые въ источникахъ называются *duo rei debendi*, *duo rei promittendi*, въ одномъ мѣстѣ¹—*correi*), или активное (въ случаѣ нѣсколькихъ вѣрителей, которые въ источникахъ именуются *duo rei credendi*, *duo rei stipulandi*). Цѣль, для которой дѣйствующія лица присваиваютъ обязательству свойства корреляльности, бываетъ иная при пассивномъ, а иная при активномъ корр. обязательствѣ. При пассивномъ вѣритель достигаетъ большей прочности и надежности своего требованія, такъ какъ каждый корреляльный должникъ отвѣчаетъ за цѣлый долгъ, а также нѣботорого удобства при удовлетвореніи и преслѣдованіи своего требованія, потому что ему приходится имѣть дѣло только съ однимъ должникомъ, стало быть, одинъ разъ получать, давать росписку, предъявлять искъ. При активномъ, наоборотъ, удобство возникаетъ для должника, который можетъ сразу дать предметъ долга одному корреляльному вѣрителю; впрочемъ, активное корреляльное обязательство можетъ имѣть цѣлю и удобства корреляльныхъ вѣрителей, если (что очень часто случается) корреляльные вѣрители образуютъ *societas*.

II. *Возникновеніе корреляльнаго обязательства. Корреляльное обязательство возникаетъ по волѣ заинтересованныхъ сторонъ, т. е.*

1. При обязательствахъ изъ договоровъ по соглашенію контрагентовъ²; содержаніе этого соглашения выражаютъ теперь словами: „вмѣстѣ и порознь, солидарно, одинъ за всѣхъ и всѣ за одного“. Съ исторической стороны надо замѣтить, что, по римскому праву, первоначально требовался непременно *единый актъ*; при активной корреляльной стипуляціи каждый изъ стипуляторовъ предлагалъ сначала вопросъ, а затѣмъ общающій давалъ отвѣтъ, обращенный ко всѣмъ (*Titi, centum dare spondes? Titi, eosdem centum dare spondes?—Utrique vestrum dare spondeo*). При пассивной корреляльной стипуляціи *stipulator* обращался сначала съ вопросомъ къ каждому изъ общающихся, а затѣмъ получалъ отъ каждого утвердительный отвѣтъ (*Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?—Spondeo. Spondeo*)³. Но впоследствии при пассивной⁴ корреляльной стипуляціи стали допускаться и раздѣленные акты; многие утверждаютъ то же относительно активной, но это противорѣчитъ источникамъ⁵.

2. При обязательствахъ изъ распоряженій на случай смерти (завѣщанія, кодицилла, такъ наз. устнаго фидеикоммисса, § 439) по волѣ наследодателя. И здѣсь въ настоящее время употребляются такія же выраженія, какъ и при корреляльныхъ договорахъ. Римяне при пассивномъ корреляльномъ отказѣ⁶ употребляли слѣд. слова: *Lucius Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Seio dato*; при активномъ корреляльномъ отказѣ: *Titio aut Seio, utri heres vellet, decem dato*⁷; дѣйствительность и значеніе отказа безъ добавки „*utri heres vellet*“ были между римскими юристами спорны, пока Юстиніанъ не

¹ 1. 3. § 3. D. de lib. leg. 34, 3.—² 1. 9. пр. D. h. t. 45, 2; 1. 13. § 9. D. loc. 19, 2.—³ пр. I. h. t. 3, 16; 1. 8. D. h. t. 45, 2. ⁴ 1. 3. пр. D. h. t. 45, 2; 1. 43. D. de fid. 46, 1; 1. 8. § 5. D. de nov. 46, 2.—⁵ 1. 28. § 2. D. de stip. s. 45, 3; 1. 7. § 1. D. de auct. et cons. 26, 8.—⁶ 1. 8. § 1. D. de leg. 1 (30); 1. 25. пр. D. de leg. 3 (32); въ 1. 9. пр. D. h. t. 45, 2 слѣдуетъ (какъ всѣми признано) читать *Titius aut Maevius*—⁷ 1. 16. D. de leg. 2 (31).

рѣшил⁸, что каждый honoratus долженъ получить половину отказаннаго предмета.

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

III. Правоотношенія коррeальныхъ вѣрителей и коррeальныхъ должниковъ.

1. Относительно исполненія.

а. *Каждый коррeальный вѣритель* можетъ получить весь долгъ, должникъ освобождается платежемъ одному изъ вѣрителей⁹. Спорно, обязанъ ли удовлетворенный вѣритель совершить регрессъ въ пользу прочихъ вѣрителей, т. е. обязанъ ли онъ выдать имъ соотвѣтственную часть полученнаго; рѣшеніе этого вопроса, по правильному мнѣнію, нельзя вывести изъ сущности коррeальнаго обязательства, какъ таковаго; для этого надо обратиться къ правоотношенію, изъ котораго возникло коррeальное обязательство; поэтому, напр., право регресса не имѣетъ мѣста при коррeальномъ отказѣ; напротивъ, право регресса имѣетъ мѣсто при коррeальномъ договорѣ, который заключенъ нѣсколькими *товарищами* съ третьимъ лицомъ¹⁰.

б. *Каждый коррeальный должникъ* отвѣчаетъ за весь долгъ, его платежъ освобождаетъ прочихъ должниковъ¹¹. И здѣсь спорно, имѣетъ ли коррeальный должникъ, исполнившій весь долгъ, право регресса противъ прочихъ должниковъ; по правильному мнѣнію, и здѣсь надо исходить изъ сущности правоотношенія, существующаго между коррeальными должниками (напр., *societas*)¹²; но уплачивающій коррeальный должникъ во всякомъ случаѣ можетъ достигнуть права регресса, потребовавъ отъ вѣрителя цессіи его требованій противъ прочихъ коррeальныхъ должниковъ; для этой цѣли ему принадлежитъ такъ наз. *beneficium cedendarum actionum*¹³, которое онъ можетъ осуществить въ процессѣ посредствомъ *exceptio doli*.—Впрочемъ, отвѣтственность коррeальныхъ должниковъ за весь долгъ была измѣнена 99-й Новеллой Юстиніана¹⁴ (прибавленіемъ къ Нов. 4); область примѣненія последней возбуждаетъ споры вслѣдствіе неясной редакціи (*εἰ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς, εἰ μὲν προσῆλθῃ τὸ δεῖν καὶ ἓνα τούτων εἰς ὁλόκληρον ἐνεχεσθαι...*); господствующее мнѣніе относитъ ее ко всѣмъ коррeальнымъ должникамъ, нѣкоторые—и къ коррeальнымъ и къ солидарнымъ должникамъ (кромѣ должниковъ изъ деликтовъ), другіе—ко всѣмъ коррeальнымъ должникамъ, поручившимся другъ за друга, иныя—къ тѣмъ коррeальнымъ должникамъ, которые получили равное участіе въ выплатахъ обязательства, по которому они коррeально обязались (напр., нѣсколько получателей займа, покупщиковъ, нанимателей), иныя—къ нѣсколькимъ сопоручителямъ, иныя—ко всѣмъ должникамъ, взаимно поручившимся другъ за друга. По правильному мнѣнію, Новелла относится ко *всѣмъ* коррeальнымъ должникамъ; если они всѣ состоятельны и не отсутствуютъ (т. е. легко могутъ быть преслѣдуемы искомъ), то отъ нихъ можно требовать только соотвѣтствующихъ частей (имъ принадлежитъ такъ наз. *benef. divisionis*); всего же долга можно требовать лишь въ томъ случаѣ, если недостаетъ какого либо изъ

⁸ l. 4. C. de v. s. 6, 38.—⁹ l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2.—¹⁰ l. 62 pr. D. ad l. Falc. 35, 2.—¹¹ l. 3. § 1. D. h. t. 45, 2; § 1. I. h. t. 3, 16.—¹² l. 62. pr. D. ad l. Falc. 35, 2; l. 1. C. h. t. 8, 39.—¹³ l. 65. D. de ev. 21, 2; l. 47. D. loc. 19, 2; l. 13. C. de loc. 4, 65.—¹⁴ Ср. попятку Марцелла въ l. 47. D. loc. 19, 2.

означенныхъ условий (состоятельности или присутствія должниковъ); было бы несправедливо, если бы вѣритель могъ выбрать себѣ одного изъ должниковъ и требовать отъ него платежа всего долга. Новая законодательства устранили *benef. divisionis* коррeальныхъ должниковъ, потому что оно прямо противорѣчитъ намѣренію контрагентовъ.

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

а. *Pactum de non petendo*; если это есть такъ наз. *p. de n. p. in personam* (§ 268 пр. 8), то его дѣйствіе, конечно, ограничивается личностью *paciscentis*¹⁶; если—*in rem*, то при пассивномъ коррeальномъ обязательствѣ кромѣ лица *paciscentis* оно полезно только тому коррeальному должнику, который состоитъ съ *paciscentis* въ товариществѣ, и то не ради него самаго, а ради пацісцента, противъ котораго онъ въ противномъ случаѣ совершилъ бы регрессъ посредствомъ *actio pro socio*¹⁷; при активномъ коррeальномъ обязательствѣ *p. de n. p. in rem* также кромѣ пацісцента вредитъ только тому коррeальному вѣрителю, который съ пацісцентомъ состоитъ въ товариществѣ¹⁸, что многіе несправедливо отрицаютъ.

б. *Confusio*; если вѣритель сдѣлается наслѣдникомъ одного изъ коррeальныхъ должниковъ (или наоборотъ), то прочіе коррeальные должники остаются обязанными¹⁹, не лишаясь, однако, какъ *benef. divisionis* изъ Нов. 99, такъ и права регресса, если таковое имъ принадлежитъ (выше пр. 12. 13). Подобнымъ же образомъ коррeальный вѣритель, сдѣлавшись наслѣдникомъ общаго должника, становится должникомъ своихъ прежнихъ совѣрителей (что нѣкоторые отрицаютъ), сохраняя, однако, право регресса, если таковое ему принадлежитъ.

с. По римскому *ius civile, capitis deminutio*; прочіе коррeальные должники, не потерпѣвшіе *capitis deminutio*, остаются обязанными²⁰. Это основаніе прекращенія обязательствъ не существуетъ уже въ преторскомъ правѣ (§ 25).

д. Равняется ли исполненію новація,—это вопросъ спорный. Господствующее мнѣніе рѣшаетъ его въ утвердительномъ смыслѣ; но правильнымъ будетъ это рѣшеніе лишь тогда, когда воля совершающихъ новацію лицъ направлена на полное прекращеніе коррeального обязательства, а не на освобожденіе только одного коррeального должника или на удаленіе только одного коррeального вѣрителя²¹.—

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

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

¹⁵ 1. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; 1. 13. § 12. 1. 16. D. de acc. 46, 4.—¹⁶ 1. 25. § 1. D. de p. 2, 14; 1. 3. § 3. D. de lib. leg. 34, 3.—¹⁷ 1. 21. § 5. 1. 22. 1. 23. 1. 25. пр. 1. 27. пр. 1. 40. пр. 1. 57. § 1. D. de pact. 2, 14; 1. 34. § 11. de sol. 46, 3; 1. 5. § 1. D. de lib. leg. 34, 3.—¹⁸ 1. 34. пр. D. de rec. 4, 8.—¹⁹ 1. 71. пр. D. de fidei. 46, 1.—²⁰ 1. 9. D. de d. r. 45, 2.—²¹ 1. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; 1. 8. § 11. 1. 20. D. ad sct. Vell. 16, 1; 1. 33. § 1. D. de st. s. 45, 3.

прочіе должники²². Но потеря требованія и освобожденіе отъ долга происходили только *civilliter*; неучаствовавшіе въ процессѣ *coegei* оставались такимъ образомъ натуральными вѣрителями или должниками²³. Юстиніанъ лишилъ *litiscontestatio* этого значенія²⁴, какъ нѣкоторые утверждаютъ, для всѣхъ, какъ справедливо полагаетъ господствующее мнѣніе, только для *пассивныхъ* коррeальныхъ должниковъ²⁵.

б. Если (мнимый) коррeальный должникъ отрицаетъ посредствомъ присяги, на которую его вызвалъ (мнимый) коррeальный вѣритель, существованіе коррeального обязательства, то это полезно и для его (мнимыхъ) содолжниковъ; точно также, съ другой стороны, признать значеніе присяги должны и (мнимые) совѣрители того, который вызвалъ на присягу²⁶. Это правило примѣняется лишь тогда, когда присяга относилась къ обязательству, какъ таковому, но если присяга касалась участія присягающаго въ обязательствѣ, то, конечно, это правило не примѣняется²⁷.

IV. Прибавимъ еще слѣд. замѣчанія:

1. Каждый *coegeus* отвѣчаетъ только за собственную пога, а не за пога прочихъ *coegei*²⁸.

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

3. Содержаніе коррeального обязательства *въ моментъ его возникновенія* должно быть вполне равнымъ для всѣхъ *coegei*; поэтому, немислимо активное коррeальное обязательство объ *узупруктѣ* или *приданомѣ*; точно также не возникаетъ коррeального обязательства, если только одинъ должникъ принимаетъ на себя отвѣтственность за *culpa*, или если два ремесленника неодинаковой ловкости принимаютъ на себя одну работу²⁹. Различіе допускается только въ томъ отношеніи, что одинъ *coegeus* можетъ обязаться подъ условіемъ или срокомъ³⁰.

4. Позднѣйшіе договоры, которые *coegeus* заключаетъ относительно коррeального обязательства и которые измѣняютъ обязательство (напр., онъ обѣщаетъ отвѣчать за *culpa levis*, между тѣмъ какъ на немъ лежитъ только отвѣтственность за *culpa lata*, заключаетъ компромиссъ, выговариваетъ себѣ отсрочку и т. п.), имѣютъ значеніе только для договаривающагося и его товарища³¹. Но если коррeальный вѣритель приметъ обѣщаніе платежа (*constitutum*, § 264), то впредь только онъ имѣетъ право принять платежъ³², потому что *constitutum* есть начало акта *solutio*; слѣдовательно, коррeальный вѣритель, принимаетъ ли онъ платежъ или обѣщаніе платежа, въ равной мѣрѣ исключаетъ своихъ совѣрителей, хотя бы послѣдніе не были его *soei*.

5. По указу Юстиніана³³, перерывъ давности, происшедшій по отношенію къ одному коррeальному должнику или одному коррeальному вѣри-

²² *l. 28. C. de fid. et mand. 8, 40.*—²³ *arg. l. 16. D. h. t. 45, 2.*—²⁴ *l. 28. § 2. C. de fid. et mand. 8, 40.*—²⁵ *l. 2. D. h. t. 45, 2; l. 5. i. f. D. de fid. 46, 1; l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2.*—²⁶ *l. 28. pr. § 3. D. de iurei. 12, 2.*—²⁷ *Cf. l. 28. § 1. l. 42. § 1. D. de iurei. 12, 2; l. 1. § 3. D. quar. rer. act. 44, 5.*—²⁸ *l. 32. § 4. D. de us. 22, 1; l. 173. § 2. D. de r. i. 50, 17.*—²⁹ *l. 9. § 1. l. 15. l. 5. D. h. t. 45, 2.*—³⁰ *l. 7. D. h. t. 45, 2; § 2. l. h. t. 3, 16.*—³¹ *l. 9. § 1. D. h. t. 45, 2; l. 34. pr. D. de rec. 4, 8; l. 1. l. 14. D. rat. r. 46, 8.*—³² *l. 10. D. de p. c. 13, 5.*—³³ *l. 4. C. h. t. 8, 39.*

телю имѣть значеніе перерыва для *всѣхъ*, „quum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus vel debiti causa ex eadem actione apparuit“.

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

3) § 246. Только солидарныя обязательства.

См литературу, указанную при § 245.

Только солидарныя обязательства существуютъ лишь, какъ солидарность долга; мы имѣемъ съ ними дѣло во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, *идѣ нѣсколько самостоятельныхъ долговъ направлены на одно и то же дѣйствіе*.

I. *Происхожденіе*. Основаній происхожденія солидарныхъ обязательствъ невозможно (какъ при корреальныхъ обязательствахъ) свести къ одному принципу; объ исходной точкѣ корреального обязательства (а именно, что должно предотвратить раздѣленіе одного обязательства на нѣсколько частичныхъ обязательствъ) здѣсь не можетъ быть и рѣчи. Основанія происхожденія только солидарнаго обязательства бываютъ двухъ родовъ:

1. *Отвѣтственность нѣсколькихъ лицъ за причиненный вредъ:*

а. Нѣсколько лицъ совершаютъ сообща деликтъ; они отвѣчаютъ за возмѣщеніе вреда солидарно¹, потому что общій деликтъ есть деликтъ каждаго². Съ этою обязанностью нельзя смѣшивать ихъ обязанности платить штрафъ; каждый уплачиваетъ весь штрафъ (§ 81 пр. 8).

б. Нѣсколько лицъ по общей винѣ нарушаютъ уже существующее обязательство; они отвѣчаютъ солидарно на томъ же основаніи, что и при а. Сюда относится обязательство нѣсколькихъ соопекуновъ или чиновниковъ³, а также и нѣсколькихъ лицъ, которыя наняли вещь или взяли ее въ ссуду⁴ или на сохраненіе⁵, или которымъ поручено исполненіе какого либо дѣла⁶.

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

д. Нѣсколько лицъ обязаны по закону къ возмѣщенію вреда; напр., нѣсколько жильцовъ одной комнаты, которые отвѣчаютъ по actio de effusis et eiectis⁸; нѣсколько общихъ собственниковъ раба или животнаго, которые отвѣчаютъ по actio noxalis⁹.

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

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

¹ 1. 1. § 4. D. de eo per qu. f. 2, 10; l. 14. § 15. l. 15. D. qu. m. c. 4, 2; l. 17. pr. D. de dolo 4, 3; l. 5. D. de n. a. 9, 4; l. 3. pr. D. si m. 11, 6; l. 7. § 4. l. 18. D. qu. f. t. 27, 6; l. 1. § 13. D. de vi 43, 16; l. 1. C. de c. f. 4, 8. — ² l. 1. § 14. 15. D. de tut. 27, 3. — ³ l. 15. D. de tut. 27, 3; l. 18. § 1. D. de adm. tut. 26, 7. — ⁴ l. 5. § 15. D. comm. 13, 6. — ⁵ l. 1. § 43. l. 22. D. de p. 16, 3. — ⁶ l. 60. § 2. D. mand. 17, 1. — ⁷ l. 21. l. 59. § 3. D. m. 17, 1; l. 52. § 3. de fid. 46, 1. — ⁸ l. 1. § 10. l. 2. l. 3. l. 4. D. de his qui ef. 9, 3. — ⁹ l. 8. l. 20. pr. D. de int. in i. 11, 1; l. 8. D. de nox. a. 9, 4; l. 1. § 14. D. si quadr. 9, 1.



1. Каждый солидарный должникъ отвѣчаетъ за весь долгъ (*in solidum*)¹⁰; впрочемъ, отвѣтственность эта смягчается тремя способами: а) въ нѣкоторыхъ случаяхъ признано *benef. divisionis*; это *beneficium* было предоставлено императоромъ Адрианомъ (въ *epistola divi Hadriani*, § 259 пр. 17) нѣсколькимъ сопоручителямъ, но классическіе юристы распространили его на нѣсколькихъ опекуновъ, чиновниковъ, депозитаріевъ, если они въ *равной мѣрѣ* виновны¹¹; спорять о томъ, слѣдуетъ ли ограничить *beneficium* исчисленными случаями или распространить его на всѣхъ солидарныхъ должниковъ; справедливость говоритъ въ пользу распространенія: *nes enim amplius actoris interest*¹²; б) въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣетъ мѣсто *benef. excussionis*, т. е. одинъ изъ солидарныхъ должниковъ отвѣчаетъ *principaliter*, а другой—лишь въ томъ случаѣ, если оказался безуспѣшнымъ искъ противъ перваго; это правило примѣнялось уже въ классическомъ правѣ къ нѣсколькимъ соопекунамъ и чиновникамъ, если въ причиненіи вреда *главнымъ образомъ* виновенъ одинъ изъ нихъ¹³; далѣе, по Нов. 4, главный должникъ отвѣчаетъ прежде поручителя; и здѣсь желательно распространеніе на аналогичные случаи; в) въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣетъ мѣсто право регресса; а именно, солидарный должникъ, уплатившій весь долгъ, можетъ по общему правилу требовать отъ своихъ содолжниковъ вознагражденія въ размѣрѣ, опредѣляемомъ по *beneficium divisionis* или *excussionis*; для этой цѣли онъ можетъ потребовать отъ вѣрителя цессіи его правъ противъ прочихъ должниковъ (*benef. cedendarum actionum*¹⁴), если же этой цессіи не послѣдовало безъ его вины, то онъ можетъ предъявить *utilis actio*¹⁵ (§ 249 sub 3). Солидарнымъ должникамъ изъ *dolus* не дается никакого права регресса¹⁶.

2. Исполненіе дѣйствія однимъ должникомъ освобождаетъ прочихъ солидарныхъ должниковъ¹⁷, такъ какъ тогда вредъ уже возмѣщенъ, обѣщанное исполнено. Исполненію равняется *depositio, datio in solutum, compensatio*; относится ли сюда и *acceptilatio*,—это вопросъ спорный; по правильному мнѣнію, его слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ¹⁸ (потому что *acceptilatio* есть *imaginary solutio*).

Кромѣ этихъ двухъ общихъ началъ, означенные два вида только солидарныхъ обязательствъ существенно отличаются другъ отъ друга. При солидарныхъ обязательствахъ къ возмѣщенію вреда между солидарными должниками нѣтъ болѣе никакой зависимости (кромѣ вышеизложенной). Напротивъ, солидарныя обязательства, возникающія изъ отвѣтственности за чужую обязанность, имѣютъ характеръ придаточныхъ обязательствъ; главное обязательство, которое есть необходимое условіе ихъ существованія, опредѣляетъ ихъ содержаніе и судьбу; *всякое* прекращеніе главнаго обязательства (по праву до-юстиніанову также и *litiscontestatio* съ главнымъ должникомъ) обыкновенно влечетъ за собою прекращеніе придаточнаго, уменьшеніе или увеличеніе главнаго обязательства (напр., вслѣдствіе *casus, mora, culpa* главнаго должника) влечетъ за собою уменьшеніе или увеличеніе придаточнаго. Но нѣтъ обратной зависимости главнаго обязательства отъ придаточнаго; отсюда было только

¹⁰ l. 1. § 43. D. dep. 16, 3; l. 14. § 15. D. qu. m. c. 4, 2. — ¹¹ l. 38. pr. § 1. l. 45. D. de adm. t. 26, 7; l. 7. D. de mag. conv. 27, 8; l. 22. D. dep. 16, 3. — ¹² l. 22. D. dep. 16, 3. — ¹³ l. 3. § 2. l. 39. § 11. l. 55. § 2. D. de adm. t. 26, 7; l. 12. D. rem p. 46, 6; l. 11. l. 12. l. 13. D. ad mun. 50, 1. — ¹⁴ l. 1. §§ 13. 14. 18. l. 21. D. de tut. 27, 3; l. 6. C. arb. t. 5, 51; l. 2. C. de div. t. 5, 52; l. 2. C. de contr. i. t. 5, 58. — ¹⁵ l. 1. §§ 13. 14. D. de tut. 27, 3; l. 2. §§ 8. 9. D. de adm. r. 50, 8; l. 4. D. de his qui ef. 9, 3. — ¹⁶ l. 1. § 14. D. de tut. 27, 3; l. 38. § 2. D. de adm. t. 26, 7. — ¹⁷ l. 14. § 15. D. qu. m. c. 4, 2; l. 1. § 43. D. dep. 16, 3. — ¹⁸ l. 16. D. de acc. 46, 4.

одно изъятіе, состоявшее въ томъ, что, по до-юстиніанову праву, *litiscontestatio* съ придаточнымъ должникомъ обнаруживала свое поглощающее дѣйствіе также для главнаго и для прочихъ придаточныхъ должниковъ, такъ какъ искъ о придаточномъ обязательствѣ не мыслимъ безъ иска о главномъ; но и это изъятіе устранено прямымъ опредѣленіемъ Юстиніана¹⁹. Такимъ образомъ эти солидарныя обязательства также рѣзко отличаются отъ корреляльныхъ обязательствъ, въ которыхъ обязательства отдѣльныхъ *coegri* находятся въ отношеніи равной зависимости другъ отъ друга и равнаго вліянія другъ на друга; источники прямо признають это различіе²⁰; о корреляльныхъ обязательствахъ сказано: *sunt duae obligationes eiusdem potestatis*, о солидарныхъ обязательствахъ, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь: *est aliqua differentia obligationum, rei obligatio* (главное обязательство) *est plenior*; неосновательно господствующее мнѣніе причисляетъ эти солидарныя обязательства къ корреляльнымъ.

III. Сравненіе правоотношенія солидарныхъ должниковъ и корреляльныхъ.

Въ правоотношеніяхъ солидарныхъ и корреляльныхъ должниковъ въ юстиніановомъ (и нынѣшнемъ) правѣ есть не много различій, а именно, новация съ однимъ корреляльнымъ должникомъ или присяга одного корреляльнаго должника можетъ имѣть освобождающее значеніе для прочихъ, съ другой стороны, перерывъ исковой давности противъ одного корреляльнаго должника вредитъ и прочимъ; корреляльный должникъ не пользуется *benef. excussionis*. Затѣмъ, между вторымъ видомъ солидарныхъ должниковъ и корреляльными должниками есть та разница, что придаточное обязательство зависитъ отъ главнаго (выше II кон.). Наконецъ, въ до-юстиніановомъ правѣ между первымъ видомъ солидарныхъ должниковъ и корреляльными должниками было еще одно важное различіе: *litiscontestatio* съ однимъ корреляльнымъ должникомъ освобождала и прочихъ; именно открытіе этого различія повело въ наше время къ отдѣленію корреляльныхъ обязательствъ отъ только солидарныхъ. — Вслѣдствіе незначительности перечисленныхъ различій новѣйшее законодательство оставило противопоставленіе корреляльныхъ и солидарныхъ обязательствъ, говоря только о должникахъ, которые „отвѣчаютъ солидарно“.

4) § 247. Природа корреляльныхъ и только солидарныхъ обязательствъ.

I. *Господствующее мнѣніе*. До новѣйшаго времени не различали корреляльнаго и солидарнаго обязательства; говорили только о корреляльномъ обязательствѣ, называя его однимъ обязательствомъ съ нѣсколькими субъектами. Но вотъ замѣтили, что, по классическому римскому праву, иногда (а именно, при только солидарныхъ обязательствахъ перваго вида, § 246 sub I) *litiscontestatio* съ однимъ должникомъ не влечетъ за собою освобожденія его содолжниковъ; это открытіе послужило поводомъ къ установленію различія между корреляльными и только солидарными обязательствами; *корреляльное обязательство признали* (и теперь это господствующее мнѣніе) *однимъ обязательствомъ съ нѣсколькими субъектами, только солидарное обязательство — нѣсколькими обязательствами, направленными на одинъ и тотъ же предметъ*. Тѣмъ свойствомъ корреляльнаго обязательства, что оно есть *одно, единое обязательство*, объяснили правило, что не только платежъ (и акты, имѣющіе съ нимъ равное значеніе), но и *acceptilatio, novatio, litiscontestatio, culpa*, перерывъ исковой давности — производятъ равное дѣйствіе на *всѣхъ coegri*, хотя исходятъ только отъ одного изъ нихъ. Но такъ какъ это пра-

¹⁹ l. 28. C. de fid. 8, 40. — ²⁰ l. 5. D. de fidei. 46, 1; l. 13. D. h. t. 45, 2.

вило примѣняется не ко всѣмъ юридическимъ фактамъ (безспорно не примѣняется къ *confusio, capitis deminutio, mora, pact. de non petendo*, спорно — къ *culpa* и *novatio*), то *установили различіе между объективнымъ составомъ и субъективнымъ отношеніемъ корреляльнаго обязательства*, утверждая, „что тѣ факты, которые касаются объективнаго состава самаго обязательства, полезны для всѣхъ *сoggei*, а тѣ, которые вліяютъ только на личность одного изъ нихъ, не затрагивая состава самаго обязательства, могутъ быть полезны или вредны исключительно для него одного“.

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

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

2. Другіе, удерживая различіе между корреляльными обязательствами и только солидарными, называютъ корреляльное обязательство—обязательствомъ субъективно-альтернативнымъ; въ корреляльномъ обязательствѣ не рѣшено (*in pendenti*), кто изъ нѣсколькихъ лицъ есть вѣритель (или должникъ), это не рѣшительное состояніе прекращается послѣдующимъ дѣйствіемъ (*electio occupatio*); напротивъ, въ только солидарномъ обязательствѣ имѣется рядомъ нѣсколько опредѣленныхъ обязательствъ, которыя (за исключеніемъ платежа) не зависятъ другъ отъ друга. Эта теорія противорѣчитъ источникамъ, которые каждаго изъ *сoggei* съ самаго начала называютъ должникомъ или вѣрителемъ и обсуждаютъ какъ такового: *et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur*², и. т. под. выраженія³.

3. Авторъ этого учебника согласенъ съ общимъ мнѣніемъ относительно только солидарныхъ обязательствъ; въ корреляльномъ же обязательствѣ видитъ онъ совокупное правоотношеніе (*Gesamtrechtshverhältniss*), т. е. соединеніе одного общаго обязательства съ нѣсколькими отдѣльными обяза-

¹ Ср. ниже пр. 4—8.—² пр. I. h. t. 3, 16; I. 2. D. h. t. 45, 2.—³ I. 3. § 1. I. 19. D. h. t. 45, 3.

тельствами. Воля дѣйствующихъ лицъ, чтобы обязательство не было раздѣлено, можетъ быть исполнена только тѣмъ путемъ, что обязательство заключается совокупностью *correi* какъ чѣмъ то единымъ; такимъ образомъ возникаетъ совокупное обязательство, въ источникахъ—*communis, tota, una obligatio*⁴; *commune ius*⁵. Но, далѣе, такъ какъ каждый *correus* есть самостоятельный субъектъ правъ и обладаетъ отдѣльнымъ имуществомъ, то совокупное обязательство порождаетъ отдѣльное обязательство для каждаго *correus*, въ источникахъ—*propterea singulorum obligatio*⁶; *duae species obligationis*⁷; *duae obligationes*⁸. Въ каждомъ отдѣльномъ обязательствѣ существуетъ какъ бы пробѣлъ; ибо корреальный вѣритель признаетъ управомоченность своихъ совѣрителей рядомъ съ собою, корреальный должникъ утверждаетъ наличность обязанности своихъ содолжниковъ рядомъ со своею обязанностью; отсюда слѣдуетъ, что исполненіе корреального обязательства, хотя исходящее отъ одного корреального должника и обращенное къ одному корреальному вѣрителю, тѣмъ не менѣе прекращаетъ *всѣ* отдѣльныя обязательства; то же слѣдуетъ сказать и о распоряженіи обязательствомъ (напр., *novatio, cessio*), если только намѣреніе распоряжающагося направлено на прекращеніе всѣхъ отдѣльныхъ обязательствъ; далѣе, *litiscontestatio* и присяга влекутъ за собою одинаковыя послѣдствія для *всѣхъ* *correi*, такъ какъ онѣ суть средства удостовѣренія корреального обязательства, а удостовѣреніе отдѣльнаго корреального обязательства невозможно безъ предварительнаго удостовѣренія совокупнаго обязательства. Кромѣ исполненія, распоряженія и удостовѣренія, между отдѣльными обязательствами нѣтъ болѣе никакой зависимости, поэтому всякій другой юридическій фактъ (напр., *act. de non petendo, confusio, mora, culpa*) касается только одного изъ *correi*.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

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

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Переносъ (уступка) требованій (*cessio*)

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

I. § 248. Историческое введеніе.

Vangerow, § 574. — *Windscheid*, §§ 328. 329. — *Brinz*, § 284. — *Baron*, § 137.

Можетъ ли требованіе перейти отъ вѣрителя на другое лицо? Вопросъ этотъ, по *ius civile*, рѣшается различно по отношенію къ универсальному и различно по отношенію къ сингулярному преемству: на универсальнаго преемника (наслѣдника, *pater agrogator* и т. д.) требованія (кромѣ чисто-личныхъ, § 270 пр. 1) могли переходить; путемъ сингулярнаго преемства (напр., на того, кто хотѣлъ совершить мѣну, куплю требованія) требованіе не могло быть перенесено однимъ вѣрителемъ; для переноса требованія необходима

⁴ l. 34. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2; l. 2. D. h. t. 45, 2. — ⁵ l. 31. § 1. D. de nov. 46, 2. — ⁶ l. 9. § 2. D. h. t. 45, 2. — ⁷ l. 13. D. h. t. 45, 2; l. 5. D. de fid. 46, 1. — ⁸ § 1. l. h. t. 3, 16; l. 5. D. de fid. 46, 1; l. 15. D. h. t. 45, 2.

была *delegatio* (§ 307), т. е. такая сдѣлка, которая зависитъ отъ согласія должника и которая не переноситъ старое требованіе, а замѣняетъ его новымъ. Причину этого господствующее мнѣніе видитъ въ томъ, что обязательство, представляя *чисто-личное* отношеніе между двумя субъектами правъ, по самому своему понятію не можетъ быть переносимо, и что *переменная вѣритель* измѣняетъ само обязательство. Очевидно, это можно сказать только о такихъ обязательствахъ, на которыя оказываетъ опредѣленное вліяніе личность сторонъ (напр., обязательства къ услугамъ, къ usufructу, § 270 пр. 1); если бы это объясненіе было справедливо относительно всѣхъ обязательствъ, то это не допустило бы также перехода требованій по универсальному преемству. Дѣйствительная причина скорѣе заключается въ томъ, что древнему *ius civile* недоставало *формы* для переноса *отдельныхъ* требованій¹ (что при незначительности обязательственного оборота въ средній періодъ римской республики не удивительно); такую форму надо было создать. Ее нашли лишь послѣ введенія формулярнаго процесса, т. е. тогда, когда стало возможно вести свой процессъ не лично, а чрезъ своего представителя (*cognitor*, *procurator*)²; чрезъ *litiscontestatio* съ отвѣтчикомъ представитель дѣлался *dominus litis*, т. е. приговоръ произносился на имя представителя; *procurator* имѣлъ *actio iudicati* и долженъ былъ затѣмъ разсчитываться съ представляемымъ³. Такимъ образомъ, если кто либо хотѣлъ передать свое требованіе другому, то онъ давалъ послѣднему *mandatum agendi* (уполномочивалъ его получить исполненіе, а въ случаѣ необходимости вчать искъ), заявляя вмѣстѣ съ тѣмъ, что онъ можетъ это сдѣлать *in rem suam* (т. е. въ собственномъ интересѣ, не давая отчета, съ правомъ удержать за собою полученное отъ должника); представитель дѣлался *cognitor* или *procurator in rem suam*⁴. Такимъ путемъ потребности оборота въ значительной части были удовлетворены; хотя вѣритель (*cedens*) уступалъ только *искъ* (поэтому источники чаще говорятъ о *mandare, cedere actionem*, нежели о *cedere nomen*), хотя *cessionarius* былъ только *представителемъ* вѣрителя въ процессѣ, но, получая искъ, *cessionarius* въ существенныхъ отношеніяхъ *приобрѣталъ* и требованіе. Положимъ, только въ существенныхъ отношеніяхъ, что видно изъ слѣдующаго: *mand. agendi* в *rem suam* подлежало обыкновеннымъ правиламъ порученія и поэтому (§ 306 sub III) теряло силу вслѣдствіе отмены уполномочія со стороны довѣрителя (*цедента*)^{4а}, а также и вслѣдствіе смерти манданта или мандатарія (*цедента* или *cessionарія*), если эти факты наступали до *litiscontestatio* *cessionарія* съ должникомъ (*debitor cessus*). Чтобы устранить это неудобство, въ императорскій періодъ была дана *cessionарію actio utilis suo nomine*⁵, т. е. право получать платежъ и вчинать искъ, *не выступая въ роли представителя первоначальнаго должника, но дѣйствуя отъ своего имени*. Мало по малу (съ 3-го вѣка по Р. Хр.) эта *actio utilis suo nomine* ставъ даваться и въ такихъ случаяхъ, гдѣ вѣритель совѣмъ не даетъ никакого *mand. agendi*, но заключаетъ отчуждательную сдѣлку, которая обязываетъ его къ выдачѣ *mand. agendi* (*cessio voluntaria*: купля⁶, *datio in solutum*⁷, *легатъ*⁸, установленіе приданаго⁹, дареніе¹⁰); мало того, эта *actio utilis* стала при-

¹ Gai. 2, 38. — ² Gai. 4, 82. — ³ Gai. 4, 86, 87; fr. Vat. 317; l. 4, § 5. D. de app. 49, 1; l. 11. pr. D. de dol. exc. 44, 4; l. 22, 23. C. de proc. 2, 13. — ⁴ Gai. 2, 39. — ^{4а} l. 3. C. de nov. 8, 41. — ⁵ l. 16. pr. D. de pact. 2, 14; l. 55. D. de proc. 3, 3; l. 1. C. de o. et a. 4, 10; l. 33. C. de don. 8, 53. — ⁶ l. 16. pr. D. de pact. 2, 14; l. 7. l. 8. l. 9. C. h. t. 4, 39; l. 1. l. 2. C. de o. et a. 4, 10. — ⁷ l. 5. C. quando fisc. 4, 15. — ⁸ l. 18. C. de leg. 6, 37. — ⁹ l. 2. C. de o. et a. 4, 10. — ¹⁰ l. 33. C. de don. 8, 53.

мѣняться и къ нѣкоторымъ такимъ случаямъ (какъ нѣкоторые утверждаютъ—ко всѣмъ), когда кто либо является обязаннымъ къ уступкѣ требованія *въ силу закона* (*cessio legis*, § 249 sub 3).—Природа этой *actio utilis* спорна. Многие думаютъ, что она касается только отношенія между цедентомъ и цессіонаріемъ, давая послѣднему твердое (неотмѣнимое и наследственное) право; отношенія же между цессіонаріемъ и должникомъ искъ этотъ не затрагиваетъ: цессіонарій все-таки осуществляетъ *чужое* требованіе. Другіе полагаютъ, что *actio utilis* охватываетъ и это послѣднее отношеніе, такъ что цессіонарій изъ представителя цедента дѣлается самъ управомоченнымъ, вѣрителемъ должника. Справедливо послѣднее мнѣніе, такъ какъ только оно объясняетъ, почему цессіонарій можетъ дѣйствовать отъ своего имени; поэтому можно утверждать, что *cessio* въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ производитъ сингулярное преемство въ требованіяхъ: *cessio* является здѣсь дѣйствительнымъ преемствомъ въ требованіи, а не новаціею, поэтому придаточныя права и привилегіи переходятъ тоже на цессіонарія (§ 250 sub 2 a); это подтверждается слѣдующими выраженіями источниковъ: *obligationem, debitum transferre, donate*¹¹; однако необходимо замѣтить, что:

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

2. *Actio utilis suo nomine* есть продуктъ лишь позднѣйшаго развитія римскаго права; и въ компиляціи Юстиніана встрѣчается еще нѣсколько законоположеній, которыя могутъ относиться лишь къ прежнему положенію цессіонарія въ правѣ; ср. § 250 текстъ къ пр. 3 и 4.

3. Обстоятельство, которое обосновываетъ *actio utilis* цессіонарія (отчужденіе сдѣлка, предписаніе закона) само по себѣ неизвѣстно должнику; поэтому онъ можетъ послѣ совершенія цессіи смотрѣть на цедента, какъ на вѣрителя (напр., уплатить ему долгъ, совершить съ нимъ *compensatio*)¹² до тѣхъ поръ, пока не узнаетъ о цессіи. Но спорно, связываетъ ли должника съ цессіонаріемъ всякое какимъ бы то ни было образомъ дошедшее до него свѣдѣніе о цессіи (лишь бы достовѣрное), или только прямое извѣщеніе (*denuntiatio*) со стороны цессіонарія (или также и цедента, какъ нѣкоторые утверждаютъ). Источники то упоминаютъ о *denuntiatio*, то обходятъ ее¹³—это доказываетъ, что *denuntiatio* не требуется, но рекомендуется; для цессіонарія весьма важно не оставлять извѣщенія должника на произволъ судьбы.

II. Догматическое изложеніе.

А. § 249. Понятіе и актъ цессіи.

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

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

1. Изъявленіемъ со стороны прежняго вѣрителя воли передать другому

¹¹ l. 23. C. mand. 4, 35; l. 2. § 8. D. h. t. 18, 4; l. 5. § 2. D. qu. m. p. 20, 5; l. 64. § 4. D. sol. matr. 24, 3; l. 64. pr. D. ad sct. Tr. 36, 1.—¹² l. 23. § 1. D. h. t. 18, 4; l. 17. D. de transact. 2, 15.—¹³ Ср., съ одной стороны, l. 3. C. de nov. 8, 41; l. 4. C. quae res p. 8, 16; съ другой стороны, l. 17. D. de transact. 2, 15; l. 18. pr. D. de p. a. 13, 7.

право требованія или взысканія по требованію въ свою (получающаго) пользу. Согласія должника не требуется¹. Абстрактная воля перенести требованіе имѣеть въ виду (какъ *animus domini transferendi* при *traditio*, § 131 пр. 14) какую либо конкретную цѣль (*causa cessionis*), къ которой примѣняются тѣ же правила, что и къ *causa traditionis*.—Изъявленіе воли является излишнимъ, если *causa cessionis* заключается въ какой либо отчуждательной сдѣлкѣ, совершенной прежнимъ вѣрителемъ, какъ то: купля, легать, установленіе *dos*, дареніе (ср. текстъ § 248 къ пр. 6—10); тогда цессія называется *cessio voluntaria*; въ противоположность послѣдней та цессія, которая основывается на предписаніи закона, называется *cessio necessaria*, напр., совершающей платежъ корреальный или солидарный должникъ осуществляетъ *benef. cedendarum actionum* (§ 245 пр. 13. § 246 пр. 14).

2. Судебнымъ постановленіемъ: въ приговорѣ, рѣшающемъ процесъ о раздѣлѣ², или для исполненія какого либо приговора; въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ переводъ вмѣсто платежа. Переводъ вмѣсто платежа, по И. у. г. с. § 736 слѣд., допускается только при денежныхъ требованіяхъ; ему принадлежитъ (какъ замѣчено въ объяснительной запискѣ къ И. у. г. с.) характеръ *datio in solutum* (§ 225 sub 2).

3. Непосредственнымъ опредѣленіемъ закона (*cessio legis*). Но является спорнымъ, можетъ ли каждый, кто имѣетъ законное притязаніе на уступку требованія, *ipso iure* выступать въ роли цессионарія, или это примѣняется лишь къ немногимъ отдѣльнымъ случаямъ³; первое мнѣніе противорѣчитъ яснымъ свидѣтельствамъ источниковъ⁴. Дѣйствительные случаи *cessio legis* суть слѣдующіе: нѣкоторые солидарные должники, уплативъ весь долгъ, могутъ въ силу закона требовать соответствующихъ частей отъ своихъ содолжниковъ (§ 246 пр. 15); не получившій законной доли наслѣдникъ, который совершилъ *rescissio testamenti*, можетъ въ силу закона требовать назадъ отказы, выданные наслѣдниками по завѣщанію, отъ лицъ получившихъ⁵.

В. Правоотношенія

1) § 250. Цедента и цессионарія къ должнику.

Vangerow, § 575.—*Windscheid*, §§ 331—332. 334.—*Brinz*, § 285.

1. Цедентъ съ момента совершенія *cessio* (а не съ момента *denuntiatio*, какъ нѣкоторые полагаютъ) теряетъ свое требованіе¹; отсюда слѣдуетъ, въ частности, что второю цессіей онъ ничего не перенесетъ на новаго цессионарія. Тѣмъ не менѣе должникъ, пока не узнаетъ о цессіи, можетъ поступать съ цедентомъ какъ съ вѣрителемъ². По недосмотру въ компиляцію Юстиніана попали слѣдующіе остатки прежняго права: а) что цеденту послѣ цессіи можно устанавливать закладныя права и поручительства³; б) что, если цедентъ послѣ цессіи сдѣлается наслѣдникомъ должника, то уступленное требованіе прекращается по *confusio*⁴; эти обѣ нормы не могутъ быть признаны дѣйствующими въ настоящее время.

2. Цессионарій съ момента совершенія *cessio* (а не съ момента *denun-*

¹ 1. 3. C. h. t. 4, 39; 1. 1. C. de nov. 8, 41.—² 1. 3. D. fam. erc. 10, 2.—³ 1. 57. D. de leg. 1 (30); 1. 1. §§ 13. 14. D. de tut. 27, 3; 1. 4. D. de his qui eff. 9, 3; 1. 8. § 16. D. de inoff. test. 5, 2; 1. 2. D. qu. ex f. 26, 9.—⁴ 1. 11. C. de fid. 8, 40; 1. 49. § 2. D. de a. p. 41, 2; § 4. I. de fideiuss. 3, 20.—⁵ 1. 8. § 16. D. de inoff. test. 5, 2. См. еще сингулярный случай 1. 53. i. f. D. de cond. ind. 12, 6.

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

tiatio, какъ нѣкоторые полагають) приобрѣтаетъ требованіе и можетъ имъ распоряжаться по своему усмотрѣнію, напр., простить его, представить къ компенсаціи, отчудить⁵. Онъ можетъ осуществить требованіе въ томъ же объемѣ и только въ томъ объемѣ, какъ цедентъ⁶; въ этомъ отношеніи позднѣйшее право (по которому цессионарій признается вѣрителемъ) должно было удержать всѣ слѣдствія прежняго (по которому цессионарій признается лишь представителемъ вѣрителя), потому что иначе или цессионарій, или должникъ понесъ бы ущербъ. Отсюда слѣдуетъ:

а. Цессионарію принадлежать не только всѣ придаточныя права (на залоги и противъ поручителей)⁷ но и привилегіи, и то не только *privil. causae*, но и *personae cedentis*, напр., процентная и закладная привилегія фиска⁸; ибо въ противномъ случаѣ требованіе въ рукахъ цессионарія уменьшилось бы въ цѣнѣ; тѣмъ не менѣе источники исключаютъ отсюда личныя права преимуществва въ конкурсѣ (*privil. exigendi personae*)⁹; это положеніе пытались объяснить разными сносками, но оно не можетъ быть оправдано.—Процессуальныя привилегіи цедента (напр., привилегія относительно подсудности, освобожденіе отъ *cautiones*) не принадлежать цессионарію, такъ какъ онѣ не касаются требованія.

б. Можетъ ли цессионарій воспользоваться своими собственными личными привилегіями,—это вопросъ спорный. По правильному мнѣнію, его слѣдуетъ рѣшить въ отрицательномъ смыслѣ, потому что въ противномъ случаѣ должникъ потерпѣлъ бы вслѣдствіе цессіи ущербъ. Подтвержденій въ источникахъ нѣтъ¹⁰.

с. Всѣ возраженія, которыя должникъ могъ противопоставить цеденту (напр., возраженіе о *compensatio*), сохраняютъ силу и противъ цессионарія, *если только во время ихъ возникновенія должникъ не зналъ еще о цессіи*; впрочемъ, нѣкоторые исключаютъ такія возраженія, которыя ограничиваются личностью вѣрителя (§ 92 пр. 12), напр., возраженіе изъ *benef. competentiae*, изъ *pact. de non petendo in personam*; это несправедливо, потому что цессія поставила бы должника въ худшее положеніе; подтвержденій источниковъ и здѣсь нѣтъ.

д. Является спорнымъ, можетъ ли *cessus* защищаться утвержденіемъ, что цессія была симулирована (притворная); такъ какъ *cessus* безусловно имѣетъ право воспользоваться недостатками *causae cessionis* для воспрепятствованія активной легитимации истца-цессионарія, то вопросъ слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ; мнѣніе противниковъ, по которому *exceptio simulationis* не представляетъ для *cessus* интереса,—невѣрно (напр., въ случаѣ вызова на присягу и встрѣчнаго иска).

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

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

1. Обязанности цедента суть слѣдующія: онъ долженъ во всѣхъ случаяхъ (т. е. въ чемъ бы *causa cessionis* ни заключалась) содѣйствовать цессионарію въ осуществленіи требованія, въ частности: указать и выдать ему средства

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

доказыванія¹; далѣе, онъ долженъ выдать цессионарію все то, что получить отъ должника². Напротивъ, отвѣчаетъ ли онъ за существованіе требованія (за *nomen verum, debitorem esse*) или за его осуществимость (за *nomen bonum, надежность* требованія, *locupletem debitorem esse*),—этотъ вопросъ рѣшается различно, смотря по *causa sessionis*: даритель или обремененный отказомъ не отвѣчаетъ ни за то, ни за другое, продавецъ не отвѣчаетъ за *nomen bonum*, но отвѣчаетъ за *nomen verum*³; должникъ, денежное требованіе коего переведено вмѣсто платежа его вѣрителю (§ 249 sub 2), также не отвѣчаетъ, по И. у. г. с. § 736 часть 2, за *nomen bonum*; управляющій имуществомъ, который обратилъ послѣднее (или часть его) въ требованія, отвѣчаетъ за ихъ дѣйствительность и за ихъ надежность; но эти опредѣленія часто отмѣняются особымъ *pactum adiectum*.

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

С. § 252. Допустимость и недопустимость цессии.

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

I. По общему правилу цессія допускается при всѣхъ требованіяхъ, какъ при условныхъ, срочныхъ, будущихъ, такъ и, по спорному, но правильному мнѣнію, при натуральныхъ и придаточныхъ (напр., при требованіяхъ процентовъ). При двустороннихъ обязательствахъ каждая сторона можетъ уступить свое требованіе, что однако не освобождаетъ ее отъ ея долга; поэтому, двусторонняго договора, какъ *чужаго*, по римскому праву, нельзя передать по *cessio*; иначе по нынѣшнему праву,—вслѣдствіе новаго принятія на себя чужихъ долговъ (§ 254 sub IV). Можетъ ли наниматель уступить свое право найма,—это вопросъ спорный; по правильному мнѣнію, его слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ¹.

II. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ цессія не допускается, а если все-таки она будетъ совершена, то признается ничтожною. Это относится: а) къ такимъ требованіямъ, которыя по отношенію къ вѣрителю являются чисто личными, напр., обязательство къ предоставленію usufructa, алиментовъ, услугъ², по правильному мнѣнію, сюда также относится обязательство, осуществляемое посредствомъ *actio vindictam spirans* (§ 82); б) по императорскимъ указамъ³, спорныя требованія могутъ подлежать цессии,—только при установленіи *dos* или *donatio propter nuptias*, при мировыхъ сдѣлкахъ, при раздѣлахъ наслѣдства и вслѣдствіе отказовъ; это ограниченіе устранено §-мъ 236 И. у. г. с.; в) по нѣсколькимъ имперскимъ законамъ^{3а}, вообще ничтожна цессія (закладъ, переводъ, наложеніе ареста) вознагражденія за работы или услуги, а равно и служебныхъ доходовъ чиновниковъ и военнослужащихъ; наконецъ, права на пособіе изъ кассы вспоможенія, внесенной въ книги (§ 30 № 8).

III. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ нельзя цедировать требованія опредѣленнымъ лицамъ; нарушеніе такого запрещенія влечетъ за собою полное освобожденіе должника. Эти случаи суть слѣд.: а) никто не можетъ уступить своего требованія болѣе сильному (*potentior*)⁴; спорные вопросы, возбужденные этимъ предписаніемъ Θεодосія и Гонорія, могутъ имѣть только историческій интересъ, такъ какъ теперь

¹ l. 28. l. 55. D. de proc. 3, 3; l. 6. l. 14. pr. l. 23. pr. D. h. t. 18, 4. — ² l. 23. § 1. D. h. t. 18, 4. — ³ l. 4. l. 5. D. h. t. 18, 4; l. 74. § 3. D. de ev. 21, 2; cf. l. 10. l. 11. l. 12. D. h. t. 18, 4; l. 18. § 3. D. de don. 39, 5; l. 75. §§ 1. 2. D. de leg. 1 (30); l. 31. pr. D. de a. e. v. 19, 1. — ^{3а} cf. l. 58. pr. D. loc. 19, 2; l. 53. pr. D. de a. e. v. 19, 1. — ⁴ l. 9. § 1. D. de op. lib. 38, 1. — ⁵ l. 3. l. 4. C. de lit. 8, 36. — ^{3а} Reichsgesetz 21 іюня 1869 г.; 31 марта 1873 г. § 6; 2 мая 1874 г. § 45; 7 апрѣля 1876 г. § 10. — ⁴ l. 2. C. ne lic. pot. 2, 14.

нѣтъ никакихъ *potentiores*; b) по германскимъ имперскимъ законамъ еврей не можетъ уступить христіанину требованіа, которое ему принадлежитъ противъ христіанина⁵; и этотъ законъ на практикѣ уже давно не соблюдался; формально отмѣнили его союзный законъ отъ 3 іюля 1869 (§ 28 кон.). c) вѣритель опекаемаго не можетъ уступить своего требованія опекуну даже послѣ окончанія опеки, если требованіе возникло еще во время опеки⁶. — Многіе утверждаютъ, что подвластному сыну нельзя уступить требованія противъ отца; это положеніе дѣйствовало въ классическій періодъ⁷, но съ позднѣйшею имущественною правоспособностью подвластныхъ лицъ оно не можетъ быть согласимо.

D. § 253. Lex Anastasiana.

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

По закону императора Анастасія¹, цессіонарій, который купилъ требованіе за сумму меньше номинальной, не можетъ требовать отъ должника больше уплаченной имъ суммы вмѣстѣ съ обычными процентами; по дополнительному закону Юстиніана², въ случаѣ обхода закона тѣмъ путемъ, что часть требованія продается, а часть дарится, или тѣмъ путемъ, что для виду дарится цѣлое требованіе, должникъ можетъ платить только уплаченную сумму. Отъ разности двухъ суммъ должникъ освобождается. Законъ этотъ, какъ это въ немъ ясно выражено, относится только къ куплѣ требованій, но не къ купле-подобнымъ сдѣлкамъ, каковы, напр., раздѣлъ сонаслѣдниковъ, *datio in solutum*, уступка по мировой сдѣлкѣ. Но и по отношенію къ куплѣ практика и теорія ограничили законъ Анастасія (изъявъ изъ его дѣйствія бумаги на предъявителя и векселя), такъ какъ принципъ этого закона, по которому торговля требованіями влечетъ за собою притѣненіе должниковъ, признанъ всеми неосновательнымъ; поэтому новыя партикулярныя законодательства и Общій германскій торговый кодексъ арт. 299 совсѣмъ отмѣнили законъ Анастасія. — Существуетъ споръ, кто долженъ доказывать — цессіонарій или должникъ, сколько первый заплатилъ цеденту. Господствующее мнѣніе, возлагающее обязанность доказывать на цессіонарія, подтверждается какъ словами закона, такъ и намѣреніемъ законодателя; ибо обыкновенно для должника бываетъ невозможно опредѣлить размѣръ покупной цѣны, не говоря уже о доказываніи этого опредѣленія, такъ что, если обязанность доказывать возложить на должника, то законъ останется безъ примѣненія.

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Принятіе на себя чужихъ долговъ (*intercessio*).

t. D. XVI, 1; C. IV, 29: ad scutum Velleianum. — *Kattenhorn*, über Intercessionen der Frauen nach Römischem Recht 1840. — *Bachofen*, ausgewählte Lehren des Römischen Civilrechts. 1848. — *Girtanner*, die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht. 1851. — *Hasenbalg*, Beiträge zur Lehre von der Intercession. 1856. — *Delbrück*, die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und Preussischem Recht. 1853; ср. также литературу къ § 217.

I. § 254. Понятіе интерцессіи и ея примѣненіе.

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

I. Понятіе. Принятіе на себя чужаго долга (*intercessio*, также *interventio*) есть договоръ между вѣрителемъ и третьимъ лицомъ, въ которомъ послѣднее принимаетъ на себя долгъ другаго. Итакъ, всякая *intercessio* содержитъ три су-

⁵ R.A. 1551 г. § 79; R.P.O. 1577 г. Tit. 20. § 4.—⁶ Nov. 72. c. 5.—⁷ I. 4. D. de iud. 5, 1; I. 7. D. de o. et a. 44, 7.

¹ I. 22. C. mand. 4, 35.—² I. 23. C. eod. 4, 35.

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

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

1. *Экспромисси*, которая состоитъ въ томъ, что кто либо принимаетъ на себя уже существующій долгъ другаго и притомъ такъ, что послѣдній освобождается отъ долга. Это совершается посредствомъ новирующаго договора, у Римлянъ посредствомъ стипуляціи и литеральнаго контракта (по нынѣшнему праву, посредствомъ неформальнаго договора, § 266 кон.), или посредствомъ *defensio in processu*, т. е. акта, сходнаго съ новацией¹. Въ источникахъ названіе *expromissio* примѣняется и къ перемѣнѣ вѣрителя, и къ перемѣнѣ должника², все равно, принимаетъ ли новый должникъ чужой долгъ добровольно или вслѣдствіе уговора съ прежнимъ должникомъ (*delegatio*, § 307)³. Теперешняя терминологія ограничиваетъ названіе *expromissio* тѣмъ случаемъ, когда новый должникъ принимаетъ долгъ безъ предварительнаго соглашенія съ прежнимъ.

2. *Поручительству*, которое состоитъ въ томъ, что кто либо принимаетъ на себя долгъ другаго въ качествѣ *придаточнаго должника*, такъ что главный должникъ остается обязаннымъ (§ 258).

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

4. Къ интерцессіоннымъ сдѣлкамъ причисляютъ также и такъ наз. *tacita intercessio*; она состоитъ въ томъ, что кто либо принимаетъ на себя *обязательство*, которое должно было бы принять другое лицо, единственно въ немъ заинтересованное (напр., кто либо занимаетъ деньги для другаго)⁴. *Tacita intercessio* возможна и въ томъ видѣ, что одно лицо обязывается въ качествѣ корреальнаго должника вмѣстѣ съ другимъ лицомъ и единственно въ интересъ послѣдняго⁵.

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

III. Съ другой стороны, есть цѣлый рядъ сходныхъ сдѣлокъ, которыя не содержатъ въ себѣ интерцессіи, такъ какъ у нихъ недостаетъ того или другаго изъ вышеозначенныхъ признаковъ.

1. Не будетъ *принятіемъ на себя чужаго долга*: платежъ чужаго долга или вмѣсто платежа *datio in solutum*⁷, *delegatio* своего должника чужому вѣрителю⁸, отреченіе отъ права (въ частности, отъ закладнаго права)¹⁰.

2. Только *повидимому* будетъ *принятіемъ на себя чужаго обязательства*, если кто дѣлаетъ это въ собственномъ интересѣ: *prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipit*¹¹; это бываетъ тогда, когда кто либо принимаетъ или покупаетъ наслѣдство, въ которомъ есть *passiva*¹², когда кто либо принимаетъ на себя обязательство своего представителя или вообще того лица, которое имѣетъ противъ него право регресса¹³, дальѣ, когда кто либо принимаетъ на себя чужой долгъ за вознагражденіе (напр., кто либо получаетъ деньги для платежа чужому вѣрителю, но вмѣсто платежа совершаетъ *экспромиссію* должника¹⁴, или кто либо делегируетъ своего должника своему вѣрителю, поручаясь вмѣстѣ съ тѣмъ за делегата предъ

¹ 1. 2. § 5. I. 23. l. 26. D. h. t. 16, 1. — ² l. 36. D. de i. d. 23, 3; l. 31. § 3. D. de m. c. d. 39, 6. — ³ l. 22. D. h. t. 16, 1; l. 53. D. de contr. e. 18, 1; l. 4. § 3. D. de re i. 42, 1. — ⁴ l. 3. § 14. l. 11. l. 12. D. h. t. 16, 1; l. 3. l. 4. l. 10. C. h. t. 4, 29. — ⁵ l. 3. C. de d. r. 8, 39. — ⁶ l. 3. pr. l. 32. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 5. l. 7. C. h. t. 4, 29. — ⁷ l. 4. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 4. l. 9. C. h. t. 4, 29. — ⁸ l. 5. D. h. t. 16, 1. — ⁹ l. 8. § 5. D. h. t. 16, 1. — ¹⁰ l. 8. pr. l. 11. l. 21. C. h. t. 4, 29. — ¹¹ l. 13. pr. D. h. t. 16, 1. — ¹² l. 13. pr. l. 19. § 3. l. 32. pr. D. h. t. 16, 1. — ¹³ l. 3. l. 13. pr. D. h. t. 16, 1. — ¹⁴ l. 22. D. h. t. 16, 1.

делегатаріемъ)¹⁵; далѣе (что нѣкоторые оспариваютъ), когда кто либо совершаетъ *intercessio* съ цѣлью даренія¹⁶.

3. Не будетъ принятіемъ на себя чужаго долга, если кто либо обѣщаетъ принятіе только *должнику* (а не вѣрителю); это имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если кто либо принимаетъ на себя рискъ какого либо дѣйствія или упущенія, совершивъ которое, другое лицо можетъ сдѣлаться должникомъ (напр., кто либо предлагаетъ опекуну не отчуждать вещей опекаемаго и обѣщаетъ возмѣстить убытки, могущіе возникнуть для опекуна изъ отвѣтственности за это упущеніе¹⁷; кто либо побуждаетъ другаго принять наслѣдство, обѣщая вознаградить за убытки въ случаѣ обремененія наслѣдства долгами¹⁸;—иное дѣло, если кто либо принимаетъ на себя рискъ такой сдѣлки, по которой другое лицо сдѣлается вѣрителемъ (напр., кто либо побуждаетъ другое лицо къ принятію опекунской должности, обѣщая отвѣчать за возмѣщеніе всѣхъ издержекъ въ пользу опекаемаго¹⁹; кто либо побуждаетъ другаго къ принятію наслѣдства, обѣщая отвѣчать за надежность наслѣдственныхъ требованій)²⁰.

IV. Древнее *ius civile* не знало сингулярнаго преемства ни въ требованіи, ни въ долгѣ; въ срединѣ императорскаго періода относительно сингулярнаго преемства въ *требованіи* произошла перемена (§ 248 пр. 11); но сингулярное преемство въ *долгѣ* осталось навсегда чуждымъ римскому праву; поэтому *expromissio* всегда влечетъ за собою новачію: существующее обязательство прекращается, уступая мѣсто новому, причемъ на послѣднее не переходятъ *accessoria* прежняго обязательства (поручительства, закладныя права, договоры о неустойкѣ, обѣщаніе процентовъ, привилегіи, приращенія отъ пога и *супра*, § 261 пр. 11), и новому обязательству нельзя уже противопоставить тѣхъ возраженій, которыя существовали противъ прежняго (§ 261 пр. 7 слѣд.).

Но, по мнѣнію германистовъ, теперь возможно и дѣйствительное сингулярное преемство въ долгѣ. А именно, если третье лицо по договору съ вѣрителемъ или по договору съ должникомъ приметъ на себя долгъ (—во второмъ случаѣ требуется согласіе вѣрителя, которое можетъ быть изъявлено и молчаливо, напр., тѣмъ, что вѣритель возскаиваетъ по обязательству съ лица, принявшаго на себя долгъ—), то не происходитъ никакой новачіи, такъ что долгъ переходитъ на новаго должника въ такомъ видѣ, въ какомъ онъ существовалъ у прежняго должника, т. е. со своими *accessoria* и *exsertiones*; итакъ, старое обязательство продолжаетъ существовать, а происходитъ только перемена должника. Главный случай принятія чужаго долга—это принятіе ипотечныхъ долговъ по купщику недвижимости. Болѣе подробно это излагается въ германскомъ частномъ правѣ.

II. Практическое значеніе *интерцессіи*.

A. § 255. *Senatusconsultum Velleianum*.

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

Какъ ни различно содержаніе исчисленныхъ въ предыдущемъ §-ѣ *интерцессіонныхъ* сдѣлокъ, но всѣ онѣ сходятся въ томъ, что въ императорскій періодъ онѣ мало по малу были запрещены для женщинъ; это на томъ основаніи, что *интерцессія* не приличествуетъ женщинамъ (*cum feminas virilibus officiis fungi non sit aequum*)¹ и что женщины относятся къ своимъ дѣламъ легкомысленно (*infirmitas feminarum auxilium meruit*)². При Августѣ и Клавдіи

¹⁵ l. 27. § 2. D. h. t. 16, 1; l. 2. C. h. t. 4, 29. — ¹⁶ l. 4. § 1. D. h. t. 16, 1; это высказыва-
ется также очень спорная l. 13. C. h. t. 4, 29. — ¹⁷ l. 8. § 1. l. 19. § 1 D. h. t. 16, 1. — ¹⁸ l. 19.
pr. D. h. t. 16, 1. — ¹⁹ l. 6 § 1. C. h. t. 4, 29. — ²⁰ l. 19. § 4. D. h. t. 16, 1.

¹ l. 2. § 1. D. h. t. 16, 1. — ² l. 2. § 3. D. h. t. 16, 1.

женщинамъ было запрещено совершать *intercessio* за своихъ мужей; затѣмъ при Клавдіи въ 46 г. по Р. Хр. издано было *senatusconsultum Velleianum*, которое запретило *всѣмъ* женщинамъ поручаться за другихъ *посредствомъ fideiussio* и принимать на себя займы³; мнѣніями юристовъ (*responsa*) и императорскими рескриптами запрещеніе это было распространено на всѣ интерцессионныя сдѣлки⁴. Интерцессія женщины признается *относительно-ничтожною* (§ 64 sub I. 1)⁵; женщина (а равно и тотъ, кто за нее поручился⁶ или установилъ закладное право⁷, или интерцедировалъ по порученію женщины⁸) можетъ защищаться противъ всякаго притязанія вѣрителя посредствомъ *exceptio sciti Vellei*.⁹ (по римскому праву, даже въ исполнительной инстанціи¹⁰; этого не призналъ И. у. г. с. § 686, часть 2); если же женщина по незнанію принадлежащей ей эксепціи исполнитъ принятое на себя обязательство, то она можетъ потребовать возвращенія уплаченнаго; если дѣло идетъ о существующей на лицо движимой вещи, то женщина можетъ осуществить свое право на возвращеніе *посредствомъ rei vindicatio* (потому что вѣритель вовсе не приобретаетъ права собственности¹¹, § 131 пр. 16), въ прочихъ случаяхъ—*посредствомъ condictio*¹²; завѣдомо уплаченнаго она не можетъ требовать назадъ¹³.—Чтобы вѣритель не потерпѣлъ ущерба, въ случаѣ *expromissio* ему возвращаются всѣ притязанія противъ прежняго должника¹⁴; въ случаѣ такъ наз. *facita intercessio* ему дается притязаніе противъ того, за кого была совершена женщиною интерцессія, и при томъ въ такомъ видѣ, въ какомъ бы онъ приобрѣлъ это притязаніе, если бы женщина не совершила интерцессии¹⁵. Иски, которые служатъ для осуществленія возвращенныхъ притязаній, называются въ источникахъ *actiones restitutoriae* или *rescissoriae*; подражая этой терминологіи, новые юристы въ случаѣ *facita intercessio* называютъ искъ: *actio institutoria*; ибо „*instituit magis quam restituit obligationem*“¹⁶.—Въ слѣдующихъ случаяхъ изложенныя нормы не примѣняются: 1) если женщина, совершающая *intercessio*, обманула вѣрителя¹⁷; 2) если вѣритель по извинительному заблужденію не зналъ, что женщина совершаетъ *intercessio*¹⁸; это можетъ случиться въ особенности при такъ наз. *facita intercessio*¹⁹, а равно, если женщина заключаетъ сдѣлку чрезъ подставное лицо²⁰ (ср. выше пр. 8); 3) если вѣритель неполнолѣтенъ (*minor*) и главный должникъ несостоятеленъ²¹; въ этомъ случаѣ происходитъ коллизія между привилегіей минора и привилегіей женщины, и первая беретъ верхъ (§ 13 пр. 16); 4) если *intercessio* была совершена для установленія приданаго²²; 5) по указу Юстиніана²³, и въ томъ случаѣ, если по истеченіи двухъ лѣтъ женщина повторила *intercessio*.

В. § 256. Законы Юстиніана объ интерцессіи женщинъ.

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

I. По l. 23. § 2. C. h. t. 4, 29, всякая *intercessio* женщины должна

³ l. 2. pr. § 1. D. h. t. 16, 1.—⁴ l. 1. pr. l. 2. § 4. D. h. t. 16, 1. — ⁵ l. 1. § 2. D. h. t. 16, 1.—⁶ l. 16. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 14. C. h. t. 4, 29. — ⁷ l. 2. D. quae res p. 20, 3. — ⁸ l. 6. l. 7. l. 30. § 1. l. 32. § 3. D. h. t. 16, 1; l. 15. C. h. t. 4, 29.—⁹ tt. D. et. C. passim.—¹⁰ l. 11. D. ad. sc. Mac. 14, 6. — ¹¹ l. 32. §§ 1. 2. D. h. t. 16, 1; l. 39. § 1. l. 40. D. de r. v. 6, 1. — ¹² l. 40. pr. D. de c. i. 12, 6; l. 8. § 3. D. h. t. 16, 1; l. 9. C. h. t. 4, 29.—¹³ l. 9. C. h. t. 4, 29.—¹⁴ l. 1. § 2. l. 8. §§ 7. 13. l. 9. l. 13. § 2. l. 14. D. h. t. 16, 1; l. 16. C. h. t. 4, 29. — ¹⁵ l. 8. §§ 14. 15. D. h. t. 16, 1.—¹⁶ l. 8. § 14. cit.—¹⁷ l. 2. § 3. l. 30. pr. D. h. t. 16, 1; l. 5. l. 18. C. h. t. 4, 29.—¹⁸ l. 12. l. 17. § 1. D. h. t. 16, 1; l. 1. C. h. t. 4, 29. — ¹⁹ l. 4. pr. l. 11. l. 27. pr. l. 28. § 1. D. h. t. 16, 1.—²⁰ l. 6. D. h. t. 16, 1. — ²¹ l. 12. D. de min. 4, 4.—²² l. 12. l. 25. C. h. t. 4, 29. — ²³ l. 22. C. h. t. 4, 29; Nov. 61. c. 1. § 1.

быть изъяснена посредствомъ публичнаго письменнаго акта, подписаннаго тремя свидѣтелями. Объ отношеніи этого закона къ до-юстиніанову праву существуетъ три мнѣнія. По одному мнѣнію (выставленному немногими новыми юристами), въ случаѣ соблюденія предписанной формы *всякая* интерцессія имѣетъ силу, въ случаѣ несоблюденія — лишь тогда, когда имѣетъ мѣсто одинъ изъ исключительныхъ случаевъ, исчисленныхъ въ § 255. 1—5; это мнѣніе вполнѣ сообразно, но оно прямо противорѣчитъ словамъ закона. По другому мнѣнію (выставленному глоссаторомъ Булгаромъ), интерцессія женщины въ случаѣ несоблюденія формы абсолютно-ничтожна, *ipso iure* недѣйствительна (такъ что судья долженъ принимать это во вниманіе *ex officio*), въ случаѣ же соблюденія формы интерцессія относительно-ничтожна; она становится ничтожною тогда, когда совершившая интерцессию воспользуется *exc. sc̄ti Vell.*; случаи, изъятые изъ дѣйствія *sc̄ti Vell.* (§ 255. 1—5), по этому мнѣнію, вовсе не подпадаютъ подъ указъ Юстиніана. Очевидно, что это мнѣніе неосновательно, такъ какъ онъ дѣлаетъ спорный законъ почти безсодержательнымъ. Третье мнѣніе (выставленное глоссаторомъ Мартиномъ) признаетъ соблюденіе формы необходимымъ условіемъ для всякой интерцессіи, въ томъ числѣ и для случаевъ, изъятыхъ изъ дѣйствія *sc̄ti Vell.*, въ противномъ случаѣ интерцессія *ipso iure* ничтожна; если же форма соблюдена, то въ случаяхъ, изъятыхъ изъ дѣйствія *sc̄ti Vell.*, интерцессія вполнѣ дѣйствительна, въ случаяхъ, не изъятыхъ изъ дѣйствія *sc̄ti Vell.*, интерцессія относительно-ничтожна. Это есть господствующее и правильное мнѣніе. — Слѣдуетъ замѣтить:

1. Юстиніанъ не требуетъ соблюденія формы тогда, когда женщина получаетъ за *intercessio* вознагражденіе; но въ такомъ случаѣ нѣтъ вовсе интерцессіи (§ 254 sub III. 2), стало быть, нѣтъ и исключенія изъ закона. Некоторые утверждаютъ, что Юстиніанъ въ своихъ позднѣйшихъ указахъ¹ объявилъ дѣйствительною интерцессию, совершенную женщиною и безъ соблюденія формы, но въ интересѣ *dos* (и *manumissio*); это, по правильному мнѣнію, неосновательно. — Даже та интерцедирующая, которая совершаетъ обманъ, въ случаѣ несоблюденія формы не можетъ быть преслѣдуема, по правильному мнѣнію, искомъ изъ *intercessio*, а только искомъ *doli*.

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

II. По Новеллѣ 134 с. 8 (изъ которой извлечена такъ наз., *Auth. si qua mulier*), жена, которая подтверждаетъ или подписываетъ заемную росписку своего мужа и обязываетъ по этому долгу себя или свое имущество, не отвѣчаетъ ни въ какомъ случаѣ, все равно, совершено ли изъясненіе воли въ частномъ или публичномъ актѣ, одинъ или нѣсколько разъ; отсюда исключается тотъ случай, когда полученный капиталъ былъ издержанъ въ пользу жены (потому что въ такомъ случаѣ женщина не совершаетъ интерцессіи, но заключаетъ договоръ для себя). Наука (и практика) относитъ Новеллу ко *всякой* видимой для вѣрителя *intercessio* жены за мужа. Но спорятъ о томъ, изъяты ли изъ дѣйствія Новеллы тѣ случаи, которые изъяты изъ *sc̄ti Vell.* Этотъ вопросъ слѣдуетъ рѣшить отрицательно. Далѣе спорно, примѣняется ли Новелла къ тому случаю, когда супруги *вмѣстѣ* занимаютъ деньги и *сообща* выдаютъ долговую росписку; это можно утверждать не всегда, а лишь въ томъ случаѣ,

¹ I. 24. I. 25. C. h. t. 4, 29.

когда въ сдѣлкѣ заключалась примѣтная для вѣрителя интерцессія жены (что послѣдняя должна доказать).

С. § 257. Средневѣковое и новое право.

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

1. По обычному праву, интерцессія женщины-купца всегда имѣетъ силу, даже если она изъяснена неформально или за мужа.

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

3. По обычному праву, опирающемуся на римское право (—въ которомъ въ *нѣкоторыхъ* случаяхъ уже была признана дѣйствительность отреченія¹—), интерцессія женщины имѣетъ силу въ томъ случаѣ, если интерцедирующая, выслушавъ объясненія участвующаго судьи или нотариуса, отречется отъ принадлежащаго ей юридическаго преимущества. Дѣйствительность отреченія всегда предполагаетъ соблюденіе формы, предписанной Юстиніаномъ; интерцедирующая жена, какъ многіе полагаютъ, должна совершить отреченіе подъ присягою.

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

III. Въ частности, поручительство.

Гиртанеръ, въ книгѣ, указанной предъ § 254. — Hasenbalg, die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.

A. § 258. Историческое введеніе.

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

Изъ интерцессіонныхъ сдѣлокъ поручительство требуетъ особаго разсмотрѣнія, какъ историческаго, такъ и догматическаго. Поручительство есть принятіе на себя чужаго долга придаточнымъ образомъ, т. е. такъ, что должникъ остается обязаннымъ. Римское право отличается замѣчательнымъ обиліемъ поручительственныхъ сдѣлокъ; для совершенія поручительства можетъ служить *stipulatio, pactum* и консенсуальный контрактъ.

1. Поручительство путемъ stipulatio есть adpromissio¹. Классическое римское право по употребляемымъ въ стипуляціи словамъ различаетъ три института: *sponsio* (*idem dari spondes? spondeo*), *fidepromissio* (*idem fide promittis? promitto*), *fideiussio* (*idem fide tua esse iubes? iubeo*); въ по-классическую эпоху первые два института вышли изъ употребленія, такъ что въ правѣ Юстиніана дѣйствуетъ только третій. Всѣ три предполагаютъ наличность дѣйствительнаго обязательства, хотя бы только натуральнаго² (наличность главнаго долга); далѣе, они не должны болѣе обременять adpromissor'a, нежели главное обязательство—главнаго должника³; поэтому, adpromissor никогда не можетъ обязаться къ большому⁴ или къ чему либо другому⁵, нежели главный должникъ, далѣе, онъ не можетъ обязаться безусловно, если главный должникъ обязанъ условно и т. д.⁶; въ противномъ случаѣ сдѣлка ничтожна⁷; напротивъ, adpromissio in levioem causam допускается⁸.

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

² Gaius 3, 115—127; t. I. 3, 20; de fideiussoribus; t. D. 46, 1; C. 8, 40; de fideiussoribus et mandatoribus.—³ I. 6. D. de v. o. 45, 1; l. 70. § 4. l. 6. § 2. l. 7. l. 16. §§ 3. 4. D. h. t. 46, 1; § 1. I. h. t. 3, 20; противорѣчить l. 25. D. h. t. 46, 1, объяснить которую еще не удалось.—⁴ I. 8. § 7. D. h. t. 46, 1; Gai. 3, 126.—⁵ § 5. I. h. t. 3, 20.—⁶ l. 42. D. h. t. 46, 1.—⁷ l. 8. §§ 7—12. l. 16. D. h. t. 46, 1; Gai. 3, 126.—⁸ § 5. I. h. t. 3, 20.—⁹ l. 42. D. h. t. 46, 1.—¹⁰ l. 8. §§ 7—12. l. 16. D. h. t. 46, 1; l. 34. l. 70. D. h. t. 46, 1.—¹¹ l. 8. § 7. D. h. t. 46, 1.—¹² l. 8. § 7. l. 34. D. h. t. 46, 1.

Взятіе иска противъ адпромиссора, по до-юстиніанову праву, освобождало главнаго должника и обратно⁹; однако отсюда не слѣдуетъ, что главный должникъ и адpromissor суть корреальные должники (что утверждаетъ господствующее мнѣніе, § 246 sub II кон.).—Въ классическомъ правѣ существовали важныя различія между *sponsio* и *fidepromissio*, съ одной стороны, и *fideiussio*, съ другой стороны¹⁰.

2. *Pactum ex iure poruchiteltva nazyvaemca constitutum debiti alieni*¹¹. *Constitutum debiti* есть обѣщаніе *уплатить* должное въ опредѣленное время (§ 264). Если такое обѣщаніе дается другимъ лицомъ, а не должникомъ (*const. debiti alieni*), то въ немъ заключается обезпеченіе вѣрителя и, слѣдовательно, поручительство; но такъ какъ *constitutum* непосредственно не есть поручительство, а обѣщаніе платежа, то оно болѣе независимо отъ главнаго долга, нежели *adpromissio*. Хотя *constitutum* также предполагаетъ по крайней мѣрѣ натурально-дѣйствительный главный долгъ¹², но зато на обязанность конституента не оказываетъ никакого вліянія увеличеніе главнаго долга вслѣдствіе пога или *culpa*, а равно и прекращеніе главнаго долга по давности¹³, прекращеніе *rescissio*¹⁴, и даже платежъ по корреальному требованію тому корреальному вѣрителю, который не заключилъ *constitutum*¹⁵; далѣе, конституентъ можетъ принять инныя и даже болѣе тяжкія обязанности относительно мѣста и времени¹⁶; далѣе, конституентъ можетъ обязаться къ другому равноцѣнному предмету (напр., вмѣсто денегъ, къ доставленію зерноваго хлѣба)¹⁷; если онъ обязется къ большому, то *constitutum* не признается ничтожнымъ, а только низводится до размѣра главнаго долга¹⁸. Всѣ эти правила (пр. 13—18) не примѣняются къ *adpromissio*. Впрочемъ, по до-юстиніанову праву, можно было заключать *constitutum* только относительно *res fungibiles*, а искъ противъ конституента (*a. pecuniae constitutae* или *constitutoria*) влекъ за собою штрафъ въ пятьдесятъ процентовъ; искъ этотъ погашался въ нѣкоторыхъ случаяхъ истеченіемъ одного года; это отмѣнено Юстиніаномъ¹⁹. Въ до-юстиніановомъ правѣ существовалъ еще особый видъ конституента — *rescriptum argentarii*, изъ котораго возникла *actio rescripticia*; *argentarii* могли брать на себя (*rescipere*) долги не только замѣнимыхъ вещей, но и незамѣнимыхъ, и *rescriptum* было дѣйствительно даже въ томъ случаѣ, если долга совсѣмъ не было; *rescriptum argentarii* отмѣнено Юстиніаномъ^{19a}.

3. *Консенсуальный контрактъ съ цѣлью поручительства есть mandatum, называемое новыми юристами кредитнымъ порученіемъ, mandatum qualificatum*. Кто либо (его преимущественно новые юр. называютъ мандаторомъ, между тѣмъ какъ источники примѣняютъ это названіе ко всякому препоручителю)²⁰ даетъ другому порученіе *предоставить* третьему лицу кредитъ или не отнимать у него кредита²¹ („дай займы X. на мой рискъ“, „дай отерочку X. на мой рискъ“); *mandator* этимъ принимаетъ на себя рискъ кредита²², стало быть, дѣлается поручителемъ третьяго лица и отвѣчаетъ

⁹ I. 28. C. h. t. 8, 40.—¹⁰ Gai. 3, 119 sqq.—¹¹ t. D. 13, 5; C. 4, 18: de pecunia constituta.—¹² I. 4. § 1. 6.—S. 1. 3. § 1. I. 18. § 1. D. h. t. 13, 5.—¹³ I. 18. § 1. D. h. t. 13, 5.—¹⁴ I. 1. § 8. I. 19. § 2. I. 20. D. h. t. 13, 5.—¹⁵ I. 10. D. h. t. 13, 5.—¹⁶ I. 3. § 2. I. 4. I. 5. pr. D. h. t. 13, 5.—¹⁷ I. 1. § 5. D. h. t. 13, 5.—¹⁸ I. 11. § 1. I. 12. I. 13. I. 19. pr. § 1. D. h. t. 13, 5.—¹⁹ I. 2. C. de pec. const. 4, 18.—^{19a} I. 2. C. de const. pec. 4, 18; Theoph. paraphr. ad § 8. I. de act. 4, 6.—²⁰ I. 22. § 11. I. 46. I. 49. D. mand. 17, 1.—²¹ § 6. I. mand. 3, 26; I. 6. § 4. I. 12. §§ 13. 14. D. eod. 17, 1.—²² I. 12. § 14. I. 21. i. f. D. mand. 17, 1.

предъ кредитующимъ по *a. mandati contraria*²³. У Римлянъ кредитное порученіе особенно часто употреблялось между отсутствующими, такъ какъ здѣсь невозможно поручительство путемъ *stipulatio*²⁴. Природа порученія сообщаетъ этой формѣ поручительства свой особый характеръ; поручитель даетъ поводъ къ сдѣлкѣ, за которую онъ поручается; поэтому:

а) обязательство поручителя обсуждается по началамъ порученія (*mandatum*)²⁵; поэтому, mandator отвѣчаетъ и въ томъ случаѣ, если главное обязательство не состоится за недѣеспособностью третьяго лица²⁶; mandator можетъ взять назадъ *mandatum*, пока оно не исполнено²⁷; смерть одной изъ сторонъ погашаетъ *mandatum* (§ 306); платежъ мандатора не освобождаетъ главнаго должника²⁸.

б) и обратно, *mandator* имѣетъ притязаніе противъ мандатарія, который, принявъ порученіе, не исполнилъ его или исполнилъ не надлежащимъ образомъ; притязаніе это онъ можетъ осуществить посредствомъ *a. mandati directa*²⁹.

Всѣ эти правила (пр. 25—29) не примѣняются ни къ *adpromissio*, ни къ *const. debiti alieni*.

В. Догматическое изложение поручительства.

Примѣчаніе.

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

1) § 259. Обязанности поручителя.

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

I. Прежде всего обязанность поручителя опредѣляется волею сторонъ; а именно, признается дѣйствительнымъ всякое соглашеніе, по которому поручитель обязывается къ меньшему или на болѣе легкихъ, или, по крайней мѣрѣ, не на болѣе тяжелыхъ условіяхъ, нежели главный должникъ; напротивъ, та сдѣлка, по которой поручитель обязывается къ большому или на болѣе тяжелыхъ условіяхъ, признается ничтожною относительно большаго или болѣе тяжелыхъ условій; римское право опредѣляетъ, что *fideiussio* въ этихъ случаяхъ *вполнѣ* ничтожна (§ 258 пр. 7); это опредѣленіе основано на томъ, что *fideiussio* есть *negotium stricti iuris* (поэтому теперь оно не примѣняется).

²³ l. 12. § 13. i. f. D. mand. 17, 1.—²⁴ l. 32. D. mand. 17, 1.—²⁵ l. 12. §§ 11—14. l. 27. § 5. D. mand. 17, 1.—²⁶ l. 13. pr. D. de min. 4, 4.—²⁷ l. 12. § 16. D. mand. 17, 1.—²⁸ l. 28. D. mand. 17, 1; l. 95. § 10. D. de solut. 46, 3.—²⁹ l. 6. § 4. D. mand. 17, 1.

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

1. Если главный долгъ ничтоженъ съ самаго начала или дѣлается ничтожнымъ впослѣдствіи, то ничтожно или дѣлается ничтожнымъ и поручительство¹.

2. Если содержаніе главнаго долга позднѣе измѣняется или расширяется (напр., вслѣдствіе пога или supra главнаго должника), то поручитель отвѣчаетъ и за это². Поэтому, слѣдуетъ утверждать, что поручитель отвѣчаетъ и за проценты, которые главный должникъ обязанъ платить за проволочку; источники устанавливаютъ противоположное правило; но это объясняется тѣмъ, что fideiussio была negotium stricti iuris (§ 84 пр. 25—27).—Расширенія главнаго долга, основанныя на особомъ договорѣ (напр. главный должникъ обѣщаетъ платить проценты или неустойку), касаются поручителя лишь въ томъ случаѣ, если его поручительство явно или молчаливо было отнесено и къ этимъ расширениямъ³; ср. § 191 пр. 5.

3. Если главный долгъ прекращается ipso iure, то прекращается обыкновенно и долгъ изъ поручительства⁴. Это неточно выражено въ источникахъ⁵: in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora. Дѣло въ томъ, что есть такіе случаи, въ которыхъ поручительство (какъ и закладное право, § 207 sub III. 2) продолжаетъ оставаться въ силѣ, не смотря на прекращеніе главнаго обязательства: тамъ, поручитель не можетъ ссылаться на смерть главнаго должника, не оставившаго наслѣдниковъ⁶, ни (по мнѣнію позднѣйшихъ римскихъ юристовъ) на гибель предмета долга, происшедшую по его же винѣ⁷.

4. Возраженія главнаго должника обыкновенно принадлежать и поручителю⁸, въ частности, возраженіе о давности главнаго долга (§ 91 пр. 4). И здѣсь неточно выражаются источники⁹: omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt; дѣло въ томъ, что должнику не принадлежать:

a. чисто-личныя возраженія, напр., изъ benef. competentiae¹⁰, изъ ractum de non petendo in personam¹¹; косвенно послѣднимъ поручитель можетъ тоже воспользоваться, такъ какъ ему принадлежит benef. excussionis и sedendarum actionum (ниже III);

b. тѣ возраженія, противъ которыхъ именно вѣритель долженъ быть обезпеченъ поручительствомъ; поэтому, напр., restitutio minoris не приноситъ пользы его поручителю, если послѣдній именно поручился по поводу возврата главнаго должника¹² (ср. § 111 пр. 4);

c. возраженіе изъ sct. Macedonianum принадлежитъ поручителю лишь въ томъ случаѣ, если онъ имѣетъ регрессивный искъ противъ главнаго должника

¹ 1. 29. l. 47. пр. 1. § 56. пр. § 2. l. 60. l. 70. § 4. D. de fid. 46, 1; l. 1. §§ 1. 6. 8. D. de const. pec. 13, 5; l. 16. § 1. D. ad sct. Vell. 16, 1.—² l. 58. § 1. l. 68. § 1. D. de fid. 46, 1; l. 49. l. 88. l. 91. § 4. D. de v. o. 45, 1; l. 24. § 1. D. de us. 22, 1; l. 54. пр. D. loc. 19, 2; l. 5. C. de pact. int. emt. 4, 54; l. 2. § 12. D. de adm. r. c. 50, 8. —³ l. 54 пр. D. loc. 19, 2. —⁴ l. 10. C. de fid. 8, 40; l. 8. C. quod cum eo 4, 26. —⁵ l. 4. C. de fid. 8, 40; l. 21. § 3. l. 71. пр. D. de fid. 46, 1; l. 38. § 5. D. de sol. 46, 3; l. 28. § 1. D. de iurei. 12, 2; l. 5. пр. D. de lib. leg. 34, 3; l. 60. D. de fid. 46, 1.—⁶ l. 42. D. de sol. 46, 3. —⁷ l. 95. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 1. § 14. D. de p. 16, 3; l. 1. C. h. t. 8, 40. —⁸ l. 19. D. de dolo 4, 3; l. 32. § 5. D. de us. 22, 1; l. 38. § 4. l. 95. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 88. l. 91. § 4. D. de v. o. 45, 1.—⁹ l. 19. l. 7. § 1. D. de exc. 44, 1; § 4. l. de repl. 4, 14; l. 15. пр. l. 49. пр. D. de fid. 46, 1; l. 14. § 6. D. qu. met. 4, 2; l. 16. § 1. D. ad sct. Vellei. 16, 2; l. 24. D. de don. 39, 5; l. 4. l. 5. D. de comp. 16, 2; l. 3. § 1. D. de pec. const. 13, 5; l. 12. C. de n. n. p. 4, 30.—¹⁰ l. 19. D. de exc. 44, 1.—¹¹ l. 7. пр. D. de exc. 44, 1.—¹² l. 5. пр. in fine D. de lib. leg. 34, 3.—¹³ l. 13. пр. D. de min. 4, 4; l. 2. C. de fid. min. 2, 24.

ка; слѣдовательно, онъ не можетъ воспользоваться этимъ возраженіемъ, если поручился для того, чтобы эвентуально одарить главнаго должника¹³ (§ 274 пр. 6); возраженіе изъ принудительнаго прощенья долга, по римскому праву, принадлежитъ поручителю лишь тогда, когда вѣритель принадлежалъ къ большинству вѣрителей, согласныхъ на прощенье¹⁴; По И. у. о. к. § 178, возраженіе изъ принудительнаго прощенья никогда не дается поручителю (§ 268 sub III).

III. Поручителю принадлежитъ нѣсколько самостоятельныхъ возраженій:

1. Изъ *benef. excussionis seu ordinis*. По до-юстиніанову праву, если главный должникъ не платилъ долга, то вѣритель могъ *totiusque* вчать искъ противъ поручителя; такъ что требовался прямой уговоръ, если надо было достигнуть того, чтобы вѣритель былъ обязанъ сначала обратиться съ искомъ противъ главнаго должника и чтобы поручитель былъ такимъ образомъ лишь *fidejussor indemnificatus*¹⁵. Юстиніанъ далъ (въ Nov. 4. c. 1) поручителю право требовать предварительнаго иска противъ главнаго должника и безъ особаго уговора. *Benef. excussionis* не примѣняется, по прямому опредѣленію 4-й Новеллы, тогда, когда главный должникъ находится въ отсутствіи, и не будетъ представленъ поручителемъ къ сроку, опредѣленному судьей; совершенно справедливо это опредѣленіе распространяютъ и на тотъ случай, когда осуществленіе иска противъ главнаго должника вообще труднѣе, нежели противъ поручителя, напр., потому, что надъ его имуществомъ открылся конкурсъ. Почти всѣ полагаютъ, что *beneficium* не примѣняется и тогда, когда главный долгъ есть долгъ безъ иска, когда поручитель отказался отъ *beneficium*, когда онъ завѣдомо отрицалъ поручительство.

2. Изъ *beneficium cedendarum actionum*; совершая платежъ, поручитель можетъ потребовать отъ вѣрителя уступки всѣхъ правъ, которыя принадлежатъ ему противъ главнаго должника и противъ сопоручителей¹⁶ (последнее нѣкоторыя несправедливо отрицаютъ).

3. Изъ *beneficium divisionis*; если нѣсколько лицъ поручились за одинъ и тотъ же долгъ, то, по *epistola d. Hadriani*¹⁷, каждый изъ поручителей можетъ требовать, чтобы вѣритель распредѣлилъ требованіе между *состоятельными*; при этомъ (по правильному мнѣнію) безразлично, совершено ли поручительство одновременно и сообща, или же нѣтъ. *Benef. divisionis* отпадаетъ, если поручитель отъ него отказался или завѣдомо отрицаетъ поручительство¹⁸; далѣе, *benef. divisionis* не принадлежитъ поручителямъ опекуна противъ опекаемаго¹⁹.

2) § 260. Права поручителя.

Vangerow, § 578. — Windscheid, § 481.

I. Противъ главнаго должника. Можетъ ли поручитель, удовлетворившій вѣрителя, совершить регрессъ противъ главнаго должника, или нѣтъ? Это зависитъ отъ особаго правоотношенія, существующаго между нимъ и главнымъ должникомъ. Поручитель не пользуется правомъ регресса, если поручительство не было собственно интерессией¹ (напр., главный должникъ былъ

¹³ l. 9. § 3. D. ad set. Mac. 14, 6. — ¹⁴ l. 58. § 1. D. mand. 17, 1. — ¹⁵ l. 41. D. de fid. 46, 1; l. 116. de v. o. 45, 1. — ¹⁶ l. 2. C. de fidei. 8, 40; l. 17. l. 36. D. eod. 46, 1; l. 95. § 11. D. de sol. 46, 3. ¹⁷ Gai. 3, 121. 122; § 4. I. de fid. 3, 20; l. 26. l. 27. l. 49. § 1. l. 51. §§ 1. 4. D. de fid. 46, 1. 10. § 1. l. 16. C. eod. 8, 40; l. 3. C. de pec. const. 4, 18. — ¹⁸ l. 10. § 1. D. de fid. 46, 1. — ¹⁹ l. 1. D. rem pup. 46, 6.

¹ l. 24. D. de pact. 2, 14.

его повѣренный въ дѣлахъ), или если онъ поручился съ намѣреніемъ совершить дареніе². За исключеніемъ этихъ случаевъ, смотря по тому, поручился ли онъ по порученію или безъ порученія главнаго должника, онъ можетъ требовать отъ послѣдняго возмѣщенія убытковъ посредствомъ *act. mandati contraria*³ или *negotiorum gestorum contraria*⁴; и не совершивъ платежа, онъ пользуется этимъ правомъ, если вѣритель даетъ ему росписку въ полученіи долга съ цѣлью совершить ему *donatio remuneratoria*⁵; это правило не примѣняется въ случаѣ простаго даренія⁶ (что утверждаетъ господствующее мнѣніе). Если вѣритель уступилъ свои притязанія поручителю (§ 259 пр. 16), то послѣдній можетъ требовать въ качествѣ цессіонарія вѣрителя (не только возмѣщенія убытковъ, но и) полного удовлетворенія главнаго долга. Поручитель теряетъ право регресса, если совершитъ платежъ, зная, что у главнаго должника есть возраженія противъ вѣрителя⁷. — Изложенныя начала аналогично примѣняются и къ тому случаю, когда поручитель еще не уплатилъ, но присужденъ къ платежу долга⁸, и даже къ тому случаю, когда главный должникъ медлитъ съ платежомъ долга или начинаетъ расточать свое имущество; поручитель можетъ тогда требовать освобожденія отъ своего обязательства⁹.

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

III. Противъ обратныхъ поручителей. Обратный поручитель есть поручитель, представленный поручителю главному должнику для обезпеченія его права регресса противъ послѣдняго¹⁰; размѣръ его обязательства опредѣляется правомъ регресса поручителя. — Отъ обратнаго поручителя слѣдуетъ отличать *подпоручителя* (*fideiussor fideiussoris* въ источникахъ, *fidei. succedaneus* у новыхъ юр.), т. е. того, который поручился предъ вѣрителемъ за поручителя; размѣръ его обязательства опредѣляется обязательствомъ поручителя¹¹.

IV. Противъ вѣрителя. Отъ послѣдняго, по судебной практикѣ, поручитель можетъ требовать, чтобы онъ не давалъ излишней поправки главному должнику или сопоручителю и этимъ не подвергъ опасности его *beneficia* (§ 259 sub III. 1. 3). Этотъ судебный обычай образовался на основаніи l. 28. D. de fidei. 46, 1, которая въ дѣйствительности говоритъ только объ *exceptio divisionis*, но уже глоссою была истолковываема въ томъ смыслѣ, что поручитель посредствомъ *иска* можетъ требовать отъ вѣрителя, чтобы онъ вчалъ искъ противъ должника или сопоручителя; если въ продолженіе назначеннаго судьей срока вѣритель не исполнитъ требованія поручителя, то послѣдній освобождается. По начальнымъ словамъ приведеннаго мѣста (*si contendat*) искъ поручителя называли *provocatio ad agendum ex lege si contendat* и создали для него особый видъ процесса (провокаціонный процессъ); но послѣдній не перешелъ въ II. у. р. с.; неосновательно утвержденіе процессуалистовъ, будто этотъ провокаціонный искъ поглощается установительнымъ искомъ (*Feststellungs-klage*, § 80 пр. 6 и II. у. р. с. § 231).

² l. 9. § 3. D. ad set. Mac. 14, 6; l. 6. § 2. D. mand. 17, 1. — ³ l. 6. § 2. l. 18. l. 20. § 1. l. 21. l. 22. пр. D. mand. 17, 1; § 6. I. de fid. 3, 20. — ⁴ l. 6. § 2. l. 20. § 1. D. mand. 17, 1. — ⁵ l. 10. § 13. D. mand. 17, 1. — ⁶ l. 12. пр. D. mand. 17, 1. — ⁷ l. 10. § 12. l. 29. D. mand. 17, 1; l. 10. C. eod. 4, 35. — ⁸ l. 38. § 1. D. mand. 17, 1. — ⁹ l. 38. § 1. D. mand. 17, 1; l. 10. C. mand. 4, 35. — ¹⁰ l. 4. пр. D. de fid. 46, 1. — ¹¹ l. 8. § 12. l. 27. § 4. D. de fid. 46, 1; l. 38. § 5. de sol. 46, 3.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Прекращеніе обязательствъ.

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

I. § 261. Общій обзоръ.

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

II. Отдѣльные способы прекращенія.

А. Платежъ.

Предварительное замѣчаніе.

Правила объ исполненіи (платежѣ) были уже изложены выше (§§ 225 — 235). Здѣсь мы займемся только тремя вопросами: а) платежомъ въ счетъ нѣсколькихъ долговъ (§ 262); б) доказываніемъ платежа (§ 263); в) общаніемъ платежа (§ 264).

1) § 262. Платежъ въ счетъ нѣсколькихъ долговъ.

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

Если вѣритель имѣетъ нѣсколько однородныхъ требованій противъ должника, и послѣдній совершаетъ платежъ, котораго недостаточно для покрытія всѣхъ требованій, то возникаетъ вопросъ, къ которому изъ требованій платежъ долженъ быть отнесенъ? Вопросъ этотъ имѣетъ важное значеніе въ особенности тогда, когда лишь за нѣкоторыя требованія обѣщаны проценты, установлены закладныя права и поручительства и когда нѣкоторыя требованія подлежатъ давности прежде, нежели другія. Прежде всего вопросъ рѣшается волею *уплачивающаго*¹. Если же она не была изъявлена, то опредѣлить назначеніе платежа можетъ *вѣритель*²; только онъ долженъ сдѣлать это тотчасъ³ и соблюдая интересъ должника, какъ бы свой собственный; по-

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

³ l. 1. l. 101. § 1. D. h. t. 46, 3; l. 1. C. h. t. 8, 42. — ² l. 1. D. h. t. 46, 3; l. 1. C. h. t. 8, 42. — ³ l. 1. l. 2. l. 3. D. h. t. 46, 3.

этому онъ не можетъ зачесть платежа на долгъ спорный или на такой, по которому еще не наступилъ срокъ платежа⁴; впрочемъ, если вѣритель продаетъ вещь, заложенную ему въ обезпеченіе нѣсколькихъ требованій, то онъ можетъ отнести вырученную сумму къ натуральнымъ долгамъ предъ гражданскими⁵. Если же и вѣритель не указалъ назначенія полученнаго платежа, то послѣдній относится къ процентамъ предъ капиталомъ⁶; затѣмъ къ долгу, по которому наступилъ срокъ платежа⁷; затѣмъ къ долгу, за неисполненіе котораго постановлена неустойка⁸; затѣмъ къ долгу, за который отвѣчаетъ поручитель или залогъ⁸; затѣмъ къ тому долгу, который должникъ долженъ отъ своего имени, предъ тѣмъ, который онъ долженъ отъ чужаго имени (напр., какъ поручитель)⁹; затѣмъ къ старѣйшему по времени долгу¹⁰; наконецъ, ко всѣмъ прочимъ долгамъ—пропорціонально¹¹.

2) § 263. Доказываніе платежа посредствомъ росписки въ полученіи (квитанціи).

Ср. литературу къ § 209. — Windscheid, § 344.

Для доказательства платежа (кромѣ другихъ средствъ) можетъ служить росписка, т. е. документъ, въ которомъ вѣритель признаетъ, что онъ получилъ отъ должника предметъ долга. Такъ какъ росписка выдается иногда до полученія платежа, то ея доказательная сила (по закону Юстиніана)¹ при займахъ и подобныхъ сдѣлкахъ (§ 231 пр. 5) откладывается до истеченія 30-и дней послѣ выдачи; если должникъ пытается доказать платежъ посредствомъ росписки въ полученіи, то вѣритель въ теченіе этихъ 30-и дней можетъ предъявить querela non solutae pecuniae (неточно названную Юстиніаномъ exsertio non numeratae pecuniae); къ этому возраженію относились тѣ же изъятія и тѣ же спорные вопросы, что и относительно долговой росписки (§ 231). Особымъ началамъ подлежатъ квитанціи, выдаваемыя въ удостовѣреніе уплаты общественныхъ податей; онѣ тотчасъ имѣютъ доказательную силу². Законъ Юстиніана (пр. 1) отмѣненъ Вводнымъ закономъ къ И. у. г. с. § 17, по которому доказательная сила росписки въ полученіи т. е. квитанціи (и долговой росписки), не зависитъ отъ времени (ср. § 231 sub III).—Квитанціи, удостовѣряющія платежъ общественныхъ податей за послѣдніе три года, даютъ основаніе предположенію, что уплачены и прежніе взносы³; это предположеніе почти всѣ распространяютъ на частныя росписки въ полученіи срочныхъ взносовъ (процентовъ, наемной платы).—Во всякомъ случаѣ, если не по римскому⁴, то по нынѣшнему обычному праву, производя платежъ, должникъ можетъ требовать выдачи росписки; до полученія послѣдней должникъ можетъ откладывать платежъ.

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

t. D. XIII, 5: de pecunia constituta.—t. C. IV, 18: de constituta pecunia. — Bähr, das Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. 1867. — Karlowa, das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. § 40.—Windscheid, § 284.—Baron, § 135.

Платежу часто предшествуетъ особое обѣщаніе платежа (constitutum debiti), обыкновенно вмѣстѣ съ указаніемъ опредѣленнаго времени, когда платежъ долженъ послѣдовать; если не сдѣлано такого указанія, то обѣщающему дается десятидневный срокъ (§ 228 пр. 4)¹. Constitutum имѣло въ клас-

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

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

¹ 1. 21. § 1. D. h. t. 13, 5.

сическомъ римскомъ правѣ очень важное значеніе, потому что общеніе платежа, хотя бы совершенное неформально, давало, по преторскому эдикту², право на искъ (*actio de pecunia constituta seu constitutoria*), и этотъ искъ кромѣ того влечъ за собою присужденіе отвѣтника къ штрафу въ 50 процентовъ спорнаго объекта³. Хотя штрафъ этотъ въ правѣ Юстиніана уже не существуетъ (и хотя въ нынѣшнемъ правѣ всѣ неформальные договоры даютъ право иска), тѣмъ не менѣе *constitutum* не потеряло своего значенія. А именно, съ нимъ часто соединяется признаніе долга конституентомъ (напр., тѣ 100, которые я долженъ А. изъ купли участка, общаю ему уплатить)^{3a}; впрочемъ, это не всегда бываетъ (напр., то, что я долженъ А. изъ продажи участка.....). Далѣе, хотя *constitutum* не обращаетъ недѣйствительнаго долга въ дѣйствительный⁴ (напротивъ, *constituens* можетъ противопоставить иску изъ *constitutum* тѣ же возраженія, которыя существуютъ противъ самаго требованія⁵), но зато натуральный долгъ оно превращаетъ въ исковой⁶. Далѣе, общеніе платежа можетъ быть дано не только должникомъ (*const. debiti proprii*), но и третьимъ лицомъ (*const. debiti alieni*)⁷; въ послѣднемъ случаѣ возникаетъ особый видъ поручительства (§ 258). Далѣе, *constitutum* защищаетъ вѣрителя отъ прекращенія требованія вслѣдствіе давности⁸, вслѣдствіе смерти (при ненаслѣдственныхъ обязательствахъ), вслѣдствіе прекращенія обогащенія (при искахъ объ обогащеніи)⁹, такъ какъ всѣ эти факты не имѣютъ значенія противъ уже совершеннаго *constitutum*. Далѣе, въ *constitutum* можетъ войти отступленіе отъ прежняго требованія: можетъ быть общанъ платежъ другими вещами (хлѣбомъ вмѣсто денегъ)¹⁰, въ другое время, въ другомъ мѣстѣ¹¹, третьему лицу¹²; что касается мѣста и времени, то *constitutum* можетъ быть менѣе выгодно для конституента, нежели само обязательство; но если въ *constitutum* заключены болѣе обременительныя для конституента условія относительно прочаго содержанія обязательства, то *constitutum* сокращается до размѣра послѣдняго¹³. Во всякомъ случаѣ само обязательство остается нетронутымъ; поэтому вѣрителю принадлежитъ выборъ, или (не обращая вниманія на *constitutum*) требовать исполненія самаго обязательства, или же требовать исполненія *constitutum*; если онъ приметъ исполненіе *constitutum*, то этимъ погашается само обязательство¹⁴. При активномъ корреальномъ обязательствѣ *constitutum*, заключенное однимъ изъ корреальныхъ вѣрителей, лишаетъ другихъ вѣрителей права на полученіе платежа¹⁵. Въ до-юстиниановомъ правѣ существовали нѣкоторыя ограниченія *constitutum*, — указанныя уже выше § 258 пр. 19.

В. § 265. Компенсация.

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

І. Понятіе и исторія. Легальное опредѣленіе гласитъ: *compensatio est*

² l. 1. pr. D. h. t. 13, 5. — ³ Gaius 4, 171. — ^{3a} l. 26. D. h. t. 13, 5. — ⁴ l. 1. §§ 1. 5. 8. l. 11. § 1. l. 12. l. 24. l. 31. D. h. t. 13, 5. — ⁵ l. 3. pr. § 1. D. h. t. 13, 5. — ⁶ l. 1. § 7. D. h. t. 13, 5. — ⁷ l. 2. l. 5. §§ 2—4. l. 26. l. 27. l. 28. D. h. t. 13, 5. — ⁸ l. 18. § 1. D. h. t. 13, 5. — ⁹ l. 1. § 8. l. 19. § 2. l. 20. D. h. t. 13, 5. — ¹⁰ l. 1. § 5. l. 25. pr. D. h. t. 13, 5. — ¹¹ l. 4. l. 5. pr. l. 16. pr. D. h. t. 13, 5. — ¹² l. 5. §§ 2. 6. 7. l. 7. § 1. D. h. t. 13, 5. — ¹³ l. 1. § 8. l. 11. § 1. l. 12. l. 24. D. h. t. 13, 5. — ¹⁴ l. 18. § 3. D. h. t. 13, 5. — ¹⁵ l. 10. D. h. t. 13, 5.

*debiti et crediti inter se contributio*¹, т. е. *компенсація єсть взаимный зачетъ требованія и встрѣчнаго требованія*; должникъ можетъ зачесть за требованіе своего вѣрителя, встрѣчное требованіе, которое у него есть противъ вѣрителя, все равно, согласенъ ли послѣдній на зачетъ, или нѣтъ. Должникъ заинтересованъ въ этомъ, потому что *interest potius nostra non solvere, quam solutum repetere*²; а вѣритель не можетъ противъ этого возражать, потому что *dolo facit, qui petit quod redditurus est*³; однимъ словомъ, компенсація равняется платежу: *dedisse intelligendus est etiam is qui compensavit*⁴.—Право на компенсацію развивалось постепенно; первоначально предъявляющій искъ *argentarius*⁵ и покушникъ конкурсной массы (*bonorum emtor*)⁶ должны были сами совершать вычетъ встрѣчныхъ требованій должника; затѣмъ, должникъ изъ *bonae fidei obligatio* (§ 84) имѣлъ право зачесть свое встрѣчное требованіе изъ той же сдѣлки⁷; въ императорскій періодъ и должникъ изъ *stricti iuris obligatio* получилъ право зачесть посредствомъ *doji exsertio* какия бы то ни было встрѣчныя требованія за требованіе истца⁸; наконецъ, Юстиніанъ⁹ допустилъ компенсацію во всѣхъ случаяхъ (даже за вещныя притязанія); поэтому, въ правѣ Юстиніана (и нынѣшнемъ правѣ) остались лишь отдѣльные случаи, въ которыхъ не допускается компенсація по особымъ причинамъ полезности, а именно: 1) противъ требованія изъ *depositum*¹⁰; 2) противъ требованія возвращенія противозаконно захваченной вещи¹¹; 3) противъ требованія казны по поводу податей и другихъ общественныхъ повинностей¹², а также по поводу требованія покупной цѣны вещи¹³; 4) противъ требованій городской общины изъ налоговъ и другихъ общественныхъ повинностей¹⁴, изъ отказовъ, изъ денежныхъ займовъ, изъ обязанностей, установленныхъ для общественныхъ цѣлей¹⁵.

II. Условія компенсаціи. Если компенсація должна осуществиться противъ воли вѣрителя, то это можетъ быть совершено лишь подъ тѣмъ условіемъ:

1. чтобы встрѣчное требованіе матеріально было дѣйствительно; поэтому *obligatio civilis inanis* (§ 230 пр. 29) не можетъ быть зачтено¹⁶; иногда (многіе утверждаютъ, что всегда) достаточно было натурального обязательства¹⁷; относящіяся сюда случаи натурального обязательства въ нынѣшнемъ правѣ уже не существуютъ;

2. чтобы встрѣчное требованіе принадлежало самому зачитывающему противъ требующаго¹⁸: *ex persona tertii compensatio fieri nequit*. Но поручитель можетъ представить къ зачету встрѣчное требованіе главнаго должника противъ вѣрителя¹⁹, корреальный должникъ—встрѣчное требованіе того содолжника, съ которымъ онъ находится въ отношеніяхъ товарищества,²⁰ — очевидно потому, что платежъ поручителя дѣлаетъ главнаго должника обязаннымъ по регрессу, то же послѣдствіе производитъ платежъ корреального должника для содолжника-товарища;

3. чтобы предметъ требованія и встрѣчнаго требованія были однородны²¹ (поэтому можно компенсировать только деньги деньгами, хлѣбъ хлѣбомъ того же рода и качества и т. д.); но зато не требуется связи (*connexitas*) между двумя требованіями. И въ томъ и въ другомъ отношеніи отъ *compensatio* отли-

¹ 1. 1. D. h. t. 16, 2.—² 1. 3. D. h. t. 16, 2.—³ 1. 8. pr. D. de dol. exc. 44, 4.—⁴ 1. 76. D. de v. s. 50, 16.—⁵ Gai. 4, 64.—⁶ Gai. 4, 65.—⁷ Gai. 4, 63.—⁸ § 30. I. de act. 4, 6; 1. 4. 1. 5. 1. 10. § 3. 1. 15. D. h. t. 16, 2.—⁹ 1. 14. pr. C. h. t. 4, 31.—¹⁰ 1. 14. § 1. C. h. t. 4, 31; 1. 11. pr. C. dep. 4, 34.—¹¹ 1. 14. § 2. C. h. t. 4, 31.—¹² 1. 46. § 5. D. de iure f. 49, 14.—¹³ 1. 46. § 5. D. de iure f. 49, 14; 1. 7. C. h. t. 4, 31.—¹⁴ 1. 3. C. h. t. 4, 31.—¹⁵ 1. 3. C. h. t. 4, 31.—¹⁶ 1. 14. D. h. t. 16, 2.—¹⁷ 1. 6. 1. 8. D. h. t. 16, 2.—¹⁸ 1. 18. § 1. D. h. t. 16, 2; 1. 9. C. h. t. 4, 31; 1. 23. D. h. t. 16, 2.—¹⁹ 1. 4. 1. 5. D. h. t. 16, 2.—²⁰ 1. 10. D. de d. r. 45, 2.—²¹ Gai. 4, 66.

чается *ius retentionis*, которое предполагает встречное требование, находящееся въ связи съ предъявленнымъ требованіемъ, но можетъ быть съ послѣднимъ неоднородно²²; *ius retentionis* не прекращаетъ права, которому противопоставлено встречное требование, а только откладываетъ его исполненіе (§ 76);

4. чтобы по встречному требованію наступилъ срокъ исполненія; срокъ исполненія признается наступившимъ и тогда²³, когда должнику по требованіямъ справедливости предоставлена отсрочка²⁴ (§ 228);

5. допускается ли по одному изъ указовъ Юстиніана²⁵ компенсация только тогда, когда встречное требование можетъ быть тотчасъ доказано (*liquidum cum illiquido nulla est compensatio*), — это вопросъ спорный. Нѣкоторые подъ *illiquida obligatio* разумѣютъ такое встречное требование, которое не можетъ быть *тотчасъ* доказано; другіе — такое, доказательство котораго требуетъ сложнаго разбирательства, продолжающагося несоразмѣрно дольше, чѣмъ доказательство самого требованія; третьи утверждаютъ, что встречное требование должно быть тотчасъ *liquidum*, если оно противопоставляется лишь послѣ *litiscontestatio* (возраженіе о компенсациі можетъ быть заявлено даже въ исполнительній инстанціи²⁶); наконецъ, нѣкоторые совсѣмъ отвергаютъ условіе *liquiditas*, если встречное требование возникаетъ изъ той же юридической сдѣлки, что и само требование (напр., *mandatarius* противопоставляетъ довѣрителю требование по поводу издержекъ). Диспозитивнымъ словамъ юстиніанова указа (*ita compensationes obici iubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare*) соответствуетъ второе изъ приведенныхъ мнѣній, по которому возраженіе о компенсациі не принимается лишь тогда, когда доказываніе встречнаго требованія требуетъ длиннаго разбирательства, которое не находится ни въ какой связи съ доказываніемъ взыскиваемаго требованія, но при этомъ не слѣдуетъ обращать вниманія, предъявлено ли это возраженіе при *litiscontestatio* или позднѣе, возникаетъ ли встречное требование изъ той же юридической сдѣлки, что взыскиваемое требование, или изъ другой. Напротивъ, постановленіямъ И. у. г. с. §§ 136. 274 соответствуетъ четвертое изъ приведенныхъ мнѣній.

Болѣе строгимъ условіямъ подлежитъ компенсация противъ требованія казны: въ одну общественную кассу нельзя представить къ зачету требование противъ другой²⁷, и даже, такъ какъ процессы казны должны быть вообще окончены въ теченіе двухъ мѣсяцевъ²⁸, то встречное требование противъ казны должно быть доказано въ теченіе того же времени²⁹. Съ другой стороны, въ случаѣ конкурса условія компенсациі, по классическому праву, были менѣ строгія: не требовалось, чтобы встречное требование было однородно и чтобы по нему наступилъ срокъ исполненія (зачетъ въ конкурсѣ назывался *deductio*)³⁰; это смягченіе въ правѣ Юстиніана не существуетъ; но И. у. о. в. ввелъ его съ незначительными измѣненіями опять.

III. Какъ совершается компенсация. Простое возникновеніе встречнаго требованія еще не прекращаетъ требованія; требование и встречное требование могутъ существовать рядомъ; компенсация наступаетъ лишь по волѣ вѣрителя или должника. А именно, въ двухъ случаяхъ (которые теперь не существуютъ) *впритемъ* (*argentarius* и *bonorum emtor*) обязанъ былъ самъ зачестъ встреч-

²² Ср. I. 1. pr. D. qu. m. pign. 20, 6; I. 15. § 2. D. de furtis 47, 2. — ²³ I. 7. pr. D. h. t. 16, 2. — ²⁴ I. 16. § 1. D. h. t. 16, 2. — ²⁵ I. 14. § 1. C. h. t. 4, 31; § 30. I. de act. 4, 6. — ²⁶ I. 2. C. h. t. 4, 31; Reichscivilprozessordnung § 686 ограничила это. — ²⁷ I. 1. C. h. t. 4, 31. — ²⁸ I. 41. C. Th. de app. 11, 30. — ²⁹ I. 46. § 4. D. de iure f. 49, 14. — ³⁰ Gai. 4, 65 68.

ное требованіе должника³¹, въ прочихъ случаяхъ совершеніе компенсаціи зависитъ отъ усмотрѣнія должника³²; если должникъ хочетъ воспользоваться компенсаціей, но судья въ этомъ ему отказываетъ (не вслѣдствіе несуществованія встрѣчнаго требованія, а) вслѣдствіе недопустимости компенсаціи, то его встрѣчное требованіе продолжаетъ существовать³³; если же судья найдетъ, что возраженіе о компенсаціи основательно, то оба требованія признаются прекращенными, поскольку они покрываютъ другъ друга; при этомъ временемъ прекращенія считается не моментъ произнесенія приговора, а моментъ возникновенія встрѣчнаго требованія³⁴; поэтому, ни та, ни другая сторона не можетъ требовать процентовъ за промежуточное время³⁵; поэтому, не имѣютъ мѣста вредныя послѣдствія проволочки по поводу неисполненія въ промежуточное время³⁶, точно также не взыскивается и неустойка³⁷; поэтому, наконецъ, если должникъ по извинительному заблужденію не воспользовался правомъ компенсаціи, то онъ можетъ потребовать уплаченное назадъ (посредствомъ *condictio indebiti*)³⁸. — Какъ уже выше замѣчено, воля должника совершить компенсацію должна была изъясляться въ *stricti iuris iudicia* противопоставленіемъ *ex. doli in iure* (выше пр. 8); въ *bonae fidei iudicia* этого не требовалось только потому, что *bonae fidei iudiciis exceptio doli inest* (§ 84 пр. 24); въ прочихъ случаяхъ всегда требовалось противопоставленіе *doli exceptio*. Тѣмъ не менѣе въ нѣсколькихъ мѣстахъ какъ во фрагментахъ юристовъ³⁹, такъ и въ законахъ Юстиніана⁴⁰ мы встрѣчаемъ правило: *compensatio fit ipso iure*; о значеніи этого правила существуютъ самыя различныя мнѣнія. По одному мнѣнію, очень распространенному въ прежнее время, это правило высказываетъ, что требованіе тотчасъ уничтожается съ возникновеніемъ встрѣчнаго требованія; это мнѣніе по изложеннымъ причинамъ отвергнуто теперь почти всѣми. По господствующему теперь мнѣнію, означенное правило указываетъ на обратное дѣйствіе возраженія о компенсаціи, а именно на то, что въ случаѣ признанія возраженія заслуживающимъ удовлетворенія, компенсація обсуждается такъ, какъ если бы она послѣдовала уже въ моментъ возникновенія встрѣчнаго требованія; но, во первыхъ, эта норма въ источникахъ только одинъ разъ⁴¹ поставлена въ связи съ означеннымъ правиломъ, и, во вторыхъ, само правило, чтобы заключать данную норму, должно было бы иначе быть выражено (напр.: *compensatio ipso iure fieri intelligitur*). Въ новое время было предложено еще нѣсколько объясненій, которыя, впрочемъ, по своей неудовлетворительности не встрѣтили общаго признанія; поэтому мы о нихъ говорить не будемъ.

С. Новація.

1) § 266. Такъ наз. novatio voluntaria.

t. D. XLVI, 2; C. VIII, 41; de novationibus et delegationibus. — См. лит. къ § 209; кроме того: v. *Salpius*, Novation und Delegation nach Römlichem Recht. 1864. — *Salkowski*, zur Lehre von der Novation nach Römlichem Recht. 1866. — *Römer*, die bedingte Novation nach dem Römischen und heutigen Gemeinen Recht. 1863. — *Knier*, Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation. 1866. — *Römer*, Abhandlungen. H. 1. 1877. — *Vangerow*, § 619. — *Windscheid*, §§ 353—355. 301. — *Brinz*, §§ 282. 282^a.

1. Понятіе и послѣдствія. Легальное опредѣленіе¹ гласитъ: novatio est prioris

³¹ Gai. 4, 64. 65. — ³² l. 2. D. h. t. 16, 2; l. 1. § 4. D. de contr. tut. 27, 4. — ³³ l. 7. § 1. D. h. t. 16, 2; l. 8. § 2. D. de neg. gest. 3, 5. — ³⁴ l. 4. C. h. t. 4, 31; §§ 30. 39. I. de act. 4, 6. — ³⁵ l. 11. l. 12. D. h. t. 16, 2. — ³⁶ l. 40. D. de r. c. 12, 1. — ³⁷ l. 31. § 1. D. de her. pet. 5, 3. — ³⁸ l. 10. § 1. D. h. t. 16, 2; l. 30. D. de cond. ind. 12, 6. — ³⁹ l. 4. l. 10. pr. § 1. l. 21. D. h. t. 16, 2. — ⁴⁰ l. 4. l. 14. pr. C. h. t. 4, 31; § 30. I. de act. 4, 6. — ⁴¹ l. 4. C. h. t. 4, 31. — ¹ l. 1. D. h. t. 46, 2.

debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est quum ex precedenti causa ita nova constituitur, ut prior perimatur. Итакъ, новация есть переводъ содержанія какого либо обязательства въ новое обязательство и при томъ (что пропущено въ легальномъ опредѣленіи) въ обязательство формальное², стало быть, въ literalный контрактъ или (что въ правѣ Юстиніана было единственно возможно) въ стипуляцію. Въ силу воли стороны, существующее обязательство прекращается тѣмъ, что на его мѣсто вступаетъ новое формальное обязательство съ равнымъ по существу содержаніемъ; отсюда мы видимъ, что новация не есть суррогатъ исполненія (не есть datio in solutum), но является актомъ воли, превращеніемъ одного обязательства въ другое. Новация была у Римлянъ въ большомъ употребленіи, какъ средство для превращенія неформального обязательства въ формальное, что, съ одной стороны, было необходимо для послѣдующей acseptilatio³, съ другой стороны, вслѣдствіе характера stricti iuris формального обязательства доставляло вѣрителю многія выгоды. Кромѣ того, къ новации прибѣгали для перемѣны лица вѣрителя или должника (ср. ниже II. 2), чтобы ввести или измѣнить побочныя опредѣленія (напр., чтобы прибавить или отмѣнить срокъ или условіе)⁴, а также, чтобы увеличить или уменьшить главный предметъ обязательства⁵; но послѣднее стало разсматриваться какъ новация, кажется, лишь въ позднѣйшемъ классическомъ правѣ.—Новация производитъ полное прекращеніе существующаго обязательства со всѣми его придаточными частями (поручительствами, закладными правами, неустойками, процентами, привилегіями, расширеніями вслѣдствіе мога, supra должника и т. п.)⁶; поэтому, новация можетъ быть для вѣрителя невыгодною, если придаточныя части не войдутъ въ новационную стипуляцію.

II. Условія. Для новации необходимы три условія:

1. Существованіе обязательства; иногда (нѣкоторые утверждаютъ, что всегда) достаточно натурального обязательства. Если обязательства нѣтъ совсѣмъ или если оно безсилно вслѣдствіе какого либо возраженія (obl. civilis inanis, § 230 sub IV), то новация немыслима; тѣмъ не менѣ новационная стипуляція имѣетъ силу въ двухъ случаяхъ: а) если обѣщающій знаетъ несуществованіе или недействительность обновляемаго обязательства⁷; ибо въ такомъ случаѣ подъ видомъ новации онъ хочетъ обязаться съ цѣлью даренія (§ 68 пр. 6); б) если обѣщающій, хотя и не зная несуществованія обязательства, обѣщаетъ просто безъ упоминанія о мнимомъ обязательствѣ (напр., centum dare spondes? spondeo); но тогда онъ можетъ опорочить обѣщаніе искомъ и возраженіемъ по поводу falsa causa (§ 214 пр. 8)⁸. Но если въ обѣщаніи упомянуто, какъ его основаніе, мнимое обязательство (напр., quicquid te ex vendito dare facere oportet, dare facere spondes? spondeo)⁹, то обѣщаніе недействительно, такъ какъ обѣщающій желаетъ себя обязать лишь въ томъ мѣрѣ, въ какой онъ уже состоитъ должникомъ; на томъ же принципѣ основана норма, по которой новация условнаго обязательства находится въ зависимости отъ исполненія условія¹⁰.

2. Возникновеніе новаго формального обязательства, будетъ ли это обяза-

² Gai. 3, 176. — ³ § 1. I. qu. m. obl. toll. 3, 29. — ⁴ Gai. 3, 177. — ⁵ l. 25. D. de i. dot. 23, 3; l. 58. D. de v. o. 45, 1; l. 28. D. h. t. 46, 2; l. 8. C. h. t. 8, 41. — ⁶ l. 15. l. 18. l. 27. l. 29. D. h. t. 46, 2; l. 4. C. de fid. 8, 40. — ⁷ l. 21. l. 25. D. de v. o. 45, 1; l. 12. D. h. t. 46, 2. — ⁸ 20. D. ad sct. Mac. 14, 6. — ⁹ l. 27. D. h. t. 46, 2. — ¹⁰ l. 8. § 1. l. 14. § 1. D. h. t. 46, 2; l. 2. D. de acc. 46, 4. —

тельство срочное или безъ срока¹¹, исковое или безъ иска¹², дѣйствительное или погашаемое возраженіемъ (civilis inefficax)¹³; болѣе древніе римскіе юристы не обращали даже вниманія, если обязательство было ничтожно съ самаго начала¹⁴; далѣе, они утверждали, что если новация поставлена въ зависимость отъ условія, то прежнее обязательство уже прекращается до исполненія условія¹⁵; позднѣйшіе римскіе юристы совершенно справедливо поставили прекращеніе прежняго обязательства въ зависимость отъ исполненія условія¹⁶ и въ то же время установили правило, что во время нерѣшительнаго состоянія условія нельзя осуществлять прежняго обязательства¹⁷.—Новаціонная стипуляція должна содержать какое либо измѣненіе¹⁸, потому что иначе не было бы никакого разумнаго основанія для новации; если совершается новация неформальнаго обязательства, то измѣненіе уже состоитъ въ замѣнѣ неформальнаго обязательства формальнымъ; далѣе, измѣненіе можетъ состоять въ прибавленіи или устраненіи¹⁹ условій, сроковъ, поручителей (последняго прокуліанцы не признавали достаточнымъ)²⁰, неустоекъ; наконецъ, въ перемѣнѣ лица вѣрителя или должника²¹; въ последнемъ случаѣ новые юристы говорятъ объ exromissio, если кто либо принимаетъ на себя чужой долгъ безъ предварительнаго уговора съ должникомъ (—уже въ § 254 текстъ къ пр. 2. 3 было замѣчено, что источники придаютъ этому слову болѣе широкое значеніе—) и о delegatio, если должникъ обязывается другому по порученію вѣрителя или если должникъ съ согласія своего вѣрителя представляетъ ему новаго должника (—мы увидимъ ниже § 307, что источники придаютъ этому слову болѣе широкое значеніе—).

3. *Право и намѣреніе совершить новацию:*

а. Право совершить новацию принадлежитъ дѣеспособному вѣрителю и его представителю, будетъ ли послѣдній управомоченъ къ управленію всѣмъ имуществомъ, или прямо уполномоченъ къ новации²², но этимъ правомъ не пользуется управомоченный къ принятію платежа²³, въ частности, solutionis causa adiectus^{23a}. Если кто либо безъ права на совершеніе новации приметъ новаціонную стипуляцію, то прежнее обязательство продолжаетъ оставаться въ силѣ, а новаціонная стипуляція имѣетъ значеніе такъ наз. придаточнаго обѣщанія²⁴; вѣрителю тогда принадлежитъ выборъ между исполненіемъ перваго или втораго обязательства; исполненіе одного прекращаетъ другое.

б. *Намѣреніе совершить новацию* (animus novandi); если такого намѣренія нѣтъ на лицо, то прежнее обязательство продолжаетъ существовать, а новаціонная стипуляція имѣетъ значеніе придаточнаго обѣщанія (пр. 24); доказательства намѣренія совершить новацию классическіе юристы (какъ сообщаетъ Юстиніанъ)²⁵ почерпали изъ новыхъ опредѣленій въ новаціонной стипуляціи; при этомъ между ними возникли разногласія; нѣкоторые видѣли новацию въ какомъ бы то ни было измѣненіи обязательства (напр., въ присоединеніи поручителя или корреальнаго должника, въ установленіи залладнаго права). Поэтому Юстиніанъ опредѣлилъ²⁶, что нѣтъ новации nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresse-

¹¹ l. 5. l. 8. § 1. D. h. t. 46, 2.—¹² l. 1. § 1. D. h. t. 46, 2.—¹³ l. 8. § 11. l. 14. l. 32. § 5. D. ad sct. Vell. 16, 1; l. 16. C. eod. 4, 29.—¹⁴ Gai 3, 179.—¹⁵ Gai. 3, 179.—¹⁶ l. 8. § 1. l. 14. pr. l. 24. D. h. t. 46, 2.—¹⁷ l. 50. l. 83. D. de i. dot. 23, 3; l. 36. D. de reb. cr. 12, 1.—¹⁸ § 3. l. qu. mod. obl. toll. 3, 29.—¹⁹ § 3. I. cit.; l. 8. C. h. t. 8, 41.—²⁰ Gai. 3, 178.—²¹ § 3. I. qu. mod. obl. toll. 3, 29; l. 8. § 5. D. h. t. 46, 2.—²² l. 20. pr. § 1. D. h. t. 46, 2.—²³ l. 16. l. 21. l. 25. l. 34. pr. D. h. t. 46, 2.—^{23a} l. 10. D. h. t. 46, 2.—²⁴ l. 9. pr. l. 16. D. h. t. 46, 2.—²⁵ l. 8. C. h. t. 8, 41.—²⁶ l. 8. C. h. t. 8, 41; § 3. I. qu. mod. obl. toll. 3, 29.

rint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint“. Уже со времени комментаторовъ стали возникать споры о значеніи этихъ словъ. Положимъ, всѣ согласны, что не при всякомъ измѣненіи обязательства происходитъ новация (это обыкновенно выражаютъ такъ: нѣтъ *novatio praesumpta*); но спорятъ о томъ, необходимо ли для новации прямое изъясненіе сторонъ, или, можетъ быть, изъ *всѣхъ* соглашеній сторонъ можно выводить молчаливое изъясненіе намѣренія совершить новацию (что обыкновенно выражаютъ такъ: *имѣетъ ли силу только novatio expressa или допускается novatio tacita*); словамъ закона, очевидно, соответствуетъ строгое мнѣніе, которое требуетъ *прямо* изъясненія сторонами намѣренія совершить новацию, но нельзя не признать, что такое правило вредно для прочности договорныхъ отношеній.

Слѣдуетъ замѣтить, что въ настоящее время спорятъ о томъ, можно ли произвести новацию только посредствомъ нынѣшняго формальнаго контракта (напр., векселя), или также посредствомъ неформальнаго абстрактнаго договора; по правильному мнѣнію, слѣдуетъ признать дѣйствительными оба средства; но если кто, будучи должнымъ сумму денегъ изъ какого либо консенсуальнаго контракта, признаетъ себя должникомъ въ долговой роспискѣ (что теперь часто случается), то это будетъ не новация, а *constitutum* займа (ср. § 273 пр. 8), откуда слѣдуетъ, что если кто предъявилъ искъ изъ займа, то, опираясь на такую долговую росписку, онъ не выставляетъ неправильнаго основанія иска.

2) § 267. Такъ наз. novatio necessaria.

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

Вліяніе *litiscontestatio* (начала процесса) и приговора на правоотношенія вообще изложено уже въ §§ 95. 97; здѣсь идетъ рѣчь только объ ихъ особомъ вліяніи на обязательства.

I. *Litiscontestatio* и приговоръ въ источникахъ не разъ поставлены рядомъ съ (добровольною) новацией или даже прямо названы новацией¹; въ самомъ дѣлѣ, нѣкоторые постановленія юстиніанова права, повидимому, указываютъ на то, что означенные акты заслуживаютъ присвоеннаго имъ многими романистами названія — *novatio necessaria*: 1) требованія, иски по которымъ сами по себѣ ненаслѣдственны, съ момента *litiscontestatio* дѣлаются наслѣдственными²; вълѣдствіе *litiscontestatio* они теряютъ свой особый характеръ, который служитъ причиною ихъ ненаслѣдственности (§ 81 пр. 14. § 82 пр. 2); 2) по той же причинѣ требованіе, которое само по себѣ не могло быть осуществлено посредствомъ *act. de peculio* (напр., притязаніе изъ деликта), становится осуществимымъ посредствомъ названнаго иска, будучи признано судебнымъ приговоромъ³; 3) иски, погашаемые болѣе короткою давностью, послѣ приговора прекращаются лишь истеченіемъ тридцатилѣтней давности⁴; 4) приговоръ прекращаетъ, по римскому праву (§ 42 пр. 18), нарастаніе процентовъ, которое по истеченіи исполнительнаго четырехмѣсячнаго срока возобновляется съ болѣею силою⁵.

II. Подробное изслѣдованіе вопроса даетъ тотъ выводъ, что, по крайней мѣрѣ, по древнему *ius civile*, существовала такъ наз. *novatio necessaria*, въ самомъ дѣлѣ:

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

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

2. по правилу: *iudicio contrahitur*⁶ (§ 95 пр. 47), съ момента *litiscontestatio* начинается для сторонъ обязательство, а именно, обязанность подчиниться приговору суда, каковъ бы онъ ни былъ. Обязательство это (*condemnari oportere*) продолжается до *приговора*, съ момента постановленія коего въ случаѣ *condemnatio* отвѣтчикъ подвергается *новому* обязательству: обязательству исполнить приговоръ (*iudicatum solvi*), для чего служить новый искъ, *actio iudicati* (§ 97); въ то время, когда всякій приговоръ выражался въ денежной суммѣ, это новое обязательство, очевидно, часто отличалось отъ первоначальнаго;

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

Все это явленіе Гай описываетъ слѣдующими словами⁷: *tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione, sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri; et hoc est quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere.*

III. Но эта теорія лишилась своего внутренняго значенія съ того момента, когда римское право реципировало понятіе натурального обязательства; съ этого времени *litiscontestatio* и приговоръ не препятствуютъ первоначальному обязательству продолжаться въ качествѣ обязательства натурального⁸, между тѣмъ какъ при добровольной новации первоначальное обязательство вполнѣ прекращается; поэтому за истцомъ остаются также побочныя права (закладное право, право преимуществва въ конкурсѣ, право на проценты⁹, по юстиніанову праву¹⁰—также притязаніе противъ *fideiussor'a* и корреального должника), между тѣмъ какъ при т. н. добровольной новации они прекращаются вмѣстѣ съ первоначальнымъ обязательствомъ. Даже нѣкоторые возраженія, упущенныя въ процессѣ, могутъ быть противопоставлены притязанію на исполненіе приговора (иску *iudicati*); таковы т. н. *beneficium cedendarum actionum*¹¹, *exc. sceti Macedoniani* и *Velleiani*¹² (что, впрочемъ, относительно послѣднихъ двухъ возраженій П. у. г. с. § 686 ч. 2-я не признаетъ, ср. § 255 пр. 9. § 274 пр. 7). Но что вполнѣ лишило основанія разсматриваемую нами теорію такъ это то, что принципъ „*ne bis sit de eadem re actio*“ почти вполнѣ былъ отмѣненъ постояннымъ умноженіемъ исключеній (§ 95 пр. 5—9); съ тѣхъ поръ должникъ остается одинаково обязаннымъ какъ до, такъ и послѣ начала процесса, а присуждающій приговоръ имѣетъ лишь то значеніе, что притязаніе вѣрителя представляется яснымъ и безспорнымъ и можетъ быть спредъ осуществлено только установленнымъ судьей образомъ. Тѣмъ не менѣе нѣкоторые остатки прежней теоріи сохранили значеніе (выше I), поэтому и теперь спорять еще, принадлежитъ ли *litiscontestatio* и приговору характеръ новации.

D. § 268. Прощеніе.

v. *Völderndorff-Waradein*, zur Lehre vom Erlass. 1850. — v. *Scheurl*, Beiträge Nr. 14. 1858 — *Leist*, über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsacte. 1876. — *Vangerow*, § 621. — *Windscheid*, §§ 357. 358. — *Brinz*, §§ 111. 291.

Прощеніе есть прекращеніе требованія по воли вѣрителя съ согласія

⁶ I. 3. § 11. D. de pec. 15, 1. — ⁷ Gai. 3, 180. — ⁸ I. 60. пр. D. de cond. ind. 12, 6; I. 8. § 1. D. r. r. 46, 8. — ⁹ I. 29. D. h. t. 46, 2; I. 13. § 4. D. de pign. 20, 1. — ¹⁰ I. 28. C. de fid. 8, 40. — ¹¹ I. 41. § 1. D. de fid. 46, 1; I. 1. § 18. D. de tut. 27, 3. — ¹² I. 11. D. ad set. Mac. 14, 6.

должника. Оно можетъ быть совершено какъ въ видѣ абстрактнаго, такъ и въ видѣ дискретнаго договора (§ 214); въ послѣднемъ случаѣ прощенье бываетъ по большей части дареніемъ, или воздѣйствіемъ за совершенное уже дѣйствіе, или преддѣйствіемъ (ср. § 131 текстъ къ пр. 14).

I. Римское право. Въ юстиніановомъ правѣ сдѣлки прощенья существовали лишь для нѣкоторыхъ обязательствъ; а именно, по правилу (впрочемъ весьма сомнительному): *prout quidque contractum est, ita et solvi debet*¹, было только двѣ сдѣлки прощенья: 1. стипуляція прекращалась посредствомъ *acceptilatio*², т. е. посредствомъ договора въ формѣ вопроса и отвѣта, въ которомъ стороны заявляли, что должно такъ быть, какъ если бы вѣритель получилъ платежъ (*quod ego tibi promisi? habesne acceptum? acceptum habeo*); 2. консенсуальный контрактъ прекращался посредствомъ *contrarius consensus*³, т. е. посредствомъ неформальнаго соглашенія сторонъ, что неисполненный консенсуальный контрактъ долженъ быть прекращенъ. — Чтобы примѣнить прощенье и къ прочимъ обязательствамъ, обратились къ двумъ косвеннымъ средствамъ: а. стороны новировали посредствомъ стипуляціи договоръ, долженствующій быть прекращеннымъ и заключали затѣмъ *acceptilatio*; приемъ этотъ примѣнялся какъ къ отдельнымъ требованіямъ, такъ и тогда, когда вѣритель жѣлалъ простить своему должнику всѣ свои требованія; для послѣдняго случая Aquilius Gallus составилъ формулу новаціонной стипуляціи, которая отъ его имени получила названіе *stipulatio Aquiliana*⁴; б. вѣритель заключалъ съ должникомъ *pactum de non petendo*⁵, т. е. вѣритель обязывался не взыскивать требованія искомъ; собственно говоря, это вовсе не было прощеньемъ, и должнику слѣдовало бы только дать противъ *иска ex pacti*⁶, такъ что въ прочихъ отношеніяхъ требованіе продолжало бы существовать безъ иска; но подобно тому, какъ право *iuris civilis*, будучи лишено иска преторскимъ эдиктомъ, превращалось въ какую то безсодержательную форму (§ 79 кон.), такъ и здѣсь послѣ заключенія *pactum de non petendo* на обязательство смотрѣли, какъ на *obligatio inanis* (§ 230 пр. 29), и если должникъ совершалъ платежъ по извинительному заблужденію, то ему дозволяли требовать уплаченное обратно⁷. Впрочемъ, вышесказанное относится лишь къ тому случаю, когда *pactum de non petendo* заключено навсегда; если же *pactum* заключено лишь на извѣстное время (напр., на время жизни вѣрителя или должника, въ каковомъ случаѣ оно называлось *pact. de n. p. in personam* въ противоположность къ *pact. de n. p. in rem*)⁸, то это имѣло лишь значеніе отсрочки^{8a}, и вѣритель даже во время льготнаго срока могъ осуществлять свои прочія права, напр., закладное право, установленное въ обезпеченіе требованія⁹.

II. Нынешнее право. *Acceptilatio* теперь не существуетъ; но вѣритель часто выдаетъ расписку въ полученіи безъ дѣйствительнаго полученія съ намѣреніемъ простить долгъ; такая сдѣлка подлѣжить правиламъ *acceptilatio* (ср. § 245 пр. 15—18). — *Contrarius consensus* продолжаетъ существовать и иногда не точно именуется *mutuus dissensus*. — Въ нынѣшнемъ правѣ прибавилось изъясненіе вѣрителя, что онъ прощаетъ долгъ. — Часто также заключается договоръ съ вѣрителемъ, чтобы онъ не вчинялъ иска по требованію; на этотъ договоръ нельзя смотрѣть (какъ на римское *pact. de non petendo*).

¹ l. 80. D. de sol. 46, 3; l. 35. l. 100. D. de r. i. 50, 17. — ² § 1. I. qu. m. obl. 3, 29; t. D. de acc. 46, 4. — ³ § 4. I. qu. m. obl. 3, 29; l. 7. § 6. D. de pact. 2, 14; l. 2. l. 3. l. 5. §§ 1. 2. D. de resc. vend. 18, 5; l. 95. § 12. D. de sol. 46, 3. — ⁴ § 1. I. qu. m. obl. 3, 29; l. 18. § 1. D. de acc. 46, 4; l. 2. l. 4. l. 5. D. de transact. 2, 15. — ⁵ t. D. 2, 14; t. C. 2, 3: de pactis. — ⁶ § 3. I. de exc. 4, 13. — ⁷ l. 40. § 2. l. 32. § 1. D. de c. i. 12, 6; cf. l. 34. § 11. D. de sol. 46, 3; l. 27. § 6. D. de pact. 2, 14. — ⁸ l. 7. § 8. l. 17. § 3. l. 25. § 1. D. de pact. 2, 14. — ^{8a} l. 55. D. de v. s. 50. 16. — ⁹ cf. l. 32. § 1. D. de c. i. 12, 6.

tendo), какъ на прекращеніе требованія, потому что теперь отношеніе иска къ праву совѣзмъ иное, нежели у Римлянъ (§ 79 кон.); и въ самомъ дѣлѣ, его заключаютъ обыкновенно только тогда, когда желаютъ, чтобы требованіе лишилось своего дѣйствія на время, или, хотя и навсегда, но лишь въ какомъ либо одномъ отношеніи (напр., вѣритель отказывается отъ осуществленія личнаго притязанія, но удерживаетъ за собою право осуществить закладное право, обезпечивающее личное притязаніе); изъ вышеизложеннаго видна ошибочность того мнѣнія нѣкоторыхъ новыхъ юристовъ, по которому теперь pact. de. p. не только порождаетъ возраженіе, но прекращаетъ обязательство ipso iure (стало быть, воплѣ).

III. Въ частности, принудительное прощеніе. По римскому праву, большинство вѣрителей слишкомъ обремененнаго долгами наслѣдства, чтобы побудить наслѣдника къ принятію послѣдняго, могли согласиться на частичное прощеніе, обязательное и для меньшинства¹⁰. Большинство опредѣляется прежде всего размѣромъ требованій, а въ случаѣ ихъ равенства—числомъ лицъ; закладныхъ правъ и поручительствъ, которыя установлены вѣрителямъ, принадлежащимъ къ меньшинству, прощеніе не касается¹¹; обязательно ли прощеніе для вѣрителя, имѣющаго *privil. exigendi*,—объ этомъ въ источникахъ существуетъ разнорѣчіе¹²; его слѣдуетъ рѣшить въ отрицательномъ смыслѣ.—Практика распространила принудительное прощеніе на *всѣ* случаи несостоятельности должника (—очевидно потому, что большинство обыкновенно только тогда согласится на прощеніе, когда это соотвѣтствуетъ интересамъ самихъ вѣрителей—); И. у. о. к. § 160 слѣд. призналъ эту практику и точно регулировалъ институтъ т. и. принудительной мировой сдѣлки; изъ предписаній И. у. о. к. заслуживаетъ вниманія то положеніе, что всякій вѣритель, *принадлежитъ ли онъ къ меньшинству или къ большинству*, сохранять свои права противъ содолжниковъ и поручителей общаго должника¹³.

Е. § 269. Случай.

Hofmann, über das Periculum beim Kauf. 1870. — *Beckmann*, der Kauf. §§ 82—84. 1876. — *v. Jhering*, gesammelte Aufsätze. T. 1. Стр. 291—326. 426—490. 1881. — См. также литературу въ § 238. — *Vangerow*, §§ 591. 635. — *Windscheid*, § 390. — *Brinz*, §§ 277. 278.

I. Уже выше (въ § 238) было указано, что должникъ не отвѣчаетъ по общему правилу (а именно, если не было особаго соглашенія или присоединенія *culpa* или *stoga*) за случай, который поражаетъ предметъ долга. Отсюда слѣдуетъ, что если вещь погибнетъ случайно, то обязанность должника обыкновенно прекращается¹.

II. При двустороннихъ договорахъ возникаетъ вопросъ, прекращаетъ ли случайная гибель предмета долга обязанность обѣихъ сторонъ, или только той стороны, которая должна была предоставить погибнувшій предметъ. Новые юристы не разъ пытались установить для всѣхъ случаевъ этого рода одинъ общій принципъ; но эти попытки должны были остаться безуспѣшными, потому что не всѣ двусторонніе договоры имѣютъ одну и ту же природу, а распадаются на мнѣвныя обязательства и обязательства общенія, а первыя, въ свою очередь, распадаются на куплю и купле-подобныя сдѣлки, съ одной стороны, и на наемъ и наймо-подобныя сдѣлки, съ другой стороны (§ 215). Для каждаго изъ этихъ видовъ сдѣлокъ относительно разсматриваемаго нами вопроса дѣйствуютъ особыя правила.

1. При *куплѣ* дѣйствуетъ правило, что случай, поражающій проданный предметъ, не оказываетъ никакого вліянія на обязанность покупателя. Поэтому, если объ *индивидуально-опредѣленной* вещи окончательно заключенъ

¹⁰ l. 7. § 19.—l. 10. pr. D. de pact. 2, 14; l. 58. § 1. D. mand. 17, 1; l. 23. D. quae in fr. cred. 42, 8.—¹¹ l. 58. § 1. D. mand. 17, 1; l. 10. pr. D. de pact. 2, 14. — ¹² Между l. 58. § 1. D. mand. 17, 1 и l. 10. pr. D. de pact. 2, 14. — ¹³ Reichsconcursordnung § 178.

¹ l. 33. l. 83. § 5. D. de v. o. 45, 1; l. 107. D. de sol. 46, 3; cf. l. 92. l. 98. § 8. eod. —

договоръ купли (*perfecta emtio-venditio*), то примѣняется правило: *periculum est emtoris*, такъ что покупательъ долженъ уплатить цѣну, хотя не получить вещи²; противное мнѣніе нѣкоторыхъ прежнихъ романистовъ³ теперь всеми отвергнуто.—Если по отношенію къ *индивидуально-опредѣленной* вещи заключена купля подъ суспензивнымъ условіемъ, то во время нерѣшительности условія слѣдуетъ различать между т. н. *periculum interitus* и *periculum deteriorationis*; первое падаетъ на продавца, второе на покупателя⁴; но это различіе установлено источниками непослѣдовательно, ибо, такъ какъ суспензивно-условная купля не есть *contractus perfectus*, то, собственно говоря, всякій случай долженъ бы падать на продавца.—Если *индивидуально-опредѣленное* количество *res fungibiles* (§ 40 пр. 6) продано цѣликомъ, какъ оно есть (*per aversionem*), то купля будетъ окончательная (*perfecta emtio-venditio*), и дѣйствуетъ правило: *periculum est emtoris*⁵. Напротивъ, купля будетъ *imperfecta* (по мнѣнію сабинянцевъ, которое взяло верхъ)⁶: а) если изъ индивидуально-опредѣленнаго количества *res fungibiles* продана извѣстная часть, которая еще должна быть отмѣрена, отвѣшена, отсчитана, б) если индивидуально-опредѣленное количество *res fungibiles* продано такимъ образомъ, что покупная цѣна опредѣляется по мѣрѣ, вѣсу, числу отдѣльных вещей даннаго количества, такъ что само количество еще должно быть измѣрено, взвѣшено, сосчитано. Въ обоихъ случаяхъ неокончательной купли замѣнимыхъ вещей весь рискъ до измѣренія, взвѣшенія, счета падаетъ на продавца⁷; нѣкоторые писатели полагаютъ, что и здѣсь слѣдуетъ различать между *peric. interitus* и *deteriorationis*, но ихъ мнѣніе не встрѣчаетъ никакого подтвержденія въ источникахъ. Если предметомъ купли служить *индивидуально-неопредѣленное* количество *res fungibiles* (у новыхъ юристовъ договоръ поставки, напр., сто шеффелей восьмидесяти-фунтовой ржи, тысяча аршинъ солдатскаго сѣраго сукна), то сначала рискъ совсѣмъ не принимается во вниманіе: *genus perire non censetur* (§ 238 пр. 4); но существуетъ спорный вопросъ о томъ, переходитъ ли рискъ позднѣе на покупателя, когда продавецъ *односторонне* выдѣлилъ (отмѣрилъ, отвѣсилъ, отсчиталъ) проданное количество, или лишь тогда, когда покупательъ получилъ увѣдомленіе объ одностороннемъ выдѣленіи или, наконецъ, лишь тогда, когда продавецъ уже доставилъ (прислалъ, принесъ, выдалъ) проданное количество (*теорія выдѣленія—теорія доставленія*); источники объ этомъ не говорятъ; внутреннія основанія говорятъ въ пользу теоріи доставленія, потому что лишь съ момента исполненія (доставленія) на мѣсто слѣдуемаго *genus* вступаетъ *species*.

2. При *наймѣ* дѣйствуетъ то правило, что случай, поражающій нанятый предметъ, влѣяетъ и на обязательство нанимателя: *locatoris est periculum*. Такимъ образомъ, при *locatio conductio rei*, если случайно сдѣлается невозможнымъ пользованіе вещью въ теченіе назначеннаго въ договорѣ времени, то само обязательство прекращается, а наниматель платитъ наемную плату только за время, въ которое онъ могъ пользоваться⁸; если пользованіе вещью вслѣдствіе случая значительно уменьшилось, то пропорціонально уменьшается

² 1. 7. пр. 1. 8. пр. 1. 16. D. de per. et comm. 18, 6; 1. 34. § 6. D. de c. e. 18, 1; 1. 15 D. de i. d. 23, 3; 1. 1. II. 4—6. C. de per. et comm. 4, 48; § 3. I de emt. vend. 3, 23.—³ Опиравшіеся на 1. 33. D. loc. 19, 2; II. 12—14. D. de per. et comm. 18, 6.—⁴ 1. 8. пр. D. de per. et comm. 18, 6; cf. Vat. fr. § 16.—⁵ 1. 4. §§ 1. 2. D. de per. et comm. 18, 6; 1. 35. §§ 5. 6. 1. 62. § 2. D. de c. e. 18, 1; 1. 2. C. de per. et comm. 4, 48.—⁶ 1. 35. § 5. D. de c. e. 18, 1; 1. 2. C. de per. et comm. 4, 48; 1. 1. § 1. D. eod. 18, 6.—⁷ 1. 35. §§ 5—7. D. de c. e. 18, 1; 1. 1. § 1. 1. 5. D. de per. et comm. 18, 6; 1. 2. C. eod. 4, 48.—⁸ 1. 9. §§ 3. 4. 1. 19. § 6. 1. 30. § 1. D. loc. 19, 2.

наемная плата⁹; на *особыхъ соображеніяхъ справедливости* основана *remisio mercedis* въ пользу арендатора, когда пользование участкомъ вследствие случая вполнѣ или отчасти оказалось *безуспѣшнымъ*¹⁰ (§ 294). При *loc. cond. operagum*, если работникъ по случаю (болѣзни, смерти) не исполнитъ своей работы, то само обязательство прекращается; если случай наступаетъ послѣ исполненія части работъ, то наниматель платитъ часть наемной платы¹¹. Иначе—при *operae locari non solitae*, которыя подлежатъ особымъ правиламъ¹² (§ 296 sub III).—При *loc. cond. operis*¹³, если случай сдѣлаетъ невозможнымъ изготовленіе заказа, то само обязательство прекращается; когда случаемъ произойдетъ послѣ частичнаго изготовленія, то, если работа сдѣлана хорошо (*arprobatione dignum*), заказчикъ долженъ уплатить соразмѣрную часть цѣны (что нѣкоторые отрицаютъ безъ основанія); всю наемную плату онъ обязанъ уплатить въ томъ случаѣ, если *оконченная* хорошо сдѣланная работа погибла случайно до передачи заказчику.

3. При безыменныхъ контрактахъ, по господствующему мнѣнію, дѣйствуютъ правила купли. Но скорѣе слѣдуетъ утверждать, что и здѣсь имѣетъ значеніе различіе между куплею и наймомъ; при купле-подобныхъ безыменныхъ контрактахъ (мѣна¹⁴, уплата денегъ за *manumissio* раба¹⁵) дѣйствуютъ правила купли; при наймо-подобныхъ (дача вещей за производство тѣлесныхъ работъ)—правила найма¹⁶.

4. Въ товариществѣ случайная гибель взносовъ отдѣльныхъ товарищей производить то послѣдствіе, что, если безъ нихъ цѣль товарищества не можетъ быть достигнута, то прекращается само обязательство (§ 302).

III. При тѣхъ одностороннихъ обязательствахъ, при которыхъ можетъ имѣть мѣсто *actio contraria* (т. н. *obl. bilaterales inaequales*, § 215), случай, поражающій предметъ главнаго обязательства, не имѣетъ никакого вліянія на побочное обязательство, осуществляемое посредствомъ *act. contraria*¹⁷.

Г. § 270. Смерть одной изъ сторонъ.—*Confusio*.

Vangerow, § 620. — *Windscheid*, §§ 352. 359.

I. Со смертью *вѣрителя или должника* обязательства по общему правилу не прекращаются, а переходятъ на наследниковъ; если же наследниковъ нѣтъ, то имущество умершаго (въ томъ числѣ требованія и долги), какъ выморочное (*bona vacantia*), идетъ въ казну. Но въ видѣ исключенія прекращаются:

1. Обязательства, которыя по своей природѣ связаны съ индивидуальнымъ лицомъ, напр., *требованіе* установленія узупфрукта для опредѣленнаго лица, *долгъ* работы, которая зависитъ отъ личной способности работника¹; поэтому также договоры порученія и товарищества смертью одного контрагента прекращаются *на будущее время* (§§ 302. 306).

2. Къ наследникамъ *вѣрителя* не переходятъ такія требованія, которыя направлены на удовлетвореніе за личную обиду и поэтому осуществляются

⁹ 1. 25. § 2. 1. 27. pr. D. loc. 19, 2.—¹⁰ 1. 15. §§ 2—7. D. loc. 19, 2.—¹¹ 1. 30. § 1. D. loc. 19, 2.—¹² 1. 1. § 13. D. de extr. cogn. 50, 13; 1. 11. C. de cond. ob. c. 4, 6.—¹³ 1. 36. 1. 37. 1. 59. 1. 62. D. loc. 19, 2; 1. 10. pr. D. de l. Rhod. 14, 2; 1. 15. § 6. D. loc. 19, 2.—¹⁴ 1. 5. § 1. D. de pr. v. 19, 5; 1. 10. C. de cond. ob. c. 4, 6.—¹⁵ 1. 5. § 2. D. de pr. v. 19, 5; 1. 3. § 3. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4.—¹⁶ 1. 5. pr. D. de c. c. d. n. s. 12, 4; cf. 1. 5. § 2. D. de pr. v. 19, 5.—¹⁷ 1. 10. § 1. 1. 22. D. de neg. gest. 3, 5; 1. 18. § 4. D. comm. 13, 6; 1. 8. pr. D. de pign. a. 13, 7; cf. 1. 4. D. de imp. 25, 1.

¹ Cp. 1. 31. D. de sol. 46, 3.

посредствомъ т. н. *actiones vindictam spirantes*; на наследниковъ должника обязательства изъ деликтовъ или деликто-подобныхъ дѣяній переходятъ лишь въ ограниченномъ размѣрѣ (§ 69 пр. 23. § 82. пр. 1. 2. § 81 пр. 10—14).

II. Обязательства прекращаются *вследствие confusio*, если вѣритель дѣлается универсальнымъ преемникомъ (§ 47) умершаго должника или обратно²; ибо никто не можетъ сдѣлаться самому себѣ должникомъ или вѣрителемъ; если обязательство есть корреальное, то тѣ *coegei*, которые не принимаютъ участія въ универсальномъ преемствѣ, остаются въ прежнемъ положеніи³. Если универсальное преемство имѣетъ мѣсто между поручителемъ и вѣрителемъ, то поручительство прекращается, но главный должникъ остается обязаннымъ; если оно имѣетъ мѣсто между вѣрителемъ и главнымъ должникомъ, то поручитель, какъ придаточный должникъ, освобождается⁴. Въ случаѣ универсальнаго преемства между главнымъ должникомъ и поручителемъ прекращается болѣе слабый долгъ⁴; таковымъ обыкновенно окажется поручительство, но можетъ оказаться и главный долгъ, напр., если только послѣдній есть долгъ безъ иска⁵. Если одинъ корреальный вѣритель дѣлается универсальнымъ преемникомъ другаго вѣрителя, одинъ корреальный должникъ—другаго должника, то вовсе не имѣетъ мѣста *confusio*⁶; это обнаруживается, напр., тогда, когда универсальный преемникъ прежде заключилъ договоръ объ отсрочкѣ⁷.

G. § 271. Такъ наз. concursus duarum lucrativarum causarum.

W. Sell, über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligation durch concursus duarum causarum lucr. 1839. — Hartmann, die Obligation. стр. 3—114. (1. Abschnitt: über den conc. caus. lucr.) 1875. — Vangerow, § 622. — Windscheid, § 343^a. — Brinz, § 292.

Если то лицо, которое имѣетъ право требованія какой либо спеціальной вещи, до исполненія требованія приобрѣтетъ эту вещь какимъ либо инымъ путемъ, то исполненіе обязательства становится уже для должника невозможнымъ; но полное освобожденіе должника имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда и само обязательство (§ 48), и позднѣйшее приобрѣтеніе вещи вѣрителемъ были *negotia lucrativa*¹, напр., кому либо отказана чужая вещь, и эту же вещь собственникъ ея дарить отказополучателю (новые юристы называютъ этотъ случай: *concursum duarum lucrativarum causarum*); если недостаетъ одного изъ двухъ означенныхъ условій, то должникъ остается обязаннымъ по крайней мѣрѣ въ томъ отношеніи, что онъ долженъ возмѣстить вѣрителю его убытки; поэтому, если бы (въ приведенномъ примѣрѣ) было совершенно не дареніе, а продажа, то наследникъ долженъ былъ бы возмѣстить отказополучателю покупную цѣну².

H. § 272. Основанія прекращенія обязательствъ, которыя уже были изложены въ другихъ мѣстахъ.

Windscheid, § 361.

Сюда относятся:

1. *restitutio in integrum* (§ 111);

² l. 75. l. 95. § 2. l. 107. D. de sol. 46, 3. — ³ l. 71. pr. D. de fid. 46, 1. — ^{4a} l. 50. D. de fid. 46, 1. — ⁴ l. 5. l. 14. l. 71. pr. D. de fid. 46, 1. — ⁵ l. 95. § 3. D. de sol. 46, 3. — ⁶ l. 5. D. de fid. 46, 1; l. 13. D. de d. r. 45, 2. — ⁷ l. 93. D. de sol. 46, 3.

¹ l. 17. l. 19. D. de o. et a. 44, 7; § 6. I. de leg. 2, 20; l. 34. §§ 2. 7. 8. l. 82. pr. §§ 4. 6. l. 108. § 9. D. de leg. 1 (30); l. 73. l. 87. pr. D. de leg. 2 (31); l. 21. § 1. D. de leg. 3 (32). — ² § 6. I. de leg. 2, 20.

2. наступленіе резолютивнаго условія или конечнаго срока (§§ 56. 59).

3. прекращается ли вообще и въ какой мѣрѣ прекращается обязательство давностью иска и судебнымъ приговоромъ,—вопросъ спорный; мы его разсмотрѣли въ §§ 91 и 97;

4. лишеніе въ наказаніе (§§ 77. 252. 371 sub II. 4);

5. прекращеніе интереса вѣрителя; ибо обязательство предполагаетъ интересъ вѣрителя не только для своего возникновенія (§ 208), но и для своего продолженія; поэтому, если кто либо отдалъ участокъ на нѣсколько лѣтъ въ аренду и затѣмъ въ своемъ завѣщаніи отказалъ этотъ участокъ третьему лицу, то наслѣдникъ не имѣетъ никакого притязанія противъ арендатора изъ договора своего завѣщателя¹; поэтому, обрѣденный собственникъ теряетъ вмѣстѣ съ правомъ собственности и притязаніе на возмѣщеніе вреда противъ вора² (напр., если наслѣдодатель отказалъ вещь третьему лицу подъ условіемъ, и условіе исполнилось послѣ кражи);

6. погашеніе главнаго обязательства; оно влечетъ за собою обыкновенно прекращеніе придаточнаго обязательства. Эта норма и изыятія изъ нея разсмотрѣны выше § 259 пр. 4—7.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

ОТДѢЛЬНЫЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

Предварительное замѣчаніе.

Уже въ § 208 мы указывали на неисчерпаемое разнообразіе обязательствъ; изложить всѣ отдѣльныя обязательства было бы задачей невыполнимой; и въ этомъ нѣтъ никакой нужды, потому что принципы общей части (§§ 208—272) даютъ достаточное руководство для рѣшенія вообще всѣхъ частныхъ случаевъ. Особое изложеніе можетъ быть полезнымъ и даже необходимымъ лишь для тѣхъ обязательствъ, которые достигли особенно важнаго значенія вслѣдствіе своей распространенности въ оборотѣ или подлежатъ особымъ правиламъ вслѣдствіе своихъ особенностей. Изложенію такихъ обязательствъ посвящена эта вторая часть (§§ 273—329).

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Требованія, направленные на возвращеніе полученнаго.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Заемъ.

t. D. XII, 1: de rebus creditis si certum petetur et de condicione. — t. C. IV, 1: de rebus creditis et iureiurando.—t. C. IV, 2: si certum petatur.

А. § 273. Общія начала.

Heimbach, die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten. 1849. — Taugerow, § 623.—Windscheid, §§ 370. 371.—Brinz, § 296.

I. Понятіе и условія. *Заемъ* (mutuum; это слово въ источникахъ опи-

¹ l. 32. D. loc. 19, 2.—² l. 14. pr. D. de cond. furt. 13, 1; ср. также l. 97. § 1. D. de v. o. 45, 1.

бочно производится отъ того: „quod de meo tuum fit“¹), *реальный контрактъ*², возникаетъ *вслѣдствіе дачи замѣнимыхъ вещей, въ особенности денегъ, въ собственность другому лицу съ уговоромъ, чтобы послѣднее возвратило полученное въ равномъ количествѣ и качествахъ*³. Итакъ, для возникновенія займа необходимы два условія:

1. *Чтобы на получателя было перенесено право собственности на предоставленныя замѣнимыя вещи*; по мнѣнію позднѣйшихъ⁴ римскихъ юристовъ⁵, безразлично, переносится ли право собственности непосредственно или посредственно; поэтому, обязательство возникаетъ и тогда, когда заимодавецъ далъ вещь съ тѣмъ, чтобы получатель продалъ ее и вырученную сумму удержалъ въ видѣ займа, и затѣмъ продажа послѣдовала⁶; далѣе, тогда, когда заимодавецъ поручаетъ третьему лицу (напр., своему должнику) дать деньги взаймы, и тотъ совершаетъ это отъ имени давшаго порученіе (§ 307); наконецъ, даже тогда, когда вѣритель, имѣющій право требованія замѣнимыхъ вещей изъ какого либо другаго обязательства, соглашается съ должникомъ, чтобы послѣдній удержалъ эти вещи въ качествѣ займа⁸. Напротивъ, если совсѣмъ не состоится переносъ права собственности (потому ли, что дающій самъ не имѣетъ права собственности, или потому, что онъ не способенъ къ отчужденію)⁹, то нѣтъ займа¹⁰; но первоначальный недостатокъ можетъ быть устраненъ позднѣйшими фактами, въ частности, тѣмъ, что получатель добросовѣстно потребитъ полученное¹¹; тогда выдавшему вещи противъ потребившаго получателя дается искъ, называемой новыми юристами *condictio de bene depensis*, такъ какъ потребленіе обыкновенно состоитъ въ издержаніи денегъ.

2. *Чтобы получатель обѣщалъ возвратить полученное въ равномъ количествѣ и того же качества*¹²; не требуется, чтобы при этомъ было определено и время возвращенія. Если не произошло обѣщаніе возвращенія (вслѣдствіе заблужденія, ср. § 50 пр. 9), то заемъ не возникаетъ, но получатель отвѣчаетъ по правиламъ *condictio ob causam datorum* (§ 282), такъ какъ право собственности было ему передано въ томъ предположеніи, что онъ сдѣлается должникомъ; новые юристы назвали этотъ искъ *condictio Juvenciana* по имени автора (*Juvenius Celsus*) того мѣста въ Дигестахъ, гдѣ этотъ искъ обсуждается¹³.

II. *Обязанности.* Изъ займа возникаетъ обязанность только для получателя. Размѣръ обязанности въ классическомъ римскомъ правѣ при денежномъ займѣ былъ иной, нежели при займѣ прочихъ замѣнимыхъ вещей; при денежномъ займѣ (такъ какъ *condemnatio formulae* была certa)¹⁴ должникъ при суждался къ уплатѣ занятой суммы и къ возмѣщенію интереса (напр., къ уплатѣ процентовъ вслѣдствіе мора)¹⁵; поэтому, при денежномъ займѣ искъ вѣрителя назывался *condictio certi*¹⁷, при займѣ прочихъ вещей—*condictio triticaria*¹⁸. Не смотря на перемены въ судопроизводствѣ, правила эти

¹ I. 2. § 2. D. h. t. 12, 1; пр. I. qu. m. re obl. 3, 14.—² пр. I. eod. 3, 14.—³ I. 2. D. h. t. 12, 1.—⁴ О мнѣніи прежнихъ (Африкана) ср. I. 34. пр. D. mand. 17, 1.—⁵ I. 11. пр. I. 15. D. h. t. 12, 1.—⁶ I. 11. пр. cit.; I. 8. C. si cert. pet. 4, 2.—⁷ I. 15. cit.—⁸ I. 15. cit.; I. 3. § 3. D. ad sc. Mac. 14, 6.—⁹ I. 2. § 4. l. 16. D. h. t. 12, 1; I. 9. пр. D. de a. et c. 26, 8; § 2. I. qu. al. l. 2, 8.—¹⁰ I. 2. § 2. D. h. t. 12, 1.—¹¹ § 2. I. cit.; I. 11. § 2. l. 12. l. 13. пр. § 1. l. 19. пр. § 1. D. h. t. 12, 1; I. 24. пр. § 2. D. de o. et a. 44, 7; I. 56. § 2. D. de fid. 46, 1.—¹² I. 2. пр. D. h. t. 12, 1.—¹³ I. 32. D. h. t. 12, 1.—¹⁴ Gai. 4, 50.—¹⁵ Gai. 4, 13. 171; cf. I. 3. C. de us. 4, 32; I. 24. D. de praescr. v. 19, 5.—¹⁶ I. 23. C. de us. 4, 32.—¹⁷ I. 9. § 3. D. h. t. 12, 1.—¹⁸ I. 1. D. de cond. trit. 13, 3.

сохранились и въ правѣ Юстиніана; отпала только *poena tertiae partis*. Reichstagsabschied 1600 г. § 139 подчинилъ денежный заемъ правиламъ займа прочихъ заемныхъ вещей; поэтому, въ настоящее время искъ направляется на уплату суммы займа и на возмѣщеніе интереса, гдѣ наличность послѣдняго можетъ быть доказана; искъ называется теперь *condictio ex mutuo*.—Получатель займа, какъ таковой, не обязанъ еще платить процентовъ¹⁹; проценты возникаютъ лишь изъ особыхъ юридическихъ фактовъ: общанія, *moa*, *litis-contestatio*.—Обязательство должника изъ займа остается въ силѣ, если занятія вещи до употребленія случайно погибнутъ²⁰.

В. § 274. Въ частности, заемъ подвластнымъ дѣтямъ.

t. D. XIV, 6: de scoto Macedoniano. — t. C. IV, 28: ad scutum Macedonianum. — Dietzel, das scot. Macedonianum. 1856.—Ср. лит. къ § 230.—Vangerow, § 245.—Windscheid, § 373.—Brinz, § 297.

По сенатскому постановленію¹, состоявшемуся при Веспасіанѣ по поводу отцеубійства, которое совершилъ обремененный долгами подвластный сынъ, нѣкій Macedo (откуда scot. Macedonianum),—кто даетъ деньги займа подвластному дитяти, все равно, какого пола, возраста, состоянія², тотъ не можетъ предъявить иска изъ займа; само подвластное дитя³, его наслѣдникъ⁴, его отецъ⁵ (если онъ обязанъ отвѣчать за дитя, § 221), его поручитель⁶ (если онъ имѣетъ право регресса противъ подвластнаго дитяти, § 259 пр. 13) могутъ противопоставить иску вѣрителя *ex. scoti Macedoniani* даже въ исполнительній инстанціи⁷ (послѣднее не признано И. у. г. с. § 686 часть 2.).—Требованіе вѣрителя и по прекращеніи отеческой власти не становится исковымъ (не дѣлается *bonum mone*, какъ говорится въ сенатскомъ постановленіи)⁸; но оно съ самаго начала проявляетъ въ значительной мѣрѣ свойства натуральнаго обязательства (§ 230), въ частности, улаченнаго по займу уже нельзя потребовать назадъ; конечно, если подвластное дитя совершило уплату отцовскими деньгами, то отецъ можетъ свои деньги виндицировать, если онъ еще находится во владѣніи вѣрителя; если вѣритель уже ихъ издержалъ, то его отвѣтственность, повидимому, опредѣляется въ источникахъ разнорѣчиво⁹; разнорѣчіе это слѣдуетъ рѣшить въ томъ смыслѣ, что дѣло зависитъ отъ добросовѣстности вѣрителя при издержаніи.—Къ неденежнымъ займамъ scot. Mac. не относится¹⁰; оно не относится и къ такимъ займамъ, которые возникаютъ не путемъ непосредственной уплаты денегъ¹¹ (§ 273 пр. 8), тѣмъ болѣе оно не относится къ незаемнымъ сдѣлкамъ¹², развѣ если имѣлось въ виду обойти законъ¹³ (напр., продажа вещи подвластному лицу въ долгъ, и тотчасъ же обратная купля продавцомъ на наличныя; эта сдѣлка названа въ средніе вѣка *contractus mohatrae, bogatae*).—И къ займу, выданному наличными деньгами, scot. Mac. иногда совсѣмъ не примѣняется, а иногда не примѣняется по отношенію къ получателю:

1. Оно не примѣняется *совсѣмъ*:

а. если отецъ соглашается на заемъ, все равно, тотчасъ или впоследствии, прямо или молчаливо¹⁴;

¹⁹ Ср. мѣста выше въ пр. 15.—²⁰ l. 1. § 4. D. de o. et a. 44, 7; § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14.

¹ l. 1. pr. D. h. t. 14, 6.—² l. 1. § 3. l. 9. § 2. D. h. t. 14, 6.—³ l. 1. §§ 1—3. l. 3. § 4. D. h. t. 14, 6.—⁴ l. 7. § 10. D. h. t. 14, 6.—⁵ l. 7. § 10. cit.; l. 6. pr. C. h. t. 4, 28.—⁶ l. 9. § 3. D. h. t. 14, 6.—⁷ l. 11. D. h. t. 14, 6.—⁸ l. 1. pr. D. h. t. 14, 6.—⁹ Между l. 9. § 1. D. h. t. 14, 6 и l. 14. D. de r. c. 12, 1.—¹⁰ l. 7. § 3. D. h. t. 14, 6.—¹¹ l. 3. § 3. D. h. t. 14, 6; l. 9. C. h. t. 4, 28.—¹² l. 3. § 3. l. 7. pr. § 2. l. 13. D. h. t. 14, 6.—¹³ l. 7. § 3. D. h. t. 14, 6.—¹⁴ l. 7. §§ 11. l. 12. l. 16. D. h. t. 14, 6; l. 2. l. 7. pr. C. h. t. 4, 28.

b. если заемъ былъ совершенъ или по крайней мѣрѣ издержанъ въ пользу отца (напр., на alimentia дитяти, на уплату долговъ отца)¹⁵;

c. если заемъ совершенъ для необходимыхъ потребностей подвластного, напр., для уплаты суммъ, которыя подвластный долженъ третьимъ вѣрителямъ¹⁶ (а не самому отцу)¹⁷;

d. если вѣритель по извинительному заблужденію принималъ подвластное лицо за самостоятельное¹⁸;

e. если даетъ заемъ солдатъ (по указу Юстиніана¹⁹, который, впрочемъ, многіе юристы отождествляютъ съ опредѣленіемъ 2 а);

f. если вѣритель неполнолѣтенъ (minor)²⁰; ибо привилегія минора сильнѣе, чѣмъ привилегія другихъ лицъ.

2. По отношенію къ получателю займа *set. Macedonianum* не примѣняется:

a. если во время полученія займа онъ имѣлъ *res. castrense vel quasi*,— въ размѣрѣ *resulium*²¹ (потому что по отношенію къ этому имуществу подвластный признается самостоятельнымъ); нѣкоторые распространяютъ эту норму на *bona adventicia irregularia*, нѣкоторые даже на *regularia*;

b. если по освобожденіи отъ власти онъ прямо или молчаливо²² призналъ долгъ. Спорно, заключается ли въ возвращеніи части займа признаніе *essei* долга; по правильному толкованію относящихся сюда мѣстъ источниковъ²³, этотъ споръ разрѣшается утвердительно.

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Ссуда.

А. § 275. Ссуда въ тѣсномъ смыслѣ (*commodatum*).

t. D. XIII, 6: *commodati vel contra*.—t. C. IV, 23: *de commodato*.—*G. E. Schmidt*, das *Commodatum und Precarium*. 1841.—*Vangerow*, § 629.—*Windscheid*, §§ 374. 375.—*Brinz*, § 316.

I. *Понятіе. Ссуда въ тѣсномъ смыслѣ (commodatum), реальный контрактъ, возникаетъ чрезъ отдачу вещи въ detentio² другому (commodatarius) для пользованія, безъ вознагражденія³, съ уговоромъ, что commodatarius пользуется и отдастъ вещь назадъ ссужающему (commodator, коммодантѣ)⁴. Предметомъ ссуды могутъ служить вещи какъ движимыя, такъ и (что, впрочемъ, рѣдко бываетъ) недвижимыя⁵, какъ непотребляемыя, такъ и (ad romam vel ostensionem⁶) потребляемыя, какъ собственныя коммоданта, такъ и чужія⁷; но если вещь принадлежитъ принимающему ее, то договора не возникаетъ⁸, такъ какъ тотъ уже по праву собственности имѣетъ право пользованія и держанія (detentio).—Если принимающій общаетъ воздѣйствіе въ деньгахъ, то это будетъ не ссуда, а договоръ найма⁹.*

II. *Обязанности. Изъ ссуды всегда возникаетъ обязанность для коммодатарія (ссудопринимателя) и можетъ возникнуть обязанность для коммоданта.*

1. *Обязанность коммодатарія. Онъ долженъ отдать назадъ ссуженную*

¹⁵ l. 7. §§ 12. 13. D. h. t. 14, 6; l. 2. l. 5. C. h. t. 4, 28.—¹⁶ l. 7. § 14. D. h. t. 14, 6.—¹⁷ l. 7. § 12. D. h. t. 14, 6.—¹⁸ l. 3. pr. l. 19. D. h. t. 14, 6; l. 2. C. h. t. 4, 28.—¹⁹ l. 7. § 1. C. h. t. 4, 28.—²⁰ l. 11. § 7. l. 34. pr. D. de min. 4, 4.—²¹ l. 1. § 3. l. 2. D. h. t. 14, 6.—²² l. 2. C. h. t. 4, 28.—²³ l. 7. § 16. D. h. t. 14, 6.

¹ § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14.—² l. 8. l. 9. D. h. t. 13, 6; l. 3. § 20. l. 20. D. de acq. poss. 41, 2.—³ § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14; l. 17. § 3. D. de pr. v. 19, 5.—⁴ l. 3. § 6. l. 4. D. h. t. 13, 6.—⁵ l. 1. § 1. D. h. t. 13, 6.—⁶ l. 3. § 6. D. h. t. 13, 6.—⁷ l. 15. l. 16. D. h. t. 13, 6.—⁸ l. 15. D. dep. 16, 3.—⁹ l. 5. § 12. D. h. t. 13, 6; § 2. I. qu. m. re obl. 3, 14.

вещь¹⁰ по истечении постановленного в договорѣ времени; если контрагенты сами не опредѣлили времени возвращенія, то оно опредѣляется усмотрѣніемъ судьи¹¹; далѣе, онъ долженъ возвратить всѣ плоды вещи¹² (потому что ссуда даетъ только право на пользованіе вещью, а не на извлеченіе изъ нея плодовъ). Коммодатарій обыкновенно отвѣчаетъ за custodia въ тѣсномъ смыслѣ¹³ (§ 237), а не только за culpa levis, какъ утверждаетъ общее мнѣніе. Искъ, принадлежащій коммоданту противъ коммодатарія для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется actio commodati directa.

2. Обязанность коммоданта. Онъ долженъ возмѣстить коммодатарію чрезвычайныя необходимыя издержки¹⁴ (обыкновенныя издержки долженъ нести коммодатарій)¹⁵. Онъ отвѣчаетъ, по общему правилу, за culpa lata¹⁶. Искъ, принадлежащій коммодатарію противъ коммоданта для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется actio commodati contraria.

В. § 276. Precarium.

t. D. XLIII, 26: de precario. — t. C. VIII, 9: de precario et Salviano interdicto. — Schmidt, въ книгѣ, приведенной къ § 275. — Bulling, das Precarium. 1846. — Baron, die Conditionen. § 17, 1881. — Vangerow, § 691. — Windscheid, § 376. — Baron, §§ 106 кон. 123.

Легальное опредѣленіе¹ гласитъ: Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur. Итакъ, precarium бываетъ въ томъ случаѣ, когда состоялось соглашеніе, что ссужающій не долженъ быть связанъ передачею вещи²; слѣдовательно:

1. ссужающій имѣетъ право потребовать вещь отъ ссудоприноимателя (прекариста), когда ему заблагоразсудится³; онъ не отвѣчаетъ прекаристу ни за чрезвычайныя издержки, ни за culpa lata.

2. Съ другой стороны, и прекаристъ по древнему ius civile не былъ обязанъ по obligatio⁴, такъ что, если precario dans не могъ доказать своего права собственности, то возвращеніе вещи зависѣло только отъ добросовѣстности прекариста. Но въ позднѣйшемъ правѣ прекаристъ уже обязанъ въ возвращенію вещи⁵ и къ отвѣтственности за dolus и culpa lata⁶; для судебного преслѣдованія этой обязанности преторскій эдиктъ ввелъ interdictum de precario⁷ (§ 124), а право юристовъ — condictio incerti и actio praescriptis verbis⁸. — Мы уже выше замѣтили (§ 112), что прекаристъ, смотря по волѣ сторонъ, имѣетъ или т. н. производное юридическое владѣніе или только detentio вещи.

Эти начала, какъ справедливо полагаетъ господствующее мнѣніе, дѣйствуютъ и теперь; precarium случается даже въ различныхъ комбинаціяхъ, а именно, то самостоятельно, то въ дополненіе къ другому договору, напр., продавецъ еще до уплаты цѣны предоставляетъ покупщику пользованіе купленною вещью съ правомъ взять назадъ⁹, вѣритель подъ закладъ оставляетъ закладчику пользованіе закладомъ до востребованія¹⁰.

¹⁰ l. 2. pr. D. de r. c. 12, 1. — ¹¹ l. 5. pr. l. 17. § 3. D. h. t. 13, 6. — ¹² l. 38. § 10. D. de us. 22, 1; l. 14. § 15. D. de furt. 47, 2. — ¹³ l. 5. § 2. l. 18. pr. D. h. t. 13, 6; l. 1. § 4. D. de o. et a. 44, 7; § 2. I. qu. m. re 3, 14. — ¹⁴ l. 18. § 2. D. h. t. 13, 6; l. 15. § 2. l. 59. D. de furt. 47, 2. — ¹⁵ l. 18. § 2. D. h. t. 13, 6. — ¹⁶ l. 17. § 3. l. 18. § 3. D. h. t. 13, 6.

¹ l. 1. pr. D. h. t. 43, 26. — ² l. 14. D. h. t. 43, 26; cp. l. 1. § 1. l. 8. § 3. D. eod. — ³ l. 1. pr. l. 2. § 2. l. 15. pr. D. h. t. 43, 26. — ⁴ l. 14. D. h. t. 43, 26; l. 14. § 11. D. de furt. 47, 2. — ⁵ l. 1. pr. § 2. l. 2. § 2. l. 12. pr. l. 15. D. h. t. 43, 26. — ⁶ l. 2. l. 8. §§ 3. 6. D. h. t. 43, 26; l. 23. D. de r. i. 50, 17. — ⁷ Ср. титулы, указаные при заглавіи. — ⁸ l. 2. § 2. l. 19. § 2. D. h. t. 43, 26; въ послѣднемъ мѣстѣ вмѣсто id est слѣдуетъ читать item. — ⁹ l. 20. D. h. t. 43, 26; l. 13. § 21. D. de a. e. v. 19, 1; l. 11. § 12. D. quod vi 43, 24. — ¹⁰ l. 6. § 4. l. 11. D. h. t. 43, 26.

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

§ 277. Depositum.

t. D. XVI, 3; t. C. IV, 34: depositi vel contra. — Vangerow, § 630. Windscheid, §§ 377. 378. — Brinz, § 317.

I. Понятіе. Легальное опредѣленіе гласить ¹: *Depositum est quod custodiendum alicui datum est.* *Итакъ, depositum (поклажа, отдача на сохраненіе), реальный контрактъ ², возникаетъ чрезъ отдачу движимой вещи съ detentio другому лицу (depositarius) съ уговоромъ, что онъ будетъ ее сохранять и затѣмъ отдастъ ее назадъ покладчику (deponens) ³.* Общее мнѣніе требуетъ для поклажи еще наличности одного отрицательнаго условія, а именно, чтобы между сторонами не было уговора о вознагражденіи за сохраненіе; по ниже (§ 299) мы покажемъ, что это мнѣніе неправильно; утверждать можно лишь то, что на дѣлѣ уговоръ о вознагражденіи рѣдко случается. Если требуется храненіе недвижимой вещи, то договоръ подлежитъ началамъ порученія (mandatum, § 306). Движимый предметъ поклажи можетъ быть также собственностью пріемщика, можетъ и не быть ⁴; но если онъ принадлежитъ пріемщику, то не возникаетъ договора depositum ⁵, такъ какъ въ сохраненіи собственникъ заинтересованъ уже и безъ договора.

II. Обязанности. Изъ depositum всегда возникаетъ обязанность для пріемщика, можетъ возникнуть и для покладчика.

1. Обязанность пріемщика. Онъ долженъ сберечь вещь и выдать ее во всякое время по востребованію покладчика ⁶; онъ долженъ также выдать всѣ плоды, извлеченные имъ изъ вещи ⁷, и дать вознагражденіе, если самъ пользовался вещью ⁸ (это, по римскому праву, было furtum usus, § 311 пр. 8); по общему правилу онъ отвѣчаетъ за culpa lata ⁹, но, если получаетъ вознагражденіе, то—за culpa levis ^{9a}, если же онъ самъ навязался на храненіе вещи, то за custodia въ тѣсномъ смыслѣ ¹⁰. Если поклажа послѣдовала по случаю крайней необходимости (tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa,—т. н. depositum miserabile), то depositarius, совершившій dolus, присуждался, по римскому праву (но не по нынѣшнему, § 81), къ уплатѣ двойнаго ¹¹. Искъ, который принадлежитъ покладчику противъ пріемщика для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, и которому пріемщикъ, по указу Юстиніана ¹², не можетъ противопоставить ни возраженія изъ ius retentionis, ни возраженія компенсаціи,—называется actio depositi directa.

2. Обязанность покладчика. Онъ долженъ возмѣстить депозитарію всѣ обыкновенныя издержки ¹³. Далѣе, онъ долженъ уплатить вознагражденіе, если таковое было обѣщано ¹⁴. Онъ отвѣчаетъ за culpa levis ¹⁵. Искъ, принадлежащій депозитарію противъ покладчика для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется actio depositi contraria.

¹ l. 1. pr. D. h. t. 16, 3. — ² l. 1. § 5. D. de o. et a. 44, 7; § 3. I. qu. m. re obl. 3, 14. — ³ l. 1. §§ 12. 13. D. h. t. 16, 3. — ⁴ l. 1. § 39. D. h. t. 16, 3. — ⁵ l. 15. l. 31. § 1. D. h. t. 16, 3; l. 45. D. de r. i. 50, 17. — ⁶ l. 1. §§ 22. 45. 46. D. h. t. 16, 3; l. 11. C. h. t. 4, 34. — ⁷ l. 1. § 24. l. 28. pr. D. h. t. 16, 3; l. 38. § 10. D. de us. 22, 1. — ⁸ § 6. I. de obl. quae ex del. 4, 1; l. 29. pr. D. h. t. 16, 3; l. 3. C. h. t. 4, 34. — ⁹ l. 1. § 9. l. 32. D. h. t. 16, 3. — ^{9a} l. 5. § 2. D. comm. 13, 6. — ¹⁰ l. 1. § 35. D. h. t. 16, 3. — ¹¹ l. 1. §§ 1—4. l. 18. D. h. t. 16, 3; §§ 17. 23. 26. I. de act. 4, 6. — ¹² l. 11. C. h. t. 4, 34. — ¹³ l. 12. pr. l. 23. D. h. t. 16, 3. — ¹⁴ l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 2. § 24. D. vi b. r. 47, 8. — ¹⁵ l. 61. § 5. D. de furt. 47, 2.

§ 278. Особые виды depositum. (Т. н. depos. irregulare. Добровольная секвестрація).

Leustetel, въ своихъ и Циммермана изслѣдованіяхъ по римскому праву. Nr. 1. 1821. — *Schaffrath*, praktische Abhandlungen. 1841. — *Muther*, Sequestration und Arrest im Römischen Recht. 1856. — *Mühlhäuser*, Umfang und Geltung des depositum irregulare. 1879. — *Vangerow*, § 630. — *Windscheid*, §§ 379. 380. — *Brinz*, § 317.

I. *T. н. depos. irregulare*. По предыдущему §-у, депозитарій становится только детенторомъ отданной на храненіе вещи, безъ права пользованія ею; да-
лѣе, онъ не отвѣчаетъ за случай, и, наконецъ, онъ долженъ возвратитъ самую
вещь, отданную на храненіе. Но стороны могутъ согласиться, чтобы депози-
тарій приобрѣлъ право собственности на отданную на храненіе вещь (такъ
что онъ можетъ распорядиться ею по произволу), чтобы онъ отвѣчалъ за слу-
чай и, наконецъ, чтобы онъ отдалъ не ту же вещь, а вещь равнаго количества
и качества; такое соглашеніе происходитъ молчаливо тогда, когда (и это
самый частый случай) кто либо даетъ на сбереженіе деньги по счету и не-
заперты¹. Сдѣлка эта, названная новыми юристами *depos. irreg.*, по внѣшнему
виду очень сходна съ займомъ, но отличается отъ послѣдняго по цѣли и намѣре-
нію сторонъ: заемъ имѣетъ цѣлью помочь нуждѣ получателя въ деньгахъ, *depos.*
irreg. имѣетъ цѣлью помочь тому, кто не можетъ сохранять денегъ у себя.
Поэтому, *depos. irreg.* не подлежитъ правиламъ займа (въ частности, нормамъ
acti Macedoniani, правиламъ о *querela non numeratae pecuniae*)², — но обсужда-
ется по началамъ поклажи (въ частности, относительно недопустимости
компенсаци и права удержанія, а также относительно конкурсныхъ приви-
легій, процентовъ³; послѣдніа два различія лишь не существуютъ). Упуская изъ виду
намѣреніе сторонъ, нѣкоторые обсуждаютъ *depos. irreg.*, какъ заемъ; насколько
это неправильно, видно изъ того, что, по источникамъ, если кто даетъ деньги
въ видѣ *depositum regulare*, но вмѣстѣ съ тѣмъ даетъ депозитарію позволе-
ніе пользоваться деньгами, или соглашается на это позднѣе по просьбѣ
депозитарія, то *depositum* переходитъ въ заемъ лишь чрезъ пользованіе день-
гами или согласіе на просьбу⁴; — очевидно, потому, что поводомъ къ потре-
бленію или къ просьбѣ послужила главнымъ образомъ нужда депозитарія
въ деньгахъ.

II. *Добровольная секвестрація*. Въ источникахъ мы находимъ два легаль-
ныя опредѣленія; одно гласитъ⁵: *Proprie in sequestre est depositum, quod a*
pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur;
другое⁶: *Sequester est, apud quem plures eandem rem, de qua controversia*
est, deposuerunt. Первое вѣрно для всѣхъ случаевъ, второе имѣетъ въ виду
лишь самый частый случай примѣненія. *Итакъ, добровольная секвестрація*
есть отдача вещи нѣсколькими лицами на храненіе третьему лицу (sequester)
съ условіемъ возвратитъ ее при извѣстныхъ обстоятельствахъ. Поводомъ къ
секвестраціи обыкновенно служитъ юридическій споръ, въ которомъ каждый
изъ отдающихъ вещь секвестру предъявляетъ на нее притязаніе; исходъ
спора (приговоръ, мировая сдѣлка и т. п.) рѣшаетъ, кто можетъ требовать (по-
средствомъ *actio depositi sequestraria*)⁷ возвращенія секвестрированной вещи⁸.
Но иногда секвестрація происходитъ и безъ юр. спора, напр., нѣсколько на-
сѣдниковъ отдаютъ документы на храненіе третьему лицу⁹. — Уже выше

¹ l. 31. D. loc. 19, 2. — ² l. 14. § 1. C. de non num. pec. 4, 30. — ³ l. 24. l. 25. § 1. l. 26.
§ 1. l. 29. § 1. D. h. t. 16, 3. — ⁴ l. 9. § 9. l. 10. D. de r. c. 12, 1; l. 34. pr. D. mand. 17, 1; l. 1.
§ 34. D. h. t. 16, 3. — ⁵ l. 6. D. h. t. 16, 3. — ⁶ l. 110. D. de v. s. 50, 16; cp. l. 17. pr. D. h. t.
16, 3. — ⁷ l. 5. § 1. l. 12. § 2. D. h. t. 16, 3. — ⁸ l. 5. l. 6. C. h. t. 4, 34; l. 9. § 3. D. de dolo 4,
3. — ⁹ l. 17. pr. i. f. D. h. t. 16, 3; l. 5. D. fam. erc. 10, 2; l. 5. C. comm. utr. iud. 3, 38.

(§ 112) мы видѣли, что *sequester* получаетъ или *detentio* или юридическое владѣніе секвестрованной вещью, смотря по намѣренію сторонъ.—Съ *sequestratio voluntaria* сходна т. н. *sequestratio necessaria* (§ 76) по распоряженію судьбы.

РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

§ 279. Закладной договоръ.

t. D. XIII, 7; t. C. IV, 24: de pigneraticia actione vel contra.—*Vangerow*, § 631.—*Windscheid*, §§ 381. 382.—*Brinz*, § 318.

I. Понятіе. Не всякое закладное право порождаетъ обязательство между вѣрителемъ и залогодателемъ, а только такое, при которомъ залогодатель предоставляетъ вѣрителю владѣніе залогомъ (договоръ о закладѣ, *contractus pigneraticius*, реальный контрактъ¹⁾. Закладной договоръ производитъ обязательство и тамъ, гдѣ онъ не порождаетъ закладнаго права²⁾ (напр., закладчикъ не имѣетъ права собственности на вещь, онъ недѣеспособенъ и т. п.); только въ томъ случаѣ, когда закладное право не возникаетъ потому, что вѣритель уже есть собственникъ заложенной вещи, не возникаетъ и обязательства, ибо владѣніе вещью должно принадлежать вѣрителю уже въ силу его права собственности³⁾.

II. Обязанности. Изъ закладнаго договора всегда возникаетъ обязанность для закладоприимателя (вѣрителя), можетъ возникнуть и для закладчика.

1. **Обязанность закладоприимателя.** Онъ долженъ возратить вещь закладчику по окончаніи закладнаго права⁴⁾; если право это окончилось продажей вещи вѣрителемъ, то послѣдній долженъ выдать закладчику остатокъ цѣны ея (*huregocha*)⁵⁾. Онъ долженъ выдать всю прибыль, полученную имъ въ качествѣ закладоприимателя отъ вещи, стало быть, не только плоды⁶⁾, но и, напр., штрафъ, заплаченный ему воромъ вещи⁷⁾; но онъ не возвращаетъ закладчику своей части клада, найденнаго имъ въ заложенной вещи⁸⁾; ибо половину клада онъ приобретаетъ, какъ находчикъ. Въ случаѣ антихрезиса онъ можетъ удержать всѣ плоды или часть ихъ (§ 201). Онъ отвѣчаетъ за *custodia* въ тѣсномъ смыслѣ⁹⁾ (§ 237), а не только за *culpa levis* (какъ утверждаетъ общее мнѣніе). Искъ, принадлежащій закладчику противъ закладоприимателя для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется *actio pigneraticia directa*.

2. **Обязанность закладчика.** Онъ долженъ возмѣстить всѣ сообразныя издержки закладоприимателю¹⁰⁾ и взять на себя тѣ обязанности, которыя послѣдній долженъ былъ принять на себя по случаю продажи клада (а именно, обязанность вознаградить за вредъ въ случаѣ эвикціи¹¹⁾, § 198 пр. 23). Если онъ заложилъ ему чужую вещь, то онъ долженъ установить ему другое закладное право¹²⁾. Онъ отвѣчаетъ за *culpa levis*¹³⁾. Искъ, принадлежащій закладоприимателю противъ закладчика для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется *actio pigneraticia contraria*.

¹⁾ I. 1. § 6. D. de o. et a. 44, 7; § 4. I. qu. m. re obl. 3, 14. — ²⁾ I. 9. pr. § 4. l. 11. § 2. l. 32. D. h. t. 13, 7. — ³⁾ I. 20. § 3. l. 29. D. h. t. 13, 7; l. 45. pr. D. de r. i. 50, 17. — ⁴⁾ I. 9. § 3. l. 10. l. 11. pr. §§ 1. 2. l. 40. § 2. D. h. t. 13, 7; l. 11. C. h. t. 4, 24. — ⁵⁾ I. 24. § 2. l. 42. D. h. t. 13, 7. — ⁶⁾ I. 6. § 1. l. 22. § 2. D. h. t. 13, 7; l. 1. C. h. t. 4, 24. — ⁷⁾ I. 22. pr. D. h. t. 13, 7; l. 15. pr. D. de furt. 47, 2. — ⁸⁾ I. 63. § 4. D. de a. r. d. 41, 1. — ⁹⁾ § 4. I. qu. m. re obl. 3, 14; l. 13. § 1. D. h. t. 13, 7; l. 19. C. de pign. 8, 13; отступающее мнѣніе Павла находимъ въ l. 14. l. 30. D. h. t. 13, 7. — ¹⁰⁾ l. 8. pr. § 1. l. 25. D. h. t. 13, 7; l. 6. C. de pign. 8, 13. — ¹¹⁾ l. 22. § 4. D. h. t. 13, 7. — ¹²⁾ l. 9. pr. l. 16. § 1. l. 32. D. h. t. 13, 7. — ¹³⁾ l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 7. C. h. t. 4, 24.

III. *Распространеніе*. Вышеизложенныя правила примѣняются аналогично и къ ипотекаѣ, возникаетъ ли она по договору, по судебному распоряженію или по закону, конечно лишь при сходствѣ отношеній; послѣднее бываетъ тогда, когда вѣритель въ послѣдствіи получаетъ залогъ во владѣніе (§ 194)¹⁴. Искъ названъ въ одномъ мѣстѣ *utilis actio exemplo pigneraticiae actionis*¹⁵.

РАЗДѢЛЬ ПЯТЫЙ.

Неосновательное обогащеніе.

Windscheid, die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850.—*Erxleben*, die *condictiones sine causa*. 2. Abth. 1850. 1853. — *H. Witte*, die Bereicherungsklagen des Gemeinen Rechts. 1859.—*Voigt*, die *condictiones ob causam*. 1862.—*Baron*, die *Condictionen*. §§ 5—7. 1881.—*Pfersche*, die Bereicherungsklagen. 1883.

а. § 280. Общія начала.

Vangerow, § 624. — *Windscheid*, §§ 421—424. — *Brinz*, § 300.

I. *Введеніе*. Если кто либо обогатился въ ущербъ другому, то этотъ фактъ еще не даетъ потерпѣвшему права требовать выдачи обогащенія; впрочемъ, въ прежніе вѣка держались противоположнаго правила, опираясь на изреченіе источниковъ: *iure naturae aequum est, neminem cum detrimento alterius et iniuria fieri locupletiores*¹, и на основаніи этого изреченія давали искъ объ обогащеніи (*actio in factum* по поводу обогащенія, ср. § 221 кон. объ искѣ изъ полезнаго издержанія); но теперь всѣми признано, что на это изреченіе слѣдуетъ смотрѣть не какъ на общее правило, а какъ на слишкомъ широкое обобщеніе отдѣльныхъ законоположеній. *Потерпѣвшему только тогда принадлежитъ притязаніе на возвращеніе противъ обогатившагося, когда есть на лицо особая обязанность, которая заставляетъ признать обогащеніе неосновательнымъ: constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit vel redit ad non iustam causam*². Этихъ обстоятельствъ нельзя обнять однимъ общимъ выраженіемъ, потому что они суть отчасти чисто юридическія основанія, отчасти же соображенія справедливости, недопускающія, чтобы извѣстное приобрѣтеніе, сдѣланное по формамъ права, было оставлено за приобрѣвшимъ; и источники употребляютъ для различныхъ случаевъ неопредѣленныя общія выраженія: *datum, promissum, quod deprehenditur sine causa, non ex iusta causa* и т. п.³. Разныя, несогласныя между собою попытки систематизировать эти обстоятельства, встрѣчаются уже у классическихъ юристовъ⁴; по большей части они различаютъ требованіе возвращенія *datum seu promissum ob rem* (*honestam* и *turpem*) и *ob causam*. Юстиціанъ установилъ новую систематизацію (которую господствующее мнѣніе несправедливо приписываетъ классическимъ юристамъ, § 82 пр. 34 слѣд.) и присвоилъ соотвѣтственныя названія искамъ:

1. *condictio indebiti*: t. D. XII, 6; t. C. IV, 5 (особый видъ *datum ob causam* классическихъ юристовъ);

¹⁴ l. 7. pr. l. 13. D. de distr. pign. 20, 5; l. 4. l. 7. C. h. t. 4, 24; l. 34. D. de damn. inf. 39, 2; l. 5. § 21. D. ut in poss. leg. 37, 4.—¹⁵ l. 5. § 21. cit.

¹ l. 206. D. de r. i. 50, 17.—² l. 1. § 3. D. de cond. s. c. 12, 7; ср. также l. 25. D. de a. r. a. 25, 2.—³ l. 66. D. de cond. i. 12, 6; l. 10. D. de e. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 3. D. de cond. s. c. 12, 7.—⁴ l. 1. D. de cond. ob t. v. i. c. 12, 5 (Paulus); l. 52. (Pomp.) l. 65. (Paul.) D. de cond. i. 12, 6; l. 1. D. de cond. s. c. 12, 7 (Ulp.); ср. также l. 1. pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 (Ulp.).—

2. *condictio causa data causa non secuta* или *condictio ob causam datorum* (*datum ob rem honestam* классических юристов): t. D. XII, 4; t. C. IV, 6;

3. *condictio ob turpem causam*: t. D. XII, 5; t. C. IV, 7;

4. *condictio ob iniustam causam*: t. D. XII, 5; t. C. IV, 9;

5. *condictio sine causa*: t. D. XII, 7; t. C. IV, 9.

II. *Условія*. Мы уже видѣли, что изложенное правоотношеніе требуетъ наличности двухъ условій: 1) обогащенія одного лица въ ущербъ другому; 2) неосновательности этого обогащенія.

1. *Виды обогащенія* могутъ быть различны: кто либо приобрѣлъ безъ основанія право собственности или владѣніе⁵ вещь или вещное право на чужую вещь⁶, или требованіе⁷; безъ основанія освободился отъ ограниченія собственности⁸, отъ долга⁹; приобрѣлъ свободное право собственности, между тѣмъ какъ долженъ былъ получить собственность, обремененную сервитутомъ¹⁰; долженъ былъ сдѣлать приобретеніе, лишь доставивъ *cautio* въ его возвращеніи при извѣстныхъ обстоятельствахъ, а приобрѣлъ безъ *cautio*¹¹; сдѣлалъ сбереженіе, потребивъ или попользовавшись безъ основанія чужою вещью¹² (напр., не имѣя на то права, жилъ въ чужомъ домѣ, который могъ бы быть отданъ собственникомъ внаймы); слѣдуетъ ли считать обогащеніемъ сбереженіе вслѣдствіе принятія недолжныхъ работъ, объ этомъ въ источникахъ—разнорѣчіе; его безъ сомнѣнія слѣдуетъ рѣшить въ утвердительномъ смыслѣ.—Само обогащеніе опредѣляетъ размѣръ обязанности обогащеннаго; вообще онъ долженъ возратить то, что во время начала процесса (*litiscontestatio*, теперь въ моментъ сообщенія иска, § 95 кон.) еще находится въ его рукахъ отъ дѣйствія, полученнаго безъ основанія¹⁴; сюда еще присоединяются:

а. за время до процесса: вся прибыль отъ дѣйствія, полученнаго безъ основанія (*omnis causa*), поскольку она еще находится у отвѣтчика¹⁵; далѣе, то, чѣмъ обогащеніе уменьшилось чрезъ *dolus* или *culpa* отвѣтчика¹⁶. Несправедливо утверждаютъ нѣкоторые юристы, что при *res fungibiles* отвѣтчикъ отвѣчаетъ даже за уменьшеніе вслѣдствіе случая; приводимыя въ доказательство мѣста¹⁷ этого не доказываютъ;

б. за время послѣ *litiscontestatio*: обыкновенныя послѣдствія начала процесса (§ 95 sub II).

2. *Неосновательность обогащенія* мы изложимъ по системѣ Юстиніана.

б. Въ частности, неосновательность обогащенія.

1) § 281. Совершеніе дѣйствія въ ошибочномъ предположеніи наличности долга (*condictio indebiti*).

t. D. XII, 6; t. C. IV, 5; de *condictione indebiti*.—*Zimmermann*, Beiträge zur Theorie der *condictio indebiti*. 1868.—*Vangerow*, § 625.—*Windscheid*, § 426.—*Brinz*, § 304.

I. *Понятіе дѣйствія въ ошибочномъ предположеніи наличности долга*.

⁵ l. 4. § 2. D. de r. c. 12, 1; l. 15. §§ 1. 2. D. de c. i. 12, 6.—⁶ l. 12. D. de c. i. 12, 6.—⁷ l. 1. pr. §§ 1. 2. l. 3. D. de c. s. c. 12, 7; l. 7. C. de non n. p. 4, 30.—⁸ l. 5. § 6. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—⁹ l. 4. l. 10. D. de c. d. c. n. s. 12, 4; l. 24. D. de m. c. d. 39, 6.—¹⁰ l. 22. § 1. D. de c. i. 12, 6; l. 8. pr. D. de a. e. v. 19, 1.—¹¹ l. 5. § 1. D. de usufr. e. r. 7, 5; l. 3. § 10. D. si cui plus 35, 3; l. 39. D. de c. i. 12, 6.—¹² l. 65. § 7. D. de c. i. 12, 6.—¹³ Между l. 26. § 12. l. 65. § 8. l. 66. D. de cond. i. 12, 6.—¹⁴ l. 7. § 1. l. 12. D. de c. d. c. n. s. 12, 4; l. 15. D. de c. i. 12, 6; l. 38. §§ 1—3. D. de us. 22, 1.—¹⁵ l. 26. § 12. l. 65. § 8. D. de c. i. 12, 6; l. 38. § 1. D. de us. 22, 1; l. 37. § 1. l. 39. D. de m. c. d. 39, 6.—¹⁶ l. 25. D. do pr. v. 19, 5; l. 7. l. 19. § 2. D. de c. i. 12, 6.

Обогащеніе признается неосновательнымъ, если оно происходитъ отъ дѣйствія, которое совершено для исполненія несуществующаго долга, предполагаемаго по ошибкѣ существующимъ. *Итакъ, требуется: 1) несуществованіе дома; 2) ошибочное предположеніе существованія дома; 3) дѣйствіе для погашенія мнимаго дома.*

1. Долгъ не существуетъ, все равно, ничтожно ли обязательство *ipso iure*, или исполнѣ лишено силы *ore exsertionis*¹; все равно, возникаетъ ли обязательство, но еще не исполнѣ возникло (напр., суспензивно-условное обязательство до исполненія условія)², или оно возникло, но позднѣ прекратилось³; даже тогда, когда дѣйствіе совершено по поводу дѣйствительнаго обязательства, но не вѣрителю, а другому⁴, или не должникомъ, а другимъ⁵, или предоставлена не должная вещь, а другая⁶,—то все это будетъ совершеніемъ недолжнаго дѣйствія. Напротивъ, долгъ существуетъ и требованіе возвращенія не допускается, если обязательство дѣйствительно, но еще не наступило время его исполненія⁷, далѣ, если оно—обязательство натуральное⁸; даже тогда не допускается требованіе возвращенія, когда нѣтъ и натурального обязательства, но дѣйствіе было совершено въ виду нравственнаго долга, напр., если кто либо за капиталъ, который онъ долженъ, платить проценты, полагая что онъ ихъ обѣщаль⁹; если женщина при заключеніи брака устанавливаетъ *dos*, полагая, что она къ тому обязана¹⁰; впрочемъ, нѣкоторые считаютъ эти случаи натуральными обязательствами (§ 230 sub III. 5).

2. Исполненіе мнимаго долга, несуществованіе котораго было извѣстно исполняющему, не можетъ быть потребовано назадъ; по общему правилу¹¹ здѣсь заключается дареніе¹². Исполнившій имѣетъ право требовать возвращенія лишь въ томъ случаѣ, если онъ находился въ заблужденіи относительно существованія долга¹³, причѣмъ требуется, какъ справедливо утверждаетъ господствующее мнѣніе, чтобы заблужденіе было извинительное¹⁴, стало быть, не заблужденіе въ правѣ¹⁵, кромѣ тѣхъ случаевъ, гдѣ и послѣднее признается извинительнымъ (§ 10); положимъ, въ источникахъ по этому поводу, повидимому, существуетъ разнорѣчіе, почему многіе считаютъ извинительность заблужденія безразличною; но такъ какъ во многихъ мѣстахъ источниковъ заблужденіе въ правѣ прямо признается недостаточнымъ для требованія возвращенія¹⁶, то другія мѣста, въ которыхъ этого нѣтъ¹⁷, очевидно слѣдуетъ относить къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ по исключенію считается извинительнымъ и заблужденіе въ правѣ.—Наравнѣ съ заблужденіемъ (по указу Юстиніана)¹⁸ ставится сомнѣніе о существованіи обязательства.—Если дѣйствіе состоитъ въ предоставленіи тѣлесной вещи, то имѣетъ ли значеніе совѣсть получателя? Это вопросъ спорный; по господствующему мнѣнію всякій, кто принимаетъ завѣдомо недолжную вещь, какъ исполненіе,

¹ l. 26. §§ 3 7. l. 30. l. 32. § 1. l. 40. pr. § 2. l. 43. D. h. t. 12, 6.—² l. 16. pr. § 1. l. 18. l. 48. l. 60. § 4. D. h. t. 12, 6.—³ l. 43. D. h. t. 12, 6.—⁴ l. 22. l. 65. § 9. D. h. t. 12, 6.—⁵ l. 19. § 1. l. 65. § 9. cf. l. 44. D. h. t. 12, 6.—⁶ l. 19. §§ 3. 4. l. 20. l. 26. §§ 4—6. l. 31. l. 32. pr. § 3. D. h. t. 12, 6.—⁷ l. 10. l. 17. l. 57. D. h. t. 12, 6.—⁸ l. 13. l. 19. pr. l. 38. pr. l. 40. pr. l. 51. l. 64. D. h. t. 12, 6.—⁹ l. 26. pr. D. h. t. 12, 6.—¹⁰ l. 32. § 2. D. h. t. 12, 6.—¹¹ Изъятія: l. 50. D. de sol. 46, 3; l. 31. pr. D. de h. p. 5, 3.—¹² l. 53. D. de r. i. 50, 17; l. 47. D. de op. l. 38, 1; l. 7. § 2. D. pro emt. 41, 4; l. 12. D. de nov. 46, 2.—¹³ l. 1. § 1. l. 24. l. 26. §§ 2. 3. D. h. t. 12, 6; l. 9. pr. C. h. t. 4, 5.—¹⁴ l. 25. pr. D. de prob. 22, 3.—¹⁵ l. 10. l. 6. C. de i. et f. i. 1, 18; l. 9. § 5. D. eod. 22, 6; l. 6. l. 7. C. h. t. 4, 5.—¹⁶ См. мѣста пр. 15.—¹⁷ l. 1. pr. D. ut in poss. leg. 36, 4; l. 32. § 2. l. 38. l. 64. D. h. t. 12, 6; l. 16. § 2. D. de min. 4, 4; l. 5. C. h. t. 4, 5.—¹⁸ l. 11. C. h. t. 4, 5.

совершаетъ воровство и поэтому отвѣчаетъ не по правиламъ неосновательнаго обогащенія (по *cond. indebiti*), а по правиламъ воровства (по *cond. furtiva* и *actio furti*, § 311); по другому мнѣнiю, воровство совершаетъ только тотъ, кто, вызывая смѣшенiе лицъ или пользуясь таковымъ, достигаетъ того, что должникъ принимаетъ его за своего дѣйствительнаго вѣрителя; послѣднее мнѣнiе соотвѣтствуетъ какъ общимъ началамъ о приобрѣтенiи собственности по *traditio* (§ 131), такъ и правильному толкованiю опредѣленiй источниковъ¹⁹ (§ 311 пр. 6).

3. Что дѣйствiе совершается для исполненiя мнимаго долга,—это должно быть видно изъ прямаго или молчаливаго изъявленiя совершающаго дѣйствiе; это положенiе подтверждается тѣмъ, что если кто либо желалъ совершить *donatio remuneratoria*, но при даренiи не обнаружилъ своего намѣренiя вознагражденiя (*animus remunerandi*), то онъ не можетъ требовать возвращенiя, хотя бы затѣмъ узналъ, что не было совсѣмъ основанiя для вознагражденiя²⁰.

II. *Доказыванiе*²¹. Если потерпѣвшiй требуетъ выдачи обогащенiя путемъ иска (*conductio indebiti*), то естественно на немъ лежитъ обязанность доказывать наличность изложенныхъ *sub I* обстоятельствъ; слѣдовательно, онъ долженъ доказать, что онъ совершилъ дѣйствiе съ цѣлью погасить долгъ (I. 3), который не существовалъ (I. 1), но который онъ по извинительному заблужденiю принималъ за существующiй (I. 2)²². Впрочемъ, по положительному опредѣленiю источниковъ, въ двухъ случаяхъ²³ отъ истца обыкновенно²⁴ не требуется доказыванiя несуществованiя долга, такъ что отвѣтчикъ обязанъ доказывать его существованiе: 1) если отвѣтчикъ завѣдомо не признаетъ, что истецъ совершилъ дѣйствiе, а истецъ это докажетъ; 2) если истцомъ является лицо, которое несуществующiй долгъ принимаетъ за существующiй вслѣдствiе недостатка дѣловой опытности: мiног, женщина, солдатъ, неопытный человекъ.—Если отвѣтчикъ не признаетъ своего обогащенiя, утверждая, что полученное отъ истца онъ потерялъ до начала процесса безъ своей вины, то онъ обязанъ доказывать это утвержденiе, но если отвѣтчикъ есть лицо, неспособное къ принятiю на себя обязательствъ, такъ что совершенное ему дѣйствiе юридически недействительно, то истецъ обязанъ доказать, что отвѣтчикъ еще обогащенъ во время начала процесса^{24a}.

III. *Исключенiя*. Недопускается требованiе возвращенiя:

1. Въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣняется правило: *lis infitiando crescit in duplum*²⁵ (§ 81 пр. 6), потому что здѣсь дѣйствiе совершено не по заблужденiю, а скорѣе изъ страха уплатить двойное. Въ классическомъ правѣ сюда относился также тотъ случай, когда кто либо повинуется судебному приговору, который бы онъ могъ оспорить, какъ ничтожный; хотя право Юстиниана уже не знаетъ этого случая *litis crescentis*, тѣмъ не менѣе источники не допускаютъ требованiя возвращенiя²⁶.

2. Есть изреченiе въ источникахъ, которое гласитъ: *roenae non solent gereti, quum depensae sunt*²⁷; значенiе этого изреченiя неясно; обыкновенно его объясняютъ въ томъ смыслѣ, что если во время платежа штрафъ дол-

¹⁹ I. 43. pr. § 1. I. 80. § 6. D. de furt. 47, 2; cf. I. 66. § 4. eod.; I. 18. D. de c. f. 13, 1.—
²⁰ I. 65. § 2. D. h. t. 12, 6.—²¹ I. 25. D. de prob. 22, 3.—²² I. 25. pr. cit.—²³ I. 25. pr. § 1. cit.—
²⁴ Изъятiя въ I. 25. § 2. cit.—^{24a} I. 34. pr. D. de min. 4, 4.—²⁵ § 7. I. de obl. qu. ex c. 3, 27; I. 4 C. h. t. 4, 5; I. 2. C. de comp. 4, 31.—²⁶ I. 74. § 2. D. de iud. 5, 1; I. 36. D. fam. erc. 10, 2; I. 24. § 5. D. mand. 17, 1; I. 1. C. h. t. 4, 5.—²⁷ I. 42. D. h. t. 12, 6; I. 46. D. de r. i. 50, 17.

женъ былъ бытъ уплаченъ, но позднѣе обстоятельства такъ измѣнились, что его уже нельзя было бы требовать, то требованіе возврата уплаченнаго штрафа не допускается²⁸; напр., если тотъ, кому оставленъ отказъ подъ условіемъ, потребовалъ предъявленія завѣщанія, а тотъ, у кого находится документъ, не желалъ показать его, и былъ принужденъ поэтому уплатить отказъ,—то если условіе не исполняется, возврата уплаченнаго уже требовать нельзя; ибо держатель документа долженъ былъ уплатить въ наказаніе за свое упорство (contumacia). Если такъ понимать разбираемое изреченіе, то въ немъ вовсе не содержится никакого исключенія.

2) § 282. Совершеніе дѣйствія въ предположеніи будущаго не безчестнаго обстоятельства (condictio causa data causa non secuta или condictio ob causam datorum).

t. D. XII, 4: de condictione causa data causa non secuta. — t. C. IV, 6: de condictione ob causam datorum. — Vangerow, § 626. — Windscheid, §§ 427—429. — Brinz, § 303.

Обогащеніе признается неосновательнымъ тогда, когда оно происходитъ отъ дѣйствія, которое совершено въ предположеніи какого либо будущаго не безчестнаго обстоятельства, но предполагаемое обстоятельство не наступило. *Итакъ, требуется: 1) предположеніе будущаго не безчестнаго обстоятельства (causa futura honesta); 2) дѣйствіе въ предположеніи этого обстоятельства; 3) ненаступленіе этого обстоятельства.*

1. Будущія не безчестныя обстоятельства, въ предположеніи которыхъ совершаются дѣйствія и которыя позднѣе не наступаютъ, могутъ быть очень разнообразны; это могутъ быть какъ дѣйствія получателя, такъ и прочіе юр. факты:

а. *Дѣйствія получателя.* Главнымъ случаемъ римскаго права были т. н. безыменныя реальные контракты¹; теперь этотъ случай не существуетъ (§ 209 пр. 14—22. § 210 sub B. 1); другіе случаи возможны и теперь, напр., выдача долговой росписки до получения ожидаемаго займа, если заемъ не послѣдуетъ²; отказъ и дареніе съ возложеніемъ обязанности сдѣлать что либо (sub modo), если не послѣдуетъ исполненіе modus'a³ (ср. § 70 пр. 9).

б. *Прочіе юридическіе факты:* установленіе dos до брака, если бракъ не состоится⁴; collatio со стороны того, кому предложено наслѣдство, если онъ затѣмъ отречется отъ его принятія⁵; implendae conditionis causa datum (§ 460), если давшій позднѣе не сдѣлается наслѣдникомъ⁶; дареніе на случай смерти, если даритель переживетъ одареннаго или спасется отъ угрожавшей его жизни опасности⁷; платежъ negotiorum gestor'y, если dominus negotii (вѣритель) откажетъ въ ratihabitio⁸. Особья начала примѣняются къ даренію между обрученными (§ 346 sub II).

2. Что дѣйствіе совершается въ предположеніи будущаго обстоятельства,—это должно быть прямо или молчаливо изъявлено дѣйствующимъ; поэтому, требовать возврата не можетъ то лицо, которое дѣлаетъ другому подарокъ въ невысказанной надеждѣ получить отъ него взаимный подарокъ, склонить

²⁸ l. 3. § 14. D. de tab. exh. 43, 5; другіе случаи см. въ l. 35. D. h. t. 12, 6; l. 1. § 2. D. ad. l. Jul. amb. 48, 14.

¹ l. 3. §§ 2. 3. l. 5. пр. D. h. t. 12, 4; l. 5. § 1. l. 7. D. de pr. v. 19, 5.—² l. 4. C. de cond. ex l. 4, 9; l. 7. C. de non n. p. 4, 30.—³ l. 2. l. 3. l. 8. C. h. t. 4, 6; l. 1. l. 3. C. de don. quae s. m. 8, 54.—⁴ l. 6. l. 7. l. 9. D. h. t. 12, 4; l. 7. § 3. l. 74. D. de i. d. 23, 3; l. 1. C. h. t. 4, 6.—⁵ l. 13. D. h. t. 12, 4; l. 3. § 5. D. de coll. 37, 6.—⁶ l. 1. § 1. l. 2. D. h. t. 12, 4; l. 65. § 3. D. de i. 12, 6.—⁷ l. 35. § 3. D. de m. c. d. 39, 6.—⁸ l. 14. D. h. t. 12, 6; l. 58. пр. D. de sol. 46, 3.—

его къ какой либо услугѣ, получить послѣ него наслѣдство, если надежда позднѣе не исполнится⁹.

3. Причина ненаступления предположеннаго обстоятельства вообще безразлична, поэтому можно требовать возврата обогащенія, произошло ли ненаступление по винѣ получателя или вслѣдствіе чисто случайныхъ обстоятельств¹⁰; мало того, даже простая переменна намѣренія совершающаго дѣйствіе даетъ ему въ извѣстныхъ случаяхъ право требовать возвращенія¹¹ (напр., въ случаѣ уплаты впередъ приданаго, если сама уплатившая отступаетъ отъ обрученія; въ случаѣ передачи какого либо имущества повѣренному, если довѣритель отмѣнить довѣренность; по римскому праву, также въ случаѣ безыменныхъ реальныхъ контрактовъ на основаніи *ius poenitendi*). Только въ нѣсколькихъ случаяхъ ненаступления предположеннаго обстоятельства по случайнымъ обстоятельствамъ—не возникаетъ права требованія возврата; самые случаи спорны: по господствующему мнѣнію, это бываетъ тогда, когда ожидаемое обстоятельство состояло въ воздѣйствіи получателя; правильнѣе утверждать: если сдѣлка была купле-подобная (§ 269 пр. 14—16).

3) § 283. Совершеніе дѣйствія въ предположеніи будущаго безчестнаго обстоятельства (*condictio ob turpem causam*).

t. D. XII, 5: de condictione ob turpem vel iniustam causam. — t. C. IV, 7: de condictione ob turpem causam. — *Vangerow*, § 627. — *Windscheid*, §§ 423. 428. — *Brinz*, § 302.

Обогащеніе признается неосновательнымъ тогда, когда оно происходитъ отъ дѣйствія, совершеннаго въ предположеніи будущаго безчестнаго для получателя обстоятельства (*causa futura inhonesta*), все равно, сбылось ли предположенное обстоятельство¹ или нѣтъ; напр., совершеніемъ дѣйствія имѣлось въ виду отклонить получателя отъ совершенія преступленія² или склонить его къ исполненію уже существующаго обязательства³. Но если предположенное обстоятельство свидѣтельствуетъ *въ то же время* о безчестности совершающаго дѣйствіе (напр., кто либо дастъ взятку судѣ, платитъ дѣвушкѣ, чтобы ее оболгать, преступникъ выкупаетъ себя отъ того, кто его хочетъ обвинить или выдать)⁴, или свидѣтельствуетъ *только* о безчестности представляющаго (напр., по возрѣнію позднѣйшихъ римскихъ юристовъ, если кто платитъ проституткѣ)⁵, то предоставляющій не имѣетъ права на возвращеніе.

4) § 284. Обогащеніе изъ деликта или изъ неодобряемой сдѣлки (*condictio ob iniustam causam*).

t. D. XII, 5: de condictione ob turpem vel iniustam causam. — t. C. IV, 9: de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa. — *Vangerow*, § 627. — *Windscheid*, §§ 422. 423. — *Brinz*, § 302.

Обогащеніе признается неосновательнымъ тогда, когда оно происходитъ отъ деликта или неодобряемой закономъ сдѣлки, напр., отъ дѣйствія, совершеннаго подъ давленіемъ угрозы¹, отъ даренія между супругами², выигрышъ

⁹ l. 3. § 7. D. h. t. 12, 4; l. 7. C. h. t. 4, 6; l. 25. C. de transact. 2, 4.—¹⁰ l. 2. l. 3. § 5. l. 7. § 1. l. 10. D. h. t. 12, 4.—¹¹ l. 38. § 1. D. de us. 22, 1; l. 10. D. de spons. 23, 1; l. 7. § 3. D. de i. d. 23, 3; l. 8. D. h. t. 12, 4; l. 35. § 4. D. de m. c. d. 39, 6.

¹ l. 9. pr. D. h. t. 12, 5.—² l. 2. pr. l. 4. § 2. D. h. t. 12, 5.—³ l. 2. § 1. l. 4. § 4. l. 9. pr. § 1. D. h. t. 12, 5.—⁴ l. 2. § 2. l. 3. l. 4. pr. § 1. D. h. t. 12, 5.—⁵ l. 4. § 3. D. h. t. 12, 5.

¹ l. 6. l. 7. D. de cond. ob t. v. ini. c. 12, 5.—² l. 5. § 18. l. 6. D. de d. i. v. et u. 24, 1.—

въ недозволенныхъ играхъ³, ростовщическіе проценты⁴, плоды, потребленные недобросовѣстнымъ владѣльцемъ⁵.

Нѣкоторые юристы оспариваютъ существованіе *cond. ob iniustam causam*, отождествляя ее съ *cond. ob turpem causam*. Но хотя у классическихъ юристовъ и нѣтъ названій для отдѣльныхъ исковъ о возвращеніи (§ 280 пр. 4), все-таки эти названія установилъ Юстиніанъ; онъ же установилъ названіе „*cond. ob iniustam causam*“ и отдѣлилъ его отъ „*cond. ob turpem causam*“.

5) § 285. Прочіе случаи неосновательнаго обогащенія (*condictio sine causa*).

t. D. XII, 7: de condictio sine causa. — t. C. IV, 9: de condictio ex lege et sine causa vel iniusta causa. — Windscheid, zwei Fragen aus der Lehre v. d. Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. 1878. — Vangerow, § 628. — Windscheid, § 422. — Brinz, § 305.

Классическіе юристы и императоры до Юстиніана подъ обладаніемъ „*sine causa*“ разумѣютъ всякій случай неосновательнаго обогащенія (§ 280 пр. 3), въ томъ числѣ и тѣ 4 случая, которые были изложены въ §§ 281—284. Юстиніанъ выдѣлилъ эти 4 случая (§ 280), а такъ какъ они не обнимали всѣхъ случаевъ обогащенія, то онъ установилъ еще одинъ добавочный искъ: *condictio sine causa*, посредствомъ котораго потерпѣвшій ущербъ могъ преслѣдовать обогащеннаго въ прочихъ случаяхъ обогащенія. Но такъ какъ положительный матеріалъ этой *condictio sine causa* взятъ изъ сочиненій классическихъ юристовъ и законовъ императоровъ, то понятно, что понятіе выработанное Юстиніаномъ, не содержится въ источникахъ въ чистомъ и ясномъ видѣ и что, поэтому, есть много отдѣльныхъ спорныхъ случаевъ.

I. *Случаи, въ которыхъ пріобрѣтеніе было неосновательнымъ съ самаго начала:* 1) что либо дано для юридически невозможной дѣли, напр., установлена *dos* для брака, которому противостояло препятствіе¹; 2) что либо дано на основаніи ничтожной сдѣлки, напр., исполнено дарственное обѣщаніе на сумму свыше 500 *solidi*, совершенное безъ судебной инсинуаціи (§ 69 пр. 10); 3) кто либо получил прибыль отъ незаконнаго отчужденія чужой вещи²; но въ этомъ отношеніи теперь спорятъ о томъ, обязанъ ли выдать прибыль отъ продажи только владѣлецъ безъ титула, или также и владѣлецъ съ титуломъ; источники упоминаютъ только о владѣльцѣ безъ титула, и внутренніе основанія говорятъ въ пользу того, что владѣлецъ съ титуломъ, какъ владѣлецъ *ex iusta causa*, можетъ удержать и вырученное *ex iusta causa*; 4) обогащающее дѣйствіе совершено недѣеспособнымъ лицомъ³.

II. *Случаи, въ которыхъ пріобрѣтеніе стало неосновательнымъ впоследствии (causa finita):* 1) послѣ прекращенія долга въ рукахъ вѣрителя остался долговая росписка⁴; 2) не смотря на исполненіе обязательства, въ рукахъ вѣрителя остался задатокъ⁵; 3) кто либо получил отъ другаго вознагражденіе за пропавшую вещь, а затѣмъ получил и самую вещь⁶; 4) за неблагодарность отмѣняется дареніе⁷; 5) *quasiusufructuarius* ничего не возвращаетъ собственнику, не смотря на прекращеніе *quasi-узуфрукта*⁸.

³ l. 2. C. de al. 3, 43. — ⁴ l. 18. C. de us. 4, 32. — ⁵ l. 3. C. de c. ex l. 4, 9; l. 22. § 2. D. de pign. a. 13, 7.

¹ l. 5. D. h. t. 12, 7; l. 1. C. de cond. ob c. 4, 6. — ² l. 23. l. 31. § 1. D. de r. c. 12, 1; l. 1. C. de reb. al. 4, 51; l. 49. D. de neg. gest. 3, 5; l. 24. § 1. l. 30. пр. D. de a. e. v. 19, 1; l. 1. C. de com. rer. al. 4, 52; cf. l. 67. i f. D. de iure dot. 23, 3. — ³ l. 29. l. 41. D. de c. i. 12, 6; l. 12. l. 19. § 1. D. de r. c. 12, 1; l. 24. пр. D. de o. et a. 44, 7. — ⁴ l. 2. C. h. t. 4, 9. — ⁵ l. 11. § 6. D. de a. e. 19, 1. — ⁶ l. 2. D. h. t. 12, 7. — ⁷ l. 7. C. de rev. don. 8, 55. — ⁸ l. 5. § 1. D. de usufr. ear. r. 7, 5.

ГЛАВА ВТОРАЯ. МѢНОВЫЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

Купля-продажа.

А. § 268. Понятіе.

t. D. XVIII, 1: de contrahenda emtione et venditione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt.—t. C. IV, 38: de contrahenda emtione et venditione.—t. I. III, 23: de emtione et venditione.—*Bechmann*, der Kauf nach G. R. Bd. 1. 1876.—*Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft. Стр. 561—584. 593—610. 1879.—*Pfersche*, zur Lehre von sog. error in substantia. 1880.—*Vangerow*, §§ 632. 611. 604.—*Windscheid*, §§ 323. 385—388. 396.—*Brinz*, §§ 325. 325.—*Baron*, § 124.

Договоръ купли-продажи (emtio venditio), консенсуальный контрактъ, возникаетъ тѣмъ путемъ, что одно лицо (venditor) обѣщаетъ другому (emptor) предоставить известный предметъ за известную сумму денегъ, а другое лицо обѣщаетъ первому уплатить за предметъ условленную денежную сумму.

I. *Предметъ купли* можетъ быть различный¹: тѣлесная вещь и безтѣлесная (долженствующій быть установленнымъ сервитутъ², осуществленіе уже существующаго узурфрукта³, требованіе⁴); недвижимая вещь и движимая (merx)⁵, а слѣдовательно, и деньги; настоящая вещь и будущая, будетъ ли она изготовлена человѣческими руками или должна возникнуть естественнымъ путемъ (res spregata, которой нельзя смѣшивать со spes, § 216); отдѣльная вещь и совокупность вещей (даже все имущество⁶, наслѣдство⁷); собственная вещь продавца и чужая⁸. Напротивъ, договоръ ничтоженъ:

1. о вещи, которая не существуетъ въ настоящемъ и которая невозможна въ будущемъ (исполненіе такого договора невозможно)⁹; если о несуществованіи знали только покупщикъ, то въ видѣ изъятія онъ обязывается договоромъ¹⁰, потому что здѣсь подъ куплею скрыто дареніе;

2. о вещи extra commercium¹¹; впрочемъ, нѣкоторые римскіе юристы считали куплю дѣйствительною, если былъ въ заблужденіи только покупщикъ¹²; другіе только тогда считали куплю дѣйствительною, когда дѣло шло о свободномъ человѣкѣ, котораго кто либо по ошибкѣ купилъ, какъ раба¹³;

3. объ украденной вещи, если это знали оба контрагента; если это неизвѣстно обоимъ контрагентамъ или только покупщику, то договоръ имѣетъ силу; если не знали этого только продавецъ, то возникаетъ т. н. negotium claudicans¹⁴ (ср. § 215 пр. 6);

4. о вещи, уже принадлежащей покупщику¹⁵ (suae rei emtio non valet), развѣ если ему не принадлежитъ владѣніе или пользованіе ею¹⁶.

II. Относительно *покупной цѣны* дѣйствуетъ правило: *pretium должно быть pecunia numerata, certum et verum, не требуется, чтобы pretium было*

¹ l. 34. § 1. D. h. t. 18, 1. — ² l. 20. D. de serv. 8, 1. — ³ l. 12. § 2. D. de usufr. 7, 1. — ⁴ t. D. 18, 4. C. 4. 39; de her. vel act. vend. — ⁵ l. 66. D. de v. s. 50, 16. — ⁶ l. 33. D. de aed. ed. 21, 1; l. 5. D. de ev. 21, 2. — ⁷ См. прим. 4. — ⁸ l. 28. D. h. t. 18, 1. — ⁹ l. 15. пр. l. 57. l. 58. D. h. t. 18, 1. — ¹⁰ l. 57. § 2. cit. — ¹¹ l. 34. § 1. D. h. t. 18, 1. — ¹² ll. 4—6. D. h. t. 18, 1; § 5. I. h. t. 3, 23. — ¹³ l. 70. l. 34. § 2. D. h. t. 18, 1; l. 39. § 3. D. de ev. 21, 2; l. 4. D. qu. ad lib. 40, 13; II. 22—24. l. 34. § 1. l. 62. § 1. D. h. t. 18, 1. — ¹⁴ l. 34. § 3. D. h. t. 18, 1. — ¹⁵ l. 16. пр. l. 18. пр. D. h. t. 18, 1; l. 4. l. 10. C. h. t. 4, 38; l. 45. пр. D. de r. i. 50, 17. — ¹⁶ l. 34. § 4. D. h. t. 18, 1; l. 28. D. de poss. 41, 2.

iustum. Цѣна должна (по мнѣнію прокуліанцевъ ¹⁷, получившему силу уже въ классическій періодъ) состоять въ деньгахъ ¹⁸; иначе это будетъ не купля, а какая либо иная сдѣлка (мѣна, безыменннй контрактъ), но сверхъ денегъ можетъ быть обѣщано еще что либо ¹⁹.—Цѣна должна быть опредѣленною (*pretium certum*); достаточно, если она опредѣлена объективно (напр., *quantum pretii in arca habeo*) ²⁰. Если опредѣленіе цѣны предоставлено усмотрѣнію третьяго, то купля будетъ условною, пока третій не выскажетъ своего мнѣнія ²¹; впрочемъ, по правильному мнѣнію, опредѣленіе цѣны можетъ быть предоставлено и *справедливому* усмотрѣнію (*boni viri arbitrium*) одного изъ контрагентовъ (покупщика или продавца), но не его *произволу* ²² (простому усмотрѣнію, § 208 пр. 13—15).—Размѣръ цѣны не долженъ необходимо соответствовать стоимости вещи ²³: не требуется *iustum pretium*; лишь рескриптами Диоклетіана ²⁴ (а не прежде, какъ нѣкоторые полагаютъ) ²⁵ было опредѣлено, что продавецъ, получившій менѣ половины дѣйствительной стоимости, можетъ отступить отъ договора (*propter laesionem enormem* или *ultra dimidium*), если покупатель не доплатитъ до дѣйствительной стоимости. Практика перенесла это правило на покупщика, который уплатилъ больше двойной дѣйствительной стоимости, а даже и на всѣ мнѣныя сдѣлки. Германскій полицейскій уставъ 1577 г. постановилъ относительно купли неснятыхъ плодовъ, что не можетъ быть назначена цѣна выше той, такая существуетъ во время заключенія договора или четырнадцать дней послѣ ближайшей жатвы.—Отъ цѣны, не соответствующей стоимости вещи, слѣдуетъ отличать цѣну, несерьезно назначенную (*venditio pummo pno*); цѣна должна быть назначена серьезно (*pretium verum*), иначе сдѣлка подчиняется правиламъ даренія ²⁶ (кромѣ случаевъ символической сдѣлки, § 50 пр. 4); точно также, если продажа совершается за слишкомъ низкую цѣну добровольно, по дружбѣ (т. н. *venditio gratiosa*), то также примѣняются правила даренія ²⁷ (§ 68 пр. 7. 8. 11 и § 347 пр. 8—10).

III. *Perfectio договора*. Какъ консенсуальный контрактъ, договоръ купли тогда окончательно совершенъ (*perfecta emptio venditio*), когда обѣ стороны пришли къ соглашенію по существеннымъ пунктамъ сдѣлки (предметъ и цѣна) ²⁸. Есть такіе случаи, когда соглашеніе сторонъ бываетъ только кажущимся, и такіе случаи, когда это соглашеніе нерѣшительно:

1. *Случаи кажущагося соглашенія сторонъ*.—Факты, вообще исключаютъ дѣйствительность юридической сдѣлки и оставлюшіе только внѣшній видъ ея (*simulatio*, шутка, физическое принужденіе, существенное заблужденіе, § 50), имѣютъ такое же вліяніе и на договоръ купли. Къ нимъ присоединяются еще слѣдующіе новые случаи:

а. *Заблужденіе въ качествѣ*, или т. н. *error in substantia*. По мнѣнію классическихъ юристовъ ²⁹, договоръ ничтоженъ, когда кто либо по заблужденію покупаетъ вмѣсто золотого или серебрянаго сосуда сосудъ изъ бронзы или изъ свинца, вмѣсто вина—уксусъ, вмѣсто раба—рабыню ³⁰ (но это пра-

¹⁷ Gai. 3, 141.—¹⁸ l. 1. l. 72. pr. D. h. t. 18, 1; l. 1. D. de perm. 19, 4; § 2. I. h. t. 3, 23.—
¹⁹ l. 6. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.—²⁰ § 1. I. h. t. 3, 23; l. 7. § 1. D. h. t. 18, 1; l. 37. eod.—
²¹ Gai. 3, 140; l. 15. C. h. t. 4, 38; § 1. I. h. t. 3, 23.—²² l. 35. § 1. D. h. t. 18, 1; l. 22. § 1. D. de r. i. 50, 17.—²³ l. 16. § 4. D. de min. 4, 4; l. 22. § 3. l. 23. D. loc. 19, 2; Nov. 97. c. 1.—
²⁴ l. 2. l. 8. C. de resc. vend. 4, 44; ср. l. 3. l. 4. l. 12. l. 15. C. eod.; c. 3. c. 6. X. de e. et v. 3, 17.—²⁵ Въ доказательство приводятъ l. 16. l. 17. l. 54. D. de c. e. 18, 1; l. 78. l. 79. D. pro soc. 17, 2; l. 6. § 2. l. 12. § 1. D. de i. d. 23, 3; l. 3. C. comm. utr. i. 3, 38.—²⁶ l. 36. D. h. t. 18, 1; l. 3. l. 9. C. h. t. 4, 38.—²⁷ l. 38. D. h. t. 18, 1; l. 5. § 5. l. 31. § 3. l. 32. § 26. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 17. pr. D. ad sct. Vell. 16, 1.—²⁸ ll. 9—15. D. h. t. 18, 1.—²⁹ О мнѣніи прежнихъ см. l. 9. § 2. D. h. t. 18, 1.—³⁰ l. 3. § 2. l. 11. § 1. l. 14. l. 41. § 1. D. h. t. 18, 1.

вило не примѣняется къ куплѣ сосуда изъ худшаго золота вмѣсто лучшаго вина испорченнаго—вмѣсто хорошаго, стараго платья—вмѣсто новаго, рабыни уже разъ родившей—вмѣсто дѣвственницы, стола изъ худшаго дерева вмѣсто лучшаго)³¹. Изъ этихъ рѣшеній прежде выводили то правило, что заблужденіе въ матеріалѣ (т. н. *error in substantia*) есть заблужденіе существенное, уничтожающее договоръ, заблужденіе же въ другихъ свойствахъ предмета (т. н. *error in bonitate*) на дѣйствительность договора вліянія не имѣетъ. Правильнѣе и согласнѣе съ приведенными примѣрами источникомъ утверждаетъ господствующее мнѣніе, что договоръ лишь тогда ничтоженъ когда одинъ изъ контрагентовъ заблуждается въ такомъ свойствѣ предмета купли, которое по воззрѣніямъ, господствующимъ въ оборотѣ, составляетъ его сущность. Ничтожности договора по этой причинѣ можетъ требовать только то лицо, которое вслѣдствіе своего заблужденія потерпѣло какой либо вредъ³²; поэтому, признается дѣйствительнымъ *односторонній* договоръ (напр. стипуляція, дарственное обѣщаніе), не смотря на существенное заблужденіе *върителя* въ свойствахъ предмета договора³³.

в. *Заблужденіе въ количествѣ*. Договоръ ничтоженъ, если продавецъ имѣлъ въ виду большую цѣну, нежели покупатель³⁴; въ обратномъ случаѣ имѣетъ силу купля за меньшую цѣну³⁵, такъ какъ на послѣднюю согласны обѣ стороны.—Заблужденіе въ объемѣ вещи (напр., кто либо думаетъ, что покупаетъ поле въ 100 десятинъ, между тѣмъ какъ ихъ только 90) не исключаетъ наличности *consensus* сторонъ; но цѣна соразмѣрно уменьшается, если чего либо недостаетъ до объема, заявленнаго продавцомъ³⁶, и увеличивается, если объемъ окажется больше заявленнаго³⁷.

2. *Случаи нерѣшительнаго соглашенія сторонъ*. Нерѣшительнымъ дѣлается соглашеніе сторонъ: относительно своего возникновенія чрезъ прибавленіе *суспензивнаго* условія, относительно продолженія своего существованія—чрезъ прибавленіе *резолутивнаго* условія. Особенно частые случаи этого рода суть слѣдующіе:

а. *Купля на пробу, на осмотрѣніе, т. н. emptio ad gustum*. Смотря по намѣренію сторонъ (что особенно важно для перехода риска, § 269 sub II. 1.) это условіе можетъ быть *суспензивнымъ*³⁸ или *резолутивнымъ*³⁹; исполненіе или неисполненіе условія зависитъ отъ заявленія покупателя, нравится ли ему вещь или не нравится. При этомъ заявленіи покупателя, по правильному мнѣнію, можетъ слѣдовать своему усмотрѣнію, онъ не обязанъ указывать основаній своего мнѣнія.—Къ куплѣ на пробу нѣкоторые относятъ также *куплю съ договоромъ о правѣ отказать* (*pactum displicentiae*)⁴⁰, но такая купля заключена безусловно, только что покупатель можетъ отступить отъ нея,—и если онъ воспользуется этимъ правомъ, то послѣдствія купли превращаются не *ipso iure*, а лишь тогда, когда онъ совершитъ *необходимыя дѣйствія*; поэтому продавецъ обратно *пріобрѣтаетъ* право собственности на купленную вещь лишь тогда, когда покупатель совершитъ обрат-

³¹ l. 10. l. 14. l. 45. D. h. t. 18, 1; l. 21. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — ³² l. 45. i. f. D. l. 18, 1. — ³³ l. 22. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 2. D. de p. a. 13, 7. — ³⁴ l. 52. D. loc. 19, 2. — ³⁵ l. 1. § 4. D. de v. o. 45, 1.—³⁶ l. 69. § 6. D. de ev. 21, 2; cf. l. 42. D. de a. e. v. 19, 1.—³⁷ l. 40. § 2. D. h. t. 18, 1; l. 45. D. de ev. 21, 2; l. 13. § 14. D. h. t. 18, 1. — ³⁸ § 4. I. h. t. 3, 23; l. 20. § 1. D. de pr. v. 19, 5. — ³⁹ l. 3. D. h. t. 18, 1; l. 2. § 5. D. pro emt. 41, 4; l. 11. § 13. l. quod vi a. c. 43, 24; l. 4. C. de aed. 4, 58.—⁴⁰ l. 6. D. de resc. v. 18, 5; l. 20. pr. D. de pr. v. 19, 5; l. 31. § 22. D. de aed. e. 21, 1; l. 3. i. f. D. qu. m. p. 20, 6.

ную traditio.—Отъ купли на пробу слѣдуетъ также отличать куплю *согласно съ пробой* и куплю *для пробы*; купля согласно съ пробой есть безусловная купля количества вещей, которыя должны соответствовать данной пробѣ; купля для пробы есть купля какой бы то ни было вещи, при совершении которой покупатель обнадѣживаетъ продавца, что впоследствии онъ купитъ еще такихъ вещей.

в. *Продажа съ удержаніемъ права найти лучшаго покупателя, in diem addictio*⁴¹. Смотря по намѣренію сторонъ (что особенно важно для перехода риска, § 269 sub П. 1), это условіе можетъ быть суспензивнымъ или резолютивнымъ⁴²; въ первомъ случаѣ договоръ возникаетъ лишь тогда, когда въ теченіе условленнаго времени не найдется лучшей покупщикъ, или когда продавецъ не приметъ такого покупщика; во второмъ случаѣ договоръ возникаетъ тотчасъ, но теряетъ свою силу ipso iure, если въ теченіе условленнаго срока найдется лучшей покупщикъ и будетъ принятъ продавцомъ. Въ сомнительныхъ случаяхъ предполагается условіе резолютивное⁴³. Новое предложеніе можетъ быть лучшимъ не только въ размѣрѣ цѣны, но и въ условіяхъ платежа, въ надежности покупщика, въ уменьшеніи обязанности продавца⁴⁴. Принятіе лучшаго предложенія зависитъ отъ воли продавца⁴⁵; если онъ его приметъ, то долженъ дозволить первому покупщику заключить съ нимъ новую куплю на этихъ лучшихъ условіяхъ⁴⁶. Если состоится вторая купля съ прежнимъ ли покупщикомъ, или съ новымъ, то плоды вещи за предыдущее время принадлежать продавцу⁴⁷, такъ какъ прежняя продажа уничтожена.

с. *Lex commissoria*⁴⁸ въ этомъ случаѣ (о другомъ значеніи при закладномъ договорѣ см. § 198 пр. 31) есть *уговоръ (lex)*, по которому продавецъ можетъ объявить договоръ не заключеннымъ, если покупщикъ своевременно не исполнитъ своихъ обязанностей изъ него⁴⁹. Уговоръ этотъ въ сомнительныхъ случаяхъ содержитъ въ себѣ резолютивное условіе⁵⁰. Если покупщикъ не исполняетъ своевременно своихъ обязанностей, то продавецъ имѣетъ право⁵¹ заявить, что онъ отказывается отъ договора, при чемъ безразлично, виновенъ ли или невиновенъ покупщикъ въ неисполненіи договора, напоминать ли ему продавецъ объ исполненіи или не напоминать⁵². Если продавецъ заявить, что онъ отказывается отъ договора, то онъ не только получаетъ обратно то, что дано имъ покупщику, но и удерживаетъ задатокъ, а также, по правильному мнѣнію, и то, что еще имъ получено отъ покупщика; но послѣдній можетъ въ этомъ случаѣ удержать за собою плоды, извлеченные имъ въ промежуточное время отъ предмета купли⁵³.

В. § 287. Обязанности контрагентовъ.

t. D. XIX, 1; t. C. IV, 49: de actionibus emti et venditi. — *Ihering*, *Gesamm. Aufsätze*. I, 291—326. 1881. — *Vangerow*, §§ 633. 634. — *Windscheid*, §§ 389. 390. — *Brinz*, § 326.

Изъ договора купли всегда возникаютъ обязанности для обѣихъ сторонъ.

I. *Обязанности покупателя*. Онъ обязанъ заплатить покупную цѣну,

⁴¹ t. D. 18, 2; de in diem addictione. — ⁴² l. 2. pr. D. de in d. a. 18, 2.—⁴³ l. 4. § 6. l. 5. l. 14. § 5. l. 15. § 1. D. a. de i. d. a. 18, 2.—⁴⁴ l. 2. § 4. D. pro emt. 41, 4.—⁴⁵ l. 9. l. 11. § 1. l. 12. l. 13. l. 14. § 2. D. de i. d. a. 18, 2.—⁴⁶ l. 6. § 1. l. 7. l. 8. D. de i. d. a. 18, 2.—⁴⁷ l. 6. D. eod. 18, 2.—⁴⁸ t. D. 18, 3; de lege commissoria.—⁴⁹ l. 1. D. de l. c. 18, 3.—⁵⁰ l. 1. D. cit.; l. 2. § 3. D. pro emt. 41, 4.—⁵¹ l. 2. l. 3. l. 4. § 2. D. de l. c. 18, 3.—⁵² l. 4. § 4. D. eod. 18, 3.—⁵³ l. 4. § 1. l. 6. pr. l. 8. D. eod. 18, 3; l. 1. C. de pact. i. e. et v. 4, 54.

т. е. перенести право собственности на нее продавцу¹,—и это онъ долженъ сдѣлать тотчасъ при полученіи предмета купли; если онъ уплачиваетъ поздне, то хотя бы и не былъ in mora, во всякомъ случаѣ долженъ заплатить и проценты² (§ 42 пр. 13). Онъ долженъ возмѣстить продавцу всѣ сообразныя издержки³. Онъ отвѣчаетъ за culpa levis (§ 236).—Что поупщикъ не освобождается отъ этихъ обязанностей и въ томъ случаѣ, когда для продавца сдѣлалось невозможнымъ исполненіе его обязанности, другими словами, что поупщикъ несетъ рискъ (periculum est emtoris),—объ этомъ мы уже говорили подробнѣе въ § 269 sub II. 1. Въ новѣйшее время былъ возбужденъ слѣдующій вопросъ: если продавецъ (bona fide или dolo) продалъ нѣсколько разъ вещь, которая затѣмъ случайно погибла, то обязанъ ли каждый поупщикъ уплатить цѣну? Источники этого вопроса не обсуждаютъ^{3a}; большинство юристовъ рѣшаетъ его отрицательно.—Искъ, принадлежащій продавцу противъ поупщика для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется actio venditi.

II. *Обязанности продавца.* Онъ долженъ перевести предметъ купли въ имущество поупщика (напр., передать тѣлесную вещь), т. е. предоставить его поупщику такъ, чтобы послѣдній могъ имѣть его и господствовать надъ нимъ безъ препятствій со стороны правъ третьихъ лицъ⁴. вмѣстѣ съ предметомъ купли онъ долженъ выдать всѣ его принадлежности⁵ и всѣ доходы, которые онъ получилъ или могъ получить со времени заключенія договора, въ частности, плоды⁶ (о наемной платѣ ср. § 238 кон.). Онъ отвѣчаетъ за culpa levis⁷.—Передачей предмета купли поупщику продавецъ не освобождается отъ своихъ обязанностей въ томъ случаѣ, если онъ совсѣмъ не имѣлъ права на этотъ предметъ или имѣлъ право съ порокомъ; далѣе, если въ предметѣ купли нѣтъ обѣщанныхъ качествъ или есть недостатки; притязанія, которыя въ этихъ случаяхъ принадлежатъ поупщику противъ продавца, будутъ изложены въ §§ 288. 289.—Искъ, принадлежащій поупщику противъ продавца для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется actio emti.

ВЪ ЧАСТНОСТИ

1) § 288. Объ отвѣтственности продавца за evictio.

t. D. XXI, 2: de evictionibus et duplae stipulatione. — t. C. VIII, 44: de evictionibus. — Müller, die Lehre des Römischen Rechts von der Eviction (неокончено). 1851.—Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums. 1874. — Vangerow, § 610. — Windscheid, §§ 391. 392. — Brinz, §§ 280. 328. — Baron, § 124.

(Для ясности изложенія мы предполагаемъ, что предметомъ купли служить всегда тѣлесная вещь).

I. *Понятіе и условія.* Купля-продажа тѣлесной вещи есть сдѣлка, направленная на перенесеніе и приобрѣтеніе права собственности (иначе—господствующее мнѣніе). Это видно изъ того, что съ передачей купленной

¹ l. 13. § 20. l. 11. § 2. D. h. t. 19, 1; l. 1. pr. D. de perm. 19, 4. — ² l. 13. §§ 20. 21. D. h. t. 19, 1; l. 5. C. h. t. 4, 49; l. 18. § 1. D. de us. 22, 1; l. 2. C. eod. 4, 32.—³ l. 13. § 22. l. 38. § 1. D. h. t. 19, 1; l. 13. l. 16. C. h. t. 4, 49. — ^{3a} Сюда не относится и l. 21. D. de her. vend. 18, 4, какъ часто думаютъ. — ⁴ l. 11. § 2. l. 30. § 1. D. h. t. 19, 1; l. 25. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 1 pr. D. de perm. 19, 4.—⁵ l. 13. § 31. ll. 14—18. l. 38. § 2. D. h. t. 19, 1; ll. 47—49. D. de c. e. 18, 1. — ⁶ l. 13. §§ 10. 11. 13. D. h. t. 19, 1; l. 7. pr. D. de p. et c. 18, 6; l. 4. § 1. D. de us. 22, 1; l. 16. C. h. t. 4, 49. — ⁷ l. 23. D. de r. i. 50, 17; l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 35. § 4. D. de c. e. 18, 1; l. 3. D. de per. 18, 6.

вещи и платежомъ цѣны или зачетомъ ея въ долгъ (кредитаціей) продавцомъ, покупщикъ приобретаетъ на эту вещь право собственности, если это право принадлежало продавцу¹ (что было бы невозможно безъ воли перенести и приобрести право собственности); приобретение собственности имѣетъ мѣсто даже въ томъ случаѣ, если покупщикъ въ этомъ сомнѣвается². Далѣе, это видно изъ того, что соглашеніе контрагентовъ, въ силу котораго право собственности не должно перейти къ покупщику, лишаетъ сдѣлку значенія купли³. Наконецъ, это видно изъ того, что, по праву до-Юстиніана, покупщикъ германсірі могъ требовать отъ продавца совершенія манципаціи⁴ (аналогично съ современнымъ правомъ, по которому покупщикъ недвижимаго имущества можетъ требовать отъ продавца письменнаго документа, чтобы внести свое право собственности въ кадастровыя книги). Но римское право не проводить послѣдовательно этого значенія купли; покупщикъ, не приобретшій права собственности, не смотря на передачу ему вещи, тѣмъ не менѣе не можетъ тотчасъ осуществить своихъ притязаній противъ продавца; онъ долженъ ждать, пока третье лицо, уполномоченное, не лишитъ его владѣнія купленной вещью путемъ процесса, т. е. пока у него не отнимутъ вещи посредствомъ эвикціи. Поэтому то въ источникахъ римскаго права часто говорится: *продавецъ обязанъ къ перенесенію не права собственности, а владѣнія (ut emptori rem habere liceat, при чемъ habere не означаетъ права собственности)*⁵. Эта непослѣдовательность имѣетъ въ виду оказать справедливое снисхожденіе продавцу; этимъ путемъ онъ освобождается иногда отъ всякой обязанности, напр., если вещь до evictio приобретена по давности покупщикомъ, или оставлена (delegata) собственникомъ, или погибла отъ случая⁶. Если же продавецъ не заслуживаетъ снисхожденія (напр., если онъ завѣдомо продалъ чужую вещь), то онъ отвѣчаетъ предъ покупщикомъ тотчасъ⁷; если интересъ покупщика сталкивается со справедливымъ снисхожденіемъ въ пользу продавца, то первому оказывается предпочтеніе; поэтому, если покупщикъ позднѣе приобрететъ право собственности на купленную вещь какимъ либо инымъ путемъ, такъ что evictio сдѣлается невозможною, то онъ можетъ тотчасъ осуществить свои притязанія противъ продавца⁸; далѣе, если третье лицо предъявитъ свои притязанія на вещь еще до уплаты цѣны покупщикомъ, то послѣдній можетъ не уплачивать цѣны до рѣшенія процесса⁹. —Итакъ, условія ответственности продавца за evictio обыкновенно суть слѣдующія: 1) эвикція отъ покупщика, 2) вещь, 3) владѣніе полное или частичнаго неимѣнія продавцомъ права на вещь.

1. Нѣтъ на лицо эвикціи, если государство совершаетъ экспроприацію вещи отъ покупщика на основаніи права суверенитета¹². И въ томъ случаѣ нѣтъ эвикціи, если покупщикъ добровольно выдастъ вещь тому, кто предъявляетъ на нее притязанія; для наличности эвикціи необходимо, чтобы притязанія были осуществлены въ процессѣ, чтобы покупщикъ былъ присужденъ къ выдачѣ вещи и исполнилъ приговоръ¹³; присужденія по третейскому суду

¹ l. 11. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — ² l. 9. § 4. D. de i. et f. i. 22, 6. — ³ l. 80. § 3. D. de c. 18, 1; ср. l. 16. D. de c. d. c. n. s. 12, 4; l. 65. D. de c. e. 18, 1. — ⁴ Gai. 4, 131^a; Paul. I, 13^a, 4. — ⁵ l. 11. § 2. D. de a. e. v. 19, 1. — ⁶ l. 38. § 9. D. de v. o. 45, 1; l. 1. § 33. D. de vi 43, 16; l. 2. § 38. D. ne quid in l. p. 43, 8; l. 143. l. 164. § 2. l. 188. D. de v. s. 50, 16; l. 15. D. de f. i. 50, 17. — ⁷ l. 11. § 2. l. 30. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; l. 1. pr. D. de perm. 19, 4; l. 25. § 1. D. de c. e. 18, 1; l. 4. D. de us. 22, 1. — ⁸ l. 21. pr. § 1. l. 64. § 2. l. 76. D. h. t. 21, 2; l. 26. C. h. t. 8, 44. — ⁹ l. 30. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — ¹⁰ l. 13. § 15. D. de a. e. v. 19, 1; l. 9. l. 41. § 1. D. h. t. 21, 2. — ¹¹ l. 18. § 1. D. de per. 18, 6; l. 24. C. h. t. 8, 44. — ¹² l. 11. pr. D. h. t. 21, 2. — ¹³ l. 21. § 1. l. 35. l. 57. pr. D. h. t. 21, 2.

недостаточно¹⁴. На какомъ правѣ основанъ процессъ, на правѣ ли собственности на вещь, или на какомъ либо другомъ вещномъ правѣ (закладномъ правѣ, узурфруктѣ)¹⁵, или на личномъ правѣ требованія (напр., на требованіи по actio poxalis¹⁶, требованіи на основаніи in integrum restitutio)¹⁷,—это безразлично. Чтобы какъ можно старательнѣе вести процессъ, покупщикъ долженъ о немъ своевременно извѣстить продавца (*litem denuntiare*)¹⁸, а этотъ послѣдній, зная, вѣроятно, дѣло лучше покупщика, долженъ принять участіе въ процессѣ, какъ придаточный *interveniens*, и помогать покупщику; *litis denuntiatio* не требуется только тогда, когда она прощена покупщику по особому договору, когда продавецъ отъ нея уклоняется, когда неизвѣстно мѣсто пребыванія продавца¹⁹. Если покупщикъ выдастъ вещь безъ процесса, то онъ лишается своихъ притязаній противъ продавца²⁰, если не докажетъ, что притязаніе третьяго лица было основательное²¹, такъ что процессъ былъ бы излишнимъ и предосудительнымъ. Если покупщикъ безъ особаго основанія не совершитъ *litis denuntiatio*, то, не смотря на эвикцію, продавецъ свободенъ отъ отвѣтственности, если покупщикъ не докажетъ, что и при участіи продавца процессъ былъ бы проигранъ.

2. Возможна эвикція всей вещи и части ея какъ идеальной²³, такъ и реальной²⁴; только при продажѣ *universitas iuris* (наслѣдства, § 37 кон.) продавецъ не отвѣчаетъ за эвикцію отдѣльныхъ предметовъ, которые, повидимому, принадлежали къ *universitas*²⁵. Эвикціей части вещи признается тотъ случай, если третье лицо докажетъ свое право узурфрукта на вещь²⁶; напротивъ, обнаруженіе наличности или отсутствія прочихъ сервитутовъ только тогда подходитъ подъ понятіе эвикціи²⁷, когда продавецъ особо гарантировалъ, что вещь не обременена сервитутами (*fundum optimum maximum esse*), или что съ нею связаны какія либо сервитутныя права; безъ особаго принятія на себя гарантіи продавецъ отвѣчаетъ за обремененіе вещи сервитутами лишь въ томъ случаѣ, если онъ завѣдомо объ этомъ умолчалъ²⁸.

3. Продавецъ не отвѣчаетъ за эвикцію, если приговоръ матеріально несправедливъ по винѣ судьи²⁹ (отмѣнено §-мъ 65-мъ И. у. г. с.) или по винѣ покупщика³⁰; ибо продавецъ обязанъ отвѣчать лишь за недостаточность своего права. Но то же правило дѣйствуетъ и тогда, когда дѣйствительный недостатокъ права продавца не устраненъ по винѣ покупщика, напр., если покупщикъ не приобрѣлъ вещь по давности, будучи въ состояніи это сдѣлать³¹.

II. *Размѣръ отвѣтственности.* Продавецъ долженъ возмѣститъ покупщику интересъ³²; послѣдній можетъ не совпадать съ покупною цѣной³³, но (вслѣдствіе повышенія или пониженія цѣны, вслѣдствіе издержекъ) быть больше или меньше ея; онъ не долженъ (по указу Юстиніана, § 243 пр. 10)

¹⁴ l. 56. § 1. D. h. t. 21, 2. — ¹⁵ l. 34. §§ 1. 2. l. 35. l. 63. § 1. D. h. t. 21, 2. — ¹⁶ l. 11. § 12. D. de a. e. v. 19, 1. — ¹⁷ l. 39. pr. 1. 66. § 1. D. h. t. 21, 2. — ¹⁸ l. 53. § 1. l. 62. § 1. D. h. t. 21, 2; II. 7—9. l. 17. l. 20. l. 23. l. 29. C. h. t. 8, 44.—¹⁹ l. 55. § 1. l. 56. §§ 5. 6. l. 63. pr. D. h. t. 21, 2; l. 29. C. h. t. 8, 44. — ²⁰ l. 56. § 1. D. h. t. 21, 2; l. 17. C. h. t. 8, 44. — ²¹ l. 11. § 12. D. de a. e. v. 19, 1.—²² l. 53. § 1. D. h. t. 21, 2; l. 11. § 12. D. de a. e. v. 19, 1. — ²³ l. 1. l. 39. § 2. D. h. t. 21, 2.—²⁴ l. 1. l. 64. § 3. D. h. t. 21, 2. — ²⁵ l. 5. D. h. t. 21, 2; l. 1. C. h. t. 8, 44.—²⁶ l. 15. § 1. l. 39. § 5. l. 49. D. h. t. 21, 2; l. 66. pr. D. de c. e. 18, 1.—²⁷ l. 75. D. h. t. 21, 2; l. 59. l. 66. pr. D. de c. e. 18, 1. — ²⁸ l. 69. § 5. D. h. t. 21, 2; l. 1. § 1. D. de a. e. v. 19, 1; противное мнѣніе опирается въ особенности на l. 15. § 1. D. h. t. 21, 2; l. 61. D. de aed. ed. 21, 1. — ²⁹ l. 5. l. 51. pr. D. h. t. 21, 2; l. 8. i. f. l. 15. C. h. t. 8, 44; l. 1. C. de rer. p. 4, 64.—³⁰ l. 55. pr. l. 63. §§ 1. 2. l. 66. pr. D. h. t. 8, 21, 2; l. 8. i. f. l. 19. C. h. t. 8, 44.—³¹ l. 56. § 3. D. h. t. 21, 2.—³² l. 8. D. h. t. 21, 2; l. 23. l. 25. l. 29. C. h. t. 8, 44.—³³ l. 60. l. 66. § 3. l. 70. D. h. t. 21, 2; l. 23. C. h. t. 8, 44.

никогда превышать удвоенной покупной цѣны. Размѣръ интереса долженъ доказать покупщикъ; чтобы избѣгнуть доказыванія, у Римлянъ существовалъ обычай въ случаѣ продажи цѣнныхъ вещей заключать, при совершеніи договора, *stipulatio duplae* (scil. *pecuniae*), т. е. продавецъ обѣщалъ въ случаѣ эвикціи уплатить покупщику неустойку вдвое больше покупной цѣны; если случайно стипуляція была упущена, то продавецъ былъ обязанъ совершить ее позднѣе по требованію покупщика; мало того, по мнѣнію позднѣйшихъ римскихъ юристовъ³⁴, даже если покупщикъ не потребовалъ стипуляціи, то все-таки въ случаѣ эвикціи онъ имѣлъ право на двойную цѣну³⁷. Обычай и обязанность заключать *stipul. duplae* теперь не существуютъ; но уговоръ о неустойкѣ возможенъ и теперь.

III. *Исключенія*. Въ слѣдующихъ случаяхъ продавецъ не отвѣчаетъ за *evictio*:

1. Если покупщикъ посредствомъ договора (т. н. *actum de non praestanda evictione*) простилъ продавцу отвѣтственность за эвикцію. Это прощенье не имѣетъ силы, если продавецъ зналъ недостатокъ своего права³⁶ (это было бы *actum de dolo non praestando*, § 236 пр. 1); но если продавецъ не знаетъ недостатка своего права, такъ что договоръ имѣетъ силу, и покупщикъ въ случаѣ эвикціи не можетъ требовать интереса, то возникаетъ вопросъ, не долженъ ли продавецъ по крайней мѣрѣ возратить покупщику покупную цѣну. Этотъ спорный вопросъ, согласно съ природою мнѣновыхъ договоровъ, рѣшается въ источникахъ утвердительно³⁷; только, если вѣритель подъ залогъ продаетъ заложенную вещь, которая не принадлежитъ залогодателю и которую поэтому отнимаютъ по эвикціи у покупщика, то послѣдній не можетъ предъявить притязаній противъ вѣрителя подъ залогъ³⁸; но онъ можетъ предъявить противъ залогодателя искъ о выдачѣ его обогащенія³⁹ (посредствомъ *cond. sine causa*; ср. § 198 пр. 25).

2. Если покупщикъ, зная недостатокъ права продавца, не выговорилъ себѣ особо отвѣтственности за этотъ недостатокъ⁴⁰, то онъ не можетъ требовать и возвращенія цѣны, за исключеніемъ двухъ частныхъ случаевъ, определенныхъ Юстиніаномъ⁴¹.

3. Если игрокъ продаетъ вещь, чтобы цѣну употребить на игру, и это знаетъ покупщикъ⁴².

IV. *Аналогичные случаи*. Они уже были исчислены въ § 239; но здѣсь отвѣтственность того, кто далъ свою вещь, часто возникаетъ тотчасъ, такъ что не надо ожидать эвикціи со стороны третьяго лица.

2) § 289. Отвѣтственность продавца за пороки и недостатки.

t. D. XXI, 1: de aedilicio edicto — t. C. IV, 58: de aediliciis actionibus. — *Neustetel*, въ исследованийъ по римскому праву, своихъ и Циммерна. № 9. 1821. — *Bruns* и *Sachau*, *Syrisch-Römisches Rechtsbuch*. Стр. 207 слѣд. 1880. — *Hanausek*, *Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Sache*. 1883. — *Vangerow*, § 609. *Windscheid*, § 293—395. — *Brinz*, §§ 327—327^b. — *Baron*, § 124.

I. *Историческое введеніе*. По древнему *ius civile*, продавецъ отвечаетъ за пороки и недостатки только въ двухъ случаяхъ: 1) если онъ особо принялъ

³⁴ Мнѣніе прежнихъ юр. см. въ l. 60. D. h. t. 21, 2. — ³⁵ l. 2. l. 37. §§ 1. 2. D. h. t. 21, 2; l. 11. §§ 8. 9. D. de a. e. v. 19, 1. — ³⁶ l. 6. § 9. l. 11. §§ 15. 18. D. de a. e. v. 19, 1; l. 69. § 5. D. h. t. 21, 2. — ³⁷ l. 11. l. 18. D. de a. e. v. 19, 1, въ которой (на что до сихъ поръ не обращали вниманія) Ульпианъ присоединяется къ мнѣнію Юліана словами: „neque enim bonae fidei contractus—retinetur“. — ³⁸ l. 68. пр. D. h. t. 21, 2. — ³⁹ l. 12. § 1. D. de distr. p. 20, 5. — ⁴⁰ l. 18. l. 27. C. h. t. 8, 44; l. 7. C. comm. utr. i. 3, 38. — ⁴¹ l. 3. §§ 3. 4. C. comm. de leg. 6, 43; Nov. 7. c. 5.—⁴² l. 2. § 1. D. qu. r. a. 44, 5.

на себя эту отвѣтственность¹; 2) если онъ завѣдомо скрылъ пороки и недостатки предмета купли (за *dolus*)². Въ этихъ случаяхъ продавецъ обязанъ уплатить интересъ покупщику, которому для осуществленія этого требованія принадлежитъ actio emti, и согласиться на уничтоженіе договора, если этого требуютъ интересы покупщика. Принимая во вниманіе мѣнновій характеръ договора купли, курульные эдилы, въ область судебной компетенціи которыхъ входили торговыя дѣла, въ своихъ эдиктахъ³ расширили отвѣтственность продавца за предѣлы означенныхъ двухъ случаевъ. По эдикту эдиловъ, и безъ принятія особой гарантіи, и безъ умышленнаго умолчанія о недостаткахъ продаваемой вещи продавецъ обыкновенно отвѣчаетъ за всѣ тѣлесныя пороки и недостатки предмета купли (при куплѣ рабовъ и за нѣкоторые нравственныя и юридическія недостатки: *fugitivum*, *ergonem popesse*, *poxa solutum esse*); но покупщикъ можетъ здѣсь требовать не уплаты интереса, а уничтоженія договора или пониженія цѣны, откуда соответственныя иски называются: *actio redhibitoria*, *iudicium redhibitorium* и *quantum minoris*, *iudicium aestimatorium*.—Нѣкоторые юристы, не признавая изложеннаго отношенія гражданского права и эдикта эдиловъ, утверждаютъ, что уже по *ius civile* продавецъ безъ принятія гарантіи и безъ злаго умысла долженъ былъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ отвѣчать за пороки и недостатки и въ самомъ дѣлѣ, нѣкоторые мѣста источниковъ⁴ допускаютъ *actio emti* и въ такихъ случаяхъ; но, по правильному мнѣнію, это объясняется тѣмъ, что въ позднѣйшее время отвѣтственность продавца, какъ она была нормирована эдиктомъ эдиловъ, могла быть преслѣдуема не только исками эдикта, но также и искомъ гражданского права.—Впрочемъ, эдиктъ относился только къ продажѣ рабовъ и животныхъ; но юристы распространили его на всѣ тѣлесныя вещи⁵; зато изъ его дѣйствія были изъяты продажи казны⁶.—Признавалось также недостаткомъ, если кто либо продалъ животныхъ съ украшеніями (*ornamenta*) и не передалъ послѣднихъ; въ этомъ случаѣ, по эдилскому эдикту, покупщикъ могъ въ теченіе шестнадцати дней потребовать или выдачи украшеній, или уничтоженія договора⁷; теперь практика допускаетъ только требованіе украшеній.

II. *Догматическое изложеніе*. Продавецъ отвѣчаетъ предъ покупщикомъ за всѣ пороки и недостатки, существовавшіе уже въ моментъ заключенія договора, все равно, гарантировалъ ли онъ особо ихъ отсутствіе или нѣтъ, умолчалъ ли онъ завѣдомо о нихъ или нѣтъ⁸; онъ не отвѣчаетъ только тогда, когда онъ указалъ эти недостатки покупщику; далѣе, когда покупщикъ знаетъ ихъ или долженъ былъ знать, потому что они бросаются въ глаза⁹,—далѣе, когда эти недостатки такъ незначительны, что не уменьшаютъ цѣны и годности вещи¹⁰. Точно также продавецъ отвѣчаетъ за отсутствіе особенныхъ достоинствъ вещи, которыя онъ обѣщаль¹¹ (отъ этого слѣдуетъ отличать обыкновенное расхваливаніе вещи со стороны продавца¹²).—Въ случаяхъ особаго обѣщанія и умышленнаго скрятія дѣйствуютъ положенія древняго *ius*

¹ 1. 6. § 4. 1. 13. § 3. D. de a. e. v. 19, 1; Cic. de off. 3, 16.—² 1. 11. §§ 3. 5. D. de a. e. v. 19, 1; 1. 35. § 8. D. de c. e. 18, 1; Cic. de off. 3, 16.—³ 1. 1. § 1. 1. 38. pr. § 5. D. h. t. 21, 1.—⁴ 1. 13. pr. § 1. D. de a. e. v. 19, 1.—⁵ 1. 1. pr. l. 63. D. h. t. 21, 1.—⁶ 1. 1. § 3. D. h. t. 21, 1.—⁷ 1. 38. pr. § 11. D. h. t. 21, 1.—⁸ См. мѣста пр. 3 и кромѣ того: 1. 17. § 20. 1. 38. §§ 5. 10. 1. 52. D. h. t. 21, 1.—⁹ 1. 14. § 10. 1. 1. § 6. 1. 48. § 4. D. h. t. 21, 1.—¹⁰ 1. 1. § 8. 1. 10. pr. 1. 4. § 6.—1. 15. 1. 38. §§ 3. 7—9. D. h. t. 21, 1.—¹¹ 1. 1. § 1. 1. 17. § 20. 1. 18. 1. 19. § 1. 1. 38. § 10. D. h. t. 21, 1.—¹² 1. 19. § 3. D. h. t. 21, 1; 1. 37. D. de dol. 4, 3.

civile; поэтому, отвѣтственность продавца продолжается 30 лѣтъ и выражается въ уплатѣ интереса¹³ (стало быть, напр., не только уплаченного выше стоимости за гнилое дерево, но въ то же время и стоимости дома, который былъ построенъ изъ гнилаго дерева и рухнулъ)¹⁴; если этого требуетъ интересъ покупателя, то договоръ купли долженъ быть уничтоженъ. Въ прочихъ случаяхъ дѣйствуютъ начала эдильскаго эдикта, слѣдовательно, покупатель не можетъ требовать интереса, а только прекращенія договора или же пониженія цѣны¹⁵; это право выбора подлежитъ правиламъ альтернативнаго стеченія исковъ¹⁶ (§ 85 sub II. 2).

1. Если покупатель выберетъ прекращеніе договора, то онъ долженъ осуществить свое рѣшеніе въ теченіе *sex menses utiles* посредствомъ *actio redhibitoria*¹⁷; тогда продавецъ долженъ возратить ему цѣну вмѣстѣ съ процентами, а если цѣна еще не уплачена, то освободить его отъ долга¹⁸; далѣе, онъ долженъ возмѣстить ему издержки кромѣ тѣхъ, которыя уравниваются пользованіемъ¹⁹.—Продавца не освобождаетъ отъ этихъ обязанностей эвикція и гибель, поврежденіе или ухудшеніе проданной вещи безъ вины покупателя²⁰.—По римскому праву, судья до постановленія приговора приглашалъ продавца добровольно исполнить свои обязанности, а если тотъ не повиновался, то присуждалъ его къ двойному²¹; теперь и предложеніе исполнить и присужденіе къ двойному, по правильному мнѣнію, не примѣняется (§§ 81. 84).—Покупщикъ съ своей стороны обязанъ выдать (*redhibere*) продавцу вещь со всѣми принадлежностями и всѣми приобрѣтеніями, которыя онъ получилъ отъ нея или могъ получить, въ томъ числѣ со всѣми плодами²²; за ухудшенія, происшедшія по его винѣ онъ долженъ тоже вознаграждать²³.—Часто покупатель уже при заключеніи договора отказывался отъ потенциальнаго осуществленія права *redhibitionis*; тогда договоръ назывался *venditio simplaria*²⁴, ἀπλή πρᾶσις, ἀπλή ὄνη²⁴, и покупатель могъ требовать только пониженія цѣны.

2. Если покупатель выберетъ пониженіе цѣны, то онъ долженъ осуществить свой выборъ въ теченіе одного *annus utilis* посредствомъ *actio quanti minoris*²⁵; продавецъ обязанъ ему возратить столько, на сколько пороки понижаютъ цѣнность вещи²⁶; если оказываются различныя пороки одинъ за другимъ, то покупатель можетъ требовать пониженія цѣны нѣсколько разъ²⁷; однако никогда не должна быть исчерпана вся цѣна, такъ что въ нѣкоторыхъ случаяхъ судья долженъ постановить не уменьшеніе цѣны, а уничтоженіе договора²⁸. Эвикція и случайная гибель вещи не прекращаютъ требованія покупателя²⁹.

III. Аналогичные случаи. Отвѣтственность вслѣдствіе гарантированія и умышленнаго умолчанія имѣетъ мѣсто при всѣхъ мѣновыхъ договорахъ. Болѣе обширная отвѣтственность, введенная эдильскимъ эдиктомъ, признава

¹³ l. 6. § 4. l. 13. pr. §§ 1—3. D. de a. e. v. 19, 1. — ¹⁴ l. 13. pr. cit.; ср. выше § 243.—

¹⁵ l. 18. pr. l. 38. pr. l. 43. § 6. D. h. t. 21, 1. — ¹⁶ l. 25. § 1. D. de exc. r. i. 44, 2. — ¹⁷ l. 38. pr. l. 19. § 6. l. 48. § 2. l. 55. D. h. t. 21, 1; l. 2. C. h. t. 4, 58; l. 25. § 1. D. de e. r. i. 44, 2. — ¹⁸ l. 25. § 10. — l. 27. l. 29. § 2. D. h. t. 21, 1. — ¹⁹ l. 27. l. 29. l. 30. D. h. t. 21, 1. — ²⁰ l. 31. §§ 6. 11—15. l. 38. § 3. l. 44. § 2. l. 47. § 1. l. 48. pr. D. h. t. 21, 1. — ²¹ l. 45. D. h. t. 21, 1. — ²² l. 1. § 1. l. 23. §§ 1. 9. l. 24. l. 31. §§ 2. — 4. l. 33. § 1. D. h. t. 21, 1. — ²³ l. 1. § 1. l. 21. § 1. l. 23. pr. l. 25. pr. — § 8. l. 31. § 9. l. 43. § 8. D. h. t. 21, 1; l. 4. pr. D. qu. m. p. 20, 6 — ²⁴ l. 48. § 8. D. h. t. — ^{24a} Bas. XIX, 10, 11; Сирійско-римскій сводъ §§ 39. 113. — ²⁵ l. 19. § 6. l. 38. pr. l. 48. § 2. D. h. t. 21, 1. — ²⁶ l. 38. pr. § 13. D. h. t. 21, 1; l. 13. pr. § 1. D. de a. e. v. 19, 1. — ²⁷ l. 31. § 16. D. h. t. 21, 1; l. 32. § 1. D. de ev. 21, 2. — ²⁸ l. 43. § 6. D. h. t. 21, 1; l. 25. § 1. D. de e. r. i. 44, 2. — ²⁹ l. 44. § 2. l. 47. § 1. l. 48. pr. D. h. t. 21, 1.

въ источникахъ по отношенію къ мѣнѣ, по отвергнута по отношенію къ найму³⁰; по слѣдуетъ замѣтить, что при наймѣ, если недостатки препятствуютъ или значительно ограиваютъ пользованіе вещью, то хозяинъ уже по ius civile платитъ интересъ или долженъ согласиться на пониженіе наемной платы³¹; ср. § 294 пр. 6.

С. § 290. Побочные договоры при куплѣ.

Vangerow, § 637.

Законныя обязанности сторонъ могутъ быть во всѣхъ отношеніяхъ измѣняемы побочными соглашениями (pacta adiecta), напр., о мѣстѣ и времени передачи купленного предмета, а также и объ уплатѣ цѣны, о несеніи риска и т. п. Нѣкоторыя изъ этихъ побочныхъ соглашеній требуютъ особаго упоминанія:

1. Т. н. pactum reservati dominii, т. е. соглашеніе, по которому, не смотря на передачу вещи и кредитацию (зачетъ въ долгъ) цѣны, право собственности на купленную вещь должно перейти къ покупщику лишь съ момента уплаты имъ цѣны, или по которому, въ случаѣ неуплаты цѣны въ положенный срокъ, право собственности на купленную вещь опять должно возвратиться къ продавцу (§ 131 sub 2).

2. Т. н. pactum hypothecae, т. е. соглашеніе, что цѣна будетъ кредитована, право собственности будетъ перенесено на покупщика, но до уплаты цѣны продавецъ будетъ имѣть на вещь закладное право.

3. Т. н. pactum de retroemendo и de retrovendendo; первое обязываетъ продавца впоследствии обратно купить у покупщика проданную вещь; второе обязываетъ покупщика впоследствии продать вещь обратно продавцу.

4. Т. н. pactum protititiois, договоръ, въ силу котораго покупщикъ на случай, если онъ пожелаетъ впоследствии продать купленную вещь, обязывается предоставить преимущество въ куплѣ продавцу, если, конечно, этотъ послѣдній согласится на условія, которыя будутъ предложены другимъ покупщикомъ.²—Право преимущественной купли можетъ, впрочемъ, быть основано не только на побочномъ соглашеніи при договорѣ купли, но и на самостоятельномъ договорѣ³ и на законѣ⁴ (§ 178 sub 4. § 286 пр. 46).

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

§ 291. МѢНА.

t. D. XIX, 4: de rerum permutatione. — t. C. IV, 64: de rerum permutatione et praescriptis verbis.—Vangerow, § 638. — Windscheid, § 398.

Мѣна отличается въ римскомъ правѣ отъ купли въ двухъ отношеніяхъ: 1) здѣсь дается не деньги за вещь, а вещь за вещь¹; 2) обязательство возникаетъ лишь съ момента совершенія дѣйствія однимъ контрагентомъ: мѣна принадлежитъ въ римскомъ правѣ къ безыменнымъ реальнымъ контрактамъ.² Въ современномъ правѣ второе отличіе не существуетъ (§ 210 sub B. 1), первое осталось. Въ остальномъ къ мѣнѣ примѣняются начала купли³: каждый контрагентъ прирав-

³⁰ l. 19. § 5. l. 63. D. h. t. 21, 1; l. 2. D. de rer. perm. 19, 4. — ³¹ l. 15. § 1. l. 19. § 1. l. 25. § 2. D. loc. cond. 19, 2; l. 13. § 6. D. de damn. inf. 39, 2.

¹ l. 12. D. de pr. v. 19, 5; l. 2. C. de pact. i. e. 4, 54 — ² l. 75. D. de c. e. 18, 1; l. 20. § 5. D. de a. e. v. 19, 1. — ³ l. 122. § 3. D. de v. o. 45, 1. — ⁴ l. 3. C. de iure emph. 4, 66; l. 10. D. de r. a. i. 42, 5; l. 60. D. de pact. 2, 14.

¹ l. 1. D. h. t. 19, 4; l. 7. C. h. t. 4, 64; l. 1. § 1. D. de c. e. 18, 1. — ² l. 3. l. 7. C. h. t. 4, 64. — ³ Ср. l. 1. l. 2. D. h. t. 19, 4; l. 2. C. h. t. 4, 64; l. 19. § 5. D. de aed. ed. 21, 1; l. 1. § 1. D. de pr. v. 19, 5.

нивается къ продавцу по отношенію къ вещи, данной имъ,—къ покупщику по отношенію къ вещи, полученной. Впрочемъ, обмѣненная вещь съ момента *traditio* переходитъ въ собственность получателя, все равно, исполнилъ ли послѣдній свое обязательство или нѣтъ (иначе при куплѣ, § 131 пр. 20).

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ

Наемъ.

t. D. XIX, 2: locati conducti.—t. C. IV, 65: de locato et conducto.—t. I. III, 24: de locatione et conductione.

А. § 292. Понятіе и виды.

Vangerow, § 640.—*Windscheid*, § 399.—*Brinz*, § 330.—*Baron*, § 125.

Наемъ, *locatio conductio*, консенсуальный контрактъ, возникаетъ тѣмъ путемъ, что одно лицо (*locator*) обѣщаетъ другому (*conductor*) предоставить за известную сумму денегъ пользование вещью или работою силою челоуѣка, а другое лицо обѣщаетъ первому уплатить за пользование условленную сумму денегъ. Смотря по тому, выступаетъ ли объектъ найма въ страдательной функціи или дѣятельной, наемъ распадается на два вида: наемъ вещей (*loc. cond. rei*) и личный наемъ (наемъ услугъ, *loc. cond. operatum*); но въ понятіе *loc. operatum* входитъ лишь дѣятельность свободнаго челоуѣка, дѣятельность же раба и животнаго относится къ *loc. rei*. Особымъ видомъ личнаго найма бываетъ производство какаго либо издѣлія, заказа (какъ результата работы, *loc. cond. operis*).—Для всѣхъ видовъ найма необходимо соглашеніе о наемной платѣ (*merces, pretium*); если стороны упустили опредѣленіе наемной платы, то сдѣлка будетъ безыменнымъ контрактомъ, и воздѣйствіе должно быть опредѣлено судебнымъ усмотрѣніемъ¹. Если стороны согласились насчетъ наемной платы, то послѣдняя обсуждается по правиламъ покупной цѣны² (§ 286 sub II): следовательно, merces должна быть pecunia numerata, certa, vera, не требуется, чтобы merces была iusta; тѣмъ не менѣе сдѣлка не перестаетъ быть наймомъ, если за пользование сельскимъ участкомъ или исполненіе сельскихъ работъ (напр., за сбереженіе скота) вмѣсто денегъ обѣщаны плоды въ опредѣленномъ количествѣ или въ опредѣленной долѣ годоваго дохода³; въ послѣднемъ случаѣ источники говорятъ при арендѣ сельскихъ участковъ о *colonus partiaris*, новые юристы—о *contractus sociatae* (=societatis, такъ какъ договоръ этотъ похожъ на товарищество).—Наемъ признается состоявшимся (*perfecta locatio*), когда стороны согласились о предметѣ найма и о наемной платѣ⁴; при этомъ аналогично примѣняются начала купли-продажи (§ 286 sub III).

В. Отдѣльные виды.

1) Наемъ вещей (*loc. cond. rei*).

а. § 293. Объектъ найма.

Vangerow, § 632. II. — *Windscheid*, § 339 — *Brinz*, § 331.

Объектъ найма можетъ быть различный: какъ тѣлесная вещь, такъ и безтѣ-

¹ l. 22. D. de pr. v. 19, 5; § 1. I. h. t. 3, 24. — ² l. 2. pr. l. 20. § 1. l. 25. pr. l. 46. D. h. t. 19, 2; l. 5. § 2. l. 17. § 3. D. de pr. v. 19, 5; § 2. I. h. t. 3, 24. — ³ l. 25. § 6. D. h. t. 19, 2; l. 8. l. 21. C. h. t. 4, 65; однако эта сдѣлка названа и товариществомъ: l. 52. § 2. D. pro soc. 17, 2.—⁴ l. 20. pr. D. h. t. 19, 2.

лесная, напр., узурфруктъ¹; право государства на общественные доходы (временное перенесение этого права на публикановъ первоначально признавалось куплей-продажей, позднѣе — наймомъ)². Далѣе, какъ движимая, такъ и недвижимая вещь; какъ собственная вещь отдающаго внаймы, такъ и чужая³; послѣднее, въ частности, случается тогда, когда самъ наниматель отдаетъ вещь третьему лицу (поднаемъ, *sublocatio*); для этого не требуется дозволенія хозяина (*locator*)⁴. Если вещь принадлежит самому нанимателю, то договоръ ничтоженъ⁵, развѣ если владѣніе или пользованіе принадлежит другому⁶. Далѣе, какъ плодоносная вещь, такъ и вещь, годная только для пользованія въ тѣсномъ смыслѣ; въ современной обыденной рѣчи наемъ называется арендою (*Pacht*), если вещь доставляетъ плоды или подобные доходы (имѣніе, гостинница, желѣзнодорожный буфетъ отдаются въ аренду), слово наемъ ограничивается прочими вещами; римская терминологія этого различія не знала, различали только арендатора сельско-хозяйственного участка (*colonus*) отъ нанимателя дома (*inquilinus*); современная наука относитъ слово „наемъ“ ко всѣмъ вещамъ.

Наемъ вещей имѣетъ много сходнаго съ куплею; дѣйствіе нанимателя и покупателя вполне аналогичны. Но и объектъ найма вещей сроденъ съ объектомъ купли; что не можетъ быть продано, то не можетъ быть и предметомъ найма, и обратно, что можетъ быть продано, то по большей части (хоть и не всегда) можетъ быть отдано внаймы; но различіе заключается въ томъ, что объектъ купли переходитъ навсегда и вполне въ имущество покупателя (откуда отвѣтственность продавца: *ut emptori rem habere liceat*), между тѣмъ какъ наниматель обыкновенно получаетъ объектъ найма лишь на время и то лишь со стороны ея годности или доходности; откуда отвѣтственность хозяина: *ut re conductori frui liceat*⁷. Сродствомъ купли и найма вещей объясняется тотъ фактъ, что древніе римскіе юристы спорили, куда слѣдуетъ отнести нѣкоторые договоры: къ куплѣ или къ найму⁸; ср. § 179 пр. 3. § 297 пр. 9 и выше пр. 2.

в. § 294. Обязанности контрагентовъ.

Vangerow, §§ 641. 642. — *Windscheid*, § 400. — *Brinz*, § 331.

Изъ договора найма всегда возникаютъ обязанности для обѣихъ сторонъ.

I. Обязанности хозяина (*locator*). Онъ долженъ первый совершить свое дѣйствіе (§ 215 пр. 1а), а именно, онъ обязанъ:

1. предоставить нанимателю пользованіе нанятою вещью со всѣми ея принадлежностями¹, слѣдовательно, тѣлесную вещь передать нанимателю (въ *detentio*)². Если предоставленіе пользованія сдѣлалось случайно невозможнымъ, то договоръ прекращается: хозяинъ не подвергается никакой отвѣтственности и не пріобрѣтаетъ никакого требованія на наемную плату (§ 269 пр. 8); если эта невозможность произошла отъ другихъ причинъ (напр., кто либо отдалъ внаймы чужую вещь, и дѣйствительный собственникъ лишаетъ

¹ 1. 12. § 2. 1. 38. D. de us. 7, 1. — ² Festus s. v. venditiones; Hyginus p. 116, 12—14 (ed. Lachm.); 1. 16. D. de v. s. 50, 16. — ³ 1. 7. 1. 9. пр. § 6. D. h. t. 19, 2. — ⁴ 1. 60. пр. D. h. t. 19, 2; 1. 6. C. h. t. 4, 65. — ⁵ 1. 20. 1. 23. C. h. t. 4, 65; 1. 15. D. dep. 16, 3; 1. 45. пр. D. de r. i. 50, 17. — ⁶ 1. 29. пр. D. qu. m. us. 7, 4; 1. 35. § 1. 1. 37. D. de pign. a. 13, 7; 1. 28. 1. 37. D. de acq. poss. 41, 2. — ⁷ 1. 9. пр. 1. 15. § 1. D. h. t. 19, 2. — ⁸ Gai. 3, 145 sqq.; пр. — § 4. I. h. t. 3, 24; 1. 2 § 1. D. h. t. 19, 2.

¹ 1. 15. пр. § 1. 1. 19. § 2. 1. 24. § 4. D. h. t. 19, 2. — ² 1. 25. § 1. D. de p. a. 41, 2; 1. 6. § 2. D. de prec. 43, 26.

нанимателя вещи посредством *rei vindicatio*), то хозяинъ уплачиваетъ интересъ, хотя бы не совершилъ *culpa* ³.

2. Онъ обязанъ предоставить вещь въ такомъ видѣ, чтобы было возможно обѣщанное пользованіе ⁴. Если вещь имѣеть недостатки, а хозяинъ завѣдомо умолчалъ о нихъ или обѣщаль ихъ отсутствіе, то онъ обязанъ возмѣстить интересъ ⁵; въ прочихъ случаяхъ дѣло зависитъ отъ того, препятствуютъ ли недостатки пользованію вполнѣ или въ значительной мѣрѣ, или же нѣтъ; въ первомъ случаѣ хозяинъ лишается требованія всей наемной платы или части ея ⁶; во второмъ—недостатки не оказываютъ никакого вліянія на обязанности контрагентовъ (§ 269 пр. 9. § 289 пр. 31).

3. Онъ обязанъ предоставить нанимателю держаніе (*detentio*) вещи и пользованіе ею *на все время найма* ⁷; поэтому, онъ не имѣеть права безъ особыхъ основаній производить измѣненія нанятой вещи, мѣшающія пользоваться ею (напр., поправка дома допускается лишь въ крайнемъ случаѣ) ⁸; въ то же время онъ долженъ производить необходимыя поправки вещи ⁹.

4. Хозяинъ обязанъ нести всѣ повинности, лежащія на самой вещи ¹⁰ (поземельныя подати, но не наемныя); онъ обязанъ возвратитъ нанимателю всѣ необходимыя и полезныя издержки на вещь ¹¹; онъ отвѣчаетъ за *culpa levis* ¹².

Искъ, принадлежащій нанимателю противъ хозяина для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется *actio conducti*.

II. Обязанности нанимателя:

1. Наниматель обязанъ уплатить *postnumerando* хозяину наемную плату ¹³; къ этому онъ обязанъ и въ томъ случаѣ, когда обстоятельства, касающіяся его лично, воспрепятствовали пользованію ¹⁴; онъ освобождается отъ этой обязанности только тогда, когда ему не предоставляютъ пользованія: *locatoris est periculum*. Если пользованіе вещью сокращается въ значительной мѣрѣ вслѣдствіе случая, то соразмѣрно уменьшается и наемная плата ¹⁵ (ср. § 269 пр. 8. 9). Особыя правила примѣняются къ арендѣ сельско-хозяйственнаго участка; по причинамъ справедливости, арендатору сбавляется арендная плата (*remissio mercedis*) ¹⁶, если, по чрезвычайному несчастному случаю (наводненіе, градъ, нашествіе непріятели и т. п.) ¹⁷, онъ не могъ извлечь плодовъ (стало быть, это не относится къ несчастному случаю съ плодами *posse* ихъ *perceptio*), и если вредъ былъ значительный ¹⁸; впрочемъ, если срокъ аренды обнимаетъ нѣсколько періодовъ извлечения плодовъ, то арендаторъ долженъ уравнивать неурожайный годъ болѣе урожайными, такъ что иногда ему придется заплатить прощенную плату вполнѣдствіи ¹⁹. *Colonus partiaris* не можетъ требовать сбавки арендной платы ²⁰.

2. Наниматель обыкновенно ²¹ отвѣчаетъ за *culpa levis* ²², стало быть, онъ обязанъ беречь вещь отъ поврежденій ²³.

³ П. 7—9. § 1. 1. 15. § 8. 1. 35. пр. D. h. t. 19, 2. — ⁴ 1. 19. § 1. D. h. t. 19, 2. — ⁵ 1. 19. § 1. D. h. t. 19, 2; 1. 6. § 4. D. de a. e. v. 19, 1. — ⁶ 1. 19. § 1. 1. 25. § 2. D. h. t. 19, 2. — ⁷ 1. 25. §§ 1. 2. 1. 60. пр. D. h. t. 19, 2. — ⁸ 1. 19. § 5. 1. 30. пр. 1. 35. D. h. t. 19, 2. — ⁹ 1. 15. § 1. 1. 25. § 2. D. h. t. 19, 2. — ¹⁰ 1. un. § 3. D. de via publ. 43, 10; 1. 32. § 6. D. de adm. tut. 26, 7; 1. 4. 1. 20. § 4. C. de agr. 11, 47. — ¹¹ 1. 19. § 4. 1. 55. § 1. D. h. t. 19, 2. — ¹² 1. 5. § 2. D. comm. 13, 6; 1. 23. D. de r. i. 50, 17. — ¹³ 1. 24. § 2. D. h. t. 19, 2. — ¹⁴ 1. 24. § 2. 1. 27. § 1. 1. 55. § 2. 1. 61. § 1. D. h. t. 19, 2. — ¹⁵ 1. 15. § 1 sq. 1. 25. § 2. 1. 27. пр. D. h. t. 19, 2. — ¹⁶ 1. 15. § 7. D. h. t. 19, 2. — ¹⁷ 1. 15. §§ 2—4. D. h. t. 19, 2. — ¹⁸ 1. 25. § 6. D. h. t. 19, 2. — ¹⁹ 1. 15. § 4. D. h. t. 19, 2; 1. 8. C. h. t. 4, 65. — ²⁰ 1. 25. § 6. D. h. t. 19, 2. — ²¹ Случай его ответственности за *custodia* см. въ § 5. I. h. t. 3, 24; выше § 237. — ²² 1. 9. пр. 1. 11. § 3. 1. 13. § 1. D. h. t. 19, 2. — ²³ 1. 11. § 1. 1. 25. § 3. D. h. t. 19, 2.

3. По окончании срока найма наниматель обязанъ возвратитъ вещь хозяину²⁴ въ цѣлости, поскольку это возможно при условленномъ пользованіи ею. Если возвращеніе вещи вообще или возвращеніе ея въ цѣлости стало для него невозможнымъ по его собственной винѣ, то онъ уплачиваетъ хозяину интересъ²⁵. Если онъ безъ всякаго основанія отказывается выдать вещь до самаго приговора, то по указу имп. Зенона, его присуждаютъ къ уплатѣ двойнаго²⁶; этотъ штрафъ теперь не существуетъ (§ 81).

Искъ, принадлежащій хозяину противъ нанимателя для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется *actio locati*.

Обязанности нанимателя по отношенію къ хозяину не измѣняются, если первый отдаетъ вещь отъ себя внаймы третьему лицу. Съ другой стороны, отъ этого не возникаетъ никакого правоотношенія между вторымъ нанимателемъ (поднанимателемъ) и хозяиномъ; но если предметомъ найма служитъ домъ, то хозяинъ имѣетъ законное закладное право на *investa et illata* поднанимателя²⁷, а послѣдній, чтобы освободить свои вещи, имѣетъ право заплатить наемную плату прямо хозяину дома²⁸ (§ 226 пр. 13).

Если наниматель уплатилъ наемную плату или не уплатилъ ея вслѣдствіе мога accipiendi хозяина, то послѣдній долженъ дозволить ему забрать внесенныя и внесенныя вещи; къ этому можно принудитъ хозяина посредствомъ *interd. de migrando*²⁹ или *extraordinaria cognitio*³⁰.

с. § 295. Особья основанія прекращенія.

Röder, Abhandlugen Nr. 1. 1833. — *Vangerow*, § 643, 644. — *Windscheid*, § 402. — *Brinz*, § 331.

Договору найма вещей свойственны особья основанія прекращенія:

1. *Истечение времени*. Если наемъ заключенъ безъ ограниченія опредѣленнымъ временемъ (напр., между проѣзжающимъ и хозяиномъ гостинницы), то онъ продолжается до тѣхъ поръ, пока одна изъ сторонъ не откажется. Если же время найма опредѣлено, то наемъ кончается съ истеченіемъ условленнаго времени; но такъ какъ наемъ есть контрактъ консенсуальный, то онъ считается молчаливо продолженнымъ (*tacita relocatio*), когда наниматель продолжаетъ пользоваться вещью безъ возраженій со стороны хозяина¹. Вопросъ, на сколько времени продолженъ наемъ, рѣшается въ томъ смыслѣ, что аренда сельско-хозяйственнаго участка имѣетъ силу еще лишь на текущій годъ, такъ какъ воля сторонъ, вѣроятно, направлена на это время²; относительно городскихъ участковъ источники опредѣляютъ³ „*ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur*“; по господствующему мнѣнію это означаетъ, что каждая сторона во всякое время можетъ отказаться отъ договора; нѣкоторые же юристы видятъ въ этихъ словахъ опредѣленіе, что для продолженнаго договора дѣйствуетъ время найма первоначальнаго договора. Но изъ приведеннаго постановленія исключается тотъ случай, если „*in scriptis certum tempus conductionis comprehensum est*“; господствующее мнѣніе толкуетъ это исключеніе въ томъ смыслѣ, что если въ первоначальномъ договорѣ письменно было постановлено время найма, то послѣднее дѣйствуетъ и для продолженнаго договора, между

²⁴ 1. 25. C. h. t. 4, 65. — ²⁵ 1. 9 § 3. l. 11. l. 13. §§ 7. 8. l. 19. § 2. l. 25. § 3. D. h. t. 19, 2; l. 27. §§ 9. 11. D. ad l. Aq. 9, 2. — ²⁶ 1. 34. C. h. t. 4, 65. — ²⁷ 1. 5. pr. D. in qu. c. 20, 2; l. 11. § 5. D. de p. a. 13, 7. — ²⁸ 1. 11. § 5. D. de pign. a. 13, 7. — ²⁹ t. D. 43, 32: de migrando. — ³⁰ 1. 1. § 2. D. de migr. 43, 32.

¹ 1. 13. § 11. l. 14. D. h. t. 19, 2. — ² 1. 13. § 11. cit.; 1. 6. C. h. t. 4, 65. — ³ 1. 13. § 11 cit.

тѣмъ другіе юристы предложили весьма различныя объясненія. Этотъ спорный вопросъ не имѣетъ теперь для Германіи важнаго значенія, такъ какъ частнымъ обычнымъ правомъ или въ самомъ договорѣ вездѣ опредѣляется продолжительность молчаливо продолженнаго договора.

2. *Отказъ нанимателя отъ договора* допускается въ слѣдующихъ случаяхъ: а) если хозяинъ передаетъ ему вещь не въ условленное время или въ видѣ, недостаточно годномъ для пользованія⁴; б) если съ пользованіемъ вещь соединяется какая либо опасность для нанимателя (напр., приближается войско непріятелей, сосѣдній домъ грозитъ паденіемъ)⁵.

3. *Отказъ хозяина отъ договора* допускается въ слѣд. случаяхъ: а) если наниматель не вноситъ платы въ теченіе двухъ лѣтъ⁶; б) если наниматель злоупотребляетъ вещью⁷; в) если необходима поправка вещи, не позволяющая пользованія ею⁸; д) если хозяинъ зданія по непредвидѣннымъ обстоятельствамъ самъ нуждается въ немъ⁹.

4. По И. у. о конкурсахъ §§ 17, 18, открытіе конкурса надъ имуществомъ нанимателя или хозяина даетъ право конкурсному управителю или другому контрагенту или обонимъ вмѣстѣ отказаться отъ договора.

Смерть одного изъ контрагентовъ не имѣетъ никакого вліянія на договоръ найма¹⁰. Равнымъ образомъ и отчужденіе вещи хозяиномъ; повидимому, противное утверждаетъ юридическая поговорка: „Kauf bricht Miethe“; но дѣйствительное значеніе ея заключается лишь въ томъ, что покупатель, достигнувъ по traditio права собственности на вещь можетъ лишить нанимателя пользованія вещью¹¹, такъ какъ онъ не связанъ договоромъ найма¹²; но если это дѣйствительно случится, то наниматель можетъ требовать отъ того, съ кѣмъ онъ заключилъ договоръ найма, уплаты интереса¹³; если же этого не случится (напр., потому что покупатель обязался хозяину [продавцу] исполнить договоръ найма), то наниматель долженъ исполнять свои обязанности¹⁴.— Во многихъ партикулярныхъ правахъ, впрочемъ, дѣйствуетъ правило: „Neuer geht vor Kauf“, т. е. покупатель связанъ договоромъ найма и не можетъ лишить нанимателя пользованія вещью.

2) § 296. Личный наемъ (loc. cond. operarum).

Vangerow, §§ 645. 650.—Windscheid, §§ 401. 404.—Brinz, § 332.

I. *Объектъ найма.* Онъ состоитъ въ той рабочей силѣ лица, которая обнаруживается не въ свободной духовной дѣятельности; слѣдовательно, сюда относятся работы поденщиковъ и ремесленниковъ (factum quod locari solet¹, т. н. operae locari solitae, illiberales). Locator operarum обыкновенно есть самъ рабочій, но можетъ быть и другое лицо, напр., отецъ отдаетъ внаймы рабочую силу своего сына, патронъ—своего вольноотпущенника (что иногда дозволялось)^{1а}. Впрочемъ, личный наемъ былъ въ Римѣ рѣдкимъ явленіемъ, потому что достаточно было своихъ и нанятыхъ рабовъ; поэтому и источники посвящаютъ личному найму мало мѣста².

II. Обязанности.

1. *Обязанности рабочаго* (locator operarum). Онъ долженъ въ теченіе условленнаго времени давать обѣщанную рабочую силу³, если только этому

⁴ 1. 24. § 4. 1. 25. § 2. 1. 60. pr. D. h. t. 19, 2.—⁵ 1. 27. § 1. 1. 13. § 7. D. h. t. 19, 2; 1. 28. D. de damn. inf. 39, 2.—⁶ 1. 54. § 1. 1. 56. D. h. t. 19, 2; Nov. 120. c. 8.—⁷ 1. 3. C. h. t. 4, 65; Nov. 120. c. 8; c. 3. X. loc. 3, 18.—⁸ 1. 3. C. h. t. 4, 65.—⁹ 1. 3. C. h. t. 4, 65.—¹⁰ 1. 10. C. h. t. 4, 65; § 6. I. h. t. 3, 24.—¹¹ 1. 25. § 1. 1. 32. D. h. t. 19, 2; 1. 120. § 2. D. de leg. 1 (30).—¹² 1. 9. C. h. t. 4, 65; 1. 59. § 1. D. de usufr. 7, 1.—¹³ См. мѣста пр. 11.—¹⁴ 1. 25. § 1. 1. 58. pr. D. h. t. 19, 2; 1. 9. C. h. t. 4, 65.

¹ 1. 5. § 2. D. de praescr. v. 19, 5.—^{1а} 1. 25. § 1. D. de op. lib. 38, 1.—² Въ слѣд. мѣстахъ: 1. 19. §§ 9. 10. 1. 26. 1. 38. 1. 13. pr. D. h. t. 19, 2; 1. 22. C. h. t. 4, 65.—³ 1. 22. C. h. t. 4, 65.—

не воспрепятствуетъ случай (§ 269 пр. 11); онъ отвѣчаетъ за custodia въ тѣсномъ смыслѣ⁴ (а не только за culpa levis, какъ полагаетъ гоподствующее мѣнѣ, § 237).

2. *Обязанности нанявшаго (conductor operarum)*. Онъ обязанъ платить условленную плату, хотя бы не воспользовался рабочей силою, развѣ если рабочій заработалъ равную сумму, нанявшись въ другомъ мѣстѣ; нанявшій не обязанъ платить наемной платы, если рабочій не исполняетъ работъ, хотя бы причиною этому былъ случай (§ 269 пр. 11). Онъ долженъ возратить нанявшемуся все основательныя издержки. Онъ отвѣчаетъ за culpa levis.

Иски для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей суть act. locati и actio conducti.

III. *Свободная духовная дѣятельность, какъ ремесло*⁵ (т. н. operae locari non solitae, operae liberales), обнимала у Римлянъ различные виды дѣятельности⁶: обученіе наукамъ и элементарнымъ свѣдѣніямъ, услуги адвокатовъ, дѣятельность ассессоровъ и помощниковъ, которые функционировали во многихъ государственныхъ учрежденіяхъ (iuris studiosi)⁷, далѣе, помощь врачей, хирурговъ, повивальныхъ бабокъ (но не тѣхъ, которые заговариваютъ болѣзнь), работы землемѣровъ⁸, счетоводовъ, бухгалтеровъ (librarii), стенографовъ (notarii), занятіе маклеровъ (proxenetae)⁹, которые были у Римлянъ посредниками въ разныхъ торговыхъ сдѣлкахъ (но также и въ заключеніи браковъ, опредѣленіи на должность и т. п.)¹⁰.—Все эти виды дѣятельности въ древнее время не могли быть предметомъ юридическаго обязывающаго договора¹¹, очевидно потому, что въ этихъ случаяхъ считали неприличнымъ и непрактичнымъ примѣненіе принужденія. Въ позднѣйшее время, хотя понятіе обязывающаго договора тоже не примѣнялось, но если услуги были исполнены добровольно, то магистраты разбирали дѣла въ cognitio extraordinaria, какъ касающіяся требованія гонорара (honorarium¹², salarium¹³, merces¹⁴, у маклеровъ—proxeneticum, philanthropium)¹⁵, такъ и касающіяся возможныхъ встрѣчныхъ¹⁶ требованій¹⁷; только профессора философіи и правовѣдѣнія не могли предъявлять иска о гонорарѣ¹⁸. Размѣръ гонорара опредѣлялся усмотрѣніемъ магистратовъ; для адвокатовъ было постановлено законное maximum¹⁹.

3) § 297. Заказъ работы (loc. cond. operis).

Vangerow, § 645. — Windscheid, § 401. Brinz, § 333.

I. *Понятіе*. Заказъ работы возникаетъ тѣмъ путемъ, что кто либо (locator operis) вступаетъ съ другимъ (conductor operis, redemptor operis) въ соглашеніе, въ силу котораго послѣдній обязанъ совершить опредѣленную работу за опредѣленную сумму денегъ.—Работа можетъ быть различна: сооруженіе постройки¹, перевозка лицъ или товаровъ по морю или по сушѣ²,

⁴ l. 14. § 17. D. de furt. 47, 2.—⁵ t. D. 50, 13; de extraordinariis c. gnitionibus et si iudex litem suam fecisse dicitur. — ⁶ l. 1. pr. § 6. D. h. t. 50, 13. — ⁷ l. 1. § 8. l. 4. D. h. t. 50, 13; l. 4. D. de off. ass. 1, 22.—⁸ t. D. 11, 6: si mensur falsum modum dixerit.—⁹ t. D. 50, 14: de proxeneticis.—¹⁰ l. 3. D. de prox. 50, 14.—¹¹ l. 1. pr. D. si mensur 11, 6.—¹² l. 1. § 10. D. de extr. cogn. 50, 13. — ¹³ l. 1. pr. D. si mensur 11, 6.—¹⁴ l. 1. § 8. l. 4. D. de extr. cogn. 50, 13. — ¹⁵ l. 1. § 9. l. 3. D. de extr. cogn. 50, 13. — ¹⁶ l. 1. § 1. D. si mensur 11, 6. — ¹⁷ l. 1. § 1. 3. D. de prox. 50, 14. — ¹⁸ l. 1. § 9. l. 3. D. de extr. cogn. 50, 13. — ¹⁹ l. 1. § 1. 5. § 2. — l. 7. D. si mensur 11, 6. — ¹ l. 1. § 4. 5. D. de extr. cogn. 50, 13.—² l. 1. § 10. 12. D. de extr. cogn. 50, 13; l. 3. D. de prox. 50, 14.
¹ l. 22. § 2. l. 30. § 3. l. 59. l. 60. §§ 3. 4. l. 62. D. h. t. 19, 2.—² l. 1. 11. § 3. l. 13. §§ 1. 2. l. 19. § 7. l. 25. § 7. D. h. t. 19, 2.

обученіе ремеслу³, оправка и гравировка драгоценнаго камня⁴, очистка и починка платья⁵, приготовленіе бани⁶; также художественное произведеніе, напр., картина⁷, статуя⁸. Предполагается, что мастеръ не даетъ всего матеріала для изготовленія работы; иначе это будетъ купля⁹; но сдѣлка остается наймомъ, если онъ даетъ лишь часть матеріала¹⁰.—Плата можетъ быть опредѣлена въ видѣ вознагражденія за все (*per aversionem*) или поштучно, по днямъ, по мѣрамъ¹¹.

II. Обязанности.

1. *Обязанности мастера* (*conductor, redemptor operis*). Онъ долженъ изготовить условленную вещь согласно заказу¹² и выдать ее заказчику. Онъ отвѣчаетъ за недостатки работы, при чемъ, по правильному мнѣнію, безразлично, произошли ли они отъ его собственнаго недосмотра или по винѣ его людей¹³, ибо онъ отвѣчаетъ за *custodia* въ тѣсномъ смыслѣ¹⁴, а не только за *culpa levis*, какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе (§ 237); но если заказчикъ принялъ работу безъ возраженій (одобрилъ), то мастеръ отвѣчаетъ лишь тогда, когда онъ склонилъ заказчика къ одобренію обманомъ (*dolo*), т. е. умышленно скрылъ недостатки работы¹⁵. За случай онъ не отвѣчаетъ и можетъ тогда требовать части наемной платы соразмѣрно своей работѣ (§ 269 пр. 13).

2. *Обязанности заказчика* (*locator operis*). Получивъ работу, онъ обязанъ уплатить цѣну; точно также, если работа погибла отъ случая (§ 269 пр. 13). Онъ отвѣчаетъ за *culpa levis*. Если издержки много превысятъ первоначальную смѣту мастера, то заказчикъ можетъ отказаться отъ договора¹⁶.

Иски для судебного осуществленія этихъ обязанностей суть *act. locati et conducti*.

4) § 298. Особенности случаи.

Müller, über die de recepto actio und deren Ausdehnung auf die Postanstalten. 2. Aufl. 1857.—*Dambach*, Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs. 4. Aufl. 1881.—*Vangerow*, §§ 646. 648.—*Windscheid*, §§ 384. 401. 403.

I. *T. n. locatio conductio irregularis*. Этотъ видъ найма имѣетъ мѣсто и при наймѣ вещей, и при заказѣ работы:

1. *При наймѣ вещей*. Въ § 294 мы видѣли, что наниматель дѣлается держателемъ нанятой вещи, долженъ *ее же* возвратитъ и не отвѣчаетъ за случай. Но стороны могутъ условиться, чтобы наниматель приобрѣлъ право собственности на нанятую вещь (такъ, что онъ можетъ распоряжаться ею по произволу), чтобы онъ отвѣчалъ за случай и чтобы онъ имѣлъ право возвратитъ или ту же вещь, или ея стоимость. Соглашеніе это употребляется часто по отношенію къ хозяйственному инвентарю (*instrumentum fundi*), который принимаетъ арендаторъ имѣнія отъ собственника¹; этотъ случай называется въ источникахъ *instrumentum aestimatum*, новые юристы называютъ его *contractus sociidae*.

³ 1. 13. §§ 3. 4. D. h. t. 19, 2.—⁴ 1. 13. § 5. D. h. t. 19, 2.—⁵ 1. 13. § 6. 1. 25. § 8. 1. 60. § 2. D. h. t. 19, 2.—⁶ 1. 58. § 2. D. h. t. 19, 2.—⁷ 1. 5. § 2. D. de pr. v. 19, 5.—⁸ 1. 20. D. de e. 18, 1.—⁹ 1. 2. § 1. D. h. t. 19, 2; 1. 65. D. de c. e. 18, 1; § 4. I. h. t. 3, 24; Кассій былъ другаго мнѣнія, Gai. 3, 147.—¹⁰ 1. 22. § 2. 1. 30. § 3. D. h. t. 19, 2; 1. 20. D. de c. e. 18, 1.—¹¹ 1. 30. § 3. 1. 36. 1. 51. § 1. D. h. t. 19, 2.—¹² 1. 51. § 1. i. f. D. h. t. 19, 2.—¹³ 1. 25. § 7. 1. 13. § 5. 1. 62. D. h. t. 19, 2.—¹⁴ 1. 5. pr. D. naut. caup. 4, 9; 1. 12. pr. 1. 48. D. de furt. 47, 2; §§ 15. 16. 1. de obl. quae ex del. 4, 1.—¹⁵ 1. 24. D. h. t. 19, 2.—¹⁶ 1. 60. § 4. D. h. t. 19, 2.

¹ 1. 3. 1. 54. § 2. D. h. t. 19, 2.

2. *При заказе работы.* Въ § 297 мы видѣли, что мастеръ долженъ изготовить работу изъ переданнаго матеріала, онъ дѣлается только держателемъ матеріала и не отвѣчаетъ за случай. Но стороны могутъ условиться, что мастеръ будетъ имѣть право изготовить работу или изъ переданнаго матеріала, или изъ другаго подобнаго: тогда онъ дѣлается собственникомъ переданнаго матеріала и отвѣчаетъ за случай².—По общему мнѣнію, существуетъ еще другой случай *loc. cond. irregularis*; онъ (будто бы) имѣетъ мѣсто тогда, когда кто либо передаетъ корабельщику для транспорта хлѣбъ, дозволяя ему возвратить хлѣбъ того же рода и качества. Хотя такой случай возможенъ, тѣмъ не менѣе онъ совсѣмъ не соотвѣтствуетъ дѣйствительнымъ отношеніямъ; и то мѣсто источниковъ³, на которое опирается общее мнѣніе, обсуждаетъ иной случай: нѣсколько собственниковъ хлѣба нагрузили вмѣстѣ корабль (*confuderant*); этимъ они сдѣлались общими собственниками всей массы хлѣба (§ 139 пр. 1), такъ что каждый изъ нихъ можетъ требовать отъ корабельщика соотвѣтственной части всей массы; случайный рискъ, наконецъ, падаетъ на нагрузчиковъ, а не на корабельщика.

II. *Договоръ путешественника и нарузчика съ корабельщикомъ, содержателемъ гостинницы и постоялаго двора*⁴. По преторскому *edictum de recepto nautarum cauponum stabulariorum*, корабельщики, содержатели гостинницъ и постоялыхъ дворовъ отвѣчаютъ за *custodia* въ тѣсномъ смыслѣ (§ 237) по отношенію къ вещамъ путешественниковъ и перевозимыхъ товаровъ⁵; они отвѣчаютъ за *custodia* даже тогда, когда пользование комнатою или постоялымъ дворомъ предоставлено безвозмездно, когда перевозка совершается даромъ⁶; не требуется, чтобы путешественникъ передалъ вещи хозяину гостинницы, постоялаго двора или корабля, — достаточно простаго внесенія⁷. Спорно, слѣдуетъ ли распространять опредѣленія эдикта и на перевозку товаровъ сухимъ путемъ; вопросъ неправильно поставленъ, потому что здѣсь идетъ дѣло не о распространеніи, а, напротивъ, примѣненіи эдикта разумѣется само собою, такъ какъ по общимъ началамъ заказа работы (§ 297 пр. 14) перевозчикъ сухимъ путемъ отвѣчаетъ за *custodia* въ тѣсномъ смыслѣ.—Искъ, принадлежащій путешественнику противъ содержателя гостинницы, постоялаго двора, корабельщика для судебного преслѣдованія вышеизложенныхъ обязанностей, называется въ источникахъ то *in factum actio*, то *actio de recepto*⁸.

III. *Несчастный случай при перевозкѣ водянымъ путемъ*⁹. Въ римское право перешло опредѣленіе родосскаго морскаго права: *lex Rhodia de iactu*. Содержаніе этого закона слѣдующее: если при морской опасности для облегченія судна выбрасываются за бортъ чьи либо товары, то убытки должны вмѣстѣ нести всѣ тѣ, для которыхъ выбрасываніе оказалось полезнымъ¹⁰. Это законоположеніе распространено на много другихъ случаевъ; морскою опасностью признается не только опасность отъ силъ природы, но также и нападеніе морскихъ разбойниковъ¹¹; къ выбрасыванію приравнено, напр., поврежденіе самага корабля (срубаніе мачтъ и т. п.), выкупъ отъ морскихъ разбойниковъ¹². Участвуютъ въ несеніи убытковъ собственникъ корабля и собственникъ груза, за

² l. 31. D. h. t. 19, 2; l. 34. pr. D. de auro 34, 2. — ³ l. 31. D. h. t. 19, 2. — ⁴ t. D. 4, 9; pr. D. h. t. 4, 9. — ⁵ l. 3. § 1. l. 4. pr. l. 5. D. h. t. 4, 9. — ⁶ l. 6. pr. D. h. t. 4, 9. — ⁷ l. 1. § 8. D. h. t. 4, 9. — ⁸ l. 3. §§ 1. 5. D. h. t. 4, 9. — ⁹ tit. D. 14, 2: de lege Rhodia de iactu. — ¹⁰ l. 1. D. h. t. 14, 2. — ¹¹ l. 2. § 3. D. h. t. 14, 2. — ¹² l. 2. §§ 1. 3. l. 3. l. 5. § 1. D. h. t. 14, 2.

исключеніемъ собственника дорожнаго провіанта ¹³, при чемъ предполагается, что корабль или грузъ не погибъ затѣмъ до окончанія пути ¹⁴. При распределеніи убытковъ спасенныя вещи оцѣниваются по ихъ теперешней стоимости, выброшенныя — по цѣнѣ, за которую онѣ были куплены ¹⁵. Распределенныя части убытковъ взыскиваетъ корабельщикъ (поср. act. conducti); до ихъ уплаты корабельщику принадлежит ius retentionis на спасенныя вещи; къ нему (а не къ собственнику спасенныхъ вещей) обращаются съ требованіемъ собственника выброшенныхъ вещей ¹⁶. — Относительно изложеннаго случая съ морскими кораблями Германскій торговый кодексъ art. 702 слѣд. устанавливаетъ подробныя правила; по отношенію къ прочимъ кораблямъ дѣйствуетъ римское право.

Приложеніе.

§ 299. Сравненіе найма съ depositum и mandatum.

I. *Сравненіе найма вещей съ depositum.* Съ depositum сходенъ наемъ недвижимой вещи; оба обязательства содержатъ въ себѣ пользованіе чужимъ пространствомъ: deponens пользуется пространствомъ депозитарія, наниматель пространствомъ хозяина. Существенное различіе между этими двумя правоотношеніями господствующее мнѣніе видитъ въ томъ, что depositarius даетъ мѣсто безвозмездно, отдающій внаймы — возмездно. Это различіе указано и въ одномъ мѣстѣ источниковъ¹; но въ другомъ мѣстѣ, не смотря на уговоръ о вознагражденіи, сдѣлка тѣмъ не менѣе названа depositum, получившему плату депозитарію присвоена отвѣтственность за custodia и act. furti². Это кажущееся разнорѣчіе примиряется слѣд. образомъ. Пользованіе можетъ быть предоставлено двоякимъ образомъ: или такъ, что пользующійся вмѣстѣ съ тѣмъ имѣетъ право распоряжаться мѣстомъ, или такъ, что право распоряженія остается у того, у кого оно было прежде; первое имѣетъ мѣсто при наймѣ, второе при depositum; первое представляетъ важное дѣйствіе и обыкновенно дается только за воздѣйствіе въ деньгахъ, второе обыкновенно бываетъ незначительнымъ дѣйствіемъ и дается безвозмездно; поэтому, въ сомнительныхъ случаяхъ, если условлено вознагражденіе, то презюмируется наемъ, если нѣтъ, то depositum (только это выясняетъ приведенное мѣсто, пр. 1).

II. *Сравненіе личнаго найма съ порученіемъ (mandatum).* Съ порученіемъ имѣетъ много общаго личный наемъ; оба обязываютъ одно лицо (нанявшагося — мандатарія) къ дѣятельности въ пользу другаго. Существенное различіе между ними общее мнѣніе видитъ въ томъ, что повѣренный дѣйствуетъ безвозмездно, нанявшійся — за плату. Это различіе высказано въ нѣсколькихъ мѣстахъ источниковъ³; но въ другихъ, не смотря на уговоръ о вознагражденіи, сдѣлка признана порученіемъ, только искъ, направленный на высказаніе вознагражденія, названъ то cognitio extraordinaria, то act. mandati⁴. Это кажущееся разнорѣчіе примиряется слѣд. образомъ. Дѣятельность

¹³ l. 2. § 2. D. h. t. 14, 2. — ¹⁴ l. 4. § 1. D. h. t. 14, 2. — ¹⁵ l. 2. § 4. l. 4. § 2. D. h. t. 14, 2. — ¹⁶ l. 2. pr. D. h. t. 14, 2.

¹ l. 3. § 1. D. nautae 4, 9; напротивъ, въ l. 1. §§ 8. 9. D. dep. 16, 3 сравнивается съ depositum не rei loc., а operarum locatio — ² l. 5. § 2. D. comm. 13, 6; l. 2. §§ 23. 24. D. vi bon. rap. 47, 8; послѣдняя навѣрно искажена, надо читать такъ: . . . nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis quasi mercedem accepi. § 24. Sed etsi culpam non repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. . . — ³ l. 1. § 4. D. mand. 17, 1; l. 22. D. pr. v. 19, 5; § 13. l. mand. 3, 26 — ⁴ l. 6. pr. l. 7. l. 26. § 8. l. 56. § 3. D. mand. 17, 1; l. 1. l. 17. C. eod. 4, 35.

въ интересѣ другаго можетъ совершаться двоякимъ образомъ: или безвозмездно, или за плату; въ первомъ случаѣ возникаетъ односторонній договоръ, во второмъ—двусторонній (мѣншой договоръ). И вотъ полагаютъ, что *это различіе существуетъ между порученіемъ и личнымъ наймомъ (таково общее мнѣніе), но это несправедливо; ибо личный наемъ относится только къ услугамъ поденщиковъ и ремесленниковъ, за которыя общана плата. Другія же услуги, за которыя общана плата, подведены (кромѣ случаевъ § 296 III) подъ понятіе mandatum; такимъ образомъ mandatum обнимаетъ два различныя договора: 1) о безвозмездныхъ услугахъ какого бы то ни было рода въ пользу другаго (даже объ услугахъ поденщиковъ и ремесленниковъ)⁵; 2) о возмездныхъ услугахъ, не принадлежащихъ ни къ числу услугъ поденщиковъ и ремесленниковъ, ни къ числу свободныхъ духовныхъ дѣятельностей (§ 296. III), напр., заключеніе договора для другаго, управление имуществомъ другаго за вознагражденіе⁶, нынѣшня торговая сдѣлка комиссій. Отсюда видно, что различіе между порученіемъ и личнымъ наймомъ вовсе не заключается въ возмездности или безвозмездности.*

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Обязательства изъ общенія.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Договоръ товарищества.

t. D. XVII, 2; t. C. IV, 37; pro socio.—t. I. III, 25; de societate.

А. § 300. Понятіе и условія.

Gesterding, Irrthümer. Abh. 9. Nr. 1. 1818. — Vangerow, §§ 651. 655. — Windscheid, § 405. — Brinz, § 335. — Baron, § 126.

Договоръ товарищества (societas), консенсуальный контрактъ, возникаетъ путемъ, что два или нѣсколько лицъ соглашаются стремиться къ общій дозволенной цѣли общими средствами.

1. Цѣль не должна быть не дозволенная¹. Она можетъ быть различнаго рода; можетъ находиться внѣ всякаго отношенія къ имуществу (обученіе, забавы) или быть цѣлью имущественною; по объему цѣли различаютъ:

a. societas omnium bonorum (т. н. societ. universalis, общеніе всѣхъ имуществъ), объектомъ которой служить все наличное и будущее имущество товарищей²;

b. societas lucri, quaestus, compendii (т. н. societ. quaestuaria); объектомъ ея служить все то, что приобрѣтено дѣятельностью товарищей, стало быть, не путемъ наслѣдованія, отказовъ, дареній³;

c. societas negotiationis, объектомъ которой бываетъ то, что приобрѣтено въ какой либо дѣловой отрасли (напр., въ какомъ либо торговомъ предпріятіи)⁴;

d. societas unius rei, объектъ которой—отдѣльная сдѣлка, напр., общая покупка какой либо вещи⁵.

⁵ l. 22. in initio D. pr. v. 19, 5; § 13. i. f. I. mand. 3, 26.—⁶ l. 1. C. mand. 4, 35.

¹ l. 57. D. h. t. 17, 2.—² l. 1. § 1. l. 3. § 1. l. 5. pr. l. 65. pr. § 3. l. 73. D. h. t. 17, 2.—

³ II. 7.—13. l. 71. § 1 D. h. t. 17, 2.—⁴ l. 5. pr. l. 52. §§ 4. 5. l. 71. pr. D. h. t. 17, 2.—⁵ l. 5. pr. l. 58. pr. D. h. t. 17, 2.

2. Средства могутъ быть различнаго рода: тѣлесныя и безтѣлесныя вещи, тѣлесныя и духовныя дѣятельности⁶; во всякомъ случаѣ онѣ должны имѣть имущественную цѣнность. Контрагенты могутъ сами опредѣлить, какого рода средства должны дать отдѣльные товарищи и въ какомъ объемѣ; они могутъ также ввѣрить опредѣленіе этого одному изъ товарищей или опредѣленному третьему лицу⁶; если не сдѣлано ни то, ни другое, то товарищи должны сдѣлать равные взносы въ размѣрѣ, необходимомъ для цѣли товарищества.—Должны ли вещи, внесенныя отдѣльными товарищами въ видѣ вкладовъ, сдѣлаться общею собственностью всѣхъ товарищей (*societas quoad sortem*), или же онѣ могутъ быть только употребляемы для цѣлей товарищества (*societas quoad usum*),—это зависитъ отъ (прямаго или молчаливаго) соглашенія контрагентовъ; если такого соглашенія нѣтъ, то существуетъ только *societas quoad usum*⁶.

3. Цѣль должна быть общая, поэтому уговоръ, по которому одному контрагенту принадлежитъ вся выгода, а на другаго падаетъ вся потеря (*societas leonina*), признается не товариществомъ, а дареніемъ, скрытымъ подъ названіемъ товарищества⁷. Но контрагенты могутъ опредѣлить, что участіе отдѣльныхъ товарищей въ прибыли и потерѣ не будетъ соответствовать ихъ вкладамъ⁸, а также, что участіе въ прибыли будетъ иное, нежели участіе въ потерѣ⁹, даже можно вполне освободить одного изъ товарищей отъ всякой потери, если его вкладъ больше вкладовъ другихъ товарищей¹⁰; если контрагенты не опредѣлили участія въ прибыли и потерѣ, то, по господствующему мнѣнію, послѣднія распределяются между отдѣльными товарищами *по абсолютно равнымъ частямъ*, не обращая вниманія на родъ и размѣръ ихъ вкладовъ, между тѣмъ какъ нѣкоторые юристы требуютъ распределенія *пропорціонально вкладамъ*; господствующее мнѣніе подтверждается прямыми опредѣленіями источниковъ¹¹.

Договоръ окончательно совершенъ (*soc. perfecta*), когда стороны согласились насчетъ цѣли и средствъ; если прибавлено суспензивное условіе, то *perfectio* отлагается до его исполненія¹².

В. § 301. Отношеніе товарищей между собою и къ третьимъ лицамъ.

Vangerow, §§ 652. 653. — *Windscheid*, §§ 406. 407. — *Brinz*, § 335.

I. *Между собою* товарищи имѣютъ равныя обязанности и права; обязанности одного суть права другаго. Всякій товарищъ обязанъ дать свой взносъ; вести дѣла товарищества, поскольку онъ не освобожденъ отъ этого; сдавать отчеты по веденію общихъ дѣлъ; дѣлиться съ другими всѣмъ, что онъ приобрѣлъ по дѣламъ товарищества¹; принять на себя соразмѣрную часть потери. Онъ отвѣчаетъ обыкновенно за т. н. *culpa in concreto*²; но если вещи товарищества переданы ему съ оцѣнкою, то онъ отвѣчаетъ за *custodia* въ тѣсномъ смыслѣ³. Съ другой стороны, каждый товарищъ можетъ требовать, чтобы ему

⁶ I. 52. §§ 2. 7. I. 80. D. h. t. 17, 2; I. 1. C. h. t. 4, 37; § 2. I. h. t. 3, 25.—^{6a} I. 6. I. 76.— I. 80. D. h. t. 17, 2.—^{6b} I. 58. pr. D. h. t. 17, 2; I. 13. § 1. D. praeser. v. 19, 5.—⁷ I. 29. § 2. I. 5. § 2. D. h. t. 17, 2; I. 16. § 1. D. de min. 4, 4; I. 32. § 24. D. de don. i. v. et u. 24, 1.—⁸ I. 29. pr. D. h. t. 17, 2; § 1. I. h. t. 3, 25.—⁹ I. 30. D. h. t. 17, 2; § 2. I. h. t. 3, 25.—¹⁰ I. 29. § 1. D. h. t. 17, 2; § 2. I. h. t. 3, 25.—¹¹ I. 29. pr. D. h. t. 17, 2; § 1. I. h. t. 3, 25; Gai. 3, 150; на которыя опирается противное мнѣніе (I. 6. I. 80. D. h. t. 17, 2), не могутъ служить доказательствомъ этого.—¹² I. 6. II. 75—80. D. h. t. 17, 2; I. 6. C. h. t. 4, 37.

¹ I. 52. pr. §§ 5. 6. I. 60. pr. I. 67. pr. I. 74. D. h. t. 17, 2; I. 38. § 1. eod.—² I. 52. §§ 2. 3. 11. I. 72. D. h. t. 17, 2; § 9. I. h. t. 3, 25.—³ I. 52. § 3. cit.

были соразмѣрно возмѣщены всѣ необходимыя и полезныя издержки вмѣстѣ съ процентами⁴; далѣе, чтобы ему была выдана соразмѣрная часть прибыли товарищества, наконецъ, чтобы всѣ убытки, которые онъ понесъ по дѣламъ товарищества безъ culpa in concreto съ своей стороны, были распределены между всѣми⁵; какъ быть тогда, когда случайный вредъ произойдетъ внѣ веденія дѣлъ товарищемъ, объ этомъ ср. § 238 пр. 7—9.

Искъ, принадлежащій одному товарищу противъ другаго для судебного осуществленія этихъ правъ и обязанностей, называется actio pro socio.

II. На отношеніе товарищей къ третьимъ лицамъ договоръ товарищества не имѣетъ никакого вліянія; оно обсуждается такъ, какъ если бы между ними не было никакого товарищества; отсюда слѣдуетъ:

1. Если всѣ товарищи вмѣстѣ вступаютъ въ обязательство съ третьимъ лицомъ, то отъ намѣренія сторонъ зависитъ, должны ли товарищи быть управомочены и обязаны корреально или по частямъ⁶; поскольку товарищи являются обязанными, они отвѣчаютъ всѣмъ своимъ имуществомъ, а не суммой товарищескихъ взносов.

2. Если отдѣльный товарищъ вступаетъ по дѣламъ товарищества въ сдѣлки съ третьимъ лицомъ, то отношеніе къ послѣднему прочіихъ товарищей опредѣляется по началамъ представительства (§§ 219—223), стало быть, они пріобрѣтаютъ чрезъ него права только тогда, когда онъ дѣйствуетъ въ качествѣ открытаго представителя, они дѣлаются чрезъ него обязанными только тогда, когда онъ дѣйствуетъ въ качествѣ открытаго представителя и въ то же время уполномоченъ къ веденію дѣлъ товарищества⁷; если онъ къ этому не уполномоченъ, то прочіе товарищи отвѣчаютъ только до суммы обогащенія⁸.

С. § 302. Особые основанія прекращенія товарищества. Раздѣлъ.

Brinckmann, Verh. der act. comm. divid. und der act. neg. gest. 1855. — Vangerow, §§ 654. 658. — Windscheid, § 408. — Brinz, § 335.

Товариществу свойственны особыя основанія прекращенія; есть два легальныя перечисленія такихъ основаній; по одному¹: societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione; по другому²: dissociamur renuntiati-one, morte, capitis deminutione et egestate. Если эти два перечисленія соединить, то получится слѣдующій рядъ основаній прекращенія, свойственныхъ товариществу:

1. *Ex personis*, т. е. вслѣдствіе смерти одного изъ товарищей³; ибо товарищество можетъ быть заключено не болѣе, какъ на время жизни товарищей⁴; распространеніе его на наслѣдниковъ (за искл. soc. vectigalium, § 303) не дозволяется и признается ничтожнымъ⁵. Товарищество прекращается и между оставшимися въ живыхъ товарищами, если въ договорѣ не постановлено противное⁶. Впрочемъ, товарищество прекращается лишь въ тотъ моментъ, когда оставшіеся въ живыхъ узнаютъ о смерти⁷, наслѣдникъ умершаго товарища, хотя онъ самъ и не товарищъ, все таки долженъ окончить дѣла, начатыя

⁴ l. 38. § 1. l. 52. §§ 10. 12. 15. l. 67. pr. § 2. D. h. t. 17, 2; l. 2. C. h. t. 4, 37. — ⁵ l. 52. § 4. l. 60. § 1. l. 61. D. h. t. 17, 2. — ⁶ l. 11. § 1. D. de d. r. 45, 2; l. 9. C. si cert. pet. 4, 2; l. 4. pr. D. de ex. a. 14, 1; l. 44. § 1. D. de aed. ed. 21, 1. — ⁷ l. 4. § 1. l. 1. § 25. l. 2. D. de ex. a. 14, 1; l. 13. § 2. l. 14. D. de inst. a. 14, 3. — ⁸ l. 82. D. h. t. 17, 2.

¹ l. 63. § 10. D. h. t. 17, 2 — ² l. 4. § 1. D. h. t. 17, 2 — ³ l. 63. § 10. l. 65. § 9. D. h. t. 17, 2; § 5. l. h. t. 3, 25. — ⁴ l. 70. D. h. t. 17, 2. — ⁵ l. 35. l. 59. pr. l. 63. § 8. D. h. t. 17, 2. — ⁶ l. 65. § 9. D. h. t. 17, 2; § 5. l. h. t. 3, 25. — ⁷ l. 65. § 10. D. h. t. 17, 2.

наслѣдодателемъ; при этомъ онъ отвѣчаетъ за culpa lata⁸.—Къ смерти приравнивалась, по праву до-юстинианову, всякая caritis deminutio⁹, по праву же Юстиниана, только car. dem. maxima и media¹⁰.

2. *Ex rebus*, т. е., когда цѣль товарищества достигнута или сдѣлалась недостижимой¹¹.

3. *Ex voluntate*, т. е. или по общему рѣшенію товарищей, или по одностороннему отреченію (renuntiatione) одного изъ товарищей¹²; это потому, что discordias materia communionis solet excitare^{12a}. Но отреченія нельзя изъяснить ни отсутствующему¹³, ни dolose (т. е. съ намѣреніемъ извлечь для себя одного прибыль, которая въ противномъ случаѣ была бы общою)¹⁴; въ противномъ случаѣ товарищество продолжаетъ въ обоихъ случаяхъ (въ первомъ, пока отсутствующій не узнаетъ) оставаться въ силѣ относительно обязанностей, но не относительно правъ отрекающагося товарища, поэтому сдѣланное послѣднимъ приобрѣтеніе дѣлается общимъ, между тѣмъ какъ потери несетъ онъ одинъ. Далѣе, отреченіе не должно послѣдовать въ неудобное время, т. е. противно интересамъ товарищества, въ противномъ случаѣ отрекающійся долженъ уплатить интересъ¹⁵. Наконецъ, если товарищество заключено на опредѣленный срокъ, то для отреченія требуются особыя основанія (напр., другой товарищ не исполняетъ своихъ обязанностей, отрекающагося отвлекаютъ дѣла службы); въ противномъ случаѣ и здѣсь дѣйствуетъ положеніе: socium a se, non se a socio liberat¹⁶.—Четвертое основаніе прекращенія, указанное въ источникахъ,—actio, есть лишь особый видъ отреченія, которое можетъ произойти и тѣмъ путемъ, что товарищъ судебнымъ порядкомъ потребуетъ раздѣла товарищескаго имущества, иными словами, что онъ возбудитъ actio communi dividundo.

4. *Egestate*, т. е. вслѣдствіе того, что одинъ изъ товарищей потерялъ все свое имущество; напр., въ случаѣ конкурса, конфискаціи¹⁷; послѣдній случай теперь не существуетъ.

Впрочемъ, всѣ эти факты прекращаютъ товарищество лишь какъ такое, т. е., поскольку оно является источникомъ впервые возникающихъ требованій и долговъ; но они не касаются отдѣльныхъ существующихъ уже требованій и долговъ¹⁸; точно также и общія вещи и права остаются общими, пока раздѣлъ не будетъ совершенъ самими товарищами (т. е. внѣсудебнымъ порядкомъ) или судьей по требованію всѣхъ товарищей или одного изъ ихъ.

а. Внѣсудебный раздѣлъ, безспорно, можетъ быть оспоренъ въ случаѣ dolus; имѣетъ ли то же значеніе заблужденіе, это вопросъ спорный; правильное толкованіе I. 3. C. comm. utr. iud. 3, 38 склоняетъ въ пользу утвержденія.

б. Судебный раздѣлъ осуществляется посредствомъ обоюднаго иска (actio duplex), который называется actio communi dividundo¹⁹; его можно предьявить лишь тогда, когда между сторонами признано, что подлежащій раздѣлу

⁸ I. 35. l. 36. l. 40. D. h. t. 17, 2.—⁹ Gai. 3, 153.—¹⁰ I. 4. § 1. l. 63. § 10. D. h. t. 17, 2.—

¹¹ I. 63. § 10. l. 65. § 10. D. h. t. 17, 2; § 6. I. h. t. 3, 25.—¹² I. 4. § 1. l. 63. § 10. D. h. t. 17, 2; § 6. I. h. t. 3, 25; l. 5. C. comm. div. 3, 37.—^{12a} I. 77. § 20. D. de leg. 2 (31). —¹³ I. 17. § 1. l. 65. § 4. D. h. t. 17, 2.—¹⁴ I. 65. §§ 3. 4. D. h. t. 17, 2; § 4. I. h. t. 3, 25.—¹⁵ I. 14. l. 17. § 2. l. 65. § 5. D. h. t. 17, 2.—¹⁶ II. 14—16. l. 65. § 6. D. h. t. 17, 2.—¹⁷ I. 4. § 1. l. 65. §§ 1. 12. D. h. t. 17, 2; §§ 7. 8. I. h. t. 3, 25.—¹⁸ I. 27. l. 28. l. 38. l. 63. § 8. D. h. t. 17, 2.—¹⁹ t. D. 10, 3; t. C. 3, 37; communi dividundo; t. C. 3, 38: communia utriusque iudicii tam familiae heriscundae quam communi dividundo.

предметъ есть общій, и извѣстно, по какимъ частямъ онъ общій; въ противномъ случаѣ, это должно быть установлено особымъ процессомъ (*vindicatio partis* и т. п.)²⁰. При раздѣлѣ судья долженъ принимать во вниманіе удобства и соглашенія сторонъ²¹; въ остальномъ онъ рѣшаетъ дѣло по усмотрѣнію, такъ какъ онъ есть *arbiter* въ смыслѣ древне-римскаго цивильнаго процесса²²; итакъ, онъ можетъ раздѣлить общія вещи по реальнымъ частямъ²³; или присудить одному товарищу одну, а другому другую вещь²³; или присудить одному право собственности на вещь, а другому установить на нее узурфруктъ или какой либо другой сервитутъ²⁴; или одному присудить исключительное право собственности на вещи съ условіемъ, чтобы онъ уплатилъ другимъ товарищамъ извѣстную сумму денегъ²⁵; или продать вещи съ торговъ (между самими товарищами или между третьими лицами) и вырученную сумму раздѣлить между товарищами²⁶. Приговоръ о раздѣлѣ можетъ быть оспоренъ тѣмъ же способомъ, какъ и всякій другой судебный приговоръ.

D. § 303. Отдѣльные виды товарищества.

Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen. 1863.—*Vangerow*, §. 656.—*Baron*, § 126.

1. *Societas omnium bonorum*. Она обнимаетъ наличное и будущее имущество¹, только нельзя принудить товарища ко внесенію въ товарищество пріобрѣтеній изъ недозволенныхъ дѣяній².—Поскольку наличное имущество состоитъ изъ тѣлесныхъ вещей, право собственности на послѣднія съ момента заключенія договора тотчасъ (*ipso iure*) становится общимъ (§ 131 пр. 27. 28)³; требованія отдѣльныхъ товарищей въ классическое время переходили лишь по особому акту цессіи⁴; въ послѣдствіи цессія сдѣлалась излишнею (§ 248 пр. 6—10). Долги отдѣльныхъ товарищей, возникшіе какъ до заключенія товарищества, такъ и во время его существованія, дѣлаются общими лишь въ томъ отношеніи, что товарищъ-должникъ можетъ требовать уплаты ихъ изъ общаго имущества⁵; но вѣритель не можетъ взыскивать съ другаго товарища, кромѣ своего должника, такъ какъ *soc. omnium bonorum* не есть универсальное преемство (§ 47). Долги товарища изъ недозволенныхъ дѣяній погашаются насчетъ общаго имущества лишь тогда, когда *delinquens* внесъ прибыль отъ дѣянія въ товарищество, и товарищи знали ея источникъ⁶. Изъ общаго имущества совершается платежъ и тогда, когда одинъ изъ товарищей несправедливо присужденъ судьей⁷.

2. *Soc. publicanorum*. Взиманіе поземельныхъ податей и пошлинъ, эксплуатация нѣкоторыхъ государственныхъ имуществъ (рудниковъ и т. п.), поставка для войска, исполненіе работъ въ пользу государства (*ultra tributa*), въ частности, сооруженіе зданій—римское государство вплоть до позднѣйшаго императорскаго періода отдавало обыкновенно въ аренду больше дающему

²⁰ Arg. l. 1. § 1. D. fam. erc. 10, 2; cp. l. 34. § 1. D. de ev. 21, 2.—²¹ l. 21. l. 3. § 1. D. h. t. 10, 3.—²² Paul. I, 18, 1; l. 47. D. pro soc. 17, 2; l. 26. D. comm. div. 10, 3; l. 17. C. fam. erc. 3, 36.—²³ l. 6. § 8. l. 7. § 1. D. h. t. 10, 3; l. 3. C. h. t. 3, 37; l. 34. § 2. C. de don. 8, 53.—²⁴ l. 6. §§ 8. 9. 1. 19. § 3. D. h. t. 10, 3; l. 3. C. h. t. 3, 37; § 5. I. de off. iud. 4, 17.—²⁵ l. 6. § 10. l. 7. § 1. l. 18. D. h. t. 17, 2; l. 6. § 1. D. de usufr. 7, 1.—²⁶ l. 3. C. h. t. 3, 37.

¹ l. 3. § 1. l. 52. § 16. l. 73. D. h. t. 17, 2.—² l. 52. § 17. l. 53. D. h. t. 17, 2.—³ l. 1. § 1. l. 2. D. h. t. 17, 2.—⁴ l. 3. pr. D. h. t. 17, 2.—⁵ l. 27. D. h. t. 17, 2.—⁶ l. 52. § 18.—l. 57. D. h. t. 17, 2.—⁷ l. 52. § 18. D. h. t. 17, 2.

или меньше требующему. Эти аренды требовали обыкновенно большихъ капиталовъ, вслѣдствіе чего составлялось множество т. н. товариществъ публикановъ, которые брали отдѣльныя аренды на пять, рѣже (вѣроятно, аренды рудниковъ) на сто лѣтъ: *decumanı* для сбора десятины въ отдѣльныхъ провинціяхъ, *portitores* для сбора пошлинъ морскихъ и сухопутныхъ, *scriptuagii* s. *resuarıı* для сбора доходовъ отъ общественныхъ пастбищъ, арендаторы золотыхъ и серебряныхъ рудниковъ, соляныхъ копей, рыбнаго промысла, смолянаго и т. п. Юридическому положенію этихъ товариществъ источники посвящаютъ мало мѣста, поэтому оно спорно и неясно; вѣроятно, они были чѣмъ то въ родѣ современныхъ коммандитныхъ акціонерныхъ товариществъ. А именно, во главѣ товарищества стояли обыкновенно предприниматели (*mancıpes*)⁸; они заключали договоръ съ государствомъ, представляли поручителей и давали недвижимости въ залогъ (*cautio praedibus praediisque*); они занимали положеніе теперешнихъ компантаровъ (*Complementare, gérants*); рядомъ съ ними стояли *socii* (*publicani*), современные коммандитисты (*associé en commandite*), на имя которыхъ давались акціи (*partes*); эти *partes* продавались, возвышаясь и падая въ курсѣ⁹. Управление отдавалось въ руки одного *magister*¹⁰, подъ которымъ стояли *promagistri*¹¹; послѣдніе имѣли подъ собою также много чиновниковъ; ни предприниматели, ни товарищи не занимали необходимо, какъ таковые, должностей въ управленіи; тѣмъ не менѣе эти должности обыкновенно на дѣлѣ имъ поручались, такъ какъ они естественно могли быть наилучшими блюстителями интересовъ товарищества¹². Для рѣшенія важнѣйшихъ вопросовъ созывались предприниматели или всѣ товарищи¹³. Ни въ какомъ случаѣ товарищъ не могъ отречься (что не было стѣснительно вслѣдствіе возможности продать акціи)¹⁴. Въ случаѣ смерти одного изъ товарищей *societas* еще сама собою не прекращалась, но оставшіеся въ живыхъ товарищи должны были рѣшать, прекратить ли товарищество (что случалось, напр., тогда, когда умершій былъ главнымъ дѣятелемъ въ управленіи), или перевести акціи умершаго на имя наследника (т. е. принять наследника въ число членовъ), или, наконецъ, признать въ силѣ товарищество между оставшимися въ живыхъ, а наследнику умершаго предоставить участіе въ прибыляхъ и потерѣхъ (не давая ему активной роли въ товариществѣ)¹⁵; *societas publicanorum* имѣла права юридического лица¹⁶ (§ 30 пр. 15); этимъ объясняются упомянутыя опредѣленія: 1) объ управленіи дѣлами товарищества; 2) о возможности перемѣны членовъ вслѣдствіе смерти или продажи акціи; 3) о недопустимости отреченія.—Вслѣдствіе измѣненія способовъ вниманія податей, изложенныя начала въ современное право не перешли.

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

§ 304. Общеніе безъ договора (случайное общеніе, т. н. *communio incidens*.)

t. D. X, 2; t. C. III, 36: *familiae erciscundae*. — t. D. X, 3; t. C. III, 37: *communi dividundo*. — t. C. III, 38: *communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo*. — Vangerow, § 657. — Windscheid, § 449. — Brinz, §§ 176. 323.

Часто общеніе возникаетъ безъ предварительнаго соглашенія; таково общеніе между сонаслѣдниками, солегатаріями, соодаренными; новые юристы

⁸ Festus v. *manceps*. — ⁹ l. 59. pr. D. h. t. 17, 2; Cic. pro C. Rab. Post. c. 2; in Vatın. c. 12; Corn. Nep. v. Attic. c. 5. — ¹⁰ Festus v. *magisterare*; Cic. pro Planc. c. 13; Verr. II. 74. — ¹¹ Cic. ad Att. XI. 10; ad famil. XIII. 65; Verr. II. 70. — ¹² l. 8. § 1. D. de vacat. 50, 5; l. 9. § 4. D. de publ. 39, 4. — ¹³ Cic. Verr. II. 70. 71. — ¹⁴ l. 63. § 8. i. f. („*voluntaria societ.*“) D. h. t. 17, 2. — ¹⁵ l. 59. pr. l. 63. § 8. D. h. t. 17, 2. — ¹⁶ l. 1. pr. D. quod cui. univ. 3, 4.

называютъ его неточно случайнымъ общеніемъ, *communio incidens*, примыкая къ выраженію источниковъ: *incidimus in communionem, in coheredem*¹. Участники въ общеніи безъ договора (*socii*) являются между собою такъ же обязанными и управомоченными, какъ товарищи по договору, между ними существуетъ (по Гаю и Юстиніану) *obligatio quasi ex contractu* (§ 209 пр. 39. 40). Каждый изъ нихъ долженъ дѣлиться съ прочими участниками всѣми приобрѣтеніями, которыя онъ сдѣлалъ вслѣдствіе общенія (въ частности—плодами²); онъ долженъ вести дѣла, вызванны общеніемъ; онъ обязанъ давать въ этомъ отчетъ; онъ отвѣчаетъ за т. н. *culpa in concreto*³. Съ другой стороны, онъ имѣетъ право требовать участія въ пользованіи общою вещью⁴, а также соразмѣрнаго возмѣщенія необходимыхъ и полезныхъ издержекъ⁵; при этомъ предполагается, что его собственный интересъ не могъ быть отдѣленъ отъ интереса прочихъ участниковъ; если же его интересъ могъ быть отдѣленъ, то примѣняются начала добровольнаго веденія дѣлъ⁶ (§ 309). Искъ, принадлежащій одному участнику противъ другаго для судебного осуществленія изложенныхъ обязанностей и правъ, называется: если дѣло идетъ о наслѣдствѣ, *actio familiae erciscundae*, во всѣхъ прочихъ случаяхъ—*actio communi dividundo*; онъ называется *actio comm. divid. utilis*, если его предъявляютъ уже послѣ прекращенія общенія вслѣдствіе гибели или раздѣла общей вещи⁷.

Общеніе можетъ быть прекращено или договоромъ самихъ участниковъ, или судьей—по требованію всѣхъ участниковъ или одного изъ нихъ (поср. *actio fam. erc.* или *actio comm. divid.*)⁸; здѣсь примѣняются тѣ же начала, что и къ раздѣлу между товарищами⁹ (§ 302 пр. 18—26). Раздѣлъ не можетъ быть запрещенъ *навсегда* частною волею¹⁰, признается дѣйствительнымъ только изъявленіе частной воли о *временной* недопустимости раздѣла¹¹.

Изъ вышеизложеннаго видно, что т. н. иски о раздѣлѣ преслѣдуютъ различныя притязанія: во первыхъ, право на раздѣлъ вещи, во вторыхъ, обязательственные права; поэтому источники о нихъ говорятъ: *mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam*¹² (§ 80 кон.).

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

§ 305. Споры о границахъ.

Rudorff, *gromatische Institutionen in Schriften der Röm. Feldmesser*. 2, 433—545. 1852. — *Karlowa*, *Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprocesses*. Стр. 141—162. 1865. — *Hesse*, *Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn*. §§ 102—107. 2. Aufl. 1880. — *Vangerow*, § 658. — *Windscheid*, § 450. — *Brinz*, § 177. — *Baron*, § 73.

I. *Историческое введеніе*¹. Такъ какъ споры о границахъ очень часто происходятъ отъ неопредѣленности границъ (такъ что и самые спорящіе ихъ не знаютъ), то обыкновенный искъ (*rei vindicatio*) не всегда можетъ годиться для возстановленія сосѣдскаго мира. Поэтому, на случай спора о границахъ *сельскихъ* участковъ законы XII таблицъ, а затѣмъ *lex Mamilia* установили особыя предписанія и ввели *actio finium regundorum*. Слѣдуетъ различать два случая:

¹ 1. 31. D. pro soc. 17, 2; 1. 25. § 16. D. fam. erc. 10, 2.—² 1. 4. § 3. l. 11. D. c. d. 10, 3; 1. 34. D. pro soc. 17, 2; § 3. I. de obl. qu. ex c. 3, 27.—³ 1. 8. § 2. l. 20. l. 28. D. c. d. 10, 3; 1. 25. § 16. D. fam. erc. 10, 2.—⁴ 1. 12. l. 23. D. c. d. 10, 3; 1. 4. D. de serv. leg. 33, 3.—⁵ 1. 3. pr. l. 4. § 3. l. 6. pr.—§§ 3. 12. D. c. d. 10, 3.—⁶ 1. 6. §§ 2. 7. D. c. d. 10, 3; 1. 40. D. de neg. gest. 3, 5.—⁷ 1. 6. § 1. l. 11. D. c. d. 10, 3; 1. 3. C. comm. utr. iud. 3, 38.—⁸ 1. 5. C. c. d. 3, 37.—⁹ 1. 2. pr. D. c. d. 10, 3.—¹⁰ 1. 14. § 2. D. c. d. 10, 3.—¹¹ 1. 14. §§ 2. 3. D. eod. 10, 3.—¹² § 20. I. de act. 4, 6.

¹ Cic. de leg. 1, 21; Frontinus de contr. agror. p. 43. 44; Hyginus de gener. contr. p. 126—130 (ed. Lachm.).

1. Споръ касается только пограничной межи (*finis*) въ пять футовъ, которая по тѣмъ законамъ должна была быть оставлена между сельскими участками и была изъята изъ дѣйствія *usucapio*; споръ тогда называется *controversia de fine*, искъ—*actio finium regundorum*; дѣло рѣшается землемѣрами (*agrimensores*), которые руководствуются исключительно *техническими* правилами и которые, если границы нельзя отыскать или если она является неподходящею, могутъ провести новую границу.

2. Споръ касается пространства, которое выходитъ за предѣлы межи; тогда онъ называется *controversia de loco* и вполне подлежитъ началамъ *rei vindicatio*; поэтому, его рѣшаетъ обыкновенный судья, который, хотя и привлекаетъ землемѣровъ въ качествѣ экспертовъ, но рѣшаетъ дѣло исключительно по *юридическимъ* принципамъ, слѣдовательно, принимаетъ во вниманіе и измѣненіе границъ вслѣдствіе *usucapio*.

Въ сводѣ Юстиніана различіе *contr. de fine* и *de loco* не перешло; въ немъ признаны слѣд. начала²: *всѣ* споры о границахъ рѣшаются обыкновеннымъ судомъ; землемѣры привлекаются только въ качествѣ экспертовъ; для рѣшенія спора не имѣетъ значенія обыкновенная давность, но чрезвычайная принимается во вниманіе.

II. *Догматическое изложеніе*³. Если возникаетъ споръ о границахъ (все равно, о межѣ въ пять футовъ или о большемъ пространствѣ) двухъ или нѣсколькихъ⁴ сосѣднихъ сельско-хозяйственныхъ⁵ участковъ, находятся ли послѣдніе въ деревнѣ или въ городѣ⁶, неизвѣстны ли границы самимъ сосѣдямъ или указаны ими несогласно,—то каждый сосѣдъ (не только собственникъ, но также и *узупруктуарій*, *эмфитевта*, *вѣритель* подъ залогъ)⁷ можетъ требовать судебного регулированія границъ (предъявивъ *actio finium regundorum*, принадлежащую къ числу *actiones duplices*)⁸. Прежде всего судья долженъ отыскать дѣйствительную границу, не принимая во вниманіе обыкновенной давности владѣнія, и возстановить найденную границу посредствомъ видимыхъ знаковъ. Если судья отыщетъ границу, но сочтетъ ее нецѣлесообразною, то онъ можетъ провести новую границу и для этой цѣли присудить одному сосѣду часть земли другаго; конечно, *adiudicatus* присуждается въ то же время къ вознагражденію сосѣда⁹. Если же судѣ не удастся отыскать границы, то приходится обсуждать спорный пограничный кусокъ земли какъ общій и раздѣлить его между сосѣдами¹⁰.—Изъ вышеизложеннаго видно, что *actio finium regundorum* по своей природѣ имѣетъ значеніе *виндикаціи*, и лишь при особыхъ обстоятельствахъ получаетъ характеръ иска о раздѣлѣ.

Опредѣленіе границъ является главною цѣлью процесса; но по случаю послѣдняго могутъ быть заявлены и личныя притязанія: на возмѣщеніе причиненныхъ убытковъ, выдачу извлеченныхъ доходовъ¹¹; относительно послѣднихъ дѣйствуютъ тѣ же правила, какъ при *rei vindicatio*¹².

² Ср. въ особенности I. 5. l. 6 C. fin. reg. 3, 39. —³ t. D. 10, 1; C. 3, 39: finium regundorum. —⁴ I. 4. § 8. D. h. t. 10, 1. —⁵ I. 4. § 10. l. 5. l. 6. D. h. t. 10, 1. —⁶ I. 4. § 10. cit. —⁷ I. 4. § 9. D. h. t. 10, 1. —⁸ I. 10. D. h. t. 10, 1. —⁹ I. 2. § 1. D. h. t. 10, 1; § 6. I. de off. iud. 4, 17. —¹⁰ I. 2. § 1. cit. —¹¹ § 6. I. de off. iud. 4, 17; I. 4. §§ 1. 2. D. h. t. 10, 1. —¹² I. 4. § 2. D. h. t. 10, 1; I. 56. D. fam. erc. 10, 2.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Обязательства изъ веденія чужихъ дѣлъ.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Веденіе дѣлъ по порученію (по довѣренности).

t. D. XVII, 1: mandati vel contra.—t. C. IV, 35: mandati.—t. I. III, 26: de mandato.

А. § 306. Общія начала.

Vangerow, § 659—662. — *Windscheid*, §§ 409—411. — *Brinz*, § 334.

I. Понятіе и условія. Порученіе (препорученіе, довѣренность, *mandatum*), консенсуальный контрактъ, возникаетъ вслѣдствіе предложенія одного лица (*mandans, mandator, dominus scil. negotii, доверитель*) другому лицу (*mandatarius, procurator, повѣренный, уполномоченный*) исполнить какое либо дѣло и принятія этого предложенія другимъ лицомъ¹. Господствующее мнѣніе выставляетъ еще одно отрицательное условіе, а именно, чтобы не было обѣщано вознагражденія за веденіе дѣла; но мы уже видѣли (§ 299), что это мнѣніе неосновательно; ср. ниже пр. 15. Порученіе можетъ быть направлено на одно какое либо дѣло или на нѣсколько дѣлъ, даже на управленіе всѣмъ имуществомъ довѣрителя²; оно можетъ имѣть предметомъ совершеніе юридической сдѣлки (напр., заключеніе договора) или дѣятельность иного рода (напр., *ut in horto sphaeristerium et hircosausta faceret*)^{2a}; во всякомъ случаѣ порученное дѣло должно:

1. быть дозволеннымъ; порученіе совершить преступленіе ничтожно³;
2. быть возможнымъ; поэтому, порученіе исполнить дѣло, которое уже исполнено, ничтожно⁴.

3. имѣть въ виду не интересъ одного только повѣреннаго, а интересъ довѣрителя или третьяго лица, или и этихъ лицъ, и самого повѣреннаго: *mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur*⁵. Недѣйствительность *mandatum tua gratia* происходитъ отъ того, что это будетъ скорѣе совѣтъ, а не порученіе; дающій же совѣтъ не имѣетъ воли обязать себя или другаго, и поэтому отвѣчаетъ лишь тогда: а) когда онъ умысленно даетъ вредный совѣтъ⁶, б) когда онъ по особому договору принимаетъ на себя послѣдствія исполненія совѣта⁷.

II. Обязанности. Вслѣдствіе порученія возникаютъ, во первыхъ, юридическія отношенія между довѣрителемъ и повѣреннымъ и, во вторыхъ, между повѣреннымъ и тѣми лицами, предъ которыми повѣренный выступаетъ въ роли представителя довѣрителя. Объ отношеніяхъ втораго рода мы уже говорили выше (§§ 219—223); здѣсь мы будемъ говорить объ отношеніяхъ между довѣрителемъ и повѣреннымъ.—Изъ порученія всегда возникаютъ обязанности для повѣреннаго, могутъ возникнуть и для довѣрителя:

1. *Обязанности повѣреннаго.* Онъ долженъ исполнить порученіе, соблюдая полученныя инструкціи и стараясь достигнуть возможно большей выгоды

¹ 1. 1. pr. § 2. 1. 6. § 2. 1. 18. 1. 53. D. h. t. 17, 1; 1. 6. C. h. t. 4, 35. — ² 1. 1. § 1. 1. 63. D. de proc. 3, 3; 1. 25. § 1. D. de min. 4, 4. — ^{2a} 1. 16. D. h. t. 17, 1. — ³ 1. 6. § 3. 1. 22. § 6. D. h. t. 17, 1; § 7. 1. h. t. 3, 26. — ⁴ 1. 12. § 14. D. h. t. 17, 1. — ⁵ 1. 2. pr. D. h. t. 17, 1; §§ 1—7. 1. h. t. 3, 26; 1. 2. §§ 1—6. 1. 6. §§ 4. 5. 1. 8. § 6. D. h. t. 17, 1. — ⁶ 1. 47. pr. D. de r. i. 50, 17. — ⁷ 1. 6. § 5. D. h. t. 17, 1.

для довѣрителя⁸; если онъ передалъ исполненіе другому (субституту), то отвѣчаетъ за дѣйствія послѣдняго, какъ за свои собственные: а) если онъ зналъ или долженъ былъ знать его негодность (какъ обыкновенно говорятъ: вслѣдствіе *culpa in eligendo*)⁹; б) если подставленіе другаго лица вмѣсто себя было запрещено прямымъ заявленіемъ довѣрителя или было несообразно съ сущностью порученнаго дѣла¹⁰; въ прочихъ случаяхъ *mandatarius* обязанъ только уступить довѣрителю свои притязанія противъ субститута.—Онъ долженъ дать отчетъ въ исполненіи порученія, выдать довѣрителю все полученное имъ вслѣдствіе мандата, уступить довѣрителю все притязанія, приобретенныя имъ вслѣдствіе мандата противъ третьихъ лицъ¹¹. Онъ отвѣчаетъ за *culpa levis*¹².—Искъ, принадлежащій довѣрителю противъ повѣреннаго для судебного осуществленія этихъ притязаній, называется *actio mandati directa*.

2. *Обязанности довѣрителя*. Онъ долженъ возмѣстить повѣренному все сообразныя издержки, въ частности, возратить денежные затраты съ процентами¹³, и освободить его отъ принятыхъ имъ обязанностей¹⁴. Гонораръ онъ обязанъ уплатить повѣренному лишь тогда, когда это было имъ обѣщано¹⁵. Онъ отвѣчаетъ за *culpa levis*; случайный вредъ, причиненный вещамъ повѣреннаго при исполненіи порученія, падаетъ на самаго повѣреннаго¹⁶.—Эти обязанности падаютъ на довѣрителя только тогда, когда повѣренный не вышелъ за предѣлы даннаго ему уполномочія; въ противномъ случаѣ, повѣренный не можетъ предъявить никакого требованія противъ довѣрителя, развѣ если самъ беретъ на себя вредъ, происшедшій вслѣдствіе превышенія уполномочія¹⁷.—Искъ, принадлежащій повѣренному противъ довѣрителя для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется *actio mandati contraria*.

III. *Прекращеніе*. Есть нѣсколько особыхъ основаній прекращенія, свойственныхъ порученію:

1. Исполненіе порученнаго дѣла.
2. Истеченіе срока, если *mandatum* было дано на срокъ;
3. Отреченіе и отмѣна порученія. Какъ довѣритель можетъ отмѣнить порученіе, такъ и повѣренный можетъ заявить о своемъ отреченіи¹⁸; но довѣритель долженъ признать дѣйствія, совершенныя повѣреннымъ прежде, нежели послѣдній узналъ объ отмѣнѣ уполномочія¹⁹; съ другой стороны, повѣренный отвѣчаетъ въ случаѣ несвоевременнаго отреченія, если не имѣетъ для этого особыхъ основаній (болѣзнь, вражда)²⁰.
4. Смерть. Такъ какъ *mandatum* заключается каждымъ изъ контрагентовъ по особому личному довѣрію къ другому контрагенту (*nam mandatum originem ex officio atque amicitia trahit*)²¹, то договоръ этотъ прекращается смертью какъ довѣрителя, такъ и повѣреннаго²²; но наслѣдники довѣрителя должны признать дѣйствія, совершенныя повѣреннымъ прежде, нежели онъ узналъ о смерти довѣрителя²³. Смерть довѣрителя не прекращаетъ только

⁸ l. 5. l. 46. D. h. t. 17, 1. — ⁹ l. 8. § 3. D. h. t. 17, 1; l. 21. § 3. l. 28. D. neg. gest. 3, 5; l. 10. i. f. l. 11. D. comm. 13, 6. — ¹⁰ l. 2. § 1. D. si mentor 11, 6. — ¹¹ l. 8. § 9. l. 10. §§ 2. 3. 8. 20. pr. D. h. t. 17, 1; l. 46. § 4. D. de proc. 3, 3. — ¹² l. 11. l. 13. l. 21. C. h. t. 4, 35. — ¹³ l. 10. § 1. 12. § 9. l. 27. § 4. l. 56. § 4. D. h. t. 17, 1; l. 1. l. 4. C. h. t. 4, 35. — ¹⁴ l. 45. D. h. t. 17, 1. — ¹⁵ l. 6. pr. l. 7. D. h. t. 17, 1; l. 1. C. h. t. 4, 35. — ¹⁶ l. 26. §§ 6. 7. D. h. t. 17, 1; l. 61. § 5. D. de furt. 47, 2. — ¹⁷ l. 3. § 2. l. 4. l. 41. D. h. t. 17, 1; § 8. l. h. t. 3, 26. — ¹⁸ l. 12. § 16. 22. § 11. D. h. t. 17, 1; §§ 9. 11. l. h. t. 3, 26. — ¹⁹ l. 15. D. h. t. 17, 1; § 9. l. cit. — ²⁰ l. 22. § 1. l. 23. l. 24. l. 25. l. 27. § 2. D. h. t. 17, 1. — ²¹ l. 1. § 4. D. h. t. 17, 1. — ²² l. 27. § 3. l. 57. § 1. h. t. 17, 1; l. 15. C. h. t. 4, 35; § 10. l. h. t. 3, 26. — ²³ l. 26. pr. § 1. l. 58. pr. D. h. t. 17, 1; l. 10. l. h. t. 3, 26; l. 19. § 3. D. de don. 39, 5.

его послѣдствія опредѣляются по соглашеніямъ, существующимъ между делегантомъ и делегатомъ. Въ остальномъ эти послѣдствія аналогичны изложеннымъ выше (sub a)⁸.

с. *Отношеніе между делегатомъ и делегатаріемъ.* Правоотношеніе между делегантомъ и делегатаріемъ, а равно и между делегантомъ и делегатомъ, по общему правилу⁹, не имѣетъ на отношеніе между делегатомъ и делегатаріемъ никакого вліянія¹⁰; делегатъ все равно долженъ исполнить свое обѣщаніе, хотя бы, напр., делегантъ по ошибкѣ считалъ себя должникомъ делегаторія или делегатъ считалъ себя по ошибкѣ должникомъ делеганта; но эти обстоятельства даютъ притязаніе изъ неосновательнаго обогащенія (§ 208 слѣд.): делеганту противъ делегаторія, делегату противъ делеганта.

2. *Переводъ платежа, называемый теперь ассигнаціей (приказомъ); одно лицо (ассигнантъ) уполномочиваетъ другое (ассигнатарія) принять отъ третьяго лица (ассигната), какъ бы отъ него, ассигнанта, известное дѣйствіе (обыкн. платежъ денегъ) и удержать полученное за собою, и, далѣе, уполномочиваетъ третье лицо совершить уплату на его (ассигнанта) счетъ.* Правила, приведенныя выше о переводѣ кредита, аналогично примѣняются и къ переводу платежа; отсюда два правила источниковъ¹¹: а) qui mandat solvi, ipse videtur solvere; б) quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset. — Особого упоминанія заслуживаетъ юридическая поговорка: переводъ — не платежъ; въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ ассигнантъ до совершенія платежа ассигнаторомъ еще можетъ отмѣнить переводъ (приказъ), и далѣе, такъ какъ ассигнантъ, можетъ быть, не исполнить обѣщанія, то изложенныя выше 1. а — с правила примѣняются лишь тогда, когда ассигнантъ уплатитъ ассигнатарію.

Противно изложенному нами, многіе писатели утверждаютъ, что делегация всегда влечетъ за собою новацію, такъ какъ она есть заявленіе прежняго должника, что вмѣсто него долженъ обязаться другой, или заявленіе *отрицателя*, что должникъ вмѣсто него долженъ обѣщать другому. Это — слишкомъ узкое понятіе делегации: делегация можетъ быть соединена съ новаціей, но не всегда бываетъ соединена (выше 1. а).

IV. *Отъносимый контрактъ, т. н. contractus aestimatorius*¹². Отдача вещи другому для продажи случается въ гражданскомъ оборотѣ въ различныхъ видахъ, которые не подходятъ подъ понятіе отъносимаго контракта:

1. Иногда продажа совершается исключительно въ интересъ того, кто даетъ вещь, такъ что продающій не извлекаетъ изъ продажи никакой выгоды; тогда сдѣлка обсуждается, какъ порученіе.

2. Иногда уполномоченный къ продажѣ получаетъ какую либо выгоду; это можетъ быть достигнуто разными способами:

а. Если намѣреніе сторонъ было направлено на то, чтобы смотрѣть на продажу, какъ на общее дѣло (такъ что одинъ даетъ вещь, другой — трудъ,

⁸ l. 21. § 1. D. de don. 39, 5; l. 18. § 1. D. de m. c. d. 39, 6; l. 11. C. de don. 8, 53; l. 21.

§ 1. l. 33. § 3. D. de don. 39, 5; l. 5. C. h. t. 8, 41. — ⁹ Изъятія: l. 9. § 1. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 3. §§ 12. 13. l. 4. l. 5. §§ 3. 4. l. 39. l. 56. D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 2. §§ 3. 4. D. de don. 39, 5; l. 7. pr. § 1. D. de d. m. e. 44, 4. — ¹⁰ l. 12. l. 13. l. 19. D. h. t. 46, 2; l. 9. § 1. D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 78. § 5. D. de i. d. 23, 3; l. 4. §§ 20. 21. D. de d. m. e. 44, 4; l. 1. § 10. 11. D. qu. r. a. 44, 5. — ¹¹ l. 56. D. de sol. 46, 3; l. 180. D. de r. i. 50, 17; ср. также l. 49. l. 64. D. de sol. 46, 3; l. 65. § 4. D. ad sct. Treb. 36, 1; l. 5. D. si quid in fr. 38, 5; l. 9. § 2. l. 19. § 3. D. de don. 39, 5; l. 9. D. dn c. c. d. c. n. s. 12, 4; l. 3. §§ 12. 13. l. 26. D. de d. i. v. et u. 24, 1; l. 15. D. de r. c. 12, 1; l. 34. pr. D. mand. 17, 1; l. 5. § 8. l. 19. D. de i. d. 23, 3; l. 14. pr. D. de f. d. 23, 5. — ¹² t. D. 19, 3; de aestimatoria (scil. actione).

издержки же и выручка должны быть по известному масштабу распределены между ними), то сдѣлка подлежит началам товарищества¹³.

б. Если такого намѣренія нѣтъ, но хозяинъ вещи общаетъ уполномоченному къ продажѣ вознагражденіе, то сдѣлка подлежит началам порученія (§ 299. II).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ дающій вещь для продажи можетъ опредѣлить самую низкую цѣну, за которую вещь можетъ быть продана (т. н. *limitum*); этимъ опредѣленіемъ связанъ продающій, который тѣмъ не менѣе не можетъ удержать за собою того, что онъ выручитъ больше положенной суммы.—Но иногда стороны придаютъ лимиту другое значеніе, а именно, то, что будетъ достаточно, если дающій вещь для продажи получить лимитированную сумму (*aestimatio*); тогда принимаемый вещь можетъ удержать въ свою пользу то, что выручитъ сверхъ *aestimatio*; онъ можетъ даже самъ приобрести вещь, уплативъ *aestimatio* (примѣры: договоръ торговца, разносящаго товары по домамъ, съ лавочнымъ торговцемъ, книгопродавца съ издательской фирмой). Вотъ этотъ видъ договора есть опѣночный контрактъ (т. н. *contr. aestimatorius, rem aestimatam vendendam dare*); *опѣночный контрактъ есть отдача вещи другому съ порученіемъ продать ее и изъ вырученнаго уплатить известную сумму отдащику*. *Contr. aest.* отступаетъ отъ всѣхъ выше приведенныхъ случаевъ; вслѣдствіе этого древніе римскіе юристы спорили, къ какому типу договоровъ его слѣдуетъ отнести (къ куплѣ ли, или къ найму, или къ *mandatum*); поэтому преторъ опредѣлялъ въ своемъ эдиктѣ, что эту сдѣлку слѣдуетъ обсуждать, какъ безыменный реальный контрактъ, и далъ отдатчику вещи *actio aestimatoria praescriptis verbis* противъ принявшаго на себя продажу¹⁴; *правильнѣе было бы назвать этотъ договоръ особымъ видомъ mandatum tua et tua gratia*. Безспорно, принимаемый обязанъ или возратить вещь или уплатить цѣну; но спорно то, отвѣчаетъ ли онъ за случай; въ источникахъ по этому вопросу разнорѣчіе¹⁵, по внутреннимъ основаніямъ слѣдуетъ возложить на него эту отвѣтственность лишь тогда, когда онъ самъ предложилъ сдѣлку. По поводу этой отвѣтственности за случай нѣкоторые утверждаютъ, что принимаемый, получая вещь, *ipso iure* приобретаетъ на нее право собственности; но это совпаденіе отвѣтственности за случай и приобретения права собственности, какъ бы оно часто ни встрѣчалось (§ 278 sub I. § 298 sub I), въ настоящемъ случаѣ прямо противорѣчитъ намѣренію сторонъ и не подтверждается въ источникахъ¹⁶.

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

§ 308. Веденіе дѣлъ по должности.

Веденіе дѣлъ по должности обнимаетъ три различныхъ случая:

1. Обязательство опекуна; обязательство это мы изложимъ въ семейственномъ правѣ (§§ 368—386), потому что опекунъ обязанъ не только управлять имуществомъ опекаемаго, но и исполнять по отношенію къ питомцу обязанности главы семейства.

2. Обязательство *curator'a bonorum*¹; таковой назначается для имущества

¹³ l. 44. D. pro soc. 17, 2; l. 13. pr. D. de praescr. v. 19, 5.—¹⁴ l. 1. pr. D. h. t. 19, 3.—¹⁵ Между l. 1. § 1. D. h. t. 19, 3, съ одной стороны, и l. 17. § 1. D. de praescr. v. 19, 5, съ другой стороны.—¹⁶ Ср. l. 5. § 18. D. de tr. a. 14, 4.

¹ t. D. 42, 7: de curatore bonis dando.

отсутствующаго, который не оставилъ представителя, въ частности, для имущества военнопльннаго², далѣе, для неприобрѣтеннаго еще наслѣдства (*hereditas iacens*)³, для конкурсной массы⁴. Принять на себя *cura bonorum* обязанъ вообще каждый гражданинъ (*munus civile*)⁵; это не относится только къ *cura конкурсной массы*⁶. Права и обязанности *curator'a bonorum* зависятъ отъ повода къ назначенію; за исключеніемъ случаевъ необходимости онъ не имѣетъ права отчужденія⁷; это право принадлежитъ только конкурсному куратору и куратору *ex edicto Carboniano* (§ 423)⁸. Въ остальномъ примѣняются правила мандата.

3. Обязанности административныхъ чиновниковъ государства или юридическаго лица; и здѣсь примѣняются правила мандата⁹, которыя, впрочемъ, во многихъ случаяхъ измѣняются предписаніями публичнаго права.

РАЗДѢЛЬ ТРЕТІЙ.

§ 309. Добровольное веденіе чужихъ дѣлъ (*negotiorum gestio* въ тѣсномъ смыслѣ).

t. D. III, 5; t. C. II, 19: de negotiis gestis — *Ehambon*, die *Negotiorum Gestio*. 1848. — *Dankwardt*, die *negot. gestio*. 1855. — *Leist*, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. 1855. — *Köllner*, die Grundzüge der oblig. *negot. gest.* 1856. — *Ruhstrat*, über *negotiorum gestio*. 1858. — *Aarons*, Beiträge zur Lehre von der *negot. gestio*. 1860. — *Zimmermann*, echte und unechte *neg. gestio*. 1872. — v. *Monroy*, die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte. 1878. — *Sturm*, das *neg. util. coeptum*. 1878. — *Vangerow*, §§ 664—666. — *Windscheid*, §§ 430. 431. — *Brinz*, § 321.

I. *Понятіе. Negotiorum gestio* въ тѣсномъ смыслѣ (въ обширномъ смыслѣ эти слова часто имѣютъ разныя другія значенія¹) *бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда одно лицо (negotiorum gestor) ведетъ дѣла другаго (dominus, хозяинъ дѣла)², не будучи къ этому обязаннымъ ни по порученію хозяина дѣла³, ни по должности*. Обыкновенно поводомъ къ *negotiorum gestio* бываетъ то обстоятельство, что хозяинъ дѣла находится въ отсутствіи и никому не поручилъ завѣдыванія своими дѣлами⁴; но и тотъ, кто занимается дѣлами другаго по порученію третьяго лица, тоже считается *negotiorum gestor'омъ* по отношенію къ хозяину дѣла⁵; далѣе, и тотъ, кто по ошибкѣ считаетъ себя обязаннымъ вести чужое дѣло⁶; наконецъ, тотъ, кто по ошибкѣ принимаетъ чужое дѣло за свое (напр., если добросовѣстный владѣлецъ продаетъ вещь)⁷.

II. *Обязанности. Negotiorum gestio*, по Гаю и Юстиніану—*obl. quasi ex contractu*⁸, всегда порождаетъ обязанности для *negotiorum gestor'a*, иногда и для хозяина дѣла:

1. *Обязанности negotiorum gestor'a*. Онъ обязанъ довести до конца развѣ начатое дѣло и заботиться обо всемъ томъ, что находится съ этимъ дѣломъ въ связи (напр., получивъ деньги, онъ обязанъ отдать ихъ въ ростъ)⁹. Онъ

² l. 22. § 1. D. de reb. auct. ind. 42, 5; l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4; l. 3. C. de postl. 8, 50. — ³ Cp. l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4; l. 1. § 17. D. de ventre in p. m. 37, 9; l. 5. § 1. D. de Carb. ed. 37, 10. — ⁴ l. 2. D. h. t. 42, 7; l. 5. l. 9. D. de cur. fur. 27, 10; Reichsconcursordnung § 5. — ⁵ l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4. — ⁶ l. 2. § 3. D. h. t. 42, 7. — ⁷ l. 1. § 4. D. de mun. 50, 4; l. 1. § 2. D. h. t. 42, 7; l. 6. § 4. D. de tut. 26, 1; l. 48. D. de adm. 26, 7. — ⁸ l. 2. § 1. D. h. t. 42, 7; l. 5. § 5. D. de Carb. ed. 37, 10. — ⁹ t. D. 50, 8: de adm. rerum ad civitates pertinentium; tt. C. 11, 33—35. 38.

¹ l. 2. § 1. D. de o. et a. 44, 7; l. 17. § 3. D. comm. 13, 6; l. 1. pr. D. de aest. 19, 3. — ² l. 9. § 4. D. h. t. 3, 5. — ³ l. 5. l. 19. § 2. D. h. t. 3, 5; l. 14. § 15. D. de rel. 11, 7. — ⁴ l. 1. l. 2. D. h. t. 3, 5; l. 5. pr. D. de o. et a. 44, 7. — ⁵ l. 3. § 11. l. 4. D. h. t. 3, 5; l. 14. C. h. t. 2, 19; cp. l. 21. § 3. l. 28. D. h. t. 3, 5. — ⁶ l. 5. l. 19. § 2. l. 36. D. h. t. 3, 5. — ⁷ l. 49. D. h. t. 3, 5; cf. l. 30. pr. i. f. D. de a. e. v. 19, 1. — ⁸ l. 5. pr. D. de o. et a. 44, 7; pr. § 1. l. de obl. quae quasi ex contr. 3, 27. — ⁹ l. 6. § 12. l. 35. pr. § 3. l. 31. § 2. l. 38. D. h. t. 3, 5.

обязанъ дать отчетъ хозяину дѣла, выдать ему все то, что находится у него на рукахъ вслѣдствіе negotiorum gestio, уступить ему всѣ требованія, приобретенныя имъ по случаю negotiorum gestio противъ третьихъ лицъ¹⁰. Онъ отвѣчаетъ, по общему правилу, за custodia въ т. с.¹¹ (а не только за culpa levis, какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе, § 237), но иногда только за грубую вину, а иногда за случай: *первое* бываетъ тогда, когда безъ его вмѣшательства для хозяина дѣла все бы было потеряно¹², *второе*, когда negotiorum gestor взялся за новое предпріятіе противъ обычая хозяина¹³. — Искъ, принадлежащій хозяину дѣла противъ negotiorum gestor'a для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется actio negotiorum gestorum directa.

2. *Обязанности хозяина дѣла.* Онъ обязанъ возратить negotiorum gestor'у всѣ сообразныя издержки съ процентами и снять съ него принятыя имъ на себя обязательства¹⁴. Но эти обязанности возникаютъ лишь при наличности трехъ условій, а именно:

а. если negotiorum gestor дѣйствовалъ съ намѣреніемъ обязать хозяина дѣла¹⁵. При наличности этого условія negotiorum gestor'у не вредитъ его заблужденіе въ лицѣ хозяина дѣла¹⁶. Но если онъ дѣйствовалъ съ намѣреніемъ совершить дареніе, то ему не принадлежитъ никакого требованія возмѣщенія издержекъ¹⁷. Если онъ вель завѣдомо чужое дѣло, но въ своемъ интересѣ (напр., commodatarius улучшаетъ вещь), то хозяинъ дѣла обязывается лишь по мѣрѣ своего обогащенія¹⁸. Если онъ вель чужое дѣло, не зная, что оно чужое (въ такомъ положеніи находится, напр., всякій добросовѣстный владѣлецъ), то его право на возмѣщеніе издержекъ признано вездѣ въ источникахъ, но тамъ, повидимому, существуетъ разнорѣчіе въ томъ отношеніи, что нѣкоторыя мѣста¹⁹ даютъ ему только эксцепцію, другія²⁰ также и искъ (act. neg. gest. contraria); по правильному толкованію, вторыя мѣста относятся только къ добросовѣстному владѣльцу наслѣдства, который своимъ веденіемъ дѣла освободилъ дѣйствительнаго наслѣдника отъ какой либо обязанности (напр., воздвигнулъ надгробный памятникъ, занялся похоронами); за исключеніемъ этого, особенно покровительствуемаго, случая (§ 432) дается только эксцепція;

б. если negotiorum gestor дѣйствовалъ не противъ запрещенія хозяина дѣла; это положеніе было спорно между классическими юристами, но подтверждено закономъ Юстиніана²¹;

в. если negotiorum gestor дѣйствовалъ въ нетерпящемъ отлагательства интересѣ хозяина дѣла, т. е., если онъ взялся за дѣло для предупрежденія грозившаго вреда²²; въ этомъ случаѣ онъ имѣетъ право на возмѣщеніе издержекъ, хотя бы исходъ дѣла и не былъ удачный²³ (это выражаютъ обыкновенно такъ: *не требуется, чтобы дѣла были utiliter gesta, достаточно, если они будутъ utiliter coepta*). Но если negotiorum gestor имѣлъ въ виду увеличить

¹⁰ 1. 2. 1. 8. § 1. 1. 23. D. h. t. 3, 5. — ¹¹ § 1. I. de obl. quae qu. ex c. 3, 27; Paul. sent. rec. I. 4. § 1. — ¹² 1. 3. § 9. D. h. t. 3, 5. — ¹³ 1. 11. D. h. t. 3, 5. — ¹⁴ 1. 10. pr. 1. 19. § 4. D. h. t. 3, 5. — ¹⁵ 1. 14. 1. 29. pr. D. comm. div. 10, 3; 1. 11. l. 13. C. h. t. 2, 19. — ¹⁶ 1. 5. § 1. l. 6. §§ 8. 10. l. 31. § 1. l. 45. § 2. D. h. t. 3, 5; 1. 14. § 1. D. comm. div. 10, 3. — ¹⁷ 1. 4. D. h. t. 3, 5; 1. 12. C. h. t. 2, 19; ср. также 1. 27. § 1. l. 34. § 1. l. 44. D. h. t. 3, 5; 1. 11. l. 13. l. 15. C. h. t. 2, 19. — ¹⁸ 1. 6. § 3. D. h. t. 3, 5. — ¹⁹ 1. 14. § 1. l. 29. pr. D. comm. d. 10, 3; 1. 33. i. f. D. de cond. i. 12, 6; 1. 14. D. de d. m. e. 44, 4. — ²⁰ 1. 49. D. h. t. 3, 5; 1. 50. § 1. D. de h. p. 5, 3; 1. 14. § 11. l. 32. pr. D. de rel. 11, 7. — ²¹ 1. 8. § 3. D. h. t. 3, 5; 1. 40. D. mand. 17, 1; 1. 24. C. h. t. 2, 19. — ²² 1. 1. l. 6. § 6. l. 22. D. h. t. 3, 5; 1. 3. § 8. l. 5. pr. § 2. D. de in rem v. 15, 3; 1. 5. pr. D. de o. et a. 44, 7. — ²³ 1. 10. § 1. l. 12. § 2. l. 22. l. 31. pr. 1. 32. pr. 1. 37. § 1. D. h. t. 3, 5; 1. 22. C. h. t. 2, 19.

т. н. полезнымъ дѣломъ имущество хозяина дѣла, то его требованіе ограничивается размѣромъ этого увеличенія²⁴, т. е. здѣсь требуется *negotium utiliter gestum*. На *impensae voluptuariæ negotiorum gestor'у* принадлежитъ только *ius tollendi*²⁵. Многіе писатели отвергають различіе необходимаго и полезнаго дѣла, а обращаютъ вниманіе на предполагаемую волю хозяина дѣла.

Искъ, принадлежащій *negotiorum gestor'у* противъ хозяина дѣла для судебного преслѣдованія этихъ обязанностей, называется *actio negotiorum gestorum contraria*.

Спорно, какое вліяніе на отношеніе между *negotiorum gestor'омъ* и хозяиномъ дѣла имѣетъ послѣдующее признаніе веденія дѣла со стороны хозяина; по одному мѣсту источниковъ²⁶, тогда также примѣняются правила *negotiorum gestio*, но по другому²⁷—тогда примѣняются правила порученія; по правильному мнѣнію, только хозяинъ дѣла отвѣчаетъ по правиламъ порученія, такъ какъ его признаніе, будучи актомъ одностороннимъ, имѣетъ значеніе только для него.

§ 310. Особые виды добровольнаго веденія дѣла. (*Actio funeraria. Act. in factum* для и противъ *missus in possessionem*).

Brinz, § 321^a.

Въ двухъ случаяхъ добровольнаго веденія дѣла требованія *ведущаго дѣло* опредѣляются особыми правилами:

1. Если кто либо совершитъ погребеніе умершаго¹ вмѣсто того лица, которое должно было это сдѣлать, то онъ можетъ потребовать отъ послѣдняго возмѣщенія всѣхъ сообразныхъ издержекъ, хотя бы онъ дѣйствовалъ противъ его запрещенія, если только были основательныя причины не повиноваться этому запрещенію². Если похоронами занялся добросовѣстный владѣлецъ наслѣдства, то ему не вредитъ то обстоятельство, что онъ считалъ это своею собственною обязанностью³. Требованіе похоронившаго пользовалось въ конкурсѣ привилегіею (§ 234 пр. 9. 14), которая не перешла въ И. у. о. к. Искъ, которымъ это требованіе осуществляется, называется *actio funeraria*.—Слѣдуетъ замѣтить, что къ погребенію обязаны: а) тотъ, кому подъ этимъ условіемъ что либо оставлено⁴; б) наслѣдникъ⁵, а также въ случаѣ смерти жены тотъ, кому достается *dos*⁶; в) *paterfamilias* умершаго⁷; д) сунругъ⁸.

2. Если вѣритель, влѣдствіе *missio in bona debitoris* (§ 76 sub 3), дѣлаетъ издержки при управленіи имуществомъ своего должника, то онъ можетъ потребовать ихъ возмѣщенія отъ *sigator'a* или должника, не смотря на то, что онъ совершилъ ихъ въ собственномъ интересѣ. Съ другой стороны, онъ отвѣчаетъ лишь за *грубую* вину при управленіи. Иски между заинтересованными лицами суть *actiones in factum*⁹ (§ 84), стало быть, иски безъ особыхъ названій.

²⁴ l. 11. l. 43. D. h. t. 3, 5; l. 5. pr. D. de in rem verso 15, 3. — ²⁵ l. 3. § 4. D. de i. r. v. 15, 3; l. 27. pr. D. h. t. 3, 5. — ²⁶ l. 9. D. h. t. 3, 5. — ²⁷ l. 60. D. de r. i. 50, 17.

¹ t. D. 11, 7: de religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat. t. C. 3, 44: de religiosis et sumptibus funerum. — ² l. 14. § 13. D. h. t. 11, 7. — ³ l. 14. § 11. l. 32. pr. D. h. t. 11, 7. — ⁴ l. 12. § 4. D. h. t. 11, 7. — ⁵ l. 12. § 4. l. 14. § 1. D. h. t. 11, 7. — ⁶ ll. 16—20. 22—27. l. 29. l. 30. D. h. t. 11, 7. — ⁷ l. 21. l. 28. D. h. t. 11, 7. — ⁸ l. 28. D. h. t. 11, 7. — ⁹ l. 9. l. 14. § 1. D. de reb. auct. i. 42, 5; l. 15. § 14. D. de damn. inf. 39, 2.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Обязательства изъ недозволенныхъ дѣяній.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Furtum.

t. D. XLVII, 2: de furtis.—t. C. VI, 2: de furtis et servo corrupto.—t. I. IV, 1: de obligationibus quae ex delicto nascuntur.—Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des Gemeinen Rechtes. 1834. — Cohn, Beiträge zur Bearbeitung des R. R. Heft 2, 1—40. 1879. — Baron, die Conditionen. §§ 3. 6. 1881.—Тотъ же авторъ, die adjectivischen Klagen. § 3. 1882.—Vangerow, § 679. — Windscheid, §§ 452. 453. 425.—Brinz, §§ 301. 339.—Baron, § 131.

А. § 311. Общія начала.

1. *Понятіе и условія.* Легальное опредѣленіе furtum гласитъ: furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Опредѣленіе это слѣдуетъ дополнить условіемъ подвижности вещи, и тогда получимъ: furtum (кражу, воровство) совершаетъ, по римскому праву, тотъ, кто посягательствомъ на движимую вещь умышленно причиняетъ другому вредъ, а себѣ выгоду. Итакъ, furtum предполагаетъ:

1. Движимую вещь (куда причислялись даже свободные люди in potestate, manu, mancipio); по отношенію къ недвижимой вещи не бываетъ furtum². Движимая вещь можетъ быть какъ чужая, такъ и собственность вора; поэтому, легальное опредѣленіе различаетъ:

а. Furtum ipsius rei; оно бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда воръ желаетъ себѣ *воплоть* присвоить чужую вещь. Сюда относится кража въ смыслѣ Германскаго уголовного уложенія § 242, т. е. похищеніе изъ чужаго сохраненія чужой движимой вещи съ намѣреніемъ противозаконнаго присвоенія, далѣе, утайка³, присвоеніе находки⁴, злоумышленное противозаконное отчужденіе чужой вещи⁵, противозаконное принятіе вещей, которыя собственникъ по смѣшенію лицъ передаетъ не тому, кому хочетъ передать⁶ (§ 281 пр. 19), отчужденіе специально заложенной вещи залогодателемъ⁷ (§ 185 sub 4).

б. Furtum usus; оно бываетъ тогда, когда воръ присваиваетъ себѣ только пользованіе чужою вещью; напр., если залогоприниматель или депозитарій пользуется принятою вещью, если commodatarius расширяетъ пользованіе вещью за предписанные ему предѣлы⁸. Герм. уг. ул. 1871 г. не видитъ въ этомъ уголовнаго преступленія и наказуетъ только публичнаго заимодавца подъ залогъ за „подлежащее наказанію корыстолюбіе“⁹.

в. Furtum possessionis; таковымъ объявляетъ Теофиль¹⁰ утайку въ смыслѣ Герм. уг. ул. § 246, т. е. противозаконное присвоеніе чужой движимой вещи со стороны того, кто ею владѣетъ или у кого она находится. Большинство новыхъ юристовъ разумѣютъ подъ furt. possessionis тотъ случай, когда должникъ подъ залогъ похищаетъ вещь у вѣрителя подъ залогъ¹¹, proprietarius—у узуфруктуарія¹², собственникъ—у владѣльца или держателя, который

¹ l. 1. § 3. D. h. t. 47, 2; cf. § 1. I. h. t. 4, 1. —² l. 38. i. f. D. de us. 41, 3—l. 25. pr. D. h. t. 47, 2. —³ l. 1. § 2. l. 33. l. 43. § 1. l. 46. § 6. l. 52. §§ 7. 16. l. 67. pr. l. 71. pr. l. 73. D. h. t. 47, 2. —⁴ l. 43. §§ 4—11. D. h. t. 47, 2; l. 9. § 8. l. 31. § 1. l. 44. D. de a. r. d. 41, 1; § 48. I. de rer. div. 2, 1. —⁵ l. 16. C. h. t. 6, 2; § 3. I. de us. 2, 6. —⁶ l. 66. § 4. D. h. t. 47, 2. —⁷ l. 19. § 6. l. 66. pr. D. h. t. 47, 2. —⁸ § 6. I. h. t. 4, 1; l. 40. l. 48. § 4. l. 59. pr. § 1. l. 76. pr. l. 82. pr. D. h. t. 47, 2; l. 5. § 8. D. comm. 13, 6; l. 16. D. de cond. furt. 13, 1. —⁹ Герм. уг. ул. § 290. —¹⁰ Paraphr. ad § 1. I. h. t. 4, 1. —¹¹ § 10. l. 14. I. h. t. 4, 1; l. 16. D. de pign. act. 13, 7; l. 19. § 5. l. 20. pr. D. h. t. 47, 2. —¹² l. 15. § 1. l. 20. § 1. D. h. t. 47, 2.

(напр., по поводу издержекъ) имѣть *ius retentionis*¹³. Герм. уг. ул. 1871 г. видитъ въ этомъ не воровство, а наказуемое корыстолюбіе¹⁴.

2. Посягательство на вещь (*contrectatio rei*).¹⁵ Оно бываетъ такъ же разнообразно, какъ случаи самой кражи; оно состоитъ или въ захватѣ владѣнія (въ случаѣ кражи въ смыслѣ герм. уг. ул.), или въ передачѣ владѣнія (въ случаяхъ пр. 5, 7), или въ пользованіи (въ случаѣ пр. 8) и т. д.

3. Умышленное причиненіе вреда другому (*contrectatio fraudulosa*). Тотъ не причиняетъ вреда другому и не совершаетъ *furtum*, кто присвоитъ безхозяйную вещь, принимая ее по ошибкѣ за чужую¹⁶; далѣе, тотъ, кто купилъ вещь и уплатилъ цѣну, а затѣмъ отнимаетъ вещь у продавца¹⁷ (онъ виновенъ лишь въ самоуправствѣ). Тотъ не имѣетъ намеренія причинить вредъ и не совершаетъ *furtum*, кто присвоитъ себѣ вещь, считая себя уполномоченнымъ на это отъ собственника¹⁸.

4. Свокорыстное намѣреніе вора (*animus lucri faciendi, affectus furandi*). Такого намѣренія нѣтъ, когда похититель хочетъ только причинить кому либо неприятность или вредъ (напр., овладѣваетъ чужою вещью, чтобы бросить ее въ море)¹⁹; напротивъ, свокорыстное намѣреніе есть на лицо, если цѣль похитителя состоитъ не въ увеличеніи своего имущества, а въ какомъ либо иномъ распоряженіи похищенной вещью (напр., кто либо крадетъ вещь, чтобы подарить ее другому: т. н. кристиніанизмъ, *nam species lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere*)²⁰; но нѣтъ *furtum*, если кто похищаетъ дѣвицу по чувственному побужденію: *causa faciendi libido fuit, non furtum*²¹.

II. Обязанности. (Для ясности изложенія мы будемъ говорить только о главномъ случаѣ воровства, о кражѣ, какъ ее опредѣляетъ Герм. уг. ул.).

Изъ *furtum*, по римскому праву, возникаютъ два притязанія: одно на возмѣщеніе вреда, другое на штрафъ; въ нынѣшнемъ правѣ частный штрафъ не существуетъ.

1. Принадлежатъ ли притязанію на возмѣщеніе вреда²² (*condictio furtiva* ср. ниже пр. 35 слѣд.) свойства деликтнаго обязательства или нѣтъ? Это вопросъ спорный; правильно—второе мнѣніе, потому что:

а. Это притязаніе принадлежитъ только собственнику²³, хозяину вещнаго права²⁴ и добросовѣстному владѣльцу²⁵, т. е. только такимъ лицамъ, которыя и безъ наличности особаго деликтнаго обязательства пользуются защитой отъ нарушеній.

б. Отвѣчаетъ по этому требованію только виновникъ, а не пособникъ²⁶; ибо здѣсь важно не совершеніе проступка, а владѣніе украденною вещью, послѣднее же захватилъ только виновникъ; впрочемъ, виновникъ отвѣчаетъ и тогда, когда уже не владѣетъ вещью²⁷; ибо онъ отвѣчаетъ за случай, пока не предложитъ возвратить вещь обкраденному (§ 240 пр. 29).

с. Наслѣдники виновника отвѣчаютъ не только въ размѣрѣ обогащенія (какъ при деликтныхъ обязательствахъ), а за все²⁸.

¹³ l. 15. § 2 l. 59. D. h. t. 47, 2.—¹⁴ Герм. уг. ул. § 289.—¹⁵ l. 52. § 19. D. h. t. 47, 2.—¹⁶ l. 43. §§ 5. 11. D. h. t. 47, 2; см. также l. 46. § 8. eod.—¹⁷ l. 14. § 1. D. h. t. 47, 2.—¹⁸ l. 46. § 7. D. h. t. 47, 2.—¹⁹ l. 14. § 2. D. de pr. v. 19, 5.—²⁰ l. 54. § 1. D. h. t. 47, 2.—²¹ l. 39. D. h. t. 47, 2.—²² t. D. 13, 1; t. C. 4, 8: de condicione furtiva.—²³ l. 10. § 2.—l. 12. § 1. D. h. t. 13, 1.—²⁴ l. 12. § 2. D. h. t. 13, 1; l. 22. pr. D. de pign. a. 13, 7.—²⁵ l. 2. D. de cond. trit. 13, 3; l. 25. § 1. D. de furt. 47, 2.—²⁶ l. 5. l. 6. D. h. t. 13, 1; въ l. 53. § 2. D. de v. s. 50, 16 слова qui ope furtum facit относятся къ сообщнику.—²⁷ l. 8. l. 16. l. 17. l. 20. D. h. t. 13, 1; l. 2. C. h. t. 4, 8.—²⁸ l. 5. l. 7. § 2. l. 9. D. h. t. 13, 1; § 5. I. de obl. quae ex del. 4, 1.

d. За кражу, совершенную подвластным лицом владыка отвѣчаетъ въ размѣрѣ обогащенія по act. de peculio²⁹, а этимъ искомъ никогда нельзя осуществить деликтныхъ притязаній³⁰ (§ 221 пр. 23). Съ другой стороны, противъ вора раба нельзя осуществить притязанія на возмѣщеніе вреда и послѣ его отпущенія на свободу³¹, что вполнѣ возможно при деликтныхъ притязаніяхъ³².

Притязаніе направлено на возвращеніе вещи и уплату интереса³³, при этомъ важно то правило, что воръ тотчасъ (ipso iure) находится in mora (§ 240 пр. 9). Воръ не можетъ требовать возмѣщенія издержекъ³⁴. Искъ, посредствомъ котораго притязаніе это осуществляется судебнымъ порядкомъ, былъ въ древнемъ правѣ различный, смотря по праву истца; во всякомъ случаѣ это былъ искъ *вещный* (rei vindicatio, Publiciana и т. д.); предъявленіе *личнаго* иска (съ intentio rem или ius actori dare oportere), собственно говоря, заключало въ себѣ невозможное требованіе, такъ какъ тому, кто уже имѣетъ право собственности и т. д., нельзя, вѣдь, его перенести другой разъ; тѣмъ не менѣе допускали и предъявленіе личнаго иска въ формѣ *condictio*, прощая ошибку истца (ср. аналогичный случай въ § 120 sub 1. b), какъ говорить источники: *odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur*³⁵. Этотъ личный искъ, между которымъ, съ одной стороны, и вещнымъ искомъ, съ другой стороны, имѣлъ мѣсто *actionum concursus electivus*³⁶, неточно названъ *condictio furtiva*³⁷. Важное различіе между вещнымъ и личнымъ искомъ заключается въ томъ, что нѣсколько воровъ по *rei vindicatio* отвѣчаютъ лишь по мѣрѣ своего владѣнія, а по *condictio furtiva* — солидарно³⁸, и, далѣе, въ томъ, что воръ, преслѣдуемый посредствомъ *condictio furtiva* признается находящимся in mora, вслѣдствіе чего онъ отвѣчаетъ безусловно за casus и, въ случаѣ оцѣнки, платитъ *найвысшую* цѣну вещи съ момента совершенія кражи^{38a} (§ 240 пр. 29); въ этихъ трехъ отношеніяхъ *cond. furtiva*, конечно, является деликтнымъ искомъ.

2. *Требованіе штрафа*³⁹, по господствующему мнѣнію, принадлежитъ каждому, чей интересъ нарушенъ воровствомъ; и это, повидимому, подтверждаетъ изреченіе источниковъ: *cuius interfuit non surripri, is actionem furti habet*⁴⁰. Но это изреченіе въ другихъ мѣстахъ источниковъ признано неточнымъ⁴¹; скорѣе можно утверждать, что притязаніе на штрафъ принадлежитъ только обкраденному собственнику, хозяину вещнаго права, добросовѣстному владѣльцу и держателю⁴², *если ихъ интересъ нарушенъ воровствомъ*. Поэтому оно не принадлежитъ:

а. покущику до передачи вещи, хотя бы онъ уплатилъ цѣну⁴³; точно также и тому, кому вещь должна быть дана на основаніи стипуляціи⁴⁴, а равно и поручителю должника⁴⁵, — такъ какъ у всѣхъ этихъ лицъ нѣтъ права собственности и т. д.;

²⁹ l. 4. l. 19. D. h. t. 13, 1; l. 3. § 12. D. de pec. 15, 1; l. 30. pr. D. de a. e. v. 19, 1. —
³⁰ l. 49. D. de o. et a. 44, 7. — ³¹ l. 15. D. h. t. 13, 1. — ³² l. 1. § 18. D. dep. 16, 3. — ³³ l. 3. l. 8.
³⁴ l. 10. pr. D. h. t. 13, 1. — ³⁵ l. 13. D. h. t. 13, 1. — ³⁶ § 14. I. de act. 4, 6; Gai. 4, 4. — ³⁷ l. 7.
³⁸ l. 1. D. h. t. 13, 1; § 14. I. de act. 4, 6; § 19. I. h. t. 4, 1. — Это выраженіе находится въ l. 3.
^{38a} l. 21. § 5. D. rer. am. 25, 2; l. 38. § 1. D. de sol. 46, 3; l. 80. §§ 5. 7. D. de furt. 47, 2. —
³⁹ l. 1. C. h. t. 4, 8. — ⁴⁰ l. 8. l. 1. D. de cond. furt. 13, 1. — ⁴¹ t. D. 47, 2: de furtis; t. C. 6, 2.
⁴² l. 15. pr. § 1. l. 46. §§ 1. 3. 4. l. 12. § 1. l. 20. § 1. l. 52. § 10. l. 53. § 4. l. 59. l. 14. § 2. l. 26.
⁴³ § 1. D. h. t. 47, 2. — ⁴⁴ l. 14. pr. l. 80. pr. D. h. t. 47, 2. — ⁴⁵ l. 35. § 4. D. de c. e. 18, 1; l. 14.
pr. i. f. l. 13. l. 66. § 5. D. h. t. 47, 2. — ⁴⁵ l. 14. § 1. D. h. t. 47, 2.

в. депозитарію ⁴⁶, ему воровство не причиняетъ никакого имущественнаго вреда, такъ какъ онъ отвѣчаетъ предъ хозяиномъ вещи только, если воровство произошло вслѣдствіе его dolus; и въ этомъ случаѣ онъ не имѣетъ штрафнаго требованія противъ вора вслѣдствіе собственнаго проступка.

По этому требованію отвѣчаютъ всѣ виновники и физическіе пособники, а также и подстрекатели ⁴⁷, но ихъ наслѣдники не отвѣчаютъ ⁴⁸. Требованіе осуществляется судебнымъ порядкомъ по ср. actio furti и направлено (по большинству мѣстъ источниковъ) на возмѣщеніе четвернаго или двойнаго интереса, смотря по тому, былъ ли воръ застигнутъ (f. manifestum), или нѣтъ (f. nec manifestum ⁴⁹); но по одному мѣсту ⁵⁰, которое еще достаточно не выяснено, штрафъ состоитъ въ двойной или четверной стоимости вещи.

В. § 312. Особые виды furtum.

Breitenbach, das Verbrechen des Raubes nach Römischem Recht. 1839. — *Vangerow*, § 680. — *Windscheid*, § 454. — *Baron*, § 132.

I. *Грабежъ* (rapina, bona vi rapta)¹; *насилъственная кража* въ древнемъ римскомъ правѣ обсуждалась совершенно такъ же, какъ furtum nec manifestum²; позднѣе въ преторскомъ эдиктѣ былъ установленъ особый искъ (actio vi bonorum raptorum) противъ raptor'a, направленный на четверную цѣну вещи³; было спорно, считать ли этотъ искъ чисто пенальнымъ или же смѣшаннымъ⁴; позднѣе взяло верхъ второе мнѣніе⁵; по истеченіи одного года искъ направлялся только на простую стоимость вещи⁶. Искъ этотъ, поскольку предметомъ его служить частный штрафъ, теперь не существуетъ.

II. *Crimen expilatae hereditatis*⁷. Въ силу древней usucapio pro herede (§ 143 пр. 8) воровствомъ не признавалось похищеніе наслѣдственныхъ вещей до принятія наслѣдства наслѣдникомъ и даже до тѣхъ поръ, пока послѣдній ими не завладѣлъ. Послѣ устранения usucapio pro herede продолжало еще дѣйствовать правило: rei hereditariae furtum non fit⁸, но похититель за crimen expilatae hereditatis присуждался къ уголовному наказанію и къ возмѣщенію вреда. Теперь здѣсь примѣняются начала кражи.

III. Особыя нормы существуютъ противъ кражи и грабежа по случаю пожара, разрушенія зданія, кораблекрушенія, а также противъ нападенія на корабль или на домъ⁹; далѣе, противъ кражи и грабежа, совершаемыхъ публиканами или ихъ подчиненными¹⁰; далѣе, противъ кражи, совершаемой судохозяевами, держателями гостинницъ и постоялыхъ дворовъ и ихъ подчиненными¹¹; о кражѣ между супругами см. § 348.

⁴⁶ l. 14. § 3. D. h. t. 47, 2. — ⁴⁷ l. 50. §§ 1-4. l. 52. § 19. D. h. t. 47, 2. — ⁴⁸ l. 1. pr. D. de priv. del. 47, 1. — ⁴⁹ l. 27. l. 32. pr. l. 46. § 1. l. 67. § 1. l. 74. l. 87. D. h. t. 47, 1. — ⁵⁰ l. 50. pr. D. h. t. 47, 2.

¹ t. D. 47, 8: vi bonorum raptorum et de turba; t. C. 9, 33: vi bonorum raptorum; t. I. 4, 2: de bonis vi raptis — ² l. 1. l. 2. § 26. D. h. t. 47, 8; cf. l. 88. D. de furt. 47, 2; Пашнианъ въ l. 80. § 3. D. de furt. 47, 2 высказываетъ за furtum manifestum. — ³ l. 2. § 13. D. h. t. 47, 8. — ⁴ Gai. 4, 8. — ⁵ pr. I. h. t. 4, 2; l. 1. C. h. t. 9, 33. — ⁶ pr. I. h. t. 4, 2; ll. 2-5. C. h. t. 9, 33. — ⁷ t. D. 47, 19: expilatae hereditatis; t. C. 9, 32: de crimine expilatae hereditatis. — ⁸ l. 2. § 1. l. 6. D. h. t. 47, 19; l. 14. § 14. D. de furt. 47, 2; l. 1. § 15. D. si is qui test. 47, 4. — ⁹ t. D. 47, 9: de incendio, ruina, naufragio, nave, rate expugnata. — ¹⁰ l. 1. pr. — § 5. l. 4. pr. l. 5. l. 6. l. 13. D. de publ. 39, 4. — ¹¹ t. D. 47, 5: furti adversus nautas caupones stabularios; l. 5. § 6. D. de obl. et act. 44, 7.

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

Поврежденіе вещей (damnum iniuria datum).

А. § 313. Область примѣненія lex Aquilia.

t. D. IX, 2: ad legem Aquilianam. — t. C. III, 35; t. I. IV, 3: de lege Aquilia. — A. Pernice, zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach Römischem Recht. 1867. — Wächter, die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen. 1874. — Dochow, die Busse im Strafrecht und Strafprocess. 1875. — Vangerow, § 681. — Windscheid, § 455. — Brinz, § 340. — Baron, § 131.

I. Содержание закона Аквилія. Lex Aquilia, плебисцитъ, по Теофилу, въ 467 г. римской эры, отмѣняя прежнія опредѣленія, постановила слѣдующее:

1. По первой главѣ этого закона, тотъ, кто убьетъ виновно и противозаконно чужаго раба или чужое четвероногое стадное животное, долженъ возмѣстить хозяину вредъ по высшей цѣнѣ убитаго, какая существовала въ послѣднемъ году¹.

2. По второй главѣ, adstipulator, который вѣроломно освободить должника отъ его долга, долженъ возмѣстить убытки наслѣдникамъ stipulator'a. Это опредѣленіе, какъ и весь институтъ адстипуляторовъ, не перешло въ право Юстиніана².

3. По третьей главѣ, кто виновно и противозаконно причинить вредъ инымъ какимъ либо образомъ (кромѣ описаннаго въ главѣ первой) посредствомъ игере, frangere, rumpere, — тотъ долженъ возмѣстить хозяину убытки по высшей³ цѣнѣ за послѣдніе тридцать дней⁴.

Если тотъ, противъ кого предъявлена actio legis Aquiliae, станетъ на судѣ отпираться, то его присуждаютъ къ двойному⁵; послѣднее опредѣленіе, а равно и своеобразная оцѣнка уничтоженной или поврежденной вещи (высшая цѣна въ послѣднемъ году или мѣсяцѣ) дѣлають act. l. Aquiliae смѣшаннымъ искомъ (§ 81)⁶; поэтому нѣсколько провинившихся отвѣчаютъ самостоятельно за весь вредъ (а не по частямъ)⁷. Виновнымъ признается поврежденіе не только тогда, когда оно нанесено умышенно, достаточно всякой небрежности, грубой или малой: in lege Aquilia et levissima culpa venit⁸. Поврежденіе не будетъ противозаконно, если повредившій дѣйствовалъ въ состояніи необходимой обороны, въ состояніи крайней необходимости, по должности⁹.

II. Далѣйшее развитіе аквиліевыхъ опредѣленій въ позднѣйшемъ правѣ. Первоначальное развитіе теоріи деликта, направленаго противъ закона Аквилія (damnum iniuria datum, damnum iniuriae), произошло въ періодъ боязливой дословной интерпретаціи; но позднѣе принципъ, лежащій въ основаніи этого закона, былъ свободно осуществленъ посредствомъ аналогичнаго иска, который называется въ Пандектахъ promiscue то actio in factum, то actio utilis legis Aquiliae¹⁰, а въ Институціяхъ — въ нѣкоторыхъ случаяхъ (при damnum corpori nec corpore datum, см. ниже при 1) actio utilis legis Aquiliae, въ другихъ (при damnum nec corpore nec corpori datum, см. ниже при 2) actio in factum¹¹; которое указаніе вѣрно и существовала ли между обоими исками какая либо разница, кромѣ различія названій, — это трудно опредѣлить. Но позднѣйшія распространенія суть слѣдующія:

¹ I. 2. pr. D. h. t. 9, 2. — ² Gai. 3, 215; l. 27. § 4. D. h. t. 9, 2; § 12. I. h. t. 4, 3. — ³ Gai. 3, 218; § 15. I. h. t. 4, 3; l. 29. § 8. D. h. t. 9, 2. — ⁴ l. 27. § 5. D. h. t. 9, 2. — ⁵ l. 2. § 1. D. h. t. 9, 2. — ⁶ § 9. I. h. t. 4, 3; l. 23. § 8. D. h. t. 9, 2. — ⁷ l. 11. § 2. D. h. t. 9, 2. — ⁸ l. 44. pr. l. 5 § 1. l. 31. D. h. t. 9, 2. — ⁹ l. 4. l. 5. pr. l. 29. §§ 3. 7. l. 45. § 4. l. 49. § 1. l. 52. § 1. D. h. t. 9, 2. — ¹⁰ l. 9. § 3. l. 27. § 34. l. 53. D. h. t. 9, 2; l. 51. D. de furt. 47, 2. — ¹¹ § 16. I. h. t. 4, 3.

1. По буквѣ закона Аквилія, деликтъ бываетъ на лицо только тогда, когда поврежденіе наносится *непосредственно* тѣлеснымъ воздѣйствіемъ на вещь (*damnum corpore datum*); по позднѣйшему праву, достаточно, если вредъ является *посредственнымъ* слѣдствіемъ тѣлеснаго воздѣйствія на вещь, напр., если кто либо запретъ раба или животное и тѣмъ причинить ему голодную смерть¹², или дать безумному рабу мечъ, которымъ тотъ себя убьетъ¹³, или дразнить животное, которое вслѣдствіе этого наноситъ вредъ¹⁴, или перерубить канатъ, которымъ былъ привязанъ корабль, и отъ этого произойдетъ поврежденіе корабля¹⁵. Но не влечетъ за собою ответственности простое упущеніе, развѣ если оно сопровождается какое либо положительное дѣйствіе (напр., если кто не выставитъ обычныхъ знаковъ предостереженія, обрубая сучья, строя крышу)¹⁶ или слѣдуетъ за нимъ (напр., операторъ не заботится о залѣченіи операціи, сдѣланной имъ рабу или животному¹⁷ и тѣмъ причиняетъ ему смерть), ибо дѣйствующій обязанъ предотвращать вредныя послѣдствія своего дѣйствія, хотя бы оно было дозволено.

2. По буквѣ закона Аквилія, деликтъ бываетъ только тогда, когда вредъ состоитъ въ поврежденіи самой вещи (*damnum corpori datum*), по позднѣйшему праву,—и тогда, когда кто либо лишаетъ другаго его вещи, напр., выбьетъ ему деньги изъ рукъ и деньги растеряются, броситъ чужую вещь въ море или въ непроходимое мѣсто, испугаетъ безъ *dolus* чужое животное, которое попадетъ въ руки воровъ, способствуетъ бѣгству чужаго раба или животного¹⁸.

3. По буквѣ закона Аквилія, притязаніе на возмѣщеніе вреда возникаетъ лишь тогда, когда дѣло идетъ о поврежденіи *вещей*; по позднѣйшему праву,—и тогда, когда потерпѣлъ тѣлесное поврежденіе *свободный* человекъ¹⁹; потерпѣвшему должны быть возмѣщены издержки на лѣченіе и потерянная заработная плата. По судебной практикѣ, опирающейся на Каролину²⁰, онъ имѣетъ право и на т. н. *Schmerzensgelder*, а иногда и на т. н. *Narbengelder*²¹ (напр., если обезображеніе отняло у женщины надежду на предполагавшійся бракъ). По Германскому уг. уложенію 1871 г. § 231, уголовный судъ во всѣхъ случаяхъ тѣлесныхъ поврежденій можетъ на подсудимаго, кромѣ наказанія, наложить еще по требованію пострадавшаго пеню (*Busse*) до суммы 2000 талеровъ, которая идетъ въ пользу пострадавшаго; присужденіе къ пенѣ исключаетъ дальнѣйшія притязанія на возмѣщеніе вреда (слѣд., и *Schmerzens-* и *Narbengelder*). Такимъ образомъ *Busse* имѣетъ смѣшанный характеръ: она является частнымъ штрафомъ и въ то же время возмѣщеніемъ вреда. Нѣсколько присужденныхъ отвѣчаютъ солидарно.

4. По буквѣ закона Аквилія, притязаніе на возмѣщеніе вреда принадлежитъ только собственнику, по позднѣйшему праву,—и добросовѣстному владельцу²², и субъекту вещнаго права²³; изъ субъектовъ обязательственныхъ правъ упоминается только арендаторъ, если повреждены стоящіе еще на полѣ плоды²⁴; нѣкоторые романисты желаютъ распространить это на субъектовъ *всѣхъ* обязательственныхъ правъ, что противно источникамъ²⁵.

5. По буквѣ закона Аквилія, подлежащій возмѣщенію вредъ состоитъ въ стоимости поврежденнаго объекта; толкованіе юристовъ прибавило сюда и

¹² § 16. I. h. t. 9, 2; 1. 9. § 2. l. 29. § 7. D. h. t. 9, 2; 1. 14. § 1. D. de pr. v. 19, 5; 1. 2. § 20. D. vi bon. rapt. 47, 8.—¹³ 1. 7. § 6. D. h. t. 9, 2.—¹⁴ 1. 11. § 5. D. h. t. 9, 2.—¹⁵ 1. 29. § 5. D. h. t. 9, 2.—¹⁶ 1. 31. D. h. t. 9, 2; § 5. I. h. t. 4, 3.—¹⁷ 1. 8. pr. l. 27. § 9. D. h. t. 9, 2; § 6. I. h. t. 4, 3.—¹⁸ § 16. I. h. t. 4, 3; 1. 27. § 21. D. h. t. 9, 2; 1. 7. § 7. D. de d. m. 4, 2; 1. 14. pr. § 2. D. de pr. v. 19, 5; 1. 55. D. de a. d. 41, 1; 1. 50. § 4. D. de furt. 47, 2.—¹⁹ 1. 5. § 3. l. 6. l. 7. pr. l. 13. pr. D. h. t. 9, 2; cp. l. 3. D. si quadr. 9, 1.—²⁰ Art. 20.—²¹ Иначе римское право. l. 7. pr. D. de his qui effud. 9, 3.—²² 1. 11. § 8. l. 17. pr. D. h. t. 9, 2.—²³ 1. 11. § 10. l. 12. l. 17. pr. l. 30. § 1. D. h. t. 9, 2; 1. 17. § 3. D. de usufr. 7, 1.—²⁴ 1. 27. § 14. D. h. t. 9, 2.—²⁵ 1. 11. § 9. D. h. t. 9, 2; 1. 18. § 5. D. de dol. 4, 3; 1. 13. § 12. D. de a. e. v. 19, 1.

прочій интересъ понесшаго ущербъ²⁶, лишь кромѣ того, который посредствуется фактами, наступившими *послѣ* поврежденія; поэтому тотъ, чей закинутый неводъ былъ кѣмъ либо разорванъ, не можетъ требовать вознагражденія за ту рыбу, которая бы, вѣроятно, была поймана, еслибы неводъ не былъ разорванъ²⁷ (§ 243 пр. 21).

III. *Нынѣшнее право.* Кто положительнымъ дѣйствіемъ или упущеніемъ, соединеннымъ съ положительнымъ дѣйствіемъ, уничтожить или попортить виновнымъ и противозаконнымъ образомъ непосредственно или посредственно какую либо вещь, или кто совершитъ иное, имѣющее такое же значеніе, дѣяніе,—тотъ долженъ уплатить интересъ потерявшему собственнику, добросовѣстному владѣльцу, субъекту вещнаго права (въ одномъ случаѣ и личнаго). При опредѣленіи интереса теперешняя практика принимаетъ во вниманіе время нанесенія ущерба; штрафъ двойнаго противъ отпирющагося отвѣтчика тоже отпалъ. Наслѣдники на практикѣ отвѣчаютъ до суммы наслѣдства (§ 81 пр. 12. 13).

В. Отвѣтственность за поврежденія, нанесенныя не лицомъ отвѣчающимъ.

1) § 314. Отвѣтственность за поврежденія, причиненныя людьми и животными.

Zimmern, System der römischen Noxalklagen. 1818.—*Wyss*, Haftung für fremde Culp. 1867.—*Vangerow*, §§ 689. 704—706.—*Windscheid*, § 457.—*Brinz*, § 341.—*Baron*, § 135.

1. Кто отвѣчаетъ за custodia въ тѣсномъ смыслѣ, тотъ отвѣчаетъ за всякое поврежденіе вещи, если только оно не произошло вслѣдствіе непреодолимой силы (§ 237); судохозяева, содержатели гостинницъ и постоянныхъ дворовъ отвѣчаютъ въ такомъ случаѣ, по римскому праву, in duplum, все равно, нанесено ли поврежденіе ими самими или ихъ людьми¹ (по нынѣшнему праву, они отвѣчаютъ въ однократномъ размѣрѣ).

2. Если произошло поврежденіе вещи вслѣдствіе выбрасыванія или выливанія изъ дома (или корабля), находящагося въ проходимомъ мѣстѣ, то понесшій ущербъ можетъ требовать отъ проживающаго или какимъ либо инымъ образомъ пользующагося домомъ или комнатою, по римскому праву, двойнаго (по нынѣшнему, простаго) возмѣщенія вреда (посредствомъ преторской actio de effusis et eiectis)². Отвѣтственное такимъ образомъ лицо можетъ обратиться съ регрессомъ противъ виновника³.

3. Область примѣненія actiones noxales⁴. По классическому римскому праву, отецъ отвѣчалъ за всѣ деликты подвластныхъ дѣтей, господинъ за всѣ деликты раба, хозяинъ—за нѣкоторые случаи вреда, причиненнаго домашнимъ животнымъ⁵; но онъ могъ освободиться отъ отвѣтственности, выдавъ (noxae datio) подвластное дитя, раба, животное—лицу, понесшему ущербъ; поэтому искъ, посредствомъ котораго вредъ преслѣдовался на судѣ, назывался actio noxalis. Въ по-классическое время отвѣтственность отца за деликты подвластныхъ дѣтей была отмѣнена мало по малу обычнымъ правомъ⁶, такъ что теперѣ практикуется только отвѣтственность хозяина домашняго животнаго⁷. Предполагается, что домашнее животное (первоначально только четвероногое, позднѣе—всякое⁸; по сообщенію Юстиніана⁹, которое противорѣчитъ Пандектамъ^{9a} и которое надо признать ошибочнымъ, также и дикое живот-

²⁶ 1. 21. § 2. 1. 22. 1. 23. пр. §§ 2. 4. 1. 37. § 1. 1. 55. D. h. t. 9, 2; § 10. I. h. t. 4, 3. —
²⁷ 1. 29. § 3. D. h. t. 9, 2.

¹ 1. 5. § 6. D. de obl. et act. 44, 7: 1. 7. D. nautae 4, 9.—² t. D. 9, 3: de his qui effuderint vel eiecerint; §§ 1. 2. I. de obl. quae qu. ex del. 4, 5. —³ 1. 5. § 4. D. h. t. 9, 3.—⁴ t. D. 9, 4; C. 3, 41; I. 4, 8: de noxalibus actionibus. —⁵ 1. 1. § 10. D. si quadr. 9, 1.—⁶ § 7. I. h. t. 4, 8.—
⁷ t. D. 9, 1; t. I. 4, 9: si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. —⁸ 1. 4. D. h. t. 9, 1.—⁹ § 1. I. h. t. 4, 9.—^{9a} 1. 1. § 10. D. h. t. 9, 1.

ное) безъ вины человѣка¹⁰ причинило вредъ (pauperies) *противъ* обыкновенныхъ свойствъ своей породы¹¹; только въ одномъ случаѣ хозяинъ отвѣчаетъ и за естественный вредъ, а именно, если животное съѣсть чужіе плоды¹². Притязаніе потерпѣвшаго состоитъ въ требованіи полного возмѣщенія вреда, но хозяинъ можетъ освободиться отъ этого притязанія выдачею животнаго¹³; развѣ если онъ умышленно отрицалъ свое право собственности¹⁴. Притязаніе принадлежитъ тому, чьи интересы нарушены поврежденіемъ¹⁵. *Noxa sequitur caput*¹⁶, т. е., съ переходомъ права собственности на животное, переходитъ и отвѣтственность на новаго собственника; только *litiscontestatio* уже окончательно опредѣляетъ лицо отвѣчающаго, такъ что позднѣйшій переходъ собственности не имѣетъ значенія¹⁷. Случайною смертью животнаго притязаніе уничтожается¹⁸. Искъ, которымъ потерпѣвшій осуществляетъ свое притязаніе противъ хозяина животнаго, называется обыкновенно *actio de pauperie*; въ случаѣ съѣденія плодовъ—*actio de pastu*.—Иначе опредѣляется отвѣтственность за опасныя животныя; кто держитъ таковыя въ проходимомъ мѣстѣ, тотъ отвѣчаетъ, по особой нормѣ эдильскаго права, безъ права *noxae datio*¹⁹.

4. По *Reichshaftpflichtgesetz* 7-го іюня 1871 г., занимающіеся эксплуатаціей рудника, каменоломни, коней или фабрики отвѣчаютъ за вредъ, происшедшій отъ того, что его уполномоченный или представитель или другое лицо, принятое имъ для распорядженія или надзора за эксплуатаціей или за работами,—своею виною при исполненіи служебныхъ обязанностей причинитъ косвенно смерть или тѣлесное поврежденіе человѣку; потерпѣвшій или его наслѣдникъ долженъ доказать вину уполномоченнаго и т. д.—Еще обширнѣе, по этому же закону, отвѣтственность желѣзнодорожнаго предпринимателя, а именно, послѣдній отвѣчаетъ за вредъ, происшедшій отъ того, что, при эксплуатаціи дороги, убитъ или потерянъ тѣлесное поврежденіе человѣкъ; потерпѣвшій или его наслѣдникъ не обязанъ доказывать, что самъ отвѣтчикъ или его уполномоченный и т. д. причинили чрезъ свою *culpa* смерть или тѣлесное поврежденіе; отвѣтственность не имѣетъ мѣста, если предприниматель докажетъ, что причиною несчастнаго случая послужила непреодолимая сила или собственная вина потерпѣвшаго.—Отвѣтственность состоитъ въ случаѣ тѣлеснаго поврежденія въ обязанности уплатить издержки на излѣченіе и кромѣ того ренту, если способность потерпѣвшаго къ снисканію себѣ средствъ къ жизни уничтожилась на всегда или на время, или уменьшилась; въ случаѣ причиненія смерти, предприниматель обязанъ возратить издержки на попытку излѣченія и на погребеніе, а равно (если смерть послѣдовала не тотчасъ) и пропавшую заработную плату за время болѣзни; наконецъ, тѣ лица, которыхъ убитый ко времени смерти обязанъ былъ содержать, могутъ потребовать вознагражденія за *alimenta*, отнятыя у нихъ несчастнымъ случаемъ.—Требованія изъ этого закона посягаются по общему правилу истеченіемъ двухъ лѣтъ послѣ несчастнаго случая. Противъ лицъ, имѣющихъ право на *alimenta*, теченіе давности начинается со дня смерти.

2) § 315. Отвѣтственность за поврежденіе недвижимостями (*cautio damni infecti*).

t. D. XXXIX, 2: de damno infecto et de suggrundis et protectionibus. — *Hesse*, die cautio damni infecti. 1838. Тотъ же авторъ, über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn §§ 1—27. 2. Aufl. 1880. — *Groh*, über die Caution wegen zukünftigen Schadens. 1854. — *Vangerow*, § 678. — *Windscheid*, §§ 458 до 461. — *Brinz*, § 172.

Иногда имѣетъ мѣсто отвѣтственность за вредъ, нанесенный недвижимыми вещами. Что насчетъ этого постановляло *ius civile*, этого достовѣрно опредѣлить невозможно¹; по преторскому же праву, кто опасается, что отъ порочнаго устройства одной недвижимости можетъ произойти поврежденіе другой, тотъ можетъ требовать *cautio damni infecti*, т. е. прямого обрѣзанія возмѣститъ ему вредъ, если таковой дѣйствительно произойдетъ².

¹⁰ l. 1. § 5. D. h. t. 9, 1; l. 8. § 1. D. ad l. Aq. 9, 2. —¹¹ l. 1. § 4—7. 10. 11. l. 5. D. h. t. 9, 1; pr. l. h. t. 4, 8. —¹² l. 14. § 3. D. de pr. v. 19, 5; Pauli sent. rec. I, 15. § 1; l. 6. C. ad l. Aq. 3, 35. —¹³ l. 1. pr. D. h. t. 9, 1; pr. l. h. t. 4, 9. —¹⁴ l. 1. § 15. D. h. t. 9, 1. —¹⁵ l. 2. pr. D. h. t. 9, 1. —¹⁶ l. 1. §§ 12. 13. D. h. t. 9, 1. —¹⁷ l. 37. l. 38. pr. D. de nox. a. 9, 4. —¹⁸ l. 1. § 13. 16. D. h. t. 9, 1. —¹⁹ l. 40. § 1. l. 41. l. 42. D. de ad. ed. 21, 1; § 1. l. h. t. 4, 9.

¹ cf. Gaius 4, 31; l. 5. D. ne quid in fl. 43, 8. —² l. 7. pr. D. h. t. 39, 2.

Это требованіе оправдывается слѣдующимъ соображеніемъ. Самъ по себѣ хозяинъ недвижимости не отвѣчаетъ за вредъ, который происходитъ отъ порочныхъ свойствъ его вещи; ибо такой вредъ происходитъ не по его винѣ, а вслѣдствіе *casus'a*: *casus a nullo praestantur* (§ 238 пр. 2). Но если сосѣдь требуетъ отъ него *cautio damni infecti*, то этимъ самымъ обращается его вниманіе на порочное устройство недвижимости; по обыкновенію *boni patrisfamilias* онъ долженъ затѣмъ устранить порокъ соответственными поправками (ниже пр. 9), а сосѣдь имѣетъ право требовать своего обезпеченія на случай вреда, который можетъ произойти, если поправка не будетъ сдѣлана.—

Порочное устройство недвижимости бываетъ различное; источники³ называютъ его *vitium loci*, *arborum*, *aedium*, *oregis* (напр., навѣса [*suggundia et protectiones* ⁴], хлѣбной печи ⁵, колодца ⁶, навозной ямы ⁷, водопроводныхъ трубъ и жолобовъ) ⁸; во всякомъ случаѣ порочность должна быть такова, чтобы ее можно было исправить человѣческими руками ⁹. Участокъ съ порочнымъ устройствомъ не долженъ необходимо соприкасаться съ угрожаемымъ участкомъ ¹⁰.—Право требовать *cautio* имѣетъ тотъ, кому на угрожаемую вещь принадлежитъ право собственности ¹¹ или какое либо вещное право ¹² или (по обязательству) *detentio* ¹³; добросовѣстному владѣльцу въ правѣ на обезпеченіе (*cautio*) прямо отказано ¹⁴; это положеніе на столько противорѣчитъ обыкновенному отношенію къ добросовѣстному владѣльцу, что многіе романисты считаютъ его непримѣнимымъ.—Обязанъ къ установленію *cautio* собственникъ ¹⁵, добросовѣстный владѣлецъ ¹⁶, субъектъ вещнаго права ¹⁷; первые два и субъектъ вещнаго сервитута даютъ *cautio* посредствомъ поручителей (*satisfactio*) ¹⁸, прочіе должны въ то же время представить поручителей (*satisfactio*) ¹⁹.—Требованіе *cautio* является излишнимъ и, слѣдовательно, недопускается (по мнѣнію сабинянцевъ ²⁰, одержавшему верхъ), если угрожаемый можетъ требовать возмѣщенія могущаго случиться вреда уже на основаніи какого либо существующаго правоотношенія; напр., наниматель по отношенію къ хозяину ²¹, *proprietaryus* въ нѣкоторыхъ случаяхъ по отношенію къ *узфруктуарію* и обратно ²², *condomini* между собою ²³ и т. п.—*Cautio* должна быть дана лишь на извѣстное время, опредѣляемое судьей ²⁴. *Savens* обязывается къ возмѣщенію всего интереса ²⁵ (куда однако не относится вредъ вслѣдствіе чрезвычайной роскоши) ²⁶. Искъ, которымъ можно было истребовать интересъ, былъ въ р. пр. *actio ex stipulatu*, потому что *cautio* устанавливалась въ формѣ стипуляціи (§ 213).

Если не было дано обезпеченія въ теченіе постановленнаго срока, то угрожаемый могъ требовать перваго ввода въ угрожающій участокъ (т. н. *missio ex primo decreto*); по этой *missio* введенный получаетъ *custodia et observa-*

³ l. 24. pr. §§ 2. 9. 12. D. h. t. 39, 2. — ⁴ cf. Rubr. D. h. t. — ⁵ l. 24. § 7. D. h. t. 39, 2; l. 27. § 10. D. ad l. Aq. 9, 2. — ⁶ l. 24. § 12. D. h. t. 39, 2. — ⁷ l. 17. § 2. D. si serv. v. 8, 5. — ⁸ l. 18. l. 29. D. de serv. pr. u. 8, 2. — ⁹ l. 24. § 8. D. h. t. 39, 2. — ¹⁰ l. 13. § 2. D. h. t. 39, 2. — ¹¹ l. 5. § 2. l. 20. D. h. t. 39, 2. — ¹² l. 5. § 2. l. 11. l. 13. § 8. l. 39. § 2. D. h. t. 39, 2. — ¹³ l. 13. §§ 4. 5. l. 21. l. 38. pr. D. h. t. 39, 2. — ¹⁴ l. 11. l. 13. § 9. D. h. t. 39, 2. — ¹⁵ l. 9. §§ 4. 5. l. 10. l. 15. § 27. l. 22. D. h. t. 39, 2. — ¹⁶ l. 13. pr. D. h. t. 39, 2. — ¹⁷ l. 9. §§ 4. 5. l. 11. l. 15. §§ 25. 26. l. 19. pr. l. 22. D. h. t. 39, 2. — ¹⁸ l. 7. pr. l. 13. pr. § 1. l. 30. § 1. D. h. t. 39, 2. — ¹⁹ l. 9. §§ 4. 5. l. 10. l. 11. l. 15. § 25. D. h. t. 39, 2. — ²⁰ l. 32. D. h. t. 39, 2. — ²¹ l. 13. § 6. l. 33. l. 34. D. h. t. 39, 2. — ²² l. 18. § 2. l. 20. D. h. t. 39, 2. — ²³ l. 32. l. 39. pr. D. h. t. 39, 2. — ²⁴ l. 4. pr. l. 7. pr. l. 13. § 15. D. h. t. 39, 2. — ²⁵ l. 28. l. 29. l. 37. D. h. t. 39, 2. — ²⁶ l. 40. pr. D. h. t. 39, 2.

тію участка²⁷, т. е., хотя онъ и не имѣеть права изгнать изъ него хозяина²⁸, онъ можетъ, однако, изслѣдовать причины угрожающаго вреда и принять мѣры къ ихъ устраненію²⁹; первый ввѣдъ отмѣняется, какъ только будетъ дана cautio и возмѣщены издержки на мѣры предосторожности³⁰. Если по истеченіи извѣстнаго срока cautio все таки не будетъ дана, то вторымъ вводомъ (т. н. *missio ex secundo decreto*)³¹ угрожаемому дается право на владѣніе угрожающимъ участкомъ; вслѣдствіе захвата владѣнія право противника (собственность, добросовѣстное владѣніе) уничтожается, и, поскольку оно способно къ переходу, переносится на угрожаемаго³². Такимъ образомъ результатъ возможности вреда отъ участка выходитъ тотъ же, что и въ случаѣ поврежденій, причиненныхъ животными; въ обоихъ случаяхъ потерпѣвшему долженъ быть возмѣщенъ вредъ или по крайней мѣрѣ должна быть выдана наносящая вредъ недвижимость или животное³³. Если противникъ станетъ сопротивляться захвату владѣнія, то введенный можетъ или добиться тотчасъ владѣнія принудительными мѣрами (поср. *interdictum ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*)³⁴ или послѣ наступленія вреда потребовать возмѣщенія послѣдняго (посредствомъ *actio in factum*)³⁵.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣеть мѣсто притязаніе, не смотря на то, что требованіе обезпеченія совсѣмъ не было предъявлено или было предъявлено безуспѣшно: а) если непредъявленіе произошло по основательнымъ причинамъ³⁶, напр., если сосѣдъ отсутствовалъ *rei publicae causa*; б) если предъявленіе требованія обезпеченія было невозможно, такъ какъ не было доступа къ суду³⁷; в) если требованіе было уже предъявлено, но вредъ случился прежде судебного *decretum* по требованію³⁸. Кромѣ этихъ исключительныхъ случаевъ потерпѣвшій, не получившій *cautio damni infecti*, можетъ только удержать вещи, попавшія случайно въ его владѣніе (напр., вслѣдствіе обрушенія), пока не будетъ возмѣщенъ вредъ; то же относится къ поврежденіямъ, причиненнымъ неодушевленными движимостями³⁹.—Впрочемъ, *cautio damni infecti* имѣеть мѣсто еще и въ другихъ случаяхъ: 1) при сооруженіяхъ, которыя частный человѣкъ воздвигаетъ на общественной землѣ⁴⁰ (дорогѣ, рѣкѣ, площади), 2) во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ кто либо имѣеть право предпринять что либо такое на чужомъ участкѣ (напр., исправленіе дороги, уборка вещей, попавшихъ туда случайно), отъ чего можно опасаться вреда⁴¹. Требующій *cautio* и получающій въ этомъ отказъ имѣеть право не дозволить совершить задуманное предпріятіе.

С. § 316. Прочія законоположенія о причиненіи вреда.

Vangerow, §§ 682—688.

Особыя опредѣленія постановлены противъ насильственныхъ поврежденій¹, противъ поврежденій по случаю смятенія², пожара и подобнымъ крайнихъ случаевъ³, противъ тайной порубки чужихъ деревьевъ (*actio arborum*

²⁷ 1. 7. pr. D. h. t. 39, 2; 1. 12. D. qu. ex caus. 42, 4; 1. 3. § 23. D. de a. p. 41, 2.—²⁸ 1. 15. § 20. D. h. t. 39, 2.—²⁹ 1. 15. § 30. D. h. t. 39, 2.—³⁰ 1. 15. §§ 31. 32. 39. D. h. t. 39, 2.—³¹ 1. 7. pr. 1. 15. § 16. D. h. t. 39, 2.—³² 1. 5. pr. 1. 12. l. 15. §§ 16. 17. 25. 26. 27. 33. l. 18. § 15. D. h. t. 39, 2; 1. 5. l. 7. § 9. D. comm. div. 10, 3; 1. 1. pr. D. de fundo dot. 23, 5.—³³ 1. 7. pr. § 1. l. 9. pr. D. h. t. 39, 2.—³⁴ 1. 4. pr. D. ne vis fiat 43, 4.—³⁵ 1. 7. pr. l. 4. § 2. l. 15. § 36. l. 16. l. 17. l. 18. §§ 13—15. D. h. t. 39, 2; 1. 4. §§ 2. 3. D. ne vis fiat 43, 4.—³⁶ 1. 7. § 2. l. 8. l. 9. pr. D. h. t. 39, 2.—³⁷ 1. 4. § 3. D. ne vis fiat 43, 4.—³⁸ 1. 15. § 28. D. h. t. 39, 2.—³⁹ 1. 6. l. 7. § 2. l. 9. § 3. l. 44. pr. D. h. t. 39, 2; 1. 5. § 4. D. ad exh. 10, 4.—⁴⁰ 1. 7. pr. 1. 15. §§ 6. 9. D. h. t. 39, 2; 1. 1. pr. D. de ripa mun. 43, 15; 1. 1. pr. D. de via publ. 43, 11; 1. 1. pr. D. de loc. publ. 43, 9.—⁴¹ 1. 9. §§ 1—3. D. h. t. 39, 2; 1. 5. § 4. l. 9. § 1. l. 15. D. ad exh. 10, 4; 1. 19. § 4. D. loc. 19, 2; 1. 3. § 11. l. 5. § 4. D. de it. act. pr. 43, 19; 1. 1. § 38. D. de ad. quot. 43, 20; 1. 3. § 9. D. de riv. 43, 21; 1. 1. pr. §§ 12. 14. D. de cloac. 43, 23.
¹ 1. 2. pr. § 9. D. vi bon. rapt. 47, 8.—² 1. 4. D. eod. 47, 8.—³ 1. 1. pr. D. de inc. 47, 9.—

furtim caesarum)⁴, противъ поврежденія надгробнаго памятника (*actio sepulcri violati*)⁵, противъ неправомѣрнаго погребенія трупа⁶, противъ обольщенія (рабовъ и) подвластныхъ дѣтей⁷, противъ того, кто употребить кусокъ чужаго участка на публичную дорогу (*actio viae reserptae*)⁸, противъ поврежденій, причиненныхъ откупщиками публичныхъ доходовъ и ихъ людьми⁹, противъ опаснаго выставленія и вывѣшиванія вещей (*actio deposito vel suspensio*)¹⁰.

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

§ 317. Угрозы.

t. D. IV, 2: quod metus causa gestum erit — t. C. II, 20: de his quae vi metusve causa gesta sunt.—Ср. лит. къ § 51.—*Vangerow*, § 692.—*Windscheid*, § 462.—*Brinz*, § 342.—*Baron*, § 132.

Уже выше мы замѣтили, что сдѣлка ничтожна, если она заключена вслѣдствіе тѣлеснаго насилія (физическаго принужденія, т. н. *vis absoluta*, § 50 sub III); далѣе, что если кто либо былъ побужденъ угрозами (психическое принужденіе, т. н. *vis compulsiva*) къ заключенію какой бы то ни было юридической сдѣлки, то онъ (хотя не по *ius civile*, но по преторскому праву) пріобрѣтаетъ притязаніе, при чемъ предполагается, что угрозы возбудили въ немъ основательный страхъ (*iustus timor, metus*, § 51 sub II). Здѣсь остается прибавить, что притязаніе возникаетъ и тогда, когда угроза имѣетъ слѣдствіемъ какое либо другое вредное дѣйствіе (напр., разрушеніе зданія)¹. Притязаніе состоитъ въ правѣ требовать возстановленія прежняго состоянія и возмѣщенія убытковъ²; такимъ образомъ, перенесенное вещное право или владѣніе должно быть перенесено назадъ, прекращенное вещное право на чужую вещь и прощенное требованіе должны быть опять возстановлены, принятое обязательство должно быть прощено.—Впрочемъ, къ этому обязанъ не только самъ угрожающій, но также и всякое третье лицо, у котораго находятся вещи, отнятыя у потерпѣвшаго отъ угрозъ, а равно и то, которое ихъ злоумышленно потеряло³: *act.* и *exc. metus* суть *in rem scriptae* (§ 80 пр. 7). Наслѣдники угрожающаго отвѣчаютъ по началамъ деликтныхъ обязательствъ⁵ (§ 81 пр. 12. 13).—Искъ, принадлежащій потерпѣвшему для судебнаго осуществленія его притязанія, называется *actio quod metus*; по р. праву, отвѣчикъ присуждается къ учетверенной суммѣ, если противъ него былъ предъявленъ искъ до истеченія одного года послѣ угрозъ и онъ добровольно не исполнилъ своего обязательства по предложенію судьи⁶ (*arbitrium de restituendo*, § 84 пр. 14); присужденіе къ четверному теперь не практикуется (§ 81).—Большая обширная мѣра *exc. spoli* была изложена выше (§ 123.)

РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Злоумышленное причиненіе имущественнаго вреда.

А. § 318. Общія начала (*actio doli*).

t. D. IV, 3; t. C. II, 21: de dolo malo.—Ср. литературу къ § 51.—*Vangerow*, § 693.—*Windscheid*, § 462.—*Brinz*, § 344.—*Baron*, § 132.

Уже раньше мы замѣтили, что ничтожна та сдѣлка, которую кто либо

⁴ t. D. 47, 7: arborum furtim caesarum.—⁵ t. D. 47, 12; t. C. 9, 19: de sepulcro violato.—⁶ l. 2. § 2. D. de rel. 11, 7.—⁷ l. 14. § 1. D. de serv. corr. 11, 3.—⁸ l. 3. пр. D. de via publ. 43, 11.—⁹ l. 1.—6. D. de publ. 39, 4.—¹⁰ l. 5. §§ 6—13. D. de his qui eff. 9, 3; § 1. I. de obl. quae qu. ex del. 4, 5.

¹ l. 9. § 2. D. h. t. 4, 2.—² l. 9. §§ 7. 8. l. 10. § 1. l. 12. пр. § 2. l. 14. § 5. l. 21. § 2. D. h. t. 4, 2; l. 4. C. h. t. 2, 20.—³ l. 9. § 4. l. 10. l. 14. § 9. l. 21. § 2. D. h. t. 4, 2.—⁴ l. 9. §§ 1. 8. l. 10. пр. l. 11. l. 14. §§ 3. 5. l. 18. D. h. t. 4, 2.—⁵ l. 16. § 2.—l. 20. D. h. t. 4, 2.—⁶ l. 14. §§ 1. 4. 7. 9. 10. 14. D. h. t. 4, 2; l. 4. C. h. t. 2, 20.

заклучилъ по существенному заблужденію, будетъ ли послѣднее порождено въ немъ другимъ лицомъ намѣренно (обманомъ) или нѣтъ (§ 51); тамъ же мы видѣли, что въ случаѣ несущественнаго заблужденія, если послѣднее было порождено намѣренно, обманутый пріобрѣтаетъ противъ обманщика притязаніе. Здѣсь остается прибавить, что подобное притязаніе пріобрѣтаетъ всякій, которому другой злонамѣренно причинить какой бы то ни было имущественный вредъ (напр., кто либо дозволяетъ другому ломать или тесать на своемъ участкѣ камни, и отмѣняетъ дозволеніе, когда другой уже сдѣлалъ къ этому приготовленія и затраты¹; далѣе, кто либо умышленно уничтожаетъ отданное ему на храненіе завѣщаніе, и вслѣдствіе этого наслѣдники и легатаріи не могутъ достаточно доказать своихъ правъ предъ наслѣдниками по закону)². Притязаніе состоитъ въ правѣ требовать полнаго возмѣщенія убытковъ³, по истеченіи двухъ лѣтъ—въ правѣ на выдачу обогащенія⁴; наслѣдники отвѣчаютъ по началамъ деликтныхъ обязательствъ⁵ (§ 81 пр. 12. 13). Притязаніе прекращается, если потерпѣвшій самъ виновенъ въ *dolus*⁶. Искъ, принадлежащій потерпѣвшему для судебного осуществленія его притязанія, называется *actio doli*; присужденный по этому иску становился *infamis* (§ 27); этимъ объясняются слѣдующія законоположенія (которыя нинѣ лишены значенія):

1. Иска нельзя предъявить на сумму меньше *duo aurei*⁷.

2. Если обязательнымъ къ возмѣщенію является лицо, которому потерпѣвшій долженъ оказывать особое уваженіе, то искъ представляется въ иной редакціи (*actio in factum*, въ которой о *dolus* не упоминается) и притомъ только объ обогащеніи⁸.

3. *Act. doli* есть вспомогательный искъ, слѣдовательно, его нельзя предъявить, пока можно прибѣгнуть къ какому либо другому иску, хотя бы даже *in integrum resitutio*⁹.

В. Особые случаи злоумышленности.

1) § 319. Препятствованіе отправленію правосудія.

Vangerow, §§ 695. 696.—*Windscheid*, § 464.

1. По римскому праву, препятствующій вызванному въ судъ (*in ius vocatus*) слѣдовать за истцемъ обязанъ уплатить истцу (по *actio in factum*) денежный штрафъ, равный суммѣ иска¹. Далѣе, кто препятствуетъ тому тяжущемуся, который далъ *cautio iudicio sisti*, или его противнику явиться къ магистрату, тотъ платитъ (по *actio in factum*) интересъ².—*In ius vocatio* и *cautio iudicio sisti* теперь не существуютъ, но тотъ, кто помѣшаетъ явиться вызванному въ судъ, платитъ потерпѣвшему интересъ.

2. Кто отчуждаетъ какую либо вещь по сдѣлкѣ между живыми съ цѣлью ограничить или затруднить другому преслѣдованіе его права (*alienatio iudicii mutandi causa*), тотъ платитъ потерпѣвшему (по *actio in factum*) интересъ³. Притязаніе погашается истеченіемъ одного *annus utilis*⁴. Наслѣдники отвѣчаютъ по

¹ 1. 34. D. h. t. 4, 3; 1. 16. § 1. D. de pr. v. 19, 5. — ² 1. 35. D. h. t. 4, 3. — ³ 1. 18. pr. § 1. D. h. t. 4, 3. — ⁴ 1. 28. D. h. t. 4, 3; 1. 8. C. h. t. 2, 21. — ⁵ 1. 17. § 1. II. 26—28. D. h. t. 4, 3. — ⁶ 1. 36. D. h. t. 4, 3; 1. 154. D. de r. i. 50, 17. — ⁷ 1. 9. § 5. 1. 10. 1. 11. pr. D. h. t. 4, 3. — ⁸ 1. 11. § 1. 1. 12. D. h. t. 4, 3. — ⁹ 1. 1. § 4.—1. 7. 1. 18. §§ 2. 3. 1. 25. 1. 40. D. h. t. 4, 3; 1. 2. C. h. t. 2, 21.

¹ t. D. 2, 7: *ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat.* — ² t. D. 2, 10: *de eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat.* — ³ t. D. 4, 7; t. C. 2, 55: *de alienatione iudicii mutandi causa facta* — ⁴ 1. 6. 1. 7. D. h. t. 4, 7.

началамъ деликтныхъ обязательствъ⁵ (§ 81 пр. 12. 13). Въ древнее время это притязаніе возникало особенно часто тогда, когда владѣлецъ чужой вещи злонамѣренно оставлялъ свое владѣніе⁶; этотъ главный случай примѣненія потерялъ свое значеніе съ того времени, какъ такой бывшій владѣлецъ сталъ подвергаться ответственности, какъ бы владѣлецъ (т. н. *fictus possessor*, § 150).

2) § 320. Calumnia.

t. D. III, 6: de calumniatoribus.—Vangerow, § 694.—Windscheid, § 471.

Кто получилъ что либо *calumniae causa*, т. е. съ тѣмъ, чтобы возбудить противъ другаго неправый процессъ или отказаться отъ такового, тотъ отвѣчаетъ предъ лицомъ, которому процессъ угрожалъ (по *actio in factum*) до истеченія одного года въ четверномъ размѣрѣ противъ полученнаго, по истеченіи этого срока—въ однократномъ размѣрѣ¹. Притязаніе не переходитъ по наслѣдству съ активной стороны (§ 82)²; наслѣдники должника отвѣчаютъ по началамъ деликтныхъ обязательствъ³ (§ 81 пр. 12. 13). Кромѣ того, если получатель долженъ былъ отказаться отъ неправого процесса, то онъ долженъ также отдать полученную сумму лицу, давшему ее, по началамъ *condictio ob turpem causam* (§ 283). Спорно, могутъ ли быть кумулированы оба притязанія; по прямому опредѣленію источниковъ⁴, это не допускается въ томъ случаѣ, если дало что либо само то лицо, которому угрожалъ процессъ. Такъ какъ теперь штрафныя притязанія по закону совѣмъ не существуютъ, то притязаніе угрожаемаго, поскольку оно направлено на кратный штрафъ, должно быть признано отмѣненнымъ.

РАЗДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

§ 321. Iniuria.

t. D. XLVII, 10: de iniuriis et famosis libellis. — t. C. IX, 35; t. I. IV, 4: de iniuriis. — *Wächter und Doehow*, въ сочиненіяхъ, приведенныхъ къ § 313. — *Vangerow*, § 701. — *Windscheid*, § 472.—*Baron*, § 131.

I. *Понятіе и условія.* *Iniuria* въ обширномъ смыслѣ означаетъ всякую неправду, причинена ли она *culpa* или *dolo*. Въ тѣсномъ смыслѣ *iniuria* равняется *contumelia*, т. е. означаетъ умышленное оскорбленіе чужой чести¹. Само собою къ *iniuria* въ т. см. относится и оскорбленіе т. н. экономической чести (напр., кто либо дѣлаетъ напоминаніе поручителю, между тѣмъ какъ главный должникъ уже готовъ уплатить²; кто либо предлагаетъ продать вещь, ложно утверждая, что она заложена ему другимъ³ и т. п.). Но и всякое другое неуваженіе къ чужой личности почиталось тоже за *iniuria* (напр., кто либо умышленно разглашаетъ тайны завѣщанія⁴, входитъ въ чье либо жилище противъ воли хозяина⁵, не даетъ другому пользоваться *res publica publico usui destinata*⁶, возбуждаетъ умышленно безъ всякаго основанія вопросъ о свободѣ лица и т. д.⁷). Къ составу обиды (*iniuria*) относится:

⁵ 1. 4. § 6. 1. 6. D. h. t. 4, 7.—⁶ 1. 1. 1. 4. § 1. D. h. t. 4, 7.

¹ 1. 1. pr. D. h. t. 3, 6.—² 1. 4. D. h. t. 3, 6.—³ 1. 5. pr. D. h. t. 3, 6.—⁴ 1. 5. § 1. D. h. t. 3, 6; 1. 7. pr. eod.

¹ 1. 1. pr. D. h. t. 47, 10.—² 1. 19. 1. 20. D. h. t. 47, 10.—³ 1. 15. §§ 32. 33. D. h. t. 47, 10.

⁴ 1. 41. pr. D. ad l. Aq. 9, 2.—⁵ 1. 5. pr. 1. 23. D. h. t. 47, 10.—⁶ 1. 13. § 7. D. h. t. 47, 10.—⁷ 1. 11. § 9. 1. 12. 1. 22. D. h. t. 47, 10.

1. Обижающее дѣяніе. Оно можетъ (говорятъ источники) состоять въ дѣйствіи и въ словахъ⁸, а также (говорятъ новые юр.) въ знакахъ (оскорбленіе дѣйствіемъ, словомъ, символическое оскорбленіе). Если оно состоитъ въ словахъ и притомъ въ такихъ словахъ, которыя ложно приписываютъ другому совершеніе безчестныхъ дѣяній, то новые юр. называютъ его клеветою^{9а}. Если оно состоитъ въ распространеніи письменнаго оскорбленія, то источники называютъ его *libellus famosus*, *carmen famosum*, новые юристы—пасквилемъ. Оскорбляющее дѣяніе, которое является особенно тяжкимъ по отношенію къ мѣсту, способу, лицу,—называется *atrox iniuria*⁹. Оскорбляющее дѣяніе можетъ, по римскому праву, кромѣ оскорбленія того, противъ кого оно непосредственно направлено, заключать въ себѣ еще посредственно и оскорбленіе другаго лица: чрезъ оскорбленіе подвластнаго дитяти, жены, невѣсты, наслѣдодателя въ то же время наносится оскорбленіе отцу семейства, мужу, жениху, наслѣднику¹⁰; отсюда новые юристы приняли дѣленіе на обиду непосредственную и посредственную. Герм. уголовное уложеніе 1871 г. не знаетъ совсѣмъ посредственной обиды.

2. Намѣреніе причинить другому оскорбленіе чести или неуваженіе (*animus iniuriandi*)¹¹. Такого намѣренія нѣтъ, если безчестный фактъ, приписываемый другому, дѣйствительно имѣлъ мѣсто, а форма утвержденія и другія обстоятельства не выражаютъ особаго неуваженія¹²: *противъ иска о клеветѣ допускается exceptio veritatis*.

II. Наказаніе за *iniuria* въ различные періоды было различно:

1. По законамъ XII таблиц¹³, за сочиненіе пасквиля полагалось бичеваніе (до смерти?), за членовредительство (если не наступило примиреніе)—таліонъ, за переломаніе и раздробленіе кости—частный штрафъ въ 300 ассовъ за свободнаго, въ 150 ассовъ за раба, наконецъ, за всякую другую *iniuria*—штрафъ въ 25 ассовъ.—Въ преторскомъ эдиктѣ¹⁴ было установлено начало, по которому денежная пеня, платимая обидчикомъ обиженному, должна быть опредѣлена судьей въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по тяжести обиды *ex aequo et bono*; притязаніе на штрафъ погашалось истеченіемъ одного года. Осужденный становился *infamis*; искъ обиженнаго назывался *actio iniuriarum aestimatoria*.—*Lex Cornelia*¹⁵ (Суллы^{15а}) далъ обиженному за нѣкоторыя обиды (толчки, удары, насильственное вторженіе въ жилище, пасквиль) право выбора между требованіемъ частнаго штрафа и требованіемъ уголовного наказанія обидчика; въ чемъ состояло само уголовное наказаніе, намъ неизвѣстно; для сочинителя пасквиля оно влекло за собою *instabilitas*¹⁶ (§ 27 пр. 5). Въ періодъ императоровъ право выбора между уголовнымъ наказаніемъ и частнымъ штрафомъ мало по малу было распространено на *все* виды *iniuria*¹⁷.

2. Въ компіляціи Юстиніана встрѣчаются самыя различныя начала: наказанія за *iniuria* полагаются то по началамъ преторскаго эдикта, то по началамъ императорскихъ указовъ.

3. *Общее право до изданія Германскаго уголовного уложенія*. По нормамъ Общаго права, развѣвившимся на почвѣ римскаго права, обиженный имѣлъ право выбора между требованіемъ уго-

⁸ I. 1. § 1. D. h. t. 47, 10.—^{9а} Reichsstrafgesetzbuch § 187.—⁹ I. 7. §§ 7. 8. D. h. t. 47, 10;

⁹ I. h. t. 4, 4.—¹⁰ I. 1. §§ 3. 6. 9. 1. 15. § 24. 1. 26. D. h. t. 47, 10; § 2. I. h. t. 4, 4.—¹¹ I. 3.

¹² I.—4. D. h. t. 47, 10.—¹³ I. 18. пр. D. h. t. 47, 10; Deutsches Reichsstrafgesetzbuch § 192.—

¹³ Gai. 3, 223; Cic. de rep. IV, 10, 12.—¹⁴ Gai. 3, 224; I. 11. § 1. ll. 16. 17. § 2. D. h. t. 47, 10.—

¹⁵ I. 5. 1. 37. § 1. D. h. t. 47, 10; § 8. I. h. t. 4, 4.—^{15а} I. 12. § 4. i. f. D. de acc. 48, 2.—¹⁶ I. 5.

¹⁷ § 9. D. h. t. 47, 10.—¹⁷ § 10. I. h. t. 4, 4; I. 1. 1. 5. D. de extr. cr. 47, 11.

ловнаго наказанія обидчика и частнымъ штрафомъ. Уголовное наказаніе обыкновенно состояло въ тюремномъ заключеніи, частный штрафъ — въ суммѣ денегъ, размѣръ которой предлагалъ истецъ, а окончательно опредѣлялъ, смотря по тяжести обиды, судья. По имперскимъ законамъ¹⁸, оскорбленный могъ въ то же время требовать, чтобы оскорбителъ въ случаѣ клеветы призналъ ее ложною, вообще за всякую обиду изъявилъ просьбу о прощеніи, въ случаѣ сомнительнаго *animus iniuriandi* призналъ честь оскорбленнаго; поэтому говорили объ *actio ad rescantationem s. ad palinodiam*, ad *derogationem*, ad *declarationem honoris*. — Притязаніе обиженнаго не переходило по наслѣдству ни съ активной, ни съ пассивной стороны¹⁹. Оно погашалось обыкновенно истеченіемъ одного года²⁰, а также тѣмъ, что потерпѣвшій *iniuria* не принималъ ее за такую²¹.

4. Изложенныя sub 3 нормы отмѣнены новымъ Герм. уг. уложеніемъ 1871 г. § 185 слѣд., которое признало *iniuria* проступкомъ, облагаемымъ исключительно публичнымъ наказаніемъ; только въ томъ случаѣ, когда оскорбленіе влечетъ за собою вредныя послѣдствія для имущественныхъ отношеній оскорбленнаго (другими словами, если причиненъ и имущественный вредъ), уголовный судъ можетъ присудить оскорбителю къ уплатѣ частнаго вознагражденія (*Busse*) до 6000 марокъ; въ такомъ случаѣ оскорбленный уже не можетъ требовать иного возмѣщенія путемъ гражданскаго иска; *Busse* здѣсь вовсе не имѣетъ пенальнаго характера (какъ нѣкоторые утверждаютъ), она является только возмѣщеніемъ вреда (иначе въ случаѣ § 313 sub II. 3).

РАЗДѢЛЪ ШЕСТОЙ.

§ 322. Проступокъ судьи.

Vangerow, § 699. — *Windscheid*, § 470.

По классическому римскому праву, процессъ распадается обыкновенно на двѣ части: на производство у магистрата (*in iure*) и производство у присяжнаго (*in iudicio*).

1. Кто, въ качествѣ магистрата, установитъ новое (несправедливое) правило и примѣнитъ таковое въ процессѣ, противъ того противникъ въ его дѣлѣ, кто бы онъ ни былъ, можетъ требовать примѣненія того же правила¹.

2. Кто, въ качествѣ присяжнаго, *dolo* или *culpa* постановилъ несправедливый приговоръ (*iudex qui litem suam fecit*), на того за это падаетъ отвѣтственность, а именно, въ случаѣ *dolus* обязанность возмѣщенія всего предмета процесса², въ случаѣ *culpa* — уплаты опредѣляемой судьей суммы³.

Эти опредѣленія вошли въ сводъ Юстиніана, не смотря на перемѣну судопроизводства.

РАЗДѢЛЪ СЕДЬМОЙ.

Нарушеніе фактическихъ состояній.

§ 323. Введеніе.

Кто желаетъ воспрепятствовать другому лицу воздвигнуть строеніе или произвести какую либо другую перемѣну на какомъ либо участкѣ, тотъ, собственно говоря, долженъ былъ бы доказать противозаконность строенія или другой перемѣны путемъ обыкновеннаго процесса, такъ что до рѣшенія процесса начатое сооруженіе могло бы быть продолжаемо. Но такъ какъ отъ этого часто происходилъ бы непоправимый вредъ, то было установлено начало, что приостановленія работы можно требовать тотчасъ и до рѣшенія дѣла; въ то же время старались оградить предпринимателя работы отъ напрасныхъ придирокъ. Осуществить эту мысль имѣютъ цѣлью два инстинкта: *operis novi nuntiatio* и *interd. quod vi aut clam*.

¹⁸ KGO. 1555 г. II, 28. § 4; R.Schluss 1670. г. — ¹⁹ l. 13. pr. l. 15. § 14. l. 28. D. h. t. 47. 10. — ²⁰ l. 5. C. h. t. 9, 35; § 1. I. de perp. et temp. a. 4, 12. — ²¹ pr. I. de perp. et temp. a. 4, 12. — ²² l. 11. § 1. l. 17. § 6. D. h. t. 47, 10. — ²³ l. 11. § 1. D. h. t. 47, 10; § 12. I. h. t. 4, 4. — ¹ t. D. 2, 2: quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur. — ² l. 15. § 1 D. de iud. 5, 1; l. 2. C. de poena iud. 7, 49. — ³ l. 5. § 4. D. de o. et a. 44, 7; l. 6. D. de ext. iud. 50, 13.

1. § 324. Сооруженіе или разрушеніе постройки (operis novi nuntiatio).

t. D. XXXIX, 1: de operis novi nuntiatione. — t. D. XLIII, 25: de remissionibus. — *Wiederhold*, das int. uti poss. und die novi operis nuntiatio. 1831. — *Hesse*, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. §§ 73 — 96. 2. Aufl. 1880. — *Jdem*, das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken. 1866. — *Stölzel*, die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interd. quod vi aut clam. 1865. — *Karlowa*, Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprocesses. 1865. — *Wendt*, das Faustrecht. §§ 9—14. 1883. — *Vangerow*, § 676. — *Windscheid*, § 466. — *Brinz*, § 175.

*Начатое*¹ сооруже́ніе или разруше́ніе постройкі (*opus novum solo con-iunctum*)² не можетъ пока быть продолжаемо вопреки запрещенію (*operis novi nuntiatio*) некоторы́хъ лицъ. Кто эти лица, это видно изъ изреченія источниковъ³: *nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut publici iuris tuendi causa*. Итакъ, право нунціаціи принадлежить:

1. *iuris nostri conservandi causa* преимущественно собственнику участка, если сооруже́ніемъ или разруше́ніемъ постройки нарушается свобода его собственности (по *causa naturalis*), или принадлежащій ему на строеніе сервитутъ⁴ (по *causa impositicia*), или изданные для защиты сосѣдей публичные строительные законы (по *causa publica*)⁵. Кромѣ собственника право нунціаціи принадлежить всѣмъ тѣмъ, кому даются *utiliter* иски о собственности, стало быть, добросовѣстному владѣльцу, суперфициарію⁶, эмфитевтѣ и вѣрителю подъ залогъ⁷, а также и узуфруктуарію⁸; всѣ эти лица не могутъ сдѣлать нунціаціи собственнику;

2. *damni depellendi causa*⁹ всякому, кто по поводу сооруже́нія или разрушенія постройки можетъ требовать *cautio damni infecti* и потребовать послѣдней безуспѣшно;

3. *publici iuris tuendi causa* всякому совершеннолѣтнему гражданину, если сооруже́ніемъ или разруше́ніемъ постройки нарушаются предписанія о пользованіи *res sacrae, religiosae, publicae*¹⁰.

Нунціація можетъ быть заявлена въ какой угодно формѣ¹¹, но непосредственно при самомъ строеніи (*nuntiatio fit in rem*) въ присутствіи хозяина работъ или кого либо изъ его людей¹². Ея дѣйствіе съ активной стороны связано съ нунціантомъ (*nuntiatio* лишается силы, если нунціантъ умретъ или отчудить участокъ)¹³, напротивъ, съ пассивной стороны дѣйствіе нунціаціи не ограничивается лицомъ нунціата, но переходитъ и на его универсальнаго и сингулярнаго преемника¹⁴ (по мнѣнію древнѣйшихъ римскихъ юристовъ, только на универсальнаго)¹⁵. Дѣйствіе нунціаціи бываетъ двойное:

а. Нунціантъ лишается права самоуправства и владѣльческихъ интердиктовъ; таковъ смыслъ очень спорныхъ словъ: *in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus*¹⁶.

б. Даже если нунціантъ не имѣетъ права на нунціацію (выше 1—3) и даже если работы предприняты законно, тѣмъ не менѣе на время надо ихъ приостановить¹⁷; въ противномъ случаѣ нунціантъ можетъ потребовать отъ предпринимателя работъ возстановленія прежняго состоянія (поср. *interd.*

¹ 1. 1. § 1. D. h. t. 39, 1.—² 1. 1. §§ 11. 12. D. h. t. 39, 1.—³ 1. 1. § 16. D. h. t. 39, 1.—

⁴ 1. 2. D. h. t. 39, 1; 1. 15. D. de s. p. u. 8, 2; 1. 6. § 7. D. si s. v. 8, 5; 1. 14. D. h. t. 39, 1.—

⁵ 1. 5. § 9. D. h. t. 39, 1.—⁶ 1. 3. § 3. D. h. t. 39, 1.—⁷ 1. 9. D. h. t. 39, 1; 1. un. § 5. D. de rem.

⁸ 43, 25.—⁸ 1. 1. § 20. 1. 2. D. h. t. 39, 1; 1. un. § 4. D. de rem. 43, 25.—⁹ 1. 1. § 17. D. h. t.

¹⁰ 39, 1.—¹⁰ 1. 1. § 17. 1. 3. § 4. 1. 5. D. h. t. 39, 1.—¹¹ 1. 1. § 2. 1. 16. 1. 19. D. h. t. 39, 1.—

¹² 1. 10. 1. 23. D. h. t. 39, 1; 1. 5. §§ 2—4. 1. 11. D. eod.—¹³ 1. 8. § 6. 1. 5. § 6. D. h. t. 39, 1.—

¹⁴ 1. 8. § 7. 1. 23. D. h. t. 39, 1.—¹⁵ 1. 3. § 3. D. de al. iud. mut. c. 4, 7.—¹⁶ 1. 1. § 6. 1. 5. § 10.

D. h. t. 39, 1.—¹⁷ 1. 20. §§ 3. 4. D. h. t. 39, 1.

de opere restituendo, названнаго новыми юр. demolitorium)¹⁸; наследники предпринимателя отвѣчаютъ по началамъ деликтныхъ обязательствъ¹⁹ (§ 81 пр. 12. 13), сингулярные преемники предпринимателя не отвѣчаютъ²⁰.

Лишь въ немногихъ случаяхъ предприниматель можетъ дѣйствовать вопреки нунциации, а именно, когда общественный интересъ требуетъ продолженiя работъ (напр., въ случаѣ поправки клоакъ) и когда приостановленiе работъ было бы опасно для предпринимателя²¹. Въ прочихъ случаяхъ судьба начатаго opus послѣ нунциации зависитъ отъ того, имѣетъ ли нунциантъ право нунциации или нѣтъ. Если онъ этого права не имѣетъ, то предприниматель можетъ продолжать работы не раньше, какъ сообщивъ судьѣ (претору) о нунциации и испросивъ прощениа послѣдней (remissio nuntiationis) вслѣдствiе несуществованiя на нее права²². Судья, по общему правилу²³, удовлетворяетъ это требованiе безъ дальнѣйшаго разбирательства, отмѣняя нунциацию условно, а именно, подъ условiемъ, если нунциантъ (какъ утверждаетъ предприниматель) не имѣетъ права совершить нунциацию; доказывать несуществованiе права на нунциацию предприниматель обязанъ лишь тогда, когда нунциантъ предъявитъ противъ него demolitorium. — Если же нунциантъ имѣетъ право на нунциацию, то предприниматель можетъ продолжать начатая работы не раньше, какъ обѣщавъ возстановить прежнее состоянiе, если бы оказалось, что opus сооружено неправомѣрно (stipulatio ex operis novi nuntiatione, у новыхъ юристовъ cautio de demoliendo)²⁴; въ случаѣ nuntiatio damni depellendi causa обѣщанiе состоитъ въ cautio damni infecti (§ 315); тогда предприниматель работъ получаетъ защиту при ихъ продолженiи отъ возможныхъ нападений нунцианта (поср. interdictum, называемаго новыми юр. ne vis fiat aedificantis)²⁵ до тѣхъ поръ, пока правомѣрность operis не будетъ рѣшена обыкновеннымъ процессомъ. — По праву до-юстинианову, нунциация лишалась силы (не только чрезъ remissio и cautio, но и) тогда, когда нунциантъ въ теченiе годичнаго срока не доказалъ въ процессѣ неправомѣрности opus; Юстинiанъ²⁶ это отмѣнилъ и постановилъ кромѣ того, что послѣ заявленiя нунциации процессъ о ея правомѣрности по возможности долженъ быть тотчасъ начатъ и оконченъ въ теченiе трехъ мѣсяцевъ.

2) § 325. Дѣянiя, совершаемыя вопреки запрещенiю или тайно (interdictum quod vi aut clam).

t. D. XLIII, 24: quod vi aut clam. — Ср. лит. къ § 324. — *Limacher*, über das interd. quod vi aut clam. 1865. — *Vangerow*, § 677. — *Windscheid*, § 465. — *Brinz*, § 174.

Въ позднѣйшее время, чтобы устранить недостатки и пробѣлы правилъ нунциации, было установлено въ преторскомъ эдиктѣ начало, по которому *никакая перемѣна на участкѣ¹ не должна быть предпринимаема вопреки запрещенiю или тайно отъ того, чей интересъ этимъ нарушается.*

Перемѣною на участкѣ признается не только сооруженiе и разрушенiе постройки, но также и копанiе², проведенiе бороздъ³, порча воды въ колодцѣ⁴,

¹⁸ l. 20. pr. — § 8. D. h. t. 39, 1. — ¹⁹ l. 20. § 8. l. 22. D. h. t. 39, 1. — ²⁰ Ср. l. 5. § 5. l. 18. D. h. t. 39, 1. — ²¹ l. 5. §§ 11. — 13. D. h. t. 39, 1; l. 3. § 8. D. de riv. 43, 21. — ²² t. D. 43, 25: de remissionibus. — ²³ Два изъятiя см. въ l. 5. §§ 14. 18. D. h. t. 39, 1. — ²⁴ l. 5. § 17. l. 8. §§ 2. 4. l. 12. l. 20. § 1. l. 21. D. h. t. 39, 1; l. un. § 2. D. de rem. 43, 25. — ²⁵ l. 20. § 9 sqq. D. h. t. 39, 1. — ²⁶ l. 14. C. de aedif. priv. 8, 10.
¹ l. 1. § 4. l. 7. § 5. l. 20. § 4. D. h. t. 43, 24. — ² l. 7. § 8. l. 9. § 3. l. 22. § 1. D. h. t. 43, 24. — ³ l. 9. § 3. l. 22. § 1. D. h. t. 43, 24. — ⁴ l. 11. pr. D. h. t. 43, 24.

срубаніе деревьевъ и растеній и т. д.⁵.—Право на запрещеніе принадлежитъ всякому, кто имѣетъ право собственности или другое вещное право на участокъ, или владѣніе, или detentio на основаніи обязательства, и чей интересъ нарушается переменною на этомъ или другомъ участкѣ⁶.—Запрещеніе (prohibitio) можетъ быть выражено фактическимъ противодѣйствіемъ, или словами, или символически (въ источникахъ упоминается lapilli iactus)⁷; его дѣйствіе съ активной стороны не связано съ лицомъ запретителя (но приносить пользу и его универсальному и сингулярному преемнику)⁸, со стороны пассивной запрещеніе связываетъ того, кому оно изъявлено, а универсальныхъ и сингулярныхъ преемниковъ только тогда, когда они узнали о запрещеніи⁹.—Тайно дѣйствуетъ тотъ, кто знаетъ или долженъ знать, что другой будетъ оспаривать его право на извѣстное дѣйствіе, и все таки не заявляетъ ему, что намѣренъ его совершить¹⁰.—И вотъ, если вопреки запрещенію или тайно была произведена переменна на участкѣ, то виновникъ, *хотя бы и имѣлъ право ее произвести*¹¹, тѣмъ не менѣе долженъ ее устранить и возмѣстить вредъ; наслѣдники виновника отвѣчаютъ по началамъ деликтныхъ обязательствъ (§ 81 пр. 12. 13); третьи владѣльцы участка должны дозволить потерпѣвшему устранить переменну на свой счетъ¹². Искъ, которымъ потерпѣвшій преслѣдуетъ свои требованія, называется *interdictum quod vi aut clam*.

Притязанія потерпѣвшаго погашаются истеченіемъ одного года¹³; кромѣ того онъ не можетъ осуществить ихъ тогда, 1) когда противникъ готовъ, давъ cautio, вести процессъ о своемъ правѣ на переменну¹⁴; 2) когда онъ произвелъ переменну по уполномочію отъ начальства (напр., при пожарѣ начальство велитъ разрушить сосѣднее зданіе, чтобы задержать огонь)¹⁵; 3) когда онъ дѣйствовалъ въ состояніи дозволеннаго самоуправства¹⁶.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Смѣшанные случаи.

РАЗДѢЛЬ ПЕРВЫЙ.

Обязанность къ предьявленію.

A. § 326. Общія начала (act. ad exhibendum).

t. D. X, 4; t. C. III, 42: ad exhibendum. — *Demelius*, die Exhibitionspflicht. 1872. — *Vangerow*, § 707. — *Windscheid*, § 474. — *Brinz*, § 324.

Если кто хочетъ осуществить какое либо право на вещь и для этого ему нужно ее осмотрѣть, то онъ можетъ требовать, чтобы тотъ, кто можетъ это сдѣлать, ему ее предьявилъ (показалъ, exhibere).

Право, для осуществленія котораго требуется exhibitio, можетъ быть не только вещное¹, но и обязательственное² (напр., кто либо хочетъ предъ-

⁵ l. 7. § 5. l. 13. pr. §§ 4. 7. D. h. t. 43, 24. — ⁶ l. 11. §§ 1. 10. 12. 14. l. 12. l. 13. pr. § 3. l. 16. D. h. t. 43, 24. — ⁷ l. 20. § 1. l. 1. §§ 5. — 7. D. h. t. 43, 24; l. 5. § 10. D. de o. n. n. 39, 1; l. 6. § 1. D. si s. v. 8, 5. — ⁸ l. 11. § 9. l. 13. § 5. D. h. t. 43, 24. — ⁹ l. 20. § 3. D. h. t. 43, 24. — ¹⁰ l. 3. § 7. — ¹¹ l. 5. § 6. l. 11. § 11. l. 18. § 1. l. 21. § 1. l. 22. § 5. D. h. t. 43, 24; l. 73. § 2. D. de r. i. 50, 17. — ¹² l. 1. §§ 2. 3. D. h. t. 43, 24. — ¹³ l. 16. § 2. l. 7. pr. § 1. l. 11. § 4. l. 13. § 7. l. 14. l. 15. §§ 1. 3. 7 sq. l. 21. § 3. D. h. t. 43, 24; l. 4. § 2. l. 13. D. de aq. 39, 3. — ¹⁴ l. 15. §§ 3. — 6. D. h. t. 43, 24. — ¹⁵ l. 3. § 5. D. h. t. 43, 24. — ¹⁶ l. 7. §§ 2. 4. D. h. t. 43, 24. — ¹⁷ l. 7. § 3. l. 22. § 2. D. h. t. 43, 24.

¹ l. 1. l. 1. 3. §§ 3. 4. 12. l. 12. § 2. D. h. t. 10, 4; l. 6. l. 8. C. h. t. 3, 42. — ² l. 3. § 5 sq. D. h. t. 10, 4.

явить *actio poxalis* и не может указать, которое животное произвело вред)³. Притязаніе изслѣдуется судьей лишь *summam*, и заявленныя отвѣтчикомъ возраженія принимаются во вниманіе только въ томъ случаѣ, если они не требуютъ сложнаго разбирательства⁴.—Осмотръ вещи, предъявленіе которой требуется, можетъ быть необходимъ по разнымъ причинамъ, напр., желающей осуществить свое вещное право хотеть убѣдиться, эта ли самая вещь или только похожая на нее находится во владѣніи другаго; кому либо отказана вещь, которую онъ долженъ себѣ выбрать изъ нѣсколькихъ, и онъ желаетъ осуществить свое право выбора⁵; вещь одного *разршимо* соединена съ вещью другаго, такъ что для предъявленія виндикаціи требуется еще отдѣленіе (§ 139)⁶; кто либо желаетъ взять свою вещь, попавшую случайно на чужой участокъ, а хозяинъ участка воспрещаетъ ему доступъ⁷ (§ 126 пр. 4).—Обязанъ къ *exhibitio* держатель⁸, а равно и тотъ, кому только одному возможно достигнуть *detentio* вещи⁹.—Предъявленіе опредѣляется въ источникахъ словами *praesentiam corporis praebere*¹⁰, а также *facere in publico potestatem ut ei, qui agit, experiundi sit copia*¹¹. Издержки на предъявленіе несетъ по общему правилу тотъ, кто требуетъ предъявленія¹².—*Actio ad exhibendum* въ классическомъ правѣ была искомъ арбитрарнымъ (§ 84 sub 4); поэтому судья до постановленія рѣшенія предлагалъ отвѣтчику добровольно предъявить вещь (*arbitrium de exhibendo*)¹³, если же тотъ не повиновался, то судья присуждалъ его къ уплатѣ интереса¹⁴. Въ настоящее время приговоръ направлень на предъявленіе. Только т. н. *fictus possessor*¹⁵ присуждается къ уплатѣ интереса.

В. § 327. Особые случаи.

M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. 1835. — Vangerow, § 708. — Windscheid, § 474.

I. Изложенныя выше начала примѣняются и къ документамъ, поэтому, если кто имѣетъ на документъ вещное право (напр., какъ собственникъ)¹ или личное притязаніе (напр., какъ довѣритель)², то онъ можетъ для осуществленія своего права предварительно потребовать предъявленія документа. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ по соображеніямъ пользы на держателя документа возлагается *болѣе обширная* обязанность:

1. Относительно документовъ на случай смерти³ всякій, кто принесетъ *iusiurandum de calumnia*⁴, можетъ требовать, чтобы ему дозволили прочесть и переписать⁵; поэтому, онъ можетъ потребовать отъ держателя документа предъявленія послѣдняго, чтобы можно было сдѣлать вскрытіе, осмотрѣніе, или снятіе копій^{5а}; несогласный на это *detentor* долженъ уплатить интересъ; интересъ состоитъ въ суммѣ наслѣдства или отказа, на которыя требующій *exhibitio* заявляетъ притязаніе⁶. Искъ требующаго предъявленія называется *int. de tabulis exhibendis*.

2. Аргентаріи должны предъявить тому лицу, съ которымъ они имѣютъ дѣловыя сношенія и которое принесетъ *iusiurandum de calumnia*, касающуюся

³ 1. 3. § 7. D. h. t. 10, 4. — ⁴ 1. 3. §§ 9. 13. D. h. t. 10, 4. — ⁵ 1. 3. § 6. D. h. t. 10, 4. — ⁶ 1. 6. 1. 7. §§ 1. 2. D. h. t. 10, 4; 1. 23. § 5. D. de r. v. 6, 1. — ⁷ 1. 5. §§ 4. 5. 1. 9. § 1. D. h. t. 10, 4. — ⁸ 1. 3. § 15. 1. 4. 1. 5. пр. § 6. D. h. t. 10, 4; 1. 7. C. h. t. 3, 42. — ⁹ См. цитату пр. 7. — ¹⁰ 1. 22. 1. 246. D. de v. s. 50, 16. — ¹¹ 1. 2. D. h. t. 10, 4; 1. 9. § 5. eod. — ¹² 1. 11. § 1. D. h. t. 10, 4. — ¹³ § 31. I. de act. 4, 6; § 3. I. de off. iud. 4, 17. — ¹⁴ 1. 9. § 8. 1. 12. § 4. D. h. t. 10, 4. — ¹⁵ 1. 9. пр. — § 3. 1. 14. D. h. t. 10, 4; 1. 5. C. h. t. 3, 42.

¹ 1. 3. § 5. D. de tab. exh. 43, 5. — ² 1. 9. пр. D. de ed. 2, 13. — ³ t. D. 43, 5; t. C. 8, 7: de tabulis exhibendis. — ⁴ 1. 3. C. quemadm. test. ap. 6, 32. — ⁵ 1. 1. D. test. quemadm. ap. 29, 3. — ^{5а} 1. 1. 1. 3. § 9. D. de tab. exh. 43, 5. — ⁶ 1. 3. §§ 11—15. D. h. t. 43, 5.

его часть дѣловыхъ книгъ, въ противномъ же случаѣ они (по *actio in factum*, у новыхъ юр. *actio de edendo*) присуждаются къ уплатѣ интереса⁷. Этотъ случай отпалъ вмѣстѣ съ состояніемъ аргентаріевъ.

3. Если кто либо имѣетъ обязательственное притязаніе на документъ, который отъ его должника попалъ въ третьи руки, то онъ можетъ требовать отъ держателя (поср. *actio in factum*, у новыхъ юр.—*actio de edendo*), чтобы тотъ позволилъ ему посмотреть и переписать⁸.

4. Если процессъ о суммѣ денегъ находится въ нерѣшительномъ состояніи, то истецъ по требованію отвѣтчика долженъ предъявить послѣднему свои счетныя книги, чтобы тотъ могъ изъ нихъ почерпнуть свѣдѣнія о правомѣрности требованія⁹.

5. Юстиніанъ постановилъ, что всякій держатель документа долженъ предъявить его каждому заинтересованному, поскольку это возможно безъ вреда для предъявляющаго¹⁰. Но этотъ законъ не глоссированъ.

II. Кто злоумышленно задерживаетъ у себя свободнаго человѣка, тотъ долженъ его *exhibere* по требованію каждаго гражданина (*int. populare de libero homine exhibendo*)¹¹, т. е. долженъ предоставить требующему возможность видѣть и разговаривать свободно и безпрепятственно съ задерживаемымъ лицомъ¹². Теперь вмѣшивается полиція.

III. Объ обязанности къ *exhibere* относительно дѣтей и жены (*int. de liberis exhibendis, de uxore exhibenda*) ср. §§ 353 и 330.

РАЗДѢЛЬ ВТОРОЙ.

§ 328. Обязанность давать alimenta.

Gelt, über die Rechtsverhältnisse aus der ausserehelichen Geschlechtsgemeinschaft. 1836. — *Büngener, zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht.* 1879. — *Vangerow, § 260.* — *Windscheid, § 475.*

Обязанность давать алименты (пропитаніе, одежду, жилище)¹ можетъ основываться: 1) на договорѣ²; 2) на отказѣ въ распоряженіи на случай смерти³ (§ 450 кон.); 3) на деликтѣ⁴; 4) на законѣ⁵; по закону къ взаимному содержанію обязаны восходящіе и нисходящіе⁶ при условіи нужды съ одной стороны и достаточнаго состоянія съ другой⁷, далѣе, при томъ условіи, что получающій содержаніе не оказалъ *impietas* по отношенію къ дающему *alimenta*⁸. Родители обязаны также нести издержки на воспитаніе дѣтей⁹. Изъ дѣтей, рожденныхъ внѣ брака, право Юстиніана предоставляетъ притязаніе на *alimenta* дѣтямъ конкубины противъ обоихъ родителей¹⁰, *ex damnato coitu procreati* не имѣютъ этого требованія ни противъ отца, ни противъ матери¹¹; прочія незаконнорожденные дѣти могутъ требовать *alimenta* отъ матери и ея восходящихъ¹², по судебной практикѣ (въслѣдствіе неправильнаго толкованія одного изъ каноническихъ законовъ)¹³ также отъ своего родителя, т. е. того, кто въ срокъ зачатія (182—300 дн. до рожденія) имѣлъ сношенія съ матерью дитяти.—Сестры и братья не имѣютъ взаимнаго притязанія на

⁷ 1. 4. pr. 1. 6. §§ 4. 8. D. de ed. 2, 13. — ⁸ 1. 3. § 14. D. ad exh. 10, 4. — ⁹ 1. 5. 1. 6. 1. 8. C. de ed. 2, 1. — ¹⁰ 1. 22. C. de fid. instr. 4, 21. — ¹¹ t. D. 43, 29: de homine libero exhibendo. — ¹² 1. 2. § 8. D. h. t. 43, 29.

¹ 1. 6. 1. 23. D. de al. leg. 34, 1; 1. 5. pr. D. de ventr. 37, 9; 1. 43. l. 44. l. 234. § 2. D. de v. s. 50, 16. — ² 1. 8. C. de rer. perm. 4, 64; 1. 1. C. de don. quae s. m. 8, 54. — ³ t. D. 34, 1: de alimentis et cibariis legatis. — ⁴ 1. 7. D. de his qui eff. 9, 3. — ⁵ t. D. 25, 3: de alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis; t. C. 5, 25: de alendis liberis ac parentibus. — ⁶ 1. 5. 1. 8. D. h. t. 25, 3; 11. 1 — 4. C. h. t. 5, 25; Nov. 117. c. 7. — ⁷ 1. 5. §§ 7. 9. D. h. t. 25, 3; 1. 2. C. h. t. 5, 25. — ⁸ 1. 5. §§ 11. 23. D. h. t. 25, 3; 1. 4. C. h. t. 5, 25. — ⁹ 1. 5. § 12. D. h. t. 25, 3; 1. 6. § 5. D. de Carb. ed. 37, 10. — ¹⁰ Nov. 89. c. 12. §§ 4. 6. c. 13. — ¹¹ Nov. 89. c. 15. — ¹² 1. 5. § 4. D. h. t. 25, 3. — ¹³ c. 5. X. de eo qui duxit 4, 7.

alimenta; это всеми признано; хотя источники предписывают опеку да-
вать alimenta сестрамъ и братьямъ подопечнаго¹⁴, но эта норма основана
на томъ, что опекунъ обязанъ исполнять и обычные нравственныя обязанности
подопечнаго¹⁵.—Жена имѣетъ право требовать alimenta отъ мужа (§ 331).

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

§ 329. Обязанность дать приданое.

Vangerow, § 216. — *Windscheid*, § 493.

Эта обязанность можетъ основываться 1) на договорѣ 2) или отказѣ.
Непосредственно 3) по закону притязаніе на установленіе приданнаго при-
надлежитъ женщинамъ:

а. противъ отца и дѣда съ отцовской стороны², если у нея нѣтъ со-
вѣмъ или нѣтъ достаточнаго состоянія³. *Lex Julia de maritandis ordinibus* по-
становила это въ пользу подвластной дочери, позднѣе это положеніе было
распространено и на эманципированную дочь⁴ (что впрочемъ многіе оспа-
риваютъ).—Въ случаѣ вторичнаго брака отецъ или дѣдъ обязаны опять дать
приданое (*redotatio*)^{4a}; но это положеніе не относится къ тому случаю, когда
dos при существованіи брака будетъ издержана или случайно, или по другой
какой либо причинѣ погибнетъ;

б. противъ матери только въ чрезвычайныхъ случаяхъ⁵ и въ томъ слу-
чаѣ, если она правовѣрна, а мать неправовѣрна⁶ (этотъ случай теперь не существуетъ).

с. каноническое право опредѣляетъ, что обольститель долженъ дать приданое и жениться
на обольщенной (хотя бы она не забеременѣла); практика предоставляетъ ему выборъ между уста-
новленіемъ приданнаго и бракомъ.

Многіе утверждаютъ, что братъ обязанъ дать приданое своей полно-
родной или единокровной сестрѣ⁸, но это неосновательно; поэтому, если онъ
дастъ приданое, то это будетъ дареніемъ.—Величина приданнаго опредѣля-
ется судьбою, смотря по имуществу обязаннаго и по состоянію супруговъ⁹.—
Dos, установленная лицами, обязанными къ этому, называется у новыхъ юри-
стовъ *dos necessaria* (въ противоположность къ *dos voluntaria*), *dos*, уста-
новленная отцомъ или отцовскимъ восходящимъ, называется въ источникахъ
dos profecticia (въ противоположность къ *dos adventicia*, подъ которой слѣ-
дуетъ разумѣть *dos*, установленную къмъ бы то ни было другимъ—и са-
мою женою).

¹⁴ l. 4. D. ubi pup. 27, 2; l. 1. § 2. D. de tut. 27, 3. — ¹⁵ l. 12. § 3. l. 13. § 2. D. de ad-
et per. 26, 7.

¹ l. 77. § 9. D. de leg. 2 (31). — ² l. 19. D. de rit. nupt. 23, 2; l. 6. D. de coll. 37, 6. — ³ l. 1.
C. de dot. prom. 5, 11. — ⁴ l. 7. § 2. C. cit. — ^{4a} Nov. 97. c. 5. — ⁵ l. 14. C. de i. dot. 5, 12. — ⁶ l. 1.
§ 1. C. de haer. 1, 5. — ⁷ c. 1. c. 2. X. de adult. 5, 16. — ⁸ Опираясь на l. 12. § 3. D. de adm. tu-
26, 7. — ⁹ l. 60. l. 69. §§ 4. 5. D. de i. d. 23, 3; l. 43. D. de leg. 2 (31).