

У304
✓
мрт. 1948

5197

Проф. Вс. Удихцевъ.

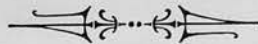
5207

3831

„Понятіе права удержанія въ римскомъ правѣ“.

15499
у.р. 61151

(Изслѣд. М. М. Катнова. К. 1910).



КІЕВЪ.

Типографія Императорскаго Университета Св. Владиміра Акц. О-ва печ. и изд.
дѣла Н. Т. Корчакъ-Новицкаго, Меринговская улица, д. № 6.

1910.

Печат. по опредѣленію Совѣта Императорскаго Университета Св. Владиміра
Оттискъ изъ Университетскихъ Извѣстій.

Книга проф. Каткова состоитъ изъ шести главъ.

Первая глава (1—37) является вводной, выясняющей предметъ изслѣдованія, такъ называемое право удержанія, въ силу котораго въ извѣстныхъ случаяхъ должнику предоставлено задержаться съ исполненіемъ своего обязательства не по тому, что не всѣ условія обязательства на лицо, а по причинѣ, не зависящей отъ дѣйствительности этого обязательства. Это право технически называется *jus retentionis*, хотя означенный терминъ и не былъ извѣстенъ римскимъ юристамъ. Слово *retinere* употребляется въ источникахъ въ самомъ разнообразномъ значеніи, и это именно разнообразіе значенія слова даетъ возможность воспользоваться имъ для обозначенія особаго института. Впрочемъ, право удержанія далеко не всѣми считается за самостоятельный институтъ, что и понятно, такъ какъ правомочіе обладателя права удержанія не представляется само по себѣ характернымъ и можетъ быть проявленіемъ самыхъ разнообразныхъ правоотношеній. Не мудрено, что въ старой литературѣ, особенно XVIII вѣка, подъ правомъ удержанія разумѣли самые разнообразные случаи, число коихъ опредѣлялось иногда лишь усердіемъ собирателей. Наибольшую часть первой главы авторъ и посвящаетъ перечню литературы вопроса, изложенію главнѣйшихъ положеній ученыхъ юристовъ и попутной критикѣ ихъ. Здѣсь излагается исторія вопроса, постепенное его выясненіе, начиная съ XVIII вѣка и кончая XIX вѣкомъ, и именно послѣдней и лучшей монографіей, принадлежащей Langfeld и вышедшей въ 1886 году.

Во второй главѣ (38—81) авторъ останавливается на одномъ изъ типичныхъ случаевъ права удержанія, получившемъ всеобщее признаніе, а именно на томъ, когда лицо, на которомъ собственникъ ищетъ свою вещь, удерживаетъ ее впредь до удовлетворенія его встрѣчнаго требованія о возмѣщеніи учиненныхъ на эту вещь издержекъ. Этотъ случай представляетъ тѣмъ большій интересъ, что здѣсь между владѣльцемъ и собственникомъ нѣтъ никакихъ правоотношеній, кромѣ односторонняго обязательства—вернуть чужую вещь (стр. 40). Другое обстоятельство, на которое авторъ обращаетъ вниманіе при изученіи случая, это то, что самое право требованія, ради котораго задерживается исполненіе по обязательству возвращенія вещи, не является даже исковымъ, такъ что право удержанія представляется здѣсь единственнымъ средствомъ защиты (41, 46). Наконецъ особенностью случая будетъ и то, что требованіе возмѣщенія расходовъ направлено не противъ индивидуально опредѣленнаго лица, а вообще противъ лица, требующаго вещь. Такъ что положеніе ретентора напоминаетъ собой положеніе субъекта вещнаго права (47).— Авторъ подробно комментируетъ мѣста источниковъ, которыя убѣждаютъ его въ томъ, что по римскому праву претензія возмѣщенія затратъ на вещь предъявляется къ лицу, требующему вещь, независимо отъ основанія, по которому онъ требуетъ вещь, то есть независимо отъ того, является ли онъ собственникомъ, залоговѣрителемъ или узуфруктуаромъ (48). Разсматриваемыя авторомъ мѣста источниковъ даютъ ему далѣе основаніе утверждать, что право удержанія допускается для требованія возмѣщенія расходовъ на вещь независимо отъ того, какую форму приняли эти расходы (52). Далѣе для права удержанія не имѣетъ непосредственнаго значенія наличность *bona* или *mala fides* у лица, сдѣлавшаго расходы на вещь (54). Вообще говоря, если въ томъ или другомъ случаѣ право допускаетъ требованіе возмѣщенія какихъ бы то ни было расходовъ, тогда имѣетъ мѣсто и право удержанія (55). И отдѣльныя мѣста источниковъ, разнообразныя по своему характеру, отнюдь не должны разсматриваться, какъ случаи исключительные, такъ какъ въ дѣйствительности они являются лишь примѣненіемъ общаго порядка (54). До сихъ поръ авторъ имѣетъ дѣло съ требованіями возмѣщенія расходовъ, не осложненными какимъ-либо особымъ основаніемъ, помимо факта расхода, а потому и незащищенными исками. Но бываютъ случаи, когда тре-

бованія возмѣщенія затратъ имѣютъ и другое основаніе, кромѣ факта расхода, напр., договоръ, какова ссуда, *negotiorum gestio*, отношенія между хозяевами—корабля и груза по поводу выброшенныхъ товаровъ ради предупрежденія опасности, въ которой корабль находился (55—64). Требованіе о возмѣщеніи расходовъ сопровождается въ римскомъ правѣ правомъ удержанія—это общее правило. Однако же римское право знаетъ случаи, когда право удержанія не имѣетъ мѣста. Такъ нѣтъ права удержанія тогда, когда залоговѣритель тратится на заложенную вещь: здѣсь нѣтъ мѣста праву удержанія, такъ какъ залогъ отвѣчаетъ предъ вѣрителемъ и за издержки, какія онъ сдѣлалъ на заложенную вещь (66). Но, впрочемъ, этотъ случай не характеренъ, такъ какъ здѣсь не можетъ быть рѣчи объ обязанности вернуть вещь прежде погашенія сдѣланныхъ расходовъ, и о неисполненіи обязательства со стороны залоговѣрителя нельзя говорить, а значитъ также нельзя говорить и о правѣ удержанія. Дѣйствительный случай исключенія изъ общаго правила представляетъ постановленіе Юстиніана относительно поклажи: депозитарь имѣетъ требованіе возмѣщенія необходимыхъ расходовъ, учиненныхъ на отданную ему для сохраненія вещь. Но это требованіе защищается лишь путемъ *actio depositi contraria*, а не посредствомъ *jus retentionis* (67). Исключеніе права удержанія въ данномъ случаѣ вытекаетъ изъ желанія обезпечить возвратъ данной на сохраненіе вещи, исключаящей какія бы то ни было оговорки, зачетъ, вычетъ, удержаніе (71). Особый случай недопущенія права удержанія возникъ на почвѣ детальнѣйшихъ отношеній: возвращая по прекращеніи брака приданое, мужъ имѣетъ право требовать возмѣщенія расходовъ на него, и именно расходовъ необходимыхъ, а также чрезвычайныхъ и полезныхъ. Но если въ отношеніи необходимыхъ расходовъ допускается право удержанія, то относительно чрезвычайныхъ того же сказать нельзя (72). Разсмотрѣнные мѣста источниковъ требуютъ однако же восполненія въ двухъ отношеніяхъ: 1) восполненные другими мѣстами они даютъ возможность установить болѣе широкое понятіе права удержанія, какъ воздержанія отъ дѣйствія подлежащаго совершенію, пока требующій такового дѣйствія съ своей стороны не исполнитъ требованія, предъявляемаго къ нему должникомъ (78); 2) дѣйствіе ретептора, которымъ обусловливается расходъ, не имѣетъ непосредственнаго дѣйствія для права удержанія, такъ какъ основаніемъ

права удержанія является не то, что ретенторъ произвелъ расходъ, а то, что изъ имущества ретентора вышло вѣчто, перешедшее въ имущество того, кто требуетъ отъ него задерживаемаго дѣйствія (79).

Глава третья посвящена выясненію другого основанія *jus retentionis*—убытковъ, понесенныхъ черезъ вещь, подлежащую возвращенію въ *judicium redhibitorium*. *Actio redhibitoria* предметомъ своимъ имѣетъ лишь отмѣну дѣйствія купли продажи, но не возмѣщеніе расходовъ или убытковъ, причиненныхъ возвращаемою вещью. По опредѣленію судьи владѣлецъ можетъ лишь не выдавать вещи. Въ этомъ-то фактѣ невыдачи и заключается право удержанія. Далѣе Ульпіанъ указываетъ, что отвѣтственность за деликтъ раба падаетъ не на собственника, а на владѣльца, который и выдаетъ раба потерпѣвшему, не дѣлая его, какъ то само собой разумѣется, собственникомъ раба. Однако же въ случаѣ иска собственника къ лицу, потерпѣвшему отъ деликта раба, этотъ потерпѣвшій имѣетъ *exsertio doli*, то есть право удержанія, если собственникъ не возмѣститъ тѣхъ убытковъ, которые понесъ черезъ раба потерпѣвшій и вмѣсто уплаты которыхъ онъ получилъ виновнаго раба (93). Если въ приведенныхъ случаяхъ право удержанія не выступаетъ съ такой же наглядностью, какъ то имѣетъ мѣсто относительно возмѣщенія расходовъ, все же въ источникахъ имѣются и такіе случаи, въ которыхъ положеніе потерпѣвшаго ущербъ и имѣющаго право удержанія также просто и свободно отъ постороннихъ привходящихъ условій, какъ положеніе владѣющаго вещью и потратившагося на нее. Гаіи говоритъ, что иногда, потерпѣвши убытокъ, мы тѣмъ не менѣе не имѣемъ никакого искового притязанія на возмѣщеніе этого убытка (99). Мало того, если на мой участокъ рухнетъ зданіе сосѣда, я не могу принудить его убрать съ моего участка обрушившійся матеріаль, если сосѣдъ пожелалъ бы отказаться отъ всего, что оказалось на моемъ участкѣ. Для потерпѣвшаго не возникаетъ никакого притязанія на возмѣщеніе убытковъ, даже не возникаетъ права на тѣ обломки, которые пожелалъ бы собрать собственникъ обрушившагося зданія (108). Но въ послѣднемъ случаѣ потерпѣвшему предоставляется не допустить собиранія матеріала, то есть право удержанія (101—103).

Глава четвертая (113—133) посвящена авторомъ уясненію соотношенія между двумя разсмотрѣнными и общепризнанными

основаніями права удержанія. Общее, принадлежащее этимъ двумъ основаніямъ, заключается въ томъ, что и тутъ и тамъ имѣется обогащеніе, происшедшее на счетъ ретентора. Оба требованія суть требованія объ убыткахъ, причемъ одно создано въ силу того, что выгоды лица, противъ котораго предъявлено требованіе, приобрѣтены имъ на счетъ ретентора, а другое въ силу ущерба, нанесеннаго чужою вещью, и въ обоихъ случаяхъ убытокъ воплощается въ исполненіи той обязанности, которая лежитъ на ретенторѣ (114). Если я передаю вещь, на которую израсходовался, то, очевидно, передаю не только то, что долженъ, но нѣчто большее. И я долженъ ждать, чтобы требующій создалъ условія, при которыхъ исполненіе моей обязанности не переходило бы границы. Значитъ, право удержанія имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда исполненіе обязательства переходитъ границы этого обязательства. Это и есть начало, получившее выраженіе въ разсмотрѣнныхъ выше случаяхъ. Впрочемъ, оно не связано только съ этими случаями, а имѣетъ мѣсто повсюду, гдѣ исполнитель своимъ исполненіемъ переходитъ границы своей обязанности въ ущербъ себѣ, отчего у него возникло бы право требованія вознагражденія. Такъ напр. Ульпіанъ приводитъ случай, когда должникъ, думая, что онъ долженъ двѣсти, передаетъ кредитору имѣніе цѣнностью именно въ 200 золотыхъ, тогда какъ долгъ его не превышаетъ 100. Кредиторъ имѣетъ право удержать возвратъ имѣнія, пока ему не будетъ заплаченъ долгъ (116).—Эта же основная идея права удержанія отчетливо выступаетъ и въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ римскихъ юристовъ, относящихся къ примѣненію *Lex Falcidia*. Такъ, если предметомъ legata будетъ недѣлимый сервитутъ, наслѣдникъ предоставитъ его легатору не прежде, чѣмъ тотъ уплатилъ стоимость излишка, который наслѣдникъ далъ, благодаря недѣлимости сервитута (123).—И такъ право удержанія является правомъ не исполнить обязательство, подлежащее исполненію. Какъ оправдать это? Тѣмъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ предметъ исполненія не равняется предмету требованія. Это обстоятельство смягчаетъ ненормальность, которая заключается въ неисполненіи и во всякомъ случаѣ объясняетъ допущеніе этой ненормальности закономъ: право, не имѣя въ виду благопріятствовать какой либо сторонѣ въ ущербъ другой, обезпечиваетъ эквивалентность исполненія. И поэтому право удержанія, имѣетъ мѣсто въ отношеніи такого исполненія, которое не можетъ

состояться средствами самого исполнителя, при отсутствіи содѣйствія самого кредитора, безъ того, чтобы размѣры этого исполненія не превышали само требованіе кредитора. Въ этомъ соотношеніи и заключается та *Sonnexität*, понятіе которой до сихъ поръ такъ мало выяснено—(132).

Пятая глава (134—171) содержитъ въ себѣ перечень тѣхъ случаевъ, которые въ отличіе отъ ранѣе разсмотрѣнныхъ и съ точки зрѣнія только что выясненнаго принципа права удержанія подь это понятіе не подходятъ. Сюда относятся во 1) тѣ, которые Langfeld подводитъ подь категорію права удержанія ради требованія обезпеченія, а именно: а) случаи, въ которыхъ земельный собственникъ отказывается управомоченному къ извѣстному дѣйствию на его землѣ въ допущеніи такого дѣйствія, пока послѣдній не дастъ обезпеченія на случай возможныхъ убытковъ (135); б) случаи, въ которыхъ обязаный отказать узупфруктъ, требуетъ отъ узупфруктуара представленія *cautio usufructuaria* (145); в) случаи, въ которыхъ должникъ, условно освобожденный завѣщателемъ отъ уплаты, задерживаетъ эту уплату до наступленія условія, пока наследникъ не представитъ ему *cautio* (150). Сюда же относятся во 2) задержаніе исполненія до полученія платежной росписки, въ 3) *exsertio non adimpleti contractus* (156), въ 4) *retentio Gordiana* (162) и нѣкоторые другіе случаи.

Глава шестая содержитъ въ себѣ заключеніе. (172—177). Авторъ еще разъ возвращается къ объединяющему все случаи признаку права удержанія, говоритъ о судебной защитѣ въ формѣ *exsertio doli* и выясняетъ временность права удержанія: [въ противномъ случаѣ не могло бы быть рѣчи о неисполненіи обязательства, ибо обязательство, которое окончательно не подлежитъ осуществленію, не существуетъ. Въ такомъ случаѣ, очевидно, не можетъ быть рѣчи и о правѣ удержанія. Отсюда зависимость права удержанія не только отъ того требованія, ради котораго оно возникло, но и того, въ неисполненіи котораго осуществляется право удержанія. Наконецъ изъ понятія права удержанія явствуетъ, что мѣсто этого института—въ той части ученія объ обязательствахъ, въ которой излагаются правила объ исполненіи обязательствъ.

Таково содержаніе диссертациі проф. М. М. Каткова.

Обращаясь къ оцѣнкѣ реферированнаго труда проф. М. М. Каткова, прежде всего замѣтимъ, что избранный авторомъ вопросъ

занимаетъ небольшое мѣсто въ системѣ гражданскаго права и даже не каждымъ кодексомъ или авторомъ затрагивается. Но подобно другимъ вопросамъ римскаго права, *jus retentimis* довольно хорошо представленъ пандектной литературой. Если обратиться къ хотя бы только перечисленнымъ проф. Катковымъ монографіямъ, то окажется, что главнѣйшія изъ этихъ работъ, не смотря на тѣ или иные недостатки, въ общемъ хорошо выясняютъ отдѣльные моменты права удержанія. Это надо сказать какъ о работахъ Schenk и Groskopf, такъ въ особенности Langfeld, котораго и авторъ разбираемой работы ставитъ значительно выше его предшественниковъ. Но если бы проф. Катковъ теперь же обратился къ изученію права удержанія по западноевропейскому праву, то къ перечисленной имъ литературѣ долженъ былъ бы прибавить еще нѣсколько весьма обстоятельныхъ работъ, относящихся преимущественно къ торговому праву, но иногда не оставляющихъ безъ вниманія и источниковъ римскаго права (напр. Goldschmidt). Довольно подробно изучается вопросъ съ точки зрѣнія дѣйствующаго права и нѣкоторыми французскими цивилистами. Отмѣченный выше характеръ вопроса о правѣ удержанія, какъ затрагивающаго небольшую цивилистическую тему, не только не можетъ быть поставленъ въ вину, а напротивъ того указываетъ на научный тактъ автора, хорошо знающаго, что не слѣдуетъ исходить изъ широкой темы, чтобы затѣмъ ее сѣзуть, и что напротивъ того, съ перваго взгляда небольшой вопросъ даетъ полную возможность достигъ широкихъ обобщеній, которыя будутъ представлять вполне научный интересъ. Но избранная авторомъ тема, кромѣ того, имѣетъ и чисто практическій интересъ, такъ какъ право удержанія въ смыслѣ самостоятельнаго института выдвигается новыми кодексами и въ томъ числѣ нашимъ проектомъ гражданскаго уложенія.

Недостатками работы съ точки зрѣнія ея построенія надо считать постановку—правильно избраннаго—вопроса. Авторъ озаглавилъ свое изслѣдованіе: Понятіе права удержанія въ римскомъ правѣ. Но уже въ предисловіи онъ почувствовалъ нѣкоторую тѣсоту такъ обозначеннаго предмета изслѣдованія и при всемъ расположеніи къ источникамъ римскаго права не могъ не упомянуть объ условіяхъ примѣненія права удержанія по германскому уложенію, русскому проекту гражданскаго уложенія, а также и о пандектной литературѣ, повліявшей, по утверженію автора, на форму-

лировку германской статьи о правѣ удержанія. Изученіе германскаго уложенія и проекта русскаго проекта авторъ откладываетъ до ближайшаго будущаго, предположивъ остановить свое вниманіе пока на пандектной литературѣ и источникахъ римскаго права. Но разсмотрѣніе пандектной литературы проф. Катковъ сосредоточилъ въ одной главѣ, не приурочивая ее къ отдѣльнымъ вопросамъ права удержанія, что дѣлало бы эту литературу наилучше обозримой и что, быть можетъ, привело бы автора къ признанію, что право удержанія, въ качествѣ самостоятельнаго института, обязано своимъ существованіемъ не столько римскимъ юристамъ, сколько пандектистамъ. Вѣдь самъ авторъ свидѣтельствуетъ (4—5), что слова *retentio*, *retinere* не усвоили какого-либо техническаго смысла въ источникахъ римскаго права. Но изъ обзорѣнія источниковъ вытекаетъ и другое, а именно, что въ римскомъ правѣ не выработалось понятія права удержанія, намѣченнаго лишь пандектной литературой.

Расположеніе матеріала въ тотъ или иной порядокъ опредѣляется преимущественно вкусами автора. Однако же можно указать на нѣкоторую невыдержанность избранной авторомъ системы, если онъ говоритъ въ третьей и четвертой главахъ объ основаніяхъ права удержанія, а въ четвертой, посвященной выясненію принципа права удержанія, снова возвращается къ отдѣльнымъ случаямъ примѣненія права удержанія. Возвращаясь въ заключеніи къ отдѣльнымъ моментамъ, входящимъ въ существо права удержанія, авторъ останавливается на темахъ, мѣсто для которыхъ — въ четвертой главѣ.

Каковы же результаты изслѣдованія М. М. Каткова? Самъ авторъ предупреждаетъ о нихъ заглавіемъ своего изслѣдованія. Но почему только понятіе права удержанія? Почему и не условія примѣненія? Правда, авторъ, такъ съузившій свою задачу, въ текстѣ останавливается на многихъ вопросахъ, стоящихъ внѣ предѣловъ, означенныхъ заглавіемъ книги. Но, выясняя такимъ образомъ нѣкоторыя стороны права удержанія, онъ неизбежно останавливается на нихъ лишь случайно, отрывочно (напр. временный характеръ права удержанія стр. 176) и безъ надлежащей системы.

Важнѣйшій добытый авторомъ рецензируемаго сочиненія результатъ заключается въ слѣдующемъ положеніи: право удержанія бываетъ, когда исполненіе обязательства переходитъ границы этого

обязательства, когда исполнение обязательства является исполнением чего то большего, а за это большее исполнитель требует вознаграждения (115). Въ этой формулѣ проф. Катковъ, повидимому, усматриваетъ полное выясненіе природы права удержанія. Но можно ли согласиться въ этомъ отношеніи съ авторомъ? Думаю, что нельзя съ точки зрѣнія, раздѣляемой и авторомъ, во всякомъ случаѣ ему не безызвѣстной.

Для уясненія природы какого-либо института, какъ кажется, необходимо изслѣдовать его цѣль, условія дѣйствія и юридическую конструкцію, которая—или опредѣляется условіями дѣйствія института—или ихъ опредѣляетъ. На стр. 132 авторъ гворитъ, въ поясненіе права удержанія, что право, не имѣя въ виду благоприятствовать какой-либо сторонѣ въ ущербъ другой, *обеспечиваетъ* по мѣрѣ возможности и цѣлесообразности эквивалентность исполненія въ обязательствахъ. Больше авторъ на этой темѣ не останавливается, а между тѣмъ—она является основной какъ для выясненія предѣловъ примѣненія права удержанія, такъ и для уясненія истинной его природы. Слѣдовало бы сказать, что исходной идеей и основаніемъ права удержанія является обезпеченіе требованія. Эта мысль тѣмъ болѣе напрашивается на подробное изученіе, что она является исходной и для авторовъ новыхъ уложеній и положительно высказывается кодексами ¹⁾. Эта же идея, правда, отвергаемая Groskopf ²⁾, признается нѣкоторыми пандектистами, какъ напр. Böcking ³⁾, и въ особенности коммерциалистами ⁴⁾. Но почему въ особенности надлежало автору остановиться на идеѣ обезпеченія, такъ это потому, что источники римскаго права ее обосновываютъ если не прямо, то косвенно. Можно привести значительное число мѣстъ, изъ которыхъ видно, что исполненіе задерживается до тѣхъ поръ, пока послѣдуетъ удовлетвореніе ⁵⁾. Значить—и ради того, чтобы послѣдовало исполненіе. Затѣмъ не меньшее число мѣстъ сопоставляетъ право

¹⁾ Das Bürgerlich Gesetzbuch § 273 in f.

²⁾ Groskopff. Zur Lehre vom Retentionsrechte (1859), 75 слл.

³⁾ Böcking. Pandekten d. röm. Privatsrechts I, § 142.

⁴⁾ Goldschmidt. Handbuch d. Handelsrechts. I (1868), 964. Endemann въ Handbuch d. d. Handels—See—und Wechselrechts. II (188¹⁾), 92.

⁵⁾ L. 5 pr. D. de impens. 25, 1.—L. 23 § 8 D. de aed. ed. 21, 1.—L. 60. D. de furtis. 47, 2.

удержанія съ такимъ обезпечительнымъ средствомъ, какимъ является залогъ¹⁾. Эквивалентность, какъ говоритъ авторъ, двусторонность отношенія, какъ можно было бы сказать по аналогіи съ двусторонними обязательствами, требуетъ защиты одного противъ другого, отвѣтчика противъ истца, если истецъ дѣйствуетъ *dolo malo*, игнорируя права отвѣтчика. Сопоставляя право удержанія съ искомъ, которымъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ отвѣтчикъ также можетъ воспользоваться, источники отдають предпочтеніе праву удержанія, какъ способу охраненія интересовъ и правъ отвѣтчика¹⁾. Критикуя Lanafeld, авторъ вслѣдъ за Reinhold говоритъ, что содѣйствіе удовлетворенію требованія не есть непосредственное воздѣйствіе права удержанія: непосредственное воздѣйствіе заключается именно въ отклоненіи требованія противной стороны (37). Но въ дѣйствительности—содѣйствіе удовлетворенію, обезпеченіе исполненія—есть цѣль института, отклоненіе требованія—есть содержаніе, а *exceptio doli*—есть средство. Да и Langfeld говоритъ именно о цѣли, а отнюдь не о воздѣйствіи.

Въ примѣчаніи первомъ на стр. 172 авторъ, конечно, правильно говоритъ, что опредѣленіемъ цѣли института еще не объясняются сущность отдѣльныхъ случаевъ права удержанія, которые нуждаются въ объединеніи ихъ общихъ принципомъ. Но, если извѣстна и понятна и понятна цѣль института, то легко выясняется и его юридическая природа: предѣлы дѣйствія, условія примѣненія, мѣсто въ системѣ и самое понятіе института.

Предѣлы дѣйствія института права удержанія могутъ быть опредѣлены или установленіемъ общаго принципа, указывающаго на то, когда можно использовать этотъ институтъ, или—перечнемъ отдѣльныхъ случаевъ примѣненія его. Для новѣйшихъ законодательствъ, которые вводятъ право удержанія, первый приемъ является вполне достижимымъ и, конечно, единственно правильнымъ. Для римскаго права, не успѣвшаго выработать *jus retentiones* въ качествѣ самостоятельнаго института, неизбѣжно отправляться отъ отдѣльныхъ случаевъ.

¹⁾ L 15 § 2 de furt. 47,2—L 11 C. depositi 4,34—Ср. L 20 § 1 D. qui test. 28. 1.—L. 13 D. de. A. E.V. 19,1—L. 31 § 8 D. aed. ed 21,1.—L. 43 § 3, D. de leg. (I), 30.

²⁾ L. 25 D. de R. J. 50,17.—L. 59, D. de furt. 47,2.

Проф. М. М. Катковъ называетъ отдѣльные случаи примѣненія права удержанія — основаніями права удержанія. Какъ кажется, слѣдовало бы отказаться отъ этого выраженія, чтобы не навести читателя на мысль, что тутъ имѣются въ виду какія то принципы права удержанія.

Остановливаясь на отдѣльныхъ случаяхъ примѣненія права удержанія, я обращаюсь прямо къ минимуму — съ точки зрѣнія втора — случаю: *exemptio non adimpleti contractus*. Вопросъ объ отношеніи этого случая къ праву удержанія спорный и, какъ кажется, въ значительной степени зависитъ отъ рѣшенія другого вопроса — о природѣ двустороннихъ обязательствъ. И если бы оказалось правильнымъ мнѣніе, что исполненіе и противоисполненіе въ двустороннемъ обязательствѣ представляются актами и моментами вполне независимыми одинъ отъ другого¹⁾, то отсюда само собой слѣдовало бы, что для того, чтобы сторонѣ воздержаться отъ исполненія, въ виду неполученія противоисполненія отъ другой стороны, необходимо какое то основаніе, и именно — въ правѣ удержанія. И нельзя не отмѣтить, что въ источникахъ о правѣ удержанія говорится именно въ связи съ договоромъ купли-продажи, на что указываетъ Langfeld¹⁾. Автору приходится останавливаться на случаяхъ *actio redhibitoria* (83 сл.), несомнѣнно, подвергая серьезнымъ испытаніемъ собственные взгляды на двустороннія обязательства съ точки зрѣнія права удержанія. Проф. Катковъ, именно, въ сознаніи здѣсь опасности для своей теоріи говоритъ, что, дѣйствительно, значеніе требованія возмѣщенія убытковъ затушевывается особенностями разсмотрѣнныхъ случаевъ, которые не являются простыми случаями требованія возмѣщенія убытковъ, а квалифицированными случаями (99).

Къ вопросу о предѣлахъ дѣйствія права удержанія тѣсно примыкаетъ вопросъ объ условіяхъ примѣненія этого института. Можно сказать такъ: исходя изъ цѣли института, законодатель устанавливаетъ предѣлы дѣйствія и въ то же время указываетъ судѣ на условія, при наличности которыхъ примѣняется этотъ институтъ. Очевидно, что вопросъ объ условіяхъ примѣненія права удержанія съ практической точки зрѣнія является весьма важнымъ. Опъ тре-

¹⁾ Но и еще раньше: *Goldschmidt. Handbuch I* (1868), 963 п. 2, 964 п. 4, ср. 977 п. 28.

буеть такого изученія и изложенія, которое облегчало бы положеніе судьи, когда идетъ рѣчь о дѣйствующемъ правѣ, и помогало бы читателю въ уясненіи природы института, когда рѣчь идетъ о недѣйствующемъ правѣ. Проф. Катковъ не достаточно сконцентрировалъ отдѣльныя условія примѣненія права удержанія, упоминая о нихъ на стр. 46, 47, 51, 54, 55, 64, 132.

Оставляя въ сторонѣ всѣ другія условія примѣненія *jus retentionis*, обычно изслѣдуемые всѣми авторами, упомянемъ объ одномъ лишь *Connexität*, какъ имѣющемъ наибольшее принципиальное значеніе съ точки зрѣнія автора рецензируемаго труда.

Объ этомъ условіи проф. Катковъ говоритъ на страницѣ 132 своего изслѣдованія, не достаточно отдѣляя его отъ вопроса о цѣли права удержанія и отъ предѣловъ его примѣненія. Авторъ представляетъ себѣ *Connexität*, какъ соотношеніе между исполненіемъ и противоисполненіемъ. Онъ говоритъ, что право удержанія имѣетъ мѣсто по отношенію такого исполненія, которое не можетъ состояться средствами самого исполнителя, при отсутствіи содѣйствія самого кредитора, безъ того, чтобы размѣры этого исполненія не превышали само требованіе кредитора (стр. 132). Между тѣмъ та связь, о которой въ данномъ случаѣ идетъ рѣчь, опредѣляетъ соотношеніе между двумя требованіями, взаимно принадлежащими двумъ лицамъ, и при томъ не съ точки зрѣнія количественной разницы между исполненіемъ и противоисполненіемъ, а со стороны природы двухъ правоотношеній или, какъ еще говорятъ, хотя и не вполнѣ точно со стороны связи отношенія съ вещью, которую удерживаютъ, или съ дѣйствіемъ, котораго въ силу права удержанія не исполняютъ.

Разъ авторъ строитъ право удержанія на количественномъ моментѣ, быть можетъ, ему не слѣдовало совсѣмъ обращаться къ понятію *Connexität*, тѣмъ болѣе, что въ предисловіи онъ относится какъ бы отрицательно къ нему и во всякомъ случаѣ не находитъ указаній на это условіе примѣненія права удержанія въ источникахъ римскаго права. Однако же нельзя не отмѣтить, что это понятіе связи между двумя правоотношеніями не можетъ быть чуждо какому бы то ни было праву: оно неизбежно хотя бы и въ отрицательной формѣ, указывающей на ненужность какой-либо связи между двумя обязательствами, изъ которыхъ одно не исполняется въ виду существованія другого. Въ новѣйшихъ законодательствахъ

для гражданско правового *jus retentionis* требуется наличие такой связи, тогда какъ для купеческаго права удержанія она считается ненужной.

Нельзя думать, что и римскіе юристы совершенно не задавались вопросомъ объ этомъ соотношеніи, какъ условіи примѣнимости права удержанія. Быть можетъ, въ такой связи юристы и усматривали ту *justa et rationabilis causa non reddendi*¹⁾, безъ которой удержание *invitis nobis res nostras aius retinere non debeat*²⁾.

Но, если считать выясненной цѣль права удержанія, предѣлы дѣйствія и условія примѣненія, то что же такое представляетъ собой этотъ институтъ?

Мы видѣли, что авторъ усматриваетъ право удержанія тамъ, гдѣ исполнитель своимъ исполненіемъ переходитъ границы своей обязанности въ ущербъ себѣ (115, 122), когда я передаю не только то, что я обязанъ передать, то есть самую вещь, но вмѣстѣ съ тѣмъ нѣчто, отъ меня ушедшее на нее (114). Но, расходуясь на чужую вещь, едва ли я передачей вещи исполняю большее, чѣмъ долженъ, такъ какъ я долженъ передать вещь — и обѣщанную вещь передаю. Излишекъ не входитъ въ исполненіе прежняго обязательства, а создаетъ новое обязательство, въ которомъ я являюсь уже кредиторомъ и которое кто то исполнить въ мою пользу. По этому изъ двухъ формулировокъ, изъ коихъ одну я привелъ, а другая принадлежитъ Срагер и къ которой авторъ присоединяется на стр. 30, слѣдовало бы предпочесть именно эту послѣднюю: право удержанія является правомочіемъ не исполнить своей обязанности. Она не содержитъ признака, который отличалъ бы право удержанія отъ случаевъ, которые авторъ считаетъ мнимыми или даже отъ т. н. *moratorium*. По своему содержанію эта формула, принятая господствующей литературой во главѣ съ Виндшейдомъ является не опредѣленіемъ института, а лишь обозначеніемъ двумя различными словами (удержаніе отъ исполненія и неисполненіе) одного и того же момента. Но, по крайней мѣрѣ, формула Срагер не заключаетъ въ себѣ и невѣрнаго положенія.

Въ другомъ мѣстѣ (132, 172) въ качествѣ признака, объединяющаго всѣ отдѣльные случаи права удержанія авторъ выста-

¹⁾ L. 20 D de A. v. A. P. 41,2.

²⁾ L. 25 § 1. D. sol. matr. 24,3.

вляеть положеніе, что право удержанія имѣеть мѣсто по отношенію такого исполненія, которое не можетъ состояться средствами самого исполнителя, при отсутствіи содѣйствія со стороны кредитора, безъ того, чтобы размѣры этого исполненія не превышали само требованіе кредитора. Присоединенія новаго момента въ понятіе права удержанія, какъ кажется, пронстекаетъ изъ излишней догматизаціи отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ. Такъ, если возьмемъ случай, приводимый самимъ авторомъ на стр. 68, гдѣ говорится, что депозитаръ пользуется правомъ удержанія, но что Юстиніанъ лишилъ его этого права, то мы должны будемъ признать, согласно формулѣ автора, что до Юстиніана исполненіе въ нашемъ случаѣ не могло состояться безъ содѣйствія активнаго субъекта, а послѣ Юстиніана эта невозможность, повидимому, отпала, такъ какъ у депозитара отнято право удержанія. Если далѣе мы возьмемъ дотальныя отношенія (74, 75), то окажется, что право удержанія имѣеть мѣсто въ отношеніи необходимыхъ и чрезвычайныхъ издержекъ и не имѣеть мѣста относительно *impensae utiles*. Почему? Конечно, не потому что въ одномъ случаѣ исполненіе не возможно безъ содѣйствія активнаго субъекта, а въ другомъ оно возможно. Разница между различными видами издержекъ проведена только потому, что необходимые и чрезвычайные издержки кажутся заслуживающими наиболѣе скорой и обезпеченной защиты, чѣмъ издержки полезныя. Такъ думаетъ законодатель или подсказываетъ правосознаніе. Взглядъ на дѣло до Юстиніана былъ одинъ, при Юстиніанѣ онъ измѣнился. Такимъ образомъ, въ данной области дѣйствуютъ не столько неизмѣнныя начала, сколько соображенія пользы и усмотрѣніе. Неопредѣленность и невьясненность института права удержанія сознается очевидно, и самимъ авторомъ, который, отнеся право удержанія къ ученію объ исполненіи обязательствъ, въ другомъ мѣстѣ вынужденъ признать, что положеніе ретентора (въ нѣкоторомъ отношеніи) напоминаетъ положеніе субъекта вещнаго права (47). Быть можетъ, слѣдовало бы нѣсколько долѣе остановиться на этой мысли, хотя бы и для опроверженія ея, и для выясненія истиннаго смысла источниковъ, по которымъ *rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possidentes exceptionem, aut amittendes ad recuperandam eam actionem habemus*¹⁾.

¹⁾ L. 52 D. de A. K. D. 41,1.

Авторъ заканчиваетъ свое изслѣдованіе указаніемъ мѣста для *jus retentionis* въ системѣ гражданскаго права, помѣщая изслѣдованный имъ институтъ въ той части ученія объ обязательствахъ, въ которой излагаются правила объ исполненіи обязательства (177).

Противъ такого рѣшенія вопроса ничего нельзя возразить. Быть можетъ, надо было лишь отмѣтить, что рядъ писателей, въ особенности коммерциалистовъ, излагаютъ институтъ права удержанія въ отдѣлѣ объ обеспеченіи обязательствъ.

Рѣшеніе вопроса, предлагаемое авторомъ, представляется болѣе осторожнымъ и правильнымъ потому, что, хотя право удержанія и служить цѣли обеспеченія обязательства, но оно не вылилось въ самостоятельный институтъ, который могъ бы занять мѣсто рядомъ съ залогомъ. Не претендуя на совершенную точность, которой можно было бы, быть можетъ, достигнуть лишь историческимъ изученіемъ права удержанія, этотъ институтъ слѣдовало бы сопоставить съ родственными ему явленіями въ такомъ предположительно-хронологическомъ порядкѣ:

1. Исполненіе зависитъ отъ противоисполненія: все отношеніе мыслится какъ безусловно единое.

2. Между исполненіемъ и противоисполненіемъ мыслится связь, но не абсолютная, а используемая лишь путемъ *exceptio non adimpleti contractus*.

3. Между двумя требованіями признается наличность *Connexität*, на которой строится особое правооснованіе для неисполненія: право удержанія.

4. Этотъ институтъ права удержанія получаетъ особенно широкое примѣненіе въ отношеніяхъ между купцами, гдѣ не требуется и наличности *Connexität*.

Изслѣдованіе М. М. Каткова принадлежитъ къ числу такихъ работъ, которые привлекаютъ къ себѣ особое вниманіе — какъ удачнымъ выборомъ темы, такъ и интереснымъ выполненіемъ задачи. Сколь не казались бы спорными отдѣльныя утвержденія автора, какъ бы ни были мы далеки отъ единогласнаго рѣшенія отдѣльныхъ вопросовъ, связанныхъ съ правомъ удержанія, — авторъ рецензированнаго труда безспорно продвинулъ вопросъ впередъ, въ особенности тѣмъ, что детально изучилъ первоисточники. Кстати отмѣтить, что эта сторона сочиненія М. М. Каткова является наилучшей и характеризуетъ работу съ методологической точки зрѣнія. Быть можетъ, авторъ

слишком отвлекает вниманіе читателя отъ общаго хода своихъ мыслей, предлагая его вниманію многочисленныя мѣста источниковъ и большія къ нимъ коментаріи. Но въ общемъ счетѣ и это обстоятельство является положительной стороной работы, такъ какъ даетъ читателю въ высшей степени важный матеріаль для провѣрки защищаемыхъ авторовъ положеній. Но здѣсь въ заключеніе рецензіи тщательное изученіе источниковъ римскаго права должно быть поставлено автору въ заслугу въ особенности потому, что такимъ способомъ изученія проф. Катковъ возвратилъ институтъ права удержанія къ его первоисточнику—житейскимъ потребностямъ, изъ которыхъ онъ возникъ. Это важно для дальнѣйшей разработки права удержанія—теперь уже въ ближайшихъ интересахъ современнаго оборота. Какъ уже было упомянуто, М. М. Катковъ въ предисловіи общаетъ изучить право удержанія по германскому гражданскому уложенію и по проекту русскаго уложенія. Рецензируемая работа является необходимой подготовкой для дальнѣйшихъ шаговъ. Изученіе права удержанія по новѣйшимъ кодексамъ—важно какъ для дальнѣйшаго усовершенствованія института права удержанія, такъ и для умѣлаго примѣненія его на практикѣ. Для этихъ цѣлей только что разобранныя работа М. М. Каткова, вмѣстѣ съ имѣющей появиться, явится пока единственной въ русской литературѣ.

