

СИСТЕМА

# Римскаго права.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО.

КОНСПЕКТЪ ЛЕКЦІЙ

Профессора Казанскаго университета

Г. Ѳ. Дормидонтова.

СТУДЕНЧЕСКОЕ ИЗДАНИЕ



КАЗАНЬ.

Типографія Я. Н. ПОДЗЕМСКАГО, Рыбнорядская ул.

СИСТЕМА

# Римская правда.

ОБРАЗЛОЖИТЕЛЬНОЕ ПРЯВО.

КОМПЕТЕНЦИЯ

Профессора Казанского университета

Л. В. Дорониной

СТАВРОПОЛЬСКОЕ ИЗДАНИЕ



КАЗАНЬ

Издательство Казанского университета



# Права обязательствъхья.

## Понятіе обязательства.

Обязательствомъ (*obligatio*) называется такое юридическое отношеіе между двумя или нѣсколькими лицами, въ силу котораго одна сторона—вѣритель (*creditor*) вправе требовать отъ другой—отъ должника (*debitor*) совершенія извѣстнаго дѣйствія, имѣющаго для вѣрителя интересъ. Большинство юристовъ держится того мнѣнія, что интересъ этотъ долженъ быть непременно имущественный, но въ послѣднее время многіе (въ томъ числѣ Герингъ и Виндшейдъ) высказываютъ взглядъ, что предметомъ обязательства можетъ быть и дѣйствіе, не имѣющее имущественнаго интереса для вѣрителя, но представляющее для послѣдняго лишь нравственный интересъ или интересъ личнаго расположенія. Какъ бы то ни было, обязательство безъ интереса для вѣрителя невысказано. А такъ какъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ интересъ этотъ представляетъ собою имущественную цѣнность, или по крайней мѣрѣ всегда подлежитъ денежной оцѣнкѣ, то можно сказать, что на сторонѣ вѣрителя обязательство производитъ увеличеніе имущества, а на сторонѣ должника уменьшеніе имущества. Источники римскаго права даютъ два опредѣленія понятія обязательства: 1) Въ *inst.* кн. 3, tit. 13 пр., гдѣ читаемъ: „*Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae secundum nostrae civitatis jura*“—то есть обязательство есть юридическая связь, вслѣдствіе которой мы по необходимости, силою принуждаемся что-либо выполнить по праву нашего государства; второе опредѣленіе находится въ *Digestaхъ* I. 3 пр. кн. 44. tit. 7, гдѣ читаемъ „*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel aliquam servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat, ad dandum vel faciendum, vel praestandum, то-есть, сущность обязательства состоитъ не въ томъ, чтобы сдѣлать вещь нашей или сервитутъ нашимъ, а въ томъ, что кто-либо принужденъ сдѣлать что-нибудь для насъ*“. Слово „обязательство“ употребляется обыкновенно для обозначенія всего правоотношенія, существующаго между вѣрителемъ и должникомъ, то есть, подъ обязательствомъ понимается какъ право вѣрителя, такъ и обязанность должника въ ихъ совокупности.



Въ этомъ смыслѣ употребляется слово *obligatio* обыкновенно и у римскихъ юристовъ. Но за неимѣніемъ другихъ терминовъ они обозначаютъ часто этимъ словомъ, какъ право вѣрителя въ отдѣльности, такъ и обязанность должника. Затѣмъ словомъ *obligatio* римскіе юристы называютъ также актъ, устанавлиющій обязательство, а равно и документъ, свидѣтельствующій объ обязательствѣ („*obligationem petere*“, напр. обозначаетъ вытребовать документъ, свидѣтельствующій объ обязательствѣ). Употребляется слово *obligatio* также для обозначенія отношенія залогопринимателя къ заложенной вещи—*pignoris obligationem dare—constituere* и т. д. . . .

Изъ приведеннаго выше опредѣленія обязательства ясно, что посредственнымъ предметомъ обязательственнаго права служить не вещь, какъ въ правахъ вещныхъ, и не лицо должника, какъ ошибочно говорятъ нѣкоторые, а дѣйствіе этого обязаннаго лица, положительное или отрицательное. *Obligaciones* суть имущественныя права, поэтому предметомъ ихъ могутъ быть только такія дѣйствія, которыя независимо отъ лица должника сами по себѣ удовлетворяютъ экономическимъ потребностямъ вѣрителя, то-есть которыя могутъ быть сведены къ опредѣленной денежной суммѣ. Но дѣйствія, составляющія предметъ обязательства, могутъ имѣть различное содержаніе, разнообразныя цѣли и предметы, говоря выше приведенными словами Дигестъ, должникъ принуждается *ad dandum, ad faciendum vel ad praestandum aliquid*. Выраженіе *dare* обозначаетъ здѣсь вообще дѣйствіе, состоящее въ предоставленіи вещи (*dare rem*), все равно, имѣетъ ли это доставленіе перенесеніе права собственности по этой вещи, или же предоставленіе вещи съ цѣлью передать право пользованія, или же съ цѣлью передать фактическое господство надъ ней. Въ древности слово *dare* имѣло другое техническое значеніе и означало именно передачу по *jus civile* права собственности квинитеской или установленіе права на нужную вещь „*jus in re*“. Обязательства, цѣлью которыхъ является доставленіе вещи, называются *obligaciones dandi*. Всякое другое дѣйствіе положительное или отрицательное, къ которому можетъ быть обязанъ должникъ, не подходящее подъ понятіе „*dare*“, римляне обозначали словомъ *facere*, и обязательства, имѣющія предметомъ такое дѣйствіе, называли *obligaciones faciendi*. Иногда, впрочемъ, слово *facere* обозначаетъ всякое положительное дѣйствіе, включая сюда и дѣйствія, подходящія подъ понятіе *dare*. Выраженіе *praestare*, которое также употребляется для обозначенія дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства, заключаетъ въ себѣ оба предыдущія понятія, т. е., и *dare* и *facere*, но употребляется также и въ особомъ значеніи, именно въ значеніи—отвѣтствовать за что-либо, какъ, напримѣръ, въ выраженіяхъ: „*culpam praestare, dolum praestare, damnum praestare* (за неосторожность, злой умыселъ, за ущербъ). Выраженіе *secundum civitatis nostrae jura*, которымъ заканчивается вышеприведен-



ное опредѣленіе обязательствъ въ институціяхъ Юстиніана, имѣеть цѣлью указать на обязательства, гарантированныя въ *jus civile*, на *obligationes civiles*, которыя являлись въ римскомъ правѣ обязательствами по преимуществу и которыя отличаются отъ обязательствъ, называемыхъ естественными (*obligationes naturales*), не гарантированныхъ въ *jus civile*. Объ этомъ различіи мы будемъ говорить ниже. Сказаннаго довольно, чтобы уяснить понятіе и природу обязательственныхъ правъ. Изъ предшествующаго ясно, что, хотя многія изъ обязательствъ ведутъ къ предоставленію лицу права собственности или пользованія и хотя предметъ обязательства *est* (имѣеть) денежную цѣнность, но обязательства существенно отличаются отъ вещныхъ правъ тѣмъ, что послѣднія представляютъ собою непосредственную власть надъ вещью и осуществляются независимо отъ другихъ лицъ, тогда какъ обязательственное право, имѣя своимъ предметомъ дѣйствіе лица обязаннаго, необходимо предполагаетъ существованіе этого другого лица. Говоря иными словами, вещныя права, какъ мы видимъ, уже по природѣ своей суть права абсолютныя, а обязательственныя права суть права относительныя. Вещныя права поэтому обязаны уважать всѣ и нарушать ихъ можетъ всякій, а объ уваженіи обязательственнаго права или о нарушеніи его лицомъ, не участвующимъ въ обязательствѣ, не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ только принявшій на себя обязательство обязанъ, конечно, уважать его и только онъ одинъ можетъ его нарушить. Эта разница въ природѣ вещныхъ и обязательственныхъ правъ отражается, какъ извѣстно, и на охраняющихъ эти права искахъ. Отличительная черта обязательствъ отъ вещныхъ правъ проявляется особенно въ неотрѣшимости обязательства отъ устанавливающаго его лица. Объектъ вещнаго права—вещь можетъ переходить отъ одного лица къ другому; право вещное можетъ быть приобрѣтено поэтому по сингулярному преемству. Дѣйствіе-же лица обязаннаго тѣсно связано съ личностью должника, и объектомъ обязательственнаго права оно становится въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ не иначе, какъ по волѣ точно опредѣленныхъ лицъ, виновниковъ обязательства, поэтому обязательственныя права не могутъ переходить по сингулярному преемству къ другимъ лицамъ. Со вступленіемъ въ обязательственное отношеніе новаго лица рождается новое обязательство; иначе говоря, юридическія послѣдствія обязательства тѣсно связаны съ тѣми лицами, которыя участвуютъ въ установленіи его, а на другихъ лицъ эти послѣдствія распространяться не могутъ. Если я на извѣстныхъ условіяхъ обязался построить домъ для А., продать ему лошадь, дать займы извѣстную сумму денегъ, то изъ этого не слѣдуетъ, что я обязался сдѣлать то же для В и С и т. д., для всѣхъ другихъ лицъ. Изъ того, что мнѣ долженъ извѣстную сумму А, не слѣдуетъ, что мнѣ долженъ и В, хотя-бы послѣдній былъ должникомъ А. Принятіе противнаго вело-бы къ страшному и несправед-



ливому ограниченію свободы личности, что совершенно противно духу римскаго права. Если переходъ обязательствъ отъ одного лица къ другому допускается и римскимъ правомъ и новѣйшими законодательствами при преемствѣ универсальномъ, въ наслѣдованіи, то это объясняется отчасти особыми условіями и обстоятельствами посмертнаго перехода имущества, отчасти же исторически сложившимся воззрѣніемъ на наслѣдство, какъ совокупность правъ и обязательствъ умершаго, и на наслѣдника, какъ на продолжателя всѣхъ имущественныхъ отношеній своего предшественника; но и при универсальномъ преемствѣ большинство новѣйшихъ законодательствъ ставятъ переходъ обязательствъ наслѣдодателя къ наслѣднику въ зависимость, съ одной стороны, отъ воли наслѣдника, а съ другой,—отъ воли кредиторовъ наслѣдства. Первый можетъ или отказаться отъ наслѣдства принять его по инвентарю, по описи и оцѣнкѣ, причемъ кредиторы наслѣдодателя получаютъ свое удовлетвореніе лишь изъ имущества послѣдняго, а сами эти кредиторы могутъ хлопотать о дарованіи имъ *beneficium separationis*, т. е. о томъ, чтобы имущество умершаго не смѣшивалось, пока ихъ претензіи къ нему не будутъ удовлетворены, съ имуществомъ наслѣдника и не переходило въ руки послѣдняго.

### Субъектъ обязательства.

Установивъ понятіе обязательства и охарактеризовавъ общую природу обязательственныхъ правъ, перейдемъ къ ученію о субъектѣ обязательства. Для всякаго обязательства необходимы по крайней мѣрѣ два лица—вѣритель и должникъ, т. е. лицо, которому принадлежит право на дѣйствіе другого лица, и лицо, обязанное совершить это дѣйствіе. Юридическая природа нѣкоторыхъ обязательствъ такова, что въ нихъ существуетъ взаимность правъ для обѣихъ сторонъ: каждая изъ нихъ за совершенное дѣйствіе вправе требовать отъ другой стороны, чтобы она также совершила дѣйствіе, какъ эквивалентъ за дѣйствіе первой. Въ такихъ обязательствахъ каждая сторона является и вѣрителемъ, и должникомъ въ одно и то же время, а потому каждая сторона ht свой собственный искъ въ защиту своего права требованія. Такія обязательства называются двусторонними или взаимными, *bilaterales*. Таково, напримѣръ, обязательство, вытекающее изъ договора купли—продажи, *emptio-venditio*. Продавецъ обязуется по этому договору передать вещь или можетъ требовать цѣну вещи, а покупатель обязуется уплатить цѣну вещи и можетъ требовать передачи вещи. Покупщикъ ht здѣсь въ защиту своего права *actio empti*, продавецъ-же *actio venditi*. Таково обязательство изъ договора имущественнаго найма *locatio conductio*, изъ котораго также вытекаетъ два иска: *actio locati* и *actio conducti* (иски, обыкновенно воз-



никающія изъ такихъ обязательствъ по договорамъ, вообще носятъ тѣ же названія, какъ и договоръ.

Этимъ двустороннимъ обязательствамъ противопоставляются обязательства одностороннія (*unilaterales obligationes*); въ нихъ право на чужое дѣйствіе принадлежитъ только одной сторонѣ, которая одна является вѣрителемъ, тогда какъ другая является только должникомъ. Понятно, что изъ одностороннихъ обязательствъ вытекаетъ только одинъ искъ, такъ какъ тутъ право принадлежитъ только одной сторонѣ. Но между односторонними обязательствами различаются обязательства *строго-одностороннія*, каковы: 1) обязательства, вытекающія изъ преступленія, *obligationes ex delicto* (обязательство вора передъ потерпѣвшимъ отъ его преступленія, 2) обязательства строгого права, такъ наз., *obligationes stricti juris*, (напр., обязательственное отношеніе между должникомъ и взаимодавцемъ или между лицомъ, заплатившимъ *по ошибкѣ извѣстную сумму другому лицу*, и лицомъ, принявшимъ эту сумму). Всѣ эти обязательства исключаютъ всякую возможность права должника что-либо требовать по обязательству. Но есть, во вторыхъ, и такія одностороннія по своей сущности обязательства, гдѣ обязанное лицо при исполненіи обязательства можетъ подвергнуться случайно ущербу или вынуждено будетъ сдѣлать издержки по вещи, за которыя вѣритель обязанъ вознаградить его. Право требовать этого вознагражденія и искъ о немъ къ вѣрителю не вытекаетъ въ этомъ случаѣ изъ существа обязательственнаго отношенія, какъ въ обязательствахъ двухстороннихъ, а есть лишь случайное слѣдствіе внѣшнихъ обстоятельствъ. Такой искъ должника не носитъ особаго названія, а называется *actio contraria*, въ противоположность иску, принадлежащему вѣрителю и называемому *actio directa*. Изъ договора поклажи (*depositum*), напр. возникаетъ одно обязательство поклаже-принимателя передъ поклажедателемъ, который можетъ одинъ и имѣть *actio depositi directa*; но и поклажеприниматель съ своей стороны можетъ требовать съ поклажедателя возмѣщенія издержекъ, сдѣланныхъ имъ на предохраненіе вещи отъ порчи, на сохраненіе и поправку ея и т. д., и у него есть къ поклажедателю искъ, который не вытекаетъ изъ существа самаго договора и основаннаго на послѣднемъ обязательства и который называется обратнымъ *actio depositi contraria*, потому только, что въ судѣ противопоставляется иску прямому—*actio directa*. Вслѣдствіе возможности такихъ случайныхъ, обратныхъ, побочныхъ исковъ подобныя обязательства имѣютъ наружное сходство съ двухсторонними.

Прежніе юристы и причисляли ихъ къ послѣднимъ, называя ихъ *obligationes bilaterales inaequales*, въ отличіе отъ дѣйствительно двухстороннихъ обязательствъ, которымъ давали названіе *bilaterales aequales*. Но ясно, что подобное дѣленіе не заслуживаетъ одобренія, ибо обязательства перваго рода суть совершенно одностороннія и право



требованія, искъ въ этихъ обязательствахъ можетъ принадлежать должнику лишь вслѣдствіе какого-либо случайнаго посторонняго обстоятельства, а не вытекаетъ изъ самой сущности обязательственнаго отношенія, какъ въ обязательствахъ взаимныхъ.

Обязательство, по сущности своей взаимное, представляется одностороннимъ въ томъ случаѣ, когда одна сторона выполнила то дѣйствіе, къ которому была обязана, и у нея остается лишь право требованія къ другой, еще не исполнившей своей обязанности, стороны. Добавимъ, что при установленіи взаимныхъ обязательствъ опредѣляется заранѣе обыкновенно: должны ли обѣ стороны исполнять тѣ дѣйствія, къ которымъ обязались, одновременно, или одна изъ нихъ должна исполнить раньше, а затѣмъ ужь должна исполнить другая. При отсутствіи условій на этотъ счетъ, порядокъ исполненія сторонами взаимнаго обязательства можетъ быть опредѣленъ сущностью самаго договора. По существу договора купли—продажи, напр., прежде всего падаетъ на продавца обязанность передать вещь, потомъ уже на покупателя заплатить цѣну вещи. Если лицо, обязанное совершить свое дѣйствіе раньше дѣйствія другой стороны, не исполнивъ своей обязанности, обратится однако къ другой сторонѣ съ искомъ объ удовлетвореніи по обязательству, то противъ этого другая сторона *habet exceptio non adimpleti contractus*.

### Участіе нѣсколькихъ лицъ въ обязательствахъ.

Мы сказали, что для каждаго обязательства необходимы 2 лица вѣритель и должникъ; но возможны случаи, когда на той и на другой: сторонѣ обязательства является нѣсколько лицъ или уже при самомъ установленіи обязательства или впоследствии. Участіе нѣсколькихъ лицъ въ обязательствѣ можетъ встрѣчаться въ различныхъ видахъ. Возможно, во-первыхъ, что обязательство только повидимому представляется единымъ, на самомъ же дѣлѣ распадается на нѣсколько отдѣльных самостоятельныхъ обязательствъ, соотвѣтственно числу лицъ на активной и пассивной сторонахъ, т. е., что каждый изъ нѣсколькихъ вѣрителей *habet* право лишь относительно известной части такого, повидимому единаго, обязательства; съ другой стороны, и каждый изъ должниковъ обязанъ только известной частью такого обязательства. Такія обязательства называются *obligationes pro rata*. Нѣсколько лицъ, напр., обязываются въ одномъ сообща поставить мнѣ известное количество хлѣба, *каждый такую-то долю*. Ясно, что здѣсь будетъ не одно обязательство, а совокупность отдѣльныхъ обязательствъ, каждый изъ должниковъ отвѣтствененъ здѣсь *только за свою долю*, составляющую предметъ обязательства.

Но есть такія обязательства, гдѣ одинъ и тотъ же предметъ во



всей его цѣлости *in solidum* долженъ быть доставленъ нѣсколькимъ кредиторамъ или нѣсколькими должниками и при этомъ такъ, что каждый вѣритель можетъ требовать исполненія всего обязательства, и каждый должникъ обязанъ представить удовлетвореніе по всему обязательству въ цѣлости, хотя по природѣ своей предметъ исполненія, содержаніе обязательства можетъ быть раздѣлено, дѣлимо. Въ этомъ случаѣ обязательство называется солидарнымъ; вѣрители получаютъ названіе *correi stipulandi vel credendi*, а должники *correi promittendi vel debendi* (слово *reus* обозначаетъ отвѣтчика по иску, но римляне распространяли это понятіе на должника по обязательству и на самого вѣрителя, такъ что это слово значить виновникъ обязательства).

Отъ солидарныхъ обязательствъ въ указанномъ смыслѣ надо отличать такія обязательства, гдѣ изъ одного и того-же основанія вытекаетъ для каждаго отдѣльнаго изъ нѣсколькихъ вѣрителей и противъ каждаго изъ нѣсколькихъ должниковъ самостоятельный искъ о всемъ предметѣ обязательства полностью, такъ что удовлетвореніемъ одного изъ вѣрителей не прекращаются права и иски остальныхъ вѣрителей, и удовлетвореніемъ, произведеннымъ однимъ изъ должниковъ, не освобождаются остальные должники. Такое отношеніе можетъ имѣть мѣсто и на сторонѣ вѣрителей и на сторонѣ должниковъ. Нѣсколько человекъ напр., совершили вмѣстѣ воровство *furtum*, каждый изъ нихъ сполна долженъ за себя уплатить положенный за воровство штрафъ. Или: кто-либо нанесъ обиду замужней женщинѣ (*in jure*) такая обида женщины считается одновременно и обидой ея мужа и ея отца и даетъ основаніе къ самостоятельнымъ искамъ со стороны послѣднихъ. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ такъ-же, какъ и въ обязательствахъ по соразмѣрности имѣется въ сущности столько отдѣльныхъ обязательствъ, сколько вѣрителей или должниковъ и между этими обязательствами существуетъ лишь видимая, случайная связь—сходство основаній возникновенія и предмета обязательства. Съ солидарными обязательствами въ собственномъ смыслѣ эти обязательства не имѣютъ ничего общаго, хотя въ источникахъ къ нимъ примѣняются выраженія *in solidum teneri*, и нерѣдко ихъ называютъ солидарными. Солидарныя-же обязательства въ собственномъ смыслѣ имѣютъ своимъ предметомъ не одинаковое только, а одно и то же дѣйствіе, которое только однажды должно быть совершено. Удовлетвореніе, полученное однимъ изъ вѣрителей при этого рода обязательствахъ лишаетъ другихъ права иска съ должника и удовлетвореніе, представленное однимъ изъ содолжниковъ, освобождаетъ другихъ отъ отвѣтственности. Изъ правонарушенія, напр., вытекаетъ обязательство вознаградить потерпѣвшаго за ущербъ; если правонарушеніе совершено нѣсколькими лицами, то всякій изъ нихъ обязанъ вознаградить потерпѣвшаго сполна, но вознагражденіе уплаченное однимъ изъ



виновниковъ освобождаетъ другихъ отъ отвѣтственности по этому обязательству. Словомъ, въ этого рода обязательствахъ и право требованія на сторонѣ вѣрителей и отвѣтственность должника нераздѣльны.

Обязательства этого рода, т. е., солидарныя въ собственномъ смыслѣ слова, могутъ возникнуть по слѣдующимъ основаніямъ:

1) Нѣсколько лицъ сообща совершаютъ правонарушеніе вслѣдствіе чего на всѣхъ падаетъ обязанность вознаградить за ущербъ.

2) Нѣсколько лицъ вслѣдствіе контракта или quasi контракта обязываются нераздѣльнымъ дѣйствіемъ. Напр., нѣсколько лицъ берутъ на сохраненіе вещь и оказываются виновными въ неисполненіи обязательства, въ неосторожности или въ небрежности, въ зломъ умыслѣ и т. д., вслѣдствіе чего возникаетъ у вѣрителя право требовать отъ каждаго изъ нихъ вознагражденія за ущербъ, воспослѣдовавшій отъ неисполненія обязательства. Вознагражденіе, произведенное однимъ, въ подобномъ случаѣ также освобождаетъ прочихъ должниковъ отъ отвѣтственности.

3) Нѣсколько лицъ даютъ кому-либо порученіе оказать кредитъ третьему лицу. Тутъ по причинѣ недѣлимости поручительства каждый изъ поручителей (mandatores) отвѣчаетъ передъ займодавцемъ; каждый обязанъ вознаградить займодавца за всѣ расходы, которые онъ сдѣлалъ по поводу исполненія даннаго порученія; но удовлетвореніе, сполна произведенное однимъ изъ поручителей, освобождаетъ прочихъ отъ отвѣтственности передъ нимъ. Въ новомъ правѣ это правило примѣняется къ векселямъ. Современные юристы выдѣляютъ изъ солидарныхъ обязательствъ, какъ особый видъ, обязательства корреальныя. Источники римскаго права не различаютъ этого послѣдняго вида обязательствъ. Это различіе между солидарными въ тѣсномъ смыслѣ этого слова обязательствами и обязательствами корреальными является созданіемъ нѣмецкой юриспруденціи, потратившей не мало труда на отысканіе основаній этого различія и выясненіе особой природы корреальныхъ обязательствъ. Въ указанныхъ выше обязательствахъ, солидарныхъ въ собственномъ смыслѣ, все-таки есть на лицо нѣсколько обязательствъ, а не одно; но существуютъ и такія обязательственныя отношенія, въ которыхъ дѣйствительно одно и то же обязательство обнимаетъ нѣсколько вѣрителей или нѣсколько должниковъ, такъ что въ этихъ только обязательствахъ вполне примѣнимы выраженія *correi credendi* къ вѣрителямъ и къ должникамъ. Этого рода обязательства и называютъ корреальными. На русскомъ языкѣ такая корреальная отвѣтственность выражается словами: „всѣ и каждый“ или „всѣ за одного и одинъ за всѣхъ“. Какъ при корреальныхъ, такъ и при солидарныхъ, въ собственномъ смыслѣ, обязательствахъ вѣритель можетъ по собственному усмотрѣнію предъявить искъ противъ того или другого изъ содолжниковъ о всемъ предметѣ обязательства сполна, и исполненіе обязательства



однимъ изъ должниковъ освобождаетъ прочихъ отъ отвѣтственности.

Но корреальныя обязательства отличаются отъ солидарныхъ тѣмъ, что сущность корреальныхъ обязательствъ состоитъ именно въ единствѣ обязательства съ нѣсколькими вѣрителями или должниками, то-есть, каждый изъ нихъ является какъ-бы единственнымъ вѣрителемъ или единственнымъ должникомъ (такой-то или такой-то долженъ, между тѣмъ какъ въ солидарныхъ обязательствахъ—такой-то и такой-то). Отсюда вытекаетъ то правило, что всякое дѣйствіе отдѣльнаго участника по обязательству, уничтожающее или измѣняющее самое обязательство въ его сущности, имѣетъ при корреальномъ обязательствѣ полную силу и для остальныхъ участниковъ, какъ будто они совершили это дѣйствіе. Платежъ, напр., произведенный однимъ изъ участниковъ обязательства, однимъ изъ должниковъ и принятіе платы однимъ изъ вѣрителей, прекращаетъ обязательство и для другихъ. Или, напр., прощеніе долга однимъ изъ вѣрителей одному изъ должниковъ влечетъ прекращеніе обязательства для другихъ. Тѣ же послѣдствія влечетъ, напимѣръ, novatio, обновленіе обязательства.

По этому въ процессуальномъ правѣ классическаго періода *litis contestatio* одного изъ вѣрителей съ однимъ изъ должниковъ корреальнаго обязательства, влекла для прочихъ прекращеніе обязательства, такъ какъ *litis contestatio* влекла за собою *consumptio actionis*, уничтоженіе иска или замѣну прежняго обязательства новымъ. Въ обязательствахъ-же солидарныхъ въ собственномъ смыслѣ каждый изъ совѣрителей и содолжниковъ, вступая въ *litis contestatio* принималъ *judicium* только относительно своего собственнаго обязательства—своего собственнаго требованія и прочіе содолжники не освобождались еще послѣ *litis contestatio* вѣрителя съ однимъ изъ нихъ отъ отвѣтственности: только дѣйствительная уплата, дѣйствительное удовлетвореніе однимъ должникомъ снимало и съ другихъ отвѣтственность. Въ Юстіановскомъ правѣ съ уничтоженіемъ консумирующей силы *litis contestatio*, правило, относившееся дотолѣ къ солидарнымъ обязательствамъ, было перенесено и на корреальныя обязательства, такъ что въ процессуальномъ отношеніи между солидарными и корреальными обязательствами въ Юстіановскомъ правѣ нѣтъ уже существеннаго различія.

### Основанія возникновенія корреальныхъ обязательствъ.

Корреальныя обязательства могутъ возникать: во-первыхъ, вслѣдствіе договора; особенно часто они возникаютъ вслѣдствіе такой стипуляціи, въ формѣ которой выражалось, что контрагенты имѣли въ виду единство обязательства, хотѣли этого единства. Определенной



формы для такой стипуляціи не было, а въ каждомъ данномъ случаѣ обращалось вниманіе на то, основательно-ли будетъ допустить такую волю контрагентовъ по свойству обязательства.

*Во вторыхъ*, корреальныя обязательства устанавливаются для того, чтобы обезпечить другое обязательство. Таковъ, напримѣръ случай поручительства; должникъ и поручитель за него состоятъ къ вѣрителю въ корреальномъ обязательственномъ отношеніи, которое прекращается, какъ скоро тотъ или другой изъ нихъ удовлетворяетъ вѣрителя.

*Въ третьихъ*, нерѣдко корреальное обязательство устанавливается завѣщаніемъ. Завѣщатель, напримѣръ, отказываетъ извѣстную сумму въ пользу сторонняго лица и предоставляетъ ему требовать эту сумму отъ любого изъ наслѣдниковъ; всѣ наслѣдники, такимъ образомъ, становятся корреальными должниками лица, въ пользу котораго сдѣланъ отказъ. Или, напримѣръ, завѣщатель дѣлаетъ отказъ альтернативно, въ пользу такого-то или такого-то лица (*huic aut illi do, lego*), наслѣдники, такимъ образомъ, обязываются удовлетворить сполна то или другое лицо. И здѣсь возникаетъ корреальное обязательственное отношеніе; оба легатаря являются здѣсь, какъ *coegri credendi*. Въ теоріи, конечно, можно дѣлать это различіе между солидарными и корреальными обязательствами, можно указывать на то, что солидарное обязательство представляетъ изъ себя нѣсколько обязательствъ, что это есть собственно совокупность ихъ, только что предметъ этихъ обязательствъ одинъ и тотъ-же, а что корреальныя обязательства представляютъ собою дѣйствительно единое обязательство съ нѣсколькими вѣрителями и должниками. На практикѣ-же это различіе, какъ уже сказано, не имѣетъ никакого значенія.

Практическія послѣдствія какъ солидарныхъ, такъ и корреальныхъ обязательствъ одинаковы. Главное изъ этихъ послѣдствій то именно, что каждый вѣритель можетъ предъявить противъ любого изъ должниковъ по своему выбору искъ *in solido*. Какъ въ солидарныхъ, такъ и въ корреальныхъ обязательствахъ платежъ, произведенный однимъ изъ должниковъ, освобождаетъ прочихъ отъ ответственности; съ другой стороны платежъ, принятый однимъ изъ вѣрителей *habet* такое значеніе какъ будто и всѣ другіе вѣрители получили этотъ платежъ. Тоже самое должно сказать и о другихъ способахъ прекращенія обязательства въ его существѣ—способахъ, которые, доставляя удовлетвореніе по обязательству, замѣняютъ платежъ каковы: 1) *novatio* (уничтоженіе прежняго обязательства и установленіе взамѣнъ его новаго) 2) *acceptilatio*, (т. е. заявленіе вѣрителя на вопросъ должника, что удовлетвореніе по обязательству первымъ получено *acceptum est*). 3) *res iudicata*, (судейскій приговоръ, освобождающій должника отъ исполненія обязательства), 4) *jus jurandum delatum* (присяга, составляющая суррогатъ судебного рѣшенія). Но иногда



обязательства вообще прекращаются вслѣдствіе обстоятельствъ, касающихся личности одного изъ участниковъ обязательства, а не существа договора. Къ такимъ способамъ прекращенія обязательствъ относятся, напр.: прощеніе долга одному изъ должниковъ, *capitis deminutio* одного изъ участниковъ обязательства, вслѣдствіе котораго участникъ выбываетъ изъ него, *in integrum restitutio*, или, напр., *confusio*, т. е. случай, когда одинъ изъ должниковъ становится вѣрителемъ (напр., дѣлаясь наслѣдникомъ вѣрителя). Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ выбитіе одного участника изъ обязательства не прекращаетъ правъ прочихъ довѣрителей, не уничтожаетъ обязательствъ прочихъ должниковъ (fr. 19 Д. 45, 2). Замѣтимъ также, что какъ при солидарныхъ, такъ и при корреальныхъ обязательствахъ возможна модификація въ силѣ обязательственнаго отношенія того или другого участника. Такъ, право требованія одного или нѣсколькихъ вѣрителей или обязательство одного изъ нѣсколькихъ должниковъ могло быть отсрочено или могло быть поставлено въ зависимость отъ условія. Должникъ и поручитель, напр., находятся не въ одинаковомъ положеніи относительно отвѣтственности передъ заимодавцемъ: поручитель отвѣчаетъ лишь тогда, когда должникъ окажется несостоятельнымъ.

Какъ солидарныя, такъ и корреальныя обязательства прекращаются для всѣхъ участниковъ вслѣдствіе невозможности исполненія, происходящей отъ случая, *casus*, (напр. при случайной гибели вещи, которую должники обязались доставить). Но если вещь, доставленіе которой составляетъ предметъ обязательства, погибла по винѣ одного изъ должниковъ, то другія содолжники не освобождаются отъ обязанности представить цѣну ея. За ущербъ же, понесенный вѣрителемъ отъ гибели вещи и невозможности ея полученія, отвѣчаетъ передъ нимъ лишь должникъ, виновный въ ея гибели: его вина не можетъ отягощать положеніе другихъ. На этомъ же основаніи и вознагражденіе за ущербъ, происшедшій для вѣрителя отъ просрочки со стороны одного изъ должниковъ въ исполненіи обязательства, падаетъ тоже только на этого должника. Далѣе, какъ въ солидарныхъ, такъ и въ корреальныхъ обязательствахъ прерваніе исковой давности однимъ изъ вѣрителей идетъ впрокъ и другимъ вѣрителямъ. Точно также прерваніе вѣрителемъ давности относительно одного изъ должниковъ идетъ впрокъ и относительно всѣхъ другихъ должниковъ.

Какъ на видимый отличительный признакъ солидарныхъ обязательствъ отъ корреальныхъ нерѣдко указывается на отсутствіе будто бы у послѣднихъ права регресса, т. е. на то, что при корреальномъ обязательствѣ вѣрители не могутъ обратиться къ своему совѣрителю, получившему платежъ съ искомъ о раздѣлѣ этого платежа, что одинъ изъ содолжниковъ, произведшій удовлетвореніе по обязательству



сполна, не имѣть права обратиться съ искомъ къ другимъ содолжникамъ о вознагражденіи его за то, что онъ исполнилъ обязательство за всѣхъ, а въ солидарныхъ обязательствахъ это право регресса должно будто бы непременно имѣть мѣсто. Но Маунз въ своемъ курсѣ справедливо указываетъ, что между существованіемъ въ обязательствахъ права регресса и свойствомъ солидарности или коррeальности обязательствъ нѣтъ никакого отношенія. Наличие или отсутствіе права регресса опредѣляются единственно спеціальными отношеніями, существующими между совѣрителями или содолжниками независимо отъ всякой солидарности, отношеніями, которыя могутъ быть разнообразны въ каждомъ данномъ случаѣ. Такъ, при нѣсколькихъ солидарныхъ вѣрителяхъ надо обращать вниманіе на то, долженъ-ли предметъ обязательства, по существующимъ между сторонами отношеніямъ, поступить къ одному изъ нихъ или-же ко всѣмъ. Въ первомъ случаѣ, если уплата поступила тому именно кредитору, который долженъ получить предметъ обязательства, этотъ кредиторъ и сохранить предметъ у себя; если-же уплату получить другой изъ совѣрителей, то онъ будетъ долженъ передать полученный предметъ обязательства тому, кто имѣетъ право на его полученіе. Если предметъ обязательства долженъ поступить ко всѣмъ совѣрителямъ, то получившій его обязанъ удовлетворить другихъ пропорціонально причитающимся имъ долямъ. Тѣ же правила примѣнимы и къ должникамъ. Представимъ себѣ, говоритъ Маунз, что я обязался солидарно вмѣстѣ съ Петромъ по просьбѣ послѣдняго; причемъ я не извлекаю для себя никакой выгоды изъ обязательства. Очевидно, что въ этомъ случаѣ, если Петръ оказался вынужденнымъ уплатить весь долгъ сполна, то онъ не можетъ имѣть права регресса по отношенію ко мнѣ. Наоборотъ, если я вынужденъ былъ уплатить за него, то я, безъ сомнѣнія, могу требовать съ него уплаты мнѣ всего, что я уплатилъ. Если-же мы съ Петромъ заключили сообща солидарное обязательство, въ которомъ оба имѣли интересъ, то тотъ изъ насъ, который будетъ вынужденъ сполна уплатить по обязательству, можетъ потребовать съ другого возврата той части уплаченнаго, которая падаетъ на его долю, и эта часть не будетъ необходимо  $\frac{1}{2}$ , а она опредѣляется сообразно отношеніямъ, существующимъ между нами въ силу общности нашихъ интересовъ. Такая общность интересовъ и связанное съ нею право регресса имѣютъ мѣсто: между содолжниками, связанными договорами товарищества, между опекунами, гдѣ она ясно освящена закономъ. Опекунъ и попечители же по *epistola divi Hadriani* имѣли *bennficium divisionis*, т. е. могли даже требовать, чтобы вѣритель раздѣлилъ искъ на части и искалъ-бы съ каждаго опекуна или поручителя только то, что падаетъ на его долю, съ тѣмъ однако, что если нѣкоторые изъ такихъ содолжниковъ окажутся несостоятельными, то отвѣтственность за слѣдующій съ нихъ долгъ распредѣляется между остальными соопекунами и попечителями.



Такимъ образомъ, и по праву регресса нѣтъ возможности отличать солидарныя обязательства отъ корральныхъ и поэтому можетъ быть лучше съ практической точки зрѣнія, вопреки мнѣнію, господствующему въ германской литературѣ, вслѣдъ за Maunz'емъ, Brinz'емъ, Van-Vetter'омъ и др. отказаться отъ попытки строгаго различія между этими видами обязательствъ.

### Перемѣна въ лицѣ участниковъ обязательства.

Въ обязательствахъ участники его могутъ перемѣниться. Такая перемѣна возможна: во 1-хъ, въ томъ случаѣ, когда въ одномъ и томъ-же обязательствѣ первоначальный вѣритель дѣлается должникомъ, а должникъ вѣрителемъ; во 2-хъ, такая перемѣна можетъ происходить отъ того, что въ обязательство, остающееся неизмѣннымъ, привходитъ новый вѣритель или новый должникъ. Но субъекты обязательства по римскому праву не могли перемѣниться такъ, чтобы вмѣсто однихъ явились другіе. Уже говорилось ранѣе о тѣсной связи обязательства съ лицомъ, связи, не дозволяющей сингулярнаго преемства въ обязательствахъ: ибо съ перемѣною субъекта перемѣняется и самое обязательство. По отношенію къ обязательствамъ римское право считало возможнымъ и допустимымъ, какъ выше сказано, лишь универсальное преемство. Конечно, можно себѣ представить обязательство въ такой формѣ, гдѣ субъектъ обязательственнаго требованія не обозначенъ индивидуально. Таковы, существующія нынѣ обязательства на предъявителя. Но этого рода обязательства явленіе чуждое римскому быту и праву и появились позднѣе. Римское право знало и охраняло лишь обязательства, заключенныя между извѣстными лицами, опредѣленными при самомъ заключеніи обязательства. Однако обязательственное требованіе есть имущественное право; оно имѣетъ цѣнность, а всякое имущество тогда только выполняетъ свое назначеніе служить удовлетворенію потребностей лица, когда оно можетъ быть отчуждаемо, можетъ переходить изъ рукъ въ руки. Отсюда издавна является естественная потребность сдѣлать возможнымъ передвиженіе обязательства изъ однихъ рукъ въ другія, и невозможность сингулярнаго преемства въ обязательствахъ рано является тяжелымъ бременемъ для экономическаго оборота. Указанная потребность съ теченіемъ времени должна была чувствоваться все сильнѣе; а такъ какъ удовлетворить ее путемъ законодательства въ древнемъ Римѣ было не легко, то житейская практика сама позаботилась объ этомъ удовлетвореніи. Практика указала два пути для достиженія возможности передачи обязательства. Первый состоялъ въ томъ, что вѣритель, желающій произвести отчужденіе своего права требованія, прибѣгалъ къ тому, что понуждалъ должника совершить новую сдѣлку, посредствомъ ко-



торой должникъ обязывался удовлетворить другого вѣрителя, вмѣсто перваго. Такая сдѣлка, обновлявшая обязательство, называется делегацией (delegatio). Названіе объясняется тѣмъ, что въ древности кредиторъ въ буквальномъ смыслѣ слова отсылалъ (delegabat) должника къ другому лицу, чтобы онъ обязался передъ этимъ лицомъ, вмѣсто прежняго вѣрителя. Вѣритель, выступающій изъ обязательственнаго отношенія называется делегантъ (delegans), посылаемый къ новому вѣрителю должникъ называется делегатъ (delegatus), а 3-е лицо, которому должникъ обязывается вмѣсто прежняго кредитора называется делегатарій (delegatarius). Такимъ образомъ, мы видимъ, что здѣсь право прежняго вѣрителя прекращается путемъ новаго договора, и его мѣсто замѣняетъ другой. Этотъ способъ перемѣны субъектовъ обязательства однако во многихъ отношеніяхъ представляется неудобнымъ. Здѣсь нѣтъ собственно передачи существующаго обязательственнаго требованія, а имѣется лишь такъ сказать суррогатъ этой передачи и притомъ далеко несовершенный. Ибо, во 1-хъ, при delegatio прежнее право делеганта совершенно прекращается и право делегатарія есть совершенно новое право, основанное на новомъ обязательствѣ должника и ничѣмъ не связанное съ правомъ прежняго вѣрителя. Между тѣмъ при передачѣ обязательствъ преемственная связь между правомъ передающаго и правомъ получающаго не должна быть игнорируема, такъ какъ она имѣетъ важное практическое значеніе, ее надо признавать для того хотя бы, чтобы делегатарій, въ случаѣ неудовлетворенія его должникомъ могъ обратиться къ прежнему вѣрителю делеганту. Во 2-хъ, делегация не можетъ состояться безъ согласія на это должника, а испросить такое согласіе не всегда легко и удобно. Въ 3-хъ, для совершенія делегации необходима была длинная процедура, обставленная стѣснительными формальностями. Обязательственныя отношенія устанавливались посредствомъ формальныхъ сдѣлокъ съ участіемъ мѣди и вѣсовъ. При делегации необходимо было формальнымъ актомъ прекратить прежнее обязательство (совершить мнимый платежъ прежнему вѣрителю) и другимъ формальнымъ актомъ установить обязательство съ новымъ вѣрителемъ. Продѣлывать все это было довольно затруднительно, все это дѣлало делегацию не особенно удобнымъ средствомъ для передачи обязательствъ; а потому практика позднѣе нашла себѣ другое средство для этой цѣли, болѣе удобное, состоящее въ томъ, что вѣритель безъ согласія должника передаетъ вытекающее изъ обязательства исковое требованіе новому пріобрѣтателю, новому вѣрителю путемъ дачи послѣднему порученія произвести въ качествѣ представителя взысканіе съ должника и притомъ въ качествѣ такого представителя, который можетъ удержать у себя то, что на основаніи даннаго ему порученія онъ получилъ отъ должника, т. е. новый вѣритель выступилъ здѣсь въ качествѣ *praeurator'a in rem suam*. Такая передача называлась *cessio*



obligationis.. Лицо, передающее исковое право называлось цедентомъ (cedens), приобретатель исковаго права назывался цессіонаріемъ, а должникъ, взысканіе съ котораго уступалось, назывался debitor cessus. Предметомъ цессіи является такимъ образомъ не само обязательственное право, а осуществленіе его, исковыя послѣдствія, вытекающія изъ этого права.

Цессіонарій въ искѣ противъ должника формально ведетъ чужое дѣло, защищая права цедента, дѣйствуетъ *alieno nomine* или *procuratorio nomine*, и въ этомъ смыслѣ составляется *intentio* формулы, предъявляемаго имъ иска. Исходъ же иска, по существующему между цессіонаріемъ и кредиторомъ соглашенію, долженъ быть направленъ въ пользу цессіонарія, что выражается въ *condemnatio* исковой формулы. Естественно, правила о представительствѣ въ процессѣ, о прокураторѣ, не примѣняются здѣсь во всей ихъ строгости, что установлены на этотъ случай извѣстныя отклоненія отъ нихъ. Такъ, во 1-хъ, *procurator in rem suam* не обязанъ здѣсь къ строгому выполненію порученія: съ выполненіемъ порученія связанъ лишь его личный интересъ, а потому онъ можетъ не исполнить его; 2) онъ не обязанъ дать отчетъ о веденіи дѣла; 3) не обязанъ къ выдачѣ представляемому имъ цеденту полученнаго по взысканію съ должника и неограниченно распоряжается всѣмъ полученнымъ; 4) со смертію такого *procurator'a* цессіонарія обязательственныя отношенія между нимъ и цедентомъ не прекращаются: право вести процессъ въ качествѣ представителя переходитъ къ его наслѣдникамъ; 5) прекращеніе прокуратуры или порученія по волѣ лица, представляемаго здѣсь не можетъ имѣть мѣста, такъ какъ оно было бы нарушеніемъ права цессіонарія. За то, въ 6-хъ, не имѣетъ здѣсь мѣста возмездность порученія, цессіонарій не можетъ требовать вознагражденія за веденіе дѣла.

Такъ какъ цессія есть не передача обязательственнаго права, а передача осуществленія его, то, слѣдовательно, цедентъ и послѣ цессіи не перестаетъ быть вѣрителемъ; а цессіонарій не сдѣлается вѣрителемъ до тѣхъ поръ, пока онъ не довелъ процесса съ должникомъ до момента *litis contestatio*. Цедентъ, стало—быть, и послѣ цессіи можетъ самъ вмѣсто цессіонарія предъявить искъ противъ должника, и послѣдній долженъ будетъ произвести ему платежъ, такъ какъ отговориться, что у него есть новый вѣритель, должникъ не можетъ. Права цессіонарія до *litis contestatio* его съ должникомъ, такимъ образомъ, легко могутъ быть нарушены кредиторомъ, и является поэтому необходимость въ обезпеченіи правъ цессіонарія, положеніе котораго, не смотря на цессію, является далеко непрочнымъ, особенно въ такихъ случаяхъ, гдѣ по условіямъ обязательства онъ не имѣетъ права тотчасъ предъявить искъ по нему, напр., не истекъ еще срокъ исполненія по обязательству. Обезпеченіе правъ цессіонарія и устраненіе цедента отъ всякаго вліянія на обязательство достигалось въ позд-



пѣйшемъ римскимъ правѣ простымъ увѣдомленіемъ должника о цессіи. По полученіи такого увѣдомленія должникъ не могъ освободиться отъ обязательства уплатить свой долгъ цессіонарію, безъ этого же онъ могъ бы его уплатить цеденту, а не цессіонарію; съ другой стороны, должникъ, получивъ такое увѣдомленіе, освобождался отъ обязательства произвести платежъ по требованію цедента и получалъ противъ такого требованія со стороны послѣдняго *exceptio doti*. Такимъ образомъ цессіонарій былъ гарантированъ отъ нарушенія своихъ правъ. Но, кромѣ цессіонарія, неменьше послѣдняго нуждался въ извѣстныхъ гарантіяхъ должникъ. Цессія совершалась безъ его вѣдома и онъ долженъ былъ имѣть гарантію въ томъ, чтобы положеніе его вслѣдствіе цессіи не сдѣлалась хуже. Эта гарантія лежитъ уже въ самой природѣ цессіи, изъ которой вытекаютъ слѣдующія правила: 1-е) цессіонарій, какъ представитель цедента, вправе требовать отъ должника все то, что могъ бы потребовать отъ него цедентъ, включая сюда всѣ преимущества, связанныя съ правомъ цедента и всѣ тѣ притязанія, какія послѣднимъ пріобрѣтены до цессіи, хотя бы и въ силу принадлежащей ему лично привиллегіи; 2) цессіонарій, если онъ самъ привилегированное лицо, не можетъ пользоваться своими привиллегіями по отношенію къ *debitor cessus*, если эти привиллегіи клонятся къ его выгодѣ и ущербу для послѣдняго.

3) *Debitor cessus* можетъ предъявить противъ иска цессіонарія всѣ тѣ возраженія, которыя ему принадлежали до увѣдомленія его еще о цессіи, напр. всѣ возраженія, вытекающія изъ недѣйствительности обязательства.

Кромѣ этихъ правилъ, гарантирующихъ положеніе должника и вытекающихъ изъ самой природы цессіи, установлены были положительнымъ правомъ разныя предохранительныя мѣры, изъ которыхъ должно упомянуть о двухъ правилахъ: 1) о запрещеніи уступки исковыхъ требованій лицамъ вліятельнымъ, которыя, пользуясь своимъ положеніемъ, могли-бы притѣснять должника и 2) о запрещеніи лицу, купившему долговую претензію (цессіонарію, пріобрѣтшему свое право по покупкѣ—продажѣ), требовать отъ должника сумму большую той, за какую цессіонарій пріобрѣлъ эту долговую претензію отъ цедента. Дѣло въ томъ, что съ обезпеченіемъ правъ цессіонарія на взысканіе съ должника и съ появленіемъ у вѣрителей возможности отчуждать такимъ путемъ долговья требованія, въ Римѣ развилась быстро торговля послѣдними. Явились специалисты по торговлѣ этого рода. Скупщики эти притѣсняли нуждающихся въ деньгахъ вѣрителей, которые иногда поневолѣ соглашались уступить свое требованіе за полцѣны, лишь бы тотчасъ получить деньги. Приведенное сейчасъ запрещеніе цессіонарію, купившему требованіе, искать съ должника сумму, большую уплаченной первымъ цеденту, и употреблялось противъ злоупотребленій со стороны торговцевъ обязательственными



требованиями. Установлено оно императоромъ Анастасіемъ и называется *lex Anastasiana*. Законъ этотъ, какъ и слѣдовало ожидать, не достигъ своей цѣли. Скупщики, въ результатѣ, еще больше стали прижимать нуждающихся въ деньгахъ продавцевъ, а частный кредитъ въ странѣ подорвался. Но обратимся къ цессіи.—*Cessio* можетъ имѣть мѣсто или по волѣ вѣрителя, тогда называется она *cessio voluntaria*—добровольная, или же она могла быть для вѣрителя по закону—*cessio necessaria*. Отъ этого юридическаго основанія *causa sessionis*—зависитъ также рѣшеніе вопроса: отвѣчаетъ-ли цедентъ передъ цессіонаріемъ только за *verum pomen*, т. е. за дѣйствительность существующаго обязательства, подлинность его, или за *bonum pomen*, т. е. за исправность должника. Самое совершеніе *sessionis* состоитъ въ простомъ уполномочіи на веденіе иска (*mandatum*). Когда лицо, обязанное къ цессіи по закону, неосновательно отказывается отъ нея, то лицу, имѣющему право ее требовать, дается, (при помощи фикціи, что *cessio* совершилась), искъ, принадлежащій вѣрителю, какъ *utilis actio*; искъ этотъ и предъявляется противъ должника.

### Объ установленіи обязательственныхъ правъ посредствомъ стороннихъ лицъ.

Мы видѣли, какъ принципъ строгой индивидуальности обязательствъ отразился въ вопросѣ о перемѣнѣ субъектовъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ. Дальнѣйшимъ выводомъ изъ этого принципа строгой индивидуальности обязательствъ было существовавшее уже въ древнемъ правѣ и съ тѣхъ поръ удержавшееся правило, что по обязательственнымъ сдѣлкамъ, напр. по договору, заключенному между свободными лицами, неподчиненными ни чьей власти, не состоящими въ *potestas*, *manus* или *mancipium*, стороннія лица не могли непосредственно сдѣлаться вѣрителями или должниками, а становились вѣрителями и должниками только тѣ лица, при участіи которыхъ возникло обязательственное отношеніе. Но это правило терпѣло, однако, исключенія въ тѣхъ именно случаяхъ, гдѣ приходилось примѣнять другое, тоже весьма древнее, правило строгаго *jus civile*, а именно: что лица подвластныя, сыновья семьи и рабы не могутъ ничего пріобрѣтать для себя, а все пріобрѣтаютъ только для того, въ чьей власти они состоятъ, т. е. для отца или господина, что сами по себѣ, по своей волѣ, *alieno juri subjecti*, не способны путемъ обязательственныхъ сдѣлокъ уменьшить имущество лица, во власти котораго они состоятъ. Это послѣднее правило, стѣснительное для оборота, подвергалось со временемъ значительнымъ модификаціямъ. Сыновья семьи получили право имѣть собственное имущество въ нѣкоторыхъ случаяхъ (*peculium castrense*). Затѣмъ стало представляться несправедливымъ, что отецъ семьи, который могъ обогащаться дѣй-



ствіями сына или раба, имѣющаго *resulium* или просто заключающаго сдѣлку съ сторонними по его приказанію, въ то же время можетъ уклониться отъ отвѣтственности въ томъ случаѣ, когда хозяйство по *resulium*'у его подвластный велъ плохо и надѣлалъ долговъ, или когда сдѣлка, совершенная подвластнымъ по волѣ господина, оказалась невыгодной. Преторъ создалъ процессуальной дѣятельностью цѣлую систему исковъ, особенность которыхъ состояла въ томъ, что посредствомъ ихъ *pater familias*, по извѣстнымъ основаніямъ, могъ быть принужденъ отвѣчать за обязательство, которое приняли подвластныя ему лица. Въ частности такая отвѣтственность могла возникнуть по слѣдующимъ основаніямъ.

1) Если *alieno juri subjectus* заключилъ сдѣлку по приказанію того лица, которому онъ подвластенъ, то вѣрителю по этой сдѣлкѣ принадлежитъ *actio quod jussu*, такъ что поэтому иску лицо, по волѣ котораго сдѣлка заключена, является отвѣтчикомъ, вмѣсто подвластнаго.

2) *Alieno juri subjectus* вступилъ въ обязательство на счетъ своего *resulium*'а; вѣритель имѣетъ въ этомъ случаѣ противъ отца семьи искъ, который называется *actio de resilio*, посредствомъ котораго онъ можетъ требовать изъ *resulium*'а удовлетвореніе на сколько послѣдняго достанетъ. При чемъ *pater familias* имѣетъ *deductio*, т. е. право вычесть изъ *resulium*'а все то, что фактически обладатель *resulium*'а ему задолжалъ.

3) Когда подвластнымъ заключенъ договоръ, въ интересѣ отца, хотя и безъ его вѣдома, доставившій отцу дѣйствительную выгоду, то стороннее лицо имѣетъ противъ отца семьи искъ *actio de in rem verso*, т. е. искъ о томъ, что обращается въ пользу имущества отца семьи.

4) Когда подвластный съ вѣдома отца семьи велъ на счетъ своего *resulium*'а торговлю или ремесло, то вѣрители его по этой торговлѣ и по этому ремеслу имѣютъ по преторскому эдикту преимущественное право на удовлетвореніе изъ товара, входящаго въ составъ *resulium*'а. *Pater familias* не имѣлъ тутъ *deductio*, а какъ и всѣ другіе вѣрители получалъ удовлетвореніе по соразмѣрности. Если *pater familias* отказывался, при этомъ, выдать *resulium* въ раздѣлъ или неправильно дѣлилъ его, то кредиторы имѣли искъ, называемый *actio tributoria* (аналогичный съ *actio de resilio*) искъ о раздѣлѣ товаровъ, входящихъ въ составъ *resulium*'а.

5) Когда *alieno juri subjectus* былъ назначенъ домохозяиномъ, какъ *exercitor navis*, т. е. въ управители корабля или судна, перевозящаго грузы, или когда домохозяинъ дѣлалъ своего подвластнаго завѣдующимъ всѣми его дѣлами, главнымъ приказчикомъ (*institor*), то вѣрители по обязательствамъ, заключеннымъ такими управителями кораблей и прикащиками, имѣютъ къ домохозяину, отъ имени котораго послѣдніе ведутъ дѣла, въ 1-мъ случаѣ *actio exercitoria*, а во 2-мъ *actio institoria*.—Эти иски, какъ *utiles*, допускались и по сдѣлкамъ,



заключеннымъ съ свободными, несостоящими подъ властью управителями кораблей и прикащиками, именно, по образцу *actio institoria* давался въ послѣднемъ случаѣ искъ *actio utilis quasi institoria*.

Итакъ на пассивной сторонѣ обязательства является возможнымъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ распространение его дѣйствія и на лицъ, не участвовавшихъ непосредственно въ установленіи обязательства. Но относительно активной стороны обязательства и въ позднѣйшемъ правѣ сохранилось правило, что лицо свободное, вступая въ сдѣлку, хотя бы въ качествѣ представителя по довѣренности или по должности, становится только само вѣрителемъ по обязательству. Лица представляемыя могли только косвенно пріобрѣтать обязательственныя права посредствомъ цессіи искового права отъ представителя. Это неудобство впоследствии было смягчено тѣмъ, что лицо представляемое могло принудить представителя къ цессіи и пріобрѣтеннаго имъ права, т. е. здѣсь имѣло мѣсто *cessio necessario*, и въ случаѣ отказа въ ней со стороны повѣреннаго, лицо представляемое получало *actio utilis*, т. е. дѣло обсуждалось такъ, какъ будто повѣренный уступалъ искъ, хотя онъ на самомъ дѣлѣ и не уступалъ его. Такой фиктивный искъ назывался *actio utilis quasi ex jure cesso*. Первый исторически намъ извѣстный случай примѣненія этой фикции относится ко времени Антонина Пія, который разрѣшилъ примѣнить ее къ случаю продажи наслѣдства (*cessio hereditatis*) со всѣми входящими въ составъ его требованіями. Въ силу такой продажи продавецъ обязанъ не только передать покупщику всѣ вещи, входящія въ составъ наслѣдства, но и перенести на покупщика всѣ иски, уступить ихъ ему; но при этомъ не требовалось, чтобы эта уступка искомъ дѣйствительно была произведена, а покупщику наслѣдства въ силу самой купли—продажи дозволили искать съ должниковъ наслѣдства, такъ какъ будто онъ получилъ довѣренность отъ продавца (*actione utili quasi ex jure cesso*). Позднѣе этотъ пріемъ былъ примѣненъ и къ другимъ случаямъ, гдѣ имѣетъ мѣсто препорученіе (*mandatum*), обобщая которые можно выставить, какъ общее правило, что тотъ, кто по закону имѣетъ право требовать цессіи обязательства, всегда, не дожидаясь исполненія этого требованія, можетъ искать съ должника по этому обязательству *utiliter quasi ex jure cesso* и искъ въ данномъ случаѣ будетъ имѣть всѣ тѣ послѣдствія и тотъ же характеръ, какъ тотъ, который могъ бы быть вчиненъ въ силу формальнаго уполномочія вѣрителя. Но для того, чтобы этотъ искъ имѣлъ силу, необходимо, чтобы само обязательство не было еще погашено должникомъ по отношенію къ прежнему вѣрителю. Въ противномъ случаѣ по иску *utilis* истецъ ничего не получитъ съ должника и не будетъ имѣть права требованія къ прежнему вѣрителю, если *cessio* не была совершена ранѣе удовлетворенія должникомъ первоначальнаго вѣрителя. Особый случай установленія обязательствъ черезъ другихъ лицъ представляетъ отвѣт-



ственность, вытекающая изъ права нарушеній, совершаемыхъ лицами подвластными. Состоящій подъ властью, хотя и самъ отвѣтствененъ за совершенныя имъ правонарушенія, но вмѣстѣ съ тѣмъ лицо, потерпѣвшее отъ деликата, въ этомъ случаѣ можетъ обратиться къ отцу или господину этого подвластнаго съ соотвѣтствующимъ искомъ, по которому послѣдній или обязанъ представить *litis aestimatio*, т. е. вознаградить за ущербъ по судебной оцѣнкѣ и заплатить штрафъ—что технически называлось „*noxiam sareire*“ или же освободиться отъ отвѣтственности передъ истцомъ черезъ выдачу виновника ущерба (*noxae deditio*). Возможно, что въ древности домовладыка при преступленіяхъ подвластныхъ былъ обязанъ именно къ *noxae deditio* и могъ лишь отъ этой обязанности освободиться посредствомъ *litis aestimatio*.

*Noxalium actionum vis et potestas haec est, ut si damnati fuerimus, liceat nobis deditio, ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem.* Gaius I. 1. pr. Dig. de noxalibus actionibus 9, 4. Сила, значеніе исковъ называемыхъ *noxales* и состоитъ въ томъ, что если мы будемъ присуждены, то позволено намъ избѣжать уплаты присужденнаго посредствомъ выдачи того тѣла, которое причинило ущербъ“.

Самый терминъ *actio noxalis* не переводимъ точно на русскій языкъ, да и латинскіе грамматикѣ, очевидно, затруднялись въ объясненіи словъ *noxa*, *noxia*. Въ инст. Юст. читаемъ (§ 1. Inst. de nox. action. 4. 8.): „*Noxa est corpus quod nocuit i. e. servur, noxia ipsum maleficium*“ (Noxa называется тѣло, которое причинило вредъ, т. е. рабъ, *noxia* самое преступленіе). Грамматикъ Сервій говоритъ: „*noxia cupla est i. e. peccatum, noxa autem poena*“, а Фестъ говоритъ: „*noxia damnum significat; noxa peccatum, aut, pro peccato poenam*“. Болѣе подробное изложеніе вопроса объ искахъ этого рода и объ отвѣтственности, вытекающей изъ правонарушеній, совершенныхъ подвластными (сыновьями семьи и рабами) мы отложимъ до того отдѣла нашего курса, въ которомъ будетъ рѣчь объ обязательствахъ, вытекающихъ изъ правонарушеній *ex delicto* и какъ бы изъ правонарушеній—*quasi ex delicto*.

### Объектъ обязательственнаго права.

Предметъ обязательства есть дѣйствіе должника, положительное или отрицательное, дѣйствіе, имѣющее, какъ было сказано, экономическое значеніе для вѣрителя, способное быть выраженнымъ въ денежной суммѣ. Но не всякое дѣйствіе можетъ быть предметомъ обязательства. Чтобы быть предметомъ обязательства, дѣйствіе должно быть возможнымъ, фактически осуществимымъ. *Nemo potest ad impossibile obligari. Impossibillium nulla est obligatio.* L. 185. D. de R. J. 50. tit 17); далѣе—дѣйствіе должно быть нравственно дозволеннымъ, т. е.



не должно нарушать доброй нравственности, не должно направляться contra bonos mores. Итакъ дѣйствія невозможныя и безнравственныя не могутъ быть предметомъ обязательства. Кромѣ того, не могутъ быть предметомъ обязательства дѣйствія совершенно неопредѣленныя, т. е. такія, содержаніе которыхъ никоимъ образомъ нельзя опредѣлить. „Я напр. обязуюсь тебѣ продать нѣкоторое количество хлѣба“ и т. д. Но между совершенной неопредѣленностью предмета обязательства, дѣлающей обязательство ничтожнымъ, и полной опредѣленностью есть, разумѣется, середина, существуетъ, конечно, нѣсколько степеней опредѣленности. Такъ, предметъ обязательства можетъ быть намѣренно неопредѣленъ въ точности той или другой стороною, съ тѣмъ, чтобы этотъ предметъ былъ опредѣленъ по усмотрѣнію сторонняго лица, въ зависимости отъ мнѣнія котораго стороны ставятъ точное опредѣленіе предмета обязательства. Такое обязательство дѣйствительно; но можетъ, конечно, случиться, что стороннее лицо не будетъ имѣть возможности или не захочетъ высказаться, тогда сдѣлка между сторонами, разумѣется, не состоится.

### Obligaciones alternativas et simplices.

Иногда предметъ обязательства не опредѣляется окончательно сторонами съ той цѣлью, чтобы предоставить окончательное опредѣленіе его усмотрѣнію одного изъ контрагентовъ. Обязательства этого рода также дѣйствительны. Подобное предоставленіе одному изъ контрагентовъ права опредѣлять по своему усмотрѣнію предметъ имѣетъ мѣсто въ обязательствахъ называемыхъ альтернативными. Альтернативныя обязательства (obligaciones alternativas) иначе раздѣлительныя, это такія, предметъ которыхъ составляютъ нѣсколько дѣйствій, но такъ, что совершеніемъ одного изъ этихъ дѣйствій обязательство со стороны должника прекращается. Напр. должникъ обязуется продать кредитору раба Стифа или раба Памфила, причемъ отъ должника зависитъ доставить кредитору того или другого раба изъ обѣщанныхъ. Такимъ образомъ въ обязательствахъ этого рода нѣсколько дѣйствій составляютъ предметъ обязательства, но выполненію подлежитъ лишь одно изъ этихъ дѣйствій, при чемъ право выбора этого дѣйствія, по соглашенію установившихъ обязательство сторонъ, можетъ принадлежать или самому должнику, или кредитору, или даже третьему лицу. Если въ актѣ, устанавливающимъ обязательство этого рода не сдѣлано никакихъ опредѣленій на этотъ счетъ, то право выбора по общему и основному правилу римскаго права должно принадлежать должнику. L. 10, § 6. D. 23, 3. Quum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licebit tibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod praestiturus sis.—„Когда безусловно я стипулировалъ, что ты обязуешься дать мнѣ то или это, такъ позволяется



тебѣ, сколько хочешь разъ, мѣнять свое желаніе (намѣреніе) относительно того, что именно ты мнѣ предоставишь; правило это вполне справедливо, ибо оба дѣйствія одинаково составляютъ предметъ обязательства и исполненіемъ любого изъ нихъ должникъ долженъ считаться удовлетворившимъ по обязательству. Но это позволеніе должнику мѣнять свое желаніе относительно выбора предмета исполненія, иначе говоря, самое право выбора принадлежитъ должнику только до момента исполненія обязательства. Если должникъ, конечно, по ошибкѣ, выполнитъ всѣ или нѣсколько изъ указанныхъ въ альтернативномъ обязательствѣ дѣйствій, то онъ имѣетъ право на обратное требованіе того или другого дѣйствія по своему выбору. Однако отъ указаннаго сейчасъ общаго правила о принадлежности права выбора должнику возможны исключенія въ слѣдующихъ случаяхъ. Во 1-хъ, тогда, когда должникъ по альтернативному обязательству даже послѣ судебного рѣшенія не выплатилъ долга. Въ этомъ случаѣ кредитору должно быть предоставлено право указать тотъ предметъ, который онъ желаетъ получить въ удовлетвореніе по альтернативному обязательству. Въ 2-хъ, по особому соглашенію между сторонами выборъ, какъ уже сказано, можетъ быть предоставленъ или кредитору или стороннему лицу. Когда выборъ предоставленъ кредитору, то онъ можетъ осуществить его вплоть до дѣйствительнаго исполненія обязательства. До этого момента даже по предъявленіи иска, онъ имѣетъ еще *jus variandi*, т. е. можетъ измѣнить свой выборъ. Право выбора, принадлежащее кредитору, переходитъ къ его преемникамъ, (т. е. наследникамъ или къ цессіонарію). Если кредиторъ замедлитъ осуществленіемъ своего права выбора, то должникъ не обязанъ дожидаться, когда угодно будетъ кредитору указать, что именно онъ желаетъ получить, и должникъ поэтому можетъ въ такомъ случаѣ предложить одинъ изъ предметовъ въ уплату, такъ какъ кредиторъ не можетъ ставить препятствій къ исполненію обязательства должникомъ.

Когда выборъ предмета исполненія представленъ третьему лицу, то отъ изъявленія воли этого лица можетъ быть поставлена въ зависимость или самая дѣйствительность соглашенія объ обязательствѣ, или же лишь избраніе этого или другого способа исполненія. Въ первомъ случаѣ, если 3-е лицо не дѣлаетъ выбора, то вся сдѣлка теряетъ силу, а во 2-хъ вмѣсто третьяго лица рѣшеніе о выборѣ предмета исполненія можетъ быть дано опредѣленіемъ судьи. Случайная потеря одного изъ предметовъ изъ альтернативнаго обязательства не освобождаетъ должника отъ обязанности доставить другой оставшійся предметъ, такъ какъ оба предмета одинаково входятъ въ составъ обязательства. Но такъ какъ случайная гибель вещи не должна служить въ ущербъ лицу обязаннаго къ выгодѣ кредитора, то должнику въ этомъ случаѣ дозволяется погасить свое обязательство уплатой



цѣны погибшей случайно вещи, что можетъ быть для него выгодно, если эта вещь стоила дешевле остающейся въ предметѣ обязательства. А обязался В доставить женщину или вазу (видѣли, вѣроятно, снимокъ съ извѣстной картины Семирадскаго) ваза разбилась случайно, такъ А можетъ выплатить цѣну вазы, а рабыню удержать у себя, если найдетъ это выгоднымъ. Если же оба предмета случайно погибнутъ, то должникъ вовсе освобождается отъ обязательства.

Если одна вещь гибнетъ по винѣ должника, то кредиторъ можетъ требовать непременно другую остающуюся вещь. Если потомъ и эта вещь гибнетъ по винѣ должника, то кредиторъ можетъ требовать цѣну этой послѣдней погибшей вещи. При одновременной уtratѣ обѣихъ вещей по винѣ должника, послѣдній обязанъ уплатить стоимость одной изъ нихъ, по своему усмотрѣнію. Въ этомъ случаѣ, когда выборъ принадлежитъ кредитору, при послѣдовательной потерѣ обѣихъ вещей кредиторъ можетъ потребовать и цѣну вещи ранѣе погибшей, такъ какъ кредиторъ не можетъ быть лишенъ, по винѣ должника, права выбора.

Если одна вещь погибла случайно, а другая по винѣ должника, то послѣдній обязанъ уплатить стоимость той вещи, которой самъ пожелаетъ, ибо уже при случайной гибели первой вещи должникъ имѣлъ право погасить обязательство представлениемъ ея цѣны, и нѣтъ основанія лишать его этого права, хотя 2-я вещь и погибла по его винѣ. Наоборотъ, когда первая вещь погибла по винѣ должника, а 2-я случайно, то кредиторъ имѣетъ право на стоимость послѣдней. Должникъ не освобождается здѣсь отъ отвѣтственности, потому что по его винѣ кредиторъ поставленъ въ худшее положеніе. Если же кредитору принадлежитъ въ этомъ случаѣ право выбора, то онъ можетъ требовать и стоимость первой вещи. Вещь можетъ погибнуть и по винѣ кредитора, тогда должникъ можетъ зачесть ее въ погашеніе обязательства или же, представивъ въ уплату по обязательству остающуюся вещь, требовать съ кредитора стоимость погибшей вещи. Если обѣ вещи погибли по винѣ кредитора, то должникъ освобождается отъ обязательства и можетъ, кромѣ того, потребовать стоимость болѣе дорогой по цѣнѣ вещи, или если выборъ принадлежитъ кредитору, то въ погашеніе обязательства идетъ вторая вещь, а по первой кредиторъ выплачиваетъ стоимость, такъ какъ послѣ гибели первой вещи предметомъ обязательства оставалась только 2-я, гибелью которой оно и погашается. Возможны и другія комбинаціи при обязательствахъ этого рода и всѣ эти комбинаціи рѣшаются по указаннымъ сейчасъ началамъ. Подробности объ обязательствахъ этого рода найдете между прочимъ въ сочиненіи Бернштейна: „Раздѣлительное обязательство“.

Отъ раздѣлительныхъ обязательствъ слѣдуетъ отличать факультативныя или замѣнительныя обязательства. Эти обязательства, имѣ-



ющія своимъ предметомъ одно дѣйствіе, но съ предоставленіемъ должнику права погасить обязательство посредствомъ другого дѣйствія, или съ предоставленіемъ кредитору права требовать по желанію другого дѣйствія. Въ этихъ случаяхъ, т. е., если въ обязательствѣ состоитъ одна опредѣленная вещь, а погашено оно можетъ быть предоставленіемъ другой вещи, имѣется *una res in obligatione et altera in facultate solutionis*. Эта вторая вещь не составляетъ предмета обязательства и поэтому, если дѣйствительный предметъ обязательства погибнетъ, то должникъ не обязуется уже ничѣмъ передъ кредиторомъ.

Альтернативнымъ обязательствамъ противопоставляются обязательства простые *simplices*, гдѣ одинъ предметъ исполненія. Между простыми различаются обязательства родовыя *obligationes generis*, т. е. такія, въ которыхъ вещь, составляющая предметъ обязательства, опредѣляется только по родовымъ признакамъ (напр. я обязуюсь доставить лицу В. лошадь, не опредѣляя какую именно, или 50 мѣшковъ пшеницы, 100 сосновыхъ бревенъ и т. д.) и видовыя—*obligationes speciei* напр., обязуюсь В дать такую именно лошадь, прислать такую то картину и т. п. Разница между этими обязательствами сказывается, именно, въ томъ, что при видовыхъ обязательствахъ должникъ долженъ заботиться о сохраненіи вещи до исполненія обязательства и не отвѣчаетъ лишь за случайную ея гибель, освобождаясь въ этомъ случаѣ отъ обязательства. При родовыхъ же обязательствахъ должникъ имѣетъ полную свободу выбирать между вещами даннаго рода ту, которую онъ предоставитъ кредитору въ удовлетвореніе обязательства, и, если выбранная имъ вещь погибнетъ до исполненія обязательства, хотя бы отъ случая, то онъ не освобождается отъ исполненія обязательства, такъ какъ можетъ исполнить его доставленіемъ другой вещи того же рода. Кредитору въ этомъ случаѣ не принадлежитъ, по правилу, право выбора, онъ долженъ довольствоваться той вещью, которую ему доставятъ лишь бы эта вещь удовлетворяла природнымъ или выговореннымъ родовымъ признакамъ. (Я могу, напр. выговорить, чтобы мнѣ доставили не просто лошадь, а лошадь такой то породы, такого то роста, или такой то масти). По договору между сторонами и кредиторъ можетъ получить право выбора родовыхъ обязательствъ.

Въ одномъ только случаѣ право выбора, по закону, дается въ родовыхъ обязательствахъ кредитору, а именно, легатарю, когда ему отказана опредѣленная родовымъ признакомъ вещь изъ наслѣдства, принадлежитъ право выбрать любую изъ этого рода вещей, входящихъ въ составъ наслѣдства. Должникъ можетъ измѣнить свой выборъ до самой уплаты и кредиторъ до *litis contestatio*. Стороны могутъ предоставить выборъ и третьему лицу.



## Obligaciones certae et incertae.

То обстоятельство, что дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, или можетъ быть опредѣлено съ точностью при самомъ возникновеніи обязательства, или же можетъ не подлежать такой опредѣленности, побудило римлянъ отличать *obligaciones certae* отъ *obligaciones incertae*. Подъ первыми разумѣли римляне обязательства, предметъ которыхъ опредѣленъ точно, къ каковымъ относятся только обязательства, имѣющія своимъ содержаніемъ *dare*, иначе говоря, передачу точно опредѣленныхъ вещей и этимъ *obligaciones certae* противоплавали *obligaciones incertae*, каковы всѣ обязательства, предметомъ которыхъ служить *facere*, обязательства что-либо сдѣлать, а также и тѣ изъ обязательствъ *dare*, гдѣ не опредѣлено съ полной точностью, какую именно вещь, какого качества и въ какомъ количествѣ обязанъ представить *debitor*, такъ что всѣ обязательства *in genere* и обязательства альтернативныя будутъ *incertae obligaciones*, хотя предметъ ихъ составляетъ *dare*. Указанное дѣленіе обязательствъ на *certae* и *incertae* имѣло преимущественно процессуальное значеніе и находилось въ связи съ дѣленіемъ исковъ *stricti juris*.

Обязательствамъ *certae* соотвѣтствовали *condiciones*, интенція которыхъ клонить къ *certum dare*, *oportere*, т. е. къ доставленію вещнаго права, признаваемого въ *jus civile* и охраняемого искомъ *juris civilis*, напр. къ доставленію квинтской собственности, къ доставленію сервитутнаго права, по вещамъ, опредѣленнымъ точно во всѣхъ отношеніяхъ. Обязательствамъ *incertae* соотвѣтствовали *condiciones*— интенція которыхъ клонилась къ *quidquid dare, facere, oportere*, совершенію дѣйствій, неопредѣленныхъ во всѣхъ отношеніяхъ, гдѣ неопредѣлено вполне ясно, *quid, quale, quantum*, подлежитъ исполненію. Въ *fr. 74 и 75, Дигестъ кн. 45. tit. Гай* и Ульпіанъ вполне ясно опредѣляютъ основанія различія между указанными сейчасъ видами обязательствъ. Практическое значеніе этого различія выражалась въ процессѣ, главнымъ образомъ въ большемъ или меньшемъ просторѣ дѣятельности судьи при изслѣдованіи спорнаго отношенія и постановленіи рѣшенія по иску. Какъ скоро предметъ иска былъ *certum*, судья былъ ограниченъ данной ему формулой и ему приходилось рѣшить только, имѣетъ ли истецъ право на полученіе вещи; если же предметъ былъ *incertum*, то судья подлежитъ рѣшить вопросъ не только о правѣ, но и опредѣлить качество и количество вещей, которыя долженъ доставить отвѣтчикъ.

## Obligaciones dividuae et individuae.

По природѣ предмета исполненія, или точнѣе, по свойствамъ той конкретной цѣли, которую въ каждомъ обязательствѣ вѣритель



вправѣ ожидать отъ совершенія должникомъ дѣйствія, составляющаго объектъ обязательства, различаются обязательства дѣлимыя и недѣлимыя (*obligationes dividuae* и *individuae*). Замѣтимъ, что дѣйствие должника, составляющее непосредственный объектъ обязательства всегда недѣлимо. Дѣлимость же въ обязательствахъ зависитъ отъ того, можетъ ли экономическій результатъ, составляющій содержание обязательства, безъ всякаго вреда для существа и цѣнности обязательства быть раздѣленъ на нѣсколько отдѣльныхъ другъ отъ друга независимыхъ частей, или нѣтъ. Иначе—если требованіе и удовлетвореніе по обязательству можетъ раздѣляться на нѣсколько отдѣльныхъ требованій и удовлетвореній, которыя, вмѣстѣ взятыя, составляютъ опять-таки первоначальное обязательство—такое обязательство будетъ дѣлимымъ. Напр. обязательство уплатить 1000 р. дѣлимо: его можно выполнить и въ одинъ разъ и въ 5 приемовъ.

Напротивъ, когда такое разложеніе исполненія на части не возможно безъ вреда для существа и цѣнности предмета обязательства, тогда обязательство будетъ недѣлимымъ, напр. доставить лошадь для поѣздки, продать домъ и т. д.

Чтобы знать, въ какихъ случаяхъ обязательства дѣлимы и въ какихъ недѣлимы, нужно различать обязательства, имѣющія цѣлью *dare* и обязательства, имѣющія цѣлью *facere*. Между первыми тѣ, цѣлью которыхъ является *dare* тѣлесной вещи, другими словами, перенесеніе собственности по матеріальному объекту, суть обязательства дѣлимыя, если только вещь, подлежащая передачѣ индивидуально опредѣлена. То обстоятельство, что сама вещь физически не можетъ быть раздѣлена на части (лошадь напр.) не имѣетъ при этомъ никакого значенія, ибо вещь можетъ принадлежать нѣсколькимъ собственникамъ сообща и каждый изъ собственниковъ можетъ передать свое право собственности на интеллектуальную часть вещи. См. *fr. 9. § 1 D. 46. 3. Qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur*, а также *fr. 2. § 3 D. 45. 1.* и друг. Напротивъ, обязательства, имѣющія цѣлью *dare* тѣлесной вещи, недѣлимы, если эта вещь опредѣляется альтернативно или *in genere*, т. е. иначе *obligationes alternativae* и *obligationes generis* недѣлимы. Это понятно. А. обязался передъ В. передать послѣднему въ собственность лошадь, неопредѣляя послѣднюю индивидуально; если А. передаетъ В. половину (интеллектуальную конечно) одной лошади и половину другой, то это не значитъ, что А тогда исполнитъ свое обязательство передъ В. Другой примѣръ. Мевій обязался Сею доставить въ собственность раба Стиха или раба Памфила, если онъ передалъ Сею  $\frac{1}{2}$  собственности на Стиха и половину на Памфила, то онъ не исполнилъ обязательства. Замѣтимъ однако, что недѣлимость обязательствъ альтернативныхъ и родовыхъ только относительная, существующая лишь при извѣстныхъ условіяхъ. Если напр. А. обязался представить въ собственность В.



не одну лошадь, а 4-хъ лошадей не опредѣленныхъ индивидуально; такое обязательство все-таки дѣлимо. Если во 2-мъ примѣрѣ Мевій передаетъ Сею сначала одну половину собственности на раба Стиха, а потомъ другую половину собственности на того же раба, то онъ исполнить передъ Сеемъ свое обязательство. Есть даже цѣлая группа родовыхъ обязательствъ, безусловно дѣлимыхъ, это тѣ, объектомъ которыхъ является доставленіе суммы вещей *fungibiles*, особенно денежной суммы.

Изъ обязательствъ, имѣющихъ предметомъ дачу вещи безтѣлесной (*res incorporalis*) недѣлимы тѣ, которыя имѣютъ цѣлью установленіе сервитута, за исключеніемъ *usufructus*, ибо сервитуты, за исключеніемъ послѣдняго, недѣлимы. Напротивъ, доставленіе права ипотечнаго или права зморитевтнаго, конечно, дѣлимо столько же, какъ и доставленіе вещи въ собственность.

Обязательства *faciendi*, вообще говоря, недѣлимы, ибо что не сдѣлано сполна, то вовсе не сдѣлано. Созданіе какого-либо произведенія *opus* не можетъ быть разложено на части. См. fr. 80 § 1. D. кн. 35. tit. 2. Однако обязательства исполнить работы, которыя имѣютъ характеръ замѣнимыхъ „*fabriles operae quae quasi in re-suniae praestatione consistunt*“, могутъ быть конечно, исполнены по частямъ, слѣдовательно дѣлимы. (Напр. обязательство проработать нѣсколько рабочихъ дней) См. fr. 6. Dit. 38. 1. fr. 3. § 1. fr. 8 pr. fr. 9 и fr. 15. § 1. D. *codem.* и т. д. Наконецъ обязательства, которыя имѣютъ своимъ предметомъ отрицательныя дѣйствія, *obligationes non faciendi* также недѣлимы. См. fr. 85. § 3. fr. 2. § 5. D. 45. 1. Но какъ между обязательствами *faciendi*, такъ и между обязательствами *non faciendi* есть нѣкоторыя преторскія стицуляціи, цѣль которыхъ заключается не столько въ самомъ исполненіи ихъ, сколько въ правѣ требовать въ случаѣ неисполненія ихъ уплаты убытковъ и интереса, т. е. денежной суммы. Этого рода обязательства могутъ быть дѣлимы. Таковы напр. *stipulatio judicatum solvi, damni infecti*, таково обѣщаніе *amplius non agi* т. е. обязательство кредитора не начинать вновь процесса съ должникомъ, противъ котораго началъ уже процессъ прокураторъ кредитора. При жизни кредитора такое обязательство недѣлимо, но изъ наслѣдниковъ кредитора одинъ можетъ напр. исполнить это обѣщаніе относительно своей доли требованія, а другой нарушить относительно своей; стало быть, обязательство, данное кредиторомъ, можетъ быть отчасти исполнено, отчасти нарушено его наслѣдниками и является дѣлимымъ. Практическое послѣдствіе дѣлимости обязательствъ обнаруживается въ томъ, что при ней возможно исполненіе и прекращеніе обязательства по частямъ, и, что если въ обязательственномъ отношеніи стоятъ нѣсколько лицъ, то обязательство *ipso jure* распределяется между ними по соразмѣрности, *pro rata*, раздѣляется на нѣсколько обязательствъ. При недѣлимыхъ



же обязательствахъ исполненіе и прекращеніе обязательства по частямъ невозможно. И если въ такомъ обязательствѣ съ самаго его установленія или впослѣдствіи являются нѣсколько вѣрителей или должниковъ, то они становятся вѣрителями или должниками сполна *in solidum*. Слѣдовательно, если въ такомъ обязательствѣ есть нѣсколько вѣрителей, то каждый изъ нихъ вправе требовать исполненія всего обязательства. Но замѣтимъ, что до періода классической юриспруденціи отвѣтчикъ, какъ скоро доходило до кондемнаціи, присуждался къ платежу только той доли, которая падала на истца, предъявившаго искъ, потому что тогда еще всякая *condemnatio* сводилась къ деньгамъ, къ предмету дѣлимому. (Къ сожалѣнію, недостатокъ времени не позволяетъ мнѣ останавливаться подробнѣе на важномъ интересномъ вопросѣ о практическихъ послѣдствіяхъ дѣлимости обязательствъ. Хорошо сдѣлають тѣ, которые не удовольствовавшись моимъ краткимъ указаніемъ, познакомятся съ этимъ вопросомъ по болѣе подробнымъ учебникамъ).

### **Денежная цѣнность, какъ предметъ обязательства и удовлетвореніе за ущербъ по обязательственному праву.**

Мы сказали выше, что обязательственное право имѣетъ имущественную цѣнность и что предметъ обязательства можетъ быть оцѣненъ на деньги, являющіяся всегда мѣриломъ имущественной цѣнности.

Доставленіе денежной суммы, кромѣ того, и само по себѣ можетъ быть объектомъ обязательства. Право вѣрителя съ самаго установленія обязательства можетъ быть направлено на денежную цѣнность, какъ это бываетъ, напр., въ томъ случаѣ, когда право лица на вознагражденіе возникаетъ влѣдствіе того, что другія лица нанесли ему ущербъ правонарушеніемъ, и въ томъ случаѣ, когда одно лицо по договору обязывается вознаградить другое за ущербъ, могущій произойти влѣдствіе какого-либо событія (договоръ о страхованіи, напр.). Въ этомъ случаѣ уже первоначальный предметъ обязательства есть денежная цѣнность. Но, какъ мы сказали, составленіе денежной цѣнности можетъ сдѣлаться послѣдующимъ предметомъ обязательства, замѣняя собою, въ качествѣ эквивалента первоначальный предметъ обязательствъ. Это значеніе денежной цѣнности было въ древнемъ римскомъ процессѣ особенно важно, потому что въ то время отвѣтчикъ, что бы ни было предметомъ процесса, могъ быть присужденъ только къ платежу денежной суммы, и всякое обязательство по судебному рѣшенію сводилось къ денежной *condemnatio*. Формула которая давалась судѣ гласила: *Quanti ea res est (или erit) tantam pecuniam condemna*. Судья не могъ принудить къ исполненію того дѣйствія, которое имѣли въ виду стороны при установленіи обя-



зательства, а могъ только приговорить къ уплатѣ денежной суммы. Въ юстиніановскомъ правѣ порядокъ уже измѣнился. Въ это время *condemnatio* состояла уже, по возможности всегда, въ принужденіи отвѣтчика къ совершенію самого дѣйствія, которое составляло собственно предметъ обязательства, а не къ платежу денежной цѣнности. Оцѣнка на деньги въ Юстиніановскомъ правѣ имѣла мѣсто только тогда, когда лицо, обязанное ими, вовсе не исполнило обязательства или исполнило не надлежащимъ образомъ и вслѣдствіе того причинило ущербъ вѣрителю. Должникъ не уплатилъ наприм. въ срокъ долга и кредиторъ упустилъ по этому случай сдѣлать какую-либо выгодную операцію; понятно, что *debitor* въ этомъ случаѣ обязанъ не только представить предметъ обязательства, но еще въ качествѣ штрафа уплатить денежную стоимость въ вознагражденіе кредитора за ущербъ.

Самъ собою является вопросъ, какъ оцѣнивать предметъ обязательства въ этихъ случаяхъ. Римское право выработало 2 масштаба для опредѣленія цѣнности обязательства, для *aestimatio*. Такъ какъ на цѣну всякой вещи могутъ имѣть вліяніе чисто индивидуальныя обстоятельства или нѣтъ. Итакъ во 1-хъ, оцѣнка обязательства можетъ быть направлена на опредѣленіе рыночной цѣны предмета *verum rei pretium*, и такая оцѣнка называется *vera rei aestimatio*.

Цѣна эта опредѣляется по совершенно объективному масштабу, т. е. при опредѣленіи этой цѣны не принимается въ соображеніе та особенная индивидуальная выгода, которую предметъ могъ доставить тому или другому лицу, если бы этотъ предметъ въ данный моментъ находился у даннаго лица, а принималась въ соображеніе та выгода, которую предметъ могъ доставить всякому. Источники римскаго права указываютъ, напр. на такой случай—завѣщатель обязываетъ своего наслѣдника передать такую-то вещь стороннему лицу; наслѣдникъ оказывается не въ состояніи выполнить этого приказанія завѣщателя безъ малѣйшей вины съ своей стороны (завѣщатель, положимъ, отказалъ вещь чужую, собственникъ которой не соглашается уступить ее)—такъ тутъ наслѣдникъ обязанъ уплатить стороннему лицу легатарю только рыночную цѣну. Во-2-хъ, при оцѣнкѣ обязательства могутъ быть приняты въ соображеніе тѣ чисто индивидуальныя обстоятельства, которыя имѣютъ вліяніе на цѣну предмета для имущества даннаго лица—такая оцѣнка называется *aestimatio ejus quod interest*. Эта оцѣнка по чисто субъективному масштабу, по соображенію того интереса, который имѣетъ предметъ для вѣрителя. Этотъ интересъ можетъ совпадать съ рыночной цѣною вещи съ *verum rei pretium* (напр. если опредѣляется вознагражденіе за *res fungibiles* вещи, опредѣляемая вѣсомъ, мѣрою, счетомъ, то принимается, обыкновенно въ соображеніе рыночная цѣна вещи); но гораздо чаще цѣна интереса уклоняется отъ *verum rei pretium* голой цѣны вещи, иногда бываетъ



больше и меньше послѣдняго. Говоря объ оцѣнкѣ интереса, мы имѣемъ въ виду интересъ имущественный, матеріальный (т. е. имѣющій денежную цѣнность). Интересъ моральный, основанный на личномъ чувствѣ лица, на особой его привязанности къ извѣстной вещи не принимается въ расчетъ. Никогда нельзя оцѣнивать предметъ, по такъ называемой, цѣнѣ личнаго расположенія *pretium affectiones*. Вещь имѣющая для меня такую цѣну, оцѣнивается въ юридическомъ отношеніи рыночной цѣной. Моральный интересъ не принимается въ расчетъ именно вслѣдствіе своей неоцѣнимости. Словомъ, подъ интересомъ разумѣется только интересъ имущественный, т. е. та разность, которая оказывается въ имуществѣ лица, если сравнить стоимость этого имущества въ данный моментъ съ тою стоимостью, которую имѣлъ бы предметъ, если бы не наступило событіе, наносящее ущербъ. Слѣдовательно интересъ вѣрителя дѣлается предметомъ обязательства должника только тогда, когда отъ дѣйствія послѣдняго произошелъ вредъ, ущербъ, (*damnum*). Ущербъ этотъ можетъ быть двоякаго рода: или онъ состоитъ въ уменьшеніи стоимости имущества, которую послѣднее имѣло до наступленія событія, наносящаго ущербъ, напр. ущербъ въ отнятіи или поврежденіи вещи, входившей уже въ составъ имущества. Это такъ называемый положительный ущербъ *damnum emergens*: или ущербъ состоитъ въ лишеніи той будущей выгоды, которую доставило бы имущество впоследствии, если бы не наступило событіе, наносящее ущербъ. Эта упущенная выгода называется отрицательнымъ ущербомъ *lucrum cessans* (напр. лицо не заплатило мнѣ долга въ срокъ и вслѣдствіе этого я, не имѣя денегъ въ рукахъ, упустилъ случай сдѣлать дешевую покупку и долженъ теперь платить за нужную мнѣ вещь дороже). Оба эти вида ущерба могутъ, конечно, и совпадать, сливаться. Напр. лицо повредило вещь и вслѣдствіе того я не только терплю вещественный ущербъ *damnum emergens*, вслѣдствіе уменьшенія стоимости вещи, но могу еще потерять ту выгоду, которую дала бы мнѣ вещь, если бы по какому-либо обстоятельству поднялась цѣна на этого рода вещи и я не могъ воспользоваться этими обстоятельствами, благодаря происшедшей порчѣ *lucrum cessans*.

По недостатку времени я не имѣю возможности говорить о томъ, какъ понятіе интереса и ущерба постепенно вырабатывалось въ римскомъ правѣ. Замѣчу только, что въ доклассической періодъ римскій судья, которому *condemnatio* формулы словами: *quanti ea res est* — указывала *произвести оцѣнку*, понималъ это приказаніе въ буквальномъ смыслѣ и опредѣлялъ лишь голую цѣну вещи *verum rei pretium*. Ульпіанъ прямо говоритъ, что подъ словами: *quanti ea res erit* разумѣется не *aestimatio id quod interest*, а *vera rei aestimatio*, т. е. разумѣется голая цѣна вещи. См. fr. 179, 193. Dig. 50. 16, а также fr. 1. § 2. Dig. 2, 2, гдѣ сказано: „*Nos iudicium non ad id, quod*



*interest, sed quanti ea res est, concluditur.* Словомъ, можно указать не мало мѣстъ въ доказательство того, что выраженіе *quanti ea res est-vegiun rei pretium*. Въ Юстиніановскомъ правѣ, однако, это выраженіе получаетъ уже болѣе обширное значеніе и обнимаетъ и *damnum emergens* и *lucrum cessans*, т. е. въ это время лицу, потерпѣвшему ущербъ опредѣляется вознагражденіе не за одно нарушенное право, но и за интересъ, связанный съ этимъ правомъ, за *omnis causa*. Замѣтимъ, что выраженія *damnum emergens* и *lucrum cessans* придуманы позднѣйшими комментаторами и въ источникахъ не встрѣчаются, а понятіе интересъ нерѣдко обозначается въ источникахъ словомъ *utilitas*.

Спрашивается, за какой же ущербъ требовать вознагражденія. По правилу можно требовать вознагражденія за всякій ущербъ—будетъ ли онъ положительный или отрицательный, будетъ ли этотъ ущербъ непосредственный, т. е. направленный на самый объектъ права, или посредственный, т. е. направленный не прямо на предметъ, а состоящій во вредъ, который лицо, понесшее ущербъ терпитъ въ другихъ какихъ-либо отношеніяхъ. (Вслѣдствіе умерщвленія, напр. одной лошади изъ тройки возникаетъ для собственника этой лошади, кромѣ непосредственнаго ущерба отъ потери ея, еще посредственный ущербъ отъ того, что тройка разрознилась и что остальные двѣ лошади не имѣютъ уже той цѣны, которую онѣ имѣли вмѣстѣ съ убитой лошадей, т. е. въ тройкѣ подобранной. См. § 10. *Ins. t. 4, 3.*)

Для того, чтобы на лицо пало обязательство вознаградить за ущербъ, необходимо: 1) юридическое основаніе, изъ котораго вытекало бы обязательство вознаградить за ущербъ. Это основаніе можетъ состоять или въ недозволенномъ дѣйствіи, или можетъ лежать въ частномъ распоряженіи, напр. въ завѣщаніи, въ договорѣ, или наконецъ, можетъ лежать въ особомъ сингулярномъ законѣ, данномъ для извѣстныхъ юридическихъ отношеній. 2) Необходимо по соображенію справедливости и пользы требуется наличность причинной связи между фактомъ или событіемъ, порождающимъ обязательство вознагражденія, и ущербомъ, т. е. требуется, чтобы самый фактъ этотъ былъ истинной, настоящей причиной ущерба, будетъ ли то ущербъ посредственный или непосредственный. Изъ этого послѣдняго положенія слѣдуетъ въ 1-хъ, что лицо не можетъ требовать вознагражденія, какъ за *lucrum cessans*, за всякую выгоду, которую оно могло бы получить, а можетъ требовать вознагражденія только за ту, которую оно непременно получило бы, если бы не наступило событіе, нанесшее ущербъ. См. *fr. 29 § 3. Dig. Кн. 9. t. 2.*

Во 2-хъ, изъ указаннаго выше положенія слѣдуетъ, что наступленіе ущерба не можетъ быть принимаемо во вниманіе, если несомнѣнно, что онъ наступилъ бы и безъ факта, наносащаго ущербъ. Если, напр. лошадь, отданная въ пользованіе будетъ испорчена поль-



зователемъ, а затѣмъ безъ вины пользователя падаетъ, пользователь за порчу не отвѣчаетъ Fr. 27. Dig. Кн. 6. т. 1.

Въ 3-хъ, изъ того же положенія слѣдуетъ, что не можетъ быть требуемо вознагражденіе за такой ущербъ, котораго лицо могло бы избѣгнуть при надлежащей заботливости, потому что, кто по своей винѣ несетъ ущербъ, тотъ юридически не считается несущимъ ущербъ. Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur, damnum sentire, Pomponius: I 203. D. de R. I. 50, 50, 17. Объемъ вознагражденія за ущербъ въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство основывается на договорѣ, завѣщаніи или законномъ опредѣленіи, опредѣляется по содержанию обязательства, которое узнается при помощи interpretatio. Если же основаніе обязательства есть delictum или quasi delictum, culpa или dolus, то лицо обязывается вознаградить за весь интересъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда вознагражденіе является лишь послѣдующимъ предметомъ обязательства, т. е. когда обязанность вознагражденія возникаетъ вслѣдствіе неисполненія обязательства должникомъ, объемъ вознагражденія долженъ быть опредѣляемъ различно, смотря по причинѣ неисполненія обязательства должникомъ. Если должникъ самъ виноватъ въ томъ, что не исполнилъ первоначальнаго обязательства, то онъ обязанъ вознаградить за весь интересъ; если же должникъ не виноватъ въ томъ, то онъ долженъ представить только verum rei pretium. Таково, по крайней мѣрѣ, господствующее мнѣніе юристовъ на этотъ счетъ. И дѣйствительно, если бы допустить, что и въ послѣднемъ случаѣ вознагражденіе должно обнимать весь интересъ, то мы пришли бы къ тому результату, что вѣритель несправедливо выигрывалъ бы на счетъ должника.

### **Dolus, culpa и casus въ примѣненіи къ обязательствамъ.**

Неисполненіе обязательства, нанесеніе ущерба вѣрителю можетъ быть во 1-хъ результатомъ намѣреннаго дѣйствія должника или во 2-хъ результатомъ такого дѣйствія, которое должникъ совершилъ безъ намѣренія произвести вредныя послѣдствія, которыя изъ него вытекли или, наконецъ, въ 3-хъ результатомъ причины посторонней, стоящей внѣ намѣренія и воли отвѣтчика. Въ 1-мъ случаѣ говорятъ о неисполненіи обязательства, объ ущербѣ по dolus, по злому умыслу со стороны отвѣтчика; во 2-мъ говорятъ о виновной неосторожности, о culpa со стороны отвѣтчика; и въ 3-мъ о случаѣ—casus. Разумѣется само собой, что правила объ отвѣтственности должника за исполненіе обязательства, за ущербъ нанесенный вѣрителю не могутъ быть одинаковы во всѣхъ указанныхъ случаяхъ. Необходимо, стало быть, разсмотрѣть, какъ отражаются на отвѣтственности должника, за исполненіе обязательства указанные различныя причины этого исполненія. Съ понятіями dolus, culpa и casus Вы уже знакомы изъ общей



части курса; но чтобы лучше уяснить для васъ правила римскаго права объ отвѣтственности за неисполненіе обязательства, за ущербъ, считаю не лишнимъ еще разъ остановить ваше вниманіе на сущности указанныхъ понятій главнымъ образомъ въ ихъ примѣненіи къ обязательственнымъ отношеніямъ. Начну по порядку съ понятія о зломъ умыслѣ, 1) *Dolus*. Для того, чтобы можно было говорить о зломъ умыслѣ со стороны должника, необходимо во 1-хъ, чтобы ущербъ былъ прямымъ слѣдствіемъ дѣйствія должника; во 2-хъ, чтобы это дѣйствіе могло быть вмѣнено должнику, какъ дѣйствіе вредное, другими словами, нужно, чтобы было со стороны должника намѣреніе причинить ущербъ. Намѣреніе это, во внѣшнемъ своемъ проявленіи можетъ, конечно выразиться, какъ въ положительномъ дѣйствіи, такъ и въ отрицательномъ опущеніи. Не можетъ быть и рѣчи о *dolus* со стороны тѣхъ лицъ, дѣйствія которыхъ невмѣняемы.

2) Понятіе *culpa*—неосторожность, обнимаетъ тѣ причиненія ущерба дѣйствіемъ должника, которое можетъ быть ему вмѣняемо въ вину, но гдѣ должнику нельзя приписать злого намѣренія нанести ущербъ этимъ дѣйствіемъ. *Culpa*—неосторожность отвѣтчика, подобно *dolus* можетъ проявиться, какъ въ положительныхъ дѣйствіяхъ, такъ и въ опущеніяхъ, однако всего чаще она проявляется именно въ послѣднихъ, т. е. чаще всего *culpa* проявляется такимъ образомъ, что должникъ пренебрегаетъ, упускаетъ сдѣлать то, что онъ долженъ былъ бы сдѣлать для выполненія обязательства. Поэтому-то слово *culpa* является синонимомъ слова *negligentia*—небрежность. Неосторожность и небрежность лица можетъ быть весьма различна по степени.

Отъ должника требуется вообще такая осторожность, такая заботливость относительно его обязательства, какая прилична доброму отцу семьи—*diligentia boni patris familias*. Отсутствие такой *diligentia* есть уже *culpa* со стороны должника, но этого рода *culpa* есть *levis* легкая неосторожность. Если же должникъ пренебрегаетъ самыми обыкновенными требованіями заботливости, если онъ не дѣлаетъ того, что все считаютъ необходимымъ, если онъ *non intellegit quod omnes intelligunt* (fr. 213. § 2, Dig. 50. 16), то это будетъ съ его стороны *culpa lata*.

Вы уже знаете, что кромѣ этого абстрактнаго масштаба для измѣренія степени неосторожности, римляне въ нѣкоторыхъ случаяхъ принимали другой конкретный, а именно, отличали *culpa lata* отъ *culpa levis* смотря потому, обнаруживаетъ ли въ извѣстномъ случаѣ лицо *diligentiam qualem in suis rebus adhibere solet* (fr. 1. ph. D. 24. 5). Отсутствие подобной *diligentia* называется также *culpa lata*. Только въ послѣднемъ случаѣ говорятъ о *culpa lata* и о *culpa levis in concreto*, въ отличіе отъ *culpa lata* и *culpa levis in abstracto*, отличаемыхъ по абстрактному масштабу.



3) Когда ущербъ причиненъ событіемъ, которое никоимъ образомъ не можетъ быть вмѣнено въ вину должнику, тогда говорятъ о *casus*, о *vis major*, *vis divina*, *fatalitas*.

Уяснивъ значеніе понятій *dolus*, *culpa* и *casus* вернемся къ интересующему насъ вопросу объ отвѣтственности должника за ущербъ, вытекающій изъ *dolus* или *culpa* съ его стороны, и за ущербъ происшедшій отъ случая. Не трудно, конечно, а priori установить правило, что должникъ долженъ отвѣчать за злой умыселъ съ своей стороны и неотвѣтствененъ за ущербъ, происшедшій отъ случая; гораздо труднѣе рѣшить вопросъ объ отвѣтственности за неосторожность. Римское право въ послѣднемъ случаѣ держалось того справедливаго принципа, что когда липо извлекаетъ выгоду для себя изъ обязательственнаго отношенія, такъ оно отвѣчаетъ и за *culpa levis*, если оно не имѣетъ никакого интереса въ этомъ обязательственномъ отношеніи, оно отвѣчаетъ лишь за *culpa lata*. На этихъ общихъ правилахъ построено все ученіе римскаго права объ отвѣтственности за ущербъ по обязательству.

Вотъ основныя положенія этого ученія:

1) *Dolus semper praestatur*, т. е. всякій отвѣтствуетъ всегда за *dolus*, за послѣдствія своего злого умысла. Это правило настолько бесспорно, что примѣненіе его нельзя устранить включеніемъ въ договоръ сторонами особаго условія, ибо такое условіе, что кто-либо освобождается отъ отвѣтственности за *dolus* будетъ *contra bonos mores* (fr. 21. D. 50. 17)

2) *Culpa*. Что касается до *culpa*, то всякій отвѣтствененъ за свою грубую неосторожность за *culpa lata*; послѣдняя, относительно отвѣтственности, изъ нея вытекающей, приравнивается къ *dolus*. *Lata culpa dolo comparabitur* (fr. 1. § 1. Dig. 11. b.). Источники говорятъ о такой неосторожности, что она есть *culpa dolo proxima* (fr. 8. § 3. Dig. 43. 26.); а *culpa dolo proxima dolum repraesentat* (fr. 1. § 2. D. 47. 4.), такъ что можно даже прямо сказать, что „*Magna culpa dolus est*“ (fr. 226. Dig. 50. 16.) Поэтому въ источникахъ термины *dolus* и *culpa lata* иногда смѣшиваются, когда идетъ рѣчь объ обязанности вознаградить за ущербъ, вытекшій изъ неисполненія обязательства.

Отвѣтственность за легкую неосторожность за *culpa levis* со стороны участника обязательства можетъ быть наложена на послѣдняго тогда, когда обязательственное отношеніе клонилось къ его выгодѣ. Отсюда слѣдуютъ правила: а) Если должникъ не получаетъ никакой выгоды изъ обязательства, то отвѣчаетъ лишь за *culpa lata*. Но въ различныхъ юридическихъ отношеніяхъ допускаются отклоненія отъ этого послѣдняго правила. Такъ, кто ведетъ чужія дѣла, въ качествѣ ли повѣреннаго или по своему побужденію, такъ и не имѣя никакой собственной выгоды въ веденіи чужого дѣла, всетаки отвѣтствуетъ и за *culpa levis*. Основаніе такой строгой отвѣтственности повѣрен-



ныхъ лежитъ, конечно, въ томъ, что отношенія, вытекающія изъ довѣренности, предполагаютъ и требуютъ безграничнаго довѣрія. Тѣ же соображенія примѣнны къ опекунамъ и попечителямъ; но такъ какъ опека и попечительство есть публичная служба, отъ исполненія которой нельзя отказываться, то законодательство снисходительнѣе смотритъ на небрежность опекуновъ и попечителей при веденіи дѣлъ ихъ подѣопечныхъ, чѣмъ на небрежность со стороны повѣренныхъ и освобождаетъ первыхъ отъ отвѣтственности за *culpa levis* въ томъ случаѣ, когда въ данномъ дѣлѣ они высказали *diligentiam, qualem in suis rebus adhibere solent*, заботливость такую же, какую имѣютъ о собственнымъ дѣлахъ. (Говоря иначе, опекуны и попечители отвѣчаютъ только за *culpa levis in concreto*, а не *in abstracto*).

б) Правило, что должникъ, извлекающій выгоду изъ обязательства отвѣтствуетъ и за *culpa levis*, также допускаетъ исключеніе: оно не примѣняется при *precarium*'ѣ; прекарістъ отвѣчаетъ только за *culpa lata*. Въ этомъ опредѣленіи закона отражается слѣдъ древняго воззрѣнія на *precarium*. Надо знать, что по древнему праву *precarium* не имѣлъ характера юридической сдѣлки, а обсуждался, какъ отношеніе лишь фактическое, а потому прекарістъ и не несъ строгой отвѣтственности.

с) Когда обѣ стороны извлекаютъ выгоду изъ обязательственнаго отношенія, то обѣ онѣ отвѣтственны другъ передъ другомъ за *omnis culpa* (т. е. *lata* и *levis*), это правило не терпитъ исключенія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ смягчается только масштабъ для измѣренія степени вины; такъ, мужъ относительно управленія приданымъ жены, товарищъ относительно дѣлъ товарищества и субъектъ общаго права собственности относительно веденія общихъ дѣлъ освобождаются, подобно опекунамъ и попечителямъ, отъ отвѣтственности за *levis in abstracto*, а отвѣчаютъ только за *culpa levis in concreto*.

Основаніе этого исключенія лежитъ въ томъ, что мужъ, товарищъ и соучастникъ въ общемъ правѣ собственности сами лично заинтересованы въ управленіи приданымъ, или въ дѣлахъ товарищества, другое веденіе дѣлъ съ ихъ стороны въ такихъ случаяхъ заставляеть, стало бытъ предположить, что лучше вести ихъ они не способны. Поэтому законъ и не считаетъ согласнымъ съ справедливостью наложить на нихъ обязанности и отвѣтственность выше ихъ способностей и силъ, тѣмъ болѣе, что другая заинтересованная сторона въ этихъ случаяхъ виновна, что не передала свои дѣла въ лучшія руки.

3) *Casus*. Случайное возникновеніе ущерба обсуждается такъ, какъ будто онъ произошелъ отъ самаго лица, потерпѣвшаго ущербъ, т. е. за случайный ущербъ никто не отвѣчаетъ. „*Casus a nullo praestantur*“ (fr. 23. D. 50 17). Но если случайный ущербъ произошелъ, какъ слѣдствіе предварительнаго дѣйствія лица, дѣйствія вмѣ-



няемаго, т. е. совершеннаго по *dolus* или *culpa*, тогда, конечно, это лицо отвѣтствуетъ за произшедшій ущербъ. А. выпросилъ у своего знакомаго В. дорогую вазу для того, чтобы показать ее своимъ друзьямъ у себя на вечерѣ; но вмѣсто того, чтобы возвратить ее по минованіи въ ней надобности. А повезъ эту вазу въ другой городъ и по дорогѣ потерялъ ее, или ее у него украли; въ этомъ случаѣ А. конечно, обязанъ отвѣтить передъ собственникомъ вазы, хотя вещь погибла и случайно. Этотъ случай юристы называютъ *casus dolo determinatus*. По сути дѣла, конечно, здѣсь должникъ отвѣчаетъ не за случайный ущербъ, не за случайную гибель вещи, а за предшествовавшее дѣйствіе, вызвавшее возможность этого случайнаго ущерба. Случайный ущербъ самъ по себѣ *a nullo praestatur*.

Въ примѣненіи этого правила къ обязательственнымъ отношеніямъ возникаетъ важный вопросъ: кто несетъ вредныя послѣдствія (*periculum*), наступившія вслѣдствіе того, что должникъ безъ своей вины лишился возможности выполнить обязательство вполнѣ или отчасти.

Сдѣлавъ это замѣчаніе относительно значенія слова *periculum*, вернемся къ постановленному нами вопросу, кто несетъ рискъ при случайномъ неисполненіи обязательства должникомъ. Въ правахъ вещныхъ вредныя послѣдствія случая подають на того, кто имѣетъ право на вещь, что цивилисты издавна выражаютъ правиломъ *casum sentit dominus*, т. е. господинъ вещи чувствуетъ тотъ случай, который вредитъ вещи; но къ обязательственнымъ отношеніямъ это правило примѣнимо быть не можетъ, ибо оно здѣсь вело бы часто къ самымъ несправедливымъ рѣшеніямъ. Напр. А. продаетъ В. извѣстную, опредѣленную индивидуально вещь, получаетъ за эту вещь деньги; но прежде чѣмъ успѣваетъ передать вещь въ собственность покупщику, вещь гибнетъ случайно, безъ вины А. Развѣ можно требовать отъ А, чтобы онъ вознаградилъ В. Не ясно ли, что въ этомъ случаѣ послѣдствія случайнаго ущерба долженъ нести покупщикъ, хотя онъ и не сталъ еще собственникомъ вещи, говоря иначе, здѣсь *periculum creditoris est*.

Въ обязательственныхъ отношеніяхъ поставленный выше вопросъ рѣшается по слѣдующимъ правиламъ:

1) Въ обязательствахъ, предметъ которыхъ составляетъ доставленіе вещи, опредѣленной индивидуально *in specie*, иначе въ *obligationes speciei*, имѣетъ силу правило: *species perit ei, cui debetur* (видъ гибнетъ для того, кому долженъ кто-либо), т. е. при случайной невозможности исполнить обязательство долженъ освобождаться отъ отвѣтственности. Это правило примѣнимо, какъ къ обязательствамъ одностороннимъ, такъ и къ взаимнымъ и при томъ при обязательствахъ взаимныхъ, имѣющихъ цѣлью отчужденіе имущественнаго права, должникъ, освобождаясь отъ обязательства по наступившей



безъ вины съ его стороны, невозможности исполненія, сохраняетъ свое право на обѣщанный, или уже выполненный другой стороной эквивалентъ. Это правило всего яснѣе выражено въ § 3. Inst. III. 23: „Cum autem emptio et venditio contracta sit... periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae vel aliqua ex parte incendio consumptae fuerint... emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris acciderit, in eo venditor securus est.).

Съ другой стороны по соображенію естественной справедливости, римское право признаетъ правиломъ, что съ того момента, какъ вѣритель (покупщикъ) начинаетъ нести рискъ по вещи, ему принадлежать и выгоды, доставляемая вещью—*commoda rei*, хотя вещь еще не перешла къ нему. *Cujus est periculum, ejus et commodum esse debet* гласитъ правило т. е. вѣритель, несущій рискъ по вещи, имѣетъ право на плоды и приращенія вещи, имѣетъ право требовать отъ должника уступки, возникшихъ для послѣдняго исковъ противъ 3-го лица, отнявшаго или повредившаго вещь и, въ случаѣ отказа привлечь самого должника къ отвѣтственности.

Но въ тѣхъ взаимныхъ обязательствахъ, которыя имѣютъ цѣлью предоставленіе права пользованія вещами или услугами, вопросъ объ обязанности контрагента представить эквивалентъ рѣшается иначе. Тутъ если контрагентъ не осуществлялъ своего права пользованія, онъ всетаки обязанъ представить эквивалентъ на это пользованіе, если только случай касается его, контрагента, лично. Если же случай, по которому онъ не могъ воспользоваться вещами или услугами другого контрагента, касается не его лично, а другой стороны, то онъ не обязанъ представлять эквивалентъ. Если же при послѣднемъ предположеніи, онъ воспользовался не вполне, то онъ обязанъ представить эквивалентъ пропорціонально объему и продолжительности пользованія. Напр. А, нанялъ у В. на извѣстный день лошадь для катанья верхомъ; но лошадь цѣлый день простояла у А. безъ дѣла, такъ какъ послѣднему некогда было ѣхать кататься. А. тѣмъ не менѣе обязанъ заплатить В. за предоставленную къ его услугамъ лошадь. А нанялъ домъ; но прежде, чѣмъ онъ его занялъ, домъ сгорѣлъ; А не обязанъ платить за наемъ. Но если А нанялъ домъ на годъ, а домъ сгорѣлъ по прошествіи мѣсяца, то А обязанъ заплатить за мѣсяць. Въ противоположность правилу „*species perit ei, cui debetur*“, въ обязательствахъ родовыхъ, гдѣ предметъ исполненія опредѣляется только *in genere*, должникъ не освобождается отъ исполненія обязательства, если выбранный имъ, для этого, видъ случайно гибнетъ. Это вполне понятно, ибо въ обязательствахъ родовыхъ предметъ обязательства составляетъ не тотъ видъ, который



гибнетъ, а какая угодно вещь того же рода и качества. Если А обѣщался В доставить арабскую лошадь; но выбранная имъ для В. одна изъ лошадей этой породы пала до передачи ее В, то А долженъ все-таки исполнить свое обязательство, долженъ представить лошадь арабской породы. Таковъ смыслъ двухъ правилъ римскаго права: 1) *Genus perire non censetur* (родъ не считается погибшемъ) и 2) *genus perit ei, qui debet* (родъ гибнетъ для того, кто долженъ).

Но есть родовыя обязательства, гдѣ вещь, предназначенная служить удовлетвореніемъ по обязательству, опредѣляется не по общимъ родовымъ признакомъ, а по специально на данный случай установленнымъ контрагентами условіямъ, напр.: А. обязуется В. доставить не лошадь вообще и не лошадь опредѣленную индивидуально, а одну изъ лошадей, имѣющихся у него на конюшнѣ. Въ такихъ обязательствахъ касательно отвѣтственности за случайную гибель вещи должникъ, понятно, обязанъ и имѣетъ право держаться внутри опредѣленныхъ соглашеніемъ контрагентовъ границъ, и освобождается отъ отвѣтственности, какъ скоро всѣ указанная соглашеніемъ вещи погибнуть безъ его вины.

Наконецъ, въ альтернативныхъ обязательствахъ должникъ, если онъ безъ вины съ своей стороны, въ силу случая, не можетъ исполнить одного изъ дѣйствій, указанныхъ по обязательству, онъ долженъ исполнить другое изъ указанныхъ же дѣйствій. Право вѣрителя вслѣдствіе случайной гибели одного изъ предметовъ альтернативнаго обязательства, не прекращается, этотъ предметъ выдѣляется, лишь изъ круга объектовъ, изъ которыхъ должникъ долженъ дѣлать выборъ. Только при случайной невозможности всѣхъ указанныхъ въ альтернативномъ обязательствѣ дѣйствій, должникъ освобождается отъ отвѣтственности.

Таково вліяніе случая на обязательственныя отношенія. Замѣтимъ въ заключеніе, что правила объ отвѣтственности должника по обязательству за ущербъ, причиненный случаемъ или же неосторожностью должника, могутъ быть измѣнены въ обязательствахъ по договору соглашеніемъ контрагентовъ. Нельзя только, какъ уже сказано, измѣнить такимъ соглашеніемъ правило объ отвѣтственности за *dolus*. Этимъ мы и закончимъ вопросъ о *dolus, culpa* и *casus* въ примѣненіи къ обязательствамъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и вопросъ о вознагражденіи за ущербъ, какъ о предметъ обязательствъ.

### **Платежъ процентовъ, какъ предметъ обязательствъ.**

Когда предметомъ обязательства является пользованіе денежнымъ капиталомъ, то пользователь съ своей стороны долженъ представить вѣрителю извѣстный эквивалентъ. Этотъ эквивалентъ у насъ носитъ названіе *процента*, а у римлянъ онъ назывался *foenus* или *usurae*.



Фестъ производить 1-е названіе *foenus* отъ *foetus* плодъ, потому что деньги, отданныя въ займы рождаютъ другія. Слово *usurae* Исидоръ производить отъ *usus* пользованіе. Слово *foenus* означало у римлянъ проценты, выговоренные въ сдѣлкѣ, и самый заемъ съ процентами. Заемъ самъ по себѣ у римлянъ не обусловливалъ права на процентное вознагражденіе и въ римскомъ правѣ существенно отличаются *mutuum*—заемъ и *foenus* сдѣлка займа съ процентами. Обязательство платить проценты съ занятой суммы не составляло существенной части сдѣлки займа, а для установленія его нуженъ былъ особый договоръ въ формѣ стипуляціи. Съ экономической точки зрѣнія, съ которой проценты представляются платой за пользованіе денежнымъ капиталомъ и являются такимъ же эквивалентомъ за пользованіе цѣнностью, какъ наемная плата при имущественномъ наймѣ, такое требованіе особой стипуляціи для установленія обязательства платить проценты при займѣ, является совершенно ничѣмъ не оправдываемымъ.

Обязательство платить проценты можетъ возникнуть или изъ юридической сдѣлки его устанавливающей *ex obligatione*; новые юристы называютъ такіе проценты—*usurae conventionales*, или обязательство платить проценты основывается непосредственно на законѣ—такіе проценты называютъ нынѣ *usurae legales*, а римляне называли ихъ *usurae officio iudicis praestandae*.

Обязательство платить проценты всегда есть побочное, т. е. предполагаетъ всегда существованіе главнаго долга, (капитальнаго долга, какъ говорятъ нынѣ), иначе безъ главнаго долга проценты немыслимы. Основываясь на этомъ соображеніи Юстиніанъ и постановилъ, что давность, прекращающая искъ о капиталѣ, уничтожаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и искъ о процентахъ. Тѣмъ не менѣе необходимо всегда различать: есть-ли обязательство платить проценты неразрывная принадлежность главнаго обязательства, расширеніе главнаго долга, или же оно можетъ существовать независимо отъ послѣдняго.

Въ 1-мъ случаѣ, если бы истецъ вмѣстѣ съ искомъ о главномъ капиталѣ не потребовалъ процентовъ, то впоследствии онъ не могъ бы искать ихъ, въ силу правила *bis de eadem re ne sit actio*. Во 2-мъ случаѣ, когда платежъ процентовъ есть особое обязательство, хотя прекращеніе главнаго долга и останавливаетъ дальнѣйшее нарощеніе процентовъ на капиталъ, которымъ становится не на что нарастать; но не уменьшаетъ нарощеніе процентовъ на проценты, потому что относительно послѣднихъ существуетъ особое обязательство, слѣдовательно и особый искъ, независимый отъ главнаго. Но для установленія такого особаго обязательства о процентахъ въ римскомъ юридическомъ быту употреблялась форма стипуляціи, потому что только путемъ послѣдней можно было установить право охраняемое искомъ (*condictio*). Размѣръ процентовъ первоначально опредѣлялся, по всей вѣроятности, соглашеніемъ сторонъ; а величина законныхъ процен-



товъ опредѣлялась или судьей или юридическими опредѣленіями въ законѣ, т. е. какъ и во всѣхъ мало развитыхъ обществахъ, гдѣ капиталы еще скудны; проценты въ древнемъ Римѣ были весьма высоки; и рано законодательство стало принимать съ своей стороны мѣры для борьбы съ этимъ явленіемъ. Мѣры эти шли иногда даже дальше установленія законнаго maximum'a роста. (Такъ, по lex Genutia 412 г. запрещенъ былъ даже всякій ростъ). Я не имѣю времени излагать исторію этой борьбы и долженъ ограничиться краткимъ указаніемъ.

Сначала размѣръ процентовъ въ Римѣ (*modus usurarum*) опредѣлялся за годъ, и *usurae* составляли  $\frac{1}{12}$  аса (унцію) на асъ (на 12 унцій). Это былъ такъ называемый *unciarium foenus*. Впослѣдствіи проценты считались помѣсячно: *centesimae usurae* равнялись одному проценту въ мѣсяцъ; *semisses usurae*  $\frac{1}{2}$  процента, т. е. 6 годовыхъ; *besses* и *trientes usurae* соотвѣтствовали 8 и 4 годовымъ процентамъ. *Centesimae usurae*, т. е. 12 процентовъ годовыхъ были указными процентами. Юстиніанъ уменьшилъ этотъ maximum до половины и призналъ *semisses usurae* въ значеніи указныхъ процентовъ, (не смѣшать съ законнымъ процентомъ). Сверхъ того, по постановленію Юстиніана не дозволялось брать проценты на проценты (анатоцизмусъ) и общая сумма выросшихъ процентовъ не могла превышать капитальнаго долга. *Ultra duplum usurae et usurarum usurae nec in stipulatu deducti nec exigi possunt*. Сдѣлка съ лихвенными процентами была ничтожна на сколько она превышала установленныя границы. Излишніе проценты не могли быть требуемы вѣрителемъ, а если были заплачены, то могли быть вычтены изъ капитала или вытребованы обратно.

### Осуществленіе обязательствъ.

Полное осуществленіе обязательства состоитъ въ исполненіи должникомъ дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства. Вмѣстѣ съ совершеніемъ этого дѣйствія прекращается и самое обязательство, такъ что осуществленіе обязательства есть вмѣстѣ съ тѣмъ и его прекращеніе. Понятно изъ этого, что относительно обязательственнаго права не возможно владѣніе, обязательственное право есть, такъ сказать, право осуществляемое въ одинъ моментъ, продолжительность и повтореніе осуществленія здѣсь немыслимы. Исполненіе обязательства, независимо отъ вопроса о лицѣ, исполняющемъ обязательство, и о лицѣ, получающемъ исполненіе, можетъ быть разсматриваемо въ трехъ различныхъ отношеніяхъ. Во 1-хъ, по отношенію къ предмету исполненія. Должникъ долженъ дать или сдѣлать то, что онъ обязался дать или сдѣлать; онъ не можетъ принудить вѣрителя ни къ принятію удовлетворенія другого рода, ни къ принятію частичнаго или неполнаго удовлетворенія. Изъ этого правила есть однако



исключеніе. Въ двухъ случаяхъ кредиторъ можетъ быть принужденъ къ принятію, въ удовлетвореніе по обязательству не того предмета, который обязался представить должникъ. 1-й случай представляется при такъ называемыхъ факультативныхъ обязательствахъ, въ которыхъ *una res est in obligatione et altera in solutione*, въ которыхъ, въ силу соглашенія или на основаніи опредѣленія закона, должникъ, какъ мы уже упоминали, можетъ вмѣсто вещи, которую онъ обязанъ представить другую въ удовлетвореніе по обязательству.

2-й случай имѣетъ мѣсто на основаніи одной новеллы Юстиніана (Nov. 4, С. 3.), по которой должникъ, обязанный къ уплатѣ денежной суммы и не имѣющій возможности выплатить ее ни наличными деньгами, ни какой-либо движимостью, но имѣющій недвижимыя вещи, на которыя не находится серьезнаго покупателя, можетъ принудить кредитора принять эти недвижимости въ уплату долга по судебной ихъ оцѣнкѣ. Кредитору при этомъ предоставляется право выбрать изъ нѣсколькихъ недвижимостей должника именно тѣ, которыя онъ пожелаетъ.

Изъ правила, что кредиторъ не обязанъ къ принятію частичнаго или неполнаго удовлетворенія, также допускаются исключенія. Во 1-хъ судья, принимая во вниманіе положеніе должника, можетъ иногда опредѣлить уплату долга по частямъ въ указываемые имъ сроки. Во 2-хъ нѣкоторые должники пользуются такой привилегіей, что могутъ быть принуждены къ выполненію обязательства лишь настолько, на сколько они могутъ его исполнить, сохраняя должнику то, что необходимо для удовлетворенія его потребностей. Относительно такихъ должниковъ возможно только *condemnatio in id, quod facere potest debitor*. Этого рода привилегія называется *beneficium competentiae*. Названіе дано новыми юристами. Привилегія эта личная и не переходитъ даже на наслѣдниковъ лица обязаннаго. Оно дается слѣдующимъ должникамъ: отцу и матери вѣрителя (§ 38. Inst. IV. 6.), его братьямъ и сестрамъ (fr. 63. Dig. pro socio 17. 2.), супругамъ между ними въ взаимныхъ требованіяхъ (fr. 20. Dig. de re judicata 42. 1.), отцу жены при требованіи мужемъ приданаго (fr. 17. pr. Dig. saluto matrimonio 24. 4.) мужу, его отцу и дѣтямъ при возстановленіи приданнаго (fr. 15. § 2. fr. 16 и 18 h. t.), патрону вѣрителя и членамъ семьи патрона (fr. 17. Dig. de re judicata 42. 1.), товарищамъ по обязательствамъ между ними (fr. 63. pr. Dig. pro socio 17. 2.), дарителю противъ одареннаго (fr. 12. initio Dig. de donatione 395.), наконецъ солдатамъ (l. 6. pr. l. 1., Dig. de re judicata 42. 1.). Должникъ, пользующійся этой привилегіей, не можетъ однако удерживать необходимое имущество на уплату другихъ долговъ своихъ, такъ что привилегія его имѣетъ полную силу тогда лишь, когда нѣтъ другихъ вѣрителей, или, когда противъ вѣрителей должникъ пользуется той же привилегіей. Привилегія эта не имѣетъ цѣлью полное прекращеніе



долга, а только ограниченіе права требовать исполненія обязательства. Она прекращаетъ свое существованіе, когда должникъ уже выполнилъ свое обязательство или когда онъ оказывается недобросовѣстнымъ.

Должникъ долженъ представить вещь, составляющую предметъ обязательства, со всѣми ея принадлежностями, которыя всегда раздѣляютъ судьбу главной вещи. Вмѣстѣ съ тѣмъ, вѣритель имѣетъ право на *commodum rei*, т. е. на всѣ выгоды, доставляемыя вещью, со дня назначеннаго для исполненія обязательства, если послѣднее было почему-либо исполнено поздно.

Сказаннаго довольно касательно исполненія обязательства по отношенію къ предмету.

Во 2-хъ исполненіе обязательства можно разсматривать по отношенію къ мѣсту исполненія. Мѣсто это можетъ быть опредѣлено по соглашенію сторонъ или же опредѣлено по правиламъ указаннымъ въ законѣ. Когда имѣется опредѣленное мѣсто исполненія обязательства, должникъ обязанъ тогда исполнить послѣднее именно въ этомъ мѣстѣ, и вѣритель не можетъ требовать исполненія въ иномъ мѣстѣ (*fr. 2. § 7. fr. 9. 10. Dig. de eo quod certo loco dari oportet 3. 4.*). Если же мѣсто исполненія не опредѣлено, то должникъ можетъ произвести удовлетвореніе по обязательству во всякомъ удобномъ мѣстѣ такъ же, какъ и вѣритель можетъ требовать, чтобы исполненіе обязательства произошло въ особомъ удобномъ мѣстѣ. Вопросъ о томъ, какое мѣсто можетъ быть признано удобнымъ для исполненія обязательства, есть вопросъ факта. Въ большинствѣ случаевъ это будетъ мѣстожительство (*domicilium*) должника или мѣстонахожденіе вещи въ моментъ ея требованія; но въ каждомъ данномъ случаѣ мѣсто исполненія можетъ опредѣляться различно, по различію обстоятельствъ.

Искъ объ исполненіи обязательствъ долженъ быть, вообще говоря, предъявляемъ суду мѣста, гдѣ можетъ и должно быть потребовано исполненіе (*forum contractus*, какъ говорятъ комментаторы; см. *fr. 3. Dig. de rebus auctoritate iudicis possidentis 42. 5.*); но вѣритель можетъ также обратиться къ суду мѣстожительства (*domicilium*) или мѣстопроисхожденія (*origo*) должника, т. е. вѣритель, какъ говорятъ обыкновенно, можетъ по своему усмотрѣнію выбрать *forum contractus* или *forum domicilii* или *forum originis*. См. *fr. 1. 2. 3. Dig. de rebus auctoritate iudicis possidentis 42. 5. Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur quo negotium est, sed quo solvenda est pecunia.*

Это право выбора подсудности въ искахъ строгаго права не принадлежитъ кредитуру, когда мѣсто исполненія опредѣлено заранѣе соглашеніемъ. Въ искахъ этого рода требованіе въ *intentio*



должно быть выражено опредѣленно: „Centum dari oportere“. А какъ можно требовать съ должника, чтобы онъ уплатилъ 100 въ Римѣ, когда онъ обязался ихъ уплатить, напр. въ Афинахъ? Въ искахъ *bonae fidei*, наоборотъ интенція „*quidquid ob hanc rem dari oportet*“, допускала возможность предъявленія требованія объ уплатѣ въ любомъ мѣстѣ. Въ этомъ случаѣ кредиторъ можетъ искать съ должника только въ указанномъ мѣстѣ. Но могло, конечно, быть, что должникъ не находился въ этомъ мѣстѣ или по злему умыслу съ своей стороны, или же по небрежности (*culpa*), или по другой какой-либо случайной причинѣ, такъ что вѣритель не могъ начать противъ него преслѣдованія. Такъ для такого случая преторъ создалъ искъ, принадлежащій къ категоріи исковъ арбитрарныхъ и называемый *actio de eo quod certo loco dari oportet*. Искъ этотъ могъ быть вчиняемъ передъ всякимъ компетентнымъ судьей отвѣтчика. По этому иску кредиторъ получалъ удовлетвореніе по обязательству, принимая во вниманіе не только дѣйствительную стоимость предмета обязательства, но и ту разницу, которая вытекала изъ перемѣны мѣста исполненія и которая могла быть къ выгодѣ, или невыгодѣ кредитора. Въ случаѣ, если кредиторъ предъявлялъ этотъ искъ по злему умыслу, хотя должникъ былъ готовъ къ исполненію обязательства въ опредѣленномъ мѣстѣ, то должникъ могъ отразить этотъ искъ, представивъ доказательства, что предметъ исполненія имъ доставленъ въ надлежащее мѣсто, или же давъ въ томъ обезпеченіе.

Въ 3-хъ наконецъ, исполненіе обязательства можно разсматривать по отношенію къ времени исполненія. Въ этомъ отношеніи различаются два момента; а) моментъ установленія обязательства *dies cedens*, иначе, моментъ, съ котораго для вѣрителя возникаетъ имущественное право на дѣйствіе должника и в) *dies veniens*—моментъ, съ наступленіемъ котораго могло быть уже требуемо самое совершеніе этого дѣйствія.

Промежутокъ между этими моментами опредѣляется или усмотрѣніемъ сторонъ или свойствомъ содержанія обязательства. Если же ни свойство обязательства, ни воля сторонъ не отлагаютъ осуществленіе до опредѣленнаго времени, то имѣетъ силу правило: „*dies statim cedit et venit*“, т. е. иначе говоря, обязательства безъ опредѣленія срока ихъ исполненія осуществляются въ тотъ же день, когда они заключены.

Когда обязательство не исполнено, не осуществлено въ указанное время, то идетъ рѣчь о просрочкѣ, или промедленіи въ исполненіи обязательства—*mora*.

### Просрочка въ исполненіи обязательства—*mora*.

Просрочка такая возможна и со стороны кредитора и со стороны должника (*mora accipiendi* и *mora solvendi*). По господствующему мнѣнію, просрочка съ ея послѣдствіями имѣетъ мѣсто только



тогда, когда промедленіе въ исполненіи обязательства произошло по винѣ одного изъ контрагентовъ. Если же причиной промедленія былъ случай (болѣзнь, наводненіе, крушеніе поѣзда на желѣзной дорогѣ) или то, что должникъ имѣлъ основаніе сомнѣваться въ существованіи долга, въ личности вѣрителя или его представителя, то правила о просрочкѣ не примѣняются. Общее послѣдствіе просрочки то, что она вредитъ лицу въ ней виновному „*unicuique sua mora nocet*“. Просрочка со стороны должника имѣетъ мѣсто тогда, когда при наличности долга подлежащаго взысканію судебнымъ порядкомъ, вѣритель заявилъ желаніе получить уплату по обязательству или, какъ говорятъ, когда должникъ получилъ предвареніе о просрочкѣ—*interpellatio (denuntiatio)* „*Mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit*“ Z. 32. D. 211. Такое предвареніе можетъ быть сдѣлано безъ всякихъ формальностей самимъ кредиторомъ или его повѣреннымъ устно или письменно должнику или его повѣренному въ томъ мѣстѣ, въ которомъ вѣритель могъ требовать платежа. L. 32 pr. 22. 1.

Пока нѣтъ интерпелляціи, по общему правилу, должникъ можетъ воздерживаться отъ исполненія обязательства, не дѣлаясь виновнымъ въ просрочкѣ.

Исключенія изъ этого правила имѣютъ мѣсто въ слѣдующихъ трехъ случаяхъ:

1) Воръ и вообще овладѣвшій чужимъ имуществомъ по правонарушенію, считается въ просрочкѣ съ самаго момента захвата имъ чужого имущества. „*Semper enim fur moram facere videtur*“ l. 8. § 1. D. 12. 1.

2) Въ случаѣ, когда *interpellatio*, т. е. приглашеніе къ платежу, почему-либо было невозможно доставить ни самому должнику, ни его представителю, то могло быть сдѣлано заявленіе о неплатежѣ (протестъ) въ судъ и послѣ этого судебного протеста должникъ считается въ просрочкѣ. l. 23. D. 22. 1.).

3) При срочныхъ обязательственныхъ отношеніяхъ по мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, для наступленія просрочки со стороны должника вѣтъ надобности въ *interpellatio* кредитора. Создалось даже правило *dies interpellat pro homine*. Савиньи первый указалъ, что это правило не имѣетъ опоры въ источникахъ римскаго права. Многіе писатели послѣ Савиньи вовсе отрицаютъ примѣненіе его въ римскомъ правѣ, напр., Маунз, Пухта, Молитор; другіе отстаиваютъ его примѣнимость. За отсутствіемъ прямыхъ указаній источниковъ мы охотно присоединяемся къ мнѣнію, высказанному Арндт'омъ (§ 251. его Пандектъ) и Ван—Веттер'омъ I § 19, что правило *dies interpellat pro homine*, т. е. наступленіе срока считается какъ бы предвареніемъ, примѣнимо въ тѣхъ случаяхъ, когда при назначеніяхъ срока исполненія обязательства сторонами имѣлось въ виду



что исполненіе имѣеть цѣну, значеніе именно въ данный день, (напр. доставка къ базарному или ярмарочному дню). Просрочка со стороны должника влечетъ для него обязанность вознаградить за всякій ущербъ, причиненный кредитору промедленіемъ въ исполненіи обязательства. Должникъ дѣлается отвѣтственнымъ не только за происшедшую по его винѣ гибель или порчу предмета исполненія, но и за случайную гибель или порчу вещи, что выражается правиломъ: „*moa perpetua facit obligationem*“, т. е. при случайной гибели или порчѣ вещи, въ случаѣ просрочки, обязательство должника остается вѣчнымъ, иначе говоря, подлежащимъ удовлетворенію, не смотря на гибель денежной вещи, за которую должникъ теперь обязанъ уплатить по оцѣнкѣ. Далѣе, виновный въ просрочкѣ должникъ обязанъ не только доставить самый предметъ обязательства, но и всѣ приращенія и выгоды, которыя выросли съ момента наступленія уплаты, обязывается возстановить всѣ плоды вещи, не только полученные имъ *fructus percipiti*, но и *fructus percipiendi*, т. е. такіе, которые кредиторъ могъ бы получить съ данной вещи, если бы распорядился ею самъ и примѣнилъ къ ней свою хозяйственную распорядительность. Наконецъ, должникъ, впаавшій въ просрочку, обязанъ уплатить кредитору *usurae moratoriae*, т. е. проценты на денежную сумму за время просрочки (l. 32. D. 22. 1.). Просрочка со стороны кредитора имѣеть мѣсто тогда, когда онъ не принялъ предложеннаго ему должникомъ въ срокъ исполненія. Въ древности, при безосновательномъ отказѣ кредитора въ полученіи исполненія съ должника, заявившаго ему о своей готовности къ исполненію (это заявленіе называется *oblatio*), послѣдній могъ выбросить, покинуть вещь, составляющую предметъ обязательства. Помянутое заявленіе, *oblatio*, со стороны должника необходимо, чтобы снять съ него вину въ промедленія исполненія обязательства и возложить ее на кредитора. Кредиторъ могъ указать на извинительныя обстоятельства, мѣшающія принятію исполненія по заявленію должника; но тогда онъ долженъ доказать эти обстоятельства. Если *oblatio*, (т. е. заявленіе о готовности уплаты) не можетъ быть сдѣлано кредитору, по причинѣ его отсутствія, то необходимо должнику совершить судебный протестъ, или же внести слѣдующую сумму въ судебное мѣсто. При просрочкѣ со стороны кредитора должникъ вовсе освобождается отъ отвѣтственности за случайную гибель или порчу вещи, составляющей предметъ обязательства, а отвѣчаетъ только за *culpa lata* или *dolus* съ своей стороны. Просрочка прекращается (*moa purgatur*) послѣдующей уплатой со стороны должника и принятіемъ уплаты со стороны кредитора. Можетъ быть она прекращена и дарованіемъ отсрочки въ исполненіи обязательства, которая можетъ имѣть мѣсто по явному или молчаливому соглашенію сторонъ.



## Охраненія обязательствъ.

Для полной силы, для правильной осуществимости обязательства нужна *actio*, т. е. возможность осуществить требованіе, составляющее предметъ обязательства при помощи обращенія къ суду съ соответствующимъ обязательству, вытекающимъ изъ него искомъ. Искъ, однако есть только обыкновенный спутникъ обязательства, а не составляетъ необходимаго признака всякаго обязательственнаго права. Можно себѣ представить обязательственныя права, которыя лишены охраненія посредствомъ иска, хотя это и не мѣшаетъ всетаки имъ имѣть значеніе и силу. Особый ходъ развитія римскаго права дѣйствительно создалъ возлѣ обязательствъ, которыя пользовались охраненіемъ по правиламъ гражданского права или по правиламъ права преторскаго, нѣсколько видовъ такихъ обязательствъ, которыя хотя и признавались дѣйствительными по *jus naturale*, но не охранялись искомъ, являлись такимъ образомъ какъ бы несовершенными обязательствами. Этого рода обязательства называются естественными, *naturales obligationes*. въ отличіе отъ обязательствъ, охраняемыхъ искомъ и называемыхъ *civiles obligationes*. Приведенное нами въ началѣ опредѣленіе обязательства изъ институцій, Юстиніана, гласящее, что обязательство есть „*juris vinculum, quo necessitate odstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura*“ относится именно къ обязательствамъ гражданского права. Необходимо замѣтить, что въ древнѣйшее время подъ *obligationes civiles* разумѣлись обязательства, признанныя въ древнемъ *jus civile* и охраняемыя имъ, въ противоположность обязательствамъ, основаннымъ на *jus gentium*, или *jus naturale*. Словомъ, указанная противоположность между гражданскими и естественными обязательствами есть результатъ именно той двойственности, которая такъ долго существовала въ Римѣ и выражалась въ совмѣстномъ существованіи двухъ видовъ собственности (квиритской и бонитарной), двухъ видовъ наслѣдованія (*hereditas* и *bonorum possessio*) и т. п. Но тогда какъ въ исторіи другихъ институтовъ мы видимъ закончившимся процессъ сліянія институтовъ гражданского права и права обще-народнаго, въ области права обязательственнаго эта противоположность или двойственность права продолжаетъ оставаться во всей своей силѣ даже въ Юстиніановскомъ законодательствѣ, въ которомъ признается еще существенное различіе между обязательствами естественными и гражданскими. Разумѣется, благодаря съ одной стороны дѣятельности претора, а съ другой императоровъ и юриспруденціи, идеи обще-народнаго права и въ этомъ направленіи оказали большое вліяніе. Первоначальный, слишкомъ узкій кругъ гражданскихъ обязательствъ постепенно расширялся и въ этотъ кругъ, рядомъ съ обязательствами, основанными исключительно на древнемъ гражданскомъ правѣ входятъ обя-



зательства, признанныя вначалѣ только въ общенародномъ правѣ и получившія лишь въ послѣдствіи признаніе и защиту въ правѣ *civiln'omъ*, или же снабженныя искомъ, благодаря дѣятельности преторовъ. На этомъ основано различіе между обязательствами гражданского права и права преторскаго (*obligationis civiles* и *praetoriae*); но оба эти вида обязательствъ, какъ охраняемые искомъ, не отличаются уже существенно и потому вмѣстѣ противопологаются, какъ *obligationes civiles*, обязательствамъ, исками не охраняемымъ, иначе обязательствамъ естественнымъ, обязательствамъ, въ которыхъ, какъ выражаются источниками, есть *vinculum aequitatis*, а не *vinculum juris*, какъ въ гражданскихъ обязательствахъ. Это *vinculum aequitatis*, эта связь естественная, признаваемая правомъ естественнымъ (или, иначе, общенароднымъ), заслуживаетъ уваженія, хотя кредиторъ и не можетъ требовать здѣсь вмѣшательства римскаго суда (ибо это вмѣшательство есть институтъ права *civil'наго*), не имѣетъ иска для преслѣдованія своего права; но это отсутствіе иска не лишаетъ вовсе силы данное обязательственное право. Естественное обязательство оказывается полезнымъ вѣрителю всякій разъ, когда онъ можетъ его осуществить, не прибѣгая къ судебному преслѣдованію. Въ этомъ отношеніи вѣритель по естественному обязательству находится въ положеніи аналогичномъ съ лицомъ, являющимся естественнымъ собственникомъ вещи, или ея владѣльцемъ, т. е. онъ можетъ поддерживать *status quo*. Ибо въ природѣ вещей, говоритъ Маунз, тотъ, кто стремится къ поддержанію существующаго, не имѣетъ нужды выступать въ роли нападающаго, для него достаточно лишь средствъ защиты. Отсюда и говорятъ, что естественное обязательство—это то, которое не рождаетъ иска, но даетъ вѣрителю возраженіе (*exceptio*). Однако такое опредѣленіе естественнаго обязательства слѣдуетъ признать слишкомъ узкимъ, ибо естественное обязательство даетъ и другія выгоды вѣрителю, влечетъ и другія послѣдствія, кромѣ возможности защиты фактическаго состоянія посредствомъ *exceptio*, а именно:

1) Должникъ по естественному обязательству можетъ признать свой долгъ способомъ, указаннымъ въ гражданскомъ правѣ, и тогда естественное обязательство обратится въ гражданское.

2) Исполненіе по естественному обязательству можетъ быть гарантировано посредствомъ установленія другого добавочнаго права требованія, признаваемаго въ *jus civile* (установленіемъ, напр. ипотеки, или представленіемъ обезпеченія—*cautio civilis*—или поручительства). Въ этихъ случаяхъ обязательство естественное дѣлается полезнымъ кредитору, являясь основаніемъ для установленія гражданского права, которое безъ этого не могло бы существовать. Но, кромѣ того, естественное обязательство можетъ получить силу и значеніе и въ другихъ случаяхъ, а именно:



3) То, что уплачено въ силу естественнаго обязательства, не можетъ быть требуемо обратно „*solutum repeti non potest*“ говорить источники. (См. fr. 19 pr. Dig de condictione indebiti 12. 6.).

4) Естественное обязательство можетъ получить силу путемъ зачета *compensatio*, т. е. можетъ быть противопоставлено вѣрителю по этому обязательству въ случаѣ предъявленнаго къ нему должникомъ иска, вытекающаго изъ гражданского обязательства, если только въ данномъ случаѣ существуютъ на лицо условія, вообще требуемыя для зачета исковой претензіи. Fr. 6. D. de compensationibus 16. 2. *etiam quod natura debetur venit in compensationem*.

5) Наконецъ, вѣритель по естественному обязательству можетъ воспользоваться *jus retentionis*, правомъ удержанія, когда это допускается.

Во всѣхъ этихъ послѣднихъ трехъ случаяхъ вѣритель по естественному обязательству осуществляетъ свое право при посредствѣ *exceptio doli* противъ направленнаго къ нему иска.

Надо однако замѣтить, что не всякое естественное обязательство и не всегда можетъ имѣть всѣ указанныя послѣдствія. Такъ, во 1-хъ было время, что *compensatio*, т. е. зачетъ претензій, допускалось даже при всѣхъ не гражданскихъ обязательствахъ, понятно, что обязательства естественныя тогда къ зачету не допускались. Да и вообще, то или другое послѣдствие изъ указанныхъ могло не допускаться въ правѣ въ примѣненіи къ извѣстному естественному обязательству. Есть только одно послѣдствие естественныхъ обязательствъ, которое можно разсматривать, какъ существенное, именно то, что уплаченное по этому обязательству не можетъ быть требуемо обратно.

Спрашивается, въ какихъ случаяхъ обязательство будетъ естественное и въ какихъ гражданское. Отвѣтить на этотъ вопросъ не легко, потому что кругъ гражданскихъ обязательствъ постепенно расширялся, въ римскомъ правѣ. Различаютъ, однако въ этомъ отношеніи слѣдующія категоріи обязательствъ: 1) Обязательство чисто естественное основанное исключительно на *jus gentium*. 2) Обязательство гражданское имѣющее основаніе и въ *jus gentium* и въ *jus civile*. 3) Обязательство, основанное исключительно на опредѣленіи гражданского права и не имѣющее никакого естественнаго основанія (*ratio naturalis*). Наконецъ, въ особую группу выдѣляютъ обязательства естественныя, которыя гражданское право лишаетъ совсѣмъ всякой силы, каковы обязательства, вытекающія изъ игры, растовщическія сдѣлки и т. п. Комментаторы этого рода обязательства называютъ *obligationes jure civili reprobatas*. Основанія, по которымъ въ каждомъ данномъ случаѣ установившаяся между сторонами связь будетъ только естественной, можетъ быть тройкаго рода. Во 1-хъ они могутъ лежать въ самыхъ лицахъ, заключающихъ обязательства. Такъ рабъ, по *jus civile*, не будучи лицомъ, не можетъ быть ни вѣрителемъ, ни должникомъ по гражданскому обязательству; но въ естественной способности



обязываться ему, какъ челоуѣку, по естественному праву, не можетъ быть отказано. Между отцомъ и подвластнымъ ему сыномъ семьи по *jus civile* (до введенія *rescuium castrense*) немислимы какія-либо обязательства, но естественныя обязательства между ними могутъ имѣть мѣсто. Наконецъ, состоящій подъ опекой, малолѣтній не можетъ, вообще говоря, принимать на себя гражданскихъ обязательствъ, но можетъ, смотря по обстоятельствамъ, заключить естественное обязательство. Во 2-хъ, основанія признанія обязательствъ только естественными могутъ лежать въ самомъ способѣ возникновенія обязательства. Дѣло въ томъ, что обязательственное отношеніе, существующее между двумя лицами, можетъ получить силу обязательства гражданского права лишь тогда, когда это отношеніе санкціонировано гражданскимъ правомъ. По отношенію же къ обязательствамъ, вытекающимъ изъ соглашенія между вѣрителемъ и должникомъ, римляне признавали *vinculum juris*, обязательственную связь, признаваемую правомъ только тогда, когда эта связь основывалась на *causa civilis*, т. е. на основаніи, указанномъ въ гражданскомъ правѣ и лежавшемъ или въ самой природѣ устанавливаемого соглашеніемъ отношенія, или же въ внѣшней формѣ, въ которую соглашеніе облекали. Безъ этой *causa civilis* соглашеніе одно само по себѣ называлось голымъ, *nuda pactio*, или *nudum pactum* и устанавливало только естественное обязательство. Также для того, чтобы одностороннее дѣйствіе рождало обязательство гражданское, нужно было, чтобы квинтское право создало искъ для охраны данного обязательственного отношенія. Такъ напр. добросовѣстный владѣлецъ вещи имѣетъ право на вознагражденіе со стороны собственника ея за полезныя издержки, слѣланныя имъ по вещи; но это право лишено охраны посредствомъ иска и сводится на степень естественнаго обязательства. Въ 3-хъ, основанія причисленія обязательства къ естественнымъ могутъ лежать въ предметѣ, или точнѣе говоря, въ особой природѣ дѣйствій, составляющихъ предметъ данного обязательства, природѣ, которая мѣшаетъ признать за обязательствомъ въ данномъ случаѣ характеръ гражданского, не лишая его силы обязательства естественнаго. Словомъ, обязательство было бы гражданскимъ, такъ какъ само по себѣ рождаетъ искъ, если бы сила этого иска не разрушалась возраженіемъ, основаннымъ на особомъ предметѣ обязательства въ данномъ случаѣ. Напр. заемъ обыкновенно охраняется искомъ, но въ извѣстныхъ случаяхъ этотъ искъ можетъ быть отраженъ посредствомъ *exceptio senatus consulti Macedoniani*. Заемъ въ этомъ случаѣ теряетъ характеръ обязательства гражданского права, но не лишается охраны по началамъ права общенароднаго, и обязательство переходитъ въ разрядъ естественныхъ. Разумѣется, сюда не относятся случаи, когда *exceptio* вовсе разрушаетъ обязательство, такъ что оно не будетъ имѣть даже силы естественнаго.



Классифицируя такимъ образомъ на вышеуказанныхъ основаніяхъ различныя обязательства по степени ихъ дѣйствительности и силы, мы получимъ слѣдующія категоріи ихъ:

1) *Obligaciones civiles*—обязательства, признанныя въ *jus civile* и охраняемыя исками и возраженіями.

2) *Obligaciones civiles*, осуществленіе которыхъ парализуется возраженіями, такъ однако, что естественная обязательственная связь продолжаетъ существовать и обязательство можетъ осуществиться только не при помощи иска.

3) *Obligaciones civiles*, которыхъ послѣдствія могутъ быть окончательно уничтожены посредствомъ какого-либо возраженія *exceptio perpetua*, такъ что не остается даже естественной связи; таково, напр. обязательство, заключенное по принужденію и уничтожаемое посредствомъ *exceptio quod metus causa*, или обязательство, которое разрушается посредствомъ *exceptio doli* или *exceptio non numeratae pecuniae*. Этого рода обязательство технически называютъ *obligaciones inanes* или *inefficaces (obligatio inefficax)*.

4) Обязательство естественное, не имѣвшее никогда значенія гражданского обязательства и осуществимое только косвеннымъ путемъ, особенно при посредствѣ возраженія, напр. обязательство изъ простаго соглашенія, *nubum pactum*.

5) Обязательство ничтожное *ipso jure* по отсутствію ли основанія для его возникновенія или потому, что данное основаніе не можетъ быть признано въ правѣ. Сюда относятся и *obligaciones reprobatas*. Отъ *obligaciones inanes* обязательства этого послѣдняго вида отличаются тѣмъ, что первые предполагаютъ существованіе гражданского обязательства, которое дѣлается не дѣйствительнымъ вслѣдствіе возраженія должника, послѣднія же сами по себѣ ничтожны и не могутъ рождать никакихъ послѣдствій.

Въ заключеніе, къ сказанному добавимъ нѣсколько словъ о моральныхъ обязательствахъ.

Нѣкоторые смѣшиваютъ съ естественными обязательствами такіе случаи, когда, строго говоря, нѣтъ никакого обязательства, а существуютъ лишь извѣстныя исключительно нравственныя обязанности, выполненія которыхъ нельзя требовать ни при помощи иска, ни помощью возраженія, но въ случаѣ добровольнаго выполненія которыхъ положительное право не допускаетъ уже обратнаго требованія для исполнившаго. Это послѣднее и даетъ поводъ къ смѣшенію этихъ случаевъ съ естественными обязательствами, смѣшенію, очевидно, неосновательному, такъ какъ въ этихъ случаяхъ, повторяю, строго говоря, вовсе нѣтъ ни обязательства, ни вѣрителя, ни должника, а признается лишь извѣстная правовая сила за послѣдовавшимъ уже выполненіемъ нравственной обязанности. Нѣкоторые современные писатели дали этимъ случаямъ названіе обязательствъ моральныхъ;



названіе очень неудачное, по моему мнѣнію; большинство же юристовъ совершенно неправильно относить эти случаи къ обязательствамъ естественнымъ. Въ основѣ опредѣленія законодательства о невозможности въ извѣстныхъ случаяхъ обратнаго требованія того, что было дано съ цѣлю выполненія нравственного долга, лежитъ уваженіе къ этому выполненію, которое положительное право разсматриваетъ все таки, какъ *актъ щедрости*, имущественнаго облагодѣтельствованія. Случай, въ которыхъ имѣетъ мѣсто такая щедрость, разсматриваемые, какъ нравственная обязанность, суть слѣдующіе:

1) Жена не обязана устанавливать мужу приданое изъ собственнаго имущества; но разъ она его установила, считая себя, по ошибкѣ, обязанной, она уже не можетъ требовать установленнаго обратно.

2) Кто-либо оказалъ, по чувству нравственного долга изъ сожалѣнія помощь нуждающемуся боковому родственнику или свойственнику, такъ оказавшій эту помощь не можетъ уже требовать выданнаго обратно.

3) Отецъ предъ кредиторами сына отвѣчаетъ по *actio de peculio* лишь въ размѣрѣ *peculium'a*; но если онъ добровольно уплатитъ сверхъ этого размѣра, то не можетъ уже требовать возвращенія этой уплаты.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, даже и безъ всякой нравственной обязанности выплатившаго, произведенная имъ уплата по уваженію къ высоконравственному мотиву (милосердіе, почтеніе къ родителямъ и т. п.) не можетъ быть требуема обратно.

Всѣ эти случаи слѣдуетъ, такимъ образомъ, отличать отъ естественныхъ обязательствъ, хотя нѣтъ основаній и выдѣлять ихъ въ особую группу обязательствъ моральныхъ, такъ какъ здѣсь вѣрнѣе сказать, что вовсе нѣтъ обязательствъ; а есть акты щедрости, выполненіе которыхъ влечетъ то послѣдствіе, что возвращенія выполненнаго требовать нельзя.

Въ теченіе долгой исторіи римскаго права въ послѣднемъ выработалось не мало средствъ, при помощи которыхъ укрѣплялось обязательство, обезпечивалось его выполненіе. Сюда относятся:

1) *Juramentum promissorium* (обѣщательная клятва); 2) задатокъ (*arra*); 3) обѣщаніе штрафа или неустойки (*stipulatio poenae*) и 4) принятіе на себя чужого долга (*intercessio*). Но вопросъ объ обезпеченіи обязательствъ такъ же, какъ общее ученіе о прекращеніи ихъ, я считаю болѣе удобнымъ изложить лишь послѣ ученія объ основаніяхъ обязательствъ и изложенія отдѣльныхъ видовъ ихъ.

### Происхожденіе обязательствъ.

Для того, чтобы извѣстное лицо считало обязаннымъ дать или сдѣлать что-либо другому, нужно извѣстное основаніе. Такимъ осно-



ваніемъ можетъ служить соглашеніе воли сторонъ, или же одностороннее дѣйствіе лица обязаннаго, наносящее ущербъ другому, по отношенію къ которому виновное въ нанесеніи ущерба лицо и становится обязаннымъ, помимо своей воли, въ силу постановленій объективнаго права. Гай подмѣтилъ, можетъ быть, первый это различіе въ основаніяхъ возникновенія обязательствъ. „*Omnis obligatio*“, говоритъ онъ въ III кн. институцій „*vel ex contractu nascitur vel ex delicto*“. Независимо, однако, отъ соглашенія воли сторонъ или отъ правонарушенія, совершаемаго одной изъ нихъ, объективное право, въ интересахъ справедливости и общей пользы, можетъ создавать обязательства, возникающія въ силу извѣстныхъ фактовъ, не относящихся ни къ одной изъ указанныхъ категорій. Въ этомъ случаѣ обязательство прямо возникаетъ *ex lege*. Анализируя эти факты, съ которыми законъ связываетъ возникновеніе обязательствъ, тотъ же римскій юристъ замѣтилъ, что нѣкоторые изъ нихъ представляютъ по сущности и по послѣдствіямъ аналогію съ соглашеніемъ, договоромъ, другіе же съ правонарушеніями. На этомъ основаніи, сказавъ въ одномъ мѣстѣ, что *obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (см. fr. 1. pr. Dig. de obligationibus et actionibus 44. 7.); въ другомъ мѣстѣ тотъ же Гай (именно въ 1. 5. Dig. h. t.) раздѣляетъ еще обязательства послѣдней категоріи на *obligationes quasi ex contractu* и *quasi ex delicto*.

Это четырехчленное дѣленіе обязательствъ заимствовано у Гая составителями институцій Юстиніана (§ 2. 1. III. 13). Однако это дѣленіе не обнимаетъ все же собою всѣхъ случаевъ возникновенія обязательствъ, остается всетаки еще извѣстное число, основанныхъ на законѣ, обязательствъ, въ основаніи возникновенія которыхъ нельзя найти аналогіи ни съ договоромъ, ни съ обязательствомъ. Такимъ образомъ тѣ обязательства, про которыя Гай говоритъ, что они возникаютъ *ex variis causarum figuris*, естественно распадаются на три категоріи: 1) на обязательства, рождающіяся *quasi ex contractu*; 2) на обязательства, рождающіяся *quasi ex delicto*; и 3) обязательства вытекающія изъ другихъ причинъ *obligationes ex variis causarum figuris* въ тѣсномъ смыслѣ.

Это установленное въ существенныхъ чертахъ со временъ Гая, дѣленіе нынѣ часто подвергается критикѣ со стороны современныхъ ученыхъ, указывающихъ, что въ частности трудно установить признаки, по которымъ надо различать *obligationes quasi ex contractu* и *quasi ex delicto*, что даже трудно иногда провести строгую границу между договоромъ и правонарушеніемъ. Въ виду этого пытаются установить иныя системы дѣленія обязательствъ. Большинство авторовъ учебниковъ продолжаетъ, однако, держаться въ главномъ римской системы дѣленія обязательствъ, внося въ нее лишь нѣкоторыя измѣненія въ частности.



Перейдемъ къ изложенію обязательствъ, рождающихся изъ соглашенія и прежде всего опредѣлимъ понятіе послѣдняго.

Соглашеніе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ относительно чего-либо носитъ въ римскомъ правѣ общее названіе *conventio*, *actio* или *actum conventum*. „*Conventiones nomen generale est*“.

Разумѣется, въ правѣ идетъ рѣчь только о такихъ соглашеніяхъ воли, которыя влекутъ юридическія послѣдствія, т. е. установленіе или прекращеніе правъ. Римское право различаетъ два вида такого соглашенія: *actum et contractus*. *Actum* или точнѣе *actum nudum*— это простое соглашеніе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ— „*duorum plurimumve in idem placitum consensus*“, которое само по себѣ, по римскимъ понятіямъ, не рождало еще цивильнаго обязательства, а только обязательство естественное не охраняемое искомъ. „*Ex pacto actio non oritur*“. *Pauli sent.* 2. 14. § 1.

Для того же, чтобы возникло цивильное обязательство, охраняемое искомъ, недостаточно одного простого соглашенія, а требуется еще такъ называемое *causa civilis obligationis*, т. е. наличность такого факта, съ которымъ положительное право соединяетъ то послѣдствіе, что изъ соглашенія вѣритель пріобрѣтаетъ искъ. Когда соглашеніе сопровождается такимъ фактомъ, на основаніи котораго выговоренное въ соглашеніи право вѣрителя охраняется искомъ, то такое соглашеніе называется въ источникахъ *contractus* договоръ (отъ *contrahere* стягивать—сбирать).

Изъ сказаннаго само собою слѣдуетъ, что для насъ очень важно знать—что же именно по римскому воззрѣнію составляло въ договорахъ законную причину установленія обязательства *causa civilis obligationis*. Отвѣтъ на это даетъ намъ Гай въ его институціяхъ, говоря, что обязательства *ex contractu* подраздѣляются на четыре категоріи. „*Narum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu* (III. 89).

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ обязательство по договору возникаетъ влѣдствіе врученія, передачи однимъ лицомъ другому вещи—*res*. Это врученіе вещи налагаетъ извѣстную обязанность на получившаго ее, исполненія которой вѣритель можетъ требовать путемъ иска. Въ такомъ случаѣ говорятъ, что *re contrahitur obligatio*, и контракты этого рода называютъ нынѣ реальными. Къ числу ихъ относятся заемъ—*mutuum*, *commodatum*—суда, *depositum*—поклажа и *pignus*—залогъ. Къ этимъ четыремъ договорамъ позднѣе, въ силу общаго правила, что лицо, совершившее что-либо въ пользу другого въ расчетъ на обѣщанный эквивалентъ, въ правѣ требовать съ другого выполненія его обязательства представить этотъ эквивалентъ, присоединилось еще много договоровъ, носящихъ у новыхъ юристовъ названіе *contractus innominati*.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ достаточнымъ считается одно согла-



шеніе сторонъ для установленія между ними обязательства по договору, охраняемаго искомъ— „solo consensu contrahitur obligatio“. Здѣсь consensus само по себѣ разсматривается уже какъ causa obligationis. Этого рода контракты называютъ *консенсуальными*. Ихъ сначала было также четыре: emptio—venditio—купля—продажа, locatio conductio—наемъ, societas—договоръ товарищества, mandatum довѣренность. Впослѣдствіи Императорскій законъ прибавилъ пятый contractus emphiteuticarius. Соглашеніе иногда рождаетъ обязательство, охраняемое искомъ, вслѣдствіе того, что оно облечено въ извѣстную форму, словесную или письменную. Эта форма здѣсь и будетъ causa obligationis. Контракты этого рода называютъ *формальными*, въ отличіе отъ всѣхъ предыдущихъ называемыхъ материальными. Формальные контракты раздѣляются на словесные (вербальные) и письменные, или литеральные, смотря по тому, будетъ ли causa obligationis лежать въ произнесеніи контрагентами извѣстныхъ торжественныхъ словъ (verbis contrahitur obligatio) или же въ облеченіи соглашенія въ письменную форму (litteris contrahitur obligatio).

Къ какой бы изъ указанныхъ категорій договоръ ни относился, будетъ ли это контрактъ или pactum, во всякомъ случаѣ существенной чертой понятія договора будетъ соглашеніе воли двухъ лицъ съ цѣлью установленія обязательственнаго права. Договоръ, такимъ образомъ есть видъ юридической сдѣлки. Поэтому все сказанное въ общей части объ изъявленіи воли въ юридическихъ дѣйствіяхъ, о мотивахъ воли, о вліяніи принужденія, заблужденіи и обманѣ, объ условіяхъ сдѣлки, о способности лицъ къ юридическимъ сдѣлкамъ, о дѣйствительности сдѣлки относится и къ договорамъ.

Договоры принадлежатъ къ категоріи сдѣлокъ двустороннихъ, какъ это видно изъ самаго опредѣленія договора, какъ соглашенія воли двухъ сторонъ. Но въ свою очередь, по своему содержанію, договоры дѣлятся на односторонніе и двусторонніе или взаимные, смотря потому, рождаетъ ли договоръ обязательственное требованіе для одной стороны, или же для обѣихъ участвующихъ въ немъ сторонъ, такъ что каждая изъ нихъ является и вѣрителемъ и должникомъ. Такимъ образомъ договоръ есть всегда двусторонняя сдѣлка, но независимо отъ этого можетъ быть одностороннимъ или двустороннимъ.

Далѣе договоры вообще можно дѣлить на возмездные и безвозмездные, conventiones onerosae и gratuitaе, conventiones juris civilis и juris gentium, stricti juris и bonae fidei—всѣ эти дѣленія одинаковы съ дѣленіями сдѣлокъ вообще.

Такъ какъ обязательственная сила договора предполагаетъ необходимо предварительное соглашеніе сторонъ, заключающихъ договоръ о его существенныхъ пунктахъ, то мы встрѣчаемся здѣсь съ вопро-



сомъ, когда, т. е. съ какого момента, считать соглашеніе состоявшимся.

При соглашеніи предложеніе или обѣщаніе *promissum* одной стороны офферента или промиттента—*promittens* (будущаго должника) принимается другой стороной—промиссоромъ (будущимъ кредиторомъ), и безъ этого принятія, *acceptatio*, нѣтъ соглашенія; а пока нѣтъ соглашенія, нѣтъ и договора, и каждая сторона можетъ отступить отъ своего предложенія или обѣщанія. Такимъ образомъ, нѣтъ еще договора, когда стороны, ведущія переговоры, не согласились относительно существенныхъ частей (*essentialia*) договора. Нѣтъ также на лицо соглашенія, если стороны, установивъ опредѣленія объ *essentialia negotii*, въ то же время удержали за собою право регулировать *naturalia* и *accidentalia negotii* послѣдующими соглашеніями. До опредѣленія сторонами этихъ частей договора послѣдній не будетъ еще имѣть силы. См. *b. 9. pr. D. 18. 1.*

Воля обоихъ контрагентовъ на совершеніе договора должна существовать одновременно, т. е. одновременно съ предложеніемъ одной стороны должно явно существовать и принятіе обѣщанія другой стороной. Это принятіе обѣщанія должно быть ясно выражено непосредственно обѣщающему или его представителю. Когда договоръ заключается между присутствующими, и принятіе непосредственно слѣдуетъ за предложеніемъ, то съ изъявленіемъ его договоръ долженъ считаться заключеннымъ.

Другое дѣло, если принятіе слѣдуетъ черезъ извѣстный періодъ времени послѣ предложенія, что имѣетъ мѣсто, когда договоръ заключается между отсутствующими. Въ этомъ случаѣ и возникаетъ вопросъ, съ какого момента считать соглашеніе состоявшимся. Считать ли обязательственную связь установившейся съ того момента, въ который сторона, получившая предложеніе, изъявила свою волю на принятіе его, или же считать соглашеніе состоявшимся съ того момента, когда извѣщеніе о принятіи дошло до предложившаго, т. е. отвѣтное письмо отдано въ его руки или положено въ его квартирѣ, хотя адресатъ еще и не прочиталъ его и не знаетъ его содержанія, или, наконецъ, слѣдуетъ тогда признавать договоръ заключеннымъ, когда промитентъ или офферентъ не только получилъ отъ другой стороны извѣщеніе о принятіи его предложенія, но и воспринялъ это извѣщеніе, т. е. прочиталъ присланное ему письмо (или все равно телеграмму)? Источники не даютъ прямого рѣшенія вопроса. Въ средѣ же современныхъ юристовъ находятся сторонники всѣхъ трехъ указанныхъ сейчасъ рѣшеній, при чемъ послѣднія варьируются на разные лады. Нѣкоторые, какъ напр. Keller, отказываются дать одно какое либо рѣшеніе, считая необходимымъ разрѣшать каждый данный случай по началамъ справедливости и доброй совѣсти и руководствуясь обычаями честнаго оборота. См. Keller *Pandecten* § 123. Но съ Keller'омъ



въ данномъ случаѣ согласиться трудно. Вопросъ объ опредѣленіи момента наступленія силы договора на столько практически важенъ, что предоставить опредѣленіе этого момента произвольному усмотрѣнію судьи представляется опаснымъ. Изъ всѣхъ же указанныхъ рѣшеній намъ кажется болѣе удобнымъ и справедливымъ третье. Профессоръ Азаревичъ въ его курсъ выбираетъ первое рѣшеніе. Онъ стоитъ за то мнѣніе, что достаточно одного изъявленія или обнаруженія акцента, т. е. достаточно, напр. отправить телеграмму или письмо къ офференту съ изъявленіемъ согласія на его предложеніе для того, чтобы соглашеніе считалось состоявшимся. Важна, говоритъ профессоръ Азаревичъ, наличность офферта, т. е. предложенія и акцента, хотя бы о послѣднемъ *не былъ уведомленъ офферентъ*. Это, довольно распространенное въ иностранной литературѣ, мнѣніе у нѣмцевъ получило названіе *Aeusserungstheorie*—теорія изъявленія или обнаруженія. Г. Азаревичъ, принимая ее, самъ сознается, что она имѣетъ свою слабую сторону, а именно: не даетъ точныхъ указаній относительно того, когда слѣдуетъ считать акцентъ обнаруженнымъ.

Сторонники второй теоріи, такъ называемой—*Empfangstheorie*, напр. Баронъ, въ его учебникѣ, справедливо возражаетъ противъ указаннаго мнѣнія, что совершеніе изъявленія или обнаруженіе воли обяываетъ лишь тогда, когда оно дано надлежащему лицу, т. е. лишь въ тотъ моментъ, когда оно доходитъ до надлежащаго лица; почта же и посланный суть представители посылающаго, а не адресата. Сторонники этой 2-й теоріи утверждаютъ, что когда письмо съ извѣщеніемъ о принятіи попало въ руки офферента или въ его квартиру, то этимъ уже обнаруживается совпаденіе воли контрагентовъ и договоръ съ этого момента долженъ получить свою силу. Несправедливость и ошибочность этой теоріи, по нашему мнѣнію, очевидны. Посланный несъ письмо съ извѣщеніемъ объ акцентѣ и потерялъ его—договоръ по этой теоріи не состоялся еще. Посланный отдалъ письмо горничной офферента, та положила его на письменный столъ своего хозяина; но раньше, чѣмъ офферентъ вернулся, письмо завалилось и онъ не видѣлъ его и не знаетъ его содержанія—договоръ состоялся! Гдѣ же, спрашивается, здѣсь основаніе утверждать, что воля контрагентовъ совпадаетъ именно въ тотъ моментъ, когда почтальонъ принесъ письмо акцентанта въ квартиру офферента? Можетъ быть послѣдній какъ разъ въ это время отправляетъ съ своей стороны посланнаго къ акцентанту съ извѣщеніемъ объ отказѣ отъ предложенія и, не зная еще объ акцентѣ, сдѣлалъ исполненіе своего предложенія даже невозможнымъ. Лучшимъ, повторяю, намъ представляется 3-е рѣшеніе вопроса, извѣстное въ Германской литературѣ подъ именемъ теоріи воспріятія *Vernehmungs Theorie*.

По этой теоріи договоръ считается заключеннымъ и получаетъ обязательную силу только съ момента, когда сдѣлавшій предложеніе по-



лучить увѣдомленіе, узнаеть о его принятіи. До этого же момента предложившій можетъ еще отказаться отъ своего предложенія. Эта теорія въ нашей литературѣ хорошо развита извѣстнымъ цивилистомъ Мейеромъ и раздѣлялась, не только моимъ почтеннымъ учителемъ Н. А. Кремлевымъ на его лекціяхъ, а и большинствомъ русскихъ цивилистовъ „Для заключенія договора, для его обязательной силы недостаточно, говорилъ намъ Н. А. Кремлевъ, одного одновременнаго существованія двухъ волей, а нужно сверхъ того отношеніе причинности, которое налагаетъ на нихъ печать обязательства, а это отношеніе можетъ существовать только тогда, когда каждая сторона знаетъ, что она обязалась сама и обязала другую сторону. А только съ момента полученія лицомъ извѣстія о принятіи его предложенія, принявшій предложеніе знаетъ о согласіи лица, сдѣлавшаго предложеніе, и предложившій знаетъ о согласіи принявшаго. Пока нѣтъ этого знанія, нѣтъ и соглашенія, которое нельзя признать состоявшимся, покуда лицо предложившее не знаетъ, принято ли его предложеніе другою стороною.

Итакъ, до полученія предложившимъ свѣдѣнія о принятіи его предложенія обязательство еще не возникло. До этого момента какъ предложеніе, такъ и принятіе могутъ быть взяты назадъ. Отказъ этотъ можетъ, однако, нанести другой сторонѣ безъ ея вины существенный убытокъ. Это обстоятельство не предусмѣтливо въ источникахъ. Большинство же новыхъ юристовъ согласно съ тѣмъ, что лицо, берущее назадъ свое рѣшеніе, совершаетъ такъ называемую *culpa in contrahendo* и обязано по этому возмѣстить другому такъ называемый отрицательный договорный интересъ *lucrum cessans*, т. е. уплатить всѣ тѣ убытки, которые понесла другая сторона отъ того, что обманулась въ своей надеждѣ на совершеніе договора (напр. я предлагалъ купить лицу А. партію ржи по 80 к. за пудъ, получивъ мое предложеніе и надѣясь на меня, А. упускаетъ случай купить хлѣбъ у В. по 1 р. за пудъ, а я отказываюсь отъ моего предложенія и А. долженъ теперь платить за рожь по 1 р. 50 к. за пудъ). Право на такое вознагражденіе за отрицательный ущербъ (по справедливому замѣчанію Барона) отпадаетъ, если принятіе послѣдуетъ слишкомъ уже поздно, т. е. по истеченіи срока, который былъ назначенъ предлагающимъ или самъ собою разумѣлся, по справедливому усмотрѣнію. На иную точку зрѣнія, говоритъ Баронъ, стали нѣкоторыя новыя законодательства; они объявляютъ предлагающаго абсолютно связаннымъ своимъ предложеніемъ въ теченіе извѣстнаго небольшого срока, въ продолженіе котораго отреченіе не дозволяется.

Едва ли есть надобность опровергать подробно разобранное и отвергнутое Майеромъ мнѣніе, по которому офферентъ по полученіи увѣдомленія о принятіи его предложенія съ своей стороны долженъ еще увѣдомить о продолженіи своего согласія, что до полученія



этого увѣдомленія принявшій предложеніе можетъ еще отказаться отъ своего согласія, такъ какъ не знаетъ продолжаетъ ли существовать согласіе офферента. Мейеръ говоритъ справедливо, что если стать на эту точку зрѣнія, то придется допустить, что и офферентъ въ свою очередь можетъ взять назадъ свое предложеніе, пока не знаетъ, получила ли другая сторона посланное имъ увѣдомленіе о полученіи согласія. принявшій предложеніе наоборотъ долженъ будетъ вновь увѣдомить офферента о позднѣйшемъ согласіи, а офферентъ опять въ свою очередь послать увѣдомленіе о продолженіи согласія, и между отсутствующими будетъ договоръ не возможенъ, а возможна лишь переписка о его заключеніи. Мы сказали, что пока нѣтъ согласія между сторонами относительно существенныхъ пунктовъ договора, нѣтъ ни договора, ни вытекающаго изъ него обязательства; но нужно замѣтить, что по исключенію, положительное право въ извѣстныхъ случаяхъ опредѣляетъ, что и одностороннее серьезно данное обѣщаніе, безъ принятія его другою стороною, получаетъ силу обязательства. Такое одностороннее обѣщаніе совершить въ пользу другой стороны какое-либо дѣйствіе называется *pollicitatio* „*Factum est quorum consensus atque conventio, pollicitatio vero solius offerentis promissum*“ l. 3 pr. Dig. De pollicitationibus 50. 12. Такое одностороннее обѣщаніе, по римскому праву, обязываетъ обѣщающаго въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Когда обѣщаніе сдѣлано въ пользу общины или корпораціи, если только для такого обѣщанія есть основательный поводъ—*justa causa*. Община пострадала, напр. отъ землетрясенія, наводненія, неурожая и т. п. Начало исполненія обѣщанія, *coeptum obus*, замѣняетъ *justam causam* и дѣлаетъ окончательное исполненіе обязательнымъ.

2) Обязательно исполненіе обѣщанія, сдѣланнаго въ пользу церкви, а также въ пользу *ria corpora* и вообще съ какой-либо благотворительной или благочестивой цѣлью. Такое обѣщаніе называется обѣтомъ—*votum*.

3) Обязательное обѣщаніе, сдѣланное публично въ пользу того, неизвѣстнаго напередъ, лица, которое совершить извѣстное, указанное обѣщающимъ дѣйствіе, напр.: обѣщаніе награды тому, кто доставитъ сбѣжавшую собаку, обѣщаніе преміи тому, кто напишетъ лучшее сочиненіе на извѣстную тему и т. п. Такое обѣщаніе обязываетъ обѣщающаго, и онъ не можетъ отступить отъ своего обѣщанія, какъ скоро кто-либо исполнитъ данное дѣйствіе или начнетъ совершеніе, или дѣлаетъ уже къ тому приготовленіе.

Нѣкоторые принимаютъ еще, какъ 4-й случай односторонняго обѣщанія, обѣщаніе приданнаго—*pollicitatio dotis*, но объ этомъ обѣщаніи источники упоминаютъ, вовсе не придавая ему значенія односторонняго обѣщанія, а обсуждаютъ его, какъ обязательственное обѣщаніе, *promissum*, вообще.



Согласіе сторонъ, установленіе между ними обязательственнаго отношенія можетъ быть выражено или письменно, или словесно, или символически; форма, въ которой стороны выражаютъ свое согласіе, вообще говоря, безразлична. „Многое можетъ состояться вслѣдствіе простаго наклоненія головы», говорятъ источники.

Однако положительное законодательство можетъ предписать для тѣхъ или другихъ договоровъ извѣстную форму, и тогда эта форма будетъ составлять *corpus* сдѣлки. Кромѣ того, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не требуетъ опредѣленной формы для договора, сами контрагенты могутъ условиться объ облеченіи договора между ними въ извѣстную форму, и тогда договоръ станетъ для нихъ обязательнымъ лишь съ момента выполненія этой формы.

Мы уже упоминали, что, по римскому воззрѣнію, не всякое простое соглашеніе обсуждалось, какъ *contractus*, и говорили о различіи между контрактами и простыми *pacta*. Къ контрактамъ принадлежали: во 1-хъ, извѣстные виды договоровъ, образовавшіеся на почвѣ древняго узко національнаго *jus civile* и доступные только римскимъ гражданамъ (*conventiones legitimae*); во 2-хъ, извѣстные виды договоровъ общіе праву цивильному и праву общенародному. Эти договоры основаны на *jus gentium*, но признаны и въ *jus civile*; они доступны не для однихъ римлянъ, а и для перекриновъ. Къ числу этихъ контрактовъ (*conventiones juris gentium*) относятся: купля—продажа, заемъ, наемъ, товарищество, поклада и т. п. Напомнимъ, что необходимымъ условіемъ, дававшимъ контракту законную силу была *causa civilis*, каковою при *conventiones legitimae*, была форма, въ которую соглашеніе облекалось, а при *conventiones juris gentium* фактъ, свидѣтельствующій о намѣреніи сторонъ заключить договоръ. При отсутствіи такой *causa* будетъ простое соглашеніе, *pactum*. *Pacta* сами по себѣ, если они не были присоединены къ контракту, охраняемому по *jus civile*, не рождали обязательственнаго требованія, охраняемаго искомъ, „Голое соглашеніе не рождаетъ иска, а рождаетъ возраженіе“. Со временемъ, однако, и нѣкоторые *pacta* постепенно получили охрану посредствомъ исковъ, не получая названія контрактовъ. Такимъ образомъ римское право въ своемъ историческомъ развитіи не дошло до того, чтобы подвести подъ поднятіе договора всякое непротивное закону и добрымъ нравамъ соглашеніе, устанавливающее обязательство, хотя, крайне ограниченный въ началѣ, кругъ контрактовъ постепенно потомъ расширялся. Какимъ путемъ шелъ этотъ процессъ развитія выше указанной римской системы договоровъ, мы и попытаемся теперь разсмотрѣть.

### Древнѣйшая исторія контрактовъ.

Договоры должны были появиться, конечно, съ тѣхъ поръ, какъ люди стали вступать въ соглашенія. Въ Римѣ, въ глубокой уже древ-



ности договоры облекались въ форму *mancipatio*. Путемъ манципации отчуждалась вещь, составлявшая предметъ договора. Въ форму манципации могли облекаться и получать законную охрану разнаго рода соглашенія. Такъ по крайней мѣрѣ было въ эпоху XII таблицъ, въ которыхъ находилось извѣстное Вамъ изъ исторіи римскаго права правило: „*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupasset, ita jus esto*“, т. е. „когда совершается *nexum* или *mancipatio*, то все, о чемъ стороны при этомъ взаимно условились получаетъ силу“. Выполненія выговореннаго въ *nuncupatio* можно было требовать при помощи особаго иска, *actio fiduciae*; такимъ путемъ возникъ кругъ древнихъ реальныхъ контрактовъ, заключавшихся *per aes et libram*, т. е. при помощи мѣди и вѣсовъ. Къ манципации прибѣгали не только тогда, когда, какъ напр., при мѣнѣ, нужно было передать вещь въ собственность, а даже тогда, когда предметомъ обязательства было пользование вещью или храненіе ея.

Даже въ эпоху Гая поклада, напр. совершалась еще такъ, что поклажедатель манципировалъ поклажепринимателю отдаваемую ему на храненіе вещь, выговаривая, что вещь должна быть реманципирована по первому требованію. При залогѣ и ссудѣ также прибѣгали ранѣе къ помощи манципации.

До появленія монеты при куплѣ—продажѣ, и при займѣ естественно было взвѣшиваніе металла, игравшаго роль денегъ. Поэтому и при займѣ, какъ и при манципации, являлся *libripens*, и занимаемая сумма взвѣшивалась въ присутствіи пяти свидѣтелей, какъ это описываетъ Гай III. 174. При помощи этой формальности, т. е. торжественнаго взвѣшиванія, и въ силу правила, освященнаго упомянутымъ закономъ XII таблицъ (*uti lingua nuncupasset*), дѣлами дѣйствительными и охраняемыми, опять таки разнаго рода соглашенія, напр. при займѣ въ этой формѣ возможно было соглашеніе о процентахъ. Но всего чаще при соблюденіи этой формы заключалось въ древности соглашеніе, по которому должникъ своей личностью гарантировалъ своевременную уплату долга. Эта личная кабала называлась *nexum* или *nexus*, должникъ также при этомъ назывался *nexus* или *nexi vincitus*. У Варрাকা читаемъ: *liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia duam debebat (dat), dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus*, т. е. свободный, который отдаетъ за деньги, которыя долженъ, свой личный трудъ въ рабство, пока не уплатитъ, называется *nexus*, какъ бы мѣдью скованный“. Послѣдствіемъ *nexum* было подчиненіе должника фактическому рабству, онъ долженъ былъ оказывать услуги своему кредитору до тѣхъ поръ, пока не освободится отъ долга посредствомъ уплаты или отработаетъ его. Но *nexus* временно сохранялъ всѣ свои гражданскія права; онъ не подвергался *capitis deminutio*, а оставался свободнымъ и римскимъ гражданиномъ, *sui juris*, собственникомъ своего имущества, способнымъ къ приобрѣтенію для себя. Въ этомъ



послѣднемъ отношеніи онъ отличался отъ лица находящагося in manus, которое подвергалось *capitis deminutio minima*. По удовлетвореніи своего кредитора *nexus* могъ требовать своего освобожденія посредствомъ *actio fiducia*. Для этого освобожденія, которое могло наступить и потому, что кредиторъ простилъ долгъ, необходимо было выполнение особыхъ формальностей, особый торжественный актъ *nexi liberatio*, или, какъ Гай его называетъ, *solutio per aes et libram*. См. Gaius III. 174. Причемъ обязательственное отношеніе прекращалось тѣмъ порядкомъ, какимъ и возникало, т. е. опять приглашались и пять свидѣтелей, и *libripens*, и освобождаемый произносилъ соотвѣтствующія обрядовыя слова.

Въ случаѣ неплатежа кредиторъ могъ, по прошествіи 30 дней по истеченіи срока, приступить прямо ко взысканію посредствомъ положенія руки, *per manus injectionem*, все равно, какъ это можно было по отношенію къ лицу, противъ котораго состоялся уже судебный приговоръ. *Nexus* не могъ уже самъ защищаться противъ наложенія руки.

Оспаривать основательность требованія кредитора могъ только *vindeus*, который несъ рискъ по исходу процесса, такъ какъ обязывался въ случаѣ проигрыша уплатить кредитору вдвое, а должника этимъ не освобождалъ отъ отвѣтственности. Если должникъ въ теченіи 30 дней не исполнилъ обязательства, и никто другой за него не уплатилъ кредитору, то послѣдній имѣлъ *jus abductionis*, право увести должника къ себѣ домой и подвергнуть его заключенію. Дальнѣйшую исторію этихъ заключенныхъ Вы знаете изъ закона XII таблицъ, какъ передаютъ его содержаніе древніе писатели: *habebantur in vinculis dies sexaginta*; причемъ въ три базарныхъ дня выводятся на базаръ, и тамъ объявляется сумма, за которую они арестованы съ цѣлью, не найдется ли виндекса или охотника уплатить. Затѣмъ, по истеченіи 60 дней, слѣдуетъ присужденіе должника въ рабство кредитору, съ правомъ продажи его *trans Tiberim* и съ правомъ даже убить должника. Это право ареста служило очень важнымъ средствомъ въ рукахъ кредиторовъ для побужденія должниковъ къ уплатѣ. Должникъ служилъ лично самъ какъ бы залогомъ вѣрителю. вмѣстѣ съ тѣмъ, кредиторъ могъ заставить работать арестованнаго и заключеннаго въ оковы, въ предупрежденіе побѣга должника, что доставляло также выгоду кредитору.

Несомнѣнно, что по крайней мѣрѣ въ древнѣйшую эпоху власти кредитора подпадали и члены семьи должника, состоявшіе подъ властью послѣдняго. вмѣстѣ съ отцемъ своимъ они подвергались аресту. Эти строгія послѣдствія *nexus*'а позднѣе были смягчены. Такъ, по *lex Valeria manus injectio pignora*, т. е. безъ необходимости представлять виндекса въ случаѣ оспариванія должникомъ требованія кредитора и безъ отвѣтственности *in duplum*. Затѣмъ *lex Poetelia* запретилъ са-



мовольную *abductio* должника кредиторомъ. Кредиторъ теперь долженъ былъ испрашивать у претора разрѣшенія на арестъ, разрѣшенія, въ которомъ преторъ по разсмотрѣнiю дѣла могъ и отказать. Такимъ образомъ вмѣсто самовольной *abductio* долженъ былъ уже имѣть мѣсто обыкновенный процессъ. Вслѣдствіе этого *nexum* утратило именно то свое послѣдствіе, которымъ, преимущественно, дорожили кредиторы и благодаря которому эта форма заключенія контракта примѣнялась не только къ займамъ, а распространялась на всякіе долги, такъ какъ символическое взвѣшивание металла въ присутствіи пяти свидѣтелей и *libripens'a* могло быть примѣнимо ко всякаго рода договорамъ. Впрочемъ, и съ уничтоженіемъ самовольной *abductio* продолжали прибѣгать къ этой формѣ установленія обязательства, особенно тогда, когда желали на случай спора имѣть доказательство посредствомъ свидѣтелей. Во всякомъ случаѣ, послѣ закона *Poetelia*, замѣнившаго личную экзекуцію имущественной, къ заключенію обязательствъ посредствомъ *nexum* стали прибѣгать рѣже. Въ исторіи римскихъ экономическихъ и социальныхъ отношеній законъ этотъ имѣлъ громадное значеніе. Римскіе историки считаютъ возможнымъ начать съ него эру свободы плебеевъ. „*Ita nece soluti, cautumque in posterum ne necerentur*“ говоритъ по этому поводу Ливій. Неисправнаго должника можно было арестовать по приговору магистрата и послѣ закона Петелія, но обходиться съ этимъ должникомъ жестоко и обижать его не дозволялось, кромѣ того, законъ этотъ предписывалъ обращать взысканіе сначала на имущество должника, а не на личность его—*resuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset*.

Такъ какъ послѣ закона Петелія гарантія, которая предоставляла кредиторамъ еще заключеніе обязательствъ въ формѣ *nexum*, могли уже быть достигнуты и другими путями, при заключеніи обязательствъ въ другой формѣ, то *nexum* стало выходить изъ употребленія. Въ источникахъ Императорскаго періода о немъ уже не упоминается. Самое слово *nexum* еще сохранилось, означая собою просто обязательство, въ выраженіи *res nexa*, заложенную вещь. *Nexum* уступилъ свое мѣсто, такимъ образомъ, другимъ болѣе гибкимъ и удобнымъ формамъ установленія обязательствъ, древнѣйшими изъ которыхъ являются *sponsio* и стипуляція формы заключенія словесныхъ контрактовъ.

Слово *spondeo*, повидимому, во всемъ Лаціумѣ издревле употреблялось для обозначенія серьезнаго обѣщанія вначалѣ можетъ быть только для обѣщанія, даннаго въ формѣ обѣта, потомъ при заключеніи международныхъ трактатовъ и затѣмъ, при совершеніи гражданскихъ сдѣлокъ. Искусство жрецовъ, а можетъ быть народный обычай выработали особую формулу вопроса и отвѣта, требовавшуюся для дѣйствительности акта. *Spondesne mihi dare?* спрашивала одна сторона. Думаютъ, что раньше спрашиваемый повторялъ всю



формулу вопроса, и что только позднѣе онъ ограничивался однимъ словомъ: „обѣщаю“, „spondeo“.

Обѣщаніе, данное подъ охраной боговъ, рождало, конечно, обязательство, для погашенія котораго требовалось также исполненіе извѣстныхъ формальностей. Должникъ удовлетворялъ кредитора и для прекращенія обязательства даннаго имъ торжественнаго обѣщанія спрашивалъ кредитора у того же, вѣроятно, алтаря, передъ которымъ обѣщался „habesne acceptum?“ Кредиторъ на это отвѣчалъ: habeo“ и этимъ отвѣтомъ прекращалось обязательство.

Такая форма торжественнаго обѣщанія, дававшаяся у алтаря (какъ нѣкоторые думаютъ именно у алтаря Геркулеса, бога торговли, культъ котораго введенъ былъ въ Италію греками), могла употребляться всего удобнѣе для обѣщанія уплатить извѣстную сумму денегъ. Вы уже слышали, какую роль играло подобное обѣщаніе въ римскомъ гражданскомъ процессѣ, служа способомъ для переноса дѣла изъ *jus* въ *judicium* при такъ называемомъ *sponsio poenalis*. Со временемъ всѣ религіозныя обрядности, формальности отпали; но форма вопроса и отвѣта, употреблявшаяся при *sponsio*, удержалась, какъ актъ гражданского права, влекущій за собою установленіе обязательства, источникъ силы котораго заключался въ произнесеніи извѣстныхъ обрядовыхъ словъ. Въ этомъ своемъ видѣ эта торжественная словесная форма заключенія контракта получила названіе *stipulatio*. Вначалѣ можетъ быть эта форма контракта употреблялась только для облегченія въ юридическую форму займа; но какъ форма болѣе легкая по своей отвлеченности, болѣе удобопримѣнимая къ разнымъ отношеніямъ, сравнительно съ манципацией или съ *in jure cessio*, она стала употребляться потомъ для заключенія самыхъ разнообразныхъ обязательствъ. Я изложилъ Вамъ исторію образованія этой формы словеснаго контракта такъ, какъ объясняютъ ее Гукке, Данз, Іерингъ, Муромцевъ и многіе другіе авторы. Существуетъ въ наукѣ и иное мнѣніе, по которому *stipulatio* образовалась изъ *nuncupatio* при *nexum*.

Это мнѣніе Савиньи, Бакгофена, Майнца и другихъ. Въ подробное изложеніе этого разногласія въ ученой литературѣ я не стану входить, а сообщу только, что противъ послѣдняго мнѣнія имѣются слѣдующіе доводы, вполне убѣдительные на нашъ взглядъ:

1) Форма стипуляціи есть форма вопроса и отвѣта; а неизвѣстно и не доказано, что при *nexum nuncupatio* облакалась также въ форму вопроса и отвѣта.

2) Формула стипуляціи—„spondes-ne“,—„spondeo“, явилась ранѣе отмѣны *nexum*, такъ какъ употреблялась при сакральномъ *sponsio*.

3) Источники часто обозначаютъ стипуляцію словомъ „*sponsio*“.

4) Стипуляція въ предбрачномъ сговорѣ употреблялась во всемъ



Лациумъ, а этотъ сговоръ назывался sponsatio, что опять указываетъ на связь стипуляціи и sponsio.

5) У Гая мы читаемъ: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione velut—dari spondes? spondeo; promittes? promitto; facies? faciam. Sed haec quidem verborum obligatio—dari spondes? spondeo—propria civium romanorum est; ceterae vero juris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives romanos, sive peregrinos valent, т. е. „словесное обязательство заключается посредствомъ вопроса и отвѣта, какъ напр. „spondesne? spondeo“ и т. д.; одно словесное обязательство, заключаемое словами „dari spondes? „spondeo“—свойственно только римскимъ гражданамъ; всѣ же другіе формулы заключенія словеснаго обязательства суть формулы права общенароднаго и имѣютъ силу между всѣми людьми, будутъ ли то римскіе граждане или иностранцы“. Изъ этого мѣста Гая мы видимъ, что только слова „spondesne? spondeo“, употреблявшіяся именно при *spondio*, являются словами, установленными и признанными древнимъ цивильнымъ правомъ для дѣйствительности стипуляціи. Этихъ данныхъ достаточно, полагаю, для утвердительнаго рѣшенія вопроса о происхожденіи позднѣйшей стипуляціи изъ *sponsio*.*

Не мѣшаетъ, пожалуй, еще упомянуть о томъ, что существуетъ споръ даже относительно этимологическаго происхожденія слова *stipulatio*. Каково бы ни было первоначальное происхожденіе стипуляціи и какъ бы ни объясняли ея названіе, для насъ не такъ важно то или другое рѣшеніе этого вопроса. Существенно нужно намъ знать порядокъ совершенія этого факта, въ эпоху позднѣйшую, классическую и юстиниановскую и его значеніе или вѣрнѣе его послѣдствія.

Стипуляція, какъ уже упомянуто, по содержанію своему была актомъ, состоявшимъ въ обмѣнѣ между контрагентами обычныхъ, не только по смыслу одинаковыхъ, но буквально тождественныхъ словъ, „*certa et solemnia verba*“. *Stipulator*, или *stipulans*, лицо, устанавливающее въ свою пользу обязательственное право, обращается къ другому контрагенту, *promissor'у*, промиттенту, съ вопросомъ на латинскомъ языкѣ, *rogatio, interrogatio*: „Объщаешь ли дать то-то, или совершить такое-то дѣйствіе?“ Промиссоръ отвѣчаетъ тѣмъ же самымъ словомъ, согласно съ вопросомъ „общаю“, и этимъ отвѣтомъ (*sponsio promissio*) устанавливается обязательство.

Слова, употреблявшіяся первоначально при стипуляціи, указаны въ цитированномъ уже мѣстѣ Гая III §§ 92—94 и у Павла въ *sententiae receptae* кн. 2. т. 3. § 1. гдѣ читаемъ: *stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet, velut: „spondes“, „spondeo“; „dabis?“; „dabo“; „promittis?“ „promittio“: fidei tuae erit?“ „fidei meae erit“: et tam pure, quam sub conditione concipi potest“.* Стипуляція есть согласіе, совпаденіе словъ, при которомъ кто-либо, спрошенный,—сообразно этому отвѣчаетъ, напр. „общаешь-ли?“—„общаю“ и т. д., и можетъ согласиться, какъ просто (безусловно)



такъ и подъ условіемъ.—Такъ какъ стипуляція могла совершаться только между присутствующими контрагентами, посредствомъ обмѣна между ними извѣстныхъ словъ, то понятно, что лица, неспособныя сознательно произносить или слышать слова, не могутъ совершать этого акта. Это правило выражено юристомъ Ульпіаномъ въ fr. 1 pr. D. de verborum obligationis. 45. 1. *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente, et ideo neque mutus, neque surcus, neque infans stipulationem contrahere possunt, nec absens quidem, duoniam exaudire invicem debent*“. „Стипуляція можетъ заключиться лишь въ томъ случаѣ, если оба контрагента говорили, а потому ни нѣмой, ни глухой, ни малолѣтній не могутъ заключать стипуляціи, не можетъ также отсутствующій, потому что контрагенты должны взаимно выслушать другъ друга“.

Строгое, педантичное требованіе, чтобы вопросъ и отвѣтъ были на латинскомъ языкѣ, чтобы слова отвѣта были буквально тождественны съ словами вопроса, со временемъ оказалось стѣснительнымъ для оборота, особенно, когда увеличались сношенія съ перегринами, незнавшими латинскаго языка. Вслѣдствіе этого, уже въ эпоху классическихъ юристовъ допускалось употребленіе при стипуляціи другого языка помимо латинскаго, дозволялось даже дѣлать вопросъ на одномъ языкѣ, а отвѣчать на другомъ, лишь бы вопросъ и отвѣтъ совпадали по смыслу. Употребленія въ отвѣтѣ непременно тождественныхъ съ словами вопроса словъ тоже перестали требовать. Такъ въ l. § 2. D. de Verb. obligatione 45. 1. читаемъ: „*Si quis ita interroget „dabis“, responderit „quid ni?“ et is in ea causa est, ut obligetur; contra si sine verbis adnuisset*“. „Если кто на вопросъ, *dabis?*“ отвѣтилъ бы *quid ni?*“ то и тотъ находится въ такомъ положеніи, что становится обязаннымъ, напротивъ, онъ не обязанъ, если безъ словъ кивнулъ бы утвердительно головою“. Если въ отвѣтѣ вещь, выговариваемая, была названа иначе, чѣмъ въ вопросѣ, то это также перестали считать помѣхой къ дѣйствительности стипуляціи, лишь бы не было заблужденія въ корпусѣ сдѣлки. Но стипуляція въ торжественной формѣ *sponde—ne? spondeo*, какъ мы читали у Гая, и въ его время считалась еще исключительной привилегіей римскихъ гражданъ, а перегрины не могли ею пользоваться.

Законодательство послѣдняго періода римской имперіи пошло еще дальше въ допущеніи отступленій отъ первоначальной строгой формы стипуляціи. Такъ, Императоръ Левъ издалъ конституцію, которой отмѣнилъ употребленіе торжественныхъ словъ при стипуляціи и требовалъ только, чтобы вопросъ и отвѣтъ были понятны той и другой сторонѣ, все равно, какими бы словами они ни были выражены. См. l. Cod. de contrahenda et commitenda stipulatione 8. 37. (38) „*Omnes stipulationes, etiam si non sollemnibus vel directis verbis sed quibuscumque compositae sint... suam habent firmitatem*. Однако,



несмотря на это высвобождение стипуляціи отъ древнихъ чисто формальныхъ условій ея дѣйствительности, нѣкоторыя формальности при совершеніи ея требуются еще и въ Юстиніановскомъ правѣ, а именно: личное присутствіе контрагентовъ, изустный обмѣнъ рѣчи между ними и совершеніе акта стипуляціи разомъ безъ перерыва *in continenti*, т. е. не перерывая стипуляцію какою-либо другою сдѣлкой. См. § 12, *Inst. de inutilibus stipulationibus*.

Слѣдствіемъ стипуляціи является строго одностороннее обязательство выполнить обѣщанное.

Для того, чтобы примѣнить эту же форму къ двустороннимъ обязательственнымъ отношеніямъ, необходимо выполнение двухъ отдѣльныхъ стипуляцій, независимыхъ одна отъ другой. Этимъ путемъ, стало быть, двустороннее обязательство разлагается на два отдѣльныхъ обязательства.

Соотвѣтственно строго одностороннему обязательству, вытекающему изъ стипуляціи, только стипулятору принадлежитъ искъ личный. Вначалѣ, когда предметомъ словеснаго контракта была только уплата извѣстной денежной суммы вообще, доставленіе извѣстной вещи, кредиторъ, въ возникавшемъ изъ контракта обязательствѣ, имѣлъ для защиты своего права *condictio certi*. Позднѣе, когда форма стипуляціи стала примѣняться и къ установленію *obligationes incerti*, т. е. такихъ, предметомъ которыхъ является доставленіе вещи, неопредѣленной точно, и даже такихъ, предметомъ которыхъ является не  *dare*, а *facere*, т. е. доставленіе какой-либо услуги, въ подобныхъ случаяхъ изъ стипуляціи вытекалъ искъ *condictio incerti*.

Въ томъ и другомъ случаѣ, впрочемъ искъ нашель еще общее названіе *actio ex stipulatu*. Должникъ по этому иску, не говоря объ отвѣтственности съ своей стороны, отвѣчалъ за *supra in faciendo*. При *stipulatio incerti* было въ обычаѣ обезпечивать исполненіе стипуляціи посредствомъ *stipulatio paeanae*.

Въ интересахъ болѣе удобнаго и убѣдительнаго доказательства совершения стипуляціи ея содержаніе начали излагать письменно. Такая записъ, понятно, въ случаѣ спора, сомнѣнія помогала возстановить въ памяти предметъ стипуляціи. Этотъ документъ, называвшійся *cautio instrumentum* самъ по себѣ не составлялъ условія дѣйствительности и силы стипуляціи, но съ теченіемъ времени онъ приобрѣлъ значеніе доказательства на случай спора о дѣйствительности стипуляціи. Записъ такая являлась особенно необходимой въ томъ случаѣ, когда словесный договоръ имѣлъ довольно обширное, сложное содержаніе, особенно, когда обѣ стороны стипулировали взаимно. Въ концѣ записи въ этомъ случаѣ, въ качествѣ заключительной части ея приписывалась формула стипуляціи. У Ульпіана l. 1. § 12. *D. de pactis* 2. 14. мы читаемъ: *fore novissima parte pactorum ita solet inseri:*



„rogavit Titius, spondit Maevius, т. е. „въ послѣдней части договоръ обыкновеніе существуетъ вписывать такія слова: спрашивалъ Тидій, общался Mevius“. Павелъ сообщаетъ намъ слѣдующій случай совершенія стипуляціи сложнаго содержанія: двое заключили между собою договоръ товарищества съ той цѣлью, что они будутъ обучать грамматикѣ и что имѣющей быть полученнымъ за то гонораръ будетъ общимъ. То, что они хотѣли въ этой сдѣлкѣ установить, они изложили письменно *proscripserunt* (прописали) *in pacto convento societatis* (въ простомъ соглашеніи о товариществѣ). Чтобы придать потомъ этому соглашенію силу они скрѣпили его посредствомъ стипуляціи: „*Deinde inter se his verbis stipulati sunt; haec quae supra scripta sunt, ea ita dari tieri neque adversus ea fieri; si ea ita data facta non erunt tum viginti milia dari*“. Т. е. дѣло, какъ видите, происходило такъ; когда содержаніе договора подробно было письменно изложено, тогда каждый изъ контрагентовъ стипулировалъ у другого: „общаешься дать и сдѣлать все такъ, какъ написано и не дѣлать иначе противнаго этому, а въ случаѣ неисполненія того, о чемъ согласились, уплатить штрафъ въ 20000“. Фактъ совершенія этихъ стипуляцій также записывался.

Такой порядокъ постепенно привелъ къ тому, что съ письменнымъ документомъ, въ которомъ записано было, что должникъ обязался по стипуляціи, стали связывать предположеніе, что самая стипуляція дѣйствительно была совершена съ соблюденіемъ всѣхъ формъ. Благодаря этому, не стали обращать вниманія на самое словесное произнесеніе формулы стипуляціи, а лишь на письменный документъ, свидѣтельствующій о ея совершеніи. Отвергнуть дѣйствительность стипуляціи, въ случаѣ представленія истцемъ записи о ней, отвѣтчикъ въ Юстиніановскомъ правѣ могъ, лишь представивъ неопровержимыя доказательства своего отсутствія или отсутствія противной стороны изъ того мѣста, того города, гдѣ записана совершенной стипуляція, во весь тотъ день, когда, она записана совершенной. См. § 12 *Inst. de inutilibus stipulationibus* з. 19.

Такимъ образомъ письменный документъ, въ которомъ записывалось содержаніе стипуляціи, получилъ полную силу послѣдней, влекъ всѣ тѣ послѣдствія, которыя изъ нихъ вытекали.

Изъ изложеннаго Вы сами уже видите, что стипуляція представляла довольно удобную форму для установленія обязательства, охраняемаго по *jus civile*, а равно для обновленія обязательства, для превращенія какимъ бы то ни было образомъ возникшаго обязательства въ обязательство, возникающее изъ словеснаго контракта.

Обязательная сила договора основывалась въ стипуляціи на соблюденіи извѣстной формы, выполненіе которой было уже достаточнымъ основаніемъ дѣйствительнаго возникновенія обязательства. Въ



рителю нужно было только доказать, что стипуляція дѣйствительно была совершена, да это онъ могъ легко сдѣлать, если имѣлъ письменную запись о ней, *cautio*. Доказывать же юридическія основанія или *экономическую цѣль*, побудившую должника дать обѣщаніе въ формѣ стипуляціи, не было надобности. Должникъ обязывался здѣсь потому, что онъ обѣщался въ стипуляціонной формѣ, и это обѣщаніе считалось вѣрнымъ доказательствомъ его воли. Вслѣдствіе этого, если дѣло доходило до процесса, то въ *intentio* формулы буквально должно было быть выражено то же, что выражали контрагенты при стипуляціи, Всякій произволъ, всякое вліяніе, управлявшаго процессомъ магистрата, а равно судьи здѣсь устранялось. Это обстоятельство, а равно гибкость и удопримѣнимость формы стипуляціи по всякаго рода соглашеніямъ сдѣлали ее у римлянъ любимой формой контракта. Каждому обязательственному соглашенію можно было придать точность, ясность и силу обязательства строгаго права, облекши его въ форму стипуляціи, или даже присоединивъ къ нему формулу стипуляціи. Вотъ причина, почему стипуляція сдѣлалась, можно сказать, основаніемъ всего римскаго юридическаго оборота, почему къ ней сводились почти все договоры и почему римскіе юристы при разсмотрѣніи общихъ положеній обязательственнаго права (особенно правилъ о договорахъ), обыкновенно разсматриваютъ стипуляцію, какъ главный и нормальный случай договорнаго установленія обязательствъ. „*Obligationum tirmandarum gratia stipulationes inductae sunt*, говоритъ Павель въ *sent receptae K. 7. § 1.* и въ другомъ мѣстѣ того же сочиненія онъ же заявляетъ: „*Omnibus pactis stipulatio subiici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*“. П. 22. § 2.

Особенное значеніе приобрѣла стипуляція въ римскомъ процессѣ. Преторъ прибѣгъ къ ней, какъ къ средству охраненія правъ, склоняя или прямо принуждая данное лицо къ дачѣ извѣстнаго обѣщанія. Обязанности стороны здѣсь придавался видъ добровольнаго обѣщанія, хотя отказаться дать такое обѣщаніе она не могла и римскій гражданскій процессъ былъ полонъ случаями такихъ недобровольныхъ стипуляцій (*cautio iudicio sisti, cautio damni infecti* и т. д.).

Стипуляція одного кредитора съ однимъ должникомъ представляла простѣйшій видъ сдѣлки. Но какъ къ сторонѣ кредитора, такъ и къ сторонѣ должника по словесному обязательству могли присоединяться добавочные вѣрители и должники по одному и тому же обязательству. Такое присоединеніе добавочныхъ вѣрителей въ словесномъ обязательствѣ носить названіе *adstipulatio*, а присоединеніе добавочныхъ должниковъ *adpromissio*. Кредиторъ по стипуляціи могъ имѣть интересъ въ томъ, чтобы искъ, вытекающій изъ стипуляціи, могъ быть предъявленъ не имъ однимъ, а чтобы могло и другое лицо предъявить этотъ искъ за него (на случай напр. если кредиторъ заболѣетъ, уѣдетъ и т. д.), а назначеніе повѣренныхъ въ древнемъ процессѣ вначалѣ



не допускалось; такъ вотъ кредиторъ и привлекалъ другое лицо въ качествѣ второго вѣрителя, которому должникъ обѣщалъ въ формѣ стипуляціи то же самое, что обѣщалъ первому вѣрителю. Словомъ обязательство дѣлалось, благодаря двумъ стипуляціямъ, корреальнымъ. Это и есть *adstipulatio*. Удовлетвореніемъ одного изъ вѣрителей обязательство должника прекращалось и по отношенію къ другому вѣрителю. Такой порядокъ представлялъ нѣкоторыя неудобства, конечно. Такъ, *adstipulatio* могъ, напр., удержать у себя полученное, могъ простить вѣрителю долгъ, могъ испортить, наконецъ, полученный имъ предметъ обязательства. Для того, чтобы первоначальный вѣритель имѣлъ право предъявить къ *adstipulator*'у искъ о возстановленіи полученнаго послѣднимъ отъ должника, нужна была вначалѣ даже особая стипуляція по этому предмету между вѣрителемъ и *adstipulator*'омъ.

Позднѣе и безъ такой стипуляціи *stipulator* могъ предъявить къ *adstipulator*'у *actio mandati*. Естественно, что, когда было допущено назначеніе повѣренныхъ для веденія процесса, *adstipulatio* въ этомъ ея примѣненіи вышла изъ употребленія. Но для другихъ цѣлей къ этому приему продолжали прибѣгать, а именно въ слѣдующемъ случаѣ: стипуляція, предметъ которой долженъ быть выполненъ послѣ смерти *stipulator*'а не дѣйствительна; а между тѣмъ, *stipulator* часто имѣлъ интересъ въ исполненіи стипуляціи, именно послѣ его смерти; такъ вотъ для достиженія этой цѣли и привлекалось къ стипуляціи другое лицо въ качествѣ *adstipulator*'а, дабы оно могло предъявить искъ объ исполненіи обязательства по смерти главнаго кредитора. Гай въ III книгѣ I, § 117 свидѣтельствуетъ, что въ его время *adstipulatio* употреблялась именно въ этомъ значеніи. Юстиніанъ призналъ дѣйствительной *stipulatio post mortem tuam* § 13. 1. *in ut stip.* 3. 19. и съ тѣхъ поръ въ *adstipulatio* исчезла всякая надобность.

Подобно *adstipulatio adpromissio* есть также присоединеніе посредствомъ стипуляціи же къ промиссору другаго должника *adpromissor*'а, дававшаго такое же обѣщаніе, какое далъ главный должникъ. *Adpromissio* являлось въ сущности съ цѣлью установить поручительство: „*idem dari spondes?*“—„*Spondeo*“. отвѣчалъ *adpromissor*. Кредиторъ могъ предъявить вслѣдствіе этого искъ къ поручителю.

О различныхъ историческихъ формахъ этого поручительства будетъ сказано въ своемъ мѣстѣ, именно въ ученіи объ обезпеченіи обязательствъ. Теперь же мы укажемъ на то, что кромѣ стипуляціи, какъ главнаго вида словесныхъ контрактовъ, къ послѣднимъ относилась еще *dictio dotis*, торжественное обѣщаніе приданнаго и еще—торжественное, даваемое подъ присягой, обѣщаніе раба господину исполнить что-либо въ пользу послѣдняго по отпущеніи на волю. Предметомъ этого обѣщанія, какъ Вы изъ исторіи знаете, могли быть *dona, munera et opera*.



Относительно *dictio dotis* нужно говорить при изложеніи ученія о приданомъ и. Вы знаете, вѣроятно, что этимъ именемъ обозначается простое, неформальное и неформально принимавшееся, общеніе приданого жениху, знаете, что такое общеніе было обязательно лишь для самой, выходящей замужъ женщины, для ея должника, общающаго по ея приказанію, и для восходящаго ея родственника въ мужской линіи. „*Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat, item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, viluti pater, avus paternus*“. Ulp VI. 2.

### Obligaciones, quae litteris contrahuntur.

Рядомъ съ словесными контрактами появились въ республиканскомъ еще Римѣ контракты, сила которыхъ основывалась на облеченіи ихъ въ письменную форму. Письменный актъ такимъ образомъ былъ здѣсь не только средствомъ доказательства существованія контракта, а основаніемъ *causa civilis* возникновенія контракта. Въ Юстиниановскомъ правѣ эти древніе письменные контракты уже исчезли и мы имѣемъ свѣдѣнія о нихъ лишь благодаря институціямъ Гая, свѣдѣнія, при томъ, не настолько полныя, чтобы не давать повода къ разногласіямъ разнаго рода въ ученой литературѣ по данному вопросу. Во всякомъ случаѣ несомнѣнно то, что своимъ происхожденіемъ письменные контракты обязаны тѣмъ домашнимъ счетнымъ книгамъ, которыя, по свидѣтельству Цицерона, въ его время велъ каждый, зажиточный болѣе или менѣе, отецъ семьи въ древнемъ Римѣ, и тѣмъ книгамъ, которыя необходимо должны были вести римскіе мѣнялы—*argentarii*,—замѣнявшіе современныхъ банкировъ. Книги эти были различнаго рода. Во 1-хъ, книга, называемая *liber adversariorum*, ежедневный журналъ, въ который каждый день вносились краткія отмѣтки безъ опредѣленнаго порядка о всѣхъ ежедневныхъ сдѣлкахъ о состоявшихся соглашеніяхъ и о предполагаемыхъ даже договорахъ, а такъ же о всѣхъ выдачахъ и полученіяхъ. Кромѣ этого дневника, на основаніи послѣдняго велась еще другая книга, называвшаяся *Codex vel tabulae accepti et expensi*. Книга эта соотвѣтствовала современной кассовой книгѣ. Въ нее съ самой большой точностью, обыкновенно, ежемѣсячно записывались изъ ежедневнаго журнала въ хронологическомъ порядкѣ всѣ выдачи и полученія, причемъ каждая отдѣльная запись сопровождалась обозначеніемъ не только числа и мѣсяца, но и обозначеніемъ имени и лица, отъ котораго что либо получено или которому что-либо выдано. Отсюда долговья претензіи назывались *nomina*. Сопоставляя слова Цицерона изъ рѣчи *pro Caecina* 6 съ однимъ мѣстомъ изъ *Hist. naturalis* Плинія, узнали утвердительно, что книга эта содержала двѣ особыхъ рубрики: одну для записи прихода, другую для расхода. На одной страницѣ книги



составитель записывалъ все полученія *acceptum ferebat*, а на другой страницѣ онъ записывалъ все выдачи (*expensum ferebat*). Каждое полученіе и каждая выдача записывалась отдѣльно съ обозначеніемъ противъ суммы имени лица, ее внесшаго или получившаго, тутъ же обозначалось основаніе, по которому послѣдовали полученіе или же выдача, могли также обозначаться, кромѣ имени получателя или плательщика, и имена стороннихъ лицъ, бывшихъ тутъ, напр. въ качествѣ свидѣтелей при полученіи.

Кромѣ этихъ книгъ, были у Римлянъ и другія: *libelius familiae* или *patrimoniae*, это опись всего имущества лица, составленная въ извѣстномъ порядкѣ по категоріямъ имущественныхъ объектовъ. *Calendarium*, книга куда выписывались все процентныя сдѣлки, т. е. обозначались отданные въ ростъ капиталы съ обозначеніемъ размѣра процентовъ и сроковъ ихъ полученія. Но эти книги имѣли только цѣлью приведеніе въ извѣстность наличнаго имущества лица, тогда какъ ранѣе упомянутыя книги соотвѣтствуютъ именно современнымъ торговымъ книгамъ. Надо замѣтить, что *codices accepti et expensi* не должно смѣшивать съ нынѣшней банкирской книгой текущихъ счетовъ, съ такъ называемой *Grossbuch* или *Contocurrentbuch*, содержащей отдѣльный счетъ каждаго кліента. У римлянъ этой книги соотвѣтствовали такъ называемая *tabulae rationum domesticarum*, книга, въ которой на соотвѣтствующихъ страницахъ отмѣчались чистыя выдачи и полученія, и сумма полученій на *pagina accepti* составляла *ratio accepti*—дебетъ, а сумма выдачъ на *pagina expensi*—*expensi ratio*—кредитъ. Сравненіе этихъ суммъ указывало на состояніе хозяйства гражданина. У мѣняль въ подобной же книгѣ велся отдѣльно текущій счетъ каждаго кліента. Во всякомъ случаѣ внесеніе выдачи въ эти *tabulae rationum*, составлявшіяся также на основаніи помянутаго еженедѣльнаго журнала *adversaria*, не могли служить основаніемъ для возникновенія письменнаго обязательства. Записи въ этой книгѣ, какъ и записи въ *adversaria* и въ *calendaria*, могли имѣть значеніе лишь доказательства существованія долга, который возникъ по какому-либо другому основанію. Письменное же обязательство рождалось лишь при посредствѣ записи въ памятные *codices accepti et expensi*. Только записи въ этихъ книгахъ, сдѣланныя, конечно, съ согласія сторонъ, рождали *obligatio civilis*. Такимъ образомъ, римское письменное обязательство представляетъ собою обязательство, возникающее на основаніи соглашенія сторонъ посредствомъ занесенія долга въ книгу. Дѣлалось это такъ: вѣритель записывалъ, обѣщанную ему неформально другимъ лицомъ, сумму, въ своемъ кодексѣ подъ рубрикою *expensum*, какъ выданную взаймы этому лицу (*expensum ferebat*). Вслѣдствіе этой записи лицо, на чье имя она сдѣлана, становилась должникомъ; въ дѣйствительной уплатѣ суммы для возникновенія обязательства не было надобности. Должникъ въ своей книгѣ подъ



рубрикой *acceptum dēbālē* отмѣтку о полученіи указанной суммы, *expensum referēbat*; но эта отмѣтка не имѣетъ значенія для возникновенія обязательства. Последнее возникаетъ вслѣдствіе односторонней записи кредитора его *expensilatio*. Такъ какъ контрактъ получаетъ силу не вслѣдствіе дѣйствительной выдачи извѣстной суммы, а вслѣдствіе записи послѣдней вѣрителемъ въ книгу, то *obligatio* здѣсь дѣйствительно *litteris contrahitur*. И обязательство это, рождающееся изъ записи, является подобно словесному обязательству строго одностороннимъ. Источники упоминаютъ о немъ только, какъ объ обязательствѣ, предметомъ котораго служатъ деньги, но нигдѣ не говорится, что только, именно, денежная сумма можетъ быть предметомъ этого обязательства. Но это не мѣшаетъ, напротивъ, предположить, что этимъ способомъ могло возникнуть обязательство доставленія какой-либо вообще опредѣленной вещи, напр. извѣстнаго числа мѣръ хлѣба.

Для требованія исполненія по этому обязательству кредиторъ можетъ предъявить *condictio certae*, которое было *condictio certae pecuniae*, когда предметомъ обязательства являлись деньги и *condictio tritigarum* или *de alia certa re* при какомъ-либо другомъ предметѣ.

Такимъ образомъ, эта запись долга вѣрителемъ въ его книгѣ подъ рубрикой *expensum* могла, прежде всего, служить средствомъ для того, чтобы простое неформальное соглашеніе сторонъ, не рождающее обязательства, обратить въ письменный контрактъ. Для этого достаточно одной *expensilatio* вѣрителя. *Centum a NN<sup>o</sup> promissa expensa NN<sup>o</sup> fero*; писалъ онъ у себя. Кромѣ того, записью въ памятный кодексъ пользовались для того, чтобы долгъ, существующій по какому-либо другому юридическому основанію, обратить въ письменное обязательство и тѣмъ придать обязательству болѣе строгій характеръ. Это называется *transcriptio*.

Различать надо: *transcriptio a re in personam* и *transcriptio a persona in personam*. Первое имѣло мѣсто тогда, когда кредиторъ записывалъ въ книгѣ существующій уже по какому-либо основанію, долгъ, напр. по куплѣ—продажѣ, найму (*ex causa emptionis, locationis*) съ согласія должника, какъ *expensum*, какъ выдачу этому должнику. „*Centum a NN<sup>o</sup> ex causa emptionis debita expensa NN<sup>o</sup> fero*“.

Послѣ этой записи Нумерій Негидій становился долженъ уже не *ex empto*, не на основаніи купли, а на основаніи данной записи. Обязательство *bonae fidei*, рождавшееся для покупателя изъ договора купли, обращалось въ строгое обязательство, основанное на письменномъ контрактѣ.

*Transscriptio a persona in personam* служило средствомъ для перенесенія обязательства съ одного лица на другое. Кредиторъ записывалъ то, что ему Тицій былъ долженъ на основаніи займа подъ



рубрикою *expensum*, какъ выданные въ счетъ Нумерія Негидія „100a Titio debita expensa N-o N-o fero“.

Разумѣется это дѣлалось съ согласія заинтересованныхъ лицъ. Послѣ этой записи Тицій уже не долженъ кредитору, а должникомъ будетъ *N-us N-us* и при томъ не на основаніи займа, а на основаніи письменной записи въ книгу, на основаніи письменнаго контракта. Гай, говоря о письменномъ контрактѣ, упоминаетъ о немъ только въ примѣненіи къ *nomina transcriptitia*. Возникая посредствомъ односторонней *expensilatio* вѣрителя, письменное обязательство и прекращалось, соотвѣтственно этому, посредствомъ односторонней записи *acceptilatio* должника. Должникъ пишетъ у себя въ кодексѣ подъ рубрикой *expensum*, съ согласія кредитора, что онъ уплатилъ долгъ вѣрителю. „*Centum AA-o debita accepta AA-o fero*“. Это одностороннее занесеніе должникомъ въ свой кодексъ записи объ уплатѣ (что называлось *acceptum ferre*) прекращало существованіе письменнаго обязательства. Соотвѣтствующая запись кредитора у себя въ кодексѣ этого полученія подъ рубрикою *acceptum* (что называлось *acceptum reffere*) обыкновенно, вѣроятно, дѣлалась, но юридическаго значенія не имѣла. Дѣйствительный платежъ долга не необходимъ для прекращенія обязательства, и *acceptilatio* такое же фиктивное полученіе уплаты, какъ и *expensilatio*—фиктивная выдача должнику.

Вначалѣ, впрочемъ, всѣ эти записи, какъ *expensilatio*, такъ и *acceptilatio* не были фиктивными, а содержали отмѣтки о томъ, что дѣйствительно было дано въ заемъ или въ уплату долга, *credendi aut solvendi causa*. Пока заемъ и поклажа не были еще признаны реальными контрактами, они могли получить охрану при помощи иска лишь посредствомъ обращенія ихъ въ письменные контракты. Когда позднѣе заемъ и поклажа получили охрану по *jus civile*, какъ реальные контракты, удержался, по отношенію къ нимъ, прежній обычай занесенія ихъ въ *codices accepti et expensi*. Съ этихъ поръ и получились *expensilationes* двоякаго вида. Такія, въ основаніи которыхъ лежала дѣйствительная выдача, и такія, при которыхъ что-либо заносилось лишь фиктивно, какъ выданное. Послѣднія только и относятся къ изложеннымъ уже случаямъ письменныхъ обязательствъ. Тамъ же, гдѣ имѣла мѣсто дѣйствительная выдача, дѣйствительная уплата денегъ однимъ лицомъ другому, обязательство займа или поклажи въ это время возникало уже *re*, т. е. врученіемъ вещи, и занесеніе этой выдачи въ книгу являлось уже не основаніемъ возникновенія обязательства, а лишь средствомъ доказательства того, что обязательство, возникшее *re*, существуетъ. Этого рода записи долговъ, вытекавшія изъ реальныхъ контрактовъ, записанныя въ *codices accepti et expensi* назывались *argaria nomina*, и ихъ не слѣдуетъ смѣшивать съ письменными контрактами. *Nomina argaria*, говоритъ Гай, не рождаютъ обязательства, а составляютъ лишь доказательство обязательства, уже



ранѣе установленнаго, *testimonium factae obligationis*. Сказанное объ *expensilatio* имѣетъ примѣненіе къ *acceptilatio*. И *acceptilatio* было вначалѣ занесеніемъ въ книгу дѣйствительной уплаты, когда таковая сама по себѣ не прекращала обязательства. Позднѣе, когда обязательство могло прекращаться уплатой (*solutio*) безъ занесенія послѣдней въ книгу, *acceptilatio* стала фактивнымъ актомъ, прекращающимъ письменное обязательство безъ дѣйствительной уплаты. Если же дѣйствительная уплата имѣла мѣсто, то запись ея въ книгѣ—была только *noten argarium*, т. е. она не представляла собою прекращенія обязательства *litteris*, а лишь доказательство прекращенія долга, послѣдовавшаго путемъ дѣйствительной уплаты, *solutio*.

Указанные формальные письменные контракты, возникавшіе посредствомъ односторонней *expensilatio* кредитора и прекращавшіеся также односторонней акцептиляціей должника, предполагаютъ, однако всегда своимъ основаніемъ соглашеніе воли контрагентовъ. Одна запись кредитора въ своей книгѣ *безъ согласія на нее должника* не устанавливала дѣйствительнаго обязательства, равно какъ запись должника въ его книгѣ, безъ согласія кредитора, также была недѣйствительна. Но для приданія этому соглашенію юридической силы не требовалось двухъ соотвѣствующихъ записей; а достаточно односторонней записи кредитора (при *expensilatio*) или должника (при *acceptilatio*), сдѣланной даже въ отсутствіи другой стороны. О согласіи другой стороны на эту запись можно было судить, во 1-хъ, по соотвѣствующей записи въ ея собственной книгѣ, которая хотя была и необязательна, но было дѣломъ чести ее всетаки занести, т. е. должникъ въ своей книгѣ *expensum referebat*, а кредиторъ при *acceptilatio* въ своей книгѣ *acceptum referebat*; во 2-хъ, о согласіи другой стороны на заключеніе письменнаго обязательства можно было судить по другимъ документамъ, напр. по ея письму, въ которомъ сторона соглашается на транскрипцію ея долга; наконецъ, допускалось также доказательство этого согласія при помощи свидѣтельскихъ показаній. При *transcriptio a persona in personam*, когда одинъ должникъ замѣняется другимъ, не было надобности въ согласіи прежняго должника, для котораго обязательство прекращалось, а требовалось лишь согласіе новаго должника.

Для того, чтобы облегчить и обезпечить представленіе доказательствъ согласія обязанной стороны на заключеніе письменнаго контракта, прибѣгали иногда къ приглашенію особаго рода свидѣтелей, называвшихся *ragarii*. Эти свидѣтели заносили въ свои собственныя ежедневныя книги запись о данномъ письменномъ контрактѣ.

Письменные обязательства составляли институтъ гражданского права, перемены не могли заключать контрактовъ въ этой формѣ. Это правило безспорно, по крайней мѣрѣ, въ примѣненіи къ *transcriptio a persona in personam*. Что же касается *transcriptio a re in personam*, то,



сабиніанцы считали возможнымъ примѣненіе ея и къ peregrinamъ (Gaius III. 133), имѣя, очевидно, въ виду, что такая transcriptio была лишь средствомъ для приданія большей силы обязательству уже существующему по естественному праву.

Домашінія книги, а съ ними письменные контракты со временемъ стали выходить изъ употребленія. Одною изъ причинъ исчезновенія этого вида контрактовъ считаютъ порчу нравовъ, благодаря которой книги не влились де съ прежней добросовѣстностью. Но надо думать, что была другая причина, вызывавшая это исчезновеніе письменныхъ обязательствъ, а именно: удобнѣе, проще и къ тому же безопаснѣе стало возможнымъ заключать контракты другими способами: *consensu, re aut verbis*.

Transcriptio смѣнилъ институтъ извѣстный подъ названіемъ *constitutum*, о которомъ будетъ у насъ идти рѣчь впереди.

Во всякомъ случаѣ въ эпоху Гаия письменные контракты еще были въ употребленіи; но уже задолго до Юстиніана правила о нихъ стали стариной, не имѣющей фактическаго значенія. Далѣе удерживались въ употребленіи книги римскихъ мѣняль (*argentarii*), подчинившихся контролю государственной власти. Эти мѣнялы играли роль современныхъ банкировъ. Богатые люди имъ отдавали свои капиталы, которые они и пускали въ оборотъ, давая ихъ въ займы подъ %. Словомъ, *argentarii* были посредниками между своими вкладчиками и должниками. Должникъ собственноручно вписывалъ свой долгъ въ книгу банкира подъ рубрикой *expensum*, какъ должникъ банкира; вѣритель вписывалъ, какъ вѣритель банкира, подъ рубрикой *asseritum*. Этотъ способъ займа назывался *ex mensa scriptura*. Эти записи банкировъ не имѣли строгаго характера обязательствъ гражданского права и вышли, наконецъ, изъ употребленія.

У peregrinorumъ, по словамъ Гаия III 134. существовалъ особый видъ письменнаго обязательства *syngraphae* и *chirographa*. *Syngraphae* институтъ греческаго происхожденія; это письменный документъ, подписанный сторонами, изъ которыхъ каждая имѣла обыкновенно свой списокъ. Документъ этотъ не былъ основаніемъ возникновенія обязательства, а служилъ лишь доказательствомъ заключеннаго договора, причемъ особой формы при его написаніи не требовалось. Римскіе намѣстники провинцій придавали этому письменному доказательству существованія договора большое значеніе и не затруднялись не только въ дѣлахъ между peregrinamъ, но и въ спорахъ римлянъ съ peregrinamъ давать иски *ex syngrapha*. Это обстоятельство и дало поводъ Гаю назвать *syngraphae* письменными обязательствами, хотя на самомъ дѣлѣ письменная форма здѣсь вовсе не *causa obligationis*, и письменный документъ, повторяю, служилъ лишь средствомъ доказательства. Рядомъ съ *syngrapha* Гаий упоминаетъ о *chirographum* или *chirographus* тоже, какъ о видѣ письменныхъ обязательствъ обще-



народнаго права. Подъ *chirographum* или *cautio* надо разумѣть всякаго рода долговья росписки и квитанціи. Здѣсь также мы встрѣчаемся съ смѣшеніемъ документа, свидѣтельствующаго о долгѣ, съ письменнымъ актомъ, служащимъ основаніемъ возникновенія обязательства. Надо замѣтить, что *syngraphae* и *chirographa* въ значеніи документовъ, свидѣтельствующихъ о долгѣ, имѣли довольно обширное примѣненіе въ оборотѣ между peregrinami; но распространеніе права римскаго гражданства на всѣхъ свободныхъ обитателей римской имперіи сдѣлало доступнымъ для всѣхъ заключеніе гражданскихъ обязательствъ въ письменной формѣ и въ еще болѣе удобной формѣ стипуляціи, а также заключеніе реальныхъ и консенсуальныхъ контрактовъ. Благодаря этому *syngraphae* исчезли во второй половинѣ Императорскаго періода. Юстиніановскому праву они не извѣстны, какъ и письменныя обязательства вообще. Юстиніанъ однако въ своихъ институціяхъ упоминаетъ о *litterarum obligationes*, относя къ послѣднимъ хирографъ *de mutuo*, если со времени написанія его прошелъ двухлѣтній срокъ. Хирографъ, какъ сказано, также письменный документъ, служившій средствомъ доказательства существованія долга. Это средство доказательства представляетъ опасность для должника въ этомъ отношеніи, что, нуждаясь въ деньгахъ, онъ легко можетъ выдать кредитуру расписку въ ихъ полученіи раньше, чѣмъ ихъ получить въ дѣйствительности: кредиторъ же могъ эту расписку предъявить ко взысканію. Должникъ, конечно, противопоставить его иску *exceptio doli*, но доказать справедливость этого возраженія дѣло не легкое. Какъ убѣдить, въ самомъ дѣлѣ, судью, что я только расписку выдалъ, а денегъ отъ кредитора на самомъ дѣлѣ не получалъ? Для устраненія такого злоупотребленія и для облегченія попавшихъ въ подобное положеніе должниковъ Императорскими указами введено было правило, что должникъ, противъ котораго предъявленъ искъ на основаніи данной имъ долговой расписки, можетъ предъявить *возраженіе о безденежности этого документа* *exceptio non numeratae pecuniae*, возраженіе о томъ, что онъ документъ выдалъ, а денегъ не получалъ—или же, еще и до предъявленія обладателемъ расписки иска, должникъ можетъ подать жалобу *quaerelam non numeratae pecuniae*. При предъявленіи этого возраженія или этой жалобы должникъ не обязанъ доказывать справедливость своего заявленія, а напротивъ, на вѣрителя падаетъ обязанность доказать, что документъ, на который онъ опирается въ своемъ требованіи, полученъ имъ не безъ основанія.

Разумѣется эта *exceptio non numeratae pecuniae*, обезпечивая должника, съ другой стороны подрывала кредитъ, такъ какъ ставила въ очень невыгодное положеніе кредитора. Въ виду этого Императорскимъ законодательствомъ установленъ былъ срокъ, въ теченіе котораго должникъ могъ воспользоваться указаннымъ средствомъ за-



щиты. Срокъ этотъ сначала былъ годичный, потомъ пятилѣтній, а Юстиніанъ опредѣлилъ двухгодичный срокъ, прибавивъ, что по истеченіи этого срока хирографъ, данный *ex mutuo*, становится неопровержимымъ доказательствомъ существованія долга противъ лица, выдавшаго этотъ документъ. Это правило составители институцій Юстиніана и помѣтили въ титулѣ о письменныхъ контрактахъ. Руководствуясь порядкомъ изложенія, принятымъ въ институціяхъ Гая, составители Юстиніановскихъ институцій дѣлаютъ также всѣ обязательства по основаніямъ ихъ возникновенія на *obligationes quae re, aut consensu, aut litteris, aut verbis contrahuntur*. Но такъ какъ письменные контракты, задолго до Юстиніановской эпохи уже вышли изъ употребленія, то составители институцій вынуждены были искать, что бы имъ такое отнести къ контрактамъ письменнымъ, и отнесли, не задумываясь, помянутое правило, что документъ займа, по прошествіи двухъ лѣтъ, не можетъ быть уже опороченъ. Такъ какъ лицо не можетъ здѣсь документъ опорочить, то оно, стало быть, обязывается здѣсь въ силу самаго документа „*scriptura obligetur*“, разсуждаютъ составители институцій. Обязательство платежа въ этомъ случаѣ дѣйствительно связывается съ существованіемъ неоспоримаго документа; но ясно все таки, что обязательство здѣсь вовсе не *litteris contrahitur*, что здѣсь мы вовсе даже не имѣемъ дѣла съ контрактомъ, для понятія котораго необходимо соглашеніе сторонъ, согласіе лица обязаннаго; а здѣсь мы видимъ только, что вслѣдствіе пропущенія срока, установленнаго для опороченія, становится безспорнымъ документъ, служившій доказательствомъ установленія обязательства, что *litterarum obligatio* Юстиніановскихъ институцій не имѣетъ ничего общаго съ письменными контрактами, о которыхъ идетъ рѣчь у Гая.

Мы изложили послѣдовательно ходъ развитія словесныхъ и письменныхъ, вообще, формальныхъ контрактовъ и познакомились съ ихъ ролью въ римскомъ обязательственномъ правѣ. Далѣе разсмотримъ вопросъ о томъ, какъ развились другіе виды контрактовъ.

### Реальные контракты и контракты безымянные.

Мы упоминали, излагая древнѣйшую исторію контрактовъ, о томъ, что въ древности законной охраной пользовались договоры, облеченные въ форму манципаціи, и что при помощи манципаціи, соединенной съ фидуціей, заключались такіе договоры, какъ: *суда*, *поклажа*, *мѣна* и т. п. Всѣ эти, такъ называемые нынѣ нѣкоторыми авторами, древніе реальные контракты, получали свою охрану посредствомъ *actio fiduciae*. Съ тѣхъ поръ, какъ стала входить въ употребленіе стипуляція, при врученіи кому-либо вещи, наприм. въ виду полученія эквивалента за нее, можно было позаботиться объ облеченіи обязательства представить этотъ эквивалентъ въ форму стипуляціи, и тогда



вѣритель имѣлъ *actio ex stipulatu*. Если же сдѣлка не облечена была ни въ мандиціонную, ни въ стипуляціонную форму, то вручившій другому вещь, въ виду установленія какого-либо обязательства, не имѣлъ для требованія выполненія послѣдняго никакого иска. Онъ могъ только обратно требовать то, что далъ самъ, посредствомъ *condictio causa data causa non secuta*, могъ, по крайней мѣрѣ со времени введенія *actio doli*, требовать возмѣщенія убытковъ и ущерба, если противная сторона оказывалась виновной въ *dolus*. Наконецъ, могъ и при отсутствіи злого умысла противной стороны, въ томъ случаѣ, когда этого справедливость требовала, добиться, независимо отъ возстановленія выданной вещи, и денежнаго вознагражденія посредствомъ *actio in factum*. Эта необходимость облеченія договоровъ, имѣющихъ предметомъ врученіе вещи, въ извѣстную форму, необходимость прибѣгать для силы ихъ къ мандиціи или къ стипуляціи, конечно, была естественна для оборота. Въ виду этого, наконецъ, получило признаніе правило, что тотъ, кто получилъ отъ другого вещь съ намѣреніемъ возвратить ее или представить взаменъ ея эквивалентъ, долженъ исполнить принимаемое имъ на себя, взятіемъ вещи, обязательство. Врученіе стороною вещи въ виду полученія удовлетворенія отъ другой стороны стали разсматривать, какъ *causam odligationis*. Врученіе вещи въ этихъ случаяхъ само по себѣ признано было основаніемъ для возникновенія контракта, признаваемого въ цивильномъ правѣ и охраняемого искомъ.

Сначала это правило примѣнили по отношенію только къ четыремъ контрактамъ: займу, ссудѣ, поклажѣ и закладному контракту.

Время, когда это произошло, мы не можемъ опредѣлить съ точностью надо думать, что не позже VI вѣка отъ основанія Рима.

*Примѣчаніе.* Впрочемъ, по отношенію къ контракту займа существуетъ предположеніе, что время его появленія находится въ связи съ изданіемъ закона *Poetelia* 428 или 441 года отъ основанія Рима, запрещавшаго, какъ нѣкоторые думаютъ, обязываться по *nexum*. Во всякомъ случаѣ, если даже признать, что законъ Петелія не запретилъ облекать заемъ въ форму *nexum*, а только отдалилъ самыя послѣдствія кабалы; и если появленіе займа въ формѣ *mutuum* нельзя связать съ исчезновеніемъ *nexum*, какъ это мы и думаемъ, вопреки *Маунъ*у, то придется принять предположеніе, что *mutuum* было одною изъ первыхъ неформальныхъ сдѣлокъ, заимствованныхъ преторомъ изъ *jus peregrinum* (отъ сицилійцевъ указывав. Муромцевъ, ссылаясь на Варроко) не позже начала VI вѣка.

Въ Императорскую эпоху принципъ, что врученіе стороною вещи или совершеніе какого-либо дѣйствія въ виду выполненія обѣщаннаго противной стороною само по себѣ является достаточной причиной возникновенія обязательства былъ распространенъ и на другіе виды договоровъ, кромѣ помянутыхъ четырехъ. Сначала Лабеоны и его послѣдователи, прокулеанцы, допускали примѣненіе этого принципа



въ отдѣльныхъ случаяхъ. При Троянѣ, наконецъ, юристъ Аристонъ выставилъ, какъ общее правило, что *causa obligationis* существуетъ всякій разъ, когда одна сторона дала что-либо другой съ цѣлью получить отъ послѣдней эквивалентъ. l. 7. § 2. D. 2. 14. de pactis. „sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc *συνάλλαγμα* (contractum) esse et hinc nasci civilem obligationem“. „Но если врученіе вещи и не облечено въ форму контракта, существуетъ однако основаніе для него и, какъ изячно Аристонъ отвѣтилъ Цельзу, это есть обязательство. Напр. я далъ тебѣ вещь, съ тѣмъ чтобы ты мнѣ что-либо далъ, съ тѣмъ что бы ты мнѣ что-либо сдѣлалъ: это контрактъ, и отсюда рождается гражданское обязательство“.

Сначала, какъ видите, общій принципъ примѣняли только еще въ такихъ случаяхъ, гдѣ обязательственная связь возникаетъ вслѣдствіе *dare* вещи. Но въ концѣ классической эпохи не затруднились распространить примѣненіе этого принципа и на всѣ тѣ случаи, когда одно лицо пользуется дѣйствіемъ другого, состоящимъ въ *dare* или *facere*, и общается съ своей стороны представить эквивалентъ, состоящій также въ доставленіи вещей или услугъ. Словомъ, стало признаваться общимъ правиломъ, что сторона, получившая отъ другой вещь или воспользовавшаяся услугами другой стороны, тѣмъ самымъ принимаетъ на себя обязательство представить обѣщанный ею взаимнѣ того эквивалентъ. Полученіе вещи или пользованіе услугами стало считаться во всѣхъ случаяхъ основаніемъ для возникновенія обязательства по договору, защищаемаго искомъ. Договоры такого рода могли быть весьма разнообразны по содержанію, въ виду этого по большей части они не имѣли особаго названія. Юристъ Павелъ подводитъ всѣ эти договоры по содержанію подъ 4 категоріи 1) *Do ut des* (даю, чтобы ты мнѣ также далъ); 2) *do ut facias* (даю, чтобы ты мнѣ что-либо сдѣлалъ); 3) *facio ut des* (совершаю въ твою пользу какое-либо дѣйствіе съ тѣмъ, чтобы ты мнѣ далъ что-либо); 4) *facio ut facias* (совершаю съ тѣмъ, чтобы и ты совершилъ) l. 5. D. 19. 5. Впрочемъ Павелъ сомнѣвается еще, чтобы въ случаяхъ, подходящихъ подъ категорію *facio ut des*, выполненіе дѣйствія служило само по себѣ основаніемъ для *actio civilis*, и думаетъ, что въ этомъ случаѣ противъ не выполняющей обязательство стороны можетъ быть только данъ искъ *de dolo*; но Ульпіанъ l. 15. D. 19. 5 и Гай l. 22. D. не одобряютъ этого мнѣнія Павла и распространяютъ дѣйствіе общаго правила на эти случаи.

Мнѣніе Ульпіана утверждено рескриптомъ Александра Севера l. 6. Cod. 2. 4. Указанная классификація, данная Павломъ и обнимающая, дѣйствительно, всѣ относящіяся сюда случаи возникновенія обязательствъ, въ практическомъ отношеніи представляется поэтому из-



лишней, такъ какъ принципъ, лежащій въ основаніи всѣхъ помянутыхъ четырехъ категорій этихъ случаевъ, одинъ и тотъ же. Такимъ образомъ, рядомъ съ четырьмя древними реальными контрактами появилось множество новыхъ, по большей части не имѣвшихъ особыхъ названій. За четырьмя первоначальными контрактами удержалось названіе реальныхъ въ тѣсномъ смыслѣ, а новые контракты у комментаторовъ уже получили названіе *contractus innominati*. Хотя, какъ уже упомянуто, нѣкоторые изъ этихъ договоровъ имѣли особыя техническія названія, однако терминъ, *безымянные контракты*, слѣдуетъ считать вполне удачнымъ, такъ какъ терминъ этотъ указываетъ не на отсутствіе у большей части этого рода контрактовъ особыхъ названій, а на отсутствіе для каждаго изъ нихъ особыхъ специальныхъ исковъ, имѣющихъ техническія названія въ *ius civile*. Въ этомъ ихъ отличие отъ четырехъ первоначальныхъ реальныхъ контрактовъ. Подобно контрактамъ реальнымъ и въ безымянныхъ контрактахъ обязательственная связь возникаетъ *re*, понимая однако *res* здѣсь въ самомъ обширномъ смыслѣ всякаго представленія вещи и совершенія дѣйствія, имѣющаго имущественную цѣнность. Обязательство, возникшее *re*, обосновываетъ право требованія только для одной стороны, кредитора. Иски, охраняющіе право послѣдняго, въ первоначальныхъ реальныхъ контрактахъ носятъ особое техническое названіе, соответствующее названію контракта *actio mutui*, *actio depositi*. Въ *demonstratio* формулы этихъ исковъ достаточно было сказать, напр. *Quod AA-us apud NN-m mensam argenteam deposuit*, чтобы обозначить основаніе возникновенія обязательства и иска *actio depositi*. Для безчисленнаго множества возникшихъ позднѣе новыхъ реальныхъ контрактовъ нельзя было создать особыхъ исковъ, не было возможности для всѣхъ ихъ создавать техническія названія и потому въ *demonstratio*, охранявшаго ихъ иска не было возможности обозначить однимъ словомъ обязательственное отношеніе, о которомъ идетъ рѣчь. Поэтому демонстрація и замѣнялась здѣсь, какъ Вы уже знаете изъ ученія о процессѣ, посредствомъ *praescriptio*, т. е. въ началѣ формулы подробно излагали фактъ, послужившій основаніемъ иска, напр. такъ: идетъ рѣчь о томъ, что AA-us далъ NN-о 100 ситерцій съ тѣмъ чтобы NN-us освободилъ раба Стифа“ или „идетъ рѣчь о томъ, что AA-us освободилъ своего раба Стифа по соглашенію съ N-m N-m съ тѣмъ, чтобы послѣдній освободилъ на волю раба Памфила“ и т. п. Тутъ нѣтъ, какъ видите, технического названія договора, а въ формулѣ описывается самый фактъ, породившій обязательственное отношеніе. Искъ такого рода, гдѣ въ формулѣ *praescriptio* замѣняетъ демонстрацію, называется *actio praescriptis verbis*. Искъ этотъ примѣнимъ былъ ко всѣмъ вновь возникшимъ реальнымъ контрактамъ.

Хотя нѣкоторые изъ послѣднихъ и получили свои техническія названія, напр. *permutatio*, но было излишне создавать для нихъ осо-



бые иски, когда можно было охранять ихъ посредствомъ *actio praescriptis verbis*. То обстоятельство, что въ формулѣ этого иска нѣтъ названія самыхъ договоровъ, которые охраняются этимъ искомъ, и побудило всеѣмъ контрактамъ этого рода дать названіе безымянныхъ.

Итакъ безымянные контракты не тѣ только реальные контракты, которые не имѣютъ особаго технического нааванія въ *jus civile*; а всеѣ тѣ реальные контракты, которые охранялись не иначе, какъ посредствомъ безымяннаго *actio praescriptio verbis*.

По введеніи иска *praescriptis verbis* за кредиторами въ этого рода договорныхъ отношеніяхъ осталось прежнее право требовать отъ должника, въ случаѣ неисполненія обязательства, возвращенія вещи посредствомъ *causa non secuta*. Вѣритель могъ теперь, стало быть, на выборъ или требовать предметъ исполненія путемъ *actio praescriptis verbis* или же требовать возвращенія вещи посредствомъ *condictio causa data, causa non secuta*. Это право вѣрителя требовать обратно вещь могло быть осуществлено только *ob causam non secutam*, т. е. не только по причинѣ просрочки со стороны должника въ совершеніи обязательственнаго дѣйствія, просрочки происшедшей по винѣ должника, но и *ob paenitentiam*, или какъ говорили римляне, *quia creditor paenituit*, т. е. по той причинѣ, что вѣритель раздумываетъ, отступаетъ отъ контракта, хотя должникъ и не пропустилъ еще срока для исполненія обязательства съ своей стороны. См. *fr. § 2. Dig. 12. tit. 4.* „если бы я далъ тебѣ что либо съ тѣмъ, что бы ты отпустилъ раба Стиха, то я могу предъявить *condictio*, если ты не исполнилъ; и если бы я раздумалъ, то тоже могу предъявить *condictio*“. Такимъ образомъ, мы въ безымянныхъ контрактахъ встрѣчаемся съ любопытнымъ правомъ кредитора отказываться отъ договора уже послѣ его совершенія. Было ли это право, *jus poenitendi*, спутникомъ всеѣхъ безымянныхъ контрактовъ, или оно имѣло мѣсто только тогда, когда входило въ намѣреніе вѣрителя, ясно выраженное при самомъ установленіи контракта, это едва ли можно рѣшить вѣрно. Самое появленіе такого права объясняется первоначальнымъ отсутствіемъ исковъ въ защиту тѣхъ контрактовъ, о которыхъ мы здѣсь говоримъ. Тогда представлялось вполне справедливымъ, что если *получатель—должникъ* могъ по своему усмотрѣнію исполнить или не исполнить договорное дѣйствіе, то и кредитору должно было быть предоставлено право отступить отъ соглашенія и потребовать возвращенія вещи. Съ введеніемъ же иска *praescriptis verbis* это удержавшееся *jus poenitendi* давало уже наоборотъ вѣрителю возможность произвольно исполнять или нарушать договоръ до тѣхъ поръ, по крайней мѣрѣ, пока должникъ съ своей стороны не исполнитъ дѣйствія, служащаго эквивалентомъ за полученіе вещи. Изъ всего сказаннаго достаточно ясно видны условія, необходимыя для того, чтобы договоръ, по своему характеру, былъ причисленъ къ разряду безы-



мянныхъ контрактовъ. Для этого требуется во 1-хъ, чтобы однолицо совершало дѣйствіе въ пользу другого лица—при томъ недостачно одного простого соглашенія для возникновенія обязательственной связи, а необходимо для этого дѣйствительное совершеніе самаго дѣйствія, т. е. какъ мы уже указали, обязательство устанавливается ге (въ обширномъ смыслѣ слова, т. е. доставленіемъ вещей или услугъ, имѣющихъ денежную цѣнность); во 2-хъ требуется принятіе этого дѣйствія другой стороною, обѣщаніе этой другой стороны совершить взаимнѣ принятаго также дѣйствіе съ своей стороны; въ 3-хъ нужно, чтобы этого рода договоръ не подходилъ подъ поднятіе 4-хъ реальныхъ контрактовъ, получившихъ въ *jus civile* особое имя. Такимъ образомъ реальные контракты распадаются на двѣ группы: а) реальные въ собственномъ смыслѣ и б) такъ называемые безымянные. Намъ предстоитъ теперь изложить ученіе объ относящихся къ той и другой группѣ контрактахъ въ отдѣльности.

Общая черта всѣхъ реальныхъ контрактовъ, что контрактъ возникаетъ именно вслѣдствіе врученія вещи или выполненія дѣйствія одною стороною въ пользу другой съ цѣлью обязать эту другую сторону доставить эквивалентъ (*obligandi causa*). Предварительное соглашеніе сторонъ объ обмѣнѣ вещами или услугами, о заключеніи реального контракта называемое  *pactum de contrahendo*, не служитъ основаніемъ контракта. Для дѣйствительности, силы послѣдняго требуется не намѣреніе только кредитора оказать довѣріе должнику, не одно  *animus credendi*, а фактическое выполненіе этого намѣренія. Кредиторъ, вручая вещь должнику или совершая въ пользу его дѣйствіе, дѣлаетъ это здѣсь не  *solvendi causa*, т. е. не исполняетъ этимъ самъ ранѣе принятаго имъ на себя обязательства, а  *credendi* или  *obligandi causa*, т. е. именно съ цѣлью установить обязательство противной стороны.

Не мѣшаетъ замѣтить, что контрактъ этого рода можетъ быть заключенъ не только между присутствующими, но и между отсутствующими, путемъ пересылки напр. вещи.

Первоначальныхъ реальныхъ контрактовъ, какъ сказано уже было всего четыре:  *mutuum*,  *commodatum*,  *depositum* и  *pignus* или  *contractus pignoratitcus*. Разсмотримъ каждый изъ нихъ въ отдѣльности.

### **Mutuum—Заемъ.**

Такъ называется контрактъ, устанавливаемый чрезъ врученіе однимъ лицомъ (заимодавцемъ—кредиторомъ  *mutuum dans*) въ собственность другого лица (заимобрателя—должника  *mutuum accipiens*) замѣнимыхъ вещей ( *res fungibiles*) съ тѣмъ, что заимобратель обязывается по истеченіи извѣстнаго срока возвратитъ въ собственность кредитора вещи того же качества и количества.



Итакъ предметомъ займа являются *res fungibiles*. Цѣль займа передача права собственности. См. *pr. 1. quibus modis re contrahitur obligatio 3. 14. Re contrahitur obligatio velut mutui datione. Mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino, oleo frumento, pecunia numerata, aere argento auro, quas aut numerando aut metiendo aut appendendo in hoc damus ut accipientium fiant, et quandoque nodis non eadem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis reddantur. Unde etiam mutuuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat.* (Вещью заключается обязательство, напримѣръ, дачей займа. Въ заемъ же даются вещи, которыя опредѣляются вѣсомъ, счетомъ, мѣрою, напр. вино, масло, хлѣбъ, деньги наличныя, мѣдь, серебро, золото, каковыя вещи счетомъ, мѣрою или вѣсомъ съ тѣмъ даемъ, чтобы онѣ стали собственностью получающихъ, чтобы намъ были отданы не тѣ же вещи, а другія той же природы и количества, откуда самое названіе займа *mutuum*, потому что какъ я тебѣ даю, чтобы изъ моего сдѣлалось твоимъ).

Это объясненіе происхожденія слова *mutuum* даетъ Гай III. 90 и юристъ Павелъ *fr. 2. § 2. Dig. de rebus creditis* кн. 12. *tit. 1.*, который также говоритъ, что вещь вслѣдствія врученія изъ моей дѣлается твоей *de meo tuum fit*, откуда *mutuum*. Если же, прибавляетъ онъ, вещь по передачѣ не дѣлается твоей, то нѣтъ займа. Цѣль займа юристомъ опредѣлена такимъ образомъ точно. Но производство слова *mutuum* отъ *meum* и *tuum* едва ли вѣрно. Скорѣе правильно заявленіе Варрока, что слово это заимствовано съ греко-сицилійскаго *μύτον* имѣющаго тоже значеніе. Впрочемъ, и греческое слово, какъ и латинское, указываетъ также на перенесеніе собственности по даннымъ въ заемъ вещамъ.

Заемъ должно строго отличить отъ такъ называемаго *rustum de mutuo dando*, отъ простаго соглашенія, по которому одно лицо обязывается оказать кредитъ, дать въ заемъ другому. Результатомъ такого соглашенія является только естественное обязательство дать въ заемъ, не охраняемое искомъ. Конечно, стороны могутъ дать этому *rustum* охрану путемъ иска, облекши обѣщаніе дать въ заемъ форму стипуляціи; но нужно замѣтить, что въ этомъ случаѣ тотъ, кому обѣщано дать въ заемъ, не обязанъ и не можетъ быть принужденъ къ полученію обѣщаннаго ему, такъ какъ только онъ является вѣрителемъ. Если же онъ приметъ, то возникаетъ для него обязательство, основаніемъ котораго будетъ *res*, полученіе имъ вещей, а не предшествовавшая стипуляція. См. *fr. 30. D. de rebus creditis. 12. 1.*

Для того, чтобы возникъ контрактъ займа (*mutuum*) нужны слѣдующія условія:

1) Требуется дѣйствительная дача вещи заимодавцемъ заемщику въ собственность; 2) требуется, чтобы переданы были *res fungibiles* и



з) чтобы между получающимъ и дающимъ вещь существовало дѣйствительное соглашеніе установить именно сдѣлку займа. Какъ скоро этого послѣдняго условія недостаетъ, если напр. одинъ, по ошибкѣ, думаетъ, что платитъ долгъ, а другой, что ему даютъ въ заемъ, или А думаетъ, что получилъ въ заемъ отъ В., тогда какъ получилъ отъ лица С, у котораго не хотѣлъ занимать, то займа не будетъ; правда А обязанъ возвратить лицу С. полученное отъ послѣдняго, но не на основаніи контракта займа, а потому, что, удержавъ полученное у себя, онъ бы *sine justa causa* обогатился на счетъ С. Въ *fr 32. D. de rebus creditis. kn. 12. tit. 1.* Юристъ Цельзъ объ этомъ такъ говоритъ: „конечно ты обязуешься отдать мнѣ эти деньги (ошибочно данные), но не потому, что я далъ тебѣ ихъ взаймы, ибо заемъ существуетъ лишь между лицами согласившимися, а потому, что деньги, которыя фактически къ тебѣ перешли, должны быть возвращены мнѣ“ Что касается перваго условія, дѣйствительной дачи вещи въ собственность, то для выполненія его необходимо, конечно:

а) чтобы заимодавецъ былъ собственникомъ вещи. Безъ этого условія онъ не можетъ, понятно, передать ее въ собственность получателя. Если въ заемъ дана вещь чужая, то сдѣлка ничтожна. Заимодавецъ не имѣетъ иска, вытекающаго изъ займа: *tr. 2. § 4. и fr 13. § 2. D. de rebus creditis 22. 1. а также fr. 13. pr. initio et § 1. initio D. h. t. и ft. 3. § 2. D. 146,* а собственникъ можетъ виндицировать свою вещь у акципента. *L. 11 § 2. in. fine D. h. t. т. е. 12. 1.* а если она уже потреблена, то предъявить къ послѣднему *condictio sine causa* на томъ основаніи, что акципентъ безъ причины обогатился на счетъ собственника *L. 12. in. fine D. 12. 1.* Въ извѣстныхъ случаяхъ, однако римское право допускало, что недѣйствительный вначалѣ заемъ становился дѣйствительнымъ впоследствии. Это имѣло мѣсто въ томъ случаѣ, если заимобратель приобрѣталъ собственность на данную въ заемъ вещь по давности, или вслѣдствіе смѣшенія данныхъ вещей съ своими (*commixtio*), или тогда, когда заимобратель данныя ему вещи потребилъ, будучи добросовѣстно убѣжденъ въ дѣйствительности займа. Во всѣхъ этихъ случаяхъ римское право признаетъ, что заемъ дѣйствительно имѣетъ мѣсто. Собственнику вещи предоставляется осуществлять свое право или при помощи особыхъ исковъ къ заимобрателю, въ самомъ названіи которыхъ отънесены особенности данныхъ условій, а именно: *actio de bene depensis, de bona fide consumptis*, или же, въ случаѣ, когда вещи уже потреблены добросовѣстно получившимъ ихъ отъ несобственника заимобрателемъ, собственникъ могъ обратиться къ давшему ихъ въ заемъ лицу съ *actio in factum*, съ цѣлью вытребовать отъ него *cessio* иска, вытекающаго изъ займа, а при недобросовѣстности получателя вещей собственникъ могъ предъявить къ нему *actio ad exhibendum*, съ цѣлью вытребовать вознагражденіе за ущербъ и убытки.



б) Далѣе требуется, чтобы заимодавецъ былъ способенъ къ отчужденію вещи. Такъ, несовершеннолѣтній, состоящій подъ опекой, не имѣетъ права отчуждать свое имущество безъ участія опекуна, не можетъ поэтому и давать его займы. Въ случаѣ же дачи въ заемъ вещей такимъ неспособнымъ къ отчужденію лицомъ, заемъ ничтоженъ, и заимодатель имѣетъ право на *rei vindicatio*, а если вещи уже употреблены, на *condictio sine causa* противъ заемщика при условіи добросовѣстности послѣдняго, а при недобросовѣстности потребителя на *actio ad exhibendum*.

в) Заемщикъ также долженъ быть способенъ къ принятію на себя обязательства. Заемъ, сдѣланный несовершеннолѣтнимъ, не дѣйствителенъ. L. 59 Dig. 44. 7, гдѣ сказано, что *pubillus*, взявшій деньги займы, даже по *jus naturale* не принимаетъ на себя обязательства. Однако и несовершеннолѣтній, взявшій въ заемъ, по правилу, что никто не долженъ обогащаться безъ основанія въ ущербъ другому, обязанъ отвѣчать передъ заимодателемъ по *actio in factum* въ размѣрѣ своего обогащенія (*in quantum locupletior factus est*) I. 5. D. 26. 8.

Предметомъ займа могутъ быть, какъ мы сказали, *res fungibiles*, т. е. вещи замѣнимыя; но такъ какъ понятіе незамѣимости есть понятіе относительное, то можно сказать, что и вещи, обыкновенно причисляемыя къ незамѣимымъ, могутъ быть объектомъ займа, если при установленіи послѣдняго стороны не будутъ придавать значенія индивидуальности этихъ вещей.

Для установленія займа, какъ сказано, требуется дѣйствительная передача, *traditio*, вещи заемщику, причемъ эта передача можетъ быть или непосредственной или нѣтъ. Напр. вѣритель по какому-либо обязательству (куплѣ—продажѣ, поклажѣ, довѣренности и т. п.) соглашается оставить должнику слѣдующую къ выплатѣ сумму на извѣстный срокъ въ заемъ; здѣсь такимъ образомъ обязательство устанавливается при посредствѣ такъ называемаго *traditio brevi manu*.

Возможно установленіе займа и такимъ образомъ, что кредиторъ поручаетъ своему должнику произвести платежъ 3-му лицу, которому желаетъ оказать кредитъ и которое становится по полученіи платежа заемщикомъ кредитора. L. 15. D. 12. 1.

Можно установить заемъ и такъ, что заимодатель даетъ какую-либо, обыкновенно незамѣимую вещь съ тѣмъ, чтобы заемщикъ продалъ ее и вырученную отъ продажи сумму взялъ займы. Этотъ родъ займа называется *contractus mohatrae*. I. 11. pr. D. 12. 1. и I. 8. Cod. 4. 28.

Доказательствомъ установленія займа можетъ служить присяга, свидѣтельскія показанія и другія средства, въ числѣ которыхъ особое вниманіе обращаетъ на себя *chirographum de mutuo*.

Разобравъ условія возникновенія займа, рассмотримъ его послѣдствія. *Mutuum* обосновываетъ строго одностороннее обязательство должника возвратить въ возмѣщеніе полученнаго имъ вещи въ томъ же



количествѣ и того же качества, *tantandem et ejusdem qualitatis*, а потому изъ контракта займа для одной стороны рождается искъ строгого права *condictio certi ex mutuo*, называемый обыкновенно *actio mutui*. Предметъ этого иска строго ограничивается истребованіемъ именно того-же количества вещей, которое было дѣйствительно дано должнику. Требованіе, чтобы должникъ возвратилъ больше, чѣмъ получилъ онъ самъ, противорѣчитъ природѣ реального контракта. Вслѣдствіе этого *actio mutui* не могло быть направлено на взысканіе процентовъ съ занятой суммы или на возмѣщеніе ущерба отъ просрочки платежа этой суммы. См. fr. 17 pr. D. de pactis. l. 14, гдѣ Павелъ говорить: *si tibi etc.*, т. е. „если я тебѣ дамъ десять и уговорюсь, чтобы ты мнѣ былъ долженъ 20, то свыше десяти не рождается обязательства, ибо обязательство можетъ возникнуть ге (врученіемъ вещи) лишь настолько, насколько дано.“ Наоборотъ, можно было условиться при установленіи займа, что должникъ долженъ былъ возвратитъ меньше, чѣмъ онъ получилъ, тогда разница будетъ разсматриваться какъ полученныя въ даръ. Вообще же необходимо помнить, что обязательство уплаты процентовъ не является ни существеннымъ, ни естественнымъ условіемъ займа по римскимъ воззрѣніямъ. Для установленія обязанности должника уплатить проценты необходима была особая стипуляція, рождавшая самостоятельное обязательство, не зависѣвшее отъ займа и охранявшееся помощію *actio ex stipulatu*. См. fr. 24. D. de praescriptis verbis 19. 5. „*Pecuniae creditae usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi.* Заемъ денегъ съ % носилъ у римлянъ названіе *foenus*. Требованіе особой стипуляціи для установленія платежа % при займѣ строго соблюдалось римскимъ правомъ лишь при займѣ денегъ. При займѣ же другихъ вещей впослѣдствіи было допущено установленіе % посредствомъ простого добавочнаго о томъ, соглашенія (*pactum adjectum*). Такъ по рескрипту Александра Севера объявлено обязательнымъ такое соглашеніе о процентахъ при займѣ хлѣба. Ср. L. 12. C. de usuris 4. 32: „*frumenti vel hordei mutuo dato, etiam ex nudo pacto praestanda est.*“ „При займѣ хлѣба или ячменя приращеніе должно быть уплачено даже на основаніи простого (голаго) соглашенія“.

Другими императорскими постановленіями дозволеніе выговаривать при займѣ платежъ процентовъ посредствомъ простого соглашенія было распространено на *foenus nauticum* и иные случаи займа.

*Foenus nauticum* называется особый видъ займа, имѣющій мѣсто тогда, когда нужно отправить за море вещи или товары, и отправитель желаетъ избѣжать риска по ихъ перевозкѣ. Въ настоящее время отправитель можетъ въ этомъ случаѣ прибѣгнуть къ морскому страхованію, а римляне не были еще знакомы съ этимъ средствомъ, а старались достигнуть того же результата помощію займа. Дѣлалось это такъ: страховщикъ, т. е. лицо, принимающее имущество на страхъ,



давалъ страхователю займы извѣстную сумму денегъ, которую послѣдній обязанъ былъ уплатить, если вещи, предназначенныя къ отправленію, достигнуть назначеннаго порта; въ противномъ же случаѣ онъ не былъ ничѣмъ обязанъ. Такимъ образомъ здѣсь заключался заемъ съ суспенсивнымъ условіемъ. Цѣлью сдѣлки было перенесеніе риска, *periculum*, по данной займы суммѣ съ должника на заимодавца, вопреки общему правилу, что заемщикъ не можетъ отказываться отъ уплаты долга подъ предлогомъ потери, полученной займы суммы. Заимодавецъ несетъ здѣсь рискъ съ момента отправления корабля и до момента его прибытія на мѣсто. Въ вознагражденіе за этотъ рискъ, онъ пользуется правомъ выговаривать болѣе высокіе % сравнительно съ допускавшимися по закону вообще. Въ Юстиніановскомъ правѣ обыкновенный ростъ былъ 6%, а при *foenus nauticum* дозволялось выговаривать 12%. *Foenus nauticum* могъ быть установленъ, какъ мы сказали, по простому соглашенію, тогда какъ платежъ % при обыкновенномъ займѣ денежной суммы могъ быть установленъ лишь посредствомъ особой стипуляціи. Fr. 1. D. 22. 2. Pauli sent. II, 14. 3.; l. 26; § 1. Cod de usuris 4. 32. Изъ сопоставленія этихъ мѣстъ видно, что классическое, доюстиніановское право вовсе не ограничивало при *foenus nauticum* размѣра %.

Сдѣлка, о которой у насъ сейчасъ шла рѣчь, относилась сначала до пересылки за море денегъ, впослѣдствіи и товаровъ, и правила, установленныя сначала для случаевъ перевозки товаровъ моремъ, были распространены и на другія операціи даже не морскія. Сдѣлки въ послѣднемъ случаѣ называются *quasi foenus nauticum*. Въ нынѣшнемъ морскомъ правѣ *foenus nauticum* сохранился подъ именемъ бодмерейнаго контракта.

Въ заключеніе остается обратить вниманіе на особыя правила, установленныя римскимъ правомъ въ примѣненіи къ случаямъ, когда заимобрателями оказываются лица, состоящія *in patria potestate*. По общему правилу, лица эти не могутъ обязать своими дѣйствіями того въ чьей власти они состоятъ, но сами могутъ принимать на себя обязательства, дѣйствительныя по *jus civile*. Извѣстное сенатское постановленіе, *senatus consultum Macedonianum*, внесло въ это правило существенное нововведеніе. По смыслу этого постановленія, дача займы денегъ лицу, состоящему *in patria potestate*, рождала только естественное обязательство. Иску-же изъ такого обязательства можно было противопоставить *exceptio S. C. Macedoniani*; причемъ самъ заимодатель можетъ пользоваться этимъ искомъ не только, пока находится подъ властью, но даже и по прекращеніи этой власти; далѣе, кромѣ заимобрателя, этимъ возраженіемъ могутъ пользоваться наслѣдники заимобрателя, отецъ его и въ извѣстныхъ случаяхъ даже его поручители. *Sen. Cons. Macedonianum* примѣнялся лишь къ денежнымъ займамъ, совершеннымъ во время нахождения подъ властью.



Въ слѣдующихъ случаяхъ *S. C. Macedonianum* не могло имѣть примѣненія:

1) Когда состоящій подъ властью имѣлъ *peculium castrense* или *quasi castrense*.

2) Когда заемъ заключенъ былъ съ уважительной цѣлью на необходимыя издержки, напр. *studiorum causa* и т. п.

3) Когда занятая сумма была употреблена въ интересъ самого лица.

4) Когда заемъ былъ сдѣланъ съ явнаго и молчаливаго согласія лица.

5) Когда по освобожденіи отъ отцовской власти сынъ семьи признаетъ долгъ.

6) Когда займодавецъ самъ лицо, не достигшее 25 лѣтъ.

Наконецъ. 7) Когда займодавецъ по извинительному заблужденію принималъ заемщика за лицо *sui juris*.

### Commodatum. Ссуда.

(Dig. В. 6. commobati vel contra; Cod. 4. 23. de commodato).

Ссуда—*commodatum* есть контрактъ, по которому одинъ контрагентъ даетъ другому вещь въ естественное владѣніе (*detentio*) для опредѣленнаго безвозмезднаго пользованія ею, по окончаніи котораго должна быть возвращена та же самая вещь, *eandem speciem*. Продолжительность пользованія опредѣляется или цѣлью, съ которой заключается сдѣлка, или же извѣстнымъ срокомъ, установленнымъ по соглашенію сторонъ. Названіе договора происходитъ отъ словъ: *commoda dare*—дать въ пользованіе вещь, доставляющую какія-нибудь удобства.

Лицо, дающее вещь въ пользованіе, *qui commodavit*, т. е. вѣритель въ контрактъ ссуды называется *commodator* или *commodans*, а получающій вещь въ пользованіе въ источникахъ обозначается описательно: „*cui commodatur*“, „*qui commodatum accepit*“, а новые юристы называютъ его *commodatorius*.

Итакъ въ отличіе отъ займа цѣль ссуды предоставленіе пользованія вещью, а не собственности по ней. § 2. *Inst. quibus modis re contrahitur oblig* 3. 14. *Item is cui res aliqua utenda datur id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. Sed is ob eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur, ut ejus tiam et od id de ea ro ipsa restituenda tenetur.* Кромѣ того, надо замѣтить, что *commodatum* принадлежатъ къ группѣ контрактовъ *bonae fidei*, тогда какъ *mutuum* есть контрактъ *stricti juris*.



Для того, чтобы возникъ договоръ ссуды необходима, кромѣ общаго условія—способности лица къ принятію на себя обязательства, совокупность слѣдующихъ условій:

1) Нужно, чтобы вещь, предназначенная въ пользованіе, дѣйствительно была передана комодантомъ комодатарію, такъ какъ *obligatio contrahitur re*. Одно обѣщаніе дать вещь въ ссуду, хотя бы облеченное въ форму стипуляціи, не будетъ договоромъ ссуды. Оно налагаетъ обязательство только на обѣщающаго, тогда какъ изъ *commodatum* вытекаетъ именно обязательство лица, получившаго вещь въ ссуду.

2) Воля сторонъ, при этой передачѣ, должна быть направлена на то, чтобы комодатарій получилъ вещь лишь въ фактическое владѣніе и для опредѣленнаго пользованія ею.

Такъ какъ комодатарій не получаетъ ни собственности, ни даже юридическаго владѣнія по врученной ему въ ссуду вещи, то отсюда слѣдуетъ, что для установленія договора ссуды вовсе нѣтъ надобности, чтобы комодантъ былъ собственникомъ или даже юридическимъ владѣльцемъ вещи, а достаточно, чтобы онъ имѣлъ возможность фактически распорядиться вещью. Узуфруктуарій напр. или наниматель вещи, не будучи даже юридическими владѣльцами ея, могутъ давать ее въ ссуду. Даже если воръ даетъ въ ссуду вещь, имъ украденную, то и тогда договоръ ссуды имѣетъ мѣсто, и комодатарій обязанъ возвратить вещь комоданту.

3-е условіе договора ссуды составляетъ обязанность комодатарія возвратить вещь въ натурѣ, т. е. именно ту вещь или именно тѣ самыя вещи, которыя были даны ему комодантомъ. Поэтому предметомъ ссуды по правилу могутъ быть только вещи непотребляемыя; вещи же потребляемыя, которыхъ назначеніе таково, что при пользованіи онѣ уничтожаются, являются обыкновенно предметомъ договора займа, а не ссуды.

Однако и пользованіе потребляемыми вещами не состоятъ непременно въ ихъ уничтоженіи; возможно напр., что по соглашенію сторонъ вещь дается на осмотръ, для показъ, *ad pompam vel ostentionem*. Масло или мука, напр. на показъ, плоды для украшенія стола—понятно, что въ этомъ случаѣ потребляемыя вещи, по соглашенію сторонъ, являются предметомъ ссуды съ цѣлью опредѣленнаго пользованія, *fr 3. § 6. D. 13. 6*:

„*Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentionem quis accipiat*“.

Съ этою оговоркою, относящеюся до вещей потребляемыхъ, можно сказать, что предметомъ ссуды можетъ быть всякая тѣлесная вещь, какъ движимая, такъ и недвижимая; но никоимъ образомъ не права, хотя въ концѣ *fr. 1. § 1. D. 13. 6* Ульпіанъ и указываетъ, что нѣкоторые юристы непрочъ были примѣнить названіе *commodatum* и къ уступкѣ въ пользованіе правъ.



Vivianus amplius etiam habitatione commodari posse ait. Безмездная уступка пользования извѣстнымъ правомъ является особымъ безымяннымъ контрактомъ, и чаще всего именно подойдетъ подъ понятіе прекаріума, безымяннаго контракта, о которомъ будетъ у насъ рѣчь впереди.

Въ 4-хъ, существеннымъ условіемъ договора ссуды является безмездность пользования вещью. Въ этомъ состоитъ отличіе ссуды отъ найма. Въ § 2. in fine Inst. 3. 14. quibus modis re contrahitur obligatio читаемъ: commodatum autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Alioquin mercede interveniente locatus tidi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum“. Считается, что вещь дана въ ссуду тогда, если она тебѣ дана въ пользованіе безъ полученія за это вознагражденія или безъ опредѣленія такового. Иначе, если имѣла мѣсто плата, то считается, что вещь дана тебѣ взаймы, ибо ссуда должна быть безмездной“. Однако, вознагражденіе, даваемое по окончаніи ссуды, ex post, въ видѣ благодарности не измѣняетъ сущности сдѣлки.

#### Послѣдствія commodatum'a.

Коммодать представляется по сущности своей договоромъ одностороннимъ, т. е. онъ устанавливаетъ только обязательство на сторонѣ коммодатарія возстановить вещь. Однако, при извѣстныхъ случайныхъ обстоятельствахъ, наступившихъ послѣ установленія договора и коммодантъ можетъ оказаться обязаннымъ передъ коммодатаріемъ.

Такимъ образомъ обязательство, вытекающее изъ договора ссуды, относится къ числу такъ называемыхъ нѣкоторыми obligationes bilateralis inaequales.

Обязанности коммодатарія слѣдующія:

1) Онъ обязанъ пользоваться вещью согласно ея естественному назначенію, ея свойствамъ, или согласно состоявшемуся уговору и не долженъ никоимъ образомъ отступать отъ этого рода пользованія. Въ противномъ случаѣ онъ не только несетъ всю отвѣтственность за послѣдствія своего пользованія, но, по римскимъ воззрѣніямъ, если такое пользованіе было результатомъ намѣренія извлечь этимъ путемъ извѣстныя выгоды изъ вещи, вопреки волѣ коммоданта становится виновнымъ въ *furtum usus*, особомъ видѣ воровства, привлекающемъ на виновнаго коммодатарія, кромѣ обязанности вознагражденія коммоданта за случайный даже ущербъ вещи, еще обязанность уплаты штрафа. Aulus bellius VII. 15. Q. Scaevola libro XVI die jure civili: Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum acceperit ad aliam rem, atque acceperit, usus est, furti se obligavit.



„Если кто пользуется вещью, взятой на сохранение или кто вещь, полученною для известнаго пользованія, пользуется иначе, то отвѣчаетъ за воровство“. Древнее римское право проводило это правило о *furtum usus* съ замѣчательной строгостью. Валерій Максимъ рассказываетъ, что былъ осужденъ за воровство коммодатарій, которому была дана лошадь въ пользованіе для поѣздки до города Ариціума, за то, что онъ проѣхалъ на ней черезъ городъ на холмъ, находящійся на окраинѣ города.

2) Взятая вещь должна быть, по выполненіи установленнаго сроками срока, возвращена коммодатаріемъ коммоданту *in specie* со всѣми ея принадлежностями приращеніями, плодами, образовавшимися за время пользованія ею, словомъ *cum omni causa*. L. 5. pr. L. 17. § 3. D. 13. 6. Въ томъ случаѣ, когда продолжительность пользованія не можетъ быть опредѣлена срокомъ коммодатарій обязанъ возвратить вещь по первому требованію. Неся эту обязанность возвращенія вещи *cum omni causa*, коммодатарій отвѣчаетъ передъ коммодантомъ по общимъ правиламъ о вознагражденіи за ущербъ, т. е. въ виду того, что договоръ заключается обыкновенно только въ его интересѣ, онъ отвѣчаетъ за *omnis culpa* и въ частности за *custodia*, т. е. отвѣчаетъ за сохраненіе вещи отъ утраты, отъ похищенія. Замѣтимъ здѣсь *fr. 5. § 2. Dig. B. 6*, гдѣ Ульпіанъ говоритъ: *Commodatum plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur: et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam*“, т. е. „коммодатумъ всего чаще содержитъ въ себѣ пользу только того, кому ссуждается вещь, и потому справедливѣе мнѣніе Квинта Муція, думающаго, что получающій въ ссуду отвѣчаетъ за неосторожность и отсутствіе заботливости“. См. также § 2. *Inst. 3. 14*, гдѣ говорится, что взявшій въ пользованіе вещь обязанъ оказывать крайнюю заботливость о сохраненіи ея и что не достаточно будетъ, если онъ будетъ прилагать къ этому такую лишь заботливость, которую онъ обыкновенно прилагаетъ въ своихъ дѣлахъ, *si modo alius diligentior poterit eam rem custodire* (если кто другой могъ бы сохранить эту вещь лучше).

За случайную гибель вещи, или за случайный ущербъ коммодатарій, при пользованіи вещью согласно уговору или назначенію, не отвѣчаетъ, но онъ обязанъ доказать, что ущербъ или гибель произошли случайно, и не освобождается отъ отвѣтственности, если будетъ доказано, что онъ спасъ свои собственныя вещи отъ той опасности, отъ которой погибла вещь данная въ ссуду. См. *fr. 5. § 4. Dig. B. 6*.

„Proinde, et si incendio vel ruina aliquid contingit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum posset res commodatas salvas facere, suas praetulisset“. („Когда что-либо сгорѣло, погибло подъ развалинами и вообще, когда ущербъ нанесенъ случайно, то взявшій въ ссуду не отвѣчаетъ, если только не окажется, что онъ спасалъ



свои вещи, когда могъ бы спасти данныя ему въ ссуду“. Какъ видите это правило римскаго права довольно сурово и требуетъ извѣстной выдержки.

Иногда, при дачѣ вещи въ ссуду она оцѣнивается. Нѣкоторые юристы думаютъ (Maunz II. § 322), что въ этомъ случаѣ коммодатарій несетъ отвѣтственность и за случайную гибель вещи, будучи обязанъ уплатить цѣну ея, и видятъ здѣсь отступленіе отъ общаго правила. Но отступленія здѣсь нѣтъ никакого. Одна оцѣнка вещи, передаваемой въ ссуду, не налагаетъ на коммодатарія обязанности, при случайной невозможности возвращенія вещи, непременно возвратитъ ея цѣну. Для установленія этой обязанности нужно особое согласіе коммодатарія, выраженное имъ при полученіи вещи, на принятіе на себя альтернативнаго обязательства: или возстановитъ вещь, или уплатитъ ея цѣну. Эта послѣдняя мысль ясно выражена именно въ самомъ фрагментѣ, на который обыкновенно ссылаются сторонники перваго мнѣнія: см. fr. 5. § 3. Dig. 13. 6. Et. si forte res aestimata data sit omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem, se praestaturum recepit. И конечно, если вещь была бы оцѣнена, то долженъ нести весь рискъ тотъ, кто согласился, что уплатитъ за нее по оцѣнкѣ.

Итакъ, по правилу, вообще коммодатарій не отвѣчаетъ за случайный только ущербъ и то, если случай не вызванъ по его собственной винѣ, т. е. тѣмъ обстоятельствомъ, что онъ пользуется вещью не согласно договору. т. е. когда это не будетъ *casus dolo determinatus* Fr. 18 Dig. h. t. даетъ такой примѣръ: если я далъ кому нибудь столовое серебро въ ссуду въ тѣхъ видахъ, что онъ пригласилъ на ужинъ друзей, а онъ потомъ возьметъ это серебро съ собою въ путешествіе, то онъ будетъ отвѣчать за случай, происшедшій отъ нападенія разбойниковъ, отъ кораблекрушенія.

Возможны, хотя и крайне рѣдки случаи, когда коммодатумъ можетъ быть установленъ въ интересѣ только самого коммоданта. Въ этомъ случаѣ коммодатарій отвѣчаетъ только за *culpa lata* или даже только за *dolus*. Замѣт. fr. 5. § 10. D. I. V. t. 6. „Иногда получившій вещь въ ссуду отвѣчаетъ лишь за *dolus*, такъ, если кто ссудилъ для своей выгоды, напр. далъ въ ссуду что-либо невѣстѣ, чтобы она съ большимъ почетомъ введена была въ его домъ“.

Таковы обязанности коммодатарія.

Коммодантъ въ силу самого договора ссуды по существу его является только вѣрителемъ; но на немъ лежитъ обязанность предоставить коммодатарію пользованіе вещью въ теченіе установленнаго срока или до достиженія цѣли пользованія и не препятствовать пользованію. Въ противномъ случаѣ онъ отвѣтствененъ за происходящій отъ того для пользователя ущербъ. Правило это выражено въ fr. 17. D. h. t. (Возникъ споръ: не составляетъ ли исключеніе



изъ этого правила случай, когда коммодантъ требуетъ назадъ, ранѣе срока, вещь потому, что она необходима ему самому? Одни отказываются допустить это право коммоданту требовать обратно вещь ранѣе окончанія срока ссуды; другіе, опираясь на то, что ссуда договоръ безмездный, и ссылаясь на I. 3. Cod. de locato и conducto 4. 64., гдѣ хозяину дома предоставляется право отказать даже нанимателю дома ранѣе истечения срока найма отъ квартиры въ случаѣ, если собственникъ самъ крайне нуждается въ жильѣ, утверждаютъ, что коммодантъ, какъ оказывающій благодѣяніе, а не получающій плату, тѣмъ болѣе долженъ имѣть право взять обратно данную въ суду вещь, когда она нужна становится ему самому. Мнѣ кажется вопросъ не можетъ быть разрѣшенъ безусловно ни въ ту, ни въ другую сторону и что здѣсь все должно зависѣть отъ обстоятельствъ случая; споръ разрѣшится усмотрѣніемъ судьи, рѣшающаго здѣсь *ex bona fide*).

Коммодантъ обязанъ далѣе вознаградить коммодатарія за издержки, но не за всѣ. Обыкновенныя издержки, соединенныя съ самымъ пользованіемъ вещью напр. на пропитаніе раба, на кормъ лошади, данной въ ссуду, естественно падаютъ на самого коммодатарія, пока онъ пользуется данною вещью; но онъ можетъ требовать съ коммоданта вознагражденія за такъ называемыя *impensae majores*, т. е. чрезвычайныя издержки, какъ напр. на леченіе взятаго въ ссуду раба, въ случаѣ его тяжелой болѣзни, на поимку его въ случаѣ бѣгства и т. п. См. fr., 18 § 2. Dig. h. t.

Кромѣ того, коммодантъ обязанъ вознаградить коммодатарія за ущербъ и убытки, причиненные ему порокомъ или недостаткомъ данной въ ссуду вещи, если только будетъ на лицо *dolus* или *culpa lata* со стороны коммоданта, т. е. если онъ зналъ о порокѣ вещи и скрылъ его fr. 18. § 3. D. h. t. *Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum, vel oleum corruptum offusumve est, condemnandus eonamine est.*

„Если кто, зная, что сосудъ дурной, даетъ его въ ссуду, и если потомъ вино или масло, влитое въ этотъ сосудъ, испортится или разольется, то коммодантъ отвѣчаетъ за это на указанномъ основаніи“. Замѣтить также fr. 17. § 3. in. fine Dig., гдѣ указывается мотивъ этого рѣшенія: *adjuvari quique nos, non decipi benelicio oportet*“.

Коммодантъ для охраненія своихъ правъ имѣетъ *actio commodati directa*, искъ, вытекающій изъ самого контракта, а коммодатарій для осуществленія тѣхъ, упомянутыхъ сейчасъ случайныхъ претензій, которыя по поводу ссуды онъ можетъ имѣть къ коммоданту, получаетъ *actio commodati contraria*, искъ, какъ и названіе его показываетъ, не вытекающій изъ существа договора.

Въ заключеніе замѣтимъ, что коммодатумъ имѣетъ средство съ предоставленіемъ вещей въ пользованіе за плату (наймомъ), а еще больше того съ *precarium*’омъ.



О различіи между ссудою и этимъ послѣднимъ договоромъ будетъ сказано ниже, теперъ же мы отмѣтимъ только, что прекаріумъ есть контрактъ, по которому также вещь предоставляется однимъ лицомъ другому, по просьбѣ послѣдняго, въ безмездное пользованіе, но не на срокъ, а до востребованія, такъ что уступившій имѣеть право потребовать вещь обратно, когда ему вздумается. вмѣстѣ съ тѣмъ и прекарістъ получаетъ обыкновенно данную ему вещь въ юридическое владѣніе, о чемъ Вы уже слышали.

### Depositum—поклажа.

Поклажа depositum есть также *honaе fidei contractus*, по которому одно лицо *deponens*, поклажедатель передаетъ движимую вещь собственную или чужую безразлично другому лицу *depositarius*'у (лишь бы не собственнику передаваемой вещи) для *безмезднаго храненія* съ тѣмъ, чтобы *depositarius* возвратилъ эту вещь по первому требованію депонента. *Tit. Dig. depositi vel contra 16, 3 и Cod. 4. 34. § Inst. quibus modis re contrahitur oblig. 3. 14. Fr. 1. pr. Dig. h. t. „Depositum est quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur. Praepositio enim de auget positum, ut ostendat totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet.* „Поклажей называется то, что дается кому-либо для сохраненія, названіе depositum взято отъ того, что вещь *ponitur*—полагается, кладется. Предлогъ *de* прибавляется къ *positum*, чтобы показать, что все, относящееся до сохраненія вещи, предоставляется честности того кому дается вещь на сохраненіе.

Исидоръ производитъ слово *depositum* отъ „*diu positum*“—слово—производство, очевидно, ни на чемъ не основанное.

*Условія требующія для установленія этого контракта.* Кромѣ способности контрагентовъ къ принятію на себя обязательствъ, требуется для установленія договора поклажи: 1) дѣйствительное оставленіе вещи однимъ лицомъ у другого лица; изъ этого слѣдуетъ, что предметомъ поклажи могутъ быть лишь вещи движимыя. Это врученіе вещи депонентомъ депозитарію есть необходимое условіе для возникновенія контракта поклажи, заключаемаго *re*. Простое соглашеніе, по которому кто-либо обязался бы сохранить вещь, ему еще не переданную, не рождаетъ цивильнаго, охраняемаго искомъ, обязательства.

2) Депозитарій не можетъ быть собственникомъ принимаемой имъ на храненіе вещи, такъ какъ нельзя имѣть серьезнаго намѣренія брать на храненіе свою вещь для другого.

3) Далѣе, договоръ поклажи есть договоръ безмездный. Если за сохраненіе вещи выговорено извѣстное вознагражденіе, то мы будемъ



имѣть уже не договоръ поклажи, а наемъ или безымянный контрактъ. Вознагражденіе данное депозитарію за его услугу не противорѣчитъ понятію поклажи.

4) Цѣль договора поклажи исключительно ограничивается храненіемъ вещи, а если при врученіи вещи имѣли болѣе широкую цѣль, то мы будемъ имѣть уже не договоръ поклажи, а другой какой-либо договоръ — напр. *mandatum* — довѣренность.

5) Депозитарій получаетъ врученную ему вещь только въ естественное владѣніе, такъ какъ поклажедатель сохраняетъ за собою собственность и юридическое владѣніе вещью. Депозитарій можетъ, однако, передать ввѣренную ему вещь третьему лицу (подъ своею отвѣтственностью и для сохраненія ея, конечно.) Если депозитарій, вопреки сущности договора поклажи, позволить себѣ пользоваться вещью, то его можно привлечь къ отвѣтственности за *furtum usus* — воровство пользованія.

Правило это, что поклажеприниматель получаетъ отдаваемую ему на сохраненіе вещь лишь въ естественное владѣніе, допускаетъ отступленіе въ слѣдующихъ случаяхъ: а) когда замѣнимыя вещи (деньги напр.) отдаются и принимаются на сохраненіе съ очевиднымъ (хотя бы выраженнымъ лишь посредственно) намѣреніемъ предоставить принимающему пользоваться ими, а слѣдовательно и потреблять ихъ, то, согласно волѣ сторонъ, сдѣлка считается поклажей, но поклажей аномальной *depositum irregulare*, при которой депозитарій получаетъ вещи въ собственность и несетъ рискъ по нимъ, обязуясь возвратить не тѣ же вещи — *in specie*, а вещи того же рода и качества.

Чаще всего такая аномальная поклажа могла имѣть мѣсто при передачѣ счетомъ денегъ на сохраненіе (т. е. когда поклажедатель вручаетъ деньги на храненіе не запертými и не запечатанными).

Такая аномальная поклажа по сущности своей сводится къ займу *mutuum*, отличаясь отъ послѣдняго по намѣренію сторонъ и по цѣли, для которой заключается сдѣлка; заемъ заключается въ интересахъ должника, которому нужны деньги, а *depositum irregulare* въ интересахъ кредитора, который не желаетъ держать деньги у себя. Поэтому правила, относящіяся до договора займа, нельзя примѣнять къ *depositum irregulare*, а слѣдуетъ распространить на нее положенія о поклажѣхъ (напр. недопускать зачета, удержанія и т. п.).

Во 2-хъ, изъ правила, что вслѣдствіе поклажи депозитарій получаетъ лишь *detentio* вещи, исключеніе составляетъ такъ назыв. *sequestratio*, или *sequestrum*. Этимъ словомъ обозначается случай, когда нѣсколько лицъ отдають вещь опредѣленному лицу на храненіе съ тѣмъ, чтобы эта вещь была возвращена, смотря по будущимъ обстоятельствамъ, *тому или другому* изъ отдавшихъ ее на храненіе. Всего чаще поводомъ къ такой поклажѣ является споръ о принад-



лжности права на вещь, до разрѣшенія котораго она и поступаетъ на храненіе къ постороннему лицу. Самое названіе „секвестрація“, по объясненію Исидора, происходитъ отъ *sequi* слѣдовать и создано отъ существовавшаго будто бы обычая, въ силу котораго спорящіе отдавали спорную вещь (*de qua controversia est*) первому слѣдующему за ними, т. е. подошедшему къ нимъ во время спора. Когда такая отдача на храненіе является результатомъ соглашенія заинтересованныхъ лицъ, то *sequestratio* называется *voluntaria*, а когда она вызвана предписаніемъ судебной власти, то называется *necessaria*.

Такое предписаніе судебной власти можетъ имѣть мѣсто не только при тяжбѣ о вещи, но и въ другихъ случаяхъ, напр. когда мужъ расточаетъ приданое жены, находящейся въ состояніи помѣшательства, и не могущей поэтому препятствовать расточительности супруга.

Такимъ образомъ *sequestratio* является, обыкновенно, предохранительной мѣрой, посредствомъ которой обеспечивается возможность лицу, заинтересованному въ спорѣ о вещи (все равно судебномъ или внѣ судебномъ), осуществить свое право на вещь.

Липо, принявшее вещь на храненіе, называется въ этомъ случаѣ *sequester*. Секвестеръ можетъ получить данную ему вещь не только съ цѣлью охраненія ея, но и съ цѣлью, напр. управленія ею на время спора, продажи ея и храненія вырученной суммы. Въ первомъ случаѣ онъ становится совершенно въ положеніе депозитарія, а во второмъ случаѣ сдѣлка получаетъ характеръ найма или довѣренности. *Sequester* получаетъ не только *detentio*, но и юридическое владѣніе, т. е. защищаемое интердиктами. Владѣніе юридическое въ этомъ случаѣ называется, какъ Вы должны помнить, аномальнымъ или производнымъ. По наступленіи тѣхъ обстоятельствъ, которыми обусловлено прекращеніе секвестра, лицо, имѣющее право на полученіе вещи отъ взявшаго ее на храненіе (напр. сторона, побѣдившая въ судебномъ спорѣ) получаетъ искъ назыв. *depositi sequestraria actio*.

Указавъ на эти аномальные виды поклажи, вернемся къ разсмотрѣнію этого договора въ нормальномъ его видѣ и рассмотримъ тѣ юридическія отношенія, которыя изъ него вытекаютъ. Изъ того, что уже сказано о сущности и условіяхъ этого договора, видно, что поклажа по существу своему устанавливаетъ обязанность лишь на сторонѣ депозитарія. Однако возможны случаи, когда по поводу поклажи въ силу какихъ-либо побочныхъ обстоятельствъ, не имѣющихъ связи съ существомъ договора, напр. въ виду сдѣланныхъ депозитаріемъ необходимыхъ издержекъ на вещь, или въ виду причиненныхъ пороками отданной на храненіе вещи убытковъ, и депонентъ является въ свою очередь, отвѣтственнымъ передъ депозитаріемъ. Поклажа, такимъ образомъ, будучи договоромъ одностороннимъ по



существо, должна быть отнесена къ числу тѣхъ договоровъ, которые называются *bilaterales inaequales*.

Обязанности депозитарія слѣдующія:

1) Онъ обязанъ хранить вещь, причемъ отвѣтствененъ за грубую небрежность въ обращеніи съ ней (*culpa lata*). Большой отвѣтственности законъ на него не налагаетъ въ виду того, что онъ не получаетъ никакой выгоды изъ договора и что тотъ, кто вручилъ на храненіе вещь человѣку небрежному и неосторожному долженъ жаловаться на себя самого. См. fr. 1. § 5. Dig. 44. 7. Въ томъ случаѣ однако, когда депозитарій самъ вызвался сохранить вещь, или когда онъ добровольно, по соглашенію, принялъ на себя отвѣтственность за *omnis culpa*, онъ отвѣтствененъ и за *culpa levis*.

Хранить вещь депозитарій можетъ у себя или даже въ чужомъ помѣщеніи, но какъ уже сказано, не можетъ ею пользоваться.

2) Депозитарій обязанъ по первому требованію депонента возвратить вещь *cum omni causa*, т. е. со всеми плодами и приращеніями. При замедленіи въ выдачѣ онъ отвѣчаетъ за всякій даже случайный ущербъ. Депонентъ, для осуществленія своего права, имѣетъ противъ депозитарія искъ, *actio depositi*, который у него наз. *directa*. Осужденіе по этому иску влечетъ за собою безчестіе для депозитарія (*infamiam*). Депозитарій, если срокъ поклажи не опредѣленъ въ договорѣ, можетъ всегда потребовать, чтобы депонентъ взялъ свою вещь обратно. Остается еще упомянуть о такъ называемомъ *depositum miserabile*, т. е. объ отдачѣ на сохраненіе, вызванной какой-либо общей опасностью, общимъ бѣдствіемъ: пожаромъ, наводненіемъ, народнымъ возстаніемъ, нашествіемъ непріятели. Спасающійся можетъ въ этомъ случаѣ, конечно, отдать на храненіе вещь первому встрѣчному, не разбирая, заслуживаетъ ли онъ довѣрія. Въ виду этого законъ принимаетъ мѣры къ обезпеченію интересовъ поклажедателя; при *depositum miserabile*, въ случаѣ заперательства поклажепринимателя въ принятіи отданной ему на храненіе вещи, онъ присуждается, кромѣ безчестія, къ платежу двойной стоимости вещи.

## Pignus.

(§ 41. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio 3. 14. Tit. D. de pignoratitia actione vel contra 13. 7. Tit. C. de pignoratitia actione 4. 24).

Намъ остается рассмотреть четвертый изъ числа реальныхъ, въ собственномъ смыслѣ, контрактовъ. Закладной контрактъ *pignus* или *contractus pignoratitius*, какъ его нынѣ называютъ,—это контрактъ, по которому одно лицо, залогодатель передаетъ другому, залогопринимателю, вещь въ обезпеченіе уплаты долга, все равно своего или чужого съ тѣмъ, чтобы по погашеніи этого долга ему была возвра-



цена залогопринимателемъ та же вещь *in specie*; при чемъ залогопринимателю, въ случаѣ неисполненія главнаго обязательства, представляется получить удовлетвореніе посредствомъ продажи заложенной вещи, съ обязательствомъ возратить залогодателю излишекъ изъ цѣны вещи, оставшейся за покрытіемъ долга.

Для возникновенія залогового договора необходима совокупность слѣдующихъ 2-хъ условій: 1) нужно врученіе вещи залогодателемъ залогопринимателю въ интердиктное владѣніе, которое въ этомъ случаѣ называется также производнымъ, и 2) обоюдное согласіе сторонъ, изъ которыхъ одна вручаетъ, а другая принимаетъ вещь именно съ намѣреніемъ, чтобы она служила залогомъ. Первое изъ этихъ условій необходимо потому, что обязательство устанавливается именно тѣмъ, что простое соглашеніе относительно обезпеченія извѣстнаго долга залогомъ можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ установленіе въ пользу вѣрителя ипотеки, но не будетъ влечь тѣхъ послѣдствій, которыя влечетъ *pignus*, какъ контрактъ реальный. При наличности указанныхъ двухъ условій *pignus* возникаетъ, хотя бы на самомъ дѣлѣ врученная вещь вовсе не служила обезпеченіемъ для уплаты главнаго долга, т. е. хотя бы напр. оказалось, что главный долгъ, который хотѣли посредствомъ залога обезпечить, на самомъ дѣлѣ не существуетъ. Въ послѣднемъ случаѣ сторона, принявшая залогъ все-таки будетъ обязана, въ силу договора, возстановить вещь, и залогодатель будетъ требовать ее посредствомъ иска, вытекающаго изъ залоговаго контракта. Равнымъ образомъ, для возникновенія *pignus* не требуется непременно, чтобы залогодатель былъ собственникомъ вещи, вручаемой въ залогъ. Правда, если я отдамъ Вамъ въ обезпеченіе моего долга вмѣсто моей чужую вещь, Вы не получите вещнаго права на эту вещь и должны будете, по требованію собственника, возстановить ее; но залоговой договоръ, однако, между нами будетъ существовать и повлечетъ связанныя съ нимъ послѣдствія. Опираясь на этотъ договоръ, я, по погашеніи главнаго долга, могу потребовать отъ Васъ возстановленія вещи, а Вы, если узнаете, что я не собственникъ врученной Вамъ въ залогъ вещи, можете требовать отъ меня представленія другого предмета залога или взыскивать съ меня ущербъ и убытки, опять таки, на основаніи заключеннаго между нами договора. Разумѣется, нельзя установить залогъ врученіемъ залогопринимателю его собственной вещи. *Pignus suae rei consistere non potest fr. 45. D. de regalis juris 50. 17.*

Однако и изъ этого положенія возможны исключенія, когда напр. узуфруктуарій или наниматель оставляютъ вещь въ рукахъ ея собственника съ тѣмъ, чтобы она служила обезпеченіемъ долга собственнику. Что касается послѣдствій залогового договора, то онъ рождаетъ на сторонѣ залогопринимателя, во 1-хъ, обязательство возстановить по полученіи какимъ-либо путемъ удовлетворенія по глав-



ному долгу отданную въ залогъ вещь *in specie cum omni causa*. Это обязательство, конечно, прекращается, когда, осуществляя свое право залога, залоприиматель продалъ вещь; онъ обязанъ возстановить только излишекъ отъ вырученной продажей суммы, оставшейся за удовлетвореніемъ главнаго долга. Во 2-хъ, изъ обязательства возстановленія вещи *in specie* вытекаетъ обязательство залогопринимателя заботиться о сохраненіи данной ему въ залогъ вещи. См. § 4. *Inst. quibus modis re contrahitur oblig.* 3. 14, гдѣ сказано, что залоприиматель *ad eam rem custodiendam diligentiam adhiberet*. По отношенію къ выполненію лежащихъ на немъ обязанностей залогоприниматель отвѣтственъ не только за *dolus* и *culpa lata*, но и за *culpa levis*, такъ какъ залоговый договоръ устанавливается въ его интересѣ. Не отвѣчаетъ онъ только за случайную гибель или случайный ущербъ принятой имъ въ залогъ вещи.

Выполненія этихъ обязательствъ залогодатель можетъ требовать отъ залогопринимателя посредствомъ *actio pignoratitia directa*. Подобно поклажѣ и залогъ по существу рождаетъ обязательство только на одной сторонѣ, на сторонѣ залоприимателя; но при залогѣ могутъ возникнуть случайныя обратныя претензіи залогопринимателя къ залогодателю, такъ что и залогъ, подобно поклажѣ, будетъ *contractus bilateralis inaequalis*. Такъ, на сторонѣ залогодателя могутъ возникнуть слѣдующія обязанности: 1) онъ отвѣчаетъ передъ залогопринимателемъ по очисткѣ, т. е. отвѣчаетъ, если далъ въ залогъ чужую вещь (См. *Tit. Cod.* 8. 15. *si res aliena pignori data sit*); во 2-хъ онъ отвѣчаетъ также за убытки, причиненныя залогопринимателю пороками вещи; въ 3-хъ, при залогѣ чужой вещи, кромѣ требованія объ очисткѣ, къ залогодателю можетъ быть предъявлено требованіе о представленіи другого залога; въ 4-хъ, залогодатель обязанъ вознаграждать залоприимателя за необходимыя издержки на заложенную вещь, а равно и за полезныя издержки, сдѣланныя согласно волѣ залогодателя. Въ 5-хъ, залогодатель обязанъ освободить залогопринимателя отъ всѣхъ обязательствъ принятыхъ имъ на себя по поводу залога. Относительно исполненія всѣхъ этихъ обязанностей залогодатель отвѣчаетъ за всякую неосторожность, если залогъ былъ установленъ въ обезпеченіе его собственнаго долга и только за *culpa lata*, если залогъ данъ имъ въ обезпеченіе чужого долга. Основанія этого различія въ отвѣтственности понятны сами собой. Правила, изложенныя нами относительно закладнаго контракта, имѣютъ примѣненіе и въ тѣхъ случаяхъ, когда кто-либо на законномъ основаніи, помимо воли собственника вещи, получаетъ вещь во владѣніе съ тѣмъ, чтобы она служила ему залогомъ. Напр., лицо, опираясь на преторское *missio in possessionem*, получаетъ вещь въ залогъ, это такъ назыв. *pignus praetorium*, или кредиторъ, имѣющій ипотечное право, при помощи *actio hipotecaria* вступаетъ во владѣніе вещью. Замѣтимъ, что



въ обоихъ указанныхъ случаяхъ обязательство устанавливается также же, но не по соглашенію, слѣдовательно, не по контракту.

**Contactus innominati.** Изложивъ ученіе о четырехъ реальныхъ контрактахъ въ тѣсномъ смыслѣ, познакомимся съ важнѣйшими изъ тѣхъ контрактовъ, которымъ присвоено названіе безымянныхъ—*contractus innominati*. Это тѣ реальные контракты, которые много позднѣе получили признаніе въ гражданскомъ правѣ, и для защиты которыхъ не было особыхъ специальныхъ исковъ, а всѣ они охранялись посредствомъ *actio praescriptis verbis*. Мы уже упоминали, что по большей части эти контракты не имѣли даже техническихъ названій и что юристы Павелъ раздѣлилъ ихъ на 4 категоріи: *do, ut des; do, ut facias; facio, ut des* и *facio, ut facias*. Тогда же мы указали что это дѣленіе Павла не имѣетъ никакого юридическаго значенія, такъ какъ ко всѣмъ этимъ четыремъ видамъ безымянныхъ контрактовъ примѣняются однѣ и тѣ же правила. Въ виду невозможности установить какую-либо другую классификацію этихъ договоровъ и невозможности перечислять ихъ всѣ, такъ какъ они могутъ быть весьма разнообразны, мы ограничимся указаніемъ важнѣйшихъ изъ нихъ, т. е. имѣющихъ болѣе значенія въ практической жизни, а потому и болѣе интересныхъ для насъ.

Наиболѣе важнымъ видомъ безымянныхъ контрактовъ является мѣна—*permutatio*. Договоръ мѣны устанавливается въ силу того, что одна сторона даетъ другой въ собственность вещь съ тѣмъ, чтобы другая сторона дала первой взаменъ того другую вещь: *do ut des*, причемъ *dare*, въ этомъ случаѣ означаетъ перенесеніе собственности.

Практическая цѣль договора мѣны та же, что и договора купли-продажи, а именно: полученіе лицомъ взаменъ отдаваемой имъ вещи другой. Древніе юристы колебались даже въ рѣшеніи вопроса не должны ли мѣна и купля—продажа обсуждаться одинаково. Сабинянцы были послѣдняго мнѣнія; но прокулеянцы выставили болѣе вѣрное мнѣніе, которое и было принято въ Дигестахъ Юстиніана. См *fr. 1. § 1. Dig. 18. 1. „Verior est Nervi et Proculi sententia, nam ut aliud est vendere, aliud emere; alius emptor, alius venditor; sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest; uter emptor, uter venditor est, т. е. „вѣрнѣе мнѣніе Нервы и Прокула: ибо иное дѣло купить, иное продать; одинъ покупатель, другой продавецъ; также иное цѣна, иное товаръ: что все не можетъ быть различаемо въ мѣнѣ, гдѣ и тотъ и другой покупатель, и тотъ и другой продавецъ“.*

Это ясно понятое римскими юристами различіе между мѣной и куплей—продажей влечетъ за собою довольно важныя практическія послѣдствія. Договоръ купли-продажи возникаетъ въ силу одного соглашенія, тогда какъ мѣна возникаетъ лишь вслѣдствіе дачи вещи одною



стороною другой. Эта дача вещи дѣлаетъ получающаго собственникомъ ея, хотя бы самъ онъ и не исполнилъ еще обязательства съ своей стороны, тогда какъ врученіе продавцомъ покупщику проданной вещи, по общему правилу, дѣлаетъ покупателя собственникомъ ея лишь по уплатѣ цѣны. Затѣмъ при мѣнѣ дающій вещь обязанъ передать собственность по ней, тогда какъ при куплѣ-продажѣ продавецъ обязанъ только передать вещь и гарантировать свободное и мирное пользованіе ею. Наконецъ, сторона, исполнившая свое обязательство, въ договорѣ мѣны можетъ по своему выбору, или потребовать отъ другой стороны исполненія ея обязательства, или воспользоваться принадлежащимъ ей *ius poenitendi* и требовать возстановленія отданной вещи, между тѣмъ какъ при куплѣ-продажѣ неисполненіе договора одною изъ сторонъ не уполномочиваетъ другую требовать уничтоженія договора, а даетъ ей только право на взысканіе убытковъ и ущерба. Примѣнимое при куплѣ-продажѣ въ римскомъ правѣ правило, что продавецъ можетъ уничтожить продажу, доказавъ, что онъ потерпѣлъ бы отъ нея убытокъ болѣе половины стоимости вещи, не примѣнимо къ мѣнѣ, такъ какъ здѣсь нельзя указать, кто продавецъ, кто покупщикъ.

Другимъ, часто встрѣчавшимся, видомъ безымянныхъ контрактовъ является *contractus aestimatorius*. Нынѣ такой договоръ носить названіе комиссіоннаго. См. *Dig. 19. 3. de aestimatoria actione*. Договоръ этотъ устанавливается такимъ образомъ, что одно лицо, хозяинъ, передаетъ собственную вещь другому лицу, комиссіонеру, съ тѣмъ чтобы послѣдній продалъ ее за цѣну, не ниже впередъ опредѣленной. (Отъ этой предварительной оцѣнки и самый контрактъ получилъ свое названіе). Эту опредѣленную цѣну комиссіонеръ обязывается возвратить хозяину, а въ случаѣ, если продажа не состоится, обязывается возвратить ему самую вещь.

Комиссіонеръ, получая вещь съ цѣлью именно продать ее, не получаетъ ее въ собственность; но онъ можетъ по назначенной цѣнѣ оставить вещь за собою, не продавая ее. Въ случаѣ продажи, излишекъ, вырученный сверхъ назначенной цѣны, идетъ въ пользу комиссіонера, которому вмѣстѣ съ тѣмъ могло быть обѣщано и опредѣленное вознагражденіе за труды. Комиссіонеръ, исполняя возложенное на него порученіе по продажѣ вещи, отвѣчаетъ за *omnis culpa*, но за ущербъ, произшедшій отъ случая, онъ не отвѣчаетъ. Собственникъ вещи, отданной на комиссію, можетъ требовать отъ комиссіонера цѣну, вырученную отъ продажи вещи (въ размѣрѣ оцѣнки) или же возстановленіе вещи посредствомъ *actio aestimatoria praescriptis verbis*.

Третьимъ, выдающимся по значенію, безымяннымъ контрактомъ является *precarium*. Слово *precarium* обозначаетъ римскій юридическій институтъ очень древняго происхожденія. Въ классическую



эпоху этимъ именемъ обозначался контрактъ, по которому одна сторона предоставляла безмездно другой пользование вещью или осуществление права съ обязательствомъ возстановить уступленное in specie по первому требованію. Источники даютъ такое опредѣленіе: *praecarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, quamdiu is qui concessit patitur*“ fr. 1. pr. Dig. de praecario 43. 26. т. е. „прекаріумъ есть т, что уступается въ пользование просящему по просьбѣ его, пока терпитъ тотъ, кто уступилъ“. По всей вѣроятности, своимъ возникновеніемъ этотъ институтъ обязанъ поземельнымъ отношеніямъ, явившимся результатомъ исключительнаго права патриціевъ на пользование общественной землей. Патриціи уступали участки этой земли въ пользование кліентамъ своимъ, по ихъ просьбѣ. Отношенія между патрономъ и кліентомъ носили характеръ отношеній нравственно-религіозныхъ, регулировались правилами *fas*, и всякое обязательство между патрономъ и кліентомъ носило характеръ именно нравственной обязанности, а не обязательства, регулируемаго правилами цивильнаго права. На прекаріумъ отразился этотъ характеръ отношеній патрона и кліента. Прекаріумъ рассматривался, какъ отношеніе фактическое, и обязательственныя отношенія, изъ него вытекавшія, преторъ охранялъ посредствомъ *interd. de praecario*, при помощи котораго патронъ могъ требовать возврата отъ кліента данной ему земли. Со временемъ этотъ интердиктъ былъ распространенъ и на другіе подобные случаи, изъ которыхъ самый обыкновенный тотъ, что залогоприниматель оставлялъ у должника, по просьбѣ его, владѣніе и пользование заложенной должникомъ кредитуру въ обезпеченіе долга вещью. Впослѣдствіи возникавшія изъ *praecarium* отношенія стали охраняться при помощи *actio praescriptis verbis*, и *praecarium* вошелъ въ кругъ безымянныхъ контрактовъ. Fr. 19. § 2. D. de praecario 43, 26. говоритъ, что когда что-либо выговорено на основаніи *praecarium*, то для требованія можно воспользоваться не только интердиктомъ, но и *condictio incerti*, т. е. *praescriptis verbis*.

*Praecarium*, подобно *commodatum*, так. обр., есть отдача вещи въ пользование. Но между обоими этими контрактами существуетъ слѣдующее различіе: 1) предметомъ ссуды могутъ быть не только матеріальные объекты, но и права на вещи; 2) коммодатарій имѣеть лишь *detentio* по данной ему въ ссуду вещи, тогда какъ получившій вещь по *praecarium* у можетъ имѣть юридическое владѣніе и пользоваться владѣльческими интердиктами; въ 3-хъ, ссуда устанавливается на срокъ, а *praecarium*, хотя бы и указанъ былъ срокъ, можетъ быть всегда прекращенъ по волѣ благодѣтеля. Въ 4-хъ, отношенія, возникшія по прекаріуму, прекращаются смертью получателя, тогда какъ ссуда можетъ перейти и къ наслѣдникамъ. Причина этого указана въ fr. 19 § 1 D. 49 26; „при прекаріумѣ владѣніе уступается лишь прекарісту, тогда какъ *commodatum* не можетъ быть прекращенъ



ранѣ срока“. Наконецъ въ 5-хъ прекарить отвѣчаетъ лишь за culpa lata, вопреки общему правилу, что въ обязательственныхъ отношеніяхъ лицо, извлекающее выгоду изъ получаемой имъ на руки вещи должно отвѣчать за culpa levis. Эта послѣдняя особенность пресcriptum'a объясняется тѣмъ, что на него продолжали все еще смотрѣть, какъ на отношеніе нравственнаго характера и основанное на довѣріи.

Этимъ закончимъ изложеніе ученія о реальныхъ контрактахъ.



## Консенсуальные контракты.

Подъ именемъ консенсуальныхъ разумѣются тѣ контракты, для установленія которыхъ достаточно одного соглашенія между сторонами, такъ что consensus въ этого рода контрактахъ является causa civilis obligationis. Что касается времени появленія этихъ контрактовъ и ихъ первоначальной исторіи въ Римѣ, то должно сказать, что на этотъ счетъ въ наукѣ не сложилось еще точнаго убѣжденія. Первый въ ряду этихъ контрактовъ, контрактъ купли-продажи, долженъ былъ появиться очень рано; рано могъ появиться и наемъ какъ личный, такъ и имущественный, хотя въ частномъ примѣненіи найма въ древнемъ быту, по крайней мѣрѣ до второй половины V вѣка отъ основанія Рима, не было надобности. Не ранѣе конца V вѣка признаны были вѣроятно въ числѣ контрактовъ bona fidei договоры товарищества и довѣренности. Не оставляясь на исторіи этихъ контрактовъ, перейдемъ къ разсмотрѣнію ихъ въ отдѣльности.

### Купля-продажа.

(Inst, tit. de emptione et venditione III, 23. Dig.: de contrahenda emptione XVIII. Cod. de contrahenda emptione et venditione).

Купля-продажа есть устанавливаемый соглашеніемъ двусторонній договоръ, по которому одно лицо, продавецъ (venditor), обязуется предоставить другому, покупателю (emptor), опредѣленную вещь, а послѣдній обязуется уплатить за такое предоставленіе извѣстную цѣну. Мы сказали *предоставить*, а не дать потому, что на продавца не возлагается обязанность дачи вещи въ собственность—*dare rem*, а обязанность выдать вещь—*tradere*—покупателю такъ, чтобы послѣдній могъ безпрепятственно имѣть ее въ своемъ имуществѣ—*„ut rem emptori habere liceat“*. Такимъ образомъ, существенными признаками купли-продажи являются: 1) consensus, согласіе сторонъ, 2) res, или *merx*—вещь и 3) *pretium*—цѣна.



1. *Consensus*, т.-е. состоявшееся между контрагентами соглашение немедленно рождает обязательство купли-продажи. Нѣтъ надобности для установления послѣдняго ни въ врученіи вещи ни въ облеченіи договора въ форму письменнаго акта. Подобный актъ можетъ имѣть значеніе лишь доказательства установленія договора.

2. *Res*, или *merx*. Предметомъ купли-продажи можетъ быть всякая какъ тѣлесная, такъ и безтѣлесная вещь, неизъятая изъ оборота и отчужденіе которой не запрещено закономъ, напр. *эмфитевзисъ*, *superficies*, вещные сервитуты и даже права требованія, поскольку они могутъ быть уступаемы. *Omnium rerum, quas quis vel habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit.* L. 34. § 1 D, 18, 1. Предметомъ продажи могутъ быть не только отдѣльныя вещи, но и совокупности вещей (*universitates rerum*), а также все имущество какъ цѣлое, напр. все наслѣдство. Такъ какъ продавецъ не обязанъ дать проданную вещь въ собственность покупателя, то предметомъ продажи могутъ быть и не собственныя вещи продавца, а чужія, за исключеніемъ вещей краденыхъ. Далѣе не только вещи существующія могутъ быть предметомъ продажи, но и вещи будущія, ожидаемыя, напр. будущій урожай или будущій уловъ рыбы. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ различаютъ *emptio venditio spei*, куплю-продажу риска, надежды, иначе говоря—покупку вещи, самое существованіе которой зависитъ отъ случая, напр. покупка тони у рыбака, отъ *emptio-venditio rei speratae*, т.-е. купли-продажи вещи, ожидаемой и имѣющей явиться по естественному теченію обстоятельствъ, напр. покупка будущаго урожая.

Практическое различіе здѣсь въ томъ, что при *emptio-venditio spei* обязательство покупателя безусловно и не зависитъ отъ того; осуществится ли его надежда (рыбы въ неводѣ можетъ и не оказаться, а заплатить за тону все-таки необходимо); при *emptio-venditio rei speratae* дѣйствительность обязательства зависитъ отъ появленія ожидаемыхъ вещей. Если онѣ вовсе не явятся, то покупатель не обязанъ платить. Въ случаѣ сомнѣнія относительно того, есть ли въ данномъ случаѣ *emptio—venditio spei* или *rei speratae*, при невозможности выяснить намѣреніе сторонъ слѣдуетъ отдать предпочтеніе послѣднему виду продажи.

Нельзя, конечно, продавать вещей несуществующихъ уже во время совершенія договора купли-продажи, хотя бы стороны и не знали о томъ, что вещь перестала существовать. Нельзя быть также покупателемъ собственной вещи.

3. *Pretium*—цѣна. Безъ цѣны купля-продажа немыслима—*nulla emptio sine pretio esse potest*. Цѣна должна быть выражена въ денежной суммѣ, *in numerata pecunia*. Если плата будетъ выговорена другими вещами, то получается мѣна или какой-либо другой безымянный договоръ, а не купля-продажа. Сабиніанцы были на этотъ счетъ иного



мнѣнія: они допускали опредѣленіе цѣны и другими предметами, кромѣ денегъ. Gai III § 141; § 2 Inst. III, 23. Но мнѣніе школы Прокула взяло верхъ. Возможно однако, что при куплѣ-продажѣ, сверхъ денегъ, обѣщано будетъ еще что-либо, сдѣлка отъ этого не перестанетъ быть куплей-продажей. См. I. 6, § 1, D. 19, 1.

Pretium certum esse debet, т.-е. цѣна должна быть точно опредѣленной; она можетъ быть опредѣлена объективно (напр. *quantū pretiū in arca habeo*), или опредѣленіе ея можетъ быть предоставлено справедливому усмотрѣнію (*boni viri arbitrātū*) одного изъ контрагентовъ (никоимъ образомъ не по его произволу) или мнѣнію третьяго лица; въ послѣднемъ случаѣ купля-продажа условна и состоится лишь тогда, когда это третье лицо выскажетъ свое мнѣніе.

Pretium должно быть не только certum, но и verum, т.-е. цѣна должна быть назначена серьезно. Это не значитъ, что размѣръ цѣны долженъ соответствовать стоимости вещи; вовсе не требуется, чтобы цѣна была *pretium iustum*; но если цѣна назначена несерьезно, слишкомъ высокая или слишкомъ низкая, то сдѣлка будетъ разсматриваться какъ дареніе (конечно, мы здѣсь говоримъ не о случаяхъ символической продажи, *venditio nummo uno*). Со времени Диоклетіана введено было правило, что лицо, продавшее вещь за цѣну меньшую половины ея настоящей стоимости (*ultra dimidiae partis*), имѣетъ право отказаться отъ договора по причинѣ чрезвычайнаго убытка (*laesio enormis*), если покупатель не согласится возмѣстить продавцу сумму недостающую до обычной цѣны.

### Юридич. послѣдствія, вытекающія изъ договора купли-продажи.

Послѣдствіемъ купли-продажи является возникновеніе взаимнаго обязательства между покупателемъ и продавцомъ. Возникающее изъ договора купли-продажи право покупателя защищается посредствомъ *actio empti*, а право продавца—посредствомъ *actio venditi*. Оба иска принадлежатъ къ числу исковъ *bonae fidei*, и основаніе для предъявленія обоихъ является съ момента совершенія купли-продажи. Для дѣйствительности и силы требованія нѣтъ необходимости, чтобы истецъ уже исполнилъ свое обязательство. Однако *praetor* сталъ давать *exceptio mercis nondum traditae* противъ *argentaria*, который, распродавъ съ публичнаго торга вещь, вздумалъ бы потребовать съ покупателей уплаты до передачи имъ вещей. Въ императорскую эпоху это *exceptio* было распространено на всѣ случаи купли-продажи, и подобное же возраженіе предоставлено было продавцу противъ иска покупателя, требующаго вещь, но не уплатившаго цѣны ея—*exceptio non adimpleti contractus*.



Въ частности права продавца, вытекающія изъ договора купли-продажи, состоятъ, во 1-хъ, въ правѣ требовать отъ покупателя выговоренной цѣны, которая передается ему въ собственность; во 2-хъ, въ правѣ въ случаѣ просрочки платежа покупателемъ требовать % со дня передачи вещи покупателю; въ 3-хъ, въ правѣ требовать съ покупателя вознагражденія за необходимыя и полезныя издержки, употребленныя на вещь со дня заключенія договора до передачи вещи.

Съ момента совершенія договора рискъ по вещи несетъ покупатель, т.-е., онъ обязанъ уплатить цѣну, если даже вещь погибнетъ или испортится. Продавецъ обязанъ по отношенію къ проданной вещи оказывать заботливость, свойственную хорошему отцу семейства въ примѣненіи къ его собственному имуществу; онъ отвѣчаетъ лишь за ущербъ, причиненный вещи по его винѣ (*culpa*). Это правило примѣняется, конечно, тогда, когда идетъ рѣчь о вещахъ, опредѣляемыхъ индивидуально, по правилу—*species perit ei cui debetur*. Если же предметомъ купли-продажи будутъ вещи замѣнимыя, то ихъ случайная гибель не освобождаетъ продавца отъ выполненія обязательства по правилу—*genus periri non censetur* или *genus perit ei qui debet*.

Необходимо оговориться, что въ случаѣ, если неизвѣстное количество замѣнимыхъ вещей, находящихся въ извѣстномъ мѣстѣ, продано оптомъ за одну опредѣленную цѣну, то въ виду того, что здѣсь совершается продажа совокупности вещей, рискъ падаетъ на покупателя. Разумѣется, если проданныя вещи до ихъ передачи должны быть измѣрены, сосчитаны или взвѣшены и если онѣ до этого момента погибнуть, то рискъ будетъ нести продавецъ, а на покупатель не будетъ никакой обязанности.

Неся рискъ по вещи съ момента установленія договора, покупатель съ этого же времени имѣетъ право на всѣ плоды и приращенія вещи (*commoda rei*) по правилу—*cujus periculum est, ejus et commodum esse debet*.

Покупатель, съ своей стороны, можетъ требовать, отъ продавца, во-1-хъ, чтобы послѣдній предоставилъ ему вещь въ исключительное владѣніе—*ut rem emptori habere liceret*. Если предметомъ купли-продажи была тѣлесная вещь, то продавецъ обязанъ передать вещь со всѣми принадлежностями и выгодами (плодами и приращеніями), которыя онъ получилъ или даже могъ получить съ вещи послѣ заключенія договора (I. 38, § 8. D. 22, 1; I. 15—16 Cod. 4, 29; I. 13—18 D. 19, 1).

Выше сказано, что покупатель по римскому праву могъ требовать лишь предоставленія ему продавцомъ владѣнія вещью, а не собственности по ней. Это ограниченіе обязанности продавца передачею одного владѣнія объясняется тѣмъ, что римское право считало лишнимъ и стѣснительнымъ въ интересахъ оборота обязательную передачу продавцомъ



непрѣмѣнно собственности по проданной вещи, такъ какъ эта цѣль купли-продажи на практикѣ въ большинствѣ случаевъ осуществлялась сама собою передачею одного владѣнія, когда, напр., продавецъ былъ собственникомъ проданной имъ вещи, или покупатель могъ приобрести вещь въ собственность путемъ добросовѣстнаго и спокойнаго владѣнія по давности. Но если на переданный покупателю во владѣніе предметъ заявляло претензію третье лицо, предъявляя на него свои права, то римское право возлагало въ этомъ случаѣ на продавца обязанность очистки: продавецъ долженъ *evictionem praestare* или *evincere*, т.-е., долженъ отвѣчать передъ покупателемъ за юридическій недостатокъ купли-продажи; въ случаѣ отнятія по суду третьимъ лицомъ у покупателя проданной вещи на томъ основаніи, что продавецъ не могъ уже распорядиться ею въ моментъ купли-продажи, онъ обязанъ вознаградить покупателя за вещь и за весь ущербъ, происшедшій отъ того, что купленный предметъ отнимается у него *Fr. 43 D. 19, tit. 1*. Но покупатель, чтобы имѣть право обратиться съ требованіемъ объ очисткѣ, обязанъ своевременно извѣстить продавца о предъявленномъ третьимъ лицомъ спорѣ (*litem denuntiare*) и этимъ дать продавцу возможность вступить въ процессъ и, какъ лучше знакомому съ правовымъ положеніемъ вещи, выиграть его. Безъ этого извѣщенія—*litis denuntiatio*—покупатель не имѣетъ права на очистку. Впрочемъ, обязанность такого извѣщенія снимается съ покупателя, когда между нимъ и продавцомъ состоялось на этотъ счетъ особое соглашеніе, когда продавецъ отказывается принять извѣщеніе или находится въ безвѣстномъ отсутствіи, а также тогда, когда покупатель докажетъ, что и при вмѣшательствѣ продавца дѣло должно было быть проиграно. Нельзя предъявлять требованія объ очисткѣ, когда вещь отбирается у покупателя государствомъ путемъ экспроприаціи, когда она отнята насильно или по неправильному судебному рѣшенію, когда покупатель по первому заявленію третьяго лица уступаетъ проданную вещь добровольно или когда онъ по своей винѣ проигрываетъ судебный споръ.

При опредѣленіи объема отвѣтственности за *evictio* принимается во вниманіе тотъ интересъ, который вещь имѣетъ въ моментъ постановленія судебного рѣшенія, отбирающаго ее у покупателя; но отвѣтственность по очисткѣ не должна превышать двойной покупной цѣны вещи. Обыкновенно выговаривалась покупателемъ на случай очистки уплата двойной покупной цѣны—*stipulatio duplae*.

Продавецъ не отвѣчаетъ за очистку, во 1-хъ, по особому соглашенію съ покупателемъ—*pactum de non praestanda evictione*; во 2-хъ, когда покупатель зналъ объ отсутствіи права распоряженія у продавца; въ 3-хъ, когда лицо продаетъ вещь, чтобы цѣну ея обратитъ на игру и покупатель это знаетъ.



## Отвѣтственность продавца за пороки и недостатки вещи.

Вполнѣ естественно, что желающій продать свой товаръ, хвалить его. Такое восхваленіе обычно въ торговлѣ и не имѣетъ юридическихъ послѣдствій, т.-е. продавецъ не несетъ за него никакой отвѣтственности. Но другое дѣло, если продавецъ скрылъ пороки или недостатки вещи, умаляющіе значеніе ея въ оборотѣ, т.-е., или ручался за отсутствіе этимъ недостатковъ или просто умолчалъ о нихъ, хотя бы потому, что самъ не зналъ о нихъ. Другое также дѣло, если, восхваляя товаръ, продавецъ ручался, что извѣстныя качества дѣйствительно присущи продаваемой вещи. Во всѣхъ этихъ случаяхъ продавецъ несетъ отвѣтственность какъ за *dicta* и *promissa*, т.-е., за обѣщанныя имъ достоинства вещи, такъ какъ и за обнаруженныя въ ней недостатки. Но продавецъ не подлежитъ никакой отвѣтственности, когда онъ сообщилъ покупателю о недостаткахъ вещи, а также, когда покупатель завѣдомо зналъ и безъ этого сообщенія о недостаткахъ вещи или когда недостатки вещи такого рода, что покупатель не могъ не замѣтить ихъ.

Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ, когда продавецъ оказывается обязаннымъ отвѣчать за недостатки вещи, покупатель, смотря по обстоятельствамъ, получаетъ право возвратить вещь и требовать обратно уплаченную сумму съ % или—право требовать скидки съ покупной цѣны. Первое требованіе осуществляется посредствомъ такъ называемаго *judicium redhibitorium*—особаго судебного производства, начинающагося по *actio redhibitoria*. Послѣдній искъ направляется на уничтоженіе договора купли-продажи и какъ бы на возстановленіе прежняго состоянія. См. 1. 23, § 7; 1. 60 D. 21, 1. Искъ этотъ могъ быть предъявленъ въ шестимѣсячный срокъ (*tempus utile*) со дня заключенія контракта. Искъ этотъ направляется на взысканіе съ продавца покупной цѣны съ обычными процентами, а также и на предоставленіе вознагражденія покупателю за издержки на вещь.

Покупатель, предъявляя искъ, въ свою очередь, обязанъ возвратить вещь со всѣми принадлежностями и плодами; онъ отвѣчаетъ за всякій ущербъ, нанесенный вещи по его винѣ; случайный ущербъ несетъ продавецъ.

Требованіе скидки съ покупной цѣны осуществлялось посредствомъ *actio quanti minoris*—иска о возвращеніи того, что уплачено за вещь выше ея стоимости. При помощи этого иска покупатель имѣлъ право вытребовать уменьшенія условленной цѣны или возврата части ея, если она уже уплачена, въ размѣрѣ разницы между условленной въ договорѣ цѣною и дѣйствительной стоимостью вещи, оказавшейся въ неудовлетворительномъ состояніи. См. 1. 38, pr. § 13. D. 21, 1; 1. 25, § 1. D. 44, 2; 1. 31, § 16 D. 21, 1; 1. 32, § 1 D. 21, 2. Срокъ для предъявленія этого иска годичный (*annus utilis*) со вре-



мени заключенія договора. Покупатель, предъявившій этотъ искъ, лишается уже права требовать на основаніи того же недостатка уничтоженія договора; см. 1. 25, § 1 D. 44, а.

При совершеніи купли-продажи стороны могутъ включать, конечно, побочныя опредѣленія и, между прочимъ, ставить послѣдствія сдѣлки въ зависимость отъ условія, лежащаго въ основаніи заключенія договора. Изъ случаевъ этого рода особенно обращаютъ на себя вниманіе слѣдующіе:

1) Купля на пробу (*emptio ad gustum*), т.-е., съ правомъ испытать вещь. Такая купля является, разумѣется условной; причемъ условіе можетъ быть суспенсивнымъ или резолютивнымъ, смотря по намѣренію сторонъ. Дѣйствительность сдѣлки поставлена здѣсь въ зависимость отъ будущаго одобренія или неодобренія товара покупателемъ, который въ изъявленіи своего мнѣнія на этотъ счетъ вполне свободенъ. Для пробы можетъ быть назначенъ срокъ, и если въ теченіе его покупатель не заявитъ своего мнѣнія о товарѣ, то послѣдній предполагается одобреннымъ. Если срокъ не назначенъ, то проба должна быть произведена по первому требованію продавца. Проба можетъ быть съ согласія сторонъ предоставлена не самому покупателю, а свѣдущимъ лицамъ.

Нѣкоторые подводятъ подъ понятіе купли на пробу и куплю съ правомъ покупателя отступить отъ договора ( *pactum displicentiae*); но въ послѣднемъ случаѣ купля-продажа безусловна; покупатель вывариваетъ лишь право *впослѣдствіи* отказаться отъ договора.

Отъ купли на пробу отличается *купля согласно съ пробой* или иначе—*по образцу* и *купля для пробы* (*Der Kauf nach Probe* и *Der Kauf zur Probe*). Первая есть безусловная покупка извѣстнаго количества вещей, которыя должны соотвѣтствовать данному образцу (пробѣ); а вторая также безусловная покупка вещи, при совершеніи которой покупатель подаетъ продавцу надежду, что *впослѣдствіи* онъ купитъ еще болѣе такихъ же вещей.

2) Особый видъ условной купли составляетъ купля-продажа съ удержаніемъ за продавцомъ права найти лучшаго покупателя (*in diem addictio*). Это условіе также можетъ быть суспенсивнымъ или резолютивнымъ, смотря по намѣренію сторонъ. Въ первомъ случаѣ послѣдствія договора наступаютъ только тогда, когда въ теченіе извѣстнаго времени продавецъ не найдетъ лучшаго покупателя; во второмъ случаѣ послѣдствія купли наступаютъ немедленно, но она сама собою теряетъ силу, если въ теченіе извѣстнаго срока продавецъ найдетъ лучшаго покупателя.

3) Возможна также купля съ уговоромъ, по которому продавецъ можетъ отказаться отъ нея, если покупатель своевременно не исполнитъ своихъ обязанностей. Такой уговоръ называется *lex commissorія*; въ сомнительныхъ случаяхъ онъ долженъ быть рассматри-



ваемъ какъ резолютивное условіе. Если покупатель не исполнить своевременно своихъ обязанностей, то продавецъ имѣетъ право объявить совершенную куплю ничтожною, причеиъ онъ получаетъ обратно не только то, что дано имъ покупателю, но и удерживаетъ задатокъ, если таковой былъ, а равно и то, что имъ получено было прежде отъ покупателя.

## Н а е м ъ .

Подобно куплѣ—продажѣ и наемъ устанавливается соглашеніемъ, причеиъ и здѣсь предметомъ договора является совершение опредѣленнаго дѣйствія за опредѣленную плату; поэтому-то наемъ, по словамъ источниковъ, является договоромъ весьма близкимъ къ куплѣ—продажѣ: *locatio et conductio proxima esi emptioni et venditioni iisdem juri sregulis consistit* (1. 2. pr. Dig. locati conducti 19, 211 prbe locatione et conductione III, 24; Cod. 1. 4, 65).

Наемъ (*locatio-conductio*) есть консенсуальный контрактъ, по которому одно лицо обязывается другому передать за извѣстную плату вещь во временное пользованіе или оказать личныя услуги (представить въ пользованіе трудъ лица). Отъ купли—продажи наемъ отличается самымъ содержаніемъ того дѣйствія, которое одинъ контрагентъ обязывается совершить другому за плату.

## В и д ы н а й м а .

Изъ различія между вещью и личными услугами. какъ предметами найма, вытекаетъ различіе между имущественнымъ наймомъ (*locatio conductio rerum*) и наймомъ личнымъ (*locatio-conductio operarum*). Лицо, отдающее въ наемъ, называется *locator* (помѣщающій, помѣститель); названіе это произошло оттого, что собственникъ, отдававшій въ наемъ рабовъ и рабочій скотъ, находилъ имъ мѣсто. Наниматель назывался *conductor* (отъ *conducere*—увести, убрать вещь къ себѣ;—кондукторъ, т.-е. тотъ, кто уводилъ къ себѣ предлагаемаго внаймы раба или вола). Въ частности при наймѣ земли наниматель назывался *colonus*, при наймѣ квартиры—*inquilinus*, при наймѣ амбара *horrearius*.

Личный наемъ, въ свою очередь, подраздѣлялся на наемъ, предметомъ котораго является трудъ, работа лица, вообще личныя услуги въ собственномъ смыслѣ—это *locatio-conductio operarum*, личный наемъ, въ современномъ смыслѣ,—и на наемъ, предметомъ котораго личныя услуги являются лишь посредственно, бли-



жайшая цѣль котораго заключается въ созданіи какой-либо вещи или въ выполненіи какой-либо работы—это *locatio-conductio operis*, по современной русской юридической терминологіи—договоръ подряда.

Надо замѣтить, что при *locatio-conductio operarum* locator'омъ называется лицо, отдающее въ наемъ или нанимающееся, наемникъ, а conductor'омъ—наниматель; при *locatio-conductio operis* locator'омъ наоборотъ называется тотъ, кто отдаетъ исполненіе работы, а conductor'омъ тотъ, кто берется ее исполнить, т.-е. подрядчикъ.

Наемъ во всѣхъ видахъ есть договоръ двусторонній, изъ котораго для обѣихъ сторонъ вытекають иски: *actio locati* и *actio conducti*.

Имѣющая при наймѣ мѣсто плата (*merces, pensio, pretium* или *locarium*) должна соединить въ себѣ всѣ тѣ же свойства, которыя требуются отъ цѣны при куплѣ-продажѣ, т.-е она должна быть certa (точно опредѣлена), vera (дѣйствительна, а не для виду выговорена) и *in pecunia numerata*, т. е. выражена въ денежной суммѣ. Однако при наймѣ земли, приносящей плоды (по нынѣшнему при договорѣ аренды), наемная плата можетъ быть опредѣляема извѣстнымъ количествомъ плодовъ, причѣмъ это количество опредѣляется или абсолютно, какъ извѣстная величина, или относительно, какъ извѣстная доля годового сбора плодовъ. Въ послѣднемъ случаѣ источники называютъ нанимателя *colonus partarius*; современные юристы называютъ иногда этотъ случай *contractus socidae* въ силу сходства этого случая найма съ отношеніями изъ договора товарищества. *Colonus partarius, quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur* (I. 25, § 6 D. 19, 2).

Оаратимся теперь къ разсмотрѣнію cadaго изъ видовъ найма въ отдѣльности.

*Locatio conductio rerum*. При договорѣ имущественнаго найма соглашеніе сторонъ направляется на представленіе нанимателю временнаго *пользованія* опредѣленной вещью—*ut rem conductori frui liceat*. Въ наемъ можетъ быть отдана вещь движимая или недвижимая, находящаяся въ оборотѣ и притомъ обыкновенно непотребляемая, такъ какъ потребляемая вещи лишь въ рѣдкихъ, исключительныхъ случаяхъ могутъ быть даваемы во временное пользованіе (назначеніе ихъ состоитъ въ потребленіи, а послѣднее предполагаетъ право собственности, которое не переносится вовсе на нанимателя при наймѣ). Предметомъ найма могутъ не только тѣлесныя вещи, но и *res incorporales*, напр., сервитутное право или эмфитевтное и суперфициарное. Отдавать въ наемъ можно не только собственную вещь, а находящуюся лишь въ *detentio* у лица, отдающаго въ наемъ (напр., повѣренный отдаетъ внаймы вещь довѣрителя). Къ послѣдняго рода случаямъ относится *sublocatio*—наемъ послѣдующій, т. е. случай, когда наниматель вещи, въ свою очередь, представляетъ по найму же пользованіе



ею третьему лицу. Для такой отдачи нанимателемъ вещи въ дальнѣйшій наемъ римское право не требовало особаго согласія перваго locator'a; если же послѣдній не желалъ допускать sublocatio, то нужно было выговорить это условіе при совершеніи договора.

Вещь, какъ сказано, предоставляется въ пользованіе нанимателя на время, чѣмъ имущественный наемъ отличается отъ такъ называемаго эмфитевтнаго контракта (*contractus emphyteuticarius*), по которому одно лицо обязывается предоставить другому вещь въ вѣчное пользованіе за извѣстное, періодически уплачиваемое вознагражденіе. Въ послѣднемъ случаѣ вытекающія изъ договора отношенія сторонъ къ вещи совершенно иныя, чѣмъ при наймѣ. Законъ не указывалъ срока для имущественнаго найма. По обычаю при наймѣ земли практиковался пятилѣтній срокъ. Если срокъ найма не опредѣленъ сторонами, то каждый изъ контрагентовъ можетъ во всякое время отказаться отъ договора (*fr. 1, § 15 D. 14, 1 и 1. 10 Cod. 4, 65*).

Обязанности лица, отдающаго въ наемъ, locator'a, при имущественномъ наймѣ состоятъ въ слѣдующемъ: 1) онъ обязанъ доставить нанимателю *спокойное* пользованіе вещью на все время существованія договора и отвѣчаетъ передъ нанимателемъ въ случаѣ, если послѣдній будетъ лишенъ третьимъ лицомъ пользованія нанятой вещью (напр., собственникъ отберетъ вещь, отданную внаймы ея владѣльцемъ). Конечно, если пользованіе вещью состоитъ въ предоставленіи плодовъ ея (напр., сдается въ наемъ садъ), то на послѣдніе наниматель пріобрѣтаетъ право собственности. 2) Отдающій въ наемъ обязанъ поддерживать вещь въ томъ видѣ, въ какомъ она согласно цѣли контракта можетъ удовлетворять потребностямъ нанимателя, долженъ производить всѣ необходимыя поправки и отвѣчаетъ за недостатки вещи, препятствующіе должному отправленію пользованія; онъ отвѣтствененъ передъ нанимателемъ за всякую вину (*omnis culpa*) и не отвѣчаетъ лишь за случай. 3) Locator обязанъ нести всѣ лежащія на вещи повинности. 4) Наконецъ, онъ долженъ вознаградить нанимателя за труды на необходимыя и полезныя издержки. Относительно издержекъ роскоши наниматель имѣетъ лишь *jus tollendi*.

Что касается нанимателя (*conductor'a*), то онъ прежде всего обязанъ къ доставленію выговоренной въ договорѣ платы въ опредѣленные соглашеніемъ или обычаемъ сроки (обычай устанавливалъ при наймѣ земли плату погодно, а при наймѣ дома по полугодію); за отсутствіемъ выговореннаго или обычнаго срока наемная плата должна быть представлена по окончаніи пользованія—*post numerando* (*Arg. I. 24, § D. 19. 2*). Замѣтимъ здѣсь, что при наймѣ земли (иначе сельской недвижимости) наниматель, лишившійся по несчастному случаю возможности вполне воспользоваться плодами вещи (напр., вслѣдствіе засухи, наводненія, града) имѣетъ право на *remissio mercedis*, т. е.



на сбавку съ выговоренной наемной платы (конечно *colonus partiarus* не можетъ требовать такой сбавки).

Далѣе, *conductor* обязанъ пользоваться вещью согласно договору; причемъ онъ, если не выговорено противное, имѣетъ право на *sublocatio*. *Sublocatio* нисколько не измѣняетъ отношеній между *locator*'омъ и не устанавливаетъ никакихъ отношеній между *locator*'омъ и дальнѣйшимъ нанимателемъ, за дѣйствія котораго *conductor* отвѣчаетъ вполнѣ передъ *locator*'омъ.

Наконецъ, наниматель (*conductor*) обязанъ по прекращеніи найма возвратить вещь въ такомъ же видѣ, не отвѣчая за порчу, происшедшую отъ надлежащаго пользованія вещью, и, въ свою очередь, отвѣчая за ущербъ, причиненный вещи хотя бы по самой легкой винѣ (*culpa levis*). См. I. 25 Cod. 4 65 fr. 9 pr.; 11 § 3 13 § 1 Dig. 19, 2.

При безосновательномъ отказѣ въ возвращеніи вещи наниматель отвѣчаетъ вдвойнѣ. Въ обезпеченіе выполнения нанимателемъ его обязанностей самъ законъ даетъ *locator*'у залоговое право на *investa et illata* при *praedium urbanum*, т.-е. на движимость, внесенную въ нанимаемое помѣщеніе, — и на плоды при *praedium rusticum* fr. 2—4 и 6 Dig 20, 2; fr. 61, § 8 D. 47, 2).

При наймѣ квартиры постояльцу, заплатившему за нее и желающему съѣхать съ нея, давался противъ хозяина, препятствовавшаго въ этомъ постояльцу, особый interdiktъ: *interdictum de migrando* принадлежавшій къ *interdicta prohibitoria*.

Имущественный наемъ прекращается 1) гибелью предмета найма, 2) достиженіемъ цѣли договора, 3) истеченіемъ срока найма. Если срокъ не назначенъ, то, какъ уже сказано, договоръ можетъ прекратиться по волѣ каждаго изъ контрагентовъ, когда угодно. По истеченіи срока договора возможно такъ называемое *relocatio*, т. е. явственное или безмолвное возобновленіе договора на прежнихъ условіяхъ. *Relocatio tacita* (см. fr. 14 D. 19, 2) имѣла мѣсто, когда, напр., наниматель по истеченіи срока найма продолжалъ жить въ домѣ, а хозяинъ этому не препятствовалъ. При этомъ срокъ для возобновленнаго найма сельской недвижимости всегда годичный (fr 13, § 11 D. 19, 2), а возобновленный наемъ городской недвижимости продолжается, пока его терпитъ наймодаель. 4). *Locatio-conductio rerum* прекращается одностороннимъ отказомъ отъ договора со стороны одного изъ контрагентовъ. Такой отказъ могъ имѣть мѣсто безъ объясненія причинъ, если не былъ назначенъ срокъ найма. Однако и при установленіи срока наймодаель могъ отказаться отъ договора по слѣдующимъ основаніямъ: а) по причинѣ неаккуратнаго представленія платы за наемъ, в) по причинѣ несогласнаго съ договоромъ пользованія вещью, с) для необходимыхъ поправокъ, д) вслѣдствіе конкурса, открывшагося противъ нанима-



теля, и е) вслѣдствіе непредвидѣнной надобности въ вещи, отданной въ наемъ.

Наниматель, въ свою очередь, могъ прекратить договоръ: а) когда locator медлитъ предоставленіемъ вещи въ пользованіе, не смотря на сдѣланное ему заявленіе; б) когда въ вещи оказываются недостатки, препятствующіе пользованію ею согласно контракту или заставляющіе опасаться ущерба при пользованіи (въ нанятой квартирѣ потолокъ грозитъ паденіемъ).—Смертью контрагента договоръ имущественнаго найма не прекращается; наоборотъ, онъ прекращается отчужденіемъ нанятаго имущества. Новый пріобрѣтатель вещи не связывается контрактомъ найма, заключеннымъ тѣмъ лицомъ, отъ котораго онъ пріобрѣлъ вещь, и можетъ прекратить договоръ, ибо этотъ новый пріобрѣтатель вещи не обязывался лично передъ ея нанимателемъ, а, получивъ ее во владѣніе пріобрѣлъ вещное право на нее, которое сильнѣе, чѣмъ вытекающее изъ обязательства право нанимателя, почему послѣднее и должно уступить первому. Понятно, что наниматель не лишается права требовать въ этомъ случаѣ вознагражденія за прерваніе найма отъ того лица, съ которымъ онъ заключилъ договоръ.

Но если новый пріобрѣтатель отданной въ наемъ вещи не захочетъ прекратить договора, то наниматель, отправляя по-прежнему свое право пользованія, не можетъ односторонне прекратить договора, такъ какъ остается обязаннымъ по отношенію къ первому наймодателю. По отношенію къ новому пріобрѣтателю онъ не стоитъ въ обязательственномъ отношеніи. Новый пріобрѣтатель можетъ осуществлять вытекающія изъ найма вещи требованія только лишь при помощи уступки ихъ ему locator'омъ (путемъ *cessio*). Такая уступка сама собою предполагается, когда наймодатель при самомъ отчужденіи отданной въ наемъ вещи уговаривается съ пріобрѣтателемъ о продолженіи найма.

*Locatio-conductio operarum*. Изложенныя начала, регулирующія отношенія имущественнаго найма, въ общемъ распространяются и на договоръ найма личнаго, предметомъ котораго являются временныя услуги наемника, оказываемыя нанимателю за извѣстную плату, хотя, конечно, разница въ предметѣ вызываетъ нѣкоторыя особенности. Говоря объ этомъ видѣ найма, прежде всего слѣдуетъ замѣтить, что, по римскому воззрѣнію, не всякаго рода услуги могутъ быть предметомъ найма. Римляне различали *operae liberales* и *illiberales*—свободныя и несвободныя профессіи. Къ первымъ относили они разныя формы умственнаго труда: трудъ ученаго, профессора, адвоката, медика, землемѣра, художника (если онъ не занимается искусствомъ, какъ ремесломъ). Этотъ трудъ признавался благороднымъ, и оплачивать его по началамъ найма считалось унижительнымъ. Другое дѣло трудъ промышленника или ремесленника, и даже живописца. Этого рода услуги назывались *operae mercenariae* (*vel quae locari solent*). Рѣзкая въ древнемъ быту разница между



обоими видами услугъ въ послѣдствіи, въ императорскій періодъ, стала сглаживаться, и либеральныя профессіи стали также оплачиваемыми; но вознагражденіе называлось здѣсь не *merces* (наемная плата), а *honorarium*, и нельзя было требовать этого гонорара путемъ иска изъ найма—*actio locati*, а можно было взыскивать его лишь путемъ *cognitio extra ordinem*.

Либеральныя профессіи перечислены во fr. 1, pr. и §§ 1—8 D. 50, 13. Между прочимъ, въ §§ 4—5 говорится о философахъ и профессорсахъ права. Относительно философовъ спрашивается *an et philosophi numero sint?* т. е. считалъ ли и ихъ въ числѣ профессоровъ, могущихъ получать гонораръ?—и дается отвѣтъ: *et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet mercenariam operam spernere*, т. е. не думаю, не потому, что преподаваніе философіи противно религіи, а потому, что имъ, философамъ, прежде всего надлежитъ учить презрѣнію къ платѣ за (умственный) трудъ.—О преподавателяхъ права въ § 5 замѣчено, что ихъ занятіе—*civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio numario non sit aestimanda nec dehonestanda*, и далѣе прибавляется, что вознагражденіе за трудъ въ этомъ случаѣ можетъ быть честно принято, но требовать его судомъ, путемъ иска, было бы безчестно.

Теперь перейдемъ къ изложенію отношеній, вытекающихъ изъ личнаго найма.

Для лица, отдавашаго въ наемъ свои услуги, вытекаетъ изъ договора обязанность служить другому лицу согласно съ договоромъ. Замѣна собственныхъ услугъ услугами другого лица, по общему правилу, не допускается, хотя по соглашенію она можетъ быть допускаема. Наемникъ, исполняя свои обязанности, отвѣчаетъ за всякій вредъ, происшедшій по его винѣ (за *culpa levis*).

Наниматель, съ своей стороны, обязанъ платить условленное вознагражденіе, хотя бы онъ по какому-либо случаю не могъ принять услугъ наемника. Если однако у наемника вслѣдствіе такого непринятія услугъ остается свободное время, въ продолженіе котораго онъ получаетъ заработокъ, или легко могъ бы его получить, то сумма этого заработка засчитывается ему въ плату. Въ случаѣ же, если наниматель умышленно или по своей винѣ отказался отъ принятія услугъ наемника, то онъ обязанъ вознаградить послѣдняго за весь интересъ. Если же наемникъ по случайнымъ, отъ него независимымъ обстоятельствамъ не можетъ довести до конца исполненіе договора, то наниматель все таки обязанъ выдать ему плату за то время, когда онъ договоръ исполнялъ.

Наемникъ можетъ прекратить договоръ по причинѣ неаккуратнаго представленія платы, а наниматель - въ томъ случаѣ, если окажется, что онъ по независимымъ обстоятельствамъ не можетъ принимать выговоренныхъ услугъ. Договоръ личнаго найма, конечно



прекращается смертью наемника, такъ какъ обязанность его здѣсь тѣсно связана съ его личностью; смертью же нанимателя договоръ прекращается лишь тогда, когда выговоренныя услуги по отношенію къ нанимателю имѣли чисто личный характеръ.

*Locatio conductio operis* можно назвать договоромъ найма работъ или подряда и поставки. При этомъ видѣ найма одно лицо, предприниматель, подрядчикъ, *conductor operis*, обязуется другому—заказчику, *locator'у operis*, сдѣлать за опредѣленную денежную сумму известную вещь или произвести какую-либо опредѣленную работу, представляющую въ своемъ результатѣ одно цѣлое (*opus*). Сюда, слѣдовательно, подойдетъ изготовленіе движимыхъ вещей, постройка, поставка (перевозка въ известное мѣсто вещей или людей) и т. д.

Въ обязательственныхъ отношеніяхъ этого рода иногда нелегко провести границу между наймомъ и куплей-продажей. Если заказчикъ даетъ матеріалъ для исполненія заказа, то, конечно, будетъ наемъ. Рѣшеніе представляется затруднительнымъ, если мастеръ употребляетъ свой матеріалъ. Нѣкоторые изъ римскихъ юристовъ обсуждали этотъ случай, какъ куплю—продажу; другіе же учили, что здѣсь имѣеть мѣсто купля—продажа лишь по отношенію къ матеріалу, а относительно работы имѣеть мѣсто наемъ. Юстиніанъ разрѣшилъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что, если матеріалъ весь или въ большей части данъ заказчикомъ, то это будетъ наемъ, а въ противномъ случаѣ будетъ купля—продажа (§ 41 *Inst.* III, 24; *fr.* 65 *D.*, 18, 1; *ср.* *Gai* III, 147).

Обязанности поставщика или подрядчика (*conductor'a*) состоятъ въ изготовленіи заказной вещи или въ выполненіи работы и въ выдачѣ ея заказчику; онъ отвѣчаетъ за всѣ недостатки исполненной имъ работы, не только обнаруженные при сдачѣ ея, когда заказчикъ можетъ на этомъ основаніи отказаться отъ приѣма и требовать уплаты интереса или сдѣлать соразмѣрный недостаткамъ работы вычетъ изъ платы,—но и послѣ сдачи, если при сдачѣ употребленъ обманъ. Если лицо, принявшее заказъ, по какому-нибудь случайному обстоятельству не имѣло возможности выполнить его, то оно все-таки можетъ требовать плату, соответствующую употребленному имъ труду; заказчикъ обязанъ уплатить цѣну работы, хотя бы заказанная вещь случайно погибла до сдачи, если только будетъ доказано, что погибшая вещь вполнѣ соответствовала выговореннымъ качествамъ и что заказчикъ непременно принялъ бы ее. За проволочку въ приѣмъ заказчикъ долженъ платить <sup>0</sup>/<sub>10</sub> а равно онъ обязанъ вознаграждать за всякія отступленія отъ договора.

Выше была указана, что предметомъ найма обыкновенно бываютъ вещи незамѣнимыя, которыя должны быть возвращены по окончаніи договора *in specie*, но что возможны и исключенія изъ этого правила, т.-е. возможно, что наниматель не обязанъ будетъ возвра-



тить тѣ же самыя вещи. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ говорятъ о locatio-conductio irregularis. Такой наемъ возможенъ лишь относительно вещей замѣнимыхъ и имѣетъ мѣсто въ двухъ случаяхъ: 1) когда предметъ найма отдается нанимателю въ собственность съ тѣмъ, чтобы онъ возвратилъ вещи того же качества и количества или ихъ стоимость (подобный случай имѣлъ мѣсто при наймѣ сельскихъ недвижимостей, когда нанимателю передавался по оцѣнкѣ инвентарь имѣнія съ обязанностью возстановить его въ томъ же количествѣ или уплатить его стоимость),— и 2) когда посылаемый куда-либо товаръ отдается перевозчику съ условіемъ, что на мѣстѣ доставки онъ представитъ не тѣ же самыя вещи in specie, а вещи того же качества и количества.

### Договоръ товарищества.

Inst. III, 25 de societate D. 17, 2; Cod. IV, 37. *Соколовскій*. Договоръ товарищества по римскому гражданскому праву.

Договоръ товарищества (societas) обыкновенно опредѣляютъ, какъ консенсуальный контрактъ, по которому двое или нѣсколько лицъ соединяются для достиженія общими средствами общей для нихъ цѣли. Договоръ этотъ относится къ категоріи двустороннихъ контрактовъ bonae fidei. Развитие свое онъ получилъ уже въ правѣ общенародныхъ въ jus gentium.

Историческое развитие этого договора доселѣ не выяснено. По мнѣнію большинства, товарищество впервые появилось въ видѣ полной общности имущества, возникавшей у родственниковъ, сообща получившихъ наслѣдство и продолжавшихъ вести общее хозяйство. Другіе ищутъ происхождение товарищества въ торговыхъ отношеніяхъ въ необходимости, напр. соединяться нѣсколькимъ купцамъ для покупки одной дорогой вещи, для покупки оптомъ извѣстнаго товара и т. д. Надо думать что оба мнѣнія имѣютъ свою долю правды: съ одной стороны, договоръ товарищества обязанъ своимъ развитіемъ торговымъ сношеніямъ, а съ другой,—ученіе римскихъ юристовъ объ этомъ договорѣ оказало замѣтное вліяніе на представление объ общности имущества у не раздѣлившихся членовъ семьи, благодаря чему у римскихъ юристовъ сложилось воззрѣніе, что societas устанавливаетъ между контрагентами quoddam jus fraternitatis, т. е. что отношенія между товарищами должны быть аналогичны братскимъ отношеніямъ, должны основываться на доброй совѣсти, довѣрїи и справедливости.

Товарищество, какъ уже сказано, контрактъ консенсуальный, т. е. для его установленія необходимо соглашеніе (consensus) cadaго



отдѣльнаго участника договора, направленное именно на установле-  
 ніе этого контракта. Одной общности имущества, которая можетъ  
 возникнуть даже случайно (при confusio, напр.) недостаточно для  
 возникновенія отношеній, вытекающихъ изъ договора товарищества,  
 хотя бы эта общность устанавливалась и по соглашенію; необходимо,  
 чтобы соглашеніе было направлено именно на установлеііе отношеній  
 товарищества, чтобы былъ animus contrahendae societatis. Поэтому,  
 если двоимъ лицамъ досталось въ наслѣдство или въ качествѣ лега-  
 та имущество, то это обстоятельство не устанавливаетъ еще между  
 ними отношеній societatis такъ же, какъ не будутъ товарищами  
 арендаторы, согласившіеся снять землю подъ посѣвъ изъ полу. Дѣй-  
 ствительность и сила договора товарищества не зависятъ отъ формы;  
 нужно лишь согласіе, которое можетъ быть даже молчаливымъ.

Изъ даннаго выше опредѣленія договора товарищества видно,  
 что онъ направляется на достиженіе общими средствами товарищей  
 извѣстной цѣли. Стало быть къ существеннымъ признакамъ даннаго  
 договора относятся, кромѣ 1) согласія каждаго, еще 2) обязательное  
 участіе каждаго изъ товарищей собственными силами и средствами  
 въ стремленіи къ достиженію общей цѣли и именно эта, недостижи-  
 мая единичными средствами каждаго изъ участниковъ, 3) цѣль.

Обязательное участіе каждаго изъ товарищей собственными си-  
 лами и средствами въ достиженіи общей цѣли выражается въ опре-  
 дѣленномъ взносѣ, который обязательно долженъ быть сдѣланъ каж-  
 дымъ товарищемъ. Взносъ этотъ можетъ состоять изъ всякаго рода  
 вещей, находящихся въ оборотѣ. Если онъ состоитъ изъ вещей тѣ-  
 лесныхъ, принадлежащихъ участнику договора въ собственность, то  
 онъ становится собственностью товарищества, когда эти вещи пот-  
 ребляемыя; вещи же непотребляемыя, безъ особаго уговора о пере-  
 дачѣ ихъ въ собственность, считаются предоставленными лишь въ  
 пользованіе.

Взносъ можетъ состоять и изъ правъ требованія (изъ личныхъ  
 услугъ или работы), которыя участникъ уступаетъ своимъ сотовари-  
 щамъ. Не требуется, чтобы взносъ былъ для всѣхъ участниковъ од-  
 нороденъ и для всѣхъ равноцѣненъ, лишь бы онъ представлялъ эконо-  
 мическую выгоду. Приглашеніе къ участію въ операціяхъ товари-  
 щества безъ взноса разсматривается, какъ актъ даренія, а не какъ  
 договоръ товарищества.

Что касается цѣли товарищества, то она можетъ быть весьма  
 разнообразна. Въ современной наукѣ не установилось еще общее  
 мнѣніе относительно того, должна ли цѣль непременно быть имуще-  
 ственной или же она можетъ быть и другой, напр. ученой, литера-  
 турной или одно лишь веселое времяпрепровожденіе. (Можно ли,  
 напр. разсматривать, какъ договоръ товарищества, соглашеніе нѣс-  
 колькихъ лицъ, въ складчину накупившихъ всякихъ лакомствъ и



нанявшихъ лодку, чтобы плыть по рѣкѣ и весело провести вечеръ?). Большинство авторовъ высказывается за то, что цѣль товарищества можетъ быть не только имущественная; но она должна быть дозволенной, физически и нравственно возможной. Всего чаще, конечно, товарищество устанавливается для извѣстнаго приобрѣтенія (*lucrum*).

По цѣли, характеру и объему выговариваемыхъ для ея достиженія взносовъ различаютъ слѣдующіе виды товарищества. 1) Полное товарищество—*societas totorum* или *omnium bonorum*, т. е. такое, когда общимъ является все имущество товарищей сполна и не только настоящее, но и будущее, имѣющее быть приобрѣтеннымъ какимъ бы то ни было образомъ. Такое товарищество обнимаетъ какъ активъ, такъ и пассивъ, т. е. и наличное имущество и долги каждаго товарища за исключеніемъ долговъ, вытекающихъ изъ правонарушеній.

2) Товарищество приобрѣтательное—*societas omnium quae ex quaestu veniunt*, въ силу котораго все, приобрѣтаемое дѣятельностью товарищей съ момента заключенія договора, становится общимъ. Общность здѣсь, такимъ образомъ, не распространяется на имущества, принадлежавшія участникамъ договора въ моментъ заключенія его, а лишь на доходъ съ этихъ имуществъ, на заработокъ товарищей и на всѣ возмездныя приобрѣтенія.

На безмездныя приобрѣтенія, сдѣланныя впоследствии, общность не распространяется.—Въ случаяхъ, когда возникаетъ сомнѣніе относительно того, какой именно видъ товарищества желали заключить стороны, возникаетъ предположеніе въ пользу указаннаго сейчасъ приобрѣтательнаго товарищества.

3) Товарищество можетъ быть заключено для совершения ряда определенныхъ дѣйствій, для веденія извѣстнаго промысла, торговли... Таковы товарищества банкировъ, торговцевъ рабами и т. п. Этого вида товарищество называется *societas negotiationis*. Общимъ будетъ здѣсь все, приобрѣтаемое путемъ даннаго промысла.

4) Иногда товарищество составляется для совершения какого-либо одного дѣла—*societas unius rei*, напр. двое сообща покупаютъ весь товаръ на корабль.

5) Источники различаютъ, какъ особый видъ товарищества, *societas vectigalis*—товарищество публикановъ, откупщиковъ сбора государственнаго налога. Но этотъ видъ въ сущности подходитъ подъ понятіе *societas negotiationis*.

При всѣхъ этихъ видахъ товарищество устанавливается съ цѣлью приобрѣтенія (*lucrum*). Каждый изъ товарищей участвуетъ въ выгодахъ и потеряхъ. Доля его участія можетъ быть опредѣлена соглашеніемъ. При отсутствіи такового, доли участія признаются равными независимо отъ величины и характера взносовъ. Соглашеніе о томъ, чтобы извѣстное лицо участвовало во взносахъ, но не участво-



вало въ выгодахъ, не подойдетъ подъ понятіе товарищества. Этотъ послѣдній случай въ источникахъ носить названіе *societas leonina*— лъвиное товарищество.

### ✓ Права и обязанности контрагентовъ договора товарищества.

Товарищество—договоръ двусторонній или взаимный, изъ котораго для каждаго участника вытекають извѣстныя права и обязанности, для осуществленія которыхъ каждому изъ нихъ принадлежитъ искъ—*actio pro socio*, къ помощи котораго можно прибѣгать какъ по окончаніи товарищества, такъ и во время его существованія, всякій разъ, когда со стороны котораго-либо изъ товарищей имѣеть мѣсто нарушение договора. Такъ какъ основнымъ выдающимся принципомъ этого договора является взаимное личное довѣріе товарищей, то отъ послѣднихъ особенно строго требуется добросовѣстность, *bona fides*, во взаимныхъ отношеніяхъ, и вслѣдствіе этого осужденіе по *actio pro socio* влечетъ *infamiam*.

Каждый изъ участниковъ договора обязанъ 1) представить извѣстный взносъ въ распоряженіе товарищества (или представить извѣстныя услуги; вообще исполнить то, чѣмъ онъ обязался содѣйствовать дѣлу товарищества). При представленіи взноса можетъ возникнуть вопросъ объ *evictio* и о скрытыхъ недостаткахъ предмета взноса, разрѣшаемый по тѣмъ же правиламъ, какъ и при договорѣ купли-продажи. 2) Товарищъ обязанъ по мѣрѣ силъ участвовать въ товарищескихъ операціяхъ въ качествѣ довѣреннаго лица товарищества. Если онъ ведетъ дѣла товарищества по порученію, то примѣняются начала договора довѣренности, если же безъ порученія, то правило о *negotiorum gestio*. 3) Товарищъ обязанъ внести въ общую кассу всѣ приобрѣтенія по дѣламъ товарищества; отъ него можетъ быть потребованъ отчетъ въ полученныхъ выгодахъ, но онъ имѣеть право на возмѣщеніе ему издержекъ и убытковъ, понесенныхъ въ интересъ товарищества. 4) Товарищъ обязывается оказывать въ дѣлахъ товарищества *diligentiam qualem in suis rebus adhibere solet* и отвѣчаетъ передъ товарищами по иску *pro socio* за всякій ущербъ, причиненный товариществу по его *dolus* и *culpa in concreto*.

### Отношенія къ третьимъ лицамъ.

Товарищество (*societas*) въ римскомъ правѣ не юридическое лицо, поэтому въ отношеніи къ третьимъ лицамъ оно не обсуждается, какъ самостоятельный субъектъ права. Третьи лица имѣють дѣло не съ товариществомъ, какъ цѣлымъ, а съ отдѣльными физическими лицами, ведущими дѣла товарищества. Для распространенія послѣд-



ствій сдѣлки, заключенной третьимъ лицомъ съ однимъ изъ товарищей, на все товарищество необходимо, чтобы этотъ товарищъ дѣйствовалъ по довѣренности или чтобы всѣ товарищи участвовали въ сдѣлкѣ непосредственно. При этихъ условіяхъ каждый изъ товарищей пріобрѣтаетъ права и несетъ отвѣтственность въ размѣрѣ своей доли, своего участія.

Возможны случаи, что участники товарищества на свою долю участія устанавливаетъ самостоятельное товарищество. (Напр. А. согласился съ В. и С. сообща купить весь хлѣбъ въ мѣстныхъ амбарахъ и, не имѣя лично капитала для участія въ  $\frac{1}{3}$  долѣ интереса, договорился, въ свою очередь, съ Е. Г. Д. и т. д. что они сообща соберутъ средства на причитающійся на его долю взносъ и сообща получать его долю хлѣба). Этого рода случаи проф. Азаревичъ обозначилъ словомъ подтоварищество, хотя въ особомъ терминѣ здѣсь нѣтъ надобности. Необходимо во всякомъ случаѣ замѣтить, что участники послѣдняго товарищества не имѣютъ никакого отношенія къ участникамъ перваго. *Socii mei socius meus socius non est.* Товарищество устанавливается лишь по соглашенію, а соглашеніе, заключенное однимъ изъ товарищей съ другими лицами, для участниковъ первоначальнаго товарищества будетъ *res inter alios acta*, ни къ чему ихъ не обязывающая.

### Прекращеніе договора товарищества.

По римскому праву товарищество не можетъ быть установлено навсегда. *Nulla societas in aeternum coitio est* (fr. 70. D. I. 17, fit. 2). Различаютъ необходимое и добровольное прекращеніе товарищества. *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione*—сказано во fr. 63, § 10 и fr. 65 pr. D. 17, 2; *dissociamur renuntiatione, morte, capitis deminutione et egestate* (fr. 4, § 1 D. 17, 2). Итакъ, товарищество прекращается, во 1-хъ, истеченіемъ срока, на который оно было установлено, или наступленіемъ резолютивнаго условія; во 2-хъ, достиженіемъ цѣли, для которой оно установлено; въ 3-хъ, по общему согласію всѣхъ товарищей; въ 4-хъ, вслѣдствіе отреченія отъ договора одного или нѣсколькихъ товарищей. Никто не можетъ быть принужденъ оставаться въ товариществѣ съ другими помимо его воли. См. I. 5 Cod. 3, 37. Соглашенія, которыя устанавливали бы противное, недѣйствительны. Но однако такое одностороннее отреченіе прекращаетъ договоръ лишь въ томъ случаѣ, если изъ него не возникаетъ вреда для общаго дѣла; въ противномъ же случаѣ отрекшійся освобождаетъ отъ себя своихъ товарищей, но не себя отъ нихъ. *Socium a se, non se a socio liberat* (fr. 65, § 3 D. 17, 2). Это



же послѣднее правило имѣть мѣсто и при одностороннемъ отреченіи товарища ранѣе установленнаго въ договорѣ срока.

Независимо отъ воли товарищей договоръ товарищества прекращается 1) смертью одного изъ товарищей съ момента, когда о ней стало извѣстно остальнымъ товарищамъ. Если остальные товарищи и послѣ продолжаютъ оставаться въ отношеніяхъ товарищества между собою и съ наслѣдниками умершаго, по соглашенію съ ними, то это значить, что они заключили между собою новый договоръ. Наслѣдственная преемственность отношеній по товариществу невозможна потому, что въ этомъ договорѣ все основано на довѣрїи къ опредѣленнымъ личнымъ качествамъ товарища, которыхъ наслѣдникъ можетъ и не имѣть. Указать же ранѣе въ договорѣ наслѣдника нельзя, такъ какъ вообще невозможно въ римскомъ правѣ назначеніе наслѣдника по договору.

Наслѣдникъ умершаго товарища обязанъ однако окончить начатія послѣднимъ дѣла товарищества и несетъ передъ послѣднимъ въ этомъ случаѣ отвѣтственность за *culpa lata*.

2) Независимо отъ воли товарищей договоръ прекращается вслѣдствіе *capitis deminutio maxima* или *media* одного изъ товарищей.

3) Товарищество прекращается *egestate*, т. е. потерей однимъ изъ товарищей всего имущества, напр. при конкурсѣ или конфискаціи.—и 4) всякій, разъ, когда дѣлается извѣстнымъ, что цѣль товарищества недостижима по причинамъ физическимъ или юридическимъ (гибнуть необходимыя для достиженія цѣли вещи, самая цѣль объявляется закономъ недозволенной)...

Съ прекращеніемъ товарищества прекращаются и всѣ его операціи, но обязательственная связь между товарищами еще не прекращается, пока не выполнены всѣ, возникшія изъ договора, отношенія. При прекращеніи договора прежде всего опредѣляются результаты дѣятельности товарищества, происходитъ такъ называемая ликвидація дѣлъ, т. е. опредѣленіе актива и пассива товарищества, а равно взаимныхъ правъ и обязанностей товарищей между собою и къ третьимъ лицамъ. За ликвидаціей слѣдуетъ раздѣлъ общей имущественной массы между товарищами.

## Mandatum---довѣренность.

Inst. III, 26 de mandato. Dig. 17,1 mandati vel contra и Cod. IV, 35 mandatum.

Договоръ довѣренности (*mandatum*) есть консенсуальный контрактъ, по которому одно лицо (повѣренный, *mandatarius*, *procurator*)



по порученію (волѣ) другого (довѣрителя, *mandans*) обязуется безмездно принять на себя веденіе извѣстнаго дѣла или дѣль послѣдняго, иначе—обязуется быть представителемъ послѣдняго, совершать юридическія дѣйствія отъ его имени и въ его пользу. Въ этомъ опредѣленіи указаны все существенные признаки договора довѣренности.

1) Указано, что договоръ устанавливается *соглашеніемъ*, выражаемымъ обыкновенно въ актѣ порученія со стороны довѣрителя. Не все лица могутъ принимать на себя такое порученіе. Женщины, солдаты, клирики и *infames* ограничены въ правѣ вести чужія дѣла. Порученіе можетъ быть дано явственно или безмолвно, подъ условіемъ и на срокъ.

2) Порученіе должно быть дано *въ интересъ довѣрителя*. Если повѣренному поручается совершить какое-либо дѣйствіе исключительно въ его собственномъ интересѣ, то такое порученіе должно разсматриваться, какъ простой совѣтъ (*consilium*), необязательный для повѣреннаго и не устанавливающій между послѣднимъ и довѣрителемъ никакого договорнаго отношенія, *quia nemo ex consilio obligatur* (1. 2, § 6 D. 17, 1 и § 6 Inst. 3, 26). Возможенъ конечно случай, что совѣтъ былъ данъ со злымъ намѣреніемъ, именно съ цѣлью причинить вредъ тому, кому онъ данъ; въ этомъ случаѣ источники справедливо признаютъ совѣтника отвѣтственнымъ за происшедшій вредъ. См. fr. 47, D. 50, 17 и fr. 10, § 1 D. 17, 1. Равнымъ образомъ, если лицо, давая совѣтъ, беретъ на свой страхъ его исполненіе, онъ отвѣчаетъ за вредъ, могущій произойти отъ этого исполненія; см. fr. 12, § 13 D. 17, 1, гдѣ сказано: „если бы кто сказалъ тебѣ: дай денегъ взаймы на мой рискъ, то ты хорошо помѣстилъ свои деньги, потому что здѣсь есть мѣсто для иска, вытекающаго изъ *mandatum*“.

Порученіе въ интересъ третьяго лица также не можетъ считаться само по себѣ дѣйствительнымъ, ибо третье лицо, какъ не участвовавшее лично въ соглашеніи, но можетъ получить на основаніи договора никакихъ правъ, а довѣритель, въ свою очередь, также лично не заинтересованъ въ исполненіи порученія и не можетъ имѣть по этому основанію требовать его исполненія. Другое дѣло, если довѣритель самъ имѣетъ какой-либо интересъ въ исполненіи порученія, даннаго въ интересъ третьяго лица, или если повѣренный выполнить также порученіе добровольно.

3) Порученіе должно быть дано на совершеніе *дозволенныхъ* юридическихъ дѣйствій. Всякое порученіе на совершеніе дѣйствій, противныхъ закону и доброй нравственности, конечно, недѣйствительно. А поручаетъ пріятелю совершить воровство, пріятель совершаетъ порученіе, но попадаетъ и платитъ штрафъ; послѣдній не можетъ ничего искать на основаніи договора съ лица А. Этотъ примѣръ приведенъ въ § 7 Inst. 3 кн., tit. 26.



4) Порученіе принимаются *безмездно*. *Mandatum* предполагаетъ дружескую услугу, оказываемую охотно, по нравственной обязанности. *Mandatum nisi gratuitum nullum est, nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces* (fr. 1, § 4 D. 17, 1). Какъ скоро выговаривается вознагражденіе, то будетъ уже не *mandatum*, а или личный наемъ или безымянный контрактъ. Но вознагражденіе, данное въ видѣ благодарности по выполненіи порученнаго довѣрителемъ дѣйствія, не лишаетъ договора характера *mandatum'a*, лишь бы вознагражденіе не было обязательно. Однако въ императорскій періодъ обѣщаніе денежнаго гонорара за исполненіе порученія признано было вообще дозволительнымъ; нельзя только было требовать этого гонорара путемъ иска, а нужно было прибѣгать къ *cognitio extra ordinem*. Мы уже говорили объ этомъ рода вознагражденіи адвокатовъ за веденіе процессовъ.

5) Порученіе дается или на совершеніе одного дѣйствія или на выполненіи цѣлаго ряда ихъ, на управленіе дѣлами извѣстнаго разряда или наконецъ, всѣми дѣлами довѣрителя. Отсюда различіе между *procurator singularis* и *procurator omnium bonorum*, различіе, о которомъ говорилось еще въ общей части курса (fr. 1, § 1 D. 3, 3).

### Юридическія послѣдствія, вытекающія изъ договора довѣренности.

*Mandatum* по своей природѣ есть договоръ односторонній; изъ существа его вытекаетъ право требованія лишь для одного довѣрителя, осуществляемое при помощи *actio mandati directa*.

Обязанности, возлагаемыя договоромъ на повѣреннаго, выполненіе которыхъ можетъ быть требуемо при помощи названнаго иска, сводятся къ слѣдующему:

а) Повѣренный обязанъ въ точности исполнить принятое имъ на себя порученіе, согласно данной инструкціи или, при отсутствіи послѣдней, согласно смыслу даннаго порученія, выгодѣ и предполагаемой волѣ довѣрителя. Исполненіе порученнаго дѣла повѣренный можетъ передать другому лицу, но при такой *substitutio* повѣренный не освобождается отъ отвѣтственности передъ довѣрителемъ, а между послѣднимъ и тѣмъ лицомъ, которому повѣренный, вмѣсто себя, поручилъ веденіе дѣла, не устанавливается никакого обязательственнаго отношенія. Конечно, разрѣшеніе на субституцію можетъ быть дано въ самомъ договорѣ и, если при этомъ указано опредѣленное лицо, то съ повѣреннаго снимается отвѣтственность за дѣйствія послѣдняго.—Отъ повѣреннаго нельзя, конечно, требовать непременно достиженія цѣли довѣренности, а можно лишь требовать, чтобы онъ старался добросовѣстно ея достигнуть, не отступая въ своихъ дѣйствіяхъ отъ порученія, не выходя изъ предѣловъ воли довѣрителя. Напр.



А. поручилъ В. купить домъ за 1000, а продавецъ требуетъ дороже; повѣренный не будетъ отвѣчать за то, что не купилъ дома, не сумѣлъ убѣдить продавца согласиться на 1000; но онъ будетъ отвѣчать если безъ вѣдома довѣрителя дастъ большую цѣну.

Относительно случая нарушенія довѣренности повѣреннымъ возникаетъ вопросъ, отвѣчаетъ ли довѣритель за дѣйствія повѣреннаго хотя настолько, насколько послѣдній не выходилъ изъ предѣловъ довѣренности, или же онъ вовсе неотвѣтственъ. Этотъ вопросъ спорный въ классической юриспруденціи, разрѣшенъ Юстиніаномъ утвердительно, согласно мнѣнію прокулеанцевъ.

b) Повѣренный обязанъ отдать отчетъ о своей дѣятельности въ качествѣ такового и выдать всѣ полученныя для доставленія довѣрителю вещи, а равно и обязательственныя требованія.

c) Повѣренный отвѣчаетъ передъ довѣрителемъ за *omnis culpa* при выполненіи порученія.

— Довѣритель по существу договора не обязанъ ни къ какому опредѣленному дѣйствію въ пользу повѣреннаго; но при исполненіи послѣднимъ порученія могутъ имѣть мѣсто такія обстоятельства, не вытекающія изъ существа договора, которыя даютъ повѣренному право требованія по отношенію къ довѣрителю, для чего повѣренный имѣетъ искъ *mandati contraria*. Такъ, повѣренный можетъ требовать возмѣщенія сдѣланныхъ имъ добросовѣстно издержекъ на выполненіе порученія, хотя бы предполагаемая цѣль не была достигнута. Далѣе повѣренный можетъ требовать, чтобы довѣритель освободилъ его отъ обязательствъ, принятыхъ имъ на себя по поводу исполненія порученія, и, наконецъ, чтобы довѣритель вознаградилъ его за всякій вредъ, понесенный имъ по исполненію порученія, кромѣ вреда, происшедшаго отъ случая (напр. отъ кораблекрушенія), за который довѣритель не отвѣчаетъ.

### Прекращеніе договора довѣренности.

Договоръ довѣренности прекращается 1) исполненіемъ порученія (если повѣренный *procurator specialis*), 2) истеченіемъ времени, на которое выдана довѣренность, 3) по волѣ довѣрителя, 4) отказомъ со стороны повѣреннаго. Надо замѣтить, что въ случаѣ, если отказъ произойдетъ не во время, т. е. въ такую пору, когда онъ повлечетъ за собою ущербъ для довѣрителя, то послѣдній вправе требовать вознагражденія за этотъ ущербъ. Отреченіе отъ договора со стороны самого довѣрителя не поражаетъ правъ третьихъ лицъ, совершившихъ сдѣлки съ повѣреннымъ послѣ отреченія, но не зная о немъ. 5) Наконецъ, договоръ прекращается смертью довѣрителя или повѣ-



реннаго. Но здѣсь надо замѣтить, что ни повѣренный ни третьи лица не несутъ ущерба, если они дѣйствуютъ, совершаютъ стѣлки, не зная о смерти довѣрителя. Вѣрнѣе сказать, что договоръ довѣренности прекращается не смертью довѣрителя, а получениемъ извѣстія о ней. Контрагенты могутъ и заранѣе условиться о томъ, чтобы полномочіе повѣреннаго не прекращалось смертью довѣрителя; подобное условіе даже подразумѣвается при *mandatum post mortem*, т. е. при порученіи, которое только и можетъ быть выполнено по смерти довѣрителя.

---



## Раста.

Выше мы разсмотрѣли всѣ тѣ виды соглашеній, которыя вошли въ римскомъ правѣ въ кругъ контрактовъ, договоровъ, при которыхъ имѣется *civilis obligationis*. Безъ этой *causa* договорное соглашеніе, какъ мы уже говорили, не рождаетъ по римскому представленію, ни цивильнаго обязательства ни иска въ его защиту, а рождаетъ лишь естественное обязательство, которое можетъ получить охрану лишь при помощи возраженія противъ иска. *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur* [Paulus, Sent. 2, 14, § 1 и fr. 15, D. 19, 5]. *Nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem* (fr. 7, § 4 D. 2, 14).

Древній римскій бытъ, можетъ-быть, потому не нуждался въ охранѣ посредствомъ исковъ простыхъ соглашеній, что стипуляція представляла довольно удобную форму, облекаясь въ которую, соглашеніе сторонъ получало силу цивильнаго обязательства. Однако, даже съ смягченіемъ строгихъ формальныхъ условій дѣйствительности стипуляціи, не всегда можно было прибѣгать къ ней, во 1-хъ, по причинѣ ея строго односторонняго характера, а, во 2-хъ, потому, что для ея совершенія требовалось непременно личное присутствіе контрагентовъ, и она, стало быть, не пригодна для соглашеній, которыя заключаются лицами, живущими въ разныхъ мѣстахъ на значительномъ разстояніи другъ отъ друга. Словомъ, съ развитіемъ оборота отсутствіе охраны путемъ иска обязательствъ, вытекавшихъ изъ раста, стало стѣснительнымъ; несмотря на расширение круга контрактовъ, явилась надобность распространить охраненіе исками и на неформальныя соглашенія—раста. И вотъ, прежде всего тѣ раста, которыя заключались, какъ добавочныя статьи при контрактахъ *bonae fidei tracta adjectat*, римскіе юристы нашли возможнымъ охранять помощью иска, вытекающаго изъ того контракта, къ которому присоединялось добавочное соглашеніе.—Съ другой стороны, праеогы по нѣкоторымъ раста въ интересахъ справедливости стали давать иски. Эти раста стали называться праеогія. Наконецъ, для нѣкоторыхъ раста охрана путемъ исковъ создана была прямо закономъ—это раста *legitima*. Всѣ эти первоначально не охранявшіяся, а потомъ получившія охрану путемъ иска раста называются раста *vestita* въ отличіе отъ раста *nuda*—соглашеній исками не охраняемыхъ.



## Pacta adjecta.

Pacta adjecta это побочныя соглашенія, включаемыя въ контракты *bonae fidei* и получающія защиту не сами по себѣ, а помощью иска, вытекающаго изъ главнаго договора, въ который они были включены. Подобныхъ соглашеній можетъ быть нѣсколько въ одномъ и томъ же договорѣ. Они могутъ быть крайне разнообразны по содержанию, и нѣтъ возможности исчислить ихъ, а можно указать лишь на тѣ, которыя наиболѣе встрѣчаются въ практикѣ, особенно при договорѣ купли—продажи. Сюда относятся:

1) *In diem addictio*—соглашеніе при куплѣ—продажѣ, по которому продавецъ выговариваетъ себѣ право отказаться отъ договора, если въ теченіе извѣстнаго срока со времени его заключенія, найдеть другого покупателя, предлагающаго болѣе выгодныя условія. Будучи включено въ договоръ купли—продажи, соглашеніе этого рода охраняется посредствомъ *actio venditi*.

2) *Pactum commissorium* или *lex commissoria*—соглашеніе, по которому контрагентъ, не исполнившій въ извѣстный срокъ обязательства, лишается правъ, вытекающихъ изъ главнаго договора.

3) *Pactum displicentiae*—соглашеніе о правѣ въ теченіе извѣстнаго времени отступить отъ договора.

4) *Pactum reservati dominii*—соглашеніе, по которому продаваемая вещь остается въ собственности продавца до уплаты покупателемъ ея цѣны.

5) *Pactum reservatae hypothecae*—соглашеніе по которому продавецъ получаетъ залоговое право на проданную вещь до уплаты покупателемъ ея цѣны.

6) *Pactum de retro vendendo*, по которому продавецъ выговариваетъ себѣ право обратно купить проданную вещь за ту же цѣну или за другую, выговоренную заранее или имѣющую быть опредѣленной впоследствии.

7) *Pactum de retro emendo*, по которому покупатель, выговариваетъ право отдать назадъ вещь и получить обратно цѣну ея.

8) *Pactum protimeseos*, въ силу котораго продавецъ получаетъ преимущественное право покупки продаваемой имъ вещи въ случаѣ, если покупатель потомъ вздумаетъ продать ее.

9) *Pactum de non alienando*, по которому покупатель обязывался вовсе не продавать купленной вещи или не продавать ее извѣстнымъ лицамъ.

## Pacta praetoria.

1) *Pactum hypothecae*—соглашеніе, устанавливающее на вещь залоговое право безъ передачи ея во владѣніе залогопринимателю.



2) Pactum jurisjurandi—соглашение о разрѣшеніи спорнаго дѣла присягой.

3) Особенно важнымъ и наиболее часто практиковавшимся видомъ pacta этой категоріи является *constitutum debiti*. Это соглашение, по которому лицо обѣщаетъ лично произвести платежъ по данному долгу своему (*constitutnm debiti proprii*) или чужому (*constitutum debiti alieni*); въ послѣднемъ случаѣ имѣемъ дѣло съ одной изъ формъ поручительства. При помощи соглашения этого рода обыкновенно имѣлось въ виду добиться отсрочки уплаты по долгу, уже подлежащему уплатѣ. *Constitutum*, устанавливая новое обязательство, не отмѣняетъ прежняго, не влечетъ обновленія (*novatio*) обязательства. Обязательство, по которому *constitutum* заключается, должно существовать въ моментъ соглашения, а потомъ можетъ быть и погашено, напр. по давности. *Constitutum*, или обѣщаніе платежа могло быть дано какъ по отношенію къ цивильному, такъ и къ естественному обязательству.

Въ обѣщаніи платежа могли быть выговорены особенности сравнительно съ содержаніемъ прежняго долга, могъ быть измѣненъ предметъ, а также время и мѣсто платежа, установленныхъ по первоначальному обязательству. Но въ случаѣ, если въ *constitutum* заключалось обѣщаніе уплатить большее, то оно низводилось до суммы главнаго долга.

*Constitutum debiti* получило охрану посредствомъ даннаго преторомъ иска—*actio de pecunia constituta* (*seu conistoria*). Самое названіе показываетъ, что первоначально это соглашение могло имѣть мѣсто лишь при долгахъ денежныхъ. Юстиніанъ сдѣлалъ его возможнымъ при всѣхъ обязательствахъ. Уплата по *constitutum* погашала и главный долгъ, а неисполненіе обѣщанія платежа влекло за собою штрафъ въ 50% со всей должной суммы (*sponsio demidiae partis*). При корреальныхъ обязательствахъ обѣщаніе произвести платежъ, данное одному изъ кредиторовъ, давало право требованія лишь для послѣдняго.

### **Pacta legitima.**

Здѣсь относятся *pactum dotale* и *pactum de donando*—соглашеніе о приданомъ и соглашеніе, по которому одна сторона обязывается совершить дареніе въ пользу другой. О *pactum dotale*, т.-е. о соглашеніяхъ, имѣющихъ мѣсто при установленіи приданаго, рѣчь будетъ итти въ брачномъ правѣ. Что же касается соглашения о дареніи, то особая природа института даренія требуетъ внимательнаго и подробнаго его разсмотрѣнія. Недостатокъ времени принуждаетъ насъ къ



сожалѣнію, ограничиться лишь краткимъ изложеніемъ ученія о дареніи вообще и о pactum de donando въ частности. D. 39. 5. Cod. 8. 53. i. 2. 7. De donationibus.

Подъ понятіе даренія въ обширномъ смыслѣ подходитъ всякое добровольное предоставленіе однимъ лицомъ другому имущественной выгоды. Въ этомъ смыслѣ отказъ и даже оставленіе наслѣдства могутъ быть названы дарственными способами приобрѣтенія и отчужденія имущества—дареніями. Precarium, commodatum, depositum также заключаютъ въ себѣ дареніе въ этомъ обширномъ смыслѣ. Въ тѣсномъ же смыслѣ подъ дареніемъ надо разумѣть безмездное и добровольное предоставленіе однимъ лицомъ—дарителемъ (donator) другому, одаряемому (donatarius), при явномъ или молчаливомъ его на то согласіи, имущественной выгоды, совершаемое изъ благоволенія къ одаряемому и влекущее на сторонѣ дарителя уменьшеніе, а на сторонѣ одаряемаго увеличеніе имущества. Въ этомъ опредѣленіи указаны всѣ существенные признаки понятія даренія, а именно:

1) *Безмездное предоставленіе выгоды.* Полученіе эквивалента исключаетъ понятіе благодѣянія. Купля и мѣна не могутъ быть подвдимы подъ понятіе даренія. Но бываютъ, во 1-хъ, случаи, когда дареніе облекается, по видимости, въ форму возможной сдѣлки (этотъ случай относится къ ученію о притворныхъ дѣйствіяхъ), а во 2-хъ, бываютъ случаи, что дареніе присоединяется, такъ сказать, къ возмездной сдѣлкѣ: вещь можетъ быть, напр., продана за низкую цѣну, чтобы дать покупателю возможность воспользоваться выгодой. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ, такимъ образомъ, рядомъ съ возмездной сдѣлкой совершается и дареніе на ту сумму, на которую вещь намѣренно уступлена дешевле ея стоимости. Въ 3-хъ, здѣсь же должны быть упомянуты случаи даренія sub modo, т. е. съ уговоромъ произвести изъ даримаго имущества извѣстныя затраты. Всѣ случаи эти, какъ легко видѣть, не противорѣчатъ признаку безмездности даренія.

2) *Предоставленіе выгоды должно быть добровольное.* Donari viderum quod nullo jure cogente conceditur. Поэтому не будетъ дареніемъ предоставленіе выгоды, совершаемое по обязанности предоставляющаго, напримѣръ, исполненіе естественнаго обязательства или сбавка арендатору съ арендной платы по случаю градобітія (remissio mercedis). Но дареніе по чувству родственной связи, по тѣсной дружбѣ, а также изъ благодарности къ одаренному (donatio remuneratoria) вполне подходитъ подъ понятіе даренія. Нѣкоторые авторы, напри- мѣръ Molitor, не согласны признавать дареніемъ donatio remuneratoria, но справедливѣе и согласнѣе съ источниками мнѣніе, господствующее со времени Савиньи, по которому не только donatio remuneratoria, т. е. въ благодарность за даръ, но и такъ называемое donatio



reciproca—взаимное дареніе считается настоящимъ дареніемъ, если между обоими дареніями нѣтъ принудительной связи, а они совершаются свободно, не *animo solvendi*, не съ намѣреніемъ уплатить за доставленную имущественную выгоду, а *animo donandi*, т. е. именно съ намѣреніемъ одарить другое лицо.

3) Это *намѣреніе именно одарить*, т. е. предоставить имущественную выгоду изъ благоволенія къ одаряемому есть третій существенный признакъ даренія. Поэтому предоставленіе имущественной выгоды однимъ лицомъ другому, совершаемое вслѣдствіе заключенной между ними мировой сдѣлки, не подойдетъ подъ понятіе даренія. Не будетъ также дареніемъ продажа вещи по незнанію или по необходимости за слишкомъ низкую цѣну и т. п.

4) Четвертый признакъ даренія—это *дѣйствительное уменьшеніе имущества дарителя*. Поэтому не будетъ дареніемъ: назначеніе лица наслѣдникомъ или легатаромъ, отреченіе отъ пріобрѣтенія имущества, (напримѣръ наслѣдства) и т. п.

5) Послѣдній существенный признакъ даренія есть *увеличеніе имущества одаряемаго*. Необходимо для понятія даренія, чтобы оно дѣлало одаряемаго богаче—*locupletior*. Поэтому не подойдутъ подъ понятіе даренія всѣ такія дѣйствія, въ которыхъ, хотя и содержится имущественное пожертвованіе одной стороны, но оно не ведетъ къ обогащенію другой. Такъ, предоставленіе поручительства или залога за чужой долгъ не будетъ дареніемъ.

Наконецъ, послѣдній существенный признакъ даренія есть 6) *согласіе на него лица одаряемаго*. Многие авторы отвергаютъ значеніе этого признака и учатъ, что согласіе одаряемаго не входитъ въ понятіе даренія.

Это послѣднее мнѣніе, со времени Савиньи имѣющее не мало сторонниковъ и проводимое между прочимъ въ учебникахъ Барона и Азаревича, должно быть, по нашему мнѣнію, признано ошибочнымъ. Правы, напротивъ, тѣ ученые, которые, какъ напримѣръ Умовъ, въ его монографіи о дареніи, держатся того мнѣнія, что дареніе немислимо безъ принятія его со стороны одареннаго. Проф. Азаревичъ самъ вслѣдъ за Савиньи приводитъ тѣ слова источниковъ, которые говорятъ, что дареніе не можетъ имѣть мѣста противъ воли одаряемаго: *non potest liberalitas nolenti acquiri* (I. 19 § 2 D. 394), *invito beneficium non datur* (I. 69. D. 50. 17.)—и разсуждаетъ такъ, что въ этихъ мѣстахъ не требуется непременно согласіе одаряемаго, а считается недостаточнымъ отсутствіе несогласія. Это вполне вѣрно въ томъ смыслѣ, что не требуется согласія ясно выраженнаго. Затѣмъ въ интересахъ обѣихъ сторонъ считаютъ возможнымъ довольствоваться здѣсь естественно возникающимъ предположеніемъ о наличности этого согласія, пока противное не будетъ выражено явно. Словомъ, согласіе одаряемаго явное или



молчаливое для понятія даренія все-таки необходимо. Примѣры, приводимые въ опроверженіе этого, напримѣръ платежъ чужого долга безъ вѣдома должника и др., неправильно подводятся подъ понятіе даренія. Въ платежъ чужого долга заключается принятіе на себя чужого дѣла безъ порученія. Если согласія должника на принятіе этого акта щедрости нѣтъ и онъ запротестуетъ противъ него, то онъ всегда вправѣ заставить уплатившаго съ цѣлью одарить, принять отъ него самого уплату. Если должникъ, зная о произведенной за него безъ его порученія уплатѣ, не протестуетъ, то этимъ онъ выражаетъ свое согласіе и одобреніе дѣйствію дарителя, и дареніе будетъ имѣть мѣсто. Словомъ, вопреки Барону, Азаревичу и др., думаемъ что дареніе требуетъ хотя бы молчаливаго соглашенія воли дарителя съ волей одаряемаго, и поэтому ученіе о дареніи мы относимъ къ ученію о договорахъ, именно—о *acta legitima*.

Что касается предмета даренія, то онъ можетъ быть самый разнообразный: 1) можно дать вещь одаряемому въ собственность, во владѣніе или въ пользованіе, установить въ его пользу право на вещь, передать ему требованія,—во всѣхъ этихъ случаяхъ дареніе будетъ совершенно *dando*; но оно можетъ быть установлено *promittendo*, иначе *obligando*—т.-е. можно обязаться передъ одаряемымъ, обѣщавъ исполнить что-либо въ его пользу, а также можетъ быть установлено *liberando*, напримѣръ путемъ освобожденія одаряемаго отъ уплаты долга или путемъ отмены лежащихъ на его собственности ограниченій. Въ связи со сказанномъ о предметѣ даренія находится то, что средствомъ его установленія могутъ служить самыя разнообразныя юридическія сдѣлки. Но подъ понятіе даренія въ собственномъ смыслѣ не можетъ быть подводимо такъ называемое дареніе на случай смерти, т.-е. такое, вышолненіе котораго поставлено въ зависимость отъ смерти дарителя, такъ что, если даритель переживаетъ одаряемаго, то дареніе уже не можетъ осуществиться. Этого рода дареніе имѣетъ сходство съ отказами, и поэтому мы рассмотримъ его въ наследственномъ правѣ.

Что касается дареніе между живыми, то въ римскомъ правѣ установлены были нѣкоторыя запрещенія и въ нѣкоторыхъ случаяхъ предписано для его дѣйствительности соблюденіе извѣстныхъ формъ.

Изъ ограниченій даренія слѣдуетъ прежде всего упомянуть о запрещеніи даренія между супругами, о чемъ рѣчь будетъ въ отдѣлѣ права семейнаго. Другихъ какихъ-либо ограниченій даренія, а равно и формальностей для его установленія римское право не знало до появленія въ половинѣ шестого вѣка отъ основанія Рима закона Цинція *de donis et muneribus*. Законъ этотъ, содержаніе котораго вполнѣ намъ неизвѣстно, запретилъ, во 1-хъ, даренія свыше опредѣленной мѣры, дозволивъ ихъ лишь нѣкоторымъ близкимъ лицамъ, *exsertae personae*, къ которымъ отнесены были когнаты до 5 й степе-



ни, свойственники до 2-й степени, мужъ и жена, женихъ и невѣста, патронъ и вольноотпущенникъ, лицо, спасшее жизнь другому и т. п. Всѣ остальные лица, *personae non excerptae* должны были подчиняться указаннымъ въ законѣ ограниченіямъ.

Однако законъ этотъ принадлежалъ къ числу *leges imperfectae*, нарушеніе его не влекли недѣйствительности уже совершеннаго даренія; если даритель не требовалъ самъ возвращенія дара свыше законной мѣры, то съ истеченіемъ давности владѣнія подаренной вещью, а равно со смертью дарителя дѣйствіе этого закона останавливалось, такъ что наслѣдники дарителя не могли на основаніи этого закона требовать ограниченія размѣра дара. Законъ Цинція вышелъ постепенно изъ употребленія уже въ послѣ-классическій періодъ, хотя въ юстиніановскомъ правѣ сохранились слѣды его. На мѣсто его со времени Констанція Хлора введено было для дареній требованіе судебной инсинуаціи, т. е. заявленія о дареніи передъ опредѣленнымъ магистратомъ и занесенія его въ протоколъ. Инсинуація однако требовалась въ юстиніановскомъ правѣ лишь для дареній на сумму свыше 500 солидовъ. Даренія ниже этой суммы въ юстиніановскомъ правѣ свободны отъ всякихъ формальностей, для ихъ дѣйствительности достаточно одного неформальнаго соглашенія (*rustum*). Если предметомъ даренія были не деньги, а другія вещи, то суду представлялось произвести оцѣнку дара. При опредѣленіи величины даренія принимается въ расчетъ одно данное дареніе, другія предшествовавшія даренія одному и тому-же лицу, а тѣмъ болѣе разнымъ лицамъ никогда не слагаются, если только не обнаруживается намѣреніе дарителя совершить, въ сущности одно дареніе подъ видомъ нѣсколькихъ съ цѣлью обхода закона—*in fraudem legis*. Плоды даримой вещи и возможные доходы съ нея не входятъ въ ея оцѣнку. При дареніи въ формѣ производства срочныхъ платежей надо различать, опредѣлено ли время, въ теченіе котораго платежи должны производиться или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ, т. е. при дареніи ренты на опредѣленное время, всѣ взносы складываются и если сумма ихъ свыше 500 солидовъ, то требуется инсинуація для дѣйствительности дара. Во второмъ же случаѣ, т. е. при дареніи ренты на неопредѣленное время, если выдача ея должна быть ограничена временемъ жизни дарителя и одареннаго, каждый платежъ разсматривается какъ отдѣльное дареніе; если-же рента съ обѣихъ сторонъ или только съ которой-либо одной стороны переходитъ по наслѣдству, то для дѣйствительности ея инсинуація требуется безусловно. Несоблюденіе требованія судебной инсинуаціи дѣлаетъ дареніе свыше 500 солидовъ ничтожнымъ на весь излишекъ противъ послѣдней суммы. Отсюда слѣдуетъ, что если подарена безъ соблюденія инсинуаціи тѣлесная вещь, стоимость которой превышаетъ 500 солидовъ, то у дарителя и одареннаго возникаетъ на эту вещь общая собствен-



ность по долямъ. Когда даритель безъ исполненія инсинуація уже передалъ вещь, то онъ можетъ требовать возвращенія того, чѣмъ одаренный неправильно обогатился.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ и при дареніяхъ превышающихъ 500 салидовъ инсинуаціи не требуется, а именно:

1) при дареніяхъ, дѣлаемыхъ кому-либо императоромъ или кѣмъ-либо въ его пользу, 2) при дареніяхъ отъ военачальника солдатамъ, 3) съ цѣлью возстановленія разрушеннаго зданія, 4) съ цѣлью выкупа плѣнныхъ и для *paie causae*, 5) съ цѣлью установить приданное или *donatio propter nuptias*—предбрачный даръ.

Мы видѣли, какъ устанавливается дареніе. Прекратиться же оно можетъ лишь посредствомъ *возвращенія* дара, причемъ послѣднее возможно только по исключенію, такъ какъ, по общему правилу, дѣйствительный даръ не подлежитъ обратному востребованію. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ только по особымъ основаніямъ возможно обратное требованіе дара, *revocatio*, со стороны самого дарителя. Такъ еще по классическому праву патронъ могъ безъ всякихъ основаній потребовать обратно подарокъ, сдѣланный имъ вольноотпущеннику; равнымъ образомъ родители могли требовать возвращенія дара отъ дѣтей въ случаѣ неблагодарности. Позднѣе право ревокаціи патрона было ограничено указаніемъ извѣстныхъ причинъ, именно или неблагодарности вольноотпущенника или послѣдующаго рожденія у патрона дѣтей, и вмѣстѣ съ тѣмъ это право ревокаціи предоставлено было всѣмъ другимъ дарителямъ.

Такимъ образомъ по юстиніановскому праву ревокація дара возможна: 1) по неблагодарности одареннаго—*propter ingratitude*.

Въ законѣ перечислены роды такой неблагодарности, а именно: она можетъ состоять въ нанесеніи тяжкой обиды дарителю словами или дѣйствіемъ (*injuria atrox* и *impia dextra*); въ намѣренномъ причиненіи опасности для жизни дарителя (*periculum necis*); въ намѣренномъ причиненіи ему значительнаго имущественнаго вреда (*damnum*); въ нарушеніи довѣрія по исполненію возложенныхъ дарителемъ на одареннаго обязанностей (*fides fracta*). Во всѣхъ перечисленныхъ сейчасъ случаяхъ даритель получаетъ право требовать даръ обратно.

Всякія соглашенія относительно отказа дарителя отъ этого права ревокаціи по указаннымъ причинамъ считаются противными доброй нравственности и потому недѣйствительными. Только мать, ведущая предосудительный образъ жизни, лишена права на ревокацію по отношенію къ дѣтямъ, да у матери, вышедшей замужъ во второй разъ, право ревокаціи по отношенію къ одареннымъ ею дѣтямъ отъ 1-го брака ограничено лишь случаями обиды дѣйствіемъ, уничтоженія дѣтьми всего ея имущества и случаемъ *periculum necis*. Ревокація можетъ быть осуществлена лишь дарителемъ, а не его наслѣд-



никомъ и только противъ одареннаго, а не его наслѣдниковъ. Посредствомъ ревокаціи дареніе не дѣлается ничтожнымъ, а у дарителя является лишь личное притязаніе на возвращеніе самаго дара или, когда даръ уже не находится въ рукахъ одареннаго, на выдачу того, чѣмъ одаренный обогатился. Для осуществленія этого притязанія дается особый искъ, принадлежащій къ кругу *condictiones—actio revocataria*.

2) Во-вторыхъ, даритель можетъ требовать обратно даръ отъ одареннаго, *propter prolem subvenientem*, т.-е. когда послѣ совершенія дара у него родятся дѣти, и по обстоятельствамъ, сопровождавшимъ дареніе, можно заключить, что оно не имѣло бы мѣста, если бы даритель зналъ о возможности появленія у него въ будущемъ дѣтей.

Возвращеніе дара отъ вольноотпущенника на этомъ основаніи можно было потребовать всегда, а возвращенія дара отъ дѣтей—лишь тогда и въ такой мѣрѣ, когда и въ какой мѣрѣ это было необходимо для доставленія родившимся послѣ того дѣтямъ законной доли имущества—*portio legitima*.

Практика позднѣйшаго римскаго права ошибочно распространила этотъ поводъ къ ревокаціи на всѣ случаи дареній.

Кромѣ самого дарителя, совершенное дареніе могло быть уничтожено третьими лицами, когда оно нарушало ихъ права. Здѣсь, во-первыхъ, слѣдуетъ упомянуть тотъ случай, когда дареніемъ нарушается законная доля наслѣдниковъ, *portio legitima*, вслѣдствіе чего имъ дается право обезсилить дареніе до восстановленія ихъ законной доли посредствомъ *querela inoficiosae donationis*; а во-вторыхъ, тотъ случай, когда кредиторы несостоятельнаго уничтожаютъ сдѣланныя должникомъ въ ущербъ имъ даренія (*in fraudem creditorum*).

Изложивъ такимъ образомъ ученіе о дареніи, вмѣстѣ съ тѣмъ закончимъ ученіе о *pacta legitima* и *pacta* вообще. Въ заключеніе замѣтимъ только, что такъ какъ *pacta nuda*—голыя соглашенія не могли дать основанія къ иску, то, чтобы получить возможность охраны установленнаго соглашеніемъ обязательства, или должно было эти *pacta* преобразовывать въ гражданскія обязательства путемъ стипуляціи, или же, при обязательствахъ двустороннихъ, одна изъ сторонъ должна была исполнять свой долгъ, чтобы получить право требовать эквивалентъ отъ другой на основаніи реального (часто безымяннаго) контракта.



## Обязательства EX DELICTO.

Delictum иначе maleficium есть преступление, т. е. нарушение закона, предписывающаго или распространяющаго что-либо под страхом наказанія. Для понятія преступления необходимо: 1) существованіе уголовного закона, т. е. снабженнаго уголовной санкціей, 2) нарушение этого закона лицомъ по злому умыслу (dolus) или виновной неосторожности (culpa). Римскій взглядъ на преступления отличается отъ современнаго въ томъ отношеніи, что нѣкоторыя преступления, нынѣ относимыя къ нарушающимъ публичный интересъ и преслѣдуемымъ государственной властью ex officio, у римлянъ разсматривались какъ дѣянія, лишь косвенно затрагивающія публичный интересъ, а непосредственно нарушающія лишь интересъ частныхъ лицъ, потому и преслѣдуемая въ гражданскомъ судѣ по жалобѣ самихъ потерпѣвшихъ.

Дѣянія этого рода суть частныя преступления, delicta privata, въ отличіе отъ delicta publica, отъ преступленій, нарушающихъ непосредственно интересы всего общества, какъ напримѣръ измѣна, убійство, поджогъ. Къ delicta privata римляне относили слѣдующіе четыре вида преступленій: воровство (furtum), грабежъ (rapina), поврежденіе чужого имущества (damnum injuria datum) и личное оскорбленіе, обида (injuria). Delicta publica преслѣдовались ex officio въ уголовныхъ судахъ, и обвинителемъ могъ выступить на такомъ судѣ всякій гражданинъ. Delicta privata преслѣдовались въ гражданскихъ судахъ по иску потерпѣвшаго, направленному на вознагражденіе ущерба, но уголовный характеръ этихъ дѣяній влекъ и наложеніе на виновнаго наказанія въ видѣ штрафа.

Искъ по частно-гражданскому преступленію направляться можетъ или только на вознагражденіе понесеннаго потерпѣвшимъ вреда—actio rei persecutoriae, или только на наказаніе нарушителя права, на взысканіе съ него штрафа—actio poenalis. Обыкновенно потерпѣвшему предоставлялось избирать тотъ или другой путь для своего удовлетворенія. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ однако ему даются иски, называемые actiones mixtae, преслѣдующіе одновременно обѣ указан-



ныя цѣли, т. е. и вознагражденіе за ущербъ и наложеніе на виновнаго наказанія. Нѣсколько лицъ, виновныхъ сообща въ совершеніи одного и того же преступнаго дѣянія, по иску о вознагражденіи за ущербъ отвѣчаютъ сообща, солидарно, и удовлетвореніе потерпѣвшаго сполна однимъ изъ виновниковъ освобождаетъ другихъ отъ отвѣтственности. Штрафъ же, налагаемый за преступленіе, каждый изъ совиновниковъ обязанъ уплатить сполна. Штрафные иски и смѣшанные въ штрафной части переходятъ на наслѣдниковъ; а по искамъ rei persecutoriae наслѣдники виновныхъ отвѣчаютъ, по скольку они обогатились отъ преступленія.

Теперь разсмотримъ каждое изъ помянутыхъ видовъ частныхъ преступленій въ отдѣльности.

## Furtum. Кража.

(Dig. 47. 2. Cod. 6. 2).

Римское понятіе furtum шире, чѣмъ понятіе воровства—кражи по нашему законодательству.

Дигесты (L. 38 D. 50, 17) даютъ такое опредѣленіе этому понятію: „Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve“—т. е. „воровство есть обманное (коварное) присвоеніе съ цѣлью обогащенія или самой чужой вещи, или пользованія ею, или владѣнія ею“. Мы уже имѣли случай упоминать о томъ, какъ строго оберегало римское право собственниковъ отъ воровскаго пользованія или воровскаго владѣнія его собственной вещью.

Современное уголовное право разумѣетъ подъ воровствомъ—кражей лишь *тайное* похищеніе самой вещи, съ цѣлью присвоенія, пользованіе же вещью безъ намѣренія ее себѣ присвоить нынѣ не трактуется, какъ воровство.

Разсматривая подробнѣе римское опредѣленіе понятія furtum, мы видимъ, что для состава этого понятія необходимо: А) дѣйствительное похищеніе вещи, съ цѣлью причиненія другому вреда, а не одно только намѣреніе ее присвоить. а) Похищеніе, естественно, возможно лишь по отношенію къ движимой вещи. Противоположное воззрѣніе, считавшее воровствомъ тайное завладѣніе недвижимостью, было отвергнуто уже въ эпоху Гая (Gai II. 51 in. f.). Не необходимо, чтобы это похищеніе движимой вещи было непременно тайнымъ (Авлъ Геллій, XI, 1859). „Ne quis eum solum furem esse putet, qui occulte tollit aut clam subripit“. в) Нѣтъ необходимости также, чтобы



вещь была непременно *чужой* для вора. Furtum возможно по отношению къ своей собственной вещи, что можетъ имѣть мѣсто тогда, напримѣръ, когда собственникъ вещи похищаетъ ее у узурфруктуарія или должникъ похищаетъ у вѣрителя вещь, данную въ закладъ (Gai III 200—204 §§ 10 и 14 Inst. Fr. 19. § 5 и fr. 20 § 1. D. 47. 2.). г) Предметомъ воровства является или 1) сама вещь (furtum ipsius rei), что имѣетъ мѣсто при похищеніи чужой вещи съ цѣлью противозаконнаго ея присвоенія, при присвоеніи находки, при утайкѣ, при злонамѣренномъ противозаконномъ отчужденіи чужой вещи, при отчужденіи залогодателемъ заложенной вещи, при полученіи вещи по завѣдомо несуществующему долгу. Или предметомъ кражи является 2) пользованіе вещью (furtum usus), что имѣетъ мѣсто тогда, когда залогоприниматель или депозитарій пользуется вещью, находящеюся у него въ залогъ или на храненіи, или коммодатарій переходитъ предѣлы пользованія, указанные договоромъ. Наконецъ предметомъ кражи является 3) владѣніе (furtum possessionis). Напримѣръ, повѣренный, узурфруктуарій, или принявшій вещь на храненіе присваиваетъ ее себѣ, или когда похищается собственная вещь изъ рукъ лица, получившаго владѣніе *ex iustio titulo* отъ самого похитителя, напримѣръ, залогодатель похищаетъ у залогопринимателя залогъ.

В) Для того, чтобы дѣяніе могло быть признано воровствомъ, необходимо, чтобы противозаконное присвоеніе вещи, причиняющее другому вредъ, совершенно было въ намѣреніи приобрѣсти этимъ путемъ себѣ выгоды, нужно *animus lucri faciendi, affectus furandi* у совершающаго. Кто присвоитъ себѣ найденную вещь въ увѣренности, что она покинута ея хозяиномъ, тотъ не воръ. Вообще не будетъ воромъ всякій, кто по извинительному заблужденію, считаетъ себя имѣющимъ право на присваиваемую вещь. Не будемъ воромъ и кредиторъ, напримѣръ покупатель, присвоившій себѣ должную ему вещь до передачи ея продавцомъ. Это его дѣйствіе будетъ самоуправствомъ, а не воровствомъ. Не будетъ воровствомъ присвоеніе вещи безъ намѣренія извлечь изъ нея выгоды, напримѣръ съ цѣлью ея немедленнаго уничтоженія. Это будетъ нанесеніе вреда имуществу. Но разъ имѣется при присвоеніи какая-либо, хотя бы временная, выгода, дѣяніе будетъ признано воровствомъ. Напримѣръ, кто-либо похищаетъ чужую вещь въ намѣреніи тотчасъ подарить ее третьему лицу.

*Послѣдствія воровства.* Furtum влечетъ для виновнаго въ немъ: 1) обязанность возстановить украденную вещь *cum omni causa* и 2) уплатить штрафъ, наложенный закономъ за совершеніе этого преступленія. Къ выполненію послѣдней обязанности потерпѣвшій можетъ принудить вора помощью *actio furti*, а возстановленіе вещи онъ можетъ требовать посредствомъ *condictio furtiva* или *condictio*



*sine causa*. О послѣднемъ изъ упомянутыхъ исковъ рѣчь будетъ ити у насъ ниже при изложеніи ученія о случаяхъ несправедливаго обогащенія. Здѣсь-же скажемъ только о первыхъ двухъ искахъ.

*Actio furti*—штрафной искъ, принадлежитъ не только собственнику украденной вещи, а всякому потерпѣвшему ущербъ отъ воровства, т. е., напримѣръ добросовѣстному владѣльцу, узурфруктуарію, залогодателю, вообще лицу, имѣющему вещное право на украденную вещь, а равно лицу, несущему отвѣтственность за охрану вещи, каковы повѣренный, ссудоприематель, прекарістъ. Но депозитарій передъ депонентомъ за потерю вещи вслѣдствіе ея похищенія третьими лицами, или продавецъ вещи, въ случаѣ похищенія ея кѣмъ-либо до передачи ея покупателю, не имѣетъ уже *actio furti*, такъ какъ съ момента продажи право на этотъ искъ перешло къ покупателю вмѣстѣ съ рискомъ по этой вещи (*cujus est periculum etc.*)

Отвѣтчиками по иску являются всѣ виновные въ воровствѣ (совершители, подстрекатели, пособники, укрыватели). Какъ искъ штрафной, *actio furti* не можетъ быть предъявляемъ къ наслѣдникамъ виновныхъ.

Что касается послѣдствій этого иска для осужденнаго, то уже законъ XII таблицъ установилъ здѣсь различіе между *furtum manifestum*, т. е. случаемъ, когда воръ захваченъ на мѣстѣ преступленія съ поличнымъ, и *furtum nec manifestum*. Строгія уголовныя послѣдствія, указанная въ законѣ XII таблицъ для перваго лица (наказаніе розгами и присужденіе въ рабство потерпѣвшему) были въ преторскомъ правѣ замѣнены штрафомъ *in quadruplum*, т. е. вчетверо противъ стоимости убытковъ отъ похищенія. За *furtum nec manifestum* полагался штрафъ лишь *in duplum*, т. е. въ двойномъ количествѣ противъ размѣра убытковъ.

Что касается *condictio furtiva*, то онъ давался собственнику вещи, который могъ, если хотѣлъ, вмѣсто того, предъявить виндикацію по отношенію къ украденной вещи или *actio ad exhibendum*. Возможность для потерпѣвшаго отъ воровства собственника отыскивать свою вещь путемъ не только указанныхъ исковъ, но предъявленіемъ личнаго иска (*condictio*) представляетъ собою отступленіе отъ общаго принципа, по которому виндцировать можно лишь собственную вещь, а *condicere*, т. е. требовать путемъ личнаго иска, можно лишь то, что намъ не принадлежитъ въ собственность, что намъ должны. Чтобы сдѣлать болѣе тяжелымъ положеніе вора и облегчить потерпѣвшаго, избавивъ его отъ обязанности доказывать свое право собственности на украденную вещь, вора стали разсматривать, какъ должника, обязаннаго доставить украденную имъ вещь потерпѣвшему, которому *condictio furtiva* предоставляетъ особыя выгоды, не достигаемыя путемъ виндикацій и *actio ad exhibendum*, а именно:



1) *condictio* можно предъявить даже въ случаѣ уничтоженія вещи или гибели ея, хотя-бы случайной во время нахождения ея въ рукахъ вора или его наслѣдниковъ, и отвѣтчикъ присуждается къ уплатѣ въ этомъ случаѣ высшей стоимости, какую вещь имѣла съ момента ея похищенія. 2) Отвѣтчикъ по *condictio furtiva* не можетъ освободиться отъ кондемнаціи путемъ возстановленія отыскиваемой вещи въ томъ видѣ или состояніи, въ какомъ она оказалась въ моментъ предъявленія иска безъ *dolus* и *culpa* съ его стороны. *Condictio furtiva* направляется противъ вора и его наслѣдниковъ, причемъ противъ послѣднихъ въ полномъ размѣрѣ, а не въ размѣрѣ лишь ихъ обогащенія. Но этотъ искъ не можетъ быть предъявляемъ къ пособникамъ вора, (ибо направляется на получение вещи, а не наказаніе).

Цѣль иска—возвращеніе потерпѣвшему украденной вещи со всѣми ея приращеніями и принадлежностями или, при невозможности такого возвращенія, уплаты всѣхъ убытковъ, причемъ воръ не можетъ претендовать на возмѣщеніе ему издержекъ по вещи. Какъ *actio furti*, такъ и *condictio furtiva* для присужденнаго влекутъ безчестіе. Помимо этихъ двухъ исковъ, въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ изъ воровства рождаются другіе иски, такъ:

1) противъ лица, употребившаго на постройку дома или для устройства виноградника чужой, похищенный матеріалъ дается *actio de tigno juncto*—искъ, направленный на уплату двойной стоимости похищеннаго матеріала;

2) противъ опекуна, виновнаго въ похищеніи или утайкѣ имущества подопечнаго, послѣдній имѣетъ *actio de rationibus distrahendis*;

3) противъ супруга, виновнаго въ похищеніи или утайкѣ имущества у другого супруга, дается потерпѣвшему особый искъ—*actio rerum amotarum*.

## Раріа-грабежъ.

*Inst.* 4. 2. *de vi bonorum raptorum*; *Dig.* 47. 8 *de vi bonorum raptorum et de turba*; *Cod.* 9. 33 *de vi bonorum raptorum*.

Грабежъ есть воровство, соединенное съ насиліемъ. Первоначально грабежъ въ римскомъ правѣ подводился подъ понятіе воровства и обсуждался, какъ *furtum manifestum* или *pec manifestum*, смотря по обстоятельствамъ даннаго случая. Лишь въ концѣ республиканскаго періода въ эпоху гражданскихъ войнъ преторское право обособляетъ этотъ видъ преступленій въ цѣляхъ борьбы съ участвова-



мися въ это время случаями нападеній цѣлымъ скопищемъ людей на дома политическихъ противниковъ для разгрома ихъ имущества.

Преторъ Лукуллъ первый ввелъ особый искъ *actio vi bonorum raptorum*—о вознагражденіи за вредъ (въ частности за расхищеніе вещей), причиненный скопищемъ вооруженныхъ людей *hominibus armatis coactisque*), опредѣливъ размѣръ штрафа съ виновныхъ не вдвое противъ стоимости убытка (какъ полагалось за *furtum nec manifestum*), а втрое. Сверхъ того, этотъ искъ былъ *actio mixta* и, кромѣ взысканія указаннаго штрафа, направлялся на возмѣщеніе ущерба. Въ общей суммѣ онъ направлялся на обсужденіе виновнаго *in quadruplum*. Императорскими указами примѣненіе этого иска было распространено на случаи ущерба, причиненнаго насиліемъ со стороны невооруженной толпы и даже со стороны одного лица; съ другой стороны оно было ограничено случаями насильственнаго отнятія вещей, выключая всѣ другіе случаи ущерба, причиненнаго насиліемъ.

Подобно *actio furti*, *actio vi bonorum raptorum* предполагаетъ злонамѣренное перемѣщеніе вещи и примѣнимо лишь къ вещамъ движимымъ. Взысканіе *in quadruplum* по этому иску могло имѣть мѣсто лишь въ теченіе года, причемъ въ отличіе отъ *actio furti* (при *furtum manifestum*) здѣсь учетверяли не общую сумму убытковъ, причиненныхъ преступленіемъ, а лишь стоимость похищенныхъ вещей. Подобно *actio furti* истцомъ по *actio vi bonorum raptorum* могъ быть не только собственникъ отнятой вещи, но и всякое другое лицо, потерпѣвшее отъ ея насильственнаго отнятія. Возмѣщеніе четверной стоимости вещи путемъ этого иска можетъ быть требуемо лишь въ теченіе одного года (*annus utilis*), а послѣ того искъ теряетъ свой штрафной характеръ и остается лишь, какъ *actio rei persecutoriae*, т.—е. направляется лишь на возстановленіе самой отнятой вещи.

*Actio vi bonorum raptorum* конкурируетъ съ *actio furti* и *condictio furtiva*.

Если потерпѣвшій пользуется первымъ искомъ, то онъ не можетъ уже предъявить потомъ остальныхъ, такъ какъ здѣсь будетъ тождество предмета. Точно также, если онъ по *actio furti* получить удовлетвореніе *in quadruplum*, ему нельзя предъявить еще *actio vi bonorum raptorum*.

Но если по *actio furti* получено удовлетвореніе только *in duplum*, то *actio vi bonorum raptorum* можетъ быть предъявлено для того, чтобы добиться дополненія штрафа (до тройнаго) и возстановленія самой вещи; точно также, получивъ удовлетвореніе по *condictio furtiva*, истецъ можетъ предъявить *actio vi bonorum raptorum* съ цѣлью взысканія съ виновнаго тройнаго штрафа. (Fr. 1 Dig 47 8 Fr. 1 и fr. 89 Dig. 47. 2).



*Примѣчаніе.* Грабежъ вообще есть видъ насилія (*violentia*). Насиліе въ разныхъ его видахъ наказуемо въ римскомъ правѣ.

*Lex Iulia de vi* угрожалъ уголовнымъ судомъ (*judicium publicum*), что не исключало возможности предьявленія и *actio vi bonorum raptorum*. (*Pauli sent. V 26. § 2*).

Позднѣе императоры: Феодосій, Валентиніанъ и Аркадій опредѣлили, что тотъ, кто насильственно овладѣваетъ вещью, движимой или недвижимой, считая ее своею, теряетъ свое право собственности на эту вещь въ пользу того лица, у котораго отнялъ (*detentor'a*), а если отнявшій не былъ собственникомъ отнятой вещи, то обязанъ не только возстановить ее, но и уплатить ее стоимость. Источники упоминаютъ, какъ о квалифицированныхъ случаяхъ кражи и грабежа, составляющихъ *delicta publica*, въ слѣдующихъ случаяхъ: при пожарѣ, кораблекрушеніи, разрушеніи зданія и т. п. Какъ особый видъ грабежа, можетъ быть разсматриваемо такъ называемое *crimen exhereditatae hereditatis*. Виновный въ этомъ преступленіи приговаривался къ уголовному наказанію и возмѣщенію убытковъ.

## **Damnum injuria datum.**

(*Inst. у. 4 de lege Aquilia; Dig 9. 2. ad legem Aquiliam; Cod. 3. 35 de lege Aquilia*).

Третій видъ частныхъ преступленій составляетъ недозволенное поврежденіе чужого имущества. Первые опредѣленія по этому предмету, имѣющія въ виду главнымъ образомъ покровительство земледѣлю, содержатся уже въ законѣ XII таблицъ. Но эти всѣ опредѣленія были замѣнены впоследствии правилами, основанными на извѣстномъ законѣ Аквилія (III вѣка нашей эры). Законъ этотъ, касавшійся вообще вопроса объ имущественномъ вредѣ, состоялъ изъ трехъ главъ. Въ первой главѣ содержалось постановленіе о томъ, что виновный въ убійствѣ чужого раба или четвероногаго животнаго обязанъ уплатить хозяину послѣднихъ высшую стоимость умерщвленнаго (раба или животнаго) въ послѣдній годъ передъ совершеніемъ преступленія.

Вторая глава имѣла въ виду случай причиненія *adstipulator'омъ* убытка *stipulator'у* путемъ злонамѣреннаго отпущенія долга должнику при помощи *accertilatio*. *Adstipulatio*, какъ мы уже говорили, рано вышла изъ употребленія и ко времени Юстиніана не употреблялось вовсе. Такимъ образомъ, эта глава закона для насъ здѣсь не представляетъ интереса.



Третья глава закона предусматривала всё другие случаи причинения ущерба, кроме указанного в первой главѣ, в такихъ общихъ выраженіяхъ: „если кто-либо сожжетъ, сломаетъ, испортитъ чужую вещь, то обязанъ собственнику возмѣстить высшую стоимость вещи за послѣдніе 30 дней (*quanti ea res erit in diebus XXX proximis*), а если отвѣтчикъ станетъ заператься на судѣ, то присуждается къ уплатѣ вдвое“.

Такимъ образомъ *actio ex lege Aquilia* носитъ, благодаря этимъ опредѣленіямъ, характеръ смѣшаннаго иска. Нѣсколько виновныхъ отвѣчаютъ поэтому самостоятельно за весь вредъ, а не по долямъ. Отвѣтственность падаетъ не только за умышленное поврежденіе чужого имущества, но и за неосторожное (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*). Причиняющій вредъ по долгу службы или въ состояніи крайней необходимости или — необходимой обороны, понятно, не отвѣтственъ по этому иску. По буквальному смыслу Аквиліева закона, въ немъ предусматривался лишь ущербъ, причиненный вещи непосредственнымъ физическимъ воздѣйствіемъ на нее лица (*damnum corpori et corpore datum*); но путемъ примѣненія по аналогіи преторы и юриспруденція дали широкое развитіе принципамъ, лежащимъ въ основаніи Аквиліева закона, причѣмъ преторы или пользовались приѣмомъ фикцій, давая *actio utilis ex lege Aquilia*, или прямо давали въ потребныхъ случаяхъ *actio in factum*. Источники въ примѣненіи къ данному случаю упоминаютъ объ обоихъ этихъ средствахъ, не указывая на ихъ отличія. (См. Баронъ § 313).

Помощью аналогіи подъ запрещеніе, выраженное въ Аквиліевомъ законѣ, подведенъ былъ не только вредъ, причиненный непосредственно тѣлеснымъ воздѣйствіемъ лица, но и вредъ, являющійся посредственнымъ слѣдствіемъ этого воздѣйствія. Напримѣръ: кто-либо загоняетъ чужую скотину или запираетъ чужого раба, и они умираютъ отъ голода и холода, или кто-либо дразнить чужое животное, которое въ раздраженіи наноситъ вредъ хозяину, или кто-нибудь перерубаетъ чалку у судна, и послѣднее, будучи оторвано отъ пристани, терпитъ поврежденіе. Далѣе, наказуемымъ причиненіе вреда объявлено было не только въ томъ случаѣ, когда этотъ вредъ состоитъ въ поврежденіи самой вещи, но и тогда, когда кто-либо лишаетъ другого вещи, не повреждая послѣдней, напримѣръ, способствуетъ бѣгству чужого раба или животного или неосторожно причиняетъ испугъ чужому животному, вслѣдствіе котораго послѣднее убѣгаетъ и не находится и т. п.

Позднѣйшее право обязанность вознагражденія, указанную въ законѣ за поврежденіе вещей, распространило и на тѣлесныя поврежденія, причиняемыя свободному человѣку, обязывая виновнаго возмѣстить потерпѣвшему издержки на лѣченіе и потерянную заработную плату. Такимъ образомъ, путемъ аналогіи по закону Аквилія стало наказываться не только *damnum corpore et corpori datum*, но



и *damnum nec corpore et nec corpori datum*. Законъ преслѣдуетъ лишь вредъ, причиненный положительнымъ дѣйствіемъ; за ущербъ, причиненный упущеніемъ (*omissio*), никто не отвѣчаетъ, если не было обязанности озаботиться совершеніемъ упущеннаго дѣйствія. Напримѣръ, если тонетъ чужая скотина, или во время пожара погибаетъ чужая вещь, присутствующій при этомъ не отвѣчаетъ за непринятіе тѣхъ мѣръ, при помощи которыхъ вещи могли бы быть спасены; но если операторъ не позаботился залѣчить рабу или животному рану, сдѣланную при операциіи, и тѣмъ причинилъ оперированному смерть, то онъ отвѣчаетъ, равно какъ отвѣчаетъ домохозяинъ, если причиненъ кому-либо вредъ сбрасываніемъ съверху дома при постройкѣ и чинкѣ послѣдняго тяжестей, когда онъ не принялъ мѣръ къ избѣжанію подобныхъ случаевъ и не выставилъ предостерегающихъ знаковъ.

Право на предъявленіе *actio ex lege Aquilia* первоначально принадлежало только собственнику поврежденной вещи. Позднѣе искъ этотъ по аналогіи представлялся добросовѣстному владѣльцу, узуфруктуарію, узуарію и залогопринимателю. Лицо, являющееся простымъ держателемъ вещи, на основаніи обязательственнаго отношенія (напримѣръ, арендаторъ), по общему правилу, вчинять этотъ искъ на вправѣ.

Отвѣтчиками по этому иску могутъ быть всѣ лица, прикосновенныя къ нанесенію ущерба, т. е. не только главные виновники но и пособники. Когда виновныхъ нѣсколько, то каждый отвѣчаетъ въ полномъ объемѣ, если доли участія каждого въ нанесеніи вреда не могутъ быть опредѣлены. На виновнаго падаетъ отвѣтственность не только за стоимость поврежденнаго предмета, но и за весь интересъ (за *damnum emergens* и *lucrum cessans*).

## Injuria—личное оскорбленіе.

(Inst 4. 4 de injuriis. Dig. 47, 40 de injuriis et famosis libellis Cod. g. 35 de injuriis).

Слово *injuria* въ обширномъ смыслѣ означаетъ всякое недозволенное дѣйствіе, *quod non jure fit*; а въ специальномъ, техническомъ смыслѣ этимъ именемъ означается посягательство на личность другого, личная обида (*contumelia*), составляющая *delictum privatum*, изъ котораго для потерпѣвшаго рождается особый штрафной искъ—*actio injuriarum*.

Понятіе личной обиды характеризуется двумя существенными моментами: 1) посягательство на личность другого и 2) и злое намѣ-



рение причинить этимъ посягательствомъ ему вредъ (*animus injurandi*). Совершение дозволенныхъ дѣйствій, осуществленіе своего права не можетъ составлять обиды. *Qui suo jure utitur nemini facit injuriam*.

Но и совершеніе недозволеннаго дѣйствія не составляетъ еще обиды, если оно не посягаетъ непосредственно на личность другого; такъ нанесеніе имущественнаго ущерба не есть *injuria* въ тѣсномъ смыслѣ. Однако выраженію *посягательство на личность* не нужно придавать слишкомъ узкаго значенія.

Римляне подъ *injuria* подводили прежде всего посягательства на честь и доброе имя лица, а далѣе всякое нарушеніе права, носящее личный характеръ, направленное главнымъ образомъ на лицо. Такой личный характеръ преступное посягательство можетъ принимать или по природѣ нарушаемаго права, или по обстоятельствамъ, сопровождающимъ это нарушеніе. Ударить кого-либо, оскорбить чье-либо чувство стыдливости неприличнымъ жестомъ или словомъ, войти къ кому-либо въ домъ безъ позволенія, или въ имѣніе, помѣшать лицу въ какомъ-либо отношеніи пользоваться его собственной вещью или законнымъ образомъ пользоваться публичной вещью, предоставленной въ общее пользованіе (напримѣръ, не позволять проходить по улицѣ, — это все будетъ съ римской точки зрѣнія личной обидой. Обида можетъ быть причинена на *re* (дѣйствіемъ), *verbis* (словомъ) и письменно (сочиненіемъ письменныхъ пасквилей—*libellis famosis*). Какъ виды словесной обиды упоминаются; *convicium*, словесное оскорбленіе, нанесенное однимъ или нѣсколькими лицами кому-либо въ собраніи, на примѣръ на пиру, въ засѣданіи, и произнесеніе или распѣваніе оскорбительныхъ стиховъ (*carmina famosa*). Оскорбленнымъ челоуѣкъ можетъ быть не только въ собственномъ лицѣ, но и въ лицѣ своихъ близкихъ: невѣсты, жены, подвластныхъ (дѣтей и рабовъ); неуваженіе къ памяти умершаго оскорбляетъ его наслѣдниковъ.

Такъ какъ со стороны обидчика необходимо *animus injurandi*, то нельзя разсматривать какъ личную обиду дѣйствіе, совершенное кѣмъ-либо въ убѣжденіи, что совершающій имѣетъ на это право. Равнымъ образомъ нельзя считать оскорбленіемъ дѣйствіе, совершенное въ шутку. Злое намѣреніе оскорбить однако возможно и по отношенію къ лицу неизвѣстному оскорбителю, и ошибка въ лицѣ оскорбленнаго не избавляетъ оскорбителя отъ отвѣтственности. Что касается послѣдствій личнаго оскорбленія для виновнаго, то по древнему праву за *convicium* и *carmina famosa* полагалась смертная казнь или тѣлесное наказаніе и лишеніе чести, за тѣлесныя поврежденія (*membrum ruptum*) и увѣчья—возмездіе въ нѣкоторыхъ случаяхъ (*os fractum*), штрафъ въ 300 или въ 150 ассовъ. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ виновный въ нанесеніи обиды по закону XII таблицъ карался штрафомъ въ 25 ассовъ. Законъ Карнелія (Суллы) устанавливалъ



болѣ тяжкія наказанія за нѣкоторые особыя виды *injuriae*, напримѣръ, за вторженіе въ чужое жилище безъ дозволенія. Преторское право внесло существенное измѣненіе въ дѣйствовавшія нормы, такъ какъ преторы стали предоставлять опредѣленіе размѣра штрафа за оскорбленіе оцѣнкѣ судьи, который долженъ сообразоваться въ своемъ опредѣленіи по этому предмету съ личностью и общественнымъ положеніемъ оскорбителя и оскорбленнаго и со всѣми обстоятельствами, при которыхъ оскорбленіе нанесено. Присужденіе по этому иску влечетъ для отвѣтчика *infamiam*. Такъ какъ *actio injuriarum* принадлежитъ къ числу *actiones vindictam spirantes*, т.-е. направлено на отмщеніе, наказаніе, а не на возмѣщеніе вреда, то искъ этотъ чисто личный и не переходитъ къ наслѣдникамъ. Прекращается этотъ искъ годичной давностью (*annus utilis*), явнымъ или молчаливымъ отказомъ обиженнаго отъ преслѣдованія обидчика (когда, напримѣръ, обиженный примирился съ обидчикомъ или даже когда онъ молчаливо перенесъ полученное имъ оскорбленіе).

Въ заключеніе изложенія ученія объ обязательствахъ изъ деликтовъ надо упомянуть о нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ злонамѣреннаго нарушенія интересовъ частнаго лица, которые предусматривались въ преторскомъ правѣ и по поводу которыхъ въ этомъ правѣ создались особыя иски. 1) Такъ, прежде всего, лицо, виновное въ примѣненіи угрозы (*metus*) или обмана (*dolus*) къ другому, съ цѣлью заставить его совершить невыгодное для послѣдняго дѣйствіе, отвѣтственно передъ потерпѣвшимъ, могутъ или требовать возстановленія въ прежнее состояніе или привлечь виновнаго къ отвѣтственности по штрафнымъ и безчестящимъ искамъ—*actio quod metus causa* и *actio doli*, о чемъ говорилось въ общей части курса. 2) Виновный въ совращеніи къ худому поведенію сына семьи или раба отвѣчалъ передъ домовладыкой за повесенный послѣднимъ отъ этого убытокъ по *actio de servo (filio) corrupto*. 3) Тотъ, кто помѣшалъ лицу явиться на судъ, что вызвало для неявившагося проигрышъ процесса и вообще убытки, отвѣчаетъ передъ потерпѣвшимъ по иску *in factum* и обязанъ уплатить штрафъ, опредѣляемый, смотря по обстоятельствамъ, или цѣною потеряннаго потерпѣвшимъ иска или усмотрѣніемъ судьи, оцѣнивающаго возмѣщаемый интересъ потерпѣвшаго.

Виновный въ злонамѣренномъ отчужденіи вещи съ цѣлью затруднить осуществленіе на нее права, принадлежащаго другому лицу отвѣчаетъ въ теченіе года (*annus utilis*) передъ послѣднимъ за причиненный ущербъ *in id quod interest*.



## Obligaciones quasi ex contractu—обязательства, вытекающія какъ-бы изъ договора.

(Inst. 3. 27 de obligationibus quasi ex contractu).

Мы уже говорили, что, усматривая такіе случаи, когда безъ всякаго соглашенія сторонъ въ силу извѣстныхъ юридическихъ фактовъ между этими сторонами устанавливаются обязательственныя отношенія, аналогичныя тѣмъ, какія устанавливаются по договорамъ; римскіе юристы опредѣляютъ этого рода факты какъ quasi-контракты, т.-е. какъ факты, подобные, аналогичные договорамъ и влекущіе за собою послѣдствія также аналогичныя тѣмъ, какія влекутъ договоры. Такимъ образомъ каждый quasi-контрактъ по устанавливаемымъ имъ отношеніямъ аналогиченъ какому-либо изъ контрактовъ. Отъ контракта отличается тѣмъ, что первый есть двусторонняя сдѣлка, а юридическій фактъ, рождающій обязательство quasi ex contractu будетъ или одностороннее дѣйствіе или событіе, не зависящее отъ воли лицъ, между которыми возникаетъ обязательство.

Отъ деликта дѣйствіе, рождающее обязательство quasi ex contractu, отличается тѣмъ, что оно есть дозволенное дѣйствіе.

Къ obligaciones quasi ex contractu относятся слѣдующіе случаи обязательствъ.

I. Negatorum gestio. (Dig. 3. 5. de negotiis gestis Cod. 2. 18). Negatorum gestio есть веденіе за чужой счетъ чужихъ дѣлъ безъ порученія и не въ качествѣ законнаго представителя (опекуна, администратора, попечителя), а по собственному желанію. Вслѣдствіе такого завѣдыванія между тѣмъ, чьи дѣла ведутся, хозяиномъ (dominus negotiorum), и лицомъ, добровольно взявшимся за счетъ хозяина вести эти дѣла (negotiorum gestor) устанавливаются отношенія, аналогичныя возникающимъ изъ договора довѣренности. Обязательственныя отношенія между negotiorum gestor'омъ и хозяиномъ возникаютъ здѣсь независимо отъ того, знали-ли дѣйствительно negotiorum gestor, чьи дѣла онъ ведетъ или заблуждался или на этотъ счетъ. Sed et, si cum putavi Titii negotia esse, cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi negotiorum gestorum tenetur (l. 5, § 1 D. 3, 5).

Такое веденіе чужихъ дѣлъ, безъ порученія хозяина и за его счетъ можетъ вести къ возникновенію обязательства при наличности слѣдующихъ условій: 1) Требуется, чтобы веденіе дѣлъ было сознательное и добровольное по собственной инициативѣ, потому что, если кто ведетъ дѣло другого, считая его собственнымъ или по обязанности, то это не будетъ уже negotiorum gestio. 2) Negatorum gestio не должно имѣть мѣста вопреки прямому запрещенію хозяина. 3) Дѣло должно быть ведено не въ намѣреніи одарить кого-либо на счетъ хо-



зьяина, а въ намѣреніи обязать кого-либо въ пользу хозяина. 4) Веденіе чужихъ дѣлъ должно быть предпринято въ интересѣ хозяина, направлено къ его пользѣ—(съ цѣлью избавить хозяина отъ убытковъ). Конечно, послѣдующее одобреніе со стороны хозяина дѣлаетъ обязательнымъ для послѣдняго и бесполезное для него и даже запрещенное имъ ранѣе веденіе дѣлъ.

При наличности указанныхъ условій *dominus negotiorum* получаетъ противъ *negotiorum gestor'a actio negotiorum gestorum directa*. Обязанности *negotiorum gestor'a*, выполненія которыхъ хозяинъ требуетъ путемъ этого иска, слѣдующія:

1) *negotiorum gestor* обязанъ представить хозяину счетъ по веденію дѣлъ;

2) выдать все полученное на имя хозяина;

3) довести до конца начатое имъ дѣло;

4) онъ отвѣтствененъ передъ хозяиномъ за всякую вину и даже за случай, если рѣшается на такія рискованныя дѣйствія, которыхъ не предпринялъ-бы самъ хозяинъ; но если онъ въ случаѣ крайней нужды дѣлалъ въ интересахъ хозяина лишь необходимое, то отвѣчаетъ только за *dolus* и *culpa lata*.

Въ свою очередь *negotiorum gestor* имѣетъ противъ хозяина *actio negotiorum gestorum contraria*, аналогичный по цѣли съ *actio mandati contraria*, такъ какъ и обязанности хозяина аналогичны съ обязанностями довѣрителя. Хозяинъ обязывается: 1) возмѣстить *negotiorum gestor'u* всѣ издержки по веденію дѣлъ и 2) освободить его отъ обязательствъ передъ третьими лицами, взятыхъ имъ на себя въ интересѣ хозяина, и принять эти обязательства на себя.

Самъ хозяинъ получаетъ къ третьимъ лицамъ всѣ иски изъ обязательствъ, установленныхъ *negotiorum gestor'омъ*, какъ *actiones utilis*.

II. *Quasi contractus tutelae*. Другой случай quasi-контракта, также аналогичный съ *mandatum*, представляютъ отношенія, вытекающія изъ опеки, между опекаемымъ и опекуномъ.

III. Обязательство наслѣдника къ выплатѣ легата также можетъ быть разматриваемо, какъ рождающееся *quasi ex contractu*. Объ этихъ случаяхъ придется говорить въ отдѣлѣ правъ семейныхъ и наслѣдственныхъ.

IV. Если въ виду угрожающей въ морѣ кораблю и грузу опасности съ цѣлью ея устраненія корабельщикъ пожертвуетъ частью корабля (мачтами, напимѣръ) или груза, то убытки, понесенные отъ этого разлагаются на всѣхъ заинтересованныхъ въ сохраненіи корабля и груза лицъ, пропорціонально интересу каждаго.

Эта обязанность установлена морскимъ правомъ острова Родоса, а затѣмъ стала общимъ правиломъ морского права, принятымъ и римскимъ правомъ подъ именемъ *lex Rhodia de jactu*. Она сохранилась



и въ современномъ морскомъ правѣ, гдѣ для обозначенія этого института нынѣ употребляется терминъ аварія.

Обязательство *quasi ex contractu* возникаетъ здѣсь при наличности слѣдующихъ условій: 1) нужно, чтобы была опасность, непосредственно угрожавшая кораблю и грузу.

2) Нужно, чтобы для избавленія отъ этой опасности была принесена извѣстная имущественная жертва: выброшена въ море часть груза или перегружена на другое, потомъ погибшее, судно, срублены мачты, уничтожены какія-либо снасти или принадлежности судна, заплаченъ выкупъ пиратамъ и т. п. При этомъ необходимо, чтобы всѣ эти мѣры исходили отъ капитана корабля и чтобы пожертвованный грузъ дѣйствительно погибъ, а если онъ какимъ-либо образомъ будетъ спасенъ, то *lex Rhodia* не можетъ имѣть примѣненія.

3) Нужно, чтобы было дѣйствительное спасеніе судна и части груза отъ угрожавшей опасности. Въ возмѣщеніи понесеннаго собственниками отъ пожертвованія ущерба участвуютъ пропорціонально всѣ заинтересованныя лица, т.-е. собственникъ корабля и собственники груза, считая въ томъ числѣ и собственника пожертвованныхъ предметовъ. Въ римскую эпоху хозяинъ корабля высчитывалъ общую стоимость всего имущества, ради котораго принесена была жертва и величину послѣдней, причемъ цѣна спасеннаго груза опредѣлялась по мѣсту доставки, а пожертвованнаго—по мѣсту отправленія. На основаніи этого исчисленія хозяинъ производилъ вычетъ со всѣхъ грузовщиковъ и удовлетворялъ потерпѣвшаго. Въ современномъ морскомъ правѣ этотъ расчетъ убытковъ называется *диспаша* и производится особыми маклерами называемыми—диспашерами.

V. *Communio incidens*. Обязательство *quasi ex contractu* рождается также изъ случайно, помимо всякаго соглашенія, возникшей имущественной общности. Это имѣетъ мѣсто при наслѣдованіи, при отказѣ одной и той же вещи нѣсколькимъ лицамъ, при смѣшеніи или слитіи вещей, принадлежащихъ разнымъ собственникамъ, при исчезновеніи пограничныхъ знаковъ между участками земли. Отношенія, возникающія, между участками въ случайной имущественной общности, аналогичны съ отношеніями, возникающими изъ договора товарищества. Каждый имѣетъ право на пользованіе общимъ имуществомъ, на возмѣщеніе издержекъ, сдѣланныхъ на это имущество и право требовать раздѣла. Каждый обязанъ представить всѣмъ участникамъ то, что имъ приобрѣтено по общему имуществу и отвѣчаетъ, если примѣняетъ къ общему дѣлу меньшую заботливость и осторожность, чѣмъ къ собственному.

Право каждаго участника на раздѣлъ не можетъ быть отнято у него даже по договору и осуществляется, смотря по обстоятельствамъ случая, при помощи одного изъ трехъ исковъ о раздѣлѣ (*judicia divisoria*).



# Обязательства изъ неосновательнаго обогащенія.

## К о н д и к ц и и.

(Dig. XII 4—7; Cod. IV, 5—7 и 9).

Никто не долженъ, говорятъ источники, [1. 206 Dig. 50, 17] обогащаться въ убытокъ и обиду другому. *Jure naturae aequum est neminem cum detrimento alterius et injuria fieri locupletiozem.* Однако этому мѣсту не нужно придавать слишкомъ широкій смыслъ. Оно не запрещаетъ одному обогащаться на счетъ убытковъ другого. Оно значитъ только, что при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ обогащенія на счетъ другого можетъ быть признано неосновательнымъ, и потерпѣвшій можетъ потребовать отъ обогатившагося возвращенія полученнаго. Обстоятельства, дающія основаніе признать обогащеніе неосновательнымъ, могутъ быть разнообразны. Разнообразны и самыя виды обогащенія. Последнее можетъ состоять въ пріобрѣтеніи вещей въ собственность или во владѣніе, въ пріобрѣтеніи вещныхъ правъ на чужую вещь, правъ обязательственныхъ,—можетъ также состоять въ освобожденіи собственности отъ ограниченій, въ освобожденіи отъ уплаты долга, въ принятіи недолжнаго исполненія по обязательству [напримѣръ, даже недолжныхъ работъ, которыя кто-либо выполнилъ въ пользу лица, считая себя по извинительной ошибкѣ обязаннымъ къ ихъ выполненію]. Иски предоставляемые потерпѣвшему для обратнаго требованія неправомѣрнаго обогащенія, суть *condictiones*, различающіяся между собою по основаніямъ, въ силу которыхъ обогащеніе должно быть признаваемо неправомѣрнымъ.

Оставляя въ сторонѣ вопросъ объ историческомъ развитіи этихъ исковъ, возникшихъ по аналогіи съ договоромъ займа, рассмотримъ вкратцѣ лишь опредѣленія на этотъ счетъ юстиніановскаго законодательства, которое различаетъ нижеслѣдующіе виды этихъ кондикцій изъ неосновательнаго обогащенія.

### 1. *Condictio indebiti.*

Кто доставитъ другому какое-либо оцѣнимое на деньги благо, считая себя по извинительному заблужденію къ этому доставленію обязаннымъ [*solvendi causa*], тотъ можетъ потребовать уничтоженія послѣдствій такого исполненія посредствомъ иска о недолжномъ, *condictio indebiti*. Цѣль иска возратить отъ другой стороны все, что ошибочно было ей уплачено какъ должное. Стало бытъ, для возникновенія этого требованія необходимо: 1) чтобы на самомъ дѣлѣ не существовало никакого долга; 2) чтобы было ошибочное предположеніе его существова-



нія и 3) чтобы въ этомъ ошибочномъ предположеніи была произведена уплата мнимаго долга.

1) Конечно не существующимъ будетъ долгъ по обязательству ничтожному (будеть-ли оно ничтожно *ipso jure* или *ope exceptionis*) или по обязательству, еще не возникшему, равно долгъ по суспенсивно условному обязательству до наступленія условія. Уплата недолжнаго будетъ также имѣть мѣсто всякій разъ, когда она совершена не настоящему кредитору, не настоящимъ должникомъ и когда въ исполненіе представлена не должная вещь. Напротивъ долгъ признается существующимъ, и *condictio indebiti* не можетъ имѣть примѣненія, если исполненіе произведено по возникшему уже обязательству, но ранѣе установленнаго срока, а также, когда имѣется исполненіе естественнаго обязательства или нравственной обязанности. Замѣтимъ, что Баронъ въ своемъ учебникѣ относитъ къ послѣднему случаю платежъ должникомъ % по должной суммѣ въ ошибочномъ убѣжденіи, что они должны быть уплачены; но уплата % не есть нравственный долгъ всякаго должника.

2) Уплата несуществующаго долга должна быть произведена по извинительному заблужденію, каковымъ по общему правилу можетъ быть лишь фактическое заблужденіе, а не заблужденіе въ правѣ. Послѣднее можетъ быть признано, какъ мы знаемъ, извинительнымъ лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Если со стороны уплатившаго не существующій долгъ не было извинительнаго заблужденія, т.-е. если онъ зналъ о несуществованіи долга, то произведенная имъ уплата разсматривается, какъ дареніе и онъ не можетъ пользоваться *condictio indebiti*. По указу Юстиніана къ уплатившимъ по извинительному заблужденію приравняются и тѣ, которые уплачиваютъ недолжное, сомнѣваясь въ существованіи обязательства (*mente titubante indebitam solverint*—1. 11. Cod. 4. 5). Но если кто платитъ недолжное не по заблужденію или сомнѣнію, а изъ страха понести потомъ вслѣдствіе отказа въ уплатѣ штрафъ, напримѣръ: исполнять судебное рѣшеніе, которое можно еще отмѣнить обжалованіемъ, или производить платежъ, опасаясь примѣненія правила—*lis infitiando crescit in duplum*,—то онъ не имѣетъ права прибѣгнуть къ *condictio indebiti*. Со стороны принявшаго уплату требуется добросовѣстность; а не добросовѣстное принятіе недолжнаго разсматривается, какъ воровство, за которое принявшій отвѣчаетъ по правиламъ, установленнымъ относительно этого деликта.

Предъявляя *condicti*, истецъ долженъ доказать уплату имъ несуществующаго, мнимаго долга. Когда исцомъ по этому иску выступать несовершеннолѣтній или лицо, не свѣдущее въ правѣ по своему положенію (солдаты, крестьяне, женщины), а также въ случаѣ, когда отвѣтчикъ по предъявленіи къ нему иска вообще отрицаетъ, что имѣло мѣсто со стороны истца какое-либо выполненіе, то въ этихъ случаяхъ истецъ можетъ ограничиться лишь доказательствомъ того, что выпол-



неніе было совершено, а уже отвѣтчикъ затѣмъ обязанъ доказывать, что долгъ существовалъ въ дѣйствительности.

## II. *Condictio causa data, causa non secuta* или *condictio ob causam datorum*.

Этотъ искъ примѣняется въ томъ случаѣ, когда что-либо представлено однимъ лицомъ другому въ виду достиженія въ будущемъ какой-либо не безчестной цѣли или вообще въ предположеніи какого-либо будущаго не безчестнаго обстоятельства, а это обстоятельство не осуществилось, цѣль остается недостигнутой. Въ этомъ случаѣ лицо, въ пользу котораго было совершено дѣйствіе, несправедливо обогащается на счетъ совершителя дѣйствія, которому и дается названный искъ, съ цѣлью истребовать обратно то, что имъ было выполнено. Условіями для возникновенія этого иска являются: 1) предположеніе сторонами будущаго не безчестнаго обстоятельства (*causa futura honesta*); 2) совершеніе одною стороною въ пользу другой дѣйствія въ этомъ предположеніи; 3) ненаступленіе этого обстоятельства.

Тѣ не безчестныя обстоятельства, ради которыхъ или въ предположеніи которыхъ совершаются дѣйствія и которыя затѣмъ не наступаютъ, могутъ быть крайне разнообразны. Иногда это будутъ дѣйствія самого получателя, иногда факты, не зависящіе отъ его воли. Напримѣръ: при безымянныхъ контрактахъ одна сторона выполняетъ дѣйствіе въ ожиданіи дѣйствія другой; выдается долговая расписка ранѣе полученія занятой суммы, а полученія не послѣдовало; въ предположеніи брака устанавливается приданное, а бракъ не состоялся; произведена уплата *negotiorum gestor*у, а *dominus* отказалъ въ *ratihabitio*. Намѣреніе лица, совершить дѣйствіе въ предположеніи извѣстнаго будущаго обстоятельства должно быть въ чемъ-либо имъ обнаружено, явно или молчаливо, при самомъ совершеніи этого дѣйствія, иначе не будетъ основанія къ иску о возвратѣ. Если, напримѣръ, лицо дѣлаетъ другому подарокъ въ тайной надеждѣ, что ему отдарятъ впослѣдствіи или включить его въ завѣщаніе, назначивъ наслѣдство или легать, а надежда эта не оправдывается, то нельзя потребовать возврата подарка. Причина ненаступленія предположеннаго обстоятельства, по общему правилу, не имѣетъ значенія: все равно, будетъ-ли это случай, или вина дающаго. Однако при такъ называемыхъ *dationes sub modo* получатель, не виновный въ неосуществленіи цѣли, которую имѣлъ въ виду дающій, можетъ удержать за собою полученное.

## III. *Condictio ob turpem causam*.

Обогащеніе будетъ неосновательнымъ и тогда, когда оно явилось слѣдствіемъ дѣйствія, совершеннаго въ предположеніи будущаго без-



честнаго для получателя обстоятельства (*causa futura inhonesta*) независимо отъ того, наступило ли это обстоятельство въ дѣйствительности или нѣтъ. Напримѣръ, кто-либо платитъ другому, съ цѣлью склонить его къ совершенію преступленія или, наоборотъ, отклонить отъ этого совершенія, или же съ цѣлью побудить его сдѣлать то, къ чему и такъ онъ по закону обязанъ.

Искъ о возвратѣ предоставленнаго не можетъ имѣть примѣненія въ томъ случаѣ, когда обнаруживается безнравственная цѣль и со стороны дающаго (напримѣръ, при подкупѣ судьи или свидѣтеля, при дареніи дѣвушкѣ въ намѣреніи ея обольстить).

#### IV. *Condictio ob injustam causam.*

Этотъ искъ дается, когда неосновательное обогащеніе является слѣдствіемъ деликта или неодобряемой закономъ сдѣлки, напримѣръ въ случаяхъ предоставленія чего-либо подъ вліяніемъ принужденія, уплаты ростовщическихъ процентовъ, уплаты проигрыша при запрещенныхъ играхъ, даренія между супругами и т. п.

#### V. *Condictio sine causa.*

До-юстиніановское право употребляетъ это названіе въ широкомъ смыслѣ: вообще для обозначенія всякаго требованія изъ неосновательнаго обогащенія, включая сюда и всѣ вышеуказанные случаи. Юстиніанъ, выдѣливъ 4 помянутые случая и указавъ для нихъ особые иски, сохранилъ это названіе для пятаго иска—*condictio sine causa*, употребляющагося для всѣхъ тѣхъ видовъ неосновательнаго обогащенія, которые не подходятъ подъ условія четырехъ упомянутыхъ кондикцій.

Основанія для предьявленія данной кондикціи имѣются тогда, когда отвѣтчикъ неосновательно обогатился на счетъ истца не только путемъ передачи послѣднимъ первому имущества, но и всякимъ инымъ путемъ, напримѣръ, по обработкѣ или по продажѣ добросовѣстнымъ владѣльцемъ чужой вещи и т. п. Приобрѣтеніе можетъ или съ самаго начала не имѣть основанія, или-же это основаніе можетъ исчезнуть впослѣдствіи (*causa finita*). Для поясненія приведемъ нѣсколько примѣровъ: приобрѣтеніе сдѣлано путемъ ничтожной сдѣлки, или—отъ лица, не имѣющаго права на отчужденіе, или по существенному заблужденію,—во всѣхъ этихъ случаяхъ оно будетъ приобрѣтеніемъ *sine cause* съ самаго начала. Другіе примѣры: долгъ погашенъ, а долговая расписка еще остается у вѣрителя, обязательство исполнено, а данный въ обезпеченіе его задатокъ остается у получившаго; лицо, получивъ вознагражденіе за пропавшую вещь, получаетъ потомъ самую вещь и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ приобрѣтеніе



имѣло основаніе, но, по исчезновеніи этого основанія (*causa finita*), обогащеніе получателя является неосновательнымъ, и къ нему можетъ быть предъявлено *condictio sine causa*.

## Обязательства, возникающія *quasi ex delicto*.

Источники подъ этимъ именемъ указываютъ рядъ обязательствъ, возникающихъ изъ недозволенныхъ дѣйствій, которыя не могутъ быть признаны деликтами по отсутствію субъективныхъ или объективныхъ условій, необходимыхъ для наличности преступленія, но тѣмъ не менѣе въ этихъ дѣйствіяхъ усматривается аналогія съ тѣмъ или другимъ деликтомъ и они влекутъ послѣдствія, аналогичныя рождающимся изъ деликтовъ, т.-е. обязательство совершителя дѣйствія возмѣститъ причиненный ущербъ или уплатитъ штрафъ, полагающійся за совершеніе этого дѣйствія, или обязательство исполнить то и другое вмѣстѣ. Главнѣйшіе, относящіеся сюда случаи суть: 1) отвѣтственность судьи за ущербъ, причиненный его неправильнымъ приговоромъ—*actio adversus judicem, qui litem suam fecit*. Если судья по злому умыслу или виновной неосторожности (*culpa lata*), по невѣжеству, незнанію закона постановилъ неправильное рѣшеніе, котрымъ причинилъ тяжущемуся ущербъ, то противъ него тяжущемуся дается *actio in factum*, направляемое въ случаѣ злого умысла со стороны судьи на возмѣщеніе всего предмета процесса, а при виновной неосторожности на уплату убытковъ по усмотрѣнію судьи. Въ классическую эпоху искъ этотъ давался не противъ магистровъ, которые сами обычно не рѣшали дѣла, а противъ частныхъ судей, судей присяжныхъ; однако онъ сохраненъ и въ юстиніановскомъ правѣ, которое не знаетъ института судей присяжныхъ.

2) Отвѣтственность хозяина помѣщенія за вредъ, причиненный вылитыми или выброшенными изъ помѣщенія предметами—*actio de effusis et dejectis*. Если изъ дома, расположеннаго на проходимомъ мѣстѣ будетъ вылито или выброшено что либо и этимъ будетъ причиненъ вредъ другому лицу (самому лично или его вещи), то отвѣтственность за этотъ вредъ возлагается на хозяина помѣщенія, хотя бы онъ самъ и не былъ виновенъ въ выбрасываніи. Онъ только имѣетъ право регресса къ настоящему виновнику. Въ качествѣ *actio utilis* искъ дается противъ хозяина корабля и собственника или наемателя необитаемаго зданія. Если въ данномъ помѣщеніи нѣсколько жильцовъ, то они отвѣчаютъ по этому иску солидарно.

3) Отвѣтственность за угрожающее опасностью людямъ и вещамъ выставленіе или вывѣшиваніе предметовъ въ мѣстахъ, открытыхъ для прохода публики. Всякій гражданинъ имѣетъ противъ виновнаго въ



такомъ выставленіи или вывѣщиваніи *actio de depositis et suspensis*, направленный на взысканіе штрафа въ размѣрѣ 10 солидовъ.

4) Отвѣтственность судохозяевъ и содержателей гостиницъ и постоялыхъ дворовъ (*nautarum, cauponum et stabulariorum*) за личную и имущественную безопасность путешественниковъ и ихъ имущества Судохозяева и содержатели гостиницъ и постоялыхъ дворовъ отвѣчаютъ не только за вредъ причиненный ихъ личными дѣйствіями путешественникамъ или ихъ имуществу, но и за ущербъ, причиненный ихъ служащими и даже другими путешественниками. Отъ отвѣтственности нельзя освободиться однимъ вывѣщиваніемъ отъ имени хозяина или содержателя заведенія объявленія, что онъ не принимаетъ на себя отвѣтственности за цѣлость принятыхъ вещей. Освободиться отъ этой обязанности можно лишь по особому соглашенію съ путешественникомъ. Впрочемъ, отъ хозяина вполне зависитъ принять въ свое помѣщеніе путешественника или отказать ему въ приютѣ, но разъ принявъ безъ особаго уговора, онъ обязанъ отвѣтственностью за сохранность принятаго—*receptum* (самого путешественника и принятыхъ отъ послѣдняго вещей), откуда самый искъ называется—*actio de recepto*.

5) *Отвѣтственность господъ за вредъ, причиненный ихъ подвластными* (сыновьями семьи, рабами и животными). По древнему праву домовладыка отвѣчалъ за все дѣлихты подвластныхъ дѣтей и рабовъ и въ нѣкоторыхъ случаяхъ за вредъ, причиненный животнымъ; но онъ могъ освободиться отъ отвѣтственности, выдавъ виновника ущерба (дитя, раба, вола) потерпѣвшему, что называлось, какъ мы уже знаемъ, *noxae datio*, а искъ, которымъ потерпѣвшій отыскивалъ причиненный ему ущербъ, назывался *actio noxalis*. Въ императорскую эпоху обычая отвѣтственность отца за дѣлихты подвластныхъ была отмѣнена, и осталось лишь въ юстиніановскомъ правѣ отвѣтственность за рабовъ и животныхъ. Искъ объ отвѣтственности за раба есть *actio noxalis* и, по правилу „*nox caput sequitur*“, переходитъ (до *litis contestatio*) противъ всякаго, къ кому переходитъ собственность на виновнаго раба. Что касается отвѣтственности за вредъ, причиненный животными, то здѣсь нужно различать слѣдующіе случаи: 1) вредъ состоялъ въ простой потравѣ домашними животными чужого участка безъ чьей-либо вины;—въ этомъ случаѣ противъ собственника давалось—*actio de pastu*, искъ о возмѣщеніи убытка. 2) Вредъ (*pauperies*) причиненъ былъ домашнимъ животнымъ безъ вины человѣка и въ противность обыкновеннымъ свойствамъ его породы *contra naturam sui generis*—напримѣръ, домашній волъ или лошадь ранить или убьетъ человѣка въ przypadкѣ несвойственной этимъ животнымъ ярости). Въ этомъ случаѣ искъ, называемый *actio de pauperie*, даетъ потерпѣвшему право на полное возмѣщеніе вреда. Собственникъ можетъ и здѣсь освободиться отъ отвѣтственности, выдавъ животное потерпѣвшимъ. Правило *nox caput sequitur* примѣняется и здѣсь до момента *litis contestatio*; если перехо-



дить собственность на животное, то переходит и отвѣтственность за него. 3) Вредъ причиненъ дикимъ и вообще опаснымъ животнымъ, которое, вопреки эдикту эдиловъ, держалъ собственникъ въ мѣстѣ доступномъ для прохода публики. Въ этомъ случаѣ отвѣтственность налагалась по правиламъ указаннаго эдикта, и отъ нея нельзя было освободиться при помощи *poxae datio*.

*Примѣчаніе.* Въ принятой системѣ изложенія обязательствъ по основаніямъ ихъ возникновенія не находятъ себѣ особаго мѣста обязательства, возникшія изъ *игры* или изъ такихъ рисковыхъ сдѣлокъ, какъ *купля на рискъ и пари*. Соглашенія объ игрѣ въ деньги, составляя простое  *pactum*, издавна были запрещены особымъ сенатскимъ постановленіемъ. Юстиніанъ объявилъ ничтожными все соглашенія по игрѣ, сдѣлавъ однако исключеніе для 5 игръ, въ которыхъ состязаются въ искусствѣ и спорятъ о первенствѣ въ немъ. Но въ этихъ играхъ сумма ставки не должна превышать одного золотого. Все прочія соглашенія по игрѣ ничтожны, и данное на ихъ основаніи можетъ быть вытребовано помощью *condictio sine causa*, погашавшагося лишь 50-лѣтней давностью. Что касается рисковыхъ сдѣлокъ, *conventiones aleatoriae*, то временное пари облекалось въ форму *sponsio* и было исполнѣ дѣйствительно, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда содержаніе его безнравственно, когда подъ нимъ скрывается игра, или когда одна изъ сторонъ злоумышленно вызвала другую на его заключеніе. Смотря по формѣ заключенія пари, выигравшіи можетъ пользоваться или *actio ex stipulatu* или *praescriptis verbis*.

## Обязательства *ex variis causarum figuris* въ тѣсномъ смыслѣ, иначе обязательства *ex legis dispositione*.

Кромѣ указанныхъ четырехъ категорій обязательствъ, римское право знаетъ и такія обязательственныя отношенія, которыя устанавливаются не въ силу договора или деликта и не въ силу фактовъ, подводимыхъ подъ договоры и деликты по аналогіи, а непосредственно въ силу предписанія объективнаго права (*ex lege*). Изъ относящихся сюда случаевъ возникновенія обязательствъ заслуживаютъ особаго разсмотрѣнія слѣдующіе:

1. Обязательство предъявленія требуемаго предмета на разсмотрѣніе.

Если желающій отыскивать какое-либо право на извѣстный предметъ (вещь) нуждается въ предварительномъ разсмотрѣніи самого этого предмета, то онъ можетъ потребовать предъявленія ему даннаго пред-



мета отъ всякаго, у кого въ рукахъ этотъ предметъ находится, посредствомъ *actio ad exhibendum*. Право, для осуществленія котораго можетъ понадобится предъявленіе предмета, можетъ быть вещное или обязательственное. Всякій *detentor* вещи обязанъ къ *exhibitio*, но издержки на предъявленіе, по общему правилу, несетъ тотъ, кто его потребуеть.

*Actio ad exhibendum* есть искъ арбитражный. Судья, изслѣдовавшій лишь въ общихъ чертахъ основательность требованія, предлагалъ отвѣтчику предъявить вещь добровольно и лишь въ случаѣ отказа въ этомъ присуждалъ его къ уплатѣ интереса.

Начала, положенныя въ основаніи этого иска, примѣнялись и при требованіи выдачи документовъ, причемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ отъ лица, требующаго такой выдачи, напримѣръ, завѣщанія, или дѣловыхъ книгъ или другихъ документовъ,—и нуждающагося въ томъ, чтобы снять съ документа копію, бралась иногда присяга въ томъ, что онъ хлопочеть объ этомъ не съ цѣлью сутяжничества (*iuramentum calumniae*).

Требованіе выдачи завѣщанія осуществлялось посредствомъ особаго иска—*interdictum de tabulis exhibendis*. *Detentor*, отказавшійся выдать, обязывается по этому индикту уплатить интересъ, равный суммѣ наслѣдства или отказа, на которыя претендуетъ истецъ.

Для истребованія другихъ документовъ давалось *actio in factum*, носящее у новыхъ юристовъ названіе *actio de edendo*.

Всякій, кто злоумышленно задерживалъ свободнаго человѣка, обязанъ былъ по требованію каждаго гражданина (*interdictum popolare de libero homine exhibendo*) допустить видѣться и свободно разговаривать съ задержаннымъ.

Особые индикты давались также мужу и отцу для истребованія задерживаемыхъ или укрываемыхъ жены или дѣтей, о чемъ будетъ рѣчь въ правѣ семейномъ.

II. Другой случай обязательства *ex lege* представляетъ собою, такъ называемое, *cautio damni infecti*, т.-е. отвѣтственность за вредъ, причиняемый дурнымъ состояніемъ недвижимаго имѣнія имѣнію сосѣднему.

Всякій, кому дурное состояніе сосѣдняго имѣнія, напримѣръ ветхость построекъ, засореніе стоковъ,—угрожаетъ ущербомъ, можетъ по преторскому эдикту потребовать отъ сосѣда обезпеченія въ томъ, что возможный вредъ будетъ возмѣщенъ; такое обезпеченіе (въ формѣ стипуляціи) называлось, какъ мы знаемъ *cautio damni infecti*. Право на требованіе такого обезпеченія принадлежитъ не только собственнику угрожаемаго имѣнія, но и залогопринимателю и суперфициару и узуфруктуарію и, наконецъ, даже тому, кто держитъ вещь на основаніи обязательственнаго отношенія. Замѣчательно, что источники прямо отказываютъ въ этомъ правѣ добросовѣстному владѣльцу



(см. l. 11 и l. 13. § 9 Dig. 39. 2). Этот отказ на столько противорѣчить обыкновенному отношенію къ добросовѣстному владѣльцу, что романисты считают его непримѣнимымъ.

Угрожающая отъ имѣнія опасность должна принадлежать къ числу устранимыхъ усиліями человѣка (иначе отъ собственника нельзя и требовать обезпеченія отъ этой опасности). Происходить она можетъ отъ свойства почвы, отъ растущихъ на участкѣ деревьевъ, отъ недостатковъ строенія или отъ предпринятыхъ работъ (напримѣръ, отъ колодца или выгребной ямы, дурного устройства стоковъ и т. д.) Обезпеченіе можетъ быть требуемо не только отъ собственника или добросовѣстнаго владѣльца угрожающаго имѣнія, но и отъ лицъ, имѣющихъ вещное на него право и отъ предпринимателя работъ. Всѣ эти лица привлекаются къ отвѣтственности альтернативно, и представленіе обезпеченія однимъ изъ нихъ освобождаетъ другихъ отъ отвѣтственности.

Когда угрожающее имѣніе находится въ общей собственности нѣсколькихъ лицъ, то каждый изъ собственниковъ обязывается къ представленію обезпеченія въ своей долѣ.

Обезпеченіе состоитъ или въ дачѣ обѣщанія въ формѣ стипуляціи (когда дающій обезпеченіе—собственникъ или добросовѣстный владѣлецъ имѣнія) или, сверхъ того, въ представленіи поручительства (*satisfactio*).

Такое обѣщаніе дается на опредѣленный срокъ. При наступленіи ущерба давшій *cautio* отвѣчаетъ по *actio ex stipulatu*.

Если обезпеченіе своевременно обязаннымъ лицомъ не представлено, то имѣющей на него право можетъ просить у магистрата ввода во владѣніе угрожающимъ имуществомъ (строеніемъ или участкомъ), что называется *missio in possessionem ex primo decreto*. Введенный во владѣніе получаетъ *detentio*, а также надзоръ и охрану (*observatio et custodia*).

Если къ устраненію опасности и послѣ этого не принимается мѣръ и не представляется обезпеченіе, то преторъ даетъ второй вводъ во владѣніе—*missio ex secundo decreto*, на основаніи котораго лицо, получившее этотъ вводъ, дѣлается юридическимъ владѣльцемъ угрожающаго имѣнія и можетъ стать даже собственникомъ.

III. Къ случаямъ установленія обязательствъ *ex lege* относится обязанность лица, предпринявшаго какую-либо работу по постройкѣ на частной или общественной землѣ приостановить эту работу по потребованію лица, находящаго, что эта работа угрожаетъ ему ущербомъ. Такое заявленіе требованія о приостановкѣ предпринятой работы носитъ названіе *operis novi nuntiatio*. Оно недействительно, если приостановка работы угрожала бы опасностью или противна общему благу. Исходить такое заявленіе можетъ, какъ это видно изъ l. 1, § 16 D. 39. 1, отъ слѣдующихъ лицъ: 1) отъ всякаго, кто заботится



о сохраненіи своего права (*juris nostri conservandi causa*), т.-е. а) отъ собственника участка, когда постройка нарушаетъ свободу его собственности или принадлежащее ему сервитутное право или дѣлается вопреки правиламъ, установленнымъ для безопасности (напримѣръ, безъ соблюденія между зданіями законнаго промежутка); б) отъ всякаго, кому *utiliter* даются иски, принадлежащіе собственнику, т.-е. отъ *bonae fidei possessor'a*, эмпитевты, суперфициара, узупфруктуарія и залогопринимателя; но эти лица не могутъ обращаться со своимъ заявленіемъ къ собственнику участка, если онъ самъ предпринялъ работы на послѣднемъ; 2) отъ всякаго, кто по поводу предпринятой работы (сооруженія или разрушенія постройки) можетъ потерпѣть ущербъ, слѣдовательно, имѣетъ право требовать *cautio damni infecti* и безуспѣшно пытался получить такое обезпеченіе (*damni depellendi causa*); 3) отъ всякаго гражданина, когда предпринятая постройка нарушаетъ публичный интересъ (*publici juris tuendi causa*).

Для заявленія не установлено какой-либо особой формы, но оно должно быть сдѣлано у мѣста производства постройки (*nuntiatio fit in rem*) въ присутствіи хозяина работъ (предпринимателя ихъ) или кого-либо изъ его семейныхъ и служащихъ (рабочихъ),

Послѣ заявленія, лицо къ которому оно обращено (нунціатъ), должно немедленно пріостановить работы (за исключеніемъ случаевъ недѣйствительности заявленія, указанныхъ выше). Неисполненіе этого даетъ лицу, сдѣлавшему заявленіе (нунціанту), право требовать отъ предпринимателя возстановленія прежняго состоянія, т.-е. уничтоженія всѣхъ начатыхъ работъ помощью особаго *interdict'a de opere restituendo*, иначе *interdictum demolitorium*. Эта обязанность нунціата переходитъ и на наслѣдниковъ его (но не сингулярныхъ преемниковъ).

На наслѣдниковъ и вообще правопреемниковъ нунціанта сила сдѣланнаго имъ заявленія не распространяется. Нунціатъ, пріостановивъ работу, можетъ обратиться къ магистрату съ указаніемъ на неосновательность сдѣланнаго заявленія и путемъ *cognitio extra ordinem* испросить отмѣну его послѣдствій (*remissio nuntiationis*). Магистратъ могъ удовлетворить и обыкновенно удовлетворялъ эту просьбу условно, т.-е. подъ условіемъ, что у нунціанта не было на нее права. Если же право нунціанта не подлежало сомнѣнію, то предприниматель можетъ получить разрѣшеніе на продолженіе работъ лишь по представленіи обезпеченія въ формѣ поручительства въ томъ, что возстановитъ все въ прежнее состояніе, если постройка окажется сооруженной неправомѣрно (такъ называемое *cautio de demoliendo*). При этихъ условіяхъ предприниматель охраняется отъ дальнѣйшихъ помѣхъ въ работѣ со стороны нунціанта посредствомъ особаго *interdictum prohibitorium*, называемаго у новыхъ юристовъ *interdictum ne vis fiat aedificandi*. Съ своей стороны нунціантъ, по совершеніи нунціаціи, вызвавшей пріостановку работъ, обязанъ немедленно вчинить



искъ (*actio negatoria* или *confessoria*), для защиты своего права на противодѣйствіе предпринятой работѣ; причемъ юстиніановское законодательство рекомендуетъ окончить этотъ процессъ по возможности въ теченіе 3-хъ мѣсяцевъ. Нунціатъ, проигравшій процессъ, приговаривается къ возстановленію прежняго положенія вещей.

IV. *Обязанность не предпринимать никакихъ перемѣнъ въ участкѣ вопреки запрещенію или тайно отъ того лица, чей интересъ этимъ нарушается. Interdictum quod vi aut clam.*

Всякій, кто имѣетъ право собственности на извѣстный участокъ или другое вещное право, а также и владѣніе или держитъ его на правѣ обязательственномъ, имѣетъ право не допускать нарушающихъ его интересы перемѣнъ въ этомъ и въ сосѣднемъ участкѣ вопреки его запрещенію или тайно отъ него. Этого введено преторскимъ эдиктомъ въ дополненіе и исправленіе правилъ объ *operis novi nuntiatio*. Перемѣной признается не только возведеніе и разрушеніе постройки, но и копанье ямъ или канавъ, порча воды въ колодцахъ, рубка деревьевъ и т. д.; запрещеніе заинтересованнаго лица производить такіа перемѣны можетъ быть выражено явно словами, дѣйствіемъ или символически (бросаніемъ камешка—*lapilli jactus*). Тайно перемѣна считается произведенной въ томъ случаѣ, когда предпринявшій ее не заявитъ о ней тому, кто, какъ ему должно быть извѣстно, будетъ оспаривать право на ея совершенію. Виновный въ производствѣ перемѣны вопреки запрещенію или тайно отъ заинтересованнаго лица, независимо отъ того имѣлъ-ли онъ на нее право или нѣтъ, обязанъ устранить ее и возмѣстить заинтересованному ущербъ, *Interdictum quod vi aut clam*, даваемый потерпѣвшему, можетъ быть испрошенъ лишь въ годичный срокъ. Кромѣ того, онъ не имѣетъ силы въ томъ случаѣ, если противникъ проявляетъ готовность, представивъ *cautio*, начать процессъ о своемъ правѣ на перемѣну.

V. Къ обязательствамъ *ex lege* относится также обязанность доставленія алиментовъ близкимъ родственникамъ. Обязанность эта лежитъ взаимно на восходящихъ и нисходящихъ родственникахъ прямой линіи и на супругахъ. Подробнѣе объ этомъ въ семейномъ правѣ.

Перечисленными не ограничиваются случаи возникновенія обязательствъ *ex lege*,—такъ сюда же должны быть отнесены всѣ обязательства, вытекающія изъ законныхъ ограниченій права собственности, изъ права сосѣдства и т. п.

Разсмотрѣвъ отдѣльные виды обязательственныхъ отношеній, вернемся къ разсмотрѣнію двухъ еще не разсмотрѣнныхъ нами вопросовъ общаго ученія объ обязательствахъ, а именно: объ обезпеченіи обязательствъ и ихъ прекращеніи.



## Обезпеченіе обязательствъ.

Выше мы уже перечисляли способы обезпеченія обязательствъ, извѣстные римскому праву, теперь познакомимся съ ними въ отдѣльности.

I. Однимъ изъ древнѣйшихъ способовъ является *juramentum promissorium*—обѣщательная присяга. Конечно, этотъ способъ имѣлъ преимущественно нравственное значеніе, однако онъ не лишень былъ и юридическихъ послѣдствій: всякій, не исполнившій клятвенно утвержденнаго обязательства, подвергался инфаміи, а одинъ указъ помѣщенный въ I. 1 Cod. II, 28, лишаетъ недостижнаго 25 лѣтъ подкрѣпившаго совершенную имъ продажу присягой, права на реституцію.

II. Другой способъ обезпеченія обязательствъ, вытекающихъ изъ договоровъ, извѣстенъ подъ именемъ задатка (*arra*). Задатокъ—это дача однимъ изъ договорившихся другому денегъ и другихъ вещей, съ цѣлью или служить доказательствомъ заключенія договора, знакомъ этого заключенія, *arra confirmatoria*,—*arra pacto perfecio data*,—или же въ качествѣ средства обезпеченія будущаго вступленія въ обязательство (*arra pacto imperfecto data*).

Всею чаще задатокъ употреблялся въ первомъ изъ указанныхъ значеній и тогда служилъ средствомъ для обезпеченія простыхъ соглашеній (*pacta*). При выполненіи соглашенія задатокъ зачитывался или возвращался, а при невыполненіи возвращался.

Когда задатокъ примѣнялся во второмъ значеніи (*arra pacto imperfecto data*), то давшій задатокъ лишался его, если уклонялся потомъ отъ заключенія договора, а получившій, если договоръ не заключень былъ по его винѣ, обязанъ былъ возвратитъ двойную стоимость задатка.

Въ современномъ правѣ выступаетъ задатокъ со штрафной цѣлью, а именно давшій задатокъ можетъ отступить отъ договора лишаясь задатка. Этотъ видъ задатка, *arra poenitentialis*, чуждъ римскому праву.

III. Третьимъ видомъ обезпеченіе обязательствъ является неустойка, или обѣщаніе штрафа, *stipulatio poenae*. Этотъ способъ обезпеченія состоитъ въ томъ, что по соглашенію одна изъ сторонъ обѣщаетъ другой совершить какое-либо дѣйствіе подъ условіемъ: если



не будет исполнено или будет исполнено не надлежащимъ образомъ другое обѣщаніе.

Неустойка можетъ быть установлена или съ цѣлью обезпечить исполненіе заключеннаго договора или какъ средство побужденія къ заключенію предположеннаго договора.

Въ первомъ случаѣ стороны могутъ согласиться, что вѣритель въ случаѣ неисполненія договора можетъ потребовать какъ этого исполненія, такъ и уплаты неустойки. Безъ особаго соглашенія на этотъ счетъ вѣритель по обязательствамъ строгаго права можетъ требовать лишь одной неустойки; въ обязательствахъ *bonae fidei* вѣритель можетъ выбирать между требованіемъ неустойки или исполненія договора.

Частичное исполненіе не освобождаетъ отъ обязанности уплатить неустойку. Для возникновенія этой обязанности не требуется напоминаніе (*interpellatio*) должнику со стороны вѣрителя. Величина неустойки опредѣляется соглашеніемъ, но при обязательствахъ съ платежомъ % она не должна превышать законной мѣры послѣднихъ. Неустойка, разумѣется, недѣйствительна если ею обезпечивается требованіе противозаконное или безнравственное, а также когда само по себѣ дозволительное обязательство таково по содержанію, что представляется безнравственнымъ обезпеченіе его неустойкой.

IV. *Принятіе на себя чужого долга, intercessio или interventio.* Этотъ способъ обезпеченія обязательствъ состоитъ въ томъ, что съ вѣрителемъ по обязательству постороннее лицо вступаетъ въ соглашеніе, въ силу котораго принимаетъ на себя отвѣтственность по этому обязательству. Для принимающаго на себя отвѣтственность обезпечиваемое обязательство должно быть чужимъ; если торговецъ, напримѣръ, ручается за уплату цѣны вещи, купленной для него приказчикомъ, это не будетъ *intercessio*.

Принятіе чужого долга на себя возможно съ устраненіемъ изъ обязательства первоначальнаго должника (такъ называемое *intercessio privativa*) и безъ такого устраненія, такъ что лицо на себя принимаетъ отвѣтственность за чужой долгъ рядомъ съ настоящимъ должникомъ—*intercessio cumulativa*.

При *intercessio privativa* различаются два случая: а) лицо принимаетъ на себя уже существующій долгъ другого лица, освобождая этимъ дослѣднее отъ обязательства—этотъ видъ *intercessio* называется *expromissio*, и б) лицо принимаетъ на себя обязательство, предупреждая этимъ вступленіе въ обязательство другое единственно заинтересованнаго лица, (А., зная, что В. нуждается въ совершеніи займа, принимаетъ на себя долгъ по займу, но для В., или: лицо принимаетъ на себя корреальную отвѣтственность вмѣстѣ съ должникомъ единственно въ интересѣ послѣдняго). Этотъ видъ *intercessio* называется *intercessio tacita*.



*Intercessio cumulativa* возможна также въ двухъ видахъ: а) въ видѣ установленія залога по чужому долгу или въ видѣ поручительства, т.-е. принятія на себя чужого долга въ качествѣ придаточнаго должника.

Этотъ видъ интерцессіи по своему значенію заслуживаетъ особаго вниманія какъ съ исторической, такъ и съ догматической стороны.

*Поручительство* въ римскомъ юридическомъ быту практиковалось очень часто и въ разнообразныхъ формахъ. Древнѣйшей изъ этихъ формъ была стипуляціонная форма—*adpromissio*. Въ классическую эпоху, смотря по употребляемымъ при стипуляціи словамъ, различали три разныхъ вида *adpromissio*: 1) *sponsio* (на вопросъ: „*idem dari spondes?*“ поручитель отвѣчалъ: „*spondeo*“), 2) *fidepromissio* („*idem fide psomittis?*“—„*promitto*“), 3) *fidejussio* („*idem fide tua esse jubes?*“—„*judeo*“). Первые формы отличались отъ послѣдней тѣмъ, что, во-первыхъ, могли быть примѣняемы лишь къ обязательствамъ изъ словеснаго контракта, причемъ должны были строго отвѣчать содержанію главнаго обязательства и доступны были лишь римскимъ гражданамъ. Послѣдствія обѣихъ этихъ формъ поручительства не переходили на наслѣдниковъ поручителей. Въ послѣ-классическую эпоху обѣ эти формы, *sponsio* и *fidepromissio*, вышли изъ употребленія, и въ юстиніановскомъ правѣ. Будучи добавочнымъ, акцессорнымъ обязательствомъ, *fidejussio* всегда предполагаетъ существованіе главнаго долга по цивильному или даже по натуральному обязательству. Поручительство недѣйствительно, если главный долгъ недѣйствителенъ съ самаго начала или сталъ таковымъ впослѣдствіи. Съ прекращеніемъ главнаго долга прекращается, по общему правилу, и поручительство. Возможны однако и исключенія, напримѣръ: вещь погибла безъ вины должника, но по винѣ поручителя: должникъ въ этомъ случаѣ освобождается отъ исполненія по обязательству, а поручитель отвѣчаетъ. Отвѣтственность поручителя не должна быть болѣе тяжелой, чѣмъ отвѣтственность главнаго должника, иначе говоря, поручительство *in causam duriolem* недѣйствительно относительно большаго, или болѣе тяжелыхъ условій, напримѣръ: недѣйствительно безусловное *fidejussio*, заключенное для обезпеченія условнаго долга. Наоборотъ, *fidejussio in causam leviolem* всегда возможно.

Можно поручаться за весь чужой долгъ или за честь его. Допустимо по римскому праву поручительство и за будущіе долги, напримѣръ, за долги по сдѣлкамъ изъ даннаго предпріятія. Возможно поручительство по поручительству *fidejussio fidejussionis*.

Установилось въ Римѣ поручительство въ формѣ стипуляціи, а слѣдовательно искъ изъ поручительства есть *actio ex stipulatu*. Всѣ тѣ возраженія, которыя имѣлъ должникъ противъ иска по главному долгу, по правилу, принадлежатъ и поручителю, за исключеніемъ



а) тѣхъ возраженій, противъ которыхъ вѣритель и обезпеченъ именно поручительствомъ, и в) чисто личныхъ возраженій главнаго должника и возраженія *ex senatus consulto Macedoniano*, принадлежащаго поручителю лишь въ томъ случаѣ, если онъ имѣеть регрессивный искъ противъ главнаго должника.

Сверхъ указанныхъ возраженій, привлеченный къ отвѣтственности по главному долгу поручитель имѣеть еще нѣсколько самостоятельныхъ возраженій, даваемыхъ въ силу особыхъ привиллегій, признанныхъ за поручителемъ. Такихъ привиллегій, римское право указываетъ три:

1) *Beneficium excussionis seu ordinis*. Эта привиллегія появилась лишь въ юстиніановомъ законодательствѣ. До Юстиніана вѣритель, не получая удовлетворенія отъ должника, могъ тотчасъ искать съ поручителя, если послѣдній заранѣе не выговорилъ, что вѣритель долженъ предварительно съ искомъ обратиться къ главному должнику.

Юстиніанъ, въ 4-ой новеллѣ, с. 1, предоставилъ поручителю право и безъ особаго соглашенія съ вѣрителемъ требовать, чтобы послѣдній предварительно обращался съ искомъ къ должнику. Поручитель съ этихъ поръ гарантировалъ лишь, что онъ доплатитъ то, что останется недополученнымъ съ должника (*fidejussor indemnitatis*) *Beneficium excussionis* не давалось по опредѣленію той-же новеллы въ случаѣ отсутствія главнаго должника, если поручитель не представлялъ его на судъ къ указанному судьей сроку.

1) *Beneficium cedendarum actionum*. Это есть право поручителя, уплатившаго кредитору, требовать отъ послѣдняго уступки (цессіи) исковъ, принадлежавшихъ ему къ главному должнику и сопоручителямъ.

3) *Beneficium divisionis*. Эта предоставленная поручителямъ еще по *epistola divi Hadriani* привиллегія состоитъ въ томъ, что при существованіи нѣсколькихъ сопоручителей по одному долгу каждый изъ нихъ можетъ требовать, чтобы взысканіе было распредѣлено вѣрителемъ между всѣми состоятельными изъ ихъ числа. Лицу, отрицающему свое поручительство, это *beneficium* не дается, равно какъ не дается поручителямъ опекуна противъ опекуемаго.

Въ вопросѣ о поручительствѣ намъ остается еще разсмотрѣть права поручителя по отношенію къ главному должнику и къ сопоручителямъ.

Поручительство само по себѣ между поручителемъ и главнымъ должникомъ не устанавливало никакого обязательственнаго отношенія. Право поручителя на регрессъ къ должнику зависитъ вполне отъ тѣхъ оснований, которыми поручительство было вызвано. Тотъ, кто принялъ на себя поручительство въ своемъ собственномъ интересѣ (*fidejussor in rem suam*) или съ намѣреніемъ одарить (*donandi*



animo), тотъ не имѣть права регресса къ должнику. Остальные случаи поручительства могутъ быть сведены къ двумъ основаніямъ: или къ порученію (довѣренности) со стороны должника или къ negotiorum gestio. Изъ этихъ основаній и вытекаетъ право поручителя обращаться къ должнику съ искомъ о возмѣщеніи посредствомъ actio mandati contraria или actio negotiorum gestorum contraria. Поручитель можетъ пользоваться этими исками, даже не уплативъ долга на самомъ дѣлѣ, когда кредиторъ, съ цѣлью одарить поручителя, выдаетъ ему расписку въ полученіи долга.

Когда вѣритель уступилъ поручителю свои иски, то послѣдній можетъ требовать отъ главнаго должника уже не возмѣщеніе убытковъ, а полного удовлетворенія въ качествѣ цессіонарія.

Поручитель, совершившій платежъ вѣрителю по небрежности или злонамѣренно, не воспользовавшись, на примѣръ, принадлежащими ему средствами защиты или зная, что у главнаго должника имѣется возраженіе противъ вѣрителя, лишается права регресса.

Еще и до платежа поручитель можетъ предъявить къ главному должнику искъ объ освобожденіи отъ поручительства въ томъ случаѣ, когда поручитель присужденъ уже къ уплатѣ или когда должникъ затягиваетъ исполненіе или начинаетъ расточать свое имущество.

Право регресса, принадлежащее поручителю, можетъ быть обезпечено такъ называемымъ обратнымъ поручительствомъ, т. е. передъ поручителемъ главнаго должника, кто-либо поручается для обезпеченія первому его права регресса. Это обратное поручительство не надо смѣшивать съ подпоручительствомъ или вторымъ поручительствомъ (fidejussio fidejussionis).

Право на регрессъ къ сопоручителямъ поручителю, совершившему платежъ, принадлежитъ лишь въ случаѣ, когда вѣритель уступилъ ему иски противъ нихъ, чего по beneficium cedendarum actioum, онъ въ правѣ отъ вѣрителя потребовать. Сопоручитель, къ которому онъ обратится съ регрессомъ во всей суммѣ долга, можетъ противопоставить иску exceptio divisionis.

На ряду съ fidejussio, т. е. съ поручительствомъ въ формѣ стипуляціи, еще въ до-юстиніановскомъ правѣ появились двѣ другія формы поручительства: 1) поручительство, совершившееся въ формѣ pactum, называющееся constitutum debiti alieni, и 2) поручительство посредствомъ заключенія консенсуальнаго контракта, именно довѣренности—mandatum qualificatum. Познакомимся съ каждымъ изъ этихъ видовъ въ отдѣльности.

1) *Constitutum debiti* есть обѣщаніе уплатить должное въ опредѣленное время. Такое обѣщаніе можетъ быть дано и самимъ должникомъ (*constitutum debiti proprii*), но можетъ быть дано и другимъ лицомъ (*constitutum debiti alieni*), и тогда если дано, съ цѣлью обезпеченія уплаты долга, оно является формой поручительства. Отъ



*adpromissio* эта форма отличается тѣмъ, что въ ней содержится обѣщаніе платежа, формально независимое отъ главнаго долга, а не тѣсно связанное съ послѣднимъ, какъ въ стипуляціи, устанавливавшей специально обязательство поручителя. Вслѣдствіе этого, хотя *constitutum debiti alieni* предполагаетъ существованіе главнаго долга (по цивильному или естественному обязательству), но въ содержаніи новаго соглашенія возможны были измѣненія, касающіяся условій уплаты (измѣненія времени, мѣста уплаты, замѣна первоначальнаго предмета обязательства другимъ, пшеницы, напримѣръ, деньгами), причемъ конституентъ можетъ принять иныя даже болѣе тяжкія обязанности. *Constitutum*, обязывающее къ большому, лишь низводится къ размѣрамъ главнаго долга. Увеличеніе главнаго долга, вслѣдствіе вины должника или просрочки и прекращеніе его по давности не оказываютъ вліянія на размѣръ отвѣтности по *constitutum*. Поручительство въ видѣ *constitutum* рѣдко употреблялось въ классическую эпоху, потому что оно могло заключаться лишь относительно вещей замѣнимыхъ и потому еще, что при неуплатѣ главнаго долга и при сужденіи по *actio de pecunia constituta* приходилось конституенту уплачивать штрафъ въ размѣрѣ 50%. Кроме того, взысканіе по этому иску производилось даже въ томъ случаѣ, если главный долгъ прекратился до взысканія, лишь-бы было установлено, что этотъ долгъ существовалъ въ моментъ заключенія *constitutum*.

Чаще, чѣмъ *constitutum*, въ юстиніановскомъ правѣ упоминается иной видъ поручительства *receptum argentarii*, т.-е. обѣщаніе мѣнялы (банкаира) уплатить извѣстную сумму третьему лицу (*receptus*) за своего товарища по профессіи по порученію послѣдняго. *Argentarii* принимали на себя, повидимому, долги не только денежные, но даже и долги незамѣнимыхъ вещей. Въ томъ случаѣ, когда лицо, дававшее порученіе, было должникомъ 3-го лица (*receptus'a*), *receptum* являлось формой поручительства, но оно могло служить и для другихъ цѣлей. Оно могло быть установлено и имѣть силу даже безъ наличности главнаго долга.

При Юстиніанѣ *receptum* было отмѣнено и слито съ *constitutum debiti*. (См. I. 2 Cod. 4, 18).

Въ такъ называемомъ нынѣшнемъ римскомъ правѣ, по заявленію такого знатока его, какъ Дернбургъ, поручительство въ формѣ *constitutum* на практикѣ не примѣняется. (См. Дернбургъ, Пандекты, обязательственное право—русск. переводъ стр. 250).

2) *Mandatum qualificatum* есть консенсуальный контрактъ съ цѣлью поручительства, называемый у новыхъ юристовъ кредитнымъ порученіемъ.

Одно лицо даетъ другому порученіе оказать кредитъ третьему лицу. („Дай Нумерію займа на мой рискъ“, „Отерочь Нумерію долгъ на мой рискъ“). Это принятіе на себя отвѣтственности придавало по-



рученію значеніе поручительства. У римлянъ къ порученію этого рода прибѣгали всего чаще съ цѣлью установленія поручительства между отсутствующими, которые не могли установить поручительство въ стипуляціонной формѣ. Довѣритель, *mandator*, принимая на себя рискъ по сдѣлкѣ, становится поручителемъ и отвѣчаетъ передъ оказывающимъ кредитъ по *actio mandati contraria*.

Поручительство въ этой формѣ отъ выше описанныхъ видовъ его отличается именно тѣмъ, что обязательство поручителя здѣсь обсуждается по началамъ договора довѣренности. Правильнѣе даже сказать, что все отношеніе обсуждается, какъ довѣренность, и лишь послѣ исполненія порученія отношеніе между контрагентами получаетъ сходство съ поручительствомъ и на него распространяются правила положительнаго права, установленныя для послѣдняго. Такъ какъ поручитель здѣсь является довѣрителемъ, то онъ можетъ взять свое порученіе обратно до его исполненія. Поэтому же онъ отвѣчаетъ передъ повѣреннымъ въ томъ случаѣ, если главное обязательство окажется недѣйствительнымъ по отсутствію дѣеспособности у третьяго лица. По той же причинѣ смерть одной стороны (*mandator'a* или повѣреннаго) до исполненія порученія прекращаетъ послѣднее.

По этой же причинѣ поручитель здѣсь имѣетъ къ лицу, которое приняло порученіе, *actio mandati directa*, когда порученіе не исполнено или исполнено не надлежащимъ образомъ.

### **Senatus consultum Yellejanum.**

Какъ ни разнообразны извѣстные римскому праву виды интерцессіи, но ко всѣмъ нимъ одинаково примѣняется положеніе, что для женщины интерцессія, ею совершенная, не имѣетъ силы. Это общее правило римскаго права, установившееся еще въ началѣ императорской эпохи и мотивируемое въ источникахъ то обычной ссылкой на свойственныя женскому полу слабость и легкомысліе то указаніемъ на невозможность для женщинъ принимать на себя свойственныя мужчинамъ обязанности.

Уже Августъ запретилъ женщинамъ совершать интерцессію за мужей, а при Клавдіи издано *Senatus consultum Yellejanum* (46 г.), запретившее женщинамъ принимать на себя займы за другихъ и совершать поручительство въ формѣ *fidejussio*.

Путемъ толкованія и позднѣйшими указами императоровъ это запрещеніе было распространено на всѣ виды интерцессіи. Во всѣхъ случаяхъ интерцессія женщины признается относительно недѣйствительной, и противъ всякаго притязанія, направленнаго къ ней на основаніи, совершенной ею интерцессіи, она можетъ защищаться помощью *exceptio Senatus consulti Yellejani*. Если же женщина, по незнанію, не воспользовалась этимъ возраженіемъ, то она можетъ по-



требовать возвращенія выданнаго ею, для чего смотря по обстоятельствамъ, можетъ воспользоваться или виндикаціей или *condictio indebiti*. При отсутствіи заблужденія съ ея стороны, она не можетъ требовать назадъ уплаченное. Въ обезпеченіе интересовъ вѣритель при *intercessio privativa* ему дается противъ прежняго должника особый искъ, который называется *actio restitutoria*, когда помощью интерцессии было прекращено обязательство главнаго должника (при *expromissio*), и *actio institoria*, когда имѣла мѣсто *intercessio tacita*, т.-е. женщина приняла на себя обязательство за лицо, не ставшее еще должникомъ. Юстиніанъ предписалъ для совершенія интерцессіи вообще извѣстную форму, требуя составленія публичнаго акта, подписаннаго тремя свидѣтелями. Безъ соблюденія этой формы интерцессія вообще ничтожна. Если же указанная форма была соблюдена, то въ примѣненіи къ интерцессіи женщинъ дѣйствіе *Senatus consulti Yellejani* остается въ прежней силѣ.

*Senatus consultum Yellejanum* не имѣетъ примѣненія въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда женщина, совершившая интерцессію, обманула вѣрителя; 2) когда вѣритель по извинительному заблужденію не зналъ, что интерцессія совершена женщиной (напримѣръ, черезъ подставное лицо или *intercessio tacita*); 3) когда должникъ по главному долгу оказался не состоятельнымъ, а вѣрителемъ было лицо, не достигшее 25 лѣтъ (въ этомъ случаѣ интересы женщины уступаютъ интересамъ несовершеннолѣтняго); 4) когда женщина поручается по обѣщанію приданаго; 5) когда женщина не терпитъ отъ интерцессіи ущерба (напримѣръ, приняла на себя интерцессію за достаточное вознагражденіе); 6) по юстиніановскому постановленію интерцессія женщины становится дѣйствительною, если она подтвердила ее черезъ два года.

## Прекращеніе обязательствъ.

Обязательственное право для того и возникаетъ, чтобы составляющее его содержаніе дѣйствіе должника было выполнено. Только ради этого выполненія оно и имѣетъ цѣнность для кредитора. Выполненіемъ всякое обязательство погашается. Помимо выполненія и нѣкоторые другія дѣйствія влекутъ прекращеніе обязательственной связи и освобожденіе отъ нея должника. Римскіе термины *solutio* (выполненіе), *liberatio* (освобожденіе) очень образно рисуютъ это высвобожденіе должника отъ узъ, налагаемыхъ на него обязательствомъ. Въ древнемъ римскомъ правѣ въ эпоху господства въ немъ формализма всѣ права обыкновенно прекращались способами, отвѣчающими способамъ ихъ возникновенія. Если для возникновенія права требовалась, напримѣръ, манципация, то къ ней же прибѣгали для передачи или прекращенія этого права. Бракъ, совершенный въ формѣ *confarreatio*, прекращался



diffareatione. Это же правило примѣнимо и къ обязательственнымъ правамъ, о которыхъ Дигесты говорятъ: (l. 35 D. 50, 17 *Nihil tam naturallest quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est*“, т.-е. нѣтъ ничего естественнѣе, какъ тѣмъ же способомъ что-либо развязывать, какимъ было связано. И мы дѣйствительно изъ исторіи права знаемъ, что *pexum*, установлявшееся при помощи мѣди и вѣсовъ, этимъ же способомъ и прекращалось. Да и въ болѣе позднемъ правѣ (классическомъ) обязательство, возникшее *re* прекращалось доставленіемъ вещи же. Обязательство, установлявшееся *litteris*, прекращалось также *litteris* (черезъ соответствующую записъ въ книгѣ должника). Обязательство, установленное *verbis*, прекращалось также этимъ способомъ. *Assertitatio* и *novatio* въ формѣ стипуляціи нашли здѣсь ихъ специальное примѣненіе. Обязательство, установленное взаимнымъ соглашеніемъ, погашалось также противоположнымъ соглашеніемъ (*contraria voluntate*).

Но въ классическую эпоху отъ этого правила уже стали допускать отступленія: если *assertitatio* остается еще способомъ прекращенія обязательствъ словесныхъ, а *contrarius consensus*—для консенсуальныхъ контрактовъ, то исполненіе и новация являются общими способами прекращенія всѣхъ обязательствъ.

Различіе между цивильнымъ и проторскимъ правомъ выразилось и въ различіи между цивильными и проторскими способами прекращенія обязательствъ. Практическое значеніе этого различія состояло въ томъ, что способами, указанными въ цивильномъ правѣ, обязательство прекращалось *ipso jure*, а способами права преторскаго лишь при помощи возраженія *exceptiois ore*. Различіе въ практическомъ отношеніи, понятно, очень существенное. При прекращеніи права вѣрителя *ipso jure* должнику, въ случаѣ новаго требованія, достаточно у магистрата или у судьи сослаться на способъ прекращенія; а если право вѣрителя прекращается лишь *ore exceptiois*, то должнику нужно своевременно озаботиться включеніемъ въ формулу возраженія, иначе требованіе вѣрителя можетъ вновь получить силу. Иначе говоря въ первомъ случаѣ обязательство погашается абсолютно, а во второмъ оно погашается только силою возраженія.

## Способы прекращенія обязательствъ.

Переходя къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ видовъ прекращенія обязательствъ, мы должны сказать, что помимо исполненія долга—иначе платежа, являющагося самымъ обычнымъ способомъ прекращенія, существуютъ его суррогаты, которыми, съ согласія вѣрителя или даже безъ его согласія, замѣняется исполненіе. Помимо исполненія и его суррогатовъ, имѣются и другія причины или основанія прекра-



щенія, какъ: отреченіе вѣрителя отъ права требованія, невозможность исполненія, *confusio*. Имѣется, наконецъ, въ римскомъ правѣ соотвѣтственно стипуляціонной формѣ установленія обязательствъ и чисто абстрактный способъ его прекращенія путемъ торжественнаго словеснаго заявленія вѣрителя о погашеніи требованія, причемъ основанія прекращенія не принимались во вниманіе. Такимъ способомъ прекращенія обязательствъ было *acceptilatio*, т.-е. формальная сдѣлка, въ которой должникъ спрашивалъ вѣрителя: *habes ne acceptum?* а вѣритель отвѣчалъ: *habeo*.

### I. *Acceptilatio*.

Въ отличіе отъ стипуляціи акцептиляція не допускала никакихъ условій и другихъ ограниченій, ибо цѣлью ея было именно окончательное прекращеніе обязательственной связи. При помощи *acceptilatio* могли погашаться лишь тѣ обязательства, которыя были установлены стипуляціей; но мы уже знаемъ, что всякое обязательство можно было новировать, облекши его въ форму стипуляціи и превративъ въ словесное. Благодаря этому, было возможно и посредствомъ *acceptilatio* прекращать всѣ требованія, по какому бы они основанію ни возникли. Преторъ Аквилій Галлъ первый ввелъ особую формулу стипуляціи (*stipulatio Aquiliana*), по которой всякое обязательство, независимо отъ основанія его возникновенія, обращалось въ словесный контрактъ, а затѣмъ могло быть погашено помощью акцептиляціи. Акцептиляцію обыкновенно называютъ со словъ Гая „воображаемой уплатой“ (Gai III. 169). Совершеніе ея дѣйствительно влечетъ такія послѣдствія, какъ если бы должникъ произвелъ уплату. Однако приравнять вполне *acceptilatio* къ уплатѣ, очевидно, невозможно.

### II. *Solutio*.

Естественнымъ способомъ погашенія обязательствъ, какъ сказано, служитъ исполненіе или иначе уплата, *solutio*.

Исполненіе, конечно, есть дѣло должника, но совершено оно обыкновенно можетъ быть и не лично должникомъ, а за него и отъ его имени, по его порученію или безъ порученія и даже иногда безъ его вѣдома третьимъ лицомъ. Только въ такихъ случаяхъ, когда при исполненіи обязательства имѣютъ значеніе личныя качества должника (напримѣръ, при наймѣ учителя, заказѣ картины, при наймѣ прислуги и т. п.) вѣритель вправе потребовать личнаго исполненія. Исполненіе должно быть произведено самому вѣрителю или лицу, уполномоченному послѣднимъ на принятіе уплаты. Если вѣритель—лицо неспособное къ отчужденію имущества, то онъ не управомоченъ и на принятіе исполненія по обязательству. Въмѣсто вѣрителя, принимать исполненіе уполномочены: 1) его законные представители; 2) уполномоченные на принятіе уплаты по ихъ личнымъ отношеніямъ къ вѣрителю



(управляюще, повѣренныя и приказчики послѣдняго); 3) лица, указанные въ самомъ договорѣ въ качествѣ примателей исполненія (но никоимъ образомъ не наслѣдники этихъ лицъ).

О предметѣ, времени и мѣстѣ исполненія было говорено уже выше. Въ случаѣ отказа со стороны кредитора принять исполненіе оно можетъ быть внесено суду.

Принятіемъ исполненія обязательство прекращается и если кредиторъ въ послѣдствіи возбудитъ споръ о недостаточности исполненія, то онъ обязанъ представить доказательства. По принятіи уплаты кредиторъ долженъ возратить должнику письменный актъ, свидѣтельствующій объ обязательствѣ или выдать квитанцію въ полученіи уплаты. Это правило нынѣшняго римскаго права, основанное скорѣе на обычаѣ, чѣмъ на предписаніяхъ источниковъ, которые, правда, не отрицаютъ права должника требовать выдачи квитанціи, но и не предписываютъ этой выдачи.

Доказательную силу такіа квитанціи, по постановленію Юстиніана, получали лишь въ томъ случаѣ, когда онѣ не были оспариваемы въ теченіе 30 дней со дня ихъ выдачи. По особымъ отношеніямъ, существующимъ между кредиторомъ и должникомъ, должнику при исполненіи обязательства предоставляется такъ называемое *beneficium competentiae*—привиллегія, состоящая въ томъ, что при осуществленіи обязательственнаго требованія должнику оставляются необходимыя средства для приличнаго существованія.

Такую привиллегію имѣютъ восходящіе родственники при искахъ къ нимъ несходящихъ, супруги по искамъ между ними, солдаты должники по обязательствамъ, возникшимъ во время состоянія подъ отцовской властью, товарищи при отвѣтственности по *actio pro socio*, по йску изъ обѣщанія сдѣлать даръ, по искамъ изъ приданого.

Должникъ въ этомъ случаѣ остается обязаннымъ доплатить оставшуюся неуплаченной часть долга при улучшеніи его имущественнаго положенія.

### III. Datio in solutum.

Съ согласія вѣрителя возможно погашеніе обязательства предоставленіемъ, вмѣсто настоящаго предмета исполненія, другого.

Такое предоставленіе иного, чѣмъ должный, предмета не будетъ исполненіемъ обязательства, а будетъ замѣной исполненія—*datio in solutum* (источники выражаются: „*pro soluto dare*“, „*rem prore solvere*“, „*in solutum accipere*“). Подобно *solutio* и *datio in solutum ipso jure* погашаетъ обязательство. (Прокулеанцы были на этотъ счетъ иного мнѣнія, но верхъ взяло мнѣніе Сабиніанцевъ (ср. *Cai III, 168* и *pr. Inst. III, 29*). Юстиніанъ, какъ мы уже знаемъ, допустилъ принудительную для вѣрителя замѣну исполненія (*datio in solutum necessaria*)



въ томъ случаѣ, когда должникъ, имѣющій недвижимость, не можетъ уплатить денежнаго долга и не находитъ для своей земли покупателя. Должникъ, находящійся въ такомъ положеніи, можетъ принудить кредитора къ принятію въ уплату земли по оцѣнкѣ ея, и если у должника нѣсколько участковъ, которые онъ можетъ предоставить въ уплату, то кредиторъ имѣетъ право выбора.

При *datio in solutum* возможенъ случай, что третье лицо, имѣющее болѣе сильное право, отниметъ у кредитора полученный вмѣсто уплаты предметъ. Кредитору, по господствующему мнѣнію, принадлежитъ въ этомъ случаѣ право или требовать съ должника исполненія такъ, какъ будто бы обязательство не погашалось или искать вознагражденія за ущербъ. За обѣщанныя достоинства и скрытые недостатки доставленной взаменъ уплаты вещи должникъ отвѣчаетъ такъ же, какъ продавецъ передъ покупателемъ.

## Конкурсъ.

При нѣсколькихъ кредиторахъ, когда должникъ не въ состояніи исполнить удовлетворить ихъ претензій, имѣетъ мѣсто конкурсъ, т.-е. особое при участіи вѣрителей судебное производство, благодаря которому вѣрители удовлетворяются изъ имущества несостоятельнаго должника соразмѣрно ихъ претензіямъ.

Конкурсъ можетъ открываться по слѣдующимъ основаніямъ: 1) въ случаѣ бѣгства должника, съ цѣлью уклониться отъ отвѣтственности по иску (*latitatio fraudationis causa*); 2) при предоставленіи самимъ должникомъ всего его имущества вѣрителямъ для удовлетворенія по конкурсу—*cessio bonorum*; 3) въ случаѣ смерти должника безъ наслѣдниковъ; 4) при неисполненіи должникомъ судебного рѣшенія.

Порядокъ конкурснаго производства, существовавшій въ Римѣ въ разныя эпохи, изложенъ нами въ общей части курса. Здѣсь замѣтимъ только, что при распредѣленіи имущества несостоятельнаго должника между вѣрителями по ихъ претензіямъ законъ признаетъ за опредѣленными кредиторами право на преимущественное удовлетвореніе. Всѣ требованія подраздѣляются на долги привилегированные и непривилегированные. Послѣдніе удовлетворяются лишь за удовлетвореніемъ первыхъ. Право на преимущественное удовлетвореніе изъ конкурса (*privilegium exigendi*) можетъ быть связано или съ лично стью кредитора, почему не переходитъ къ его наслѣдникамъ, или же съ самымъ требованіемъ—и тогда переходитъ къ правопреемникамъ. Личная привилегія этого рода принадлежитъ: а) казнѣ, городскимъ общинамъ и церкви по всѣмъ ихъ претензіямъ, в) женѣ по требованіямъ изъ приданаго, с) подопечному по искамъ къ опекуну.



Съ самымъ требованіемъ привиллегія связывается: при требованіи объ уплатѣ издержекъ на погребеніе самого должника или лица, которое должникъ обязанъ былъ похоронить, по займамъ, сдѣланнымъ на возобновленіе или поправку зданія,—по займамъ на покупку, постройку и снаряженіе кораблей, по безпроцентной отдачѣ денегъ банкирамъ на храненіе. Кредиторы по залогу имѣютъ преимущество передъ всѣми другими, и ранѣе ихъ удовлетворяются лишь требованія по расходамъ на погребеніе.

Въ такъ называемомъ нынѣшнемъ римскомъ правѣ (пандектномъ), различаются пять классовъ кредиторовъ: 1) абсолютно привилегированные кредиторы, куда относятся требованія по расходамъ на леченіе и погребеніе должника, на жалованье прислугѣ и недоимки по налогамъ (въ пользу государства, церкви, городской общины и т. п.); 2) привилегированные кредиторы по залогу, 3) непривилегированные кредиторы по залогу, 4) остальные привилегированные кредиторы, 5) кредиторы непривилегированные.

### **Мѣры противъ злостнаго отчужденія имущества во вредъ кредиторовъ—*actio Pauliana*.**

Пока конкурсъ еще не открытъ, должникъ легко можетъ уменьшить свое имущество путемъ отчужденія во вредъ кредиторамъ. Преторъ издавна защищалъ въ такомъ случаѣ кредиторовъ при помощи *interdictum fraudatorium*, *actio rescissoria in rem* и другихъ исковъ *utiles* и *in factum*. Въ Юстиніановскомъ правѣ всѣ эти прежніе иски упоминаются, но въ существѣ дѣла слиты въ одинъ личный искъ, носящій названіе *actio Pauliana*, присваивавшееся ранѣе одному изъ прежнихъ исковъ.

Право на предъявленіе этого иска принадлежит кредиторамъ, или, вмѣсто нихъ, попечителю конкурса. Условіями для предъявленія этого иска являются: 1) уменьшеніе должникомъ его имущества путемъ отчужденія послѣдняго до открытія конкурса. Отчужденіе здѣсь понимается въ широкомъ смыслѣ и подъ него подходитъ какъ отчужденіе тѣлесныхъ вещей, такъ и принятіе на себя обязательствъ, отказъ отъ требованій (освобожденіе, напримѣръ, несостоятельнымъ своего должника).

Уменьшеніе имущества можетъ быть результатомъ добросовѣстнаго или недобросовѣстнаго дѣйствія или упущенія должника—эти различія значенія не имѣютъ; но отказъ должника отъ предоставлявшейся ему возможности извлечь выгоду, напримѣръ, отказъ отъ наслѣдства, не обсуждается, какъ уменьшеніе имущества.

2) Намѣреніе должника этимъ отчужденіемъ нанести ущербъ кредиторамъ—*consilium fraudandi*.



3) Осуществленіе этого намѣренія, т.-е. дѣйствительная невозможность вслѣдствіе дѣйствія должника для кредиторовъ и ихъ преемниковъ получить полное удовлетвореніе.

Уплата долга одному изъ кредиторовъ не даетъ права остальнымъ на *actio Pauliana*, ибо, уплачивая свой долгъ, выполняя свое обязательство, должникъ не считается дѣйствующимъ съ злымъ намѣреніемъ по отношенію къ другимъ кредиторамъ. Но *datio in solutum* одному изъ кредиторовъ или установленіе въ обезпеченіе требованія одного изъ наличныхъ кредиторовъ права залога составляютъ новыя сдѣлки, дающія основанія къ иску со стороны остальныхъ кредиторовъ. Отвѣтчикомъ по этому иску является контрагентъ должника, если онъ зналъ о злостномъ намѣреніи послѣдняго или приобрѣлъ отъ него что-либо безмездно.

Искъ можетъ быть предъявленъ и къ самому виновному въ обманѣ должнику.

Споренъ вопросъ о томъ, допускается ли предъявленіе этого иска и противъ третьихъ лицъ, приобрѣтшихъ имущество должника отъ перваго контрагента, зная объ обманѣ.

Цѣль иска заставить недобросовѣстнаго отвѣтчика привести въ интересахъ вѣрителей все дѣло въ такой видъ, какъ будто бы отчужденіе должникомъ не было произведено. Отвѣтчикъ несетъ весь рискъ по возстановляемому имъ имуществу и освобождается отъ отвѣтственности за случай, лишь когда докажетъ, что вещь все равно погибла бы, если бы и не была отчуждена. Онъ обязанъ также выдать плоды, приращенія и проценты, не только полученные, но и тѣ, которые могли бы при нормальныхъ условіяхъ быть получены. Добросовѣстные приобретатели и наслѣдники первыхъ приобретателей отвѣчаютъ только въ размѣрѣ ихъ обогащенія. Отвѣтчику предоставляется право зачесть все то, что онъ представилъ въ качествѣ эквивалента за отчужденныя ему вещи, поскольку это пошло въ пользу истца, т.-е. поступило въ конкурсную массу. Срокъ для предъявленія этого иска годовой, а по истеченіи года требованіе можетъ быть направлено лишь на то, чѣмъ обогатился отвѣтчикъ.

#### IV. *Novatio*.—Обновленіе обязательства. *Dig. 46. 2. Cod. 8. 41.*

Мы уже не разъ упоминали о замѣнѣ одного обязательства другимъ, новации.

Такъ какъ при этомъ одно обязательственное требованіе прекращается, замѣняясь другимъ, направленнымъ на ту же экономическую цѣль, то Дернбургъ справедливо говоритъ, что съ хозяйственной точки зрѣнія дѣло идетъ лишь о видоизмѣненіи существующаго обязательственнаго отношенія, а съ юридической мы имѣемъ здѣсь по-



гашеніе прежняго обязательства другимъ, замѣняющимъ его мѣсто. Замѣняемое, прекращаемое обязательство можетъ быть гражданскимъ или естественнымъ, замѣняющее—новое должно быть непременно гражданскимъ. Въ древности прибѣгали для этой цѣли къ письменному контракту или къ стипуляціи; въ Юстиніановскомъ правѣ, конечно, лишь къ этой послѣдней.

Какъ средство, при помощи котораго даже не охраняемое искомъ обязательство можно было превратить въ строго формальное, охраняемое искомъ *stricti juris*, новация часто практиковалась въ римскомъ быту. Къ ней прибѣгали также, какъ къ средству для перемѣны субъектовъ обязательственнаго отношенія, т.-е. вѣрителя или должника (*delegatio* или *expromissio*), для введенія, измѣненія или отмененія въ существующемъ обязательствѣ побочныхъ опредѣленій (условія, срока), и, наконецъ, даже съ цѣлью увеличенія или уменьшенія предмета обязательства. Необходимыми условіями для новации являются:

1) Существованіе обязательства. Новация не можетъ имѣть мѣста по отношенію къ обязательству ничтожному или не имѣющему силы, вслѣдствіе возраженія. Стипуляція, совершенная съ цѣлью новировать недействительное обязательство, однако можетъ сама по себѣ быть действительной въ 2-хъ случаяхъ: а) когда отсутствіе обязательства или его недействительность общающему были при совершеніи стипуляціи извѣстны (въ этомъ случаѣ предполагается съ его стороны намѣреніе одарить стипулятора); б) когда стипуляція была совершена просто безъ ссылки на прежнее (мнимое) обязательство.

Если же въ формулѣ стипуляціи, какъ на основаніе (*causa*) ея совершенія, было указано на это мнимое обязательство, то стипуляція не можетъ считаться действительной, такъ какъ общающій здѣсь высказываетъ намѣреніе обязаться лишь къ тому, чему онъ обязанъ былъ ранѣе. Напримѣръ, стипуляція формулирована такъ: *quidquid te ex vendito dare facere oportet, dare, facere spondes?* Отвѣчая,—„*spondeo*“, должникъ общаетъ уплатить лишь то, что онъ долженъ по продажѣ, и если этотъ долгъ мнимый, то онъ ничего не общаетъ.

На этомъ же основаніи если новированное обязательство было условнымъ, условнымъ будетъ считаться и замѣнившее его новое обязательство

2) Вторымъ условіемъ новации является возникновеніе новаго формальнаго обязательства. Въ римскомъ быту для цѣлей новации была поэтому особенно пригодна стипуляція. Въ современномъ быту цѣлямъ новации служатъ разные абстрактные договоры; очень пригодны для этой цѣли векселя.

Въ римскомъ правѣ новационная стипуляція должна была заключать въ себѣ какое-либо измѣненіе прежняго обязательства („*ita de-*



*mum novatio fit si quid in posteriore stipulatione novi sit*“ (Gai III, 177), такъ какъ безъ этого у нея не было бы разумнаго основанія. Такое измѣненіе имѣется уже въ наличности, если неформальное обязательство замѣняется формальнымъ. Далѣе измѣненіе можетъ состоять въ прибавленіи или измѣненіи сроковъ или условій, опредѣленіи неустоекъ, въ перемѣнѣ лица вѣрителя или должника. Относительно этой перемѣны субъектовъ надо замѣтить, что въ нынѣшнемъ римскомъ правѣ называютъ *expromissio* тотъ случай, когда новый должникъ принимаетъ на себя обязательство прежняго безъ уговора съ послѣднимъ. Если же новый должникъ съ согласія вѣрителя принимаетъ на себя обязательство по порученію прежняго должника или если должникъ по порученію вѣрителя обязывается другому, то говорятъ о *delegatio*.

3) Наконецъ, третьимъ условіемъ новаци является *animus novandi*, т.-е. намѣреніе совершить обновленіе обязательства, погасить прежнее установленіемъ новаго.

Римскіе юристы классической эпохи допускали не только явное изъявленіе этого намѣренія, но и молчаливое—*novatio tacita*, т.-е. даже и при помощи конклюдентныхъ фактовъ (*novatio praesumpta*). Возможнымъ вслѣдствіе этого злоупотребленіемъ Юстиніанъ положилъ предѣлъ въ конституціи помѣщенной въ 1. 8 pr. et § 1 Cod. 8. 41. Смысль и значеніе этой конституціи въ современной литературѣ спорны. Большинство склоняется къ мнѣнію, что Юстиніанъ здѣсь требуетъ для дѣйствительности новаци явнаго волеизъявленія, такъ что по смыслу его указа допускается лишь *novatio expressa*, а не *novatio tacita* и тѣмъ болѣе не *novatio praesumpta*.

Строгое примѣненіе этого требованія ведетъ на практикѣ иногда къ несправедливымъ послѣдствіямъ, и многіе новые юристы склонны допускать *novatio tacita*, стараясь оправдать это допущеніе при помощи толкованія источниковъ.

Все, что мы до сихъ поръ говорили о новаци, относительно къ случаямъ такъ называемой добровольной новаци (*novatio voluntaria*); но римское право, какъ Вамъ уже извѣстно, знало случаи необходимой новаци (*novatio necessaria*). Такая необходимая новаци являлась результатомъ совершенія литисконтестаціи, а также постановленія судебного рѣшенія. Объ этихъ случаяхъ необходимой новаци Вы слышали въ общей части.

Послѣдствіемъ новаци является прекращеніе *ipso jure* первоначальнаго обязательства со всѣми его придаточными частями, обезпеченіями, процентами, привиллегіями, послѣдствіями просрочки и т. д.

При *novatio necessaria* придаточныя части, обезпечивавшія прежнее обязательство, *ipso jure* переносились въ новое, но при *novatio voluntaria* дѣломъ кредитора было позаботиться о внесеніи въ новационную стипуляцію этихъ придаточныхъ частей.



V. *Compensatio*—зачетъ. Dig. 16. 2. C. 4 31.

Однимъ изъ способовъ прекращенія обязательствъ является взаимное погашеніе встрѣчныхъ требованій путемъ зачета—компенсация. („*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* Fr. 1 Dig. 16. 2).—Зачетъ можетъ быть слѣдствіемъ добровольнаго соглашенія сторонъ (*compensatio voluntaria*) или же можетъ имѣть мѣсто и безъ такого соглашенія по требованію лишь одной изъ сторонъ, предъявляющей въ отвѣтъ на требованіе другой къ зачету свое встрѣчное требованіе (*compensatio necessaria*). Компенсацию нельзя считать видомъ платежа, ибо при компенсациі кредиторъ не получаетъ предмета обязательства, но она замѣняетъ собою платежъ.

Древнее право допускало лишь компенсацию по взаимному соглашенію. Допущеніе ея по заявленію одной изъ сторонъ противорѣчило строгому правилу древняго римскаго права, требовавшему погашенія обязательства именно исполненіемъ его. Исключеніе было рано сдѣлано для двухъ случаевъ: 1) зачетъ обратнаго требованія допускался при искахъ банкировъ съ ихъ кліентовъ. (*Argentarius*—мѣняла, предъявившій къ своему кліенту искъ безъ вычета своего долга, даже терялъ право требованія). 2) Должникамъ лица, впаваго въ несостоятельность, предоставлялось предъявлять къ зачету ихъ требованій къ несостоятельному должнику противъ обращенныхъ къ нимъ исковъ представителя конкурсной массы (*bonorum emptor'a*). Въ концѣ республиканскаго періода и въ императорскомъ стали допускать сначала при *judicia bonae fidei*, а позднѣе и при *judicia stricti juris* въ случаѣ предъявленія отвѣтчикомъ *exceptio doli*, компенсацию по усмотрѣнію судьи. Мракъ Аврелій объявилъ обязательнымъ для судьи допущеніе зачета въ процессахъ *stricti juris*, при предъявленіи отвѣтчикомъ *exceptio doli*. Наконецъ, Юстиніанъ допустилъ компенсацию во всѣхъ случаяхъ, допустивъ даже къ зачету по обязательственнымъ требованіямъ вещные притязанія.

Компенсация можетъ имѣть мѣсто лишь при наличности слѣдующихъ условій:

- а) существованіе встрѣчнаго требованія не обезсиленаго возраженіемъ, причемъ допускаются къ зачету по гражданскимъ требованіямъ и требованія изъ натуральныхъ обязательствъ (хотя и не всегда).
- б) Подлежащія компенсациі встрѣчныя требованія должны быть взаимны, такъ чтобы вѣритель по одному требованію является должникомъ по другому, иначе говоря, зачитываемыя претензіи должны принадлежать самимъ зачитывающимъ.

Таковъ смыслъ правила: „*ex persona tertii compensatio nequit*“. Такимъ образомъ, должникъ не можетъ предъявить къ зачету противъ кредитора требованіе на послѣдняго, принадлежащее третьему лицу



(если не приобрѣлъ его по цессив), или свое требованіе къ третьему лицу.

По поручитель можетъ предъявить къ зачету требованіе главнаго должника, корреальный должникъ встрѣчное требованіе того содолжника, съ которымъ онъ находится въ отношеніяхъ товарищества (это объясняется правомъ регресса принадлежащимъ указаннымъ лицамъ).

с) Подлежація зачету требованія должны быть однородны, т.-е. можно зачитывать деньги деньгами, пшеницу пшеницей, вообще, всякіе замѣнимые предметы предметами того же рода, качества и количества—*„id quod invicem debetur compensatur“* (l. 21 D. 16. 2).

d) Нужно, чтобы по встрѣчному требованію, предъявленному къ зачету, наступалъ уже срокъ исполненія.

е) Чтобы компенсация не сдѣлалась въ рукахъ должниковъ средствомъ оттягивать рѣшеніе, основанное на исполнѣннѣ достовѣрномъ искѣ, предъявленіемъ къ зачету претензіи еще не доказанной и можетъ быть даже мнимой, Юстиніанъ (L. 14. § 1 Cod. 4. 31) опредѣлилъ, что *компенсация допустима лишь въ томъ случаѣ, если causa ex qua compensatur liquida est.* Недостовѣрныя же требованія должны быть оставляемы до особаго разбирательства.

По вопросу о томъ, какія требованія могутъ быть признаны, какъ *causae liquidae*, и какіе, наоборотъ, должны считаться за недопустимыя къ зачету—*causae illiquidae*,—въ современной литературѣ большое разногласіе. Болѣе справедливымъ надо считать мнѣніе Дернбурга, что подъ *liquidae* слѣдуетъ разумѣть какъ встрѣчныя требованія безспорныя исполнѣнныя (напримѣръ, основанныя на судебномъ рѣшеніи, собственномъ признаніи, безспорномъ письменномъ документѣ), такъ и такія, которыя безъ особыхъ затрудненій въ непродолжительное время, до окончанія процесса по главному дѣлу, могутъ быть превращены въ безспорныя. Недопущеніе судьей къ зачету предъявленнаго отвѣтчикомъ встрѣчнаго требованія не мѣшаетъ отвѣтчику осуществить его путемъ самостоятельнаго иска. L. 7. § 1 D. 16. 2.

Если встрѣчное требованіе допущено къ зачету, то оба требованія признаются прекращенными, по скольку они покрываютъ одно другое.

При разницѣ въ суммѣ зачитываемыхъ требованій кредиторъ по большему требованію сохраняетъ право требовать недополученный имъ остатокъ на основаніи того обязательственнаго отношенія, которое существовало между сторонами.

Когда одна изъ сторонъ имѣетъ нѣсколько требованій къ другой, она вправе по своему усмотрѣнію выбрать то требованіе, которое она предъявляетъ къ зачету или по которому она согласна допустить зачетъ.



Зачетъ никогда не разумѣется самъ собою. За исключеніемъ двухъ вышеуказанныхъ случаевъ, касающихся аргентарія и *bonorum emptor'a*, которые сами должны зачитывать обратныя требованія должниковъ, во всѣхъ остальныхъ случаяхъ зачетъ осуществляется лишь оре *exceptionis*, т.-е. зависящимъ отъ усмотрѣнія отвѣтчика предъявленіемъ возраженія о зачетѣ обратнаго требованія. При допущеніи судьей зачета по заявленію отвѣтчика обоюдныя требованія считаются погашенными не съ момента постановленія объ этомъ рѣшенія, а съ момента возникновенія встрѣчнаго требованія. По этой причинѣ стороны не могутъ требовать другъ съ друга процентовъ за промежуточное время и не наступаютъ ни для одной изъ нихъ послѣдствія промедленія въ исполненіи въ промежуточное время.

Въ слѣдующихъ случаяхъ въ Юстиніановскомъ правѣ компенсація вовсе не допускается.

1) Противъ требованія изъ договора поклажи, хотя бы обратное требованіе также вытекало изъ *depositum'a*.

2) Противъ требованія уплаты алиментовъ.

3) Противъ требованія о возвращеніи владѣнія незаконно захваченной вещи.

*Spoliatus ante omnia restituendus est.* (L. 1 § 9. D. 43, 17).

4) Противъ всѣхъ требованій казны и городскихъ обществъ по поводу уплаты податей и налоговъ, исполненія повинностей.

5) Противъ нѣкоторыхъ другихъ исковъ казны и городскихъ обществъ по предоставленнымъ этимъ юридическимъ лицамъ привилегіямъ. (Напримѣръ, по l. 1. Cod. 4, 31 казнѣ предоставлена привилегія не допускать зачетъ требованія казны къ ея должнику по одному вѣдомству съ требованіемъ этого должника къ казнѣ по другому вѣдомству).

## VI. Прощеніе долга.

Обязательство можетъ прекратиться по волѣ вѣрителя съ согласія должника.

Въ Юстиніановскомъ правѣ прощеніе долга возможно было при обязательствахъ, заключающихся въ стипуляціонной формѣ путемъ *acceptilatio*, а при обязательствахъ *ex consensu* нужно было для этого неформальное соглашеніе сторонъ о прекращеніи неисполненнаго консенсуальнаго контракта.

Прощеніе долга при другихъ случаяхъ обязательствъ могло быть осуществлено лишь косвеннымъ путемъ. Мы уже знаемъ, что при помощи *stipulatio Aquiliana* можно было новировать всякое обязательство и погасить его затѣмъ помощью *acceptilatio*—это былъ одинъ путь для прощенія долга.



Другимъ путемъ та-же цѣль достигалась посредствомъ заключенія между вѣрителемъ и должникомъ такъ называемаго  *pactum de non petendo*.

Различалось  *pactum de non petendo in personam* и  *pactum de non petendo in rem*, смотря по тому, было-ли соглашеніе заключено на извѣстное время (напримѣръ, даже на все время жизни даннаго вѣрителя или должника) или же навсегда. Въ первомъ случаѣ такое  *pactum* имѣло лишь значеніе отсрочки исполненія. Въ второмъ случаѣ по гражданскому праву обязательство продолжало существовать, но оно было безсильно ( *obligatio inanis*), и если послѣ совершенія  *pactum de non petendo* должникъ по извинительному заблужденію совершилъ бы платежъ, онъ можетъ потребовать его обратно помощью  *condictio indebiti*.

Римскому праву извѣстенъ всего одинъ случай принудительнаго прощенія долга, а именно если большинство вѣрителей обремененнаго долгами наслѣдства, съ цѣлью побудить наслѣдника къ принятію, соглашается на частичное прощеніе наслѣдственныхъ долговъ, то это частичное прощеніе обязательно и для меньшинства вѣрителей. Большинство здѣсь опредѣляется размѣромъ требованій и лишь при ихъ равенствѣ числомъ лицъ.

## VII. *Concursus duarum causarum lucrativarum.*

Когда вѣритель, имѣя право получить отъ должника какую-либо вещь по акту щедрости, пріобрѣтеть эту вещь инымъ, также безмезднымъ путемъ, то должникъ освобождается отъ обязательства. Это понятно. Самая вещь, составлявшая предметъ обязательства, уже принадлежитъ вѣрителю и не можетъ быть ему вновь дана, а вознагражденія за нее вѣритель не имѣетъ права требовать, ибо онъ ничего не истратилъ.

### Остальные случаи прекращенія обязательствъ.

Остальныя многочисленныя основанія прекращенія обязательствъ отчасти общи съ другими имущественными правами и упоминались въ общей части курса или указаны при изложеніи ученія объ отдѣльныхъ обязательствахъ, а потому мы ограничимся лишь краткимъ указаніемъ на нѣкоторыя изъ нихъ:

1)  *Confusio*—сліяніе вѣрителя и должника въ одномъ лицѣ, что имѣетъ обыкновенно мѣсто при универсальномъ преемствѣ, но возможно и при другихъ обстоятельствахъ, напримѣръ, должникъ и кредиторъ вступаютъ въ полное товарищество.

2)  *Restitutio in integrum*, о чемъ шла рѣчь въ общей части.



3) *Смерть* одной изъ сторонъ, которая является лишь причиной прекращенія нѣкоторыхъ обязательствъ съ чисто личнымъ характеромъ, не переходящихъ по наслѣдству (напримѣръ, обязательства изъ личного найма, товарищества, довѣренности, изъ личного оскорбленія).

4) *Невозможность исполненія обязательства*. Она можетъ быть объективная и субъективная.

Объективно невозможнымъ исполненіе можетъ быть по физическимъ или юридическимъ причинамъ. При этого рода невозможности, когда она произошла по винѣ должника или когда онъ виновенъ въ просрочкѣ, обязательство сохраняетъ свою силу въ видѣ претензіи на денежное возмѣщеніе ущерба и на выдачу того, чѣмъ должникъ обогатился, благодаря событію, сдѣлавшему невозможнымъ исполненіе обязательства.

Субъективно невозможнымъ исполненіе становится вслѣдствіе препятствій, заключающихся въ лицѣ вѣрителя.

Вопросъ о томъ, когда и въ какой степени невозможность исполненія освобождаетъ должника отъ обязательствъ рѣшается для разныхъ обязательствъ различно. Онъ связанъ съ вопросомъ о томъ подлежитъ ли въ данномъ обязательственномъ отношеніи должникъ отвѣтственности только за *culpa* или же отвѣчаетъ и за *casus*,

5) *Прекращеніе* у вѣрителя всякаго *интереса* къ исполненію. Примѣръ въ 1. 32 D 19. 2: „Нѣкто отдалъ на много лѣтъ въ аренду землю для обработки, затѣмъ умеръ и отказалъ эту землю.

Кассій отрицаетъ, чтобы можно было побудить колона къ обработкѣ этой земли, такъ какъ у наслѣдника нѣтъ къ этому никакого интереса“.

Прекращается обязательство еще вслѣдствіе наступленія резолютивнаго условія или конечнаго срока, вслѣдствіе лишенія права въ наказаніе, вслѣдствіе истеченія давности иска и т. п.