

Фридрих Карл фон Савиньи

Обязательственное право



Антология юридической науки

Фридрих Карл фон Савиньи
Обязательственное право

«Юридический центр»

УДК 347.4/.5
ББК 67.404.2

фон Савиньи Ф.

Обязательственное право / Ф. фон Савиньи — «Юридический центр», — (Антология юридической науки)

Предлагаемая вниманию читателя книга выдающегося немецкого правоведа Фридриха Карла фон Савиньи (1779–1861) представляет собой одно из самых полных и глубоких исследований римского обязательственного права. По единодушному признанию как современников Савиньи, так и последующих поколений ученых, это произведение вошло в золотой фонд европейской юридической мысли. С позиций исторической школы права, основоположником которой стал Савиньи, в работе анализируются понятие и содержание обязательств, субъектный состав и объекты обязательств. Значительное внимание автор уделяет и различным основаниям возникновения обязательств, в первую очередь – договорам и деликтам. Книга будет интересна юристам, изучающим гражданское и римское право, а также историкам и теоретикам права.

УДК 347.4/.5

ББК 67.404.2

Содержание

Предисловие	6
От переводчиков	12
Предисловие автора	26
§ 1	27
Глава первая	28
§ 2	28
§ 3	31
§ 4	33
§ 5	36
§ 6	39
§ 7	41
§ 8	45
§ 9	48
§ 10	51
§ 11	59
§ 12	67
§ 13	71
§ 14	76
§ 15	79
§ 16	81
§ 17	84
§ 18	90
§ 19	97
§ 20	104
§ 21	108
Конец ознакомительного фрагмента.	110

Фридрих Карл фон Савиньи

Обязательственное право

© Ф. К. Савиньи, 2004

© В. Ф. Попондопуло, предисловие, 2004

© Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004

* * *

Предисловие

Представлять работу Ф. К. Савиньи «Обязательственное право», написанную более 150 лет назад и сохранившую актуальность до сего дня, невозможно без хотя бы краткого описания времени, в котором жил и творил Савиньи, его школы и уроков, которые следует извлечь из его научного творчества.

Фридрих Карл фон Савиньи – основоположник исторической школы права – родился 21 февраля 1779 г. во Франкфурте на Майне в известной семье. Рано лишившись родителей, Савиньи воспитывался старым другом отца – известным юристом В. Нейратом. В 16 лет в 1795 г. Савиньи поступил в университет в Марбурге, где в 1800 г. получил степень доктора права и стал преподавать римское право. В это время появилась его знаменитая монография «О праве владения», благодаря которой Савиньи занимает место в ряду первых юристов своего времени. В 1810 г. создается университет в Берлине, куда приглашаются самые известные профессора, включая Савиньи, который назначается ректором университета и читает там лекции по истории римского права вплоть до 1842 г. В этот период появляются его известные труды: семитомная «История римского права в средние века», в которой Савиньи показал, что римское право – это закономерный результат исторического развития; восьмитомная «Система ныне действующего римского права», где Савиньи обосновывает вывод о том, что историческая школа исполнила свое назначение и наступает эпоха систематико-практического изучения права; незаконченное двухтомное «Обязательственное право», с которым читатель может познакомиться и поныне считается превосходным юридическим трудом. Наряду с научной и преподавательской деятельностью, Савиньи активно занимался общественной и практической деятельностью. Он был членом Берлинской Академии, Государственного совета прусского королевства, членом Высшего суда в Рейнских провинциях, возглавлял Министерство по пересмотру законодательства, заседал в Палате Господ, активно участвовал в законопроектных работах. Умер Савиньи 25 октября 1861 г.

Первая половина XIX в., приходящаяся на самый активный период жизни Савиньи, характеризуется коренными изменениями в интеллектуальной жизни Европы, происходящими под влиянием эпохи Просвещения. Наблюдается процесс критического переосмысления традиционных ценностей в самых разных областях жизни общества, включая право, стремление вырвать индивида из цепей средневековья и создание принципиально новой картины мира на основе рационализма, идей естественного права. Это интеллектуальное течение открыло перед юристами новые возможности, связанные с освобождением от устаревших правовых институтов и переходом к новой систематизации. Именно в эпоху Просвещения родилась идея кодификации. Новые интеллектуальные течения по-разному затронули различные европейские страны¹.

Например, для Франции идеи эпохи Просвещения послужили непосредственным стимулом для подъема политической активности масс и нашли свое воплощение в революции 1789 г., образовании единого государства на основе всеобщего равенства и создании гражданского кодекса. Для раздробленной, феодальной Германии соответствующий процесс растянулся еще на сотню лет вплоть до ее объединения и принятия Германского гражданского уложения. Германские реформы не были осыщены пафосом свободы и стремлением народных масс к обновлению, носили ограниченный характер и полностью зависели от усмотрения немецких князей, воспитанных в духе просвещенного абсолютизма, насаждались ими сверху.

Идеи Французской революции были по существу космополитическими: большинство политиков-идеалистов XVIII в. игнорировали специфически-национальные потребности

¹ См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. М., 1995. С. 208–219.

и национальные особенности в праве, их идеалом было право, вытекающее из безусловных требований разума, право общее всем нациям. Этому революционному космополитизму представители исторической школы противопоставляют национальный идеал и консервативные практические тенденции. Историческая школа явилась оплотом тех реакционных, националистических тенденций, которые явились на смену идеям Французской революции².

В Германии, где в этот период господствовали идеи народности, исторической преемственности, самобытности, зарождается историческая школа права, общепризнанным главой которой был Савиньи. Рационализм оттесняется на второй план. Исходя из рационализма, правопорядок – это порождение законодателя, по мнению же Савиньи и представителей исторической школы права, право – это исторически обусловленный элемент культуры, обычное право, нашедшее свое отражение в нравах, привычках, традициях и этических нормах народа. По существу Савиньи выступал за сохранение феодального, обычного права Германии, раздробленной на множество княжеств, против кодификации гражданского права.

В учении Савиньи, исходной точкой которого служит отрицание всякого участия свободной человеческой воли в развитии истории вообще и права в частности, заложено явное противоречие с действительностью, которая дает нескончаемое множество конкретных исторических фактов, свидетельствующих о значении свободной деятельности человека вплоть до насильственных переворотов (революций), разрушающих самые основы существующего правового порядка.

Е. Н. Трубецкой, рассматривая вопрос о происхождении права и критикуя односторонний подход в этом вопросе, справедливо отмечал, что в образовании и развитии права участвуют два фактора: с одной стороны, исторический коллективный опыт человечества, с другой – идея разума, лежащая в основе всякого правосознания, причем исторический опыт служит средством для осуществления диктуемой разумом цели права. С одной стороны, свобода личности является целью развития права, и свободная деятельность человека принимает участие в развитии права и создании новых норм; в этом отношении правы сторонники теории естественного права. С другой стороны, человеческая свобода ограничена конкретными условиями исторической среды, и свободная деятельность личности не в состоянии упразднить закон постепенного развития общества и права; в этом отношении правы сторонники исторического направления.

Развитие права обуславливается, с одной стороны, свободной человеческой деятельностью, а с другой – совокупностью исторических условий, среди которых приходится действовать личности³.

Идеи исторической школы права проявились особенно отчетливо в 1814 г. в известном споре между Савиньи и гейдельбергским профессором Тибо по вопросу о том, нужен ли Германии унифицированный Гражданский кодекс. Тибо в статье «О необходимости всеобщего гражданского права для Германии» предложил заменить разрозненное законодательство мелких германских княжеств единым общегерманским ГК по примеру ГК Франции, что послужило бы основой для государственного объединения Германии. В своей ответной статье «О современных задачах законодательства и правовой науки» Савиньи отверг идею Тибо по существу на том основании, что законодательство, дарованное государством, не тот путь, по которому следует идти при формировании общегерманского права, так как этот путь антинаучен, противоречит традиции и является актом насилия⁴.

² См.: Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. 1998. С. 58–68, 84–87, 133–140.

³ Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 68.

⁴ См.: Иоффе О. С. Гражданское право. Избранные труды. М., 2000. С. 69–70.

По мнению Савиньи необходимо тщательно изучать и совершенствовать уже имеющийся исторически выкристаллизовавшийся правовой материал, в данном случае – идеализированное им римское право. Тот факт, что римское право является лишь средством рациональной организации жизни и поэтому должно рассматриваться во взаимосвязи с меняющимися социальными, экономическими и культурными условиями не осознавалось или игнорировалось. Существовало убеждение, что Свод законов Юстиниана – сокровищница не подверженных времени правовых ценностей, которые необходимо лишь привести в известный порядок, систематизировать.

Именно этим – упорядочением, систематизацией и совершенствованием абстрактных понятий – занимались Савиньи и его последователи. Таким образом, постепенно из исторической школы права развилась наука о пандектах, которая занималась исключительно систематизацией и догматической обработкой нормативного материала римского права. Представленный читателю труд «Обязательственное право» является ярким примером такого метода обработки правового материала.

Такой метод юридического мышления подменял тщательное изучение реальной жизни общества системой абстрактных понятий. В то же время нельзя не отметить, что пандектисты создали механизм очень точных и четко разграничивающих системообразующих понятий, востребованных и современной правовой наукой и практикой. Этот механизм положен в основу Германского гражданского уложения и являет собой одно из основных достоинств этого документа. По типу Германского гражданского уложения с использованием содержащейся в нем системы институтов и понятий разрабатывались гражданские кодексы многих стран, включая кодифицированные акты гражданского права России.

Савиньи, являясь ярким представителем науки гражданского права, распространил идеи исторической школы права, прежде всего, и главным образом на область гражданского права.

Так, в весьма спорном вопросе о делении права на публичное и частное Савиньи исходит из целевого признака. Для него в публичном праве целью является целое, а отдельный человек играет лишь подчиненную роль; в частном праве отдельный человек является целью сам по себе, и всякое правоотношение относится к его существованию или особому состоянию как средство. Следует согласиться с О. С. Иоффе, который отмечает по этому поводу, что противопоставление частных целей целям государственным, несмотря на его теоретическую неопределенность, имело тот практический смысл, что ориентировало на удовлетворение частного интереса в свободной игре стихийно действующих экономических сил вне, и независимо от государственного вмешательства. По этому своему замыслу концепция Савиньи соответствует духу времени⁵.

Влияние исторической школы права проявилось и в представлениях Савиньи о сущности юридического лица. По Савиньи для достижения целого ряда необходимых целей, которые не могут быть осуществлены разрозненными усилиями отдельных индивидов, необходимо создавать учреждения и корпорации, наделяя их правами. Этим правам недостает такого реального субъекта, который мог бы считаться их обладателем, носителем. Между тем прав бессубъектных быть не может, поэтому право в подобных случаях прибегает к фикции, т. е. создает лицо вымышленное, искусственное. В действительности субъектом прав может быть только человек; так называемые лица юридические суть лишь только фиктивные⁶.

В учении о праве собственности Савиньи, как и многие буржуазные юристы начала XIX в., стоял на позиции римских источников, где право собственности определялось как наиболее полное господство лица над вещью. Таким образом, решалась догматическая задача выявления решающего признака отличия права собственности от других вещных прав (серви-

⁵ Иоффе О. С. Указ. соч. С. 75.

⁶ Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 133–134; Иоффе О. С. Указ. соч. С. 85–88.

тутов, узуфруктов и т. п.). Оригинальность позиции Савиньи проявляется в вопросе владельческой защиты. Противопоставляя в области защиты владения право факту, Савиньи рассматривал владение как физическую возможность непосредственного обладания вещью с исключением какого бы то ни было воздействия на нее, исходящего от третьих лиц. Критикуя такой подход, Иеринг отмечал, что владение может осуществлять не только собственник, само оно есть не что иное, как внешняя видимость собственности. Защита владения как осязаемой реальности собственности служит защите самой собственности. И если практически ею может воспользоваться не собственник, причем иногда даже против собственника, то объективное предназначение такой защиты состоит в том, чтобы в случае спора облегчить владеющему собственнику бремя представления доказательств, сведя его к единственной ссылке на самый факт владения. Обеспечение беспрепятственного осуществления права собственности и его эффективной охране – вот в чем суть защиты владения⁷.

В договорном праве издавна ведется дискуссия о значении воли сторон для договора. Как известно, приводящее к совершению сделки волевое действие складывается из воли и волеизъявления. Если они совпадают, то при соблюдении требований закона ничто не может воспрепятствовать наступлению нужного юридического эффекта. Сложнее обстоит в случаях расхождения между ними, когда приходится отдавать предпочтение либо внутренней воле, либо волеизъявлению. Вплоть до середины XIX в. господствующая роль принадлежала теории воли, ярким представителем которой был Савиньи. Эта теория строилась на том, что в принципе договора нет, если волеизъявление не соответствует внутренней воле. Критикуя такой взгляд, одни отдавали предпочтение волеизъявлению (теория волеизъявления), а другие выступали вообще против разделения воли и волеизъявления, справедливо полагая, что действие как единый волевой акт налицо лишь при условии, что имеются сознание, воля, а также внешние, распознаваемые для других, формы их выражения (теория единства воли и волеизъявления).

Эти и другие примеры взглядов Савиньи на конкретные вопросы теории гражданского права вполне соответствуют основным постулатам исторической школы права.

Прежде чем дать общую характеристику работы Савиньи «Обязательственное право», подчеркнем еще раз, что это – результат кропотливого труда по догматической обработке нормативного материала римского права, применявшегося во многих княжествах Германии, упорядоченная система абстрактных юридических понятий. В этом, прежде всего, заключается ценность представляемой работы. Пандектная система, как уже отмечалось, востребована современной наукой и практикой, составляет основу многих современных кодексов, включая ГК РФ. Изучение реальной жизни общества, связь римского права с новыми условиями жизни общества по большей части остается за пределами внимания автора.

«Обязательственное право» по свидетельству переводчиков – В. Фукса и Н. Мандро – является продолжением работы Савиньи «Система ныне действующего римского права», исследованием особенной части этой системы – системы римского обязательственного права. Отмечается также, что «Обязательственное право» является вполне законченным произведением, которое охватывает практически все вопросы общей части обязательственного права, хотя автор намерен был продолжить эту работу, но, к сожалению, не смог этого сделать.

Структура работы тщательно отработана, логична и очень детальна. Работа состоит из введения и двух глав.

Первая глава «Природа обязательств» включает в себя четыре раздела, объединяющих 49 параграфов.

Первый раздел «Понятие об обязательстве» содержит определение обязательства как «господства над чужим лицом, но не над всем лицом (иначе оно вело бы к уничтожению личности), а только над одиночными его действиями, которые могут быть представлены

⁷ См. подробнее: Иоффе О. С. Указ. соч. С. 98–99.

выделенными из свободы этого лица и подчиненными нашей воле». Из этого определения следует, что дальнейшее исследование должно быть подчинено изучению правового положения лиц, участвующих в обязательстве, и действий, на которые обязательство направлено. Этому и посвящены соответственно разделы третий и четвертый работы. В первом разделе находим также разграничение обязательственного права с другими частями системы права: вещным правом, семейным правом.

Второй раздел «Виды обязательств» характерен тем, что в нем даются различные классификации обязательств. При этом автор выделяет такие основные виды обязательств, известные римскому праву, как гражданские обязательства (*civilis obligatio*) и естественные обязательства (*naturalis obligatio*). Другие подразделения обязательств (односторонние и двусторонние, главные и акцессорные и др.) рассматриваются в других разделах работы, поскольку «сущность всех подобных делений будет гораздо нагляднее при изложении их в связи не с самим понятием обязательства, а с источниками его происхождения, и преимущественно с договорами, как самым важным источником.

Третий раздел называется «Лица в обязательстве». Здесь Савиньи отмечает, что «природа обязательства предполагает существование двух лиц, стоящих во взаимном противоположении в качестве верителя и должника. Но факты, из которых возникает обязательство, могут быть такого свойства, что на стороне кредитора, они будут относиться не к одному лицу, а одновременно ко многим; тоже возможно и на стороне должника, и с обеих сторон вместе... Рядом с корреальным обязательством иногда представляются еще другие юридические отношения, имеющие с ним некоторые точки соприкосновения. Важнейшее из них – товарищество (*Societat*)». Далее, в этом разделе исследуются особенности исполнения различных видов обязательств с активной и пассивной множественностью лиц, долевое и солидарное исполнение; проводится отграничение обязательств с множественностью лиц от деликтных обязательств, с множественностью причинителей вреда и других сходных отношений; излагаются особенности солидарного исполнения, регрессного обязательства, поручительства.

Четвертый раздел «Объект обязательства» – один из самых объемных. Как отмечает сам автор: «Объект обязательства... также можно назвать содержанием последнего. Этот объект состоит из отдельных действий лица, выделенных из области его свободы и подчиненных чужой воле: они составляют удовлетворение должника». Говоря современным языком, речь в указанном разделе по существу идет об исполнении обязательства, реализации прав и обязанностей, составляющих содержание обязательства. Савиньи рассматривает вопросы существования удовлетворения (положительное и отрицательное, одновременное и длящееся, делимое и неделимое, возможное и невозможное, определенное и неопределенное), места и времени удовлетворения (исполнения) обязательств. Значительное место уделяется правовой характеристике денежных обязательств, особенностям их объекта (деньгам, номинальной и курсовой цене и т. п.), содержания и исполнения (§§ 40–48).

Вторая глава «Источники происхождения обязательств» включает в себя три раздела, объединяющих 35 параграфов. Предваряет указанные разделы краткое введение, в котором дается краткий обзор предстоящего исследования. В частности, отмечается, что по происхождению обязательство может быть первоначальным или превращенным. Первоначальным является обязательство происходящее из договора, из деликта, из квази-договора и квазиделикта. Превращенное обязательство может быть результатом двоякого изменения их первоначального состава: изменения в лицах, между которыми существует обязательство; изменения в предмете или содержании обязательства.

Первый раздел «Договор» является самым объемным (треть всей работы) и включает §§ 52–81. Савиньи определяет понятие договора (обязательственного соглашения) как соглашения нескольких лиц, в форме общего выражения воли, долженствующее установить между ними обязательство. Далее рассматриваются виды договоров; лица в договоре (стороны, третьи

лица), включая вопросы представительства и бумаг на предъявителя (виды, передача, виндикация, амортизация); заключение (выражение воли и волеизъявления) и толкование договора; последствия договора, включая нормальные последствия договора, усиленные последствия договора, т. е. способы обеспечения (задаток, неустойка, присяга, залог и др.), и ослабленные последствия договора, т. е. основания его недействительности.

Второй раздел «Деликт» включает вопросы понятия и видов деликтного обязательства. При этом автор разводит понятия деликтного обязательства и незаконного присвоения (неосновательного обогащения). Собственно под деликтом понимается «такое правонарушение, из которого возникает особое, самостоятельное обязательство, независимое от устранения упомянутого выше незаконного присвоения. В этом и состоит различие между обязательствами из деликта от простых исковых прав. Но они имеют ту общую черту, что предполагают нарушенное правовое состояние и всегда направлены против такого нарушения».

Третий раздел «*Variae causarum figurae*» очень краткий и по существу носит отсылочный характер к иным работам Савиньи. Речь в указанном разделе идет об иных источниках происхождения обязательств. Кроме договора и деликта таковыми являются так называемые квази-договоры и квази-деликты.

Как видно даже из перечня наименований вопросов, которые рассматриваются в работе Савиньи, его исследование «Обязательственное право» не может утратить значение, поскольку все эти вопросы составляют терминологическую и конструктивную основу и современного гражданского, и коммерческого права.

В завершение краткого обзора жизненного пути и творчества Савиньи отметим его значение для современной юридической науки.

Савиньи – один из тех крупных ученых-юристов, глубокие работы которого составляют необходимое связующее звено между римским и современным правом. С конца XVIII в. прямое действие римского права постепенно уменьшается. Кодификационный энтузиазм просвещенного абсолютизма Пруссии, Франции и Австрии вызвал к жизни кодексы естественного права. Однако, римское право не утратило полностью своего значения, а продолжало действовать в измененной форме: прежде всего как понятийный инструментальный, а также исходный материал при подготовке кодексов: Французского гражданского кодекса, Германского гражданского уложения и других, включая современные гражданские кодексы, в том числе ГК РФ. Как известно, мы обращаемся к прошлому, чтобы оно объяснило нам настоящее и указало путь в будущее.

Савиньи оставил основательный след практически во всех крупных разделах гражданского права. Глубина теоретической проработки материала, характерная для германской школы права, олицетворяется именно в таких немецких ученых как Савиньи.

Переиздание работы Савиньи позволит сделать ее доступной для современных юристов, окунуться в эпоху становления гражданского права, лучше понять его истоки, а возможно и перспективы дальнейшего развития.

*Доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой коммерческого права
Санкт-Петербургского государственного университета
В. Ф. Попондопуло*

От переводчиков

Первый съезд русских юристов по обсуждению первого реферата, предложенного председателем Николаем Васильевичем Калачевым, об отношении обычного права к законодательству, пришел к заключению, что необходимо наши народные юридические обычаи, поддерживаемые в крестьянской практике с незапамятной древности, привести в известность с теми соображениями, которыми они были вызваны к жизни, и за теми из них, которые окажутся соответствующими практическим потребностям, признать значение источников права.

В заключительном слове Г. Калачев заявил, что съезд в мотивах к этой резолюции не высказал ничего нового, а только утвердил своим заключением великие начала исторической школы, указанные знаменитым ее основателем Савиньи. Таким образом, на первом же собрании наших юристов-практиков и теоретиков было провозглашено великое имя Савиньи и связано с ним самое важное заключение этого собрания. Между тем до последнего времени ни одно из творений известного ученого не переведено еще на русский язык. Пополнить этот пробел в нашей юридической литературе и имели в виду переводчики настоящего сочинения, которое давным-давно переведено на французский язык и уже с 1863 г. выдержало два издания; остановились же мы на *Obligationenrecht* потому, что это сочинение, за исключением первого труда Савиньи *Recht des Besitzes* по своему объему всего доступнее для перевода, а по содержанию представляется для нас, русских, более близким, так как обязательства являются наиболее космополитическим отделом правовой системы.

Вместе с тем мы нашли необходимым для более наглядного ознакомления русских читателей с великим германским светилом представить краткий очерк его деятельности и ученых подвигов. При составлении этого очерка нам служили пособиями следующие сочинения:

Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. A. F. J. Thibaut. Heidelberg. 1814. – *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* von Dr. F. C. von Savigny. Heidelberg. 1840. – *Ueber die sogenannte historische und nichthistorische Rechtsschule* von A. F. J. Thibaut. Heidelberg. 1838. – F. C. von Savigny. *Ein Beitrag zu seiner Würdigung* von Dr. R. Stintzing. Berlin. 1862 г. – Pernice. Savigny. Stahl. – Berlin. 1862. – *Notice sur la vie et les oeuvres de Frederic – Charles de Savigny.* – *Essai sur la vie et les doctrines de Frederic Charles de Savigny* par Edouard Laboulaye. Paris. 1842. – *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen.* Von Dr. Bluntschli. Zurich. 1862. – *L'école historique en Allemagne* par S. Vainberg. Paris. 1869. – Friedrich Carl von Savigny. *Erinnerung an sein Wesen und Wirken.* A. F. Rudorff. Weimar. 1862. – Савиньи и его отношение к современной юриспруденции – Кенига. *Русский Вестник* за 1863 г., № 4. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.* Von Gerber und Jheriug. Jena. 1861. т. 5, стр. 354–377.

Ф. К. Савиньи родился 21 февраля н. с. 1779 г. во Франкфуртена-Майне. Предки его были родом из Верхней Лотарингии и происходили по прямой линии от графов Меца, Люнебурга и Даксбурга. Поместья их, называвшиеся по фамилии Савиньи, находились в округе Шарм, в бассейне Мозеля, на левом берегу Медона, при впадении в него речки Калоны. В соседней цистерцианской церкви Бопре при Мерте и теперь еще существует надгробный камень, относящийся к 1353 г., который гласит, что с этого года род стал именоваться по вышеупомянутому поместью, но это известие неверно, так как уже в 1312 г. император Генрих III Люксембургский во время римского похода назначил капитаном г. Рима и предводителем перуджианских вспомогательных войск опытного и храброго бургундского рыцаря Иоанна Савиньи. Кроме того, известен еще более знаменитый Андрей Савиньи, сражавшийся в 1191 и 1192 гг. рядом с Ричардом против Саладина и первый водрузивший знамя крестоносцев на валах Дарума. В Лотарингии род Савиньи пользовался большим значением; члены его владели богатыми имениями и занимали высшие государственные и церковные должности.

В 1630 г. вследствие возбужденных против протестантов преследований граф Филипп Мейнинген-Вейстербург вывез восьмилетнего Павла Савиньи из г. Меца в Германию, где воспитал его со своим сыном и впоследствии передал ему во владение маленькую крепость на границах немецких владений. В Лотарингии род Савиньи стал считаться угасшим и богатые его поместья перешли к Басомпиеррам и Шуазелям.

В 1791 г. Ф. Савиньи потерял отца, а в следующем году мать, и заботы о нем принял на себя, как опекун, старый друг его отца, ассессор имперского камергерихта в Вецларе Нейрат.

Когда Савиньи достигнул 15 лет, то Нейрат, считавшийся одним из знатоков публичного права, сам прочел ему и своему сыну курс, обнимавший право положительное и отвлеченное, а именно естественное, международное, римское, государственное. Все это нужно было изучать по огромным тетрадам, по господствовавшему тогда аксиомо-математическому методу, в форме вопросов и ответов.

Едва имея 16 лет, Савиньи вступил в университет в Марбурге, где летом 1795 г. слушал курс пандект Эркслебена, а зимой такой же курс Вейса. Хотя последний и не приобрел громкой славы в юридической литературе, но имя его навсегда останется памятным, так как он сумел возбудить в Савиньи любовь к римскому праву и дал ему мысль к великому его творению – «Истории римского права в средние века». В Марбурге Савиньи слушал еще курс гражданского германского права Бауэра и гражданского судопроизводства Эркслебена и Роберта. В следующем году он отправился в Гёттинген, где, впрочем, ограничился только посещением курсов Шпиттлера, так как феодальное право Рунда наводило на него скуку, а курс государственного германского права Пюттера показался ему смешным. После многих путешествий по Германии Савиньи возвратился в Марбург, где 31 октября 1800 г. получил степень доктора права. Диссертация его была написана на тему «*De concursu delictorum formali*», и лекциями по уголовному праву в зимний семестр 1800 года начал Савиньи свою блестящую профессорскую деятельность, продолжавшуюся почти без перерыва до 1842 года. Но уголовным правом он занимался только один год и затем обратился к римскому, которое и преподавал в Марбурге до конца 1804 г. Относительно способностей Савиньи к преподаванию за это время мы имеем свидетельство одного из его учеников Якова Гримма. «Я не знаю, – пишет последний, – преподавания, которое бы меня очаровывало более чтений Савиньи. Мне кажется, что слушателей его в особенности привлекали и пленяли свобода и живость слова, сопровождаемые замечательным спокойствием и достоинством. Ораторские таланты ослепляют на время, но не привязывают. Савиньи редко справлялся со своими заметками и говорил много; но его слово было всегда понятно, убеждение всегда искренно, – и в то же время некоторый род сдержанности и умеренности в языке производили такое впечатление, которое не в состоянии произвести самое увлекательное красноречие; все в нем споспешествовало действию, производимому его словом». Чтобы понять чувство, руководившее Савиньи в его призвании, и направление, которое он старался дать профессуре, всего лучше обратиться к его собственным словам. «Для своих слушателей, – писал он, – профессор должен быть живой наукой. Свои познания, приобретаемые медленно и с большими усилиями, он должен передавать так живо, как будто знание раскрывалось ему внезапно. Заставляя слушателей присутствовать как бы при самом зарождении мыслей, он пробуждает в них творческую силу. Тогда они приобретают не только познания, а участвуют еще в научном труде, который совершается на их глазах. Наблюдая себе подобных, мы часто видим, что некоторые факты или идеи приводят нас к убеждению, не производя, однако, прочного впечатления. Иногда же, напротив, дух овладевает этими самыми идеями и усваивает их вполне. Счастливые результаты, зависящие то от благоприятного настроения читателя, то от талантливого писателя, всегда будут иметь место при хорошем устном преподавании. Влияние устного преподавания чувствуется во всякое время; но насколько живее оно действует при начале нашей научной карьеры, когда юноше-

ская восприимчивость усиливается сочувственным возбуждением многочисленной аудитории! Вот что говорит за университеты и за их необходимость. К ним можно применить то, что великий писатель (Heine) сказал по другому случаю: «Читать – это злоупотреблять языком; уединенное чтение только вполтину заменяет разговор; только своей личностью человек действует на человека; юность действует на юность и сообщает ей самые сильные и чистые стремления. Вот что сохраняет в мире жизнь и физическую и моральную!»⁸

Эти мысли, чувства и направление Савиньи не изменил во всю свою жизнь, как мы увидим ниже, и как об этом свидетельствует Лабуле, слушавший Савиньи в 30-х годах. Он говорит: «Что особенно меня поразило в лекциях Савиньи, это – живость и теплота в курсе, который он повторял двадцать пятый раз. Его лекции представляют каждый год новый интерес, так как каждый год в них можно найти результаты новых занятий, недавние открытия и последнее состояние науки. Савиньи самым живым образом относится к интересу, возбуждаемому им в многочисленной аудитории, и последний заставляет его посвящать лекциям время, которое он всецело должен был бы отдать другим занятиям. Его богатая и ясная речь так хорошо освещает самые темные отделы, что его слушатели догадываются о трудности их уже позднее, когда самим приходится искать разрешений, впоследствии от них ускользнувших. Его метода особенно замечательна, когда случай приводит его, по доводу контрверз, излагать новые учения: тогда его слово еще проще и серьезнее, выражает глубокое убеждение, смешанное с величайшей скромностью, и резко разнится от приемов тех профессоров, которые для склонения аудитории в пользу своих взглядов прибегают ко всем искусственным уловкам адвоката, точно дело идет о какой-нибудь тяжбе, и превращают научный вопрос в вопрос личностей и самолюбия»⁹.

Для полного уяснения последующей деятельности Савиньи и его значения необходимо сказать несколько слов о состоянии науки и преподавании права во время, предшествовавшее его появлению.

После эпохи возрождения, в XVII столетии, в науке получили господство два направления: одно возникло в Германии, другое – в Голландии. В Германии Томазий, ставший из философа юристом, задумал осуществить в правоведении ту же реформу, какую Декарт совершил в других областях человеческого знания. Порешивши с идеями своего времени, Томазий устранил все, чтобы дать науке чисто философское основание и тем зараз избавить ее от влияния и истории, и теологии. Изгнанный из Лейпцига, он перешел в Галль, где и открыл свои лекции по естественному праву, более столетия господствовавшему в Германии. В Голландии же утвердились предания французской школы, но преимущественно с литературным оттенком. Представители голландской школы отличались изысканым вкусом, чистотой латинского языка, глубоким знанием классической древности, но были скорее филологи, чем юристы. Читая их сочинения, можно подумать, что главная сущность римского права, занимавшего их исключительно, состояла в объяснении Плавта, Горация или Цицерона. Корифеями этой литературной школы были Ноот, Бинкершох, Шултинг, Отто, Рейске, самым же первым – Гейнекций, изложивший «Пандекты по математическому методу в аксиомах». Труд Гейнекция получил громадное значение и на него было написано множество комментариев и объяснений.

Но ученость голландской школы, называвшейся школой «изящной юриспруденции», имела характер безжизненного клада, которым мог довольствоваться и блистать только его обладатель. О необходимом историко-критическом направлении здесь не было и речи. В теории и практике господствовал так называемый *Usus modernus Pandectarum*, т. е. то же самое, что в Германии разумеется теперь под действующим римским правом; но вместо точного и наглядного выяснения и отделения юстиниановского права от действовавшего тогда рим-

⁸ Historisch-politische Zeitschrift, herausgegeben von Leop. Ranke, т. 1, стр. 569.

⁹ Notice... стр. 7.

ского, *Usus modernus* совмещал в себе целый хаос положений, заимствованных из римского, канонического, древнегерманского прав и новых местных и имперских законов. Таким образом, ни одно правовое понятие не проявлялось в своем первоначальном виде и оставалось совершенно неизвестным, почему и как оно видоизменилось или видоизменило другие. Наконец, на все это набрасывалась схема, заимствованная из естественного права. Весьма остроумный практик Иоганн Шлоссер говорит про это время (1790) следующее: «Юристы совместили в своих головах римские, канонические и статуарные законы, разные *Responsa*, *Consilia*, мнения, тезисы и применяют их ко всем случаям, подходят ли они к ним или нет».

Гуго, первый вместе с Мозером сознавший всю несостоятельность подобного порядка вещей, писал в 1789 г.: «Исторические исследования в государственном праве, более либеральные взгляды в естественном, гуманность в уголовных наказаниях и, возможно, мягкие начала в международных сношениях бесспорно и в последующие времена будут считаться заслугами XVIII в.; но, – спрашивает он, – истинное правоведение, тот отдел, где историки, философы и государственные люди значат столько же, сколько и юристы, тот отдел, которым занимается большая часть последних – гражданское право – подвинулось ли в продолжение 50 лет настолько, насколько потомство вправе от нас требовать, соображая наши вспомогательные средства?»¹⁰

В своем журнале, основанном в 1790 г., Гуго прямо заявлял, что «изучение гражданского права вообще, в продолжение 50 лет, не сделало никаких успехов и, напротив, даже отступило назад»¹¹.

Университетское преподавание состояло в систематическом изложении естественного права, затем права римского, германского, публичного, без всякого внутреннего единства, только с незначительными историческими и филологическими подробностями; об ознакомлении с источниками не было и речи. Гуго первый явился провозвестником другого, более правильного метода в обработке гражданского права, именно историко-систематического. Он объявил при начале издания своего журнала, что «будет говорить об этом методе так часто и так громко, как только ему позволять силы». Переводя слова в дело, он обратил свою критику против двух ученых, считавшихся самыми главными и блестящими представителями господствовавшего направления, именно против Гёпфнера и Глюка. Гёпфнер издал в 1783 г. комментарий к институциям Гейнекия, ставший в Германии наиболее распространенным учебником. Гуго подвергнул критике некоторые отделы этого труда, в которых проводились бывшие тогда в ходу взгляды, и положительную несостоятельность их доказал, к каким заблуждениям может повести метод, упускающий из виду особенности трактуемого предмета; всего яснее это оказалось в исторических разъяснениях, где обнаружились самые несостоятельные воззрения. Что же касается Глюка, то последний с 1789 г. начал комментарий к Пандектам, о котором Гуго пророчески отозвался, что он разрастется более чем на двадцать томов; затем Гуго объявил, что весь этот труд ничего не стоит, так как предварительно необходимо было определить, что следует удержать и что отбросить, автор же, не имея никакого точно установленного плана, перемешивает старое и новое право, *jus publicum* и *jus privatum*. Однако Гуго, при всех своих критических талантах, оказался бессилён создать что-либо новое, самостоятельное.

К тому же его метод близко подходил к филологическому и сам Гуго называл его «экзегетическим». Требования им критико-экзегетического исследования касались одних отдельных подробностей, точного уяснения понятий и установления римской терминологии. Необходимость же строгого толкования отчасти признавалась некоторыми вполне, отчасти считалась излишней для истинной науки, а отчасти сомнительной по последствиям, так как учебники

¹⁰ Gött. Auz. 1789, стр. 1111.

¹¹ Civ. Magaz, т. 1, стр. 10.

самого Гуго были составлены чрезвычайно неудовлетворительно. Таково было состояние юридической науки и преподавания до Савиньи.

Разрабатывая свой курс последних десяти книг Пандект, Савиньи прежде всего был поражен противоречиями, существовавшими в учении о владении. Он сообщил о своих недомыслиях Вейсу, который вполне одобрил его план отделить классическую юриспруденцию от схоластики, внесшей смешение понятий, и показать разницу с теоретической точки зрения между классическим правом Рима и учениями господствовавшей школы. В продолжении 5 месяцев Савиньи ограничил свое исследование, и 3 мая 1803 г. появилась знаменитая его монография «О праве владения», поразившая всех новостью метода, ясным легким слогом и богатым знакомством с литературой и источниками. Вместо того, чтобы по обычаю выяснять юридическую сущность владения перечислением всех возможных фактических выгод владельца, Савиньи ограничился изысканием юридических последствий, которые римляне выводили из владения, а это привело его к различию юридического владения от его естественного основания – *detentio*. Анализируя для подтверждения своей теории взгляды классических юристов, преторский эдикт и императорские постановления, Савиньи пришел к заключению, что единственными последствиями чистого владения должны считаться давность по гражданскому праву и защита против нарушения по преторскому праву посредством интердиктов. Только там и единственно там, где является то или другое последствие, римское право признает и бытие юридического владения. Исследуя для точнейшего доказательства терминологию, Савиньи вывел положение, что, когда владение вело к приобретению посредством давности, то называлось у римлян *possessio civilis*, когда же влекло только защиту интердиктами – то называлось просто *possessio*; противоположность обоим составляла *possessio naturalis* как отрицание того или другого, или обоих вместе. Затем автор переходит к учению о приобретении и потере владения, и, наконец, к исследованию интердиктов и *jurium quasi possessio*. По установлении учения римского права по источникам, Савиньи заключает свой труд модификациями римского права в законодательстве и в практике нового времени.

Благодаря монографии «О праве владения» Савиньи занял место в ряду первых юристов того времени. Гейдельберг и Грейфсфальд предлагали ему занять кафедру римского права на самых блестящих условиях, но он отказался в виду предположенных новых ученых исследований. Женившись на девушке из богатого банкирского дома в Родельгейме, Кунигунде Брентано, Савиньи предпринял путешествие с намерением посетить старинные библиотеки Германии и Франции и собрать там материал для истории римского права в средние века. Побывав в Гейдельберге, Штутгарте, Тюбингене и Страсбурге, он прибыл 2 декабря 1804 года в Париж. При въезде в этот город ему пришлось испытать весьма чувствительную потерю: у него отрезали чемодан с бумагами, содержащими результаты его усидчивых занятий в германских библиотеках. Подавленный в продолжении нескольких месяцев этой громадной потерей, Савиньи решился если не вполне, то хотя бы отчасти восстановить утраченное, пользуясь богатыми сокровищами Парижской библиотеки, и пригласил с этой целью в Париж Якова Гримма. Вместе с Гриммом, своей женой и ее сестрой Савиньи ежедневно являлся в библиотеку и просиживал там до тех пор, пока служители несколько раз не повторяли ему над ухом: «Пора, пора, уже два часа и нужно уходить». Жена и ее сестра помогали ему в переписке французских манускриптов и, между прочим, неизданных писем Куяция.

По возвращении в Марбург в 1808 г. Савиньи предложили профессию римского права в Ландсгуте, где, несмотря на короткое пребывание (всего полтора года), он успел приобрести самое искреннее расположение и глубокую привязанность. Мт Арним, сестра жены Савиньи, так описывает прощание его с этим городом: «Через несколько дней мы покидаем Ландсгут. Студенты укладывают библиотеку Савиньи – нумеруют книги, выставляют на них ярлыки и уставляют в ящики, которые спускают из окон на веревках; все работают весело и усердно, несмотря на горе предстоящей разлуки со своим профессором. Как бы учен ни был Савиньи,

доброта его характера стоит еще выше его блестящих способностей. Студенты его обожают; они чувствуют, что теряют в нем своего благодетеля. Профессора любят его также, а в особенности теологи... Студенты не покидают дом Савиньи; я вижу, как они, укладывая вещи под моими окнами, едят ветчину. Они хотели уложить также и мою маленькую библиотеку. Вечером студенты собираются, чтоб играть на гитаре и на флейте; они танцуют вокруг большого фонтана перед нашим домом и это иногда длится до полуночи... Было решено провожать Савиньи до Зальцбурга. Те, которые не имеют ни лошадей, ни экипажей, отправляются вперед пешком. Все считают праздником это маленькое путешествие в первые весенние дни по прелестной стране, в сопровождении их дорогого профессора. Мы выехали через несколько дней после Пасхи. Университет собрался у Савиньи. Перед разлукой одних со своим профессором и всех со своим другом принесли вина и при громе виватов его проводили до городских ворот. Там профессора торжественно простились с ним. Те, которые были верхом или в экипажах, поехали нас провожать. Всю дорогу мы встречали студентов, опередивших нас, чтобы в последний раз увидеть Савиньи. Большая часть отвертывалась, чтобы скрыть слезы. Я никогда не забуду одного молодого шваба, настоящего представителя своего племени: он махал в воздухе своим маленьким платком, и слезы мешали ему нас видеть. Фрейберг рассказывал мне, что Савиньи дал университету новую жизнь; что он сумел помирить профессоров или, по крайней мере, ослабить их взаимные неприязненные отношения, и что его благодетельное влияние было особенно чувствительно для студентов, так как он поднял их свободу и самостоятельность. Я не умею описать таланта, которым обладает Савиньи для сношений с молодежью. Труды и успехи его слушателей возбуждают в нем настоящей энтузиазм; он счастлив, когда им удастся хорошо обработать вопросы, которые он им предлагает; он готов открыть им глубину своего сердца; он заботится об их судьбе, думает об их будущности и указывает им путь, который освещает своим блестящим рвением. Сущность его характера состоит в любви к людям, которым он посвящает все силы своего ума и сердца, т. е. в том, что кладет печать истинного величия.

Наивная простота, с которой он низводит свое знание на уровень, доступный всякому, делает его вдвойне великим»¹².

В 1810 г. в Берлине был основан университет, который должен был возродить нравственные и умственные силы Германии, и с этой целью туда были приглашены самые первые знаменитости немецкой нации. К профессорам Галльского университета, отходившего от Пруссии, Бейму, Швальцу, Гуфеланду, Нимейеру, Шлейермахеру, отозвавшимся на призыв Фридриха Вильгельма, присоединились Нибур, Эйхгорн и Савиньи. Таким образом, в Берлине – центре тогдашней нравственной и умственной жизни Германии – сошлись эти три великих человека, совокупная деятельность которых произвела неизмеримый по своим последствиям переворот в социальных науках. Между Нибуrom и Савиньи вскоре завязались самые тесные дружеские отношения. Савиньи стал одним из первых слушателей Нибура, подвергнувшего римскую историю самым серьезным исследованиям и отделившего туманные предания от действительных фактов. Нибур же в свою очередь писал к Генслерам 9 ноября 1810 г.: «Внимание Савиньи и его уверения, что я начинаю для римской истории новую эпоху, разумеется, придают мне еще более рвения продолжать исследования во всей полноте». Затем в предисловии к своей «Римской истории» Нибур откровенно заявил, что без Савиньи, Буттмана, Гейндорфа и умершего в то время Шпалдинга «он едва ли бы решился на подобный труд, и без их оживляющего участия и присутствия едва ли бы его выполнил».

Назначенный по особому королевскому приказу ректором, 10 октября 1810 г. Савиньи начал свои зимние лекции об институциях и истории римского права. Вскоре затем он разделил свои занятия на две части: в зимний семестр объяснял пандекты, за исключением наслед-

¹² Goethe's Briefwechsel mit einem Kinde, т. II, стр. 171–188, 2-е изд.

ственного права, а в летний – институты; кроме того, читал Ульпиана, Гая и прусское право (ландрехт). Последний курс до тех пор не существовал и был введен преимущественно по его настоянию.

В то время немецкие университеты составляли и судебную инстанцию, как *Spruch-Collegium*'ы. Савиньи в продолжении 17 лет принимал самое горячее участие и в этой деятельности университета, и в архиве факультета сохраняются его 138 докладов, обнимающие 3 тома.

В 1811 г. великий ученый был назначен членом Берлинской академии, где также успел проявить свою неутомимую деятельность во множестве мемуаров. В последующие годы возбуждения Германии и борьбы ее с Францией Савиньи также принял участие в народном движении, хотя и не непосредственно, как его друг Эйхгорн, выступивший в открытое поле с оружием в руках. Савиньи был назначен в комиссию для призыва ландвера и на собственные средства снарядил на войну многих из своих слушателей.

По освобождении Германии от французского владычества, совершенном при совокупном содействии всей немецкой нации, горячие патриоты стремились задержать образовавшееся случайно единство если не вполне, то, по крайней мере, хотя бы в некоторых сторонах жизни. Между прочим и юристы не остались чужды этим стремлениям, и в 1814 г. появилась брошюра гейдельбергского профессора Тибо «О необходимости общего гражданского законодательства для Германии». «В 1814 г., – писал Тибо, – когда я видел много немецких солдат, шедших на Париж с сердцами, полными надежды, я был глубоко взволнован. Многие из моих друзей разделяли мои взгляды и надежду об улучшении состояния нашего законодательства. В 14 дней написал я от искреннего моего сердца брошюру о необходимости общего гражданского права для всей Германии, с сохранением однако для каждой страны ее законов, покровительствующих местным обычаям»¹³.

Тибо начинает с того, что освобождение страны спасло честь Германии, но что еще много препятствий лежит на пути к будущему ее благоденствию, между прочим, отсутствие общего гражданского уложения; последнее повело бы к национальному объединению права и дало бы практикам и теоретикам вполне очищенный правовой материал для разработки и применения, тогда как вместо него имеется масса отдельных прав и постановлений, часто одно другому противоречащих; главную часть в этой массе нужно отнести на долю римского права, источники которого в первоначальном виде неизвестны, да и относительно отдельных положений которого существуют непримиримые контroversы, затрудняющие своей многочисленностью разрешение практических случаев. Что же касается до воззрений о зависимости права от различных условий времени, места, климата и т. д., то Тибо говорит: «Гражданские законы, основывающиеся в целом только на человеческом сердце, разуме и рассудке, очень редко бывают в необходимости подчиняться обстоятельствам, и если в некоторых случаях из такого единства произойдут небольшие неудобства, то бесчисленные выгоды его перевешивают все подобные жалобы. Пускай только вдумаются в отдельные части гражданского права! Многие из них составляют, так сказать, своего рода чистую математику, на которую никакие местные условия не могут иметь решительно никакого влияния, например, учение о собственности, наследственном праве, ипотеках, договорах и обо всем относящемся к общей части юриспруденции»¹⁴.

На призыв Тибо сочувственно отозвались Фейербах в Мюнхене, Шмит в Иене и Пфейффер в Касселе.

Савиньи, патриотизм которого не допускал и теперь не допускает никаких сомнений, счел, однако, невозможным присоединиться к взглядам Тибо, и в том же году высказал свои собственные воззрения в брошюре «О призвании нашего времени к законодательству и юрис-

¹³ Thibaut. Ueber die sogenannte... стр. 6, 7.

¹⁴ Thibaut. Ueber die Nothwendigkeit... стр. 53, 54.

пруденции». Основным возражением против возможности общего гражданского законодательства Савиньи выставил свои идеи о происхождении права.

«Прежде всего мы спросим историю, – говорит Савиньи, – как в действительности развивалось право у народов цивилизованных. Где только мы находим достоверную историю, гражданское право уже имеет свой определенный характер, особенный для каждого народа, подобно его языку, нравам и государственному устройству. Все эти проявления, лишённые самобытного существования, представляются только отдельными силами и видами деятельности народа, неразрывно связанными между собою; они являются отдельными силами только в наших исследованиях; соединяет же их в одно целое общее убеждение народа, одинаковое чувство внутренней необходимости, совершенно исключаящие всякую мысль о слу чайном или произвольном их происхождении. Как возникли эти особенные народные функции, придающие самим народам характер индивидуумов, на этот вопрос история не дает ответа. В последнее время получил господство взгляд, будто сначала все жило в звероподобном состоянии и мало-помалу достигло сперва жалкого существования, а потом той высоты, на которой мы теперь стоим. Мы можем оставить этот взгляд неприкосновенным и ограничиться фактами первого достоверного состояния гражданского права. Мы попытаемся изложить некоторые черты этого периода, в котором право, как и язык, живет в народном сознании. Этот младенческий возраст народов беден понятиями, но проникнут ясным сознанием своего состояния и отношений, чувствует их совершенно и переживает вполне, тогда как мы, среди искусственного и сложного существования, падаем под бременем нашего богатства вместо того чтоб им пользоваться и господствовать над ним. Это естественное состояние преимущественно выражается в гражданском праве. Так как для каждого человека его семейные отношения и собственность становятся важнее благодаря тесному соединению с его личностью, то очень возможно, что нормы гражданского права были предметами народных верований. Но эти духовные отправления нуждаются для своего упрочения в телесной оболочке. Такое тело составляет для языка постоянное непрерывное упражнение, для государственного устройства – видимые государственные власти, но что же заменяет это тело в гражданском праве? В наше время его составляют высказанные правовые нормы, сообщаемые письменно и устно. Но этот вид упрочения предполагает значительную способность к отвлечению, а потому он немыслим в младенческом возрасте народа. Зато мы находим здесь обилие символических действий, выражающих происхождение и прекращение юридических отношений. Чувственная наглядность этих действий упрочивает право в определенном виде вовне, а их важность и строгость соответствуют значительности самих юридических отношений. В равно широком пользовании такими формальными действиями сходятся, например, германские племена с древнеитальянскими, хотя у последних народов самые формы были определеннее и строже, что, впрочем, могло зависеть от их городского быта. На эти формальные действия можно смотреть как на грамматику права этого периода, и замечательно, что главная забота древнейших римских юристов состояла в поддержании их и точном их применении. В новейшие времена часто пренебрегали ими как остатками варварства и суеверия, упуская из виду, что и мы повсюду заботимся о формах, с тою только разницею, что наши формы уступают старым в наглядности и общенародной доступности, являясь поэтому-то чем-то произвольным, а потому и обременительным. С нашими односторонними взглядами на прежние времена мы уподобляемся путешественникам, которые замечают во Франции с великим удивлением что маленькие дети простолюдинов вполне правильно говорят по-французски. Эта органическая связь права, как и языка, с существом и характером народа продолжается и в последующие времена. Для права, как и для языка, не бывает момента абсолютного покоя и оно подвержено такому же движению и развитию, как и всякое другое проявление народной жизни. Итак, право проходит те же ступени роста, как и народ, развивается вместе с ним, и, наконец, умирает, когда народ теряет свои отличительные особенности. Однако это внутреннее обра-

зование права во времена культуры представляет для исследования большие затруднения... Именно при возрастающей культуре все стороны народной деятельности обособляются и то, что прежде производилось всеми, выпадает на долю отдельных сословий. Таким обособленным сословием являются также и юристы. Право разрабатывается тогда посредством языка, принимает научное направление и, как прежде оно жило в сознании целого народа, так теперь переходит в сознание юристов, являющихся представителями народа в этой стороне его деятельности. С этого момента бытие права становится искусственным и сложным, так как оно пульсирует уже в двух сферах: в общей народной жизни, где его развитие не прекращается, и затем в особой науке, в руках юристов. Выводом из этого взгляда будет то, что всякое право возникает путем обычая, т. е. вытекает из нравов и народных верований, а потом из юриспруденции; следовательно, всегда из внутренних незаметно действующих сил, а не из произвола законодателя...»

Исходя из приведенных мыслей, Савиньи полагает, что истинная задача законодателя – собирать, очищать и устанавливать существующее право, а так как для этого первое условие – основательные исторические познания, а его век не обладает ими, то он и не призван совершить эту работу; предварительно должно достигнуть более высокого состояния науки права, и так как к достижению этого уже проявились стремления, то все народные силы и должны быть сосредоточены в этом направлении. К началам, провозглашенным Савиньи, примкнули Эйхгорн, Нибур и целая толпа молодых ученых, снискавших впоследствии в науке почетные имена – Пухта, Гриммы, Дирксен, Гасс, Унтергольцнер и др.

Спор Савиньи с Тибо, возбужденный, собственно, вследствие частного вопроса о гражданском законодательстве для Германии, получил громадное значение, так как в нем были затронуты необходимые для его разрешения вопросы общего характера о происхождении и значении права в народной жизни. Чтобы поддержать и распространить взгляды, высказанные в ответе Тибо, Савиньи вместе с другом своим Гёшеном в 1815 г. основал «Журнал исторического законодательства правоведения». Вся Германия разделилась тогда на два лагеря, получившие названия исторической и неисторической школ. Эти названия в первый раз встречаются во введении к вышеназванному журналу, где Савиньи говорит следующее: «Одна из этих школ совершенно основательно называет себя *исторической*; для другой же едва ли можно придумать какое-либо название, так как единой она представляется только в возражениях первой школе, сама же по себе выступает в самых разнообразных и противоречивых формах, выставляя себя то школой философской и естественного права (*Naturrecht*), то здравого человеческого смысла; поэтому за недостатком другого выражения мы назовем ее *школой неисторической*. Противоположность между этими школами выражается в разрешении следующих общих вопросов: в каком отношении стоит прошедшее к настоящему или будущее к существующему? Одни учат, что всякий период имеет свое бытие и воспроизводит свой мир свободно и произвольно, хорошо и счастливо, дурно и несчастливо, смотря по степени своих сил и предусмотрительности. По мнению этих ученых, изучением предшествующего времени не следует пренебрегать только потому, что из него можно научиться, как и что существовало у предков; таким образом *история есть собрание морально-политических примеров*, и изучение прошедшего является только одним из многих вспомогательных средств, а гений может и без него легко обойтись.

По учению других, нет отдельного и обособленного человеческого существования; напротив, то, что представляется отдельным с одной точки зрения, с другой оказывается частью высшего целого.

Как каждый отдельный человек необходимо мыслится членом семейства, народа, государства, так и каждый период народа – продолжением и развитием всех предшествующих времен. Всякое иное воззрение будет поэтому односторонним и, если получит господство, окажется вредным и гибельным. Если же это так, то всякий период творит свой мир не для себя

одного и произвольно, но устанавливает его в неразрывной связи совсем прошедшим. С этой точки зрения история будет уже не одним собранием примеров, но единственно верным путем для познания нашего собственного состояния».

Тибо и его приверженцы возражали в журналах и полемических сочинениях, причем некоторые зашли так далеко, что заподозрили своих противников даже в демократической пропаганде. Так, Гённер в своем сочинении «О законодательстве и правоведении в наше время» (1815 г.) старался возбудить правительство против исторической школы, отнимающей будто у них право законодательства и передающей его в руки народа и юристов как народных представителей; такой взгляд, по мнению Гённера, прямо ведет к тому, что государства должны управляться не правителем, а народом и юристами. Сам Тибо в брошюре «О так называемой исторической и неисторической школе юристов» возражал гораздо умереннее и обвинял своих противников только в том, что они напрасно выступают с притязаниями на установление каких-то новых начал. По словам Тибо, хотя и следует признать за исторической школой большие заслуги в разъяснении текста источников, но и прежде были ученые, работавшие в том же направлении, как, например, Куяций, Гейнекций и др. Кто стремится к новому, тот не теряет способности познавать старое и объяснять его исторически, и нет такого юриста, который бы отрицал пользу и важность истории; но последнюю нельзя, да и не нужно знать до мелочей: мелочные подробности необходимы для филологии, но не для прагматической истории права.

На эти упреки в мелочных изысканиях Савиньи отвечал: «По методу, который я принимаю за истинный, в разнообразии, представляемом историей, отыскивается высшее единство, жизненный принцип, объясняющий все отдельные явления и одухотворяющий все материально существующее...» «Всякий разумный человек должен презирать микрологию, но точное и строгое знание до такой степени необходимо во всякой истории, что оно только и может сообщить ей цену»¹⁵.

Что касается Гённера, то Савиньи возражал на его нападки колко и с некоторым презрением: Гённер во времена французского владычества принял сочувственно Code Napoleon, что в глазах всех, а также и Савиньи, представлялось положительной изменой. Полемика до того была, впрочем, чужда характеру Савиньи, что он после этого ответа навсегда от нее отказался. Мало того, он не поместил статьи, написанной против Гённера, в сборнике всех своих полемических статей, изданном 15 лет спустя, объясняя причину этого обстоятельства следующим образом: «Хотя я и ни в чем не изменил своих взглядов, но все-таки не желаю по прошествии стольких лет и после смерти противника напоминать спор, вызванный моментом и принявший характер личной полемики». Впоследствии Савиньи всегда был верен этой мудрой сдержанности, и даже самые злые нападки ярого противника исторической школы Ганса были бессильны вывести его из добровольно наложенного на себя молчания. Сверх того, приняв участие в издании общего вексельного устава для всей Германии, Савиньи доказал, что нападки на него так называемой философской школы были построены на неверном понимании высказанных им идей.

В 1815 г., после с лишком десятилетних неутомимых трудов, посвященных обработке материала для истории римского права в среднее века, появился, наконец, первый том этого великого творения; все сочинение вышло в промежуток времени с 1815 по 1831 г. в шести томах; при втором издании к ним был присоединен еще седьмой. Это сочинение разделяется на две части: первая обнимает 6 веков до Ирнерия и излагает судьбу римского права в государствах, возникших на развалинах Западноримской империи, когда оно продолжало составлять жизненный народный элемент почти без всяких следов научной обработки; вторая заключает 4 столетия после Ирнерия, когда научное изучение римского права, передача словом и письмом

¹⁵ Zeitschrift, т. 3, стр. 5.

стали преобладающими; таким образом, часть эта по своей задаче преимущественно литературно-исторического содержания.

Этот труд установил совершенно новый взгляд на непрерывность исторической жизни римского права. До его появления господствовало воззрение, что начало научной обработки римского права Ирнерием было внезапным оживлением мертвой материи, происшедшим по чисто случайным причинам. Савиньи же раскрыл бесчисленные нити живой передачи, соединявшие период упадка римского государства с деятельностью глоссаторов, и доказал, что ни каприз, ни случай или произвол не объясняют принятие римского права, но что перед нами лежит результат исторического развития. Против труда Савиньи возражали, что автор излагает не историю права, а историю литературы. Штинцинг по этому поводу справедливо замечает, что указанное возражение может считаться несколько основательным в рассуждении второй части, причем нельзя не согласиться, что если правовая жизнь в такой сильной степени проявляется в ученых трудах, то история права, само собой разумеется, должна принять вид истории литературы; в последнем случае очевидно, что в литературе весьма естественно отразится и то развитие, которое право претерпевает вне ее, в жизни¹⁶.

Одна из отличительных особенностей великих людей состоит в том, что, служа выражением эпохи, они же сообщают ей и свой характер, указывая цель и направление другим умам. Отсюда появление великих людей как нельзя более кстати сопровождается разного рода событиями, которые в другое время и не могли бы совершиться, а если бы и совершились случайно, то не нашли бы сочувствия и остались бы незамеченными. К такого рода событиям в эпоху возникновения исторической школы следует отнести открытие истинных институций Гая, сделанное Нибуром в 1816 г. в Болонье: только в эпоху зарождения исторической школы можно было понять, объяснить и оценить это сокровище. Поэтому нельзя не согласиться с Гуго, который в 1818 г. по случаю третьего издания «О праве владения» Савиньи провозгласил, что без Савиньи мы на верно не имели бы Гая. В самом деле, со времени открытия останков Павла и вестготского Гая, совершившегося три столетия тому назад, никогда наука права не получала еще подобно го толчка. Можно без всякого преувеличения сказать, что в наших познаниях римского права произошел с открытием истинного Гая радикальный переворот: перед нами раскрылся процесс, краеугольный камень всякого права, а у римлян служивший точкой отправления для дальнейшего развития права; сверх того, институции Гая подтвердили взгляды Савиньи, что историческое познание римского права крайне недостаточно и что лучший путь для науки права – это приобретение более точного и глубокого знания.

Влияние нового направления не ограничивалось тесным кругом только приверженцев исторической школы, но сказывалось в общем оживлении научной и практической правовой деятельности.

В продолжении 10 лет (до 1827 г.) в Германии возникло шесть юридических журналов и появилось множество критических исследований; вновь же открытые были изданы и подвергнуты тщательной обработке. Взгляд на право не как на бесформенную массу отдельных положений, обязанных своим существованием произволу, а как на органический результат нравственных народных сил, побуждал юристов с любовью изучать предмет и всецело посвящать ему лучшие свои силы.

Со смертью Тибо в 1839 г. исчезла последняя преграда, отделявшая старую школу от исторической, хотя главные особенности первой сгладились еще прежде. Но с начала 20-х годов в философию права стала проникать система Гегеля, и последователи ее заняли место сошедших со сцены прежних противников исторической школы. Хотя между юристами и мало было рьяных гегельянцев, но, тем не менее, под влиянием новой школы стали заметно разви-

¹⁶ Stintzing, стр. 35, 36.

ваться стремления к систематическому изучению права, раздаваться голоса в пользу преимущественно практического правоведения. Послышались во многих отношениях основательные упреки, что юристы, погружаясь исключительно в исторические исследования, не обращают внимания на потребности жизни и совершенно забывают, что правоведение, по существу своему, есть практическая дисциплина. Кроме того, германисты обвиняли романистов в чрезмерном поклонении римскому праву, препятствовавшему обработке национального германского права.

Ввиду этих обвинений юридический мир был крайне поражен появлением в 1840 г. первых трех частей «Системы ныне действующего римского права», где Савиньи вполне удовлетворил всем требованиям века и вместе с тем высказал, что историческая школа исполнила свое назначение и наступает другая эпоха – систематико-практического изучения права. В предисловии Савиньи говорит: «Всякий успех в нашей науке основывается на взаимодействии различных духовных деятельностей. Для обозначения одной из них и вытекшего из нее научного направления во всей его особенности, мною и другими совершенно беспристрастно было выбрано выражение – историческая школа. Эта сторона науки была тогда особенно выставлена не с целью отвергнуть достоинство других деятельностей и направлений, или умалить их; но только потому, что историческая сторона в продолжении долгого времени оставалась в пренебрежении сравнительно с другими. Таким образом, чтобы вновь получить свои права, она нуждалась временно в более ревностном заступничестве сравнительно с другими». «Если мы бросим взгляд, – продолжает Савиньи, – на настоящее состояние нашей теории права и сравним его с существовавшим 50 или 100 лет тому назад, то увидим в нем, с одной стороны, улучшения, с другой – ухудшения. Хотя никто не станет отрицать, что теперь стало возможным и даже осуществилось многое, о чем прежде нельзя было и думать, и что масса разработанных сведений, в сравнении с прежними временами, бесконечно велика, но если мы взглянем на необходимый при этом практический смысл, который оживляет знание в отдельных носителях теории, то сравнение для настоящего будет менее благоприятно. Этот недостаток нашего времени стоит в связи с особенностью направления, которое замечается в теоретических стремлениях». «Если же главное зло нашего правового состояния кроется в постоянно возрастающем разрыве между теорией и практикой, то и помощь должна состоять в восстановлении их естественного единства. Для этой именно цели римское право, если только пользоваться им правильно, может оказать самые важные услуги. У римских юристов это естественное единство является ненарушимым и в самом живом осуществлении; но это, разумеется, не их заслуга, точно так же как и наше противоположное состояние обуславливается скорее общим ходом развития, нежели волею отдельных лиц». В самом деле, в «Системе» Савиньи особенно бросается в глаза глубокое понимание внутреннего практического значения юридических институтов, их целей в практической жизни как настоящего, так и прошедшего времени. Для Савиньи они не холодные отвлеченности, а результат живых человеческих отношений, доступный пониманию только при их посредстве. Везде виден истинный юридический такт и самое удачное соединение теоретического созерцания с практическим знанием. Если и встречаются в «Системе» исторические исследования, то лишь с целью доказать, что известная юридическая теория отжила свое время и, если, несмотря на то, продолжает еще пользоваться мнимой жизнью, то только в учебниках и вследствие недоразумения. Таким образом, «Система» вполне примирила историческую обработку права с практическими потребностями.

Издание «Системы» (в 8 томах) продолжалось до 1848 г. По первоначальному плану за ней должна была следовать особенная часть, но Савиньи в 1851 и 1853 гг. издал только два тома «Обязательственного права», о которых французские переводчики Жерарден и Жозон

говорят следующее¹⁷: «Ни в одном из своих сочинений Савиньи не выказался таким великим писателем и юристом в полном смысле слова, как в изданных им двух томах обязательственного права. Французские романисты и во главе их Пелла и Деманжа не колеблясь ставят этот труд первым в ряду ему принадлежащих. И действительно, ни в каком другом его труде нельзя найти более возвышенных идей, более научных сведений и проницательности». При обработке следующих частей Савиньи внезапно почувствовал некоторое утомление и решил отложить труд на некоторое время, но уже за тем не принимался за него и, таким образом, первые тома остались без продолжения; но, тем не менее, они представляются вполне законченными главными отделами обязательственного права и потому могут служить лучшим пособием для изучения сущности этой специальной части правовой системы.

Несмотря на столь обширную и обильную научную деятельность Савиньи не покидал и практического поприща, на котором работал и словом, и пером. Оставаясь членом университетского персонала в Берлине, он читал лекции до 1842 г. Кроме того, еще в 1817 г. он был назначен членом Государственного совета прусского королевства, год спустя членом Высшего суда в Рейнских провинциях, в 1826 г. – членом Комиссии по пересмотру законодательства, а в 1842 г. поставлен во главе Министерства по пересмотру законодательства, где содействовал изданию брачного закона, общего для всей Германии вексельного устава и составлению проекта новых уголовных законов, которыми отменялись телесные наказания, квалифицированная казнь и конфискация. После волнений 1848 г. Савиньи удалился от всех общественных дел и к прежнему участию в них не могло его побудить и дарованное ему королем в 1856 г. право заседать в Палате Господ. 31 октября 1860 г. Савиньи праздновал свой 60-летний докторский юбилей, а 25 октября следующего года судьба положила конец этой жизни, которую во всех отношениях следует назвать прекрасною и великою.

Быть может, предложенный очерк личности и деятельности Савиньи покажется несколько длинным, но, в виду некоторых возражений против исторической школы, мы полагаем, что самым лучшим ответом на них будут изложенные выше идеи самого Савиньи. К главнейшим упрекам против его направления следует отнести следующие. Первый состоит в том, что проводимые Савиньи начала ведут к застою в праве и политике – словом, к самому крайнему консерватизму. Действительно, многие из последователей исторической школы, такие как Гассенпflug, Шталь, Линде, Келлер прославились на реакционном пути. Но сам Савиньи и лучшие его ученики остались совершенно чужды этим стремлениям и даже, как мы видели, возбудили недоверие в консерваторах, подобных Гённеру. В самом деле: историческое воззрение на происхождение права одинаково отрицает и революционные попытки, основанные на отвлеченных теориях, и деспотические реформистские стремления, не имеющие корня в настоящем и прошедшем. По справедливому замечанию Блунчли, ничто так не противоречит истинной исторической науке, как требование неизменчивости настоящего и отрицание прогресса¹⁸. Из приведенного нами очерка идей Савиньи вовсе не следует, что он проповедовал неприкосновенность всего существующего в праве и политике. Если же некоторые из писателей, считавших себя последователями исторической школы, опираясь на ее исходные точки дошли до подобных выводов, то в этом следует винить их, а не Савиньи и его начала, которыми они воспользовались ненадлежащим образом. Вообще сам Савиньи никогда не доходил до подобных крайностей и не настаивал на исключительном господстве своих идей без всякого отношения ко времени и месту, и как скоро сознавал, что известная сторона исчерпана или была выставлена неправильно, тотчас же от нее отказывался – без всякого ложного стыда. Так, в первом издании своей брошюры «О призвании», рассматривая способ составления и содержание Code Napoleon, Савиньи пришел к самым неблагоприятным для него выво-

¹⁷ Le droit des obligations par M. de Savigny. Traduit par M. M. C. Gerardin et Paul Jozon. Paris, 1873. Préface, стр. VIII.

¹⁸ Bluntschli, стр. 59, прим.

дам; впоследствии же во многом изменил свой взгляд на этот предмет. Находя, что исключительное историческое направление уже исполнило свое назначение, он не замедлил покинуть его и перейти к методу практико-систематическому. Убедившись, что германское правоведение достигло надлежащей научности, зрелости и знакомства с источниками, он отступился от прежнего мнения о несвоевременности общего законодательства и способствовал объединению вексельного права в Германии.

Другое обвинение против исторической школы состоит в том, будто ее начала совершенно исключают всякое философское понимание и обработку права. Но из приведенных выше идей Савиньи нельзя прийти к подобному заключению. Лабуле, характеризуя историческую школу, между прочим замечает: «Савиньи был человек, впервые восстановивший в науке права изучение истории; но, произведя научную революцию в этом смысле, он сумел и умерить ее дальнейшей ход и упорядочить ее развитие; он же первый и единственный почувствовал необходимость дать историческому направлению философское основание, чтоб оно не извратилось в погоню за бесполезными курьезами»¹⁹.

По словам Блунчли, историческая школа даже в первое время своего появления, т. е. когда всякое воззрение более всего способно к крайностям, никогда не оспаривала необходимости для изучения права философии и отвлеченного мышления; она только временно оставила последнее направление без всякой разработки, т. е. отнеслась к нему не отрицательно, а хладнокровно и безучастно²⁰.

Но чем глубже историческое воззрение проникало в развитие правовых начал и чем ближе подходило к новейшему времени, тем влияние философского элемента становилось ощутительнее, заметнее и должно было быть признано одним из исторических факторов. Да и по самому существу своих исследований историческое направление не могло отрицать философского, и наоборот. Самый отвлеченный мыслитель для познания идеалов нуждается во внешнем возбуждении путем фактов, добытых опытом и историей; точно так же и историк-исследователь не может объять и понять историю, если не проникнется высшим ее значением и вечным духовным ее содержанием.

¹⁹ Laboulaye Essai... стр. 11.

²⁰ Bluntschli, стр. 64.

Предисловие автора

О плане настоящего труда я уже имел случай объяснить в предисловии к восьмитомному сочинению, озаглавленному мною «System des heutigen Römischen Rechts» (S. VII–IX) («Система действующего Римского права»). Предлагаемый труд отличается от предыдущего заглавием, в сущности же он – его продолжение, так что система составляет общую часть целого, а предстоящее сочинение открывает собою часть особенную (специальную).

Последний и вместе с тем обширнейший отдел (о деньгах) первой главы настоящего сочинения отличается от всех прежних теорий, касающихся этого предмета тем, что, хотя и в нем нашли приложение общие принципы римского права, но в исследовании весьма спорных специальных вопросов источники его затронуты только слегка и мимоходом.

Зато при исследовании этого вопроса необходимо было войти в рассмотрение фактов и отношений, выходящих за пределы науки о праве, без которых, однако, развиваемые здесь юридические нормы остались бы непонятными и неубедительными.

Вступая в эту область и покидая границы специальности, я счел долгом воспользоваться советами и объяснениями одного из глубоких знатоков предмета. В этом отношении оказал мне дружескую и благосклонную помощь главный контролер монетного дела г. Кандельгардт, за что и приношу ему благодарность.

§ 1

Введение

Литература по обязательственному праву

N. Donellus, *Commentarii de jure civili*. Lib. 12–16.

C. F. Koch, *das Recht der Forderungen, nach gemeinem und nach Preuszischem Recht*. Breslau. 1836, 1840, 1843. (т. 1 и 2 – общая часть). В связи с этим сочинением находится книга того же автора: *Lehrbuch des Preuszischen Rechts*. 2 т. Berlin. 1846.

Unterholzner, *Lehre des R. R. von den Schuldverhältnissen*. 2 т. Leipzig. 1840 (т. 1 – общая часть).

Pucht a. *Pandecten*, четвертое изд. Leipzig. 1848. § 218–410

– *Vorlesungen*, второе изд. т. 2. Leipzig. 1849. § 218–240.

– *Cursus der Institutionen*. т. 3. Leipzig. 1847. § 258–280.

Vangerow, *Pandecten*. т. 3. Новейшее издание: Marburg und Leipzig. 1850.

Я указал уже в другом месте²¹ на потребность при изложении целой системы права отделить от специальных учений общую часть, которая должна служить им основанием. Подобная же потребность возникает и при изложении каждой из главных специальных теорий системы, каковы права – обязательственное, вещное, семейное и наследственное. Но есть особая причина, по которой общая часть в обязательственном праве должна получить большее значение и занять в теории этого права гораздо более места, нежели в теории прочих прав. Вещное право ограничивается небольшим числом юридических институтов; в каждом из них господствуют специальные принципы, оставляющие немного места для общих определений. В таком же отношении находятся права семейное и наследственное: в этих институтах образование права свободною волею частных лиц стеснено узкими пределами.

Совершенно другой характер представляет обязательственное право. Отдельные обязательства, составляющие его особенную часть, во-первых, несравненно многочисленнее и разнообразнее отдельных институтов вещного права и других главных отделов общей системы. Но эти многочисленные и разнообразные обязательства суть только отдельные случаи, которые, по долгому опыту, оказались особенно важными и употребительными. Рядом с ними остается еще свободное место для образования новых обязательств, сообразных с изменяющимися потребностями времени или свободы частных лиц. Для таких-то вновь возникающих обязательств руководящими началами могут служить только принципы общей части, которые для этой цели и должны быть развиты надлежащим образом²².

Итак, общая часть обязательственного права будет изложена нами в следующих четырех главах:

Глава I – Природа обязательств.

Глава II – Возникновение обязательств.

Глава III – Прекращение обязательств.

Глава IV – Средства судебной защиты против нарушения обязательств.

²¹ *System des heutigen. r. r. t. 1. § 58.*

²² На особый характер и значение общей части в обязательственном праве, сравнительно с другими новыми отделами системы права, указал Пухта. *Pandecten*, § 218 и *Vorlesungen*, § 218.

Глава первая

Природа обязательств

§ 2

Понятие об обязательстве

Общая природа обязательств была уже определена в другом месте²³ следующим образом: «Обязательство состоит в господстве над чужим лицом, но не над всем лицом (иначе оно вело бы к уничтожению личности), а только над одиночными его действиями, которые могут быть представлены выделенными из свободы этого лица и подчиненными нашей воле. Дальнейшее развитие этого понятия должно вести к учению о лицах, участвующих в обязательстве, и о действиях, на которые обязательство направлено.

В каждом обязательстве мы видим два лица, состоящих в отношении неравенства. С одной стороны, личная свобода выступает из своих естественных пределов в смысле господства над чужою личностью; с другой – естественная свобода представляется ограниченной в смысле подчинения или принуждения²⁴. Эти противоположные отношения лиц, вступивших в обязательство, мы можем представить себе в виде двух различных деятельностей, из которых одна состоит в исполнении должника, другая в понуждении (требовании) верителя. Однако в этом смысле главным пунктом, сущностью всего обязательства должна считаться деятельность должника, деятельность же верителя – только второстепенною. В обязательстве, как и во всяком юридическом отношении вообще, нормальным, естественным считается добровольное признание и исполнение права; борьба же, вызываемая отказом должника (понуждение, иск) представляется только устранением ненормального состояния²⁵. Точно так же и сущность собственности состоит главным образом в неограниченном и исключительном господстве лица над вещью, и если это господство выражается иногда в виде востребования вещи от нарушителя, то это явление случайно.

Действия, необходимость исполнения которых составляет сущность обязательства, были названы одиночными в противоположность личной свободе в целом, и выделенными из свободы обязавшегося лица. Теперь рассмотрим оба эти свойства поближе²⁶.

Название действий одиночными (*einzelner*) не следует понимать в том смысле, что для каждого обязательства всегда необходимо только одно действие; напротив, обязательство может иметь в виду множество отдельных действий и даже таких, которые представляют собою одну непрерывную, коллективную деятельность. Только все они в отношении к полной сфере свободы обязавшегося лица должны всегда представляться *minimum*’ом: в таком только отношении мыслима несвобода, обусловливаемая обязательством и не уничтожающая самой личности должника. Этот характер собственно обязательственных действий может быть определен двумя признаками, часто связанными между собою. Во-первых, их объемом, так как в действительности большая часть обязательств имеет в виду единичные, моментальные действия, каков, например, денежный платеж; во-вторых, их продолжительностью,

²³ System, т. 1, § 53, стр. 338, 339.

²⁴ L. 108 de V. S. (50. 16): «Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest».

²⁵ Это различие, по которому существо обязательства состоит в исполнении должника, имеет важные практически последствия. Ср. System, т. 8, стр. 201.

²⁶ Относительно природы действий, свойственных обязательству, ср. Hegel. Philosophie des Rechts § 67; Puchta. Coursus, III, стр. 2, 3; Pandecten § 220.

так как исполнение обязательства часто влечет за собою его мгновенное прекращение. В обоих случаях обязательство очевидно имеет целью не подчинение самой личности, а только уверенность в исполнении. И даже в более редких случаях, когда обязательство имеет предметом непрерывные действия неопределенной продолжительности, каковы, например, доверенность или товарищество, и тогда указанные нами естественные отношения в обязательственных действиях охраняются свободой объявления о прекращении обязательства.

Определенный нами характер рассматриваемых действий выступает еще ярче при сравнении их с сервитутами. Обязательство ограничивает естественную свободу лица, сервитут – естественную свободу собственности. Но и существование сервитутов также ограничивается узкими пределами, чтобы не отягощать собственность без нужды неосновательным произволом частных лиц. Пределы состоят частью в продолжительности права, как при личных сервитутах²⁷, частью – в объеме самого права, которое, по отношению к поземельным сервитутам, допускается только в том случае, когда осуществление его приносит соседнему землевладельцу выгоду через посредство его недвижимой собственности, а не чисто личную²⁸.

В обоих случаях в основании лежит тот общий принцип, что ограничение естественной свободы (лица или собственности) должно быть допускаемо и охраняемо юридическими институтами не свыше действительных потребностей гражданского оборота. Этим же принципом объясняется изречение римского юриста, что при сомнении следует поддерживать прекращение обязательства и отрицать его существование²⁹. Справедливость этого, по-видимому, одностороннего изречения подтверждается с чисто практической точки зрения тем, что веритель (истец), как сторона нападающая, имеет громадное преимущество перед своим противником в том отношении, что от него зависит приблизить или отдалить момент предъявления иска, смотря по тому, когда ему это полезно, а противнику его вредно. Это важное практическое соображение было уже рассмотрено при изложении института исковой давности (System, т. 5, стр. 271).

Далее, обязательственные действия были охарактеризованы выделенными (*ausscheidend*) из собственной свободы обязавшегося лица. С этой точки зрения существо обязательства представляется превращением действий, бывших случайными и возможными событиями, в необходимые и известные. Да и вся цель обязательств состоит в обеспечении за верителем возможности с уверенностью рассчитывать на наступление этих событий.

Но только те действия могут быть предметом обязательств, которые способны выражаться во внешней форме, становясь таким образом, подобно вещам, в подчинение чужой воле; предполагается еще, что действия эти имеют имущественную ценность или способны к денежной оценке³⁰. Например, можно представить себе соглашение нескольких лиц составлять правильные собрания с целью усовершенствования в науках и искусствах. Хоть это соглашение и способно облечься во внешнюю форму договора, но из него не может возникнуть обязательства к условленной деятельности.

Действие, составляющее предмет обязательства, обозначается еще несколькими специальными выражениями. Оно называется то удовлетворением (*Leistung*), то исполнением (*Erfüllung*). Первое выражение обозначает преимущественно обязательственную деятельность

²⁷ L. 3, § 2; L. 56 de usufructu (7. 1). Cp. System, т. I, § 56, d.

²⁸ L. 8 pr. de serv. (8. 1). L. 4, 5, 6. de serv. pr. rust. (8. 3).

²⁹ L. 47 de O. et A. (44. 7): ... Ubi obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. Ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis ad liberationem. Cp. также L. 125 de R. J. (50. 17). Практическое применение этого принципа встретится нам впоследствии во многих случаях, между прочим в § 19. Далее в вопросе о приобретении обязательств через посторонних лиц.

³⁰ L. 9, § 2. de statulib. (40. 7) «... ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt...». Cp. System, т. I, § 56, стр. 369, 377.

должника; второе главным образом – результат, долженствующий произойти из обязательства, результат, необходимость и несомненность которого и составляет цель обязательства.

§ 3

Понятие (продолжение). Технические выражения

Изложенное юридическое отношение между двумя лицами, где одно лицо представляется отчасти не свободным, обозначается римским техническим выражением *obligatio*³¹. Это выражение обнимает собою два, в сущности, различные и даже противоположные состояния, а потому применение его и к расширенной свободе кредитора³², и к ограниченной свободе должника будет одинаково последовательно; состояние же должника, сверх того, с древнейших времен технически обозначалось выражением *oportet*³³. Даже оба состояния, в их взаимодействии, обозначаются общим выражением: *obligatio*³⁴. Но кроме этого юридического отношения есть еще множество случаев юридической необходимости; к ним выражение *obligatio* технически не применяется³⁵; так, противопоставляется обязательству (*obligatio*)³⁶ необходимость признавать чужую собственность; то же самое нужно сказать и о всякой необходимости, установленной верховной властью³⁷ и, наконец, о необходимости, вытекающей в процессе из судебного решения и для подчинения которой должника кредитор не имеет права иска³⁸.

Указанные термины, бывшие в употреблении у римлян, вполне согласовались с юридическими понятиями; верное и точное понимание их представляется чрезвычайно важным, тем более что издавна уже распространилась другая терминология, сильно от них уклонившаяся; основные принципы ее следующие. С одной стороны, представляется право лица в смысле признанного и охраняемого господства или власти, без различия предметов и оснований происхождения; с другой, этому праву противопоставляется обязанность, называемая также обязательством или связью, в смысле необходимости, тяготеющей на одном, нескольких или многих лицах – подчиняться ему и не нарушать его. Право это называется *jus*, обязанность – *obligatio*. Таким образом, праву (*jus*) верителя соответствует обязанность (*obligatio*) должника; также

³¹ Pr. J. de oblig. (3. 13), «*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*». L. 3, pr. de O. et A. (44. 7). «*Obligationum substantia... in eo consistit... ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*».

³² L. 1, § 1. de div. rev. (1. 8). «... ipsum jus successionis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationes, incorporeale est». То же самое гласит § 2 J. de reb. incorp. (2. 2) L. 128 de V. O. (45. 1) «*Suae obligationes*». Такое применение весьма характерично обозначается часто встречающимся выражением: *adquirere obligationem*, которое прямо указывает на право требования. L. 126, § 2 de V. O. (45. 1), L. 46 pr. de j. dot (23. 3), § 4 J. de inut. stip. (3. 19), rubr. Inst. III, 28.

³³ L. 36 de reb. cred. (12. 1). «*Obligatio tua adversus me*». Точно так же выражение *actio*, означающее прямо деятельность верителя, употребляется и для обозначения (несвободного) состояния должника. L. 8 *quod cujusque univ.* (3. 4) «*per actiones debitorum civitatis, agentibus satisfieri oportet*». Древнее техническое выражение, специально употреблявшееся в исковых формулах для обозначения несвободного состояния должника – это *oportet*. L. 37 de V. S. (50. 16) L. 76, § 1. L. 89. L. 125 de V. O. (45. 1). L. 27 de nov. (46. 2). Cp. System B. 5, § 216, g. S. 80.

³⁴ § 1 J. de duob. reis. (3. 16). «... In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat».

³⁵ Я вовсе не хочу утверждать, чтобы в этом отношении не было никаких исключений. Так, Ульпиан говорит в L. 3 pr. de cens. (50. 15): «... usque ad sexagesimum quintum annum tributo capitis obligantur». Но подать собственно не была обязательством (*obligatio*), а государственною обязанностью. Однако каждую следующую к платежу податную сумму можно понимать как *obligatio* по отношению к казне. Cp. ниже прим. к в конце.

³⁶ § 1 J. de act. (4. 6): «*Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est... aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est... quo casu proditae actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet*».

³⁷ L. 7 de annuis legatis. (33. 1): «... In testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt... Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est: sed interveni judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perducunt». В этом случае *Judex* избран как отвлеченный представитель власти. Когда, как в только что приведенном примере, завещатель делал распоряжение о воспитании детей, властью этой был претор; в других случаях, когда распоряжение касалось сооружения памятника, ею был император или pontifices. L. 50, § 1 de her. pet. (5. 3). Cp. Majans. ad XXX. Ic. fragm. T. 1, p. 338. Во всех этих случаях власть, по произволу, могла осуществить это полномочие, или нет.

³⁸ L. 49, § 1 de act. emt. (19. 1): «*cum hae (usurae) non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur*». L. 54 pr. loc. (19. 2), L. 58 pr. ad Sc. Treb. (36. 1). В том же смысле в другом месте *judicis potestas* противопоставляется *juris necessitati*: L. 40 pr. de jud. (5. 1).

как и праву (jus) собственника – обязанность (obligatio) всех прочих людей не нарушать его права.

Такая терминология представляется ложною и сбивчивою по двум различным основаниям. Во-первых, ею затемнено естественное сродство (родство) и различие юридических понятий; во-вторых, употребление римского выражения obligatio в смысле, совершенно чуждом римлянам, может служить камнем преткновения к точному пониманию содержания наших источников³⁹. С одной стороны, здесь истинный смысл этого выражения слишком сужен, так как obligatio прилагается только к состоянию обязавшегося лица, но не верителя, т. е. не к обоюдному отношению обоих лиц; с другой стороны, он слишком расширен в том отношении, что под это выражение подводят не только институты обязательственного права (значение, которое мы придавали выше этому выражению), но и все другие отделы гражданского права, как, например, вещное право; мало того, этому выражению придается даже смысл, выходящий за пределы гражданского права и его распространяют, например, на obligatio подданных по отношению к государству.

В основании выражения obligatio лежит представление о связи, почему оно и выбрано для наглядного изображения состояния несвободной, или связанной воли; оно соответствует целому ряду технических выражений, употреблявшихся то в форме глагола, то в форме существительного: nectere и nexum, contrahere и contractus, solvere и solutio.

Слово obligatio имеет еще следующие значения: во-первых, под ним разумеется источник самого юридического отношения, т. е. обязательственное действие⁴⁰, далее, заклад вещи, так как в этом случае вещь ставится в такое же отношение, как должник в обязательстве (obligatio)⁴¹.

Особенное состояние обоих лиц, вступивших в обязательство (obligatio), означает выражениями: creditor и debtor, creditum и debitum; эти термины должны считаться общеупотребительными, без различия происхождения обязательства (obligatio)⁴².

Но такое общее значение выражения эти получили только в эпоху позднейшего развития римского права; первоначально же применялись к одному займу⁴³. Для обозначения обоих лиц служило общее выражение – Reus⁴⁴.

³⁹ Hugo во многих своих сочинениях ревностно старался опровергнуть это заблуждение, а в особенности подробно в Civilistischen Magazin, т. 3, Num XX. Разбираемая нами важная теория и терминология проникла и в новейшие законодательства, возникшие во время ее господства, каково, например, Preussisches Landrecht (национальное прусское право). Подробно говорит об этом Koch, Forderungen, I, § 2.

⁴⁰ L. 1 § 21 de tut. et rat. distr. (27. 3): «In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat». Точно так же в выражениях: verborum, literarum obligatio. То же самое в L. 22 C. de agri c. (11. 47): «tunc ex utroque genere obligationis. id est. tam scripturae, quam confessionis, vel depositionis, talem eum esse credendum, qualem se et scripsit, et inter acta deposuit». Впрочем, возникшее таким образом отношение колона к господину в строгом смысле не есть obligatio; но текст этот тоже относится ко времени Юстиниана.

⁴¹ Так уже в выражении obligatio praediorum времен Траяна и во многих других текстах древних юристов; точно так же и est et pignori, напр. в L. 52 § 2 de pactis (2/ 14), L. 27 de pign. act. (13. 7).

⁴² L. 10, 11, 12. pr. 108 de V. S. (50. 16); L. 3 fam. herc. (10. 2), L. 1 de compens. (16. 2).

⁴³ L. 20 de jud. (5. 1) L. 5 § 3 de O. A. A. (44. 7). Ясное указание на такое изменение терминологии находится в L. 10, 11 de V. S. (50. 16). Cp. System, т. 5, стр. 513.

⁴⁴ Pr J de duobus reis. (3. 16), L. 1. L. 16 de duob. reis (45. 2) Festus v reus и v contestari.

§ 4

Понятие (продолжение). Аналогии

В другом месте было уже указано на важность для основательного понимания сущности юридических институтов внимательного исследования их действительного или кажущегося сходства с другими институтами⁴⁵. Обязательственное право имеет двоякого рода аналогию: с семейным и вещным правами; оно занимает, так сказать, середину между ними.

С первого взгляда аналогия с семейным правом кажется преобладающею: и то, и другое устанавливает связь между двумя отдельными и определенными лицами. Но при более внимательном рассмотрении это кажущееся сходство, в виду более существенного различия, совершенно исчезает, так как цель обязательств состоит в подчинении отдельных действий чужой воле; напротив, цель семейного права – естественно-нравственные жизненные отношения, постоянно вырабатываемые и осуществляемые свободным взаимодействием отдельных членов семейства⁴⁶. Более существенное сходство, напротив, представляется между обязательствами и вещноправовыми отношениями, основанием которых служит собственность. Хотя в собственности мы не видим двух отдельных лиц, составляющих сущность обязательства, но зато оба эти института аналогичны в том смысле, что и обязательство, и собственность состоят в господстве определенного лица над частицею внешнего мира. Вследствие этого оба вместе образуют имущественное право и представляются соотносительными его частями. В самом деле, в основании вещного права лежит разделяющий, обособляющий, а в обязательственном – связывающий, соединяющий принцип имущественного права⁴⁷. Сверх того, между обязательствами и собственностью есть два еще более близких соотношения. Одно состоит в том, что действия, свойственные обязательству, допускают денежный эквивалент (прим. § 2, h); другое – в том, что большая часть обязательств (и при том самые важные из них) имеет конечной целью приобретение собственности или пользование ей⁴⁸.

При сравнении обязательственного права во всей его целости с другими аналогичными частями системы права выступают следующие, свойственные только обязательствам, характеристические черты. Обязательственное право в юридической жизни нашего времени приобретает, очевидно, все большее и большее значение сравнительно с другими правами, так как в нем, главным образом, находят удовлетворение наши нужды и потребности. Далее, римские юридические понятия и принципы обязательственного права сохранили свою силу преимущественно пред всеми другими областями права⁴⁹. Наконец, обязательственное право выделяется среди других прав особенною способностью к комбинациям (*Biegsamkeit*). Свобода лиц, вступающих в юридические отношения, является здесь менее ограниченной, нежели в вещном и семейном; вот почему в обязательственном праве следует, главным образом, искать точки соприкосновения и соглашения права с новыми потребностями⁵⁰.

Последняя характеристическая черта обязательственного права приводит нас к специальному исследованию отношения юридических фактов (*juristische Thatsache*) к обязательствам. Понятие об этих фактах дано уже в другом месте⁵¹. Но для полного уяснения самого

⁴⁵ System, т. 1, Vorrede, стр. XXXVI.

⁴⁶ System, т. 1, § 58, стр. 387.

⁴⁷ System, т. 1, § 56, 58.

⁴⁸ System, т. I, стр. 339, 372–374. При этом считаю не лишним предупредить, что преувеличенное значение, придаваемое некоторыми писателями последнему сходству, может повести к затемнению истинного отношения между этими двумя институтами.

⁴⁹ Обе эти черты обязательственного права чрезвычайно рельефно выставлены Пухтой: Vorlesungen, § 298.

⁵⁰ Ср. System, т. 1, § 10.

⁵¹ System, т. 3, § 104.

понятия нужно теперь прибавить, что юридические факты вообще проявляются двояко: во-первых, в виде общих необходимых функций, как фактические условия правильного применения (*Anwendung*) юридических норм; так, например, в случае приобретения и потери собственности давностью или передачей при возникновении обязательств из договора или преступления и прекращении их вследствие исполнения или договора. Но, сверх того, факты могут иметь значение специальной и совершенно случайной функции, каковы действительные условия для произвольной модификации (*Umbildung*) юридических норм. На этом основывается весьма распространенное у новейших писателей воззрение и связанная с ним терминология. По этому воззрению в юридических отношениях различаются факты: *essentialia*, *naturalia* и *accidentalia*⁵². В пользу этого воззрения говорит то верное соображение, что в юридических отношениях возможны троякого рода условия: 1) такие, за отсутствием которых изменяется само понятие о юридическом отношении; такова, например, при займе передача собственности; 2) такие, которые обыкновенно связаны с юридическим отношением, но по произволу могут быть исключены или изменены, например, *diligentia*, возлагаемая законом на продавца и нанимателя; 3) такие, которые обыкновенно не соединяются с юридическим отношением, но по произволу могут быть с ним соединены, например, условие при договорах или особенная деятельность, возлагаемая на продавца вещи кроме ее передачи в силу *pactum adjectum*. В обоих последних случаях юридические факты могут получить значение модифицирующей функции, которую, во избежание смешения понятий, всегда должно отличать от общей функции фактов, обуславливающей правильное применение юридических норм. Например, если продается дом за 1000 рублей, или если завещатель назначает наследниками двух лиц в равных частях, то эти юридические факты не имеют ничего общего с разделением на *essentialia*, *naturalia* и *accidentalia*.

Изложенное выше воззрение существовало, несомненно, и у римских юристов, а потому посмотрим, в каком отношении находились их технические выражения к этому воззрению.

Essentialia новейших писателей означалось у римлян в приложении к обязательствам попеременно двумя выражениями: во-первых, через *substantia* – выражение, не дающее повода ни к каким недоразумениям⁵³, и затем, гораздо чаще, выражением *natura*⁵⁴; последнее они употребляли также для обозначения сущности (*substantia*) сервитутов⁵⁵.

В большем количестве случаев и *naturalia* новейших писателей обозначаются у римлян словом *natura*. Это слово выражает собою несомненные следствия известного юридического отношения, могущие, тем не менее, подвергнуться модификации по произволу⁵⁶. Таким образом, выражение *natura* оказывается неточным и требует особенной осторожности при истолковании источников.

⁵² Avenarius. Interpret. L. 4. C. 12. Мюленбрух, § 104.

⁵³ L. 27. *pr. de contr. emt.* (18. 1): «... emtionis substantia constitit ex pretio», т. е. существо договора купли-продажи заключается в условленной цене, так что изменение цены установило бы новый договор. Так же точно *obligationum substantia* в L. 3 *pr de O. et A.* смотри выше прим. 3, q.

⁵⁴ L. 12 § 2 *quod metus* (4. 2): «propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit». L. 5 *inf. de fidejuss.* (46. 1): «... quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut... altera consumeretur». L. 9 § 1 *de duob. reis* (45. 2): «statum et naturam obligationis... mutare non potest». Сравни L. 14 § 13 *de relig.* (11. 7), L. 139 *de V. O.* (45.1) «*indivisa natura*».

⁵⁵ L. 15 § 1 *de serv.* (8. 1): «*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatut aut non faciat*». Совершенно неправильно объясняет здесь Avenarius l. c. num. V. выражение *natura* как правильное, но подверженное произвольным изменением, и относит это к аномальной *servitus operis ferendi*, которая во всяком случае может быть обращена на положительное действие. Если бы в этом месте выражению «*natura*» был бы придан тот смысл, который новейшие ученые придают понятию *naturalia*, можно было бы по произволу во всех сервитутах установить «*facere*», а не исключительно в таком одиноко стоящем, редком и малозначащем случае.

⁵⁶ L. 11. § 1 *de act. emt.* (19. 1): «quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae *naturaliter insunt* hujus iudicii potestati». L. 5 § 4 *de praescr. verb.* (19. 5): «potest mandatum ex pacto etiam *naturam suam excedere*». L. 27 § 2 *de pactis* (2. 14): «quotiens enim ad jus, quod *lex naturae ejus tribuit*, de dote actio redit...». Cp. L. 7 § 5 *de pactis* (2. 14), L. 24 *inf. depos.* (16. 3), L. 21 *de test.* (22. 5).

Некоторые новейшие писатели пытались применить к тем случаям, где юридические факты являются модифицирующими правовые нормы, слово автономия (Autonomie), но против этого термина уже высказаны были достаточные возражения⁵⁷.

Все сказанное выше о двоякой функции юридических фактов и связанных с ними предметах приложимо, в сущности, ко всем частям системы и права. Я нашел удобнейшим поместить их в учении об обязательствах потому, что в этой части системы модифицирующий произвол играет самую важную роль, вследствие чего в юридических сделках и особенно в договорах⁵⁸ различные функции юридических фактов получают самое частое и самое важное применение.

⁵⁷ System. т. 8, § 360, прим. а, b, c.

⁵⁸ System, т. 3, § 104, 114, 140 и 141.

§ 5

II. Виды обязательств. *Civilis* и *naturalis obligatio*. Понятие

A. D. Weber *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*, 1784, несколько раз затем изданное, между прочим, Leipzig 1825 (Я цитирую по третьему изданию 1800).

A. F. E. Lelièvre-*quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum*. Lovanii 1826. 4.

L. de Pfordten *de obligationis civilis in naturalem transitu* Lips. 1843. 8. Puchta *Pandekten*, § 237; *Vorlesungen*, § 237; *Cursus B*, 3, § 268.

Для полного развития понятия об обязательствах необходимо изложить те противоположности, которые в нем замечаются. Здесь уместно упомянуть только о *civilis* и *naturalis obligatio* как о видах, на которые распадается родовое понятие обязательства. Хотя другие писатели ставят наравне с этими видами еще другие подразделения, например, на односторонние и двусторонние, главные и принадлежностные (акцессорные) и т. д.; но сущность всех подобных делений будет гораздо нагляднее при наложении их в связи не с самим понятием обязательства, а с источниками его происхождения и, преимущественно, с договорами как самым важным источником.

Различие *civilis* и *naturalis obligatio* находится в очевидной зависимости от изложенного в другом месте противоположения *jus civile* и *jus gentium*⁵⁹; следовательно, оно сродно с делением способов приобретения собственности на гражданские и естественные⁶⁰ и с гражданским и естественным родством⁶¹, но общего признания такой зависимости в данном случае, однако, недостаточно, тем более что в обязательствах она проявляется в различных отношениях, которые следует обособлять.

Деление обязательств на гражданские и естественные относится, во-вторых, к их происхождению (*Ursprung*), затем к личной правоспособности (*Rechtsfähigkeit*) и, наконец, к характеру и степени их действительности; хотя все эти отношения тесно связаны между собой, но вместе с тем каждое имеет свой отличительный характер, почему и необходимо обратить особенное внимание не только на уяснение самого понятия, но и на терминологию.

А) Относительно происхождения – одни обязательства возникли прямо из *jus gentium*, другие совершенно чужды ему и происхождением своим обязаны только римскому *jus civile*⁶².

Это деление не следует, однако, понимать в том смысле, что обязательства, возникшие из *jus gentium*, оставались чуждыми гражданскому праву. Напротив, они могли получить признание и санкцию последнего; и, в самом деле, большинство обязательств и важнейшие из них принадлежат обеим системам (прим. d). Но по ту и другую сторону этого большинства есть еще два класса, которые представляются исключениями из правила, хотя в различном смысле: с одной стороны стоят естественные обязательства, не получившие санкции гражданского права по исключению, о них мы скажем подробно при изложении третьей точки зрения на деления (по отношению действительности) (§ 7), с другой – обязательства, чуждые *jus gentium* и возникшие исключительно из гражданского права.

Итак, теперь рассмотрим подробно только обязательства, общие обеим системам и исключительно принадлежащие гражданскому праву. Но было бы несправедливо считать оба

⁵⁹ Относительно этого противоположения ср. *System*, т. 1, § 22.

⁶⁰ § 11 *S. de div. rerum* (2. 1).

⁶¹ L. 4. § 2. *de grand* (38. 10).

⁶² L. 84 § 1. *de R. J.* (50. 17): «*Jus natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus*». § 2. *F. de j. nat.* (1.2): «*Ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt ut emptio-venditio, locatio-conductio... mutuum, et alii innumerabiles*». L. 5 *de just, et jure* (1. 1): «*Ex hoc jure gentium... obligationes institutae: exceptis quibusdam, quae jure civili introductae sunt*».

разряда двумя равными частями, на которые распадается все содержание обязательственного права; скорее следует рассматривать обязательства, общие обеим системам, как преобладающую часть, господствующее правило, а чисто цивильные – как исключения⁶³. Также было бы несправедливо связывать с этим делением различную степень действительности, полагая, например, что чисто цивильные обязательства защищаются более строгими исками, чем возникшие из *jus gentium*, потому что последние имеют разнообразнейшие иски – преторские, цивильные *b. f. actiones* и кондикции⁶⁴.

Главная задача состоит в отыскании более глубокого разграничения этих разрядов обязательств; и, в самом деле, оно сводится к следующим принципам:

К *jus gentium* принадлежат все обязательства, основанные не на произвольном предписании, а на *naturalis ratio* – естественно-юридическом элементе⁶⁵; это несомненно приводит к возможности происхождения всякого обязательства от трех независимых друг от друга источников:

Свободная воля должника (договор).

Безосновательное обогащение чужим имуществом⁶⁶.

Правонарушение, поскольку иск имеет целью простое возмещение убытков.

Обязательства, принадлежащие *jus civile* и чуждые *jus gentium*, суть следующие:

а) Одни из них относятся к области правильного гражданского оборота; таковы обязательства, основывающиеся на произвольных формах, созданных народными нравами.

Literarum obligatio (из домашнего регистра римского гражданина);

Nexi obligatio (из операции *aes et libra* перед пятью свидетелями);

Наконец, сюда же следует причислить *stipulatio* в виду того, что вопрос и ответ как формы договора коренятся в обычае, свойственном народу. Об этом будет еще речь впереди.

Однако все эти обязательства имеют двойственный характер. Положительную форму и сопряженную с ней особенную действительность они заимствуют из *jus civile*; но, насколько в основании их лежит воля сторон, всякая подобная сделка может быть отнесена к *jus gentium*, как и всякий неформальный договор.

б) Другие обязательства относят к области нарушенного юридического порядка и учреждений, его охраняющих и восстанавливающих. Сюда принадлежат *rei judicatae obligatio*. И в самом деле, хотя желательно, чтоб всякое законное решение исполнялось безусловно даже рискуя причинить неправду, но все-таки этот принцип представляется искусственным учреждением положительного права и не должен быть выводим из *naturalis ratio*⁶⁷.

К этому же разряду, в особенности, относятся иски из деликта, насколько они имеют в виду не просто восстановление нарушенного права путем вознаграждения, но и штраф – так как всякий штраф чужд *naturalis ratio* и основывается на учреждениях положительного права, что видно уже из совершенно произвольной меры штрафа.

⁶³ *L. 5 de just. et jure* (см. прим. d).

⁶⁴ Заем происходит из *jus gentium* (§ 2. *I. de j. nat.*, см. выше прим. d), и все-таки влечет за собою *condictio*; точно так же к *jus gentium* принадлежат и кондикции из неосновательного обогащения. *L. 25 rer. amot.* (25. 2).

⁶⁵ System, т. 1, § 15, стр. 55.

⁶⁶ *L. 25 rer. amot.* (25. 2): «*jure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex justa causa possident*». *L. 14 de cond. ind.* (12. 6): «*natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupietiores*». *L. 15 pr. de cond. ind.* (12. 6): «*Indebiti soluti condictio naturalis est*». *L. 5 pr. de auct.* (26. 8): «... cum solus tutor mutuam pecuniam pupillo dederit, vel ab eo stipuletur, non erit obligatus tutori: *naturaliter tamen obligabitur* in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam D. Pius rescripsit». (Из этих последних слов очевидно, что здесь *naturaliter obligari* означает не какое-либо неосновательное обязательство (неисковое), но именно исковое, а между тем происхождение его должно приписать *jus gentium*), ср. далее § 23, b. c. d.

⁶⁷ System, т. 6, § 280; т. 5, § 249 с.

Ближайшее рассмотрение обязательств, принадлежащих к *jus civile*, приводит к убеждению, что удовлетворительный юридический порядок возможен и без них; стало быть, они представляются, в некотором смысле, излишними. И в самом деле, упомянутые договорные формы исчезли уже из юстиниановского права; что же касается штрафов, то они во всяком случае неизбежны. Если же они существуют не только в уголовном, но отчасти попадают и в обязательственном праве, то это результат влияния положительных институтов. Количество случаев последнего рода значительно сужено при Юстиниане, а в действующем римском праве уцелели только кое-какие их следы.

§ 6

II. Виды обязательств. *Civilis* и *naturalis obligatio*. Понятие. (продолжение)

В. По отношению к личной правоспособности существуют обязательства, доступные для всех, и присвоенные одним только римским гражданам. Здесь имеют значение те же замечания, которые были высказаны уже по поводу предыдущей точки зрения (§ 5, прим. e, f). Речь не идет о двух равных категориях обязательств: общедоступные обязательства составляют преобладающее большинство; присвоенные же одним римлянам – незначительное число исключений; точно так же здесь нет никакого различия и в отношении действительности: и из числа общедоступных обязательств некоторые снабжены высшей степенью действительности, каков, например, заем.

Вообще различие это находится в тесной связи с только что изложенным (§ 5). А именно: здесь имеет безусловную силу правило, что все обязательства, произошедшие из *jus gentium*, в то же время и общедоступны как для peregrinorum, так и для римских граждан; стало быть, *juris gentium obligatio* всегда имеет двоякий смысл: во-первых, оно указывает на происхождение обязательств, и, во-вторых, на всеобщую личную способность обязываться ими. Так, по отношению к займу есть ясное указание, что он произошел *ex jure gentium*⁶⁸, и что он равно доступен для всех⁶⁹: оба эти свойства передаются одним и тем же выражением. Точно так же *juris civilis obligatio* означает обязательство, происшедшее непосредственно из гражданского права и, стало быть, доступное только римлянину⁷⁰. Таким образом, эта часть исследования значительно упрощается и требует лишь нескольких более подробных замечаний об обязательствах, свойственных одним римлянам. По поводу *literarum obligatio* возник следующий спор. Прокулианцы отрицали по отношению к peregrinis всякую обязанность, истекавшую из *pomen* римлянина, сабинианцы же отвергали ее только при *transcriptio a persona in personam* (прим. c). Сомнение по отношению к этому вопросу вообще (не касаясь модификаций сомнения сабинианцев) может быть объясняемо следующим образом. Весь этот контракт основывался на правильном ведении римских домашних книг, т. е. на обычае, свойственном одним римлянам, почему и возможно этот контракт причислить к *jus civile*, сделав его недоступным для peregrinorum. Однако сущность контракта состояла не в письменном документе, общем контрагентам, а в односторонней записке верителя, *expensilatio* (только с согласия должника); потому последовательность требует признать, что римлянин, вследствие *expensilatio* внесенный в свою домашнюю книгу, с согласия peregrini обращал последнего в своего должника; причем помехой обязательству не служило то обстоятельство, что peregrinus не вел и не мог вести римского *codex accepti et expensi*⁷¹.

При *nexi obligatio*, без всякого сомнения, существовало такое же личное ограничение, как при родственной ей *манципации*; следовательно, иностранцы во всяком случае исключались⁷². Можно даже усомниться в том, допускались ли латиняне, участвовавшие наравне с римскими гражданами в *манципации*, также и к *nexum*, о котором до нас дошло так мало сведений.

⁶⁸ § 2 *I. de j. nat.* (1. 2); см. выше § 5 прим. d.

⁶⁹ Gajus Lib. 3, § 132: «Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur: quod genus obligationis juris gentium est».

⁷⁰ Gajus, Lib. 3, § 133: «Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodam modo juris civilis est talis obligatio: quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium etiam peregrinos obligari: si vero a persona in personam, non obligari».

⁷¹ Cp. Savigny *vermischte Schriften*, ч. I, № IX.

⁷² Gajus Lib. 1, § 119. Ulpian, XIX, § 4, 5.

Возможность пользоваться правом стипуляции можно было бы также ограничить одними римлянами, исключив из неё peregrinos, во-первых, потому что она развилась из pexum, во-вторых, потому что она основывалась на чисто положительной форме, связанной с свойственным только римлянам народным обычаем⁷³. Но строгая в этом случае последовательность уступила практическим потребностям, сохранив, впрочем, об этом ограничении одно воспоминание. Именно стипуляция стала общим центром всего гражданского оборота, и при постоянно возраставшем соприкосновении с peregrinis в Риме и вне его допущение последних к стипуляции явилось почти необходимостью. Тогда установилось правило, что стипуляция, так же как и acceptilatio, принадлежит *jus gentium*, т. е. обе сделались равно доступны и римлянам, и peregrinis. Единственным исключением из этого правила уцелела стипуляция в формуле: *spondes? spondeo* – частью для воспоминания о прежнем ограничении, частью потому, что эта формула несомненно применялась в древнем pexum⁷⁴. Вводя исключительные и положительные формы договоров, римляне были, впрочем, настолько последовательны и беспристрастны, что допускали существование форм, исключительно свойственных peregrinis, как основанных на их народных обычаях⁷⁵.

Выше уже было замечено, что иски из деликтов, имевшие в виду штраф, лежат вне *naturalis ratio*, следовательно, должны быть причислены к *jus civile* (§ 5). Отсюда необходимо следует, что между римлянами и peregrinis не могло, собственно говоря, существовать иска о штрафе в смысле древнего старого права. Эта логичность привела к следующему замечательному явлению: с практической точки зрения было бы противно здравому смыслу оставлять peregrinos, живущих в Риме и виновных в воровстве, безнаказанными, давая им в этом отношении несправедливую привилегию; точно то же нужно сказать и о преступлениях, совершенных против них. Вот почему эта строгая последовательность была смягчена допущением фиктивных исков: в исковой формуле предполагалось, что peregrinus (обвинитель или обвиняемый) был римский гражданин, вследствие чего иск из деликта мог быть направлен прямо к нему⁷⁶.

⁷³ ср. System, т. 5, стр. 538 и Vermische Schriften, т. 2, стр. 410.

⁷⁴ Gajus Lib. 3, § 93: «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». Ib, § 179: «...si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, *cum quo sponsus communio non est*, *spondes* verbo stipulates sim». L. 8, § 4 *de acceptilatio* (46. 4): «hoc, jure utimur, ut *juris gentium* sit acceptilatio».

⁷⁵ Gajus Lib. 3, § 134: «... *chirographis et syngraphis*... quod genus obligationis proprium peregrinorum est».

⁷⁶ Gajus Lib. 4, § 37, где говорится о подобном процессе по отношению к *civilis furti actio* (из XII таблиц) и к *actio legis Aquiliae*. Он же применялся, без сомнения, и к искам об оскорблениях по закону XII таблиц. В новейших же исках о наказании, например, по преторскому эдикту, конечно, нет никаких фикций; иски прямо направлялись против иностранцев, но только в смысле прежней фикции. При исках из *literarum obligatio*, *pexum* и стипуляции *spondes – spondeo* не было никакой необходимости распространять их на иностранцев посредством фикции, а при исках из займа, купли и т. п., подсудных иностранному претору (*praetor peregrinus*), разумеется, не могло быть и речи о фиктивных исках, так как упомянутые иски сами по себе основывались на *jus gentium*.

§ 7

Виды обязательств. *Civilis* и *naturalis obligatio*. Понятие (продолжение)

По характеру и степени действительности нужно различать исковые (*klagbare*) и неисковые (*klaglose*) обязательства (*civiles* и *naturales*). Это деление – самое важное из всех трех и если мы вообще говорили о других, то только для лучшего и полнейшего его уяснения.

Сущность обязательства заключается в состоянии несвободы (§ 2). Нормальный способ осуществления этой несвободы, этого принуждения, есть иск, а потому только обязательство исковое (оно раняемое иском) есть истинное обязательство в собственном смысле слова. Но в некоторых случаях принуждение не может быть осуществлено этим простым путем, а только непрямыми, случайными средствами; такие аномальные обязательства называются неисковыми (лишенными иска, *naturalis*).

И в этом случае было бы неправильно представлять себе исковые и неисковые обязательства двумя равными или почти равными категориями всей области обязательств; напротив, и здесь исковые обязательства составляют господствующее правило, а неисковые – ряд (сравнительно редких) исключений. При том же, взаимное отношение этих категории находится в связи с изложенным выше различным происхождением обязательств. Там было уже замечено, что обязательства вообще произошли частью из *jus civile*, частью и из *jus gentium*, и что последние составляют большинство. Обязательства из *jus gentium* большею частью были признаны гражданским правом (*jus civile*); признание это выразилось именно в снабжении их исками (*Klagbarkeit*), но некоторые из них вследствие разных неблагоприятных обстоятельств оказались недостаточными и не получили санкции гражданского права, а отказ в санкции опять выразился в лишении их исковой охраны. Если поэтому последние по преимуществу называются *naturales* (такова господствующая терминология), то исключительно в том смысле, что они только *naturales*⁷⁷, тогда как большая часть других получили вместе с тем и санкцию гражданского права. В смысле подобной же терминологии говорилось, что покупатель какой-либо *res mancipi*, посредством простой *traditio* вещи, приобретает ее *tantum in bonis*⁷⁸, тогда как посредством манципации он получает ее *ex jure quiritium*, а вместе с тем также и *in bonis*⁷⁹.

Вот почему *civilis obligatio* и право на иск считаются синонимами⁸⁰, и в случае неискового обязательства отрицалось существование *obligatio* вообще⁸¹ потому только, что оно не настоящее обязательство. Имеющий право не называется в нем *creditor*⁸², а обязавшийся *debitor*⁸³, и если они носят эти имена, то как *minus proprie*, только *per abusum*⁸⁴. Самый долг называется в подобных случаях *indebitum*⁸⁵.

⁷⁷ *L. 5 pr. de pign.* (20. 1): «et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturalis». *L. 94, § 4 de sonut.* (46. 3): «Naturalis obligatio... justo pacto... ipso jure tollitur: quia vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur».

⁷⁸ Ulpian, I, § 16: «qui tantum in bonis, non etiam ex jure Quiritium servum habet» rel.

⁷⁹ Gajus Lib. 1, § 54: «... vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusquam servus esse intelligitur» rel.

⁸⁰ *L. 5, § 1 de praescr. verb.* (19. 5): «... dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet» rel.

⁸¹ *L. 1 § 2. 4 de pactis* (2. 14): «sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem... et hinc nasci civilem obligationem... Sed cum nulla subest causa... constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem».

⁸² *L. 10 de V. S.* (50. 16): «Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum». *L. 42, § 1 de O. et A.* (44. 7): «Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem habent».

⁸³ *L. 108? L. 178, § 3 de V. S.* (50. 16).

⁸⁴ *L. 16, § 4 de fidej.* (46. 1) (см. ниже прим. p).

⁸⁵ *L. 5, § 2 de sol.* (46. 3). Здесь *indebitae* называются проценты «ex pacto naturaliter debebantur». *L. 28 C. de pactis* (2. 3). В учении об *indebiti conditio* употребляется, однако, другая терминология. *L. 64 de cond. ind.* (12. 6): «debiti vel non debiti ratio

Итак, нам остается еще только точнее определить смысл терминологии, к которой мы до сих пор так часто прибегали.

Civilis obligatio, civiliter obligari или *non obligari* означает исковое свойство обязательства без различия его происхождения (*jus civile* или *jus gentium*). Употребление такой терминологии подтверждено многими ясными указаниями в источниках (прим. d, e) и будет подробнее доказано впоследствии. В одном только отношении мы находим небольшое уклонение, которое, впрочем, может быть приписано просто небрежности в выражении. Для понятия *civilis obligatio* вполне безразличен род иска – *civilis actio, honoraria actio* или *extra-ordinarium judicium*⁸⁶. Но в некоторых местах, благодаря небрежности, только что указанная номенклатура исков перенесена и на обязательства, так что говорится об *obligatio civilis* или *honoraria*, а иногда рядом с ними упоминается и о *naturalis* в смысле дальнейшего подразделения, тогда как следовало бы везде говорить только об *obligatio civilis*, снабженной *actio civilis* или *honoraria*⁸⁷.

Пожалуй, можно подумать, что выражение *civilis obligatio* употреблялось также для обозначения происхождения обязательства из *jus civile* в противоположность *jus gentium* (§ 5). Но в этом именно смысле приведенное выражение никогда не встречается; только в одном случае Гай выражается несколько подходящим образом: *quodammodo juriscivilis est talis obligatio* (§ 6, c).

Naturalis obligatio, naturaliter debere или *obligari* означает отсутствие искового свойства или неполную действительность обязательства. В доказательство этого были также приведены решительные тексты (прим. a, f, i), а впоследствии будет указано их еще больше; причем выяснится, что такой смысл термина должен быть признан не только истинным, но обыкновенно и преимущественно употребительным. Только дело представляется здесь несколько иначе сравнительно с выражением *civilis obligatio* в том отношении, что *naturalis obligatio* во многих местах употребляется также для обозначения происхождения обязательства из *jus gentium*, даже в тех случаях, когда на самом деле оно было исковым, и должно было в другом смысле называться *civilis*. Так, в одном месте про *indebiti conditio* говорится, что оно есть *naturalis*⁸⁸. Очевидно в том только смысле, что это (несомненно исковое) обязательство происходит из *jus gentium*. Совершенно в том же смысле в другом месте к обязательству, получающему иск вследствие неосновательного обогащения, применено выражение *naturaliter obligabitur*⁸⁹. Далее, Павел, говоря о займе, обремененном впоследствии в форму стипуляции, утверждает, что для верителя нет необходимости оставлять свое требование, вытекающее из займа, без осуществления. Это положение он выражает: *Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum, recessum a naturali obligatione*⁹⁰. Следовательно, он называет здесь заем *naturalis obligatio*, в противоположность стипуляции очевидно потому, что заем принадлежит к *jus gentium* (§ 6, a, b.). Хотя в этом положении Павла можно найти противоречие с тем обстоятельством, что стипуляция также причислялась к *jus gentium*; но это справедливо только по выключении стипуляции *spondes spondeo* (§ 6, d.), о которой именно и говорит Павел в приведенном месте («*Sp ondit Flavius Candidus dominus meus*»). Поэтому было бы совершенно последовательно противопоставить этой стипуляции предшествующий ей заем как *naturalis*

in conditione *naturaliter intelligenda est*».

⁸⁶ L. 10, L. 178, § 3 de V. S. L. 42, § 1 de O. et A. (44. 7).

⁸⁷ L. 5 pr. De pign (см. выше прим. a), далее: L. 1, § 1 de nov. (46. 2): «qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria». L. 1, § 24 de exerc. (14. 1); L. 8, § 4 de accept. (46. 4); § 1 j. de oblig. (3. 13). Гораздо точнее и вполне безукоризненно сопоставлены в L. 40 pr. ad Sc. Treb (36. 1): «actiones, quae jure civili competunt, honorariae actiones et causa naturalium obligationum».

⁸⁸ L. 15 pr. de cond. indeb. (См. выше § 5, h). Здесь выражение *naturalis*, применимое только к обязательству, переносится на иск; точно так же в других местах, наоборот, выражение *civilis* совершенно неправильно переносится с иска на обязательство (см. выше прим. 1).

⁸⁹ L. 5 pr. de auct. (См. выше прим. § 5, h).

⁹⁰ L. 126, § 2 de V. O. (45. 1).

obligatio. Но особенно важны в этом отношении два текста, требующие тем более внимательного рассмотрения, что правильное их толкование очень часто оспаривалось. Первый из Юлиана гласит⁹¹: *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicuntur naturales debitores per abusionem intelligi possunt debitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recipisse*. Первая часть цитаты (до *non potest*) встречается вторично в Дигестах и совершенно слово в слово (до мельчайших подробностей)⁹². Я объясняю ее так: «естественными обязательствами (*naturales obligationes*, т. е. возникшими из *jus gentium*) считаются не только те, которые имеют иск (как большая их часть, например купля, наем, заем), но и те, которые исключают обратное требование (ошибочно произведенного) платежа; так что и должники в обязательствах этого второго рода могут быть рассматриваемы и обозначаемы как *debitores*, а именно *naturales debitores*, если не в буквальном, то, по крайней мере, в переносном смысле». Объяснение это в существенных чертах было принято уже и другими; но ему противопоставляли другое, по которому вся цитата и каждая часть её в отдельности трактуется будто бы о неисковых обязательствах⁹³. Смысл этого места, по последнему толкованию, таков: «*naturalis obligatio* выражается не только в том, что рождает (случайно) иск, подобный иску против залогодателя или поручителя, если обязательство обеспечено залогом или поручительством, но и в том, что ошибочно совершенный платеж не может быть истребован обратно». Я не могу согласиться с этим толкованием потому, что выражение юриста (с *si* и *cum*) указывает только на различные случаи обязательств, а не на различную степень действительности обязательств одного и того же рода. Сверх того, следует заметить, что *naturalis obligatio* приобретает присущие ему свойства и название не от случайного присоединения к нему обеспечения залогом или поручительством или от совершения (по заблуждению) платежа: они принадлежат ему вообще и независимо от этих событий просто потому, что обязательство способно служить известным основанием для всех таких обеспечений.

В заключение исследования необходимо упомянуть еще о терминологии некоторых писателей, которые всю область обязательственного права делят на следующие три класса: *mere civiles*, *mere naturales*, *mixtae*. С первого взгляда эта терминология совершенно согласуется с изложенным нами взглядом, так как утверждал и я, что большинство обязательств и притом важнейшие из них произошли из *jus gentium* и вместе с тем получили санкции *jus civile* (следовательно *mixtae*), но что с обеих сторон этой большой массы стоят два разряда, носящие, так сказать, исключительный характер, а именно: с одной стороны, обязательства, происшедшие из *jus civile* и чуждые *jus gentium* (*mere civiles*); с другой – возникшие из *jus gentium* и не признанные в *jus civile* (*mere naturales*). Тем не менее я вполне отвергаю вышеупомянутую терминологию, во-первых, потому что употребляемые в ней выражения совершенно чужды римским юристам; во-вторых, потому что с упомянутым подразделением неразлучны некоторые заблуждения, касающиеся самого существа дела, а полное искоренение последних, конечно, еще важнее, чем опровержение этой новой и произвольной терминологии.

В связи с этим подразделением обыкновенно предполагается, что обе системы права – *jus civile* и *gentium* – стоят рядом независимо и не смешиваясь; на самом же деле они должны представляться взаимодействующими, составляющими одно практическое целое. Порицаемое противоположение сказывается в следующих важных применениях.

⁹¹ P. L. 16, § 4 de fidej. (46. 1). Вторая половина места приведена уже выше, прим. h.

⁹² L. 10 de O. et A. (44. 7). Здесь автор в манускриптах обозначается различно: Paulus (Florent), Ulpianus, Iulianus.

⁹³ Vangerow (стр. 5), очень близко примыкает к Унтергольцнеру (стр. 12, 13); но уже и старые писатели с различных точек зрения держались того же взгляда как Weber natürl. Verbindlichkeit, § 51; Глюк, ч. 1, стр. 188, 189. Следующая поправка, предлагаемая некоторыми, должна быть отвергнута: *si actio aliqua earum nomine non competit* (Hotoman. obs. Lib. 3. C. 2). В сущности согласен с защищаемым здесь толкованием Puchta: Pandecten, § 237 прим. с.

Говоря о так называемых *obligationes mere civiles*, было бы совершенно неправильно предполагать, что нормы *jus gentium* не производили на них никакого влияния. Несомненно, что стипуляция *spondes spondeo* принадлежала к этому классу; а между тем, если заключению ее предшествовал обман, то стипуляция уничтожалась в силу *doli exceptio*, принадлежавшего к *jus gentium* – точно так же, как и в том случае, если бы этот обман предшествовал какому либо договору *ex jure gentium*⁹⁴.

То же самое отношение замечается еще с другой стороны, и на него обращалось еще меньше внимания. Законы, воспреещающие ростовщичество и игры, отличаются чисто положительным характером и совершенно чужды *jus gentium*; а между тем, было бы капитальным заблуждением допускать в случаях, запрещенных этими законами, существование *naturalis obligatio*. Скорее можно сказать, что здесь *jus civile* так решительно влияет на *jus gentium*, что совершенно уничтожает действие последнего, и, таким образом, признание положительного закона само обратилось в норму *jus gentium*⁹⁵. Впрочем, это положение требует ближайшего рассмотрения. Не всякая норма положительного права при столкновении с *naturalis obligatio* уничтожает существование последней со всеми ее (конечно, неполными) последствиями. Такую силу следует признать только за законами, имеющими строго положительный, запретительный характер. Ближайшее определение этого разряда законов было сделано мною в другом месте и для другой цели⁹⁶, а потому в дальнейшем изложении мы встретимся с частными случаями *naturalis obligatio*, в которых существование и сила последней не уничтожаются противоположною нормою гражданского права, если только эта норма не имеет запретительного характера.

⁹⁴ Это правило признано в следующих местах: *L. 42. § 1. de O. A. A.* (44. 7): «*Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen ne exceptione summoveantur, vel honorariam actionem, vel in factum*». *L. 10. de V. S.* (50. 16): «*Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione, vel jure civili, sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario, vel extraordinario*», ср. выше прим. f.

⁹⁵ Ср. System, т. 1, § 22, стр. 116.

⁹⁶ System, т. 8, § 349.

§ 8

II Виды обязательств. *Civilis* и *naturalis obligatio*. Действие *naturalis obligatio*

Naturalis obligatio было названо неискowym. При одном этом чисто отрицательном свойстве оно не могло бы считаться обязательством, т. е. основанием для понудительного исполнения (§ 2). Вот почему необходимо было присвоить ему и положительные последствия, которые мы выше назвали посредственными и случайными в противоположность исковому свойству. Теперь рассмотрим каждое последствие неискowego обязательства порознь. Вообще их можно выразить в такой форме: неискковое обязательство может повести к удовлетворению в том случае, когда по фактическим обстоятельствам возможно обойтись без иска об исполнении. Этот общий принцип приложим к следующим случаям, которые поэтому можно рассматривать как отдельные последствия *naturalis obligatio*.

Solutum non repetere, компенсация, зачет в пекулии, акцессорные обязательства (поручительство, конститутум, заклад, новация)⁹⁷.

1. *Solutum non repetere*⁹⁸, или, другими словами, – исключение *condictio indebiti*. Это первое последствие, которое, в числе других, часто принимается за отличительный признак *naturalis obligatio*, имеет следующее значение⁹⁹.

Если что-либо отдается с намерением погасить долг, то это действие по общему правилу производит следующие неизменные последствия: должник освобождается от долга и отданное безвозвратно переходит в имущество верителя. Но если первое из этих последствий не может иметь места потому, что не существовало действительного долга, то спрашивается: наступает ли все-таки второе? Здесь мы должны различать два случая. Если отдавший знал, что не было никакого юридического основания совершать это действие, и все-таки совершил его по особым побудительным причинам, например, по требованию совести, чувства чести, для поддержания кредита и т. п., то уплата считается безвозвратной, а отданное подаренным. Если же плательщик, по заблуждению, предполагал в этом случае действительный долг, то он может отданное требовать обратно в силу *condictio indebiti*, так что главным условием этой кондикции является заблуждение¹⁰⁰.

Но возникает вопрос: что разуметь в этом учении по отношению к *condictio indebiti* под действительным и недействительным долгом? Так как сама кондикция имеет основание в *jus gentium*, то и к понятию обязательства следует относиться с естественной точки зрения, *naturaliter*; поэтому достаточно уже одной *naturalis obligatio* для безусловного исключения *condictio indebiti*¹⁰¹.

Конечно, это положение следует понимать в связи с платежом по заблуждению главным образом применительно к случаю, когда уплачивающий ошибочно считает неискковое обязательство за исковое. И в самом деле: если бы он не заблуждался в этом отношении и уплатил сознательно, то безвозвратность не есть уже положительное последствие *naturalis obligatio*, так как в этом случае даже уплата по несуществующему долгу не может быть возвращена (прим. d).

⁹⁷ В общем обзоре эти последствия были уже изложены в другом месте: System, т. 5, § 250, 251.

⁹⁸ Новейшие писатели употребляют также выражение *soluti retentio*, хотя оно не противоречит духу римского языка (ср., например, *retentiones ex dote*), но в этих специальных случаях, как термин, не было у римлян в употреблении.

⁹⁹ Об этом говорилось уже в другом месте и с другою целью. Ср. System, т. 3, приложение III. Num. XI, т. 5, приложение XIV, № VII.

¹⁰⁰ L. 1, § 1. d. cond. ind. (12. 6). L. 53, de R. J. (50. 17).

¹⁰¹ Решительные тексты были сообщены уже выше § 5, h и § 7, i.

Объясненное здесь значение *solutum non repetere* как первого и самого общего положительного последствия *naturalis obligatio* при знано буквально и прямо во многих текстах¹⁰². Само собой разумеется, что не везде повторяется предложенная нами связь мыслей целиком, в особенности же предположение заблуждения в тех случаях, когда оно влечет за собой то последствие, но повсюду она подразумевается. Положение это так же ясно признается и в других местах в обратных выражениях, именно, что *condictio indebiti* применяется только при несуществовании *naturalis obligatio* или когда таковая потеряла силу¹⁰³, опять-таки, вследствие безмолвного предположения, что плательщик уплатил не сознательно, а по заблуждению.

2. Компенсация.

В новейшем праве существует важный, решительный принцип, по которому всякий должник может зачесть верителю то, что последний должен ему в свою очередь, под условием, что оба обязательства имеют предметом квантитеты, и именно квантитеты однородные (деньги за деньги, пшеницу за пшеницу и т. д.). Но этот принцип действовал не всегда, или, по крайней мере, не в такой всеобщности, а выработался и получил признание только мало по малу¹⁰⁴. Основание его лежало в простой *aequitas*, в *jus gentium*, а потому казалось естественным, что к такому учету способны были не только исковые, но и неисковые обязательства. Приложение компенсации не требовало иска, так как одна защита против иска противника, т. е. простая *exserptio*, была для этого совершенно достаточною. В наших источниках положительно признается, что *naturalis obligatio* действительно было также способно к компенсации, как и *civilis*¹⁰⁵.

3. *Deductio* из пекулия.

Когда отец семейства доверял своему сыну или рабу пекулий и затем заключал с ними договоры, то отсюда возникали обоюдные действительные обязательства, впрочем, только *naturales obligationes*, т. е. без права иска¹⁰⁶. Они имели своим последствием подразумеваемое обоюдное погашение путем простого счета или учета. Таким образом, все то, что сын должен был отцу, уплачивалось само собой уменьшением пекулия, а долг отца сыну уплачивался подразумеваемым увеличением пекулия, совершенно как при расчетах наличными деньгами¹⁰⁷. Достаточность неискового обязательства для таких последствий несомненна уже потому, что в сфере этих личных отношений не могло существовать никакого другого обязательства (прим. к).

Затем идут последствия, состоящие в дополнительных (акцессорных) гарантиях обязательства.

4. Поручительство.

Такое обеспечение одинаково возможно и вполне действительно при главном долге как искомом, так и неисковом, потому иск против поручителя допускается даже и в том случае, когда он немыслим против главного должника¹⁰⁸.

5. *Constitutum*.

Все сказанное о поручительстве приложимо и к конституту; его последствия еще разнообразнее в том смысле, что они могут иметь место не только при конституте чужого, но и своего собственного долга; стало быть, всякий, сам по себе, неисковой долг путем простого кон-

¹⁰² L. 13 pr. L. 19 pr. L. 38, § 1. 2. L. 60 pr. de cond. ind. (12. 6). L. 3, § 7 quod, quisque juris (2. 2.). L. 50, § 2. de pec. (15. 1). L. 10 de O. et A. (44. 7). L. 16, § 4 de fid. (46. 1), см. b § 7 p. q. L. 5 § 2. de sol. (46. 3).

¹⁰³ L. 42. pr. de jure j. (12. 2). L. 38 pr. L. 41. L. 47. de cond. ind. (12. 6).

¹⁰⁴ Gajus Lib. 4, § 61–63, § 30, 39. f. de act. (4. 6).

¹⁰⁵ L. 6. de comp. (16. 2): «Etiam quod natura debetur, venit in compensationem». L. 20, § 2 de statu lib. (40. 7).

¹⁰⁶ Ср. System, т. 2, стр. 35, 36, 54.

¹⁰⁷ L. 9, § 2, 4 de pec. (15. 1). L. 38, § 1. 2. de cond. ind. (12. 6).

¹⁰⁸ L. 6, § 2; L. 60 de fid. (46. 1); L. 42. pr. de jurej. (12. 2); L. 50, § 2 de pec. (15. 1); L. 13 pr. de cond. ind. (12. 6); L. 7, § 1 de exc. (44. 1).

ститута, т. е. неформально подтвержденного обещания уплаты, может обратиться в *civilis obligatio*¹⁰⁹.

6. Закладное право.

Действительный заклад возможен только под условием действительного обязательства. Однако же в этом отношении одинаково годны как исковое, так и неисковое обязательство¹¹⁰; следовательно, веритель, не имеющий против своего должника личного иска, получает вследствие залога *hypothecaria actio* против всякого владельца последнего.

7. Новация.

Всякое обязательство может быть погашено, если, с этою именно целью, вместо него устанавливается другое. В римском праве это делалось обыкновенно посредством стипуляции.

Полная действительность подобного превращения предполагает юридическую действительность первоначального обязательства; а последним может быть как исковое, так и неисковое обязательство¹¹¹.

Обозревая различные последствия неисковых обязательств, мы видим, что везде, где возможность этих последствий вытекала из случайных обстоятельств, веритель на самом деле мог обойтись без личного иска: в первых трех случаях потому, что он получал предмет долга другим путем¹¹²; в четырех последних потому, что акцессорные юридические отношения обеспечивали за ним другого рода иск, приводивший его к той же цели, как и личный.

По общему правилу, всякая *naturalis obligatio* способна произвести все перечисленные последствия; точно так же можно сказать, что от существования в данном случае одного из них возможно заключить о существовании остальных и даже о существовании *naturalis obligatio* вообще.

Впрочем, соединения всех последствий должно быть принимаемо не безусловно и не без исключений. Уже отличительная природа некоторых относящихся сюда институтов препятствует осуществлению многих из них. Об этом мы поговорим при изложении частных случаев *naturalis obligatio*.

¹⁰⁹ *L. 1, § 7 de pec. const.* (13. 5): «*Debitum autem vel natura sufficit*».

¹¹⁰ *L. 5 pr. de pign.* (см. выше § 7, а); *L. 13 pr. de cond. ind.* (12. 6); *L. 11, § 3 de pign. act.* (13. 7).

¹¹¹ *L. 19, § 4 de don.* (39. 5), *L. 1 § 1 de nov.* (46. 2). Из этого текста видно, что достаточно даже если вторым обязательством будет простая *naturalis obligatio*. Ср. § 3. *quib. mod. obl. toll.* (3. 29).

¹¹² Этот вывод есть отчасти следствие того правила, что *naturalis obligatio* всегда служит достаточным основанием для *exceptio*. *L. 7, § 4. de pactis* (2. 14), *L. 94, § 3 de sol.* (46. 3).

§ 9

II. Виды обязательств. *Civilis* и *naturalis obligatio*. Частные случаи *naturalis*

Выше было замечено, что исковые и неисковые обязательства не следует считать двумя равными категориями обязательств вообще; что, напротив, исковые составляют господствующее правило, а неисковые – ряд исключений, основанных на несовершенстве отдельных обязательств (§ 7). Теперь займемся группировкой последних. Одни из них носят отпечаток несовершенства с момента возникновения, другие приходят в состояние несовершенства в силу наступающего впоследствии факта. Само собою разумеется, что подробное развитие соотношения этих фактов в большинстве случаев возможно только в связи с последующим изложением обязательственного права; здесь же мы укажем на них только вкратце. Причины несовершенства обязательств сводятся к следующим четырем категориям:

- Недостаточная форма при установлении обязательства;
- Недостаточная правоспособность или правоотправление;
- Строгая последовательность гражданского права, не признанная в *jus gentium*.
- Особенные отношения искового права.

A. Недостаточная форма при установлении обязательства.

1. Договор, заключенный в форме *nudum pactum* в том случае, когда требовалась стипуляция¹¹³.

Во многих текстах ясно признано и не подвергается никакому сомнению, что в данном случае не было права иска, обстоятельство, характеризующее отрицательную сторону *obligatio naturalis*¹¹⁴. Положительное же существование здесь *naturalis obligatio* с изложенными в § 8 практическими последствиями требует точного доказательства.

Если мы взглянем на этот вопрос с общей точки зрения, со стороны природы *jus gentium* вообще, то существование подобного обязательства станет несомненным: здесь мы имеем, очевидно, свободную волю должника вступить в обязательство (§ 5), а недостающая форма стипуляции, произвольная сама по себе и основанная на чисто национальном обычае, совершенно неизвестна *jus gentium*¹¹⁵.

Это именно положение признавалось римскими юристами весьма определенно¹¹⁶.

¹¹³ Отношение между этими двумя формами договоров, следовательно, и случаи, в которых требовалась стипуляция и в которых не требовалась, могут быть изложены только в теории обязательств; здесь же мы предположим их пока известными.

¹¹⁴ *L. 7, § 4 de pactis* (2. 14): «*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*». (Что *obligatio* здесь обозначает *civilis obligatio*, или *actio*, – это было доказано выше в § 7, выпискою всего этого места). *L. 45 eod.*: «*ad actionem... nudum pactum nulli prodesse potest*». *L. 28 C. eod.* (2. 3).

¹¹⁵ Без сомнения, стипуляция, в виду облегчения гражданского оборота, была, за исключением одного случая, доступна и переступающим, и в этом смысле вошла в *jus gentium* (§ 6, g). Но это не могло служить основанием к отнятию у неформальных контрактов обязательной силы, присущей им по *jus gentium*.

¹¹⁶ *L. 84, § 1 de R. J.* (50. 17) (выше § 5, d). Слова «*cujus fidei secuti sumus*» прямо указывают на случай, когда стороны доверились неформальному договору, не прибегая к более надежной гарантии стипуляции; для этого-то именно случая и употреблено здесь выражение «*natura debet*». *L. 1 pr. de pactis*: «*Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?*». Нельзя яснее выразить того, что *jus gentium* сообщало неформальным договорам обязательную силу. *L. 95, § 4 de sol.* (46. 3), см. § 7, a). Здесь ясно говорится о неформальном *pactum*, что он *vinculo aequitatis* sustinetur, т. е., конечно, посредством *jus gentium*. Я придаю менее решительное значение тем местам, в которых говорится, что неформальный *pactum* имел своим последствием *exceptio*, каковы, например, *L. 7, § 1 de pactis* и *L. 40 de R. C.* (12. 1). Так как, с одной стороны, *exceptio* не есть выражение, точно указывающее на последствия *naturalis obligatio* (§ 8), с другой, выражение *parit exceptionem* можно относить к погашенному договору (*pactum de non petendo*), а между тем здесь идет речь только об основании обязательства. Возражение Lelièvre'a, стр. 21, что здесь идет речь только о *naturaliter deberi*, а не о *naturalis obligatio*, лишено всякого основания, ибо *debitum* – синоним *obligatio*, так что одно без другого немыслимо (§ 3).

К общим принципам примыкает еще решение римлянами одного особенно важного случая. Проценты по займу могли быть отыскиваемы судом только при стипуляции¹¹⁷; если же они были обещаны по неформальному договору, то из него не рождалось иска. Однако в этом случае ясно признавалось существование *naturale debitum* тем¹¹⁸, что уплаченные проценты не могли быть требуемы обратно¹¹⁹ и что в обеспечение подобного неформального договора о процентах мог быть дан действительный залог¹²⁰. Выше мы уже заметили (§ 8), что эти последствия суть признаки существования *naturalis obligatio*.

Такая сила неформального контракта всегда признавалась большей частью ученых. Но в последнее время она стала оспариваться многими¹²¹ и поэтому необходимо подробнее остановиться на этом вопросе.

Указанное выше общее основание оспаривается Унтергольцнером следующим образом. Если в каком-либо государстве, например, в Риме, установлена известная положительная форма договоров, то каждый раз, когда стороны заключают договор без соблюдения этой формы, возникает сомнение: имели ли они серьезное намерение обязаться; это-то сомнение относительно серьезности и мешает возникновению естественно-долгового отношения. Но подобным возражением вопрос отделяется от принципа и переносится в область простых фактов, представляющих большое разнообразие форм. Если два римлянина заключали словесно неформальный договор, т. е. при таких обстоятельствах, когда они могли бы также легко совершить стипуляцию, тогда совершенно произвольное несоблюдение столь простой формы могло бы еще возбудить сомнение: заключили они договор или только приготовились к его заключению? Но могло случаться, что даже и это сомнение вполне устранялось бы другими обстоятельствами, например, совершенно определенной формой выражений или тем, что сторонами были несведущие деревенские жители, или иностранцы. Если же неформальный договор заключен вдобавок между отсутствующими в форме векселя и в самых точных выражениях, следовательно, при обстоятельстве, исключающем возможность стипуляции, то исчезают и последние следы сомнения. Итак, это возражение не может поколебать силы того общего принципа, на который опирается мое мнение.

Далее возражают, что приведенные тексты о естественных обязательствах, возникающих из договора о процентах, ничего не доказывают, так как они составляют единственное исключение из правила; исключение же это оправдывается тем, что уже естественная справедливость требует, чтобы занятые деньги приносили проценты. Но вышеприведенные тексты ничего не говорят ни о подобном исключении, ни о так называемой естественной справедливости; напротив, они трактуют *naturale debitum* и возможность юридически действительного залога в смысле естественного последствия *nudum pactum* самого по себе, точно речь идет о каком-либо ином содержании договора. Такими образом, смысл, придаваемый моими противниками вышеприведенным местам, основан на произвольном, натянутом толковании, вызванном исключительно желанием отстоять предвзятое мнение.

Но, кроме того, писатели эти подкрепляют свое мнение еще двумя положительными доводами.

¹¹⁷ Cp. System, т. 6, § 268.

¹¹⁸ L. 5, § 2 de sol. (46. 3): «...si sint usurae debitae, et aliae indebitae... puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur» (см. выше § 7, i).

¹¹⁹ L. 5, § 2 de sol. (46. 3): «...ex pacti conventionione datae repeti non possunt...» L. 3 G. de pactis (2. 3).

¹²⁰ L. 11, § 3 de pign. act. (13. 7); L. 4; L. 22 C. de usuris (4. 22).

¹²¹ Lelièvre, стр. 21. Meyerfeld Schenkungen, стр. 344–346. Unterholzner I, § 23. Из древнейших писателей защищают это мнение Giphanius lect. Altorph. p. 571, 572, но слабо и именно на том основании, что ни в одном месте римского права не говорится, чтобы из *nudum pactum* возникала *naturalis obligatio*.

Во-первых, правилом, в силу которого должник, отвечающий на вопрос стипулятора не словесно, а простым киванием головы, не обязывался *naturaliter*¹²²; а между тем в этом случае есть *nudum pactum*. Вот этого-то именно и нет. Вопросающий имел в виду заключить стипуляцию и ничего более; полагаться на неверные последствия *naturalis obligatio* не было его намерением, и он, быть может, предпочитал бы вовсе не вступать в подобную сделку. Поэтому в данном случае мы имеем только задуманную, а не состоявшуюся стипуляцию; для *nudum pactum* здесь недостает согласия кредитора. Во-вторых, ссылаются еще на безымянные контракты. Говорят, что простое условие о мене есть *nudum pactum*. Если бы его сопровождало *solutum non repetere*, то сторона, отдавшая свою вещь преж де, не могла бы требовать ее обратно, исполнив таким образом свою *naturalis obligatio*. Но известно, что в этом случае допускалось обратное требование в форме *condictio ob causam datorum*, а потому условие о мене не рождало *naturalis obligatio*.

Этот довод, довольно правдоподобный, может быть вполне отвергнут только систематическим изложением безымянных контрактов, и в особенности их истории. Здесь же мы ограничимся пока следующими замечаниями. Кто исполняет условленную мену первым, тот устанавливает не *solvendi*, но *obligandi causa* с целью вызвать исполнение с противной стороны. Поэтому вопрос о *condictio indebiti* и о *solutum non repetere* не может сюда относиться: он уместен только в случае намеренной уплаты предполагаемого по заблуждению долга, которого здесь не существует. Кто исполняет условие первым, тот вполне сознает данное юридическое отношение и уже потому не может требовать исполненного обратно посредством *condictio indebiti* не только в случае несуществования естественного, но и при отсутствии всякого обязательства. Обратное требование здесь вытекает из того, что расчеты на соответственное исполнение не осуществились.

¹²² *L. 1, § 2 de V. O. (45. 1): «Si quis ita interroget: dabis? responderit: quidni? et is utique in ea causa est ut obligetur. Contra si sine verbis adimisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adimit: et ideo recte dictum est, non obligari pro eo nec fidejussorem quidem».*

§ 10

Виды обязательств. *Civilis* и *naturalis obligatio*. Частные случаи *naturalis obligatio* (продолжение)

В. Недостаток правоспособности или правоотправления.

2. Юридические отношения между отцом и сыном.

Обоюдные обязательственные действия делают отца должником сына, а сына – должником отца. Но подобный долг не есть исковой¹²³, а существует только в виде *naturalis obligatio*. Сюда, в особенности, относится погашение вследствие уменьшения и увеличения пекулия, совершающееся само собою, без всякого содействия участвующих лиц (см. выше § 8, № 3).

3. Юридические отношения между господином и рабом.

Здесь действует тот же принцип, что и между отцом и сыном¹²⁴. Вследствие договоров господин становится должником раба¹²⁵, и наоборот. Обе долговые претензии – неисковые как в момент возникновения, так и после отпущения на волю. Их существование и юридическая сила обсуждается по тем же фактическим условиям, которые дают начало исковому обязательству между свободными людьми¹²⁶.

Как последствие такого долга здесь выступает *solutum non repetere*¹²⁷ и точно так же как относительно сына подразумеваемое уменьшение пекулия¹²⁸.

4. Обязательства раба по отношению к постороннему лицу (прим. б).

И здесь также возникает неисковое обязательство с изложенными положительными последствиями. В особенности упоминается по долгам этого рода о *solutum non repetere*, компенсации, о действительности поручительства, залога и новации¹²⁹.

В этом случае раб отличается от сына тем, что *filius familias* может вступать с посторонним лицом в исковые долговые сделки.

5. Обязательство несовершеннолетнего без *auctoritas* опекуна.

Этот случай уже со времен глоссаторов принадлежит к числу важнейших спорных вопросов римского права. Поводом к спору послужили противоречивые (на самом деле или только по видимому) тексты древних юристов. В интересах верного понимания этих текстов необходимо сделать общий очерк способности к правоотправлению несовершеннолетних, именно по отношению к обязательствам¹³⁰.

¹²³ L. 4. 11 de jur. (5. 1), L. 16 de furtis (47. 2), System, т. 2, § 67.

¹²⁴ Ср. System, т. 2, § 65 и прилож. IV (относится к этому и следующему случаю).

¹²⁵ L. 64 de cond. ind. (12. 6), L. 40, § 3 de cond. (35. 1).

¹²⁶ L. 49, § 2 de pec. (15. 1): «Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est». Из этого следует, что господин в силу простой заметки в счетной книжке о долге своему рабу не становился должником *naturaliter*.

¹²⁷ L. 64 de cond. ind. (12. 6). Это исключение *condictio indebiti* как последствия, свойственного *naturalis obligatio*, может проявиться только по освобождении, так как до него никакой иск господина немислим.

¹²⁸ L. 5, § 4 de pec. (15. 1); L. 9, § 2–8; L. 11, § 6–9; L. 15. eod.; L. 30 pr. de act. emti (19. 1).

¹²⁹ L. 14 de O. et A. (44. 7); L. 50, § 2 de pec. (15. 1); L. 13 pr. de cond. ind. (12. 6); L. 20, § 2 de statu lib. (40. 7); L. 19, § 4 de don. (39. 5); Gajus Lib. 3, § 119.

¹³⁰ Ср. System, т. 3, § 107, 108, где вопрос этот развит систематичнее. Из новейших исследователей, писавших об этом спорном вопросе и приводивших множество древнейших толкований, нужно заметить следующих: Глюк, ч. 4, стр. 62; след. Вебер, стр. 258; Лельевр, *natur. oblig.* р. 54–60; Рудорф, опека II стр. 279; Гешени – лекции, § 428; Вангеро, I, § 279; Пухта,

По *jus gentium* способность к правоотправлению зависит исключительно от степени развития индивидуума. Следовательно, если несовершеннолетний сознает свойство юридического отношения и сделки, в которую вступает, то он становится должником и всякая определенная граница возраста, которая по природе своей всегда отличается положительным характером, не может иметь в данном случае значения. Этот принцип был несомненно признан и освящен в уголовном праве, в обязательствах, возникающих из преступления *ex delicto*, а также в обязательственных сделках, основанных на обмане (*dolus*) и имеющих преступный характер (прим. m). Таким образом, спорный вопрос ограничивается обязательственными сделками, не связанными с *dolus*.

Для таких-то обязательств *jus civile* и учредило искусственную защиту, состоящую в подчинении несовершеннолетнего опекуну до совершеннолетия и связанную, следовательно, с упомянутой положительной границей, не обращая никакого внимания на степень индивидуального развития. Это подчинение по отношению к обязательственным сделкам (в частности, к договорам) имеет следующий смысл. Несовершеннолетний может приобретать право (*stipulari*) сам по себе, а становится должником (*promittere*) – только при посредстве *auctoritas* своего опекуна¹³¹.

Из внимательного рассмотрения значения и цели такого безусловного принципа оказывается, что он имеет только в виду ограждение несовершеннолетнего от возможного ущерба. Последовательное развитие этого положения дает начало другому родственному принципу, а именно: что несовершеннолетний может без соизволения опекуна сделаться и должником, если только, благодаря стечению обстоятельств, он не терпит никакого ущерба, т. е. если он вследствие сделки обогатился (*locupletior factus*); тогда его обязательство влечет за собою, несомненно, даже право иска. Этот важный принцип также признан во многих текстах и нигде нет даже тени противоречия ему. Именно он прилагается в следующих случаях:

Несовершеннолетний, сделавший заем у своего же опекуна или пообещавший ему что-либо в форме стипуляции, становится должником, ответственным по иску в той мере, в какой он обогатился вследствие сделки¹³².

То же самое – и по отношению к постороннему лицу в случае договора ссуды (*commodatum*)¹³³ или поклажи (*depositum*)¹³⁴ с несовершеннолетним.

Затем и в том случае, когда несовершеннолетний без уполномочия ведет чужое дело и вследствие этого обогащается¹³⁵; наконец, когда он назначает *institor*'а и против него предъявляется *actio institoria*¹³⁶.

Полному отсутствию *auctoritas* равносильна во всех случаях и недостаточная *auctoritas*¹³⁷.

В четырех приведенных (прим. k, l, n, p) примерах основанием этого принципа является рескрипт Им. Пия.

Пандекты, § 238.

¹³¹ *L. 9 pr. de auct.* (26. 8), *pr. J. de auct.* (1. 29), принцип этот представляется несомненно признанным.

¹³² *L. 5 pr. de auct.* (20. 8), см. выше § 5, h. Этот именно случай и мог, главными образом, возбудить сомнение в исковом свойстве обязательства, ввиду собственного участия опекуна в сделке.

¹³³ *L. 1, § 2. L. 3 pr. comm.* (13. 6).

¹³⁴ *L. 1, § 15 depos.* (16. 3): «...si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in e um, et si dolus non intervenit».

¹³⁵ *L. 3, § 4 de neg. gestis* (3. 5): «Pupillus sane, si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii conveniri potest in id, quod factus est locupletior: agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur».

¹³⁶ *L. 9, 10 de instit.* (14. 3). Вот более общие места, где признается тот же принцип: *L. 8, § 15 ad Sc. Vell.* (16. 1); *L. 66 de sol.* (46. 3).

¹³⁷ *L. 1 pr. de auct.* (26. 8).

Некоторые из новейших писателей понимают это в том смысле, что принцип был введен только рескриптом, а до него и без него принципа не существовало. Очевидно, что такой взгляд ложен, и этот рескрипт, подобно всем другим, представлялся только большим авторитетом и имел, главным образом в виду, устранить всякое заблуждение и сомнение¹³⁸. Сам же принцип лежал в естественном развитии кондикций (*condictiones*), специальное назначение которых было предотвращать всякое случайное и безосновательное обогащение чужим имуществом¹³⁹. Следующее замечание убедит нас в том, что принцип этот никогда не мог быть вполне игнорирован. К несовершеннолетнему предъявлен иск по займу; положим, что сумма состоит или налицо (только случайно смешана с его собственными деньгами – обстоятельство, исключавшее виндикацию), или обращена им в очень верную долговую претензию, или на нее куплен равноценный участок земли. В этих случаях опекун не мог отвести иска, направленного против пупилла, не становясь сам виновным в обмане, что весьма понятно – весь институт опеки был введен только в интересах охранения опекаемого, а не для доставления ему безосновательных нажив на чужой счет.

Оставляя, таким образом, в стороне случаи, когда опекаемый обогатился, мы ограничим спорный вопрос только теми, в которых он не обогащался, следовательно, такими, где пупилл вступал в сделки собственно обязательственные, т. е. клонившиеся к его же личному ущербу. Конечно, здесь не существует искового обязательства, но возникает ли естественное, не исковое, с особыми его последствиями – в этом, собственно, и состоит вопрос.

Выше было уже упомянуто, что произвольно принятая граница зрелости (*Pubertät*) для начала правоотправления основана на положительном праве и чужда *jus gentium*¹⁴⁰. Отсюда последовательность прямо приводит к признанию в этом случае возникновения *naturalis obligatio* с особыми ее следствиями (§ 8). Римские юристы решали этот вопрос то утвердительно, то отрицательно.

Отрицательно и весьма решительно высказались только двое: Люциний Руфин и Нераций. Первый говорит¹⁴¹: «*Pupillus mutuam pecuniam accipiendo nequidem jure naturali obligatur*», а второй¹⁴²: «*Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promissit (et) solverit, repetitio est: quia nec natura debet*». Оба весьма категорически отрицают существование *naturalis obligatio*; второй присовокупляет к этому отрицание ее в виде следствия, *solutum non repetere*.

Оба, относясь безразлично к тому обстоятельству – обогатится ли несовершеннолетний или нет, – могут быть, согласно буквальному смыслу, понимаемы так, что и в случае обогащения следует отрицать всякое, даже естественное, обязательство.

По изложенным выше основаниям такого вывода допустить нельзя, по крайней мере, по отношению к Лус. Руфинусу, жившему уже после императора Пия. Следовательно, приведенные места должны быть понимаемы со стороны последствий договоров самих по себе, не касаясь особого последствия, вытекающего из могущего наступить обогащения (не обуславливаемого договором).

Утвердительное решение вопроса можно найти во многих текстах, принадлежащих именно первостепенным юристам Дигест: Папиниану, Ульпиану и Павлу.

¹³⁸ Ср. System, т. 1, § 24. Ульпиан действительно говорит в *L. 3, § 4 de neg gestis* (3. 5): «*pupillus... post rescriptum D. Pii conveniri potest*» (прим. п); но это только неточность выражения, которая не дает нам права допускать, по отношению к прежним временам, противное. Следовало бы только сказать, что этот рескрипт рассеял всякое сомнение.

¹³⁹ Ср. выше § 5, h. Далее: System, т. 5; Beilage, XIV. Num. VIII; наконец, *L. 14 de cond. ind.* (12. 6): «*Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*». Также *L. 206 de R. J* (50. 17).

¹⁴⁰ Гай говорит *Lib. § 189*, что учреждение опеки существует у всех народов, а потому оно *jus gentium*. Однако же от этого собственно института, лишаящего несовершеннолетнего управления имуществом и переносящего его на опекуна, совершенно отлична отнимаемая у пупилла до наступления зрелости способность вступать в юридические сделки и искусственное дополнение его деятельности через *auctoritas*.

¹⁴¹ *L. 59 de O. et. A.* (44. 7).

¹⁴² *L. 41 de cond. ind.* (12. 6).

Для уяснения этих текстов нужно предварительно заметить, что в одних признается прямо существование самой *naturalis obligatio*, в других – те или другие характеристические ее последствия, а в некоторых – и то, и другое вместе. Далее, в одних местах о факте обогащения вовсе не упоминается (т. е. вопрос о нем буквально оставлен без разрешения), в других – факт этот решительно отрицается. Следовательно, в первом случае можно бы предполагать обогащение подразумеваемым, и тогда, конечно, согласно вышеизложенному воззрению, следовало бы, во всяком случае, допустить *civilis obligatio*, и если в приведенных местах тем не менее утверждается существование *naturalis obligatio*, то выражение это следовало бы относить не к последствиям обязательства, а к его происхождению, не принимая, однако, столь своеобразной терминологии без особенных оснований¹⁴³.

Противоположный взгляд особенно ясно выражен в приведенном выше тексте Ульпиана¹⁴⁴; содержание последнего вкратце следующее: если несовершеннолетний ведет чужие дела без поручения, то следует различать два случая: он через то обогатился, или не обогатился; насколько он обогатился, настолько и подлежит иску (*in id quod factus est locupletior*); если же он не обогатился, то действие его само по себе, конечно, подлежит рассмотрению, (*quod gessit*) как основание обязательства, но против него не может быть иска. Если же сам он в этом случае ищет возмещения убытков, то подлежит компенсации в размере убытков, причиненных его действиями (следствие простого *naturalis obligatio*, о котором, впрочем, Ульпиан ясно не упоминает).

Так же решителен один текст Сцеволы¹⁴⁵. Если пупилл без соизволения опекуна в форме стипуляции обещает дать раба и обеспечивает договор поручительством, то против него лично нет иска (*nulla petitio est*); к ответственности, напротив, может быть привлечен поручитель. Последнее обстоятельство и есть верный признак *naturalis obligatio* (§ 8), так как отрицание иска против пупилла несомненно показывает, что последний, по предположению Сцеволы, не обогатился.

Папиниан, в свою очередь, приводит следующий случай¹⁴⁶. Пупилл получает известную сумму займа без участия опекуна и умирает, оставляя кредитора своим наследником. В вопросе об отношениях наследника этого к третьим лицам (легатарю или фидеи-комиссару) не может быть и речи о том, обогатился ли опекаемый займом и насколько, но наследник зачисляет за собою всю сумму, как (при *confusio*) уплаченный долг. Очевидно, здесь самый долг, независимо от обогащения, признается за *naturalis obligatio*.

У Папиниана же находится еще следующий случай¹⁴⁷. Пупилл без всякого участия опекуна получает займы известную сумму и не обогащается; кредитор легирует эту претен-

¹⁴³ Мимоходом я уже заметил об этом, по отношению к мнению Пухты, состоящему главным образом в том, что рассматриваемый нами спорный вопрос должен быть решен отрицательно, и что признаваемое во многих местах *naturalis obligatio* должна быть понимаема в смысле истребования, в силу (предполагаемого) обогащения, – обязательства, которое только вследствие своего происхождения называется *naturalis*. Выше я сам придавал такой смысл выражению для объяснения *L. 5 pr. de auct.* (§ 5, h), но в данном случае принятие такой терминологии тем более основательно и даже совершенно необходимо, что в самом тексте обязательство объясняется как истребование.

¹⁴⁴ *L. 3, § 4 de neg. gestis* (3. 5) приведено выше в прим. п.

¹⁴⁵ *L. 127, de V. O.* (45. 1).

¹⁴⁶ *L. 95, § 2 de sol.* (46. 3): «...non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequitur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet». И в § 4 того же текста было выражено, что пупилл в силу своих договоров вступает в *naturalis obligatio*, а отсюда выводится заключение, что погашение главного долга договором или присягой *ipso jure* разрушает обязательство, освобождая, таким образом, от ответственности и поставленного пупиллом поручителя.

¹⁴⁷ *L. 25, § 1 quando dies* (36. 2): «...si petitor ad praesens debitum verba retulit, quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit: non secus ac si ita dixisset, Titio dato quod pupillus solverit». Пухта (и еще прежде другие) выводит объяснение этого места из различных мыслей завещателя, следовательно, из необходимого толкования завещания; однако выражение *petitor*, управляющее всею последующею речью, может только с натяжкой быть отнесено к завещателю, ибо *creditor* только тогда называется *petitor*ом, когда иск уже предъявлен или, по крайней мере, имеется в виду; вот почему и поправка, предлагаемая Готофредом (*testator*), совершенно произвольна. Здесь скорее речь идет о различных мыслях и намерениях легатаря, который именно

зию Тицию. Если Тиций, считая этот легат за обыкновенный *pomenlegatum*, захочет искать его с наследника, то ему откажут, так как не представляется действительного долга, который бы мог быть ему передан. Напротив, легат не будет ничтожным в том случае, если легатарь сочтет его превращенным в *naturalis obligatio*, осуществление его, следовательно, будет зависеть от возможного в будущем платежа добровольного, а быть может даже по ошибке со стороны самого пупилла. Как скоро платеж этот совершился, легатарь может требовать деньги от наследника. Здесь буквально выражено существование *naturalis obligatio*, и притом признано в форме одного из важнейших ее последствий, в *solutum non repetere* (§ 8).

Ульпиан говорит, что действительная новация предполагает последующую стипуляцию действительною или *civiliter*, или *naturaliter*. В виде примера последнего случая он упоминает об обещании (*promissio*) пупилла, данном без согласия опекуна¹⁴⁸. В этом случае совершенно ясно, что он предполагает договор без обогащения, иначе последний был бы действителен *civiliter*; далее, что здесь выражение *naturaliter tenet* не может обозначать происхождения из *jus gentium*, а только неполную действительность, потому что противоположение *promissio, quae civiliter tenet*, может относиться только к последней.

В том же смысле говорит Павел: «*Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili* (т. е. с последствием иска)¹⁴⁹. Тот же юрист обсуждает следующий казус¹⁵⁰. Пупилл получает займы без согласия опекуна. Кредитор легирует должнику раба под условием, что должник уплатит вышеупомянутый долг.

Как скоро последует совершение уплаты, она будет иметь двоякое последствие: во-первых, как исполнение условия, во-вторых, как погашение *naturalis obligatio* (которая, стало быть, здесь признается). Это второе последствие настолько независимо от первого, что если бы даже легат был недействительным, то и тогда уплаченные деньги не могли бы быть требуемы обратно (признак *naturalis obligatio* см. выше, § 8).

Помпоний решает следующий случай¹⁵¹. Пупилл, с которого ищут заем, полученный им без согласия опекуна, под присягой, потребованный от него, клянется в том, что *se dare non oportere*. Этим погашается *naturalis obligatio*, и произведенный впоследствии (по ошибке) платеж может быть требуем обратно. Если же присяга дается только по предмету недостающей *auctoritas* и не касается получения самого займа, то *naturalis obligatio* остается в силе и поставленный поручитель впоследствии может быть ответственен по иску. Таким образом, здесь несомненно признается *naturalis obligatio* как естественное обязательство, возникающее из простого договора, и, рассматривая это обязательство в непосредственной связи с известными последствиями *solutum non repetere* и действительного поручительства, мы при-

готовится предъявить иск и в этом смысле правильно мог бы называться *petitor* ом. Впрочем, как бы различны ни были мнения об указанной здесь противоположности возможных объяснений, решительный момент указанного нами листа заключается не в этом. Он состоит в ясно выраженном признании *naturalis obligatio*. Пухта же, напротив, принимает, что это выражение употреблено здесь не в собственном, юридическом, а в чисто фактическом смысле кажущегося договора, не имеющего никаких юридических последствий, но могущего в будущем получить осуществление в силу сознательного платежа. Однако же всякое подобное толкование должно быть отвергнуто, как скоро оно не имеет за себя никаких других оснований, кроме желания отстоять при его помощи предвзятое мнение.

¹⁴⁸ *L. 1, § 1 de nov.* (40. 2): «*qualiscunque obligatio... novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit*». И в другом месте Ульпиан говорит, что из одностороннего обещания пупилла возникает настоящий *debitum*, до того действительный, что впоследствии на нем может быть основана законная новация; так что позднейшая *promissio* не будет носить характера дара. *L. 19, § 4. de don.* (139. 5).

¹⁴⁹ *L. 43. de O. et A.* (44. 7). Поэтому, если тот же Павел в другом месте говорит, что пупилл, обогатившийся полученным займом, не может требовать уплаченных им обратно денег (*L. 13, § 1. de cond. ind.* 12. 6), то к этому случаю нельзя применять *argumentum a contrario*: иначе Павел будет сам себе противоречить. Ср. прим. сс.

¹⁵⁰ *L. 21 pr. ad. L. Falc.* (35. 2). Совершенно подобное же решение М а р ц и а н а находится в *L. 44. de sol.* (40. 3). В другом месте М а р ц и а н также признает, что из займа пупилла возникает настоящая *naturalis obligatio*, которая между прочим со всем наследством пупилла может быть перенесена на фидеикомиссара. *L. 64 p. r. ad. Sc. Treb.* (36. 1).

¹⁵¹ *L. 42 pr. de jure jur.* (12. 2). О случае первой присяги говорится: «*naturalis obligatio hac pactione tollitur, ut soluta pecunia repeti possit*»; о случае же второй: «*hoc casu fidejussorem praetor non tuebitur*».

дем к заключению, что вышеупомянутое выражение должно быть принимаемо в его собственном, обыкновенном смысле, однозначном с неискowym обязательством, а не с искowym, происшедшим ex *jus gentium*, так что юрист, обсуждающий вопрос, предполагает, стало быть, заем без обогащения.

Наконец, Гай упоминает о пупилле, дающем обещание без согласия опекуна; он, говорит Гай, будет *non obligatus* (именно *civiliter*), но вступление за него *sponsor*'а может иметь последствия. Точно так же в другом месте он высказывает, что, хотя обещание пупилла без участия опекуна есть *obligatio nulla* (именно *civiliter*), но в виде новации она может однако же погасить прежнее обязательство¹⁵². В обоих случаях признается несомненно неисквое обязательство, с известными положительными его последствиями (§ 8).

Бросая общий взгляд на изложенное, мы найдем два текста, решающие спорный вопрос отрицательно, и множество других (именно принадлежащих величайшим юристам), решающих его утвердительно. Уже со времен глоссы идут попытки разрешить это кажущееся противоречие и устранить его посредством такого разграничения: утвердительное решение относится к старшему возрасту пупилла, а отрицательное – к младшему (*pubertati, infantiae proximi*); или утверждение – к третьим лицам, отрицание – к самим пупиллам. Эти и подобные им попытки соглашения противоречивых текстов совершенно произвольны и не имеют основания в источниках. Некоторые из них прямо опровергаются приведенными выше казусами. В новейшее время отрицательное мнение выдавалось за безусловно истинное, так что признанная во многих местах *naturalis obligatio* должна была пониматься в связи со случаями обогащения, в которых употреблением этого выражения указывается будто бы на происхождение обязательства, а не на его (неполную) действительность¹⁵³. Я пытался опровергнуть это мнение толкованием соответствующих мест.

Таким образом, беспристрастное исследование приводит к убеждению, что соглашение упомянутых выше текстов на самом деле невозможно, что они скорее представляют нам нерешенный спор римских юристов, по недосмотру попавший в дигесты. В смысле юстиниановского законодательства мы должны дать преимущество утвердительному мнению, не только вследствие преобладающего количества таких указаний, но и потому, что на этой стороне стоят те из римских юристов, которые всеми признаны первостепенными; наконец, в пользу этого мнения говорит и внутренняя последовательность (прим. s). Многие из новейших писателей также держатся этого взгляда¹⁵⁴.

Однако же не бесполезно исследовать, как образовалось отрицательное мнение некоторых римских юристов. В пользу его многое можно сказать с практической стороны, так что если бы вопрос рассматривался с точки зрения новых законодательств, то предпочтение было бы отдано отрицательному мнению. Положительное учреждение опеки имеет целью безусловную защиту несовершеннолетних вследствие их неопытности и слабости характера, могущих причинить им большой вред даже и в том случае, когда они настолько развиты, что могут вполне понимать значение предстоящей сделки, которая с естественной точки зрения (т. е. по *jus gentium*) не превышает их способности к правоуправлению.

Если применить все это к договорам, заключаемым несовершеннолетними без посредства опекуна, то станет ясно, что защита малолетних только против исков – с одной стороны, и предоставление их на произвол судьбы в том случае, когда они могли бы потерпеть вред

¹⁵² *Gajus Lib. 3, § 119, 176*. *Obligatio nulla est* из этого последнего места буквально перешло в § 3 *J. quib. mod. toll. obl.* (3. 29) и потому там оно должно быть объясняемо точно так же.

¹⁵³ Пухта, *Pandekten*, § 237. Тексты, несогласные с этим мнением, он старается устранить упомянутыми объяснениями; других текстов вовсе не касается.

¹⁵⁴ *Рудорф и Гёйен*. См. выше прим. h. Точно так же и Глюк главным образом держится этого взгляда, но потом опять, по своему обыкновению, соглашается с разграничениями, допускаемыми его предшественниками, и, таким образом, снова отказывается от преимущества упомянутого взгляда.

от положительных последствий *naturalis obligatio* – с другой, было бы полумерою. Казалось бы более практичным решиться пожертвовать упомянутой последовательностью и лишиться договор малолетних даже последствия *naturalis obligatio*. В одном совершенно подобном случае на деле так и было. Поручительства женщин вследствие *Sc. Vellejanum* потеряли силу. Это учреждение чуждо *jus gentium* и поэтому подобным поручительствам на основании указанной последовательности можно было бы придать силу *naturalis obligatio*; тем не менее, последним было отказано в присвоении силы *naturalis obligatio*¹⁵⁵.

С другой стороны, не следует преувеличивать опасностей, возникающих из этого положения. Вследствие новейшего развития реституции, последняя, будучи введена первоначально только для несовершеннолетних (*puberes*), потом распространена была и на малолетних¹⁵⁶.

Эта реституция давала несовершеннолетним защиту в тех случаях, когда они, вследствие возникшей из их действий *naturalis obligatio*, находились в опасности какой-либо потери; например, если компенсация, упомянутая Ульпианом (прим. п), признавалась против них действительною.

Таково положение вопроса в юстиниановом праве. Что касается теперешнего его приложения, то исследование и установление его может иметь место только в учении об опеке. При этом нужно обратить внимание на то, что для нас различие между опекою и попечительством над несовершеннолетними, следовательно, и особенности *auctoritas*, потеряли всякое значение. Последствия такого изменения, на которое можно смотреть с разных точек зрения, требуют точного и тщательного исследования. Только из него можно будет узнать, приложимы ли и в каком виде к ныне действующему праву изложенные юридические отношения.

6. Обязательство сына, состоящего под отеческою властью, возникшее из займа *Sc. Macedonianum*.

Здесь существует *naturalis obligatio*¹⁵⁷ в том смысле, что *exсертio* из сенатусконсульта направляется только против иска, последний же может быть предъявлен или к сыну (до или после прекращения отеческой власти), или к отцу, как *actio de peculio*. В этом случае наступают обыкновенные последствия *naturalis obligatio* (§ 8). Следовательно, во-первых, *solutum non repetere*¹⁵⁸; далее юридическая действительность поручительства; однако же и поручитель, по принципу, может в опровержение иска, направленного к нему, сослаться на *exсертio*; а именно: он может сделать это во всех случаях регресса к главному должнику. Но тогда его обязательство, как и обязательство главного должника, имеет последствия *naturalis obligatio*, так что и поручитель также не может требовать обратно уплаченных им денег¹⁵⁹. Затем действительность залога в обеспечение этого долга; только владелец, так же как и поручитель, имеет *exсертio*¹⁶⁰. Наконец, возможность новации¹⁶¹.

Если спросят об основаниях этого характеристического постановления, то очевидно, что все запрещение в полном составе есть чисто положительное и чуждо *jus gentium*. По обстоятельствам оно совершенно сходно с подобным ему и в других отношениях *Sc. Vellejanum*, при котором, однако *naturalis obligatio* не сохраняет силы (прим. hh). Положительным запрещением в настоящем случае надеялись, по-видимому, действовать менее строго против самого займа; оно должно было иметь силу несмотря на обман, лихоимство, расточительность или другой какой бы то ни было ущерб для интересов сына, следовательно, и при полной нравственной

¹⁵⁵ *L. 40 pr. do cond. ind.* (12. 6), *L. 2 quae res pign.* (20. 3) и другие места.

¹⁵⁶ *Cp. System*, т. 7, § 322.

¹⁵⁷ *L. 10; L. 18 de Sc. Mac.* (14. 6).

¹⁵⁸ *L. 9, § 4. 5 de Sc. Mac.* (14. 6); *L. 26, § 9; L. 40. pr. de cond. ind.* (12. 6); *L. 14 de R. C.* (12. 1); *L. 19 de nov.* (46. 2).

¹⁵⁹ *L. 9, § 3. 4; L. 10; L. 11; L. 18 do Sc. Mac.* (14. 6).

¹⁶⁰ *L. 2 quae res pign.* (20. 3).

¹⁶¹ *L. 19 de nov.* (45. 2); *L. 20 de Sc. Mac.* (14. 6).

безукоризненности со стороны кредитора. Выражено оно в столь общей форме с тою именно целью, чтобы им тем вернее обнять и предотвратить действительно опасные и, быть может, наказуемые случаи. Но для предупреждения их мог казаться достаточным простой отказ в иске, так как ростовщик едва ли рискнул бы вступить в сделку, которая могла найти санкцию только в последствиях *naturalis obligatio*, и то весьма случайных и сомнительных.

§ 11

II. Виды обязательств. *Civilis* и *naturalis obligatio*. Частные случаи *naturalis obligatio* (продолжение).

С. Строгая последовательность гражданского права, непризнанная в *jus gentium*.

7. Теперь следуют несколько случаев, в которых суровая последовательность гражданского права ведет к строгости, несообразной с потребностями гражданского оборота и требующей смягчения посредством *aequitas*, преобладающей в *jus gentium*.

Сюда относится, во-первых, случай, когда должник назначает кредитора наследником, обременяя реституцией всей массы наследственного имущества: кредитор вступает в права наследства помимо своей воли и принуждается к реституции, терпя, таким образом, право вычета четвертой части (*quarta*). По строгому праву претензия здесь погашается *ipso jure* вследствие *confusio*, что, очевидно, несогласно с *aequitas*, поэтому претензия должна продолжаться в виде *naturalis obligatio* со всеми ее обыкновенными последствиями.

Случайная, совершенная по ошибке уплата не может быть, следовательно, требуема обратно и, если в обеспечение долга был оставлен заклад, то кредитор может впоследствии добиться признания его действительным, как посредством *exceptio*, если он владеет закладом, так и путем иска, если он им не владеет¹⁶².

8. Второй случай подобного рода представляется при *minima capitis deminutio* в древнейшем праве. В силу последней (например, при *agrogatio*) должник освобождался от долгов, что, очевидно, противоречило *aequitas* и потому долги продолжали существовать в виде *naturalis obligatio*¹⁶³.

Это положение рано потеряло свое практическое значение в римском праве. Подобное освобождение представлялось совершенно неестественным и против него допускалась неограниченная реституция, так что потерянный сам по себе иск мог быть, тем не менее, предъявлен под именем *fictitia actio*¹⁶⁴. Таким образом, *naturalis obligatio* со всеми ее особыми, ограниченными последствиями сделалась здесь излишнею и на практике совершенно исчезла.

Д. Особенные отношения искового права.

9. Ошибочное освобождение должника по решению, вступившему в законную силу. Не может быть и спора, что подобный должник против всякого дальнейшего иска обеспечивается законным возражением (*exceptio*), но со времен глоссаторов и доньше, напротив, сильно оспаривался вопрос: продолжается ли после такого освобождения *naturalis obligatio*? Высказываясь за продолжение *naturalis obligatio*¹⁶⁵, я должен предварительно заметить, что последствия ее, благодаря особенной природе упомянутого возражения (*exceptio*), представляются менее совершенными, нежели во многих других случаях; обстоятельство, на которое было обращено внимание уже выше, в конце § 8.

¹⁶² L. 59 pr. ad Sc. Treb. (36. 1): «...Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio». Для объяснения всего этого места ср. System, т. 5, § 250 q.

¹⁶³ L. 2, § 2 de cap. min. (4. 5): «Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis diminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter». К случаям этого рода (прим. а, б) можно применить весьма замечательное выражение, употребленное Ульпианом по поводу другого случая (L. 32 pr. de pec. 15. 1): «Sed licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat, judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur».

¹⁶⁴ Gajus Lib. 3, § 84; Lib. 4, § 38. Ср. System, т. 2, § 70, m. o., m. 7, § 333.

¹⁶⁵ Ср. System, т. 5, § 249 с, § 250 g. Одно место в L. 8, § 1 ratam rem (46. 8), которое будет иметь значение при разрешении этого вопроса, на самом деле относится не сюда, но к процессуальной давности, о которой говорится ниже; им мы воспользуемся в своем месте.

За продолжение говорит прежде всего общий принцип. Непокосимость ошибочного судебного решения, вступившего в законную силу, основана на чисто положительном учреждении и чужда *jus gentium* (§ 5 i).

Косвенным образом, но несомненно это признано в одном месте институций, по которому *exceptio rei judicatae* не основана, подобно другим эксцепциям, на свойственной *jus gentium aequitas*¹⁶⁶.

Но еще важнее для нас целый ряд текстов, в которых высказаны применительно к разбираемому случаю либо прямо существование *naturalis obligatio*, либо те или другие особенные ее последствия.

Важнейшим из упомянутых текстов обеими партиями искони признавалось обсуждение Павлом следующего казуса¹⁶⁷.

Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset. Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet; similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.

Попытаюсь, прежде всего, изложить прямой и несомненный буквальный смысл цитаты.

К действительному должнику предъявлен иск; он уплачивает после *litis contestatio*, впрочем, до постановления решения, и вскоре после того, но в тот же промежуток времени, хочет требовать уплаченное обратно.

В обратном требовании отказывает ему Юлиан (с которым молчаливо соглашается и Павел).

Видимое основание к обратному требованию, предполагаемое на стороне должника и опровергаемое в приведенном тексте, заключается в следующем: кто уплачивает (по ошибке) долг, обусловленный наступлением известного события, тот может требовать его обратно потому, что такой долг, в момент требования, не есть еще долг, и, смотря по фактическим последствиям, может быть безусловно существующим долгом и безусловно несуществующим¹⁶⁸.

С подобным-то условным должником стоит, кажется, на одной линии и упомянутый ответчик, ибо в случае обвинения он будет признан должным, в случае освобождения — не должным; но которое из этих двух последствий наступит, в данную минуту еще совершенно неизвестно и сомнительно. Это-то видимое основание Юлиан подрывает следующим соображением. Освобождение ни в одном из случаев не превращает существующего долга в несуществующий, так как действительный должник (который здесь не предполагается) продолжает оставаться и после освобождения в *naturalis obligatio* (*natura debitor permanet*), а этого совершенно достаточно для исключения обратного требования (*condictio*)¹⁶⁹. Вышеупомяну-

¹⁶⁶ В §§ 1–4 *J. de except* (4. 12) при целом ряде *exceptiones*, каковы *exceptiones doli*, *metus*, *pacti*, *jurisjurandi*, постоянно приводится в виде их основания: *quia iniquum est, eum condemnari*; и в самом деле, все эти *exceptiones* основаны на *naturalis aequitas*, на *jus gentium*. За ними, в § 5, следует *exceptio rei judicatae*, где без упоминания об *iniquum*, с явным разграничением от предшествующего места, говорится просто: *debes per exceptionem rei judicatae adjuvari* (Ср. System, т. 5, § 248 с). Совершенно ошибочно некоторые из новейших писателей понимают это место институций в том смысле, что доказательная сила его заключается в словах: *nihilominus obligatio durat*, ибо совершенно то же выражение находится (в разнообразных применениях) и в предшествующих параграфах, при таких *exceptiones*, когда, конечно, не продолжалась никакая *naturalis obligatio*, а потому это выражение вообще относится не к продолжению, а скорее к совершенно отличным от него и противоположным явлениям прекращения, наступающим *ipso jure* или *per exceptionem*.

¹⁶⁷ *L. 60 pr. de cond. ind.* (12. 6).

¹⁶⁸ *L. 16 pr.; L. 18 de cond. ind.* (12. 6).

¹⁶⁹ Некоторые писатели без всякой нужды усложняют вопрос, связывая с ним другой: не погашается ли с совершением платежа и *naturalis obligatio* и вследствие этого не становится ли необходимою *absolutio*. Юлиан вовсе не спрашивает о влиянии этого платежа на прежний долг, а только о том: исключается ли до платежа, следовательно независимо от него, существование действительного, верного долга простым предположением возможного освобождения. Он ставит такой вопрос для того, чтобы

тый должник стоит скорее на одной линии с тем, кто обещает что-либо под двумя альтернативными условиями, состоящими в отношении противоречия. Одно из них непременно должно наступить, а потому обещание, по буквальному выражению условное, на самом деле безусловно.

Из предложенного объяснения цитаты, опирающегося на точную передачу буквального смысла и внутреннюю связь идей, можно сделать два несомненных вывода. Во-первых, продолжение *naturalis obligatio* после освобождения действительного должника; во-вторых, устранение *condictionis indebiti*, представляющееся везде вернейшим признаком и преимущественнейшим последствием истинной *naturalis obligatio*.

Из последовательного хода мысли очевидно, что Юлиан отрицает претензию на *condictio* единственно на этом основании, не различая, совершилась ли уже уплата в данный момент во время процесса (как здесь и предполагалось) или же после несправедливого освобождения; к обоим случаям одинаково применяется основание *natura debitor permanet*. Уже одним этим соображением весь наш вопрос решается настолько удовлетворительно, что мы, собственно говоря, можем обойтись без всяких других подтверждающих его цитат. Тем не менее, однако, должны быть взвешены порознь как приведенные уже основания, так и противоположные им. Но прежде, нежели перейдем к оценке тех и других, нужно еще особо рассмотреть, при какой именно фактической обстановке обсуждал Юлиан решенный им казус. Простейшая и ближайшая обстановка представляется следующей: привлеченный к суду действительный должник убедился во время процесса в своей неправоте и совершил платеж; вскоре после того он стал сожалеть об этом, рассчитывая на возможное освобождение от долга. И вот он хочет предъявить *condictio indebiti*, но Юлиан отказывает ему в ней.

Вышеизложенное решение вопроса остается и для этого случая справедливым, но приведенные основания вовсе не идут к нему и потому мы можем смело утверждать, что Юлиан рассматривал весь казус не в этом простейшем виде.

Когда ответчик совершил платеж с ясным сознанием обстоятельств дела, то он непременно имел в виду прекратить процесс полною уступчивостью со своей стороны и действие это по существу своему совершенно сходно с судебным признанием и с мировой сделкой¹⁷⁰. Во всех этих случаях о *condictio indebiti* не может быть и речи, так как прекращение процесса было собственным намерением ответчика, приведенным в исполнение несмотря на то, что будущее решение могло бы привести даже к совершенно иным результатам¹⁷¹. Таким образом, вся мотивировка в приведенной нами цитате вовсе не идет к этой обстановке: хотя бы после освобождающего решения и не существовало *naturalis obligatio*, уплаченное таким образом и тогда не подлежало бы обратному требованию. Предположение *naturalis obligatio* было бы, следовательно, при обсуждении подобного казуса совершенно нелогичным и ошибочным. Главное условие *condictionis* – платеж по заблуждению¹⁷² – все-таки здесь отсутствует и дело вовсе не в том, есть ли это обязательство ничтожное само по себе, вполне или не вполне действительное. Для избежания внутреннего противоречия между фактическими условиями, приведенными в цитате, и мотивами решения мы должны принять, что Юлиан в обсуждаемом им казусе имел в виду ответчика, не обладавшего предположенным ясным пониманием обстоятельств дела и потому совершившего платеж без сознательного намерения прекратить процесс. Это можно представить себе в таком виде: ответчик был введен в обман ложным известием о проигрыше им дела.

затем решить: было ли это *debitum* или *indebitum solutum*, из которых последнее и есть главное условие *condictionis indebiti*.

¹⁷⁰ System, т. 7, § 302, 303.

¹⁷¹ L. 65, § 1 de cond. ind. (12. 6); L. 2 c de transact. (2. 4).

¹⁷² System, т. 3, стр. 360, 448 и сл.

Далее, можно допустить, что ответчик вообще ничего не знал о начавшемся процессе, а потому и не мог совершить платежа с намерением прекратить дело, а совершил его только с целью погасить известный ему долг. К такому случаю совершенно подходят мотивы, изложенные в цитате, но этот же казус может быть объяснен еще иным образом. Первоначальный должник умирает тотчас после *litiscontestatio*, а наследник его уплачивает известный ему долг, ничего не зная о процессе. Далее должник мог заключить договор вне своего места жительства, обязавшись произвести платеж в месте заключения договора и, избрав там же на случай могущего возникнуть процесса поверенного, уполномочил его представить возражение на иск¹⁷³. Поверенный действительно предпринял *litis-contestatio*, а должник, не имея об этом никаких известий, совершил платеж в месте своего жительства. Какой-нибудь случай в этом роде должен был иметь в виду Юлиан и, быть может, он его и сообщил в точности в своем подробном изложении, но в извлечении Павла не осталось его и следа. К этой важной цитате примыкает другая, близко подходящая к ней и также заимствованная из Павла¹⁷⁴: *Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest*.

Несправедливость освобождения здесь выражается прямо, а в предыдущей цитате то же самое означалось не менее определенно словами *verum debitorem*; к этому также приурочивается устранение *condictionis indebiti*, а потому признается продолжение *naturalis obligatio*. Единственное часто возбуждавшееся сомнение заключается в словах *sua sponte*, которые можно бы понимать в смысле «произвол и о с совершенным сознанием истинных обстоятельств дела», следовательно, вполне безошибочно, так что отсутствие ошибки, а не предполагаемая *naturalis obligatio*, и было бы основанием исключения *condictionis*. Но это объяснение должно быть совершенно отвергнуто ввиду слов *si male absolvit*, которые нельзя оставить без внимания. В самом деле: когда ответчик после справедливого освобождения уплачивает сознательно, не по ошибке, к чему он может иметь многие побуждения (например, великодушие, сострадание, поддержание своего кредита; желание только видеть свое право признанным), то *condictio* также исключается, и решение Павла было бы поэтому одинаково справедливо для случая *si recte absolvit*¹⁷⁵. Вот почему невозможно допустить, чтобы слова *si male absolvit* были вставлены в приведенную цитату, если бы она имела предположенный нашими противниками смысл. Таким образом, остается только объяснять слова *sua sponte* с моей точки зрения. Сами по себе они выражают только произвол без всякого указания на мотив или на какое-либо состояние сознания. Они вставлены, на самом деле, с одной целью сделать для читателя наглядными фактические отношения. Именно, могло бы казаться непонятным то обстоятельство, что освобожденный уплатил. Обвиненный платит или потому, что его принуждает к этому судья, или потому, что желает предотвратить принуждение, следовательно, в любом случае против своей воли. Подобных мотивов, конечно, не существует у освобожденного ответчика, так что он, во всяком случае, должен считаться действующим добровольно, независимо от того, действовал ли он по ошибке или сознательно.

Таким образом, мы можем утверждать далее, что после освобождения главного должника прежнее поручительство продолжается и новое может быть установлено. Это вытекает из указанного выше общего принципа, по которому действительное поручительство допускается и по неисковому обязательству (§ 8 m); на это же указывает замечательное косвенное признание в одном тексте Ульпиана¹⁷⁶, по которому допускается установление поручитель-

¹⁷³ Cp. System, т. 8, § 370.

¹⁷⁴ L. 28 de cond. ind. (12. 6).

¹⁷⁵ L. 26, § 3 de cond. ind. (12. 6): «Indebitum... accipimus... et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvi t».

¹⁷⁶ L. 8, § 3 de fid. (40. 1): «Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur». Применение к случаю последующего освобождения в этом тексте (по крайней мере, насколько он вошел в Дигесты) не выражено; но зато ясно изложено применение к случаю обвинительного решения.

ства в продолжение процесса, основанием чему приводится соображение, что в долговой претензии, поступившей на рассмотрение суда, может содержаться кроме гражданского элемента еще и естественный. Основание это замечательным образом согласуется с объясненным выше местом Юлиана. Ульпиан хочет этим сказать: даже в том случае, когда ответчик должен быть освобожден, и если бы даже поручительство было установлено только после освобождения, все-таки естественный элемент обязательства остается и достаточен для поддержания поручительства; только, конечно, действия подобного поручительства весьма ограничены. В случае привлечения поручителя к суду он может защищаться посредством *exceptio rei judicatae* точно так же, как мы видели выше, по *Sc. Macedonianum*, – следовательно, не безусловно, так как поручитель даже не участвовал в процессе, а настолько, насколько он имеет регресс к главному должнику. По нятно, что если бы поручителю было отказано в *exceptio*¹⁷⁷, то должник лишился бы всех прав, вытекающих для него из освобождения. В подобном же положении находится и закладное право после несправедливого освобождения должника от долгового требования. Закладное право продолжает действовать и при неисквом обязательстве (§ 80), следовательно, и после несправедливого освобождения. В случае предъявления *hypothecaria actio* к самому владеющему закладом должнику последний может противопоставить иску *exceptio rei judicatae*, и в этом смысле можно сказать: *pignus liberatur*; иск же, предъявленный против третьего лица, владеющего закладом, не подлежит такому ограничению¹⁷⁸.

Наконец, нужно еще упомянуть о компенсации в этом отношении. Претензия может быть компенсирована даже после несправедливого освобождающего решения потому, что для этой цели считается пригодным всякое неисквое обязательство¹⁷⁹. Если же ответчик желает осуществить компенсацию через *doli exceptio*, то последняя может быть опровергнута посредством *replicatio rei judicatae*, при чем, следовательно, опять проявится весьма ограниченное действие той продолжающейся *naturalis obligatio*, на которую было уже указано выше (в конце § 8).

В течение всего предыдущего исследования последствия несправедливого освобождения были взвешиваемы исключительно с точки зрения Юстинианового права, именно в форме *exceptio rei judicatae*; в интересах полноты бросим еще взгляд на древнейшее право.

Здесь обстоятельства сложились так, что именно в важнейших и более выдающихся случаях последствия освобождения были далеко решительнее.

Так, если в каком-либо *legitimum iudicium* формула предъявленного иска имела *juris civilis intentio*, то *exceptio rei judicatae* была бесполезна потому, что сначала *litis-contestatio*, а затем новое решение разрушало все прежние юридические отношения *ipso jure*¹⁸⁰. Таким образом, действительный должник, освобожденный по ошибке, становился уже свободным *ipso jure*; и вот спрашивается: в каком отношении находится этот последний факт к вопросу о продолжительности *naturalis obligatio*? Можно бы предположить, что сказанное безусловное

¹⁷⁷ В *L 7, § 1 de except.* (44. 1) поручителю, по-видимому, дается *exceptio rei judicatae* безусловно, и в то же время этот случай приравнивается к *exceptio Sc. Macedoniani*, где *exceptio* принадлежит только поручителю, имеющему регресс (§ 10 m); поэтому мы имеем право применить то же ограничение и к *exceptio rei judicatae* поручителя, частью вследствие только что упомянутого сопоставления обеих *exceptiones*, частью в силу вышеприведенных в тексте внутренних оснований.

¹⁷⁸ Главные места: *L. 27 de pign.* (20. 1), и *L. 13 quibus modis pign.* (20. 6). Ср. System, т. 5, § 250, g. Лишение третьего лица, владеющего закладом, – *exceptio*, должно быть понимаемо только по отношению к владельцу, не состоящему с должником в юридической связи; если же он является в качестве даже сингулярного преемника должника, то ему во всяком случае присваивается *exceptio*. Ср. System, т. 6, § 301, h, i.

¹⁷⁹ См. выше § 8, i. На самом деле мы не в состоянии привести указания на такую возможность компенсации. В особенности сюда не подходит *L. 2 C. de comp.* (4. 31), которая, конечно, может быть объясняема различным образом и даже подвергалась уже толкованию. Объяснение ее, основанное на внутреннем смысле, таково: кто совершает платеж вследствие решения, вступившего в законную силу, тот ни в каком случае не может требовать обратно уплаченного (хотя бы даже он в данный момент желал доказать несуществование долга), и, следовательно, также не может пользоваться этим обратным требованием как средством для компенсации. Но если он еще не уплатил и будет понуждаем к платежу через *judicati actio*, то, без сомнения, может противопоставить иску принадлежащую ему (другую) встречную претензию в виде компенсации.

¹⁸⁰ *Gajus Lib. 4, § 106, 107; Lib. 3, § 180, 181*. Эта строжайшая форма выступала именно во всех процессах, производившихся в Риме по займу, стипуляциям и другим контрактам.

действие решения совершенно уничтожало в этом случае и *naturalis obligatio*. Хотя мы не имеем никаких указаний на такой вывод, но предположение это, как в высшей степени неправдоподобное, все-таки должно быть отвергнуто. Дело в том, что упомянутая здесь юридическая форма далеко превосходила своим положительным характером даже принцип непоколебимости несправедливого решения, вступившего в законную силу, и была, следовательно, совершенно чужда *jus gentium*, а потому мы должны прямо допустить, что в древнем праве *naturalis obligatio* продолжалась даже в указанных выше строгих случаях и что *exscriptio rei judicatae*, игравшая в прочих процессах роль суррогата погашения и уцелевшая в новейшем праве, в этом именно пункте вовсе не отличалась от вышеупомянутой более строгой юридической формы.

Было бы еще несообразнее предположить различие в древнем праве обеих этих юридических форм и действие их в противоположном направлении. Такое предположение имело бы тот смысл, что в случаях строгого процесса допускалось продолжение *naturalis obligatio* против освобожденного, тогда как в прочих случаях, менее формальных, *naturalis obligatio* разрушалась освобождающим решением, что противоречит всякой аналогии естественного развития права. Строгий институт древности, подчинявшийся букве, производил бы в таком случае менее решительное действие, относясь терпимее к *jus gentium*, нежели более свободный институт новейшего времени, развившийся под несомненным влиянием свободных воззрений юристов.

Теперь я возвращусь к началу всего исследования с целью указать на отношение других юристов к нашему спорному вопросу. До новейшего времени на вопрос этот было потрачено много труда и таланта; оба мнения имеют на своей стороне известных представителей.

Против продолжения *naturalis obligatio* высказались Вангеров, Пффордтен и Вэхтер¹⁸¹. Из них в особенности Пффордтен необыкновенно тщательно отнесся к исследованию, изложив, главным образом, историю отдельных догматических вопросов. Он, как и все другие, признает, что в источниках разобранные нами подробно решение Юлиана (прим. f) составляет средоточие всего исследования, и старается ослабить доказательную силу этого решения в пользу мнения противоположного следующим образом¹⁸². *Naturalis obligatio* должна была, без сомнения, продолжаться в тех случаях древнейшего права, где освобождение разрушало прежнее право кредитора *ipso jure* (прим. t); во всех же других случаях – не продолжалась; решение Юлиана относилось к одному из указанных случаев; следовательно, для новейшего права, в котором исчезла специальная юридическая сила этого института, оно не может иметь более значения. Выше я старался доказать, что разграничению случаев, содержащемуся в древнейшем праве, когда решение действовало *ipso jure* или *per exceptionem*, нельзя приписывать никакого влияния на продолжение *naturalis obligatio*, а тем более такого, какое приписывает ему Пффордтен (оно скорее было противоположным). Кроме того, подобное толкование решения Юлиана должно быть всецело отвергнуто еще по двум другим основаниям: во-первых, потому, что предположить такой случай, к которому будто бы относилось решение, будет совершенно произвольно, так как ни одно слово разобранный цитаты не дает к этому повода; во-вторых, мы вынуждены будем тогда допустить, что компиляторы по какой-то невероятной ошибке внесли указание на продолжающееся существование *naturalis obligatio* в Дигесты, хотя в их время не могло уже представиться ни одного случая для такого существования *naturalis obligatio*.

¹⁸¹ Vangerow, т. 1 (1839), § 173, где приведены также и многие из прежних писателей. Pfordten в Archiv für civil. Praxis, т. 24 (1841), стр. 108–153, и Pfordten diss. de obligationis civilis in naturalem transitu (Lips. 1843), § 7; Wächter Erörterungen, т. 3 (1846), стр. 27–34.

¹⁸² Pfordten, стр. 140–153.

За продолжение *naturalis obligatio*, т. е. за мнение, защищаемое мною, высказались Пухта и Фейн¹⁸³; середины придерживаются Кирульф и Бухка¹⁸⁴. Они допускают существование ее по римскому праву, в действующем же праве, по их мнению, должно быть иначе; но как именно и почему – остается неизвестным. Кирульф в особенности порицает римских юристов за допущение ими продолжения *naturalis obligatio*, что, по его предположению, может быть объяснено только ограниченностью этих юристов, мешавшей им отрешиться от республиканской догмы.

10. Давность личного иска.

О действии этой давности искони велся большой спор. Наименьшею сравнительно популярностью пользовалось мнение, по которому (по крайней мере, в некоторых случаях) обязательство, не исключая и *naturalis obligatio*, должно было прекращаться *ipso jure*. Почти все согласны с тем, что давность погашает обязательство только *per exceptionem*, и спорным остается (как и при освобождении по ошибке) только вопрос: продолжается ли затем *naturalis obligatio*?

В другом месте я уже подробно высказался за продолжение ее¹⁸⁵, а потому здесь сошлюсь только на прежнее подробное исследование этого предмета вообще, дополнив его разбором доводов одного из новейших противников моего мнения¹⁸⁶.

Пфортен соглашается с выставленным мною принципом, по которому *naturalis obligatio* остается неприкосновенною в том случае, когда прекращение обязательства основано не на *jus gentium*, и утверждает только, что исковая давность, в сущности, основана на последнем. Отсюда он выводит, что *naturalis obligatio* погашается исковою давностью за исключением обязательств, обеспеченных залогом. Происхождение же давности из *jus gentium* он старается доказать тем, что последняя введена претором, который всегда следовал предписаниям *jus gentium*.

Эти доводы я считаю весьма слабыми. Исковая давность не может быть выводима из *jus gentium* уже потому, что по природе своей она есть такое же произвольное и чисто положительное учреждение, как и всякая норма, основанная на числовых отношениях¹⁸⁷. Затем, у самих римлян большая часть исков и важнейшие из них до эпохи христианских императоров не подлежали никакой давности; вот почему римляне и не могли смотреть на давность как на юридический институт, общий всем цивилизованным народам. Сверх того, исковую давность не следует считать результатом преторского эдикта. Преторы обусловили годичным сроком только иски, введенные ими самими (которые они могли ограничивать по произволу); все же гражданские иски, т. е. многочисленнейшие и важнейшие, подверглись давности не в силу эдикта, а вследствие императорских законов, т. е. по гражданскому праву. Наконец, и помимо всех этих доводов упомянутое воззрение должно быть отвергнуто уже потому, что отождествление преторского права с *jus gentium* совершенно ошибочно.

Правда, что многие положения *jus gentium* перешли в эдикт; но большая часть последнего имеет иное происхождение¹⁸⁸.

11. Процессуальная давность личного иска.

¹⁸³ Puchta, Pandekten, § 293; E. Fein, Archiv, т. 26 (1843), стр. 101–200; 359–400, где находится также подробное опровержение Пфортена, стр. 376.

¹⁸⁴ Kierulff, т. 1 (1839), стр. 43; Buchka, Einfluss des Prozesses, т. 1 (1846), стр. 315 и сл.; т. 2, стр. 200.

¹⁸⁵ System, т. 5, § 248–251

¹⁸⁶ Pfordten, § 6 приведенного в прим. и латинского сочинения.

¹⁸⁷ Обыкновенные исковые давности колеблются между одногодичным и тридцатилетним сроком; некоторые сокращаются до шестимесячного или удлиняются до столетнего срока.

¹⁸⁸ Я предостерегал уже от отождествления *jus gentium* с *jus honorarium* в другом месте. System, т. 1, § 22, p. 118.

По древнему праву, всякий иск по отношению к истцу терялся, коль скоро процесс длился известное время и не был разрешен судом¹⁸⁹. Это правило, очевидно, было чуждо *jus gentium*, а потому *naturalis obligatio* должна была продолжаться.

Такое продолжение признается отчасти непосредственно и вообще, отчасти – в приложении к тем или другим важнейшим последствиям, а именно, в исключении *condictio indebiti* и в продолжаемости закладного права¹⁹⁰.

12. *Jus iniquum*.

Если лицо, облеченное судейскою властью, вводило произвольный, новый принцип права, то оно само подвергалось действию того же принципа в ущерб собственным будущим процессам; этому же наказанию подлежала и сторона, подавшая своими предложениями повод к этой несправедливости¹⁹¹. Отсюда можно, между прочим, вывести, что подобному лицу будет отказано в иске, даже основательном. Но этот ущерб, как и всякое другое наказание, чужд *jus gentium*, а потому подобный долг продолжает существовать в виде *naturalis obligatio*, и если должник уплачивает его, хотя бы и по ошибке, то он не может требовать его обратно в силу *condictio indebiti*¹⁹².

¹⁸⁹ Gajus Lib. 4, § 104, 105.

¹⁹⁰ L. 8, § 1, *ratam rem* (46. 8): «...quia naturale debitum manet»; L. 30, § 1 *ad L. Aqu.* (9. 2). В обоих этих местах речь идет о кредиторе, «qui litem amisit», а один раз говорится «quod litem tempore amisit». Уже видоизмененное второе выражение доказывает, что *litem amittere* следует понимать здесь не в смысле освобождения (или лучше – *потери процесса*), но в смысле давности иска. Ср. System, т. 5, § 249, d; Keller Litiscontestatio, стр. 158; Pfordten (прим. и), § 5.

¹⁹¹ L. 1, § 1 *quod quisque juris* (2. 2).

¹⁹² L. 3, § 7 *eod.*: «Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat; *superesse enim naturalem causam*, quae inhibet repetitionem». Это наказание всегда применяется только *adversario postulante*, L. 1, § 1; L. 3, § 2 *eod.* Следовательно, в упомянутом здесь случае иск должен считаться парализованным *per exceptionem*.

§ 12

II. Различные виды обязательства *civilis* и *naturalis obligatio*. Частные случаи *naturalis obligatio* (продолжение)

Теперь подлежат рассмотрению многие случаи, которые иногда также носят название *naturalis obligatio*, но влекут за собою не все ее последствия, а только некоторые из них.

1. Сюда, во-первых, относится обязательство замужней женщины, дающей своему мужу приданое, считая себя по ошибке к тому обязанной (например, в силу договора). Все отданное, несмотря на ошибку, не подлежит обратному требованию, так как жена должна была принести приданое в силу естественного обязательства¹⁹³. Таким образом, здесь мы видим *solutum non repetere*, объем и пределы которого вполне определяются отданным объектом. О других же последствиях нет и речи, да они, на самом деле, не могут иметь применения по причине неопределенности предмета. Так, например, немисливо, чтобы муж, в случае взыскания с него женою по дого вору, имел право компенсировать иск упомянутым естественным обязательством жены. Нигде не говорится, что жена обязана принести в приданое все свое имущество, и потому невозможно определить, какую сумму муж мог бы компенсировать.

Вероятно, главный интерес, вызвавший установление такого правила, состоял в желании радикального искоренения в этом случае самой идеи о даре. С одной стороны, всякий дар между супругами был запрещен и объявлен ничтожным, а с другой – доставление приданого, особенно со стороны жены, признавалось естественным и желательным, имело ли оно место до совершения брака или после. Для вернейшего устранения этого видимого противоречия необходимо было признать существование *naturalis obligatio* жены доставлять приданое, величина которого остается неопределенною; при этом всякое действительное доставление (хотя бы по ошибке) считалось уплатою долга, чем исключалась всякая идея о даре¹⁹⁴.

2. Совершенно аналогичный характер представляют и услуги вольноотпущенного по отношению к патрону.

Они бывают то *fabriles* (физические или умственные), то *of ficiales* (личные, нравственные). Здесь речь идет об услугах второго рода, которые только и могут быть предметом личных патронатских отношений; что же касается услуг первого рода, то они уже по своей природе могут быть обещаемы и оказываемы как патрону, так и постороннему лицу¹⁹⁵.

Патрон не мог путем иска требовать *officiales operae*, если они не были обещаны ему по договору; но в этом случае признавалось неискковое обязательство. Последствием его было то, что исполненное вольноотпущенным натурою или уплаченное деньгами под влиянием оши-

¹⁹³ L. 32, § 2 *de cond. ind.* (12. 6): «Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit. Sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest». Правда, здесь нет выражения *naturalis obligatio*, а говорится только *pietatis causa*; но последствие, непосредственно связанное с этими словами – *solutum non repetere* – дает право понимать их в значении *naturalis. obligatio*. Пухта (*Cursus*, т. 3, стр. 66) отрицает как в этом, так и в следующем случае существование истинной *naturalis obligatio* и допускает только нравственное обязательство, а потому обратное требование представляется ему безнравственностью, которую право не должно охранять. Впрочем, безнравственность эта существует здесь не безусловно, а зависит скорее от индивидуальных обстоятельств; но, с другой стороны, есть много нравственных обязательств (*pietatis causae*), каковы благодеяния, родственная любовь и проч., к которым, как известно, не применяется *solutum non repetere* в случае платежа по ошибке. Пухта, по-видимому, придает слишком большое значение выражению *pietatis causa*, которого, однако, нет в следующем случае. То же самое *naturalis obligatio*, в силу которого жена доставляет приданое, должно быть распространено и на отца жены, дающего за дочерью приданое в форме стипуляции и считающего себя по ошибке должником дочери. L. 46, § 2 *de jus dot.* (23. 3). Лицо постороннее не имело бы в случае такой ошибки как право на иск об освобождении, так и на *doli exceptio*. L. 7 *pr.*, § 1 *de doli exc.* (44. 4).

¹⁹⁴ Ср. System, т. 4, стр. 53, 54, 82, 174.

¹⁹⁵ L. 6; L. 9–12 *de op. libert.* (38. 1).

бочного предположения о существовании договора не давало ему права на *condictio indebiti*¹⁹⁶. Другие последствия, как компенсация и проч. не могли и здесь иметь места вследствие тех же оснований, которые указаны в вопросе о приданом, так как самый предмет обязательства, по существу своему неопределенный, незаменяемый, мог определиться не иначе как в форме действительного исполнения и тогда только сделаться способным произвести юридическое последствие.

3. Actio de peculio.

Когда вследствие долга раба или сына отцу семейства предъявляется *actio de peculio*, то последний пользуется привилегией не платить более того, сколько стоит пекулий в момент решения дела. Но если он, добровольно или по ошибке, уплатит более, то не имеет права на обратное требование¹⁹⁷. По-видимому, это ясное положение можно счесть за признак и доказательство существования *naturalis obligatio*, т. е. несовершенного, неискowego обязательства. При ближайшем рассмотрении это предположение, однако, не оправдывается.

Отец семейства, дающий пекулий, тем самым обязывается безусловно отвечать за все юридические сделки получающего пекулий независимо от того, какова будет наличная ценность пекулия в то или другое время. Указанное выше ограничение ценности пекулия вовсе не касалось самого долга, но только действительного исполнения; и по терминологии древнего процесса помещалось не в *intentio* (которая всегда направлялась на полный долг), но в *condemnatio*: ответчик защищается против полного взыскания только посредством отсрочивающего, временного возражения (*exceptio dilatoria*). Следовательно, в случае будущего приращения пекулия неуплаченная часть долга могла быть отыскиваема дополнительным иском¹⁹⁸; отсюда неопровержимое заключение, что долг сам по себе всегда существовал, как *civilis obligatio* на полную сумму.

На первый взгляд этот вывод как будто противоречит тому правилу, в силу которого судебное решение по отношению ко всем частям спорного предмета, не вошедшим в него, должно почитаться отказом¹⁹⁹; на этом можно было бы, в случае иска о неуплаченной части, построить возражение в том смысле, что о спорном предмете уже состоялось решение. Стало быть, здесь прежнее решение следует понимать так, что, присуждая одну часть долга, оно вместе с тем делает оговорку о будущем дополнительном иске на остальную часть. Делалась ли эта оговорка и в каких именно выражениях – вопрос второстепенный и чисто формальный. В римском процессе она проще всего могла осуществляться обеспечением (*cautio*), возлагаемым на ответчика.

4. Beneficium competentiae.

Так называемое *beneficium competentiae* сопряжено с теми же юридическими отношениями, которые мы только что изложили при *actio de peculio*. Если тот, кому присвоено *beneficium*, например, ответчик по *actio pro socio*, не в состоянии уплатить полной суммы,

¹⁹⁶ L. 26, § 12 de cond. ind. (12. 6): «...condicere eum non posse... *natura enim operas patrono libertus debet*». Здесь мы на самом деле видим выражение *natura debet* (синоним *naturalis obligatio*), которое не упоминается и не встречается в приданом (прим. а). Пухта, относясь совершенно одинаково к обоим случаям, вынужден допустить, что последнее выражение употреблено здесь не в техническом смысле, а только для обозначения чисто нравственного обязательства.

¹⁹⁷ L. 12 de cond. ind. (12. 6): «Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, *repetere non potest*».

¹⁹⁸ L. 30, § 4 de pec.: «Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest». С этим также связана мысль, что ценность пекулия должна быть определяема по моменту решения, а не по времени предъявления иска. L. 30 pr.; L. 32, § 1 eod. Относительно влияния отсрочивающей эксцепции (*exceptio dilatoria*) на долг, ср. L. 55 de V. S. (50. 16): «... qui autem temporalem exceptionem timet, *similis est condicionali creditoris*». (Ср. System, т. 5, стр. 175–177).

¹⁹⁹ Ср. System, т. 6, стр. 303.

составляющей долг, то он присуждается к платежу только части его; в случае же уплаты, по ошибке, всего долга (например, при содействии третьего лица) он лишается права на обратное требование²⁰⁰ – обстоятельство, рождающее, по-видимому, простую *naturalis obligatio*; но это только по-видимому, как и в предыдущем случае. Полный долг и здесь всегда существовал как *civilis obligatio*, и ответчик в силу отсрочивающей (временной) эксцепции (*exscriptio dilatoria*) отклонял только на время присуждение к уплате полного долга, т. е. исполнения; таким образом, отличие в данном случае от других обыкновенных личных исков сказывается в древнем процессе, только в *condemnatio*, а не в *intentio*.

Справедливость такого заключения неопровержимо доказывается тем, что (продолжающаяся) *civilis obligatio* может дать повод к новому иску остальной части долга, коль скоро должник приобретет новое имущество²⁰¹.

В следующих случаях, где, по мнению некоторых, также существует *naturalis obligatio*, представляется еще менее оснований и даже внешних поводов к признанию таковой, нежели в предыдущих.

В наших источниках как-то случайно упоминается, что в силу дара можно обязать одаренного *naturaliter* к услугам в виде признательности. Об этом говорится, очевидно, в чисто фактическом, а не юридическом смысле, и на этом факте нельзя было бы основать, например, *solutum non repetere*²⁰².

Точно так же в других местах речь идет о действиях, вызванных чувством чести, силою обычая или приличия. Сюда относится случай, когда наследник уплачивает вполне возложенные на него легаты или фидеикомиссы, тогда как по общему закону или согласно воле умершего он имел право сделать вычет²⁰³. Было бы крайне несправедливо применять сюда понятие *naturalis obligatio* с ее особенными последствиями (§ 8). Эти случаи имеют юридическую природу, только другого рода. Вышеприведенные мотивы именно устраняли идею дара и, таким образом, исключали приложимость специальных постановлений о дарении к этим случаям²⁰⁴.

Еще важнее отвергнуть существование *naturalis obligatio*, признаваемое многими в тех многочисленных случаях, когда сам положительный закон строго принудительного характера не позволяет возникновения обязательства. Так как подобные запрещения чужды *jus gentium*, то многие допускают здесь существование *naturalis obligatio* со всеми последствиями, упуская из виду то обстоятельство, что необходимость подобных запретительных законов в каждом отдельном государстве должна быть признаваема также и с точки зрения *jus gentium*. На это заблуждение было уже указано выше (§ 7 t, u).

Сюда относятся обязательства, происшедшие из лихвенных договоров, долгов по игре, договоров расточителя, из полюбовных сделок об алиментах²⁰⁵ и т. д.

Приложение этого важного принципа зависит от правильного определения границ упомянутого нами рода законов.

²⁰⁰ L. 8, 9 *de cond. ind.* (12. 6).

²⁰¹ L. 8 C. *solutio matr.* (4. 18). В интересах большей надежности и в этом случае с ответчика могло быть взято обеспечение в форме *promissio* на случай будущего приобретения имущества. L. 63, § 4 *pro soc.* (17. 2). Было бы ошибкой принять эту возможность нового иска и требования обозначения за исходный пункт различия между сопоставленными здесь исками или между древним и новым правом и основывать на таком предположении объяснения относительного значения трех приведенных мест (прим. f и i). В сущности это только различные выражения одного и того же юридического принципа. L. *Fein*, Arch., т. 26, стр. 368, совершенно основательно укоряет меня в том, что прежде я отождествлял так называемый *beneficium competentiae* со случаями истинной *naturalis obligatio*.

²⁰² L. 25, § 11 *de her. pet.* (5. 3): «...quamvis ad remunerandum sibi aliquem *naturaliter obligaverint*». L. 54, § 1 *de furtis* (47. 2): «*beneficii debitorem sibi adquirere*». Cp. System, т. 4, § 154 h, i, k.

²⁰³ L. 5, § 15 *de don. int. vir.* (24. 1): «*plenius officium fidei praestandae*». L. 2 C. *de fid.* (6. 42): «*cum ex conscientia relictii fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur*».

²⁰⁴ System, т. 4, стр. 83, 84.

²⁰⁵ L. 8, *pr.* § 17 *de transact.* (2. 15); L. 8 C. *eod.* (2. 4).

Конечно, во многих случаях границы очевидны, но и при очевидности могут встретиться случаи сомнительные, и тогда вся задача должна быть направлена на точное исследование специальной цели обсуждаемого закона, так как для объяснения ее ни идея положительного закона вообще, ни идея абсолютного сами по себе недостаточны²⁰⁶. Только с этой точки зрения и можно понять, почему Sc. Macedonianum, рядом с запрещением, допускал существование *naturalis obligatio*, а Sc. Vellejanum – не допускал²⁰⁷.

В заключение заметим еще, что римские юристы в некоторых случаях не только сомневались, но и оспаривали существование *naturalis obligatio* и ее последствий в смысле основания для поручительства или прекращения действительного обязательства через новации²⁰⁸.

²⁰⁶ System, т. 8, § 349.

²⁰⁷ System, т. 5, стр. 375, 379.

²⁰⁸ Gajus Lib. 3, § 119, 179.

§ 13

II. Виды обязательств. *Civilis* и *naturalis obligatio*. Частные случаи *naturalis obligatio* (продолжение)

Для ясного представления изложенных случаев *naturalis obligatio* в полной систематической связи следует рассмотреть с высшей точки зрения все разнообразные виды действительных и недействительных обязательств вообще.

Нормальное и вместе с тем самое обыкновенное состояние обязательства есть полная и всесторонняя его действительность как по *jus civile*, так и по *jus gentium*, причем происхождение обязательства (§ 5) совершенно безразлично.

Абсолютную противоположность этому случаю мы видим в полном отрицании действительности обязательства как по *jus civile*, так и по *jus gentium*.

Середину составляют различные случаи неполной действительности. В этом отношении необходимо обратить внимание на следующие три независимых друг от друга противоположных состояния, смешение которых нередко вызывало недоразумения.

Во-первых, обязательство может быть или стать недействительным в зависимости от того, существовала ли недействительность с самого начала или наступила потом в силу присоединения последующего обстоятельства²⁰⁹. Для последствий обязательства это безразлично.

Во-вторых, исковое обязательство может быть или стать недействительным *to ipso jure*, *to per exceptionem*²¹⁰. Весьма важное значение этих противоположных состояний выражалось в римском процессе в том, что судья (*judex*) обязан был во всяком случае обращать внимание на *ipso jure*, а на *per exceptionem* во многих исках только тогда, когда оно было выражено в формуле; для нас это различие потеряло значение. Впрочем, различие это опирается еще на одну более общую и глубокую противоположность, которая существует и имеет значение и в новом праве с тою только разницею, что у нас нет определенных форм, служивших римлянам для легкого и точного распознавания того или другого случая²¹¹. Сущность же этой общей и действующей противоположности состоит в том, что в случае *ipso jure* право кредитора совершенно не существует; напротив, в случае *per exceptionem* должник имеет личное, самостоятельное право относиться к праву кредитора (на самом деле существующему) так, как если бы его не было вовсе²¹².

В-третьих, противодействующая причина, обуславливающая недействительность обязательства, может иметь начало или в одном *jus civile*, или в одном *jus gentium*. Если же она вытекает из того и другого вместе, то наступает упомянутый уже случай абсолютного отрицания всякого обязательства.

Обозревая перечисленные противоположности, мы должны различать те случаи, когда обязательство нормальное и действительное со всех сторон представляется несовершенным в одном каком-либо отношении.

²⁰⁹ Это различие в приложении к *naturalis obligatio*, которая сама есть не полное обязательство (§ 7), очень верно выражено у *Пухты* таким образом: основание его лежит или в несовершенном возникновении, или в несовершенном прекращении обязательства.

²¹⁰ Ср. *System*, т. 5, § 225–228.

²¹¹ Должно ли было обязательство, возникшее из стипуляции, поглощаться согласно намерению сторон *ipso jure* или *per exceptionem*, легко и верно определялось употреблением акцептиляции или неформального договора. Для нас теперь труднее объяснять эту волю в каждом отдельном случае.

²¹² Ср. *System*, т. 5, стр. 157, 158. Часто и неосновательно смешивают эту противоположность с противоположностью между гражданским и преторским правом (в том отношении, что многие исключения принадлежат вполне улучшенному праву); также неосновательно видели эту противоположность в том, что ответчик должен был доказывать недействительность *per exceptionem*, а не *ipso jure*.

А. Исковое обязательство (*civilis obligatio*) может быть парализовано в своих последствиях *per exceptionem* двояким образом:

1) во-первых, без санкции со стороны *jus gentium*, так что оно остается и получает силу в смысле *naturalis obligatio*;

2) во-вторых, при санкции *jus gentium*, так что оно становится недействительным даже в смысле *naturalis obligatio*.

В. *Nulla jure civili obligatio* может получить такой характер:

3) при отсутствии санкции *jus gentium* сохранять положительные последствия *naturalis obligatio*;

4) при наличии санкции *jus gentium* не иметь последствий даже и *naturalis obligatio*.

Отсюда – четыре возможные комбинации или категории возможных случаев. Вместе с тем понятно, что все изложенные выше частные случаи истинных *naturalis obligatio* (§ 9, 10, 11) должны иметь место в первой или третьей из этих категорий.

1. *Civilis obligatio*, недействительная *per exceptionem*, но не исключающая действительной *naturalis obligatio*. Сюда принадлежат следующие из вышеупомянутых случаев:

Senatusconsultum Macedonianum (№ 6 в § 10).

Ошибочное освобождение действительного должника (№ 9 в § 11).

Давность личного иска (№ 10 в § 11). *Jus iniquum* (№ 12 в § 11)²¹³.

2. *Civilis obligatio*, парализованная в своей действительности *per exceptionem* и не имеющая даже последствий *naturalis obligatio*. Сюда относятся все обязательства, потерявшие исковую силу вследствие *exceptio, doli, metus, pacti, jurisjurandi*; также вследствие *exceptio Sc. Vellejani*, о котором мы поговорим особо в этом параграфе.

3. *Nulla jure civili obligatio*²¹⁴, не исключающая действительной *naturalis obligatio*. Сюда принадлежат следующие из приведенных выше случаев:

Nudum pactum (№ 1 в § 9).

Отношения между отцом и сыном (№ 2 в § 10).

Отношения между господином и рабом (№ 3 в § 10).

Обязательство раба по отношению к постороннему лицу (№ 4 в § 10).

Обязательство малолетнего (№ 5 в § 10).

Реституция фидеикомисса (№ 7 в § 11).

Minima capitis deminutio (№ 8 в § 11).

Процессуальная давность (№ 11 в § 11).

4. *Nulla jure civili obligatio*, недействительная даже как *naturalis obligatio*. Эти случаи всегда представляют собою абсолютное отрицание обязательства со всеми мыслимыми его последствиями.

Сюда относятся договоры безумного или ребенка.

Далее – обязательства, отвергаемые принудительными законами, о чем говорилось уже выше, в конце § 12.

Наконец, обязательства уже погашенные, но не всеми способами погашения, а большинством их и самыми важными, каковы: платеж, новация, акцептиляция, конфузия и т. д.

Из всех четырех категорий только вторая нуждается в подробном исследовании, так как ее существо вызвало множество недоразумений, которые необходимо устранить.

²¹³ Об основании, по которому этот случай помещен здесь в числе исков, погашаемых *per exceptionem*, ср. выше § 11 ff.

²¹⁴ Во всех этих случаях обязательство есть *nulla ipso jure obligatio*, т. е. ему совершенно недостает основания иска, тогда как в случаях двух предыдущих категорий иск сам по себе имеет основание, но парализуется *per exceptionem*.

Во-первых, следует установить границу между этой категорией и первой, где рядом с эксцепцией, парализующей иск, существует действительная *naturalis obligatio*. По каким признакам можем мы узнать, имеет ли эксцепция свойство, допускающее существование *naturalis obligatio* или исключаящее ее?

Самый распространенный способ разграничения, подтверждаемый многими местами из римских юристов, состоит в следующем: необходимо исследовать, была ли эксцепция введена с целью наказать кредитора или же для покровительства должнику. Однако этот способ, как неосновательный, должен быть отвергнут²¹⁵. Скорее истинная граница может быть определена таким соображением: когда эксцепция согласна с принципами *jus gentium* (*naturalis ratio* или *aequitas*), то и *naturalis obligatio* теряет силу; если же, напротив, эксцепция основана не на *jus gentium*, а на нормах положительного права, то *naturalis obligatio* остается действительной.

Справедливость такого разграничения подтверждается следующими основаниями: во-первых, изложенную выше внутреннюю связь *naturalis obligatio* с *jus gentium* вообще (§ 7); во-вторых, представленным в общем обзоре приложением указанного принципа к частным случаям, легко и несомненно объясняемым последними, с единственным исключением Sc. Vellejani, о котором мы сейчас поговорим; и, наконец, в-третьих, следующим местом Юлиана²¹⁶, которым, по словам Марцелла, прямо подтверждается такое разграничение:

Marcellus: Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem.

Смысл места таков: должник почитается свободным от своего долга не только в случае полного погашения (например, уплатою), но и тогда, когда он приобретает против иска своего кредитора эксцепцию, основанную на юридических правилах, а такими эксцепциями по справедливости могут быть только правила, согласные с *naturalis aequitas* (*jus gentium*), а не противные ей²¹⁷.

Следовательно, Юлиан хочет сказать: если рядом с приобретенным *jus exceptionis* существует *naturalis obligatio*, то должник еще не перестает быть *debitor*’ом²¹⁸ потому, что продолжают еще многие важные последствия обязательственного отношения (как, например, в случае личного иска, погашенного давностью); напротив, когда эксцепция согласна с *jus gentium* (например, *exc. pacti, jurisjurandi*), то ни под каким видом его нельзя назвать *debitor*’ом, даже в переносном значении этого слова.

Представленное объяснение приведенного текста и в особенности выражение *exceptio justa* необходимо еще подкрепить и дополнить исследованием других сходных по содержанию текстов. Говорится, что *actio* (иск) может быть *justa* (основана на праве), но при данных обстоятельствах *iniqua*; тогда иск отвергается различными эксцепциями (*exceptiones*)²¹⁹.

²¹⁵ Обо всем этом вопросе ср. System, т. 5, § 249.

²¹⁶ L. 66 de R. J. (50. 17) из Julianus lib. LX. Digestorum.

²¹⁷ О тождественности *naturalis ratio* (т. е. *aequitas naturalis*) с *jus gentium* в том смысле, что первая составляет содержание последнего, прямо говорится в L. 9 de J. et J. (1. 1) и § 1 de j. nat. (1. 2), извлеченных из Гая L. 1, § 1; ср. также System, т. 1, стр. 110.

²¹⁸ Тот же Юлиан, из которого извлечена эта цитата, в другом месте говорит, что *naturales debitores* могут по справедливости называться *debitores*, хотя только *minus proprie* и *per abusum*. Ср. место, внесенное в § 7 в прим. р, а также места, приведенные в § 7, прим. f, g, h. Следовательно, терминология была в этом отношении несколько неопределенна и сбивчива. Таким образом, если во многих местах говорится: *creditor is est, qui exceptione (perpetua) summoheri non potest* (L. 55; L. 10 de V. S.; L. 42, § 1 de O. et A), то это безусловное выражение следует объяснять отчасти упомянутой различной терминологией, отчасти тем обстоятельством, что в этих местах подразумеваются преимущественно эксцепции, основанные на *jus gentium*, каковы: *exc. pacti, doli, jurisjurandi*, которые и в других местах встречались чаще.

²¹⁹ pr. J. de except. (4. 14).

Есть выражения, еще ближе подходящие к нашему тексту: *exceptio* могла быть *prima facie justa*, но в то же время *iniqua*; в этом случае она могла быть отвергнута через *replicatio*²²⁰. То же самое и в тех же выражениях повторяется далее при дубликах и трипликах²²¹. Эти места, подобно приведенному, говорят об *exceptio justa*, не согласной с *jus gentium* (*iniqua ab aequitate naturali abhorrens*). Таким образом, предыдущее замечание необходимо только дополнить следующим. Хотя во всех подобных случаях наряду с действительным *jus exceptionis* должна существовать *naturalis obligatio*, но они различаются тем, что в некоторых случаях *exceptio* парализуется репликой²²², а в других нет. Так, например, *exceptio Sc. Macedoniani, rei judicatae* и т. д. не парализуется репликой потому, что она основана на предписаниях положительного права, цель которых и состоит именно в том, чтобы иск непременно был парализован эксцепцией²²³.

Мы уже заметили, что *Sc. Vellejani* составляет исключение из этого принципа в том отношении, что, будучи по природе своей положительным и чуждым *jus gentium*, как и *exceptio Sc. Macedoniani*, он не допускает, однако, существования *naturalis obligatio*²²⁴. Очевидно, что защита женщин, желавших принимать на себя страх за чужое имущество (*intercessio*), казалась недостаточной, без отрицания также и всех последствий поручительства, косвенно связанных с *naturalis obligatio*. И вот создали для этого исключительного случая, так сказать, искусственную *naturalis aequitas*²²⁵; и, как ни казалось странным такое состояние с первого взгляда, в сущности последствия его одинаковы с недопущением запретительными законами приложения *jus gentium* к частным случаям (§ 7, t, u; § 12, p).

Далее, нужно еще исследовать, каким техническим выражением могут быть отличаемы обязательства упомянутой категории от других. Есть одно такое выражение, *inanis obligatio*. Так в особенности называется стипуляция, основанная на безнравственном мотиве, в том смысле, что она вполне парализуется посредством *doli exceptio*²²⁶; точно так же и поручительство женщины, которому противопоставляется *exceptio Sc. Vellejani*²²⁷.

Некоторые употребляют в этом случае название *inefficax obligatio*, но в смысле термина выражение это должно быть отвергнуто. Правда, так один раз названа стипуляция, которой противопоставляется *doli exceptio*, и тогда случай этот действительно подходил бы к рассмат-

²²⁰ *pr. J. de replic.* (4. 14): «Interdum evenit, ut exceptio quae prima facie justa videtur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia, quae replicatio vocatur». Почти буквально с Гаем *Lib. 4, § 120*.

²²¹ § 1, 2 *J. de replic.* (4. 14), из *Гая Lib. 4, § 127, 128*.

²²² У *Гая* и в институциях случай парализации *acti exceptio* посредством *acti replicatio* выводится из последующего договора. Точно так же несомненно и *replicatio doli, metus, jurisjurandi*, когда договор о невзыскании был заключен вследствие обмана, угрозы, или когда он отвергнут под присягой. *Kierulff*, стр. 185 совершенно произвольно считает *exceptio non ab aequitate naturali abhorrens* за эксцепцию, которой нельзя противопоставить никакой *replicatio*. Подобное объяснение *Fein'a*, стр. 388 *exceptio justa* также произвольно.

²²³ Столь подробное исследование этого вопроса, которое может даже показаться странным, вызвано желанием опровергнуть противоположное мнение одного из новейших писателей. Именно *Fein* (*Archiv*, т. 26, стр. 385–393) вначале отзывается с похвалой о моем разграничении, основанном на *jus gentium*; но затем он отвергает его и высказывается в пользу (как он думает) иного правила, по которому необходимо исследовать, есть ли *exceptio ab aequitate naturali abhorrens*. Кажется, мне удалось доказать, что это только различные выражения одного и того же правила. *Buchka I*, стр. 320 и след. понял этот вопрос правильно.

²²⁴ О несуществовании этого обязательства и что именно *solutum repeti potest*, ясно говорит *L. 40 pr. de cond. ind.* (12. 6); ср. *System*, т. 5, стр. 375, 379. Однако эта защита женщин имеет такой же положительный, полицейский характер, как и *Sc. Macedonianum*, ибо неспособность взрослых женщин к поручительству так же чужда *jus gentium*, как и вообще их неспособность вступать в сделки (признаваемая в древнейшем праве). Ср. *Gajus Lib. I, § 189, 190*.

²²⁵ *L. 2, § 2 ad Sc. Vell.* (16. 1): «...cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum...».

²²⁶ *L. 8 cond. ob turp.* (12. 5).

²²⁷ *L. 8, § 9 ad Sc. Vell.* (16. 1); *L. 95, § 2 de sol.* (46. 3); *L. 24 mand.* (17. 1), которая могла бы применяться также к недействительности иска вследствие несостоятельности должника, вовсе не убедительна, как и *L. 39 de don. int. v.* (24. 1), где выражение *mania stipulatio* означает ничтожную стипуляцию.

риваемому нами²²⁸, но таким же выражением обозначается и условная стипуляция, когда условие стало невозможным²²⁹, а этот случай никоим образом не может относиться к нашему вопросу, потому что здесь обязательство совершенно ничтожно, как если бы его никогда не существовало. Впрочем, выражение это не приложимо к нашему случаю, в особенности потому, что во многих местах иск, возникший из стипуляции, которому противопоставляется *pacti* или *doli*, или *metus exceptio*, называется *efficax actio*²³⁰, очевидно, в том смысле, что иск, сам по себе основательный, парализуется только *per exceptionem*. Выражения *efficax* и *inefficax* обозначают, следовательно, действительность или недействительность в известном отношении, вовсе не разрешая вопроса об основании или степени действительности или недействительности. Совершенно в том же неопределенном смысле выражение *inefficax* употребляются и для обозначения других юридических понятий, например, *inefficax traditio*, *decretum*, *sententia*, *pactum*, *legatum*, *ademptio*.

Д он елл обозначает случаи, о которых мы говорим, выражением *obligatio sine re*²³¹, очевидно, по аналогии с *bonorum possessio sine re*. Источники не дают нам права принять и это выражение в техническом смысле, но сближение с другими юридическими институтами, на которое указывает это выражение, уместно и выясняет дело.

Наконец, необходимо ближе определить юридические отношения, вытекающие из обязательств рассматриваемой категории.

Так как иск исключается здесь посредством эксцепции, и в то же время не существует *naturalis obligatio*, то можно было бы подумать, что обязательства эти должны стать на одну линию с абсолютно ничтожными. Однако они отличаются от последних следующими признаками, благодаря которым и могут получить случайно известную степень действительности.

Во-первых, эти эксцепции основаны, подобно другим, на праве известного лица; следовательно, никаким образом не могут служить опорой для другого лица, если оно не состоит в юридических отношениях с первым.

Во-вторых, они основываются всегда на самостоятельном праве, которое развивается и прекращается независимо от обязательства; в последнем случае первоначальное обязательство является вполне действительным как право исковое²³².

Наконец, в-третьих, исковое обязательство могло получить полную действительность потому, что претор не вставил эксцепции в формулу, если при том иск был такого свойства, что судья не имел права собственной властью принять во внимание эксцепции.

Так или иначе, но обстоятельства, вследствие которых подобное обязательство может стать впоследствии действительным, совершенно случайны и чужды его существу. Таким образом, *inanis obligatio* равносильна ничтожному обязательству между лицами, первоначально его заключившими²³³.

²²⁸ L. 13 de j. dot. (23. 3).

²²⁹ L. 11, § 5 de receptis (4. 8).

²³⁰ § 1, 3 J. de except. (4. 12).

²³¹ Donellus Lib. 12 C, 2, § 2.

²³² L. 95, § 2 de sol. (46. 3): «incipit obligatio civilis auxilium exceptionis amittere». L. 27, § 2 de pactis (2. 14). Cp. System, т. 5, стр. 157.

²³³ L. 7, § 8 de dolo (4. 3): «...debere dici, quasi nulla actio sit, quae exceptione repellitur, de dolo decernendam». L. 25 de V. O. (45. 1): «quia superior quasi nulla sit exceptione obstante». L. 112 de R. J. (50. 17): «Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur».

§ 14

II. Виды обязательств. *Civilis* и *naturalis obligatio*. Действующее право

В заключение нам остается исследовать положение *naturalis obligatio* в действующем праве.

Выше, при изложении частных вопросов, мы видели уже, что предмет этот породил множество заблуждений у новейших писателей. Но еще вреднее были ложные принципы, господствовавшие в этой области прежде и потерявшие значение только в новейшее время.

Сюда относится, во-первых, воззрение, приписывавшее всякой обязанности, возникающей из права естественного, полную силу и в области гражданского права, если только эта обязанность прямо не противоречила положительному праву или не ослаблялась им в своей действительности. Воззрение это основывалось на полном незнакомстве с римским понятием о *jus gentium* (в связи с *naturalis ratio*). Последнее римляне считали также положительным правом, отличающимся от *jus civile* по чисто историческим причинам.

Затем укажем на другого рода воззрение, часто, впрочем, совпадающее с предыдущим. Это теории нравственных обязательств (обязанности совести), которым закон иногда по произволу давал силу юридических²³⁴.

Значение изложенной теории должно быть признано в общих чертах и в новейшем праве, хотя большая часть приведенных выше случаев сделалась неприменимою по разным причинам²³⁵.

Неформальный договор (№ 1) не может более считаться источником простой *naturalis obligatio*, потому что в действующем праве, как мы увидим ниже, он имеет иск. Юридические отношения, обусловленные рабством (№ 3, 4), потеряли для нас значение, как и наказание из *jus iniquum* (№ 12) – мера, тесно связанная с римским государственным устройством. *Capitis deminutio* со всеми ее особыми последствиями (№ 8) и процессуальная давность (№ 11) вышли из употребления еще при Юстиниане.

Из случаев, существующих и теперь, многие применяются очень редко, а потому имеют небольшое практическое значение.

Важнейшими из них для практики настоящего времени могли бы считаться еще давность личного иска (№ 10) и незаконное освобождение действительного должника (№ 9). Но последний случай уже в римском праве имел весьма ограниченное значение (§ 11). Сверх того, удовлетворительному приложению того и другого препятствуют следующие обстоятельства. Во-первых, многочисленные контroversы писателей, затрудняющие судей на практике; отсюда необходимость большего, сравнительно с существующим у нас, распространения науки права путем основательного преподавания. Далее, весь этот институт получил весьма жалкий вид вследствие исчезновения многих случаев, между прочим именно тех, которые дали бы *naturalis obligatio* почетное место, особенно в области бытовой, не юридической. Я говорю о неформальных договорах и об отношениях, вытекающих из рабства, которые благодаря своему частому приложению к действительной жизни были особенно известны и способны к популяризации.

Бросая общий взгляд на все предшествующие замечания, мы находим, что нет никакой необходимости изменять в этом отношении наше общее право²³⁶ законодательным путем, и что от введения всего этого института нельзя ждать никакого важного и благодетельного влия-

²³⁴ Об этих прежних воззрениях ср. Puchta, Pandekten, § 237, прим. d.

²³⁵ Такого же взгляда держится и Unterholzner I, § 9.

²³⁶ Под *общим* правом автор разумеет здесь, как и во многих других местах, римское право *Corpus juris civilis*. – прим. пер.

ния на практическую жизнь. Даже в области процесса, где законодательная реформа представляется наиболее необходимою и полезною, и здесь едва ли может быть усвоен или сохранен институт римского права. Без сомнения и в этом случае для обеспечения в практике единообразия получают предпочтение нормы более простые и легче распознаваемые.

Более важный случай применения римской *naturalis obligatio*, заслуживающий и теперь еще самого серьезного внимания, представляется в неформальном договоре, хотя не в области общего права, так как мы уже заметили, что особенный характер *nudum pactum*, в противоположность стипуляции, потерял для нас значение, но там, где новое законодательство требует от договоров положительной формы – обстоятельство возможное как в странах, где всецело действует римское право, так и в странах, где оно потеряло силу. В этом-то случае и является настоятельная необходимость внимательного исследования и точного определения последствий несоблюдения предписанной формы, и для этой цели можно было бы с успехом воспользоваться учением о *naturalis obligatio*, развитым в римском праве, и прийти к удовлетворительному разрешению вопроса. Во всяком случае, независимо от того, будут ли удержаны те правила или заменены другими, необходимо дать себе отчет в той практической потребности, которая требует удовлетворения. Если вопрос о последствиях несоблюдения формы остается нерешенным, или если закон изобилует отдельными предписаниями, не только не связанными между собой, но даже противоречащими друг другу, жалкое положение практики неизбежно. Судьи, предоставленные самим себе, принуждены будут обращаться за помощью к писателям по общему праву, случайно попавшим им под руку, и волей-неволей следовать указанным выше ложным воззрениям на римское учение о *naturalis obligatio*.

Вывод наш объясняется и подтверждается двумя примерами. Французский кодекс требует от всех договоров, превышающих ценностью своего предмета 150 франков, письменной формы; при отсутствии последней договор не может быть доказываем свидетельскими показаниями, и за этим следует отказ в иске²³⁷. Таким образом, кодекс создал новый вид неформальных контрактов (аналогичный римскому *nudum pactum*, в противоположность стипуляции), но совсем не определил тех ограниченных последствий, которые могли бы из него возникнуть. В другом случае кодекс допускает обратное требование – *indebitum*²³⁸, прибавляя: *La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées*. А так как, насколько мне известно, кодекс нигде не определяет понятия *obligation naturelle*, то, наверное, можно ожидать, что судья будет руководствоваться и римским учением о *naturalis obligatio*, хотя с этой точки зрения выражение *volontairement acquittées* выбрано неудачно, так как оно, по-видимому, обозначает скорее платеж при сознании несуществования долга. Также весьма вероятно (хотя это нигде и не выражено), что на долг выше 150 франков, возникший из словесного договора, следует смотреть как на *obligation naturelle*, и, следовательно, судья должен обсуждать подобный долг, как римляне обсуждали *nudum pactum*.

Прусский кодекс изобилует гораздо большим числом отдельных определений и все-таки дает место большим сомнениям и недоразумениям.

Вообще он запрещает обратное требование всякой уплаты, в основании которой лежала какая-либо нравственная, несовершеннолетняя обязанность²³⁹. Это определение совпадает с ошибочным воззрением древних писателей на римскую *naturalis obligatio* и ведет, при буквальном понимании, к (трудно допустимому) заключению, что деньги, уплаченные вследствие ошибочного предположения долга, не подлежат возврату, если только отдавший их был обязан уплатить такую же сумму (например, доставлять алименты) вследствие сострадания или благодар-

²³⁷ Code civil, art. 1341–1348.

²³⁸ Code civil, art. 1235; art. 1376–1381.

²³⁹ A. L. R. I. 16, § 178, 179. Находится в связи с введением к § 86, где идет речь о несовершеннолетних *правах*, т. е. не производящих ни исков, ни возражений.

ности. Сверх того, прусское законодательство постановляет, что все договоры, имеющие своим предметом ценность выше 50 талеров, должны быть заключаемы письменно, вследствие чего словесные договоры получают аналогическую природу с римским *nudum pactum*²⁴⁰. Это предписание строже римского определения в том отношении, что оно не освобождает от необходимости этой формы консенсуальные контракты и даже контракты реальные, за исключением одного займа²⁴¹.

Если мы взглянем теперь на последствия несоблюдения этой формы, а следовательно, и существующую в данном случае *naturalis obligatio*, то найдем определение, что только целостное исполнение договора обеими сторонами, и по отношению к движимым вещам восполняет собою недостаток формы и устраняет всякий спор; откуда следует, что исполнение одностороннее или неполное, или по отношению к недвижимости, всегда влечет за собою обратное требование отданной вещи²⁴². С этим определением, однако, трудно согласить тот общий принцип, по которому существование чисто нравственного обязательства достаточно для исключения обратного требования (прим. е), так как нравственная обязанность исполнить словесный договор едва ли может подлежать какому-нибудь сомнению. Точно так же и в другом месте обратное требование уплаченного вследствие только несоблюдения узаконенной формы прямо запрещается и запрещение это основывается именно на существовании нравственной обязанности²⁴³.

Таким образом, едва ли возможно признать во всем этом учении какую-либо внутреннюю последовательность, и прямое приложение изложенных выше принципов римского права могло бы дать более удовлетворительный результат²⁴⁴.

²⁴⁰ *A. L. R. I. 5*, § 131. Основанием этого предписания послужил (еще более строгий) указ от 8 февраля 1770 г. (*N. C. C. T. 5*, ст. 6669).

²⁴¹ *A. L. R. I. 11*, § 727. Указ 1770 г., § 2. 6 не исключил даже займа (что непонятно); он допустил только виндикацию монет, оставшихся еще на лицо.

²⁴² *A. L. R. I. 5*, § 146, 147. Последствие из этого принципа, выраженное в тексте, отчасти признано там же, § 161.

²⁴³ *A. L. R. I. 16*, § 184, где (совершенно последовательно) есть ссылка на § 178.

²⁴⁴ О взгляде прусского законодательства на это учение ср. *Koch*, *Obligationen*, 1, § 3, и *Koch*, *Preussisches Recht*, II, § 453, где неудобства взгляда прусского права на это учение доказываются практическими случаями.

§ 15

Лица в обязательстве. А. Определение лиц

Третий момент, требующий подробного рассмотрения для понимания обязательства (§ 2) – это лица, участвующие в обязательстве и названные выше верителем и должником.

Многие важные вопросы по поводу лиц касаются не обязательств вообще, а только обязательств, возникающих из договоров, и потому уместнее будет рассмотреть их не здесь, а в связи с дого ворами как важнейшим источником обязательств (гл. 2). Здесь же из всего исследования о лицах нам остается разрешить два вопроса:

А. Определение лиц.

В. Участие нескольких лиц на одной стороне обязательства.

А. Определение (Bestimmungsart) лиц, участвующих в обязательстве в качестве верителя и должника, находится в тесной зависимости с более общим исследованием о связи юридических отношений вообще с определенным лицом²⁴⁵, изложенным в другом месте.

Как в юридических отношениях вообще, так и в обязательствах, правильное отношение между субъектами права устанавливается вследствие известного факта, касающегося определенного индивидуума, т. е. вследствие активного или пассивного человеческого действия, непосредственно связанного с определенными лицами, становящимися благодаря ему субъектами обязательства.

Но рядом с этим нормальным отношением стоит другое, аномальное, более искусственное, основанное на каком-либо общем св ойс тв е, совместном с самыми разнообразными индивидуумами.

Применяя эти соображения к обязательственному праву, мы увидим, что такое ненормальное отношение устанавливается преимущественно по поводу какой-либо вещи (Sache). Тогда право собственности на эту вещь, или какое-либо вещное право на нее, или владение этой вещью и будет свойством, определяющим положение верителя или должника, а быть может и обоих субъектов обязательства, хотя все эти отношения сами по себе вполне чужды существу обязательства.

В римском праве это искусственное отношение не имело частого применения и большого значения. В самой развитой форме оно встречается при пользовании, где рядом с вещным правом стоит отличное от него обязательство между владельцем права и собственником²⁴⁶. Это обязательство независимо от первоначального установления пользования, а потому его нельзя считать последствием договора, из которого могло возникнуть пользование. Напротив, оно приложимо ко всякому лицу, к которому когда-либо может перейти право собственности или пользования, хотя бы даже в силу последующих событий (например, давности) произошла полная перемена в лицах, владевших первоначальными правами. Подобные обязательственные отношения, связанные, с одной стороны, с собственностью, с другой – с *jus in re*, мы находим в эмпфитевзисе и ипотеке. Более отдаленное применение этого искусственного отношения встречается в римском праве при *actiones in rem scriptae*, где положение должника и в то же время ответчика является простым последствием владения вещью, т. е. полуфактическим и полуюридическим отношением, в сущности, вполне чуждым обязательству²⁴⁷.

Эти искусственные отношения получили обширное развитие и большое значение в немецком праве, а именно в реальных повинностях (Reallasten) и ленных правах (Bannrechte). Здесь отношение верителя и должника (и даже одновременное положение обоих лиц в каче-

²⁴⁵ System, т. 2, § 103.

²⁴⁶ Ср. в особенности заголовок Дигест: *usufr. quemadm. cav.* (7. 9).

²⁴⁷ System, т. 5, § 208.

стве кредитора и должника) обуславливается чисто случайною связью, чуждою существу обязательства, причем отношение это вместе со связью переходит и на другие лица, совершенно независимо от правил, нормирующих переход обязательств. Тем не менее подобные юридические отношения остаются настоящими обязательствами, отличительный характер которых состоит единственно в связи права, обязанности, или того и другого вместе с определенными лицами²⁴⁸. Истинное существо их затемнено только терминологиею писателей, говорящих о субъективных и объективных вещных правах; эта терминология перешла и в новейшие законодательства²⁴⁹.

Некоторые из указанных нами случаев представляются в известном отношении особенно важными; они связаны не с обязательствами вообще, а единственно с обязательственными соглашениями, поэтому мы рассмотрим их не здесь, а в связи с последними²⁵⁰ (глава 2).

²⁴⁸ Когда крестьянское имение должно ежегодно выплачивать подать деньгами или зерном, или же отправлять известные повинности – это составляет чистое обязательство. Такие же обязательства могут быть установлены в других случаях между определенными лицами (и их наследниками). Но здесь они должны сохранять свою силу, с одной стороны, между каждым собственником имения, с которым связано право (как кредитором), а с другой, всяким собственником или наследственным арендатором (*эмфитевтом* как должником), без всякого отношения к способу, по которому тот или другой приобрели права на имущество.

²⁴⁹ Прусское *A. L. R.* I. 2, § 125–130 определяет термины таким образом. Вещные права бывают двух родов: 1) по отношению к субъекту, которому принадлежат (в связи с вещью); смотря по предмету они могут быть или чисто личными, или вместе с тем и правами на вещь; 2) по отношению к предмету; смотря по субъекту, которому принадлежат, права эти могут быть или чисто личными, или вместе с тем и вещными. Права второго рода называются *правами на вещь*, к ним только и относятся законы, говорящие о вещных правах без других прибавлений. Если эта терминология, против ожидания, произвела немного недоразумений, то единственно потому, что при изложении отдельных прав к ней прибегали сравнительно редко.

²⁵⁰ Сюда главным образом относится важное и трудное учение о бумагах на предъявителя.

§ 16

Лица в обязательстве. В. Корреальное обязательство. Введение

Источники

Inst. III, 16, de duobus reis.

Dig. XLV, 2, de duobus reis.

Cod. VIII, 40, de duobus reis.

Литература

Ribbentrop. Lehre von den Correal – Obligationen. Göttingen, 1831 г.

Koch. Forderungen, т. 2, § 61–66. Lehrbuch, § 515–519.

Puchta. Pandekten и Vorlesungen, § 233–235. Cursus, § 263.

Vangerow, стр. 64–101.

Ср. System, т. 5, § 232, стр. 220–222; § 235²⁵¹.

Природа обязательства предполагает существование двух лиц, стоящих во взаимном противоположении в качестве верителя и должника (§ 2).

Но факты, из которых возникает обязательство, могут быть такого свойства, что на стороне кредитора они будут относиться не к одному лицу, а одновременно ко многим; то же возможно и на стороне должника, и с обеих сторон вместе. Теперь следует определить последствия, вытекающие из такого свойства фактов.

Для подобных случаев необходимо принять за правило, что обязательство, представляющееся, по-видимому, единым, разлагается путем простого расчета на столько отдельных, независимых друг от друга обязательств, сколько лиц стоит на той или другой его стороне. Таким образом, если одно лицо обещает уплатить сто рублей двум лицам, стоящим на другой стороне обязательства, то это равносильно обещанию уплатить каждому из них по 50 руб. Точно так же если двое обещают третьему 100 руб., то это значит, что каждый обещает только 50 руб. То же самое, если два лица, имеющие общую собственность, отдают одному в арендное содержание имение, или один собственник отдает двум арендаторам, то для каждого из отдающих в аренду или для каждого из арендаторов возникает право и обязанности на одну идеальную половину, не касаясь другой²⁵². Общая черта обоих обязательств – случайное одновременное возникновение; внутренней связи у них нет никакой.

Волею участвующих лиц, в виде исключения, может быть, однако, установлено совершенно иное юридическое отношение, в котором одно и то же обязательство всецело и нераздельно будет относиться к каждому из многих верителей или должников. Рассмотрим подробно как фактические условия (источники происхождения), так и последствия этого исключения. Для предварительного и наглядного объяснения этого отношения необходимо отметить самую выдающуюся его черту. Она состоит в том, что каждый из многих верителей порознь может требовать целного удовлетворения, и что уплата, произведенная одному из них, прекращает обязательство для всех; так же и от каждого из многих должников можно требовать полного удовлетворения, и уплата, совершенная одним, освобождает всех. Но необ-

²⁵¹ В приведенных местах дан краткий очерк этого учения, по поводу конкуренции исков – юридического института, отличного от этого учения, но аналогичного с ним.

²⁵² L. 11, § 1. 2 de duob. reis (45. 2), L. 5 C. si certum (4. 2), L. 1. 2 C. si plures (7. 55). При этом, естественно, предполагаются обязательства делимые; такое свойство обязательств составляет преобладающее правило. Модификации, выступающие при обязательствах неделимых, могут быть выяснены только при изложении этого разряда обязательств (§ 34).

ходимо остерегаться смешения, могущего произойти от превратного понимания этого отношения. Не следует думать, что везде, где замечается указанная нами характеристическая черта, неизбежно должно существовать и вышеупомянутое исключение, а именно одно и то же обязательство, всецело относящееся ко многим лицам. Напротив, эта черта может встретиться случайно и при обязательствах совершенно различных и независимых друг от друга²⁵³. Римляне употребляли для обозначения юридического отношения, составляющего характер очерченного нами исключения, следующие термины. Веритель и должник, связанные в одно искусственное целое, называются *duo rei*²⁵⁴. Для отличия верителя от должника одни их называли *duo rei credendi, debendi*²⁵⁵, или, так как стипуляция была самым обыкновенным источником упомянутого исключения, *duo rei stipulandi, promittendi*, но последние выражения употреблялись также и в приложение к другим договорам, кроме стипуляции²⁵⁶. Один раз встречается еще в смысле того же юридического отношения выражение *correus*; из него новейшие писатели и образовали термин, весьма часто употребляемый: корреальные обязательства и корреальность²⁵⁷ (*Correalschulden, Correalität*); в смысле этого же термина говорят также о корреальности активной и пассивной, смотря по тому, представляется ли в подобной связи несколько верителей или должников. Сверх того, то же отношение часто обозначается выражением *in solidum obligari*²⁵⁸, но этот термин является весьма неопределенным. Он везде указывает на беспредельное целое в противоположность определенной части, происшедшей вследствие раздробления целого, изъятия из него, или, наконец, ограничения. Если, таким образом, выражение это представляется достаточно точным для обозначения изложенных личных корреальных отношений, то оно не менее точно и для обозначения отношений совершенно иного рода (прим. к.) и, наконец, для известных ограничений, не имеющих ничего общего с личным отношением многих верителей и должников. Так, им пользуются для выражения той мысли, что обязательство должника не ограничивается наличным объемом пекулия, пределами унаследованного имущества или его способностью к платежу; также и для выражения того, что должник не выговорил себе права освободиться от *noxalis actio* посредством *noxae datio*²⁵⁹. Итак, термин этот там только выражает корреальное отношение, где дело идет о решении вопроса: существует ли в данном случае такое обязательство, или, напротив, обязательство, разделенное между многими лицами?

По-видимому таким же, а в сущности совершенно иным представляется отношение многих независимых обязательств, взаимно соприкасающихся по источнику происхождения и тождеству предмета. Когда двое совершают кражу сообща, то каждый несет полную ответственность, точно он воровал один²⁶⁰, однако оба обязательства не имеют между собою внутренней связи. Одинаковое явление представляется и в случае, когда сходятся три лица и одно из них обещает каждому из остальных или последние обещают первому по 100 р. Отсюда также

²⁵³ Ribbentrop, первый основательно указавший на это различие (§ 5, 11, 27), обособляет оба приведенных случая выражениями: *тождество* (Identität) и *солидарность* (Solidarität) обязательств. Их можно различать также названиями: случаи *настоящей и ненастоящей корреальности*.

²⁵⁴ Заглавие титула Дигест XLV, 2: *de duobus reis constituendis*; так же в *L. 3, § 1* того же заглавия и другие места. *Reus* вообще есть общее название для кредитора и должника (§ 3, о).

²⁵⁵ *L. 34 pr. de recept.* (4. 8).

²⁵⁶ *L. 9 pr. de d. r.* (45. 2). Об этих важных случаях мы сейчас поговорим подробно.

²⁵⁷ *Correus* или *Conreus* в *L. 3, § 3 de lib. leg.* (34. 3). (*Conreus* в *Flor.*, но также и в изданиях Вульгаты, например, *Ven. 1477*, *correus* у Галоандера). Произведенные отсюда термины – *correalis* и *correalitas* – в смысле латинских слов следует безусловно отвергнуть. Употребление же их в качестве огерманизированных слов не представляется непоследовательностью; употребляем же мы, например, слово *реальность* (Realität), хотя в латинской речи слово *realitas* и не существовало.

²⁵⁸ *L. 2 de d. r.* (45. 2), § *1 J. eod.* (3. 16) и некоторые другие места.

²⁵⁹ *L. 44 de peculio* (15. 1); *L. 152, § 3*; *L. 157, § 2*; *de R. J.* (50.17); *L. 23, 25 de re jud.* (42. 1); *L. 2 pr. de nox. act.* (9. 4).

²⁶⁰ Ср. ниже § 20, с. И для этого отношения также употребляется выражение *in solidum obligari*. *L. 1 C. de cond. furt.* (4. 8): «*singulos quosque in solidum teneri*». Далее *L. 55, § 1 de admin.* (26. 7); *L. 21, § 9 de furtis* (47. 1); *L. 1, 19 § si is qui test.* (27. 4).

возникают различные вполне независимые друг от друга обязательства, как будто оба договора были заключены в различных местах и в разное время²⁶¹. Итак, все указанные случаи не имеют ничего общего ни с установленным выше правилом, ни с исключением; о них мы упомянули только для предупреждения возможного смешения понятий.

По поводу изложенного коренного отношения между правилом и исключением в учении о корреальном обязательстве не безынтересно исследовать, руководились ли римские юристы в установлении такого отношения внутренними основаниями, т. е. истинными потребностями юридического института? От этого зависит решение вопроса: имеем ли мы достаточные причины довольствоваться такими же отношениями и в действующем праве, или же, напротив, не полезнее ли будет их преобразовать в принцип?

Ответ возможен только по изложению целого юридического института во всех его подробностях (ср. § 22).

Рядом с корреальным обязательством иногда представляются еще другие юридические отношения, имеющие с ним некоторые точки соприкосновения. Важнейшее из них – товарищество (*Societät*). Несколько корреальных верителей, также как и несколько корреальных должников, могут состоять в товариществе; подобное отношение их будет основанием для корреального обязательства. Но было бы грубым заблуждением предполагать, что все корреальные обязательства находятся в связи с товариществом. Такое мнение вполне опровергается многими текстами римского права, признающими корреальные обязательства и в связи с товариществом, и независимо от него²⁶². Если даже после рассмотрения отдельных юридических отношений окажется, что корреальное обязательство обыкновенно является в связи с товариществом и что подобная комбинация повторяется очень часто и в большей части случаев, то и это явление не дает еще нам права возводить такую комбинацию в юридическую презумпцию, а прочие случаи считать исключениями. Напротив, комбинация эта есть факт совершенно случайный, который должен быть доказан тем, кто ссылается на него в свою пользу.

²⁶¹ *pr. J. de d. r.* (3. 16): «...Nam si prius Titius sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse».

²⁶² *L. 34 pr. de receptis* (4. 8); *L. 3, § 3 de lib. leg.* (34. 3); *L. 62 pr. ad L. Falc.* (35. 2); *L. 10 de duob reis* (45. 2); *L. 71 pr. de fidej.* (46. 1). Также при существовании товарищества нельзя непременно заключать о существовании корреального обязательства. *L. 12 C si certum* (4. 2). Оба юридические отношения совершенно независимы друг от друга, но могут быть связаны по произволу.

§ 17

III. Лица в обязательстве. В. Корреальное обязательство. Источники происхождения

Особенное отношение, по которому одно и то же обязательство лежит всецело, безраздельно на каждом из нескольких верителей или должников, представляется исключением из правила (§ 16). Изложим прежде всего источники происхождения подобного исключительного отношения.

Источники эти сводятся к следующей общей точке зрения. Исключения появляются только когда лица, деятельностью которых рождается обязательство, сами их желают; без воли лиц они имеют место в одном случае, когда обязательство само по себе неделимо, и то только по отношению к совокупности должников²⁶³ (как пассивное корреальное обязательство).

Воля, обуславливающая корреальность, может выразиться в договоре, в распоряжении наследодателя (последней воле) или же в судебном решении. Договор может быть формальным, отличительное свойство которого состоит в выражении воли в особо установленной форме (стипуляция и письменный контракт), но к этой же цели ведет и всякий другой договор. Корреальность, вытекающая из договора, предполагает одинаковую волю лиц, вступивших в договор (верителя и должника). Последняя воля, в смысле источника корреальности, есть по свойству своему односторонняя, и в этом отношении аналогична с судебным решением.

Отсюда вытекают следующие возможные источники рассматриваемого нами исключения, насколько оно определяется волею участвующих лиц.

- a) Стипуляция.
- b) Письменный контракт (Literalcontract).
- c) Прочие договоры.
- d) Последняя воля.
- e) Судебное решение.

Хотя первых двух источников корреальности не существует в действующем праве, тем не менее они требуют подробного изложения, без чего невозможно ясное понимание решений римского права по интересующему нас вопросу.

- a. Стипуляция.

Составляя главное основание юридических отношений у римлян, стипуляция была вместе с тем и употребительнейшей формой возникновения корреальности²⁶⁴. Указанное выше отношение правила к исключению имеет значение только для стипуляции, так как главный текст, нормирующий его (§ 16, b), говорит именно о стипуляциях.

Таким образом, и здесь дело шло об истолковании выражения воли²⁶⁵, а для этой цели не существовало твердой и исключительной формулы. Более несомненными выражениями были *eos de m quinque aureos, eandem pecuniam, eadem decem spondeo*²⁶⁶, так как ими несомненно выражалось, что предмет обоих обязательств должен быть не только одного рода и величины, но и тем же самым (только одновременно относящимся ко многим лицам).

²⁶³ Большая часть новейших юристов думает, что корреальное отношение может возникнуть в обширных размерах и помимо воли участвующих лиц вследствие предписания закона, как они выражаются. Мы уже признали такой источник возникновения по отношению к обязательству неделимому и впоследствии (§ 34) поговорим о нем подробно. По отношению к более частым случаям ненастоящего корреального обязательства, мы подтвердим это мнение в § 20, 21.

²⁶⁴ О происхождении корреального обязательства из стипуляции подробно говорит Ribbentrop, § 17.

²⁶⁵ *L. 3 pr.; L. 4 de d. r.* (45. 2).

²⁶⁶ *pr. J. de d. r.* (3. 16); *L. 2; L. 12, § 1 eod.* (45. 2).

Одновременность операции сама по себе не рождала еще корреальности, точно так же как и неодновременность операции не исключала ее абсолютно; следовательно, небольшой промежуток времени между обеими операциями не составлял помехи для корреальности, если только они совершались в один и тот же день²⁶⁷. Здесь необходимо сделать одно предварительное замечание, которое будет развито только впоследствии. Обязательства, возникающие из договоров, имеют отчасти самостоятельную цель, отчасти дополнительную (акцессорную), служа просто подкреплением и обеспечением другого обязательства. Последняя цель достигалась у римлян обыкновенно корреальными стипуляционными обязательствами и имела место как на стороне верителя, который подкреплял себя другим дополнительным верителем (*adstipulator*), так и на стороне должника (*adpromissor*); последнее явление было несравненно важнее и употребительнее²⁶⁸. Во всех этих случаях возникало сложное юридическое отношение. Между главным и дополнительным лицом устанавливалось настоящее корреальное обязательство и вместе с тем еще обязательство акцессорное, так что стечение признаков того и другого мешало корреальному обязательству проявиться во всей чистоте и законченности и оно должно было подвергаться модификациям, которые, впрочем, будут изложены в подробности в другом месте, здесь же достаточно только упомянуть о них.

Истинность и значение всех этих принципов признается и действующим правом с тем только внешним и неважным различием, что мы не употребляем более для акцессорных контрактов и других целей стипуляционной формы, которая везде уступила место неформальному договору.

в. Письменный контракт (*Literalcontract*).

Гай оставил нам достаточно сведений о письменном договоре (*expensilatio* в форме *pomen transcriptitium*²⁶⁹), так что мы с полной ясностью можем представить себе его влияние на образование корреального обязательства – влияние, совершенно аналогичное тому, какое производило стипуляция.

Когда два римлянина вносили в свои домашние регистры имя третьего лица в смысле должника по одной и той же претензии, это было совершенно равносильно тому, что они стали *duo rei stipulandi* вследствие стипуляции; то же самое и в случае внесения одним римлянином в свой домашний регистр имен двух других в смысле своих должников по одной и той же претензии. Очевидно, что в обоих случаях необходимо предположить согласие всех участвующих лиц на установление подобного юридического отношения точно так же, как такое согласие требовалось для действительности всякого письменного контракта.

Правда, мы не имеем прямых указаний для подтверждения этого института древнего права, но зато у нас есть следующие совершенно равносильные доказательства.

Известно, что в юстиниановском праве письменный контракт совершенно исчез и уже во время древних юристов сохранял свою силу только в книгах менял (*argentarii*); некоторые следы этого именно специального значения письменных контрактов и перешли в Дигесты. Мы имеем два текста, вполне подтверждающие значение письменного контракта в смысле источника корреального отношения. Один из них рассматривает договор о невзыскании (*Erlassvertrag*), заключенный большинством кредиторов несостоятельного должника. Он гласит, что многие собственники одной и той же претензии должны считаться одним кредитором и для объяснения приводит следующие случаи²⁷⁰:

²⁶⁷ *L. 3 pr.*; *L. 6, § 3*; *L. 12 pr. de d. r.* (45. 2).

²⁶⁸ *Gajus Lib. 3, § 110–117 – Adpromissores. L. 64, § 4 sol. matr.* (24. 3); *L. 5, § 2 de V. O.* (45. 1); *L. 43 de sol.* (46. 3). Это лицо являлось в трех видах с весьма различными правами: *sponsores*, *fidepromissores*, *fidejussores*. *Gajus* 1, с. Но уже в юстиниановском праве уцелел только последний вид (*fidejussores*).

²⁶⁹ *Gajus Lib. 3, § 128, 129. Cp. Savigny. Vermischte Schriften*, т. I, № IX.

²⁷⁰ *L. 9 pr. de pactis* (2. 14).

Utputa plures sunt rei stipulaudi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur, quia unum debitum est.

Здесь *expensilatio* одной и той же претензии в книгах двух менял совершенно уравнена с однородною стипуляцией и признается, подобно последней, источником происхождения корреального обязательства. Другой текст говорит о *duo rei credendi* вследствие стипуляций, из которых один заключил мировую (*Compromiss*), и уравнивает с ними двух менял, занесших в свои книги одну и ту же претензию к третьему лицу²⁷¹:

Idem in duobus argentariis, quorum nomina simuleunt.

Принцип, применяемый здесь к менялам, может быть, без сомнения, распространен на всех римлян древнейшего периода, так как и по отношению к менялам он выводится исключительно из *pomen factum* (из *expensilatio*), представлявшем один характер как для менял, так и для прочих римлян, а не из особенной природы меняльного ремесла и еще менее из упомянутого здесь товарищеского отношения обоих менял²⁷².

Некоторые ученые неправильно сравнивают с этим отношением менял в корреальном обязательстве совершенно другое, имеющее с ним внешнее сходство и основанное в действительности только на промышленном характере менял. Отдельное меняльное учреждение (*argentaria*) могло принадлежать одному хозяину или нескольким, которые тогда составляли промышленное товарищество для достижения целей этого учреждения²⁷³. И в последнем случае как самое учреждение, так и меняльные книги были одинаковыми независимо от того, вел ли отметки один из товарищей, многие или все поочередно. Когда посторонний римлянин входил в сделку с этим учреждением и отмечал его в своем домовом регистре в качестве должника по *expensilatio*, то могло возникнуть сомнение: к кому должен быть предъявлен иск, к каждому ли товарищу в соответствующей части или всецело к лицу, стоящему во главе учреждения и именем которого (фирмой) оно оперировало? При огромном значении менял желательно было, в интересах прочих римлян, облегчить по возможности предъявление исков. Вот почему обычным правом установилось правило, что каждый отдельный член товарищества обязан отвечать во всем долге²⁷⁴. Отсюда возникло отношение, аналогичное корреальному; но оно отличалось от истинного корреального обязательства, возникшего из договора (и именно письменного контракта), уже тем, что римлянин, предъявляющий иск к одному из товарищей в полной сумме, быть может, и не думал о нем в момент отметки в регистре. Таким образом, существовало совершенно специальное юридическое правило для меняльного ремесла, применявшееся только в этой сфере и не имевшее ничего общего с системой корреальных отношений.

Тот же вопрос представляется и в обратном случае, когда внесенная самим меняльным учреждением в регистр *expensilatio* становится предметом иска. Справедливость требовала, чтобы к выгодам и к облегчению иска со стороны учреждения применялось то же правило, которое служило к его невыгоде. Следовательно, каждый товарищ порознь мог предъявить полный иск. В самом деле, это правило было признано императорскими постановлениями²⁷⁵ и имело тот же промышленный, исключительный характер, как и приведенное выше для про-

²⁷¹ *L. 34 pr. de receptis* (4. 8). Ср. об этом месте ниже § 19, v.

²⁷² В первом месте (прим. h) нет речи о товариществе, а во втором (прим. i) упоминается о том, что оба *argentarii* могут быть и не быть *socii*. От этого последнего обстоятельства поставлено в зависимость последствие компромисса, а не корреальное отношение менял между собою, которое безусловно утверждается предыдущими словами.

²⁷³ О таком товариществе говорит *L. 52, § 5 pro socio* (17. 2).

²⁷⁴ *Auct. ad Herennium II, 13*: «*Id quod argentario tuleris expensum, a socio ejus recte repetere possis*». Это место отрицает как разделение исков, так и ограничение их тем или другим товарищем. Это солидарное обязательство естественно вытекает из принципов *institoria actio* (ср. ниже § 21). Весьма неточное место у Квинтилиана V. 10, § 105.

²⁷⁵ *L. 27 pr. de pactis* (2. 14): «...tantum enim constitutum est, ut solidum alter petere possit» (ср. ниже § 18, u).

тивоположного случая. Оба вошли в состав римского торгового права и были чужды общей теории корреальных отношений.

с. Прочие договоры.

Возникновение корреальности из стипуляции (и письменного контракта) было, быть может, единственным в древнейшем периоде; но уже в эпоху классических юристов признавалось за несомненное правило, что подобное отношение может быть основано на договорах *bonae fidei*, на простом соглашении, т. е. без стипуляции. Это явление не следует считать простым отступлением от принципов в интересах облегчения гражданского оборота; напротив, оно было прямым последствием более общего принципа, по которому во всей упомянутой категории договоров всякое неформальное, дополнительное соглашение должно было охраняться иском²⁷⁶.

Замечательное место из Папиниана, выражающее последний принцип, гласит²⁷⁷:

*Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus*²⁷⁸, *vel eandem rem duobus similiter*²⁷⁹ *commodavi; fiunt duo rei promittendi*²⁸⁰, *quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus*²⁸¹, *veluti emtione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento*²⁸².

Принцип, высказанный здесь в общей форме, сформулирован в другом месте в частных приложениях, а именно к купле, найму, а также конститу²⁸³. Последний, как договор преторский, необходимо был по существу своему свободен, подобно контрактам *b. f.* в гражданском праве.

В приведенном месте, содержащем общий принцип, так же как и в частных его приложениях, речь идет только о многих должниках такого рода (о пассивной корреальности), а не о многих кредиторах; потому здесь возможно сомнение: возникало ли корреальное отношение и между кредиторами, вступавшими в договоры упомянутой категории? Уже одна аналогия со стипуляцией (*duo rei stipulandi*) могла бы рассеять это сомнение; сверх того, есть еще один текст, ясно признающий корреальность многих кредиторов при поклаже (*depositum*), следовательно, при одном из договоров рассматриваемого разряда²⁸⁴. Редкое упоминание об этой корреальности, могущее возбудить сомнение в ее приложимости, объясняется тем обстоятельством, что пассивная корреальность во всех отношениях является более употребительной и важной, нежели активная (прим. f).

²⁷⁶ *L. 7, § 5 de pactis* (2. 14).

²⁷⁷ *L. 9 pr. de d. r.* (45. 2). Подробно и основательно рассуждает об этом месте Ribbentrop, § 19, 20.

²⁷⁸ Следовательно, это дополнительное соглашение к договору, определяющее его исключительную природу точно так же, как это требовалось в *L. 11 eod.* и при стипуляции, см. выше § 16, прим. b. и h.

²⁷⁹ «Similiter» – таким же образом, т. е. тоже *in solidum*. Вульгата неправильно читает *simul*. Факт *одновременной* передачи вещи двум лицам недостаточен для признания здесь исключения.

²⁸⁰ Таким образом, сюда применено не только то же право, что и при стипуляции, того же содержания, но и тот же самый термин, относящийся только к стипуляции (§ 16, f); и, конечно, для того, чтобы рассеять последние следы сомнения на счет полного тождества права в этих различных случаях.

²⁸¹ В этом месте текста есть очевидный пробел, одинаковый как во Флорентине, так и в Вульгате; но смысл и связь идей позволяют сделать дополнение, не подлежащее сомнению. Глосса говорит: «*Supple fiunt duo rei promittendi, secundum Martinum*»; эти слова должны быть вставлены после *contractibus*. В том же смысле читает издание Lugd. 1551. 4. (а также Charondas на полях): «*ceteris fiunt contractibus*». Ср. Ribbentrop, S. 120.

²⁸² Тестамент причислен здесь к контрактам в общем смысле слова *contractus* и смешан таким образом с *obligatio*. Ср. *L. 20 de jud.* (5. 1); *L. 52 de re jud.* (42. 1).

²⁸³ *L. 13 § 9; L. 47 loc.* (19. 2); *L. 13 C. eod.* (4. 6); *L. 31, § 10 de aedil. ed.* (21. 1); (Ср. Ribbentrop. S. 159); *L. 16 pr. de pec. const.* (13. 5).

²⁸⁴ *L. 1, § 44 depos.* (16. 3): «*Sed si duo deposuerint, et ambo agant, si quidem sic deposuerunt, ut vel unus tollat totum, poterit in solidum agere; sin vero pro parte, pro qua eorum interest, tunc dicendum est, in partem condemnationem faciendam.*» Последняя часть места, как и везде, есть правило, которое само собою разумеется; а первая – исключение, требующее особой оговорки.

Обобщая все сказанное, можно было бы заключить, что в одном из важнейших и употребительнейших контрактов, а именно в займе, невозможно было самостоятельное образование корреального отношения, и что для этого всегда требовалась стипуляция. Заем не есть договор *bonae fidei*, и потому к нему буквально не подходит категорическое изречение Папиниана со специальными его мотивами (прим. о). Но, с другой стороны, заем не получает, подобно стипуляции, своей обязательной силы из положительно определенной формы выражения воли; напротив, он заимствует ее из естественного акта передачи и получения собственности – акта, который сам по себе не рождает солидарного обязательства многих должников, так как собственность в деньгах может быть перенесена или на одного во всей целости, или на многих по частям. Однако необходимо допустить, что и при займе отношение корреальности может образоваться простым неформальным соглашением без посредства стипуляции. Уже в эпоху древних юристов были признаны многие упрощения в форме стипуляции. Подобное же упрощение было впоследствии распространено и на заем.

Действительность дополнительных к займу договоров как самостоятельных выражена следующим изречением Ульпиана²⁸⁵: «*Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae: et ideo et conditiones*».

К числу этих дополнительных, действительных самих по себе договоров, конечно, принадлежало и корреальное отношение, и не подлежит сомнению, что оно составляло одно из условий, *quae inseri stipulationibus possunt*. Отсюда последовательность привела к тому, что при займе солидарное обязательство могло образоваться вследствие неформального договора, без стипуляции, в качестве дополнения к передаче и получению денег.

Признание этой последовательности доказывается тремя рескриптами Диоклетиана, в которых заем сам по себе (реальный контракт) и стипуляция представляются рядом, как соотносительные, альтернативные источники солидарного обязательства²⁸⁶. По действующему праву заем, без всякого сомнения, положительно уравнен в этом отношении с прочими договорами.

d. Последняя воля²⁸⁷.

Корреальное отношение устанавливается последнею волею в том случае, когда наследник обязан уплатить легат одному из многих легатарей, становящихся вследствие этого *duo rei credendi*. Здесь наследнику предоставляется право выбора между ними; в случае его медлительности один из легатарей может начать иск о целом легате, причем прочие легатарии исключаются²⁸⁸. В древнейшем праве был возбужден спор: следует ли причислить сюда и тот случай, когда наследодатель выразился: «*Illi aut illi do lego vel dari volo*», и в каком смысле понимать такое выражение? Юстиниан решил, что *aut* следует принимать в смысле *et* и что каждый легатарь должен получить половину легата, т. е. в данном случае корреальность была отвергнута²⁸⁹.

Наоборот, завещатель может возложить на каждого из многих наследников один легат *in solidum*. Тогда легатарь имеет право выбора наследника, от которого желает потребовать весь легат²⁹⁰.

²⁸⁵ L. 7 de R. C. (12. 1). Cp. Savigny. System, т. 6, § 268.

²⁸⁶ L. 5 C. si cert. pet. (4. 2): «*Si non singuli in solidum accepta mutui quantitate vel stipulanti creditori sponte vos obligastis...*» L. 9 C. eod.: «*si duos reos stipulandi vel re pro solido tibi quaesitam actionem... animadverterit (judex)...*» L. 12 C. eod.: «*Si... cum Ione mutuum sumsisisti pecuniam, nec re, nec solemnitate verborum vos obligastis in solidum*». Ribbentrop, стр. 111, полагает, что при займе солидарное обязательство может образоваться только посредством стипуляции.

²⁸⁷ Cp. Ribbentrop, стр. 42–43, 117–119.

²⁸⁸ L. 16; L. 24 de leg. 2 (31. un.).

²⁸⁹ L. 4 pr. § 1 C. de verb. et rer. (6. 38).

²⁹⁰ L. 8, § 1 de leg. 1 (30. un.); L. 25 pr. de leg. 3 (32. un.). Этот случай упомянут также в вышеприведенном тексте, говорящем о договоре, прим. p и u.

е. Судебное решение.

Когда по одному и тому же решению многие приговорены к платежу одной суммы, то дело представляется в том же виде, как и при договоре. По общему принципу, обязательство относится к каждому из них только в части без круговой ответственности прочих. Тем не менее по решению каждый может быть привлечен к ответственности в случае несостоятельности других; наконец, решение может пойти еще далее, обязав их солидарною ответственностью. Тогда оно становится источником настоящего корреального отношения, не отличаясь от источников, указанных выше *L. 1. 2 C. si plures* (7. 55); *L. 43 de re jud.* (42. 3). Решительны начальные слова первого из этих мест: «*Si non singuli in solidum... condemnati estis*». Следовательно, корреальность в решении является уместною и возможною. Подобный случай бывает именно тогда, когда существование пассивной корреальности прямо оспаривается и когда веритель ищет со всех должников и решение признает оспариваемую корреальность. Ср. об этом: Glück, т. 4, стр. 517; Mühlenbruch II, § 491.

§ 18

III. Лица в обязательстве. В. Корреальное обязательство. Следствия

Изложению следствий корреальности необходимо предпослать два замечания. Во-первых, следствия эти одинаковы и для активного, и для пассивного корреального отношения, так что всякое древнее указание в пользу одного должно служить доказательством и для другого; во-вторых, правила, которые мы здесь укажем, приложимы также и к акцессорным корреальным отношениям (§ 17, f), кроме модификаций, которые могут быть изложены при акцессорных обязательствах вообще.

Во главе всех последствий стоят два простейших и несомненных:

А. Всякий веритель имеет право требовать от общего должника полного удовлетворения²⁹¹.

Всякий должник обязан ответствовать перед общим кредитором в полной претензии. Впрочем, это право общего кредитора; если он предпочитает преследовать каждого должника по отдельности, то имеет и на это право, так как подобный процесс представляется только облегчением для должников²⁹². Если один из должников препятствует положительными своими действиями исполнению обязательства (например, убивает обещанного раба), то за это отвечают прочие; напротив, просрочка (mora) одного (как простое упущение) не вредит остальным должникам²⁹³.

В. Удовлетворение одного верителя погашает в то же время претензии прочих, независимо от того, будет ли это удовлетворение вынужденное или добровольное. То же последствие наступает, когда все кредиторы получают удовлетворение претензии по частям²⁹⁴.

Также и наоборот: каждый из должников может удовлетворением со своей стороны погасить долг всех остальных²⁹⁵ или же удовлетворение может быть совершено каждым должником по частям²⁹⁶.

Кроме удовлетворения есть еще много других фактов, влекущих за собою более или менее полное прекращение обязательства, и также следует определить влияние их на корреальное отношение, но здесь мы встречаем много затруднений и сомнений. Основательное исследование этого вопроса возможно только в учении о прекращении обязательств и для нашей цели достаточно коснуться только одной его части. Эти факты сводятся к четырем категориям:

Суррогаты удовлетворения (ведущие к тем же последствиям, только иным путем).

Согласие воле участвующих лиц о прекращении обязательства.

Факты, касающиеся иска и процесса.

Случайные факты.

²⁹¹ L. 31 § 1 de nov. (46. 2); L. 16 de leg. 2 (31. un.).

²⁹² L. 3, § 1; L. 11 pr. de d. r. (45. 2), L. 8, § 1 de leg. 1. (30. un.). Относительно корреального обязательства, возникшего не из стипуляции, а из свободного дополнительного соглашения к договору b. f. и принадлежащего, по-видимому, к эпохе позднейшего развития института (§ 17), явилось мнение, что при состоятельности обоих должников каждый обязан отвечать только в половине; но сам же юрист, упоминающий об этом мнении, соглашается, что оно противоречит принципам права L. 47 locati (19. 2). Иск, направленный на часть, не отнимает у кредитора солидарного права отыскивать остальное.

²⁹³ L. 18 de d. r. (45. 2); L. 32, § 4 de usur. (22. 1); L. 173, § 2 de R. J. (50. 17).

²⁹⁴ § 1 J. de d. r. (3. 16); L. 31 § 1 de nov. (46. 2); L. 16 de leg. 2 (31. un.). — L. 34, § 1 de sol. (46. 3).

²⁹⁵ § 1 J. de d. r. (3. 16); L. 3 § 1 de d. r. (45. 2).

²⁹⁶ L. 8 § 1 de leg. 1 (30. un.); L. 34 § 1 de sol. (46. 3).

Особенное затруднение при этом исследовании заключается в том, что категории не отделяются друг от друга резкими границами, так что отдельные факты могут быть отнесены то к одной из них, то к другой.

Приступая к изложению целого ряда отдельных фактов, я при каждом из них постараюсь ответить и на вопрос: имеет ли он погашающее влияние на корреальное обязательство (как и действительное удовлетворение), или нет²⁹⁷?

Прежде всего – о суррогатах удовлетворения.

1. Отдача на хранение (*deposition*) в судебное место денег, предложенных кредитору, но которых тот не принял. Этот акт вполне равносителен действительному платежу; кредитор имеет такое же право на истребование этих денег, как если бы он сам их туда вложил²⁹⁸.

Если же этот акт совершен общим должником по отношению к одному из многих кредиторов, то прочие кредиторы не имеют никакого права на деньги, так как должник может выбрать того из кредиторов, кому желает уплатить (прим. d), и представленные деньги считаются назначенными для удовлетворения избранного кредитора.

Таким же образом освобождаются и все должники, если один из них предлагает деньги общему кредитору и затем вносит их в суд на хранение.

2. In solutum datio.

Если должник с согласия кредитора вместо денег представляет в уплату другую вещь, то *ipso jure* освобождается от долга²⁹⁹. Это общее правило приложимо и к случаю стечения многих кредиторов *in solidum* и многих должников *in solidum*, когда один из них вступил со своим противником в подобную сделку. Здесь возможно сомнение только в одном отношении: может ли *in solutum datio* считаться истинным суррогатом исполнения, так как весьма возможно, что переданная вещь будет малоценной, следовательно, не покроеет всего долга. Это сомнение устраняется тем соображением, что подобная сделка представляет в действительности сложный характер: она составляется из продажи вещи за сумму, равную прежнему долгу, и из платежа долга посредством компенсации с покупной ценой.

3. Новация.

Новация, предпринятая одним из кредиторов с общим должником, погашает долг и для других кредиторов. Подобное же действие производит и новация между общим кредитором и одним из многих должников. Новация освобождает их всех³⁰⁰. Последний из этих случаев не может возбудить никакого сомнения, так как кредитор, принявший участие в сделке, допустил модификацию добровольно; в первом же возникает некоторое сомнение ввиду того, что прочие кредиторы не дали согласия на модификацию. Но мы можем, не колеблясь, признать его последствия справедливыми. Новация представляется настоящим суррогатом удовлетворения; она есть погашение первоначальной претензии посредством замены ее новой; следовательно, характер ее совершенно одинаков с *in solutum datio*. Этот принцип неоспоримо верен для простой новации, состоявшейся между первоначальными кредитором и должни-

²⁹⁷ Keller, *Litiscontestatio*, стр. 446–449, полагает, что в принципе следует различать, погашает ли факт объективную сторону обязательства или только субъективную (личную). Весьма определенное признание этого принципа находится в следующих словах *L. 19 de d. r.* (45. 2): «multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur; quum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus». Но хотя это место и можно выставить принципом, им несколько не устраняется затруднение, так как разграничение обоих этих случаев возбуждает новые сомнения.

²⁹⁸ *L. 19 C. de usur.* (4. 32); *L. 9 C. de sol.* (8. 43).

²⁹⁹ *Gajus Lib. 3, § 168, pr. J. quib. modis* (3. 29). Прокулианцы допускали освобождение *per exceptionem*, сабинианцы *ipso jure*. Юстиниановское право упоминает только о последнем мнении.

³⁰⁰ *L. 31 § 1 de nov.* (46. 2) Венулея. Ср. по поводу этого случая: Ribbentrop, стр. 268 и сл. Сомнение, возбуждаемое *L. 27 pr. de pactis* (2. 14) может быть устранено только впоследствии. Ср. объяснение *L. 27 cit.*, предложенное в тексте с прим. и.

ком; он еще очевиднее по отношению к более сложным ее формам, когда, например, кредитор принимает нового должника вместо первоначального; или когда кредитор подставляет своего должника третьему лицу (своему собственному кредитору) и таким образом освобождается от собственного долга. Все эти комбинации изложены весьма наглядно у Венулея в указанном нами месте (прим. к).

В тексте Венулея мы читаем: «*Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit: eo magis cum eam stipulationem simile esse solutioni existimemus*». По новейшему толкованию смысл его таков: не всякая новация погашает корреальное требование, существовавшее в момент ее совершения, а только имевшая специально целью целостное погашение. Таким образом, толкование это дополняет выражения мысленно следующими словами: «*Cum id specialiter agit, ut cum ab altero liber et*³⁰¹».

По моему мнению, всякая истинная новация безусловно погашает всякое корреальное обязательство; но не всякая новая стипуляция между теми же лицами есть истинная новация, и потому мысль текста должна быть дополнена таким образом: «*Cum id specialiter agit, ut prior obligatio novetur*». Не принимая этих выражений за первоначальный текст Венулея, я считаю их за вставку компиляторов, имевшую цель согласить это место с последующим предписанием Юстиниана, по которому не всякая новая стипуляция, присоединяемая к обязательству, должна считаться истинной новацией (L. 8 C. de novat. 8. 42). Мнение наше подтверждается следующими словами императорских конституций, которые, очевидно, согласны с указанным местом Дигест: «*Nisi ipsi specialiter remiserint... priorem obligationem*». Далее в его пользу говорит вполне аналогичное место в L. 29 eod.: «*Si id specialiter actum est*».

Нельзя, однако, не согласиться с тем, что новация имеет несколько двойственную природу. Мы понимаем ее здесь как суррогат удовлетворения (как замену прежнего обязательства), и в большей части случаев природа ее действительно такова. Но она может иметь значение простой формы, например, сначала для превращения обязательства в стипуляции, а потом для погашения его акцептиляцией, хотя бы с целью дарения. В этом случае последствия ее вытекают не из тождества с удовлетворением, а из простой воли. Если римские юристы допускают безусловно погашающую силу новации, не обращая внимания на приводимое различие, то это – следствие (неизвестной нам) строго формальной природы новации; то же и при акцептиляции.

Для контракта с новацией вспомним о конституте.

У древних юристов вопрос о степени влияния конститута на продолжение первоначальной претензии был спорным. Наконец, его решили так, что конститут служит не погашением претензии, следовательно, не суррогатом удовлетворения, а только подтверждением прежней претензии прибавлением нового иска. Поэтому и предъявление *constitutaria actio* не считается поглощением первоначального иска; только (добровольный или вынужденный) действительный платеж может иметь значение одновременного погашения обоих долгов³⁰². Необходимым последствием такого взгляда было то, что и конститут, присоединенный к корреальному обязательству, несколько не ослаблял действительности первоначального права иска. Поэтому нам представляется ошибкою компиляторов то место из Павла, которое, с точки зрения древнейшего и вообще опровергнутого мнения, утверждает, будто конститут, состоявшийся между общим должником и одним из многих кредиторов, равносителен платежу долга, прекращает

³⁰¹ Huschke в Lindes Leitschrift, neue Folge, т. 2, стр. 153–160. Один из приведенных им примеров, мне кажется, говорит прямо против него же. Когда корреальная денежная претензия одного из кредиторов вследствие новации заменяется эквивалентом, выраженным в хлебном зерне, то, конечно, все претензии погашаются, так как это соглашение включает в себе настоящее *in solutum dare*, равносильное прямому исполнению. Для последней части текста Венулея Гушке предлагает несколько поправок, чрезвычайно основательных и достойных внимания; но они не касаются нашего вопроса.

³⁰² L. 18, § 3; L. 28 de pec. const. (13. 5); L. 15 de in rem verso (15. 3), из Гая и Ульпиана.

претензии остальных кредиторов³⁰³. Итак, место это не может служить указанием на истинный смысл юстиниановского права.

4. Компенсация.

Простое существование у должника денежной претензии еще не погашает требования кредитора, следовательно, не может считаться равносильным действительному платежу³⁰⁴. Например, если один из многих кредиторов ищет с общего должника, то последний не может компенсировать иск встречным требованием на другого кредитора. Точно так же и один из должников не может компенсировать иск, предъявленный к нему общим кредитором, посредством встречного требования, принадлежащего совокупному с ним должнику на кредитора-истца; но последнее правило допускает исключение, когда оба содолжника состоят в товариществе, потому что из этого отношения возникают для обоих содолжников общие интересы и права³⁰⁵. Однако если встречное требование не только существует, но и выставляется и признается действительным средством уплаты, то оно является полным суррогатом наличного платежа, погашающим, подобно последнему, права совокупных кредиторов и обязанности содолжников. Погашение совершается как добровольным учетом между кредитором и должником, так и эксцепцией о компенсации, предъявленной в течении процесса и уваженной судьей. Главное требование может быть тогда прекращено или во всей целости, или в части, смотря по величине встречной претензии.

Теперь следуют случаи погашения, основанные на простой воле сторон.

5. Акцептиляция.

Погашающее действие этого факта с точки зрения древних юристов не подлежало никакому сомнению.

Так, если между одним из многих кредиторов и общим должником совершалась акцептиляция, то право прочих кредиторов погашалось³⁰⁶. Точно так же акцептиляция между общим кредитором и одним из многих должников освобождала прочих должников³⁰⁷.

Для объяснения этого несомненного правила, возбуждающего удивление при сравнении его с совершенно различным правилом изложенного ниже неформального договора, необходимо сделать два замечания.

Во-первых, оно объясняется строго формальной природой акцептиляции. Этим замечанием устраняется и возражение, что в активном корреальном обязательстве подобный непредвиденный и односторонний акт может нанести ущерб остальным кредиторам³⁰⁸. В данном случае все соглашались на такую именно форму договора и тем самым подчинялись его возможным последствиям. Во-вторых, необходимо принять в соображение несколько двойственную природу акцептиляции. Было бы несправедливо смотреть на нее просто как на договор

³⁰³ *L. 10 de pec. const.* (13. 5): «Idem est, et si ex duobus reis stipulandi alteri constitutum, alteri postea solutum est, quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is, cui constituitur». Поэтому последующая уплата должна подлежать возвращению как *indebitum*.

³⁰⁴ Это положение связано со спорным вопросом: *действует* ли компенсация в новейшем праве *ipso jure* или *per exceptionem*, и если действует, то *в каком смысле*? Решение этого вопроса принадлежит учению о прекращении обязательств.

³⁰⁵ *L. 10 de d. r.* (45. 2): «Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet». К случаю корреальных кредиторов, которые в то же время *socii*, это исключение не приложимо. Ср. вообще Vangerow, стр. 89.

³⁰⁶ *L. 13, § 12 de accept.* (46. 4); *L. 31, § 1 de nov.* (46. 2). Важное последствие, подтверждающее в то же время и принцип, состоит в том, что *adstipulator* мог вследствие акцептиляции освободить должника; но это было уже противозаконием, деликтом, влекущим за собой против *adstipulator'a actio legis Aquiliae*. *Gajus Lib. 3 § 215? 216.*

³⁰⁷ *L. 26; L. 16 pr. de acceptil.* (46. 4); *L. 3, § 3 de lib. leg.* (34. 3); *L. 12, § 3 de inoff.* (5. 2). Замечательное приложение этого правила к случаю, в котором этот акт связан с даром, запрещенным между супругами, находится в *L. 5, § 1 de don. int. v. et ux.* (24. 1).

³⁰⁸ Это кажущееся возражение не должно относиться к акцептиляции между общим кредитором и одним из многих должников, так как действующий здесь кредитор лишает права только самого себя, прочие же должники от этого прямо выигрывают.

о невзыскании и, в особенности, как на дар. Слова *acceptos fero centum* могли, конечно, иметь такое значение; но они могли быть принимаемы и в совершенно другом смысле, предполагающем действительное удовлетворение – путем ли прямого получения самой должной суммы (причем акцептиляция играла роль, так сказать, торжественного платежа) или другого какого-либо эквивалента. Такое мнение подтверждается одним местом из Ульпиана, где акцептиляция помещена в ряд суррогатов удовлетворения³⁰⁹.

6. Неформальный договор о невзыскании (*pactum de non petendo*).

Такой договор, как известно, мог быть заключен двояким образом: *in rem* и *in personam*³¹⁰. Первый случай составляет правило и везде предполагается сам собою, если только специальное распоряжение не ограничивает договора лицом управомоченным или обязанным; последний случай представляется специальным исключением. Итак, *pactum in rem* имеет силу за и против всех лиц, на которые вообще переходят права по общим правилам, следовательно, в частности, за и против наследников лиц, заключивших договор о невзыскании.

Казалось бы весьма естественным распространить это различие и на корреальные обязательства в том смысле, что договор о невзыскании, заключенный одним из многих кредиторов или одним из должников, имел силу и для других, когда был *in rem* (т. е. без оговорки о личном ограничении), а не *in personam*. Конечно, последняя часть этого естественного правила должна быть признана несомненной и истинной, так как выраженное личное ограничение исключает всякое действие договора на третье лицо; напротив, первая его часть должна быть отвергнута, а вместе с тем и действие договора о невзыскании *in rem* на остальных кредиторов или должников также должно быть отрицаемо, по крайней мере, с точки зрения истинной природы корреального отношения. Это-то последнее обстоятельство должно быть исследовано подробно.

Первый случай применения относится к двум верителям *in solidum*, из которых один заключает договор с общим должником о невзыскании. Этот договор не мешает второму верителю осуществить впоследствии свое право посредством иска. Следующее место из Павла, признающее этот принцип, требует внимательного рассмотрения: его двусмысленное содержание привело наших ученых ко многим заблуждениям³¹¹.

*Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo, nam nec novare alium*³¹² *posse, quamvis ei recte solvatur; sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi, quod crediderint, licet novare non possint; quod est verum. Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

Павел, главным образом, говорит о юридическом отношении, упомянутом уже выше и похожем на корреальное обязательство только с внешней стороны, в сущности же совершенно отличным от него (§ 17, l, m, n).

³⁰⁹ *E. 16 pr. de acceptilat.* (46. 4): «...quoniam velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est». По поводу двойственной природы акцептиляции заметим, что она была у римлян самой популярной формой, употреблявшейся в различном смысле и для различных целей, но действие ее всегда было решительно. У нас не существует такой формы, о последствиях этого различия мы скоро поговорим подробно.

³¹⁰ Главные места: *L. 7, § 8; L. 40 pr.; L. 57, § 1 de pactis* (2. 14).

³¹¹ *L. 27 pr. de pactis* (2. 14). Толкование этого места основывается по преимуществу на правильном разграничении отдельных содержащихся в нем положений. Вообще хорошо рассуждает об этом Kraut, *de argentariis*, стр. 44–51; мы сейчас укажем на одну ошибку в его толковании. Многие другие авторы по этому вопросу указаны у Vangerow'a, стр. 90–93, ср. также стр. 95–98. Это, впрочем, единственное место, содержащее решение нашего вопроса. В *L. 21, § 5 de pactis* (2. 14) Павел ставит вопрос как по отношению к кредиторам, так и к должникам; но он не решает его относительно должников.

³¹² Kraut, *l. c. p. 49*, заблуждается в том, что не желает отнести этого решения Лабееона к двум *argentarii socii* и именно потому, что в этом месте тогда необходимо стояло бы *alterum*, а не *alium*. Хотя *alter* есть выражение более точное и определенное, но в речи об одном из двух лиц мы находим также *alius* вместо *alter* как у юридических, так и не юридических писателей, ср. Бриссония, а также Геснера, цитирующего много мест.

Два товарища ведут сообща меняльное дело; постороннее лицо внесено в их книгу в качестве должника (через *expensilatio*); если один из них заключает с должником договор о невзыскании, то спрашивается: обязателен ли этот договор для другого товарища? Три юриста решают вопрос отрицательно (с чем безмолвно соглашается и Павел) даже когда договор направлен *in rem* (т. е. без личного ограничения). Несомненно, говорят они, императорские конституции предоставляют каждому товарищу порознь известное право распоряжения общей претензией, это распоряжение ограничивается правом всякого товарища предъявить иск о целой претензии и не простирается на заключение договора о невзыскании.

С этими выражениями непосредственно связаны последние слова текста, ради которых мы только и привели его: *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*. Следовательно, Павел желает выразить следующую мысль: то же самое нужно сказать о двух *rei stipulandi*; именно, что договор о невзыскании одного не связывает другого, если даже заключен *in rem*.

Отрывок текста, о котором нам остается еще сказать (от «*Idem Labeo*» до «*quod est verum*»), представляется вводным, вставленным только для подтверждения предыдущего предложения и не имеющим никакой связи с заключительными словами, которые прямо относятся к предложению предшествующему. Лабееон говорит, что один из этих двух менял может, без сомнения, принять долг в кассу; но не обновлять его (новация), так как вообще заключение от права принять в кассу к праву новации было бы неверно. Для подтверждения последнего положения он ссылается на пример сыновей и рабов, состоящих под нашей властью, которые также могли бы принять обратно (на наш счет) отданные ими займы деньги, но не имели бы права изменять претензию путем новации. Предположенный нами ход мыслей не лишен значения и положительно необходим: единственно таким путем можно ограничить изречение Павла о неспособности *duo rei stipulandi* вступить в договор о невзыскании, который был бы обязателен для сокредитора – пункт, не подлежащий никакому сомнению. Если же, напротив, следуя первому впечатлению, производимому текстом, мы захотим связать заключительные слова с непосредственно предшествующим им решением Лабееона, тогда выйдет, что будто по Павлу один из двух *rei stipulandi* не имеет права погасить общую претензию путем новации. Такое положение стояло бы в непримиримом противоречии не только с основными принципами права, но и с несомненными свидетельствами источников (прим. к).

Второй случай применения относится к двум должникам *in solidum*, из которых один заключил с общим кредитором договор о невзыскании. Спрашивается: может ли другой должник защищаться против иска кредитора посредством *acti exceptio*? И этот вопрос, подобно однородному с ним о двух кредиторах *in solidum*, должен быть решен отрицательно на основании истинных принципов корреального отношения, хотя бы договор о невзыскании был *in rem*. Впрочем, сюда может примешаться другое юридическое отношение, чуждое корреальности, по которому *acti exceptio* предоставляется и второму должнику (не заключившему договора), именно когда первый должник (заключивший договор) сам заинтересован в ссылке второго на эксцепцию, т. е. когда иск, направленный против второго, коснется своими последствиями и первого³¹³.

Если отказать в этом случае второму должнику в эксцепции, то тем самым придется отнять и у первого, заключившего договор о невзыскании, все преимущества, из него вытекающие.

Важнейшие и несомненные последствия этого правила сказываются в следующих приложениях.

Когда оба *rei promittendi* состоят в товариществе и один из них заключает договор о невзыскании, то и другой может защищаться эксцепцией против общего кредитора,

³¹³ L. 21, § 5 de pactis (2. 14).

так как в противном случае последствия обвинительного решения получают силу и для первого, лишая его выгод, вытекающих из договора³¹⁴.

Если по заключении главным должником договора о невзыскании предъявлен иск к поручителю, то последний по принципу может воспользоваться эксцепцией, иначе он получит право регрессивного иска к главному должнику, иска, который лишит последнего выгод договора³¹⁵.

Сравнивая изложенное здесь право акцептиляции (№ 5) с правом договора о невзыскании (№ 6), мы найдем, что к ним применяются прямо противоположные принципы. В этом нет никакой непоследовательности, а только разнообразие форм, могущее, по произволу сторон, вести к различным целям. У нас нет акцептиляции, а уцелело только право неформального договора о невзыскании, настолько обусловленное, что оно производит, смотря по обстоятельствам, в известных частных случаях, по воле сторон то же последствие, какое могла произвести у римлян гораздо вернее и удобнее весьма употребительная форма акцептиляции. Следовательно, с точки зрения действующего права, вполне ошибочно приписывать нашему неформальному договору о невзыскании решительное действие римской акцептиляции и таким образом прямо извращать истинный характер нашего действующего права³¹⁶.

7. Мировая сделка.

Если между одним из многих кредиторов или должников и общим их противником возникает процесс о корреальном обязательстве, оканчивающийся мировой сделкой, то спрашивается – погашается ли последней корреальное отношение для совокупных кредиторов и должников, не участвовавших в сделке?

Всякая мировая сделка необходимо основывается на обоюдных уступках³¹⁷, поэтому ее можно рассматривать как сложную сделку, состоящую из частичного удовлетворения и частичного невзыскания. Предполагая, например, что долговая претензия составляет сумму в 100 руб., а по мировой сделке должник платит наличными деньгами 60 руб., под условием освободиться от всякого взыскания, мы найдем, что долг в сумме 60 руб. погашается настоящим платежом для всех кредиторов и всех должников (прим. с, d, e, f); что же касается остальных сорока рублей, то в силу мировой сделки о них заключен договор о невзыскании; обязательность его для не участвовавших в сделке обсуждается по правилам, выше указанным подробно.

³¹⁴ *L. 3, § 3 de lib. leg.* (34. 3); *L. 25 p. r. de pactis* (2. 14). В последнем месте слово *socii* должно относиться не только к *argentariis*, но и к предшествующим *duobus reis promittendi*.

³¹⁵ *L. 21, § 5 de pactis* (2. 14). В тех исключительных случаях, где регрессивного иска не существует, там и поручитель не имеет эксцепции *L. 5 pr. de lib. leg.* (34. 3). Если договор о невзыскании заключен *in personam*, то, конечно, третье лицо не может воспользоваться эксцепцией.

³¹⁶ Ученые, защищающие то и другое мнение, приведены у Вангерова, стр. 98–100, который сам поддерживает изложенное здесь мнение.

³¹⁷ *L. 38 C. de transact* (2. 4).

§ 19

III. Лица в обязательстве. В. Обязательство корреальное. Следствия (продолжение)

Переходим к случаям прекращения, вытекающим из иска и процесса.

8. *Litiscontestatio*.

Весьма важный институт древнего права состоял в процессуальном погашении (*Prozessconsumtio*).

Последнее основывалось на принципе, что всякий иск, раз начатый и доведенный до *litiscontestatio* (*in litem deducta actio*), никогда не мог быть возобновлен. В известных случаях он погашался *ipso jure* через *litiscontestatio*; в других возобновление его парализовалось посредством *exceptio rei in iudicium deductae*, или (если дело дошло до какого-либо решения) посредством *exceptio rei judicatae*³¹⁸.

Принцип этот производил важное влияние на корреальное отношение, существо которого именно и заключается не в совместной наличности различных обязательств, но в одном и том же обязательстве, всецело и безразлично относящемся к каждому отдельному кредитору и должнику (§ 16). Необходимым последствием такого отношения было то, что иск, предъявленный одним из многих кредиторов, исключал возможность нового иска для других кредиторов, независимо от результата первого иска: заключался ли он в обвинении должника и в уплате долга, или нет. Точно так же, если общий кредитор предъявлял иск к одному из должников, то тем самым освобождал от нового иска других содолжников опять независимо от результатов первого иска³¹⁹.

Это последствие, тяжкое для обыкновенного корреального отношения, было весьма опасно для акцессорного корреального обязательства-поручительства (§ 17), цель которого могла быть совершенно уничтожена. Кредитор, раз предъявивший иск к главному должнику, тем самым навсегда терял иск против поручителя (который был вторым *geus promittendi* по тому же долгу) и никогда не мог его возобновить, хотя бы даже во время производства главный должник оказался несостоятельным; случай, который именно и обеспечивался поручительством. Для устранения этого крайне нелогического последствия прибегали к различным искусственным средствам, в особенности к своеобразному пониманию договора о поручительстве, лишавшему его характера корреального обязательства³²⁰. Юстиниан издал особый закон, упразднивший все искусственные предосторожности, постановив, что иск против должника не отнимает у кредитора права начать впоследствии такой же иск против поручителя или всякого другого *geus promittendi*; только действительное удовлетворение прекращало право кредитора³²¹.

Перемена, происшедшая в юстиниановском праве, имела еще другие, более важные последствия. Она совершенно оставила в стороне весь институт процессуального погашения (независимо даже от корреальности³²²), и не в силу специального закона, но простого умолчания об этом в высшей степени положительном принципе процессуального погашения, принципе, который сам по себе был настолько неестествен, что без приведенного места из Гая

³¹⁸ Gajus L. 3, § 180–181; Lib. 4, § 106–108. Большая часть превосходного сочинения Келлера посвящена изложению этого юридического института. Ср. также Savigny, System, m. 5, § 235, comp. 254 u m. 6, § 281, 282.

³¹⁹ Keller. Litiscontestatio, § 49, 52. Ribbentrop, § 28.

³²⁰ L. 116 de V. O. (45. 1). Указание на эти искусственные средства находится в L. 28. C. de fidej. (8. 41).

³²¹ L. 28. C. de fidej. (8. 41) от 531 г.

³²² Savigny. System, т. 6, comp. 25 u § 282.

(прим. а) мы и не подозревали бы о его существовании. Если бы эта важная перемена совершилась еще прежде и вполне сознательно, быть может, даже в силу специального закона, то не было бы никакой нужды в особенном указе о поручительстве (прим. g).

Итак, мы не должны сомневаться в столь важной и решительной перемене, как и в истинном смысле юстинианова права, но при этом необходимо иметь в виду два обстоятельства: во-первых, невозможно требовать, чтобы в Дигесты по недосмотру не перешли некоторые остатки древнейшего права, настоящий смысл которых мы понимаем теперь только по известиям Гая о содержании этого права³²³; во-вторых, следует также ожидать и дополнений, интерполяций в смысле нового права, и в них в действительности нет недостатка³²⁴.

Заметим еще об этом принципе древнейшего права, что в нем вообще проглядывает очевидное покровительство ответчику (так называемому должнику) сравнительно с истцом (§ 2, g).

9. Понудительная присяга.

Приложение этого факта к корреальному обязательству представляется двояким: 1) когда должник подтверждает присягою несуществование долга (*dari non oportere*); 2) когда кредитор подтверждает присягою существование долга (*sibi dari oportere*)³²⁵. Рассмотрим оба случая порознь.

Первый возможен в свою очередь в двоякой форме.

Один из многих кредиторов требует от общего должника, чтобы тот подтвердил присягою существование долга. По принесении присяги должник приобретает абсолютное освобождение в виде *exceptio jurisjurandi* и не только против кредитора, потребовавшего присягу, но и против всех остальных, не участвовавших в этом требовании³²⁶. Единственный кредитор требует присяги от одного из многих должников, обязавшихся *in solidum*. По совершении присяги возникает *ex jurisjurandi* не только для присягнувшего, но и для всех прочих содолжников, не присягавших³²⁷.

Последний принцип находит весьма частое и важное применение в отношениях главного должника к поручителю. Присяга главного должника производит и для поручителя право на *exceptio*³²⁸, и наоборот – присяга поручителя рождает это право и для главного должника³²⁹. Если бы оба последние положения были разобщены, то можно было бы их выводить из акцессорной природы поручительства (§ 17); но так как они представляются рядом и совершенно тождественными, относящимися к двум главным солидарными должникам (прим. k),

³²³ Следующие места содержат в себе очевидные остатки вышедшего тогда из употребления древнейшего права, в котором они только и имели смысл, так что внесение их в Дигесты объясняется просто недосмотром: *L. 2*; *L. 16 de d. r.* (45. 2); *L. 116 de V. O.* (прим. c); *L. 5 in f. de fidej.* (46. 1); *L. 31, § 1 de nov.* (46. 2); наконец, также *L. 28 C. de fidej.* (прим. d). Puchta, Pand., § 235, g, утверждает без всякого основания, что погашение в силу *litiscontestatio* вышло из употребления только для пассивной корреальности, для активной же оно продолжало существовать и в новейшем праве и действует даже у нас. Однако два места, на которые он при этом ссылается, принадлежат к числу указанных остатков древнейшего права; в третьем же месте (*L. 57, § 1 de sol.*, 46. 3) нет и слова *cofideus*, а есть только *adfectus*, следовательно, оно сюда не относится.

³²⁴ *L. 8, § 1 de leg. 1* (30. un.): «Si ita scriptum sit: Lucius Titius heres meus aut Mevius heres meus, decem Sejo dato, cum utro velit, Sejus aget, ut, si cum uno actum sit, *et solutum*, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent». Слова «et solutum» весьма кстати вставлены в смысле юстиниановского права. Помпоний не вписал их потому, что в его время иск, начатый против одного наследника, совершенно освобождал другого (прим. b), так что факт платежа был безразличен для этой цели. Точно так же в *L. 2 C. de fid. tut.* (5. 57) слова «et solvante». Ср. Keller, стр. 438; Ribbentrop, стр. 42; System, т. 5, стр. 255.

³²⁵ Ср. System, т. 7, § 309–314.

³²⁶ *L. 28 de jurej.* (12. 2): «In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit».

³²⁷ *L. 28, § 3 de jurej.* (12. 2): «Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae alter juravit, alteri quoque prodesse debet».

³²⁸ *L. 28, § 1*; *L. 42 pr.*, § 3 *de jurej.* (12. 2); *L. 7, § 1 de except.* (44. 1); *L. 1, § 3 quar. rer. act.* (44. 5).

³²⁹ *L. 28, § 1*; *L. 42, § 1, 2 de jurej.* (12. 2).

то очевидно, что они вытекают прямо из корреального отношения, заключающегося также и в поручительстве, а не из акцессорной природы поручительства.

Весь принцип со всеми указанными его приложениями, сводится к отождествлению присяги с уплатой долга³³⁰, вследствие чего присягу можно отнести к суррогатам удовлетворения. Это отождествление не только подтверждает истинность нашего принципа, но и указывает вместе с тем на внутреннюю его природу и на весьма важное ограничение. В самом деле, необходимо обращать внимание на особенное содержание присяги и приписывать ее общее значение только в том случае, когда она имеет своим предметом действительность самого долга (объективно), а не только связь его с известным лицом и специальные отношения последнего³³¹. Однако же это ограничение необходимо понимать не в том смысле, будто присяга должна прямо и специально относиться к факту совершенного платежа; напротив, общая присяга «*dari non oportere*» была вполне достаточна вследствие своего объективного понятия, так как она заключала в себе и платеж в смысле возможной причины несуществования долга и при сомнении следовало признавать, что присяга произносилась именно в этой решительной и общей форме³³².

Второй возможный случай присяги состоит в том, что кредитор клянется в существовании долга (*sibi dare oportere*)³³³. И здесь также присяга в приложении к корреальному отношению может представляться в двух формах: во-первых, когда, один из многих кредиторов приносит присягу и совокупный с ним кредитор желает воспользоваться ею против общего должника; во-вторых, когда единственный кредитор присягает и желает воспользоваться присягою не против того должника, который ее потребовал, а против другого.

Ни одна из этих форм присяги не упоминается в наших источниках права, вследствие чего мы должны вполне отвергнуть такое последствие присяги по отношению к лицам, между которыми первоначально не имело места ни требование, ни совершение ее. Это предположение подтверждается еще тем обстоятельством, что более широкое действие отрицающей присяги (*dari non oportere*) сводится к отождествлению присяги с платежом (прим. п); о положительной же присяге (*dari oportere*) этого по аналогии утверждать нельзя.

Если заметят, что здесь нет полной равноправности между сторонами (кредитором и должником), то можно возразить, что вообще существует известное покровительство в пользу должника против кредитора (§ 2, 9), о влиянии которого на корреальное отношение мы уже заметили по поводу важного случая процессуального погашения. К этому можно прибавить еще то чисто практическое соображение, что в отвергаемом нами более широком действии положительной присяги существует менее потребности, нежели в действии отрицательной. Когда кредитор дает положительную присягу, то от него зависит прямо за тем начать иск, прежде чем произойдет какая-либо перемена в имущественной обстановке должника или наступят опасные для него обстоятельства, способные затемнить доказательственную силу его фактов. Напротив, при отрицательной присяге не во власти должника начать процесс о решении вопроса об обязательстве, так что он, без своей вины, подвержен упомянутой нами опасности. В этом случае более широкое приложение *exceptio jurisjurandi* служит ему справедливым вознаграждением.

³³⁰ *L. 27 de jurej.* (12. 2): «*Jusjurandum etiam loco solutionis cedit*». *L. 28, § 1 eod.*: «...nam quia in locum solutionis succedit...».

³³¹ *L. 28, § 1 de jurej.* (12. 2): «...si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur». *L. 1, § 3 quar. rer. act.* (44. 5): «*Si fidejussor juravit, si quidem de sua persona tantum juravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit; si vero in rem juravit, dabitur exceptio reo quoque*».

³³² *L. 42 pr. de jurej.* (12. 2). Необходимо обращать внимание на тождественность смысла данной прежде присяги с подлежащим юридическим вопросом. Если такое тождество существует, то присяга имеет силу и за, и против третьего лица; в противном случае не имеет. Ср. *L. 28, § 8; L. 36 de jurej.* (12. 2).

³³³ О действии такой положительной присяги, влекущей за собою иск, говорится вообще в *L. 9, § 1. 6 de jurej.* (12. 2).

10. Судебное решение, вступившее в законную силу.

Приложение решения к корреальному обязательству представляет большую аналогию с присягой, здесь одинаковые случаи и юридические вопросы; остается только рассмотреть, не такое ли будет и разрешение этих вопросов?

Судебное решение сравнительно с присягой представляется более важным и употребительным на практике, а потому может показаться странным, что древние юристы упоминают о нем реже и трактуют не так подробно. Явление это объясняется очень просто тем обстоятельством, что уже в эпоху древних юристов *litiscontestatio* и следующее за нею процессуальное погашение, о котором говорилось в начале параграфа, устраняли обязательство по отношению к остальным верителям или должникам, и о приложении решения к нашему вопросу не могло быть и речи.

Я перехожу прямо к рассмотрению отдельных юридических случаев в том же порядке, как при изложении присяги. Сначала коснусь оправдательного решения, а потом – обвинительного.

Оправдательное решение может прежде всего иметь место между одним из многих верителей и общим должником. Об этом случае в наших источниках права не упоминается. Но я, не колеблясь, признаю за должником *exceptio rei judicatae* даже против последующего иска всякого из совокупных кредиторов – прямо по аналогии с присягой (прим. i), так как и в других случаях к решению и к присяге применяются одинаковые принципы.

Оправдательное решение может, далее, иметь место между общим кредитором и одним из должников, обязавшихся *in solidum*. Здесь средством *exceptio rei judicatae* пользуется всякий из прочих должников. Правда, что принцип этот выражен в одном месте, трактующем об оправдании главного должника, чем впоследствии может воспользоваться и поручитель³³⁴, и если бы это выражение было единственным, то оно объяснялось бы, пожалуй, идеей акцессорных отношений, иначе обвинение поручителя давало бы ему право регрессивного иска к должнику, который таким образом необходимо лишился бы выгод оправдания. Однако в другом месте ясно говорится, что из оправдания вытекает обоюдное взаимное право³³⁵; откуда неизбежно следует, что в основании принципа лежит не акцессорное отношение поручительства, а скорее отношение корреальности, содержащееся в последнем.

Итак, принципы решения в этом отношении вполне согласны с изложенными выше принципами присяги³³⁶.

Нам остается еще рассмотреть обвинительное решение. Если один из многих верителей добился обвинения должника, но почему-либо не получил удовлетворения, то мог ли один из совокупных кредиторов воспользоваться в своих интересах иском, вытекающим из решения; то же самое мог ли сделать и общий кредитор в случае обвинения по его инициативе одного из должников (при неудовлетворении) и противопоставить *actio rei judicatae* каждому из прочих содолжников. Наши источники не дают ответа ни на одну из двух форм этого вопроса; то же мы видели и при совершенно аналогичном вопросе о положительной присяге (*dari oportere*)³³⁷. Я не колеблюсь применить и сюда принципы присяги, изложенные выше,

³³⁴ L. 7, § 1 de exc. (44. 1).

³³⁵ L. 42, § 3 de jurej. (12. 6): «Item, si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret».

³³⁶ См. выше прим. k, 1, m. С этим мнением согласен Ribbentrop, стр. 261, 262, 268. Для подробного уяснения вопроса см. Savigny, System, т. 6, § 301.

³³⁷ По-видимому, можно бы сослаться в этом случае на L. 5 pr. De appell. (49. 1): «Igitur et venditoris fidejussor emtore victo appellabit, licet emtor et venditor acquiescant». Но, как известно, поручитель есть *correus* не покупателя (обвиненного), а только продавца. Предшествующий случай сонаследников также показывает, что апелляция может быть принесена третьим лицом просто для предотвращения вредного для него решения; однако же из этого права принести апелляцию нельзя выводить обязанности для апеллятора состоявшегося решения.

отвергая, следовательно, в корреальных отношениях *actio rei judicatae* в пользу и против всех не участвовавших в первом процессе.

11. Решение третейского судьи.

Юридическая сила такого решения обеспечивается условленным штрафом на случай неповиновения одной из сторон этому решению. Следовательно, если истец, недовольный оправдательным решением третейского судьи, привлечет ответчика к обыкновенному суду, то должен за неповиновение заплатить условленный штраф.

Теперь предположим, что при существовании корреального отношения одному из верителей, заключившему с общим должником компромисс, третейский судья отказывает в иске, но затем один из совокупных кредиторов привлекает должника к суду; спрашивается: имеет ли место взыскание штрафа с первого кредитора, которому отказано в иске? По принципу — не имеет, так как судебный иск был начат не ним.

Точно так же, если общий кредитор, привлечший одного из должников к третейскому суду, получит отказ в иске и предъявит потом судебный иск против должника, то оправдание третейского судьи не относится к содолжнику, а потому и возбуждение судебного иска не представляется неповиновением решению.

Дело представляется иначе если кредитор, которому отказано в иске с главного должника, начнет иск против поручителя, так как этот иск все-таки косвенно направляется против самого же должника, к которому поручитель имеет право регресса.

Первые два случая могут быть тождественны с последним, когда разные верители и разные должники состоят в товариществе, так как в силу товарищеских отношений выгоды и невыгоды процесса, возбужденного после третейского оправдания, становятся общими; отсюда последствие то же, как если бы процесс велся лицами, участвовавшими в третейском решении. С началом иска можно отыскивать штраф, условленный в компромиссе, хотя бы перед обыкновенным судом фигурировали в качестве истца и ответчика не те самые лица, которые участвовали в третейском процессе³³⁸.

12. Давность иска.

Когда несколько верителей, как *coetēi*, имеют общий иск, и когда иск одного из них погашен давностью, тогда как для других давность еще течет, то возникает вопрос: за давностью первого иска причиняет ли вред прочим? То же и относительно многих корреальных должников.

По общему правилу вопрос решается так: все подобные иски должны иметь одинаковый давностный срок.

Но здесь может быть отступление от правила в силу перерыва давности для одного из кредиторов, например, вследствие получения от должника записки, процентов и т. д., тогда как для других перерыва не существует. Последний именно случай и вызвал специальный закон Юстиниана, по которому перерыв давности по отношению к одному верителю или должнику должен иметь силу и для всех исков, вытекающих из корреального отношения, и служить, таким образом, задержкою против течения давности для всех сторон³³⁹.

Однако остается еще один случай, не предусмотренный этим законом. Когда умирает один из корреальных верителей, оставляя несовершеннолетнего наследника, то давность по отношению к его исковому праву на время приостанавливается, тогда как для исков совокупных с ним верителей она течет и может совершенно окончиться³⁴⁰. Если срок давности исте-

³³⁸ *L. 34 pr. de receptis* (4. 8). Подробности, сообщенные в тексте сочинения, вносят в толкование этого места некоторые модификации. Об этом месте ср. Kraut, *de argentariis*, p. 51–53. Часть места, касающаяся аргентариев, была приведена выше, § 17, i.

³³⁹ *L. 5. C. de d. r.* (8. 40). Ср. System, т. 5, § 242, i.

³⁴⁰ Ср. System, т. 5, § 252.

кает во время несовершеннолетия, то представляется сомнение как в том, могут ли прочие кредиторы пользоваться преимуществами несовершеннолетнего, так и наоборот в том, могут ли невыгоды других кредиторов наступить и для несовершеннолетнего? Оба вопроса можно, не колеблясь, решить отрицательно. Всякое преимущество, даваемое несовершеннолетнему, по существу своему чисто личное и ничем не связано с обязательством. Следовательно, корреальное отношение не может в этом случае служить помехою как для преимущества несовершеннолетнего, так и для истечения давностного срока против совокупных кредиторов.

13. Реституция.

Когда несовершеннолетний является поручителем и получает реституцию в ущерб этого обязательства, то главный должник не извлекает из реституции никакой пользы, так как реституция производит влияние не на самое обязательство, а только на чисто личные отношения к нему несовершеннолетнего³⁴¹.

По тем же мотивам этот принцип должен быть несомненно применен и к случаю, когда несовершеннолетний домогается реституции не против поручительства, а против чистого (не аксессуарного) корреального обязательства.

Теперь нам остается только рассмотреть случаи погашения обязательства, которые мы называли выше (§ 18) случайными фактами.

14. Confusio.

Когда умирает один из корреальных должников, оставляя наследником общего кредитора, то кажется, что долг погашается через confusio как бы вследствие платежа, а прочие содолжники освобождаются. Но этот способ погашения касается не столько существования самого обязательства, сколько отношения его к известному лицу. Вот почему принято за правило, что вследствие такого факта из обязательства выбывает только личность умершего должника, и кредитор может продолжать взыскание по своей претензии с прочих содолжников. Конечно, если оба корреальных должника socii, то претензия продолжается только в части³⁴².

15. Capitis deminutio.

Должник, которого постигла minima capitis deminutio, освобождался, по общему принципу древнего права, от долга³⁴³.

Если предположить, что это освобождение случилось с одним из многих корреальных должников, то возникает вопрос: имело ли оно тот же характер, как и уплата, т. е. освобождало ли в то же время и содолжников?

На самом деле этого не было, и такое освобождение, подобно confusio, имело чисто личный характер и действие. Следовательно, только должник, потерпевший умаление в правах,

³⁴¹ L. 48 pr. de minor. (4. 5).

³⁴² L. 71 pr. de fidej. (16. 1): «Sed quum duo rei promittendi sint, et alteri heres extitit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione. Et puto, aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam... cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere». Ср. Ribbentrop, стр. 24–26. Само место прямо говорит только об этом одном случае; но без всякого сомнения, это же правило можно применить и к тому случаю, когда умирает кредитор, оставляя своим наследником одного из должников, или когда один из многих кредиторов назначает наследником общего должника или сам назначается им. Вот еще случаи, несколько различные, но аналогичные. Кредитор назначает наследником своего сокредитора или должник – содолжника. И там, и здесь две различные претензии или два долга продолжаются в одном и том же лице. L. 13 de d. r. (45. 2); L. 5 de fid. (46. 1); L. 93 pr., § 1. 2 de sol. (46. 3). Напротив, преемственность между главным должником и поручителем погашает отношения поручительства. L. 5 cit.; L. 93, § 2 cit.

³⁴³ Ср. System, т. 2, § 70; т. 7, § 333.

выходит из ряда корреальных должников; прочие же содолжники остаются в обязательстве, как прежде³⁴⁴.

³⁴⁴ *L. 19 de d. r.* (45. 2): «Quum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemptus est obligatione, alter non liberator». (Остальная часть места была приведена выше, § 18, g).

§ 20

III. Лица в обязательстве. В. Корреальное обязательство. Случаи ненастоящей корреальности

Выше мы заметили (§ 16, с), что рядом с изложенною истинною корреальностью стоят случаи ненастоящей корреальности, которая напоминает первую только по некоторым общим последствиям³⁴⁵, в сущности же совершенно отлична от нее. Тем не менее случаи эти требуют точного и тщательного исследования, отчасти по своей важности и многочисленности, отчасти потому, что неразграничение этих двух классов обязательств привело наших писателей к большому смешению понятий и принципов права.

Прежде всего укажем на важное различие этих классов. Истинное корреальное отношение, поскольку оно вытекает из воли сторон, представляется как на стороне многих верителей (активно), так и на стороне многих должников (пассивно) (§ 16). Напротив, случаи ненастоящей корреальности, о которой идет теперь речь, могут существовать только на стороне многих должников (пассивно).

Вот они:

А. Обязательство из деликта, насколько оно имеет целью вознаграждение.

Я указал уже подробно в другом месте, что деликт дает начало двоякого рода обязательствам и искам, существенно различным между собою: искам о наказании (уголовным двусторонним) и о вознаграждении (уголовным односторонним). Часто обе цели достигаются различными исками, часто одними и теми же, получающими тогда сложный и смешанный характер³⁴⁶.

Когда деликт совершен многими лицами сообща, возникает вопрос: вытекает ли отсюда корреальное отношение между этими лицами или нечто аналогичное ему?

Для решения этого вопроса необходимо выделить совершенно двусторонние уголовные иски. Всякий участник в деликте несет полное наказание, как если бы учинил его один, и, стало быть, наказание налагается в пользу потерпевшего столько раз, сколько участников в деликте. Этот важный принцип нигде не выражен прямо и вообще, но он вытекает сам собою из столь неизбежной индукции, что в истинности его не может быть сомнения³⁴⁷.

Наглядность и несомненность принципа мы поясним некоторыми примерами. Когда трое похищают сообща 100 руб., то штраф, полагаемый в наказание, простирается до 200 руб. с каждого похитителя, совершившего преступление. Таким образом, во взятом нами примере каждый из трех похитителей обязан уплатить эту сумму, так что потерпевший должен получить 600 руб. Когда двое сообща убивают чужую лошадь, стоившую в последний год 100 руб., то каждый из виновных платит сотню, а собственник получит двести рублей³⁴⁸. Таким обра-

³⁴⁵ Важнейшие последствия обоих классов суть следующие: иск, смотря по выбору верителя, может быть направлен во всей целости на многих должников; удовлетворение со стороны одного должника освобождает всех остальных содолжников.

³⁴⁶ System, т. 5, § 210, 211.

³⁴⁷ System, т. 5, § 211, b, и стр. 234, где сгруппированы места, вполне доказывающие принципы, выставленные здесь в тексте. Из этих принципов есть только одно истинное исключение, которое основывалось несомненно на смешении наказания с удовлетворением, а не на шатком понимании самих принципов. За обман казны многими лицами полагается четвертной штраф, но штраф этот взыскивается со всех участников только один раз, следовательно, с каждого в случае состоятельности всех виновников только часть штрафа. *L. 46, § 9 de j. fisci* (49. 14). Finestres in Hermogenianum, p. 1047.

³⁴⁸ По-видимому, непоследовательно причислять к двусторонним уголовным искам случай *actio legis Aquiliae*, так как этот иск главным образом имеет целью простое вознаграждение. Однако вследствие искусственного счета, связанного с ним (*in eo appo*, или *in diebus XXX proximus*), он мог случайно иметь последствием то простое вознаграждение, то вознаграждение вместе со штрафом, нераздельно. Вследствие этого самый иск рассматривался как чистый двусторонний уголовный иск, ср. System, т. 5, стр. 234–236. Так было по римскому праву. Если же признать по действующему праву, что этот иск имеет целью только вознаграждение без всякого искусственного исчисления штрафа (о чем будет речь впереди), то его следует считать не двусторонним уголовным иском, а односторонним. Он представляется, с точки зрения нашего вопроса, тождественным

зом, случаи двусторонних уголовных исков не имеют даже кажущейся аналогии с корреальным отношением.

Совершенно иначе дело представляется при одностороннем уголовном иске, существо которого состоит в требовании чистого вознаграждения убытков, причиненных деликтом.

Правда, по принципу, и здесь в деликте, учиненном многими, деяние каждого участника рассматривается как самостоятельное, без отношения к прочим, так что каждый из соучастников обязывается к возмещению полного вознаграждения, а не только части его; но если один из них уплатил все вознаграждение, то прочие освобождаются, так как с совершением платежа уничтожается самое понятие убытков, в смысле условия обязательства, которое остается затем беспредметным. И этот важный принцип в римском праве нигде не выражен вообще, но неизбежная индукция делает и его несомненным³⁴⁹.

Отсюда та очевидная внешняя аналогия одностороннего уголовного иска с корреальным отношением, заставлявшая большую часть писателей признавать в уголовных исках истинную корреальность. Для точного и верного разграничения в этом случае истинного от ложного необходимо вспомнить изложенные выше последствия истинной корреальности (§ 18, 19), и определить приложимость или неприложимость каждого из них порознь к односторонним уголовным искам.

В этих исках веритель может по произволу избрать того из участников преступления, от которого он желает требовать полного вознаграждения. С уплатою вознаграждения, добровольно или по принуждению, одним из них все прочие участники освобождаются. Следовательно, в главных последствиях односторонние уголовные иски вполне совпадают с корреальным отношением.

Что же касается других последствий корреальности (§ 18, 19), то в этом отношении бросаются в глаза самые резкие различия между корреальностью и односторонним уголовным иском. Все они сводятся к одному главному принципу.

Факты, названные выше истинными суррогатами платежа, непрямыми путями удовлетворения верителя (§ 18), погашают долг и по отношению ко всем должникам даже в односторонних уголовных исках. Сюда принадлежат: отдача денег на хранение (*depositio*) в судебное место, *in solutum datio*, новация (насколько она заменяет уплату), компенсация, совершенная в виде уплаты.

Напротив, следующие факты не производят в уголовных исках никаких последствий по отношению к прочим должникам: акцептиляция, неформальный договор, мировая сделка (насколько она влечет за собою удовлетворение не в части); далее все факты, относящиеся к процессу, такие как процессуальное погашение, присяга, оправдательное решение³⁵⁰.

В. Некоторые обязательства, возникшие из общих договоров без корреальных отношений.

Мы заметили выше, что обязательства, возникшие из купли, найма, ссуды, поклажи и т. д., когда на одной их стороне несколько лиц, касаются каждого из лиц только в части, корреальное же обязательство должно быть обусловлено специально, что у римлян делалось посредством неформального договора. Это подтверждается не только частными случаями применения, но признано в смысле принципа в одном из замечательных мест Папиниана (§ 17, p).

с *actio doli*, но не с *actio furti*.

³⁴⁹ Важнейшие места приведены в System, т. 5, § 211, с. и стр. 221; еще лучше и подробнее у Риббентропа, стр. 90–106. Совершенно то же правило и по тому же основанию приложимо к *condictio furtiva* (L. 1 C. de cond. furt. 4. 8), хотя этот иск не следует считать иском из деликта. Ср. System, т. 5, приложение XIV. Num. XVII.

³⁵⁰ Ribbentrop, § 28, 29. Особенно важны в этом отношении L. 7, § 4 *quod falso* (27. 6): «*perceptione, non electione*»; L. 3, 4 *de his qui effud.* (9. 3): «*perceptione, non litis contestatione*».

Случаи, в которых корреальность обуславливалась, не представляют никаких недоразумений; напротив, прочие случаи (где она не обуславливалась) требуют внимательного исследования.

Я приведу сначала те, к которым несомненно применяется указанный нами принцип. Если кто-либо продает или сдает в аренду двум лицам участок земли за 100 руб., не устанавливая корреально сти, то от каждого он может требовать, конечно, только по 50 руб.: один не отвечает здесь за другого³⁵¹.

Но юридическое отношение может представиться в другом виде, когда обязательство, породившее иск, основано не просто на условии, как в данных случаях, а на каком-либо действии или упущении должника, наступившем впоследствии; это обстоятельство придает всему отношению более личный характер. Сюда принадлежат следующие случаи.

По принципу поклада возлагает на поклажепринимателя только ответственность за *dolus*, а не за *culpa*; поэтому он не отвечает, когда третье лицо похищает вещь, если даже допустить, что этого не могло случиться без *culpa* с его стороны³⁵². Когда отдают одну вещь на хранение двум лицам, не обуславливая корреальности, и оба ее растрачивают, то каждый отвечает *in solidum*; но если один уплатил, то другой освобождается, так как понятие ущерба, т. е. мотив удовлетворения, исчезает; если же вещь растрчена одним, то последний только и отвечает. Следовательно, если по ошибке иск предъявляется к другому, который справедливо будет оправдан судьей, то это обстоятельство не избавляет от иска растратившего³⁵³. Здесь, очевидно, прилагаются те же принципы, которые мы изложили выше при односторонних уголовных исках. Если бы в этом случае существовало корреальное обязательство, то предъявление договорного иска против невиновного погасило бы обязательство и по отношению к виновному. С другой стороны, правило, что против всякого из виновных может быть предъявлен иск не только в половинной доле, но в полном составе, основывается на том же мотиве, как и при одностороннем уголовном иске против двух виновных в одном и том же деликте. Хотя здесь предъявляется не иск из деликта, а иск из контракта, тем не менее предмет договора составляет не род иска, предъявляемого кредитором, а нарушение права по поводу контракта; нарушение, имеющее в этом случае вполне характер деликта и именно деликта должного³⁵⁴.

Несколько иным, но основанным на аналогических принципах, представляется обязательство многих нанимателей или ссудопринимателей, берущих вещь для общего пользования, но не обязывающихся корреально; например, дорожную карету для общего путешествия. В случае растраты этой вещи с общего согласия положение должников, конечно, будет то же, что и в рассмотренном нами случае поклада. Но от наемщиков и ссудопринимателей требуется еще *diligentia*, важное последствие которой есть обязанность вознаградить за утрату украденной вещи; и по общему правилу каждый из должников может посредством этой *diligentia* предотвратить кражу. Предполагая, что в этом случае вещь похищена третьим лицом, каждый обязывается к ответственности *in solidum* на том основании, что каждый подлежит упреку в допущении всего ущерба вследствие неисполнения возложенной на него *diligentia*, которая от каждого требуется не в половину, а в целости. Зато каждый из них имеет *actio furti* против похитителя³⁵⁵.

³⁵¹ Один из указов полицейского характера, совершенно положительный, стоящий особняком, установил солидарное обязательство многих работяг, состоящих в товариществе (*societas*). *L. 44, § 1 de aedil. ed.* (21. 1).

³⁵² *§ 3 J. quib. modis re* (3. 14).

³⁵³ *L. 1, § 43 depositi* (16. 3). Здесь прямо указывается на *exemplum duorum tutorum*.

³⁵⁴ Так же решается в особенности и тот случай, когда иск предъявляется против многих наследников первоначального поклажепринимателя. *Dolus* покойного обязывает каждого соразмерно наследственной части. Если каждый из них в своих интересах растратил часть поклада (без сообщества других), то он и отвечает за эту часть. В случае растраты сообща они отвечают *in solidum*, точно так же как и два первоначальные поклажепринимателя (прим. i). *L. 9; L. 22 depos* (16. 3).

³⁵⁵ *L. 5, § 15; L. 6; L. 7 pr. comm.* (13. 6).

С. Приведенными случаями объясняется следующее очень важное юридическое отношение. Когда многие соопекуны отправляют обязанности сообща, то по правилу всякий из них отвечает перед пупиллом в своей части; но обстоятельства могут установить между ними солидарное отношение даже вследствие вредных действий одного из соопекунов, так как другой был обязан и мог надлежаще бдительностью предотвратить ущерб, точно так же как в вышеприведенном случае всякий из нанимателей кареты мог предотвратить похищение. Следовательно, к каждому из соопекунов может быть предъявлен иск в полном составе и платеж его освобождает прочих соопекунов³⁵⁶.

Солидарная ответственность соопекунов наступает, разумеется, и в случае, когда претензия пупилла основывается на общей недобросовестности опекунов, но здесь возбуждается еще особенное сомнение. По XII таблицам для этого случая существовал специальный иск — *de rationibus distrahendis*, имевший целью двойную стоимость растраченного. По-видимому, это был двусторонний уголовный иск, при котором платеж одного в силу изложенных принципов не должен был освобождать других соопекунов (прим. е). Тем не менее, здесь должно было иметь место освобождение, которое объясняется тем, что при этом иске двойная стоимости понималась не в смысле чистого наказания, а скорее в смысле высшего интереса *actio tutelae*, оцененного произвольно ради интересов обманутого пупилла. Значит, это была тоже *actio tutelae*, только соединенная с двойной *condemnatio*, предоставляемой на произвол истца³⁵⁷.

Сравнивая изложенные случаи (поклажу, наем, ссуду и опеку) с односторонними уголовными исками, мы находим в них совершенно одинаковые последствия. И здесь веритель может требовать от каждого должника полного удовлетворения; и здесь платеж одного освобождает прочих должников; и здесь, наконец, все другие способы погашения обязательства производят общее и решительное влияние настолько, насколько они являются истинными суррогатами платежа.

С изложенными нами контрактными отношениями очень часто сближают другие, совершенно отличные от них, имеющие еще меньше сходства с истинными корреальными отношениями. Таково отношение доверителя, поручающего другому дать взаймы денег третьему лицу и становящегося вследствие этого в положение, аналогичное с поручителем. Главные правила этого отношения следующие. Когда главный должник уплачивает, доверитель освобождается, так как ущерба больше не существует³⁵⁸. Многие независимые друг от друга доверители отвечают *in solidum*; платеж одного освобождает других по изложенным выше основаниям; напротив, когда иск предъявляется к одному из доверителей и он даже оправдывается³⁵⁹, прочие не освобождаются. Платеж одного доверителя не освобождает главного должника, так как между ними не существует никакого юридического отношения³⁶⁰. Итак, ясно, что этот случай представляет весьма отдаленную аналогию с корреальным отношением.

³⁵⁶ О солидарной ответственности опекунов вообще, которая может быть удовлетворительно исследована только в учении об иске, ср. Ribbentrop, § 9, 10 и Rudorff. Vormundschaft, § 161. *Actio pro socio* не может здесь иметь места, так как соопекунские отношения вообще не основаны на договоре.

³⁵⁷ L. 1, § 21, 22; L. 2, § 1, L. 15 *de tutelae* (27. 3); L. 55, § 1 *de admin.* (26. 7).

³⁵⁸ L. 27, § 5 *mand* (17. 1); L. 13; L. 71 *pr. de fidej.* (46. 1); ср. об этом случае Ribbentrop, § 12.

³⁵⁹ L. 52, § 3 *de fidej.* (46. 1).

³⁶⁰ L. 28 *mand.* (17. 1); L. 13 *de fidej.* (46. 1); L. 95, § 10 *de sol.* (46. 3).

§ 21

III. Лица в обязательстве. В. Корреальное обязательство. Случай ненастоящей корреальности. (продолжение)

Д. Так называемые *actiones adjectitiae qualitatis*³⁶¹.

Последний класс случаев ненастоящей корреальности обнимает собою разряд исков, которые могут быть предъявлены против другого лица, как настоящего должника, независимо от обыкновенного иска, возникающего из обязательства. Два из этих исков принадлежат к сфере таких торговых отношений, где должник ведет чужие дела; другие же предполагают зависимость должника от семейной власти отца или хозяина. Вот эти иски:

Actio exercitoria и *institoria*.

Actio de peculio, de in rem verso, quod jussu, tributaria.

Когда судохозяин (*exercitor*) сам не ведет операцию оснащения корабля, а поручает ее представителю (*magister*, капитан), который и вступает по этому поводу в сделки, не выходящие за пределы его полномочий, то этот последний и будет прямым и истинным должником; но в силу этих сделок и сам судохозяин обязан отвечать в качестве должника по иску, который называется *exercitoria actio*. Следовательно, кредитор имеет право выбора между двумя исками против разных лиц по одному и тому же предмету³⁶². В этом именно и заключается несомненная аналогия рассматриваемого юридического отношения с корреальным обязательством, и аналогия эта становится еще более очевидной, когда многие хозяева одного корабля поручают управление одному *magister*’у: тогда *exercitoria actio* может быть предъявлена *in solidum* против каждого хозяина порознь³⁶³.

Точно такое же юридическое отношение представляется и в том случае, если предприниматель какой-либо промышленной операции (торговля, фабрика, земледелие и т. п.) поручает ее управляющему (*institor*), который заключает сделки в пределах полномочий. Кредитору принадлежит право выбора: обратиться с обыкновенным договорным иском к *institor*’у или к самому предпринимателю с таким же иском под именем *institoria actio*. Если же операция начата многими предпринимателями, избравшими сообща *institor*’а, то каждый из них обязан отвечать по иску *in solidum*³⁶⁴.

Далее. Если договор заключает раб или сын, состоящие под властью, то прямым должником является он сам, а если ему был прежде доверен *пекулий*, то иск по договору может быть предъявлен к домовладыке с прибавкою: *de peculio*, так что кредитор имеет, так сказать, двух должников, и может к одному из них предъявить иск по своему выбору³⁶⁵. Аналогическое последствие мы видим и в иске *de in rem verso, quod jussu, tributaria*.

Положение, по которому кредитор в подобных случаях должен прежде всего преследовать прямого должника, следует, по отношению к римскому праву, понимать в связи с общою ограничительною оговоркою, чтобы главный должник не был рабом – обстоятельство, которое могло иметь место при всяком из названных нами исков; раб вообще не подлежал иску и мог быть должником только в неисковом обязательстве (§ 10, b, g). Сверх того, всякий из перечисленных исков предполагает особенные условия и ограничения, которые будут подробно разо-

³⁶¹ Основательно исследует эти случаи Keller. *Litiscontestatio*, § 49, 50, 51.

³⁶² *L. 1, § 17, 24; L. 5, § 1 de exerc.* (14. 1). В последнем из этих мест юридическое отношение выражено так: «*hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur*». ^c *L. 1, § 25; L. 2; L. 3; L. 4, § 1; L. 5, § 2 de exerc.* (14. 1).

³⁶³ *L. 1 pr.; L. 7, § 1 de instit.* (14. 3).

³⁶⁴ *L. 13, § 2 de instit.* (14. 3).

³⁶⁵ *L. 44, 45 de peculio* (15. 1).

браны в своем месте; здесь же все эти юридические отношения рассматриваются только с одной стороны: насколько они представляются (настоящими или кажущимися) корреальными обязательствами; на этот именно вопрос мы и должны теперь ответить.

Мы уже признали одну аналогию каждого из изложенных отношений с корреальным обязательством: кредитор имеет перед собою двух лиц и от каждого из них, по своему выбору, может требовать весь долг.

К этому мы можем прибавить еще другую: с уплатою долга одним должником оба освобождаются. Само собою разумеется, что главный должник может уплатою совершенно погасить долг; но то, что и другой должник имеет на это право, также не подлежит сомнению, так как даже всякое постороннее лицо может погасить долг уплатою, произведенною с этой целью³⁶⁶.

Сделаем еще шаг вперед, и пред нами откроется аналогия, которой мы не могли найти при предыдущих случаях (§ 20).

Когда одному из возможных здесь исков предшествовала *litiscontestatio*, то оба иска прекращались в силу процессуального погашения независимо от последствий процесса. Причина такого явления была, впрочем, чисто случайная. Она заключалась просто в том, что *intentio* обоих исков обозначалось одними и теми же словами и должно было выражать имена одних и тех же лиц³⁶⁷.

³⁶⁶ *L. 23, 53 de sol. (46. 3), L. 39 de neg. gestis (3. 5).*

³⁶⁷ *Keller* в указанном месте. Все это юридическое отношение развито им особенно наглядно посредством комбинации на стр. 429 формулы *actio de peculio* с *actio de in rem verso* в приложении к одному и тому же случаю.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.