

Проф. И. Н. Трепицынъ.

Гражданское право

ГУБЕРНІЙ ЦАРСТВА ПОЛЬСКАГО И РУССКОЕ

ВЪ СВЯЗИ
съ Проектомъ гражданского уложенія.

Общая часть
Обязательственного права.

ВАРШАВА.

ТИПОГРАФІЯ ВАРШАВСКАГО УЧЕБНАГО ОКРУГА.

1914.

Проф. И. Н. Трепицынъ.

Гражданское право

ГУБЕРНІЙ ЦАРСТВА ПОЛЬСКАГО И РУССКОЕ

ВЪ СВЯЗИ
съ Проектомъ гражданского уложенія.

Общая часть
Обязательственного права.

ВАРШАВА.
ТИПОГРАФІЯ ВАРШАВСКАГО УЧЕБНАГО ОКРУГА.

1914.

2. im. 1864
DUBLET



DS. 2376

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго
Варшавскаго Университета.

Ректоръ Заслуж. проф. С. И. Выховъ.

D. 23/82/50

Гражданское право

губерній Царства Польскаго и русское

въ связи съ Проектомъ гражданского уложенія.



ТРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Правовая система и ее развитие

Введение в курс права

Обязательственное право.

Общая часть.

Предисловіе.

Этой книгой я начинаю изданіе курса лекцій по гражданскому праву, читаемыхъ мною въ Императорскомъ Варшавскомъ Университетѣ.

Два различныхъ законодательства составляютъ главное содержаніе этого курса: одно—мѣстное, дѣйствующее съ начала XIX столѣтія въ губерніяхъ бывшаго Царства Польскаго, другое—общее, выраженное въ Сводѣ законовъ.

Теоретическое разсмотрѣніе и разъясненіе положительнаго закона я по возможности дополняю рѣшеніями Гражданскаго Кассационнаго Департамента Сената, чтобы получить такимъ образомъ болѣе полную и болѣе близкую къ дѣйствительности картину дѣйствующаго у насъ права.

Кромѣ того, право дѣйствующее я сопоставляю съ правомъ будущимъ и съ этой цѣлью по каждому вопросу разсматриваю нашъ Проектъ гражданского уложенія, который именно въ этой части (Обязательственное право) осенью минувшаго года внесенъ въ Государственную Думу.

А такъ какъ при построеніи новаго права чрезвычайно важно знакомство и сравненіе съ правомъ и кодификаціоннымъ опытомъ другихъ народовъ, уже преу-

спѣвшихъ въ этомъ отношеніи, то я пользуюсь въ известной степени Общегерманскимъ уложеніемъ 1900 г. и Швейцарскимъ союзнымъ закономъ объ обязательствахъ 1881 г., какъ новѣйшими законодательствами, а также и Сводомъ гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ 1864 г., какъ дѣйствующимъ у насъ же въ Россіи.

Въ предѣлахъ этого матеріала я изучаю обязательства догматически и даю свои соображенія *de lege ferenda*.

Въ такомъ же объемѣ и направленіи предполагается мною изданіе и остальныхъ частей гражданского права, при чемъ въ нѣкоторыхъ изъ нихъ придется дѣлать и историческіе экскурсы.

Выпуская въ свѣтъ именно такой курсъ, я имѣю въ виду, во 1-хъ и ближайшимъ образомъ, дать своимъ слушателямъ учебное пособіе, соотвѣтствующее программѣ преподаванія гражданского права въ Варшавскомъ Университетѣ. Нужда въ такомъ пособіи очевидна: со времени основанія этого университета и по сей день ни одного соотвѣтственнаго пособія издано не было; лекціи моихъ предшественниковъ по кафедрѣ, профессоровъ Голевинскаго и Гусакова, издавались студентами въ видѣ литографированныхъ записокъ, которыя не всегда и не вполне точно воспроизводятъ сказанное профессоромъ. Только одна часть курса обработана лично самимъ проф. Голевинскимъ въ его книгѣ „О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ“ (Варшава, 1872 г.); но въ этой книгѣ на русское право обращено слишкомъ мало вниманія, а сравненія съ итальянскимъ и саксонскимъ уложеніями теперь уже значительно утратили свой прежній интересъ; кромѣ того, студенты должны теперь знакомиться и съ Проектомъ гражданского уложенія.

Во 2-хъ, я имѣю въ виду и вообще дать посильное освѣщеніе и разработку дѣйствующаго гражданского пра-

ва, особенно же мѣстнаго, русская литература по которому поразительно бѣдна. Правда, за то очень богата литература французская. Дѣло однако въ томъ, что приблизительно только половина отношеній гражданского права регулируется у насъ Кодексомъ Наполеона; въ остальномъ же дѣйствуютъ и примѣняются свои собственные законоположенія.

Наконецъ, въ 3-хъ, я имѣю въ виду часть Проекта гражданского уложенія, внесенную въ Государственную Думу, и считаю своимъ священнымъ долгомъ, по мѣрѣ силъ и разумѣнія, сказать и свое слово о томъ, что въ этомъ Проектѣ нуждается въ исправленіи и что заслуживаетъ одобренія и принятія.

Этимъ послѣднимъ обстоятельствомъ объясняется и то, почему настоящее изданіе начинается именно съ Обязательственнаго права.

И. Т.

Варшава
Мартъ 1914 г.

Оглавление.

Отдѣлъ I.

Общее понятіе объ обязательственномъ правѣ.

	Стр.
§ 1. Опредѣленіе обязательственнаго права . . .	1
Обязательственное право въ объективномъ и въ субъективномъ смыслѣ.	
§ 2. Терминологія	2
Договоръ и обязательство; значеніе этихъ терминовъ.	
§ 3. Отличіе правъ обязательственныхъ отъ правъ вещныхъ	3
Субъекты. Объекты. Принужденіе къ передачѣ вещей. Предположенія Проекта—6. Дальнѣйшія отличія—9.	
§ 4. Субъектъ, объектъ и содержаніе обязательствъ	10
Лица физическія и юридическія; правоспособность и дѣеспособность. Необходимыя свойства дѣйствій; физическая возможность—12; возможность юридическая—16; опредѣленность или опредѣлимость—16; имущественный интересъ—19; предположенія Проекта—21. Содержаніе обязательствъ—22.	
§ 5. Обязательства гражданскія и обязательства натуральныя	23
Общее понятіе. Постановленія Кодекса Наполеона объ игрѣ и пари—24. Русскій законъ—27. Дѣйствіе	

исковой давности по русскому закону—28. Практика Сената. Проект—31.

§ 6. Исторія обязательствъ 33

Вещно-правовой характеръ примитивныхъ обязательствъ. Признаніе силы за неформальными соглашениями и за контрактами безыменными—34. Свобода договоровъ и ея ограниченія. Вещно-правовые элементы въ куплѣ-продажѣ и наймѣ—35.

§ 7. Общая и особенная часть обязательственного права 36

Содержаніе той и другой.

ОТДѢЛЪ II.

Общая часть обязательственного права.

Глава I.

Виды обязательствъ 38

Чѣмъ обусловливается различіе видовъ обязательствъ.

§ 1. Обязательства положительные и отрицательныя 39

Основанія выдѣленія дѣйствій отрицательныхъ. Нецѣлесообразность дальнѣйшихъ подраздѣленій (даже и facere). Необходимая поправка въ Проектъ.

§ 2. Обязательства простые и сложные 41

Значеніе этого дѣленія. Частичное исполненіе. Однородность дѣйствій въ сложныхъ обязательствахъ. Совокупность разнородныхъ обязательствъ—43, 44.

§ 3. Обязательства раздѣлительныя или альтернативныя 45

Сходство съ сложными и отличіе отъ нихъ. Не всѣ ли обязательства альтернативны? Концентрація путемъ выбора—47. Концентрація вслѣдствіе невозможности—48. Гибель вещи случайная. Гибель по винѣ должника. Гибель по винѣ кредитора—49. Постановленія Свода законовъ—50. Другія законодательства и Проектъ.

§ 4. Обязательства факультативныя или замѣнительныя 52

Отличіе отъ альтернативныхъ. Примѣры—53. Молчаніе закона.

§ 5. Обязательства дѣлимыя и недѣлимыя 54

Понятіе дѣлимости и недѣлимости. Обязательства естественно-дѣлимыя—55. Частичное исполненіе. Множественность лицъ послѣдующая и первоначальная; обязательства долевые—58. Обязательства естественно-недѣлимыя—59. Положеніе вѣрителя. Положеніе должника. Обязательства искусственно-недѣлимыя или солидарныя—61. Понятіе и свойства солидарности; ея основанія. Солидарность пассивная по волѣ сторонъ, по закону—65. Вліяніе пассивной солидарности на отношенія между должниками и вѣрителемъ—69. Вліяніе на все обязательство и на положеніе лишь нѣкоторыхъ должниковъ. Вліяніе пассивной солидарности на взаимныя отношенія между должниками—75. Регрессъ. Солидарность активная—76. Отношенія при ней. Сходство съ пассивной и отличіе отъ нея.

§ 6. Обязательства родовыя и видовыя 78

Обязательства родовыя и альтернативныя. Превращеніе родового въ видовое. Выборъ принадлежитъ должнику. Качества вещи. Свойства родовыхъ и видовыхъ обязательствъ.

§ 7. Особые виды родовыхъ обязательствъ: обязательства денежныя и процентныя 81

А. Обязательства денежныя. Роль денегъ. Свойства денежныхъ обязательствъ. Обязательства на внутреннюю денежную единицу—84. Обязательства на иностранную денежную единицу—86. В. Обязательства процентныя—88. Понятіе процентовъ. Отношеніе между процентнымъ обязательствомъ и главнымъ долгомъ. Проценты, устанавливаемые закономъ—92. Проценты договорные—95. Законы о ростовщичествѣ. Сложные проценты.

§ 8. Обязательства одностороннія и двустороннія . 100

Одностороннія и двустороннія равныя. Зависимость частей. Экцепція. Право на расторгненіе или на уменьшеніе арендной платы. Сенатъ и Проектъ. Двустороннія неравныя—102. Прочіе виды обязательствъ—103. Комбинація различныхъ видовъ между собою—104.

Глава II.

Возникновение обязательств.

- § 1. Источники обязательств и их классификація 105
 Посредственные и непосредственные источники. Классификація Кодекса Наполеона—106. Причина затруднений въ классификаціи—107. Классификаціи отдельных авторов—108. Значение классификаціи—109.
- § 2. Договоры. Общее понятие 110
 Значение договоров. Ихъ разнообразіе. Свобода договоров. Ограниченія субъективнаго начала—112.
- § 3. Заключение договоровъ 114
 Виды договоровъ. Понятіе соглашения. Предложеніе или оферта—115. Принятіе или акцептъ—118. Моментъ заключенія договора—118, 119. Приказъ и предложеніе съ приложеніемъ—120. Искривленія и опозданіе. Необходимость отвѣчать—121. Договоры формальные—123. Договоры реальные—124.
- § 4. Сила и дѣйствіе договоровъ 125
 Отвѣтственность преемниковъ. Хирографарные кредиторы—127. Законная сила договоровъ. Право расторженія—128.
- § 5. Дѣйствіе договоровъ относительно третьихъ лицъ 130
 I. Договоры во вредъ третьимъ лицамъ—130. Понятіе и ограниченія. II. Договоры въ пользу третьихъ лицъ—133. Понятіе. Кодексъ Наполеона. Сводъ законовъ. Примѣры—135. Теорія исключенія. Теорія договорнаго присоединенія—136. Теорія веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія—138. Права кредитора—140. Возраженія должника—141. Основанія этихъ договоровъ—141.
- § 6. Толкованіе договоровъ 141
 Постановленія Кодекса Наполеона—142. Буквальный и общій смыслъ—143. Сводъ законовъ—145. Мнѣніе Шершеневича—147. Толкованіе договоровъ и толкованіе законовъ—148.

Глава III.

Обеспеченіе обязательствъ 149

Виды обеспечения и различныя свойства ихъ.

- § 1. Задатокъ 152
 Различное значеніе задатка. Понятіе задатка-аванса—153. Его свойства и послѣдствія. Задатокъ, какъ штрафъ или отступное—155. Особенность Проекта—156. Задатокъ по Кодексу Наполеона—156. Русское право; отдѣльныя постановленія—157. Расписка о задаткѣ и практика Сената—158. Задатокъ или обеспечение-залогъ на публичныхъ торгахъ—161. Проектъ—162.
- § 2. Неустойка 162
 Отличіе отъ задатка. Дѣйствіе неустойки по Кодексу Наполеона—164. Предвареніе о просрочкѣ—165. Редукція неустойки—166. Русское право—167. Мнѣніе Пергамента. Практика Сената—168. Вина виновности должника. Недопустимость редукціи. Неустойка по закону—169. Договорная неустойка при законной—169. Практика Сената—170. Форма договора—172. Проектъ—172.
- § 3. Поручительство 174
 Общая характеристика. Обязательства, допускающія это обеспечение—175. Обеспеченіе обязательствъ недѣйствительныхъ—176. Обеспеченіе обязательствъ натуральныхъ и условныхъ—177. Кто можетъ быть поручителемъ—178. Основаніе поручительства—180. Стороны этого договора—181. Границы отвѣтственности поручителя—182. Содержаніе его обязанности—183. Порядокъ и условія отвѣтственности по Кодексу Наполеона—184. То же по Своду законовъ—186. Поручительство на срокъ—187. Поручительство простое—188. Послѣдствія уплаты долга поручителемъ—189. Его искъ къ должнику до уплаты долга—191. Отношенія сопоручителей между собою—193. Прекращеніе поручительства—194. Отличіе поручительства отъ другихъ отношеній—195.

Глава IV.

Измѣненіе обязательствъ 198

- § 1. Цессія 199
 Историческій очеркъ. Кодексъ Наполеона и новѣйшія законодательства—202. Русское право—203. Фор-

Стр.

ма сделки—205. Основаніе цессіи—206. Денунціація или одобрение—207. Увѣдомленіе по русскому праву—209. Послѣдствія цессіи—210. Обязательства, допускающія цессію—212. Устраненіе цессіи волею сторонъ—216. Значеніе цессіи.

§ 2. Суброгація 217

Понятіе. Основанія суброгаціи—219. Отдѣльные случаи суброгаціи—220 и слѣд. Сходство и отличія между суброгаціей и цессіей—225. Проектъ—227.

§ 3. Осуществленіе кредиторомъ правъ и исковъ своего должника 228

Осуществленіе отъ имени должника—229. Отъ собственнаго имени—231. Русское право и другіе кодексы—232. Проектъ—233.

§ 4. Измѣненія въ субъектахъ на пассивной сторонѣ обязательствъ 233

Общее понятіе перевода долга. Двойкая форма принятія и послѣдствія его—236. Кодексъ Наполеона—238. Русское право—239. Отношеніе къ цессіи—240.

§ 5. Измѣненія въ объектѣ или въ содержаніи обязательствъ 241

Общій очеркъ возможныхъ измѣненій.

Глава V.

Прекращеніе обязательствъ. 243

Общее обозрѣніе основаній прекращенія обязательствъ.

§ 1. Исполненіе обязательствъ 245

Особенности двустороннихъ обязательствъ. Кто можетъ и долженъ исполнить—246. Кому—248. Что и какъ должно быть исполнено—250. Послѣдствія неисполненія—254. Кодексъ Наполеона—255. Проектъ и Общегерманское уложеніе—256. Мѣсто исполненія—258. Время исполненія—260. Дѣйствіе исполненія—262. Зачисленіе платежей—263. Доказательства исполненія—266. Вопросъ о системѣ изложенія—267. Просрочка должника—269. Просрочка кредитора—277. Ея послѣдствія—281. Взносъ на храненіе—282.

§ 2. In solutum datio или замѣна одного предмета другимъ 287

Стр.

Отношеніе къ исполненію, къ куплѣ-продажѣ, къ новаціи.

§ 3. Новація 291

Понятіе и отличіе отъ измѣненія обязательствъ. Область дѣйствія и примѣненія новаціи—293. Условія новаціи—294. Новація по Кодексу Наполеона—297. Измѣненіе объекта—298. Переѣна въ лицѣ должника—299. Переѣна въ лицѣ кредитора—301. Русский законъ—301. Проектъ.

§ 4. Сложеніе или прощеніе долга 302

Договорная природа сложенія долга. Безвозмездность и возмездность—304. Область примѣненія—305. Ограниченія—306. Форма и презумпціи. Практика Сената—308. Дѣйствіе прощенія долга.

§ 5. Отмѣна обязательствъ соглашеніемъ сторонъ. 309

Сходство и отличіе отъ сложенія долга. Ограниченія. Практика Сената. Проектъ.

§ 6. Зачетъ или компенсация 311

Общее понятіе. Условія—312. Случаи недопущенія компенсаціи—314. Дѣйствіе зачета—316. Легальная компенсація Кодекса Наполеона—317. Отказъ отъ зачета—318. Компенсація договорная и судебная—320. Русское право—321. Практика Сената—323.

§ 7. Confusio или сліяніе 323

Общее понятіе. Кодексъ Наполеона, Сводъ законовъ и Проектъ—325. Дѣйствіе сліянія—326. Основанія сліянія—328.

§ 8. Гибель вещи 329

Условія прекращенія обязательствъ. Кодексъ Наполеона—331. Русское право—334. Проектъ—335.

§ 9. Смерть физическая и гражданская. 337

Имущественный и личный характеръ обязательствъ. Личный наемъ, довѣренность, товарищество. Алименты.

§ 10. Прочія основанія прекращенія обязательствъ. 340

Истеченіе срока. Исполненіе резолютивнаго условія. Несостоятельность. Требованіе заинтересованной стороны—341. Отдѣльные случаи такого требованія.

Post scriptum 344

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО.

Отдѣль I.

Общее понятіе объ обязательственномъ правѣ.

§ 1. Опредѣленіе обязательственнаго права.

Обязательственное право, это та часть гражданскаго права, которая имѣетъ своимъ предметомъ,—которая регулируетъ,—обязательства, т. е. такія правоотношенія, по которымъ одна сторона,—кредиторъ или вѣритель,—имѣетъ право требовать отъ другой опредѣленной стороны совершенія какого-либо дѣйствія или воздержанія отъ него, а эта другая сторона,—дебиторъ или должникъ,—соотвѣтственно обязана совершить требуемое дѣйствіе или воздержаться отъ него. И вотъ, совокупность всѣхъ тѣхъ нормъ, которыя регулируютъ такого рода правоотношенія, и представляетъ изъ себя обязательственное право въ объективномъ смыслѣ. Обязательственнымъ же правомъ въ субъективномъ смыслѣ называются тѣ правомочія, та мѣра свободы, которыя предоставляются правомъ въ объективномъ смыслѣ каждому участнику, каждой сторонѣ въ такого рода правоотношеніяхъ, или, по

другимъ теоріямъ,—та мѣра участія въ земныхъ благахъ или тѣ претензіи, которыя проистекаютъ для лицъ управомоченныхъ изъ указаннаго рода правоотношеній на основаніи нормъ объективнаго права.

Нашъ Проектъ гражданскаго уложенія въ ст. 1 даетъ такое опредѣленіе: „По обязательству одно лицо обязано по отношенію къ другому передать имущество либо совершить или не совершить какое либо иное дѣйствіе. Лицо обязанное называется должникомъ, а лицо, имѣющее право требованія по обязательству,—вѣрителемъ”. Здѣсь, какъ и въ Кодексъ Наполеона (ст. 1101), и въ 1 ч. X т. Св. зак. (ст. 1528), все еще продолжаетъ повторяться римская идея о *dare, facere (non facere)* и *praestare*. Правильнѣе поступаетъ Общегерманское уложение, которое въ ст. 241 говоритъ только о *facere* и *non facere*¹⁾. Объ этомъ см. ниже, стр. 6 сл.

Ученіе о нормахъ или о правѣ въ объективномъ смыслѣ излагается въ общей части гражданскаго права. Здѣсь же мы поведемъ рѣчь объ обязательственномъ правѣ въ субъективномъ смыслѣ, т. е. о тѣхъ правахъ и обязанностяхъ, которыя составляютъ самое содержаніе обязательственныхъ правоотношеній. Я подчеркиваю слово „обязанности” въ видахъ полноты и точности опредѣленія: правовая жизнь складывается, какъ извѣстно, не изъ однихъ только правъ, а въ меньшей мѣрѣ и изъ обязанностей, тогда какъ обычная терминологія говоритъ только о правахъ.

§ 2. Терминологія.

Уже здѣсь необходимо установить правильную терминологию. Дѣло въ томъ, что словомъ „обязательство” обозначается не только все обязательственное отношеніе

¹⁾ Ср. и прибалтійскій Сводъ, ст. 2907.

въ цѣломъ, но также и составныя части его, а именно: или одни только права кредитора (напр., передача или цессія обязательствъ), или однѣ только обязанности должника (напр., исполненіе обязательствъ); наконецъ, тѣмъ же терминомъ пользуются и при обозначеніи того акта, которымъ удостовѣряется наличность обязательственнаго правоотношенія (ст. 571 1 ч. X т. Св. зак.).

Затѣмъ въ Сводѣ законовъ и въ Кодексъ Наполеона нерѣдко смѣшиваются термины „договоръ” и „обязательство”, между тѣмъ какъ они обозначаютъ совершенно различныя понятія, которыя стоятъ между собою въ опредѣленномъ и неизмѣнномъ отношеніи. А именно, договоръ есть двусторонняя сдѣлка, которая служитъ однимъ изъ основаній обязательственныхъ отношеній; договоръ есть создающая причина, а обязательство—послѣдствіе, продуктъ этой причины. Договоры всегда двусторонни, а проистекающія изъ нихъ обязательства могутъ быть какъ двусторонними (купля-продажа, наемъ и т. п.), такъ и односторонними (дареніе, заемъ). Къ сожалѣнію, такое же смѣшеніе наблюдается и въ нашемъ Проектѣ гражданскаго уложенія, который въ ст. 3 говоритъ: „Договоръ, по которому обѣ стороны взаимно принимаютъ на себя обязательства, называется двустороннимъ. Договоръ, по которому лишь одна сторона принимаетъ на себя обязательство относительно другой стороны, называется одностороннимъ”. При всемъ этомъ надо отмѣтить, что обязательства возникаютъ не только изъ договоровъ, но и изъ другихъ основаній: изъ деликтовъ, изъ неосновательнаго обогащенія и т. д.

§ 3. Отличіе правъ обязательственныхъ отъ правъ вещныхъ.

Различіе между этими двумя категоріями правъ обусловливается различіемъ въ субъектѣ и объектѣ тѣхъ и другихъ правоотношеній.

Такъ, для каждаго обязательственнаго отношенія необходимы двѣ стороны, два опредѣленныхъ лица, а не одно лицо, какъ это имѣетъ мѣсто въ вещномъ правѣ. Эти стороны—пассивная и активная; эти лица—дебиторъ или должникъ на сторонѣ пассивной и кредиторъ или вѣритель на сторонѣ активной. Только этихъ лицъ да еще лицъ, спеціально примкнувшихъ къ чужому для нихъ обязательству (каковы, напр., поручители), и касается обязательственное правоотношеніе. Для насъ въ данномъ случаѣ важно то, что кредиторъ, на основаніи своего обязательственнаго права, можетъ потребовать совершенія условленнаго дѣйствія только отъ своего опредѣленнаго должника и ни отъ кого другого. Эта опредѣленность лицъ, и именно на пассивной сторонѣ, является однимъ изъ существенныхъ признаковъ, отличающихъ обязательственное право отъ права вещнаго: въ послѣднемъ каждому праву (напр., собственности, сервитутному, залоговому) соответствуетъ обязанность признанія его со стороны всѣхъ и каждаго, тогда какъ обязательства касаются только сторонъ. Поэтому и говорятъ, что права вещныя абсолютны, а права обязательственныя относительны, и нарушеніе обязательственнаго права можетъ быть произведено только одной изъ сторонъ этого отношенія, а вещное право можетъ быть нарушено каждымъ.

Спеціальными особенностями обладаетъ и объектъ обязательственныхъ отношеній. Такимъ объектомъ можетъ служить только дѣйствіе опредѣленнаго обязаннаго лица. Если же въ обязательственныхъ отношеніяхъ фигурируютъ и вещи физическія (поклажа, имущественный наемъ), то онѣ здѣсь являются лишь дальнѣйшимъ, посредственнымъ объектомъ; непосредственнымъ же и въ точномъ смыслѣ объектомъ можетъ служить, какъ сказано, только дѣйствіе.

Объектомъ же вещныхъ правъ въ собственномъ смыслѣ являются, наоборотъ, именно и только вещи фи-

зическія¹⁾. При этомъ вещныя права даютъ лицу управомоченному непосредственную власть надъ вещами.

Практически это различіе проявляется въ слѣдующемъ. Если, напр., квартиранту не предоставляется снятая имъ квартира по той, предположимъ, причинѣ, что она сдана, въ нарушеніе контракта, другому лицу, то квартирантъ, — какъ имѣющій непосредственное право только на дѣйствіе, а не на вещь и при томъ на дѣйствіе только своего контрагента, домохозяина, а не всѣхъ и каждаго, — во 1-хъ, не можетъ обращаться ни съ какими претензіями къ этому другому лицу, поселившемуся въ его квартирѣ, а во 2-хъ, и отъ своего контрагента, домохозяина, онъ можетъ требовать только совершенія условленнаго дѣйствія, т. е. въ данномъ случаѣ — предоставленія ему квартиры. На полученіе же квартиры принудительнымъ путемъ въ натурѣ, — даже если бы она не была сдана другому, а находилась въ полномъ распоряженіи домохозяина, — квартирантъ права не имѣетъ, такъ какъ относительно обязательственныхъ отношеній дѣйствуетъ со временъ древняго Рима правило, по которому *nemo ad faciendum cogi potest*, т. е. въ случаяхъ неисполненія кѣмъ-либо принятыхъ на себя обязательствъ законъ не принуждаетъ къ исполненію, а лишь возлагаетъ на такихъ неисправныхъ должниковъ обязанность возмѣщенія вреда и убытковъ. Кодексъ Наполеона въ ст. 1142 выражается по этому поводу такъ: „Всякое обязательство что-либо дѣлать или не дѣлать, въ случаѣ неисполненія со стороны должника, превращается въ обязанность вознаградить за вредъ и убытки”²⁾. Все это иначе въ вещномъ правѣ. Кто является собственникомъ,

¹⁾ Ср. однако Windscheid, Lehrbuch, I, § 227, но см. тамъ же и § 163, а также Randa, Das Eigenthumsrecht, S. 53.

²⁾ См. еще ст. 1136 К. Н., ст. 570 и 693 1 ч. X т. Св. зак. и рѣшеніе Сената 1879 г. № 317.

узупфруктуаріемъ, залогопринимателемъ и т. п., тотъ, имѣя непосредственную власть надъ физической вещью, можетъ, пока остается въ этомъ своемъ качествѣ, отыскивать ее, во 1-хъ, отъ всѣхъ и каждого, у кого бы она ни находилась (по правилу: *ubi rem meam invenio, ibi vindico*), а во 2-хъ, онъ можетъ требовать ее именно въ натурѣ при посредствѣ суда и исполнительной власти (ст. 691 1 ч. X т.); его требованіе не „превращается” въ право на возмѣщеніе вреда и убытковъ; это возмѣщеніе лишь сопутствуетъ возвращенію вещи дополнительно.

Такъ изъ непосредственности устанавливаемой вещными правами власти вытекаетъ указанная выше абсолютность вещныхъ правъ точно такъ же, какъ свойствами объекта обязательственныхъ отношеній обуславливается относительность обязательственныхъ правъ.

Нашъ Проектъ гражданскаго уложенія вступилъ по этому вопросу, какъ мнѣ кажется, на совершенно ложный путь. Какъ отмѣчено выше (стр. 2), Проектъ въ ст. 1 дѣлитъ дѣйствія, какъ объекты обязательствъ, на три вида: *dare, facere, non facere*. И вотъ, пока рѣчь идетъ о послѣднихъ двухъ видахъ дѣйствій, Проектъ ставитъ дѣло правильно. Такъ, о положительныхъ дѣйствіяхъ ст. 134 говоритъ: „Въ случаѣ неисполненія должникомъ обязательства, имѣющаго предметомъ совершеніе дѣйствія, для котораго не требуется личнаго участія должника, вѣритель въ правѣ, съ разрѣшенія суда, совершить дѣйствіе за счетъ должника”. О дѣйствіяхъ отрицательныхъ ст. 135 постановляетъ: „Вѣритель, въ случаѣ неисполненія должникомъ обязательства, имѣющаго предметомъ несовершеніе какого-либо дѣйствія, въ правѣ, съ разрѣшенія суда, устранить или уничтожить, за счетъ должника, все сдѣланное имъ въ нарушеніе обязательства. Судъ можетъ, по просьбѣ вѣрителя, воспрепятствовать должнику дальнѣйшее нарушеніе обязательства подъ угрозою взысканія въ пользу вѣрителя денежнаго штра-

фа въ размѣрѣ до трехсотъ рублей за каждое нарушеніе”. Къ обоимъ этимъ случаямъ одинаково относится ст. 123: „Должникъ отвѣчаетъ за убытки, причиненные вѣрителю неисполненіемъ или ненадлежащимъ исполненіемъ обязательства....” Здѣсь мы видимъ и общепризнанное правило: *nemo ad faciendum cogi potest* и „превращеніе” обязательствъ по ст. 1142 К. Н. Но затѣмъ, когда дѣло доходитъ до третьей категоріи дѣйствій, до передачи вещей, имуществъ,—и именно *res in specie*,—Проектъ въ ст. 133 допускаетъ здѣсь, въ обязательствахъ, принудительную передачу ихъ *in natura*. Статья эта выражается такъ: „Вѣритель, въ случаѣ неисполненія должникомъ обязательства, имѣющаго предметомъ передачу особливо опредѣленнаго имущества, въ правѣ просить судъ объ отобраніи имущества отъ должника и передачѣ ему, вѣрителю”. То же самое постановлялось въ ст. 1736 редакціи 1905 г. даже и относительно вещей замѣнимыхъ. Но теперь ст. 213 совершенно основательно предоставляетъ покупщику только лишь право самому приобрѣсти нужныя вещи за счетъ продавца. Статья же 133 остается въ силѣ и теперь. И что же? Въ ней выражается совершенно новый принципъ? Но этого не предполагаютъ и сами составители Проекта. А тогда нужно признать, что ст. 133 совершенно неправильно приписываетъ обязательствамъ такую силу, которая принадлежитъ только правамъ вещнымъ. Правда, составители Проекта, для обоснованія указанныхъ двухъ статей (теперь одной), ссылаются на цѣлый рядъ законодательствъ, яко-бы проводящихъ то же самое начало. Однако ссылки эти нисколько не оправдываютъ предначертаній Проекта. Такова, прежде всего, ссылка на ст. 1136 и 1585 К. Н.; но первая изъ нихъ говоритъ лишь объ „обязанности передать вещь”, а вторая—о правѣ кредитора „требовать” передачи вещей; это чисто-обязательственное содержаніе правоотношенія; о вещно-правовой принудительной передачѣ вещи *in natura* здѣсь нѣтъ

и рѣчи. Это послѣднее имѣется въ виду въ ст. 1610 К. Н., на которую также дѣлается ссылка въ объяснительной запискѣ; но ст. 1610 оправдывается статьями 1138 и 1583, по которымъ пріобрѣтатель дѣлается собственникомъ съ момента заключенія сдѣлки; слѣдовательно, принудительная передача совершается на основаніи вещнаго права, а не обязательственного; если же законъ (ст. 1138 К. Н.) и говоритъ здѣсь объ „обязательствахъ“, то это надо отнести къ неточности и не правильности терминологіи; самое же содержаніе правоотношенія отъ этого измѣниться не можетъ (подробности см. въ моей книгѣ: „Переходъ права собственности“). Точно такое же значеніе имѣетъ ссылка и на ст. 1513 1 ч. X т. Св. зак.: эта статья также очевидно предполагаетъ переходъ права собственности на основаніи одного лишь соглашенія и безъ передачи. Что же касается нашего Проекта, то имъ принятъ римско-германскій принципъ перехода права собственности лишь посредствомъ передачи (ст. 839 въ редакціи 1905 г.). Въ виду этого разсматриваемыя постановленія Проекта являются не послѣдовательными. Никакого подкрѣпленія Проекту не даютъ и ст. 572 и 693 1 ч. X т. Св. зак.: изъ нихъ ст. 693 воспроизводитъ ст. 1142 К. Н., а ст. 572 отсылаетъ къ Уставу гражданскаго судопроизводства. На этотъ послѣдній также ссылаются и составители Проекта. Однако и здѣсь поддержки нѣтъ. Ст. 993 говоритъ, правда, о „передачѣ имѣнія натурою“, но кому?—„лицу, коему оно присуждено“, т. е., значитъ, собственнику по его виндикаціонному иску, а это уже право вещное, а не обязательственное. Ст. 943 и 1075 того же Устава ничего новаго сюда не прибавляютъ, а ст. 1209 только подтверждаетъ то, что сказано сейчасъ о ст. 993. Точно такъ же стоитъ это дѣло и въ Общегерманскомъ уставѣ гражданскаго судопроизводства, на который тоже сдѣлана ссылка въ объяснительной запискѣ. Наконецъ, на обязатель-

ственномъ, а не вещномъ принципѣ построена и ст. 3877 прибалтійскаго Свода.

Въ виду всего изложеннаго я полагалъ бы, что ст. 1 Проекта слѣдовало бы измѣнить примѣнительно къ ст. 241 Общегерманскаго уложенія, т. е. не упоминать въ ней о передачѣ имущества, а ст. 133 исключить совершенно.

Дальнѣйшія отличія правъ обязательственныхъ отъ правъ вещныхъ состоятъ въ слѣдующемъ.

Во 1-хъ, что касается, прежде всего, правъ вещныхъ, то законъ самъ даетъ опредѣленное и при томъ небольшое количество ихъ типовъ, при чемъ стороны не могутъ устанавливать и создавать новыхъ ихъ видовъ; что же касается обязательствъ, то здѣсь сторонамъ предоставляется полная свобода вступать и въ такія правоотношенія, которыя закономъ совсѣмъ не предусмотрены (contractus innominati), лишь бы этимъ не нарушались общія предписанія права и нравственности. На это указываютъ ст. 1530 1 ч. X т. Св. зак. и рѣшенія Сената 1871 г. № 114 и 1878 г. № 288. Это же вытекаетъ изъ ст. 1107 и 1108 К. Н. Лучше та же мысль выражается въ ст. 4 Проекта: „Договоръ, хотя и не подходящий ни подъ одинъ изъ предусмотрѣнныхъ въ законѣ договоровъ, тѣмъ не менѣе не признается въ силу одного этого обстоятельства недѣйствительнымъ и подчиняется изложеннымъ въ семъ раздѣлѣ правиламъ объ обязательствахъ вообще“.

Во 2-хъ, вещныя права по существу своему или вѣчны, или, по крайней мѣрѣ, долгосрочны; сравнительно краткосрочны только личные сервитуты, которые ограничиваются жизнью лица управомоченнаго, да залогъ, который, какъ институтъ служебный, прекращается съ прекращеніемъ обезпечиваемаго имъ обязательственнаго требованія. Но и здѣсь вещныя права цѣнны именно своимъ существованіемъ или продолженіемъ. Обязательства же принципиально краткосрочны; только аренда земельныхъ участковъ можетъ быть сравнительно долговременной, да

еще рѣдко встрѣчающееся отношеніе по уплатѣ вѣчной или пожизненной ренты (по Кодексу Наполеона и по остзейскому праву). Во всякомъ же случаѣ главная цѣнность обязательствъ состоитъ въ ихъ исполненіи, а это ведетъ ихъ къ прекращенію.

Даннаго нами опредѣленія обязательственнаго права и сдѣланнаго затѣмъ сопоставленія его съ правомъ вещнымъ еще не достаточно для полнаго уясненія предмета нашего изученія. Для этого необходимо еще разсмотрѣть подробнѣе вопросъ о субъектѣ и объектѣ обязательственныхъ отношеній; затѣмъ надо опредѣлить ихъ содержаніе, указать на роль и значеніе исковой защиты обязательствъ, и, наконецъ, нужно дать хотя бы краткій историческій очеркъ ихъ развитія.

§ 4. Субъектъ, объектъ и содержаніе обязательствъ.

Выше говорилось о субъектѣ и объектѣ обязательственныхъ отношеній въ ихъ сопоставленіи съ субъектомъ и объектомъ правъ вещныхъ. Теперь мы должны разсмотрѣть ихъ самостоятельно.

I. Субъектами или сторонами обязательственныхъ отношеній могутъ быть лица не только физическія, но и юридическія. Въ томъ и другомъ случаѣ должна быть на лицо, конечно, правоспособность и не только общая (иначе нѣтъ и субъекта), но и конкретная, т. е. необходимая для вступленія именно въ данное правоотношеніе. Что же касается дѣеспособности, то она необходима каждому субъекту только для установленія, измѣненія или прекращенія обязательствъ его собственными дѣйствіями; недостающая въ такихъ случаяхъ дѣеспособность восполняется, какъ извѣстно, представительствомъ, которое для лицъ юридическихъ необходимо всегда въ виду ихъ общей и постоянной недѣеспособности. Для того же, чтобы только состоять или быть

субъектомъ обязательства, дѣеспособность не нужна; поэтому, напр., малолѣтніе наслѣдники являются кредиторами и дебиторами по унаслѣдованнымъ ими обязательствамъ, и вообще лица недѣеспособныя, въ томъ числѣ и лица юридическія, являются дѣйствительными субъектами всѣхъ тѣхъ обязательствъ, которыя для нихъ заключены ихъ представителями.

Въ простѣйшихъ, одностороннихъ, обязательствахъ каждая сторона играетъ только одну роль: активную или пассивную (заемъ, дареніе); въ обязательствахъ же двустороннихъ (купля-продажа, наемъ и т. п.) каждая сторона совмѣщаетъ въ себѣ обѣ роли, являясь отчасти кредиторомъ, отчасти должникомъ; такъ, когда покупатель требуетъ передачи проданной ему вещи, онъ—кредиторъ, а поскольку онъ обязанъ уплатить покупную цѣну, онъ—дебиторъ.

Наконецъ, въ однихъ, болѣе простыхъ, случаяхъ на каждой сторонѣ обязательства является по одному лицу физическому или юридическому. Но возможно также, что на одной изъ сторонъ — или сразу на обѣихъ — выступаетъ по нѣскольку лицъ. Тогда передъ нами такъ наз. множественность субъектовъ, и отношенія естественно усложняются.

II. Затѣмъ, какъ лицо для того, чтобы фигурировать въ качествѣ субъекта обязательствъ, должно обладать извѣстными качествами (всегда правоспособностью, а иногда и дѣеспособностью), такъ и дѣйствіе, какъ объектъ обязательства, должно удовлетворять извѣстнымъ, опредѣленнымъ въ законѣ, условіямъ.

Именно, дѣйствіе, прежде всего, должно быть физически вообще возможнымъ, выполнимымъ; кромѣ того, оно должно быть и юридически дозволеннымъ, должно состоять *in commercio*; но и при этихъ качествахъ дѣйствіе должно быть если не вполне опредѣленнымъ, то, по крайней мѣрѣ, объективно опредѣлимымъ, и, наконецъ,

оно должно имѣть хотя бы косвенно или посредственно имущественный интересъ для кредитора.

Эти требованія обыкновенно предъявляются закономъ лишь къ обязательствамъ изъ договоровъ, но это отнюдь не значитъ, что для обязательствъ изъ другихъ источниковъ эти требованія не обязательны. Дѣло въ томъ, что именно договорныя обязательства создаются свободной волей субъектовъ, а потому именно здѣсь и нужна нормировка со стороны закона. Въ обязательствахъ же изъ другихъ источниковъ законъ самъ опредѣляетъ, къ чему обязывается должникъ, а потому тамъ въ особыхъ руководящихъ указаніяхъ надобности и нѣтъ. Во всякомъ случаѣ указанныя условія присущи всѣмъ обязательствамъ: договорнымъ и не-договорнымъ. Въ первыхъ они выполняются по требованію закона, а во вторыхъ они осуществляются самимъ же закономъ. Разсмотримъ все это въ подробностяхъ.

а. Что касается физической невозможности исполненія обязательства, то здѣсь надо различать. Невозможность бываетъ, прежде всего, объективной и субъективной. Первая имѣетъ мѣсто тогда, когда условленное дѣйствіе ни кѣмъ не можетъ быть исполнено (напр., доставить вещь уже погибшую), а вторая—тогда, когда она касается только лица обязавшагося: только это лицо не можетъ исполнить, совершить условленнаго дѣйствія; для другихъ же оно было бы возможно (напр., неумѣющій играть нанимается таперомъ на танцевальный вечеръ). Затѣмъ какъ субъективная, такъ и объективная невозможность бываетъ первоначальная и послѣдующая. Первая имѣетъ мѣсто уже въ самый моментъ возникновенія обязательства, а вторая наступаетъ послѣ заключенія сдѣлки.

Юридическое значеніе этихъ видовъ невозможности различно.

Прежде всего, субъективная невозможность,—ни первоначальная, ни послѣдующая,—не разрушаетъ обязатель-

ства; должникъ обязанъ возмѣстить весь причиненный имъ вредъ такъ же, какъ и при самовольномъ уклоненіи отъ исполненія обязательства ¹⁾. Однако кредиторъ теряетъ право на возмѣщеніе убытковъ, если онъ при заключеніи договора зналъ о первоначальной субъективной невозможности: въ такихъ случаяхъ нельзя предположить въ немъ серьезную волю на заключеніе сдѣлки.

Иначе складываются отношенія при невозможности объективной. Но и здѣсь опять надо различать.

Объективная невозможность первоначальная. Если такая невозможность общеизвѣстна (напр., *digitum coelum tangere*), то это и будетъ тотъ случай, о которомъ говорятъ: *impossibilium nulla obligatio*; обязательство не возникаетъ, и никакихъ требованій объ уплатѣ убытковъ быть не можетъ. Если же невозможность не общеизвѣстна (напр., погибла такая-то индивидуально опредѣленная вещь), то здѣсь хотя и нѣтъ основанія говорить о чьей-либо виновности въ наступленіи этой невозможности, за то есть полное основаніе говорить о виновномъ или невиновномъ вовлеченіи кого-либо въ невыполнимую сдѣлку. Такъ, напр., если ни одна сторона не знаетъ о гибели продаваемой и покупаемой вещи, то сдѣлка просто недѣйствительна (ст. 1601 К. Н.); если же одна изъ сторонъ знаетъ объ этомъ и тѣмъ не менѣе вступаетъ въ сдѣлку съ другимъ лицомъ, то это другое лицо, если оно съ своей стороны ничего не знаетъ о случившемся и дѣйствуетъ вполне добросовѣстно, можетъ потребовать возмѣщенія вызванныхъ вовлеченіемъ въ сдѣлку убытковъ. По Кодексу Наполеона и по 1 ч. X т. Св. зак. такое требованіе можетъ быть обосновано на общихъ положеніяхъ объ отвѣтственности за причиняемые убытки, а Общегерман. уложеніе въ ст. 307 и нашъ Проектъ въ ст. 21 предусматриваютъ эту возможность специально,

¹⁾ Сюда должны быть отнесены ст. 1147 К. Н., ст. 570 1 ч. X т. Св. зак. и ст. 2920, 3142 прибалтійскаго Свода.

при чемъ въ Общегерман. уложеніи имѣется въ виду не только тотъ случай, когда одна изъ сторонъ „знаетъ“, но и тотъ случай, когда она „должна знать“. Это совершенно правильно: законъ не можетъ руководствоваться чисто психологическими состояніями сознанія; нерѣдко онъ вынужденъ прибѣгать къ фикціямъ и предположеніямъ, исходя изъ нихъ, какъ изъ положительныхъ фактовъ. Это слѣдовало бы ввести и въ нашъ Проектъ.

Объективная невозможность послѣдующая. Въ этомъ случаѣ сознаніе сторонъ не играетъ никакой роли. Здѣсь все сводится къ вопросу о томъ, виновенъ или нѣтъ должникъ въ томъ, что дѣйствіе сдѣлалось невыполнимымъ. Если должникъ виновенъ, то онъ обязанъ возмѣстить причиненные имъ кредитору убытки¹⁾. Если же должникъ не виновенъ въ наступленіи невозможности, т. е. если эта послѣдняя наступила подъ вліяніемъ случая (*casus*) или непреодолимой силы (*vis major*), то обязательство прекращается, и требовать возмѣщенія убытковъ нельзя (напр., ст. 1722 К. Н.): несетъ ихъ тотъ, на кого они падаютъ (*casum sentit dominus*). *Onus probandi* лежитъ на должникѣ (ст. 1147, 1148, 1302 К. Н.). Такъ же опредѣляетъ послѣдствія невозможности и Проектъ въ ст. 123: „Должникъ отвѣчаетъ за убытки, причиненные вѣрителю неисполненіемъ или ненадлежащимъ исполненіемъ обязательства, если не докажетъ, что исполненіе обязательства вполнѣ или въ части сдѣлалось невозможнымъ вслѣдствіе такого событія, котораго онъ, должникъ, не могъ ни предвидѣть, ни предотвратить при той осмотрительности, какая требовалась отъ него по исполненію обязательства (случайное событіе)“. Наконецъ, если бы виновнымъ оказался кредиторъ (напр., уничтожилъ ту вещь, которая должна быть ему передана), то онъ, лишившись всякихъ требованій по

¹⁾ Ст. 1151, 1382, К. Н.; ст. 644, 684 1 ч. X т. Св. зак.; ст. 3142 прибалт. Свода.

обязательству, долженъ былъ бы возмѣстить причиненный должнику ущербъ на общихъ основаніяхъ.

Все сказанное предполагаетъ, что невозможность имѣетъ мѣсто въ моментъ исполненія обязательства, такъ какъ только въ этотъ моментъ, а не раньше, должникъ обязанъ совершить условленное дѣйствіе. Это особенно важно для обязательствъ со сроками и suspensивными условіями. Само собой разумѣется, что невозможность совершенно утрачиваетъ свое разрушительное дѣйствіе всякій разъ, когда она устраняется къ наступленію срока или къ исполненію условія, словомъ,—къ моменту исполненія обязательства. Нашъ Проектъ въ ст. 22 говоритъ по этому поводу такъ: „Дѣйствіе не считается невозможнымъ, если препятствіе къ его исполненію можетъ и, по намѣренію сторонъ, должно быть устранено ко времени исполненія обязательства“. Здѣсь предусматривается два случая: 1) препятствіе можетъ быть устранено, и 2) препятствіе, по намѣренію сторонъ, должно быть устранено. Общегерманское же уложеніе въ ст. 308 также предусматриваетъ сначала возможность устраненія препятствія, а затѣмъ—заключеніе самого договора именно на тотъ случай, что дѣйствіе сдѣлается возможнымъ. Кажется, эта вторая редакція ближе подходитъ къ обстоятельствамъ, отъ нашей воли не зависящимъ.

Такъ это по законамъ Царства Польскаго и по Проекту.

Русскій законъ, требуя, чтобы каждый исполнялъ принятыя на себя обязательства (ст. 569, 1536 1 ч. X т. Св. зак.), возлагаетъ на неисправнаго должника обязанность возмѣщенія убытковъ (ст. 570 1 ч. X т.) и освобождаетъ отъ этой обязанности только въ случаяхъ положительной невозможности быть исполнительнымъ: ст. 1689 и 2106 1 ч. X т. Св. зак., ст. 216 Положенія о казенныхъ подр. и поставкахъ, ст. 182 и 349 2 ч. XI т. (Уставъ торговый), ст. 104 2 ч. XI т.

(Уставъ о промышленности), ст. 63 2 ч. XII т. (Полож. о наймѣ на сельскія работы). Всѣ эти положенія казуистичны, но изъ общаго обзорѣнія ихъ нельзя не вывести заключенія, что и русское право считаетъ условіемъ отвѣтственности должника виновность его въ неисполненіи обязательства. Широкія выраженія ст. 570 и 1536 1 ч. X т. этому не противорѣчатъ¹⁾. Это случай ограничительнаго толкованія.

б. Кромѣ физической возможности дѣйствія, нужна еще и возможность юридическая. Такъ, по ст. 1108 К. Н., для дѣйствительности обязательства необходима „дозволенная причина обязательства“, а по ст. 1133 „причина признается недозволенною, когда она воспрещена закономъ или противна доброй нравственности либо общественному порядку“²⁾. То же и по русскому праву: ст. 571, 1528, 1529 и 1530 1 ч. X т. Св. зак.³⁾. Обязательства, противорѣчація этимъ требованіямъ, ничтожны и при томъ — независимо отъ признанія той или другой стороны, такъ какъ оправдываться незнаніемъ закона нельзя. Вслѣдствіе ничтожности обязательства не допускаются никакія претензіи объ уплатѣ убытковъ.

с. Не всѣ дѣйствія, физически возможные и юридически допустимыя, могутъ быть объектомъ обязательственныхъ отношеній. Для этого нужна еще извѣстная опредѣленность ихъ. По ст. 1108 К. Н., для дѣйствительности обязательства существенно необходимъ „опредѣленный предметъ, составляющій содержаніе обязательства“. Въ обязательствахъ, какъ и вообще въ гражданскомъ правѣ, разграничиваются противоположные интересы отдѣльныхъ лицъ, прокладывается граница между „моимъ“ и „твоимъ“. Изъ самаго существа этой

¹⁾ Анненковъ, Система, т. III, стр. 113 сл., 137 сл.

²⁾ Ср. ст. 1130 К. Н.

³⁾ См. еще ст. 683 п. 3, ст. 710 1 ч. X т. Св. зак., ст. 913 Улож. о нак. См. и ст. 2922 прибавл. Свода.

задачи вытекаетъ необходимость опредѣленности и этихъ интересовъ, и этихъ границъ. Затѣмъ въ случаяхъ споровъ и судебныхъ процессовъ нельзя обойтись безъ указанія цѣны иска и суммы подлежащихъ возмѣщенію убытковъ. При такихъ условіяхъ (а они не могутъ быть иными) безъ извѣстной опредѣленности обойтись нельзя, и потому такія обязательства, какъ „подарю что-нибудь“ или „заплачу, сколько найду нужнымъ“, ничтожны. При всемъ этомъ нѣтъ однако надобности въ абсолютномъ проведеніи принципа опредѣленности. Такъ, при самомъ заключеніи сдѣлки предметъ ея можетъ быть и не вполне опредѣленнымъ, лишь бы онъ вполне опредѣлился къ моменту и исполненія обязательства. На это послабленіе отчасти указываетъ ст. 1129 К. Н.: „Предметомъ обязательства можетъ быть лишь вещь опредѣленная, по крайней мѣрѣ, по ея роду. Доля вещи можетъ быть и не обозначена, лишь бы она могла быть опредѣлена“. Дѣло только въ томъ, что это будущее опредѣленіе должно основываться на какихъ-либо объективныхъ данныхъ, а не на полномъ произволѣ должника или даже и третьяго лица. Дѣйствіе при такой первоначальной и устранимой неопредѣленности называется опредѣлимымъ. Собственно говоря, уже и такія дѣйствія достаточны для дѣйствительности обязательства; послѣднее уничтожается только въ томъ случаѣ, если къ моменту его исполненія надежда на полное и точное опредѣленіе предмета не оправдывается.

Есть три способа послѣдующаго устраненія первоначальной и временной неопредѣленности. Такъ, во 1-хъ, это устраненіе можетъ быть поручено третьему лицу. Здѣсь необходимо прежде всего, чтобы третье лицо согласилось принять на себя роль оцѣнщика и опредѣлителя дѣйствія. Если же третье лицо не хочетъ или хочетъ, да не можетъ сдѣлать оцѣнку, то обязательство уничтожается, такъ какъ неопредѣленность не устраняется и изъ первоначальной и временной превращается



въ постоянную и полную (ст. 1592 К. Н.). Законъ не опредѣляетъ значенія сдѣланной третьимъ лицомъ оцѣнки. Повидимому, она обязательна для сторонъ, кромѣ случаевъ, напр., обмана и т. п.

Во 2-хъ, устраненіе неопредѣленности можетъ быть поручено даже одной изъ заинтересованныхъ сторонъ. Кодексъ Наполеона говоритъ объ этомъ только по поводу договора товарищества, и такъ какъ это, по правильному мнѣнію Лорана (Cours, IV, p. 22), случай совершенно исключительный, то его нельзя распространять на другіе случаи неопредѣленности. Здѣсь сотоварищъ, которому поручено опредѣленіе доли другихъ сотоварищей, не можетъ руководствоваться своимъ личнымъ мнѣніемъ (*mea voluntas*); тогда обязательство было бы ничтожно, а потому и такое порученіе не допускается. Въ основаніе опредѣленія должно быть положено *arbitrium boni viri*, и „опредѣленіе это не можетъ быть оспариваемо, если только оно очевидно не противорѣчитъ справедливости” (ст. 1854 К. Н.).

Наконецъ, въ 3-хъ, устраненіе неопредѣленности можетъ быть поставлено въ зависимость отъ внѣшнихъ признаковъ, событій, обстоятельствъ. Напр., продаю хлѣбъ по такой цѣнѣ, какая установится на такой-то ярмаркѣ. Или—за такую-то цѣну обязываюсь производить всѣ починки въ данной машинѣ, какія понадобятся въ теченіе такого-то срока.

Такой смыслъ имѣетъ требованіе опредѣленности дѣйствія.

Русскій законъ не даетъ никакихъ указаній по этому вопросу, а въ прибалт. Сводѣ см. ст. 2924 сл.

По ст. 25 Проекта гражданскаго уложенія, также допускается опредѣленіе размѣра вознагражденія или одною изъ сторонъ, или третьимъ лицомъ. Опредѣленіе это можетъ быть отвергнуто другой стороною простымъ заявленіемъ о его несоразмѣрности, и тогда оно произво-

дится судомъ. Такой порядокъ неустойчивъ. По ст. 199, возможна ссылка и на рыночныя цѣны.

По Общегерманскому уложенію какъ сама сторона, такъ и третье лицо должны въ случаяхъ сомнѣнія дать опредѣленіе „по справедливому усмотрѣнію”. Это опредѣленіе можетъ быть оспорено, если оно „явно несправедливо”, а также въ случаяхъ ошибки, принужденія и обмана; тогда опредѣленіе дѣлается судомъ (ст. 315—319). Это устойчивѣе и обстоятельнѣе.

d. Наконецъ, изъ всего круга описанныхъ выше дѣйствій пригодны быть объектомъ обязательствъ только тѣ, которыя имѣютъ и мущественный интересъ, поддаются имущественной оцѣнкѣ или сами по себѣ, или въ виду условленной для обезпеченія обязательства неустойки.

Это требованіе прямо предъявляется только прибалтійскимъ правомъ (Сводъ, ст. 2907), а затѣмъ ни въ Кодексъ Наполеона, ни въ Сводъ законовъ оно прямо не выражено; здѣсь оно объясняется, во 1-хъ, общимъ характеромъ гражданскаго права, какъ права, за исключеніемъ нѣкоторыхъ семейственныхъ отношеній, имущественнаго; во 2-хъ, это требованіе обуславливается постановкой судебного осуществленія обязательственныхъ правъ: органы, исполняющіе судебныя рѣшенія, какъ уже отмѣчено выше, не могутъ принуждать должника къ совершенію условленнаго дѣйствія въ натурѣ; они могутъ дать кредитору удовлетвореніе только изъ имущества должника и, конечно,—въ размѣрѣ, соотвѣтствующемъ цѣнности неисполненнаго дѣйствія или тѣмъ убыткамъ, которые понесены кредиторомъ, а эти убытки понимаются закономъ въ смыслѣ убытковъ материальныхъ. Такъ понимаются обыкновенно ст. 1149 и 1382 К. Н. въ связи со ст. 529, которая относитъ обязательства къ имуществамъ, и со статьями Устава гражд. судопроизв. объ исполненіи судебныхъ рѣшеній. Такъ это и по 1 ч. X т. Св. зак.: ст. 418 причисляетъ обязательства къ имуществамъ; объ имущественномъ харак-

терѣ ихъ говоритъ и то мѣсто, въ которомъ помѣщены статьи о возмѣщеніи убытковъ, какъ о послѣдствіи неисполненія обязательствъ: глава VI во II книгѣ 1 ч. X т.

Въ виду этого ни по французскому, ни по русскому праву не подлежатъ защитѣ такія, напр., обязательства: оставить для кого-нибудь билетъ въ театръ, не играть въ сосѣдней комнатѣ на фортепьяно, вообще не играть въ карты и т. п. Всѣ эти и имъ подобныя обязательства удовлетворяютъ требованію физической возможности и должной опредѣленности объекта; они не противорѣчатъ ни добрымъ нравамъ, ни общественному порядку и вообще не воспрещаются закономъ; но они, въ виду отсутствія имущественной цѣнности, выходятъ изъ области гражданскаго права и являются поэтому недостижимыми для гражданскаго процесса; вслѣдствіе этого возможно только добровольное ихъ исполненіе, но юридической санкціи и юридическаго значенія они пока не имѣютъ.

Такъ это въ области договорныхъ обязательствъ; такъ же это и въ области обязательствъ изъ деликтовъ. Велосипедистъ, опрокинутый экипажемъ, можетъ требовать вознагражденія за починку велосипеда, за изорванную одежду, за лѣченіе, но онъ не можетъ ничего потребовать за причиненный ему испугъ и беспокойство. Такъ смотритъ на этотъ вопросъ и нашъ Сенатъ, какъ онъ это высказалъ въ рѣшеніи 1873 г. за № 1485.

Однако проф. Пассекъ полагаетъ, что и по нашему закону можно было бы взять подъ судебную охрану неимущественные интересы. Основаніе для этого онъ усматриваетъ въ ст. 574 1 ч. X т. Св. зак., которая говоритъ „отдѣльно“ объ „ущербѣ въ имуществѣ“ и о „вредѣ или убыткахъ“¹⁾. Однако изъ одной этой „отдѣльности“ нельзя еще безъ всякихъ дальнѣйшихъ основаній вывести противоположеніе между имуще-

¹⁾ Неимущественный интересъ въ обязательствахъ, стр. 66.

ственнымъ и неимущественнымъ интересомъ¹⁾. Напротивъ, обычное значеніе термина „вредъ и убытки“, какъ показано выше, указываетъ именно на имущественный ихъ характеръ, такъ что если бы ст. 574 имѣла въ виду сдѣлать дѣйствительное противоположеніе между имущественнымъ ущербомъ и неимущественнымъ убыткомъ, то это, какъ исключеніе изъ общаго правила, должно было бы быть отмѣчено ясно и опредѣленно, чего въ ст. 574 на самомъ дѣлѣ нѣтъ, а потому и при сужденіи такой или иной денежной суммы съ лица, напр., обязавшагося не играть въ карты, было бы у насъ незаконно.

Правда, французскіе суды, также не имѣя основаній въ законѣ, тѣмъ не менѣе въ очень широкихъ размѣрахъ защищаютъ неимущественные интересы, однако, какъ ни желательна подобная защита сама по себѣ, такое противозаконное направленіе судебной практики не можетъ быть оправдываемо: необходимо соотвѣтственное измѣненіе закона, а иначе передъ нами опасный рискъ допущенія произвола.

Именно такимъ правильнымъ путемъ и вводитъ это новое начало нашъ Проектъ гражданскаго уложенія, который въ ст. 130 постановляетъ: „Должникъ, умышленно или по грубой неосторожности не исполнившій обязательства, можетъ быть присужденъ къ возмѣщенію и другихъ, кромѣ указанныхъ выше, убытковъ, хотя бы они заключались не въ имущественномъ, а нравственномъ вредѣ, и не подлежали точной оцѣнкѣ“. Необходимая тѣмъ не менѣе оцѣнка ихъ должна производиться, по ст. 132, судомъ „по справедливому усмотрѣнію, основанному на соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла“.

Пока же законъ не измѣненъ, то единственнымъ средствомъ обезпечить исполненіе обязательствъ съ не-

¹⁾ См. „Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ“ проф. Васильевскаго, стр. 237, вообще объ *argumentum a contrario*.

имущественнымъ интересомъ является прибавленіе къ нимъ условія о неустойкѣ. Однако противъ этого Сенатъ (рѣш. 1903 г. № 83). Конечно, это относится только къ обязательствамъ договорнымъ; обязательства же изъ деликтовъ должны пока оставаться безъ всякой юридической санкціи.

III. Всѣмъ сказаннымъ опредѣляется и содержаніе обязательствъ.

Именно, на сторонѣ активной кредитору принадлежатъ: 1) право требовать отъ дебитора совершения условленнаго дѣйствія, 2) право требовать, въ случаѣ неисполненія обязательства, возмѣщенія убытковъ деньгами, для чего служить все имущество должника, 3) право предпринимать соотвѣтственные мѣры по Уставу граждан. судопроизводства для сохраненія имущества должника на предметъ полученія изъ него суммы убытковъ. Всѣ эти права кредитора могутъ быть осуществляемы путемъ предъявленія исковъ. Исковая защита является существенною составною частью каждаго права въ настоящемъ и полномъ смыслѣ этого слова. Наконецъ, такъ какъ обязательства входятъ въ составъ имущества, кредиторъ, какъ хозяинъ своихъ правъ требованія, можетъ ими по своему усмотрѣнію распоряжаться, поскольку этимъ не нарушаются права дебитора. Такъ, кредиторъ можетъ осуществлять или не осуществлять свои права требованія, можетъ уступить ихъ другому путемъ цессіи или оставить по завѣщанію, можетъ простить долгъ или отречься отъ него.

На сторонѣ пассивной лежатъ соотвѣтственныя обязанности: совершать обѣщанныя дѣйствія, платить убытки, не скрывать своего имущества. При этомъ дебиторъ въ извѣстныхъ случаяхъ имѣетъ право требовать зачета или компенсаціи, можетъ пользоваться правомъ удержанія или ретенціей.

По взаимному соглашенію стороны могутъ измѣнять и прекращать свои обязательственные отношенія, могутъ ихъ замѣнять новыми посредствомъ новаціи.

§ 5. Обязательства гражданскія и обязательства натуральныя.

Для окончательнаго выясненія понятія объ обязательствахъ необходимо сдѣлать еще одно противопоставленіе, но это уже въ области самихъ же обязательствъ.

Сейчасъ было отмѣчено, что исковая защита является существенною составною частью каждаго права — въ томъ числѣ, значитъ, и каждаго права обязательственнаго. Исковая защита придаетъ каждому отношенію принудительную санкцію и этимъ дѣлаетъ данное отношеніе юридическимъ, отличаетъ его отъ другихъ отношеній: нравственности, религіи, внѣшняго этикета. Поэтому только обязательства, снабженные такой санкціей, обладающія исковой защитой, являются обязательствами въ полномъ и точномъ значеніи этого слова. Въ Римѣ ихъ называли *цивильными*; теперь они называются *гражданскими*. Обязательства же, которымъ законъ не даетъ исковой защиты, собственно говоря, совсѣмъ не могутъ считаться обязательствами. Такъ, не имѣетъ никакого юридическаго значенія, напр., данное знакомой обѣщаніе танцовать съ ней мазурку на такомъ-то балу.

Однако возникающія въ дѣйствительной жизни отношенія такъ разнообразны; они такъ переплетаются между собою, постепенно и незамѣтно переходя изъ одной категоріи въ другую, что проводить между ними рѣзкія и точныя границы и трудно, и — къ тому же — не всегда цѣлесообразно: для всѣхъ явленій промежуточныхъ точная классификація была бы прокрустовымъ ложемъ. Такимъ промежуточнымъ между исковыми и не-исковыми обязательствами явленіемъ и оказываются обязательства такъ наз. *натуральныя* или *естественныя*, *obligationes naturales*. Они были извѣстны еще древнему Риму. Сущность ихъ состоитъ въ томъ, что, законъ, съ одной сто-

роны, не даетъ имъ исковой защиты, а съ другой стороны, все же, по нѣкоторымъ соображеніямъ, не игнорируетъ ихъ совершенно и придаетъ имъ лишь нѣкоторыя юридическія свойства; главное изъ нихъ состоитъ въ томъ, что если должникъ уже исполнилъ такое обязательство добровольно, то онъ не можетъ востребовать уплаченное обратно; кромѣ того, по римскому праву, натуральныя обязательства допускали новацию, компенсацію и различныя мѣры обезпеченія.

Римское право и романистическая литература послужили, какъ извѣстно, однимъ изъ важнѣйшихъ источниковъ Кодекса Наполеона, особенно же въ отдѣлѣ обязательствъ. Поэтому вполне понятно, что указанный видъ обязательствъ имѣетъ мѣсто и во французскомъ правѣ. Такъ, ст. 1235 К. Н. говоритъ: „Всякій платежъ предполагаетъ долгъ; уплаченное безъ такого основанія подлежитъ востребованію. Востребованіе не допускается по отношенію къ обязательствамъ естественнымъ, которыя были добровольно исполнены“. Таково единственное общее положеніе. Затѣмъ Кодексъ Наполеона даетъ нѣсколько отдѣльныхъ примѣровъ. Такъ, ст. 1965 и 1967 говорятъ: „Законъ не предоставляетъ права иска о долгахъ по игрѣ и о платежѣ пари“. „Ни въ какомъ случаѣ проигравшій не можетъ требовать обратно того, что онъ добровольно уплатилъ, если со стороны выигравшаго не было обмана, плутовства или мошенничества“. Затѣмъ ст. 1905 и 1906 постановляютъ: „При займѣ, какъ денегъ, такъ и жизненныхъ припасовъ и другихъ движимыхъ вещей, дозволяется договариваться о процентахъ“. „Заемщикъ, заплатившій проценты, хотя бы о нихъ и не было условія, не можетъ требовать ни ихъ возврата, ни зачисленія ихъ въ уплату капитала”¹⁾. И, наконецъ, по ст. 1340 „Подтвержденіе или утвержденіе,

¹⁾ Иначе по остзейскому праву (Сводъ, ст. 3434).

или добровольное исполненіе даренія, по смерти дарителя, его наслѣдниками или вступившими въ его права, вмѣщаетъ въ себѣ и отказъ ихъ отъ возраженія противъ формальныхъ недостатковъ акта и отъ всѣхъ другихъ возраженій”.

Это весь законодательный матеріалъ, который имѣется въ Кодексѣ Наполеона. Конечно, онъ недостаточенъ для построения полной теоріи натуральныхъ обязательствъ. Такъ, прежде всего, спрашивается: въ какихъ другихъ случаяхъ, кромѣ указанныхъ, могутъ имѣть мѣсто натуральныя обязательства? Руководящаго принципа законъ не даетъ, а потому остается принять соображенія по этому вопросу французскихъ цивилистовъ. Такъ, напр., Плянйоль относитъ сюда обязательства несовершеннолѣтнихъ, расточителей, замужнихъ женщинъ и вообще лицъ, состоящихъ подъ законнымъ прещеніемъ или вступившихъ въ обязательство безъ надлежащей ауторизаціи, а также—обѣщанія давать алименты родственникамъ, не имѣющимъ на нихъ права, и, наконецъ,—даренія въ смыслѣ вознагражденія за оказанныя услуги; сюда же относятся, не смотря на ст. 1234, и гражданскія обязательства, иски по которымъ погашены исковой давностью¹⁾. Вообще это такія отношенія, которыя, не удовлетворяя всѣмъ условіямъ дѣйствительности обязательствъ, поддерживаются тѣмъ не менѣе долгомъ чести, справедливости и въ то же время не являются дареніями въ чистомъ ихъ видѣ.

Въ виду общности и извѣстной неопредѣленности этого положенія, во Франціи совершенно основательно пришли къ заключенію, что правильнѣе всего предоставить суду опредѣлять, сообразно со всѣми обстоятельствами дѣла, имѣется ли въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ натуральное обязательство, или нѣтъ²⁾.

¹⁾ Курсъ, ч. I, вып. I, №№ 343—345.

²⁾ Плянйоль, тамъ же, № 337.

Такимъ образомъ, вообще говоря, въ этой области отношеній возможны такіе случаи: 1) признается наличность гражданскаго обязательства; тогда возможно предъявленіе иска, и уплаченное возврату не подлежитъ; 2) признается наличность натуральнаго обязательства; тогда предъявленіе иска не допускается, а уплаченное также возврату не подлежитъ; 3) признается наличность въ частности даренія, а не натуральнаго обязательства; уплаченное возврату вообще не подлежитъ; но здѣсь могутъ имѣть примѣненіе ст. 843, 920 и 953 К. Н.; наконецъ, 4) данное отношеніе признается не имѣющимъ абсолютно никакого юридическаго значенія; исковъ никакихъ, конечно, нѣтъ, а уплаченное подлежитъ возврату по *condictio indebiti*. При всемъ этомъ надо замѣтить, что, согласно ст. 1235 п. 2, не подлежитъ возврату только добровольно уплаченное по натуральному обязательству, а потому если должникъ при уплатѣ думалъ, что онъ погашаетъ гражданское, а не натуральное обязательство, то искъ о возвратѣ допускается: здѣсь нѣтъ доброй воли; здѣсь имѣетъ мѣсто заблужденіе.

Если бы дѣло вообще ограничивалось только невозможностью получить уплаченное по натуральному обязательству обратно, то намъ пришлось бы признать, что этого рода обязательства получаютъ юридическое значеніе только въ моментъ своего прекращенія. Такого мнѣнія и держится Лоранъ, который полагаетъ, что натуральныя обязательства не допускаютъ ни новациі, ни мѣръ обезпеченія, ни компенсаціи, ни подтвержденія¹⁾. Однако господствующее среди французскихъ цивилистовъ мнѣніе считаетъ все это, кромѣ одной только компенсаціи, возможнымъ по Кодексу Наполеона. Правда, относительно новациі возбуждается, въ виду п. 1 ст. 1271, то сомнѣніе, что здѣсь нечего обновлять: новое обяза-

¹⁾ Laurent, Cours élémentaire, t. II, № 641 ss.

тельство, если нѣтъ перемѣны въ предметѣ, ничего собою не замѣняетъ, а потому здѣсь можно видѣть скорѣе подтвержденіе обязательства, чѣмъ обновленіе¹⁾. Обезпеченіе натуральныхъ обязательствъ посредствомъ поручительства почти несомнѣнно допускается п. 2 ст. 2012, который, кстати сказать, дѣйствительно слѣдуетъ толковать распространительно. Наконецъ, компенсація не допускается, въ противоположность римскому праву, потому, что она принудительна, а Кодексъ Наполеона требуетъ добровольной уплаты.

Итакъ, натуральныя обязательства по Кодексу Наполеона, какъ и по праву римскому, и до своего прекращенія обнаруживаютъ нѣкоторые признаки юридической жизни.

Имѣютъ мѣсто натуральныя обязательства и въ остзейскомъ правѣ. Таковы обязательства, погашенныя исковой давностью (Сводъ, ст. 3640), обязательства изъ игры (тамъ же, ст. 4343 сл.). Извѣстны эти обязательства Общегерманскому уложенію (ст. 222, 762, 814), швейцарскому праву (Союзный законъ объ обязат. 1881 г., ст. 72, 514) и другимъ законодательствамъ.

За то чрезвычайно сомнительнымъ и спорнымъ является вопросъ о томъ, извѣстны ли натуральныя обязательства русскому праву. Профессора Мейеръ²⁾ и Шершеневичъ³⁾ отвѣчаютъ отрицательно, а проф. Гуляевъ⁴⁾ и г. Анненковъ⁵⁾—утвердительно. Кажется, мнѣніе первыхъ болѣе основательно. Предварительно надо отмѣтить, что у насъ не было въ свое время романистической традиции ни въ формѣ прямой рецепціи римскаго права, ни въ видѣ значительныхъ литературныхъ вліяній;

¹⁾ Плянйоль, Курсъ, ч. I, № 534.

²⁾ Рус. гражд. пр., 1910 г., стр. 232 сл.

³⁾ Учебникъ рус. гр. пр., 1910 г., стр. 204 сл. и 504.

⁴⁾ Русское гражданское право, 1913, стр. 147, 367 сл.

⁵⁾ Система, т. III, стр. 18—20.

не вытекаетъ необходимость признанія натуральныхъ обязательствъ и изъ существа вещей. Главнымъ же и рѣшающимъ обстоятельствомъ является то, что нашъ законъ отнюдь не содержитъ въ себѣ ни одного прямого указанія на натуральныя обязательства въ родѣ, напр., ст. 1235 К. Н. При этомъ у насъ нѣтъ ни одного и казуистическаго указанія на такія обязательства. Важнѣйшій случай этого рода—долги по игрѣ или для игры. Нашъ законъ ни однимъ словомъ не указываетъ на то, что уплаченное по игрѣ не можетъ быть взыскано обратно, и въ то же время займы, отсюда происходящія, онъ прямо объявляетъ ничтожными (ст. 2014 1 ч. X т. Св. зак.). Такъ же стоитъ дѣло, напр., и съ процентами: и по 1 ч. X т. проценты сами собою не предполагаются; по ст. 2020 „дозволяется назначать, за пользованіе капиталомъ, условленный ростъ”. И только. О послѣдствіяхъ уплаты процентовъ, когда они въ договорѣ не назначены, законъ не говоритъ ни слова. Спрашивается: если должникъ по игрѣ уплатитъ свой долгъ или должникъ по займу уплатитъ не обусловленные сдѣлкой проценты, а потомъ потребуетъ уплаченное обратно,—на какомъ основаніи судъ могъ бы отказать должнику въ этомъ его требованіи? А вѣдь отказать безъ законнаго основанія нельзя. Конечно, если бы въ такой уплатѣ оказались признаки даренія, то обратное требованіе не могло бы быть допущено, но уже не потому, что здѣсь имѣетъ мѣсто натуральное обязательство, а потому, что двустороннія сдѣлки не могутъ быть расторгаемы по волѣ одной стороны.

Значительныя сомнѣнія вызываетъ вопросъ о дѣйствіи исковой давности по русскому праву. Прежде всего, изъ сопоставленія ст. 693 и 694 1 ч. X т. Св. зак. не вполне ясно, какое именно право теряется за истеченіемъ исковой давности: только ли право на предъявленіе иска, или же само право матеріальное. Однако же если бы и можно было по контексту этихъ статей скло-

ниться въ пользу перваго предположенія, то источники ихъ даютъ рѣшительный перевѣсъ въ пользу второго толкованія.

Такъ, въ 4 пунктѣ Манифеста отъ 28 іюня 1787 г.¹⁾, которымъ десятилѣтняя давность съ уголовныхъ дѣлъ распространена и на дѣла гражданскія, говорится такъ: „и потому, о недвижимомъ или движимомъ имѣніи кто не учинилъ, или не учинитъ иска 10 лѣтъ, или предъявивъ оный, 10 лѣтъ по оному не будетъ имѣть хожденія, таковой искъ да уничтожится, и дѣло да предается вѣчному забвенію”.

Надо обратить вниманіе, что здѣсь говорится объ уничтоженіи не только иска, но и самого дѣла. Это различіе или сопоставленіе отнюдь не является случайной фразой даннаго Манифеста; оно повторяется и во всѣхъ послѣдующихъ узаконеніяхъ. Такъ, ст. 69 второй части Устава о банкротахъ 1800 г.²⁾ говоритъ: „таковые иски и взысканія, по силѣ 4-й статьи Манифеста Іюня 28 дня 1787 года, уничтожаются”. Кромѣ того, ст. 65 первой части того же Устава говоритъ даже специально о требованіяхъ: „Кто въ вышеписанные сроки по публикаціи требованій своихъ не объявитъ, тотъ лишается всѣхъ своихъ требованій”.

Этотъ историческій матеріалъ вошелъ затѣмъ въ Сводъ законовъ. Такъ, ст. 213 2 ч. X т. въ изданіи 1857 г. говоритъ: „Кто не учинилъ или не учинитъ иска о недвижимомъ или движимомъ имѣніи въ теченіи десяти лѣтъ, или, предъявленный, десять лѣтъ не будетъ имѣть хожденія, таковой искъ уничтожается и дѣло предается забвенію”. Ст. 220 тамъ же постановляетъ, что по истеченіи давности „иски и взысканія уничтожаются”.

Итакъ, историческое толкованіе дѣйствующихъ нынѣ статей 693 и 694 1 ч. X т. приводитъ насъ къ выводу,

¹⁾ П. С. З., 1787 г., № 16551.

²⁾ П. С. З., 1800 г., № 19692.

что по русскому материальному праву давностью разрушается все правоотношение цѣликомъ. Этотъ выводъ подтверждается и статьей 1549 1 ч. X т., по которой именно „договоръ прекращается” вслѣдствіе истеченія давностнаго срока.

Но вотъ, при судебной реформѣ вступаютъ въ дѣйствіе ст. 132 и 706 Устава гражданского судопроизводства. По этимъ статьямъ, судъ самъ *ex officio* не можетъ возбуждать вопроса о давности, если тяжущіяся стороны не ссылаются на нее, тогда какъ прежде именно суды обязаны были слѣдить за тѣмъ, не предъявляются ли имъ иски по погашеннымъ давностью правамъ. Какъ видимъ, судебная реформа измѣнила только процессуальный распорядокъ и тѣ условія, при которыхъ давность обнаруживаетъ свое дѣйствіе. О самомъ же этомъ дѣйствіи, о его силѣ и значеніи въ Уставѣ гражд. судопроизводства рѣчи нѣтъ. Слѣдовательно, въ этомъ отношеніи сохраняютъ вполнѣ и неизмѣнно свою силу постановленія 1 ч. X т. въ томъ ихъ смыслѣ, какой установленъ выше на основаніи историческаго толкованія.

Такимъ образомъ надо признать, что и теперь давность, когда на нее ссылается отвѣтчикъ, разрушаетъ не только искъ, но и самое право. И наоборотъ, пока такой ссылки нѣтъ, надо признать вполнѣ дѣйствительнымъ и продолжающимъ существовать не только материальное право кредитора, но и самый искъ.

Каковы же должны быть послѣдствія уплаты по обязательству, которое погашено давностью?

Проф. Гуляевъ и Сенатъ въ рѣшеніи 1904 г. № 101 категорически рѣшаютъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что „обратное требованіе уплаченнаго не могло бы быть допущено, такъ какъ исполнено нѣчто должное, а не недолжное” ¹⁾.

¹⁾ Рус. гр. право, 1913, стр. 367 сл.

Кажется, этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ иначе. Если должникъ добровольно и вполнѣ сознательно уплачиваетъ долгъ, не смотря на давность, то обратное требованіе, конечно, не возможно, но не потому, что здѣсь имѣетъ мѣсто *obligatio naturalis*, а потому, что уплата при такихъ обстоятельствахъ является въ дѣйствительности скрытой формой даренія. Если же должникъ производитъ платежъ, напр., по ошибкѣ, то обратное требованіе по правиламъ о дѣйствіи ошибки, при извѣстныхъ условіяхъ, должно быть удовлетворено.—Словомъ, каждый отдѣльный случай требуетъ особаго разсмотрѣнія, и результатъ можетъ быть различенъ.

Итакъ, и въ области давности русское право натуральныхъ обязательствъ не знаетъ.

Описанное дѣйствіе давности по русскому праву не является чѣмъ-либо исключительнымъ и безпримѣрнымъ. Такую же силу проявляетъ давность по остзейскому праву. Ст. 3639 прибалтійскаго Свода говоритъ: „Истеченіемъ срока давности прекращается не только право иска, но и самое право требованія”. Но, правда, остзейское право при этомъ же знаетъ институтъ натуральныхъ обязательствъ, а потому въ слѣдующей же ст. 3640 того же Свода говорится: „Если должникъ, по какой бы то ни было причинѣ, выполнить такое обязательство, которое утратило значеніе въ силу давности, то онъ не въ правѣ отданное уже разъ кредитору требовать отъ него обратно”. Если бы именно такая норма была и въ 1 ч. X т. Св. зак., тогда и рѣшеніе всего вопроса было бы иное. А такъ какъ такой нормы у насъ нѣтъ, то и говорить о натуральныхъ обязательствахъ по русскому праву нельзя.

Нашъ Проектъ гражданского уложенія, слѣдуя болѣе развитымъ и утонченнымъ законодательствамъ, предполагаетъ ввести натуральные обязательства и у насъ. Такъ, ст. 1105 говоритъ: „Изъ игры и пари (битья объ закладъ) не возникаетъ обязательствъ, пользующихся судебною за-

щитою. Долгъ, происшедшій по игрѣ или пари, хотя бы обремененный въ форму долгового акта, не подлежитъ ни взысканію, ни зачету". Здѣсь, между прочимъ, устраняется компенсація точно такъ же, какъ и въ Кодексъ Наполеона. Сказанное въ ст. 1105 Проекта совершенно правильно распространяется и на биржевыя сдѣлки на срокъ, при которыхъ имѣется въ виду не дѣйствительная покупка цѣнныхъ бумагъ, а только лишь полученіе разницы въ цѣнѣ (ст. 1106, 1107). Затѣмъ ст. 1108 постановляетъ: „Добровольно уплаченный проигрышъ по игрѣ или пари можетъ быть требуемъ обратно въ томъ лишь случаѣ, если выигравшая сторона дѣйствовала недобросовѣстно". Это и есть признакъ существованія обязательства. Наконецъ, о дѣйствиіи исковой давности ст. 117 Проекта (въ редакціи 1905 г.) говоритъ такъ: „Въ случаѣ исполненія обязательства по истеченіи давности должникъ не въ правѣ требовать уплаченного обратно, хотя бы и не зналъ объ истеченіи давности". Такимъ образомъ здѣсь, въ отличіе отъ Кодекса Наполеона, субъективное сознаніе должника при уплатѣ объявляется безразличнымъ, какъ это безразлично и по остзейскому праву, что врядъ ли справедливо: ошибка и здѣсь должна бы приниматься во вниманіе на общихъ основаніяхъ; *onus probandi* долженъ лежать на уплатившемъ и требующемъ возврата платежа.

Таковы въ общихъ чертахъ натуральныя обязательства. Это, какъ видимъ, обязательства или не вполне принятыя въ систему гражданского права (игра, пари и т. п.), или выходящія изъ нея (давность); такъ или иначе, это—обязательства не въ полномъ и настоящемъ смыслѣ этого слова. Здѣсь помѣстили мы этотъ очеркъ для лучшаго отгѣненія обязательствъ въ точномъ смыслѣ слова. Объ этихъ послѣднихъ мы и будемъ въ дальнѣйшемъ вести рѣчь.

§ 6. Исторія обязательствъ.

На протяженіи долгаго развитія гражданского права вообще можно отмѣтить слѣдующія измѣненія, происшедшія именно въ обязательствахъ.

Прежде всего отмѣтимъ, что, по естественному ходу развитія экономическихъ и юридическихъ отношеній, обязательства возникаютъ, надо полагать, позже, чѣмъ вещно-правовые типы обладанія. Объясняется это свойствами первобытнаго натурального хозяйства, ограниченностью потребностей, отсутствіемъ обмѣна, рабствомъ и сравнительной отвлеченностью обязательственныхъ отношеній, которой не сразу овладѣваетъ мысль первобытнаго человека.

Но и затѣмъ, когда обязательства возникаютъ, они носятъ въ себѣ вещно-правовой характеръ; это сказывалось въ томъ, что объектомъ обязательствъ являлись не дѣйствія должника, а онъ самъ, его личность. Такъ это было въ древнемъ Римѣ, въ эпоху XII таблицъ; такъ это было и въ началѣ русской исторіи (закупы, обѣльные холопы).

Лишь постепенно, черезъ рядъ вѣковъ, правовая мысль, подъ вліяніемъ экономического развитія и измѣненія культурныхъ условій, доходитъ до современной конструкции обязательствъ, какъ правъ на дѣйствія, за исполненіе которыхъ должникъ отвѣчаетъ исключительно своимъ имуществомъ; здѣсь рѣшающую роль сыграли сознаніе и свобода индивидуальной личности.

Наряду съ этимъ направленіемъ—отъ вещнаго права къ обязательственному—измѣнялись и другія стороны обязательствъ.

Такъ, въ древнѣйшемъ Римѣ сначала имѣли юридическую силу только обязательства строго-формальныя, каковы *stipulatio* и *pexum*; затѣмъ сюда присоединяются контракты реальные, и лишь впоследствии къ нимъ при-

мыкають и контракты консенсуальные, да еще нѣкоторые *раста puda*. И здѣсь нашло свое примѣненіе сдѣланное Іерингомъ обобщеніе процесса развитія правовыхъ институтовъ: *die Sinnlichkeit ist die Vorstufe der Geistigkeit* (сначала реальное, осязаемое, а затѣмъ уже отвлеченное, духовное).

Только новая Европа дошла, наконецъ, до признанія дѣйствительности за каждымъ соглашеніемъ, будетъ ли то *contractus nominatus*, или *contractus innominatus*.

При такомъ расширеніи юридическихъ рамокъ для обязательственныхъ отношеній именно въ этой области права нашла себѣ наиболѣе благоприятныя условія для дѣятельности освободившаяся отъ рабства, крѣпостной зависимости и вообще отъ средневѣковыхъ феодальныхъ стѣсненій индивидуальная личность человѣка. Именно здѣсь установился одинъ изъ основныхъ принциповъ гражданского права, свобода договоровъ (наряду съ другими его принципами, каковы: частная собственность, единоженство въ семьѣ и универсальность наследственного преемства).

Къ началу XIX столѣтія именно въ сферѣ обязательствъ индивидуализмъ правовой и экономической жизни достигъ своего апогея. Но тутъ же сказались и отрицательныя стороны когда-то столь желаннаго индивидуалистическаго принципа: *laissez faire, laissez passer*. Неимущіе классы населенія оказались, не смотря на всю свою „свободу“, въ тяжелой зависимости отъ классовъ имущихъ. Свобода и равенство по закону послужили основаніемъ для неравенства экономического, а братскихъ чувствъ какъ-то не замѣчалось совсѣмъ... Появляются теоріи социализма и государственнаго вмѣшательства.

И вотъ, на протяженіи второй половины прошлаго столѣтія и теперь, на нашихъ глазахъ, происходитъ такъ наз. социализация права: сокращается свобода договоровъ, вносится публичный элементъ въ частно-правовыя отношенія.

Такъ, теперь уже принудительно, а не по соглашенію, заключаются сдѣлки перевозки, страхованія, поклажи въ товарныхъ складахъ; теперь весьма обстоятельно и принудительно регулируется самимъ государствомъ такая важная для той же свободы человѣка сдѣлка, какъ личный наемъ; ограничивается размѣръ процентовъ по займамъ, и карается въ уголовномъ порядкѣ лихоимство; во избѣжаніе имущественнаго закабаленія устанавливаются максимальные сроки для аренды недвижимостей и т. д., а Общегерманское уложеніе уже въ общей формѣ объявляетъ ничтожными всякія сдѣлки, посредствомъ которыхъ кто-либо выговариваетъ себѣ имущественныя выгоды, пользуясь нуждой, легкомысліемъ или неопытностью своего контрагента (ст. 138).

Однако, и при всѣхъ этихъ изъятіяхъ, основнымъ принципомъ обязательственнаго права и теперь остается все та же свобода договоровъ, и здѣсь по прежнему отдѣльная личность находитъ наибольшій просторъ для самодѣятельности. И теперь, при мѣновомъ хозяйствѣ, при общей свободѣ личности, при сложности потребностей, при фабричномъ производствѣ, при современномъ состояніи путей и средствъ сообщенія, просторъ этотъ является поистинѣ необъятнымъ, а значеніе обязательственныхъ сдѣлокъ въ народно-хозяйственной жизни просто неизмѣримо, и это особенно въ виду такихъ, такъ сказать, множителей, какъ цессія и представительство, которые въ древнемъ Римѣ только намѣчались, а въ новыхъ законодательствахъ получили принципиальное признаніе и на практикѣ—обширное примѣненіе. Сюда же, какъ новые институты, можно отнести договоры въ пользу третьихъ лицъ и одностороннія обѣщанія.

Здѣсь же нужно затѣмъ отмѣтить и направленіе обратное тому, о которомъ говорилось въ началѣ этого параграфа: направленіе отъ обязательственнаго права къ вещному. Тамъ передъ нами явленіе первобытной культуры, а здѣсь—новѣйшій фазисъ развитія. Дѣло въ слѣдующемъ.

Прежде по римскому праву, а теперь по общегерманскому такія сдѣлки, какъ купля - продажа, дареніе и мѣна, устанавливають только чисто-обязательственныя отношенія: пріобрѣтатель получаетъ не право собственности на вещь, а только право требовать отъ отчуждателя, чтобы онъ совершилъ традицію, и только путемъ этой *traditio* (вещно-правовой сдѣлки) переносится право собственности. Пока *traditio*, при слабомъ оборотѣ, сохраняла свою реальную форму (вещь дѣйствительно передавалась изъ рукъ въ руки, такъ что переходъ права собственности совершался для всѣхъ явно), такое правило имѣло свой смыслъ и значеніе. А такъ какъ, при все большемъ и большемъ развитіи и усложненіи оборота, традиція по необходимости принимала все болѣе и болѣе фиктивные формы, то во Франціи и было, наконецъ, признано, что сохранять отжившую форму нѣтъ основанія, — что право собственности переходитъ и безъ *traditio*, силою самихъ по себѣ сдѣлокъ купли-продажи, даренія, мѣны, *solo consensu*. Этимъ указанныя сдѣлки пріобрѣли вещный характеръ на тотъ только, правда, случай, когда объектами ихъ являются движимыя *res in specie*: при такихъ объектахъ эти сдѣлки являются способами пріобрѣтенія права собственности (подробности см. въ ученіи о куплѣ-продажѣ). Также нѣкоторое „овеществленіе“ имѣетъ мѣсто и въ сдѣлкѣ имущественнаго найма въ виду того правила, по которому „купля - продажа не ломаетъ найма“ (*Kauf bricht Miethe nicht*).

Наконецъ, и въ области обязательствъ изъ деликтовъ не оставались постоянными условія и размѣръ ответственности.

§ 7. Общая и особенная часть обязательственного права.

Все наше послѣдующее изложеніе обязательственного права распадается, какъ это теперь общепринято, на

двѣ большія части: на общую часть обязательственного права и на особенную часть обязательственного права. Въ 1-ой части будутъ разсматриваться положенія, общія всѣмъ обязательствамъ; сюда относятся вопросы о видахъ обязательствъ, о возникновеніи, обезпеченіи, измѣненіи и прекращеніи обязательственныхъ отношеній. Во 2-й будетъ разсматриваться каждое обязательство въ отдельности со всѣми тѣми особенностями, которыя свойственны именно только ему, а не всѣмъ обязательствамъ вообще. Такъ, тамъ пойдетъ рѣчь о куплѣ-продажѣ, о ссудѣ, о наймѣ, поклажѣ и т. д., при чемъ общія положенія о субъектѣ, объектѣ и т. д. будутъ, конечно, предполагаться извѣстными, а указанія будутъ сдѣланы только на особенности и отступленія отъ общихъ правилъ.

Отдѣлъ II.

Общая часть обязательственного права.

Глава I.

Виды обязательствъ.

Обязательства во всемъ своемъ разнообразіи дѣлятся по своимъ юридическимъ свойствамъ на различные виды. Различіе свойствъ въ отдѣльныхъ категоріяхъ обязательствъ обусловливается главнымъ образомъ различіями въ объектѣ. Отсюда обязательства положительные и отрицательныя, простыя и сложныя, альтернативныя, факкультативныя, дѣлимые и недѣлимые, родовыя и видовыя. Кромѣ того, различія въ обязательствахъ зависятъ еще и отъ субъекта, а именно—отъ множественности лицъ на активной или пассивной сторонѣ обязательства: это сказывается на обязательствахъ дѣлимыхъ и недѣлимыхъ, и здѣсь же создается особая разновидность обязательствъ солидарныхъ. Наконецъ, обязательства различаются еще въ зависимости отъ такого или иного распределенія правъ и обязанностей между сторонами; отсюда обязательства одностороннія и двустороннія. Всѣ эти виды обязательствъ мы теперь и рассмотримъ.

§ 1. Обязательства положительные и отрицательныя.

Дѣленіе дѣйствій, какъ объектовъ обязательствъ, а въ зависимости отъ этого дѣленіе и самихъ обязательствъ на положительныя и отрицательныя,—только на два эти вида,—не вызываетъ никакихъ сомнѣній, потому что оба эти вида дѣйствій и обязательствъ дѣйствительно отличаются одинъ отъ другого своими юридическими свойствами. А именно, дѣйствія отрицательныя всегда недѣлимы; затѣмъ къ нимъ совершенно не примѣнимо понятие просрочки (mora; кромѣ того, модифицируется правило о началѣ исковой давности: при дѣйствіяхъ положительныхъ исковая давность начинается, если должникъ до послѣдняго момента извѣстнаго періода времени не совершилъ условленнаго дѣйствія, напр., не уплатилъ долга даже въ послѣдній день срока, а при дѣйствіяхъ отрицательныхъ исковая давность начинается, если должникъ совершилъ запрещенное договоромъ дѣйствіе въ любой моментъ назначеннаго срока или періода (напр., авторъ издаетъ вторично свою книгу до истеченія условленнаго числа лѣтъ или до полной распродажи перваго изданія). Наконецъ, и обязанность доказыванія (onus probandi) распределяется иначе между сторонами при дѣйствіяхъ положительныхъ и отрицательныхъ (объ этомъ см. Уставъ гражд. судопроизводства). Вотъ, въ виду этихъ различій, дѣйствія отрицательныя и можно выдѣлить въ особую группу отъ дѣйствій положительныхъ.

Что же касается, далѣе, дѣйствій положительныхъ, то подраздѣлять ихъ на двѣ дальнѣйшія группы, dare и facere,—какъ это дѣлаютъ Кодексъ Наполеона, Сводъ законовъ и нашъ Проектъ гражданского уложенія (см. выше, стр. 2, 6 сл.),—повидимому, нѣтъ достаточныхъ юридическихъ основаній; въ самомъ дѣлѣ, объ эти группы,—и dare, и facere,—какъ дѣйствія, совершенно одинаково являются непосредственнымъ объектомъ обязательствъ, все рав-

но, имѣется ли въ виду передача имущества (на тѣхъ или иныхъ условіяхъ и основаніяхъ), или—совершеніе какихъ-либо личныхъ услугъ. Кромѣ того, всѣ эти дѣйствія одинаково служатъ къ исполненію, а слѣдовательно, и къ прекращенію обязательствъ. И наконецъ, всѣ они также одинаково недоступны принужденію со стороны кредитора: *nemo ad faciendum cogi potest*; кредиторъ въ концѣ концовъ долженъ ограничиться только возмѣщаемыми ему убытками.

Правда, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство имѣетъ не только непосредственный объектъ, дѣйствіе, но и объектъ дальнѣйшій, тѣлесную вещь (при арендѣ, ссудѣ), все отношеніе является болѣе сложнымъ: мало того, чтобы должникъ былъ готовъ и способенъ совершить обѣщанное дѣйствіе (напр., передачу); надо еще, чтобы имѣлась въ цѣлости и подъ руками и нужная физическая вещь,—надо, чтобы она не погибла,—чтобы не была отобрана другимъ управомоченнымъ лицомъ; вообще здѣсь скорѣе можетъ наступить невозможность исполненія. Однако для каждого даннаго обязательства, какъ таковаго, это будутъ вопросы факта, а не права; юридическая структура самого обязательства отъ этого усложненія не мѣняется. Если затѣмъ терминъ *dare* принять въ смыслѣ установленія только вещныхъ правъ, то опять-таки нельзя не признать, что дѣйствіе, имѣющее своимъ конечнымъ результатомъ возникновеніе собственности, залога и т. п., отличается отъ дѣйствія, направленнаго хотя бы и на имущество, на физическую вещь, однако такого результата не имѣющаго (напр., при имущественномъ наймѣ). Но и здѣсь это различіе лежитъ уже внѣ области обязательственныхъ отношеній, а потому также въ данномъ случаѣ значенія не имѣетъ.

По этимъ основаніямъ я предпочелъ бы двухчленное дѣленіе Общегерманскаго уложенія и полагаю, что трехчленное дѣленіе нашего Проекта никакой „ясности и прак-

тичности закона”, какъ это предполагается въ объяснительной запискѣ, не даетъ.

Здѣсь же нужно отмѣтить, что римское *dare* подверглось въ Кодексѣ Наполеона нѣкоторому измѣненію. Сдѣлки купли-продажи, мѣны и даренія переносятъ, по Кодексу Наполеона, право собственности на движимыя *res in specie* сами по себѣ, и безъ передачи, въ моментъ заключенія договора. Поэтому здѣсь требованіе приобретателя передать ему вещь есть требованіе собственника, а не кредитора, а потому отчуждатель можетъ быть принуждаемъ къ передачѣ вещи *in natura*; къ нему здѣсь примѣняется не обязательственно-правовое *nemo ad faciendum cogi potest*, а вещно-правовое *ubi rem meam invenio, ibi vindico*. Такъ же дѣло стоитъ, по моему мнѣнію, и въ русскомъ правѣ ¹⁾.

§ 2. Обязательства простыя и сложныя.

Дѣйствія, какъ уже отмѣчено, бываютъ простыя и сложныя. Въ первомъ случаѣ дѣйствіе состоитъ въ совершеніи одного акта; во второмъ случаѣ дѣйствіе состоитъ въ совершеніи нѣсколькихъ актовъ. Сообразно съ этимъ дѣленіемъ дѣйствій, дѣлятся и самыя обязательства: въ простомъ обязательствѣ одно дѣйствіе, въ сложномъ обязательствѣ—нѣсколько дѣйствій. Надо имѣть въ виду здѣсь то, что не всегда наличность нѣсколькихъ дѣйствій непременно создаетъ сложное обязательство; любая совокупность дѣйствій можетъ служить объектомъ обязательствъ двояко: или такъ, что вся совокупность дѣйствій является объектомъ одного обязательства,—и тогда это дѣйствительно будетъ сложное обязательство,—или же и такъ, что каждое отдѣльное дѣйствіе изъ всей совокупности ихъ является объектомъ отдѣльнаго обя-

¹⁾ Подробности см. въ ученіи о куплѣ-продажѣ.

зательства; въ этомъ послѣднемъ случаѣ мы будемъ имѣть нѣсколько простыхъ обязательствъ.

Какимъ же образомъ мы, наблюдая сложныя дѣйствія, можемъ рѣшить, имѣетъ ли мѣсто въ данномъ случаѣ одно сложное обязательство, или совокупность нѣсколькихъ простыхъ обязательствъ? Такъ какъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ одинаково возможно и одно и другое построение сторонами своихъ обязательственныхъ отношений, то рѣшающее значеніе должна имѣть взаимная воля сторонъ и вообще всѣ обстоятельства, сопровождающія заключеніе сдѣлки ¹⁾.

Правильное пониманіе такихъ договоровъ очень важно въ слѣдующемъ отношеніи. Въ сложномъ обязательствѣ всѣ отдѣльныя дѣйствія объединяются между собою въ одно цѣлое, и потому совершеніе должникомъ только одного какого-нибудь дѣйствія является частичнымъ исполненіемъ обязательства; кредиторъ же, по общему правилу, имѣетъ право не принимать частичнаго исполненія, и такимъ образомъ обязательство окажется совсѣмъ неисполненнымъ, и должникъ долженъ будетъ возмѣстить всѣ происшедшіе отъ этого убытки. Напр., покупаю у одного и того же лица домъ и рядомъ съ нимъ пустое мѣсто, при чемъ или изъ договора явствуетъ, что я согласенъ купить оба эти предмета только вмѣстѣ, а не порознь, или же изъ обстоятельствъ дѣла видно, что, напр., пользование домомъ просто невозможно, если не имѣть при немъ пустого мѣста. Въ этомъ случаѣ должникъ обязанъ передать оба предмета вмѣстѣ (т. е. внести ипотечныя записи или совершить крѣпостные акты на оба предмета); передачей одного изъ нихъ онъ ограничиться не можетъ, и кредиторъ имѣетъ право не принять тотъ или другой предметъ отдѣльно.

Такимъ образомъ, хотя бы продавецъ отказывался

¹⁾ Ст. 1135, 1156 К. Н.; ст. 1339 і ч. X т. Св. зак.

отъ исполненія своего обязательства только въ части, тѣмъ не менѣе онъ долженъ возмѣстить убытки такъ, какъ за неисполненіе всего обязательства. Конечно, отъ доброй воли кредитора всецѣло зависитъ принять и частичное исполненіе съ уплатой убытковъ только за остальную часть обязательства, но это уже будетъ новое соглашеніе. Далѣе, споръ о порокахъ и дѣйствительности сдѣлки одинаково отозвался бы на приобрѣтеніи обоихъ предметовъ.

Иначе стоитъ дѣло при наличности нѣсколькихъ дѣйствій (или другими словами: одного, но сложнаго дѣйствія), когда эти дѣйствія служатъ по частямъ объектами отдѣльныхъ и независимыхъ обязательственныхъ отношений. Напр., покупаю тотъ же домъ и то же пустое мѣсто, но совершенно самостоятельно и независимо одно отъ другого. Здѣсь совершеніе крѣпостного акта (или ипотечная запись), напр., только на одинъ домъ будетъ полнымъ и правильнымъ исполненіемъ одного изъ обязательствъ, отъ котораго покупатель не въ правѣ отказаться, хотя бы ему пустое мѣсто при этомъ и не передавалось. Сдѣлка о приобрѣтеніи пустого мѣста нисколько не вліяетъ на сдѣлку о приобрѣтеніи дома и наоборотъ. Въ случаѣ неисполненія одной изъ сдѣлокъ, уплата убытковъ распространится уже не на обѣ сдѣлки, а только на ту, которая не исполнена.

Обратимъ теперь вниманіе на то, что для объединенія нѣсколькихъ дѣйствій въ одно сложное обязательство пригодны только однородныя дѣйствія. Напр., всѣ дѣйствія состоятъ въ передачѣ нѣсколькихъ предметовъ въ собственность или всѣ дѣйствія состоятъ въ передачѣ нѣсколькихъ предметовъ въ наемъ, или всѣ дѣйствія состоятъ въ совершеніи нѣсколькихъ услугъ по личному найму и т. п. Если же передъ нами нѣсколько различныхъ дѣйствій, напр., передача предмета въ собственность и совершеніе личныхъ услугъ, или же—нѣсколько дѣйствій хотя бы однородныхъ, но распределен-

ныхъ между обѣими сторонами обязательствъ, напр., я вамъ продаю пшеницу, а вы мнѣ лошадь, то объединеніе всѣхъ ихъ въ одномъ обязательствѣ невозможно: одно сложное обязательство здѣсь мѣста имѣть не можетъ. Но за то здѣсь возможна иная комбинація, которую надо отличать отъ разсмотрѣнныхъ выше. Эту новую комбинацію мы назовемъ совокупностью разнородныхъ обязательствъ. Здѣсь не одно обязательство, а нѣсколько: здѣсь объединяются не дѣйствія, какъ это мы видимъ въ сложномъ обязательствѣ, а объединяются отдѣльныя обязательства въ одно цѣлое; здѣсь нѣсколько дѣйствій,—не всегда однородныхъ,—но въ то же время и нѣсколько обязательствъ; однако здѣсь эти нѣсколько обязательствъ не стоятъ отдѣльно и независимо другъ отъ друга, какъ это мы видимъ при нѣсколькихъ простыхъ обязательствахъ: здѣсь они связаны между собою взаимной зависимостью. Наконецъ, здѣсь обязанности не всегда лежатъ на одной сторонѣ, а могутъ быть распределены и между обѣими строонами.

Разсмотримъ это на примѣрѣ. Машинистъ покупаетъ у сельскаго хозяина машину и тутъ же сдаетъ эту машину въ наемъ тому же хозяину для молотбы хлѣба. Или—нанимаю себѣ квартиру и въ то же время самъ нанимаюсь въ управляющіе тѣмъ же домомъ. Въ каждомъ изъ этихъ примѣровъ по нѣсколько дѣйствій (по два): купля-продажа и имущественный наемъ; имущественный наемъ и личный наемъ. Каждое изъ этихъ дѣйствій составляетъ предметъ особаго обязательства, такъ что въ обыкновенномъ случаѣ передъ нами здѣсь въ каждомъ примѣрѣ по два простыхъ обязательства.

При желаніи же стороны могутъ эти простыя и независимыя обязательства поставить въ неразрывную между собою связь и зависимость. И тогда получится, конечно, не одно сложное обязательство, а одна совокупность обязательствъ. Результатъ же совершенно аналогиченъ тому, какой мы видѣли при сложныхъ обяза-

тельствахъ. Именно, исполненіе только одного обязательства изъ связанныхъ такимъ образомъ воедино двухъ обязательствъ (напр., квартиру тебѣ предоставляю, но нанять тебя управляющимъ отказываюсь) есть частичное исполненіе совокупности обязательствъ, а потому заинтересованная сторона можетъ отвергнуть, не принять его и требовать убытки такъ же, какъ за неисполненіе всей совокупности обязательствъ.

Наконецъ, замѣтимъ, что разсмотрѣнное дѣленіе обязательствъ на простыя и сложныя можетъ совпадать и комбинироваться съ дѣленіемъ ихъ на положительные и отрицательныя: какъ простыя, такъ и сложныя обязательства могутъ быть въ то же время положительными и отрицательными.

§ 3. Обязательства раздѣлительныя или альтернативныя.

Нѣсколько дѣйствій могутъ быть объектомъ одного обязательства не только всѣ вмѣстѣ, какъ въ обязательствахъ сложныхъ, но и раздѣлительно или альтернативно, т. е. такъ, что изъ нѣсколькихъ (двухъ или болѣе) дѣйствій, составляющихъ объектъ обязательства, для исполненія должно быть совершено только одно дѣйствіе, выбранное той или другой стороной. Напр., обязываюсь подарить лошадь или часы. Ст. 1189 К. Н. говоритъ: „Должникъ по раздѣлительному обязательству считается исполнившимъ его, коль скоро доставитъ кредитору одну изъ двухъ вещей, составляющихъ предметъ обязательства”.

Итакъ, сходство между сложными и раздѣлительными обязательствами состоитъ въ томъ, что тамъ и здѣсь въ качествѣ объекта фигурируетъ по нѣскольку дѣйствій; различіе же состоитъ въ томъ, что исполненію въ сложныхъ обязательствахъ подлежатъ всѣ дѣйствія,

а въ раздѣлительныхъ—только одно. Какое же именно изъ нѣсколькихъ? Съ этой стороны альтернативныя обязательства отличаются извѣстной неопредѣленностью.

Однако эта неопредѣленность временна и всегда устранима; существуетъ, какъ сейчасъ увидимъ, цѣлый рядъ правилъ относительно выбора предмета для исполненія. И такъ какъ, благодаря этимъ правиламъ, выборъ всегда можетъ быть сдѣланъ (кромѣ, конечно, случаевъ гибели всѣхъ вещей, когда обязательство прекращается), то вступленіе альтернативныхъ обязательствъ въ силу принципиально не откладывается до дѣйствительнаго опредѣленія предмета исполненія; эти обязательства сами по себѣ, т. е. когда нѣтъ отлагательныхъ сроковъ или суспензивныхъ условій, вступаютъ въ силу съ момента своего возникновенія.

Наконецъ, изъ указанныхъ свойствъ альтернативности нельзя выводить заключенія, что всѣ обязательства альтернативны въ виду того, дескать, что при каждомъ обязательствѣ должникъ обязанъ или совершить условленное дѣйствіе, или уплатить убытки, происшедшіе отъ неисполненія. Обязанность возмѣщенія убытковъ возникаетъ не изъ самого обязательства, а изъ правонарушенія, каковымъ является неисполненіе обязательства; при альтернативности же выборъ того или другого дѣйствія предоставляется самимъ обязательствомъ; этотъ выборъ есть правомѣрное дѣйствіе обязательства, а не, такъ сказать, патологическое послѣдствіе правонарушенія.

Таково понятіе альтернативности въ ея положительныхъ и отрицательныхъ чертахъ.

Каждое альтернативное обязательство для своего исполненія должно сконцентрироваться на какомъ-нибудь одномъ изъ тѣхъ дѣйствій, которыя альтернативно являются его объектомъ. Эта концентрація превращаетъ альтернативное обязательство въ простое. Какимъ же образомъ она производится? Во 1-хъ, свободнымъ выборомъ одного изъ дѣйствій какою-либо

изъ сторонъ, а во 2-хъ,—наступающей невозможностью всѣхъ дѣйствій, кромѣ одного (гибель вещи).

I. Кто же производитъ этотъ выборъ, превращающій альтернативное обязательство въ простое? Этотъ вопросъ рѣшается соглашеніемъ сторонъ при самомъ заключеніи альтернативнаго обязательства. Если же стороны не рѣшили его, то выборъ принадлежитъ должнику. По ст. 1190 К. Н. „Выборъ принадлежитъ должнику, если положительно не былъ предоставленъ кредитору“. Это—частное выраженіе того общаго правила, по которому всякая неясность, неопредѣленность, неполнота договора должна быть изъясняема въ пользу лица обязаннаго. Ст. 1162 К. Н.

Выборъ такимъ образомъ имѣетъ важное юридическое значеніе; при этомъ онъ несомнѣнно является юридическимъ актомъ; къ нему примѣняются всѣ правила о волеизъявленіяхъ, объ ихъ формѣ (явная и молчаливая), объ ихъ порокахъ (ошибка, обманъ, принужденіе) и т. д.

Далѣе, такъ какъ выборъ всегда предоставляется только одной какой-нибудь сторонѣ, то въ немъ надо видѣть юридическій актъ, не нуждающійся въ одобреніи и принятіи другой стороной: выборъ производится вполне самостоятельно той стороной, которой онъ предоставленъ. А изъ этого вытекаетъ, что онъ можетъ быть и измѣненъ сдѣлавшей его стороной, но это лишь до тѣхъ поръ, пока противной сторонѣ не заявлено о выборѣ; съ этого послѣдняго момента выборъ дѣлается уже безповоротнымъ.

Выборъ, кому бы онъ ни принадлежалъ, ограничивается въ томъ отношеніи, что онъ долженъ направляться на одинъ изъ объектовъ цѣликомъ и не можетъ обнимать часть одного предмета и часть другого. Ст. 1191 К. Н. говоритъ: „Должникъ можетъ освободиться отъ обязательства, передавъ кредитору одну изъ обѣщанныхъ вещей, но не можетъ принудить кредитора принять часть одной вещи и часть другой“.

II. Кромѣ выбора, какъ сказано, концентрація альтернативнаго обязательства,—превращеніе его въ простое,—происходитъ въ силу наступающей невозможности совершенія всѣхъ дѣйствій, кромѣ одного.

Невозможность совершенія дѣйствія можетъ выражаться или въ физической гибели вещи, или въ поступленіи ея въ разрядъ *res extra commercium*, или въ невозможности совершенія дѣйствія самого по себѣ. Если такая невозможность, поражающая всѣ дѣйствія, кромѣ одного, существовала уже въ моментъ заключенія обязательства, то это послѣднее и возникаетъ уже въ качествѣ обязательства простого, а не альтернативнаго. Такъ надо понимать ст. 1192 К. Н.: „Обязательство считается безусловнымъ (неточный терминъ), хотя бы заключено было въ видѣ обязательства раздѣлительнаго, если одна изъ двухъ обѣщанныхъ вещей не могла быть предметомъ обязательства”.

Для вопроса о концентраціи альтернативныхъ обязательствъ рѣчь должна идти о послѣдующей невозможности совершенія дѣйствій или о послѣдующей гибели вещи и т. п. Невозможность эта можетъ наступать по различнымъ причинамъ. При этомъ и послѣдствія оказываются различными. Причины эти слѣдующія. Вещь можетъ погибнуть и дѣйствіе можетъ сдѣлаться невозможнымъ или случайно, или по винѣ должника, или по винѣ кредитора.

Для простоты изложенія мы возьмемъ альтернативныя обязательства только съ двумя объектами. Всѣ возникающіе здѣсь вопросы регулируются Кодексомъ Наполеона очень подробно. Именно:

А. Гибель происходитъ случайно; а) погибаетъ только одна вещь (здѣсь „вещь” понимается широко: въ смыслѣ всякаго объекта); обязательство становится простымъ: концентрируется на второй вещи; свободный выборъ уже невозможенъ; для него нѣтъ матеріала: только вторую вещь обязанъ передать должникъ, и ею же обязанъ

удовольствоваться кредиторъ (ст. 1194 К. Н.); б) погибаютъ обѣ вещи; обязательство, по правилу *impossibilium nulla obligatio*, уничтожается (ст. 1195 К. Н.).

В. Гибель происходитъ (невозможность наступаетъ) по винѣ должника. Здѣсь вліяніе оказываетъ еще то обстоятельство, кому принадлежитъ право выбора.

1) Право выбора принадлежитъ должнику; а) погибла одна вещь; должникъ долженъ выдать вторую вещь, и при этомъ никакого нарушенія обязательства онъ не производитъ и ни къ какому возмѣщенію убытковъ не обязывается: все равно и безъ гибели вещи онъ имѣлъ полное право предоставить кредитору именно вторую вещь. Но если бы должникъ хотѣлъ передать кредитору именно первую вещь, то теперь, послѣ ея гибели, онъ уже не можетъ предложить цѣну ея. Ст. 1193 К. Н. б) Погибли обѣ вещи. Здѣсь виновный должникъ (хотя бы только одна вещь погибла по его винѣ) обязанъ уплатить кредитору цѣну той вещи, которая погибла позже. Ст. 1193 К. Н. Это рѣшеніе объясняется слѣдующимъ образомъ: послѣ того, какъ погибла первая вещь, обязательство уже сконцентрировалось на второй вещи; когда же погибаетъ и вторая вещь, обязательство превращается въ обязанность возмѣщенія цѣны этой послѣдней.

2) Право выбора принадлежитъ кредитору. а) Погибла одна вещь. Если бы заставить кредитора ограничиться второю вещью, то въ этомъ заключалось бы лишеніе кредитора того права выбора, которое ему принадлежитъ. Поэтому законъ справедливо предоставляетъ кредитору на выборъ или вторую вещь, или цѣну погибшей первой. Ст. 1194 К. Н. б) Погибли обѣ вещи. Кредитору ничего не остается, какъ потребовать цѣну той или другой вещи по своему выбору. Ст. 1194 К. Н. (въ концѣ).

С. Гибель происходитъ по винѣ кредитора.

1) Право выбора принадлежитъ должнику. а) Погибла одна вещь. Должникъ, уже лишенный одной вещи

по винѣ кредитора, можетъ одно изъ двухъ: или требовать признанія обязательства исполненнымъ, или, основываясь на своемъ правѣ выбора, предоставить кредитору вторую вещь и при этомъ потребовать отъ него уплаты вознагражденія за вещь погибшую. б) Погибли обѣ вещи. Должникъ, по своему праву выбора, можетъ указать вещь, которая пошла бы на удовлетвореніе по обязательству, и потребовать возмѣщенія цѣны другой вещи.

2) Право выбора принадлежит кредитору. а) Погибла одна вещь. Кредиторъ можетъ или признать себя удовлетвореннымъ, или потребовать передачи другой вещи, возмѣстивъ убытки, причиненные должнику гибелью первой вещи. б) Погибли обѣ вещи. Кредиторъ выбираетъ одну изъ нихъ какъ-бы для исполненія обязательства и уплачиваетъ должнику цѣну второй вещи.

Таковы многочисленныя комбинаціи, которыя возникаютъ въ различныхъ случаяхъ гибели вещи. Это комбинаціи простѣйшія, такъ какъ мы для простоты примѣра взяли и простѣйшій случай альтернативныхъ обязательствъ: только съ двумя объектами.

Въ сущности тѣ же начала примѣняются и тогда, когда альтернативныя обязательства направляются на большее число объектовъ. Ст. 1196 К. Н. Кромѣ того, возможны еще болѣе сложныя комбинаціи причинъ гибели: одна вещь погибаетъ по винѣ одной или другой стороны, а другая — случайно и т. д.

Подробно регулируются альтернативныя обязательства и въ остзейскомъ правѣ (Сводъ, ст. 2926—2933).

Въ 1 ч. X т. Св. зак. нѣтъ общихъ опредѣленій раздѣлительныхъ обязательствъ. Имѣются только казуистическія указанія на альтернативность.

Такъ, ст. 612 постановляетъ: „За отчужденную изъ имѣнія землю владѣлецъ недобросовѣстный обязанъ заплатить по требованію и выбору того, кому имѣніе возвращается, или сумму, за которую онъ продалъ сію землю, или же цѣну оной по надлежащей оцѣнкѣ и опредѣ-

ленію суда”. Ст. 614 говоритъ: „Владѣлецъ недобросовѣстный равномерно обязанъ возвратить деньги, полученные имъ за отдачу въ залогъ имѣнія или части онаго, или же посредствомъ выкупа освободить то имѣніе отъ залога”. Въ такомъ же родѣ см. еще ст. 618, 671, 673, 683 1 ч. X т. Здѣсь имѣются въ виду обязательства изъ деликтвъ, и право выбора всегда принадлежит кредитору по опредѣленію самого закона.

Такъ какъ во всѣхъ указанныхъ случаяхъ однимъ изъ предметовъ всегда являются деньги, то о гибели всѣхъ вещей здѣсь рѣчи быть не можетъ, такъ какъ *genus non perit*. Слѣдовательно, соотвѣтственныя комбинаціи отпадаютъ; остальные же случаи должны быть рѣшаемы, за отсутствіемъ указаній въ законѣ, по соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла.

Далѣе, въ виду ст. 1530 1 ч. X т. Св. зак., съ полнымъ основаніемъ можно допустить и договорную альтернативность по русскому праву. Несомнѣнно волею сторонъ можетъ быть распредѣляемо и право выбора. Если же въ договорѣ объ этомъ не упомянуто, то и по русскому праву не остается ничего другого, какъ примѣнять то упомянутое выше общепринятое правило, по которому всякое сомнѣніе толкуется въ пользу лица обязавшагося (ст. 1539 п. 5), т. е. — предоставлять право выбора должнику. О случаяхъ гибели вещи законъ молчитъ и никакихъ указаній не даетъ. И здѣсь поэтому должны рѣшать всѣ обстоятельства каждаго даннаго дѣла.

Общегерманское уложеніе также, конечно, знаетъ раздѣлительныя обязательства (ст. 262—264), при чемъ въ случаяхъ сомнѣнія выборъ также предоставляется должнику, а на случай гибели вещи дается такое правило: „Если одно изъ дѣйствій не возможно съ самаго начала или дѣлается невозможнымъ въ послѣдствіи, то обязательство ограничивается остальными дѣйствіями. Такое ограниченіе не наступаетъ, когда невозможность вызва-

на не той стороною, которой предоставлено право выбора" (ст. 265).

Мало даютъ материала швейцарское право (Союзный законъ объ обязательствахъ, ст. 82) и нашъ Проектъ гражданского уложенія, который въ ст. 100 говоритъ: „Должникъ, обязательство котораго заключается въ доставленіи того или другого имущества, либо въ совершеніи или несовершеніи какого-либо иного дѣйствія изъ числа нѣсколькихъ, предусмотрѣнныхъ въ законѣ или договорѣ дѣйствій (раздѣлительное обязательство), имѣетъ право выбора, если таковой не предоставленъ вѣрителю. При невозможности для должника, вслѣдствіе случайнаго событія, передать вѣрителю одинъ изъ означенныхъ въ договорѣ предметовъ, должникъ обязанъ передать ему другой изъ числа тѣхъ же предметовъ”.

§ 4. Обязательства факультативныя или замѣнительныя.

Въ предыдущемъ параграфѣ мы разсматривали юридическія свойства обязательства, когда объектомъ его служатъ два или больше дѣйствій раздѣлительно или альтернативно. Теперь намъ надо разсмотрѣть свойства обязательства, когда объектомъ его являются два дѣйствія замѣнительно или факультативно. Множественность дѣйствій и возможность замѣны одного изъ нихъ другимъ сближаютъ между собою эти двѣ категоріи обязательствъ. Однако сходство это чисто внѣшнее. По внутреннему же своему строенію оба эти вида обязательствъ различны. Именно, въ факультативныхъ обязательствахъ оба дѣйствія имѣютъ не одинаковое значеніе: здѣсь только одно дѣйствіе (а не два или болѣе) является главнымъ и настоящимъ объектомъ обязательства; другое же указывается, какъ второстепенное и вспомогательное, лишь для замѣны главнаго дѣйствія; право на эту замѣ-

ну всегда предоставляется только должнику, если бы онъ не захотѣлъ совершить главное дѣйствіе, тогда какъ въ альтернативныхъ обязательствахъ правомъ выбора могутъ пользоваться обѣ стороны.

Значеніе этого различія между дѣйствіемъ главнымъ и второстепеннымъ сказывается въ томъ, что если главное дѣйствіе случайно дѣлается невозможнымъ (напр., вещь погибаетъ), то обязательство прекращается совершенно; здѣсь главное дѣйствіе не замѣняется само собою дѣйствіемъ второстепеннымъ, какъ это произошло бы въ обязательствѣ альтернативномъ, въ которомъ оба дѣйствія стоятъ на одномъ и томъ же уровнѣ. Согласно съ этимъ рѣшается и тотъ случай, когда одно изъ двухъ дѣйствій оказывается объективно невозможнымъ или запрещеннымъ уже въ самый моментъ заключенія договора. Альтернативное обязательство превращается въ такомъ случаѣ, какъ мы видѣли, въ обязательство простое. Обязательство же факультативное не возникаетъ со всѣмъ, такъ какъ оно, собственно говоря, имѣетъ только одинъ объектъ; второй же служитъ не для исполненія по обязательству, а для освобожденія отъ него при желаніи должника. Въ виду этого, если главное дѣйствіе становится невозможнымъ по винѣ одной изъ сторонъ, то дѣло рѣшается не такъ, какъ въ обязательствахъ альтернативныхъ, а такъ, какъ въ обязательствахъ простыхъ, т. е. обязательство превращается въ обязанность возмѣстить потерпѣвшей сторонѣ убытки на общихъ основаніяхъ.

Примѣры факультативныхъ обязательствъ: 1) я обещаю предоставить квартиру, но сохраняю за собою право замѣнить это уплатой такой-то суммы денегъ; 2) завѣщатель возлагаетъ на наслѣдника обязанность передать кому-либо ту или другую вещь изъ наслѣдства съ правомъ, при желаніи, замѣнить ее опредѣленной суммой денегъ; 3) сюда же можетъ быть отнесено всякое обязательство, обезпеченное неустойкой (ст. 1226, 1229

К. Н.; прибалт. Сводъ, ст. 3372); но только для русскаго права это вопросъ спорный: общее мнѣніе, въ виду ст. 1585 1 ч. X т. Св. зак., считаетъ неустойку кумулятивной, а не замѣняющей главное обязательство (противъ этого проф. Пергаментъ)¹⁾.

По стилю и редакціи факультативныя обязательства сходны съ обязательствами альтернативными. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вопросъ рѣшается путемъ толкованія воли сторонъ (ст. 1156 и сл. К. Н.; ст. 1539 1 ч. X т. Св. зак.).

Ни въ Кодексѣ Наполеона, ни въ 1 ч. X т. Св. зак., ни даже въ Проектѣ гражданскаго уложенія особыхъ указаній на эту разновидность обязательствъ нѣтъ. Но это, конечно, отнюдь не значитъ, чтобы такія обязательства не были возможны по этимъ законодательствамъ (ст. 1107, 1108 К. Н., ст. 1530 1 ч. X т. и ст. 4 Проекта).

§ 5. Обязательства дѣлимые и недѣлимые.

Какъ дѣйствія, такъ и дальнѣйшіе объекты обязательствъ, физическія вещи, по свойствамъ своимъ, могутъ допускать дѣленіе на части, а могутъ и не допускать такого дѣленія. Такъ, подневная работа дѣлима; дѣлимы и деньги, хлѣбъ въ зернѣ, мука, вино и т. п., а доставка пианино изъ города на дачу не дѣлима; не дѣлимы, далѣе, лошадь, картина, скрипка и т. п. Недѣлимость обусловливается не только физическими свойствами предмета (нарушеніе сущности, полное обезцѣненіе, даже уничтоженіе), но также юридическими нормами, закономъ (недѣлимость крестьянскихъ надѣловъ, майоратныхъ и заповѣдныхъ имѣній) и, наконецъ, волею сторонъ (договорная недѣлимость)²⁾. Въ первомъ случаѣ не-

¹⁾ Договорная неустойка и интересъ въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ. СПб., 1906.

²⁾ Ст. 1217, 1221 п. 5 К. Н.; ст. 393, 1396 1 ч. X т. Св. зак.; нашъ Проектъ, ст. 46 (въ редакціи 1905 г.).

дѣлимость естественная, во второмъ и третьемъ—искусственная. При той и другой одинаково, въ зависимости отъ объекта, дѣлятся и обязательства на два вида: обязательства дѣлимые и обязательства недѣлимые. При этомъ, какъ отмѣчено выше, оказываетъ свое вліяніе и количество лицъ на той или другой сторонѣ обязательства. Разсмотримъ сначала дѣлимость и недѣлимость естественную¹⁾.

I. Обязательства естественно-дѣлимые. Здѣсь основное правило гласитъ: во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда на каждой сторонѣ,—активной и пассивной,—есть только по одному лицу, дѣлимость обязательства какъ бы не существуетъ: все равно, должникъ даже и дѣлимые обязательства долженъ исполнять цѣликомъ; онъ не имѣетъ права исполнять ихъ по частямъ. На это прямо указываютъ ст. 1220 и 1244 К. Н. Такъ же это по остзейскому праву (Сводъ, ст. 2934), по Общегерманскому уложенію (ст. 266), по Швейцарскому союзн. закону объ обязат. (ст. 78) и по нашему Проекту (ст. 97). 1 ч. X т. Св. зак. также требуетъ уплаты „всѣхъ должныхъ по закладной денегъ” (ст. 1649), „сполна и съ причитающимися процентами” (ст. 1676), „сполна и съ причитающимся ростомъ, буде ростъ определенъ условіемъ” (ст. 2051). И только кредиторъ, какъ хозяинъ правоотношенія, можетъ согласиться принять исполненіе дѣлимаго обязательства по частямъ. Но это всецѣло зависитъ отъ его воли. Да еще судъ можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, специально въ законѣ указанныхъ, допустить, и противъ желанія кредитора, частичное погашеніе долга. Ст. 136 Устава гражд. судопроизводства: „Въ случаѣ неимѣнія у обвиненной стороны никакихъ наличныхъ средствъ для внесенія присужденной рѣшеніемъ денежной суммы, Ми-

¹⁾ О недѣлимости и видахъ ея см. Голевинскій, О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, 1872 г., стр. 266 сл. и Плянйоль, Курсъ, ч. I № 780 сл.

ровой Судья можетъ разсрочить уплату на опредѣленные сроки, смотря по количеству взысканія и способамъ должника къ уплатѣ, о чемъ, по желанію тяжущихся, выдается имъ свидѣтельство. При взысканіи по опротестованному векселю разсрочка уплаты просроченной суммы не допускается". Ст. 1244 К. Н.: „Должникъ не можетъ принудить кредитора принять въ уплату часть долга, хотя бы обязательство и было дѣлимо. Судъ можетъ однако, во вниманіе къ положенію должника, и пользуясь своимъ правомъ съ крайнею осмотрительностью, назначить для платежа умѣренные сроки и пріостановить исполненіе по взысканію, оставляя впрочемъ дѣло въ томъ положеніи, въ какомъ оно находится".

Дѣло совершенно измѣняется, и дѣлимость начинается проявлять себя, какъ только на активной или на пассивной сторонѣ обязательства или на той и другой вмѣстѣ появляется, вмѣсто первоначальнаго одного лица, нѣсколько лицъ.

Такое усложненіе личнаго состава обязательствъ возможно: 1) при цессіи кредиторомъ своего права нѣсколькимъ другимъ лицамъ, которыя всѣ вмѣстѣ замѣняютъ его въ данномъ обязательствѣ¹⁾; 2) при переводѣ или делегации должникомъ своего долга, съ согласія кредитора, на нѣсколькихъ лицъ, вступающихъ на его, должника, мѣсто²⁾; 3) при переходѣ права требованія или долга къ нѣсколькимъ лицамъ по наслѣдству³⁾.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣлимое обязательство распадается на части, на отдѣльныя обязательства, кото-

¹⁾ Ст. 1689 сл. К. Н.; ст. 2058 1 ч. X т. Св. зак.; ст. 3461 и сл. прибалт. Свода; Общегерман. уложеніе, ст. 398 сл.; Швейцар. союзн. зак. объ обязат., ст. 183 сл.; Проектъ, ст. 153 сл.

²⁾ Ст. 1275 К. Н.; ст. 222 Положенія о казенн. подр. и пост.; прибалт. Сводъ, ст. 3588; Общегерманское уложеніе, ст. 415; Швейцар. союзн. зак. объ обязат., ст. 142 п. 2; Проектъ, ст. 163.

³⁾ Ст. 1220 К. Н.; ст. 1258—1260 1 ч. X т. Св. зак.; ст. 2679 прибалт. Свода; Проектъ, ст. 1523 (въ редакціи 1905 г.).

рыя въ дальнѣйшемъ продолжаютъ свое существованіе совершенно самостоятельно и независимо одно отъ другого, такъ что, напр., если одинъ изъ кредиторовъ прерываетъ текущую противъ него давность, то это не распространяется на остальныхъ кредиторовъ, не принимавшихъ участія въ перерывѣ давности; каждый кредиторъ можетъ независимо отъ другихъ цедировать или новировать свое требованіе, можетъ погасить его сложеніемъ долга и т. п.: на остальныхъ частяхъ прежняго единого обязательства все это нисколько не отзывается. Если, далѣе, одинъ изъ кредиторовъ получитъ отъ должника больше своей доли, то требованія остальныхъ сокредиторовъ отъ этого не уменьшаются и не погашаются: передъ ними должникъ остается по прежнему обязаннымъ, а излишне уплаченное онъ можетъ особо требовать по *condictio indebiti*. То же надо сказать и о пассивной сторонѣ: дѣйствія одного изъ содолжниковъ никоимъ образомъ не касаются другихъ.

Кромѣ послѣдующей, возможна множественность лицъ на той или другой сторонѣ обязательства и первоначальная, возникающая вмѣстѣ съ возникновеніемъ самого обязательства. Напр., нѣсколько лицъ принимаютъ на себя обязательство по одному и тому же договору (допустимъ, берутъ въ заемъ деньги подъ общую расписку), не условившись о солидарной отвѣтственности (ст. 1548 1 ч. X т. Св. зак.; ст. 1202 К. Н.); или нѣсколько лицъ совмѣстно ручаются по одному и тому же обязательству (ст. 1558 п. 5 1 ч. X т.; по Кодексу Наполеона здѣсь, наоборотъ, не долевая, а солидарная отвѣтственность, ст. 2025); или нѣсколько лицъ совмѣстно причиняютъ своимъ дѣйствіемъ убытокъ, который они и должны возмѣстить поровну (ст. 648 1 ч. X т. Св. зак.). Возможны, конечно, и другіе примѣры: одинъ изъ сособственниковъ обязывается по раздѣльному акту уплатить извѣстную сумму другимъ сособственникамъ; завѣщатель возлагаетъ на своихъ наслѣдниковъ обязанность

уплатить определенную сумму благотворительному учреждению и т. п. Всюду здѣсь совершенно такъ же имѣютъ мѣсто отдѣльныя обязательства отдѣльныхъ лицъ, несмотря ни на ихъ внѣшнее объединеніе, ни на ихъ часто общее происхожденіе.

Такого же взгляда прибалтійскій Сводъ (ст. 3331) и Общегерманское уложеніе (ст. 420).

Въ литературѣ говорятъ здѣсь о долевои отвѣтственности, о долевыя обязательствахъ. Нашъ Проектъ соотвѣтственно съ этимъ въ ст. 80 говоритъ: „Если въ одномъ и томъ же обязательствѣ участвуютъ нѣсколько вѣрителей или нѣсколько должниковъ, то, за отсутствіемъ въ законѣ, договорѣ или завѣщаніи иного постановленія, каждый вѣритель въ правѣ требовать исполненія обязательства и каждый должникъ обязанъ его исполнить въ равной долѣ (долевыя требованія и долевыя обязательства)“.

Въ нѣкоторыхъ изъ упомянутыхъ случаевъ (ст. 1558 п. 5 и ст. 648 1 ч. X т.: совмѣстное поручительство и совмѣстный деликтъ) если одинъ изъ должниковъ оказывается несостоятельнымъ, то его долю по разверсткѣ уплачиваютъ остальные должники. Этимъ самостоятельность отдѣльныхъ обязательствъ отчасти умаляется. Однако умаляясь, она отнюдь не устраняется принципиально и не переходитъ въ солидарность, потому что, во 1-хъ, кредиторъ съ любого должника потребовать всю сумму долга, какъ это имѣетъ мѣсто при солидарности, все-таки не можетъ, а во 2-хъ, отвѣтственность за другихъ здѣсь случайна какъ въ своемъ наступленіи, такъ и въ размѣрѣ, тогда какъ при солидарности она всегда имѣетъ мѣсто и при томъ, какъ сказано, во всей суммѣ долга.

Итакъ, обязательства долевыя, это тѣ изъ обязательствъ дѣлимыхъ, въ которыхъ сложенъ личный составъ хотя бы одной изъ сторонъ. Такимъ образомъ долевыя обязательства являются отдѣльнымъ видомъ болѣе

широкой категоріи дѣлимыхъ обязательствъ, и видовое отличіе ихъ лежитъ въ субъектѣ; объектъ же ихъ одинаковъ.

II. Обязательства естественно-недѣлимыхъ.

Недѣлимость также обнаруживаетъ свои особые юридическія свойства только тогда, когда на пассивной или активной сторонѣ обязательства стоитъ нѣсколько лицъ. Эта множественность лицъ можетъ имѣть мѣсто съ самаго начала, съ момента возникновенія обязательства, но можетъ образоваться и впослѣдствіи путемъ цессіи, делегации или наслѣдованія. Здѣсь различно положеніе вѣрителя и положеніе должника.

а) Положеніе вѣрителя. Каково бы ни было обязательство,—все равно, если въ немъ нѣсколько кредиторовъ, то каждый изъ нихъ имѣетъ право, собственно говоря, только на часть требованія. Но при естественной недѣлимости объекта, невозможно предоставить каждому изъ кредиторовъ его часть отдѣльно, а потому законъ предоставляетъ каждому изъ кредиторовъ право требовать исполненія обязательства во всей цѣлости. Ст. 1224 К. Н. Такъ какъ это расширеніе правъ кредитора оправдывается только безвыходностью положенія, само же по себѣ основанія не имѣетъ, то это расширеніе и ограничивается только указаннымъ преимуществомъ; на другія же отношенія, которыя не зависятъ отъ недѣлимости, это расширеніе правъ не распространяется. Такъ, отдѣльный кредиторъ не можетъ, напр., сложить долгъ во всей его цѣлости; онъ не можетъ измѣнить обязательства новаціей или принятіемъ одной вещи вмѣсто другой (*datio in solutum*) и т. д. Съ другой же стороны, указанное расширеніе правъ кредитора тотчасъ падаетъ, какъ только объектъ утрачиваетъ свое свойство естественной недѣлимости. Напр., вещь погибаетъ по винѣ должника, и онъ обязывается уплатить денежное вознагражденіе. Здѣсь обязательство сейчасъ же распадается

ется на части, и требованіе каждого кредитора ограничивается только его долей. Причина ясна: денежное обязательство само по себѣ дѣлимо, а при множественности лицъ оно дѣлится и въ дѣйствительности.

Само собою разумѣется, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда одинъ изъ кредиторовъ получаетъ удовлетвореніе по всему обязательству, онъ обязанъ произвести соотвѣтственный расчетъ съ остальными сокредиторами.

б) Положеніе должника. И на этой сторонѣ, такъ какъ обязательство по природѣ своей недѣлимо, то каждый изъ должниковъ обязанъ по требованію кредитора исполнить все обязательство во всей его цѣлости. Ст. 1222 К. Н. Это также относится не только къ случаямъ первоначальной множественности лицъ на пассивной сторонѣ, но и къ случаямъ множественности послѣдующей, если (и пока) не утрачивается естественная недѣлимость объекта¹⁾. Однако здѣсь Кодексъ Наполеона дѣлаетъ и нѣкоторую уступку: должникъ, къ которому предъявленъ искъ объ исполненіи, только тогда обязанъ одинъ исполнить обязательство, когда это послѣднее таково, что оно можетъ быть исполнено только имъ однимъ; если же обязательство таково, что можетъ быть исполнено и другими должниками, то отвѣтчикъ можетъ потребовать отсрочки для привлеченія остальныхъ содолжниковъ къ участию въ уплатѣ. Ст. 1225 К. Н. Конечно, и здѣсь, на сторонѣ должниковъ, тотъ изъ нихъ, который одинъ за всѣхъ исполняетъ обязательство, получаетъ право на регрессъ, т. е. на обратное требованіе къ остальнымъ содолжникамъ объ уравнительномъ расчетѣ.

Проектъ о недѣлимыхъ обязательствахъ кратко говоритъ въ ст. 81. Эта статья не предусматриваетъ случая замѣны недѣлимаго предмета денежной суммой, но

¹⁾ Ст. 1223 К. Н.; ст. 194 Полож. о казенн. подр. и поставкахъ и рѣшеніе Сената 1884 г. № 124. Ст. 2935 прибалт. Свода.

долевой характеръ отвѣтственности разумѣется самъ собою въ виду ст. 80.

III. Обязательства искусственно-недѣлимые или солидарныя.

Здѣсь также имѣется въ виду нѣсколько лицъ на одной или другой сторонѣ обязательства, или же на обѣихъ одновременно. Объектъ здѣсь дѣлимъ по природѣ, но онъ дѣлается недѣлимымъ искусственно волею сторонъ или веленіемъ закона. Обязательственное отношеніе состоитъ тогда въ томъ, что каждый изъ содолжниковъ обязанъ исполнить обязательство цѣликомъ, а не въ своей только долѣ, и каждый изъ сокредиторовъ можетъ потребовать удовлетворенія полностью отъ любого должника, при чемъ однажды совершенное исполненіе (однимъ изъ содолжниковъ одному изъ сокредиторовъ) прекращаетъ все обязательство совершенно; только тотъ, кто одинъ за всѣхъ уплатилъ, можетъ потребовать отъ остальныхъ содолжниковъ уравнительнаго расчета, если есть къ тому основанія въ ихъ взаимныхъ между собою отношеніяхъ, а также и тотъ, кто одинъ за всѣхъ получилъ платежъ, долженъ тоже разсчитаться съ остальными сокредиторами, если опять-таки для этого есть свои основанія (напр., товарищество).

Такія обязательства и называются солидарными. При нѣсколькихъ кредиторахъ—активная солидарность (ст. 1197 К. Н.); при нѣсколькихъ должникахъ—пассивная солидарность (ст. 1200 К. Н.; ст. 1548 1 ч. X т. Св. зак.). Проектъ называетъ ихъ обязательствами совокупными (ст. 180), а Сводъ гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ удерживаетъ общепринятое названіе обязательствъ „солидарныхъ” (ст. 3334 и слѣд.).

Естественной дѣлимостью предмета, при сложности личнаго состава, солидарныя обязательства походятъ на обязательства долевые; отличіе же ихъ (весьма существенное) состоитъ, согласно сказанному, въ томъ, что права кредиторовъ и обязанности дебиторовъ въ доле-

выхъ обязательствахъ распространяются только на части всей суммы обязательствъ, а въ обязательствахъ солидарныхъ права и обязанности каждаго лица обнимаютъ все обязательство цѣликомъ, такъ что исполненіемъ всего обязательства въ пользу одного изъ нѣсколькихъ кредиторовъ прекращается все обязательственное отношеніе, чего, какъ мы видѣли, нѣтъ при долевыхъ обязательствахъ: тамъ должникъ, уплатившій одному изъ сокредиторовъ по всему обязательству, не освобождается отъ соотвѣтственныхъ требованій со стороны остальныхъ сокредиторовъ. Это потому, конечно, что тамъ обязательства самостоятельны, и каждое существуетъ отдѣльно отъ другого, а здѣсь, несмотря на дѣлимость объекта и множественность лицъ, имѣетъ мѣсто единое и цѣльное обязательство. Вообще установленіе солидарности мѣшаетъ возникновенію долевыхъ обязательствъ: одно исключается другимъ. Далѣе, обязательства солидарныя имѣютъ сходство и съ обязательствами недѣлимыми: и тамъ и здѣсь требованія каждаго изъ сокредиторовъ и исполненіе со стороны каждаго изъ содолжниковъ распространяются на все обязательство въ цѣломъ его составѣ: исполненіе недѣлимо. Но и здѣсь имѣютъ мѣсто существенныя различія. Въ недѣлимыхъ обязательствахъ недѣлимость исполненія имѣетъ своимъ основаніемъ природныя, физическія и экономическія, свойства объекта; въ обязательствахъ же солидарныхъ объектъ ихъ по своей природѣ дѣлимъ, а недѣлимымъ дѣлаетъ его искусственно или воля сторонъ, или самъ законъ. Въ зависимости отъ различія въ основаніяхъ недѣлимости оказываются различными и самыя свойства ея въ обоихъ случаяхъ. Такъ, въ обязательствахъ недѣлимыхъ замѣна недѣлимаго объекта дѣлимымъ сейчасъ же вызываетъ раздѣленіе обязательства на части; при солидарности же никакая замѣна не ведетъ къ раздѣленію, такъ какъ, во 1-хъ, и первоначальный объектъ ихъ дѣлимъ, но дѣленія не вызываетъ, а во 2-хъ, причина недѣлимо-

сти (воля или законъ) остается по прежнему во всей своей силѣ. Такимъ образомъ искусственная (солидарная) недѣлимость иногда оказывается сильнѣе и прочнѣе недѣлимости естественной. Съ другой же стороны, при естественной недѣлимости предмета, обязательство между нѣсколькими наслѣдниками должника не дѣлится на части, а при солидарности дѣлится (ср. Проектъ, ст. 184).

Въ описанномъ своемъ видѣ солидарность играетъ далеко не послѣднюю роль въ торговомъ оборотѣ. Будучи одинаково возможной какъ на пассивной, такъ и на активной сторонѣ, солидарность въ дѣйствительности чаще всего встрѣчается однако на сторонѣ пассивной, и здѣсь она обнаруживаетъ особыя выгоды для кредиторовъ. Именно, благодаря солидарности, кредиторъ получаетъ большую возможность сравнительно легко добиться своевременнаго и полного исполненія обязательства, такъ какъ онъ, во 1-хъ, къ своимъ услугамъ имѣетъ нѣсколько должниковъ, изъ которыхъ можетъ выбрать самаго надежнаго, и во 2-хъ, ему достаточно предъявить только одинъ искъ, несмотря на множественность должниковъ. И активная солидарность бываетъ небезполезной для должника, если онъ состоятеленъ: вмѣсто того, чтобы давать удовлетвореніе по частямъ каждому изъ кредиторовъ, должникъ исполняетъ все обязательство въ одинъ разъ и одному кредитору.

Вообще здѣсь надо имѣть въ виду, что солидарность не предполагается, а должна имѣть каждый разъ свое особое и специальное основаніе; такимъ основаніемъ служатъ, во 1-хъ, сдѣлки (главнымъ образомъ договоры, но также и завѣщанія), а во 2-хъ, законъ. Ст. 1202 К. Н.; ст. 1548 1 ч. X т. Св. зак. Такъ это по Швейцарскому союзн. закону объ обязат. (ст. 162). Такъ это и по другимъ западно-европейскимъ кодексамъ, по нашему Проекту (ст. 180) и по остзейскому праву (Сводъ, ст. 3335; здѣсь основаніемъ солидарности можетъ служить и судебное рѣшеніе: ст. 3334). Только Общегерманское уло-

женіе держится обратнаго взгляда: всякій разъ, когда нѣсколько лицъ совмѣстно принимаютъ на себя по договору дѣлимое обязательство, они отвѣчаютъ солидарно, если не обусловлено обратное (ст. 427). Болѣе широкія двери, чѣмъ это общепринято, открываетъ солидарности и нашъ Сенатъ, который въ рѣшеніи 1886 г. № 24 говоритъ такъ: „Солидарная отвѣтственность нѣсколькихъ лицъ не предполагается, но она можетъ быть выведена не только изъ положительнаго указанія закона или договора, но и изъ существа юридическихъ отношеній между сторонами“. Проф. Гуляевъ¹⁾ и здѣсь усматриваетъ солидарность договорную (стороны имѣютъ ее въ виду, но только прямо этого не выражаютъ).

Когда солидарность устанавливается юридической сдѣлкой, то это обыкновенно выражается слѣдующими оборотами рѣчи: „каждый за всѣхъ и всѣ за одного“, „другъ за друга“, „вообще и порознь“, „нераздѣльно“, „совокупно“; а иногда употребляется и специальный юридическій терминъ: „солидарно“. Но, конечно, возможны и иныя указанія на солидарность.

Что же касается солидарности законной, то она имѣетъ мѣсто, какъ сказано, только въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ специально на нее указываетъ, и такъ какъ солидарность представляетъ изъ себя исключеніе изъ общаго правила о дѣлимости обязательствъ при сложности ихъ личнаго состава, то указываемые закономъ случаи солидарности отнюдь не подлежатъ распространительному толкованію.

Послѣ этихъ замѣчаній общаго характера мы приступимъ къ болѣе детальному изложенію вопроса о солидарности. Изложеніе это мы раздѣлимъ на двѣ части: сначала остановимся на солидарности пассивной, какъ

¹⁾ Рус. гр. право, 1913, стр. 324.

болѣе частой и болѣе важной, а затѣмъ перейдемъ къ вопросу о солидарности активной.

I. Солидарность пассивная.

а. Солидарность по волѣ сторонъ. Солидарность, основанная на юридической сдѣлкѣ, возможна всякій разъ, когда объектъ дѣлимъ, а стороны (сложныя въ своемъ составѣ) желаютъ, наоборотъ, его недѣлимости. Пассивная солидарность, т. е. одинъ долгъ нѣсколькихъ должниковъ, можетъ основываться или на одномъ титулѣ, основаніи, или на нѣсколькихъ различныхъ. Напр., нѣсколько лицъ, ведущихъ общее предпріятіе, берутъ у кого-нибудь въ заемъ 1000 руб. и обязываются солидарно (здѣсь одно общее основаніе долга). Или—кто-нибудь одинъ беретъ въ заемъ 1000 руб.; этотъ долгъ на ряду съ нимъ (кумулятивно) принимаетъ на себя еще одно лицо, такъ что устанавливается такая солидарность, при которой у перваго должника титуломъ служитъ заемъ, а у втораго или поручительство передъ кредиторомъ, или дареніе по адресу перваго должника и т. п. Однако для кредитора всюду здѣсь только одно основаніе. Кромѣ того, обязанность каждаго изъ содолжниковъ можетъ быть обставлена различно: для одного установленъ срокъ, для другого—условіе, для третьяго—особое мѣсто исполненія и т. п. Ст. 1201 К. П.; прибавл. Сводъ, ст. 3333. Въ этомъ послѣднемъ обстоятельствѣ, при общей цѣльности и единствѣ солидарныхъ обязательствъ, сказывается нѣкоторая частичная независимость отдѣльныхъ обязанностей должниковъ. Вообще при этомъ видѣ солидарности стороны могутъ регулировать свои права и обязанности по своему усмотрѣнію.

б. Солидарность по закону. Сначала рассмотримъ случаи общіе для Царства Польскаго и для Имперіи.

1) Ответственность товарищей по долгамъ полного товарищества. Ст. 22 Кодекса Торгового: „Фирменные товарищи, поименованные въ договорѣ товарищества, отвѣтствуютъ солидарно за всѣ обязательства товарищества, хотя бы они были подписаны только однимъ изъ товарищей, лишь бы отъ имени фирмы“. Ст. 68 Устава Торгового. Ст. 2134 1 ч. X т.: „Въ товариществѣ полномъ всѣ товарищи отвѣтствуютъ за всѣ долги онаго вообще и порознь всѣмъ имуществомъ своимъ движимымъ и недвижимымъ“. Такъ и по Проекту (ст. 734).

2) Ответственность векселедателей, акцептантовъ и надписателей по векселю передъ векселедержателемъ. Ст. 140 Кодекса Торгового: „Всѣ подписавшіе, принявшіе или надписавшіе переводный вексель обязаны солидарною гарантіею по отношенію къ векселедержателю“. Ст. 28, 30 Устава о векселяхъ 1902 года.

3) Ответственность желѣзныхъ дорогъ за утрату или поврежденіе груза, а также и за просрочку въ его доставкѣ. Общій Уставъ рос. жел. дорогъ, ст. 99¹⁾.

Теперь обратимся къ случаямъ, которые извѣстны только Кодексу Наполеона. Здѣсь солидарная ответственность примѣняется чаще, чѣмъ по русскому праву. Въ такомъ же направленіи идетъ и нашъ Проектъ гражданского уложенія. Случаи эти слѣдующіе.

1) Ответственность по опекамъ. Опекунъ-блюститель отвѣчаетъ солидарно съ главнымъ опекуномъ по такимъ дѣйствіямъ, которыя возлагаются на нихъ закономъ совместно. Ст. 463 Граждан. Уложенія 1825 г. Солидарно отвѣчаютъ и душеприказчики „по счетамъ ввѣренной имъ движимости“ и вообще по возложеннымъ на нихъ порученіямъ. Ст. 1033 К. Н. Кромѣ того, при нѣкоторыхъ условіяхъ, отвѣчаетъ солидарно мать-опекунша вмѣстѣ со своимъ вторымъ мужемъ. Ст. 361 Гражд. Уложе-

¹⁾ Сводъ законовъ, т. XII, ч. I.

нія: „Если мать-опекунша желаетъ вступить въ бракъ, то она обязана, до заключенія брака, требовать созванія семейнаго совѣта, для опредѣленія, должна ли опека за ней остаться. Если она о томъ не позаботилась, то лишается опеки, въ силу самаго закона, а новый мужъ ея подлежитъ съ нею солидарной отвѣтственности по опекамъ, удержанной его женою не законнымъ образомъ“. Ст. 362 Гражд. Уложенія: „Когда созванный семейный совѣтъ оставитъ опеку за матерью или вновь предоставитъ ей оную, то непременно долженъ ей назначить новаго ея мужа соопекуномъ, и мужъ, со дня заключенія брака, становится солидарно съ женою отвѣтственнымъ по опекамъ“. И по Проекту соопекуны отвѣчаютъ солидарно (ст. 604 въ редакціи 1905 г.). Такъ это и по остзейскому праву (Сводъ, ст. 442, 455).

2) При наймѣ домовъ и сельскихъ имѣній наниматели, когда ихъ нѣсколько, отвѣчаютъ солидарно за убытки отъ пожара, если не докажутъ свою невиновность. Ст. 1734 К. Н. (Исключеніе изъ общаго правила о распредѣленіи *onus probandi*, по которому истецъ долженъ доказать свой искъ). Во Франціи это положеніе отмѣнено закономъ 5 января 1883 г.

3) Ссудоприиматели, когда ихъ нѣсколько, отвѣчаютъ солидарно передъ ссудодателемъ за полученную въ ссуду вещь. Ст. 1887 К. Н. Такъ и по Проекту (ст. 368), и по прибалтійскому Своду (ст. 3336).

4) Нѣсколько лицъ, назначившихъ совместно повѣреннаго для одного общаго дѣла, отвѣчаютъ передъ нимъ солидарно за всѣ послѣдствія довѣренности. Ст. 2002 К. Н. По Проекту отвѣчаютъ солидарно не только довѣрители, но и повѣренные (ст. 575, 578). Такъ же это и по остзейскому праву (Сводъ, ст. 3338, 4398).

5) По послѣднему рѣшенію Сената (1902 г. № 53), солидарно отвѣчаютъ, въ виду ст. 1382 К. Н., лица за вредъ и убытки, причиненные совместнымъ ихъ дѣяніемъ.

Однако, въ виду ст. 1202 К. Н., нельзя признать это рѣшеніе правильнымъ. Солидарность сама собою не предполагается и вообще она является исключеніемъ изъ общаго правила о долево́й отвѣтственности. Для солидарности, какъ уже отмѣчено выше, необходимо положительное и прямое указаніе либо въ сдѣлкѣ, либо въ законѣ. Въ данномъ случаѣ въ ст. 1382 Кодекса Наполеона такого указанія нѣтъ. Никакого распространительнаго толкованія здѣсь, какъ и вообще къ исключеніямъ, примѣнять нельзя.

Сенатъ въ прежней своей практикѣ ¹⁾ именно такого взгляда и держался, и это было правильно. А теперь Сенатъ оправдываетъ свой новый взглядъ соображеніями логическими, историческими и примѣромъ французской судебной практики. Однако логически доле́вая отвѣтственность такъ же хорошо можетъ быть оправдана, какъ и отвѣтственность солидарная, а соображенія историческія рѣшаютъ дѣло только тогда, когда текстъ закона сомнителенъ; въ данномъ же случаѣ никакихъ сомнѣній относительно смысла и соотношенія статей 1382 и 1202 К. Н. не возникаетъ; наконецъ, французская судебная практика устанавливаетъ солидарность не на ст. 1382 К. Н., а на ст. 55 французскаго уголовнаго кодекса, который у насъ не дѣйствуетъ.

По русскому праву, какъ сказано выше, въ этихъ случаяхъ, на основаніи ст. 648 1 ч. X т. Св. зак., имѣетъ мѣсто отвѣтственность доле́вая, и только въ случаѣ несостоятельности нѣкоторыхъ должниковъ за нихъ отвѣчаютъ по разверсткѣ остальные, что однако солидарностью признать нельзя, какъ объ этомъ прямо говоритъ и Сенатъ въ томъ же рѣшеніи 1902 г. № 53.

Проектъ же гражданскаго уложенія положительно

¹⁾ См. рѣшеніе 1890 г. № 114.

устанавливаетъ отвѣтственность солидарную (ст. 1184). Такъ же это по прибалтійскому Своду (ст. 3337), по Общегерманскому уложенію (ст. 840) и по Швейцарскому союзному закону объ обязат. (ст. 60). Это совсѣмъ иное дѣло, и здѣсь сомнѣній быть не можетъ.

Наконецъ, Проектъ гражданскаго уложенія устанавливаетъ солидарную отвѣтственность для обязательствъ, относящихся къ торговлѣ или имѣющихъ предметомъ общую собственность должниковъ (ст. 181), а прибалтійскій Сводъ говоритъ о солидарности еще при поклажѣ, наймѣ и залогѣ (ст. 3336).

Перечисливъ случаи солидарной отвѣтственности, мы переходимъ теперь къ вопросамъ о вліяніи ея какъ на отношенія между должниками и вѣрителемъ, такъ и на отношенія содолжниковъ между собою.

Русскій законъ не даетъ никакихъ указаній для регулированія этихъ важныхъ и сложныхъ вопросовъ. Поэтому мы остановимся главнымъ образомъ на Кодексѣ Наполеона, дѣлая сравненія съ Проектомъ и съ другими законодательствами. Для русскаго же права отвѣты на различные вопросы, здѣсь возникающіе, должны быть извлекаемы изъ общихъ соображеній, лежащихъ въ основѣ солидарныхъ обязательствъ. Дѣло судебной практики установить въ этомъ отношеніи однообразіе, всегда столь важное для прочности и обезпеченности оборота.

с. Вліяніе пассивной солидарности на отношенія между должниками и вѣрителемъ. Здѣсь одинъ рядъ юридическихъ дѣйствій оказываетъ вліяніе на все обязательственное отношеніе, т. е. на отношеніе всѣхъ должниковъ къ вѣрителю, а другой рядъ дѣйствій вліяетъ на положеніе только нѣкоторыхъ должниковъ.

Разсмотримъ сначала первый рядъ.

1) Кредиторъ имѣетъ право предъявить искъ къ любому изъ должниковъ, по своему выбору, и этимъ

предъявленіемъ иска къ одному изъ должниковъ кредиторъ отнюдь не лишается права на предъявленіе иска къ другимъ должникамъ, а эти послѣдніе никакой льготы раздѣла (*beneficium divisionis*) не имѣютъ¹⁾. Такимъ образомъ вплоть до самаго исполненія обязательства всѣ должники остаются обязанными передъ кредиторомъ, и одно предъявленіе иска этого отношенія не прерываетъ. Если же происходитъ дѣйствительное исполненіе обязательства однимъ изъ должниковъ, то этимъ освобождаются и всѣ остальные должники: всякія ихъ отношенія къ вѣрителю прекращаются²⁾.

Дѣйствительному исполненію приравняются по своему значенію какъ по французскому, такъ и по германскому праву *in solutum datio, novatio, compensatio* и *acsertilatio*. Нужно только замѣтить слѣдующее. Замѣна одной вещи другою пригодна для погашенія обязательства лишь при согласіи кредитора на эту замѣну³⁾. Новация освобождаетъ совершенно только тѣхъ должниковъ, которые остаются отъ нея въ сторонѣ, т. е. не являются должниками въ новомъ, замѣняющемъ прежнее, обязательствѣ⁴⁾. Компенсация только тогда можетъ прекратить обязательство совершенно, когда сумма требованія совпадаетъ съ суммой долга, а иначе долгъ компенсацией только уменьшается, а не погашается. Во всякомъ случаѣ „солидарный должникъ не можетъ ссылаться на зачетъ того, что кредиторъ долженъ его содолжнику”⁵⁾. Наконецъ, сложеніе долга прекращаетъ все обя-

¹⁾ Ст. 1203, 1204 К. Н. Проектъ, ст. 183. Прибалт. Сводъ, ст. 3345, но см. и ст. 3350. Общегерманское уложеніе, ст. 421. Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 163.

²⁾ Ст. 1200 К. Н. Проектъ, ст. 186. Прибалт. Сводъ, ст. 3339. Общегерман. уложеніе, ст. 422. Швейцар. союзн. законъ, ст. 166.

³⁾ Ст. 1243 К. Н.; ст. 186 Проекта.

⁴⁾ Ст. 1281 К. Н.; ст. 188 Проекта; ст. 3354 прибалт. Свода.

⁵⁾ Ст. 1294 п. 3 К. Н.; ст. 186 и сл. Проекта; прибалтійскій Сводъ, ст. 3346; Общегерманское уложеніе, ст. 422.

зательственное отношеніе и освобождаетъ всѣхъ должниковъ, если при этомъ не сдѣлано противныхъ тому оговорокъ. Ст. 1285 К. Н.¹⁾. По остзейскому же праву (ст. 3347) и по Проекту (ст. 188), наоборотъ, освобожденіе остальныхъ должниковъ не предполагается, а должно быть прямо обусловлено. Кажется, это и правильнѣе: разъ установленное отношеніе требуетъ прямой отмѣны для своего прекращенія.

Если вещь погибаетъ по винѣ одного изъ должниковъ, то остальные не освобождаются отъ обязанности уплатить кредитору цѣну вещи. Равнымъ образомъ, если только хотя бы одинъ изъ должниковъ поставленъ въ просрочку, и затѣмъ вещь погибаетъ случайно, то остальные должники также не освобождаются отъ обязанности уплатить кредитору цѣну вещи. Что же касается вреда и убытковъ, то они ложатся только на того, кто поставленъ въ просрочку, или на того, по чьей винѣ вещь погибла. Ст. 1205 К. Н.²⁾.

2) По ст. 1206 К. Н. „Взысканіе, обращенное на одного изъ солидарныхъ должниковъ, прерываетъ давность по отношенію ко всѣмъ”. И по ст. 2249 К. Н. „Обращеніе взысканія ... на одного изъ солидарныхъ должниковъ, или его собственное признаніе прерываетъ давность по отношенію ко всѣмъ прочимъ, и даже ихъ наследникамъ”. Такъ и по остзейскому праву (Сводъ, ст. 3353). По Общегерманскому уложенію, наоборотъ, перерывъ и пріостановка давности служитъ на пользу или во вредъ только для даннаго должника (ст. 425). Этому послѣднему образцу слѣдуетъ и нашъ Проектъ (ст. 190) на томъ правильномъ основаніи, что, во 1-хъ, обязательства отдѣльныхъ должниковъ могутъ быть даны какъ на различныхъ условіяхъ, такъ и съ различ-

¹⁾ Общегерманское уложеніе, ст. 423.

²⁾ Прибалт. Сводъ, ст. 3352. Общегерман. уложеніе, ст. 425.

ными сроками; во 2-хъ,—даже и при единствѣ срока онъ можетъ измѣниться для того или другого должника въ случаяхъ пріостановленія давности; объединеніе всего этого было бы искусственнымъ и не соотвѣтствовало бы дѣйствительности съ ея индивидуальными потребностями.

3) По ст. 1207 К. Н. „Искъ о процентахъ, предъявленный къ одному изъ солидарныхъ должниковъ, имѣетъ послѣдствіемъ теченіе процентовъ по отношенію ко всѣмъ“. Здѣсь имѣются въ виду проценты за промедленіе (*morae*). По этому вопросу Общегерманское уложеніе опять дѣлаетъ отступленіе, отрицая его общее значеніе (ст. 425).

4) Отводы и возраженія или эксцепціи, имѣющія отношеніе ко всему обязательству, хотя бы они были сдѣланы и однимъ изъ должниковъ, оказываютъ одинаковое дѣйствіе и на положеніе остальныхъ должниковъ относительно вѣрителя. Таковы возраженія и указанія, напр., на несоблюденіе формы, на незаконность или невозможность содержанія сдѣлки, на сроки и условія, не позволяющія пока требовать исполненія,—на давность, гибель вещи, на сложеніе долга, новацію или компенсацію, которыми обязательство уже прекращено въ цѣломъ объемѣ и т. п. Все это—*exceptiones in rem*. Поскольку же возраженія принадлежатъ лично одному только данному должнику (*personae cohaerentes*), они общаго дѣйствія не оказываютъ. Если же, наконецъ, возраженія принадлежатъ лично другимъ содолжникамъ, а не данному должнику, то онъ ихъ даже и предъявлять не можетъ. Ст. 1208 К. Н.; ст. 182 Проекта.

Во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ обнаруживается единство и цѣльность солидарныхъ обязательствъ, несмотря на естественную дѣлимость объекта и множественность лицъ.

Теперь переходимъ къ другому ряду дѣйствій, которыя оказываютъ вліяніе на отношенія не всѣхъ должни-

ковъ къ кредитору, а только тѣхъ, которые принимали въ этихъ дѣйствіяхъ участіе. Здѣсь мы встрѣтимся съ нѣкоторыми явленіями распадёнія единства солидарныхъ обязательствъ.

1) Вѣритель можетъ, при желаніи, согласиться на полученіе отъ одного или нѣсколькихъ (лишь бы не отъ всѣхъ) должниковъ части всей должной суммы. Здѣсь имѣетъ мѣсто раздѣленіе долга на части, но только не для всѣхъ должниковъ, а лишь для одного или для нѣсколькихъ изъ нихъ. Это—первый примѣръ нарушенія принципа цѣльности солидарныхъ обязательствъ. Объясняется онъ правомъ cadaго свободно распоряжаться своимъ имуществомъ. Солидарность по отношенію къ остальнымъ должникамъ сохраняется въ такихъ случаяхъ въ полной силѣ; общаго дѣйствія здѣсь нѣтъ¹⁾. По отношенію же къ данному должнику солидарность сохраняется только тогда, когда она, при полученіи части долга, положительно выговорена. Во всякомъ случаѣ остальные отвѣчаютъ уже за вычетомъ полученной кредиторомъ части²⁾.

2) Такое же частичное дѣйствіе имѣетъ и полное сложеніе или прощеніе долга, сдѣланное по отношенію не ко всѣмъ должникамъ, а именно и только лишь къ одному или нѣсколькимъ изъ нихъ. Остальные остаются обязанными по прежнему.

3) По ст. 1209 К. Н. „Если одинъ изъ должниковъ сдѣлается единственнымъ наслѣдникомъ кредитора, или если кредиторъ сдѣлается единственнымъ наслѣдникомъ одного изъ должниковъ, то такое совпаденіе погашаетъ солидарное обязательство только въ части и долѣ должника или кредитора“. Это такъ наз. *confusio*. Общаго дѣйствія и здѣсь нѣтъ. Проектъ, ст. 189.

¹⁾ Ст. 1210, 1211 К. Н. Проектъ, ст. 183. Прибалт. Сводъ, ст. 3345.

²⁾ См. и ст. 1212 К. Н.

4) Не на всѣхъ должниковъ вліяетъ и смерть одного изъ нихъ; она касается только наслѣдниковъ умершаго должника. Именно, если у умершаго должника остается одинъ наслѣдникъ, то онъ, по общему правилу наслѣдованія, и вступаетъ во всѣ права и обязанности наслѣдодателя цѣликомъ, становится на его мѣсто, и, слѣдовательно, всѣ отношенія остаются безъ перемѣны. Если же наслѣдниковъ нѣсколько, то размѣръ ихъ отвѣтственности уменьшается пропорціонально ихъ наслѣдственнымъ долямъ. Напр., сумма всего долга 300 рублей; умираетъ одинъ изъ солидарныхъ должниковъ и оставляетъ трехъ наслѣдниковъ; каждый изъ нихъ отвѣчаетъ въ размѣрѣ лишь 100 р., и потому кредиторъ долженъ предъявить искъ ко всѣмъ тремъ наслѣдникамъ; только тогда онъ получитъ съ нихъ всю сумму долга ¹⁾. При долеомъ же обязательствѣ на наслѣдниковъ перешла бы только доля наслѣдодателя, а не вся сумма долга.

5) Эксцепціи, принадлежащія только одному данному должнику, къ которому кредиторъ обратился съ требованіемъ, не вліяютъ совсѣмъ на положеніе остальныхъ должниковъ. Напр., на искъ кредитора должникъ отвѣчаетъ, что онъ, отвѣтчикъ, былъ несовершеннолѣтнимъ при заключеніи обязательства, или что не наступилъ еще срокъ или условіе, предоставленные только ему, отвѣтчику, по ст. 1201 К. Н. Всѣ такіе возраженія могутъ отклонить искъ кредитора только отъ даннаго должника, но не отъ остальныхъ ²⁾.

Наконецъ, нашъ Проектъ гражданскаго уложенія отмѣчаетъ особо, что „судебное рѣшеніе, состоявшееся по спору вѣрителя съ однимъ изъ совокупныхъ должниковъ, не имѣетъ силы для остальныхъ” (ст. 191).

Это и правильно: всѣ указанные выше обстоятель-

¹⁾ Ст. 2249 К. Н.; Проектъ, ст. 184.

²⁾ Проектъ, ст. 182.

ства имѣютъ личное значеніе для отдѣльныхъ должниковъ, а не общее для всего обязательства.

d. Вліяніе пассивной солидарности на взаимныя отношенія между должниками. Что касается взаимныхъ отношеній должниковъ между собою, то здѣсь возникаетъ важный вопросъ о регрессѣ: имѣетъ ли право должникъ, уплатившій весь долгъ, требовать уравнительнаго расчета отъ остальныхъ должниковъ, которыхъ онъ освободилъ своей уплатой отъ обязательства? Рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ тѣхъ отношеній, которыя существуютъ между содолжниками. Въ видѣ общаго правила Кодексъ Наполеона отвѣчаетъ на этотъ вопросъ утвердительно. Ст. 1213 К. Н. говорить: „Обязательство, заключенное солидарно по отношенію къ кредитору, дѣлится, въ силу самаго закона, между должниками, которые между собою подлежатъ отвѣтственности каждый только за свою часть и долю”. Но это правило далеко не безусловно: во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство заключается нѣсколькими лицами хотя и солидарно, но лишь для одного изъ нихъ, этотъ послѣдній, исполнивши обязательство даже цѣликомъ, никакого права на регрессъ не имѣетъ; его компаньоны являются по существу только поручителями, а не содолжниками ¹⁾.

Вообще внутреннія взаимныя отношенія должниковъ между собою, дающія право на регрессъ, могутъ состоять въ поручительствѣ, въ порученіи (*mandatum*), въ товариществѣ и т. п. И вотъ, если уплатившій былъ только поручителемъ, то онъ можетъ требовать возвращенія всей суммы отъ дѣйствительнаго должника ²⁾. Если, да- лѣе, должникъ, уплатившій весь долгъ, былъ повѣреннымъ другого и потому принялъ на себя долгъ солидар-

¹⁾ Ст. 1216 К. Н. Проектъ, ст. 192. Прибалт. Сводъ, ст. 3348.

²⁾ Ст. 1216 К. Н.

но, то онъ также имѣетъ право требовать возвращенія всей суммы съ процентами, считая со дня ея уплаты. Ст. 2001 К. Н. При отношеніяхъ же товарищества и вообще при общности интересовъ, должникъ, произведшій уплату, можетъ съ cadaго сотоварища требовать только ту часть, какая съ него причитается, не больше. Если одинъ изъ содолжниковъ впадаетъ въ несостоятельность, то его доля распредѣляется между остальными содолжниками, не исключая и произведшаго уплату. Ст. 1214 К. Н. Наконецъ, должникъ, произведшій уплату сполна, можетъ вступить въ права кредитора и съ этой новой позиціи потребовать уравнительнаго расчета. Эта позиція выгодна тѣмъ, что она даетъ уплатившему всѣ тѣ преимущества, которыми пользовался самъ кредиторъ, напр., ипотечное обезпеченіе долга. Ст. 1251 К. Н.

II. Солидарность активная.

Этотъ видъ солидарности встрѣчается рѣже и имѣетъ меньше значенія, чѣмъ солидарность пассивная. 1 ч. X т. Св. зак. совсѣмъ даже и не упоминаетъ объ активной солидарности. Въ Кодексъ Наполеона ей посвящено всего три статьи. Плянйоль называетъ ее институтомъ мертвымъ¹⁾.

Активная солидарность можетъ быть выгодна для кредиторовъ: нѣсколько кредиторовъ скорѣе добьются исполненія обязательства, чѣмъ одинъ. Но за то, съ другой стороны, при активной солидарности, всѣ кредиторы ставятся въ зависимость отъ честности того изъ нихъ, который получилъ уплату всего долга. Затѣмъ активная солидарность можетъ быть полезной и для должника: ему легче уплатить одному изъ многихъ кредиторовъ, чѣмъ одному и единственному. Но въ общемъ всѣ эти выгоды и интересы весьма незначительны. Можетъ быть,

¹⁾ Курсъ, ч. I, № 725.

именно этимъ и объясняется то обстоятельство, что источникомъ активной солидарности бываетъ только воля сторонъ (договоръ и завѣщаніе); законъ же самъ никогда не устанавливаетъ активной солидарности. Однако по Проекту возможно и это (ст. 194).

При активной солидарности каждый изъ кредиторовъ можетъ требовать отъ должника полного удовлетворенія по обязательству (ст. 1197 К. Н.), и такъ какъ это его право, а не обязанность, то онъ можетъ потребовать и частичной уплаты долга. Пока ни одинъ изъ кредиторовъ не предъявитъ иска объ исполненіи, должникъ можетъ по собственному выбору произвести уплату тому изъ нихъ, кому онъ пожелаетъ. Послѣ же вѣдѣнія иска должникъ выбора уже не имѣетъ. Ст. 1198 К. Н.; ст. 195 Проекта. А Общегерманское уложеніе не стѣсняетъ должника въ выборѣ и послѣ предъявленія иска (ст. 428).

Затѣмъ къ активной солидарности соотвѣтственно относятся и примѣняются тѣ же правила и положенія, которыя рассмотрѣны выше относительно солидарности пассивной¹⁾. Есть и отступленія, но ихъ не много.

Такъ, прежде всего, какъ уже говорилось и выше, удовлетвореніе, полученное однимъ изъ сокредиторовъ, погашаетъ все обязательство цѣликомъ²⁾. Такое же общее или объективное вліяніе имѣютъ *datio in solutum*, а также и зачетъ при указанныхъ выше условіяхъ. Одинаковыя правила примѣняются при поставленіи въ просрочку, при переходѣ солидарнаго требованія по наслѣдству въ случаѣ смерти одного изъ кредиторовъ и т. п. Особенность есть только относительно перерыва давности и ея пріостановленія: только перерывъ давности распространяется на всѣхъ сокредиторовъ³⁾, а пріоста-

¹⁾ Проектъ, ст. 196.

²⁾ Ст. 1197 К. Н.

³⁾ Ст. 1199 К. Н.

новленіе ея, какъ вытекающее всегда изъ личныхъ качествъ каждаго отдѣльнаго кредитора, имѣетъ значеніе только для того, изъ-за кого она приостановилась. По Проекту это опять иначе (ст. 190, 196).

Съ другой стороны, такія обстоятельства, какъ совпаденіе или *confusio*, пороки сдѣлки относительно лишь одного изъ кредиторовъ и т. п., и здѣсь оказываютъ вліяніе только на затронутыхъ ими лицъ, а не на всѣхъ сокредиторовъ. Но и здѣсь опять есть особенность: сложеніе долга, сдѣланное однимъ изъ кредиторовъ, освобождаетъ должника только относительно той части, которая принадлежитъ этому кредитору. Ст. 1198 К. Н. Взаимныя отношенія между сокредиторами, по поводу получаемого однимъ изъ нихъ удовлетворенія, опредѣляются, въ видѣ общаго правила, также уравнительнымъ расчетомъ¹⁾. Таковы тѣ немногія положенія и исключенія, которыя относятся къ активной солидарности.

§ 6. Обязательства родовыя и видовыя.

Дѣйствія, какъ непосредственные объекты обязательствъ, и вещи, какъ объекты дальнѣйшіе, могутъ быть опредѣляемы различно: 1) или въ своей индивидуальности, такъ что данную вещь нельзя смѣшать съ другими вещами того же рода, и нельзя для исполненія обязательства замѣнить ее другою (напр., такой-то артистъ даетъ уроки пѣнія; покупается такая-то картина такого-то художника), или же — 2) только родомъ, числомъ или мѣрой (напр., рабочіе нанимаются косить сѣно; обязываюсь поставлять тѣ или другіе сѣстные припасы). Здѣсь замѣна вполнѣ возможна, лишь бы не выходить изъ данной категоріи вещей.

По преимуществу это дѣленіе относится къ даль-

¹⁾ Проектъ, ст. 197.

нѣйшимъ объектамъ обязательствъ, къ вещамъ физическимъ, и тогда передъ нами извѣстныя еще со временъ древняго Рима *res in specie* и *res in genere*. Отсюда и два указанныхъ вида обязательствъ.

Тѣмъ, что въ генерическихъ обязательствахъ предметъ опредѣляется общими чертами, которымъ можетъ соответствовать не одна вещь, а множество ихъ, обязательства эти напоминаютъ собою обязательства альтернативныя. Однако сходство это лишь кажущееся. Предметъ простого генерическаго обязательства естественно принадлежитъ только къ одному какому-нибудь роду. Если же предметы и альтернативнаго обязательства берутся изъ одного и того же рода, то они должны быть непременно обозначены индивидуально (напр., дарю тебѣ собаку „Бой” или собаку „Каштанъ”; нельзя обязаться подарить вообще одну собаку или вообще же другую собаку; тогда просто было бы сказано: дарю тебѣ собаку). Итакъ, сходства нѣтъ. Далѣе, и для генерическаго обязательства можетъ быть взято нѣсколько предметовъ изъ различныхъ родовъ; то же самое возможно и для обязательствъ альтернативныхъ и при томъ уже безъ индивидуальнаго опредѣленія этихъ предметовъ. Напр., сто пудовъ пшеницы и сто бутылокъ вина; сто пудовъ пшеницы или сто бутылокъ вина. Здѣсь передъ нами два генерическихъ обязательства, но первое изъ нихъ сложное, а второе альтернативное. Сходства опять нѣтъ.

Здѣсь мы видимъ, между прочимъ, что въ одномъ и томъ же обязательствѣ можетъ имѣть мѣсто и генеричность, и альтернативность, какъ тѣ и другія обязательства могутъ быть простыми и сложными, положительными и отрицательными. Только факультативность и альтернативность, генеричность и индивидуальная опредѣленность исключаютъ другъ друга.

Далѣе, каждое родовое обязательство превращается въ концѣ концовъ въ видовое (индивидуально-опредѣлен-

ное), концентрируясь на определенномъ дѣйстви или вещи; но только концентрація эта совершается не совсѣмъ такъ, какъ въ обязательствахъ альтернативныхъ: выборъ дѣйствія или вещи для исполненія генерического обязательства, въ отличіе отъ обязательствъ альтернативныхъ, всегда принадлежитъ должнику.

При этомъ въ законѣ указывается, что должникъ, выбирая вещь для исполненія, не обязанъ дать вещь наилучшую, но не можетъ освободиться и предоставленіемъ вещи наихудшей: она должна быть среднихъ качествъ (ст. 1246 К. Н.; ст. 101 Проекта).

Такова характеристика обязательствъ родовыхъ и ихъ отличіе отъ обязательствъ видовыхъ и альтернативныхъ.

Каковы же юридическія свойства видовыхъ и родовыхъ обязательствъ?

По сдѣлкамъ купли-продажи, даренія и мѣны, когда объектами ихъ являются движимыя *res in specie*, право собственности и рискъ гибели вещи переходятъ къ пріобрѣтателю уже въ моментъ заключенія договора (какъ это отмѣчено выше, въ § 1). Таково новшество Кодекса Наполеона по сравненію съ римскимъ и германскимъ правомъ, по которымъ *traditionibus... non nudis pactis dominia rerum transferuntur*. При вещахъ же генерическихъ нужна для этого по прежнему передача, потому что установленіе вещныхъ правъ, по самой природѣ своей, возможно только относительно вещей индивидуально-определенныхъ (нельзя пріобрѣсти въ собственность или получить въ закладъ лошадь вообще; для этого пригодна только какая-нибудь определенная лошадь).

Указанное различіе, кромѣ своего собственнаго юридическаго значенія, служитъ еще для разграниченія сдѣлокъ купли-продажи (предметъ *res in specie*) и поставки (предметъ *res in genere*). Каждая изъ нихъ имѣетъ свои особенности. Напр., только къ первой относится ст. 1599

К. Н., по которой продажа чужихъ вещей не дѣйствительна.

Такъ это, по моему мнѣнію, и по 1 ч. X т. Св. зак. Господствующее же въ литературѣ мнѣніе считаетъ традицію во всякомъ случаѣ необходимой и по русскому праву, а Сенатъ во многихъ рѣшеніяхъ высказывался за французскую систему у насъ. Напр., рѣшеніе 1879 г. № 283. Римско-германскую традицію предпочитаетъ и Проектъ гражданского уложенія (ст. 839 въ ред. 1905 г.).

Наконецъ, различіе между родовыми и видовыми обязательствами состоитъ въ томъ, что правило о прекращеніи обязательствъ вслѣдствіе гибели вещи относится только къ обязательствамъ, гласящимъ на *res in specie*, потому что родъ погибнуть не можетъ, *genus non perit* (таковы, напр., особенно деньги). Впрочемъ, это послѣднее правило не имѣетъ абсолютнаго значенія. Во 1-хъ, хотя и рѣдко, но бываютъ случаи гибели цѣлаго рода; напр., погашаются всѣ акціи какого-нибудь общества или предпріятія вслѣдствіе закрытія его; запрещается вывозъ за границу хлѣба въ зернѣ и т. п. Во 2-хъ, родъ можетъ фигурировать въ обязательствахъ не только въ видѣ неограниченномъ (сто пудовъ пшеницы, сто бутылокъ вина), но и въ видѣ ограниченномъ (сто пудовъ пшеницы изъ такого-то склада, сто бутылокъ вина такихъ-то садовъ и непременно изъ такого-то погреба). Такой ограниченный *genus* погибнуть, конечно, можетъ (складъ сгорѣлъ; вино все распродано).

§ 7. Особые виды родовыхъ обязательствъ: обязательства денежныя и процентныя.

А. Особой разновидностью родовыхъ обязательствъ являются прежде всего обязательства денежныя.

Нужно только имѣть въ виду, что деньги могутъ фигурировать въ обязательствахъ и въ качествѣ *res in spe-*

сіе, напр., при отдачѣ на сохраненіе кредитныхъ билетовъ съ обозначеніемъ ихъ достоинства, номеровъ и серій, когда возвращенію подлежитъ не *tantundem*, а *idem*, т. е. тѣ самые экземпляры. Кромѣ того, деньги могутъ еще фигурировать въ качествѣ товара; напр., въ Россіи покупаютъ 20 французскихъ луидоровъ. Въ обоихъ этихъ случаяхъ деньги играютъ не свою специальную роль.

Специально денежными называются такія обязательства, въ которыхъ деньги выступаютъ въ качествѣ мѣрила цѣнностей (не только заемъ).

И вотъ, въ этомъ своемъ качествѣ деньги имѣютъ нѣкоторыя особыя свойства, которыя отличаютъ ихъ отъ прочихъ генерическихъ вещей, а это отражается и на обязательствахъ.

Такъ, во 1-хъ, если какой-нибудь родъ вещей и можетъ погибнуть, то деньги, какъ *res in genere*, не погибаютъ никогда. Поэтому здѣсь можетъ наступить невозможность платежа только субъективная, а не объективная. При этомъ—въ случаяхъ чрезвычайныхъ (война, эпидемія и т. п.) государство собственной властью можетъ дать всѣмъ должникамъ общую отсрочку платежей (*moratorium*); въ случаяхъ же чисто личныхъ затрудненій можетъ наступить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ или несостоятельность, банкротство, съ ихъ особыми послѣдствіями, или судебное разрѣшеніе платить долгъ по частямъ¹⁾ во исключеніе изъ того общаго указаннаго выше правила, по которому должникъ не можетъ принудить кредитора принимать долгъ по частямъ.

Во 2-хъ, денежные обязательства, какъ носящія въ самихъ себѣ всю свою цѣнность, болѣе другихъ способны къ переходамъ изъ рукъ въ руки, отъ одного кредитора къ другому, путемъ цессіи.

¹⁾ Ст. 136 Устава гражд. судопр.; ст. 1244 К. Н.

Въ 3-хъ, предметъ денежныхъ обязательствъ никогда не измѣняется, не переходитъ во что-либо другое; это всегда—опредѣленная сумма денегъ; это такъ при заключеніи обязательства; такъ это и при исполненіи его добровольномъ или принудительномъ. Во всѣхъ же другихъ обязательствахъ, хотя бы и генерическихъ, каковъ бы ни былъ предметъ, онъ можетъ не удержать своей особенности и превратиться въ концѣ концовъ въ обязательство денежное, напр., когда вещь погибаетъ по винѣ должника¹⁾.

Въ 4-хъ, тогда какъ исполненіе всѣхъ генерическихъ обязательствъ должно происходить, если договоромъ не постановлено иначе, въ мѣстѣ жительства должника, а когда объектъ *res in specie*, то въ мѣстѣ нахожденія этой вещи,—въ обязательствахъ денежныхъ платежей долженъ быть предложенъ и совершенъ въ мѣстѣ жительства кредитора²⁾.

Въ 5-хъ, не смотря на свое универсальное и космополитическое значеніе общаго мѣрила цѣнностей, деньги въ то же время подлежатъ и особымъ, только имъ специально свойственнымъ, ограниченіямъ по своей національности. Дѣло въ томъ, что обыкновенно каждое государство имѣетъ свою особую денежную систему, такъ что деньги cadaго государства имѣютъ полное дѣйствіе только въ своемъ отечествѣ; за предѣлами же своего отечества деньги утрачиваютъ нѣкоторую часть своихъ специфическихъ функцій, и потому приходится различать сдѣлки на внутреннюю денежную единицу и сдѣлки на иностранную денежную единицу, такъ какъ правила для тѣхъ и другихъ различны. Такимъ образомъ всѣ другія *res in genere* (пшеница, скотъ, строевой лѣсъ,

¹⁾ Ст. 1136, 1142 К. Н.; ст. 570, 693 г. ч. X т. Св. зак.

²⁾ Ст. 1247, 1257 К. Н.; для русскаго права—то же правило въ рѣшеніи Сената 1875 г. № 835. Такъ и по Проекту (ст. 90). Ср. ст. 3496 и примѣчаніе къ ст. 3493 прибалт. Свода.

сахаръ и т. п.), при переходѣ черезъ границу отечества, не измѣняютъ своихъ качествъ, какъ объекты обязательствъ; деньги же претерпѣваютъ извѣстные измѣненія.

Наконецъ, въ 6-хъ, даже и внутри своего отечества, отдѣльные денежные знаки въ извѣстныхъ случаяхъ имѣютъ неполную денежную силу. Именно, въ Россіи разнѣнная или билонная монета обязательна къ приему частными лицами только въ суммѣ до трехъ рублей (ст. 20 Устава Монетнаго, Св. зак., т. VII), а полноцѣнная серебряная монета—на сумму не свыше 25 рублей. Аналогичныя ограниченія имѣютъ мѣсто и въ другихъ странахъ¹⁾. Эти ограниченія, конечно, не дѣйствительны противъ правительства: казна обязана принимать всякую ею же созданную монету на всякія суммы. Этотъ послѣдній видъ ограниченій, опять свойственный только деньгамъ, къ другимъ генерическимъ вещамъ не относится.

Разсмотримъ теперь обязательства на внутреннюю денежную единицу и на иностранную денежную единицу.

а. Здѣсь необходимо прежде всего замѣтить, что 1 ч. X т. Св. зак. требуетъ, чтобы всѣ внутреннія сдѣлки совершались „на Россійскую монету”. Ст. 1540 и 2013. Однако это требованіе не имѣетъ абсолютнаго характера: та же самая 1 ч. X т. въ ст. 1542 разрѣшаетъ счетъ на иностранную золотую и серебряную монету высокой пробы. Поэтому и Сенатъ совершенно правильно признаетъ, что нарушеніе указаннаго предписанія не влечетъ за собою недействительности сдѣлокъ²⁾. Во всякомъ случаѣ здѣсь мы будемъ имѣть въ виду только такія денежные обязательства, которыя гласятъ (написаны) на русскую денежную единицу, т. е. на рубль.

Первое правило исполненія этихъ обязательствъ состоитъ въ томъ, что платить надо по нарицательной

¹⁾ Относительно Франціи см. Плянйоль, Курсъ, ч. I, № 421.

²⁾ Рѣшеніе 1888 г. № 37.

цѣнѣ денегъ, а не по металлической и не по курсовой. Такъ постановляетъ Кодексъ Наполеона въ 1 части 1895 статьи. Вторая же часть ея идетъ слишкомъ далеко: „Если до наступленія срока платежа послѣдовало увеличеніе или уменьшеніе цѣнности денежныхъ знаковъ, то должникъ обязанъ отдать только взятую въ заемъ числовую сумму, и при томъ монетою, находящеюся въ обращеніи во время платежа”.

Однако, когда въ самомъ концѣ прошлаго столѣтія въ Россіи была произведена денежная реформа, при которой 5-рублевые полуимперіалы и 10-рублевые имперіалы были замѣнены монетами въ 7 р. 50 к. и въ 15 р., т. е. были низведены до потерявшихъ одну треть стоимости бумажныхъ денегъ,—было постановлено для всей Россійской Имперіи обратное правило: „По общественнымъ и частнымъ займамъ, обязательствамъ и сдѣлкамъ, которые до 7 іюня 1899 года были заключены на золотую монету, содержащую десять рублей въ имперіалѣ, сумма капитала и платежей исчисляется по расчету одного рубля пятидесяти копѣекъ за металлическій рубль или рубль золотомъ” (примѣчаніе 1 къ ст. 1540 1 ч. X т. Св. зак.). Такъ въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ дѣлаются отступленія отъ общихъ правилъ.

Второе правило платежей состоитъ въ томъ, что платить можно всякими денежными знаками, признанными внутри государства, насколько приемъ ихъ не ограниченъ для частныхъ лицъ (см. выше: билонная монета до 3 р. и серебряная до 25 руб.). Но договаривающимся сторонамъ предоставляется опредѣлить родъ денежныхъ знаковъ по своему усмотрѣнію, и тогда уже должникъ обязанъ платить именно указанными въ договорѣ денежными знаками. Ст. 143 Торговаго Кодекса говоритъ: „Платежъ по переводному векселю производится тою монетою, какая въ немъ указана”.

Здѣсь же возникаетъ и дальнѣйшій вопросъ: можно ли по обязательствамъ на внутреннюю денежную единицу

платить иностранными деньгами? Въ виду запрещенія производить счетъ на иностранную валюту при внутреннихъ сдѣлкахъ, произвести такой платежъ по своему единоличному желанію должникъ не можетъ, такъ какъ кредиторъ имѣетъ право истребовать платежа русскими деньгами. По ст. 46 Устава о векселяхъ 1902 года „Векселедержатель въ правѣ требовать платежа по векселю лишь въ деньгахъ, имѣющихъ обязательное обращеніе”. Но и здѣсь платежъ иностранной монетой можетъ быть допущенъ, если обѣ стороны, кредиторъ и должникъ, этого пожелаютъ. Ст. 1542 1-й части X т.: „Счетъ на иностранную монету во всѣхъ внутреннихъ сдѣлкахъ вовсе воспрещается; впрочемъ, иностранная золотая монета, равно какъ и иностранная серебряная монета высокой пробы... можетъ быть употребляема при внутреннихъ платежахъ, если на сіе будетъ согласіе плательщика и того, кто платежъ принимаетъ, но не иначе, какъ по установленнымъ курсу и цѣнности”¹⁾.

б. При обязательствахъ на иностранную денежную валюту (1000 франковъ; 100 нѣмецкихъ марокъ и т. п.) возможно одно изъ двухъ.

1) Стороны не сдѣлали особаго указанія, что платежъ долженъ быть произведенъ именно тѣми деньгами, на которыя гласитъ обязательство.

Здѣсь въ свою очередь надо различать.

а) Дѣйствительная уплата по такому обязательству происходитъ именно въ томъ государствѣ, на чью денежную единицу обязательство гласитъ. Напримѣръ, обязательство гласитъ на 100 марокъ и уплачивается въ Германіи; обязательство на 100 франковъ оплачивается во Франціи и т. п. Здѣсь правила тѣ же, что и для выше разсмотрѣнныхъ обязательствъ на внутреннюю денежную единицу: уплата производится по нарицательной

¹⁾ Ср. Проектъ, ст. 102.

цѣнѣ; она можетъ быть произведена всякими знаками данной денежной системы, поскольку они обязательны для приѣма частными лицами и поскольку не было указанія сторонъ, какими именно знаками данной системы должна быть произведена уплата.

б) Дѣйствительная уплата по такому обязательству происходитъ не въ томъ государствѣ, на чьи деньги обязательство гласитъ. Напримѣръ, обязательство въ 100 марокъ оплачивается во Франціи или въ Россіи. Въ этихъ случаяхъ уплата будетъ произведена не тѣми деньгами, на какія гласитъ обязательство, а тѣми, которыя имѣютъ обязательное обращеніе въ мѣстѣ платежа. Въ частности всѣ обязательства на иностранную валюту, предъявленные ко взысканію въ Россіи, должны быть оплачены русскими деньгами. Такъ какъ при этомъ приходится цѣнность однихъ денегъ опредѣлять цѣнностью другихъ денегъ, то уплата производится такимъ образомъ по курсу мѣста платежа. Именно, Уставъ о векселяхъ 1902 года принимаетъ при этомъ курсъ предшествовавшего дѣлового дня. Ст. 46: „По векселю, писанному за границею въ иностранной валютѣ съ платежемъ въ Имперіи, а равно по векселю, писанному въ Имперіи съ платежемъ за границею, при предъявленіи такихъ векселей къ платежу въ Имперіи, вексельная сумма исчисляется на русскія деньги по курсу, указанному въ векселѣ, а при отсутствіи такого указанія—по курсу мѣста платежа согласно порядку, принятому для исчисленія вексельнаго курса въ семъ мѣстѣ или на ближайшей биржѣ. При исчисленіи курса принимается курсъ ближайшаго предшествовавшего непаздничнаго дня”¹⁾.

2) Стороны сдѣлали особое указаніе, что платежъ, гдѣ бы онъ ни производился, долженъ быть произведенъ именно такими деньгами, какими обозначена сумма

¹⁾ Проектъ, ст. 102.

обязательства. Такое соглашение вполне возможно, такъ какъ оно не запрещается закономъ, а потому оно и должно быть исполнено въ точности сторонами. Мѣсто исполненія здѣсь безразлично: денежная единица отъ этого не мѣняется, Уплата производится по нарицательной цѣнѣ. И здѣсь, кромѣ указанія денежной единицы, можетъ быть указанъ и сортъ денегъ избранной системы (золотомъ, серебромъ или кредитными билетами).

В. Свои особенности имѣютъ и обязательства процентныя. Обыкновенно и большею частью понятіе процентовъ примѣняется къ обязательствамъ денежнымъ и именно къ займамъ; это типическій и наиболѣе характерный ихъ видъ. Однако необходимо имѣть въ виду, что денежные проценты являются не единственнымъ видомъ процентовъ: проценты могутъ исчисляться и съ другихъ замѣнимыхъ вещей. По ст. 1905 К. Н. „При займѣ какъ денегъ, такъ и жизненныхъ припасовъ и другихъ движимыхъ вещей, дозволяется договариваться о процентахъ”. Такъ это и по русскому праву, хотя примѣчаніе къ ст. 2013 1 ч. X т. Св. зак. и говоритъ только о Закавказьи ¹⁾.

Понятіе процентовъ слагается изъ слѣдующихъ положительныхъ признаковъ:

1) предполагается пользованіе полученными въ собственность чужими движимыми и замѣнимыми вещами, которыя подлежатъ возврату не въ своей индивидуальности, а въ такомъ же количествѣ такого же качества (не *idem*, а *tantundem ejusdem qualitatis*);

2) за это пользованіе должникъ производитъ кредитору періодическіе платежи такими же самыми вещами, какими онъ пользуется;

¹⁾ Таково рѣшеніе Сената 1892 г. № 38. См. еще ст. 434 Устава Торговаго. Ср. взгляды Побѣдоносцева, Курсъ, III, 1896, стр. 337, 344 и Шершеневича, Учебникъ, 1910, стр. 501. Такъ же это по остзейскому праву (Сводъ, ст. 3641), по Общегерманскому уложенію (ст. 607) и по Проекту (ст. 372).

3) количество этихъ періодически передаваемыхъ кредитору вещей строго и точно опредѣленное; оно исчисляется со ста ¹⁾.

Кромѣ этихъ положительныхъ, есть еще и отрицательныя черты процентовъ. Чтѣ напоминаетъ собою проценты, но въ то же время отъ нихъ отличается?

Такова прежде всего рента. Это также періодическіе опредѣленные платежи, но только исключительно деньгами; исчисляются они также со ста. Но отъ процентовъ рента отличается тѣмъ, что при ней капиталъ, отданный должнику, не возвращается обратно кредитору. Кодексъ Наполеона, впрочемъ, и рентные платежи причисляетъ къ процентамъ, считая возвращеніе капитала признакомъ вовсе несущественнымъ. По ст. 1909 „Дозволяется заключать обязательства о платежѣ процентовъ съ такого капитала, отъ обратнаго полученія котораго заимодавецъ отказывается. Въ этомъ случаѣ заемъ называется установленіемъ ренты”. Однако эта терминологія Кодекса Наполеона не точна и подражанія не заслуживаетъ: приравнивать рентные взносы къ процентамъ нельзя; тѣ и другіе предполагаютъ слишкомъ различныя отношенія.

Далѣе, отъ процентовъ отличается дивидендъ, какъ доля прибыли, уплачиваемая акціонерными и другими предпріятіями своимъ членамъ. Для сходства съ процентами здѣсь недостаетъ твердо установленнаго размѣра платежей: величина дивиденда постоянно колеблется, доходя даже до нуля, въ зависимости отъ экономическихъ успѣховъ предпріятія.

Не совпадаютъ затѣмъ съ процентами и другія уплаты, которыя кредиторъ получаетъ единовременно: вычеты при передачѣ суммы займа должнику, начеты и пени при окончательномъ расчетѣ и т. п. Для сходства съ процентами здѣсь недостаетъ періодичности.

¹⁾ О значеніи и сущности процентовъ подробно говоритъ прибалт. Сводъ въ ст. 3405—3407.

Наконецъ, отъ процентовъ отличаются и такъ наз. амортизаціонные платежи, хотя ихъ нерѣдко также называютъ процентами. Это такіе платежи, часть которыхъ представляетъ собою дѣйствительные проценты, а другая часть является суммой, идущей на погашеніе (амортизацію) основного долга, такъ что съ теченіемъ времени послѣдній взносъ амортизаціоннаго платежа окончательно погашаетъ все правоотношеніе: не остается больше обязанности платить проценты, но въ то же время нѣтъ уже и долга, который подлежалъ бы возвращенію: онъ погашенъ частичными уплатами. Вотъ это наслоеніе (погашеніе основного капитальнаго долга) и мѣшаетъ признать указанные платежи процентами въ собственномъ смыслѣ этого слова.

Таково понятіе процентовъ съ положительной и отрицательной стороны.

Теперь посмотримъ, въ какомъ отношеніи стоитъ процентное обязательство къ обязательству основному, т. е. направленному на возвращеніе капитала.

Здѣсь, прежде всего, замѣтимъ, что одно существованіе капитальнаго долга, само по себѣ, еще не порождаетъ процентнаго обязательства. Денежныя обязательства всегда процентны только въ торговомъ правѣ. Въ правѣ же гражданскомъ проценты сами собою не подразумеваются. Для ихъ установленія каждый разъ необходимо свое особое основаніе. Такимъ основаніемъ признаются законъ и юридическія сдѣлки, чаще всего—договоры ¹⁾.

Именно, при нѣкоторыхъ денежныхъ обязательствахъ (законъ ихъ точно перечисляетъ, но объ этомъ ниже) законъ самъ устанавливаетъ обязанность платить проценты. При всѣхъ же остальныхъ долгахъ процент-

¹⁾ Ст. 1907 К. Н.; ст. 2021 і ч. X т. Св. зак.; ст. 3408 прибалтійскаго Свода; ст. 103 Проекта.

ное обязательство можетъ возникнуть не иначе, какъ по волѣ самихъ сторонъ.

Разъ возникши по тому или другому основанію, процентное обязательство существуетъ, т. е. проценты текутъ лишь до тѣхъ поръ, пока существуетъ капитальный долгъ; какъ только долгъ погашенъ, прекращается и теченіе процентовъ, а если долгъ признанъ недѣйствительнымъ, то и всѣ полученные раніе проценты подлежатъ возврату. Это указываетъ на акцессорный характеръ процентнаго обязательства.

Эта связь между существованіемъ и прекращеніемъ главнаго долга и процентами доходитъ до того, что законъ съ погашеніемъ долга связываетъ предположеніе объ уплатѣ и процентовъ. Ст. 1908 К. Н.: „Расписка въ полученіи капитала, данная безъ оговорки о процентахъ, влечетъ за собою предположеніе о томъ, что они уплачены, и имѣетъ слѣдствіемъ освобожденіе отъ платежа ихъ” ¹⁾. Въ этомъ предположеніи можно видѣть однако только лишь *praesumptio juris*, а не *juris et de jure*, а потому его можно опровергать доказательствомъ противнаго и такимъ образомъ спасти свое требованіе процентовъ.

Во время же существованія капитальнаго долга проценты и капиталъ образуютъ какъ бы одно сложное обязательство. Это выражается въ слѣдующемъ.

Во 1-хъ, при предъявленіи иска цѣна его опредѣляется суммой капитальнаго долга и процентами, выросшими по день предъявленія иска. Ст. 273 п. 1 Устава гражд. судопроизводства: „Цѣна иска опредѣляется: 1) въ искахъ денежныхъ—суммою капитала съ причисленіемъ отыскиваемыхъ, по день предъявленія иска, процентовъ”. И только проценты текущіе составляютъ дополнительное требованіе, но законъ не ставитъ никакихъ препятствій

¹⁾ Такъ и по Проекту (ст. 105).

для присоединения и этихъ процентовъ къ суммѣ главнаго долга, когда они нарастаютъ во время теченія процесса: это прибавленіе не считается увеличеніемъ или измѣненіемъ требованія. Уставъ гражд. суд., ст. 333, 747.

Во 2-хъ, преимущества, принадлежащія главному долгу, распространяются и на обязательство процентное; таково поручительство ¹⁾.

Съ другой же стороны, основной долгъ и наросшіе проценты имѣютъ и извѣстную самостоятельность.

Такъ, во 1-хъ, искъ о процентахъ можетъ быть предъявленъ и отдѣльно отъ иска о капиталѣ. Искъ о процентахъ даже подлежитъ особой сокращенной давности: пятилѣтней. Ст. 2277 К. Н.

Во 2-хъ, допускается уплата однихъ только наросшихъ процентовъ безъ уплаты долга: это не считается частичнымъ исполненіемъ обязательства. Напротивъ, уплату долга безъ процентовъ кредиторъ можетъ отвергнуть, такъ какъ уплата процентовъ должна предшествовать уплатѣ долга.

Таковы общія положенія относительно процентовъ. Теперь намъ надо разсмотрѣть особенности процентовъ, основанныхъ на законѣ и на юридическихъ сдѣлкахъ.

І. Проценты, устанавливаемые закономъ.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, какъ сказано, самъ законъ устанавливаетъ обязанность платить проценты. Ст. 1907 К. Н. и ст. 2021 1 ч. X т. Св. зак. Размѣръ этихъ процентовъ одинаковъ для Имперіи и для Царства Польскаго, а именно—шесть (та же ст. 2021 1 ч. X т. и Высочайше утвержд. 17 дек. 1885 г. Мнѣніе Госуд. Совѣта). По Общегерманскому уложенію (ст. 246) только четыре, а по нашему Проекту—пять (ст. 103).

Случаи, въ которыхъ законъ устанавливаетъ про-

¹⁾ Ст. 2016 К. Н.; ст. 1560 1 ч. X т. Св. зак.; ст. 1121 Проекта.

центныя обязательства, очень разнообразны и многочисленны. Сюда относятся не только отношенія договорныя, но и отношенія изъ деликтовъ. Всѣ эти случаи точно указываются въ законѣ. Отмѣтимъ нѣкоторые изъ нихъ.

1) Просрочка (тога) въ исполненіи обязательства. По ст. 1153 К. Н. „Въ обязательствахъ, предметъ которыхъ ограничивается платежомъ опредѣленной суммы, вознагражденіе за вредъ и убытки, отъ промедленія въ исполненіи обязательства происходящія, состоитъ лишь въ присужденіи установленныхъ закономъ процентовъ” ¹⁾... Однако, если въ самомъ договорѣ были выговорены проценты по день дѣйствительнаго исполненія, то, даже въ случаѣ просрочки, они не замѣняются законными. Это интересно для сторонъ въ тѣхъ случаяхъ, когда договорные проценты выше или ниже законныхъ: получится разница въ суммѣ платежа. Сюда же относится случай неуплаты товарищемъ обѣщанной суммы денегъ. Ст. 1846 К. Н.: „Товарищъ, который обязался внести въ товарищество опредѣленную денежную сумму и обязательства сего не исполнилъ, дѣлается, по самому закону и безъ всякаго требованія, должникомъ процентовъ съ этой суммы, считая съ того дня, въ который она должна была быть уплачена”. Сюда же относятся случаи невозвращенія поклажи по требованію хозяина. Ст. 1936 К. Н.: „Если вещь, отданная въ поклажу, приносила плоды, и они собраны хранителемъ поклажи, то онъ обязанъ возратить ихъ. Онъ обязанъ платить проценты на отданную ему въ поклажу суммы лишь съ того времени, когда предваренъ былъ о просрочкѣ относительно ихъ возвращенія”.

2) Въ дѣлахъ опекунскихъ, по ст. 459 Гражд. Уло-

¹⁾ Прибалт. Сводъ, ст. 3320, 3668, 3416; Общегерманское уложеніе, ст. 288; Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 119. Нашъ Проектъ, ст. 141.

женія 1825 г. „Сумма, которая бы оказалась слѣдующею съ лица, представляющаго окончательный отчетъ, приращается, по закону, процентами со дня заключенія того отчета. Съ суммы же, слѣдующей опекуну по окончательному отчету, причитаются также проценты со дня предъявленія требованія уплаты по заключеніи отчета”¹⁾.

3) Пользованіе чужими деньгами безъ законнаго на то основанія. Въ такомъ общемъ видѣ рѣшаетъ вопросъ 1 ч. X т. Св. зак. въ ст. 641. По ст. 1996 К. Н. „Повѣренный обязанъ платить проценты съ капиталовъ, въ свою пользу употребленныхъ, съ того времени, когда ими воспользовался, а съ капиталовъ, которые остались за нимъ, съ того дня, когда онъ предваренъ былъ о просрочкѣ”²⁾. По 2 части ст. 1846 К. Н. „То же самое (т. е. обязанность платить законные проценты) относится къ суммамъ, которыя товарищъ взялъ изъ общей кассы, считая съ того дня, въ который взялъ ихъ для своей частной пользы”.

4) Неуплата покупной цѣны въ тѣхъ случаяхъ, когда проданная и переданная вещь приноситъ какіе-либо доходы, или когда покупщику было предъявлено требованіе платежа. Ст. 1652 К. Н. Последнее, впрочемъ, относится къ случаю просрочки³⁾.

Таковы важнѣйшіе случаи, когда самъ законъ устанавливаетъ процентныя обязательства. Вообще о нихъ нужно замѣтить, что для ихъ уплаты нѣтъ особыхъ и самостоятельныхъ сроковъ; они подлежатъ уплатѣ не раньше уплаты капитала и такимъ образомъ всегда

¹⁾ См. и ст. 292 1 ч. X т. Св. зак., и ст. 1834 Общегерманскаго уложенія.

²⁾ То же по остзейскому праву (Сводъ, ст. 3418). То же и по Общегерманскому уложенію (ст. 668), по Союзн. закону объ обязат. въ Швейцаріи (ст. 398) и по нашему Проекту (ст. 573).

³⁾ Общегерман. уложеніе, ст. 452; Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 266; Проектъ, ст. 232. Ср. ст. 3420 прибалт. Свода.

увеличиваютъ сумму долга. Отдѣльнаго иска объ уплатѣ законныхъ процентовъ не допускается¹⁾.

II. Проценты договорные.

Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, т. е. когда законъ самъ не устанавливаетъ обязанности платить проценты, обязанность эта можетъ возникнуть только на основаніи особаго и спеціальнаго волеизъявленія сторонъ, такъ какъ обязанность платить проценты, какъ сказано выше, сама собою не предполагается²⁾. Исключеніемъ являются только торговыя отношенія³⁾. Однако проценты, уплаченные добровольно, т. е. безъ такого или иного основанія, возврату не подлежатъ. Ст. 1906 К. Н. говоритъ: „Заемщикъ, заплатившій проценты, хотя бы о нихъ и не было условія, не можетъ требовать ни ихъ возврата, ни зачисленія ихъ въ уплату капитала”⁴⁾. Обыкновенно же проценты уплачиваются на основаніи юридической сдѣлки. Чаще всего это договоръ. Но для этого пригодны и одностороннія волеизъявленія, каковы, напримѣръ, завѣщанія. Въ сдѣлкѣ долженъ быть указанъ размѣръ процентовъ, сроки ихъ уплаты (впередъ, *praenummerando*: anticipaція процентовъ или—по истеченіи срока, *postnumerando*) и т. д.⁵⁾. При этомъ, по ст. 1907 К. Н., „количество договорныхъ процентовъ должно быть опредѣлено письменно”. Та же самая статья говоритъ, что договорные проценты могутъ и превышать проценты законные во всѣхъ случаяхъ, когда законъ этого не воспрещаетъ. Въ какихъ однако размѣрахъ возможно это превышеніе? Здѣсь мы подходимъ къ чрезвычайно важному въ со-

¹⁾ Прибалт. Сводъ, ст. 3421.

²⁾ Прибалт. Сводъ, ст. 3408.

³⁾ Обычное право. Такъ же и по Проекту (ст. 381). Прибалт. Сводъ, ст. 3412.

⁴⁾ Такъ это и по Проекту (ст. 381). Сводъ законовъ—наоборотъ.

⁵⁾ См. ст. 384 Проекта и ст. 3411 прибалт. Свода.

ціальному и економічному отношеніяхъ вопросу объ ограниченіи процентівъ.

Во всѣ времена и во всѣхъ законодательствахъ размѣръ договорныхъ процентівъ время отъ времени ограничивался и ограничивается теперь во избѣжаніе эксплоатаціи неимущихъ богатыми. Такъ, въ римскомъ классическомъ правѣ высшій дозволенный размѣръ процентівъ былъ 12. При Юстиніанѣ онъ былъ пониженъ даже до 6 (для купцовъ до 8). Каноническое право совсѣмъ запретило взиманіе процентівъ христіанами; оно оставалось дозволеннымъ только для нехристіанъ, но и христіане изобрѣтали всевозможныя уловки для того, чтобы избѣжать запрещенія. Начиная съ XVII вѣка однако въ нѣмецкихъ странахъ судебная практика начала опять признавать взиманіе процентівъ дозволеннымъ и законнымъ и опредѣляла въ Германіи, какъ максимумъ, 5%, а для купцовъ 6%. Къ этому примкнулъ потомъ и Пруссійскій Ландрехтъ 1794 года. Въ концѣ же XVIII вѣка на западѣ Европы рѣзко проявился крайній либерализмъ въ экономическихъ вопросахъ, имѣвшій послѣдствіемъ полную отмѣну какихъ-бы то ни было ограниченій для договорныхъ процентівъ. Это направленіе не замедлило отразиться на Кодексѣ Наполеона, который въ ст. 1907 допустилъ, было, неограниченный размѣръ договорныхъ процентівъ. Но уже черезъ три года (въ 1807 г.) максимумъ былъ опредѣленъ въ 5%, а для торговыхъ сдѣлокъ въ 6%.

Въ Россіи происходила аналогичная эволюція процентівъ; такъ, было разрѣшено взиманіе процентівъ и установленъ максимумъ въ 6% еще въ половинѣ XVIII столѣтія; этотъ максимумъ оставался такимъ до 1879 г.; въ этомъ послѣднемъ году послѣдовало полное освобожденіе договорныхъ процентівъ отъ всякихъ ограниченій¹⁾. Но затѣмъ въ Россіи, какъ и во всѣхъ другихъ

¹⁾ См., напр., ст. 3425 прибавл. Свода, установленную въ 1882 г.

государствахъ, взиманіе договорныхъ процентівъ опять было ограничено.

Въ настоящее время дѣло стоитъ слѣдующимъ образомъ. Въ Германіи ограниченія введены законами 1880 и 1893 годовъ. Ограниченія приняли здѣсь своеобразный и совершенно новый характеръ. Именно, здѣсь законъ не устанавливаетъ максимума процентівъ, а въ каждомъ данномъ случаѣ предоставляетъ суду рѣшить, имѣла ли нѣтъ мѣсто эксплоатація нужды, легкомыслія и неопытности должника (индивидуализація вопроса). Если такая эксплоатація констатируется, то вся сдѣлка признается ничтожной, т. е. кредиторъ получаетъ обратно свой капиталъ, но не получаетъ никакихъ процентівъ (*restitutio in integrum*). При этомъ наступаетъ еще и отвѣтственность уголовная. Такимъ образомъ, здѣсь сдѣлка можетъ быть признана ростовщической даже и при сравнительно низкомъ размѣрѣ процентівъ: сдѣлка оцѣнивается не формально, а по существу. Кромѣ того, указанные законы охватываютъ не только денежныя обязательства, не только заемъ, но и другія сдѣлки (даже куплю-продажу недвижимостей, личный наемъ и т. п.).

Гораздо уже разрѣшенъ вопросъ о ростовщичествѣ русскимъ закономъ 24 мая 1893 г. Отношенія оцѣниваются хотя и не формально, а по существу, однако ограниченія касаются только сдѣлокъ займа въ собственномъ смыслѣ этого слова¹⁾. Кромѣ того, нашъ законъ отличается отъ закона германскаго еще опредѣленіемъ максимума процентівъ, ниже котораго сдѣлка не можетъ быть признана ростовщической. Этотъ максимумъ—12% годовыхъ.

Законъ 24 мая 1893 г. вошелъ въ ст. 180² и 180³ Устава о наказаніяхъ налагаемыхъ мировыми судьями.

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1896 г. № 69.

Ст. 180² говоритъ слѣдующее: „За ссуду капитала въ чрезмѣрный ростъ или подъ обезпеченіе чрезмѣрной неустойки: 1) если заемщикъ былъ вынужденъ своими стѣсненными обстоятельствами, извѣстными заимодавцу, принять условія ссуды, крайне обременительныя или тягостныя по своимъ послѣдствіямъ, или 2) если кто, занимаясь ссудами, скрылъ чрезмѣрность роста какимъ-либо способомъ, какъ-то: включеніемъ роста въ капитальную сумму, въ видѣ платы за храненіе, или неустойки и т. п., виновный въ семъ ростовщичесствѣ подвергается: заключенію въ тюрьмѣ на время отъ двухъ мѣсяцевъ до одного года и четырехъ мѣсяцевъ и, кромѣ того, по усмотрѣнію суда, денежному взысканію не свыше трехсотъ рублей. Сему же наказанію подвергается тотъ, кто приобрѣтетъ и предъявитъ ко взысканію обязательство, завѣдомо для него ростовщическое, или получить по оному ростовщическій платежъ. Ростовщическое обязательство признается неимѣющимъ силы, но заимодавецъ не лишается права обратнаго полученія дѣйствительно даннаго капитала, за вычетомъ полученныхъ платежей. Ростъ, не превышающій двѣнадцати процентовъ въ годъ, не почитается чрезмѣрнымъ”.

Ст. 180³ продолжаетъ: „Занимающійся, въ видѣ промысла, отдачею въ ссуду сельскимъ обывателямъ: 1) хлѣба или другихъ припасовъ, или же 2) денегъ, подъ условіемъ уплаты денежнаго долга, частью или вполнѣ, хлѣбомъ, припасами или работой,—если для совершенія сдѣлки на чрезмѣрно обременительныхъ, несоотвѣтствующихъ мѣстнымъ обычаямъ, условіяхъ онъ воспользовался крайне тягостнымъ положеніемъ заемщика,—подвергается въ первый разъ аресту на срокъ не свыше трехъ мѣсяцевъ; во второй и послѣдующіе разы—заключенію въ тюрьмѣ отъ одного до шести мѣсяцевъ. Сдѣлка, заключенная при выше указанныхъ обстоятельствахъ, какъ ростовщическая, признается недѣйствительною, но заимодавецъ не лишается права обратнаго полученія

дѣйствительно данныхъ имъ хлѣба, припасовъ или денегъ, за вычетомъ уже возвращеннаго ему количества” ¹⁾.

Кромѣ этого, въ Россіи дѣйствуетъ съ 1885 года законъ, позволяющій должнику уничтожить обременительное для него обязательство. Именно, если условленный размѣръ процентовъ выше шести, то, по истеченіи шести мѣсяцевъ со дня заключенія договора, должникъ имѣетъ право во всякое время возвратить обратно взятое въ заемъ, лишь бы кредиторъ былъ письменно предупрежденъ объ этомъ не менѣе, какъ за три мѣсяца ²⁾.

До сихъ поръ мы говорили о простыхъ или обыкновенныхъ процентахъ. Но денежный оборотъ знаетъ еще и проценты сложные, т. е. проценты на проценты (анатоцизмъ). Это такое отношеніе, когда проценты текутъ не только на капиталъ, но и на сумму, образовавшуюся изъ процентовъ на капиталъ. Въ такомъ своемъ общемъ видѣ сдѣлки о взиманіи процентовъ запрещались еще въ Римѣ; запрещаются онѣ и современными законодательствами. Однако Кодексъ Наполеона и русское право допускаютъ здѣсь одно исключеніе. А именно, простые проценты, неуплаченные не менѣе, какъ за одинъ годъ, капитализируются по иску или требованію кредитора, т. е. начинаютъ въ свою очередь приносить проценты и именно законные: по шести въ годъ. Ст. 1154 К. Н. Ст. 2022 1 ч. X т. Св. зак. Такъ и по Проекту (ст. 382) ³⁾.

¹⁾ Статьи эти нашли себѣ обстоятельное разъясненіе въ рѣшеніи уголовного кассац. департамента Сената 1895 г. № 1.

²⁾ Для Царства Польскаго—Высочайше утвержденное мнѣніе Государственного Совѣта 17 декабря 1885 года. Для Имперіи—ст. 2023 1 ч. X т. Св. зак. Такая же норма имѣетъ мѣсто въ прибалтійскомъ Сводѣ (ст. 3427), въ Общегерманскомъ уложеніи (ст. 247). Она же принята и русскимъ Проектомъ (ст. 380).

³⁾ Ср. ст. 3430 прибалтійскаго Свода.

§ 8. Обязательства одностороннія и двустороннія.

Это послѣднее дѣленіе обязательствъ основывается на различіяхъ въ распредѣленіи правъ и обязанностей между сторонами.

А именно, въ простѣйшихъ обязательственныхъ отношеніяхъ любая изъ сторонъ является или только кредиторомъ, или только дебиторомъ, такъ что одна сторона можетъ только требовать и не обязана ни къ какому дѣйствию, а другая—только обязана къ совершенію условленнаго дѣйствія и ничего не имѣетъ права требовать. Такія обязательства называются односторонними. Какъ на примѣры, можно указать на дареніе, безпроцентный заемъ и обязательства изъ деликтовъ.

Полной противоположностью обязательствъ одностороннихъ являются обязательства двустороннія равныя (синаллагматическія). Здѣсь каждая сторона является въ одно и то же время и кредиторомъ, и должникомъ, т. е. каждая изъ сторонъ и имѣетъ право требованія, и обязана къ совершенію чего-либо съ своей стороны взаимнѣ требуемаго. Сюда относятся купля-продажа, наемъ, товарищество и т. п. Каждое изъ указанныхъ обязательствъ является обязательствомъ хотя и сложнымъ по правамъ и обязанностямъ, но единымъ, части котораго сливаются неразрывно въ одно цѣлое. Изъ этого единства синаллагматическихъ обязательствъ вытекаетъ то основное правило, по которому каждый, кто требуетъ исполненія по такому обязательству, долженъ и съ своей стороны предложить исполненіе своей обязанности. Напр., покупатель можетъ требовать передачи ему вещи не иначе, какъ предлагая покупную цѣну. Иначе покупатель,—и вообще сторона требующая,—можетъ встрѣтиться съ эксцепціей *non adimpleti contractus* (Заключеніе *a fortiori*,—или *a maiore ad minus*,—изъ ст. 1184 К. Н. Въ частно-

сти относительно купли-продажи это прямо выражено въ ст. 1612 и 1613 К. Н.)¹⁾.

Кромѣ того, Кодексъ Наполеона идетъ и дальше: по той же ст. 1184 если одна изъ сторонъ синаллагматическаго обязательства не исполняетъ своей обязанности, то другая сторона можетъ требовать не только исполненія (что разумѣется само собою), но даже расторгненія сдѣлки и вознагражденія за вредъ и убытки. Спеціально о куплѣ-продажѣ см. ст. 1610 К. Н. Сенатъ въ рѣшеніи 1903 г. № 42 дополняетъ ст. 1184 тѣмъ, что для требованія расторгненія сдѣлки достаточно и частичнаго неисполненія обязательства.

Въ русскомъ законѣ указаніе на возможность уклоняться отъ исполненія обязательства при неисправности контрагента есть только въ Положеніи о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ. Ст. 216 говоритъ: „Причины, освобождающія отъ всякой отвѣтственности и самаго исполненія договора, суть: ... 8) невыполненіе договора со стороны казны“. Сенатская практика въ цѣломъ рядѣ рѣшеній²⁾ распространяетъ это частное постановленіе и на всѣ другія подобныя отношенія, при чемъ въ случаяхъ, напр., аренды суду предоставляется разрѣшать либо расторгненіе сдѣлки, либо уменьшеніе арендной платы. Спеціально же о правѣ требовать расторгненія договора говоритъ ст. 103 Устава о промышленности: рѣчь идетъ о личномъ наймѣ.

Право уклоняться отъ исполненія при неисправности контрагента въ двустороннихъ обязательствахъ признается и Общегерманскимъ уложеніемъ³⁾. Частичная же неисправность, по тому же Общегерманскому уложенію, не даетъ этого права въ двухъ случаяхъ: 1) если она

¹⁾ Плянйоль, Курсъ, ч. 1, № 949.

²⁾ Рѣш. 1874 г. № 275; 1875 г. №№ 146, 326; 1877 г. № 45; особенно см. рѣшенія 1880 г. № 214 и 1895 г. № 62.

³⁾ Ст. 320, 322.

сравнительно незначительна или 2) если бы предоставленіе этого права нарушало требованія доброй вѣры.

Именно въ такомъ родѣ постановленіе даетъ и нашъ Проектъ гражданскаго уложенія въ ст. 79: „При двустороннемъ договорѣ каждая сторона, если она не обязалась исполнить договоръ первой, въ правѣ не производить исполненія, пока другая сторона не исполняетъ лежащаго на ней обязательства. Неисполненіе обязательства одною стороною лишь въ незначительной части не даетъ другой сторонѣ права отказаться отъ исполненія лежащаго на ней обязательства, насколько такой отказъ, по обстоятельствамъ дѣла, не согласуется съ доброю совѣстью”.

Нельзя не признать, что по этому послѣднему пункту нашъ Проектъ и Общегерманское уложеніе стоятъ выше, чѣмъ сенатское разъясненіе ст. 1184 К. Н.: тамъ Сенатъ рѣшаетъ вопросъ формально, а здѣсь онъ рѣшается по справедливой оцѣнкѣ всѣхъ обстоятельствъ даннаго дѣла.

Впрочемъ, для собственно-имперскаго права тотъ же Сенатъ въ рѣшеніи 1880 г. № 214 также говоритъ о соразмѣрной сбавкѣ арендной платы въ случаяхъ, когда нанимателю не будетъ сдано все договоренное имущество: „соразмѣрность же эта должна быть опредѣляема судомъ на основаніи представленныхъ сторонами доказательствъ и всѣхъ имѣющихся въ виду его данныхъ”.

Кромѣ обязательствъ двустороннихъ равныхъ, есть еще и обязательства двустороннія неравныя. Они занимаютъ средину между односторонними и двусторонними равными. Сюда относятся безвозмездные *mandatum*, *depositum* и *commodatum*. Въ сущности это обязательства одностороннія, но они таковы, что иногда,—случайно и уже послѣ заключенія сдѣлки,—и на сторонѣ лицъ обязанныхъ можетъ возникнуть право требованія; обязательство изъ односторонняго можетъ такимъ образомъ

превратиться въ двустороннее. Напр., мандатарій исполняетъ чужое порученіе. Такъ какъ (и если) онъ это дѣлаетъ безвозмездно, то обязательство это могло бы быть причислено къ одностороннимъ. Но нѣтъ ничего невозможнаго въ томъ, что при исполненіи порученія мандатарій понесетъ какіе-либо расходы изъ собственныхъ средствъ. Тогда онъ, имѣя на себѣ первоначально только обязанность, получитъ еще и право на возмѣщеніе этихъ расходовъ. Такъ какъ такіе случаи всегда возможны, то всѣ указанные обязательства и причисляются къ обязательствамъ двустороннимъ, но неравнымъ. Разъ такое осложненіе произошло, къ этимъ обязательствамъ надо примѣнять правила объ обязательствахъ двустороннихъ равныхъ.

Объ обязательствахъ одностороннихъ и двустороннихъ говорятъ ст. 1102 и 1103 К. Н., но въ нихъ дѣлается именно та ошибка, о которой сказано выше: вмѣсто „обязательство”, говорятъ „договоръ” (который въ дѣйствительности служитъ только основаніемъ возникновенія обязательствъ). Такимъ образомъ, по терминологіи Кодекса Наполеона, именно договоры бываютъ односторонними и двусторонними, тогда какъ въ дѣйствительности договоры всегда двусторонни, а указанное различіе относится только къ обязательствамъ.

Далѣе, Кодексъ Наполеона въ ст. 1105 и 1106 дѣлитъ обязательства на возмездныя и безмездныя. Однако это дѣленіе относится къ болѣе широкому понятію: къ сдѣлкамъ вообще и только въ частности—и къ обязательствамъ. Поэтому данный вопросъ долженъ быть отнесенъ къ общей части гражданскаго права.

Наконецъ, Кодексъ Наполеона въ ст. 1104 дѣлитъ обязательства на мѣновыя и рисковыя. Это—дальнѣйшее подраздѣленіе обязательствъ возмездныхъ. Такъ какъ рисковыхъ обязательствъ очень мало, такъ какъ

ихъ отличіе отъ обязательствъ мѣновыхъ не играетъ большой роли въ общемъ ученіи объ обязательствахъ, и такъ какъ, наконецъ, о нихъ еще прійдется говорить въ особенной части обязательственнаго права, то въ видахъ сохраненія цѣльности изложенія лучше отложить ихъ общую характеристику и сопоставленіе съ обязательствами мѣновыми цѣликомъ до особенной части.

Всѣ описанные виды и свойства обязательствъ, какъ уже отмѣчено отчасти и выше, могутъ различнѣйшимъ образомъ комбинироваться и переплетаться между собою. Напр., если я обяжусь безвозмездно управлять въ теченіе опредѣленнаго срока такимъ-то предпріятіемъ господина X и въ то же время не открывать другого подобнаго предпріятія, то это будетъ въ общемъ обязательство сложное; въ первой части оно положительное, дѣлимое, двустороннее неравное; при возмездности управленія обязательство было бы двустороннимъ равнымъ, при чемъ обязательство господина X было бы также положительнымъ и дѣлимымъ, кромѣ того—генерическимъ (и въ частности денежнымъ); во второй части это—обязательство отрицательное, недѣлимое, одностороннее. Если бы обѣ части соединить союзомъ „или“, тогда это было бы не сложное, а альтернативное обязательство. Затѣмъ, при извѣстной редакціи, оно могло бы быть и факультативнымъ. Наконецъ, при обязанности управленія взаимнъ какой-нибудь *res in specie* (*facio, ut des*), получилось бы обязательство видовое.

Глава II.

Возникновеніе обязательствъ.

§ 1. Источники обязательствъ и ихъ классификація.

Обязательства, въ смыслѣ обязательственныхъ правъ въ субъективномъ смыслѣ, имѣютъ, какъ и всѣ другія субъективныя права, своимъ первоначальнымъ и основнымъ источникомъ законъ (и обычай), т. е. нормы объективнаго права.

Обязательства, устанавливаемые дозволенными дѣйствіями лицъ, а также и обязательства, возникающія изъ деликтовъ и изъ другихъ источниковъ, получаютъ юридическую силу и значеніе только потому (и настолько), что они признаются и въ извѣстныхъ границахъ и условіяхъ санкціонируются закономъ. И наоборотъ, внѣ установленныхъ закономъ условій и границъ обязательства, какъ отношенія юридическія, не возникаютъ, какъ бы того ни желали стороны (напр., продажа *res extra commercium*), и какъ бы ихъ дѣйствія ни казались преступными (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Однако законъ (вообще объективное право) можно считать лишь дальнѣйшимъ или посредственнымъ источникомъ обязательственныхъ правъ или отношеній (какъ и другихъ правъ вообще), потому что тотъ же са-

мый законъ опредѣляетъ и указываетъ цѣлый рядъ событій и дѣйствій, которыя получаютъ силу уже непосредственно производить обязательственныя отношенія; это—такъ называемые юридическіе факты (см. общую часть гражданского права).

Эти непосредственные и ближайшіе источники обязательственныхъ отношеній весьма разнообразны, и наука естественно стремится систематизировать ихъ по какимъ-либо общимъ признакамъ.

Институціи Юстиніана дали намъ, какъ извѣстно, четырехчленную классификацію, по которой обязательства имѣютъ своими источниками договоры, деликты, какъ-бы договоры и какъ-бы деликты.

Общепризнанный недостатокъ этого перечня состоитъ въ томъ, что здѣсь подъ видомъ четырехъ указывается, собственно говоря, только два источника: договоры и деликты. Остальныя же двѣ группы (*quasi ex contractu* и *quasi ex delicto*) настолько неопредѣленны въ своемъ содержаніи, что видѣть въ нихъ указаніе какихъ-либо дополнительныхъ или новыхъ источниковъ нельзя; изъ нихъ скорѣе можно извлечь лишь указаніе на необходимость или допустимость примѣненія нормъ по аналогіи отъ основныхъ группъ (контракты и деликты) къ производнымъ группамъ (какъ-бы контракты и какъ-бы деликты).

Несмотря на все несовершенство этой классификаціи, она принята Кодексомъ Наполеона, какъ это видно изъ заглавія третьяго раздѣла третьей книги и изъ ст. 1370. При этомъ Кодексъ Наполеона дѣлитъ всѣ источники обязательствъ на двѣ группы: обязательства возникаютъ по соглашенію или изъ договоровъ и безъ соглашенія; эта вторая группа, въ свою очередь, распадается на двѣ части: одни обязательства возникаютъ „изъ личныхъ дѣйствій обязаннаго лица”; сюда относятся обязательства изъ деликтовъ, какъ-бы деликтовъ и какъ-бы контрактовъ; другія же обязательства возникаютъ

„въ силу самаго закона”; сюда относятся „обязательства между сосѣдями-собственниками, или обязательства опекуновъ и другихъ управителей, которые не могутъ отказаться отъ обязанностей, на нихъ возлагаемыхъ” (ст. 1370 К. Н.). Такимъ образомъ въ Кодексъ Наполеона появляется еще пятый источникъ обязательствъ; однако нельзя сказать, чтобы несовершенная Юстиніанова классификація отъ этого что-либо выиграла; совершенно наоборотъ, она отъ этого прибавленія стала еще хуже, потому что на одну линію съ источниками непосредственными поставленъ источникъ дальнѣйшій, посредственный, который служитъ основаніемъ не одной какой-нибудь группы обязательствъ, а всѣхъ ихъ вообще, какъ это указано выше.

Однако по вопросу о классификаціи источниковъ обязательствъ надо вообще отмѣтить, что не только столѣтъ назадъ, въ эпоху составленія французскаго кодекса, не было удовлетворительной и общепризнанной классификаціи; ея нѣтъ и въ наше время, теперь.

Поэтому совершенно правильно поступаютъ тѣ составители кодексовъ и уложеній, которые совсѣмъ отказываются отъ обобщеній и перечисленій въ этой области; это во всякомъ случаѣ дѣло свободной теоріи, а не принудительныхъ нормъ закона. Такъ, не даютъ никакой классификаціи наша 1 ч. X т. Св. зак., Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ и Общегерманское уложеніе.

Причина такихъ непреодолимыхъ затрудненій по распредѣленію источниковъ обязательствъ на группы лежитъ въ томъ, что источники эти слишкомъ разнообразны и имѣютъ мѣсто во всѣхъ отдѣлахъ гражданского права и даже въ правѣ публичномъ и въ процессѣ.

Такъ, въ собственно-обязательственномъ правѣ фигурируютъ въ качествѣ источниковъ главнымъ образомъ договоры, одностороннія обѣщанія *inter vivos*, деликты, неосновательное обогащеніе; въ вещномъ правѣ обяза-

тельства возникают при завладѣніи чужимъ имуществомъ, которое было или захвачено недобросовѣстно, или приобрѣтено добросовѣстно,—при спецификаціи, при общей собственности, при чиншовомъ владѣніи и т. д.; въ семейственномъ правѣ даютъ основаніе для обязательствъ опека, алименты, а въ наследственномъ—завѣщанія, необходимое наследованіе; въ публичномъ правѣ обязательства возникаютъ, напр., въ случаяхъ экспроприаціи земельныхъ участковъ для обще-государственныхъ надобностей, въ случаяхъ истребленія скота для прекращенія эпизоотіи и т. д.: здѣсь государство обязывается къ денежному возмѣщенію стоимости отбираемаго имущества; наконецъ, въ процессѣ обязательства возникаютъ, напр., изъ судебныхъ рѣшеній по искамъ о раздѣлѣ общаго имущества.

Объединить все это разнообразіе въ немногія группы по тѣмъ или другимъ признакамъ, какъ оказывается, нѣтъ возможности. Такъ, съ одной стороны, болѣе или менѣе многочленные формулы, пытающіяся обнять все разнообразіе источниковъ, въ дѣйствительности этой цѣли не достигаютъ. Такова, напр., классификація г. Анненкова, позаимствованная имъ у Барона: „договоры; односторонняя воля должника или его наследодателя; одностороннее вторженіе, но одинаково какъ недозволенное, такъ и дозволенное одного лица въ сферу правъ другого, и положительное предписаніе закона”¹⁾. Все здѣсь хорошо, пока дѣло не доходитъ до послѣдней группы: „положительное предписаніе закона”. Въ этой послѣдней группѣ обнаруживается вся несостоятельность классификаціи: во 1-хъ, законъ нельзя ставить въ одинъ рядъ съ юридическими фактами; во 2-хъ, это совсѣмъ не самостоятельная, обособленная группа со своими специальными признаками: это—складочное мѣсто для всѣхъ

¹⁾ Анненковъ, Система, т. III, стр. 17.

тѣхъ источниковъ обязательствъ, которые не вмѣщаются ни въ одну изъ названныхъ группъ, и для которыхъ трудно придумать свои особыя группы.

Съ другой же стороны, и классификаціи краткія такъ же мало достигаютъ цѣли. Напр., по Дернбургу, одни обязательства проистекаютъ изъ юридическихъ сдѣлокъ, а остальные—изъ другихъ основаній¹⁾. По Плянціолю, „собственно говоря, всѣ обязательства вытекаютъ только изъ двухъ источниковъ: изъ договора или изъ предписанія закона”²⁾. Такъ же дѣлитъ источники и нашъ Проектъ гражданскаго уложенія, который въ ст. 2 говоритъ: „Обязательства возникаютъ изъ договоровъ и другихъ указанныхъ въ законѣ основаній”. Сюда же можно прибавить классификаціи Свода гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ (ст. 2908: сдѣлка, деликтъ, прочія основанія) и проф. Шершеневича: „юридическая сдѣлка, правонарушеніе, неосновательное обогащеніе”³⁾. Все это, собственно говоря, не классификаціи, а скорѣе—отказъ отъ классификаціи.

Однако описанное явленіе далеко не такъ печально, какъ это можетъ показаться съ перваго взгляда. Въ полной и исчерпывающей классификаціи источниковъ обязательствъ, собственно говоря, серьезной и неотложной надобности нѣтъ. Достаточно отмѣтить и охарактеризовать наиболѣе важные виды ихъ, а остальные будутъ обсуждаться на основаніи общихъ началъ обязательственного права на подобіе того, какъ *contractus innominati* обсуждаются по правиламъ, установленнымъ для *contractus nominati*. Аналогія имѣетъ самое широкое примѣненіе именно въ обязательственномъ правѣ, и это не де-

¹⁾ Dernburg, Pandekten, 1903, Bd. II, § 6. Такое же дѣленіе даетъ проф. Гуляевъ: „обязательства договорныя и обязательства внѣдоговорныя” (Рус. гр. право, 1913, стр. 328).

²⁾ Курсь, ч. I, № 807. Это дѣленіе во всякомъ случаѣ не приемлемо.

³⁾ Учебникъ рус. гр. пр., 1910, стр. 407.

фактъ его, а характерное и основное свойство, въ которомъ обнаруживается особенная эластичность обязательствъ, ихъ чуткость и приспособляемость къ всегда мѣняющемуся разнообразію жизненныхъ интересовъ и отношеній.

Будемъ считаться съ этимъ фактомъ и мы и, отказываясь отъ безплодной попытки дать собственную классификацію, отмѣтимъ только, что обязательства возникаютъ главнымъ образомъ изъ договоровъ и изъ деликтовъ, а затѣмъ также изъ одностороннихъ волеизъявленій *inter vivos* и *mortis causa*, изъ неосновательнаго обогащенія, изъ уплаты недолжнаго и т. д.

Здѣсь, въ общей части, мы будемъ говорить только о договорахъ, такъ какъ, съ одной стороны, договорныхъ обязательствъ много, а съ другой стороны, ученіе о договорѣ является общимъ для всѣхъ ихъ; во избѣжаніе повтореній оно и выдѣляется въ общую часть. Остальные же источники производятъ только по одному типу обязательствъ: изъ деликтовъ возникаетъ обязательство возмѣстить убытки; изъ одностороннихъ волеизъявленій—исполнить обѣщанное; изъ неосновательнаго обогащенія и изъ уплаты недолжнаго—возвратить полученное и т. д. Обобщать здѣсь нечего, да и раздѣлять все ученіе о нихъ на двѣ части тоже нѣтъ основанія. Поэтому здѣсь мы только упоминаемъ объ этихъ источникахъ обязательствъ. Все же ученіе о нихъ цѣликомъ относимъ къ особенной части, въ которой излагаются именно отдѣльныя обязательства.

§ 2. Договоры. Общее понятіе.

Договоромъ вообще называется соглашеніе двухъ сторонъ (значитъ, по крайней мѣрѣ, двухъ лицъ) объ установленіи, измѣненіи или прекращеніи юридическихъ отношеній.

Договоры, кромѣ обязательственнаго права, имѣютъ мѣсто и играютъ видную роль и въ другихъ отрасляхъ гражданского права: въ правѣ вещномъ, семейственномъ, наследственномъ, исключительномъ, а сверхъ того — и въ правѣ международномъ.

Въ самомъ же правѣ гражданскомъ наиболѣе важную роль договоры играютъ въ качествѣ источниковъ обязательствъ, и здѣсь соглашеніе направляется на установленіе, измѣненіе и прекращеніе обязательственныхъ отношеній¹⁾.

Значеніе договоровъ въ этой послѣдней области права обусловливается мѣновымъ характеромъ современнаго хозяйства и раздѣленіемъ труда. При этихъ условіяхъ теперь никто не удовлетворяетъ своихъ потребностей своими собственными силами, а долженъ обращаться къ услугамъ и помощи другихъ, а это и вызываетъ необозримую массу договорныхъ отношеній какъ специально предусмотрѣнныхъ въ законѣ (*contractus nominati*), такъ и непредусмотрѣнныхъ тамъ (*contractus innominati*), а основывающихся на общемъ разрѣшеніи закона заключать всѣ возможныя соглашенія, лишь бы они были физически выполнимы и не противорѣчили добрымъ нравамъ и установленному правовому порядку²⁾.

Въ договорахъ, какъ преимущественномъ источникѣ обязательствъ, яснѣе всего сказывается и одинъ изъ главныхъ принциповъ гражданского права; это свободная инициатива личности въ устроеніи своихъ юридическихъ отношеній, въ частности—свобода договоровъ. Правда, въ новѣйшее время принципъ этотъ все болѣе и болѣе подвергается ограниченіямъ: сроки и ограниченія для личнаго найма, принудительность сдѣлокъ о желѣзнодорожной перевозкѣ, коллективные договоры, въ которыхъ

¹⁾ Кодексъ Наполеона, ст. 1101. Прибалтійскій Сводъ, ст. 3105.

²⁾ Ст. 1528—1530 т. ч. X т. Св. зак.; ст. 1107, 1108 К. Н.

меньшинство подчиняется большинству, и т. д. Но все же свобода и теперь остается основнымъ принципомъ договорнаго права совершенно такъ же, какъ частно-правовой характеръ является отличительной чертой всего гражданского права вообще, не смотря на наличность въ немъ публичнаго элемента.

Существеннымъ, движущимъ и созидającym, элементомъ въ договорахъ является воля или соглашеніе сторонъ, и проистекающее изъ договора обязательство является послѣдствіемъ, продуктомъ именно направленной на это воли сторонъ при общей, конечно, и посредственной санкціи закона. Поэтому возникаютъ только тѣ юридическія отношенія, которыхъ стороны желаютъ, и наоборотъ: чего стороны не желаютъ, то, естественно, и не наступаетъ.

Однако безусловное проведеніе этого субъективнаго начала въ правовой жизни оказывается невозможнымъ. Поэтому крайности субъективизма воли и договорныхъ отношеній по необходимости ограничиваются нѣкоторыми объективными положеніями.

Такъ, прежде всего, стороны, изъявляя свою волю въ договорныхъ соглашенияхъ (какъ и въ другихъ сдѣлкахъ), не всегда сами опредѣляютъ всѣ детали и подробности даннаго юридическаго отношенія какъ вслѣдствіе его сложности, такъ и въ виду трудности все предвидѣть. Въ такихъ случаяхъ то, что не выражено волей сторонъ, восполняется, при равныхъ условіяхъ одинаково, самимъ закономъ, его диспозитивными нормами.

Кромѣ того, выраженіе воли въ сдѣлкѣ не всегда совпадаетъ съ дѣйствительнымъ намѣреніемъ сторонъ; въ такихъ случаяхъ предпочтеніе отдается очень часто не дѣйствительной волѣ, а ея внѣшнему выраженію.

Наконецъ, стороны не всегда знаютъ о всѣхъ тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя связаны съ тѣмъ или другимъ юридическимъ отношеніемъ, и если эти послѣдствія убыточны или невыгодны для той или другой стороны, то,

несомнѣнно, она ихъ даже и не желаетъ. Тѣмъ не менѣе оправдываться незнаніемъ или нежеланіемъ нельзя: всѣ послѣдствія, связываемыя закономъ съ даннымъ правоотношеніемъ, наступаютъ независимо и даже вопреки субъективному состоянію воли, если, конечно, противное не было оговорено въ сдѣлкѣ специально. Законъ создаетъ опредѣленные типы и шаблоны для юридическихъ отношеній; въ семейственномъ правѣ (бракъ, единоженство, опека) они наименѣ подвижны; виды вещныхъ правъ также не многочисленны, и *jura innominata* не допускаются совершенно; обязательственное же право особенно богато различнѣйшими формами для юридическихъ отношеній; воля отдѣльныхъ лицъ имѣетъ здѣсь самую широкую свободу для приспособленія этихъ отношеній ко всему богатому разнообразію жизненныхъ потребностей; тѣмъ не менѣе и здѣсь эта воля ограничивается въ своемъ субъективизмѣ, и здѣсь она должна укладываться въ извѣстныя объективныя рамки по извѣстнымъ типамъ и шаблонамъ ¹⁾.

Но допустимъ на минуту, что законъ поставилъ себѣ психологическую задачу изслѣдованія дѣйствительнаго содержанія воли въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ и взялся строить юридическія отношенія на такомъ чистомъ субъективизмѣ. Не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что, во 1-хъ, эта непосильная для права задача осталась бы все-равно невыполненной, а во 2-хъ, твердость и вѣрность оборота была бы окончательно расшатана.

Однако и при всемъ этомъ отрицать руководящую роль воли въ договорахъ, отрицать ея созидающую силу, какъ это иногда дѣлается въ нѣмецкой литературѣ, все-таки нельзя: ни купля-продажа, ни наемъ, ни товарищество и т. д. безъ воли на то сторонъ возникнутъ

¹⁾ Ср. ст. 2990 прибалтійскаго Свода.

не могутъ. Законъ изъ руководительницы превращаетъ волю въ руководимую лишь въ предѣлахъ практической необходимости; необходимость же эта сказывается въ вопросахъ лишь второстепенныхъ и дополнительныхъ.

§ 3. Заключение договоровъ.

Существенными составными элементами каждого договора являются годные субъекты, годные объекты, согласная, дѣйствительная и надлежаще выраженная воля субъектовъ-сторонъ и дозволенное и физически-возможное содержаніе ¹⁾.

Самое же заключеніе договора состоитъ въ томъ, что субъекты изъясняютъ относительно объектовъ свою волю съ опредѣленнымъ надлежащимъ содержаніемъ.

При этомъ большею частью достаточно бываетъ одного лишь соглашенія сторонъ: договоръ заключается *solo consensu*; иногда же это соглашеніе должно быть еще облечено въ такую или иную письменную форму, и, наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, при наличности соглашенія, должна быть передана однимъ контрагентомъ другому служащая объектомъ обязательства вещь (*re contrahitur*).

Въ зависимости отъ этого дѣлятъ договоры на консенсуальные, формальные (или торжественные) и реальные.

Мы сначала прослѣдимъ процессъ заключенія договоровъ консенсуальныхъ. Сущностью здѣсь является соглашеніе сторонъ, которое, впрочемъ, какъ сказано, одинаково имѣетъ мѣсто и въ другихъ двухъ видахъ договоровъ; только тамъ оно осложняется облеченіемъ въ извѣстную форму или передачей вещи.

¹⁾ Ст. 1108 К. Н. Ст. 1528 сл. 1 ч. X т. Свода зак. Ст. 2909—2911, 3107, 3141 прибалтійскаго Свода.

Для соглашенія необходимо единеніе двухъ соотвѣстныхъ волей контрагентовъ. Здѣсь должно имѣть мѣсто именно соотвѣтствіе, согласное и объединяющее контрагентовъ соотношеніе, но никакъ не тождество желаній, которое, наоборотъ, не объединяетъ, а разъединяетъ. Напр., два лица совершенно одинаково желаютъ, каждый исключительно для себя, пріобрѣсти одну и ту же вещь или нанять одно и то же лицо. Здѣсь нѣтъ соглашенія, нѣтъ договора. Соглашеніе возможно тогда, когда, напр., одно лицо желаетъ пріобрѣсти ту или другую вещь, а другое лицо, собственникъ этой вещи, желаетъ отчудить ее. Здѣсь не тождество, а именно то соотвѣтствіе, которое можетъ привести къ договору.

Далѣе, для заключенія договора еще не достаточно одного лишь сосуществованія двухъ соотвѣствующихъ, способныхъ прійти и привести къ единенію волей; нужно, чтобы эти воли проявились во внѣ и взаимно соединились, проникнувъ въ сознание обоихъ контрагентовъ,—чтобы онѣ путемъ обмѣна образовали нѣчто единое, стройное и гармоническое.

Это соединеніе происходитъ такимъ образомъ, что одна изъ сторонъ дѣлаетъ другой сторонѣ предложеніе или оферту, а другая сторона принимаетъ это предложеніе, совершаетъ акцептъ и сообщаетъ объ этомъ предложившему. (Предлагающій называется оферентомъ или промиттентомъ, а принимающій—акцептантомъ или промиссаромъ).

Для того, чтобы оферта и акцептъ образовали договоръ, необходимо, чтобы они имѣли извѣстныя качества и удовлетворяли извѣстнымъ условіямъ. Такъ, прежде всего, для оферты необходимы слѣдующія качества.

1) Предложеніе должно заключать въ себѣ всѣ существенные элементы и части предполагаемаго договора. А существенность опредѣляется либо самимъ закономъ, либо волею сторонъ. Ни Кодексъ Наполеона, ни 1 ч. X т. Св. зак. не даютъ указаній по этому вопросу.

Но см. рѣшенія Сената 1867 г. № 401, 1872 г. № 1311, прибалт. Сводъ (ст. 3131 сл.), Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ст. 154), Швейцарскій союзн. законъ объ обязат. (ст. 2) и нашъ Проектъ (ст. 6); они именно сводятъ все къ закону и къ волѣ сторонъ, отличаясь между собою лишь въ подробностяхъ. Только волей сторонъ рѣшается вопросъ о значеніи и обязательности различныхъ зачаточныхъ элементовъ договора,—замѣтокъ pro temore, отдѣльныхъ пунктовъ и т. д.,—а также о случайныхъ и второстепенныхъ принадлежностяхъ договоровъ.

2) Предложеніе должно быть сдѣлано рѣшительно и окончательно; разспросы и переговоры не имѣютъ значенія предложенія.

3) Предложеніе должно исходить отъ одного изъ контрагентовъ и направляться къ другому контрагенту; поэтому волеизъявленіе, сдѣланное по адресу третьяго лица не для передачи его контрагенту, не имѣетъ силы предложенія и не обязываетъ офферента, а также не даетъ правъ и третьему лицу. Здѣсь необходимо замѣтить, что предложеніе можетъ быть обращено не только къ лицу опредѣленному, но и къ лицу неопредѣленному, *in incertam personam*. Это объясняется тѣмъ, что во многихъ случаяхъ имущественныхъ договоровъ и отношеній индивидуальная личность контрагента не играетъ никакой роли, она совершенно безразлична, такъ что, напр., и ошибка въ лицѣ не оказываетъ разрушающаго вліянія на сдѣлку (продаю фунтъ чаю Ивану, а думаю, что это Петръ). Такъ, предложеніе *in incertam personam* дѣлается, напр., извозчикъ, стоящій на улицѣ, если установлена такса; если таксы нѣтъ, то извозчикъ однимъ своимъ нахожденіемъ на улицѣ только приглашаетъ другихъ сдѣлать ему предложеніе. Изъ этого слѣдуетъ, между прочимъ, что предложеніе, какъ и всякое другое волеизъявленіе, можетъ быть сдѣлано и молчаливо. Вообще сюда относятся всѣ правила о волеизъявленіяхъ, излагаемая въ общей части гражданскаго права.

4) Съ отрицательной стороны, предложеніе не должно имѣть характера вызова или публикаціи, т. е. приглашенія, чтобы кто-нибудь другой сдѣлалъ предложеніе. А потому, если контрагентъ въ своемъ отвѣтѣ дѣлаетъ измѣненія, то первое предложеніе теряетъ всякое значеніе, и въ качествѣ офферента выступаетъ тогда второй контрагентъ. Проектъ, ст. 11.

5) При такихъ своихъ качествахъ предложеніе должно дойти до свѣдѣнія промиссара. Пока промиссаръ ничего не знаетъ о предложеніи, оно какъ-бы не существуетъ, и промиттентъ можетъ взять его обратно, уничтожить.

Таково понятіе предложенія въ основныхъ его чертахъ.

Хотя для возникновенія договора, а слѣдовательно и обязательства, необходимо еще и принятіе предложенія, тѣмъ не менѣе уже и предложеніе, какъ только оно воспринято промиссаромъ, получаетъ извѣстное юридическое значеніе. Именно: предложеніе само по себѣ связываетъ офферента, и, въ случаѣ неправомернаго отступленія отъ сдѣланнаго предложенія, можетъ возникнуть обязанность возмѣщенія убытковъ. Однако и съ другой стороны, эта связанность не можетъ продолжаться бесконечно. При заключеніи договора между присутствующими (сюда относятся переговоры и по телефону) отвѣтъ долженъ быть данъ немедленно. При заключеніи договора между отсутствующими эта связанность продолжается столько времени, сколько его нужно для того, чтобы (положительный или отрицательный) отвѣтъ промиссара могъ, при обыкновенныхъ условіяхъ, дойти до офферента: разъ это время истекло, а отвѣта нѣтъ, офферентъ дѣлается свободнымъ отъ своего предложенія. Кромѣ того, офферентъ, дѣлая предложеніе, можетъ назначить срокъ, въ теченіе котораго долженъ быть данъ такой или другой отвѣтъ: разъ этотъ срокъ прошелъ, а отвѣта нѣтъ, промиттентъ опять свободенъ; до истеченія

же срока онъ связанъ, и, въ случаѣ принятія предложенія, установится договоръ, а изъ договора возникнетъ обязательство. Ни Кодексъ Наполеона, ни 1 ч. X т. Св. зак. не даютъ собственно этихъ правилъ, но они являются общепринятыми¹⁾. Ихъ принимаетъ и нашъ Проектъ въ ст. 7—9. Наконецъ, предложеніе теряетъ силу, если, въ промежутокъ времени между сообщеніемъ его промиссару и принятіемъ его, офферентъ умираетъ или поражается недѣеспособностью. По аналогіи—ст. 932 К. Н. Это потому, что при такихъ условіяхъ заключеніе договора совершенно не возможно. Однако Общегерманское уложеніе въ ст. 153 постановляетъ обратное. Проектъ молчитъ по этому вопросу.

Вторымъ элементомъ договорнаго соглашенія является принятіе предложенія, акцептъ.

Принятіе для того, чтобы имѣть свойства и значеніе акцепта въ техническомъ значеніи этого слова, также должно обладать особыми качествами. Именно, принятіе должно представлять изъ себя отвѣтъ на предложеніе,—отвѣтъ, исходящій отъ того, кому сдѣлано это предложеніе, и направляющійся къ тому, кто его сдѣлалъ. Отвѣтъ этотъ, въ качествѣ принятія, долженъ быть утвердительнымъ, а также рѣшительнымъ и окончательнымъ. Принятіе должно быть согласнымъ съ предложеніемъ, такъ какъ иначе, какъ уже сказано, это будетъ не принятіе, а новое предложеніе, нуждающееся, въ свою очередь, въ принятіи.

Наконецъ, относительно принятія возникаетъ послѣдній вопросъ, имѣющій особенное значеніе при заключеніи договоровъ между отсутствующими,—вопросъ о томъ, въ какой именно моментъ совершается заключеніе договора (наступаетъ его perfectio) въ случаѣ принятія предложенія. Другими словами: достаточно ли, чтобы акцеп-

¹⁾ Прибалт. Сводъ, ст. 3135, 3137. Общегерманское уложеніе, ст. 147, 148. Швейцарскій союзный законъ объ обязат., ст. 3—5, 7.

тантъ только согласился принять предложеніе, или же нужно, чтобы это согласіе дошло до свѣдѣнія промиттента.

Кажется, наиболѣе правильно признать, что договоръ *inter absentes* достигаетъ своей perfectio только въ тотъ моментъ, когда промиттентъ воспринимаетъ принятіе, узнаетъ объ акцептѣ. Такъ рѣшается этотъ вопросъ Общегерманскимъ уложеніемъ (ст. 130) и Проектомъ (ст. 6). Это положеніе подтверждается аналогіей съ заключеніемъ договора между присутствующими. Для болѣе яснаго анализа этого послѣдняго процесса возьмемъ случай заключенія договора съ глухимъ или слѣпымъ: пока первому только сказано о согласіи принять его предложеніе, а второму написано, до тѣхъ поръ единенія воли, соглашенія, договора еще нѣтъ, такъ какъ нѣтъ даже пониманія другъ друга. Соглашеніе наступитъ только послѣ воспріятія или уразумѣнія отвѣта, а для этого нужно первому написать, а второму сказать объ акцептѣ, такъ какъ иначе и первый, и второй, не получивъ отвѣта, сочтутъ себя совершенно основательно свободными отъ своихъ предложеній.

Однако Швейцарскій союзн. законъ объ обязат. въ ст. 8 постановляетъ: „Договоръ, состоявшійся между отсутствующими, вступаетъ въ силу съ того времени, когда сдано къ отправленію заявленіе о принятіи предложенія“. Къ моменту одного только изъясненія согласія на принятіе предложенія относитъ заключеніе (*perfectio*) договора и наше остзейское право¹⁾.

Рѣшеніе вопроса о времени перфекціи договора является въ то же время рѣшеніемъ вопроса и о мѣстѣ его заключенія. Именно, по швейцарскому и остзейскому праву, договоръ заключается въ мѣстѣ жительства акцептанта, а по германскому, а также по французскому и русскому,—въ мѣстѣ жительства промиттента. А этотъ

¹⁾ Сводъ, ст. 3136—3138.

вопросъ важенъ для тѣхъ случаевъ, когда контрагенты живутъ подѣ дѣйствіемъ различныхъ законодательствъ: тогда важно рѣшить и знать, по какимъ законамъ долженъ быть обсуждаемъ данный договоръ. Въ первомъ случаѣ примѣняется *lex domicilii* акцептанта, во второмъ случаѣ—промиттента.

Установленное нами правило о необходимости воспріятія акцепта промиттентомъ есть лишь общее и типическое рѣшеніе вопроса; но возможны случаи, когда и по французскому, и по русскому праву достаточно лишь согласія акцептанта; сообщенія же этого согласія офференту не требуется.

Сюда относится, во 1-хъ, такъ называемый приказъ, т. е. такое предложеніе, при которомъ промиттентъ проситъ или требуетъ, въ случаѣ согласія, прямо приступить къ исполненію безъ сообщенія о согласіи. Такова выписка газетъ, книгъ, журналовъ, а также и всякихъ другихъ вещей и предметовъ, о которыхъ публикуется въ газетахъ. Таковы же нерѣдко обычаи въ торговыхъ дѣлахъ и сношеніяхъ, гдѣ дѣло безспорно, и въ то же время требуется быстрота дѣйствій. Сообщение о согласіи здѣсь не требуется просто потому, что по обстоятельствамъ дѣла оно никому не нужно и ни для кого не представляетъ интереса; договоръ заключается укороченнымъ или упрощеннымъ образомъ.

Сюда же относится, во 2-хъ, и предложеніе съ приложеніемъ, т. е. такое предложеніе, которое уже сопровождается исполненіемъ со стороны промиттента. Это бываетъ въ такихъ случаяхъ, когда по существу дѣла также особое сообщеніе о принятіи не нужно, а потому оно и не требуется. Въ обоихъ этихъ случаяхъ, наоборотъ, необходимо сообщеніе только въ случаѣ отказа отъ предложенія¹⁾.

¹⁾ Общегерманское уложеніе, ст. 151. Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 8 п. 2. Проектъ, ст. 12.

Затѣмъ и о принятіи надо сказать то же, что было сказано о предложеніи. Именно, къ принятію, какъ къ волеизъявленію, также относятся всѣ общія положенія общей части гражданскаго права о волеизъявленіяхъ вообще.

Такъ, принятіе, какъ и предложеніе, можетъ быть изъявлено прямо и косвенно, явно и молчаливо.

Далѣе, оно также подвержено порокамъ ошибки, обмана, принужденія. Въ частности ошибки и промедленія особенно возможны при заключеніи договоровъ между отсутствующими посредствомъ телеграфа и даже почты. Спрашивается: кто виноватъ, если предложеніе или принятіе передаются въ искаженномъ видѣ, и поэтому возникаетъ договоръ несоотвѣтствующаго содержанія? Виноватъ тотъ, кто обращается къ такому ненадежному способу передачи извѣстій: лицо, посылающее телеграмму, и должно нести отвѣтственность передъ контрагентомъ; оно же должно вѣдаться и съ почтовымъ вѣдомствомъ.

Кромѣ искаженія, возможно и опозданіе акцепта по винѣ телеграфа или почты. Офферентъ, прождавшій отвѣта положенное время, можетъ затѣмъ отступить отъ своего предложенія, и договоръ не состоится, но въ то же время онъ обязанъ немедленно увѣдомить акцептанта объ опозданіи, если замѣтитъ, что отвѣтъ посланъ своевременно и только доставленъ съ опозданіемъ¹⁾.

Обязанъ ли, съ другой стороны, акцептантъ увѣдомлять офферента объ отклоненіи предложенія? Или другими словами: молчаніе акцептанта не будетъ ли знакомъ согласія и принятія предложенія? Нѣтъ, акцептантъ, по общему правилу, отвѣчать на предложенія не обязанъ, а потому и его молчаніе нельзя толковать въ смыслѣ согласія на заключеніе предлагаемой сдѣлки. Обязанъ

¹⁾ Общегерманское уложеніе, ст. 149. Проектъ, ст. 10.

ность отвѣчать, увѣдомлять объ отказѣ, можетъ имѣть мѣсто только при особыхъ обстоятельствахъ; напр., при постоянныхъ дѣловыхъ сношеніяхъ; затѣмъ можетъ имѣть мѣсто особый уговоръ объ обязанности извѣщенія и т. п.

Наконецъ, и еще рядъ правилъ для акцепта, аналогичныхъ правиламъ для предложенія. Именно, и принятіе, разъ сдѣланное, уже само по себѣ связываетъ акцептанта и не при всякихъ условіяхъ и не всякимъ способомъ можетъ быть взято обратно. Взять его обратно можно безнаказанно лишь тогда, когда отреченіе отъ принятія доходитъ до свѣдѣнія офферента раньше или, по крайней мѣрѣ, одновременно съ самимъ принятіемъ. Если же отреченіе приходитъ позже, чѣмъ принятіе, то договоръ уже оказывается заключеннымъ, а потому и не подлежащимъ расторженію по односторонней волѣ акцептанта; послѣдствія договора, какъ сдѣлки двусторонней, могутъ быть уничтожены вообще только обоюдной волей сторонъ. Смерть или наступающая недѣеспособность акцептанта также мѣшаютъ возникновенію договора, если онѣ наступаютъ до момента перфекціи.

Все сказанное относится къ заключенію договоровъ консенсуальныхъ.

Сюда же относятся и такъ наз. *pacta de contrahendo*. Это тоже договоры въ полномъ смыслѣ слова, и всѣ указанные выше правила относятся къ нимъ въ полной мѣрѣ. Эти *pacta* или соглашенія отличаются отъ обыкновенныхъ консенсуальныхъ договоровъ не юридическими свойствами, а своей экономической ролью: они всегда являются подготовительными соглашеніями для заключенія другихъ, послѣдующихъ договоровъ. Такова, напр., наиболѣе распространенная сдѣлка, запродажа, по отношенію къ послѣдующей продажѣ; таково соглашеніе объ открытіи кредита (*pactum de mutuo dando*) по отношенію къ договору займа и т. п.

Здѣсь возникаетъ весьма важный вопросъ: можно ли на основаніи такого *pactum* принудить обязавшагося къ заключенію послѣдующей сдѣлки: продажи, займа и т. п.? Ни Кодексъ Наполеона, ни 1 ч. X т. Св. зак. не даютъ отвѣта, а Сенатъ совершенно правильно отвѣчаетъ отрицательно¹⁾, такъ какъ и здѣсь *ad faciendum nemo cogi potest*.

Затѣмъ, кромѣ консенсуальныхъ, есть еще, какъ сказано, договоры формальные.

Къ нимъ, по Кодексу Наполеона, относятся дареніе (ст. 931) и одинъ изъ случаевъ суброгации или вступленія въ права кредитора (ст. 1250 п. 2).

Здѣсь, конечно, также необходимо соглашеніе сторонъ, но, кромѣ того, нужно еще, чтобы эта согласная воля сторонъ была облечена въ нотаріальную форму: пока это не сдѣлано, обязательство не возникаетъ, какъ бы несомнѣнно ни было обоюдное согласіе сторонъ²⁾.

Совершенно иначе относится къ этому нашъ Проектъ. Прежде всего, онъ требуетъ, въ видѣ общаго правила, письменной формы для всѣхъ обязательствъ на сумму свыше трехсотъ рублей (ст. 14), а затѣмъ ст. 15 постановляетъ: „Предписаніе закона объ удостовѣреніи договора на письмѣ имѣетъ лишь то значеніе, что въ случаѣ спора договоръ не можетъ быть доказываемъ на судѣ свидѣтельскими показаніями; но въ подтвержденіе договора могутъ быть представляемы какъ акты, подписанные договорившимися сторонами, такъ и письма, телеграммы и вообще всякаго рода письменныя доказательства“. Кромѣ того,—это уже одинаково относится и къ русскому праву,—стороны сами могутъ условиться относительно облеченія той или другой сдѣлки въ нота-

¹⁾ Рѣшенія 1871 г. № 378; 1874 г. № 880; 1876 г. № 197.

²⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 113 и 4473. Общегерманское уложеніе, ст. 125. Швейцарскій союзн. законъ объ обязат. ст. 9.

риальную форму. Тогда опять договоръ не будетъ считаться заключеннымъ до тѣхъ поръ, пока не будетъ соблюдено условіе о формѣ ¹⁾.

Наконецъ, есть и такія обязательства, которыя возникаютъ,—конечно, опять-таки при условіи полного соглашенія сторонъ,—не прежде, чѣмъ одинъ контрагентъ передастъ другому физическую вещь.

Сюда относятся ссуда и поклада. Они состоятъ въ томъ, что коммодатарій и депозитарій обязываются возвратить ту же самую вещь, которая ими получена. Ясное дѣло, что такая обязанность не можетъ возникнуть, несмотря ни на какія соглашенія, если (и пока) эта вещь не будетъ вручена этимъ лицамъ. Поэтому эти договоры и называются реальными. Проектъ гражданского уложенія въ ст. 357 такъ и говоритъ: ссудодатель „передаетъ” ссудоприноимателю движимую вещь. А Общегерманское уложеніе (ст. 598) и Швейцарскій союзн. законъ объ обязат. (ст. 321), по моему мнѣнію, совершенно неудачно говорятъ объ обязанности передать, а не о самой передачѣ: тогда это не контрактъ ссуды, а только *pactum de contrahendo*. Особенно это относится къ прибалт. Своду, который подъ ссудою разумѣетъ „договоръ объ отдачѣ” вещи (ст. 3737). По договору затѣмъ покладажи Проектъ также выдерживаетъ идею реального контракта (ст. 389); къ нему присоединяется уже и Общегерманское уложеніе (ст. 688), а Швейцарскій законъ (ст. 475) опять говоритъ объ обязанности принять вещь и хранить ее, т. е. опять имѣетъ въ виду не *depositum*, а *pactum de deposito contrahendo*.

¹⁾ Такой практики держится Сенатъ (рѣш. 1871 г. № 794). Въ такомъ же смыслѣ постановляетъ и нашъ Проектъ гражданского уложенія въ ст. 16. Такъ и Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 14, а также и Общегерманское уложеніе, ст. 154 п. 2.

§ 4. Сила и дѣйствіе договоровъ.

Дѣйствіе договора состоитъ прежде всего въ томъ, что изъ него рождается обязательство, какъ только онъ достигаетъ своей перфекціи. Обязательства же, какъ уже не разъ указывалось, имѣютъ своимъ объектомъ не имущества непосредственно, а дѣйствія и при томъ—не чьи бы то ни было дѣйствія, а лишь дѣйствія контрагентовъ. Итакъ, изъ договоровъ возникаютъ обязательства, и эти обязательства даютъ права не абсолютныя, а относительныя.

Кодексъ Наполеона въ ст. 1165 прямо указываетъ на это: „Договоры имѣютъ силу и дѣйствіе только для договаривающихся сторонъ”... То же самое положеніе, хотя и не такъ рельефно, высказывается и въ ст. 569 1 ч. X т. Св. зак.: „Всякій договоръ и всякое обязательство, правильно составленные, налагаютъ на договаривающихся обязанность ихъ исполнить” ¹⁾.

Таково общее и, можно сказать, основное правило о дѣйствіи договоровъ.

Это правило, собственно говоря, не нарушается тѣмъ обстоятельствомъ, что, кромѣ непосредственныхъ участниковъ въ договорѣ,—контрагентовъ,—оказываются причастными къ нему также универсальные и сингулярные преемники ихъ. Въ самомъ дѣлѣ, есть масса такихъ обязательствъ, которыя по своему имущественному характеру и содержанію отнюдь не связываются неразрывно со своими первоначальными установителями и совершенно свободно допускаютъ перемѣны въ своемъ личномъ составѣ какъ по случаю смерти, при наслѣдованіи, такъ и по сдѣлкамъ между живыми, посредствомъ цессіи. Кодексъ Наполеона въ ст. 1122 ясно и опредѣленно обобщаетъ это положеніе: „Лицо, вступившее въ договоръ,

¹⁾ Ст. 3115 прибалтійскаго Свода.

считается заключившимъ его не только за себя, но и за своихъ наслѣдниковъ и за всѣхъ лицъ, вступающихъ въ его права, развѣ противное тому высказано въ самомъ договорѣ или вытекаетъ изъ самаго свойства договора¹⁾.

Такъ какъ договорами регулируются частно-правовые интересы, то естественно, что стороны и имѣютъ полное право ограничить дѣйствіе любого договора въ томъ смыслѣ, что преемство въ немъ исключается, хотя бы по существу дѣла оно и было возможно.

Но кромѣ того, въ нѣкоторыхъ договорахъ и сама природа ихъ такова, что, благодаря важности именно личного элемента въ нихъ, исключается сама собою возможность перехода обязательствъ къ другимъ лицамъ. Таковы, напр., договоры личного найма, товарищества, порученія, пожизненной ренты.

Въ такомъ смыслѣ постановляетъ 1 ч. X т. Св. зак. Такъ, ст. 1543 говоритъ: „Договоры о имуществѣ имѣютъ равное дѣйствіе какъ на обязавшееся лицо, такъ и на его наслѣдниковъ, соразмѣрно полученному наслѣдству, когда они отъ онаго не отказались“. Здѣсь только нѣтъ упоминанія о сдѣлкѣ между живыми, о цессіи, но разъ она допускается вообще, то уже сомнѣній быть не можетъ въ ея допустимости и въ данномъ случаѣ. Далѣе, ст. 1544 1 ч. X т. постановляетъ: „Договоры о дѣйствіяхъ личныхъ, какъ то: о наймѣ въ услуги и тому подобные, почитаются обязательными единственно для лицъ, заключившихъ оныя, не распространяясь на ихъ потомство“²⁾.

Такимъ образомъ, неразрывной и абсолютной связи между лицами и ихъ обязательствами нѣтъ (въ Римѣ эта связь была гораздо прочнѣе).

¹⁾ Ст. 3114 прибалтійскаго Свода.

²⁾ Ср. ст. 3212 прибалтійскаго Свода.

Болѣе замѣтнымъ и существеннымъ отступленіемъ отъ правила о дѣйствіи договоровъ только для договаривающихся лицъ является возможность осуществленія проистекающихъ изъ договоровъ правъ такъ называемыми хирографарными кредиторами контрагентовъ. Это такіе кредиторы, требованія которыхъ не обезпечены ни ипотекой, ни привилегіями. Они слишкомъ заинтересованы въ имущественныхъ дѣлахъ своихъ должниковъ, а потому законъ, по соображеніямъ цѣлесообразности, и даетъ имъ возможность осуществлять права ихъ должниковъ, не обращая вниманія на то, что кредиторы эти въ договорѣ не участвовали.

Кодексъ Наполеона въ ст. 1166 говоритъ: „Кредиторы могутъ однако осуществлять всѣ права и иски должника, съ изъятіемъ тѣхъ, которые исключительно связаны съ его личностью“. Въ 1 ч. X т. Св. зак., къ сожалѣнію, такого правила нѣтъ, а между тѣмъ оно весьма разумно и вполне цѣлесообразно.

Наконецъ, уже прямымъ и явнымъ исключеніемъ изъ правила о дѣйствіи договоровъ только относительно договаривающихся лицъ являются договоры въ пользу третьихъ лицъ (см. конецъ ст. 1165 К. Н.). На нихъ мы остановимся ниже, а теперь пока окончимъ разсмотрѣніе уже раньше затронутого вопроса: о силѣ и дѣйствіи договоровъ для непосредственныхъ участниковъ ихъ.

Именно, опредѣливши, какія лица затрогиваются договоромъ, мы должны теперь разсмотрѣть, въ чемъ именно и какъ проявляется дѣйствіе договоровъ на указанныхъ лицахъ.

Здѣсь обыкновенно говорятъ, что договоры имѣютъ для сторонъ силу закона. Такъ выражается ст. 1134 К. Н.: „Договоры, законно совершенные, имѣютъ для договаривающихся сторонъ силу закона“. То же положеніе, но только въ болѣе пространной формѣ, выражается и въ ст. 1537 1 ч. X т. Св. зак.: „Присутственныя мѣста

и должностныя лица, заключившія съ частными людьми договоры, не должны оныхъ нарушать, какимъ бы то образомъ ни было, но содержать въ такой силѣ и твердости, какъ бы сіи контракты были за собственноручнымъ подписаніемъ Императорскаго Величества". О „законной силѣ" договоровъ говоритъ и Проектъ (ст. 48). Въ сущности это приравненіе договора къ закону серьезно принимать, конечно, нельзя, такъ какъ законъ даетъ абстрактную и для всѣхъ общую норму отношеній, а договоръ даетъ норму конкретную и лишь для своихъ участниковъ.

Приведенныя постановленія имѣютъ лишь тотъ смыслъ, что стороны должны исполнять принятыя на себя обязанности точно и безъ уклоненій, какъ это говорятъ ст. 569 и 1536 1 ч. X т. По первой изъ нихъ „Всякій договоръ и всякое обязательство налагаютъ на договаривающихся обязанность ихъ исполнить". По второй „Договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ разуму, не уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какихъ особъ" ¹⁾.

Точное исполненіе обязательствъ, которое возлагается договоромъ на стороны, находится однако въ полномъ распоряженіи тѣхъ же сторонъ, при условіи только обоюдного на то согласія. Такъ, ст. 1545 1 ч. X т. говоритъ: „Договаривающіяся стороны могутъ уничтожить договоръ по обоюдному согласію во всякое время" ²⁾.... Это естественно вытекаетъ изъ частно-правовой природы обязательствъ. Нужно только имѣть въ виду, что такая отмѣна, въ противоположность признанію договора недѣйствительнымъ, не имѣетъ обратной силы, а потому права, пріобрѣтенныя третьими лицами до отмѣны, остаются въ силѣ.

¹⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 320; Общегерманское уложеніе, ст. 242.

²⁾ См. и ст. 320 прибалтійскаго Свода.

Кромѣ обоюдного согласія, обязательства могутъ быть уничтожаемы и по другимъ причинамъ. Ст. 1134 К. Н. говоритъ: „Они (т. е. договоры) могутъ быть отмѣнены не иначе, какъ по взаимному согласію сторонъ или по причинамъ, закономъ дозволеннымъ".

Именно, законъ въ извѣстныхъ, точно указанныхъ случаяхъ допускаетъ и одностороннее отступленіе отъ обязательствъ. Здѣсь мы говоримъ не объ отступленіи отъ права (которое свободно, лишь бы не совершалось во вредъ третьимъ лицамъ, ст. 1547 1 ч. X т.); мы здѣсь имѣемъ въ виду отступленіе отъ обязанности.

Такое отступленіе,—по общему правилу не возможное,—допускается однако, во 1-хъ, когда оно выговорено себѣ должникомъ въ самомъ же договорѣ. Сюда относится, напр., ст. 1585 1 ч. X т.: „Неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ, развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежомъ неустойки онъ прекращается".

Во 2-хъ, возможны также соглашенія о правѣ отступить отъ обязательства въ случаѣ неисполненія его другой стороной, поскольку такое право трудно обосновать на самомъ законѣ ¹⁾.

Наконецъ, въ 3-хъ, самъ законъ даетъ право въ нѣкоторыхъ случаяхъ по собственному почину и безъ вины контрагента отступаться отъ обязательствъ ²⁾. Такъ, никто не обязанъ оставаться членомъ товарищества безграничное время. Отсюда—постановленіе ст. 1865 К. Н.: „Товарищество прекращается: п. 5) объявленіемъ одного или нѣсколькихъ товарищей о нежеланіи болѣе

¹⁾ См. выше, гл. I, § 8.

²⁾ См. ст. 321 прибалтійскаго Свода.

оставаться въ товариществѣ" ¹⁾. Одностороннее расторженіе возможно и относительно договора довѣренности. Ст. 2003 К. Н.: „Довѣренность прекращается: отмѣною довѣренности со стороны довѣрителя; отреченіемъ повѣреннаго отъ полномочія"... То же самое говорится и въ ст. 2330 1 ч. X т. ²⁾. Затѣмъ дареніе можетъ быть отмѣнено какъ по поводу неблагодарности одареннаго, такъ и въ случаѣ рожденія дѣтей у дарителя ³⁾. Наконецъ, продавецъ, потерпѣвшій убытокъ болѣе, чѣмъ на семь двѣнадцатыхъ частей въ цѣнѣ недвижимаго имущества, можетъ требовать уничтоженія продажи (ст. 1674 К. Н.). Въ семейственномъ же правѣ договоры не могутъ быть отмѣняемы даже по обоюдному согласію (таковы бракъ, усыновленіе).

Теперь обратимся къ намѣченному выше вопросу о томъ, насколько договорами могутъ затрогиваться, кромѣ контрагентовъ, еще и третьи лица.

§ 5. Дѣйствіе договоровъ относительно третьихъ лицъ.

Этотъ общій вопросъ разбивается на два болѣе частныхъ вопроса: во 1-хъ, можно ли договорами возлагать на третьихъ лицъ обязанности, и, во 2-хъ, можно ли договорами предоставлять третьимъ лицамъ права? Разсмотримъ оба эти вопроса отдѣльно.

1. Договоры во вредъ третьимъ лицамъ.

Не признавались въ древнемъ Римѣ, не признаются и теперь возможными такіе договоры, посредствомъ кото-

¹⁾ Прибалт. Сводъ, ст. 4325; Общегерманское уложеніе, ст. 723; Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 545; Проектъ, ст. 702.

²⁾ Прибалт. Сводъ, ст. 4403; Общегерман. уложеніе, ст. 671; Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 402; нашъ Проектъ, ст. 584.

³⁾ Кодексъ Наполеона, ст. 953 и слѣд., ст. 960 и сл.; 1 ч. X т. Св. зак., ст. 974, 976; прибалт. Сводъ, ст. 4482 сл.; Общегерман. уложеніе, ст. 528, 530; Проектъ, ст. 273.

рыхъ возлагались бы обязанности на третьихъ лицъ, т. е. на такихъ лицъ, которыя участія въ договорѣ не принимали и согласія принять на себя обязанности не выражали.

Такъ, ст. 1119 К. Н. говоритъ: „По общему правилу, обязываться и обязывать отъ своего собственнаго имени можно только за самого себя". То же и въ ст. 1165: „Договоры имѣютъ силу и дѣйствіе только для договаривающихся сторонъ; они не вредятъ третьимъ лицамъ"..... То же, наконецъ, можно вывести и изъ цитированной выше ст. 569 1 ч. X т., хотя это прямо въ ней и не подчеркнуто. И въ самомъ дѣлѣ, къ кому могъ бы обратиться кредиторъ съ требованіемъ исполненія обязанности? Къ контрагенту? Но рѣчь идетъ о дѣйствіи третьяго лица. Къ третьему лицу? Но оно обязательства на себя не принимало ¹⁾.

Для правильнаго пониманія указаннаго положенія о невозможности возложенія обязанностей на лицъ, не участвующихъ въ договорѣ, необходимо имѣть въ виду слѣдующее.

Во 1-хъ, нельзя возлагать обязанности на третье лицо только отъ собственнаго имени, какъ на это опредѣленно указываетъ ст. 1119 К. Н. Но ничего нѣтъ невозможнаго въ возложеніи обязанности на третье лицо договоромъ, заключаемымъ отъ имени этого самаго третьяго лица. Сюда относятся всѣ договоры, заключаемые представителями: представляемый не участвуетъ лично въ заключеніи договора, и тѣмъ не менѣе обязанности на него безъ сомнѣнія могутъ быть возложены; но это потому, что представляемый въ дѣйствительности является самъ контрагентомъ договора, его юридическимъ участникомъ, а не третьимъ лицомъ: договоръ заключается отъ имени не представителя, а именно пред-

¹⁾ Рѣшенія Сената 1870 г. № 1943, 1873 г. № 1560 и 1877 г. № 83.

ставляемаго; представитель же остается совершенно въ сторонѣ отъ установленнаго имъ юридическаго отношенія. Такимъ образомъ, здѣсь нельзя видѣть исключенія изъ указаннаго общаго правила ¹⁾).

Во 2-хъ, можно обѣщать совершеніе дѣйствія третьимъ лицомъ, но лишь въ томъ смыслѣ, что промиттентъ обязывается: или склонить третье лицо къ совершенію даннаго дѣйствія, или возмѣстить убытки въ случаѣ безуспѣшности своихъ стараній ²⁾. Такимъ образомъ, здѣсь непосредственнымъ объектомъ обязательства является не дѣйствіе третьяго лица (это невозможно), а дѣйствіе самого же промиттента, участвующаго въ договорѣ (стараніе склонить третье лицо къ совершенію даннаго дѣйствія). Слѣдовательно, и обязанность ложится на самого же промиттента, а третье лицо договоромъ не связывается: оно остается совершенно въ сторонѣ отъ договора и можетъ совершенно свободно и по собственному произволу: или согласиться на уговоры промиттента, или отвергнуть ихъ безъ всякихъ для себя послѣдствій ³⁾. Въ первомъ случаѣ (согласія) третье лицо уже самостоятельно принимаетъ на себя обязанности, а потому и здѣсь нельзя видѣть исключенія изъ правила о недѣйствительности договоровъ во вредъ третьимъ лицамъ.

Кодексъ Наполеона въ ст. 1120 слѣдующимъ образомъ формулируетъ указанные положенія: „Впрочемъ, можно обязывать третье лицо, обѣщая исполненіе съ его стороны опредѣленнаго дѣйствія; но, если третье лицо откажется исполнить обѣщанное, вознагражденіе слѣдуетъ съ того, кто за него обязывался или кто обѣщалъ его согласіе“. Такого рода договоры встрѣчаются обыкновенно при общности интересовъ и правъ (совладѣніе, товарищество и т. п.), когда одинъ изъ соучастниковъ

¹⁾ См. ст. 3110 прибалтійскаго Свода.

²⁾ См. Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 127.

³⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 3111.

или отсутствуетъ, или не способенъ участвовать въ сдѣлкѣ (малолѣтство и вообще недѣеспособность), а между тѣмъ заключеніе договора необходимо (или выгодно) сейчасъ же; тогда остальные соучастники оказываются вынужденными замѣнить участіе недостающаго члена, гарантируя его согласіе обязательствомъ возмѣстить убытки. Благодаря этому, заключеніе договора становится возможнымъ.

Теперь посмотримъ, съ другой стороны, можно ли такимъ третьимъ лицамъ предоставлять права требованія.

II. Договоры въ пользу третьихъ лицъ.

Сюда относятся такіе договоры, которые хотя и заключаются контрагентами отъ своего имени, тѣмъ не менѣе предоставляютъ права требованія такому (третьему) лицу, которое въ заключеніи договора не участвовало ни лично, ни черезъ представителя.

Итакъ, во 1-хъ, отсюда исключаются такіе договоры, которые хотя и предоставляютъ третьему лицу выгоды, но право требованія оставляютъ у контрагента. Напр., благотворитель покупаетъ партію одежды или хлѣба, или дровъ и угля съ тѣмъ, чтобы все это раздать такимъ-то и такимъ-то бѣднякамъ. Здѣсь нѣтъ договора въ пользу третьихъ лицъ въ спеціальномъ значеніи этого слова, такъ какъ договоръ ограничиваетъ свое юридическое дѣйствіе одними только сторонами; одаренные же покупщикомъ бѣдняки не могутъ самостоятельно требовать исполненія обязательства.

Во 2-хъ, отсюда исключаются договоры, заключаемые контрагентами хотя и для третьяго лица, но въ то же время и отъ имени этого третьяго лица, а не отъ своего собственнаго. Таковы договоры представителей для представляемыхъ: при представительствѣ третье лицо получаетъ право требованія потому, что отъ его же имени заключается и самый договоръ, а представитель оста-

ется въ сторонѣ отъ обязательства, между тѣмъ какъ договоры въ пользу третьихъ лицъ, въ спеціальному смыслѣ этого слова, заключаются контрагентами отъ своего собственнаго имени, и эти контрагенты въ сторонѣ отъ обязательства не остаются.¹⁾

Наконецъ, въ 3-хъ, отсюда исключаются и случаи такъ называемаго *solutionis causa adjectio*, когда третье лицо не только не получаетъ права требованія (оно остается у контрагента), но не получаетъ даже и никакой выгоды. Это особаго рода помощь по принятію исполненія чужихъ обязательствъ. Напр., кредиторъ уговаривается со своимъ должникомъ, чтобы платежи производились не ему, кредитору, лично, а въ такой-то банкъ. Банкъ въ такихъ случаяхъ, какъ только лишь *solutionis causa adjectus*, не получаетъ права требованія по отношенію къ должнику, а потому здѣсь и нѣтъ договора въ пользу третьяго лица.

Послѣ даннаго нами выше положительнаго опредѣленія договоровъ въ пользу третьихъ лицъ и послѣ характеристики ихъ отрицательными чертами посмотримъ теперь на отношеніе къ этимъ договорамъ со стороны положительныхъ законодательствъ.

Римское право не признавало принципіально возможности договариваться въ пользу третьихъ лицъ. Встрѣчавшаяся же потребность въ этомъ удовлетворялась косвеннымъ путемъ при наличности имѣвшихся уже юридическихъ средствъ, напр., сдѣлками даренія *sub modo*: дарю тебѣ такое-то имущество съ тѣмъ, чтобы ты уплатилъ такую-то сумму такому-то третьему лицу.

Принципіальное признаніе договоровъ въ пользу третьихъ лицъ сдѣлано только въ новое время, да и то идея эта проникла въ законодательства не сразу во всей своей полнотѣ.

Такъ, Кодексъ Наполеона хотя и признаетъ эти договоры, но не въ видѣ самостоятельномъ, а въ видѣ со-

глашеній или условій добавочныхъ къ договору главному, заключаемому сторонами для самихъ себя. Ст. 1121 К. Н. говоритъ объ этомъ такъ: „Равнымъ образомъ можно заключать сдѣлки въ пользу третьяго лица, если таково условіе договора, совершаемаго для себя, или же даренія, дѣлаемаго другому. Кто заключилъ такого рода договоръ, тотъ не можетъ отъ него отказаться, если третье лицо заявило желаніе имъ воспользоваться“. Практически такая несамостоятельность договоровъ въ пользу третьихъ лицъ не имѣетъ существенно важнаго значенія: дѣло въ томъ, что ко всякому договору можно прибавить условіе о неустойкѣ; вотъ это-то послѣднее условіе и будетъ договоромъ, заключаемымъ контрагентами для себя, а уже къ этому условію примкнетъ все остальное содержаніе договора, направленное въ пользу третьяго лица. Такимъ образомъ и получится полное соотвѣтствіе со ст. 1121 К. Н. Теоретически же надо признать, что въ Кодексъ Наполеона договоры въ пользу третьихъ лицъ еще не получили своего полного развитія и признанія.

Совсѣмъ ничего не говоритъ объ этихъ договорахъ 1 ч. X т. Св. зак. Но въ ея области дѣйствія такіе договоры допускаются кассационной практикой Сената¹⁾.

Наконецъ, въ видѣ уже совершенно самостоятельномъ договоры въ пользу третьихъ лицъ признаны прибалтійскимъ Сводомъ (ст. 3116), Швейцарскимъ союзн. закономъ объ обязат. (ст. 128), особенно же—Общегерманскимъ уложеніемъ (ст. 328 сл.) и, конечно, нашимъ Проектомъ (ст. 54 сл.).

Примѣры договоровъ въ пользу третьихъ лицъ можно указать слѣдующіе. Договоръ страхованія съ такимъ содержаніемъ, что лицо страхующее себя, выговариваетъ условіе, чтобы страховая премія была уплачена не

¹⁾ Рѣшенія 1877 г. № 372, 1880 г. № 174, 1907 г. № 23.

ему, контрагенту, а какому-нибудь третьему лицу: его женѣ, одному изъ дѣтей и т. д. Сюда же относятся договоръ перевозки, по которому право на получение груза или товара принадлежитъ не сдающему грузъ на желѣзную дорогу или пароходъ, а предъявителю накладной, который въ заключеніи договора не участвовалъ. Сюда же относятся и вклады въ банки съ тѣмъ, чтобы они выдавались не вкладчику, а третьему лицу, избранному вкладчикомъ, но въ договорѣ не принимавшему участія¹⁾. Конечно, эти примѣры и эти отношенія имѣютъ одинаковое значеніе какъ для Царства Польскаго, такъ и для собственно Имперіи, потому что они введены и признаны позднѣйшими общими узаконеніями.

Спрашивается: на чемъ основывается сила и дѣйствіе этихъ договоровъ по отношенію къ третьимъ лицамъ?—въ силу чего лицо, не принимавшее участія въ заключеніи договора, можетъ по этому чужому для него договору предъявить искъ или требованіе въ свою пользу?

Въ наукѣ вопросъ этотъ является спорнымъ.

Такъ, по одной теоріи, здѣсь имѣетъ мѣсто просто исключеніе изъ общихъ правилъ; въ силу этого исключенія и возникаетъ для третьяго лица непосредственное право на дѣйствіе чужого должника. Однако здѣсь разсматриваемое явленіе только констатируется, но ничуть не объясняется. Такія теоріи могли бы служить для объясненія каждаго труднаго вопроса именно потому, что онѣ въ сущность дѣла не входятъ.

По другой теоріи, здѣсь имѣетъ мѣсто обыкновенное при заключеніи договоровъ предложеніе, оферта третьему лицу и принятіе, акцептъ этого предложенія третьимъ лицомъ. Съ момента этого принятія,—и на основаніи его,—и возникаетъ право третьяго лица.

¹⁾ Ср. ст. 330 Allgemeines deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.

Такого взгляда держится нашъ Сенатъ въ своихъ приведенныхъ выше рѣшеніяхъ (стр. 135 прим. 1). Принимаетъ это объясненіе и проф. Шершеневичъ¹⁾.

Однако изъ этой теоріи вытекаетъ, что никакихъ особыхъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ нѣтъ; здѣсь имѣетъ мѣсто послѣдовательное заключеніе двухъ договоровъ по общимъ правиламъ: сначала между первоначальными, главными контрагентами, а затѣмъ—съ третьимъ лицомъ. Эта конструкція сама по себѣ возможна, но такая постановка дѣла не удовлетворяетъ дѣйствительныхъ потребностей жизни. А именно, если мы предположимъ, что второй по времени договоръ заключается между третьимъ лицомъ и кредиторомъ перваго договора, то мы должны будемъ признать слѣдующее. Во 1-хъ, третье лицо является преемникомъ этого кредитора, а потому на третьемъ лицѣ должна будетъ совершенно отозваться несостоятельность, постигшая кредитора въ промежутокъ времени между заключеніемъ обоихъ договоровъ. Во 2-хъ, смерть кредитора до принятія третьимъ лицомъ его предложенія должна уничтожать оферту и лишать третье лицо возможности пріобрѣсти право требованія. Не признать этихъ послѣдствій нельзя, а между тѣмъ дѣйствительные интересы не допускаютъ этого: нужна такая форма отношеній, чтобы ни несостоятельность, ни смерть кредитора не вліяли на права третьяго лица. А разъ это такъ, то, значитъ, разбираемая теорія не пригодна. Есть другая модификація этой же теоріи: второй договоръ заключается, говорятъ, между третьимъ лицомъ и должникомъ, а не кредиторомъ. Но и здѣсь право третьяго лица не возникаетъ немедленно, какъ это требуется интересами дѣла, а лишь послѣ того, какъ должникъ сдѣлаетъ третьему лицу предложеніе.

¹⁾ Учебникъ рус. гр. права, 1910 г., стр. 475.

Такимъ образомъ договорная теорія въ обоихъ ея видахъ является для договоровъ въ пользу третьихъ лицъ прокрустовымъ ложемъ.

По третьей теоріи, которую принимаетъ Плянйоль¹⁾, здѣсь имѣетъ мѣсто веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія, *negotiorum gestio*.

Именно, здѣсь *negotiorum gestor* омъ является кредиторъ: онъ, не имѣя отъ третьяго лица полномочія, выговариваетъ въ его пользу какую-либо выгоду. Конечно, здѣсь надо видѣть не ту форму *negotiorum gestio*, при которой *gestor* распоряжается наличнымъ имуществомъ отсутствующаго хозяина (ст. 1372 и сл. К. Н.); здѣсь все дѣло состоитъ въ заключеніи договора, и затѣмъ по аналогіи примѣняется ст. 1998 К. Н., по которой „дѣйствія повѣреннаго, выходящія за предѣлы полномочія, обязательны для довѣрителя настолько, насколько онъ подтвердилъ ихъ положительно или безмолвно”.

Такимъ образомъ право третьяго лица объясняется подтвержденіемъ (*ratihabitio*) совершеннаго для него безъ полномочія съ его стороны.

Эта *ratihabitio* имѣетъ обратную силу и приводитъ право третьяго лица къ моменту заключенія договора.

Возможность отмѣны этого права (однимъ кредиторомъ или по его соглашенію съ должникомъ) можетъ найти свое объясненіе въ томъ, что только въ такомъ видѣ и только на такихъ основаніяхъ стороны предоставляютъ третьему лицу данное право: связывать себя безповоротно до момента *ratihabitio* стороны не желаютъ; точно также онѣ могутъ обставить это право сроками, условіями и т. п.; это ихъ право—дать нѣчто большее или нѣчто меньшее.

Не служитъ опроверженіемъ этой теоріи и то обстоятельство, что при обыкновенной *negotiorum gestio* лич-

¹⁾ Курсъ, ч. I, № 1222 сл.

ность *gestor* а отходитъ совершенно въ сторону: ему возмѣщаются всѣ произведенныя имъ издержки, и послѣ этого онъ не играетъ никакой роли въ установленныхъ имъ отношеніяхъ; между тѣмъ какъ въ договорахъ въ пользу третьихъ лицъ кредиторъ, съ одной стороны, никогда не получаетъ никакого возмѣщенія издержекъ, а съ другой стороны, продолжаетъ играть активную роль въ договорѣ. Эта противоположность только кажущаяся; она объясняется сложностью отношеній, вытекающихъ изъ подобнаго рода договоровъ: кредиторъ выговариваетъ права и выгоды не только для третьихъ лицъ, но и для себя; поэтому его роль активна; если же онъ не получаетъ никакого возмѣщенія издержекъ, то на это онъ и идетъ прямо и сознательно: своимъ договоромъ въ формѣ *negotiorum gestio* онъ или совершаетъ дареніе, или погашаетъ обязательство,—ни о какой компенсаціи рѣчи быть не можетъ.

Наконецъ, при этой конструкціи на права третьихъ лицъ не вліяютъ ни смерть кредитора, ни его несостоятельность.

Повидимому, эта теорія наиболѣе удовлетворительно объясняетъ изучаемое явленіе, а такъ какъ она, сверхъ того, вполне отвѣчаетъ практическимъ требованіямъ, то ее и слѣдуетъ принять въ качествѣ правильной.

Подтвержденіе (*ratihabitio*), предотвращающее возможность отмѣны договора, по Кодексу Наполеона (ст. 1121), по Прибалтійскому Своду (ст. 3117), по Проекту (ст. 55) и по Швейцарскому союзн. закону объ обязат. (ст. 128) должно быть выражено положительно; впрочемъ, для этого пригодно и такое, напр., дѣйствіе, какъ предъявленіе иска.

Общегерманское же уложеніе ставитъ дѣло такъ, что третье лицо немедленно и непосредственно пріобрѣтаетъ право требованія (ст. 330); прекращается же это право не въ силу отсутствія принятія, а вслѣдствіе прямого отказа (ст. 333); это дѣлаетъ болѣе прочнымъ

право третьяго лица, но за то вноситъ извѣстную неопредѣленность въ положеніе контрагентовъ, такъ какъ никто не торопится заявлять о своемъ отказѣ отъ тѣхъ правъ, приобрѣтеніе которыхъ не желательно, а потому все отношеніе можетъ долго оставаться въ неопредѣленности.

Такъ какъ здѣсь нѣтъ заключенія второго, дополнительнаго договора, то подтвержденіе можетъ быть сдѣлано и наслѣдниками третьяго лица. И тогда какъ, далѣе, первый договоръ заключается, конечно, между существующими контрагентами, — третьимъ лицомъ можетъ быть даже и лицо будущее, еще не существующее (какъ продаются будущія вещи). Конечно, дѣйствіе договора въ такомъ случаѣ будетъ отсрочено и даже обусловлено по формулѣ: *incertus an, incertus quando*.

Теперь допустимъ обратный случай: третье лицо не пользуется возникшимъ для него правомъ, даже отказывается отъ него. Можетъ ли тогда кредиторъ обратиться съ искомъ къ должнику? Общаго отвѣта здѣсь дать нельзя: все зависитъ отъ содержанія и природы договора. Напр., кредиторъ передалъ какія-нибудь вещи или какую-нибудь сумму должнику, имѣя въ виду установить на этомъ основаніи какія-либо выгоды для третьяго лица; при отказѣ послѣдняго кредиторъ можетъ потребовать свои вещи и свои деньги обратно, поскольку то и другое предназначалось именно для третьяго лица, а не для самого должника.

Проектъ въ ст. 56 такъ рѣшаетъ этотъ вопросъ: „Въ случаѣ отказа третьяго лица отъ предоставленнаго ему по договору права, сторона, выговорившая это право, можетъ сама воспользоваться имъ, если этому не препятствуетъ содержаніе договора или самое существо права”¹⁾.

При согласіи же третьяго лица воспользоваться

договоромъ кредиторъ только тогда имѣетъ искъ въ помощь третьему лицу, если у него, кредитора, есть самостоятельный, личный интересъ въ исполненіи, напр., если обязательство обезпечено неустойкой.

Должникъ же, будучи обязаннымъ сдѣлать для третьяго лица все обѣщанное подѣ страхомъ возмѣщенія убытковъ, можетъ, съ своей стороны, противопоставить какъ кредитору, такъ и третьему лицу всѣ тѣ возраженія, которыя вытекаютъ изъ самого договора (Проектъ, ст. 57); напр., онъ можетъ указать на свою недѣеспособность при заключеніи договора, на пороки соглашенія (принужденіе, ошибка), на несоблюденіе предписанной формы и т. п.

Наконецъ, надо имѣть въ виду, что предоставленіе выгоды третьему лицу всегда имѣетъ какое-либо основаніе: это или дареніе, или платежъ по раньше имѣвшимъ мѣсто отношеніямъ. Въ первомъ случаѣ сюда должны быть примѣняемы правила о способности дарить и получать даренія, о сбавкахъ, о возвратѣ въ наслѣдственную массу при соотвѣтствующихъ условіяхъ. Во второмъ случаѣ, при ошибкѣ относительно существованія долга, возможно обратное требованіе по *condictio indebiti*.

§ 6. Толкованіе договоровъ.

Какъ каждая юридическая норма, такъ и каждый договоръ для установленія истиннаго его смысла долженъ подвергаться толкованію.

При толкованіи договоровъ представляются нерѣдко особенныя трудности, такъ какъ они сплошь и рядомъ составляются и редактируются не юристами, а лицами всякихъ другихъ званій и профессій; къ помощи же юристовъ стороны прибѣгаютъ лишь тогда, когда изъ-за споровъ и несогласій уже приходится обращаться въ судъ. Судъ тогда и устанавливаетъ такое или иное значеніе и

¹⁾ Ср. прибалтійскій Сводъ, ст. 3119.

смыслъ договоровъ. А законъ даетъ правила, которыми судъ обязанъ при этомъ руководствоваться.

Разсмотримъ сначала правила, которыя даются Кодексомъ Наполеона.

Прежде всего, необходимо установить самый текстъ соглашенія сторонъ во всей его полнотѣ. Дѣло въ томъ, что стороны нерѣдко сами опредѣляютъ лишь наиболѣе важныя части договоровъ; части же второстепенныя не всегда получаютъ надлежащую нормировку въ договорахъ. Эти пробѣлы, по ст. 1160 К. Н., должны быть восполняемы диспозитивными нормами закона. Конечно, сюда же должны быть отнесены и принудительныя предписанія закона или обычая, ограничивающія частную волю ¹⁾.

Когда устанавливается такимъ образомъ полный текстъ договора, съ его формальной или внѣшней стороны, тогда, собственно, и нужно приступать къ его толкованію, т. е. къ установленію смысла и содержанія этого текста.

Здѣсь, во 1-хъ, если какая-нибудь отдѣльная статья договора, при одномъ толкованіи, не можетъ имѣть „никакихъ послѣдствій“, т. е., иначе говоря, не имѣетъ никакого смысла, а при другомъ ея пониманіи, она можетъ имѣть „какія-либо послѣдствія“, то надлежитъ понимать эту статью „предпочтительно“ въ этомъ послѣднемъ смыслѣ (ст. 1157 К. Н.). Это по той простой причинѣ, что если бы стороны дѣйствительно не желали никакихъ послѣдствій, то онѣ совсѣмъ и не вводили бы такую статью въ свою сдѣлку; если же она введена, то, значитъ, съ ней связываются „какія-либо послѣдствія“ ²⁾.

Во 2-хъ, отдѣльныя неясности договора должны быть изъясняемы „на основаніи обычаевъ той мѣстности, гдѣ договоръ совершенъ“ (ст. 1159) ³⁾.

¹⁾ Ст. 76 Проекта.

²⁾ Ср. конецъ ст. 75 Проекта и ст. 3102 прибалтійскаго Свода.

³⁾ Полнѣе ст. 73 Проекта. См. и ст. 3101 прибалтійскаго Свода.

Въ 3-хъ, несмотря на всю возможную общность употребленныхъ въ договорѣ выраженій, предметомъ его надо считать только то, что стороны „по всему вѣроятію“ имѣли въ виду (ст. 1163).

Въ 4-хъ, изъ приводимыхъ сторонами для разъясненія обязательства примѣровъ нельзя заключать, что стороны тѣмъ самымъ желаютъ изъять изъ обязательства все то, что по закону въ немъ полагается, а въ данномъ договорѣ прямо не обозначено (ст. 1164).

Всѣми этими правилами устанавливается смыслъ и значеніе пока только лишь отдѣльныхъ статей договора. А между тѣмъ каждый договоръ состоитъ не изъ обособленныхъ и независимыхъ одинъ отъ другого пунктовъ и частей; всѣ эти пункты и части по волѣ и сознанію сторонъ несомнѣнно объединяются единствомъ той цѣли, которую стороны преслѣдуютъ въ своемъ договорѣ; всѣ отдѣльныя части договора естественно должны представлять всю совокупность своей одно гармоническое цѣлое, а потому всякая несогласованность между ними, если она имѣетъ мѣсто, должна быть устраняема путемъ подчиненія частей смыслу и сущности цѣлаго. И вотъ, ст. 1156 К. Н. говоритъ: „Въ договорахъ скорѣе надлежитъ изслѣдовать общее намѣреніе договаривающихся сторонъ, нежели останавливаться на буквальномъ смыслѣ выраженій“. То же постановляютъ ст. 1158 и 1161 ¹⁾. Эти статьи имѣютъ доминирующее и руководящее значеніе. На выясненіи буквальнаго смысла толкованіе не останавливается. Все надо привести еще къ единству, а для этого значеніе отдѣльныхъ частей, какъ бы оно ни было само по себѣ ясно, должно быть, въ случаяхъ противорѣчія цѣлому, измѣнено и приспособлено къ смыслу и значенію этого цѣлаго, т. е. всего договора.

¹⁾ Таковы же и ст. 74 Проекта, и ст. 3095 прибалтійскаго Свода.

Однако и послѣ всего этого можетъ остаться еще одно сомнѣніе: относительно объема обязанностей должника. Изъ договора, даже во всей его цѣльности и совокупности, можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ совершенно одинаково вытекать какъ меньшая, такъ и большая обязанность должника: при той и другой договоръ имѣетъ свой общій смыслъ, достигаетъ своей цѣли, но только интересы должника и кредитора удовлетворяются въ различной степени, а точнаго и несомнѣннаго опредѣленія этой степени въ договорѣ можетъ не быть. Въ чью пользу должно быть разрѣшаемо такое сомнѣніе? По ст. 1162 К. Н.,—въ пользу должника ¹⁾. Если кредиторъ желалъ большаго, то онъ долженъ былъ это опредѣленно для себя выговорить, а если не выговорилъ, то должникъ въ соотвѣтственной мѣрѣ свободенъ, такъ какъ обязанности,—и вообще всякія ограниченія свободы,—сами собою не подразумѣваются.

И наконецъ, если та или другая обязанность должника въ концѣ-концовъ установлена, то она не исчерпывается тѣмъ, что такъ или иначе выражено въ договорѣ: въ его отдѣльныхъ статьяхъ и въ его общемъ смыслѣ; не исчерпываются обязанности должника и предписанія закона или обычая; по ст. 1135 К. Н., договоры, кромѣ того, обязываютъ еще и ко всѣмъ тѣмъ послѣдствіямъ, которыя по справедливости вытекаютъ изъ свойства обязательства ²⁾.

Таковы правила Кодекса Наполеона. Съ ними совпадаютъ постановленія и нашего Проекта гражданскаго уложенія (ст. 72—77). Такъ же объ общемъ смыслѣ договора,—въ противоположность буквальному,—и о доброй вѣрѣ, какъ о руководящихъ началахъ, говоритъ, но только болѣе кратко, и Общегерманское уложеніе (ст. 133,

¹⁾ Ст. 77 Проекта. Ст. 3103 прибалтійскаго Свода.

²⁾ Проектъ говорить о „доброй совѣсти“ (ст. 72).

157, 242). Совсѣмъ ужъ кратко предписываетъ Швейцарскій союзн. законъ объ обязат. (ст. 16) „принимать во вниманіе обоюдное дѣйствительное намѣреніе сторонъ, а не неправильныя названія или выраженія” ¹⁾.

Теперь спрашивается: какъ относится къ дѣлу толкованія договоровъ 1 ч. X т. Св. зак., того самаго Свода, который, что касается толкованія законовъ, предписывалъ въ свое время толковать и примѣнять ихъ по буквальному оныхъ смыслу, не увлекаясь обманчивымъ непостоянствомъ произвольныхъ толкованій?

Изъ того обстоятельства, что, по ст. 1538 1 ч. X т., „при исполненіи, договоры должны быть изъясняемы по словесному ихъ смыслу”, выводятъ обыкновенно то заключеніе, что русскимъ правомъ принимается порядокъ обратный тому, который принятъ всѣми другими законодательствами: руководящимъ началомъ является не общій смыслъ договора, а его буквальные выраженія.

Однако къ такому результату можно прійти лишь при томъ условіи, если мы возьмемъ цитированную статью совершенно отдѣльно, внѣ всякой связи съ другими статьями.

Но такой пріемъ толкованія законовъ теперь, особенно послѣ судебной реформы, которой введена въ дѣйствіе, между прочимъ, ст. 9 Устава граждан. судопроизводства, уже не допустимъ. Кромѣ ст. 1538, въ 1 ч. X т. есть еще ст. 1536, по которой „договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ разуму...”, а „разумъ” уже не то, что „буква”. Правда, въ этой статьѣ „разумъ” противопоставляется не „буквѣ”, а „побочнымъ обстоятельствамъ и вліянію различныхъ особъ”, но вѣдь имъ еще съ большимъ успѣхомъ могла бы быть противопоставлена и „буква”, если бы именно она имѣла рѣшающее значеніе. Кромѣ того, въ ст. 1539 1 ч. X т. дается

¹⁾ Ср. ст. 3095 прибалтійскаго Свода.

цѣлый рядъ такихъ правилъ толкованія договоровъ, которыя съ весьма большимъ приближеніемъ воспроизводятъ не старое правило Свода о толкованіи законовъ, а совершенно наоборотъ—только-что изложенныя правила Кодекса Наполеона.

Вотъ эта статья: „Если словесный смыслъ представляетъ важныя сомнѣнія, тогда договоры должны быть изъясняемы по намѣренію ихъ и доброй совѣсти, наблюдая при томъ слѣдующее: 1) слова двухсмысленныя должны быть изъясняемы въ разумѣ, наиболѣе сообразномъ существу главнаго предмета въ договорахъ; 2) не ставить въ вину, когда въ договорѣ упущено такое слово или выраженіе, которое вообще въ договорахъ употребляется и которое потому само собою разумѣется; 3) когда договоръ, по неясности словеснаго смысла, изъясняется по намѣренію его и по доброй совѣсти, тогда неясныя статьи объясняются по тѣмъ, кои не сомнительны, и вообще по разуму всего договора; 4) когда выраженія, въ договорѣ помѣщенныя, не опредѣляютъ предмета во всѣхъ его частяхъ съ точностью, тогда принадлежности онаго изъясняются обычаемъ, если впрочемъ не опредѣлены онѣ закономъ; 5) если всѣ правила, выше поставленныя, недостаточны будутъ къ ясному истолкованію договора, тогда въ случаѣ равнаго съ обѣихъ сторонъ недоумѣнія, сила его изъясняется болѣе въ пользу того, кто обязался что-либо отдать или исполнить, по тому уваженію, что отъ противной ему стороны зависѣло опредѣлить предметъ обязательства съ болѣею точностью”.

Главное, но въ то же время и лишь кажущееся отличіе отъ Кодекса Наполеона заключается только въ томъ, что тамъ во всякомъ случаѣ надо обращать вниманіе на согласованіе отдѣльныхъ статей договора съ общимъ его смысломъ и значеніемъ, а по 1 ч. X т. это можно дѣлать только въ случаяхъ „важныхъ сомнѣній”.

Значитъ, говорятъ, въ остальныхъ случаяхъ надо руководствоваться буквальнымъ смысломъ договора.

Проф. Шершеневичъ выражаетъ это слѣдующимъ образомъ: „если съ внѣшней стороны текстъ договора не возбуждаетъ важныхъ сомнѣній, то судъ обязанъ придерживаться буквального смысла, хотя бы изъ всѣхъ обстоятельствъ дѣла обнаруживалось несоответствіе его истинному намѣренію контрагентовъ”¹⁾.

Съ мнѣніемъ проф. Шершеневича согласиться однако нельзя. Прежде всего, онъ безъ всякаго основанія, для примѣненія ст. 1539, требуетъ, чтобы „важныя сомнѣнія” касались „внѣшней стороны” текста договора (подчистокъ? подлога? но тогда совѣмъ другія послѣдствія). А между тѣмъ ст. 1539 прямо говоритъ о сомнѣніяхъ, вытекающихъ изъ словеснаго „смысла” договора. Слѣдовательно, по 1 ч. X т. правила статьи 1539, по которой буквальный смыслъ замѣняется общимъ смысломъ, должны—и могутъ—быть примѣняемы всякій разъ, когда между ними есть разногласіе. Но въдѣ и по Кодексу Наполеона,—и по всякому другому кодексу съ раціональными правилами толкованія,—буквальный смыслъ отдѣльныхъ статей только тогда дѣйствительно замѣняется общимъ смысломъ договора, когда между ними имѣетъ мѣсто противорѣчіе, при чемъ „неважныя” различія въ расчетъ, конечно, не принимаются. А для того, чтобы въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ убѣдиться, имѣетъ ли мѣсто „важное сомнѣніе”, необходимо и по 1 ч. X т. каждый разъ обращаться къ общему смыслу договора и сравнивать съ нимъ смыслъ отдѣльныхъ его статей и выраженій.

Изъ всего этого можно заключить, что различіе между Кодексомъ Наполеона и 1 ч. X т. Св. зак. касается больше редакціи соотвѣтственныхъ статей, чѣмъ

¹⁾ Учебникъ рус. гр. права, 1910, стр. 476.

существа дѣла; именно по этому существу своему правила толкованія договоровъ тамъ и здѣсь одинаковы. Кассац. Департаментъ Сената въ случаяхъ противорѣчія между отдѣльными статьями договора вполне оправдываетъ—и даже считаетъ необходимымъ—обращеніе къ ст. 1539 1 ч. X т.¹⁾ Извращать же совершенно ясныя указанія договора, конечно, нельзя²⁾.

Такимъ образомъ, въ концѣ-концовъ, можно вообще сказать, что многое, постановленное относительно толкованія законовъ, относится и къ толкованію договоровъ, но есть, конечно, и свои особенности. Между прочимъ, важная особенность состоитъ въ томъ, что судебное толкованіе договоровъ относится къ существу дѣла и потому не подлежитъ повѣркѣ въ кассационномъ порядкѣ, тогда какъ неправильное толкованіе закона является поводомъ для кассациі рѣшенія³⁾. Впрочемъ, явное извращеніе смысла договора принимается Сенатомъ опять въ свое вѣдѣніе⁴⁾. Это послѣднее рѣшеніе признать правильнымъ нельзя: договоры хотя образно и называются закономъ для сторонъ, но принципиально они, какъ отдѣльные факты, въ компетенцію Сената никоимъ образомъ не входятъ. Замѣчательно во всякомъ случаѣ, что въ такомъ же смыслѣ, какъ сейчасъ указано, рѣшается этотъ вопросъ и Кассационнымъ Судомъ французскимъ⁵⁾.

1) Рѣшеніе 1876 г. № 13.

2) Рѣшеніе 1869 г. № 420.

3) См. рѣшеніе Сената 1876 г. № 117.

4) Рѣшеніе 1889 г. № 53.

5) Плянйоль, Курсь, ч. 1, №№ 1183, 1184.

Глава III.

Обезпеченіе обязательствъ.

Каждое обязательство для кредитора является только правомъ на дѣйствіе должника и при томъ на такое дѣйствіе, къ совершенію котораго принуждать нельзя. А между тѣмъ исполненіе обѣщаннаго должникомъ дѣйствія представляетъ самый главный интересъ въ каждомъ обязательствѣ: только при условіи дѣйствительнаго исполненія обязательство и имѣетъ ту или другую цѣнность.

По общему правилу, въ случаѣ неисполненія обязательства, кредиторъ можетъ обратить взысканіе убытковъ на все имущество должника. Но и это не всегда въ достаточной мѣрѣ обезпечиваетъ права и требованія кредитора, такъ какъ къ моменту взысканія у должника можетъ или не оказаться никакого имущества, или на его имущество можетъ быть предъявлено слишкомъ много требованій другими кредиторами, съ которыми придется дѣлиться, получая неполное удовлетвореніе. Отсюда существенная необходимость въ особыхъ и специальныхъ мѣрахъ, которыя обезпечивали бы аккуратное и полное исполненіе обязательствъ.

Такими специальными мѣрами обезпеченія обязательствъ являются залогъ, задатокъ, неустойка и поручительство.

Все это отношенія въ большинствѣ договорныя; они служатъ для обезпеченія и обязательствъ обыкновенно тоже только договорныхъ, примыкая къ нимъ въ видѣ придаточномъ, акцессорномъ. Но нѣтъ ничего невозможнаго, чтобы поручительствомъ, залогомъ (со стороны третьяго лица) или даже неустойкой со стороны самого обязаннаго лица обезпечивались и обязательства изъ деликтовъ, изъ неосновательнаго обогащенія и т. д.¹⁾

Изъ общей массы обязательствъ, допускающихъ обезпеченіе, нашимъ Сенатомъ дѣлается чрезвычайно важное исключеніе, состоящее въ томъ, что, какъ полагаетъ Сенатъ²⁾, мѣры обезпеченія не допускаются при такихъ обязательствахъ, которыя не имѣютъ имущественнаго интереса.

Это исключеніе, совершенно закрывающее двери не только для самостоятельной, но даже и для косвенной защиты неимущественнаго интереса по дѣйствующему праву, не имѣетъ однако достаточныхъ основаній.

Такъ, Сенатъ, что касается неустойки, приводитъ указанія закона, по которымъ законная неустойка всегда стоитъ въ извѣстномъ количественномъ соотношеніи съ суммой главнаго долга. Однако это не касается, по признанію самого же Сената, неустойки добровольной. Эта послѣдняя, по ст. 1583 1 ч. X т., устанавливается просто „въ подкрѣпленіе силы долговыхъ обязательствъ“. Тѣмъ не менѣе, въ виду того, что обязательства во всякомъ случаѣ должны имѣть имущественный интересъ,—и неустойка, по мнѣнію Сената, можетъ быть присоединяема только къ обязательствамъ съ интересомъ имущественнымъ. Однако этотъ выводъ бьетъ дальше цѣли. Обязательства, дѣйствительно, должны имѣть имущественный характеръ, но нигдѣ не сказано,

¹⁾ Вопросъ о возможности обезпечивать неустойку неустойкой же рѣшенъ Сенатомъ утвердительно. Рѣшеніе 1874 г. № 83.

²⁾ Рѣшеніе 1903 г. № 83.

чтобы всѣ безъ исключенія части каждаго даннаго обязательства имѣли имущественную цѣнность. Поэтому-то и признаются дѣйствительными такія, напр., соглашенія: „если выдержишь экзаменъ, подарю тебѣ 100 рублей“. Здѣсь одно лицо обязывается, обѣщаетъ выдержать экзаменъ, а другое—подарить 100 рублей. Въ первой обязанности никакого имущественнаго интереса нѣтъ, и тѣмъ не менѣе обязательство дѣйствительно, благодаря тому, что вторая часть удовлетворяетъ требованію закона. Нигдѣ, далѣе, въ законѣ не дѣлается различія и относительно того, въ какой именно части обязательства долженъ корениться, имѣть мѣсто имущественный интересъ: въ главной или въ акцессорной. Законъ требуетъ только, чтобы каждое обязательство въ общемъ и въ цѣломъ не было лишено имущественнаго интереса, какъ базы для его юридической силы. Слѣдовательно, имущественный интересъ можетъ проявляться въ нѣкоторыхъ случаяхъ только лишь въ неустойкѣ, въ поручительствѣ и т. п., а не въ главномъ обязательствѣ, и все-таки данное правоотношеніе будетъ имущественнымъ, будетъ удовлетворять соотвѣтственному требованію закона.

Каждая изъ указанныхъ выше мѣръ обезпеченія имѣетъ свое особое значеніе и свои въ однихъ случаяхъ выгодныя, а въ другихъ случаяхъ невыгодныя стороны.

Именно, посредствомъ залога выдѣляется изъ имущества должника индивидуально-опредѣленная вещь, подчиняется абсолютному вещному праву кредитора и такимъ образомъ во всякомъ случаѣ и безъ всякаго раздѣла идетъ на удовлетвореніе требованій исключительно даннаго кредитора. Ученіе о залогѣ излагается въ вещномъ правѣ; здѣсь упоминаемъ о немъ лишь мимоходомъ.

При задаткѣ также выдѣляется изъ общей массы имущества должника, но не индивидуально-опредѣленная

вещь, а известная сумма денег, которая уже при самом заключении договора передается кредитору и таким образом также обеспечивает его требование.

Поручительство не изменяет характера ответственности самого должника, а лишь прибавляет ко всему имуществу должника субсидиарно все имущество поручителя. Таким образом здесь увеличивается фонд, из которого кредитор сможет потребовать себе удовлетворения.

Все эти три формы обеспечения договоров,—залог, задаток и поручительство,—имеют то общее, что их побудительной причиной служит недоверие к имущественной состоятельности должника.

Наконец, четвертая форма обеспечения,—неустойка, — предполагает, наоборот, полное доверие к имущественной состоятельности должника, так как никакого выделения и обособления имущества здесь нет. Здесь только устраняется возможность сомнения и споров относительно размера возможного возмещения убытков. Во избежание подобных недоразумений, цифра убытков фиксируется сторонами наперед. Это особенно необходимо тогда, когда устанавливаются обязательства такого свойства, что точное определение убытков даже и совсем не возможно или, по крайней мере, весьма затруднительно.

Таковы общие положения относительно обеспечения обязательств. Теперь нам надо особо остановиться на каждом из способов обеспечения в отдельности (кроме залога).

§ 1. Задаток.

Задаток, состоящий в предварительной уплате известной денежной суммы, может иметь различное юридическое значение.

Во 1-х и во всяком случае, здесь можно видеть внешний признак заключения договора, его перфекцию.

Во 2-х и в тоже самое время, это может быть аванс или частичная уплата того, что должно быть уплачено впоследствии. Это—обеспечение в собственном смысле этого слова.

В 3-х, эта уплачиваемая сумма может иметь значение штрафа или отступного на случай неисполнения обязательства.

В смысле признака перфекции договора задаток может быть уплачиваем не только стороной, которая должна будет платить в будущем, при исполнении договора, но и той стороной, которая должна будет получить уплату. Напр., нанимаю экипаж на завтрашнее гуляние, и извозчик дает мне рублевую монету в задаток. В такого рода случаях не будет задатка в техническом смысле слова; здесь исключительно внешний признак перфекции договора¹⁾.

Задаток в техническом смысле слова имеет место лишь тогда, когда он уплачивается той стороной, которая должна будет платить и при исполнении договора. И вот, здесь значение задатка, как указано выше, кроме признака окончательного заключения договора, может вообще говоря, состоять или в авансе, или в штрафе, как в отступном на случай неисполнения обязательства.

Проект (ст. 59), прибалтийский Свод (ст. 3366), Швейцарский союзный закон об обязат. (ст. 178) и Общегерманское уложение (ст. 338) регулируют задаток именно в виде аванса.

¹⁾ В такой роли знают задаток Проект (ст. 58), прибалтийский Свод (ст. 3359), Общегерманское уложение (ст. 336) и Швейцарский союзный закон об обязательствах (ст. 178).

При задаткѣ въ этомъ смыслѣ наступаютъ слѣдующія послѣдствія, которыя различно видоизмѣняются въ зависимости отъ исполненія и неисполненія обязательства. Разсмотримъ эти видоизмѣненія.

а) Обязательство исполняется; задатокъ, какъ предвареніе исполненія, засчитывается въ сумму, подлежащую уплатѣ при исполненіи.

б) Обязательство не исполняется безъ всякой вины какой-либо изъ сторонъ (напр., обѣщанное дѣйствіе дѣлается объективно-невозможнымъ); здѣсь всѣ правоотношенія должны быть возвращены въ свое прежнее состояніе, а потому и выданный задатокъ долженъ быть возвращенъ обратно полностью ¹⁾.

в) Обязательство не исполняется по винѣ одной изъ сторонъ; здѣсь, по общему правилу, виновная сторона должна возмѣстить другой сторонѣ причиненные убытки. Задатокъ служитъ здѣсь обезпеченіемъ по уплатѣ убытковъ, но, конечно, только для той стороны, которая его получила. Убытки могутъ быть какъ больше, такъ и меньше суммы задатка. Сумма задатка здѣсь ограничивающаго значенія не имѣетъ, такъ какъ задатокъ въ своей функціи обезпеченія имѣетъ въ виду усиленіе дѣйствія договора, а не его ослабленіе: если и безъ задатка каждая сторона обязана исполнить обязательство полностью, а въ случаѣ неисполненія его уплатить всѣ убытки, то все это не отмѣняется тѣмъ, что къ договору прибавлено обезпеченіе; этимъ обезпеченіемъ достигается только большее побужденіе должника къ исполнительности и большая легкость по взысканію убытковъ: потерпѣвшій только тогда долженъ будетъ доказывать дѣйствительный размѣръ ихъ, когда размѣръ этотъ превышаетъ сумму задатка ²⁾.

¹⁾ Проектъ, ст. 60.

²⁾ Проектъ, ст. 59.

Совсѣмъ иначе дѣло стоитъ при задаткѣ во второмъ смыслѣ (штрафъ или отступное).

Прежде всего, и здѣсь, если обязательство исполняется своевременно и вполнѣ, то задатокъ также засчитывается въ сумму долгаго платежа. Если обязательство не исполняется безъ вины какой-либо изъ сторонъ, то задатокъ также подлежитъ возвращенію, такъ какъ нельзя обогащаться на чужой счетъ безъ достаточнаго основанія ¹⁾. Но затѣмъ, если обязательство не исполняется по винѣ одной изъ сторонъ, то здѣсь именно и наступаютъ иныя послѣдствія, чѣмъ при задаткѣ-авансѣ. Именно, здѣсь задатокъ прочно фиксируетъ размѣръ убытковъ, который уже не можетъ быть ни увеличенъ, ни уменьшенъ, хотя бы онъ и не совпадалъ съ суммой задатка. Согласно съ этимъ, сторона, уплатившая задатокъ, въ случаѣ своей виновности въ неисполненіи, теряетъ его пѣликомъ и этимъ уже вполнѣ и окончательно освобождается отъ обязательства; сторона же, получившая задатокъ, возвращаетъ его вдвойнѣ, т. е. несетъ совершенно одинаковую отвѣтственность съ другой стороной ²⁾.

Таково значеніе задатка вообще и таковы отношенія, изъ него вытекающія.

Въ частности надо отмѣтить одну особенность остзейскаго права и одну особенность Проекта.

Остзейское право, принимая задатокъ по общему правилу въ смыслѣ аванса, придаетъ ему однако, и безъ особаго о томъ соглашенія сторонъ, значеніе отступного всякій разъ, когда обезпечивается не окончательный контрактъ, а лишь pactum de contrahendo

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1888 г. № 33.

²⁾ По Проекту (ст. 62) такая форма задатка можетъ имѣть мѣсто лишь въ случаѣ особаго о томъ соглашенія сторонъ. Такъ же это по прибалтійскому Своду (ст. 3367) и по Швейцарскому союзн. закону объ обязат. (ст. 178).

(ст. 3368). Эту особенность усвоилъ было и нашъ Проектъ въ редакціи 1905 г. (ст. 1599, 1600). Однако для такого различенія серьезныхъ основаній нѣтъ, и въ послѣдней редакціи Проекта указанная статья, какъ общее правило, выпущены съ сохраненіемъ однако для запродажи (ст. 254).

Особенность Проекта состоитъ въ томъ, что онъ допускаетъ установленіе задатка и не въ денежной суммѣ (ст. 71). Этого одобрить нельзя: здѣсь задатокъ приближается къ закладу, и вслѣдствіе этого возможно смѣшеніе понятій.

Какъ же задатокъ и отношенія съ нимъ связанныя регулируются Кодексомъ Наполеона и 1 частью X т. Св. зак.?

Общаго и полного ученія они не даютъ, а ограничиваются рѣшеніемъ лишь отдѣльныхъ вопросовъ. Поэтому пробѣлы въ нихъ надо заполнять примѣнительно къ тому, что сказано выше.

Въ Кодексѣ Наполеона есть всего одна статья 1590, которая относится именно къ предварительному договору,—къ сдѣлкѣ запродажи,—и о задаткѣ, подобно прибалтійскому Своду, говоритъ слѣдующее: „Если обѣщаніе продать сопровождалось задаткомъ, то каждая изъ договаривающихся сторонъ можетъ отступить отъ договора: давшая задатокъ, теряя его, а получившая,—возвращая его вдвойнѣ”.

Такимъ образомъ здѣсь задатокъ вообще имѣетъ значеніе не аванса, а штрафа или отступного, какъ это прямо выражено въ приведенной статьѣ; задатокъ здѣсь не укрѣпляетъ обязательство, а наоборотъ, помогаетъ одностороннимъ рѣшеніемъ освободиться отъ него.

Возможны ли, по Кодексу Наполеона, соглашенія о задаткѣ при другихъ обязательствахъ, кромѣ запродажи? Сенатъ совершенно основательно въ рѣшеніи 1904 г. № 49 отвѣчаетъ на этотъ вопросъ утвердительно, распространяя ст. 1590 по аналогіи и на всѣ другія сдѣлки.

Кромѣ того, въ виду ст. 1107, по Кодексу Наполеона исполнѣ возможны и допустимы соглашенія о задаткѣ и въ смыслѣ простого аванса, который идетъ въ зачетъ слѣдуемой по обязательству денежной суммы. Но только такое значеніе задатка должно быть прямо выражено въ договорѣ. Иначе онъ будетъ обсуждаться по ст. 1590. Словомъ, здѣсь мы видимъ положеніе дѣла обратное тому, которое принято нашимъ Проектомъ и Общегерманскимъ уложеніемъ.

Что же касается русскаго права, то здѣсь мы имѣемъ цѣлый рядъ узаконеній о задаткѣ, но всѣ они отличаются, къ сожалѣнію, казуистическимъ характеромъ; общихъ постановленій нѣтъ.

Такъ, то ст. 1681 1 ч. X т. Св. зак., значеніе и роль задатка при запродажной записи всецѣло зависитъ отъ воли сторонъ; это должно быть обозначено въ записи „подробно и съ надлежащею точностію”. Этимъ еще и здѣсь подтверждается общепринятая свобода договорныхъ соглашеній¹⁾.

Затѣмъ, если обязательство не исполняется, и при этомъ ни одна изъ сторонъ не является виновною передъ другою въ этомъ неисполненіи, то все отношеніе ликвидируется тѣмъ, что задатокъ возвращается давшей его сторонѣ безъ всякихъ дальнѣйшихъ послѣдствій. Объ этомъ говоритъ ст. 1689 1 ч. X т. такъ: „Когда формальный актъ не будетъ совершенъ или по взаимному соглашенію, или по винѣ обѣихъ сторонъ, или же по невозможности совершить оный для обѣихъ сторонъ или для одной, то условіе о продажѣ уничтожается простымъ возвращеніемъ задатка продавцомъ покупателю”²⁾.

Теперь мы подходимъ къ самому главному вопросу о томъ, какое значеніе имѣетъ задатокъ по русскому

¹⁾ Ст. 1530 1 ч. X т. и рѣшенія Сената 1888 г. № 33 и 1892 г. № 40.

²⁾ См. и объ этомъ рѣшенія Сената 1888 г. № 33 и 1892 г. № 40.

праву (аванса или отступного) въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство не исполняется по винѣ одной изъ сторонъ, и когда сами стороны не опредѣлили его значенія.

Авансомъ-обезпеченіемъ является задатокъ въ ст. 208 Положенія о казенн. подрядахъ и поставкахъ: съ подрядчика, въ случаѣ его неисправности, взыскивается и задатокъ, и „дѣйствительный казенный убытокъ”. Никакой возможности отступленія отъ договора взамѣнъ ли потери задатка, или же взамѣнъ возвращенія его въ двойномъ размѣрѣ здѣсь нѣтъ, какъ нѣтъ упоминанія о ней и въ ст. 216 того же Положенія, которая именно перечисляетъ „причины, освобождающія отъ всякой отвѣтственности и самаго исполненія договора”.

Затѣмъ ст. 1518 1 ч. X т. предусматриваетъ тотъ случай, когда продавецъ передаетъ покупщику вещи, не соотвѣтствующія условію или образцамъ: такія вещи отдаются продавцу обратно, а задатокъ возвращается покупщику. Спрашивается: можетъ ли покупщикъ сверхъ того еще взыскивать и убытки на общихъ основаніяхъ, поскольку суммы задатка не хватаетъ для ихъ покрытія? Сенатъ въ рѣшеніяхъ 1888 г. № 33 и 1892 г. №№ 12 и 40 совершенно правильно предоставляетъ эту возможность потерпѣвшей сторонѣ, при чемъ объ отступленіи отъ договора, при условіи потери одного лишь задатка, рѣчи нѣтъ.

И вообще Сенатъ это свое положеніе о задаткѣ, какъ авансѣ-обезпеченіи, распространяетъ на всякія другія сдѣлки, при которыхъ стороны выставляютъ условіе о задаткѣ, не опредѣляя его значенія.

Съ этимъ можно только согласиться.

Однако тотъ же Сенатъ, особенно въ рѣшеніи 1904 г. № 28, дѣлаетъ исключеніе для „расписки о задаткѣ”, которая предшествуетъ совершенію „запродажной записи” (ст. 1685 1 ч. X т.).

По мнѣнію Сената, отношенія здѣсь складываются слѣдующимъ образомъ. Если при продажѣ недвижимости совершается „запродажная запись” (ст. 1680 сл. 1 ч. X т.), и сдѣлка эта обезпечивается задаткомъ, то этотъ послѣдній имѣетъ значеніе аванса, и дополнительное взысканіе убытковъ, если они имѣютъ мѣсто, разрѣшается. Если же „запродажная запись” еще не совершена, а состоялось пока неформальное соглашеніе сторонъ о куплѣ-продажѣ, и если это соглашеніе обезпечено задаткомъ, въ чемъ и выдана „расписка о задаткѣ”, то въ такихъ случаяхъ задатокъ имѣетъ значеніе отступного, т. е. потерей его или—соотвѣтственно—возвращеніемъ въ двойномъ количествѣ всѣ отношенія погашаются окончательно, и никакого дополнительнаго взысканія убытковъ уже быть не можетъ.

На чемъ основываетъ Сенатъ это исключеніе?

Прежде всего,—на ст. 1688 1 ч. X т., которая ни о какихъ другихъ послѣдствіяхъ нарушенія договора не говоритъ. Вотъ эта статья: „Если отъ совершенія формальнаго акта (купчей крѣпости или запродажной записи) откажется продавецъ, или если по его винѣ этотъ актъ не будетъ совершенъ въ назначенный распискою о задаткѣ срокъ, а когда срока не было назначено—въ теченіе одного года со дня выдачи расписки, то продавецъ обязанъ возвратитъ задатокъ въ двойномъ количествѣ. Если же помянутый актъ не будетъ совершенъ въ указанные сроки вслѣдствіе отказа или по винѣ покупателя, то сей послѣдній теряетъ свой задатокъ въ пользу продавца”.

Здѣсь нѣтъ прямого, какъ въ Кодексѣ Наполеона, указанія, заканчиваются ли задаткомъ всѣ отношенія сторонъ, или же виновная сторона остается обязанной возмѣстить убытки въ ихъ дѣйствительномъ размѣрѣ, а потому съ указаннымъ рѣшеніемъ Сената согласиться нельзя: для исключеній нужны именно пря-

мы я указанія, а иначе—дѣйствуетъ общее правило; простыя умолчанія въ такихъ случаяхъ отнюдь не достаточны; общія правила о взысканіи убытковъ опредѣлены особо и специально; повторять ихъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ было бы даже и не рационально; нѣтъ ничего удивительнаго, что не повторены они и въ ст. 1688.

Затѣмъ Сенатъ для обоснованія своего рѣшенія указываетъ на то затрудненіе, которое произошло бы при допущеніи взысканія убытковъ на общихъ основаніяхъ дополнительно къ задатку, а именно: по ст. 1688 1 ч. X т. расписка о задаткѣ ограничивается краткою давностью, а требованіе возмѣщенія убытковъ подлежитъ общему сроку давности; такимъ образомъ требованія по одному и тому же основанію имѣли бы различныя сроки, что, по мнѣнію Сената, не допустимо, такъ какъ, съ одной стороны, 10-лѣтній срокъ для взысканія убытковъ противорѣчитъ стремленію закона сократить дѣйствіе расписки о задаткѣ, а съ другой стороны, ограничить и требованіе убытковъ краткимъ срокомъ нельзя, потому что это требованіе только лишь подразумевается, а прямо въ законѣ не выражено; въ виду этого, полагаетъ Сенатъ, только и остается третій путь: лишить потерпѣвшаго права взыскивать убытки.

Это второе основаніе разбираемаго рѣшенія Сената также не убѣдительно: затрудненія при осуществленіи какого-либо права ни въ какомъ случаѣ не должны вести къ упраздненію этого права. Вопросъ о срокахъ, конечно, долженъ быть такъ или иначе рѣшенъ¹⁾;

¹⁾ По моему мнѣнію, за каждымъ требованіемъ долженъ быть сохраненъ свой срокъ: для задатка—краткій, а для взысканія убытковъ—10-лѣтній. Первое требованіе обезпечено, второе не обезпечено. Внимательное къ своимъ дѣламъ лицо предъявить оба требованія въ короткій срокъ; менѣе внимательное воспользуется 10-лѣтнимъ. Такъ какъ законъ и въ этихъ предѣлахъ терпитъ промедленіе, то отказать въ искѣ нельзя.

само же право не должно и не можетъ ставиться въ зависимость отъ этого рѣшенія.

Въ русскомъ правѣ есть дѣйствительное исключеніе изъ общаго правила о задаткѣ. Оно выражено въ ст. 1494 и 1495 1 ч. X т. Св. зак., которыя посвящены вопросу „о приобрѣтеніи имущества куплею съ публичныхъ торговъ“. Первая изъ нихъ гласитъ: „Послѣ окончательнаго торга и переторжки продаваемые казенныя движимыя имущества остаются за тѣмъ, кто далъ выгоднѣйшую цѣну; при чемъ покупатель вноситъ десять процентовъ въ задатокъ условленной суммы“. Вторая статья прибавляетъ: „Когда бы давшій подписку на покупку казеннаго имущества впослѣдствіи отказался, то производятся вновь торги; задатокъ же удерживается и остается въ пользу казны, хотя бы отъ новыхъ торговъ и не понесла она убытка“.

Здѣсь уже совершенно иныя отношенія: съ потерей задатка покупатель въ полнѣ освобождается отъ какихъ бы то ни было обязательствъ; задатокъ здѣсь очевидно играетъ роль отступного, такъ какъ между удержаніемъ казной задатка и возможнымъ убыткомъ прямо и ясно порывается всякая связь и зависимость: задатокъ удерживается и тогда, когда никакого убытка нѣтъ, а если бы онъ и былъ, то казна напередъ опредѣляетъ возможный его размѣръ десятию процентами покупной суммы.

Сюда же относился въ ихъ прежней редакціи цѣлый рядъ статей Устава граждан. судопроизводства: напр., ст. 1062, 1067 и др.

Однако въ началѣ 1913 года совершенно правильно во всѣхъ соотвѣствующихъ статьяхъ Устава гражд. судопроизводства терминъ „задатокъ“ замѣненъ болѣе под-

ходящимъ къ данному случаю терминомъ „обезпеченія (залога)“,—напр., ст. 1156¹ и многія другія ¹).

Соотвѣтственно должна быть измѣнена и редакція 1494 и 1495 статей 1 ч. X т.: понятіе задатка дѣйствительно сюда не подходитъ, такъ какъ значеніе и роль вносимыхъ здѣсь десяти процентовъ цѣны совершенно особенныя.

Итакъ, по русскому праву теперь задатокъ долженъ быть признанъ авансомъ-обезпеченіемъ, а не отступнымъ. Только относительно расписки о задаткѣ Сенатъ держится обратнаго мнѣнія, которое, кажется, не правильно.

По Проекту задатокъ, по общему правилу, во всѣхъ случаяхъ имѣетъ значеніе именно аванса-обезпеченія, и только для запродажи, какъ отмѣчено выше, задатокъ все-таки играетъ роль отступного.

§ 2. Неустойка.

Вторымъ средствомъ обезпеченія обязательствъ является неустойка.

Кодексъ Наполеона въ ст. 1226 говоритъ: „Условіе неустойки есть такое условіе, которымъ контрагентъ, въ обезпеченіе исполненія договора, обязывается къ чему-либо на случай его неисполненія” ²).

Изъ этого опредѣленія вытекаетъ, между прочимъ, что неустойка можетъ выражаться и не въ денежной суммѣ, тогда какъ задатокъ во всѣхъ случаяхъ упоминанія о немъ въ Сводѣ законовъ и въ Кодексѣ Наполеона представляетъ изъ себя только денежную сумму. Такое же разнообразіе въ объектѣ неустойки допускаютъ Общегерманское уложеніе (ст. 342), нашъ Про-

¹) Собраніе узаконеній и распоряженій Правительства 1913 г., № 16, ст. 94.

²) Ср. ст. 3369 прибалтійскаго Свода.

ектъ (ст. 71) и остзейское право (Сводъ, ст. 3370) ¹). 1 ч. X т. Св. зак. не даетъ общаго опредѣленія неустойки, въ отдѣльныхъ же случаяхъ говоритъ о ней, какъ только о денежной суммѣ.

Къ расширенію понятія объекта именно неустойки препятствій, кажется, нѣтъ: отношеніе (въ противоположность задатку и отступному) сохранить свою цѣльность и обособленную самостоятельность; никакого смѣшенія, напр., съ залогомъ, не произойдетъ.

Но даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда неустойка выражается въ денежной суммѣ, она отличается отъ задатка тѣмъ, что задатокъ уплачивается впередъ, при заключеніи договора (*praenummerando*), а неустойка—въ послѣдствіи, именно въ случаѣ неисполненія обязательства (*postnumerando*). Слѣдовательно, задатокъ вызывается, какъ сказано выше, недовѣріемъ къ имущественной состоятельности контрагента, а неустойка, наоборотъ, указываетъ на полное довѣріе въ этомъ отношеніи и имѣетъ цѣлью только фиксировать, установить точно размѣръ платежа при неисполненіи обязательства; другими словами, здѣсь имѣется въ виду избѣжать всѣхъ тѣхъ затрудненій, которыя нерѣдко сопряжены съ точнымъ опредѣленіемъ размѣра убытковъ.

Далѣе, неустойка сходна съ задаткомъ по своей акцессорной природѣ: она также возможна лишь при наличности другого главнаго договора ²) и падаетъ вмѣстѣ съ паденіемъ этого послѣдняго. Кодексъ Наполеона въ ст. 1227 выражаетъ это слѣдующимъ образомъ: „Недѣйствительность главнаго обязательства влечетъ за собой

¹) Прибалтійскій Сводъ выражается такъ: „...назначать ее представляется не только деньгами, но и всякими другими предметами, кромѣ только тѣлесныхъ наказаній и такихъ взысканій, коими ограничивается личная свобода или наносится безчестіе”.

²) Сенатъ допускаетъ обезпеченіе неустойкой и обязательствъ будущихъ. Рѣшеніе 1874 г. № 625.

недѣйствительность и условія неустойки". Но не наоборотъ, какъ это видно изъ конца той же статьи: „Недѣйствительность условій неустойки не влечетъ за собою недѣйствительности главнаго обязательства" ¹⁾.

Но за то неустойка существенно отличается отъ задатка по своему дѣйствию. Дѣйствіе это, вообще говоря, можетъ выражаться или въ томъ, что неустойка кумулятивно прибавляется къ обязательству, усложняя его содержаніе, или въ томъ, что неустойка замѣняетъ собою исполненіе обязательства или возмѣщеніе убытковъ отъ неисполненія. Какъ въ первомъ, такъ и во второмъ своемъ видѣ неустойка, по Кодексу Наполеона, отличается отъ задатка въ его собственномъ видѣ, который и не увеличиваетъ суммы требованія, и не замѣняетъ ея, такъ какъ всегда идетъ въ счетъ требуемой суммы ²⁾. Во второмъ своемъ видѣ неустойка похожа на отступное. Отличіе же состоитъ въ томъ, что отступное, какъ и задатокъ, выплачивается впередъ, при заключеніи обязательства, а неустойка уплачивается въ послѣдствіи, когда обязательство уже нарушено ³⁾.

Таковы отличительные признаки неустойки; таково общее понятіе о ней.

Обратимся теперь къ самому главному вопросу: къ вопросу о дѣйствии неустойки (замѣняющемъ или кумулятивномъ) и посмотримъ, какъ вопросъ этотъ рѣшается Кодексомъ Наполеона.

Ст. 1228 говоритъ: „Кредиторъ, вмѣсто взысканія условленной неустойки съ предвареннаго о просрочкѣ должника можетъ требовать исполненія главнаго обязательства". Ст. 1229 продолжаетъ: „Неустойка служитъ вознагражденіемъ за вредъ и убытки, понесенные кре-

¹⁾ См. рѣшеніе Сената 1877 г. № 84, ст. 3378 прибалтійскаго Свода и ст. 67 Проекта.

²⁾ См. однако слѣдующую страницу.

³⁾ См. примѣчаніе къ ст. 3369 прибалтійскаго Свода.

диторомъ отъ неисполненія главнаго обязательства. Кредиторъ не можетъ требовать вмѣстѣ и исполненія обязательства, и неустойки, развѣ послѣдняя установлена договоромъ за простое промедленіе". Только въ этомъ послѣднемъ случаѣ можетъ подлежать совмѣстному требованію исполненіе съ неустойкой ¹⁾.

Итакъ, уплата неустойки освобождаетъ должника отъ главнаго обязательства въ томъ смыслѣ, что кредиторъ, правда, можетъ требовать, прежде всего, исполненія по обязательству, но если обязательство нарушено, или если требовать его исполненія уже поздно, то оно переходитъ въ обязанность уплатить неустойку, которой и заканчиваются совершенно всѣ отношенія между контрагентами. Дополнительное взысканіе убытковъ, насколько они не покрываются неустойкой, не допускается. Но это такъ только по Кодексу Наполеона ²⁾. Прибалтійскій же Сводъ (ст. 3376), Общегерманское уложеніе (ст. 340) и Швейцарскій законъ объ обязат. (ст. 180) смотрятъ на неустойку лишь какъ на *minimum* и допускаютъ дополнительныя взысканія убытковъ, сближая неустойку съ задаткомъ.

При этомъ надо замѣтить, что по французскому праву требовать неустойки можно только при условіи и послѣ предваренія должника о просрочкѣ. Ст. 1230 К. Н. говоритъ: „Будетъ ли въ первоначальномъ обязательствѣ означенъ срокъ его исполненія, или нѣтъ, въ томъ и другомъ случаѣ можно требовать неустойки лишь тогда, когда обязавшійся что-либо дать, или принять, или сдѣлать предваренъ о просрочкѣ". Этого не требуетъ Проектъ.

Но и при этомъ условіи судъ оказывается не совсемъ пассивнымъ въ дѣлѣ присужденія неустойки съ

¹⁾ Такъ же это по остзейскому праву (Сводъ, ст. 3374); такъ и по Проекту (ст. 69).

²⁾ Рѣшеніе Сената 1900 г. № 91.

должника: если часть обязательства уже исполнена, и неисполненной является только другая часть ее, то судъ можетъ соотвѣтственно понизить размѣръ неустойки. Ст. 1231 К. Н. ¹⁾).

Такимъ образомъ фиксація размѣра убытковъ оказывается не абсолютно прочной. Однако въ этомъ нельзя видѣть пониженія правъ кредитора, такъ какъ редукція неустойки производится по сравненію съ объемомъ самого неисполненнаго обязательства. Въ самомъ дѣлѣ, если за неисполненіе цѣлаго обязательства назначена неустойка въ 100 рублей, то за неисполненіе только половины обязательства, и по мысли самого же кредитора, неустойка не должна превышать 50 рублей. При этомъ надо однако имѣть въ виду, что такіе исключительно ариѳметическіе расчеты уместны только въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательства таковы, что части ихъ пропорціональны цѣнности цѣлаго. Если же обязательство по своему содержанию и экономическому значенію таково, что оно имѣетъ цѣнность только въ цѣломъ объемѣ; отдѣльныя же части его совершенно не имѣютъ никакой цѣнности, то въ такихъ случаяхъ о редукціи неустойки не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ она утратила бы здѣсь всякое разумное основаніе. Примѣры можно указать слѣдующіе: начатая картина, начатый проектъ чертежа для какого-нибудь зданія и т. п. Поэтому-то вопросъ о редукціи неустойки и отдается совершенно основательно въ руки суда.

Наконецъ, и по французскому праву стороны, въ виду общей свободы договоровъ и въ виду ст. 1229, могутъ придать неустойкѣ значеніе кумулятивное, т. е. постановить, что въ случаѣ неисполненія обязательства на должника возлагается и уплата неустойки, и возмѣщеніе всѣхъ убытковъ ²⁾).

¹⁾ Возможно такое уменьшеніе и по Швейцарскому союзн. закону объ обязат. (ст. 182), но противъ этого прибалтійскій Сводъ (ст. 3375).

²⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 3374.

Такова неустойка въ существенномъ и главномъ по Кодексу Наполеона.

Обратимся теперь къ русскому праву.

Яркой особенностью его, въ отличіе отъ многихъ другихъ законодательствъ, служитъ именно кумулятивное значеніе неустойки: должникъ уплатой неустойки не освобождается ни отъ обязанности исполнить обязательство, ни отъ обязанности, въ противномъ случаѣ, возмѣстить убытки; убытки, не смотря на уплату неустойки, должны быть возмѣщаемы полностью, въ дѣйствительномъ ихъ размѣрѣ и безъ зачета неустойки. Объ этомъ ст. 1585 1 ч. X т. говоритъ такъ: „Неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ, развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежомъ неустойки онъ прекращается“. Такимъ образомъ здѣсь мы видимъ положеніе діаметрально противоположное тому, какое имѣетъ мѣсто въ разсмотрѣнныхъ выше законодательствахъ: тамъ общее правило—альтернативность неустойки, и только по соглашенію можетъ быть установлена кумулятивность ее. Здѣсь обще правило—кумулятивность, а для альтернативности нужно особое и специальное соглашеніе.

Однако, въ послѣднее время проф. Пергаментъ выступилъ въ защиту того взгляда, что и по 1 ч. X т. неустойка также имѣетъ альтернативное, а не кумулятивное значеніе ¹⁾. Но съ доводами автора, въ виду слишкомъ опредѣленной редакціи ст. 1585, согласиться нельзя. Кумулятивной считаетъ неустойку и Сенатъ ²⁾. Въ то же

¹⁾ М. Я. Пергаментъ, Договорная неустойка и интересъ въ римскомъ и современномъ правѣ.

²⁾ Рѣшенія 1869 г. № 310, 1870 г. № 877, 1872 г. №№ 588, 638, 1900 г. № 91.

время Сенатъ по возможности смягчаетъ строгость русскаго закона ¹⁾).

При всемъ этомъ специально для русскаго права Сенатъ подчеркиваетъ необходимость виновности должника въ неисполненіи обязательства и говоритъ такъ: „Неустойка есть не что иное, какъ штрафъ за неисправность въ исполненіи договора, опредѣляемый въ извѣстномъ размѣрѣ закономъ или договоромъ въ подкрѣпленіе силы обязательствъ. При такомъ значеніи неустойки право на взысканіе ея можетъ возникать только въ случаѣ неисправности въ исполненіи обязательства, послѣдовавшей по винѣ должника, но никакъ не отъ случая или отъ другихъ обстоятельствъ, сдѣлавшихъ его исполненіе невозможнымъ” ²⁾. Виновность, несомнѣнно, является необходимымъ предположеніемъ уплаты неустойки и по Кодексу Наполеона (ср. ст. 1302) ³⁾.

Второю особенностью русскаго закона является то, что никакого уменьшенія неустойки, при частичномъ неисполненіи обязательства, онъ не допускаетъ. Нашему закону извѣстно только полное освобожденіе отъ всякихъ штрафовъ и неустоекъ въ тѣхъ случаяхъ, когда исполненію обязательства мѣшаетъ какая-нибудь непреодолимая сила, — *vis major*, — не зависящая отъ должника и наступающая не по его винѣ ⁴⁾.

Третья особенность русскаго права состоитъ въ томъ,

¹⁾ Рѣшенія 1900 г. № 62 и 1905 г. № 52. Относительно самаго взысканія неустойки Сенатомъ установлены слѣдующія двѣ презумпціи: 1) непредъявленіе требованія неустойки одновременно съ требованіемъ капитальной суммы не считается отказомъ отъ нея (рѣшеніе 1874 г. № 171); 2) требованіе же неустойки въ меньшемъ, чѣмъ слѣдовало, размѣрѣ, наоборотъ, считается отказомъ отъ дальнѣйшихъ притязаній. Рѣшеніе 1880 г. № 256.

²⁾ Рѣшенія 1903 г. № 71 и 1909 г. № 96.

³⁾ Такъ и по Проекту, ст. 67.

⁴⁾ Ст. 216, 218 Положенія о казенн. подр. и поставкахъ. Рѣшеніе Сената 1909 г. № 96.

что неустойка возникаетъ не только изъ соглашенія сторонъ, но также и изъ предписаній закона ¹⁾.

Именно, въ нѣкоторыхъ случаяхъ самъ законъ беретъ на себя задачу опредѣлять, кромѣ общихъ, еще и эти спеціальныя послѣдствія неисполненія обязательствъ. Случаевъ такихъ не много. По ст. 1574 1 ч. X т. „Неустойка опредѣляется закономъ за неисправность: 1) въ платежѣ по заемнымъ обязательствамъ между частными лицами; 2) въ исполненіи по обязательствамъ съ казною” ²⁾. Кромѣ того, сюда относятся еще слѣдующіе три случая: 1) ст. 71 Устава оброчнаго, т. VIII Св. зак.; 2) ст. 378 сл. Устава торговаго, ч. 2 т. XI Св. зак.; 3) ст. 45, 50 и 51 Положенія о наймѣ на сельскія работы, ч. 2 т. XII Св. зак.

Во всѣхъ указанныхъ выше случаяхъ самъ же законъ указываетъ и размѣръ неустойки. Напр., ст. 1575 1 ч. X т. говоритъ: „По заемнымъ обязательствамъ между частными лицами, не заплатившій по онымъ на срокъ подвергается взысканію неустойки единойды по три процента со всего незаплаченного капитала”. Относительно договоровъ съ казною см. ст. 87—90 Положенія о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ.

Конечно, законная неустойка можетъ имѣть мѣсто лишь тогда, когда на это прямо указывается закономъ ³⁾. Въ остальныхъ же случаяхъ установленіе неустойки зависитъ, какъ и по всѣмъ другимъ законодательствамъ, и исключительно отъ воли сторонъ.

Здѣсь возникаетъ весьма важный практическій вопросъ: возможно ли назначать добровольную не-

¹⁾ Ст. 1573 1 ч. X т. Св. зак.

²⁾ Къ послѣднему случаю см. ст. 40 Положенія о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ.

³⁾ По рѣшеніямъ Сената 1871 г. № 1255 и 1872 г. № 1158, сюда относятся только заемныя письма (а не домашнія расписки) и при томъ—лишь явленные согласно ст. 2036 1 ч. X т.; словомъ, закону дается узкое толкованіе.

устойку,—и, конечно, въ высшемъ размѣрѣ,—по такимъ обязательствамъ, которыя уже (хотя и въ низшемъ размѣрѣ) обезпечиваются неустойкой законной?

Сюда относится ст. 1583 1 ч. X т. Св. зак.: „Включеніе въ договоръ условія о неустойкѣ въ такихъ случаяхъ, когда она не опредѣлена закономъ, а равно и другихъ какихъ-либо добровольныхъ условій въ подкрѣпленіе силы долговыхъ обязательствъ, предоставляется обоюдному согласію договаривающихся лицъ“. Сенатъ въ рѣшеніи 1880 г. № 86 отвѣчаетъ на поставленный вопросъ отрицательно. Такого же мнѣнія держатся и нѣкоторые изъ нашихъ цивилистовъ, напр., г. Анненковъ¹⁾, при чемъ указывается то на взаимное соотношение между первой и второй частями приведенной ст. 1583, то даже на криминальный характеръ неустойки, какъ штрафа, не допускающій вмѣшательства сторонъ.

Однако, во 1-хъ, неустойка если и является штрафомъ, то въ смыслѣ гражданскомъ, а отнюдь не уголовномъ; устраненіе же частнаго вмѣшательства имѣетъ мѣсто только во второмъ случаѣ, а никакъ не въ первомъ. Во 2-хъ, относительно ст. 1583, какъ относительно каждой толкуемой статьи, надо имѣть въ виду, съ одной стороны, ея редакцію, а съ другой стороны,—ея общій смыслъ и значеніе; и вотъ, въ ея редакціи нѣтъ прямого исключенія добровольной неустойки при наличности неустойки законной; самое большее,—здѣсь возможно только сомнѣніе, а въ то же время общій смыслъ и значеніе этой статьи говорятъ о ея диспозитивномъ характерѣ. Перевѣсъ долженъ быть отданъ послѣднему. Въ виду изложеннаго необходимо признать, что назначеніе неустойки закономъ ничуть не исключаетъ добавочныхъ соглашеній о неустойкѣ добровольной. Наконецъ, въ 3-хъ, и самъ Се-

¹⁾ Система, т. III, стр. 243.

натъ слабо держитъ свою позицію; это видно изъ того, какъ онъ объясняетъ и всячески суживаетъ разбираемое правило; такъ, въ цѣломъ рядѣ рѣшеній¹⁾ повторяется, что условія о добровольной неустойкѣ, если для данной категоріи договоровъ неустойка установлена самимъ закономъ, не могутъ быть включаемы только въ самый текстъ этихъ договоровъ; въ видѣ же отдѣльныхъ соглашеній добровольную неустойку можно и при упомянутыхъ договорахъ устанавливать совершенно свободно. Искусственность этого объясненія лучше всего обнаруживаетъ всю шаткость принятаго Сенатомъ положенія; если бы дѣйствительно неустойка не допускалась, то она не допускалась бы и въ видѣ отдѣльныхъ соглашеній. Нельзя, напр., получая по займу двѣнадцать процентовъ, выговорить себѣ въ отдѣльномъ соглашеніи еще столько же.

Властно и повелительно, безъ возможности отмѣны частными соглашениями, законъ вмѣшивается,—да и то лишь въ отдѣльныхъ случаяхъ,—въ опредѣленіе максимальнаго размѣра неустойки. Такъ, ст. 180²⁾ Устава о наказ., нал. мир. судьями, кладетъ предѣлъ чрезмѣрнымъ неустойкамъ (какъ и процентамъ), преслѣдуя ростовщичество, но исключительно въ предѣлахъ сдѣлокъ по займамъ³⁾. Это одинаково относится и къ Царству Польскому. Затѣмъ, по ст. 1584 1 ч. X т. Св. зак. „Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской количество неустойки ни въ какомъ случаѣ не можетъ превышать суммы самаго обязательства, неустойкою обезпечиваемаго“. Наконецъ, см. ст. 379—381 Устава Торговаго и др. Кромѣ того, специально для Царства Польскаго Сенатъ, сопоставляя ст. 1153 и 1229 Кодекса Наполеона, рѣшилъ³⁾, что въ обязательствахъ, предметъ которыхъ ограничивается платежемъ опредѣленной суммы, усло-

¹⁾ 1869 г. №№ 68, 395, 973, 1150; 1873 г. № 1332.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1896 г. № 69.

³⁾ Рѣшеніе 1880 г. № 74.

вленная неустойка не можетъ превышать законныхъ процентовъ. Въ остальныхъ же случаяхъ, закономъ специально съ этой стороны не предусмотрѣнныхъ, размѣръ неустойки можетъ опредѣляться свободно волею сторонъ ¹⁾.

Во всякомъ случаѣ при требованіи уплаты неустойки русскій законъ (въ отличіе отъ Кодекса Наполеона) не только не предписываетъ особой формальности поставленія въ просрочку, но даже и простое заявленіе требованія по основному долгу необходимо предварительно лишь тогда, когда въ договорѣ не установленъ опредѣленный срокъ для его исполненія ²⁾.

Наконецъ, по русскому праву договоръ о неустойкѣ долженъ быть облеченъ въ письменную, хотя бы и домашнюю, форму ³⁾.

Проектъ слѣдуетъ больше Кодексу Наполеона и другимъ новѣйшимъ законодательствамъ, чѣмъ Своду законовъ, и этимъ устраняетъ недостатки послѣдняго.

Такъ, прежде всего, по вопросу о дѣйствіи неустойки ст. 69 Проекта постановляетъ: „Если неустойка назначена на случай неисполненія должникомъ обязательства, то вѣритель имѣетъ право требовать или платежа неустойки, или же исполненія обязательства и возмѣщенія убытковъ. Если неустойка назначена на случай неисполненія въ срокъ или вообще ненадлежащаго исполненія должникомъ обязательства, то вѣритель имѣетъ право требовать и платежа неустойки, и исполненія обязательства“. Слѣдовательно, Проектомъ принята точка зрѣнія Кодекса Наполеона: дополнительное взысканіе убытковъ при неустойкѣ не допускается.

Если же кредиторъ принимаетъ несвоевременное или ненадлежащее исполненіе безъ оговорки о сохране-

¹⁾ Ст. 3371 прибалтійскаго Свода.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1879 г. № 40.

³⁾ Рѣшеніе Сената 1872 г. № 78.

ніи за собою права на неустойку, то, по Проекту, онъ считается отказавшимся отъ неустойки (та же статья) ¹⁾.

Съ другой стороны, Проектъ въ редакціи 1905 г. (ст. 1606), по образцу Общегерманскаго уложенія, считалъ нужнымъ обезпечить кредитору вознагражденіе, по крайней мѣрѣ, не ниже суммы неустойки на тотъ случай, когда вѣритель предпочелъ бы требовать не неустойку, а возмѣщенія убытковъ въ дѣйствительномъ ихъ размѣрѣ, и если бы при этомъ оказалось, что эта послѣдняя сумма ниже первой. Въ послѣдней редакціи Проекта этой статьи уже нѣтъ. Это и правильно, такъ какъ иначе неустойка утратила бы свой смыслъ упрощенія процесса; выборъ между неустойкой и убытками совершенно свободенъ, и дѣлать его нужно осмотрительно; неудачу кредитора переносить на должника нѣтъ основанія.

Извѣстна Проекту и редукація неустойки даже въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ Кодексу Наполеона. Ст. 70 говоритъ: „Если въ договорѣ назначена неустойка въ очевидно преувеличенномъ размѣрѣ или если она представляется чрезмѣрною въ виду неисполненія должникомъ обязательства лишь въ незначительной части, то судъ можетъ, по просьбѣ должника, уменьшить размѣръ неустойки, но обязанъ при этомъ принять въ соображеніе не только имущественные, но и другіе справедливые интересы вѣрителя“.

Наконецъ, по ст. 66 Проекта, соглашеніе о неустойкѣ также должно быть облечено въ письменную форму независимо отъ ея суммы.

При всемъ этомъ Проектъ знаетъ неустойку только договорную. Неустойка по закону ему неизвѣстна.

¹⁾ Такъ же это по Общегерманскому уложенію (ст. 341 п. 2) и по Швейцарскому закону объ обязат. (ст. 179 п. 2).

§ 3. Поручительство.

Это такое обезпечение, которое представляется не самим должникомъ, какъ при задаткѣ и неустойкѣ, а лицомъ постороннимъ. Здѣсь постороннее лицо принимаетъ на себя субсидіарную отвѣтственность по чужому для него долгу и такимъ образомъ обезпечиваетъ кредитору исполненіе обязательства тѣмъ, что кредиторъ имѣетъ, кромѣ главнаго должника, еще и дополнительнаго, а въ случаѣ неисполненія обязательства получаетъ въ свое распоряженіе для взысканія убытковъ не одну имущественную массу должника, а двѣ имущественныхъ массы: должника и поручителя.

Кодексъ Наполеона въ ст. 2011 говоритъ объ этомъ такъ: „Кто принимаетъ на себя поручительство по обязательству, тотъ обязывается, по отношенію къ кредитору, исполнить это обязательство, если оно не будетъ исполнено самимъ должникомъ”¹⁾. Прибалтійскій Сводъ говоритъ не объ исполненіи поручителемъ обязанностей должника, а объ отвѣтственности поручителя передъ кредиторомъ за неисполненіе должникомъ принятой на себя обязанности²⁾. Такимъ образомъ здѣсь обращается вниманіе на конечный результатъ поручительства, тогда какъ Кодексъ Наполеона прямо ставитъ поручителя на мѣсто неисправнаго должника. Проектъ въ ст. 1114 даетъ опредѣленіе, почти совпадающее съ опредѣленіемъ Кодекса Наполеона. Сводъ законовъ опредѣленія поручительства не даетъ, а Сенатъ говоритъ объ „отвѣтственномъ ручательствѣ въ исполненіи обязательства другого лица”³⁾.

Вообще надо сказать, что, при бѣдности 1 ч. X т.

¹⁾ См. и ст. 2021.

²⁾ Ст. 4505.

³⁾ Рѣшеніе 1870 г. № 1343.

въ постановленіяхъ о поручительствѣ, Кодексъ Наполеона и прибалтійскій Сводъ даютъ вполнѣ достаточно матеріала по данному вопросу. При этомъ Кодексъ Наполеона стоитъ всецѣло на сторонѣ интересовъ кредитора, а поручителя почти совершенно превращаетъ въ главнаго должника. 1-я же часть X т., наоборотъ, охраняетъ интересы поручителя, подчеркивая субсидіарный характеръ его отвѣтственности. По этому послѣднему пути совершенно основательно идетъ и Проектъ.

Поручительство, подобно задатку и неустойкѣ, является отношеніемъ также придаточнымъ или акцессорнымъ; самостоятельнаго значенія оно не имѣетъ, а всегда и непремѣнно предполагаетъ какое-либо главное обязательство¹⁾.

Въ качествѣ такихъ главныхъ обязательствъ пригодны вообще всякія обязательства²⁾, лишь бы они были дѣйствительны и не противны закону и добрымъ нравамъ³⁾. Кромѣ того, Сенатъ неправильно требуетъ еще и наличности имущественнаго интереса въ главномъ обязательствѣ⁴⁾. Пригодны согласно этому обязательства, возникающія не только изъ договора, но и изъ другихъ источниковъ; пригодны не только гражданскія, но и натуральныя обязательства,—не только явленные у нотариуса, но и не представленные къ явкѣ⁵⁾; возможно, далѣе, поручительство за поручителя⁶⁾ и поручительство по обязательствамъ, уже обезпеченнымъ другими способами, напр., залогомъ⁷⁾; наконецъ, допуска-

¹⁾ Рѣшенія Сената 1869 г. № 504, 1874 г. № 2, 1878 г. № 66. Прибалтійскій Сводъ, ст. 4507. Проектъ, ст. 1116.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1889 г. № 4; прибалтійскій Сводъ, ст. 4507.

³⁾ Рѣшенія Сената 1869 г. № 504 и 1908 г. № 104.

⁴⁾ Рѣшеніе 1903 г. № 83. См. выше, стр. 150, 151.

⁵⁾ Рѣшеніе Сената 1871 г. № 410.

⁶⁾ Ст. 2014 К. Н.

⁷⁾ Рѣшеніе Сената 1869 г. № 522. А неустойкой? См. стр. 150.

ется поручительство гражданского права по обязательствамъ вексельнымъ¹⁾.

Съ другой же стороны, согласно сказанному, непригодны для этого рода обезпеченія обязательства вообще недѣйствительныя: поручительство тогда не имѣетъ на что опереться. Отсюда однако должны бы исключаться всѣ тѣ случаи, когда поручитель знаетъ о порокахъ главнаго обязательства, въ виду которыхъ должникъ можетъ уклониться отъ исполненія, и тѣмъ не менѣе сознательно и добровольно ручается за исполненіе такого обязательства. Кодексъ Наполеона допускаетъ это, но въ болѣе узкихъ границахъ: онъ признаетъ поручительство дѣйствительнымъ, если возраженія противъ главнаго обязательства таковы, что они принадлежатъ лично должнику, напр., въ случаяхъ его несовершеннолѣтія; въ остальныхъ же случаяхъ оно все-таки недѣйствительно²⁾.

Для русскаго права Сенатъ въ рѣшеніи 1892 г. № 67 говоритъ такъ: „Исключеніе изъ сего общаго правила допускается только въ томъ случаѣ, когда поручитель, независимо отъ ручательства за исправность того, за кого принимаетъ поруку, вмѣстѣ съ тѣмъ принимаетъ на себя отвѣтственность, положительно высказанную, за дѣйствительность и законность договора, какъ, напр., въ случаѣ ручательства, что договаривающійся достигъ совершеннолѣтія и т. п.“

Итакъ, здѣсь имѣется въ виду поручительство за дѣйствительность и законность договора вообще, а случай несовершеннолѣтія приведенъ лишь какъ одинъ изъ примѣровъ.

Проектъ же въ ст. 1116 говоритъ о „недѣеспособности должника“, какъ о единственномъ случаѣ,

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1872 г. № 77.

²⁾ Ст. 2012 п. 2 К. Н. См. также Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 492.

сюда относящемся. Эта узкая формулировка должна бы быть расширена.

Съ теоретической точки зрѣнія Плянйоль усматриваетъ въ указанной ст. 2012 К. Н. поручительство по натуральному обязательству¹⁾. Для русскаго же права такое объясненіе не приемлемо, такъ какъ оно совсѣмъ не знаетъ обязательствъ натуральныхъ. Здѣсь скорѣе надо видѣть дареніе въ формѣ поручительства²⁾.

Спрашивается далѣе: можно ли обезпечивать поручительствомъ обязательства будущія, т. е. еще не установленныя, а также и обязательства хотя уже и установленныя, но обусловленныя суспензивно?

На этотъ вопросъ слѣдовало бы отвѣтить утвердительно, имѣя въ виду то соображеніе, что поручительство въ этихъ случаяхъ получить свою силу и дѣйствіе только тогда, когда это будущее главное обязательство на самомъ дѣлѣ возникнетъ, и если суспензивное условіе исполнится. Такъ это съ теоретической точки зрѣнія. Такъ это и по многимъ законодательствамъ, и по нашему Проекту³⁾. Однако нашъ Сенатъ высказывается противъ этого: поручительство можно устанавливать или одновременно съ главнымъ обязательствомъ, или не позже наступленія срока исполненія⁴⁾. Эти ограниченія надо признать совершенно излишними: съ одной стороны, нѣтъ никакого основанія стѣснять въ этомъ отношеніи волю договаривающихся сторонъ, когда, напр., разрѣшается продажа будущихъ вещей и заключеніе сдѣлокъ вообще подъ суспензивными условіями.

¹⁾ Курсъ, ч. II, № 2332.

²⁾ Нолькенъ, Ученіе о поручительствѣ, I, стр. 321 сл., 324.

³⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 4507; Общегерманское уложеніе, ст. 765; Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 492; Проектъ, ст. 1115.

⁴⁾ Рѣшеніе 1876 г. № 69. Это такъ, по мнѣнію Сената, и въ томъ случаѣ, если должникъ до наступленія срока исполненія умираетъ.

ми, а съ другой стороны, если срокъ наступилъ, а обязательство не исполнено, то почему нельзя допустить ручательства въ томъ, что исполненіе хотя и съ опозда- ніемъ, но все же послѣдуетъ? Только самое исполне- ніе ликвидируетъ главное обязательство окончательно, а до этого момента всякое поручительство экономически весьма цѣнно, а юридически вполне дѣйствительно, такъ какъ имѣетъ необходимую, при его акцессорномъ ха- рактерѣ, точку опоры. Поручительство и здѣсь остается поручительствомъ и совсѣмъ не является новымъ дол- говымъ актомъ, какъ это полагаетъ Сенатъ ¹⁾).

Кто и какъ можетъ принимать на себя поручи- тельство по описаннымъ видамъ обязательствъ?

Здѣсь все зависитъ отъ того, изъ какого основанія проистекаетъ поручительство.

По Кодексу Наполеона, такимъ основаніемъ можетъ быть не только добровольное соглашеніе, но также пред- писаніе закона ²⁾ и судебное опредѣленіе ³⁾. Естественно, что и отъ поручителя въ этихъ различныхъ случаяхъ требуются различныя свойства и качества.

Такъ, при добровольномъ соглашеніи поручи- тель долженъ быть только лишь способнымъ вступать въ договоры или обязываться. Дѣло кредитора—принять или не принять то или другое поручительство при каж- дой отдѣльной сдѣлкѣ.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда должникъ обязанъ представить поручителя по закону или по судебному опредѣленію, поручитель этотъ долженъ, кромѣ того, обладать имуществомъ достаточнымъ для обезпече-

¹⁾ Рѣшеніе 1870 г. № 648.

²⁾ Самъ законъ требуетъ представленія поручительства отъ узу- фруктуарія (ст. 601 К. Н.), отъ пережившаго супруга (ст. 771 К. Н.), отъ инвентарнаго наслѣдника (ст. 807 К. Н.), отъ впаваго въ несостоятель- ность покупателя (ст. 1613 К. Н.) и т. д.

³⁾ Ст. 1537 и 1538 Устава граждан. судопроизводства.

нія даннаго обязательства (ст. 2040 и 2018 К. Н.). По ст. 2019, состоятельность поручителя опредѣляется ис- ключительно его недвижимымъ имуществомъ, и толь- ко при поручительствѣ по сдѣлкамъ торговымъ или на незначительную сумму можно и не имѣть недви- жимостей. При этомъ не принимаются въ расчетъ такія недвижимости, которыя состоятъ въ спорѣ или на кото- рыя затруднительно было бы налагать взысканіе въ ви- ду ихъ отдаленности. Указанная состоятельность не долж- на утрачиваться впредь до исполненія обязательства, такъ какъ иначе кредиторъ можетъ потребовать пред- ставленія другого поручителя, состоятельнаго (ст. 2020). Наконецъ, и самъ поручитель лично долженъ имѣть мѣ- сто своего жительства, — *domicilium*, — въ округѣ того апелляціоннаго суда, гдѣ поручительство должно быть дано.—Все это для удобства кредитора: не только для обезпеченности, но даже и для сравнительной легкости взысканія. Кромѣ того, по ст. 2040 К. Н., при поручи- тельствѣ по судебному опредѣленію, поручитель долженъ быть изъ такихъ лицъ, которыя могутъ подлежать лич- ному задержанію по ст. 1538 Устава граждан. судопро- изводства (подлежитъ отмѣнѣ).

Не совсѣмъ такъ по русскому праву. Здѣсь поручи- тельство бываетъ только договорное ¹⁾ и судебное ²⁾. Что касается перваго, то ст. 1555 1 ч. X т. требуетъ только лишь способности „обязываться договорами вообще ³⁾,” а Проектъ не предъявляетъ даже и этого требованія, такъ какъ оно разумѣется само собою. Во второмъ же слу- чаѣ „отвѣтчикъ, предлагающій за себя поручителей, обя- занъ”, по ст. 645 Устава гражд. судопроизводства, „при

¹⁾ Ст. 1554 и сл. 1 ч. X т.

²⁾ Ст. 641 сл. Устава граждан. судопроизводства.

³⁾ Таковыми являются, между прочимъ, и лица бѣлаго духовен- ства. Рѣшеніе Сената 1899 г. № 65. Общей способностью обязываться ограничиваетъ вопросъ и Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 490.

требованіи истца, удостовѣрить актами или свидѣтелями состоятельность своихъ поручителей”¹⁾.

Во всякомъ случаѣ поручительство не подразумѣвается само собою, а должно быть прямо и опредѣленно выражено. Ст. 2015 К. Н. При этомъ Кодексъ Наполеона и прибалтійскій Сводъ (ст. 4508) не требуютъ письменной формы, а ст. 1562 1 ч. X т. Св. зак., Проектъ (ст. 1120), Швейцарскій законъ объ обязат. (ст. 491) и Общегерманское уложеніе (ст. 766) требуютъ ея. Сенатъ по этому поводу говоритъ, что самый способъ письменнаго выраженія поручительства безразличенъ: оно можетъ быть выражено въ самомъ текстѣ главнаго обязательства, въ подписи подъ нимъ и даже въ отдѣльномъ актѣ²⁾. Явки поручительной подписи не требуется³⁾, но незасвидѣтельствованная поручительная подпись за неграмотнаго не имѣетъ силы⁴⁾.

Для того же, чтобы такое обѣщаніе поручительства было прямо выражено, необходимо соглашеніе по этому вопросу, нуженъ договоръ. Это даже въ тѣхъ случаяхъ, когда дальнѣйшимъ источникомъ поручительства является законъ или судебное опредѣленіе: въ обоихъ этихъ случаяхъ устанавливается лишь необходимость поручительства, а затѣмъ уже путемъ особаго соглашенія опредѣляется, кто именно беретъ на себя эту дополнительную отвѣтственность.

Итакъ, съ кѣмъ же поручитель вступаетъ въ договоръ: съ кредиторомъ или съ должникомъ?

¹⁾ См. и ст. 647 того же Устава. Особое постановленіе относительно лицъ женскаго пола см. въ ст. 4506 прибалтійскаго Свода.

²⁾ Рѣшенія 1869 г. № 522, 1874 г. № 2, 1878 г. № 66, 1880 г. № 267. Для актовъ, совершенныхъ за границею, — ст. 707 Устава гражд. судопр. и рѣшеніе Сената 1896 г. № 35.

³⁾ Рѣшеніе 1879 г. № 145.

⁴⁾ Рѣшеніе 1870 г. № 1242.

По Кодексу Наполеона вопросъ этотъ совершенно правильно рѣшается въ пользу перваго. Ст. 2014 говоритъ: „Можно принять на себя поручительство и безъ предложенія со стороны того, за кого поручительство дается, и даже безъ его вѣдома”. Почти дословно то же самое повторяется и Проектомъ въ ст. 1119. И въ самомъ дѣлѣ, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда Кодексъ Наполеона самъ требуетъ представленія поручительства, или когда оно требуется судомъ, должнику, конечно, необходимо сначала самому войти съ кѣмъ-нибудь въ соглашеніе по этому вопросу, но это сторона фактическая, и въ форму юридической сдѣлки такое соглашеніе можетъ и не облекаться; во всякомъ случаѣ изъ него самого отношеніе поручительства еще не возникнетъ; для этого необходимо, чтобы лицо, согласившееся сдѣлаться поручителемъ, обязалось въ этомъ смыслѣ именно передъ кредиторомъ; только этимъ вторымъ договоромъ и будетъ порождено поручительство: только при этомъ условіи кредиторъ, въ случаѣ неисправности должника, будетъ имѣть право обратиться съ требованіемъ къ поручителю. Русскимъ закономъ этотъ вопросъ не рѣшается, а Сенатъ совершенно неправильно весь центръ тяжести переноситъ на соглашеніе должника съ поручителемъ и говоритъ: „а затѣмъ уже отъ воли заимодавца зависитъ принять или не принять предлагаемое ему заемщикомъ поручительство”¹⁾.

Во всякомъ случаѣ мы въ дальнѣйшемъ будемъ имѣть въ виду договоръ именно поручительства въ чистой его формѣ, но оговариваемся, что поручитель можетъ облечь свою роль и въ форму солидарнаго обязательства; въ такомъ случаѣ и отвѣтственность поручителя будетъ опредѣляться правилами о солидарности, а не о поручительствѣ; внутренніе же между собою счеты

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1873 г. № 1478.

поручитель и должникъ сведутъ потомъ сообразно съ ихъ взаимными отношеніями ¹⁾; ни то, ни другое сейчасъ къ нашей темѣ не относится.

Опредѣливши, какія обязательства могутъ быть обезпечиваемы посредствомъ поручительства, а также—кто и какъ можетъ сдѣлаться поручителемъ, мы подходимъ теперь къ важнѣйшему вопросу о содержаніи договора поручительства или о той отвѣтственности, которая падаетъ на поручителя.

Кодексъ Наполеона прежде всего опредѣляетъ внѣшнія границы для обязанностей поручителя. Ст. 2013 говоритъ: „Поручительство не можетъ превышать того, къ чему обязанъ должникъ, ни быть дано на условіяхъ болѣе обременительныхъ. Оно можетъ быть дано въ части только обязательства и подъ условіями менѣе обременительными. Поручительство, превышающее долгъ, либо данное подъ условіями болѣе обременительными, не считается недѣйствительнымъ, но подлежитъ лишь сбавкѣ до размѣра главнаго обязательства“. Если же поручитель ясно не опредѣлилъ объема своихъ обязанностей, то, по ст. 2016, его поручительство „распространяется на всѣ принадлежности долга, даже на издержки перваго иска, а равно и на тѣ издержки, которыя сдѣланы послѣ увѣдомленія поручителя о предъявленіи иска“. Такъ это и по Проекту (ст. 1117). Общегерманское уложеніе (ст. 767) также, какъ на нѣчто руководящее, указываетъ на объемъ главнаго обязательства. Наконецъ, въ такомъ же смыслѣ вопросъ рѣшается и прибалтійскимъ Сводомъ ²⁾. Въ 1 ч. X т. Св. зак. такихъ прямыхъ указаній нѣтъ, но все же указанная положенія могутъ быть выведены изъ ст. 1556, по которой ручаться можно или въ части долга, или во всей его суммѣ

¹⁾ См. ст. 2021 К. Н. и ст. 495 и слѣд. Швейцарскаго закона объ обязательствахъ. Рѣшеніе Сената 1885 г. № 53.

²⁾ Ст. 4507, 4509—4511.

(значитъ, не въ большей), а если это не опредѣлено, то предполагается отвѣтственность за весь долгъ ¹⁾. Кромѣ того, Проектъ (ст. 1121) къ отвѣтственности по главному обязательству присоединяетъ еще всѣ послѣдствія вины и просрочки, а если были условлены проценты, то поручитель отвѣчаетъ и въ этомъ отношеніи за текущій и прошедшій годы.

Затѣмъ, что касается самаго содержанія обязанности поручителя, то она, по ст. 2011 К. Н., состоитъ прежде всего въ исполненіи именно того дѣйствія, къ совершенію котораго обязался самъ должникъ: „Кто принимаетъ на себя поручительство по обязательству, тотъ обязывается, по отношенію къ кредитору, исполнить это обязательство, если оно не будетъ исполнено самимъ должникомъ“. И только въ тѣхъ случаяхъ, когда совершеніе обѣщаннаго дѣйствія *in natura* не возможно для поручителя, или когда онъ предпочитаетъ возмѣстить убытки отъ неисполненія обязательства, взысканіе падаетъ на имущество его по правиламъ ст. 2021 и слѣд. К. Н. Иногда совершеніе обѣщаннаго въ натурѣ выгодно для поручителя, и въ законахъ нѣтъ основанія принуждать его непременно къ возмѣщенію убытковъ деньгами, если, конечно, обязательство таково, что личность должника безразлична. Иногда же, наоборотъ (и это чаще), точное исполненіе обязательства, хотя бы и другимъ лицомъ, больше соотвѣтствуетъ интересамъ кредитора. Последнее принимается русскимъ правомъ для договоровъ съ казною: по ст. 194 Положенія о казенн. подрядахъ и поставкахъ, въ случаѣ смерти или лишенія всѣхъ правъ состоянія должника, „выполненіе договора“ переходитъ, между прочимъ, къ поручителямъ. Дѣло только въ томъ, что поручителя, какъ и вообще всякаго должника, нельзя принудить къ

¹⁾ Ср. ст. 499 и 500 Швейцарскаго закона объ обязательствахъ.

исполненію обязательства въ натурѣ, а потому онъ, по собственному выбору, или подчинится этому предписанію и требованію, или же подвергнется имущественной отвѣтственности.

Порядокъ этой послѣдней отвѣтственности, какъ крайняго средства при поручительствѣ, нормируется далеко не одинаково по Кодексу Наполеона и по Своду законовъ: съ большей выгодой для кредитора по первому и съ большей охраной поручителя по второму.

Кодексъ Наполеона въ ст. 2021 постановляетъ слѣдующее: „Поручитель обязанъ произвести платежъ кредитору только тогда, когда не уплатитъ самъ должникъ, на имущество котораго должно быть сперва обращено взысканіе, развѣ бы поручитель отказался отъ этого права или принялъ на себя обязательство вмѣстѣ съ должникомъ солидарно; въ семъ послѣднемъ случаѣ, сила и дѣйствіе его обязательства опредѣляются правилами, предписанными для долговъ солидарныхъ”.

Итакъ, обязанность поручителя субсидіарна: онъ только тогда отвѣчаетъ, когда не уплатитъ самъ должникъ; въ соотвѣтствіи съ этимъ кредитору надлежитъ обращаться съ требованіемъ сначала къ должнику, а потомъ уже, въ случаѣ неуспѣха, къ поручителю¹⁾. Но и поручитель можетъ, по Кодексу Наполеона, отклонить отъ себя притязанія кредитора, направляя его снова къ главному должнику (*beneficium discussionis*), при чемъ кредиторъ даже обязанъ слѣдовать этому указанію²⁾, но, правда, лишь при наличности тѣхъ условій, на которыя указываетъ ст. 2023: „Поручитель, требующій обращенія взысканія противъ главнаго должника, долженъ указать кредитору имущество этого должника

¹⁾ Прибалтійскій Сводъ (ст. 4519), Швейцарскій законъ объ обязат. (ст. 493), Проектъ (ст. 1122 сл.). Рѣшенія Сената 1891 г. № 89 и 1901 г. № 32.

²⁾ Ст. 2022 К. Н.

и представить денежную сумму, необходимую для производства взысканія. Поручитель не въ правѣ указывать на имущества должника, лежащія внѣ округа судебной палаты того мѣста, гдѣ долженъ быть произведенъ платежъ, ни на имущества спорныя, ни на тѣ имущества, обремененныя въ обезпеченіе долга ипотекою, которыя уже не находятся во владѣніи должника”.

Если же поручитель хотя бы одного изъ этихъ условій выполнить не можетъ, то онъ долженъ нести всю отвѣтственность самъ: отсылать кредитора къ должнику для вторичной попытки взысканія онъ съ пустыми руками не можетъ¹⁾.

При этомъ надо отмѣтить, что поручитель, данный по судебному опредѣленію, совсѣмъ не имѣетъ права на указанный выше *beneficium discussionis*²⁾.

Затѣмъ Кодексъ Наполеона говоритъ, что кредиторъ, которому указано имущество и выданы для взысканія деньги, долженъ принять всѣ мѣры для осуществленія своего требованія, такъ какъ иначе онъ явится отвѣтственнымъ передъ поручителемъ за свое упущеніе (ст. 2024 К. Н.). Другими словами, отвѣтственность поручителя передъ кредиторомъ соотвѣтственно понижается³⁾.

Не ослабляется, по Кодексу Наполеона, отвѣтственность поручителей передъ кредиторомъ и тогда, когда ихъ нѣсколько. Мы беремъ случай не сукцессивной послѣдовательности въ ручательства одного поручителя за другого: здѣсь нѣтъ никакихъ особенностей; сюда примѣняются только что изложенныя правила⁴⁾. Мы беремъ случаи кумулятивнаго стеченія нѣ-

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1879 г. № 321.

²⁾ Ст. 2042 и 2043 К. Н.

³⁾ Такъ и прибалтійскій Сводъ, ст. 4549.

⁴⁾ Ст. 2014 К. Н. Такое поручительство не можетъ однако измѣнять подсудности должника. Рѣшеніе Сената 1887 г. № 2.

сколькихъ поручителей при одномъ и томъ же обязательствѣ.

Различныя законодательства въ различномъ объемѣ привлекаютъ къ отвѣтственности каждаго изъ сопоручителей. Такъ, по Швейцарскому союзн. закону объ обязат. (ст. 496) каждый изъ сопоручителей отвѣчаетъ только за свою часть (долевая отвѣтственность); по Общегерманскому уложенію (ст. 769) имѣетъ мѣсто отвѣтственность солидарная даже тогда, когда поручители обязались не вмѣстѣ. Такъ это и по нашему Проекту (ст. 1127).

Кодексъ Наполеона, по примѣру римскаго права, избралъ средній путь: сопоручители отвѣчаютъ солидарно, но имѣютъ *beneficium divisionis*: могутъ требовать раздѣла, при чемъ однако, если одни изъ нихъ несостоятельны, то за нихъ отвѣчаютъ по разверсткѣ остальные ¹⁾.

Весьма существенно отъ изложеннаго порядка отличается отвѣтственность поручителей по 1 ч. X т. Св. зак. Здѣсь она гораздо слабѣе, чѣмъ по Кодексу Наполеона.

Прежде всего, отвѣтственность эта имѣетъ по русскому праву двѣ формы. Ст. 1557 1 ч. X т. говоритъ: „Поручительство можетъ быть сдѣлано или токмо въ платежѣ суммы, или вмѣстѣ съ тѣмъ и въ платежѣ ея на срокъ; тотъ или другой видъ поручительства долженъ быть съ точностью означенъ въ самой подписи поручительства”.

Такую же двойственность, подъ названіемъ простого поручительства и срочнаго, принимаетъ и нашъ Проектъ (ст. 1118), при чемъ „поручительство признается простымъ, если въ договорѣ не постановлено, что оно дано на срокъ”.

¹⁾ Ст. 2025, 2026 К. Н. См. и ст. 2027 К. Н. Такъ же это и по прибалтійскому Своду, ст. 4524.

Больше гарантій для кредитора даетъ поручительство на срокъ. Ст. 1560 1 ч. X т. говоритъ: „Если поручительство дано на срокъ (ст. 1557), то поручитель отвѣтствуетъ во всемъ капиталѣ и слѣдующихъ на оный процентахъ точно такъ же, какъ и самый должникъ, коль скоро сей послѣдній въ срокъ не заплатилъ; но онъ отвѣтствуетъ токмо тогда, когда обязательство не далѣе, какъ въ мѣсяцъ представлено будетъ, куда надлежитъ, ко взысканію; въ противномъ случаѣ поручитель освобождается отъ платежа по обязательству какъ процентовъ, такъ и самого капитала”.

Какъ видно изъ конца этой статьи, кредиторъ можетъ легко утратить свое право на взысканіе съ поручителя; чтобы этого не случилось, кредиторъ обязанъ не далѣе, какъ въ мѣсячный срокъ, предъявить искъ. Но къ кому? Въ литературѣ у насъ нѣтъ согласія по этому вопросу: по мнѣнію г. Анненкова—къ поручителю, такъ какъ срокъ наступилъ, а исполненіе не послѣдовало ¹⁾, а по мнѣнію проф. Шершеневича—къ должнику въ виду субсидіарной роли поручителя ²⁾. Кажется, болѣе правильно первое мнѣніе въ виду ручательства за исполненіе не вообще, а именно въ опредѣленный срокъ; здѣсь субсидіарный характеръ срочнаго поручительства утрачивается, чѣмъ оно и отличается отъ поручительства простого. Сенатъ колеблется: въ очень обстоятельномъ рѣшеніи 1870 г. № 516 требовалось предъявленіе иска къ поручителю; въ рѣшеніи же 1873 г. № 147—къ должнику; въ рѣшеніяхъ 1875 г. № 20 и 1877 г. № 82—опять къ поручителю; наконецъ, въ рѣшеніи 1878 г. № 272—къ обоимъ одновременно. Къ срочному поручителю или къ поручителю и должнику вмѣстѣ требуетъ предъявленія иска нашъ Проектъ (ст. 1125),

¹⁾ Система, т. III, стр. 287.

²⁾ Учебникъ рус. гр. права, 1910 г., стр. 448.

но онъ даетъ для этого срокъ въ шесть мѣсяцевъ (ст. 1126). Одномѣсячный срокъ ст. 1560, по разъясненію Сената, долженъ исчисляться со дня наступленія назначеннаго въ обязательствѣ для его исполненія срока ¹⁾).

Совсѣмъ иной характеръ имѣетъ въ 1 ч. X т. поручительство простое, т. е. не на срокъ. Здѣсь поручитель привлекается къ отвѣтственности лишь тогда, когда главный должникъ будетъ признанъ несостоятельнымъ, все его имущество будетъ продано, вырученныя деньги распределены между кредиторами, и все-таки данный кредиторъ не получитъ полного удовлетворенія; только послѣ всего этого такой кредиторъ можетъ обратиться къ поручителю съ искомъ, наложивъ, правда, заблаговременно запрещеніе на имущество поручителя для обезпеченія себѣ возможности взысканія (ст. 1558) ²⁾.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда долгъ ниже 1500 р., и потому объявленіе несостоятельности формальнымъ порядкомъ не допускается ³⁾, Сенатъ совершенно правильно довольствуется установленіемъ одной лишь фактической неоплатности должника ⁴⁾.

И здѣсь кредиторъ обязанъ въ шестимѣсячный срокъ предъявить искъ къ должнику ⁵⁾.

Все это воспроизводитъ и нашъ Проектъ въ ст. 1122—1124.

По мнѣнію Сената, поручительство простое относится исключительно къ обязательствамъ денежнымъ ⁶⁾, и дѣйствительно, при другихъ обязательствахъ оно, въ

¹⁾ Рѣшеніе 1870 г. № 516 и 1873 г. № 26.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1873 г. № 757. Сенатъ подчеркиваетъ, что предъявлять требованія къ поручителямъ могутъ именно только кредиторы, а не, напр., конкурсное управленіе. Рѣшеніе 1898 г. № 79.

³⁾ Ст. 386 Устава судопр. торгового.

⁴⁾ Рѣшенія 1874 г. № 459 и 1880 г. № 121.

⁵⁾ Ст. 1558 п. 4 ч. X т. Рѣшеніе Сената 1878 г. № 161. Вообще ст. 1558 примѣнима и къ простымъ поручительствамъ по обязательствамъ „до востребованія“. Рѣшеніе Сената 1903 г. № 125.

⁶⁾ Рѣшеніе 1878 г. № 66.

виду крайней медленности взысканія, не имѣло бы никакого практическаго значенія.

Наконецъ, при нѣсколькихъ поручителяхъ, по русскому праву, имѣетъ мѣсто не солидарная отвѣтственность передъ кредиторомъ, а долевая: каждый отвѣчаетъ, какъ и по швейцарскому праву, только за свою часть, и лишь при несостоятельности нѣкоторыхъ изъ сопоручителей ихъ доли раскладываются пропорціонально на остальныхъ, состоятельныхъ. Хотя правило это помѣщено въ ст. 1558, которая специально говоритъ лишь о простомъ поручительствѣ, тѣмъ не менѣе оно должно быть принято и для поручительства срочнаго, такъ какъ, съ одной стороны, для послѣдняго законъ никакого другого правила не даетъ, обходя этотъ вопросъ молчаніемъ, а съ другой стороны, солидарность не предполагается, а должна быть выражена прямо. Тѣмъ не менѣе Сенатъ въ рѣшеніи 1890 г. № 58 предписываетъ здѣсь отвѣтственность солидарную. По указаннымъ соображеніямъ съ этимъ согласиться нельзя.

Таковы отношенія между поручителями и кредиторами.

Теперь передъ нами вопросъ о послѣдствіяхъ наступившей отвѣтственности поручителей.

Здѣсь устанавливаются извѣстныя отношенія между поручителями и должниками.

Такъ какъ платежъ производится поручителемъ не за себя, а за главнаго должника, то естественно, что изъ этой уплаты возникаетъ для поручителя право потребовать съ должника возмѣщенія своихъ расходовъ.

Кодексъ Наполеона въ ст. 2028 говоритъ: „Поручитель, заплатившій кредитору, имѣетъ право обратнаго требованія противъ главнаго должника, безъ различія, было ли поручительство дано съ вѣдома должника, или безъ его вѣдома. Это право относится какъ до капитала, такъ и до процентовъ и издержекъ; однако поручитель имѣетъ право обратнаго требованія только по из-

держкамъ, сдѣланнымъ послѣ увѣдомленія главнаго должника о предъявленныхъ противъ него, поручителя, взысканіяхъ. Онъ имѣетъ также право обратнаго требованія по вознагражденію за понесенные имъ вредъ и убытки" ¹⁾).

Итакъ, поручитель имѣетъ право требовать отъ главнаго должника возвращенія: 1) уплаченнаго капитала, 2) процентовъ, 3) возмѣщенія издержекъ, а также вреда и убытковъ. Но для этого раньше, чѣмъ произвести уплату кредиторъ, поручитель обязанъ извѣстить главнаго должника объ этомъ. Это—чтобы предупредить излишнія и недолжныя уплаты, за которыя, конечно, главный должникъ возмѣщенія не дастъ, и поручителю останется требовать ихъ возврата съ самого же кредитора посредствомъ *condictio indebiti* ²⁾).

Такія же постановленія объ объемѣ обратнаго требованія и о необходимости предупрежденія главнаго должника даетъ и нашъ Проектъ ³⁾).

Поручитель, уплатившій за должника, вступаетъ по Кодексу Наполеона, по отношенію къ должнику, во всѣ права кредитора ⁴⁾, а по Проекту первоначальный кредиторъ обязанъ оказывать такому поручителю всяческое содѣйствіе по осуществленію регресса: долженъ передать ему всѣ нужные документы, а также и заложенную вещь, если таковая имѣется; кромѣ того, кредиторъ, подъ страхомъ отвѣтственности за убытки, не можетъ, безъ согласія поручителя, отказываться отъ имѣющихся у него обезпеченій ⁵⁾).

¹⁾ Сюда относится и ст. 2030 К. Н. О регрессѣ по остзейскому праву см. прибалтійскій Сводъ, ст. 4537 и сл.

²⁾ Ст. 2031 К. Н.

³⁾ Ст. 1129, 1131. См. и Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 504 и 506. Извѣщенія требуетъ и прибалтійскій Сводъ, ст. 4543.

⁴⁾ Ст. 2029 К. Н. Именно въ такомъ видѣ узаконяется регрессъ Общегерманскимъ уложеніемъ, ст. 774.

⁵⁾ Ст. 1132, 1133.

Наконецъ, по ст. 2032 К. Н., поручитель можетъ обратиться къ должнику съ требованіемъ даже и до уплаты долга кредиторъ: „1) если съ него требуютъ платежа судебнымъ порядкомъ; 2) если должникъ сдѣлался несостоятельнымъ или неоплатнымъ; 3) если должникъ обязался освободить его отъ поручительства въ опредѣленный срокъ; 4) если долгъ подлежитъ уплатѣ вслѣдствіе наступленія срока, назначеннаго по договору; 5) по истеченіи десяти лѣтъ въ томъ случаѣ, когда главное обязательство не имѣетъ опредѣленнаго срока”...

Такимъ образомъ, хотя Кодексъ Наполеона и энергично привлекаетъ поручителя къ отвѣтственности передъ кредиторомъ, однако въ то же время законъ заботится и объ интересахъ поручителя, по возможности обезпечивая его противъ опасности ничего не получить съ главнаго должника ¹⁾).

1 ч. X т. до уплаты долга не даетъ поручителю иска о возмѣщеніи предстоящихъ расходовъ. Самый же регрессъ послѣ уплаты вполне и прямо признается нашимъ гражданскимъ закономъ, но только постановленія 1 ч. X т. гораздо бѣднѣе, чѣмъ Кодекса Наполеона. Такъ, ст. 1558 въ п. 3 говоритъ: „Поручитель, удовлетворившій кредитора, имѣетъ право требовать отъ должника вознагражденія за понесенные имъ отъ того убытки, а равно и слѣдующіе ему съ заплаченной суммы денегъ проценты”. Если это поручитель срочный, то онъ не лишается этого права и тогда, когда уплатитъ долгъ добровольно, не дожидаясь предъявленія иска ²⁾. При этомъ „поручитель, заплатя долгъ по обязательству, участвуетъ въ конкурсной массѣ, какъ обыкновенный кредиторъ, и удовлетворяется по соразмѣрности съ прочими” (ст. 1561). При этомъ надо отмѣтить, между про-

¹⁾ Ср. ст. 4539 прибалтійскаго Свода.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1872 г. № 1027.

чимъ, и то, что поручителю приходится въ такихъ случаяхъ считаться съ характеромъ несостоятельности должника: по ст. 528 Устава судопроизв. торговаго, при несчастной несостоятельности прекращаются по долгамъ, въ конкурсъ вступившимъ, всѣ требованія на имущество, какое несостоятельный впредь приобрести можетъ ¹⁾).

Нигдѣ здѣсь не говорится объ обязанности поручителя извѣщать главнаго должника передъ уплатой за него долга. Тѣмъ не менѣе дѣловая осторожность и аккуратность сами напоминаютъ объ этомъ, такъ какъ во всякомъ случаѣ и по 1 ч. Х т. поручитель, по небрежности и неосмотрительности уплатившій излишнее, не сможетъ потребовать возвращенія такой уплаты отъ должника; ручаться, а потому и отвѣчать можно только за то, что должникъ дѣйствительно долженъ, а не за то, чего онъ не долженъ.

Особое правило установлено въ ст. 1559 1 ч. Х т. для губерній Черниговской и Полтавской. Тамъ „поручитель, даже и въ случаѣ, когда самъ должникъ не признанъ несостоятельнымъ, не имѣетъ права отказываться отъ платежа, ссылаясь на должника, ежели онъ въ поручительствѣ обязался, въ случаѣ неисполненія на срокъ обязательства должникомъ, принять на себя удовлетвореніе. Поручитель, удовлетворившій по обязательству, а равно и наслѣдники его, вступаютъ во всѣ права заимодавца и могутъ въ семъ качествѣ отыскивать прямо удовлетвореніе съ должника”.

Здѣсь больше близости къ праву французскому, чѣмъ къ русскому. По разъясненіямъ Сената, статья эта относится только къ поручительству срочному ²⁾, и при ней надо примѣнять мѣсячный срокъ статьи 1560 ³⁾);

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1880 г. № 164.

²⁾ Рѣшеніе 1876 г. № 262.

³⁾ Рѣшеніе 1870 г. № 1273.

правила о простомъ поручительствѣ и о 6-мѣсячномъ срокѣ при немъ остаются въ силѣ и для этихъ двухъ губерній ³⁾).

Наконецъ, посмотримъ, какъ сопоручители разсчитываются между собою въ тѣхъ случаяхъ, когда ихъ нѣсколько, а уплата кредитору производится однимъ изъ нихъ.

Кодексъ Наполеона въ ст. 2033 говоритъ: „Если нѣсколько лицъ приняли на себя поручительство за одного и того же должника и по одному и тому же долгу, то поручитель, который заплатилъ этотъ долгъ, имѣетъ право обратнаго требованія противъ другихъ поручителей по соразмѣрности части и доли cadaго изъ нихъ”. Но это такъ не всегда, а лишь въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 2032, т. е. когда уплата произведена: 1) по требованію черезъ судъ, 2) при несостоятельности должника и т. д.

Не будемъ забывать, что сопоручители, какъ отмѣчено выше, имѣютъ, по Кодексу Наполеона, *beneficium divisionis*, а потому случаи отвѣтственности одного изъ сопоручителей за всѣхъ остальныхъ сравнительно рѣдки.

По 1 ч. Х т. сопоручители, какъ уже указано, несутъ долевую отвѣтственность передъ кредиторомъ; поэтому опять-таки отвѣтственность одного за всѣхъ и здѣсь является рѣдкимъ исключеніемъ, а разъ она имѣетъ мѣсто, то, конечно, и русскій законъ разрѣшаетъ регрессъ къ остальнымъ сопоручителямъ, такъ какъ обогащеніе на чужой счетъ не допускается.

Дается право регресса и Проектомъ (ст. 1128), хотя сопоручители несутъ солидарную отвѣтственность передъ кредиторомъ и *beneficium'a divisionis* не имѣютъ.

Послѣ всего сказаннаго передъ нами—последній вопросъ: о прекращеніи поручительства.

¹⁾ Рѣшеніе 1876 г. № 262.

Поручительство прекращается или какъ отношеніе акцессорное, вслѣдствіе прекращенія главнаго обязательства, или же самостоятельно, т. е. такъ, что главное обязательство можетъ еще оставаться въ силѣ безъ обезпеченія поручительствомъ.

Къ первой категоріи причинъ и способовъ прекращенія поручительства относятся: 1) платежъ ¹⁾, но только за исключеніемъ, по Кодексу Наполеона, случаевъ суброгаціи ²⁾, когда уплатившее третье лицо становится на мѣсто кредитора; обязательство такимъ образомъ сохраняется, а потому и поручитель остается по прежнему обязаннымъ, хотя и передъ новымъ кредиторомъ; 2) *datio in solutum*; здѣсь главное обязательство прекращается вслѣдствіе исполненія, а поручительство отпадаетъ, хотя бы полученныя кредиторомъ вещи даже были отъ него отсуждены ³⁾; 3) *confusio* или совпаденіе въ одномъ лицѣ ролей кредитора и должника ⁴⁾; 4) *novatio* или замѣна прежняго обязательства новымъ ⁵⁾; 5) сложеніе долга съ главнаго должника ⁶⁾; 6) *compensatio* или зачетъ того, что кредиторъ самъ долженъ главному должнику ⁷⁾; 7) всѣ возраженія, которыя принадлежатъ главному должнику и по существу связаны съ самимъ обязательствомъ ⁸⁾.

Ко второй категоріи способовъ прекращенія поручительства принадлежатъ: 1) вообще всѣ тѣ основанія, по которымъ прекращаются и всякія другія обязательства ⁹⁾; 2) *compensatio* или зачетъ того, что кредиторъ самъ

¹⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 4545; Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 501.

²⁾ Ст. 1250, 1251 К. Н.

³⁾ Ст. 2038 К. Н.

⁴⁾ Ст. 1301 К. Н.; ст. 4548 прибалтійскаго Свода.

⁵⁾ Ст. 1271, 1281 К. Н.

⁶⁾ Ст. 1287 К. Н.; ст. 4546 прибалтійскаго Свода.

⁷⁾ Ст. 1294 К. Н.

⁸⁾ Ст. 2036 К. Н.; ср. и ст. 4517 прибалтійскаго Свода.

⁹⁾ Ст. 2034 К. Н.

долженъ, но не главному должнику, а лично поручителю; 3) сложеніе долга, но не съ главнаго должника, а лишь съ даннаго поручителя; 4) *confusio* или совпаденіе ролей поручителя и кредитора ¹⁾; 5) вызванная дѣйствіями кредитора невозможность для поручителя воспользоваться ипотеками и привилегіями, обезпечивающими данное обязательство ²⁾; 6) истеченіе срока, на который поручительство было дано ³⁾.

Проектъ указываетъ въ общемъ на тѣ же самые поводы для прекращенія поручительства ⁴⁾ и между прочимъ особо выдвигаетъ различныя измѣненія, производимыя кредиторомъ въ главномъ обязательствѣ безъ согласія на то со стороны поручителя, а также—истеченіе нѣкоторыхъ сроковъ.

1 ч. X т. упоминаетъ только объ отсрочкахъ, даваемыхъ кредиторомъ безъ согласія поручителя ⁵⁾, и о промедленіи со стороны кредитора при взысканіи съ должника ⁶⁾, а Сенатъ упоминаетъ еще, во 1-хъ, о заключеніи кредиторами мировой сдѣлки съ должникомъ: поручители тоже освобождаются ⁷⁾, а во 2-хъ,—объ „упущеніяхъ” кредитора ⁸⁾.

Поручительство въ описанномъ здѣсь видѣ необходимо отличать отъ отношеній хотя и близкихъ и родственныхъ, но не являющихся поручительствомъ въ собственномъ смыслѣ этого термина.

Такъ, отличается отъ поручительства отвѣтственность по круговой поруцѣ тѣмъ, что она не является от-

¹⁾ Ст. 1301 К. Н.; ст. 4548 прибалтійскаго Свода.

²⁾ Ст. 2037 К. Н.; ст. 4549 прибалтійскаго Свода; ст. 776 Общегерманскаго уложенія.

³⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 4550; Общегерманское уложеніе, ст. 777.

⁴⁾ Ст. 1137—1140.

⁵⁾ Такъ и Сенатъ въ рѣшеніи 1869 г. № 504.

⁶⁾ Ст. 1558 п. 4, ст. 1560 и 2043.

⁷⁾ Рѣшеніе 1869 г. № 556.

⁸⁾ Рѣшенія 1869 г. № 504 и 1878 г. № 161.

вѣтственности субсидіарной, а имѣетъ самостоятельное значеніе взаимной отвѣтственности нѣсколькихъ лицъ за себя же, хотя и по разверсткѣ (такова отвѣтственность членовъ крестьянскихъ обществъ, артелей, товариществъ и т. п.)¹⁾.

Такъ же самостоятельна отвѣтственность попустителей и укрывателей, которые, по ст. 651 и 652 1 ч. X т. „должны изъ слѣдующаго за причиненные тѣмъ вредъ и убытки вознагражденія заплатить всю ту часть, коей сами виновные въ преступленіи заплатятъ не въ состояніи”. Къ тому же отвѣтственность эта вытекаетъ изъ деликта, чего при поручительствѣ не бываетъ.

Затѣмъ надо отличать отсюда обѣщанія какихъ-либо дѣйствій третьяго лица (см. выше, гл. II, § 5, I): обѣщающій не ручается за третье лицо, не является субсидіарнымъ отвѣтчикомъ, а самостоятельно обязывается добиться согласія третьяго лица исполнить то или другое дѣйствіе; поэтому и кредиторъ имѣетъ право на искъ только и исключительно противъ своего контрагента и ни въ какомъ случаѣ не можетъ обратиться съ требованіемъ непосредственно къ тому лицу, чье дѣйствіе обѣщано. Такимъ образомъ здѣсь только одинъ отвѣтчикъ, а при поручительствѣ ихъ два.

Далѣе, будетъ не поручительствомъ, а установленіемъ самостоятельнаго долга выдача расписки, но безъ ссылки на предшествующее обязательство другого лица, по которому эта расписка устанавливала бы гарантію поручительства²⁾.

Наконецъ, нельзя, какъ отмѣчено выше, признать поручительствомъ въ собственномъ смыслѣ этого слова какое-либо утвержденіе о томъ или другомъ положи-

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1869 г. № 1186.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1874 г. № 2.

тельномъ фактѣ, напр.,—ручательство, что такое-то лицо достигло совершеннолѣтія. Здѣсь не можетъ быть рѣчи объ исправности и исполнительности главнаго должника, отъ которой зависитъ отвѣтственность поручителя. Если такой поручитель знаетъ, что должникъ еще не достигъ совершеннолѣтія, то это—дареніе. Если же онъ объ этомъ не знаетъ, то это будетъ *contractus in nomen*, близкій къ даренію или къ пари, смотря по обстоятельствамъ дѣла.

При всемъ этомъ надо замѣтить, что всѣ описанные виды обезпеченія обязательствъ могутъ различно комбинироваться одинъ съ другимъ при обезпеченіи одного и того же требованія; исключительности здѣсь нѣтъ никакой: должникъ можетъ дать задатокъ, обѣщать неустойку и, кромѣ того,—представить поручителей¹⁾, а изъ этихъ послѣднихъ одни могутъ (по русскому праву) ручаться на срокъ, а другіе—„только въ платежѣ суммы”²⁾.

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1908 г. № 104 предусматриваетъ стеченіе двухъ видовъ обезпеченія: залога и поручительства.

²⁾ О послѣдней комбинаціи—рѣшеніе Сената 1871 г. № 386.

Глава IV.

Измѣненіе обязательствъ.

Въ виду частно-правового характера обязательствъ, предназначенныхъ для удовлетворенія потребностей отдѣльных лицъ, а потому и находящихся подъ полнымъ ихъ господствомъ, нѣтъ основанія запрещать ихъ измѣненіе, разъ это оказывается нужнымъ для контрагентовъ. И съ другой стороны, въ жизни обязательствъ возможны такія событія, съ которыми самъ законъ, стремящійся къ справедливому регулированію интересовъ, связываетъ измѣняющее обязательства дѣйствіе.

Измѣненія обязательствъ возможны въ двухъ отношеніяхъ: въ личномъ составѣ контрагентовъ и въ объектѣ или содержаніи обязательства. Существеннымъ условіемъ во всѣхъ этихъ случаяхъ является сохраненіе обязательствомъ тождества; только при этомъ условіи и можно говорить объ измѣненіи, а иначе пришлось бы говорить о замѣнѣ одного обязательства другимъ.

Что касается, прежде всего, измѣненій въ личномъ составѣ контрагентовъ, то они происходятъ или совершаются, во 1-хъ, на основаніи и силою предписаній самого закона; это имѣетъ мѣсто, напр., въ случаяхъ смерти кредитора или должника, въ случаяхъ лишенія ихъ всѣхъ правъ состоянія: на мѣсто первоначальныхъ

контрагентовъ вступаютъ ихъ наслѣдники¹⁾; сюда же относятся нѣкоторые случаи суброгаціи и осуществленія кредиторами правъ и исковъ своихъ должниковъ; во 2-хъ,—на основаніи судебного рѣшенія, напр., при обращеніи взысканія на имущество кредитора; къ имуществу его причисляются и принадлежащія ему обязательственныя требованія; они и переходятъ въ распоряженіе истцовъ-взыскателей: эти послѣдніе занимаютъ мѣсто первоначальныхъ кредиторовъ; наконецъ, въ 3-хъ,—на основаніи юридическихъ сдѣлокъ; такими сдѣлками являются, прежде всего, завѣщанія: завѣщатель можетъ передать своимъ наслѣдникамъ свои права требованія; онъ можетъ и возложить на нихъ свои обязанности, свои долги; кромѣ того, такими сдѣлками являются договоры или соглашенія *inter vivos*: договорнымъ путемъ также можно произвести измѣненія въ субъектахъ какъ на активной сторонѣ, такъ и на сторонѣ пассивной; въ первомъ случаѣ передъ нами уступка требованій или цессія и затѣмъ—суброгація, поскольку она имѣетъ договорный характеръ; во второмъ случаѣ—переводъ долга. Въ обоихъ этихъ случаяхъ одинаково рѣчь идетъ о сингулярномъ преемствѣ въ обязательствахъ.

Разсмотримъ сначала субъективныя измѣненія на активной сторонѣ обязательствъ и остановимся, прежде всего, на договорномъ способѣ этихъ измѣненій, на цессіи.

§ 1. Цессія.

Римское право не знало уступки требованій въ той формѣ, какую мы знаемъ теперь. Объясняется это сравнительной неразвитостью тогдашняго экономическа-

¹⁾ Ст. 1543 и 1544 г. ч. X т. Св. зак. Рѣшеніе Сената 1871 г. № 206.

го оборота. Тамъ въ обязательствахъ центръ тяжести лежалъ въ личной связи контрагентовъ; отсюда прежнее общее правило: непередаваемость. Теперь главное въ обязательствахъ — ихъ имущественная цѣнность, имѣющая значеніе сама по себѣ: и безъ личной связи съ первоначальными контрагентами. Отсюда современное общее правило: передаваемость обязательственныхъ требованій.

Къ этой перемѣнѣ, открывшей обязательствамъ широкую дорогу для циркуляціи въ торговомъ оборотѣ, исторія пришла постепенно.

Такъ, сначала въ древнемъ Римѣ для замѣны одного кредитора другимъ пользовались новаціей: должникъ, по просьбѣ кредитора, вступалъ въ новый договоръ такого же содержанія, но съ новымъ кредиторомъ. Этимъ способомъ первоначальный кредиторъ устранялся совершенно, и прежнее обязательство прекращалось, а на его мѣсто устанавливалось новое обязательство съ такимъ же содержаніемъ. Для этого однако требовалось согласіе должника и его присутствіе при заключеніи сдѣлки, а потому самъ кредиторъ не былъ свободенъ въ уступкѣ своихъ требованій.

Съ теченіемъ времени Римъ создалъ другую форму для той же цѣли, форму уже болѣе близкую къ тому, чѣмъ мы пользуемся теперь. Это — исковой или процессуальный *mandatum*. Мандатарій получалъ отъ кредитора порученіе предъявить искъ по данному обязательству и произвести взысканіе въ свою пользу. Такой мандатарій назывался *procurator in rem suam*. Это опять не есть еще уступка требованія; это — судебное представительство. Здѣсь, правда, согласіе и содѣйствіе должника уже не нужны, и съ этой стороны вся процедура проще, но за то первоначальный кредиторъ до момента *litis contestatio* остается самъ субъектомъ обязательства, въ противоположность тому, что происходитъ при новаціи, а потому и можетъ, напр., взять свое порученіе обратно

или дать его другому, а первый мандатарій не сможетъ этому воспрепятствовать. (Въ „формулѣ” интенція писалась на имя первоначальнаго кредитора, и только кондемнація гласила на его преемника). Кромѣ того, въ виду личного характера мандатума, смерть первоначальнаго кредитора также прекращала начатый переходъ требованія къ новому лицу.

Наконецъ, въ императорскій періодъ древняго Рима впервые замѣчаются начала цессіи требованій въ настоящемъ смыслѣ этого слова. Именно, невыгодныя для преемника свойства прецессуальнаго представительства устраняются: смерть кредитора теряетъ значеніе обстоятельства, уничтожающаго порученіе, а кромѣ того, устраняется и произволъ кредитора при жизни его, такъ какъ съ момента извѣщенія должника о передачѣ требованія (*denuntiatio*) кредиторъ уже не можетъ взять свое порученіе обратно.

Благодаря этимъ нововведеніямъ дѣйствительно получается нѣчто въ родѣ цессіи; преемникъ уже дѣйствуетъ не отъ чужого имени въ качествѣ прокуратора, а отъ своего собственнаго имени въ качествѣ самостоятельнаго кредитора (въ отличіе отъ прокуратуры), и право требованія этого кредитора является не новымъ правомъ, а прежнимъ (въ отличіе отъ новаціи). И только названіе иска преемника, — *actio utilis*, — указываетъ на происхожденіе этого института вопреки или помимо закона и на отсутствіе принципиальнаго признанія его въ римскомъ правѣ. Это признаніе сдѣлано только новыми законодательствами.

Разсмотрѣніе указанныхъ нормъ римскаго права, посредствомъ которыхъ производилась уступка требованій, интересно и для насъ, между прочимъ, въ томъ отношеніи, что формы эти, — новація и прокуратура *in rem suam*, — примѣняются и теперь наряду съ вполне развитымъ институтомъ цессіи: иногда имѣютъ мѣсто такіа обстоятельства и такіа причины, по которымъ стороны

не желаютъ почему-либо совершить цессию въ ея настоящемъ видѣ, и тогда онѣ прибѣгаютъ къ указаннымъ побочнымъ или обходнымъ средствамъ для достиженія своихъ цѣлей.

Теперь мы переходимъ къ описанію цессіи по дѣйствующимъ законодательствамъ.

Здѣсь изъ самой цессіи уже устранены и тѣ послѣдніе слѣды процессуальнаго представительства и договора порученія, которые оставались въ римскомъ правѣ. Здѣсь цессія представляетъ изъ себя сингулярное преемство въ правахъ первоначальнаго кредитора (цедента) со стороны третьяго лица, т. е. лица, не принимавшаго участія въ установленіи обязательства (это—цессионарій). Это преемство совершается безъ участія и независимо отъ согласія должника (цессусъ),—по волѣ только цедента и цессионарія.

Въ Кодексѣ Наполеона цессія разсматривается въ составѣ сдѣлки купли-продажи (ст. 1689—1701); въ систематическомъ отношеніи это, конечно, неправильно: купля-продажа есть только одно изъ основаній уступки требованій, но не единственное, а кромѣ того, уступка есть институтъ самостоятельный, а потому для нея и требуется совершенно особое и самостоятельное мѣсто. 1-ая ч. X т. не имѣетъ совсѣмъ какого бы то ни было цѣльнаго ряда статей о цессіи, и отдѣльныя статьи о ней, почти совсѣмъ не дающія общихъ указаній, разсѣяны по разнымъ томамъ Свода законовъ.

Совсѣмъ иначе стоитъ это дѣло въ новѣйшихъ кодексахъ: прибалтійскій Сводъ даетъ по этому вопросу 22 статьи (3461—3482); Швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ также нормируетъ цессию специально въ цѣломъ рядѣ статей (183—198); то же надо сказать объ Общегерманскомъ уложеніи (ст. 398—413) и о нашемъ Проектѣ (ст. 153—162).

Итакъ, обращаемся къ Кодексу Наполеона и къ Своду законовъ.

Что цессія допускается первымъ изъ нихъ, на это сейчасъ было указано.

Въ Сводѣ же законовъ нѣтъ общаго правила о допустимости цессіи обязательствъ вообще.

Здѣсь, съ одной стороны, имѣется цѣлый рядъ отдѣльныхъ указаній на возможность цедирования отдѣльныхъ же и обязательствъ. Такъ, прежде всего, объ этомъ говоритъ ст. 2058 1 ч. X т.: „Крѣпостныя и долговыя заемныя письма безъ залога воленъ заимодавца до срока и послѣ срока передать другому, кто похочетъ заплатить ему деньги свои за заемщика и принять все право его ко взысканію безъ оборота на заимодавца“. Затѣмъ разрѣшается передача грузовыхъ росписей или коносаментовъ¹⁾, маклерскихъ торговыхъ записокъ на продажу товаровъ²⁾, полисовъ морского страхования³⁾, накладныхъ при желѣзнодорожной перевозкѣ⁴⁾, вкладныхъ расписокъ Государственнаго Банка о принятіи на храненіе денежныхъ суммъ и другихъ цѣнностей⁵⁾. Повидимому, именно эти случаи имѣетъ въ виду и нашъ процессуальный законъ⁶⁾.

Съ другой же стороны, въ русскомъ законодательствѣ упоминается рядъ случаевъ, когда цессія положительно запрещается. Такъ, по ст. 530 Устава судопроизв. торговаго, запрещается заимодавцамъ передавать попечителямъ и кураторамъ конкурснаго управленія иски къ несостоятельному; по ст. 400 Учрежденія судебныхъ установленій запрещается присяжнымъ повѣреннымъ пріобрѣтать права требованія ихъ довѣрителей⁷⁾.

¹⁾ Уставъ Торговый, ст. 404.

²⁾ Уставъ Торговый, ст. 698.

³⁾ Уставъ Торговый, ст. 571.

⁴⁾ Общій Уставъ русс. жел. дорогъ, ст. 78.

⁵⁾ Уставъ Государственнаго Банка, ст. 154, 160.

⁶⁾ Уставъ граждан. судопроизводства, ст. 161².

⁷⁾ О запрещеніи или разрѣшеніи передачи закладныхъ мы здѣсь не говоримъ, такъ какъ это относится къ вещному праву, а не къ обязательственному.

Изъ сопоставленія этихъ разрѣшеній и запрещеній нельзя не вывести того заключенія, что и русскому праву цессія вполне известна. Кроме того, надо имѣть въ виду и ст. 402, 418 и 541 1 ч. X т.; по этимъ статьямъ обязательства причисляются къ имуществамъ движимымъ, право распоряженія которыми состоитъ въ правѣ отчуждать ихъ и передавать другимъ посредствомъ различныхъ договоровъ. Отсюда необходимо вывести и для русскаго права принципиальное признание и допущеніе цессіи при всякихъ обязательствахъ, поскольку противное не постановлено въ законѣ или не вытекаетъ прямо изъ существа или содержанія того или другого обязательственнаго отношенія.

Такъ смотритъ на этотъ вопросъ Сенатъ¹⁾ и всѣ русскіе цивилисты, кроме одного лишь Побѣдоносцева, который допускаетъ цессію лишь въ видѣ отдѣльныхъ исключеній²⁾.

Договоръ объ уступкѣ или цессіи обязательственныхъ правъ заключается между первоначальнымъ кредиторомъ, — цедентомъ, — и третьимъ лицомъ, — цессіонаріемъ, — безъ всякаго участія должника³⁾. Само собою разумѣется, что стороны этого соглашенія, какъ и субъекты каждой юридической сдѣлки, должны быть вообще правоспособными, а въ частности цедентъ долженъ имѣть право распоряженія даннымъ обязательствомъ, а цессіонарій — право на его приобрѣтеніе; кроме того, стороны, если онѣ лично вступаютъ въ сдѣлку, должны быть еще и дѣеспособны. Ихъ воля также должна удовлетворять общимъ условіямъ дѣйствительности сдѣлокъ.

1) Рѣшенія 1871 г. № 788, 1880 г. № 49, 1896 г. № 2.

2) Курсъ, т. III, 1896 г., стр. 235 сл.

3) На это прямо указываютъ прибальтійскій Сводъ (ст. 3471), Общегерманское уложеніе (ст. 398), Швейцарскій законъ объ обязат. (ст. 183), нашъ Проектъ (ст. 153) и Сенатъ (рѣшеніе 1896 г. № 2).

Кодексъ Наполеона не опредѣляетъ, какова должна быть форма сдѣлокъ о цессіи; слѣдовательно, самимъ закономъ допускается и неформальная цессія, лишь бы цессіонарій смогъ осуществить свои права; вообще здѣсь сами стороны должны заботиться о надлежащей прочности и доказательности ихъ отношеній. Именно такъ это по прибальтійскому Своду (ст. 3471) и по Швейцарскому закону объ обязат. (ст. 184). Однако Сенатъ въ рѣшеніи 1892 г. № 110 требуетъ соблюденія такой же формы, какая предписывается для самого уступаемаго требованія. Какъ ни смотрѣть на это требованіе съ точки зрѣнія цѣлесообразности, однако дѣло въ томъ, что въ законѣ для него основаній нѣтъ, а потому признаніе цессіи въ томъ или другомъ случаѣ недѣйствительной изъ-за несоблюденія этого предписанія о формѣ было бы съ точки зрѣнія Кодекса Наполеона неправильно.

Совсѣмъ другое дѣло, когда точно такое же правило предполагалось нашимъ Проектомъ въ редакціи 1905 г. (ст. 1683). Тогда это было бы прямымъ указаніемъ закона, которое и подлежало бы примѣненію. Теперь редакторы Проекта еще болѣе упростили этотъ вопросъ и требуютъ для всѣхъ случаевъ цессіи и на всякую сумму письменной формы (ст. 157).

Въ русскомъ законѣ общаго правила о формѣ цессіи нѣтъ; есть только отдѣльныя указанія; такъ, напр., ст. 2059 1 ч. X т. говоритъ о передаточной надписи. Сенатъ совершенно резонно допускаетъ и другую форму, напр., совершеніе отдѣльнаго акта¹⁾ или даже простую передачу документа цессіонарію, но послѣднее лишь тогда, когда переходъ права требованія можетъ быть удостоверенъ другими письменными доказательствами²⁾.

Есть, наконецъ, и особенно упрощенные способы

1) Рѣшеніе 1871 г. № 1001.

2) Рѣшенія 1873 г. № 463, 1874 г. № 14.

цессии. Такъ, если обязательственное требованіе облечено въ форму бумаги на предъявителя, то уступка требованія производится путемъ простой передачи самой бумаги. Если передъ нами ордерная бумага, то необходима передача съ индоссаментомъ. При цѣнныхъ бумагахъ именныхъ нужна для той же цѣли, кромѣ передачи самой бумаги, еще и особая записъ въ книгахъ учрежденія, выпустившаго именную бумагу (трансфертъ). Эти послѣдніе способы являются общими для обоихъ законодательствъ ¹⁾.

Цессія производится всегда на какомъ-нибудь основаніи. Такимъ основаніемъ (causa) можетъ быть или возмездное отчужденіе, напр., продажа требованія за деньги, передача его взамѣнъ уплаты денегъ (datio in solutum), или же отчужденіе безмездное, дареніе. Эти основанія не всегда видны въ самомъ актѣ цессіи; напр., не видны они въ передаточной надписи (прошу уплатить такому-то); съ этой стороны сдѣлка цессіи абстрактна; здѣсь, т. е. между цессіей и ея основаніемъ (cessio и causa cessionis), такое же отношеніе, какъ между римско-германской traditio и лежащимъ въ основѣ ея договоромъ, напр., купли-продажи (causa traditionis).

Основаніе цессіи (продажа, дареніе) имѣетъ значеніе только для сторонъ: цедента и цессіонарія; только они, и только между собою, могутъ сводить счеты по этимъ сдѣлкамъ; для должника же это—res inter alios acta, какъ это явствуетъ изъ ст. 1240 К. Н., которая говоритъ: „Платежъ, добросовѣстно произведенный владѣльцу правъ кредитора, считается дѣйствительнымъ, хотя бы таковыя впослѣдствіи отъ него и были отсуждены”.

То же самое надо принять и для русскаго права, хотя это въ немъ и не отмѣчено. Въ самомъ дѣлѣ, и по

¹⁾ См. и ст. 3473 прибалтійскаго Свода.

русскому (какъ и по всякому) праву цессія не можетъ не имѣть для себя какого-либо изъ указанныхъ основаній, а затѣмъ основанія эти, какъ извѣстныя только цеденту и цессіонарію и только ихъ касающіяся, не могутъ вліять на дѣйствительность совершеннаго должникомъ платежа.

Таковъ элементъ, такъ сказать, предшествующій цессіи, лежащій въ ея основаніи.

Теперь намъ надо разсмотрѣть еще нѣчто послѣдующее. Дѣло въ томъ, что сдѣлка цессіи сама по себѣ еще не производитъ полного дѣйствія. Для этого, по Кодексу Наполеона, какъ это было и по римскому праву, нужно еще увѣдомленіе должника о перемѣнѣ кредитора (denuntiatio) или же одобреніе этой перемѣны въ официальномъ актѣ со стороны должника (ст. 1690 К. Н.).

Денунціація можетъ быть совершена какъ цессіонаріемъ (онъ болѣе заинтересованъ въ этомъ), такъ и цедентомъ (ст. 1691 К. Н.). Конечно, официальная форма должна заслуживать предпочтенія.

Значеніе этого послѣдняго акта, завершающаго цессію, очень велико. По той же 1690 статьѣ, цессіонарій только съ этого момента (увѣдомленія или одобренія) считается вступившимъ въ права цедента „по отношенію къ третьимъ лицамъ”. А третьими лицами здѣсь являются, прежде всего, должникъ, затѣмъ кредиторы цедента и иногда—новые цессіонаріи цедента. И вотъ, по отношенію къ первому, т. е. къ должнику, ст. 1691 К. Н. говоритъ: „Если должникъ, прежде заявленія ему правоуступателемъ или правопринимателемъ о переводѣ, произвелъ платежъ правоуступателю, то считается уплатившимъ правильно”. Соответственно съ этимъ тотъ же должникъ можетъ еще приобрѣтать возраженія противъ цедента (о зачетѣ, о сложеніи долга и т. п.), которыя потомъ, послѣ увѣдомленія или одобренія, могутъ быть использованы и противъ цессіонарія,

какъ вытекающія изъ самаго долга. Признать за должникомъ, не получившимъ увѣдомленія о цессіи, еще и право уклоняться отъ исковъ цессіонарія врядъ ли возможно, такъ какъ самое предъявленіе иска или врученіе повѣстки слѣдуетъ считать официальной денунціаціей.

Что же касается далѣе кредиторовъ цедента, то они, до выполненія формальностей ст. 1690, могутъ съ полнымъ правомъ и основаніемъ считать уступаемыя цедентомъ (ихъ должникомъ) требованія состоящими еще въ составѣ его имущества и налагать на нихъ свои взысканія.

Наконецъ, третьимъ лицомъ здѣсь является, какъ сказано, и всякій новый цессіонарій, которому вѣроломный цедентъ вздумалъ бы передать то же самое требованіе вмѣсто перваго своего контрагента: если этотъ второй цессіонарій увѣдомитъ должника или получитъ отъ него одобреніе раньше перваго цессіонарія, то право требованія и перейдетъ ко второму, а не къ первому. Конечно, цессія для контрагентовъ дѣйствительна и безъ денунціаціи, и цедентъ несомнѣнно нарушитъ такимъ образомъ свой договоръ съ первымъ цессіонаріемъ; за это онъ и понесетъ, какъ полагается при неисполненіи обязательствъ, отвѣтственность; но только на второмъ цессіонарії, какъ лицѣ постороннемъ для всѣхъ этихъ предварительныхъ договоровъ, все это нисколько не отразится: право требованія будетъ принадлежать ему.

Положеніе дѣла совершенно измѣняется, какъ только должника увѣдомляютъ о цессіи, или онъ самъ одобряетъ ее: не только третьи лица должны тогда считаться съ цессіей, какъ съ совершившимся уже фактомъ, но и самъ цедентъ не сможетъ больше предпринимать никакихъ распоряженій относительно разъ уже уступленнаго имъ права.

Итакъ, цессія, по Кодексу Наполеона, состоитъ изъ трехъ составныхъ частей: изъ предварительной каузальной сдѣлки, изъ самаго акта цессіи и изъ увѣдомленія должника или одобренія имъ совершившейся уступки.

Такъ же по существу цессія поставлена прибалтійскимъ Сводомъ (ст. 3474) и Общегерманскимъ уложеніемъ (ст. 398, 410).

1 ч. X т. Св. зак. не требуетъ денунціаціи, а Сенатъ въ рѣшеніи 1874 г. № 484 требовалъ отъ должника особой осторожности при уплатѣ долга; онъ разсуждалъ такъ: передача правъ требованія кредиторомъ другому лицу можетъ оказаться неизвѣстною должнику, и потому послѣдній при уплатѣ своего долга обязанъ удостовѣриться, остается ли еще у первоначальнаго кредитора право на полученіе этой уплаты; если же должникъ, не принявъ этой мѣры предосторожности, уплатитъ первоначальному кредитору уже послѣ совершенія цессіи, то онъ не освобождается отъ уплаты цессіонарію и не можетъ противопоставить ему никакихъ въ этомъ смыслѣ возраженій. Слѣдовательно, денунціація не нужна, такъ какъ цессія сама по себѣ уже дѣлала цессіонарія кредиторомъ даже и для третьихъ лицъ. Однако въ рѣшеніи 1894 г. № 32 Сенатъ уже говоритъ: „для должника дѣйствіе передачи начинается съ той минуты, когда передача ему заявлена передатчикомъ или сдѣлалась достовѣрно извѣстна другимъ путемъ“. Слѣдовательно, денунціація нужна.

Въ этомъ послѣднемъ направленіи идетъ и Проектъ, который въ ст. 158 говоритъ такъ: „О состоявшейся уступкѣ требованія должникъ долженъ быть увѣдомленъ первоначальнымъ вѣрителемъ или пріобрѣтателемъ требованія. Должникъ, который, не получивъ отъ вѣрителя или его преемника увѣдомленія объ уступкѣ требованія и вообще не зная объ уступкѣ, удовлетворитъ первоначальнаго кредитора“.

чальнаго вѣрителя, освобождается отъ отвѣтственности передъ пріобрѣтателемъ требованія”.

Теперь передъ нами вопросъ о послѣдствіяхъ цессіи.

Прежде всего надо отмѣтить, что произведенная согласно всѣмъ правиламъ о ней цессія обнимаетъ собою не только главное обязательство, но и всѣ принадлежности его, какъ-то: поручительство, привилегіи и ипотеки (ст. 1692 К. Н.)¹⁾. Однако всѣ эти принадлежности лишь настолько переходятъ къ цессіонарію, насколько онѣ связаны именно съ самимъ обязательствомъ, а не съ личностью cedentia: всѣ личные элементы обязательства остаются у cedentia и, такъ сказать, погибаютъ²⁾. Что же касается должника, то его положеніе не должно и не можетъ измѣняться вслѣдствіе цессіи, а потому онъ противъ цессіонарія можетъ выставить не только экцепціи, касающіяся самого долга, (напр., возраженіе объ уплатѣ всего или части долга), но и экцепціи, направляющіяся лично противъ cedentia (напр., возраженіе объ обманѣ и т. п.)³⁾. Словомъ, при цессіи уступаемое обязательство въ полнѣ сохраняетъ свое тождество: цессіонарій получаетъ то же самое, что было у cedentia; мѣняется дѣйствительно только личность кредитора⁴⁾.

Затѣмъ cedentъ обязанъ всячески помогать цессіонарію въ осуществленіи имъ пріобрѣтеннаго права: долженъ передать нужные документы и вообще дать всѣ необходимыя свѣдѣнія⁵⁾.

¹⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 3476. Проектъ, ст. 156.

²⁾ Такъ это по Общегерманскому уложенію (ст. 401) и по Швейцарскому закону объ обязат. (ст. 190).

³⁾ Общегерманское уложеніе, ст. 404; Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 189; Проектъ, ст. 162. Рѣшеніе Сената 1868 г. № 373.

⁴⁾ См. прибалтійскій Сводъ, ст. 3476 и 3479.

⁵⁾ Кодексъ Наполеона, ст. 1689; прибалтійскій Сводъ, ст. 3478; Общегерманское уложеніе, ст. 402; Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 191; Проектъ, ст. 159.

Наконецъ, уступка своихъ правъ другому или обязательство поставить этого другого на свое мѣсто налагаетъ на cedentia нѣкоторыя обязанности по гарантіи извѣстной успѣшности этой уступки. А именно, по Кодексу Наполеона, cedentъ гарантируетъ цессіонарію въ силу самаго закона и безъ особаго о томъ соглашенія дѣйствительность и, значитъ, существованіе передаваемого права въ моментъ его уступки (pomen verum, ст. 1693). За состоятельность же должника (pomen bonum) cedentъ отвѣчаетъ только тогда, когда онъ спеціально, особымъ соглашеніемъ, къ этому обязался, при чемъ гарантія эта распространяется однако не на номинальную сумму долга, а лишь на ту сумму, которую cedentъ получилъ отъ цессіонарія (ст. 1694). Это измѣненію по волѣ сторонъ уже не подлежитъ, такъ какъ иначе стали бы возможными ростовщическія сдѣлки. Во всякомъ случаѣ и эта гарантія относится къ состоятельности должника только въ настоящемъ времени; на будущее же время она можетъ быть распространена опять-таки лишь особымъ положительнымъ соглашеніемъ объ этомъ (ст. 1695)¹⁾.

Не можетъ быть иначе это и по русскому праву, хотя прямо оно и не выставляетъ указанныхъ положеній. Въ одномъ частномъ случаѣ передачи заемнаго письма ст. 2058 1 ч. X т. говоритъ о пріобрѣтеніи его „безъ оборота на заимодавца”, т. е. на cedentia. Слѣдовательно, гарантіи состоятельности должника, на основаніи закона, нѣтъ²⁾. Въ виду же того обстоятельства, что заимодавецъ за уступку своего права получаетъ деньги, онъ долженъ непремѣнно отвѣчать за дѣй-

¹⁾ Такъ же это по прибалтійскому Своду (ст. 3481), по Общегерманскому уложенію (ст. 437, 438), по нашему Проекту (ст. 160 и 161) и по Швейцарскому закону объ обязат. (ст. 192), которые всѣ, какъ и Кодексъ Наполеона, предполагаютъ при этомъ случаи возмездной цессіи.

²⁾ Такъ учить и Сенатъ въ рѣшеніи 1869 г. № 175.

ствительность или существование передаваемого права, такъ какъ иначе выходило бы, что онъ по возмездному обмѣну цѣнностей получаетъ деньги, не предоставляя взаимнѣ никакого эквивалента¹⁾. Затѣмъ въ силу общей свободы договоровъ, цедентъ и по русскому праву можетъ принять на себя, по особому о томъ соглашенію, отвѣтственность и за состоятельность должника и не только за настоящую, но и за будущую.

Здѣсь—одинаково для Кодекса Наполеона и для Свода законовъ—возникаетъ вопросъ: можно ли, съ другой стороны, въ силу той же свободы договоровъ, устранить гарантію даже и одной только дѣйствительности передаваемого права? Надо различать. Если цессіонарій знаетъ, что приобрѣтаемое право не существуетъ, тогда сдѣлка вполнѣ дѣйствительна, и здѣсь будетъ имѣть мѣсто дареніе. Если же цессіонарій не знаетъ объ этомъ, тогда возможенъ вопросъ объ обманѣ, и сдѣлка можетъ оказаться недѣйствительной.

Такова цессія, таковы ея дѣйствіе и послѣдствія.

Теперь рассмотримъ подробнѣе, какія обязательства могутъ быть уступаемы и какія цессіи не подлежатъ.

По общему правилу, цессія возможна для всѣхъ обязательствъ, такъ какъ почти всѣ они представляютъ изъ себя безличныя имущественныя цѣнности²⁾. При этомъ послѣднемъ условіи источникъ обязательства не играетъ рѣшающей роли: передавать можно обязательства не только договорныя, но и обязательства, напр., о возмѣщеніи убытка по деликту. Можно, далѣе, передавать обязательства цѣликомъ или въ части, если они

¹⁾ Такъ и по рѣшенію Сената 1875 г. № 599.
²⁾ Рѣшеніе Сената 1905 г. № 16.

дѣлимы³⁾. Наконецъ, допустима передача обязательствъ какъ безусловныхъ, такъ и условныхъ,—какъ до наступленія срока платежа, такъ и послѣ истеченія этого срока⁴⁾. Положительно все это выражено въ прибалтійскомъ Сводѣ (ст. 3467) и отчасти въ Проектѣ (ст. 153). Но то же самое надо принять и для Кодекса Наполеона, и для Общегерманскаго уложенія въ виду широкой редакціи ихъ статей.

Однако изъ этого общаго правила есть исключенія. Именно, цессія не допускается: а) или въ виду строго личнаго характера обязательства, б) или въ виду особенностей его содержанія и значенія, в) или въ виду положительнаго запрещенія закона, г) или, наконецъ, въ виду соотвѣтствующаго соглашенія контрагентовъ⁵⁾. Этыхъ положеній нельзя не принять, такъ какъ они проистекаютъ или изъ закона, или изъ воли самихъ сторонъ, или изъ безспорной невозможности ставить должника, безъ его согласія, въ худшее положеніе.

Итакъ, во 1-хъ, цессія невозможна, когда личность кредитора имѣетъ существенное значеніе для всего отношенія. Таковы, напр., обязательства изъ личнаго найма; таковы и требованія алиментовъ. Всѣ эти цѣнности не подлежатъ свободной циркуляціи на рынкѣ, а приурочены къ опредѣленнымъ лицамъ⁴⁾.

Во 2-хъ, содержаніе обязательствъ не допускаетъ цессіи тогда, когда обязательства двусторонни, такъ что каждый контрагентъ въ одно и тоже время является и кредиторомъ, и должникомъ неразрывно. Уступая свое право требованія, кредиторъ долженъ быть

¹⁾ Ст. 22 п. 3 Свода уставовъ о пошлинахъ, т. V Св. зак.; см. и рѣшеніе Сената 1867 г. № 392.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1871 г. № 788.

³⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 3468 сл.; Проектъ, ст. 154, 155; Общегерманское уложеніе, ст. 399, 400; Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 183.

⁴⁾ Рѣшенія Сената 1871 г. № 788, 1878 г. № 236.

бы, въ силу основныхъ свойствъ синаллагматическихъ обязательствъ, уступить и свою обязанность, а это уже выходитъ за предѣлы цессіи, такъ какъ она принимается только къ активной сторонѣ обязательственныхъ отношеній, а не къ пассивной сторонѣ ихъ. Поэтому мы должны сказать, что поскольку невозможно выдѣленіе одной активной стороны изъ синаллагматическаго обязательства, постольку невозможна и самая цессія въ этого рода обязательствахъ ¹⁾. Кроме того, и особенности въ значеніи обязательствъ могутъ исключать возможность цессіи. Таковы требованія акцессорныя, несамостоятельныя: изъ поручительства, изъ залога и т. п. Требования этого рода тѣсно связаны съ другими, главными требованіями, а потому и о цессіи ихъ можно говорить только при одновременной уступкѣ тѣхъ и другихъ обязательствъ.

Въ 3-хъ, и самъ законъ, руководствуясь или охраной добрыхъ нравовъ, или существомъ нѣкоторыхъ отношеній, запрещаетъ уступку тѣхъ или иныхъ требованій. Такъ, недѣйствительны сдѣлки о неоткрывшемся еще наслѣдствѣ, а потому недѣйствительна и цессія соотвѣтствующихъ требованій ²⁾.

Затѣмъ, не допускается по русскому закону уступка требованій, обезпеченныхъ вещнымъ залоговымъ правомъ, такъ какъ и само это вещное право не можетъ быть передаваемо безъ согласія и участія должника-залогодателя. Ст. 1653 1 ч. X т. говоритъ: „Закладныя на недвижимыя имущества не могутъ быть передаваемы по надписямъ”. Для Царства Польскаго этотъ вопросъ рѣшается въ діаметрально противоположномъ смыслѣ (Ипотечный Уставъ, ст. 56, 57). Далѣе, невозможна по закону уступка такихъ требованій, на которыя тотъ же законъ не позволяетъ налагать взысканія за долги.

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1875 г. № 960.

²⁾ Ст. 1600 К. Н., ст. 1389 1 ч. X т. Св. зак.

Сюда принадлежатъ жалованье и другіе оклады служащихъ лицъ. Именно, законъ ¹⁾ разрѣшаетъ налагать взысканіе только на опредѣленную долю жалованья; остальная же часть его взысканіямъ не подлежитъ, а потому не можетъ быть уступаема даже самимъ должникомъ, такъ какъ законъ принудительно сохраняетъ ее для него, должника. То же относится къ пенсіямъ и къ капиталамъ алиментарнымъ ²⁾. Эти запрещенія абсолютны, а потому уступка совершенно ничтожна, все равно, въ чью бы пользу она ни была сдѣлана. Но есть затѣмъ и такія запрещенія цессіи, которыя имѣютъ силу только противъ опредѣленныхъ лицъ. Это запрещенія относительныя. Ст. 424 Гражданскаго Уложенія Ц. П.: „..... онъ (т. е. опекунъ) не можетъ также пріобрѣтать, посредствомъ уступки, какого-либо права или долговой претензіи противъ лица, состоящаго подъ его опекой” ³⁾. Ст. 1597 К. Н.: „Судьи, лица ихъ заступающія, лица прокурорскаго надзора, секретари судебныхъ канцелярій, судебные пристава и разсылные, защитники и нотаріусы не могутъ пріобрѣтать тяжбъ, спорныхъ правъ и исковъ, подлежащихъ вѣдомству гражданскаго суда, въ округѣ котораго они занимаютъ должности, подъ опасеніемъ недѣйствительности и уплаты издержекъ, а равно и вознагражденія за вредъ и убытки”. Выше были уже приведены ст. 530 Устава судопроизводства торговаго и ст. 400 Учрежденія судебныхъ установленій. Изъ нихъ послѣдняя указываетъ и на послѣдствія даннаго въ ней запрещенія: „Всѣ сдѣлки такого рода признаются недѣйствительными и подвергаются повѣренныхъ отвѣтственности по постановленію ихъ совѣта”. Во всѣхъ этихъ случаяхъ

¹⁾ Ст. 1084 и слѣд. Устава гражд. судопроизводства.

²⁾ Ст. 1554 Устава гр. судопроизводства.

³⁾ Ср. примѣч. 2 къ ст. 268 1 ч. X т.

законодатель заботливо устраняетъ соблазнъ отъ перечисленныхъ лицъ, устраняетъ самую возможность нареканій на нихъ и нежелательныхъ недоразумѣній.

Наконецъ, въ 4-хъ, спрашивается: могутъ ли сами стороны, по своему произволу, исключить напередъ цессию для устанавливаемаго ими обязательства? Прибалтійскій Сводъ въ ст. 3468, Общегерманское уложение въ ст. 399, Швейцарскій законъ объ обязат. въ ст. 183 и нашъ Проектъ въ ст. 155 рѣшаютъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. И это правильно. Нѣтъ никакого основанія стѣснять свободу договоровъ въ этой чисто частной области. Это же надо принять и для русскаго права, какъ это и дѣлаетъ Сенатъ въ рѣшеніи 1875 г. № 408.

По окончаніи очерка юридическихъ отношеній, вытекающихъ изъ цессіи, посмотримъ теперь, какую экономическую роль она играетъ въ гражданскомъ и торговомъ оборотѣ.

Цессія можетъ служить интересамъ какъ цедента, такъ и цессионарія.

Цедентъ-кредиторъ, имѣя долговое требованіе, т.-е. имѣя деньги, но въ чужихъ рукахъ, можетъ встрѣтить нужду въ нихъ до наступленія срока по данному обязательству. Въ такомъ случаѣ цессія является однимъ изъ средствъ добыть немедленно деньги за не большіе проценты по учету и не входя въ долги.

И съ другой стороны, для того или другого третьяго лица, желающаго выгодно помѣстить свои деньги подъ солидное обезпеченіе, цессія также является нерѣдко наиболѣе удобнымъ для этой цѣли средствомъ: не нужно искать хорошаго мѣста въ ипотечномъ указателѣ, достаточно занять то, которое уже принадлежало цеденту, чтобы стать впереди другихъ кредиторовъ. Цѣль такимъ образомъ достигается вполне.

§ 2. Суброгація.

Другимъ видомъ субъективныхъ измѣненій на активной сторонѣ обязательствъ является суброгація.

Здѣсь прежде всего надо отмѣтить, что, во 1-хъ, суброгація извѣстна только Кодексу Наполеона (ст. 1249—1252)¹⁾, общее же русское право суброгаціи не знаетъ²⁾, а во 2-хъ,—суброгація источникомъ своимъ имѣетъ не только договоръ, но и предписанія закона.

Кругъ дѣйствія суброгаціи вообще стѣсняется тѣмъ, что она относится только къ обязательствамъ денежнымъ.

Дѣло состоитъ здѣсь въ слѣдующемъ.

По правиламъ объ исполненіи обязательствъ, платежъ можетъ быть правомѣрно предложенъ кредитору не только самимъ должникомъ, но и всякимъ третьимъ лицомъ, если обязательство не имѣетъ строго личнаго характера, какъ это мы видимъ именно и особенно въ обязательствахъ денежныхъ. Третье лицо, уплачивая чужой для него долгъ, если въ этомъ нѣтъ ошибки или недоразумѣнія (тогда — *condictio indebiti*), можетъ руководствоваться слѣдующими основаніями: 1) оно совершаетъ по отношенію къ должнику дареніе; 2) оно дѣйствуетъ по порученію должника, какъ мандатарій; 3) оно дѣйствуетъ безъ порученія должника, какъ *negotiorum gestor*. Во всѣхъ этихъ трехъ возможныхъ случаяхъ обязательство прекращается, какъ исполненное: кредиторъ получилъ то, что ему слѣ-

¹⁾ См. однако и ст. 3466 прибалтійскаго Свода.

²⁾ т. е. Х т. только въ одномъ случаѣ допускаетъ суброгацію (при поручительствѣ), да и то лишь въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской (ст. 1559). См. въ концѣ этого параграфа.

довало, и потому не можетъ больше ничего требовать отъ своего должника: должникъ передъ кредиторомъ свободенъ. Передъ третьимъ же лицомъ должникъ свободенъ только въ первомъ случаѣ, когда платежъ совершенъ *animo donandi*, съ цѣлью даренія; въ остальныхъ же двухъ случаяхъ должникъ обязанъ возвратить сумму погашеннаго долга третьему лицу или на основаніи даннаго имъ порученія, какъ мандантъ, или по правиламъ о веденіи чужихъ дѣлъ безъ порученія, — обязанъ возвратить потому, что иначе онъ обогатился бы на счетъ третьяго лица безъ всякаго основанія. Однако это уже отношенія постороннія для погашеннаго третьимъ лицомъ обязательства.

Таковъ обыкновенный ходъ дѣла, и таково общее правило относительно исполненія обязательствъ третьими лицами.

Но мы должны говорить здѣсь лишь о тѣхъ случаяхъ, когда обязательство измѣняется, а не прекращается (настоящая глава IV посвящается вопросу именно объ измѣненіяхъ обязательствъ).

И вотъ, оказывается, что, по Кодексу Наполеона, возможно и иное дѣйствіе платежа по обязательству со стороны третьяго лица, а именно: третье лицо производитъ платежъ по обязательству, но имѣетъ намѣреніе (*animus*) не погасить обязательство, а сохранить его и при томъ — вступить въ права и стать на мѣсто получившаго удовлетвореніе кредитора (если, конечно, не имѣется въ виду дареніе). Это самое вступленіе и называется суброгаціей. При суброгаціи дѣйствительно прежнее обязательство остается въ силѣ; въ немъ только измѣняется личность кредитора.

Итакъ, при суброгаціи предполагается: 1) третье лицо, т.-е. чужое для обязательства и въ немъ не участвующее; 2) платежъ со стороны этого третьяго лица въ пользу кредитора; 3) платежъ съ цѣлью не погасить

обязательство, а сохранить его и вступить въ права кредитора; 4) выбытіе первоначальнаго кредитора изъ обязательства и вступленіе на его мѣсто новаго кредитора (уплатившаго третьяго лица); 5) при этой перемѣнѣ въ субъектѣ на активной сторонѣ — сохраненіе тождественности обязательства.

Когда же и при какихъ условіяхъ наступаетъ суброгація?

Съ одной стороны, самъ законъ указываетъ случаи и обстоятельства, при которыхъ суброгація возможна и происходитъ даже *ipso jure* (если, конечно, уплатившій отъ нея не отказывается; а отказъ возможенъ, напр., при желаніи совершить дареніе); съ другой стороны, законъ предоставляетъ и самимъ сторонамъ устанавливать суброгацію. Кодексъ Наполеона въ ст. 1249 говоритъ: „Вступленіе третьяго лица въ права удовлетвореннаго имъ кредитора бываетъ или договорное, или законное”

Спрашивается однако: изъ-за чего дѣлается это отступленіе отъ общаго правила о прекращеніи обязательствъ при уплатѣ долга? Вѣдь третье лицо, уплатившее по чужому долгу, имѣетъ, какъ мы видѣли, и безъ суброгаціи право истребовать отъ должника уплаченную за него сумму либо искомъ изъ порученія, либо искомъ изъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія.

Исключеніе это объясняется реальными и дѣйствительными потребностями оборота.

Дѣло въ томъ, что оба сейчасъ упомянутые иска, какъ обыкновенныя *actiones in personam*, ничѣмъ не обезпечены; при суброгаціи же третье лицо, вступающее въ права кредитора, получаетъ принадлежавшій этому послѣднему искъ со всѣми его обезпеченіями: съ привилегіями, ипотеками и т. д. (ст. 1250, 1251 К. Н.). Правда, и при установленіи новаго обязательства (если бы стороны пожелали этого), можно

обезпечить его ипотекой, но эта новая ипотека стояла бы позади всѣхъ установленныхъ раньше. Поэтому понятно, что третье лицо не только предпочтетъ уплатить чужой долгъ съ суброгаціей скорѣе, чѣмъ безъ нея, но нерѣдко оно даже будетъ искать именно суброгаціи для выгоднаго помѣщенія денегъ.

Все это вмѣстѣ взятое вполне отвѣчаетъ также и интересамъ кредитора: онъ можетъ получить должную ему сумму даже и при платежныхъ затрудненіяхъ должника, тогда какъ безъ суброгаціи онъ именно въ этомъ случаѣ не получилъ бы ни отъ кого уплаты долга.

Наконецъ, и самъ должникъ, благодаря институту суброгаціи, можетъ легче и скорѣе достать денегъ для уплаты требующему исполненія кредитору, такъ какъ можетъ предоставить третьему лицу всѣ освобождающіяся за уходомъ первоначальнаго кредитора обезпеченія.

Послѣ этихъ общихъ замѣчаній обратимся теперь къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ случаевъ, въ которыхъ суброгація устанавливается самимъ закономъ.

Здѣсь передъ нами ст. 1251 К. Н., перечень которой не подлежитъ распространительному толкованію въ виду того, что, какъ сказано, суброгація является и заключеніемъ изъ общаго правила о прекращеніи обязательствъ при уплатѣ долга.

Въ общемъ случаи суброгаціи по закону характеризуются тѣмъ, что здѣсь имѣются въ виду такія третьи лица, которыя или прямо обязаны платить, или заинтересованы въ уплатѣ долга кредитору. Имъ и покровительствуетъ законъ предоставленіемъ исковъ съ обезпеченіями.

Первый случай. Статья 1251 К. Н. говоритъ: „Вступленіе въ права кредитора имѣетъ мѣсто въ силу

самаго закона: 1) въ пользу того, кто, будучи самъ кредиторомъ, произвелъ платежъ другому кредитору, имѣющему передъ нимъ преимущество на основаніи своихъ привилегій или ипотекъ”.

Этотъ первый случай имѣетъ въ виду наличность двухъ или болѣе кредиторовъ у одного и того же должника и при этомъ—различную степень въ ихъ обезпеченіи. Кромѣ наличности, по крайней мѣрѣ, двухъ кредиторовъ, нужно еще, чтобы платежъ былъ произведенъ однимъ изъ нихъ и именно—имѣющимъ меньше преимуществъ тому, у котораго болѣе преимуществъ, и тогда уплатившій кредиторъ занимаетъ мѣсто кредитора лучше обезпеченнаго, а этотъ послѣдній выбываетъ изъ обязательства совершенно.

Нужно это бываетъ тогда, когда кредиторъ, обезпеченный лучше другихъ, собирается наложить взысканіе на недвижимость. Онъ можетъ это сдѣлать и въ моментъ неблагоприятный для остальныхъ кредиторовъ, потому что самъ онъ, какъ стоящій впереди ихъ, не пострадаетъ, а другіе кредиторы, низшіе по принципу старшинства, могутъ пострадать: на погашеніе ихъ требованій имѣющей быть вырученной цѣны можетъ и не хватить. Въ такихъ случаяхъ эти находящіеся въ опасности кредиторы путемъ суброгаціи удаляютъ выше стоящаго кредитора, занимаютъ его мѣсто и получаютъ возможность выждать повышения цѣны и получить удовлетвореніе полностью.—Цѣлесообразность института суброгаціи въ этомъ случаѣ очевидна.]

Второй случай. По той же ст. 1251 К. Н., суброгація имѣетъ мѣсто „въ пользу пріобрѣтателя недвижимости, удовлетворившаго покупною цѣною кредиторовъ, имѣвшихъ на этомъ имуществѣ ипотеку”.

Здѣсь тотъ случай, когда кто-либо покупаетъ обремененную ипотекой недвижимость; самъ покупатель кредиторомъ не состоитъ, но, уплачивая кредитору, занимающему первое мѣсто, сумму его требованія, онъ, въ

силу самого закона, занимаетъ мѣсто этого кредитора, получая и его ипотечное обезпеченіе для своего требованія. Такимъ образомъ покупатель оказывается своимъ собственнымъ кредиторомъ. Пока другіе кредиторы, стоящіе ниже, не налагаютъ своихъ взысканій на его недвижимость, до тѣхъ поръ покупатель не имѣетъ осязательныхъ выгодъ отъ предоставленнаго ему закономъ мѣста кредитора. Но какъ только такіа взысканія будутъ предъявлены, сейчасъ же покупатель почувствуетъ всю выгоду своего положенія: какъ кредиторъ съ ипотечнымъ обезпеченіемъ за первымъ номеромъ, онъ будетъ стоять впереди всѣхъ другихъ кредиторовъ и потому не рискуетъ потерять вложеннаго въ недвижимость капитала, какъ онъ рисковалъ бы его лишиться, если бы былъ только собственникомъ недвижимости и не воспользовался суброгаціей: эти другіе кредиторы потребуютъ продажи недвижимости только при такихъ цѣнахъ, при которыхъ они смогутъ получить сумму достаточную не только для удовлетворенія покупателя, какъ выше стоящаго, но и для погашенія и своихъ требованій. Дѣло разрѣшится на общую пользу.

Третій случай. Суброгація имѣетъ мѣсто „въ пользу того, кто, будучи обязанъ заплатить долгъ вмѣстѣ съ другими или за другихъ, имѣлъ интересъ въ томъ, чтобы долгъ былъ уплаченъ”.

Здѣсь законъ различаетъ двѣ категоріи лицъ, заинтересованныхъ въ уплатѣ: 1) одни обязаны за другихъ; таковы, прежде всего, обыкновенные поручители въ отношеніи къ должнику, а затѣмъ—поручители, обременившіе свои недвижимости ипотекою для обезпеченія чужого для нихъ долга; 2) другіе обязаны вмѣстѣ съ другими; таковы солидарные содолжники, содолжники въ недѣлимыхъ обязательствахъ, сопоручители по одному

и тому же долгу, и все это—въ ихъ отношеніяхъ между собою.

Всѣ эти лица заинтересованы въ уплатѣ долга потому, что, пока онъ не погашенъ, взысканіе можетъ обрушиться на нихъ самихъ. И вотъ, если одно изъ этихъ лицъ удовлетворяетъ кредитора, то оно и становится по суброгаціи на его мѣсто. Но въ какой суммѣ? Лица первой категоріи, какъ не участвующія лично въ долгѣ,—онъ для нихъ цѣликомъ чужой,—получаютъ право требованія на всю сумму. Лица же второй категоріи, какъ соучастники въ обязанностяхъ, могутъ требовать только того, что превышаетъ ихъ собственную долю въ общемъ долгѣ.

Четвертый случай. Ст. 1251 предоставляет суброгацію „въ пользу инвентарнаго наслѣдника, заплатившаго, изъ своего собственного имущества, долги, лежащіе на наслѣдствѣ”.

Инвентарный наслѣдникъ не обязанъ уплачивать долги наслѣдодателя изъ своего собственного имущества, но онъ это можетъ сдѣлать для предупрежденія продажи имущества по требованію кредиторовъ при низкихъ цѣнахъ. Такимъ образомъ устраняется опасность потери полученнаго по наслѣдству имущества.

Таковы случаи и обстоятельства, когда самъ законъ устанавливаетъ суброгацію.

Кромѣ того, какъ уже было замѣчено выше, Кодексъ Наполеона позволяетъ и самимъ сторонамъ, при соблюденіи извѣстнаго рода формальностей, устанавливать суброгацію (суброгація договорная).

Сюда относится ст. 1250 К. Н., по которой суброгація можетъ быть вызвана или соглашеніемъ кредитора съ третьимъ лицомъ, или соглашеніемъ должника съ третьимъ лицомъ.

Въ первомъ случаѣ законъ требуетъ, чтобы передача кредиторомъ своихъ правъ, исковъ, ипотеки и при-

вилегій третьему лицу противъ должника была выражена положительно и послѣдовала одновременно съ платежомъ. Слѣдовательно, для установленія суброгаціи договорной не пригодны ни *facta concludentia*, ни молчаливое волеизъявленіе. Даже и прямое волеизъявленіе не пригодно, если оно послѣдуетъ когда-нибудь послѣ уплаты третьимъ лицомъ долга, а не одновременно съ ней: обязательство тогда уже погашено, и имъ распоряжаться нельзя. Словомъ, законъ требуетъ здѣсь ясности и опредѣленности, а иначе вступаетъ въ дѣйствіе общее правило о прекращеніи обязательства. Однако относительно формы соглашенія никакихъ особыхъ требованій нѣтъ; слѣдовательно, примѣняются общія правила, а потому допускаются и домашніе акты.

Этотъ случай суброгаціи по своему внѣшнему составу сходенъ съ цессіей обязательствъ. Однако ниже мы увидимъ, что по своимъ послѣдствіямъ и по условіямъ дѣйствительности они различны.

Во второмъ случаѣ (суброгація по волѣ должника) формальности гораздо строже. Именно, если третье лицо уплачиваетъ долгъ вмѣсто должника (и съ согласія этого должника) и хочетъ воспользоваться суброгаціей, то сдѣлка представляется въ видѣ займа, дѣлаемаго должникомъ у третьяго лица, заимодавца. При этомъ актъ займа и платежная расписка должны быть совершены у нотариуса, и въ этомъ актѣ должно быть указано, что заемъ дѣлается должникомъ именно для уплаты даннаго долга кредитору. Кромѣ того, въ платежной распискѣ, выдаваемой кредиторомъ при уплатѣ, должно быть объяснено, что уплата произведена именно тѣми деньгами, которыя даны третьимъ лицомъ должнику. Словомъ, роль и значеніе третьяго лица не должны ни на минуту подлежать сомнѣнію; эта роль должна быть отмѣчена во всѣхъ актахъ, совершаемыхъ по поводу вступленія третьяго лица въ обязательство, и тогда уже суброгація

совершается безъ всякаго участія и даже противъ воли кредитора (ст. 1250 К. Н.).

При всей, такъ сказать, нормальности и цѣлесообразности института суброгаціи вообще, этотъ послѣдній видъ ея,—суброгація по волѣ должника,—представляетъ изъ себя нѣчто совершенно исключительное: здѣсь должникъ распоряжается правомъ требованія своего кредитора: передаетъ это право третьему лицу, а между тѣмъ основное правило гласитъ, что нельзя передать другому то, чего самъ не имѣешь.

Въ гражданскомъ правѣ, призванномъ удовлетворять дѣйствительныя потребности жизни и оборота, весьма нерѣдко логика нарушается въ угоду цѣлесообразности. Такъ и въ данномъ случаѣ. Суброгація по волѣ должника и вопреки согласію кредитора вызвана была особенностями экономической жизни во Франціи въ 16 и 17 вѣкахъ. Разъ возникши, она попала и въ Кодексъ Наполеона¹⁾. Но теперь основаній для нея нѣтъ.

Оба эти вида суброгаціи,—по закону и по договору,—различны только по основанію своего возникновенія; дѣйствіе же ихъ одинаково какъ тамъ, такъ и здѣсь: обязательство не прекращается, а только лишь измѣняется, и измѣненіе это состоитъ въ томъ, что третье лицо занимаетъ мѣсто первоначальнаго кредитора.

Какъ видно изъ всего сказаннаго, суброгація очень похожа на цессію. Однако между ними есть существенныя различія.

Во 1-хъ, цессія имѣетъ своимъ основаніемъ только договоръ, а суброгація устанавливается, кромѣ того, и закономъ; слѣдовательно, цессія совершается всегда съ согласія кредитора, а суброгація можетъ происходить и вопреки волѣ кредитора²⁾.

¹⁾ Плянйоль, Курсъ, ч. 1, стр. 133 сл.

²⁾ Однако прибалтійскій Сводъ смѣшиваетъ все это въ одну категорію отношеній. Ст. 3461 говоритъ: „Требованія могутъ переходить

Во 2-хъ, цессіонарій имѣетъ только искъ, перешедшій къ нему отъ cedenta, а при суброгации третье лицо, получая иски кредитора, сохраняетъ и свои собственные: изъ договора порученія или изъ negotiorum gestio.

Въ 3-хъ, формальная сторона цессіи и суброгации различна. Между прочимъ, при суброгации нѣтъ необходимости увѣдомлять должника о вступленіи въ права кредитора; цессія же безъ такого увѣдомленія не имѣетъ силы противъ третьихъ лицъ.

Въ 4-хъ, цессія вмѣщаетъ въ себѣ и обязанность гарантіи (по крайней мѣрѣ, за существованіе обязательства); при суброгации же обязанности гарантіи нѣтъ, да она и не возможна по самому существу дѣла: третье лицо, производя уплату вмѣсто должника, тѣмъ самымъ признаетъ наличность долга, и, слѣдовательно, оно противорѣчило бы само себѣ, желая и требуя гарантіи; здѣсь возможно только истребованіе уплаченнаго безъ основанія; объемъ этихъ требованій различенъ.

Въ 5-хъ, при цессіи новый кредиторъ можетъ требовать въ свою пользу исполненія обязательства цѣликомъ, хотя бы пріобрѣтеніе совершилось и по пониженной цѣнѣ, а при суброгации новый кредиторъ имѣетъ право только на то, что самъ уплатилъ, такъ что въ остальной суммѣ первоначальный кредиторъ свои права сохраняетъ. При этомъ надо отмѣтить, что законъ въ такихъ случаяхъ не ставитъ третье лицо наравнѣ съ первоначальнымъ кредиторомъ въ ихъ от-

отъ прежняго кредитора къ новому черезъ передачу (cessio), совершаемую или: 1) по закону, безъ особаго изъявленія на то воли прежняго кредитора, или 2) по судебному приговору, или наконецъ 3) по юридической сдѣлкѣ, которая имѣетъ одинаковое значеніе, будетъ ли она заключена кредиторомъ въ силу налагаемой на него закономъ обязанности, или добровольно". См. еще ст. 3462—3466.

ношеніяхъ къ должнику, а даетъ кредитору съ его частью требованія преимущество передъ третьимъ лицомъ: сначала и на первомъ мѣстѣ подлежитъ удовлетворенію частичное требованіе первоначальнаго кредитора, а потомъ уже слѣдуетъ удовлетвореніе третьяго лица по суброгации (ст. 1252 К. Н.).

Возможна ли суброгация по русскому праву?

Что касается суброгации по закону, то 1 ч. X т. въ одномъ случаѣ допускаетъ ее. Это—при уплатѣ долга поручителемъ по праву губерній Черниговской и Полтавской. Ст. 1559 говоритъ: „Поручитель, удовлетворившій по обязательству, а равно и наслѣдники его вступаютъ во всѣ права заимодавца и могутъ въ семъ качествѣ отыскивать прямо удовлетвореніе съ должника". Это соотвѣтствуетъ пункту 3-му статьи 1251 К. Н. По общему же праву (ст. 1558 п. 3 1 ч. X т.) дѣло ставится совсѣмъ иначе: поручитель получаетъ самостоятельное право на взысканіе „убытковъ" съ должника.

Что же касается, затѣмъ, суброгации договорной, то, въ виду ст. 1530 1 ч. X т., она должна быть признана допустимой и по русскому праву, какъ всякій contractus innominatus непротивный законамъ и добрымъ нравамъ; ограниченія могутъ встрѣчаться только въ области вещно-правовыхъ отношеній, въ которыхъ воля сторонъ не такъ свободна, какъ въ обязательствахъ.

Нашему Проекту суброгация въ видѣ общаго правила не извѣстна. Въ отдѣльныхъ же случаяхъ, хотя и безъ упоминанія этого термина, суброгация допускается. Именно, одинъ случай соотвѣтствуетъ пункту 1-му статьи 1251 К. Н. Ст. 85 Проекта говоритъ: „Въ случаѣ обращенія вѣрителемъ взысканія на имущество должника, постороннее лицо, подвергающееся опасности утратить вслѣдствіе этого взысканія принадлежащее ему на это имущество право, можетъ, удовлетворивъ вѣри-

теля, вступить въ его права". Другой случай соотвѣствуетъ пункту 3-му той же статьи Кодекса Наполеона. Именно, ст. 1131 Проекта говоритъ: „Поручитель, исполнившій главное обязательство, вступаетъ въ права вѣрителя и пріобрѣтаетъ право на обратное требованіе съ должника”.

Слѣдуетъ пожелать, чтобы и въ Проектѣ суброгація была поставлена шире.

§ 3. Осуществленіе кредиторомъ правъ и исковъ своего должника.

Здѣсь мы имѣемъ въ виду не совсѣмъ такіе случаи, какъ раньше. Здѣсь первоначальные субъекты не устраняются окончательно изъ обязательствъ, и ихъ права и иски не переходятъ вполнѣ и безповоротно къ другимъ лицамъ. Здѣсь—болѣе слабое измѣненіе, а именно: одно лицо замѣняетъ собою другое только для осуществленія правъ этого другого; въ этой стадіи или функции обязательства все въ немъ остается по прежнему: тѣ же контрагенты, то же содержаніе.

Эта категорія случаевъ состоитъ въ томъ, что нѣкоторымъ лицамъ, при извѣстныхъ условіяхъ, разрѣшается осуществлять права требованія тѣхъ изъ своихъ должниковъ, которые, въ свою очередь, являются кредиторами по отношенію къ другимъ лицамъ.

Здѣсь такимъ образомъ мы видимъ тотъ исключительный случай, когда требованіе предъявляется къ чужому контрагенту, т. е. къ такому лицу, съ которымъ данный требователь ни въ какихъ юридическихъ отношеніяхъ не состоитъ.

Производится это обращеніе къ чужому контрагенту (къ должнику должника) двояко: или отъ имени долж-

ника, право котораго осуществляется, или отъ своего собственнаго имени.

Разсмотримъ оба эти случая.

I. Въ первомъ указанномъ сейчасъ случаѣ имѣется въ виду то основное положеніе, что каждый должникъ отвѣчаетъ передъ своими кредиторами всѣмъ своимъ имуществомъ; имущество же это можетъ состоять не только изъ наличныхъ вещей, но и изъ правъ требованій на другихъ лицахъ¹⁾. И вотъ, если должникъ совсѣмъ не осуществляетъ своихъ исковъ, или если онъ не достаточно энергично производитъ свои взысканія, то этимъ онъ уменьшаетъ тотъ фондъ, изъ котораго его кредиторы надѣются получить удовлетвореніе по своимъ требованіямъ. Такимъ образомъ бездѣятельность должника можетъ наносить прямой ущербъ его кредиторамъ. Во избѣжаніе этихъ несправедливыхъ потерь для кредиторовъ, законъ и даетъ имъ право самимъ осуществлять права и иски своихъ должниковъ; въ своемъ интересѣ они проявятъ вполнѣ достаточную энергію и, благодаря этому, получатъ слѣдующее имъ удовлетвореніе, а если и при такихъ условіяхъ они ничего не получаютъ (или не все получаютъ), то жаловаться будетъ уже не на кого: все возможное сдѣлано. Исходя изъ этихъ соображеній, Кодексъ Наполеона въ ст. 1166 постановляетъ слѣдующее: „Кредиторы могутъ однако осуществлять всѣ права и иски должника, съ изъятіемъ тѣхъ, которые исключительно связаны съ его личностью”.

Къ сожалѣнію, Кодексъ Наполеона ограничивается по нашему вопросу только этой единственной статьей и не даетъ больше никакихъ указаній относительно условій и объема примѣненія кредиторами этого своего права на замѣну должника въ его правахъ и искахъ. Поэтому приходится право это, какъ исключительное

¹⁾ Ст. 2 Закона о привилегіяхъ и ипотекахъ въ Ц. П.

(см. ст. 1165 К. Н.), такъ ограничивать и обставлять такими условіями, которыя необходимо вытекаютъ изъ самаго существа дѣла и изъ цѣли закона. Прежде всего, какъ это видно изъ постановленія ст. 1166, самовольное вторженіе не разрѣшается кредиторамъ относительно такихъ правъ и требованій должника, которыя тѣсно связаны съ его личностью, а потому и допускаютъ только личное осуществленіе, а не черезъ другихъ. Слѣдовательно, ст. 1166 относится только къ чисто-имущественнымъ отношеніямъ. Затѣмъ, въ ст. 1166 нельзя видѣть права вторгаться въ имущественныя дѣла должника безъ всякихъ ограниченій и совершенно произвольно. Такъ какъ ст. 1166 имѣетъ цѣлью обезпечить требованіе кредитора, то и примѣняться она можетъ лишь тогда, когда этому требованію угрожаетъ дѣйствительная опасность не быть удовлетвореннымъ. Если же у должника совершенно достаточно и наличнаго имущества для обезпеченія и удовлетворенія кредитора, то этотъ послѣдній и не можетъ предпринимать никакихъ дѣйствій по ст. 1166. Но даже и при недостаточности наличнаго имущества у должника, кредиторъ только тогда можетъ дѣйствовать по ст. 1166, когда самъ должникъ бездѣйствуетъ. Если же должникъ и самъ предъявляетъ принадлежащіе ему иски, производитъ взысканія по своимъ требованіямъ и т. п., то вмѣшательство кредитора было бы совершенно излишнимъ, а потому и допускать его нельзя. Конечно, нечего и говорить о томъ, что кредиторъ не имѣетъ права вмѣшиваться въ дѣла должника до наступленія срока исполненія его требованій. Такого „обезпеченія” требованій законъ кредитору не даетъ. Всѣми указанными условіями и ограничивается право кредитора.

Далѣе, когда кредиторъ, въ указанныхъ границахъ, прибѣгаетъ къ помощи ст. 1166, то онъ, какъ лицо, осуществляющее чужія права и иски, долженъ считаться какъ бы представителемъ своего должника

ка, а потому и все полученное имъ должно идти не ему лично, а въ имущественную массу должника, и уже изъ этой массы все добытое стараніями кредитора идетъ на уравнительное удовлетвореніе всѣхъ кредиторовъ, такъ что тотъ изъ нихъ, кто воспользовался ст. 1166, никакихъ преимуществъ не получаетъ. Изъ этого и вытекаетъ то, что мы здѣсь, строго говоря, не имѣемъ субъективной перемѣны черезъ вступленіе кредитора въ права своего должника; права должника такъ и остаются его правами; они не дѣлаются правами кредитора: кредиторъ только осуществляетъ ихъ, но осуществляетъ и отъ имени, и въ пользу должника. Здѣсь только внѣшняя замѣна одного лица другимъ. Сущность же дѣла остается безъ измѣненій даже и относительно субъектовъ.

Наконецъ, что касается формальной стороны этого осуществленія правъ должника, то, по разъясненію IX Департамента Сената (1864 г. № 8), для этого требуется разрѣшеніе суда и привлеченіе къ дѣлу также и должника.

II. Во второмъ случаѣ законъ даетъ кредитору право непосредственнаго иска къ должникамъ его должника, при чемъ кредиторъ хотя и не вступаетъ въ чужое право, но ищетъ отъ своего собственнаго имени и по своему личному праву, дарованному ему закономъ въ обезпеченіе его требованій. Сюда относятся слѣдующіе случаи. Ст. 1994 К. Н.: „Повѣренный отвѣчаетъ за то лицо, которому онъ передовѣрилъ управленіе дѣлами... Во всякомъ случаѣ довѣритель имѣетъ право иска прямо противъ того, кому повѣренный передалъ довѣренность”. Ст. 1753 К. Н.: „Перенаемщикъ отвѣчаетъ собственнику только въ размѣрѣ цѣны, какую долженъ за перенаемъ во время обращенія взысканія на самого нанимателя, при чемъ не можетъ ссылаться на то, что заплатилъ ему впередъ”. Ст. 1798 К. Н.: „Каменщики, плотники и другіе рабочіе, употре-

бляемые для постройки здания или производства иныхъ работъ по подряду, имѣютъ право иска противъ того, для кого работы сдѣланы, только въ размѣрѣ той суммы, какую онъ долженъ подрядчику во время предъявленія иска”.

Такъ какъ въ этихъ послѣднихъ случаяхъ осуществляется собственное право, и искъ предъявляется отъ своего имени, то и выручаемая сумма идетъ всецѣло въ пользу истца-кредитора, а не въ пользу должника (отвѣтчика-кредитора), какъ по ст. 1166 К. Н.

Такъ это по Кодексу Наполеона. Что же касается русскаго права, то въ немъ нѣтъ подобныхъ постановленій, хотя они и вполне цѣлесообразны.

Если, наконецъ, мы посмотримъ и на другія законодательства, то и тамъ мы не найдемъ общаго правила подобнаго статьѣ 1166 Кодекса Наполеона. Нѣтъ такого правила и въ нашемъ Проектѣ гражданскаго уложенія, а между тѣмъ правило это вполне заслуживаетъ принятія на такихъ условіяхъ примѣненія, какія отмѣчены выше.

Въ кругу разсматриваемыхъ нами законодательствъ только Швейцарскій законъ объ обязательствахъ, что касается отношеній по довѣренности, предоставляет довѣрителю право непосредственнаго обращенія съ исками къ лицу, которому порученіе передовѣрено, и при томъ—безъ различія, имѣлъ ли повѣренный право передовѣрія, или не имѣлъ его (ст. 397). Въ такомъ же видѣ принимаетъ это положеніе и нашъ Проектъ въ ст. 572. Остзейское же право строго выдерживаетъ теоретическій принципъ дѣйствія договоровъ только между контрагентами и подчиняетъ послѣдующаго повѣреннаго довѣрителю, какъ *negotiorum gestor*’а¹⁾. Общегерманское уложеніе не даетъ никакихъ притязаній

¹⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 438г.

непосредственно къ послѣдующему повѣренному; за все отвѣчаетъ первый повѣренный (ст. 664).

Что касается затѣмъ отношеній по *sublocatio*, то прибалтійскій Сводъ еще строже: въ ст. 4031 онъ особо подчеркиваетъ, что каждый договоръ—найма и поднайма—„существуетъ совершенно самостоятельно”, и послѣдующій арендаторъ или наниматель имѣетъ только право (а не обязанность) вносить арендную или наемную плату непосредственно первому арендодателю или наймодателю. Проектъ же и здѣсь отступаетъ отъ прямолинейной логики и, во имя цѣлесообразности, принимаетъ идею Кодекса Наполеона. Ст. 329 говоритъ: „Наймодавецъ, въ случаѣ неуплаты ему нанимателемъ въ срокъ наемной платы, въ правѣ взыскивать эту плату непосредственно съ поднанимателя, въ размѣрѣ, причитающемся съ него нанимателю. При этомъ поднаниматель не можетъ ссылаться на платежи, произведенные нанимателю, завѣдомо во вредъ наймодавцу, впередъ, ранѣе условленныхъ въ договорѣ найма сроковъ”.

Разъ Проектомъ приняты эти отдѣльныя постановленія, то даже изъ одной только послѣдовательности слѣдовало бы, повторяю, воспроизвести и то общее положеніе, которое выражается въ ст. 1166 Кодекса Наполеона.

§ 4. Измѣненія въ субъектахъ на пассивной сторонѣ обязательствъ.

До сихъ поръ мы разсматривали различные случаи замѣны первоначальнаго кредитора другимъ кредиторомъ. Теперь передъ нами вопросъ о замѣнѣ первоначальнаго должника другимъ должникомъ, но все при томъ же условіи сохраненія въ силѣ того же самаго обязательства.

Прежде всего, такая замѣна происходитъ при на-

слѣдованіи: по долгамъ наслѣдодателя, которые не прекращаются съ его смертію, являются новыми должниками его наслѣдники¹⁾. Объ этомъ подробности въ наслѣдственномъ правѣ.

Затѣмъ, перемѣна должника при сохраненіи обязательства происходитъ по закону при продажѣ отданныхъ въ наемъ недвижимостей, а именно, по ст. 1743 К. Н., прибрѣтатель обязанъ признать и для себя сдѣлку найма обязательной по правилу: продажей наемъ не ломается. Подробности—въ особенной части обязательственного права.

Наконецъ, замѣна одного должника другимъ возможна и на основаніи договора, т.-е. сдѣлки *inter vivos*, какъ и при измѣненіяхъ на активной сторонѣ путемъ цессіи.

Здѣсь говорятъ о переводѣ долга или о принятіи чужихъ долговъ. Однако цессія была близка къ принципіальному признанію еще въ римскомъ правѣ; современныя же законодательства всѣ признаютъ ее и допускаютъ, какъ нѣчто необходимое и несомнѣнное. Что же касается перевода или принятія чужихъ долговъ, то этотъ институтъ и до сихъ поръ не нашелъ себѣ полного признанія. По Кодексу Наполеона и по Своду законовъ передача обязанностей предусматривается только въ нѣкоторыхъ отдѣльных случаяхъ. Въ качествѣ же института общаго и самостоятельнаго, годнаго для примѣненія во всѣхъ соотвѣствующихъ случаяхъ, переводъ долга признанъ и допущенъ принципіально пока однимъ только Общегерманскимъ уложеніемъ и предположенъ къ принятію нашимъ Проектомъ гражданского уложенія.

Прежде чѣмъ приступить къ его описанію по этимъ законодательствамъ, необходимо точнѣе опредѣлить нашу тему.

¹⁾ Рѣшеніе Сената 1871 г. № 206.

Для этого надо прежде всего различать принятіе на себя чужихъ долговъ скрытое (или внутреннее) и принятіе явное (или внѣшнее).

Первое извѣстно только первоначальному должнику; только онъ и можетъ имъ воспользоваться; для кредитора же оно не извѣстно, и передъ кредиторомъ остается по прежнему обязаннымъ первоначальный должникъ. Напр., кто-нибудь общаетъ своему другу уплатить его долгъ (или, — примѣръ Дернбурга,—тестъ общаетъ уплатить долги жениха своей дочери). Здѣсь должникомъ остается прежнее лицо; перемѣны въ субъектѣ не происходитъ, и если дѣйствительно общавшій уплачиваетъ долгъ за другого, то это будетъ не субъективное измѣненіе на пассивной сторонѣ обязательства, а простое исполненіе обязательства третьимъ лицомъ¹⁾.

Нашему разсмотрѣнію подлежитъ здѣсь второй видъ принятія чужихъ долговъ, именно принятіе явное или внѣшнее. Но далѣе, и это внѣшнее принятіе на себя чужого долга, вообще говоря, можетъ быть или кумулятивнымъ, усиливающимъ, или привативнымъ, освобождающимъ. Въ первомъ случаѣ новый должникъ становится рядомъ съ первоначальнымъ должникомъ, который не выходитъ изъ обязательства; число должниковъ такимъ образомъ увеличивается, а потому и обеспеченность требованія возрастаетъ; здѣсь новый должникъ можетъ занять или равное мѣсто съ первоначальнымъ должникомъ (напр., послѣдующая пассивная солидарность), или неравное, подчиненное мѣсто (напр., поручитель, примыкающій къ обязательству). Во второмъ случаѣ новый должникъ вступаетъ въ обязательство вмѣсто первоначальнаго должника, замѣняя его такъ, что первоначальный должникъ совершенно вы-

¹⁾ Кодексъ Наполеона, ст. 1236 п. 2.

ходитъ изъ обязательства, которое продолжаетъ однако существовать въ своемъ прежнемъ видѣ. Вотъ эта-то послѣдняя категорія случаевъ и составляетъ настоящий предметъ нашего разсмотрѣнія, такъ какъ кумулятивное принятіе долга не производитъ замѣны должника.

Принятіе чужого долга или замѣна должника въ установленномъ сейчасъ смыслѣ можетъ происходить двоякимъ образомъ: 1) или соглашеніемъ кредитора съ третьимъ лицомъ, которое принимаетъ на себя обязанность первоначальнаго должника¹⁾; но здѣсь нужно, кромѣ того, и освобожденіе первоначальнаго должника, чтобы не произошла кумуляція; 2) или—соглашеніемъ должника съ третьимъ лицомъ по тому же предмету; но здѣсь необходимо, кромѣ того, согласіе кредитора²⁾, такъ какъ перемѣна въ лицѣ должника можетъ весьма существенно отразиться на его интересахъ. А если бы случилось такъ, что должникъ въ соглашеніе съ третьимъ лицомъ вошелъ, а кредиторъ своего согласія на эту замѣну не далъ, то переводъ долга и не состоялся бы: передъ кредиторомъ остался бы обязаннымъ первоначальный должникъ; однако въ то же время и третье лицо не освободилось бы отъ принятой на себя обязанности передъ первоначальнымъ должникомъ своевременно удовлетворить кредитора³⁾.

Теперь надо отмѣтить весьма важное послѣдствіе перемѣны должника въ обязательствѣ при сохраненіи его тождества. Это—прекращеніе обезпеченій въ видѣ поручительства, залога и т. п. Сохраняется такимъ образомъ при переводѣ долга только главное обязательство; акцессорные же придатки отпадаютъ *ipso jure*, если не приняты особыя мѣры для ихъ сохраненія,

¹⁾ Общегерманское уложеніе, ст. 414.

²⁾ Общегерманское уложеніе, ст. 415. Проектъ, ст. 163.

³⁾ Проектъ, ст. 163 п. 2; Общегерманское уложеніе, ст. 415 п. 3.

а такія мѣры состоятъ въ спеціальныхъ соглашеніяхъ по этому предмету.

И въ самомъ дѣлѣ, если обезпеченіе представлено третьимъ лицомъ, напр., въ видѣ поручительства, то каждое третье лицо, поручившись за даннаго должника, можетъ еще и не пожелать ручаться за другого должника, и никто не можетъ его къ этому принудить. Если же обезпеченіе дано самимъ первоначальнымъ должникомъ, то и въ такомъ случаѣ оно прекращается потому, что должникъ, освобождаясь отъ главнаго обязательства, освобождается тѣмъ самымъ и отъ обязанностей акцессорныхъ, а потому опять-таки обезпеченіе можетъ сохраниться лишь при особомъ и спеціальномъ на то согласіи первоначальнаго должника¹⁾.

За то, съ другой стороны, новый должникъ получаетъ право пользоваться всѣми тѣми возраженіями противъ кредитора, которыя вытекаютъ изъ главнаго обязательства²⁾. Это слѣдуетъ изъ того, что новый должникъ занимаетъ мѣсто прежняго и, значитъ, воспринимаетъ все то главное (въ плюсь и въ минусъ), что имѣлось у его предшественника: здѣсь происходитъ частное преемство въ долгѣ.

Таково понятіе и таковы юридическія свойства перевода долга въ новѣйшемъ его видѣ.

Римское право не допускало субъективныхъ измѣненій на пассивной сторонѣ обязательствъ при сохраненіи ихъ въ остальномъ. Для перемѣны въ лицѣ должника требовалась замѣна всего обязательства другимъ. Это достигалось посредствомъ новаціи; должникъ появлялся, правда, новый, но за то и обязательство было уже не прежнее, а новое, другое; всѣ обезпеченія прекращались и въ этомъ случаѣ.

¹⁾ Проектъ, ст. 166. Общегерманское уложеніе, ст. 418.

²⁾ Проектъ, ст. 165. Общегерманское уложеніе, ст. 417.

Принципіально на той же точкѣ зрѣнія необходимости новациі для перемѣны должника стоитъ и Кодексъ Наполеона¹⁾; особенно же—прибалтійскій Сводъ²⁾ и даже Швейцарскій законъ объ обязательствахъ³⁾.

То же самое надо сказать и о русскомъ правѣ.

Однако въ отдѣльныхъ случаяхъ переводъ долга, какъ отмѣчено выше, извѣстенъ и Кодексу Наполеона, и Своду законовъ. Это, прежде всего, тѣ случаи, когда должникъ ставитъ кого-либо другого на свое мѣсто съ согласія кредитора, которое дается при самомъ заключеніи договора.

Такъ, по ст. 1994 К. Н. и по ст. 2329 1 ч. X т. Св. зак., повѣренный можетъ передать свои обязанности другому, если это право предоставлено ему довѣрителемъ. Здѣсь, впрочемъ, не всегда и не вполнѣ передавшій довѣренность освобождается отъ всякой отвѣтственности передъ довѣрителемъ⁴⁾. Здѣсь возможна кумуляція. Въ виду этого данная форма замѣны дебитора должна быть признана лишь зачаточной.

Затѣмъ, ст. 1717 К. Н. говоритъ, что наниматель имѣетъ право „уступить свой наемъ другому“, если это не запрещено при заключеніи контракта. Здѣсь имѣетъ мѣсто уже полное освобожденіе нанимателя и замѣна его другимъ (въ противоположность *sublocatio*). Для русскаго права то же самое устанавливають рѣшенія Сената 1876 г. № 403 и 1879 г. № 256. При этомъ требуется отказъ наймодавца отъ своихъ правъ по контракту (ст. 1547 1 ч. X т.) и согласіе перенести вытекающія изъ него права и обязанности на новое ли-

¹⁾ Ст. 1271, 1275.

²⁾ Ст. 3588.

³⁾ Ст. 142.

⁴⁾ Рѣшенія 1875 г. № 862 и 1880 г. № 262.

цо. Это уже дѣйствительный случай перевода долга. Онъ близко подходитъ къ новациі¹⁾.

Далѣе, ст. 1428 1 ч. X т. говоритъ „о переводѣ долговъ и платежей съ продавца на покупателя“.

Общею для Царства Польскаго и для Имперіи является ст. 222 Положенія о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ: „Когда въ договорѣ не сказано о правѣ передать обязанности по оному другому лицу, то въ случаѣ таковой передачи, при неисправномъ исполненіи договора, и лицо, заключившее оный съ казною, не изъемлется отъ отвѣтственности“. Слѣдовательно, если право передачи было обусловлено, то передающій освобождается окончательно. Такимъ образомъ здѣсь лишь та особенность, что согласіе кредитора предполагается даннымъ раньше.

Наконецъ, Положеніе о Государственномъ Дворянскомъ Земельномъ Банкѣ²⁾ въ ст. 24 вполнѣ опредѣленно допускаетъ перемѣну въ лицѣ должника, при сохраненіи всего остального содержанія обязательства. Статья эта говоритъ: „При переходѣ изъ рукъ въ руки заложенныхъ въ Банкѣ имѣній, на новаго владѣльца переводится долгъ, и переходятъ всѣ вообще обязательства, въ отношеніи къ Банку, прежняго владѣльца“.

Здѣсь опять имѣетъ мѣсто полное освобожденіе первоначальнаго должника, и объясняется это реальнымъ характеромъ кредита: здѣсь не должникъ отвѣчаетъ, а имуществомъ обезпечиваются требованія кредитора.

Таковы *contractus nominati* Кодекса Наполеона и Свода законовъ изъ рассматриваемой области.

Спрашивается: возможны ли по этимъ законодательствамъ переводъ и принятіе долга въ самомъ насто-

¹⁾ См. конецъ этого параграфа.

²⁾ Сводъ законовъ, т. XI, ч. 2, раздѣлъ VI.

ящемъ смыслѣ этихъ словъ, т. е. въ видѣ общаго правила для всѣхъ подходящихъ случаевъ?

Въ виду общей свободы договоровъ, въ виду совершенно частнаго и чисто имущественнаго характера входящихъ сюда интересовъ и отношеній,—въ виду, наконецъ, хотя бы и частичнаго, но все же несомнѣннаго признанія перевода долговъ и Кодексомъ Наполеона, и Сводомъ законовъ,—отвѣтъ долженъ быть утвердительный: къ переводу долговъ, съ согласія кредитора, препятствій нѣтъ, хотя этотъ институтъ и не определенъ закономъ во всей его полнотѣ ¹⁾.

Какъ ни различны по всѣмъ своимъ условіямъ и дѣйствию принятіе чужого долга и цессія, однако съ внѣшней стороны они иногда сближаются между собою, какъ это показываетъ на одномъ примѣрѣ Пляніоль ²⁾. Передъ нами три субъекта: первый, второй и третій. Первый состоитъ кредиторомъ второго въ извѣстной суммѣ, а второй—кредиторомъ третьяго въ той же суммѣ. Упрощеніе этихъ отношеній возможно двоякое: или посредствомъ цессіи (второй передаетъ первому свое требованіе къ третьему), или посредствомъ перевода долга (второй, съ согласія перваго, ставитъ на свое мѣсто третьяго). Средства весьма различны, а внѣшній результатъ въ обоихъ случаяхъ одинъ и тотъ же: второй субъектъ выходитъ изъ отношенія; въ немъ остаются только первый и третій. Однако же по существу весьма различны и результаты: при цессіи первый является кредиторомъ по праву требованія второго, а при переводѣ долга—по собственному праву. Въ обоихъ случаяхъ должникъ одинъ и тотъ же, но первое право требованія (полученное по цессіи) можетъ оказаться обеспеченнымъ и поручитель-

¹⁾ Въ такомъ же смыслѣ см. и рѣшеніе Сената 1886 г. № 63.

²⁾ Курсъ, ч. I, № 396.

ствомъ и залогомъ, а второе право (собственное) можетъ или не имѣть этихъ обезпеченій, или,—вслѣдствіе переменъ должника,—потерять ихъ. Этого очевидно не признаетъ Пляніоль, утверждающій, что различіе здѣсь не существенно.

Кромѣ того, здѣсь же возможенъ и договоръ въ пользу третьяго лица: второй, будучи должникомъ перваго, заключаетъ договоръ съ третьимъ, такъ что этотъ третій обязывается уплатить первому; здѣсь первый получаетъ новаго должника, а прежній должникъ или остается обязаннымъ (происходитъ кумуляція), или освобождается (измѣненіе на пассивной сторонѣ). Наконецъ, та же цѣль можетъ быть достигнута и новаціей; но тогда обязательство не измѣняется, а замѣняется, т. е. прекращается ¹⁾.

§ 5. Измѣненія въ объектѣ или въ содержаніи обязательствъ.

Въ жизни обязательства отъ момента возникновенія до момента прекращенія возможны не только субъективныя, но и объективныя измѣненія, т. е. такія, которыя касаются предмета или содержанія обязательства.

Здѣсь мы опять имѣемъ въ виду только тѣ случаи, когда, несмотря на происшедшее объективное измѣненіе, передъ нами остается то же самое обязательство.

Объективныя измѣненія въ обязательствахъ могутъ происходить, прежде всего, по взаимному соглашенію самихъ сторонъ, кредитора и должника ²⁾. Сюда относятся измѣненія относительно времени, мѣста или

¹⁾ Пляніоль, Курсъ, ч. I, № № 551—561.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1870 г. № 1691.

способа исполненія; сюда же относятся и всякія другія измѣненія въ содержаніи обязательствъ, которыя не подходятъ ни подъ одинъ изъ способовъ ихъ прекращенія. Кромѣ того, объективныя измѣненія могутъ наступать и помимо воли контрагентовъ; таково иногда дѣйствіе случая и непреодолимой силы (напр., альтернативное обязательство превращается въ простое и т. п.). Особеннаго же разсмотрѣнія при всемъ этомъ требуетъ здѣсь вопросъ о просрочкѣ, о дѣйстви и вліяніи ея на обязательства; въ просрочку можетъ впасть не только должникъ, но и кредиторъ; просрочка какъ того, такъ и другого вызываетъ измѣненія въ обязательствахъ именно въ самомъ его содержаніи. Но мы этотъ послѣдній вопросъ разсмотримъ въ связи съ вопросомъ объ исполненіи обязательствъ въ виду ихъ близкой связи между собою.

Глава V.

Прекращеніе обязательствъ.

Самымъ важнымъ и въ тоже время нормальнымъ способомъ прекращенія обязательствъ служитъ ихъ исполненіе или платежъ въ широкомъ смыслѣ этого послѣдняго слова. Затѣмъ возможны еще и различныя другіе способы прекращенія. Сюда относится новация или прекращеніе одного обязательства въ виду установленія на его мѣсто новаго обязательства. Возможенъ также отказъ кредитора отъ исполненія, выражающійся въ такъ называемомъ сложеніи долга. Прекращаются, далѣе, обязательства и посредствомъ зачета, когда требованію кредитора противопоставляется такое же требованіе должника; тогда эти взаимныя обязанности зачитываются одна за другую, и обязательства прекращаются, какъ если бы они были исполнены. Затѣмъ возможны случаи, когда роли кредитора и должника совпадаютъ въ одномъ лицѣ; такъ какъ бессмысленно было бы, чтобы одно и то же лицо и имѣло право требовать отъ себя же самого исполненія обязательства, и обязано было бы самому себѣ произвести это исполненіе, то обязательство въ такихъ случаяхъ такъ же прекращается, какъ если бы оно было исполнено. Затѣмъ, обязательство необходимо прекращается, когда

исполненіе его дѣлается абсолютно невозможнымъ вслѣдствіе гибели вещи индивидуально-опредѣленной. Прекращаются обязательства и тогда, когда они признаются недѣйствительными по какимъ-нибудь причинамъ вслѣдствіе спора заинтересованной стороны. Наконецъ, обязательства прекращаются или за истеченіемъ срока, на который они установлены, или съ наступленіемъ отмѣнительнаго (резолютивнаго) условія, или вслѣдствіе истечения давности и т. п.

Кодексъ Наполеона въ ст. 1234 говоритъ обо всемъ этомъ такъ: „Обязательства прекращаются: платежомъ или удовлетвореніемъ по обязательству, обновленіемъ, сложеніемъ долга, зачетомъ, совпаденіемъ, гибелью вещи, недѣйствительностью или уничтоженіемъ обязательства, силою условія отмѣнительнаго, какъ объяснено въ предыдущей главѣ, и давностью, правила о которой изложены въ особомъ раздѣлѣ”.

Конечно, это перечень, не исчерпывающій всѣхъ способовъ прекращенія обязательствъ. Сюда можно еще прибавить обоюдное соглашеніе сторонъ о прекращеніи обязательствъ (ст. 1134 К. Н.) и прекращеніе строго личныхъ обязательствъ вслѣдствіе смерти одного изъ контрагентовъ (ст. 1544 1 ч. X т.). И наоборотъ, отсюда слѣдуетъ исключить случаи недѣйствительности обязательствъ, поскольку имѣется въ виду не оспоримость только, а абсолютная ничтожность,—такъ какъ обязательства тогда не прекращаются, потому что они и не возникаютъ.

1 ч. X тома не даетъ никакого перечня способовъ прекращенія обязательствъ, но это не значитъ, конечно, что къ 1 ч. X т. не относятся тѣ же самые способы прекращенія, о которыхъ говорится въ Кодексѣ Наполеона: всѣ эти способы вполне естественны и вытекаютъ изъ самаго существа дѣла. 1 ч. X т. даетъ въ нѣкоторыхъ своихъ статьяхъ только отдѣльныя указанія: таковы, напр., ст. 1543, 1544, 1545, 1547, 1549. 1553.

Въ дальнѣйшемъ мы и поведемъ рѣчь обо всѣхъ названныхъ способахъ прекращенія обязательствъ и прежде всего будемъ, конечно, говорить объ ихъ исполненіи или платежѣ.

§ 1. Исполненіе обязательствъ.

Исполненіе, какъ сказано, является важнѣйшимъ и нормальнѣйшимъ способомъ прекращенія обязательствъ: въ этомъ ихъ основная цѣль и содержаніе.

Кодексъ Наполеона употребляетъ здѣсь слово „платежъ” въ широкомъ смыслѣ во обще удовлетворенія по обязательству ¹⁾. 1-ая же часть X т. Св. зак. чаще употребляетъ терминъ „исполненіе” ²⁾. То же надо сказать и о прибалтійскомъ Сводѣ ³⁾.

Исполненіе обязательствъ проявляетъ свои свойства и качества въ ихъ чистомъ видѣ главнымъ образомъ въ обязательствахъ одностороннихъ; въ обязательствахъ же двустороннихъ или синаллагматическихъ обязанность исполненія обставляется еще нѣкоторыми добавочными условіями. Такъ, съ одной стороны, какъ мы уже видѣли выше, каждый можетъ отказаться отъ исполненія своей обязанности, при всей ея неоспоримости, если неисправнымъ является его контрагентъ ⁴⁾; кромѣ неисправности, т. е. виновнаго неисполненія обязанностей, такое же освобождающее значеніе имѣетъ и независящій отъ воли человѣка случай: сгорѣлъ домъ, и наемъ квартиры прекращается; умеръ работникъ, и личный наемъ тоже прекращается ⁵⁾. Съ другой же стороны, по ст. 1138 К. Н., хотя бы продавецъ и не

¹⁾ Заглавіе надъ ст. 1235 и всѣ послѣдующія статьи.

²⁾ Ст. 569, 570, 572, 1536, 1538, 1547, 1548.

³⁾ Книга IV, раздѣлъ X, глава I.

⁴⁾ Ст. 1184 К. Н.; рѣшеніе Сената 1910 г. № 40; Проектъ, ст. 79.

⁵⁾ Ст. 1722, 1795 К. Н.

передалъ покупщику проданной вещи, въ виду ея гибели, все-таки покупщикъ не можетъ отказаться отъ уплаты покупной цѣны: рискъ гибели вещи переходитъ на приобретателя уже съ момента заключенія сдѣлки.

Наконецъ, обязанность исполненія даже и въ одностороннихъ обязательствахъ можетъ приходить въ нерѣшительное состояніе, когда лицу обязанному законъ предоставляетъ такъ наз. право удержанія или *jus retentionis* ¹⁾.

Не упуская изъ виду этихъ особенностей, мы въ дальнѣйшемъ поведемъ рѣчь объ „исполненіи“ въ его чистомъ или, такъ сказать, изолированномъ видѣ, т. е. будемъ имѣть въ виду обязательства главнымъ образомъ одностороннія и при томъ—безъ задерживающихъ исполненіе осложнений. Это необходимо для большей ясности изложенія.

Каждое исполненіе, каждый платежъ, чтобы имѣть это свое юридическое значеніе, долженъ имѣть въ своемъ основаніи долгъ, а иначе уплаченное подлежитъ обратному востребованію посредствомъ *condictio indebiti* ²⁾. При этомъ надо замѣтить, что долгъ можетъ быть не только цивильнымъ, но и такъ назыв. натуральнымъ; при долгѣ послѣдняго рода уплаченное добровольно также не подлежитъ востребованію ³⁾.

Послѣ этихъ общихъ замѣчаній обратимся къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ вопросовъ, сюда относящихся.

1. Кто долженъ и кто можетъ произвести платежъ?

Долженъ исполнить обязательство, прежде всего, самъ должникъ. Это разумѣется само собою. Здѣсь же надо имѣть въ виду и возможность представитель-

¹⁾ Напр., ст. 1749 К. Н. Ст. 113—116 Проекта. Ст. 3381—3386 прибалтійскаго Свода. Ст. 273 Общегерманскаго уложенія.

²⁾ Ст. 1235 К. Н.

³⁾ Та же ст. 1235.

ства ¹⁾. При пассивной солидарности сказанное относится къ каждому изъ содолжниковъ и при томъ—во всемъ объемѣ обязательства. Наряду съ главными должниками стоятъ и дополнительные или второстепенные; это—поручители; количественно ихъ обязанность равна обязанности главныхъ должниковъ, но только она условна, т. е. находится въ зависимости отъ исправности или неисправности главныхъ должниковъ ²⁾. Поручителей, въ случаяхъ уплаты съ ихъ стороны, законъ Царства Польскаго ставитъ на мѣсто кредитора: здѣсь происходитъ суброгація ³⁾.

Кромѣ того, можетъ произвести уплату и каждое третье лицо по чужому для него обязательству всякій разъ, когда оно не связано неразрывно съ личностью должника ⁴⁾. Кредиторъ не можетъ отказаться отъ такой уплаты.

Эта уплата можетъ быть сдѣлана третьимъ лицомъ или отъ имени должника, или отъ своего собственнаго имени, но въ послѣднемъ случаѣ—безъ притязаній на суброгацію ⁵⁾.

Относительно всѣхъ этихъ возможныхъ плательщиковъ Кодексъ Наполеона выставляетъ два слѣдующихъ условія. Во 1-хъ, плательщикъ долженъ быть собственникомъ вещи, отдаваемой въ уплату, а во 2-хъ, онъ долженъ имѣть право отчуждать ее. При несоблюденіи этихъ условій вещь можетъ быть потребована

¹⁾ Проектъ, ст. 82.

²⁾ О содолжникахъ и поручителяхъ—ст. 1236 К. Н.

³⁾ Ст. 1251 К. Н. Объ этомъ см. выше.

⁴⁾ Ст. 1236, 1237 К. Н. Для русскаго права—рѣшенія Сената 1875 г. № 779, 1879 г. № 339. Проектъ, ст. 83, 84. Прибалтійскій Сводъ, ст. 3487. Общегерманское уложеніе, ст. 267. Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 77.

⁵⁾ Ст. 1236 К. Н. Проектъ даетъ право кредитору отказаться отъ уплаты со стороны третьяго лица не только при требованіи суброгаціи, но и при простомъ спорѣ должника. Ст. 84.

обратно¹⁾. Это обратное требованіе не допускается, по Кодексу Наполеона, только относительно такихъ вещей, какъ деньги или вообще вещи, которыя потребляются при пользованіи,—если кредиторъ „добросовѣстно употребилъ ихъ въ свою пользу“²⁾. Въ силу ст. 2279 К. Н., кредиторъ не можетъ быть лишенъ посредствомъ виндикаціи и такихъ индивидуально-опредѣленныхъ вещей, которыя были ввѣрены собственникомъ кому-либо и потомъ отданы въ уплату третьему лицу,—если эти вещи также добросовѣстно были приобрѣтены или получены кредиторомъ (третьимъ лицомъ)³⁾.

Таковы лица, которыя должны и могутъ платить по обязательствамъ. Теперь переходимъ къ слѣдующему вопросу.

2. Кому можетъ и долженъ быть произведенъ платежъ?

Прежде всего — самому кредитору⁴⁾. Это не всегда то самое лицо, которое вступало въ обязательство. Къ моменту исполненія на мѣстѣ первоначальнаго кредитора можетъ оказаться или его наслѣдникъ, или цессіонарій. Во всякомъ случаѣ кредиторъ долженъ быть способнымъ къ принятію платежа, а этому можетъ мѣшать несовершеннолѣтіе; по законамъ же Царства Польскаго — и состояніе въ замужествѣ⁵⁾. Если же платежъ произведенъ неспособному къ принятію кредитору, то должникъ такимъ платежомъ не прекращаетъ обязательства, а потому онъ долженъ за-

¹⁾ Ср. прибалтійскій Сводъ, ст. 3486.

²⁾ Ст. 1238 К. Н.

³⁾ Объ этомъ подробно въ вещномъ правѣ.

⁴⁾ Ст. 1239 К. Н. Общегерманское уложеніе, ст. 362.

⁵⁾ По ст. 473 и 474 Гражданскаго уложенія 1825 г., несовершеннолѣтній, признанный самостоятельнымъ, можетъ принимать проценты, но не капиталъ. То же самое постановляется и для русскаго права Сенатомъ, въ виду ст. 220 і ч. X т., вообще относительно лицъ, достигшихъ 17-лѣтняго возраста. Рѣшенія 1871 г. № 858, 1880 г. № 98.

платить второй разъ такому лицу, которое уполномочено принять данный платежъ. Отъ этой вторичной уплаты должникъ освобождается, по Кодексу Наполеона, только въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ докажетъ, что „уплаченное обратилось въ пользу кредитора“¹⁾.

Затѣмъ платежъ можетъ быть произведенъ представителю кредитора. А представительство бываетъ законное, судебное и договорное. Здѣсь имѣется въ виду и *solutionis causa adjectus*²⁾.

Иногда же платежъ не можетъ быть произведенъ ни кредитору, ни его представителю, а долженъ быть произведенъ лицу постороннему для даннаго обязательства, именно: кредитору кредитора. Это имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ. Представимъ себѣ, что какое-нибудь лицо не платитъ добровольно своихъ долговъ; тогда кредиторъ его предъявляетъ къ нему искъ и налагаетъ арестъ на всѣ денежные выдачи, причитающіяся этому лицу (отвѣтчику) отъ третьихъ лицъ; послѣ этого эти третьи лица, получивши надлежащее извѣщеніе объ арестѣ, лишаются права производить уплаты своему кредитору (отвѣтчику въ данномъ процессѣ) и обязываются производить ихъ кредитору ихъ кредитора (истцу). Если же тѣмъ не менѣе третье лицо произведетъ платежъ своему кредитору непосредственно, то этотъ платежъ не прекратитъ обязательства; надо будетъ уплатить вторично, а именно — надлежащему лицу, а первую уплату можно потребовать отъ получившаго обратно.

Кодексъ Наполеона говоритъ объ этомъ такъ: „Платежъ, произведенный должникомъ своему кредитору, во вредъ кредиторамъ, наложившимъ арестъ или заявившимъ сопротивленіе, недействителенъ по отноше-

¹⁾ Ст. 1241 К. Н. Прибалтійскій Сводъ, ст. 3492. Ст. 362 и 185 Общегерманскаго уложенія. Проектъ, ст. 87.

²⁾ К. Н., ст. 1239; Прибалтійскій Сводъ, ст. 3488; Проектъ, ст. 86.

нію къ этимъ кредиторамъ; они могутъ, въ объемъ правъ своихъ, принудить должника заплатить снова, и въ этомъ только случаѣ сохраняется за нимъ право обратнаго требованія противъ кредитора”.

Для русскаго права—тѣ же правила въ ст. 1078 и слѣд. Устава граждан. судопроизводства и въ рѣшеніи Сената 1883 г. № 48.

Наконецъ, платежъ можетъ быть произведенъ „владѣльцу правъ кредитора” ¹⁾ или такъ наз. путативному кредитору. Таковымъ является, напр., лицо, безъ достаточныхъ основаній принявшее наслѣдство и, слѣдовательно, сдѣлавшееся видимымъ кредиторомъ по требованіямъ наслѣдодателя. Кодексъ Наполеона объявляетъ платежъ, произведенный такому кредитору, дѣйствительнымъ, хотя бы послѣ учиненія платежа данное лицо и было лишено кредиторскихъ правъ (напр., явились настоящіе наслѣдники и отобрали наслѣдственное имущество). Нужно только, чтобы платежъ этотъ былъ произведенъ добросовѣстно.

Это положеніе совершенно основательно принимается и Проектомъ (ст. 88).

А что, если платежъ производится лицу совершенно постороннему, не имѣющему никакихъ правъ и претензій по данному обязательству?

По общему правилу, такой платежъ, конечно, не дѣйствителенъ; по исключенію же онъ можетъ оказаться дѣйствительнымъ, а именно:—если кредиторъ „утвердилъ платежъ или имъ воспользовался” ²⁾.

3. Что и какъ должно быть совершено для исполненія обязательства?

Совершить или уплатить надо именно то, что обѣщано; что-либо другое, хотя бы и болѣе цѣнное, креди-

¹⁾ Ст. 1240 К. Н.

²⁾ Ст. 1239 п. 2 К. Н.; см. также прибалтійскій Сводъ, ст. 3492; Общегерманское уложеніе, ст. 362 и 185; Проектъ, ст. 87.

торъ въ правѣ не принять, а съ другой стороны, и должникъ также не можетъ быть принуждаемъ къ представленію чего-нибудь другого, хотя бы и менѣ цѣннаго.

Эти положенія также сами собою разумѣются и вытекаютъ изъ содержанія обязательствъ ¹⁾. Только по взаимной волѣ сторонъ могутъ имѣть мѣсто уклоненія отъ этого общаго правила. Сюда относятся, во 1-хъ, факультативныя обязательства, во 2-хъ, обязательства съ отступнымъ, въ 3-хъ, случаи замѣны исполненія посредствомъ *datio in solutum* (о послѣднемъ ниже).

Въ дѣлѣ исполненія остзейское право проявляетъ особенную снисходительность къ должнику. Такъ, ст. 3517 прибалтійскаго Свода говоритъ: „Когда исполненіе собственно предмета обязательства окажется невозможнымъ, то кредиторъ, если требованіе его не отпадаетъ чрезъ сіе вовсе (ст. 3439), долженъ довольствоваться уплатою ему за оное деньгами по обыкновенной стоимости, развѣ бы по винѣ обязаннаго данъ былъ поводъ къ какимъ-либо инымъ притязаніямъ (ст. 3284 и слѣд.; 3306 и слѣд.)” ²⁾. Такого же рода постановленіе даетъ и ст. 3518 того же Свода: „При обязательствахъ денежныхъ кредиторъ, если онъ будетъ настаивать на уплатѣ, а между тѣмъ полученіе нужной для сего суммы посредствомъ продажи имущества должника повело бы къ несостоятельности послѣдняго, долженъ довольствоваться, въ видѣ исключенія, принятіемъ вмѣсто денегъ другой вещи, или переводомъ на него принадлежащихъ должнику требованій”. Ст. 3519 ограничи-

¹⁾ Тѣмъ не менѣ Кодексъ Наполеона указываетъ на это специально. Ст. 1243. См. также ст. 570 1 ч. X т. Св. Зак. и рѣшеніе Сената 1875 г. № 709.

²⁾ По ст. 3439, дѣйствіемъ случая обязательство прекращается. Ст. 3284 и слѣд. говорятъ о деликтахъ и о возмѣщеніи убытковъ. Ст. 3306 и слѣд. говорятъ о просрочкѣ.

ваетъ обѣ приведенныя нормы: „Должники безсовѣстные, равно какъ и такіе, обязательства которыхъ основываются на недозволенныхъ дѣйствіяхъ, не имѣютъ права на предоставляемыя въ статьѣ 3517 снисхожденія”.

Вообще потворствовать должникамъ и тѣмъ уменьшать шансы кредиторовъ на полученіе долгаго не цѣлесообразно и не справедливо. Здѣсь нужна даже строгость. Но приведенныя сейчасъ правила прибалтійскаго Свода, кажется вполнѣ разумны: отдавая, въ предѣлахъ возможности, должное кредитору, они въ то же время устраняютъ никому не полезное разореніе должника.

Кромѣ указанныхъ здѣсь правилъ о предметѣ исполненія, надо еще имѣть въ виду отмѣченное выше положеніе, по которому уплата должна быть произведена цѣликомъ, по всему обязательству, а не по частямъ¹⁾.

Это общее правило также допускаетъ уклоненія различнаго рода. Во 1-хъ, судъ, помимо и даже вопреки волѣ кредитора, можетъ разрѣшить должнику производить уплату по частямъ, во вниманіе къ его бѣдственному положенію²⁾; во 2-хъ, указанное правило падаетъ само собою, когда въ обязательствѣ уже есть или появляется при наслѣдованіи нѣсколько кредиторовъ или нѣсколько должниковъ; въ 3-хъ, правило не дѣйствуетъ, когда уплата должна быть произведена въ нѣсколькихъ мѣстахъ или въ различные сроки; въ 4-хъ, — когда должникъ пріобрѣтаетъ однородное требованіе противъ кредитора: тогда наступаетъ зачетъ одного долга за другой, и если требованіе должника меньше требованія кредитора, то должникъ долженъ будетъ доплатить только остающуюся часть. Впрочемъ, принимая добровольно частичную уплату, кредиторъ,

¹⁾ Ст. 1244 п. 1 К. Н.; прибалтійскій Сводъ, ст. 3514; Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 78.

²⁾ Ст. 1244 п. 2 К. Н.; ст. 136 Устава граждан. судопроизводства.

этимъ отнюдь не лишается права немедленно потребовать уплаты и остальной суммы долга¹⁾. Въ 5-хъ, правило о полной уплатѣ не дѣйствуетъ, по Кодексу Наполеона, когда должникъ, не будучи въ состояніи уплатить по всѣмъ своимъ долгамъ, уступаетъ кредиторамъ все свое имущество. Уступка бываетъ добровольная и судебная. Отъ судебной кредиторы, по общему правилу, отказаться не могутъ. Должникъ освобождается тогда въ части долга: въ размѣрѣ стоимости уступленнаго имущества; впрочемъ, всѣ послѣдующія пріобрѣтенія должника подлежатъ также обращенію на удовлетвореніе кредиторовъ²⁾. Наконецъ, въ 6-хъ, правило не дѣйствуетъ, по острзейскому праву, относительно ближайшихъ къ кредитору лицъ, каковы, напр., родители, супруги, соучастники въ товариществѣ и т. п., если эти лица впали въ несостоятельность. Эти лица, въ качествѣ должниковъ, могутъ требовать прісужденія къ уплатѣ не свыше стоимости ихъ имущества съ оставленіемъ въ ихъ пользу такой части этого имущества, какая необходима для ихъ содержанія³⁾.

При всемъ этомъ надо также имѣть въ виду и ст. 1135 Кодекса Наполеона, которая говоритъ: „Договоры обязываютъ не только къ тому, что въ нихъ выражено, но и ко всѣмъ послѣдствіямъ, которыя по справедливости, обычаю или закону вытекаютъ изъ свойства обязательства”.

Проектъ гражданскаго уложенія въ ст. 78 выражаетъ ту же идею слѣдующимъ образомъ: „Должникъ обязанъ исполнить свое обязательство добросовѣстно и со-

¹⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 3516; Проектъ, ст. 97 п. 2.

²⁾ Ст. 1265—1270 К. Н. Ст. 1787—1796 Устава гражд. судопроизводства.

³⁾ Ст. 3525—3530 прибалтійскаго Свода.

гласно принятому въ дѣловыхъ отношеніяхъ обычному порядку" ¹⁾).

Наконецъ, относительно предмета исполненія Кодексъ Наполеона даетъ еще въ частности отдѣльныя указанія, которыя различаются, смотря по тому, какая вещь служитъ предметомъ обязательства: *res in specie* или *res in genere*.

Относительно первыхъ говорится, что вещь можетъ быть передана (и должна быть принята кредиторомъ) въ такомъ состояніи, въ какомъ она находится въ моментъ передачи; это значитъ, что передачей вещи обязательство исполняется, хотя бы она ухудшилась со времени заключенія договора, лишь бы это ухудшеніе не произошло по винѣ должника или тѣхъ лицъ, за которыхъ онъ отвѣчаетъ, и лишь бы должникъ не былъ еще въ просрочкѣ ²⁾).

Относительно же генерическихъ вещей говорится, что должникъ, съ одной стороны, не обязанъ представить кредитору самую лучшую вещь даннаго рода и сорта; но и съ другой стороны, онъ не можетъ представить и самой худшей вещи условленнаго рода. Слѣдовательно, вещь должна быть среднихъ качествъ ³⁾).

Таковы правила относительно того, что и какъ должно быть совершено для надлежащаго исполненія обязательствъ. Но въ дѣйствительности обязательства очень часто не исполняются совсѣмъ, или же должники предлагаютъ своимъ кредиторамъ ненадлежащее исполненіе.

Въ этомъ послѣднемъ случаѣ,—напр., предлагается именно должный предметъ, но въ худшемъ, чѣмъ слѣдуетъ, состояніи,—кредиторъ въ правѣ отклонить такое

ненадлежащее исполненіе, и тогда передъ нами опять случай полного неисполненія обязательства.

Всѣ законодательства устанавливаютъ въ такихъ случаяхъ обязанность должника возмѣстить кредитору убытки въ видѣ *damnum emergens* и *lucrum cessans*, если нѣтъ устраняющихъ отвѣтственность обстоятельствъ (*casus, vis major*); должникъ при этомъ отвѣчаетъ всѣмъ своимъ имуществомъ, а при неоплатности его могутъ быть даже признаны недѣйствительными нѣкоторыя его сдѣлки, которыя клонятся ко вреду кредитора.

Объ этомъ подробно—въ особенной части обязательственнаго права, при общемъ разсмотрѣніи вопроса о возмѣщеніи вреда и убытковъ, причиняемыхъ какъ преступными, такъ и не преступными дѣйствіями и упущеніями.

Однако неисполненіе обязательствъ вызываетъ, кромѣ требованія о возмѣщеніи убытковъ, и такія послѣдствія, о которыхъ необходимо сказать именно здѣсь.

Такъ, по ст. 1144 К. Н., если обязательство имѣетъ своимъ предметомъ совершеніе какого-нибудь положительнаго дѣйствія, и должникъ не исполняетъ своей обязанности, то „кредиторъ можетъ получить разрѣшеніе исполнить его самъ на счетъ должника". То же самое для русскаго права постановляетъ Уставъ гражданскаго судопроизводства (ст. 934) ¹⁾. Гораздо полнѣе регулируется этотъ случай нашимъ Проектомъ въ ст. 134: въ ней отмѣчается, во 1-хъ, что указанное разрѣшеніе дается судомъ; во 2-хъ, вполне цѣлесообразно „разрѣшеніе суда не требуется, когда совершеніе вѣрителемъ за счетъ должника дѣйствія представляется не терпящимъ

¹⁾ См. и Общегерманское уложеніе, ст. 242.

²⁾ Ст. 1245 К. Н.

³⁾ Ст. 1246 К. Н. Общегерманское уложеніе, ст. 243. Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 81. Проектъ, ст. 101.

¹⁾ См. и рѣшенія Сената 1886 г. № 17, 1902 г. № III. Тѣ же правила въ Швейцарскомъ законѣ объ обязат. (ст. III). Подробнѣе — ст. 837 Общегерманскаго Устава гражданскаго судопроизводства, при чемъ особо отмѣчается, что къ передачѣ вещей эти правила не относятся. См. выше стр. 8 въ концѣ.

отлагательства”; въ 3-хъ, все это относится только къ тѣмъ случаямъ, когда объектомъ обязательства являются такія дѣйствія, для совершенія которыхъ „не требуется личнаго участія должника”.

Если же объектъ обязательства состоитъ въ несовершеніи какого-либо дѣйствія, то при неисполненіи должникомъ этой своей отрицательной обязанности примѣняется ст. 1143 К. Н.: „Впрочемъ, кредиторъ имѣетъ право требовать уничтоженія всего, что совершено въ нарушение договора; онъ можетъ испросить разрѣшеніе все это уничтожить на счетъ должника, не теряя права требовать вознагражденія за вредъ и убытки, если они причинены”¹⁾.

Проектъ въ ст. 135 идетъ еще дальше: „Судъ можетъ, по просьбѣ вѣрителя, воспретить должнику дальнѣйшее нарушение обязательства подъ угрозою взысканія въ пользу вѣрителя, денежнаго штрафа въ размѣрѣ до трехсотъ рублей за каждое нарушение”.

Интересно отмѣтить, что Общегерманскій Уставъ граждан. судопроизводства еще строже въ этомъ отношеніи: во 1-хъ, кромѣ штрафа до 500 марокъ, онъ угрожаетъ еще и арестомъ до 6 мѣсяцевъ, а во 2-хъ, онъ грозитъ такой же репрессіей и въ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство состоитъ въ совершеніи положительнаго дѣйствія, отъ котораго должникъ уклоняется, а между тѣмъ оно таково, что третьимъ лицомъ совершено быть не можетъ (ст. 888, 890). И дѣйствительно, если репрессія и понужденіе считаются допустимыми при отрицательныхъ обязательствахъ, то какое основаніе не допускать ихъ при обязательствахъ положительныхъ? Проектъ тѣмъ не менѣе, какъ отмѣчено выше, принимаетъ только часть этихъ правилъ. Кажется, эта робость не имѣетъ достаточныхъ

¹⁾ Такъ и по Швейцарскому закону объ обязат., ст. 12.

основаній, во 1-хъ, потому, что въ настоящее время не должники находятся въ зависимости отъ кредиторовъ, а наоборотъ,—кредиторы отъ должниковъ, а во 2-хъ, потому, что само по себѣ требованіе возмѣщенія убытковъ не всегда даетъ реальные результаты: сплошь и рядомъ у должника можетъ не оказаться достаточнаго имущества, такъ какъ оно своевременно и заботливо припрятывается путемъ симулятивныхъ сдѣлокъ, борьба съ которыми очень затруднительна; при перспективѣ же личнаго задержанія каждый должникъ велъ бы себя далеко иначе: при возможности долги погашались бы.

Наконецъ, въ частности, обязательственное дѣйствіе можетъ состоять въ передачѣ вещей какъ генерическихъ, такъ и индивидуально-опредѣленныхъ.

Въ первомъ случаѣ, при неисполненіи обязательства, кредиторъ, по ст. 1585 К. Н. (которая говоритъ, впрочемъ, только о покупщикѣ), можетъ требовать или передачи вещи, или вознагражденія за вредъ и убытки. Не иначе это и по русскому праву въ виду ст. 570, 574 и др. 1 ч. X т. Проектъ и въ этомъ отношеніи дѣлаетъ дальнѣйшій шагъ. Ст. 213, относящаяся тоже только къ куплѣ-продажѣ, говоритъ: „Купившій замѣнимыя вещи можетъ, въ случаѣ неисполненія продавцомъ своего обязательства, пріобрѣсти за его счетъ то же количество вещей того же рода и качества”. Конечно, этимъ не устраняется общее правило о возмѣщеніи убытковъ.

Во второмъ случаѣ (передача *res in specie*) неисполненіе обязательства влечетъ, по ст. 1136 К. Н., обязанность возмѣщенія убытковъ на общихъ основаніяхъ. Проектъ же въ ст. 133 допускаетъ отобраніе вещи по суду отъ должника и передачу ея *in natura* кредитору. Выше, на стр. 6—8, уже было указано на принципиальную неправильность этого послѣдняго правила по отношенію именно къ обязательствамъ:

при такомъ правилѣ утрачивалось бы различіе между кредиторомъ и собственникомъ. Сюда болѣе подходили бы тѣ штрафы и личное задержаніе, о которыхъ говорилось выше, и это тѣмъ болѣе, что передача вещи есть лишь разновидность общаго понятія дѣйствія, а совсѣмъ не особая категорія обязательственныхъ объектовъ. Впрочемъ, Общегерманскій Уставъ граждан. судопроизводства на эти случаи свою репрессию не распространяетъ.

4. Гдѣ должны быть исполняемы обязательства?

По ст. 1247 К. Н., обязательства должны быть исполняемы въ томъ мѣстѣ, которое обозначено въ самомъ договорѣ. Если стороны не упустили сдѣлать такое указаніе, то вопросъ рѣшается, значитъ, очень просто. Но стороны очень часто не дѣлаютъ указаній по этому вопросу. Какъ быть тогда? Та же ст. 1247 обращаетъ вниманіе на предметъ обязательства. Если это индивидуально опредѣленная вещь, то исполненіе должно быть совершено въ томъ мѣстѣ, гдѣ вещь находилась во время заключенія договора ¹⁾. Это потому, что обыкновенно такова бываетъ воля и самихъ сторонъ: если бы стороны имѣли въ виду другое мѣсто, то въ договорѣ несомнѣнно шла бы рѣчь о перевозкѣ, доставкѣ и т. п., а разъ ничего этого нѣтъ, то стороны, значитъ, и не имѣли въ виду перемѣщенія данной вещи. Если же предметомъ обязательства служитъ генерическая вещь, — и вообще во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, — исполненіе должно происходить въ мѣстѣ жительства должника, — надо полагать, — въ томъ мѣстѣ жительства, которое должникъ имѣетъ въ моментъ исполненія обязательства. Это въ виду того общаго

¹⁾ А прибалтійскій Сводъ беретъ время исполненія требованія. Ст. 3495.

правила, по которому обязательства толкуются, при сомнѣніи, въ пользу должника, а не кредитора.

Русскій Сводъ законовъ также предоставляетъ на полное усмотрѣніе сторонъ опредѣленіе мѣста исполненія обязательствъ. Это можно вывести изъ ст. 1530 1 ч. X т., а въ ст. 209 Устава граждан. судопроизводства это даже и прямо предусматривается. Такъ же это по прибалтійскому Своду (ст. 3493), по Общегерманскому уложенію (ст. 269) и по нашему Проекту (ст. 89).

Затѣмъ мѣсто исполненія можетъ опредѣляться свойствомъ самого обязательства: нѣкоторыя изъ нихъ, въ зависимости отъ ихъ содержанія и отъ всѣхъ обстоятельствъ дѣла, могутъ быть исполняемы „только въ опредѣленномъ мѣстѣ“, несмотря ни на какія перемѣны въ мѣстѣ жительства ¹⁾.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда ни сами стороны не опредѣлили мѣста исполненія, ни „свойства обязательства“ не указываютъ на него, надо руководствоваться по аналогіи статьями 32 и 203 Устава гражданского судопроизводства, по которымъ иски (или требованія объ исполненіи) предъявляются по мѣсту жительства должника-отвѣтчика. И конечно, здѣсь имѣется въ виду то мѣсто жительства, которое должникъ имѣетъ во время предъявленія къ нему иска, такъ что и для нашего вопроса должно быть признано рѣшающимъ мѣсто жительства должника во время исполненія обязательства, а никакъ не во время заключенія договора.

Общегерманское же уложеніе (ст. 269) указываетъ для такихъ случаевъ мѣсто жительства должника во время возникновенія обязательства. Этому же слѣдуетъ и нашъ Проектъ (ст. 90). Кажется, это не основательно.

¹⁾ Ст. 209 Устава граждан. судопроизводства. Такъ постановляетъ и Проектъ въ ст. 89. См. также ст. 3493 прибалтійскаго Свода и ст. 269 Общегерманскаго уложенія.

Кромѣ того, Общегерманское уложеніе дѣлаетъ особое исключеніе для денежныхъ долговъ: они должны быть уплачиваемы въ мѣстѣ жительства кредитора (ст. 270). Еще раньше такое же исключеніе установлено нашимъ Сенатомъ въ рѣшеніи 1875 г. № 835. Проектъ (ст. 90) воспроизводитъ и это исключеніе. Прибалтійскій Сводъ—но только для Курляндіи—дѣлитъ вопросъ на двѣ части: „проценты доставляются кредитору, а за капиталомъ онъ является къ должнику” (ст. 3496).

5. Когда должны быть исполняемы обязательства?

Вопросъ о времени исполненія, какъ и вопросъ о мѣстѣ его, рѣшается прежде всего соглашеніемъ контрагентовъ¹⁾. Поэтому если въ договорѣ указаніе на время исполненія сдѣлано, то вопросъ оказывается рѣшеннымъ уже самими сторонами, которыя вообще являются полными хозяевами своего обязательственного отношенія. Установленіе срока считается сдѣланнымъ въ интересъ должника, если нѣтъ указанія противнаго²⁾; это—опять проявленіе того общаго правила, по которому обязательства, при сомнѣніи и при отсутствіи прямыхъ указаній, толкуются въ пользу должника. Поэтому кредиторъ не можетъ требовать,—и должникъ не обязанъ исполнять обязательство,—раньше наступленія указаннаго въ договорѣ срока³⁾. Если же тѣмъ не менее должникъ соглашается уступить желанію кредитора и платитъ до срока, то въ такихъ случаяхъ дѣлается особаго рода сбавка (дисконтъ), возмѣщающая должнику невыгоды досрочнаго исполненія обязательства⁴⁾. Требо-

¹⁾ Ст. 1330 1 ч. X т. Св. зак.; ст. 3505 прибалтійскаго Свода; ст. 89. Проекта.

²⁾ Проектъ, ст. 95. Ср. ст. 2023 1 ч. X т.

³⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 3505. Общегерманское уложеніе, ст. 271.

⁴⁾ Прибалтійскій Сводъ предусматриваетъ обратный случай: уплата до срока производится по желанію должника и съ согласія креди-

ваніе досрочнаго исполненія допускается однако по самому закону, когда должникъ впадаетъ въ несостоятельность; тогда конкурсное управленіе должно получить возможность составить себѣ точный отчетъ объ активѣ и пассивѣ должника¹⁾. Съ другой стороны, и должникъ не въ правѣ исполнять свои обязательства до срока, если послѣдній назначенъ въ интересъ кредитора.

Теперь переходимъ къ другой возможности: въ договорѣ нѣтъ указанія на срокъ исполненія. Въ такихъ случаяхъ обязанность исполненія наступаетъ немедленно послѣ заключенія договора. Прибалтійскій Сводъ требуетъ однако, чтобы время было „не неудобно” для исполненія (ст. 3506); иначе надо выбирать болѣе подходящій для должника моментъ. Проектъ же предусматриваетъ только случай невозможности исполненія и даетъ „необходимый для исполненія срокъ”²⁾. Таковы общія положенія относительно времени исполненія обязательствъ.

Если же должникъ въ надлежащее время не исполняетъ обязательства, или если кредиторъ не принимаетъ своевременно предложеннаго исполненія, то какъ тотъ, такъ и другой могутъ, при особыхъ условіяхъ, очутиться въ просрочкѣ. А просрочка вызываетъ очень важныя послѣдствія, состоящія въ измѣненіи объективнаго содержанія обязательства. Въ своихъ подробностяхъ вопросъ этотъ будетъ разсмотрѣнъ ниже, въ концѣ этого параграфа.

Издержки по исполненію обязательства несетъ должникъ, если стороны не условились иначе³⁾.

тора; кредиторъ въ такомъ случаѣ и можетъ требовать проценты по первоначально назначенный срокъ платежа”. Ст. 3511.

¹⁾ Ст. 505 Устава судопроизводства торговаго. Проектъ предполагаетъ требовать досрочной уплаты въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ не предоставляетъ условленнаго по договору обезпеченія (ст. 94).

²⁾ Ст. 92. Ср. п. 1 ст. 2113 1 ч. X т. Св. зак. и ст. 86, 90, 92 Швейцарскаго союзн. закона объ обязательствахъ.

³⁾ Ст. 1248 К. Н. Ст. 91 Проекта.

Всему сказанному объ исполненіи обязательствъ прибалтійскій Сводъ въ ст. 3484 даетъ слѣдующую схему: „Исполненіе требованія признается дѣйствительнымъ только при слѣдующихъ условіяхъ: 1) когда оно произведено кѣмъ и кому слѣдовало; 2) когда учинено въ надлежащемъ мѣстѣ; 3) въ надлежащее время, и 4) надлежащимъ образомъ”.

И вотъ, когда исполненіе произведено по всѣмъ выше изложеннымъ правиламъ, тогда оно оказываетъ, проявляетъ свое дѣйствіе. Дѣйствіе это состоитъ въ погашеніи или прекращеніи обязательства. Съ прекращеніемъ главнаго обязательства прекращаются и обязательства добавочныя или акцессорныя: поручительство и т. п.¹⁾. Но это такъ только при полномъ прекращеніи главнаго обязательства. Если же, съ согласія кредитора, производится частичная уплата, то и обязательство погашается лишь въ соотвѣтственной части; акцессорныя же требованія редуцируются не всегда. Напр., поручители по денежному долгу останутся связанными, конечно, въ меньшей суммѣ, а размѣръ неустойки, по ст. 1231 К. Н., лишь можетъ быть судомъ уменьшенъ; слѣдовательно, онъ можетъ быть оставленъ и въ прежнемъ размѣрѣ: все зависитъ отъ обстоятельствъ каждаго даннаго дѣла.

Такое дѣйствіе исполненія обязательствъ, конечно, относится въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ именно къ тому обязательству, которое въ данномъ случаѣ исполнено. Но это такъ просто лишь тогда, когда на данномъ должникѣ лежитъ только одна обязанность. Если же на одномъ и томъ же должникѣ лежитъ нѣсколько обязательствъ, а уплата произведена только одна и въ такомъ размѣрѣ, что всѣхъ долговъ не покрываетъ, то спрашивается: къ какому именно долгу изъ нѣ-

¹⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 354г.

сколькихъ она должна быть отнесена,—какой именно долгъ погашается?

Это—вопросъ о зачисленіи платежей. Для самаго возникновенія этого вопроса необходимы, согласно сказанному, слѣдующія условія: 1) чтобы было нѣсколько обязательствъ; поэтому если есть одно сложное обязательство (см. выше), то о зачисленіи платежей рѣчи быть не можетъ; 2) кромѣ того, необходимо, чтобы эти нѣсколько обязательствъ имѣли однородные объекты; поэтому, если одно обязательство имѣетъ своимъ объектомъ, напр., деньги, а другое пшеницу, что опять-таки о зачисленіи платежей рѣчи быть не можетъ, такъ какъ не возможны и сомнѣнія относительно того, къ какому именно обязательству данное исполнение относится; 3) наконецъ, необходимо, чтобы предложенное исполненіе было недостаточно для покрытія всѣхъ однородныхъ обязательствъ: иначе не будетъ надобности въ вопросѣ о зачисленіи платежей.

При наличности всѣхъ этихъ условій рѣшающее слово принадлежитъ, прежде всего, должнику. Ст. 1253 К. Н.: „Должникъ, имѣющій нѣсколько долговъ, въ правѣ при платежѣ объявить, который изъ долговъ онъ имѣетъ въ виду покрыть этимъ платежомъ”. Такое же правило усваивается и нашимъ Проектомъ въ ст. 106¹⁾.

Однако при этомъ воля должника не безусловно свободна. Должникъ, пользуясь предоставленнымъ ему выборомъ, не можетъ нарушать общихъ правилъ объ исполненіи обязательствъ. Такъ, напр., онъ не можетъ свою уплату отнести къ такому долгу, для покрытія котораго она оказывается недостаточной,—не можетъ потому, что это означало бы частичное исполненіе обяза-

¹⁾ Такъ же это по прибалтійскому Своду, ст. 534з, по Общегерманскому уложенію, ст. 366, и по Швейцарскому союзн. закону объ обязат., ст. 101.

тельства, которое закономъ, безъ согласія кредитора, не допускается. И вообще должникъ не можетъ и не долженъ нарушать правъ и интересовъ кредитора; напр., нельзя относить уплату къ такому долгу, срокъ котораго еще не наступилъ, если этотъ срокъ установленъ именно въ интересъ кредитора, а не должника. Нельзя также погашать капиталъ, когда еще не погашены проценты и т. п. Последнее прямо высказывается ст. 1254 К. Н.: „Должникъ по обязательству, приносящему проценты или доходы, не въ правѣ, безъ согласія кредитора, производимыя имъ уплаты зачислять въ уплату капитала, преимущественно передъ доходами и процентами; уплата, сдѣланная въ счетъ капитала и процентовъ, не покрывающая всего долга, зачисляется прежде всего на проценты“. Такъ это и по Проекту (ст. 109)¹⁾.

Это все, что касается права выбора, принадлежащаго должнику. Если должникъ не пользуется этимъ правомъ и никакихъ указаній не дѣлаетъ, то выборъ предоставляется кредиторѣ. А именно, кредиторъ, выдавая расписку въ платежѣ, можетъ обозначить, какой именно долгъ онъ считаетъ погашеннымъ. Принявшій такую расписку должникъ считается отказавшимся отъ своего права выбора, и потому онъ не можетъ уже оспаривать выбора, сдѣланнаго кредиторомъ, кромѣ, конечно, тѣхъ случаевъ, когда кредиторъ дѣйствовалъ обманнымъ образомъ или со злымъ умысломъ, cum dolo malo²⁾. Такое же правило принимается и нашимъ Проектомъ³⁾.

Наконецъ, возможно, что и кредиторъ, принявши уплату, не воспользовался своимъ правомъ выбора. Тог-

да зачисленіе уплаты совершается по правиламъ закона, а законъ въ ст. 1256 Кодекса Наполеона говоритъ слѣдующее: „Если въ распискѣ ничего не сказано о зачисленіи, то уплата принимается въ счетъ того изъ долговъ, который должнику было выгоднѣе уплатить въ то время, если эти долги одинаково подлежатъ уже уплатѣ; въ противномъ случаѣ принимается въ счетъ того долга, срокъ которому наступилъ, хотя бы долгъ этотъ былъ и менѣе обременителенъ, нежели тѣ, срокъ которыхъ не наступилъ. Если долги по свойству своему одинаковы, то уплата зачисляется по тому изъ нихъ, который старѣе прочихъ; при равныхъ же условіяхъ, уплата зачисляется по всѣмъ такимъ долгамъ соразмѣрно ихъ суммѣ“.

Таковы же въ общемъ и главномъ постановленія прибалтійскаго Свода (ст. 3543) и предположенія Проекта (ст. 108)¹⁾.

Русскій законъ отмѣчаетъ только право должника указать, по какому долгу онъ платитъ²⁾. Это право должника признается и Сенатомъ³⁾. А затѣмъ, — какъ производить зачисленіе, когда должникъ не воспользовался своимъ правомъ, законъ прямо не указываетъ⁴⁾. Слѣдовательно, суду ничего не остается, какъ руководствоваться общими соображеніями и обстоятельствами каждаго даннаго дѣла.

Однако для всего этого мало одного факта исполненія; нужны еще доказательства, что исполненіе дѣйствительно имѣло мѣсто.

По вопросу объ этихъ доказательствахъ имѣется цѣлый рядъ указаній въ законѣ.

¹⁾ То же самое постановляютъ прибалтійскій Сводъ, ст. 3542, Общегерманское уложеніе, ст. 367, Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 99.

²⁾ Ст. 1255 К. Н.

³⁾ Такъ же это и по Швейцарскому закону объ обязат. (ст. 101).

¹⁾ См. также Общегерманское уложеніе, ст. 366, и Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 101.

²⁾ Уставъ гражд. судопроизводства, ст. 475. Косвенное указаніе можно видѣть и въ п. 5 ст. 1539 г. ч. X т. Св. зак.

³⁾ Рѣшенія 1874 г. № 58, 1876 г. № 159.

⁴⁾ Ср., впрочемъ, ст. 1214 и слѣд. Устава гражд. судопроизводства.

Шире всего говорить объ этомъ прибалтійскій Сводъ въ ст. 3532: „Доказывать уплату предоставляется всѣмъ и дозволенными средствами, а въ особенности расписками или квитанціями, въ выдачѣ которыхъ принимающій уплату не въ правѣ отказать должнику“. При этомъ необходимо имѣть въ виду и ст. 409 и слѣд. Устава гражд. судопроизводства. По самому существу дѣла, сказанное относится ко всѣмъ законодательствамъ.

Кодексъ Наполеона даетъ указанія болѣе частнаго характера. По ст. 1282, если обязательство облечено въ форму частнаго акта, то одно возвращеніе этого акта кредиторомъ должнику уже служитъ доказательствомъ освобожденія отъ долга. Если же у кредитора имѣется главная выпись акта (*grosse*), то добровольное возвращеніе этой выписи хотя, по ст. 1283, и влечетъ за собою предположеніе объ уплатѣ, однако этимъ не устраняется право доказывать противное. Въ обоихъ этихъ случаяхъ возвращеніе документа одному изъ солидарныхъ должниковъ имѣетъ соотвѣтственное значеніе и для остальныхъ (ст. 1284). Съ другой же стороны, возвращеніе кредиторомъ должнику полученной въ закладъ вещи не достаточно для предположенія о прекращеніи обязательства (ст. 1286).

Подобныя правила даются и Сводомъ законовъ. По ст. 2050 1 ч. X т., также исполненіе обязательства сопровождается возвращеніемъ должнику долгового акта. Слѣдовательно, предъявленіе этого акта должникомъ и будетъ служить предположеніемъ произведенной уплаты¹⁾. Кроме того, по ст. 2052 и 2054, въ подтвержденіе исполненія заемнаго обязательства можетъ быть или „учинена надпись“ на самомъ долговомъ документѣ, или

¹⁾ Такъ и Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 104.

выдана „ясная платежная расписка“¹⁾. Сенатъ распространяетъ это правило на платежи и по другимъ обязательствамъ²⁾. О презумпціяхъ уплаты говоритъ ст. 2053: „Надбранное заемное письмо, если находится въ рукахъ должника, служитъ обыкновенно въ Коммерческомъ Судѣ доказательствомъ платежа, когда противное тому не будетъ доказано“.

Проектъ повторяетъ въ общемъ эти самыя положенія (ст. 111, 112), кромѣ однако послѣдней презумпціи, которая, по мнѣнію составителей Проекта, мало облегчаетъ отправленіе правосудія.

До сихъ поръ исполненіе обязательствъ разсматривалось съ его положительной стороны: должникъ предполагался дѣйствующимъ во всемъ сообразно предписаніямъ закона и принятымъ на себя обязанностямъ, а кредиторъ принималъ предлагаемую ему закономѣрно уплату.

Однако въ дѣйствительности нерѣдко та или другая сторона оказываются неисправными: должникъ или совсѣмъ не исполняетъ своей обязанности, или исполняетъ ее ненадлежащимъ образомъ, а кредиторъ не всегда принимаетъ исполненіе даже при полномъ его соотвѣтствіи закону и договору. См. выше, стр. 254 сл..

Конечно, сторона, причиняющая такимъ образомъ своему контрагенту ущербъ и убытки, обязана ихъ возмѣстить, и, дѣйствительно, всѣ новѣйшія развитія законодательства даютъ цѣлый рядъ правилъ относительно порядка, условій и объема этого возмѣщенія.

Спрашивается: гдѣ, въ какой части курса должна идти рѣчь объ этомъ возмѣщеніи убытковъ?

¹⁾ См. и ст. 957 Устава гражд. судопроизводства. Обѣ эти возможности допускаетъ и прибалтійскій Сводъ, ст. 3533. Такъ это и по Общегерманскому уложенію, ст. 368, 371, и по Швейцарскому закону объ обязат., ст. 102.

²⁾ Рѣшенія 1878 г. № 223. См. и рѣшеніе 1873 г. № 930.

Нашъ Проектъ гражданскаго уложенія въ одной и той же главѣ III (въ общей части обязательственнаго права) говоритъ въ отдѣленіи I о порядкѣ исполненія обязательствъ и тутъ же, въ отдѣленіи II, нормируетъ „послѣдствія неисполненія обязательствъ“, при чемъ этотъ послѣдній вопросъ разбивается на два подотдѣла: „отвѣтственность въ случаѣ неисполненія“ и „просрочка“ какъ со стороны должника, такъ и со стороны вѣрителя.

Такое соединеніе вопросовъ объ исполненіи и неисполненіи обязательствъ должно быть признано въ систематическомъ отношеніи нецѣлесообразнымъ, несмотря на связанность ихъ въ дѣйствительной жизни, какъ двухъ сторонъ одной медали. Дѣло въ томъ, что все-равно въ концѣ особенной части обязательственнаго права опять придется вторично говорить о возмѣщеніи убытковъ, причиняемыхъ какъ дѣяніями преступными, такъ и не преступными, а къ послѣднимъ относятся и упущенія, т.-е. несовершеніе такихъ дѣйствій, къ совершенію которыхъ должникъ обязанъ на основаніи или закона, или распоряженія подлежащей власти, или договора. Такимъ образомъ сюда входитъ составною частью и вопросъ о послѣдствіяхъ неисполненія обязательствъ или ненадлежащаго ихъ исполненія. И если дѣйствительно именно тамъ, т.-е. въ особенной части обязательственнаго права, разсматривать вопросъ о неисполненіи обязательствъ, то будутъ избѣгнуты излишнія повторенія, и весь вопросъ о возмѣщеніи убытковъ окажется объединеннымъ во всей своей цѣльности.

Проектъ же, какъ указано, разбиваетъ это ученіе на двѣ части и именно такимъ образомъ, что въ общей части идетъ рѣчь о неисполненіи обязательствъ, а въ особенной — о неисполненіи остальныхъ дѣйствій, т.-е. такихъ, совершеніе которыхъ требуется закономъ или распоряженіями подлежащей власти (ст. 1173).

Благодаря этому наблюдаются, съ одной стороны, повторенія: напр., ст. 128 и ст. 1180 и слѣд. (объ отвѣтственности за другихъ лицъ), а съ другой стороны, въ особенной части оказывается неполнота: напр., тамъ не упоминается объ отвѣтственности должника всѣмъ своимъ имуществомъ, какъ объ этомъ въ общей части говоритъ ст. 127 (но не вообще, а только на случай неисполненія обязательствъ); затѣмъ тамъ не дѣлается очень важнаго дѣленія убытковъ на *damnum emergens* и *lucrum cessans*, какъ, это — но опять-таки лишь для одной категоріи случаевъ, а не для всѣхъ трехъ, — дѣлаетъ въ общей части ст. 129.

Въ виду изложеннаго, п. 2 статьи 1173 Проекта слѣдовало бы расширить включеніемъ туда и неисполненія обязательствъ, а въ связи съ этимъ — перенести въ тотъ же отдѣлъ особенной части статьи 123 — 132; статьи же 133 — 135 могутъ быть отнесены или къ общимъ положеніямъ объ исполненіи обязательствъ (ст. 78 — 81), или къ вопросу о предметѣ исполненія (ст. 97 — 102).

И только одна разновидность ненадлежащаго исполненія, — *просрочка*, — имѣетъ такія свои собственныя особенности, наряду съ обязанностью возмѣщенія убытковъ, что о ней умѣстнѣе всего говорить именно здѣсь и имѣя въ виду изложенный выше вопросъ о времени исполненія обязательствъ.

Такъ какъ просрочка возможна и на сторонѣ должника, и на сторонѣ кредитора, и при этомъ ея условія и послѣдствія въ обоихъ случаяхъ различны, то мы раздѣлимъ этотъ вопросъ на два: просрочка должника и просрочка кредитора.

I. Просрочка должника или *mora debitoris*. Для наступленія просрочки должника требуются слѣдующія условія. Во 1-хъ, нужно, чтобы наступило время исполненія или платежа; во 2-хъ, нужно, что-

бы въ извѣстныхъ случаяхъ сдѣлано было напоминаніе (*interpellatio*) о платежѣ, и въ 3-хъ, нужно, чтобы обязательство тѣмъ не менѣе не было исполнено по винѣ должника.

Когда наступаетъ время требованія объ исполненіи, объ этомъ мы уже говорили выше.

Здѣсь замѣтимъ еще, что вопросъ о просрочкѣ можетъ возникнуть лишь относительно исковыхъ обязательствъ; обязательства же натуральныя сюда не относятся, такъ какъ относительно ихъ не возможны и напоминанія, а безъ этихъ реквизитовъ не можетъ наступить просрочка.

Кромѣ наступленія срока исполненія, необходимо, какъ сказано, особое напоминаніе объ исполненіи, о просрочкѣ и объ убыткахъ, происходящихъ отъ неисполненія,—напоминаніе, соединенное съ требованіемъ исполненія.

Однако въ нѣкоторыхъ случаяхъ кредиторъ можетъ обойтись и безъ напоминанія. Это возможно, во 1-хъ, тогда, когда сами стороны выразили въ договорѣ, что просрочка будетъ наступать и безъ особаго напоминанія¹⁾. Во 2-хъ, особая интерпелляція не нужна при обязательствахъ изъ деликтотъ: кто нарушилъ законъ и чужіе интересы, тотъ не можетъ претендовать ни на какія особыя послабленія²⁾. Въ 3-хъ, интерпелляція не нужна, если обязанность состоитъ въ воздержаніи отъ совершенія какихъ-либо дѣйствій³⁾. Наконецъ, въ 4-хъ, интерпелляція не нужна, когда исполненіе по договору должно было быть произведено только въ опредѣленный моментъ времени, не раньше, но и не позже:

¹⁾ Ст. 1139 К. Н.

²⁾ См., напр., ст. 1378 К. Н., по которой недобросовѣстно получившій неслѣдующую ему уплату долженъ возвратить и капиталъ, и проценты, считая со дня ихъ полученія, а не со дня интерпелляціи, о которой здѣсь совсѣмъ даже и не упоминается.

³⁾ Ст. 1145 К. Н.

во время такой-то выставки, во время такой-то ярмарки, во время пребыванія въ такомъ-то городѣ (платье для такого-то бала) и т. п.¹⁾. Здѣсь *dies interpellat pro homine*.

Таковы исключенія. Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ напоминаніе необходимо, такъ какъ иначе, по словамъ ст. 1146 К. Н. „вредъ и убытки не вознаграждаются”.

Итакъ, весьма характернымъ для Кодекса Наполеона является здѣсь то положеніе, что наступленіе опредѣленнаго въ договорѣ срока для исполненія обязательства само по себѣ не ставитъ должника въ просрочку: *dies non interpellat pro homine*; по наступленіи срока кредиторъ для взысканія убытковъ отъ промедленія долженъ второй разъ напомнить должнику объ исполненіи (первый разъ это дѣлается при заключеніи договора).

Это требованіе особыхъ напоминаній нельзя не признать совершенно излишнимъ и въ то же время обременительнымъ для кредитора; болѣе того, оно прямо опасно для всѣхъ тѣхъ, кто не посвященъ въ тайны юриспруденціи: кому прійдетъ въ голову дѣлать особыя напоминанія, когда срокъ ясно указанъ въ договорѣ? А между тѣмъ съ выполненіемъ этой формальности, какъ уже сказано, связывается право на взысканіе убытковъ. Плянїоль по этому поводу говоритъ такъ: „Требованіе это основано на толкованіи намѣренія договаривающихся сторонъ: не всегда въ дѣлахъ соблюдается абсолютная строгость и точность; поэтому можно предположить, что пока кредиторъ молчитъ, опозданіе въ исполненіи обязательства не причиняетъ ему никакого ущерба, и онъ молчаливо разрѣшаетъ должнику не исполнять его”²⁾. Можно сильно сомнѣваться, чтобы

¹⁾ Ст. 1146 К. Н.

²⁾ Курсъ, ч. 1, № 168.

такова была воля сторонъ, и это тѣмъ болѣе, что у кредитора есть другое средство показать, что онъ ничего не имѣетъ противъ просрочки должника; средство это—непредъявленіе иска объ убыткахъ. Это уже дѣло его свободного и сознательнаго рѣшенія. Навязывать же ему молчаливое отреченіе отъ правъ нѣтъ никакого основанія: отреченіе только тогда дѣйствительно, когда оно выражено прямо, и вообще—когда оно не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній, а въ данномъ случаѣ сомнѣнія возникаютъ весьма основательныя.

Правильнѣе поступаютъ другія законодательства, которыя, при обозначеніи опредѣленнаго срока въ договорѣ, никакихъ особыхъ напоминаній не требуютъ, сохраняя это требованіе только для нѣкоторыхъ другихъ случаевъ: для обязательствъ изъ деликтовъ, для обязательствъ безъ срока и т. п.¹⁾

Такъ же правильно поступаетъ и Проектъ, который въ ст. 139 говоритъ: „Если для исполненія обязательства назначенъ опредѣленный срокъ или если таковой несомнѣнно вытекаетъ изъ существа обязательства, то должникъ впадаетъ въ просрочку немедленно по наступленіи этого срока. По обязательствамъ безсрочнымъ и вообще такимъ, для исполненія которыхъ не назначено опредѣленнаго срока, должникъ впадаетъ въ просрочку немедленно послѣ предъявленія къ нему вѣрителемъ вѣ суда требованія объ исполненіи обязательства или же немедленно послѣ полученія имъ повѣстки о вызовѣ къ суду по иску вѣрителя”.

Это вполне согласно и съ требованіями цѣлесообразности, и съ дѣйствующимъ русскимъ закономъ, который никакихъ напоминаній, при опредѣленныхъ въ договорѣ срокахъ, не предписываетъ; напоминаніе и по

¹⁾ Сюда относятся прибалтійскій Сводъ, ст. 3306 п. 3; Allgemeines deutsches Gesetzbuch, ст. 284, Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 117.

русскому праву нужно только при отсутствіи сроковъ, при обязательствахъ изъ деликтовъ, такъ какъ это вытекаетъ изъ самаго существа отношеній.

Въ какой же формѣ напоминаніе должно быть производимо?

По Кодексу Наполеона, для этого пригоденъ или „вызовъ къ передачѣ” или другой „равносильный актъ”; сюда же приравнивается и предъявленіе иска¹⁾. Русскій законъ ничего не говоритъ о формѣ; слѣдовательно, пригодна всякая форма, лишь бы только фактъ напоминанія могъ быть, въ случаѣ спора, доказанъ. Прибалтійскій Сводъ говоритъ: „При напоминаніи не требуется, чтобы оно было произведено непременно чрезъ Нотаріуса”²⁾.

Наконецъ, для наступленія просрочки и всѣхъ ея послѣдствій необходима виновность должника въ неисполненіи обязательства. Должникъ только тогда не отвѣчаетъ за свою просрочку, когда неисполненіе обязательства вызывается обстоятельствами, отъ должника не зависящими, каковы, напр., *casus, vis major* и т. п.³⁾. Дѣло только въ томъ, что при всякомъ неисполненіи виновность должника предполагается, а потому именно на немъ лежитъ обязанность доказать наличность обстоятельствъ, его извиняющихъ⁴⁾.

Итакъ, при наличности всѣхъ указанныхъ условій наступаетъ просрочка должника.

Теперь намъ надо рассмотреть тѣ послѣдствія, которыя отсюда проистекаютъ. Послѣдствія просрочки

¹⁾ Ст. 1139 и 1153 К. Н.

²⁾ Ст. 3309.

³⁾ Ст. 1148 К. Н. Для русскаго права—ст. 110 Общаго устава рос. жел. дорогъ и рѣшенія Сената 1910 г. №№ 64, 84. См. также Прибалтійскій Сводъ, ст. 3311, и Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 118. Это же начало усваиваетъ и нашъ Проектъ, ст. 140.

⁴⁾ Ст. 1147 К. Н.

должника состоятъ въ слѣдующемъ. Во 1-хъ, должникъ обязанъ возмѣстить кредитору всѣ убытки, происходящіе отъ просрочки, т. е. предоставить кредитору все то, что онъ имѣлъ бы, если бы просрочки не было. Во 2-хъ, должникъ обязанъ отвѣчать, съ момента поставленія его въ просрочку, даже и за случайную гибель предмета обязательства (*perpetuatio obligationis*)¹⁾. Отъ этой отвѣтственности должникъ можетъ освободиться только въ томъ случаѣ, если онъ докажетъ, что вещь все-равно погибла бы и въ рукахъ кредитора, если бы она была ему передана²⁾. Въ 3-хъ, если исполненіе обязательства предполагалось именно въ опредѣленный моментъ времени, и должникъ впалъ въ просрочку, то кредиторъ, потерявшій уже всякій интересъ въ исполненіи, можетъ, по правиламъ о синаллагматическихъ обязательствахъ³⁾, совершенно отступить отъ двусторонняго обязательства⁴⁾.

Что касается затѣмъ, въ частности, возмѣщенія убытковъ, то здѣсь замѣтимъ слѣдующее. Разъ должникъ въ надлежащее время не исполнилъ обязательства, то возможно одно изъ двухъ: или онъ все-таки исполнитъ обязательство впослѣдствіи, хотя и съ опозданіемъ, или же онъ совсѣмъ его не исполнитъ. Въ первомъ случаѣ къ исполненію должна быть прибавлена нѣкоторая сумма, выражающая возмѣщеніе того обезцѣненія, которому обязательство подверглось вслѣдствіе просрочки. Это убытки отъ просрочки или, какъ ихъ еще называ-

¹⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 3318.

²⁾ Ст. 1138 п. 2 и ст. 1302 К. Н. Прибалтійскій Сводъ, ст. 3319. Общегерманское уложеніе, ст. 287. Швейцарскій законъ объ обязат. ст. 118. Проектъ, ст. 142.

³⁾ См. выше: гл. I, § 8.

⁴⁾ Специально при просрочкѣ допускаютъ это прибалтійскій Сводъ (ст. 3321), Общегерманское уложеніе (ст. 361) и Швейцарскій законъ объ обязат. (ст. 123). Такое же право даетъ кредитору и нашъ Проектъ (ст. 143—146).

ютъ, убытки мораторные. Во второмъ же случаѣ, т. е. когда исполненія нѣтъ совсѣмъ, убытки представляютъ изъ себя полную стоимость всего обязательства¹⁾. Объ этихъ послѣднихъ мы скажемъ ниже, въ особенной части, при общемъ разсмотрѣніи правилъ о возмѣщеніи убытковъ. Убытки же специально мораторные требуютъ еще нѣкоторыхъ разъясненій именно здѣсь.

Сумма убытковъ мораторныхъ можетъ быть опредѣлена или при самомъ заключеніи договора, или впослѣдствіи. Въ первомъ случаѣ будетъ имѣть мѣсто неустойка²⁾. Во второмъ случаѣ примѣняются слѣдующія правила. При обязательствахъ денежныхъ должникъ обязанъ, по ст. 1153 К. Н., платить кредитору установленные закономъ проценты, а именно—шесть на сто въ годъ (во Франціи теперь 4); (для отношеній же торговыхъ и поручительства—особыя правила). Эти проценты уплачиваются независимо отъ доказанности или недоказанности дѣйствительнаго размѣра убытковъ, понесенныхъ кредиторомъ. Считаются эти проценты со дня предъявленія иска³⁾, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда теченіе процентовъ начинается въ силу самого закона⁴⁾. 1 ч. X т. предписываетъ уплату въ такихъ случаяхъ только трехъ процентовъ (ст. 1575), а Проектъ остановился на пяти процентахъ (ст. 141, 103).

Можетъ ли однако кредиторъ, доказавши, что его дѣйствительныя потери превышаютъ указанную

¹⁾ Спрашивается, нужно ли, по Кодексу Наполеона, и здѣсь особое напоминаніе, поставленіе должника въ просрочку? Вопросъ спорный. Здѣсь, собственно говоря, не промедленіе, не просрочка, а просто неисполненіе обязательства. Плянйоль полагаетъ, что здѣсь, „допуская принципъ, слѣдуетъ дѣлать различіе: поставленіе въ просрочку является излишнимъ, когда исполненіе обязательства сдѣлалось невозможнымъ вслѣдствіе вмѣняемой должнику вины”. Курсъ, ч. I, № 1318.

²⁾ См. выше: гл. III, § 2.

³⁾ Во Франціи теперь—со дня вообще напоминанія о платежѣ. Плянйоль, Курсъ, ч. I, № 276.

⁴⁾ См. выше, стр. 93, 94.

процентную норму, требовать дополнительного вознаграждения?

Для Кодекса Наполеона и для Свода законов, как последний объясняется Сенатом, нужно дать отрицательный¹⁾. Общегерманское же уложение (ст. 288) и Швейцарский закон об обязат. (ст. 121) рѣшаютъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. Это послѣднее рѣшеніе нельзя не признать болѣе цѣлесообразнымъ. Оно усваивается и нашимъ Проектомъ (ст. 141).

Затѣмъ особые правила установлены для просрочекъ со стороны желѣзныхъ дорогъ въ доставкѣ грузовъ. Общій Уставъ рос. жел. дорогъ въ ст. 110 говоритъ объ этомъ такъ: „Желѣзная дорога отвѣтствуетъ за несоблюденіе сроковъ доставки (ст. 53), если не докажетъ, что она не могла устранить просрочку, не смотря на принятіе ею всѣхъ мѣръ, которыя лежатъ на обязанности исправнаго возчика. Въ случаѣ просрочки въ доставкѣ, грузохозяинъ имѣетъ право получить съ желѣзной дороги вознагражденіе въ размѣрѣ пяти процентовъ провозной платы за каждыя просроченныя сутки, хотя бы просрочка и не причинила ему никакого убытка. Общая сумма вознагражденія не должна однако превышать всей причитающейся за провозъ груза платы”²⁾. Это относится одинаково къ собственно-Имперіи и къ Царству Польскому.

Таковы правила относительно обязательствъ денежныхъ и обязательствъ по желѣзнодорожной перевозкѣ.

При всѣхъ же другихъ обязательствахъ должникъ обязанъ возмѣстить убытки на общихъ основаніяхъ, т. е., во 1-хъ, потери, понесенныя кредиторомъ отъ про-

¹⁾ См. выше общее изложеніе вопроса о неустойкѣ.

²⁾ См. и рѣшеніе Сената 1908 г. № 57.

срочки (*damnum emergens*), во 2-хъ, — выгоды, упущенныя кредиторомъ по той же причинѣ (*lucrum cessans*)¹⁾.

Кромѣ того, размѣръ убытковъ зависитъ отъ того, произошла ли просрочка должника отъ одной лишь его неумышленной небрежности, неосторожности и т. п., или же отъ его злого умысла. Въ первомъ случаѣ должникъ обязанъ возмѣстить лишь убытки, предвидѣнные при заключеніи договора; во второмъ же случаѣ возмѣщенію подлежатъ и убытки непредвидѣнные, т. е. всѣ, какіе окажутся въ дѣйствительности²⁾. Во всякомъ же случаѣ только тѣ потери и убытки подлежатъ возмѣщенію, которые являются непосредственнымъ и прямымъ послѣдствіемъ неисполненія обязательства³⁾. Все же, что случается независимо отъ воли должника и не какъ прямое послѣдствіе этой воли, возмѣщенію не подлежитъ⁴⁾.

II. Просрочка кредитора или *mora creditoris*.

Просрочка кредитора имѣетъ совсѣмъ другой характеръ, чѣмъ просрочка должника. Прежде всего, нельзя говорить объ обязанности кредитора принять исполненіе такъ же, какъ мы говорили объ обязанности должника исполнить обязательство. Кредиторъ характеризуется больше правомочіями, чѣмъ обязанностями, такъ что принятіе со стороны кредитора является скорѣе условіемъ исполненія, чѣмъ обязанностью кредитора. Но такъ какъ иногда и непользованіемъ своимъ правомъ можно причинить своему контрагенту убытки, то поэтому и для кредитора, при его бездѣйствіи,

¹⁾ Ст. 1149 К. Н. Такой же двойной составъ убытковъ принимаетъ и нашъ Сенатъ въ своемъ толкованіи ст. 684 г. Х т. Рѣшенія 1880 г. № 99, 1883 г. № 8, 1884 г. № 2. Проектъ, ст. 140.

²⁾ Ст. 1150 К. Н.

³⁾ Ст. 1151 К. Н.

⁴⁾ На необходимость причинной связи указываетъ и Сенатъ въ рѣшеніяхъ 1907 г. № 78, 1908 г. № 20.

можетъ возникнуть обязанность возмѣщенія этихъ убытковъ. При этомъ, съ теоретической точки зрѣнія, нѣтъ принципиальной необходимости возлагать эту отвѣтственность на кредитора лишь при условіи его виновности: и невиновное, совершенно случайное непринятіе исполненія должно служить вполнѣ достаточнымъ основаніемъ для обязанности возмѣщенія убытковъ, такъ какъ нѣтъ абсолютно никакого основанія обременять ожиданіемъ и лишними издержками должника, который также ровно ни въ чемъ не виноватъ и самымъ аккуратнымъ образомъ предлагаетъ съ своей стороны исполненіе ¹⁾. Общегерманское уложеніе опредѣленно не высказывается по этому вопросу (см. ст. 293), но въ литературѣ принято мнѣніе, что виновность кредитора не является условіемъ его просрочки. А нашъ Проектъ въ ст. 149 дѣлаетъ прямое заявленіе въ этомъ смыслѣ: „Вѣритель признается впавшимъ въ просрочку, хотя бы она произошла вслѣдствіе случайнаго событія“.

Таково существенное отличіе просрочки вѣрителя отъ просрочки должника. Есть, конечно, кромѣ этого, и другія особенности, какъ мы это увидимъ ниже.

Итакъ, каковы же условія просрочки кредитора по Кодексу Наполеона?

По ст. 1257, должникъ обязанъ сдѣлать кредитору „наличное предложеніе платежа“, а для того, чтобы это предложеніе платежа было дѣйствительно, нужно, по ст. 1258 „1) чтобы оно сдѣлано было кредитору, способному принять платежъ, или такому лицу, которое имѣетъ полномочіе принять за него платежъ; 2) чтобы оно сдѣлано было такимъ лицомъ, которое способно производить платежъ; 3) чтобы оно заключало въ себѣ всю сумму, уже подлежащую уплатѣ, причитающіеся срочные платежи и проценты, издержки, уже причитающіеся и

по количеству опредѣленные, и сумму, необходимую на покрытіе издержекъ, еще въ извѣстность не приведенныхъ, съ обязанностью ее пополнить; 4) чтобы наступилъ срокъ платежа, если срокъ этотъ былъ установленъ договоромъ въ пользу кредитора; 5) чтобы условіе, подъ которымъ долгъ былъ сдѣланъ, осуществилось; 6) чтобы предложеніе платежа сдѣлано было въ назначенномъ для того по договору мѣстѣ, а если не было особаго уговора о мѣстѣ платежа, чтобы предложеніе сдѣлано было или лично самому кредитору, или въ мѣстѣ его жительства, или въ мѣстѣ, избранномъ для исполненія договора“. Однимъ словомъ, со стороны должника должно быть сдѣлано рѣшительно все нужное для исполненія обязательства; дѣло должно стоять такъ, чтобы остановка въ исполненіи происходила единственно отъ уклоненія кредитора. И, наконецъ, пунктъ 7-ой ст. 1258 требуетъ и соблюденія одной формальности, которая въ содержаніе договора не входитъ; именно, нужно, „7) чтобы предложеніе сдѣлано было чрезъ подлежащее должностное лицо“. По ст. 1780 Устава гражданского судопр. „Предложеніе платежа и взносъ на храненіе дѣлаются чрезъ нотариуса или чрезъ судебного пристава“. Такимъ образомъ простое личное обращеніе должника къ кредитору не достаточно. И вотъ, если должникомъ сдѣлано все указанное и нужное для исполненія, а кредиторъ тѣмъ не менѣе этого исполненія по такимъ или инымъ причинамъ не принимаетъ, то онъ и впадаетъ въ просрочку со всѣми ея послѣдствіями.

Нужно ли для наступленія *morae creditoris*, чтобы это непринятіе произошло по винѣ кредитора? Выше было уже сказано, что, по соображеніямъ цѣлесообразности, просрочка кредитора должна наступать и при случайномъ, невиновномъ непринятіи исполненія. Такъ на это дѣло и слѣдуетъ смотрѣть, что касается Кодекса Наполеона, такъ какъ въ немъ хотя нигдѣ это прямо и не

¹⁾ Windscheid-Kipp, Lehrbuch, II, 1900, S. 412 f.

выражено, но за то нѣтъ и указаній на необходимость вины кредитора, а что не требуется закономъ, того не долженъ требовать и судъ ¹⁾).

Каковы же условія просрочки вѣрителя по русскому праву?

Спеціальныхъ указаній въ русскомъ законѣ нѣтъ, а потому руководящія начала необходимо извлекать изъ общихъ соображеній о содержаніи и исполненіи обязательствъ. Повидимому, ко всякому праву должна быть признана подходящей только-что приведенная 1258 статья Кодекса Наполеона, кромѣ пункта 7-го, который касается формальной стороны предложенія платежа. Должна отпасть, конечно, и ст. 1780 Устава гражд. судопроизводства. Однимъ словомъ, должникъ обязанъ быть вполне готовымъ къ немедленному и надлежащему исполненію обязательства; остальное является уже дѣломъ кредитора.

Форма предложенія платежа безразлична. Нужно только, чтобы должникъ имѣлъ возможность положительно удостовѣрить, съ одной стороны, свою готовность къ исполненію, свое предложеніе платежа, а съ другой стороны—уклоненіе вѣрителя отъ принятія платежа ²⁾).

Ставить наступленіе просрочки въ зависимость отъ виновности кредитора и по русскому праву основаній нѣтъ. Здѣсь было бы справедливо только размѣръ убытковъ ставить въ зависимость отъ случайнаго или виновнаго наступленія просрочки, какъ это и дѣлаетъ Проектъ (ст. 150) ³⁾.

¹⁾ Неопредѣленно выражаются прибалтійскій Сводъ (ст. 3305, 3312, 3324) и Швейцарскій законъ объ обязат. (ст. 106).

²⁾ Такъ это и по прибалтійскому Своду, ст. 3313 и слѣд.

³⁾ Нѣкоторыя частичныя указанія имѣются въ Общемъ Уставѣ рос. жел. дорогъ. Согласно ст. 79 „о грузахъ, прибывшихъ на станцію назначенія, немедленно вывѣшиваются краткія объявленія или составляются алфавитные справочные реестры, а также выдаются, по требова-

Эти самыя начала, какъ мы уже видѣли, приняты и Проектомъ гражданскаго уложенія. Кромѣ того, Проектъ въ ст. 148 говоритъ: „Въ двустороннемъ договорѣ вѣритель признается впавшимъ въ просрочку также и въ томъ случаѣ, если онъ, не отказываясь отъ принятія предложеннаго ему должникомъ исполненія обязательства, съ своей стороны не предложилъ должнику того, что ему причитается по тому же договору“. Однако здѣсь имѣетъ мѣсто просрочка должника, а не вѣрителя ¹⁾, а потому статья эта, съ одной стороны, излишня, а съ другой стороны, даже и неправильна, такъ какъ, благодаря ей, къ должникамъ примѣнялись бы правила, установленныя для кредиторовъ.

Таковы условія просрочки кредитора. Посмотримъ теперь, каковы ея послѣдствія.

Своей просрочкой кредиторъ самъ создаетъ причину неисполненія обязательства, а потому должникъ естественно вполне освобождается отъ всякой принятой имъ на себя и возлагаемой на него закономъ ответственности за неисполненіе: онъ не долженъ платить убытковъ, не долженъ платить неустойки и процентовъ ²⁾. Кромѣ того, и кредиторъ уже не можетъ требовать расторгненія договора по ст. 1184 К. Н. Даже наоборотъ, при просрочкѣ кредитора-покупщика должникъ-продавецъ можетъ расторгнуть договоръ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о продажѣ жизненныхъ припасовъ и вещей движимыхъ ³⁾.

ніямъ получателей, справки безъ задержанія“. А затѣмъ, по ст. 81 „если грузъ не будетъ взятъ въ теченіе указанныхъ сроковъ, то, по прошествіи ихъ, дорога взымаетъ съ получателя полежалое въ размѣрѣ, опредѣленномъ Совѣтомъ по желѣзнодорожнымъ дѣламъ“. О виновности кредитора рѣчи нѣтъ. См. и рѣшеніе Сената 1902 г. № 115.

¹⁾ Въ двустороннихъ обязательствахъ каждая сторона играетъ роль и кредитора, и должника; въ данномъ случаѣ „вѣритель“ выступаетъ именно въ роли должника.

²⁾ Общегерманское уложеніе, ст. 301. Проектъ, ст. 152.

³⁾ Ст. 1657 К. Н.

Главное же послѣдствіе просрочки кредитора состоитъ въ томъ, что должникъ можетъ требовать возмѣщенія убытковъ¹⁾. Напр., благодаря просрочкѣ, онъ вынужденъ сохранять вещь дольше, чѣмъ это слѣдуетъ по договору; издержки храненія кредиторъ обязанъ возмѣстить. Такъ же рѣшаются и другіе подобные случаи.

Затѣмъ, если должникъ обязанъ былъ къ особенной *diligentia* по отношенію къ вещи кредитора, то послѣ просрочки этого послѣдняго должникъ несетъ отвѣтственность только за грубую неосторожность и злой умыселъ (*dolus*). Рискъ случайной гибели вещи переходитъ на кредитора²⁾.

Наконецъ, просрочка кредитора имѣетъ то послѣдствіе, что должникъ получаетъ право освободиться отъ обязательства безъ содѣйствія и безъ участія кредитора. Это происходитъ двоякимъ образомъ. Во 1-хъ, законъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ разрѣшаетъ должнику продать вещь, которой не принимаетъ своевременно кредиторъ. Это право предоставляется именно желѣзнымъ дорогамъ, а также товарнымъ складамъ, если грузъ или товаръ остается не востребованнымъ въ теченіе извѣстнаго срока³⁾. Во 2-хъ, законъ позволяетъ должнику непринятое кредиторомъ вносить на храненіе. 1-ая ч. X т. въ ст. 1651, 1652 и 2110 и Кодексъ Наполеона допускаютъ взносъ на храненіе не только денегъ, но и вообще „вещей“. Ст. 1257 К. Н.:

¹⁾ Кодексъ Наполеона, ст. 1260. Прибалтійскій Сводъ, ст. 3324. Общегерманское уложеніе, ст. 304. Для русскаго права см. ст. 574 и 684 1 ч. X т. Св. зак., а также рѣшеніе Сената 1873 г. № 1174. Проектъ, ст. 150.

²⁾ Ст. 1257 п. 2 К. Н. Прибалтійскій Сводъ, ст. 3323. Общегерманское уложеніе, ст. 300. Проектъ, ст. 151.

³⁾ Общій Уставъ рос. жел. дорогъ, ст. 84. Уставъ Торговый, ст. 782. Проектъ же предоставляетъ каждому должнику, при извѣстныхъ условіяхъ, право продажи. Ст. 122. Такъ и прибалтійскій Сводъ, ст. 3524, и Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 108.

„Если кредиторъ отказывается принять платежъ, то должникъ можетъ сдѣлать ему наличное предложеніе платежа и, въ случаѣ отказа кредитора принять его, внести предложенную сумму или вещь на храненіе“.

Какъ же и куда отдаются вещи или деньги на храненіе? По ст. 1259 Кодекса Наполеона, если предложеніе платежа было сдѣлано во всемъ согласно ст. 1258, то для взноса на храненіе уже не нужно особаго разрѣшенія суда, но за то необходимо, „1) чтобы такому взносу предшествовала повѣстка, врученная кредитору и заключающая въ себѣ означеніе дня, часа и мѣста, куда предлагаемая вещь будетъ внесена; 2) чтобы должникъ пересталъ владѣть вещью и передалъ ее, вмѣстѣ съ процентами, причитающимися по день взноса, въ указанное закономъ для взносовъ мѣсто; (для Царства Польскаго такимъ мѣстомъ являются Губернскія и Уѣздныя Казначейства); 3) чтобы должностное лицо составило протоколъ, въ которомъ должны быть обозначены: родъ предложенныхъ предметовъ, отказъ кредитора принять ихъ или его неявка и, наконецъ, самый взносъ; 4) чтобы, въ случаѣ неявки кредитора, протоколъ о взносѣ на храненіе былъ ему врученъ съ приглашеніемъ получить внесенныя на храненіе вещи“.

Если же предметомъ обязательства служитъ индивидуально опредѣленная вещь, то Кодексъ Наполеона не требуетъ „наличнаго предложенія платежа“; иногда оно даже и не возможно. Въ этихъ случаяхъ, по ст. 1264, должникъ обязанъ только увѣдомить кредитора повѣсткой, требуя принятія или полученія вещи. Если кредиторъ, несмотря на это, все-таки вещи не беретъ, то объ этомъ составляется протоколъ по ст. 1781 Устава граждан. судопроизводства, и судъ на основаніи всего этого разрѣшаетъ взносъ на храненіе.

О значеніи взноса на храненіе говоритъ 2-ая часть статьи 1257: „Наличное предложеніе, за которымъ по-

слѣдовалъ взносъ на храненіе, освобождаетъ должника отъ обязательства, и по отношенію къ нему замѣняетъ платежъ, если оно совершено какъ слѣдуетъ, а вещь, внесенная такимъ образомъ на храненіе, остается на страхъ кредитора”.

При всемъ этомъ надо имѣть въ виду ст. 1260 К. Н.: „Издержки по наличному предложенію платежа и по взносу на храненіе, при дѣйствительности того и другого, падаютъ на кредитора”. Это потому, конечно, что именно онъ служитъ причиною всѣхъ этихъ дѣйствій.

Внесенное должникомъ на храненіе можетъ быть взято и обратно. Но здѣсь надо различать. Пока внесенное не принято кредиторомъ, обратное полученіе возможно по единоличному рѣшенію и желанію внесшаго должника, при чемъ его содолжники и поручители не освобождаются, такъ какъ и самый долгъ не погашается (ст. 1261 К. Н.). Если же внесенное уже принято кредиторомъ, или должникъ испросилъ судебное рѣшеніе, вошедшее въ законную силу, которымъ какъ наличное предложеніе платежа, такъ и взносъ на храненіе признаны совершенно правильными и вполнѣ дѣйствительными, то обратное полученіе внесеннаго допускается только съ согласія кредитора, и при этомъ содолжники и поручители во всякомъ случаѣ освобождаются, а ипотеки и привилегіи прекращаются, такъ какъ долгъ уже былъ погашенъ (ст. 1262, 1263).

Въ Сводѣ законовъ нѣтъ общихъ правилъ о взносѣ на храненіе. Нужныя положенія по этому вопросу приходится извлекать изъ казуистическихъ, данныхъ по отдѣльнымъ случаямъ, статей закона.

Что можетъ быть отдаваемо на храненіе? Въ виду ст. 2110 1 ч. X т., —не только деньги, но и другія движимыя вещи. Анненковъ сомнѣвается въ допустимо-

сти аналогическаго примѣненія ст. 2110¹⁾. Съ этимъ нельзя согласиться, потому что къ Своду законовъ, какъ къ сборнику статей по преимуществу казуистическихъ, должна и можетъ быть широко примѣняема аналогія; иначе положеніе оказалось бы совершенно безвыходнымъ²⁾. Во всякомъ же случаѣ въ послѣднее время всякія сомнѣнія по данному вопросу устранены Закономъ о преобразованіи мѣстнаго суда. Ст. 1460³⁾ Устава гражд. судопроизводства говоритъ: „Внесенію въ судъ на храненіе могутъ подлежать: 1) наличныя деньги, 2) цѣнныя бумаги, 3) документы и 4) драгоценныя вещи. Другіе предметы могутъ быть внесены на храненіе лишь въ томъ случаѣ, если къ принятію ихъ на сохраненіе или сбереженіе предсѣдатель мирового съѣзда не встрѣтитъ затрудненій”.

Затѣмъ надо отмѣтить, что и относительно самихъ денегъ Сенатъ совершенно правильно призналъ, что для взноса на храненіе пригодны платежи не только по займамъ, но и по другимъ сдѣлкамъ⁴⁾. Такъ же все это рѣшается и Проектомъ (ст. 118)⁴⁾. Конечно, здѣсь, по самому существу дѣла, можно говорить только о движимыхъ вещахъ и при томъ—о *res corporales*, такъ что къ обязательствамъ, состоящимъ *in faciendo*, это не относится.

Куда можно дѣлать взносы на храненіе? Ст. 1651 и др. 1 ч. X т. говорятъ о „надлежащемъ присутственномъ мѣстѣ”, а Сенатъ этимъ мѣстомъ считаетъ судъ и настаиваетъ, что взносы денегъ, сдѣланные въ полицейскія управленія или въ конторы нотариусовъ, не достаточны для погашенія обязательствъ⁵⁾. Правда, въ

¹⁾ Система, III, стр. 88.

²⁾ Къ тому же см. и ст. 9 и 10 Устава гражд. судопроизводства.

³⁾ Рѣшенія 1876 г. № 390, 1883 г. № 48.

⁴⁾ Такъ и по остзейскому праву: Уставъ граждан. судопр., ст. 2048. Общегерманское уложеніе, ст. 372. Швейцар. законъ объ обязат., ст. 107.

⁵⁾ Рѣшенія 1872 г. № 777, 1874 г. № 519.

этихъ рѣшеніяхъ рѣчь идетъ о погашеніи закладныхъ; при этомъ, конечно, надо имѣть въ виду именно окружные суды и при томъ—въ мѣстѣ нахождения заложенной недвижимости. Такъ это послѣднее и по Проекту, который для остальныхъ случаевъ указываетъ на судъ по мѣсту исполненія обязательства, а при невозможности установить его—на судъ по мѣсту жительства должника (ст. 117) ¹⁾. А по швейцарскому праву мѣсто хранения указывается судомъ ²⁾.

Далѣе Сводъ законовъ, въ отличіе отъ Кодекса Наполеона, не требуетъ никакихъ формальностей, какъ условій для взноса на храненіе. Нужна, съ одной стороны, полная готовность должника къ платежу, а съ другой стороны,—невозможность произвести этотъ платежъ кредитору за отсутствіемъ его или же вслѣдствіе другихъ обстоятельствъ ³⁾. Не требуетъ никакихъ формальностей и Проектъ (ст. 117).

Взносомъ денегъ въ судъ должникъ такъ же погашаетъ обязательство, какъ и уплатой ихъ кредитору. Но съ какого именно момента начинается такое дѣйствіе взноса по русскому праву? Вопросъ этотъ надо разсматривать съ двухъ сторонъ: должникъ освобождается отъ своей обязанности уже въ моментъ взноса денегъ въ судъ, если, конечно, этотъ взносъ сдѣланъ съ цѣлью именно погашенія долга; никакія претензіи къ должнику съ этого момента уже не возможны, такъ какъ обязательство исполнено; кредиторъ же дѣлается собственникомъ денегъ лишь съ момента полученія ихъ изъ суда или съ момента одобренія имъ взноса. Поэтому до этого послѣдняго момента должникъ сохраняетъ право потребовать внесенныя деньги обрат-

¹⁾ Остзейское право (Уставъ гражд. судопр., ст. 2047).

²⁾ Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 107.

³⁾ Рѣшеніе Сената 1877 г. № 28.

но ⁴⁾. Именно такое дѣйствіе имѣетъ взносъ на храненіе по остзейскому праву ²⁾; таковы же предположенія и Проекта (ст. 119) ³⁾.

Такова эта вторая форма освобожденія должника отъ обязательства при просрочкѣ кредитора.

Этимъ мы вообще заканчиваемъ вопросъ о просрочкѣ съ ея послѣдствіями. вмѣстѣ съ тѣмъ мы заканчиваемъ и вопросъ объ исполненіи обязательствъ.

§ 2. *In solutum datio* или замѣна одного предмета другимъ.

Вторымъ способомъ прекращенія обязательствъ является *in solutum datio*.

Это—тоже исполненіе обязательства, но только способъ этотъ особо выдѣляется потому, что здѣсь передается кредитору—или вообще совершается—не то, что условлено и что является надлежащимъ объектомъ обязательства и надлежащимъ предметомъ исполненія, а нѣчто другое.

Конечно, это другое дѣйствіе или другая вещь тогда только могутъ замѣнить должное исполненіе, если на это есть согласіе кредитора, такъ какъ кредиторъ по закону не обязанъ принимать что бы то ни было другое вмѣсто должнаго, и должникъ не можетъ освободить себя чѣмъ-либо другимъ вмѣсто того, что онъ долженъ, точно такъ же, какъ и съ другой стороны,—его нельзя принуждать къ замѣнѣ должнаго исполненія чѣмъ-либо другимъ ⁴⁾. Если же такая *in*

¹⁾ Такъ и проф. Гуляевъ, Рус. гр. право, 1913, стр. 373, и Сенатъ въ рѣшеніи 1880 г. № 92. См. однако Систему г. Анненкова, т. III, стр. 94—97, и рѣшеніе Сената 1876 г. № 448.

²⁾ Уставъ граждан. судопроизводства, ст. 2051.

³⁾ См. Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 109; Общегерманское уложеніе, ст. 376.

⁴⁾ Ст. 1243 К. Н.

solutum datio произведена, то обязательство прекращается точно так же, какъ и при самомъ настоящемъ его исполненіи.

Этотъ способъ прекращенія обязательствъ извѣстенъ всѣмъ законодательствамъ ¹⁾. Воспроизводится онъ и Проектомъ, который въ ст. 98 говоритъ такъ: „Обязательство признается исполненнымъ, если должникъ передалъ вѣрителю, съ его согласія, взаимнъ условленнаго предмета обязательства какое-либо иное имущество”.

Допускается in solutum datio всякій разъ, когда на то есть воля сторонъ, кромѣ тѣхъ лишь случаевъ, когда такая замѣна предмета прямо запрещается закономъ. Напр., статья 99 Устава о Промышленности говоритъ: „Расплата съ рабочими, вмѣсто денегъ, купонами, условными знаками, хлѣбомъ, товаромъ и иными предметами воспрещается”.

Вопросъ относительно самой природы in solutum datio возбуждаетъ нѣкоторыя сомнѣнія ²⁾.

Прежде всего in solutum datio напоминаетъ собою куплю-продажу съ послѣдующей компенсаціей. Въ самомъ дѣлѣ, Иванъ долженъ Петру 100 рублей; къ моменту исполненія Иванъ предлагаетъ Петру какую-нибудь вещь цѣною въ 100 рублей, и Петръ беретъ ее. Это— in solutum datio и въ то же время это—купля-продажа, при которой взаимные долги погашаются зачетомъ. Сближеніе съ куплей-продажей замѣчается и въ нѣкоторыхъ постановленіяхъ законодательствъ. Такъ, въ случаѣ отсужденія отъ кредитора полученной имъ въ уплату вещи должникъ по прибалтійскому Своду (ст. 3521) и по Общегерманскому уложенію (365), отвѣчаетъ, какъ „продавецъ” при эвикціи. Такое же правило припи-

¹⁾ Кодексъ Наполеона, ст. 1595, 2038. Уставъ гражд. судопроизводства, ст. 1063, 1065, 1068, 1171, 1175. Прибалтійскій Сводъ, ст. 3521. Общегерманское уложеніе, ст. 364, 365.

²⁾ Плянйоль, Курсь, ч. I, № 523 и слѣд.

сывается Кодексу Наполеона французской литературой и предполагается ко введенію нашимъ Проектомъ (ст. 98). Однако не всѣ правила, относящіяся къ куплѣ-продажѣ, можно примѣнять и къ datio in solutum. Таково, напр., правило о возможности уничтоженія продажи недвижимостей въ случаяхъ laesio enormis по ст. 1674 К. Н. Статья эта, какъ исключительная, никакому распространенію не подлежитъ и потому она не можетъ примѣняться въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны не имѣютъ въ виду именно купли-продажи. Это напоминаетъ различіе между „выкупомъ” родового имѣнія по русскому праву и обыкновенной покупкой того же имѣнія тѣмъ же лицомъ и у того же пріобрѣтателя: при всемъ видимомъ сходствѣ между обѣими сдѣлками, условія и послѣдствія ихъ совершенно различны. Кромѣ того, различіе сказывается и въ ст. 1595 К. Н. Статья эта запрещаетъ сдѣлки купли-продажи между супругами; если же между ними уже существуютъ по другимъ основаніямъ долговыя отношенія,—и, значитъ, имѣется почва для datio in solutum,—то взаимныя „уступки” имущества для погашенія долговъ не возбраняются: здѣсь оказываетъ свое вліяніе предшествующая юридическая обстановка. Наконецъ, различныя послѣдствія наступаютъ и тогда, когда оказывается, что никакого долга между данными контрагентами нѣтъ, и, слѣдовательно, зачетъ произведенъ быть не можетъ. Купля-продажа остается въ такомъ случаѣ въ силѣ, и продавецъ имѣетъ право требовать уплаты цѣны, такъ какъ она зачетомъ не погашается, а datio in solutum окажется недѣйствительной, такъ какъ предметъ переданъ безъ всякаго основанія, а потому передавшій можетъ потребовать его обратно ¹⁾.

Большое сходство имѣетъ in solutum datio и съ об-

¹⁾ На это различіе указываетъ Плянйоль, Курсь, ч. I, № 528.

новленіемъ обязательства въ предметъ его посредствомъ новации. Однако новация состоитъ изъ двухъ актовъ: изъ прекращенія одного обязательства и изъ установленія на его мѣсто другого, новаго обязательства, такъ что, при перемѣнѣ въ предметѣ, юридическое отношеніе между тѣми же лицами остается. Что же касается *in solutum datio*, то она состоитъ только изъ одного акта: изъ прекращенія обязательства путемъ совершенія не условленнаго, а другого дѣйствія; никакое новое обязательство не возникаетъ ни на одинъ моментъ, и новый предметъ не служитъ объектомъ новыхъ отношеній, потому что онъ мѣняется въ самый моментъ прекращенія и единственно для этого прекращенія, такъ что кредиторъ и дебиторъ освобождаются окончательно отъ юридической связи между собою ¹⁾, если, впрочемъ, не считать возможной отвѣтственность по эвикціи; но и эта отвѣтственность ликвидируетъ старыя, прежнія отношенія, и отнюдь не является признакомъ возникновенія и существованія новыхъ, какъ это происходитъ при новации ²⁾.

Сейчасъ было упомянуто, что *in solutum datio* недѣйствительна, если передается предметъ въ уплату такого долга, который оказывается несуществующимъ. Точно такъ же и съ другой стороны, необходимо признать, что при полной дѣйствительности долга передача вещи въ уплату его недѣйствительна, если эта вещь не принадлежитъ передавшему и затѣмъ отсуждается по виндикаціи отъ согласившагося принять ее кредитора: долгъ не погашается, обязательство остается въ силѣ. И такъ какъ самъ Кодексъ Наполеона не говоритъ о безусловномъ прекращеніи обязательства и объ отвѣтственности лишь по

¹⁾ Такъ и Анненковъ, Система, III, стр. 447.

²⁾ Однако противъ этого Плянйоль, Курсъ, ч. I, № 523.

эвикціи, какъ при куплѣ-продажѣ, то такіа послѣдствія и не могутъ наступать (вопреки мнѣнію французской литературы). А если обязательство остается въ силѣ, то должны оставаться въ силѣ и акцессорные приатки его. Однако, по ст. 2038 К. Н., поручители, въ случаѣ добровольнаго принятія кредиторомъ вещи въ уплату долга, освобождаются даже несмотря на послѣдующую эвикцію. Вотъ это постановленіе и можетъ наводить на мысль, что погашается и главное обязательство. Тѣмъ не менѣе даже и Плянйоль, сторонникъ этого послѣдняго мнѣнія, правильно считаетъ это положеніе совершенно исключительнымъ и, напр., на ипотеки не распространяющимся ¹⁾.

§ 3. Новація.

Третьимъ способомъ прекращенія обязательствъ является новация или обновленіе.

Новаціею называется установленіе или заключеніе новаго обязательства на мѣсто стараго, такъ что послѣднее прекращается совсѣмъ.

Такимъ образомъ новация существенно отличается отъ измѣненія обязательствъ (цессія, переводъ долга): при измѣненіи обязательство не уничтожается, а сохраняетъ свое тождество; кромѣ того, измѣненіе состоитъ изъ одного акта, новация же состоитъ изъ двухъ актовъ: прекращенія и возникновенія. Отсюда вытекаютъ и дальнѣйшія различія. Именно, прежде всего, различна форма новации и цессіи: для цессіи устанавливается закономъ своя особая форма, такъ какъ цессія есть самостоятельный юридическій актъ; новация же своей самостоятельной формы не имѣетъ: здѣсь въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ примѣняется та

¹⁾ Курсъ, ч. I, № 524.

форма, которая установлена для возникновенія такихъ именно обязательствъ, какимъ въ данномъ случаѣ замѣняется (новируется) прекращаемое обязательство. А затѣмъ и другое различіе: при измѣненіи обязательства естественно и само собою остается въ силѣ все то, чего стороны не имѣютъ въ виду измѣнить, а такъ какъ прежде всего здѣсь сохраняется тождество обязательства, то сохраняются и всѣ его акцессорныя принадлежности, т. е. различнаго рода обезпеченія,—кромѣ, впрочемъ, поручительства, а также и залога, предоставленныхъ третьими лицами (см. выше). При новации же какъ-разъ наоборотъ: первоначальное обязательство прекращается, а потому *ipso jure* уничтожаются и всѣ безъ исключенія обезпеченія его, такъ какъ всякая принадлежность, по общему правилу, раздѣляетъ судьбу главной вещи; здѣсь для того, чтобы имѣть обезпеченія, надо особо установить ихъ вновь. Это различіе слишкомъ важно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда обязательство само по себѣ, т. е. безъ сопровождавшихъ его обезпеченій, является весьма сомнительнымъ и утрачиваетъ почти всякую цѣнность. Ст. 1278 К. Н.: „Привилегіи и ипотеки, которыми обезпеченъ былъ старый долгъ, не переходятъ на тотъ долгъ, которымъ онъ замѣняется, развѣ бы кредиторъ положительно сохранилъ ихъ за собою”. Ст. 1279 К. Н.: „Если обновленіе дѣлается посредствомъ подстановки новаго должника, то первоначальныя привилегіи и ипотеки, которыми долгъ былъ обезпеченъ, не могутъ перейти на имущество новаго должника”. Ст. 1280 К. Н.: „Если обновленіе происходитъ между кредиторомъ и однимъ изъ солидарныхъ должниковъ, то привилегіи и ипотеки, которыми обезпеченъ прежній долгъ, могутъ быть оставлены только на имущество того, кто принимаетъ на себя новый долгъ”. Ст. 1281 К. Н.: „Обновленіе, совершенное между кредиторомъ и однимъ изъ солидарныхъ должниковъ, освобождаетъ содолжниковъ. Обновленіе, совер-

шенное по отношенію къ главному должнику, освобождаетъ поручителей. Впрочемъ, если кредиторъ требовалъ, въ первомъ случаѣ, участія содолжниковъ, или, во второмъ, участія поручителей, то прежній долгъ не уничтожается, если содолжники или поручители отказались принять участіе въ новомъ соглашеніи”.

Таково соотношеніе между новацией и измѣненіемъ обязательствъ,—соотношеніе самыхъ понятій и экономического значенія ихъ.

Обратимъ теперь вниманіе на область дѣйствія и примѣненія новации. Здѣсь надо замѣтить, что въ римскомъ правѣ эта область была особенно широка; тамъ новация примѣнялась въ слѣдующихъ трехъ случаяхъ: 1) при измѣненіи въ лицѣ кредитора, 2) при измѣненіи въ лицѣ дебитора, 3) при измѣненіи въ объектѣ обязательства,—во всѣхъ этихъ случаяхъ требовалось уничтоженіе, прекращеніе обязательства и созданіе на его мѣсто новаго обязательства съ указанными модификаціями. Затѣмъ, съ теченіемъ времени, эта широкая область примѣненія новации постепенно суживалась. И теперь, въ новое время, особенно въ Общегерманскомъ Уложеніи и въ Проектѣ русскаго гражданского уложенія, для новации почти уже нѣтъ мѣста, такъ какъ она замѣнена различными способами измѣненія обязательствъ. Именно, для измѣненія въ личности кредитора употребляется цессія, признанная теперь всѣми законодательствами. Для измѣненія въ личности должника Общегерманское уложеніе и русскій Проектъ создали институтъ перевода долга или пассивной цессіи, допускаемой въ отдѣльныхъ случаяхъ и Кодексомъ Наполеона, и 1-ой частью X т. Свода законовъ. И наконецъ, для измѣненій въ объектѣ всюду широко допускается *in solutum datio*, при которой также тождество обязательства сохраняется. Правда, *in solutum datio* предполагаетъ измѣненіе объекта при самомъ исполненіи обязательства, такъ что съ но-

вымъ объектомъ обязательство не продолжаетъ своего существованія, но во всякомъ случаѣ и этимъ область примѣненія новации сокращается довольно существенно. Несмотря на все это, въ Кодексѣ Наполеона новация сохранена почти въ такой же широкой области примѣненія, какъ это было въ древнемъ Римѣ. Отличіе состоитъ лишь въ томъ, что Кодексъ Наполеона знаетъ уже и цессію требованій; слѣдовательно, для измѣненія въ личности кредитора могутъ быть примѣняемы какъ новация, такъ и цессія; въ Римѣ же возможна была только новация (кромѣ нѣкоторыхъ случаевъ судебного представительства и т. п.).

Теперь продолжимъ наше общее изученіе новации указаніемъ тѣхъ условій, при которыхъ она вообще возможна, а потомъ уже рассмотримъ отдѣльные виды ея.

Во 1-хъ, для новации, прежде всего, необходима наличность дѣйствительнаго обязательства, которое подлежитъ замѣнѣ путемъ прекращенія: нужно, чтобы было что прекращать; если же нечего прекращать, то невозможна и новация, такъ какъ не будетъ основанія для установленія новаго обязательства. Здѣсь достаточно даже и обязательство натуральное, такъ какъ въ новации выражается добровольное признаніе его силы и отказъ отъ возраженія о невозможности искового требованія. Далѣе, и оспоримыя обязательства пригодны для новации. Здѣсь одно изъ двухъ: или должникъ при новации отказывается отъ своего права оспариванія, и тогда новое обязательство будетъ неоспоримымъ, или же должникъ не отказывается отъ своихъ возможныхъ возраженій; тогда уже и новое обязательство будетъ оспоримымъ, такъ что если потомъ должникъ дѣйствительно заявитъ споръ, и этотъ споръ увѣнчается успѣхомъ, то новое обязательство падетъ и уничтожится точно такъ же, какъ пало бы и старое, прекращенное обязательство. На такихъ же ос-

нованіяхъ пригодны для новации и обязательства условныя; новация также будетъ условной: если суспензивное условіе не исполнится или, наоборотъ, резолютивное условіе исполнится, такъ что прежнее, новируемое обязательство или совсѣмъ не возникнетъ, или прекратится, то падетъ и новое обязательство, какъ неимѣющее подъ собою основанія. Въ обратномъ случаѣ новация будетъ имѣть полную силу. Однако при новации какъ оспоримыхъ, такъ и условныхъ обязательствъ стороны, какъ хозяева своихъ интересовъ и отношеній, могутъ поставить новое обязательство внѣ всякой зависимости отъ судьбы первоначальнаго, новируемаго обязательства. Если дѣйствительно такова воля сторонъ, — а это должно съ несомнѣнностью вытекать изъ соглашенія, — то новое обязательство будетъ стоять совершенно прочно. Въ этомъ случаѣ ухудшается положеніе должника, но если онъ идетъ на это добровольно, то нѣтъ основанія отрицать законную силу за такой сдѣлкой.

Во 2-хъ, для новации, такъ же точно и съ другой стороны, необходимо установленіе дѣйствительнаго обязательства на мѣсто прекращеннаго. Здѣсь тѣсная связь. Первоначальное обязательство только потому и прекращается, что на его мѣсто ставится новое обязательство. Или другими словами: здѣсь нѣтъ ни прощенія долга, ни отказа кредитора отъ своихъ требованій; здѣсь обмѣнъ одного обязательства на другое. Новация не есть сдѣлка безвозмездная, какъ дареніе, а совершенно наоборотъ, новация возмездная, какъ мѣна. Поэтому кредиторъ можетъ всегда воспользоваться своимъ прежнимъ обязательствомъ, если новое обязательство окажется впослѣдствіи недѣйствительнымъ. Другими словами: новация въ такомъ случаѣ не произойдетъ, и первоначальное обязательство не уничтожится, такъ какъ оно, какъ оказывается, ничѣмъ не замѣнено. Совершенно же иное дѣло, — какъ это мы уже отмѣтили и выше, — если кредиторъ сознаетъ и

понимаетъ, что ему взамѣнъ первоначальнаго обязательства предлагается оспоримое или условное обязательство, и тѣмъ не менѣе вполне добровольно соглашается получить не равноцѣнное, а нѣчто меньшее; здѣсь есть элементъ даренія или прощенія долга, или, по крайней мѣрѣ, есть извѣстный рискъ нѣкоторой потери; здѣсь, — въ противоположность разсмотрѣнному выше случаю, — ухудшается положеніе кредитора. Но разъ на это идетъ именно кредиторъ, полный хозяинъ въ этомъ своемъ дѣлѣ, то отрицать новацию и въ такого рода случаяхъ нельзя: она вполне дѣйствительна, и первоначальное обязательство прекращается окончательно. Такъ это относительно обязательствъ оспоримыхъ и вообще такихъ, по которымъ кредиторъ можетъ и не получить полного удовлетворенія по своимъ требованіямъ.

Но что сказать, если новое обязательство вполне не дѣйствительно? Въ такихъ случаяхъ передъ нами будетъ опять одно изъ двухъ. Если кредиторъ не знаетъ о такой порочности предлагаемаго ему новаго обязательства, то новация не состоится въ томъ смыслѣ, что первоначальное обязательство останется въ полной силѣ. Если же, наоборотъ, кредиторъ ясно сознаетъ и понимаетъ положеніе дѣла, то мы будемъ имѣть случай симуляціи, т.-е. по внѣшнему виду это будетъ новация, а по внутреннему существу — дареніе или прощеніе долга. Симулятивные сдѣлки, какъ извѣстно, вполне дѣйствительны, насколько онѣ не вредятъ интересамъ третьихъ лицъ. Сказанное относится, — *mutatis mutandis*, — и къ случаямъ полной не дѣйствительности новироваемаго обязательства.

Въ 3-хъ, для новации необходима дѣеспособность субъектовъ, совершающихъ ее, именно — дѣеспособность въ такомъ объемѣ, въ какомъ она нужна для прекращенія первоначальнаго и для установленія новаго обязательства. Ст. 1272 К. Н.: „Обновленіе

можетъ совершаться только между лицами, способными вступать въ договоры”.

Въ 4-хъ, для новации необходимо специально на нее направленный *animus novandi*, который долженъ ясно вытекать изъ сдѣлки. Прямого указанія на новацию не нужно, но и сама собою новация не предполагается. Ст. 1273 К. Н.: „Обновленіе не предполагается: необходимо, чтобы намѣреніе совершить его ясно вытекало изъ акта”¹⁾.

Наконецъ, въ 5-хъ, для новации необходимо отличіе новаго обязательства отъ первоначальнаго, *aliquid novi*, какъ говорится въ римскихъ источникахъ. Иначе имѣло бы мѣсто лишь признаніе стараго долга, а совсѣмъ не замѣна его новымъ.

Таковы общія положенія о новации. Теперь мы уже переходимъ, къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ разновидностей этого института. И вотъ, здѣсь спрашивается: что же именно можетъ быть новымъ въ новомъ обязательствѣ? Кодексъ Наполеона, сохранившій новацию въ самыхъ широкихъ размѣрахъ, слѣдующимъ образомъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ въ ст. 1271: „Обновленіе совершается троякимъ образомъ: 1) когда должникъ по отношенію къ своему кредитору принимаетъ на себя новый долгъ, который ставится на мѣсто прежняго, симъ уничтожаемаго; 2) когда новый должникъ заступаетъ мѣсто прежняго, который въ то же время, освобождается кредиторомъ отъ обязательства; 3) когда, въ силу новаго соглашения, новый кредиторъ ставится на мѣсто прежняго, по отношенію къ которому должникъ освобождается отъ обязательства”.

Итакъ, содержаніемъ и цѣлью новации, по Кодексу Наполеона, можетъ быть или измѣненіе объективнаго содержанія обязательства, или измѣненіе въ лицѣ

¹⁾ См. и ст. 1275 К. Н.

должника, или измѣненіе въ лицѣ кредитора. Въ этомъ же порядкѣ мы и рассмотримъ эти отдѣльные виды новаціи.

1. Измѣненіе объекта. Сюда относятся тѣ случаи, когда тотъ же самый должникъ обязывается передъ тѣмъ же самымъ кредиторомъ совершить иное дѣйствіе или передать иную вещь, чѣмъ это было въ ихъ первоначальномъ обязательствѣ. Напр., вмѣсто передачи какой-нибудь вещи должникъ обязывается уплатить соотвѣтственную сумму денегъ или наоборотъ.

Здѣсь надо обратить вниманіе на то, что при новаціи должникъ именно обязывается къ совершенію дѣйствія, къ передачѣ вещи, а не совершаетъ это дѣйствіе, какъ это мы видимъ въ случаяхъ *in solutum datio*. При новаціи на основаніи прекращенія стараго обязательства возникаетъ новое обязательство съ новымъ объектомъ, а при *in solutum datio* только лишь прекращается данное обязательство, и никакого новаго обязательства не возникаетъ.

Къ полной замѣнѣ одного объекта другимъ приравнивается и вообще измѣненіе составныхъ частей въ самомъ содержаніи обязательствъ. Таково, напр., присоединеніе или устраненіе суспензивнаго или резолютивнаго условія, присоединеніе или устраненіе *modus'a* или возложенія. Но въ то же время такія измѣненія, какъ присоединеніе поручительства, соглашенія о неустойкѣ, отсрочка исполненія и т. п., какъ не затрагивающія самой сущности обязательствъ, основаніемъ для новаціи служить не могутъ.

Близко сюда подходитъ и измѣненіе основанія долга, особенно превращеніе какого-либо денежнаго обязательства въ обязательство *вексельное*. Такое превращеніе приложимо къ долгамъ изъ купли-продажи, найма, даренія и т. п. Не имѣя наличныхъ денегъ, лицо обязанное выдаетъ вексель. По французскому

вексельному праву, которое дѣйствуетъ въ Царствѣ Польскомъ, если въ вексельную форму облекается состоявшаяся раньше сдѣлка купли-продажи или займа, — новація не произойдетъ, такъ какъ вексель здѣсь является сдѣлкой *каузальной*, и въ немъ всегда указывается именно или купля-продажа, или заемъ, какъ основанія долга; здѣсь, слѣдовательно, мѣняется только форма сдѣлки купли-продажи или займа, а основаніе остается то же самое. Если же въ вексель превращается сдѣлка даренія, то новація, при наличности всѣхъ прочихъ необходимыхъ для нея условій, вполне возможна. Что же касается русскаго Устава о векселяхъ 1902 г., то въ немъ вексель всегда и принципиально абстрактенъ, а потому новація возможна при всякихъ сдѣлкахъ, ее вообще допускающихъ.

2. Перемѣна въ лицѣ должника. Въ новыхъ кодексахъ (и въ русскомъ Проектѣ гражданского уложенія) прибѣгаютъ для этой цѣли не къ новаціи, а къ измѣненію обязательствъ на пассивной сторонѣ. Это — пассивная цессія или переводъ долга¹⁾. Кодексъ Наполеона, допуская пассивную цессію въ отдѣльныхъ случаяхъ, тѣмъ не менѣе въ видѣ общаго правила предоставляетъ и здѣсь опять-таки новацію какъ въ видѣ *expromissio*, такъ и въ видѣ *delegatio*. Первая совершается договоромъ кредитора съ третьимъ лицомъ, вступающимъ на мѣсто первоначальнаго должника, такъ что этотъ послѣдній вполне освобождается отъ обязательства. Ст. 1274 К. Н.: „Обновленіе черезъ подстановку новаго должника можетъ совершаться безъ участія прежняго должника“. Вторая совершается договоромъ должника съ третьимъ лицомъ, чтобы это послѣднее уплатило долгъ кредитору. При этомъ для новаціи необходимо, чтобы здѣсь именно

¹⁾ См. выше, глава IV, § 4.

одинъ долгъ погашался, и на его мѣсто ставился другой; простое присоединеніе третьяго лица къ уже существующему и не погашенному долгу будетъ обезпеченіемъ, поручительствомъ, но не новаціей. Поэтому нужно, чтобы первоначальный должникъ совершенно освобождался отъ обязательства. Объ этомъ кредиторъ долженъ прямо и ясно заявить. Ст. 1275 К. Н.: „Переводъ долга, посредствомъ котораго должникъ ставитъ на свое мѣсто другого должника, принимающаго на себя обязательство по отношенію къ кредитору, не влечетъ за собою обновленія, если кредиторъ положительно не заявилъ, что имѣлъ въ виду освободить должника, сдѣлавшаго переводъ долга“. Это потому, что, по ст. 1277 К. Н., „простое указаніе должникомъ лица, которое за него должно уплатить, не составляетъ обновленія“. По вопросу о дѣйствіи новаціи см. еще ст. 1276 К. Н.: „Кредиторъ, который освободилъ должника, сдѣлавшаго переводъ долга, не имѣетъ противъ него права обратнаго требованія, если лицо, на которое переведенъ долгъ, сдѣлается несостоятельнымъ, развѣ актъ заключаетъ въ себѣ положительную о томъ оговорку, или тотъ, на кого сдѣланъ переводъ долга, былъ уже открыто несостоятельнымъ либо впалъ въ неоплатность во время совершенія перевода“.

Какъ уже было отмѣчено выше, при разсмотрѣніи вопроса о переводѣ долга ¹⁾, почти такой же результатъ, какъ и новаціей, можетъ быть достигнутъ, кромѣ того, еще цессіей и договоромъ въ пользу третьяго лица. Къ этому послѣднему особенно приближается *delegatio*; различіе состоитъ однако въ томъ, что при *delegatio* нужно еще и согласіе кредитора на принятіе новаго должника и на освобожденіе первоначальнаго; объ этомъ кредиторъ долженъ прямо заявить; при

¹⁾ Глава IV, § 4.

договорѣ же въ пользу третьяго лица право требованія возникаетъ для кредитора само собою, и кредиторъ можетъ лишь отказаться отъ него.

3. **Перемѣна въ лицѣ кредитора.** Для перемѣны въ лицѣ кредитора, какъ мы уже видѣли, даже и Кодексомъ Наполеона допускается цессія, которая представляетъ изъ себя соглашеніе кредитора съ третьимъ лицомъ о передачѣ этому послѣднему права требованія. Должникъ въ этомъ соглашеніи не участвуетъ; ему только посылается извѣщеніе объ уже состоявшейся цессіи, т.-е. о передачѣ права требованія (*denuntiatio* по ст. 1690 К. Н., которой равносильно изъясненіе согласія и одобреніе цессіи со стороны самого должника). Новація же представляетъ собою, по Кодексу Наполеона, еще и второе средство для той же цѣли, т.-е. для перемѣны въ лицѣ кредитора. Но только здѣсь въ соглашеніи участвуетъ уже и должникъ. Кромѣ того, имѣютъ мѣсто еще слѣдующія различія. Во 1-хъ, не нужна *denuntiatio*, такъ какъ знаніе и одобреніе цессіи со стороны должника есть уже на лицо. Во 2-хъ, прекращаются всѣ акцессорныя принадлежности обязательства, такъ какъ здѣсь, при новаціи, обязательство прекращается совершенно, и на его мѣсто ставится новое, другое обязательство; дѣло не ограничивается однимъ лишь измѣненіемъ въ лицѣ кредитора. Такова новація, — эта вымирающая сдѣлка, — въ ея общихъ чертахъ и въ отдѣльныхъ ея видахъ, какъ она сохранилась, по преданію отъ римскаго права, въ Кодексѣ Наполеона.

Русскій законъ не знаетъ новаціи. Это для него — *contractus innominatus*. Но и запрещенія новаціи нѣтъ. Поэтому Сенатъ совершенно основательно считаетъ ее допустимой ¹⁾. Дѣло только въ томъ, что Сенатъ не

¹⁾ Рѣшенія 1868 г. № 723 и 1870 г. № 1122.

даетъ почти никакихъ правилъ для допускаемой имъ новации ¹⁾. Впрочемъ, правила эти врядъ ли могутъ быть иными, чѣмъ тѣ, которыя находятся въ Кодексѣ Наполеона.

Конечно, и въ области дѣйствія Свода законовъ такія сдѣлки, какъ цессія, переводъ долга и *in solutum datio*, весьма существенно ограничиваютъ область примѣненія новации ²⁾.

Что же касается, наконецъ, нашего Проекта, то онъ лишь мимоходомъ упоминаетъ о новации во 2-й части статьи 178 „Если по договору устанавливается взаимнъ прежняго новое обязательство, то въ случаѣ признанія такого договора недѣйствительнымъ восстанавливается сила прежняго обязательства”.

§ 4. Сложеніе или прощеніе долга.

Четвертымъ способомъ прекращенія обязательствъ является сложеніе долга ³⁾. Это—договоръ, по которому кредиторъ отказывается въ пользу должника отъ своего права требованія.

Итакъ, прежде всего, сложеніе долга есть договоръ. Въ самомъ дѣлѣ, если кредиторъ односторонне отказывается отъ своего права требованія, то онъ также односторонне въ любой моментъ сможетъ взять свой отказъ и обратно, а потому въ такомъ отказѣ нельзя видѣть способа прекращенія

¹⁾ Рѣшеніе 1870 г. № 1809 указываетъ на отпаденіе обезпеченія неустойкой при новации.

²⁾ Проф. Шершеневичъ, въ виду рѣшенія Сената 1880 г. № 256, говоритъ еще о принудительной или судебной новации, которая состоитъ въ томъ, что отношенія, послужившія предметомъ судебного спора, замѣняются новыми, вытекающими принудительно изъ судебного рѣшенія. Учебникъ рус. гр. пр., 1910, стр. 452. Это — напрасное расширеніе понятія новации.

³⁾ Въ римскомъ правѣ—*acceptilatio* и *pactum de non petendo*.

обязательства. Обязательство прекратится только тогда, когда должникъ приметъ, акцентируетъ отказъ кредитора; только при этомъ условіи право требованія не сможетъ снова возродиться въ рукахъ кредитора, и обязательство на самомъ дѣлѣ прекратится.

Кодексъ Наполеона явно считаетъ сложеніе долга договоромъ, такъ какъ въ ст. 1285 и 1287 неизмѣнно повторяются слова: „сложеніе долга или договорное освобожденіе отъ обязательства”. Особенно это подчеркиваетъ прибалтійскій Сводъ (ст. 3570); на той же точкѣ зрѣнія стоитъ и Общегерманское уложеніе (ст. 397).

Русскій же законъ выражается такъ, что можно предположить, будто бы здѣсь имѣетъ мѣсто одностороннее волеизъявленіе. Именно, ст. 1547 1 ч. Х т. говоритъ такъ: „Если сторона, имѣющая по договору право требовать исполненія, отступится добровольно отъ своего права въ цѣломъ договорѣ или въ части, тогда дѣйствіе договора въ цѣломъ его составѣ или части прекращается”. Однако Сенатъ въ рѣшеніи 1880 г. № 196 вполне основательно утверждаетъ, что обязательство только тогда окончательно прекращается, когда имѣетъ мѣсто взаимное соглашеніе обѣихъ сторонъ ¹⁾.

Въ виду изложеннаго не можетъ быть признана удачной редакція ст. 179 нашего Проекта: „Вѣритель въ правѣ отказаться, вполне или въ части, отъ принадлежащаго ему требованія”. Здѣсь отмѣчено то, что разумѣется само собою (право распоряжаться своимъ имуществомъ), и не сдѣлано указанія на то, что заслуживаетъ быть отмѣченнымъ (договорная природа сложенія долга).

¹⁾ Ср. однако рѣшеніе Сената 1870 г. № 1809, а также и не вполне опредѣленные выраженія ст. 140 Швейцарскаго закона объ обязательствахъ. Анненковъ опредѣленно высказывается за односторонній характеръ сложенія долга, Система, III, стр. 452. Ср. Русское гражданское право проф. Гуляева, № 393.

Послѣднее особенно ярко выступаетъ при сопоставленіи разсматриваемой статьи съ предыдущей, 178-ой, статьей, надъ которой поставлено заглавіе: „Отмѣна обязательства по соглашенію сторонъ“. Получается такое впечатлѣніе, какъ будто сложеніе долга есть одностороннее волеизъявленіе, которое прекращаетъ обязательство собственной силой, такъ что соглашеніе для этого не нужно. Но этого Проектъ въ дѣйствительности не предполагаетъ, такъ какъ одностороннія волеизъявленія онъ признаетъ лишь въ видѣ „публичнаго обѣщанія награды“ (ст. 1148 и слѣд.).

Далѣе, сложеніе долга—само по себѣ, въ видѣ изолированномъ—есть сдѣлка безвозмездная: все дѣло состоитъ здѣсь въ томъ, что кредиторъ обязывается передъ должникомъ считать долгъ погашеннымъ и не предъявлять по нему никакихъ требованій. Это—особая форма даренія. А потому сюда относятся и всѣ тѣ правила, которыя установлены для дареній (отмѣна дареній, зачетъ ихъ въ наслѣдственную массу и т. п.)¹⁾. Одно только исключается Кодексомъ Наполеона: онъ не требуетъ для сложенія долга той формы, которая установлена имъ для сдѣлокъ даренія.

Однако ничто не мѣшаетъ включить сложеніе долга составнымъ элементомъ въ какое-нибудь болѣе сложное отношеніе. Такова, напр., по Кодексу Наполеона, разсмотрѣнная выше новация при измѣненіи въ личности должника посредствомъ делегаціи. Первоначальный должникъ вступаетъ въ соглашеніе съ третьимъ лицомъ относительно принятія на себя этимъ послѣднимъ его, первоначальнаго должника, обязательства передъ кредиторомъ; для новации этого не достаточно; нужно еще, чтобы кредиторъ, принявши новаго должника, сложилъ долгъ съ своего прежняго де-

битора. Вотъ это сложеніе долга дѣлается уже не безвозмездно, а въ обмѣнъ на новое обязательство съ новымъ должникомъ. Въ такихъ случаяхъ правила о дареніяхъ, конечно, имѣть примѣненія не могутъ.

Затѣмъ область примѣненія сложенія долга распространяется, прежде всего, на обязательства одностороннія. Таково, въ частности, обязательство по займу. Кромѣ того, сюда же могутъ быть отнесены и обязательства двустороннія. Но здѣсь наступаютъ отношенія различныя въ зависимости отъ того, въ какой фазѣ этихъ обязательствъ происходитъ сложеніе долга. Представимъ себѣ сначала, что одна изъ сторонъ уже исполнила свою обязанность; неисполнившей является только другая сторона. Напр., продавецъ уже передалъ вещь покупщику, а покупщикъ еще цѣны не уплатилъ. Эта послѣдняя обязанность и можетъ быть погашена сложеніемъ долга, и это сложеніе представляетъ изъ себя сдѣлку опять дарственную. Спрашивается при этомъ: что здѣсь подарено покупщику,—вещь или денежная сумма? Конечно, послѣдняя, потому что именно къ ней относится сложеніе долга. А потому надо признать, что по отношенію къ вещи здѣсь имѣетъ мѣсто купля-продажа, а не дареніе. Возьмемъ теперь другую фазу: ни одна изъ сторонъ еще не исполнила своей обязанности; напр., продавецъ не передалъ вещи, а покупщикъ не уплатилъ цѣны. Допустимъ, что при такихъ обстоятельствахъ продавецъ, подтверждая свою обязанность передать вещь, слагаетъ съ покупщика его долгъ, отказывается отъ этого своего требованія. Это тоже дарственный актъ, но на этотъ разъ объектомъ даренія служитъ вещь. Здѣсь въ формѣ и подъ видомъ сложенія долга происходитъ замѣна одной сдѣлки другою,—происходитъ новация или конверсія. Существенными принадлежностями купли-продажи являются предметъ и цѣна; если цѣну устранить,

¹⁾ Ст. 3573 прибалтійскаго Свода.

то купля-продажа превратится въ дареніе¹⁾: предметъ передается безвозмездно. О прощеніи денежнаго долга здѣсь нельзя говорить потому, что до передачи вещи (какъ это имѣется въ виду въ разбираемомъ примѣрѣ) продавецъ пока еще не имѣлъ и права требовать его уплаты. Такое или иное рѣшеніе этихъ вопросовъ не безразлично въ тѣхъ, напр., случаяхъ, когда продается родовое недвижимое имѣніе: продавать такіа имущества можно, а дарить нельзя.

Въ такомъ своемъ видѣ сложеніе долга слѣдующимъ образомъ ограничивается закономъ. Приведенная выше ст. 1547 1 ч. X т. Св. зак. въ концѣ говоритъ: „Но уступка эта не дѣйствительна, если она учинена во вредъ третьему лицу“. Такое же правило должно быть признано и для французскаго права. Между прочимъ, основаніемъ для него можетъ служить заключеніе а *major ad minus* въ виду ст. 1242 К. Н.: если даже платить свои долги нельзя во вредъ остальнымъ кредиторамъ, то тѣмъ болѣе воспрещаются въ подобныхъ случаяхъ даренія, и конечно,—не только въ ихъ чистомъ видѣ, но и въ видѣ сложенія долга, такъ какъ сущность тамъ и здѣсь одна и та же.

Такое же ограниченіе вводится и нашимъ Проектомъ. Ст. 179 говоритъ: „Отказъ отъ требованія, совершенный во вредъ третьему лицу, признается для него необязательнымъ“.

Форма сложенія долга совершенно свободна. Кодексъ Наполеона не только не предъявляетъ въ этомъ отношеніи никакихъ требованій, но даже устанавливаетъ особыя презумпціи, допуская этимъ косвенное или молчаливое сложеніе долга. Такъ, ст. 1282 постановляетъ: „Добровольное возвращеніе кредиторомъ должни-

¹⁾ Наименованіе сдѣлокъ безразлично: онѣ обсуждаются по существу содержащихся въ нихъ отношеній. Рѣшеніе Сената 1868 г. № 2.

ку подлиннаго частнаго акта служить доказательствомъ освобожденія отъ долга“. Здѣсь такимъ образомъ необходимы два условія: во 1-хъ, долговой документъ долженъ находиться въ рукахъ должника, и во 2-хъ, переходъ этого документа долженъ произойти добровольно, а не какъ-нибудь иначе, напр., не вслѣдствіе потери, кражи и т. п. Разъ оба эти условія на лицо, сложеніе долга уже считается доказаннымъ окончательно и неопровержимо. Другое дѣло, если въ руки должника попадаетъ только выпись изъ акта. Здѣсь возникаетъ только презумпція въ пользу уплаты, но доказываніе противнаго отнюдь не исключается для кредитора¹⁾. Возвращеніе же вещи, отданной въ закладъ, недостаточно даже и для одного лишь предположенія объ уплатѣ²⁾. Это и правильно: что кредиторъ, возвращая вещь, отказывается отъ обезпеченія по обязательству, это ясно; судить же о самомъ обязательствѣ по одному факту возвращенія залога нельзя. Такія же правила даетъ и ст. 3571 прибалтійскаго Свода. Она только не дѣлаетъ различія между главнымъ актомъ и выписью и, кромѣ того, не указываетъ, какую именно силу имѣетъ въ данномъ случаѣ презумпція. Изъ 1 ч. X т. Св. зак. сюда можно привлечь по аналогіи статью 2053, которая говоритъ собственно о доказываніи платежа, а не сложенія долга. По этой статьѣ, „наддранное заемное письмо“ въ рукахъ должника создаетъ презумпцію только *juris*, а не *juris et de jure*: доказываніе противнаго допускается.

По поводу всѣхъ этихъ презумпцій необходимо замѣтить, что онѣ очень рискованны и лишь на половину помогаютъ дѣлу. А именно, нахожденіе долгового документа въ рукахъ должника дѣйствительно создаетъ пред-

¹⁾ Ст. 1283 К. Н.

²⁾ Ст. 1286 К. Н.

положеніе вообще о прекращеніи обязательства; для сужденія же о способѣ этого прекращенія въ указанномъ фактѣ никакого матеріала нѣтъ: можетъ быть произведено и въ самомъ дѣлѣ сложеніе долга, но точно такъ же возможно, что обязательство прекращено дѣйствительной уплатой. А между тѣмъ свойства и послѣдствія даренія (въ видѣ сложенія долга) и платежа по обязательству весьма различны.

Гораздо требовательнѣе по отношенію къ формѣ нашъ Сенатъ: если прекращаемое обязательство выражено въ письменной формѣ, то и сложеніе долга также должно быть облечено въ такую же письменную форму¹⁾; если же соглашеніе о сложеніи долга состоялось внѣ суда, то оно во всякомъ случаѣ должно быть облечено въ письменную форму²⁾. Кроме того, Сенатъ совершенно основательно устраняетъ цѣлый рядъ презумпцій. Такъ, принятіе кредиторомъ части долга не можетъ служить признакомъ отреченія кредитора отъ остальной суммы долга³⁾; промедленіе съ предъявленіемъ иска также ничего не говоритъ объ отказѣ кредитора отъ своего требованія⁴⁾; предъявленіе иска не ко всѣмъ, а лишь къ нѣкоторымъ солидарнымъ должникамъ отнюдь не освобождаетъ остальных⁵⁾; отказъ одного изъ солидарныхъ кредиторовъ отъ права требованія не лишаетъ этого права остальных⁶⁾.

Наконецъ, по вопросу о дѣйствиіи сложенія долга Кодексъ Наполеона постановляетъ слѣдующее. Ст. 1285: „Сложеніе долга или договорное освобожденіе отъ обязательства, сдѣланное въ пользу одного изъ солидарныхъ

1) Рѣшеніе 1871 г. № 711.

2) Рѣшеніе 1874 г. № 137.

3) Рѣшенія 1872 г. № 588, 1875 г. № 254.

4) Рѣшеніе 1870 г. № 1431.

5) Рѣшенія 1880 г. № 50 и 1884 г. № 78.

6) Рѣшеніе 1873 г. № 1521.

содолжниковъ, освобождаетъ и остальныхъ, если только кредиторъ положительно не сохранилъ за собою правъ своихъ противъ сихъ послѣднихъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ кредиторъ можетъ требовать возврата долга лишь за вычетомъ части того должника, съ котораго онъ сложилъ долгъ”. Ст. 1287: „Сложеніе долга или договорное освобожденіе отъ обязательства, сдѣланное для главнаго должника, освобождаетъ и поручителей. Сложеніе долга съ поручителей не освобождаетъ главнаго должника. Сложеніе долга съ одного изъ поручителей не освобождаетъ другихъ”.

Эти положенія вытекаютъ изъ основныхъ началъ обязательственного права, а потому они должны быть приняты и для русскаго права. Надо исключить только дѣленіе обязательства на части (конецъ ст. 1285), какъ противорѣчащее самому понятію солидарности.

§ 5. Отмѣна обязательствъ соглашеніемъ сторонъ.

Это—пятый способъ прекращенія обязательствъ. Онъ стоитъ очень близко къ сейчасъ разсмотрѣнному сложенію долга: это тоже договоръ, которымъ слагаются обязанности. Но только здѣсь нѣтъ ни даренія, ни обмѣна; здѣсь—поставленіе сторонъ въ то прежнее положеніе, которое имѣло мѣсто передъ возникновеніемъ даннаго обязательства; это—*restitutio in integrum*¹⁾. Примѣняется этотъ способъ къ обязательствамъ только двустороннимъ²⁾ и при этомъ обыкновенно—въ то именно время, когда еще ни одна сторона не исполнила своей обязанности; это наиболѣе удобный моментъ для дѣйствительнаго возстановленія прежняго положенія:

1) Ср. рѣшеніе Сената 1876 г. № 519.

2) Это потому, что иначе будетъ имѣть мѣсто сложеніе долга, а не отмѣна обязательства.

здѣсь расчеты наиболѣе просты. Но нѣтъ ничего невозможнаго въ отмѣнѣ обязательства и послѣ исполненія той или другой стороной своей обязанности.

Кодексъ Наполеона въ ст. 1134, между прочимъ, говоритъ: „Они (т. е. договоры) могутъ быть отмѣнены не иначе, какъ по взаимному согласію сторонъ"... Ст. 1545 1 ч. X т. Св. зак. постановляетъ: „Договаривающіяся стороны могутъ уничтожить договоръ по обоюдному согласію во всякое время"... Полнѣе опредѣляется этотъ вопросъ прибалтійскимъ Сводомъ. Такъ, ст. 3574 говоритъ: „Договоръ, который еще не былъ исполненъ ни вполне, ни отчасти, отмѣною его уничтожается такъ, какъ бы онъ никогда не существовалъ". Ст. 3575: „Когда договоръ, вполне или отчасти уже исполненный, отмѣняется съ тѣмъ, чтобы исполненное было возвращено обратно, то изъ сего проистекаетъ новое требованіе".

Этотъ способъ прекращенія обязательствъ не можетъ нарушать тѣхъ правъ третьихъ лицъ, которыя устанавливаются во время существованія и дѣйствія обязательства. Это предусматривается въ ст. 3576 прибалтійскаго Свода: „Если въ силу отмѣняемаго договора были приобретены какія-либо права посторонними лицами, то права сіи не могутъ быть нарушены при отмѣнѣ упомянутого договора безъ согласія на то означенныхъ лицъ". Въ виду ст. 1547 1 ч. X т., это же положеніе должно быть принято и для русскаго права.

Признаетъ этотъ договорный способъ прекращенія обязательствъ, конечно, и нашъ Сенатъ и въ рѣшеніи 1868 г. № 390 требуетъ для него такой же письменной формы, въ какую облечено прекращаемое обязательство¹⁾; если же соглашеніе объ отмѣнѣ состоялось внѣ суда, то оно во всякомъ случаѣ должно быть облечено

¹⁾ См. и рѣшеніе Сената 1871 г. № 703.

чено въ письменную форму¹⁾; вообще отмѣна должна быть выражена положительно и доказана, такъ какъ иначе обязательство останется въ силѣ²⁾.

Очень кратко въ ст. 178 говоритъ объ отмѣнѣ обязательствъ и нашъ Проектъ: „Обязательства прекращаются отмѣною ихъ по обоюдному согласію вѣрителя и должника"³⁾.

§ 6. Зачетъ или компенсація.

Шестымъ способомъ прекращенія обязательствъ служитъ зачетъ или компенсація (compensatio).

Нерѣдко встрѣчаются случаи, когда между какими-нибудь двумя лицами устанавливается и два обязательства и именно такимъ образомъ, что по одному обязательству первое лицо должно второму, напр., известную сумму денегъ, а по другому обязательству, наоборотъ, второе лицо должно первому такую же или даже и иную сумму денегъ.

Собственно и строго говоря, каждое изъ этихъ двухъ лицъ должно самостоятельно и отдѣльно исполнить свою обязанность. Однако, при известныхъ условіяхъ, требовать двухъ взаимныхъ уплатъ было бы нецѣлесообразно: проще и экономнѣе зачесть одинъ долгъ за другой и считать оба погашенными; если же суммы обоихъ долговъ не одинаковы, то—произвести дѣйствительную уплату лишь въ той суммѣ, какая служитъ разностью между большимъ долгомъ и меньшимъ, и это—все съ тѣмъ же результатомъ: полного прекращенія обоихъ обязательствъ.

Такого рода прекращеніе происходитъ, по Кодексу

¹⁾ Рѣшеніе 1874 г. № 137.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1870 г. № 1691.

³⁾ Ср. ст. 140 Швейцарскаго закона объ обязательствахъ.

Наполеона „въ силу самаго закона, даже безъ вѣдома должниковъ”¹⁾), — легальная компенсація; кромѣ того, она можетъ совершаться на основаніи воли сторонъ, — договорная компенсація, или, наконецъ, по опредѣленію суда, — судебная компенсація. Въ сущности своей всѣ эти виды компенсаціи совершенно одинаковы; различна только инициатива ея примѣненія; различны и нѣкоторыя второстепенныя подробности, какъ это увидимъ ниже.

Разсмотримъ теперь тѣ условія, которыя необходимы, прежде всего, для законной компенсаціи.

Во 1-хъ, для зачета необходима однородность предметовъ или объектовъ обязательствъ. Напр., оба обязательства денежные или оба имѣютъ объектомъ пшеницу, сахаръ, чай, вино и т. п. одного и того же сорта²⁾.

При однородности предметовъ являются безразличными и источники происхожденія обязательствъ, и количественныя различія въ нихъ, и даже различіе въ мѣстѣ исполненія ихъ, но только въ послѣднемъ случаѣ контрагентъ, требующій зачета, долженъ принять на себя издержки по перемѣщенію вещи въ другое противъ назначеннаго мѣсто. Ст. 1296 К. Н.: „Когда два долга подлежатъ уплатѣ не въ одномъ и томъ же мѣстѣ, то можно защищаться зачетомъ не иначе, какъ съ удовлетвореніемъ разницы издержекъ перевода”³⁾.

Во 2-хъ, для примѣненія компенсаціи необходимо, чтобы зачитываемые долги были достовѣрно и точно и с ч и с л е н ы, — чтобы было вполне точно установлено,

¹⁾ Ст. 1290 К. Н.

²⁾ Ст. 1291 К. Н. Прибалтійскій Сводъ, ст. 3546. Общегерманское уложеніе, ст. 387. Швейцарскій союзн. законъ объ обязат., ст. 131. Наконецъ, такъ же это и по Проекту, ст. 168.

³⁾ См. еще ст. 1293 К. Н. То же самое постановляютъ прибалтійскій Сводъ, ст. 3547—3549, Общегерманское уложеніе, ст. 391, нашъ Проектъ, ст. 170 и 173.

сколько каждая сторона должна другой¹⁾. Иначе не возможенъ былъ бы и самый платежъ, а потому невозможна и компенсація, замѣняющая уплату.

Въ 3-хъ, для зачета необходима готовность и пригодность обязательства къ исполненію. Поэтому до наступленія срока или до исполненія суспензивнаго условія зачетъ не допускается. Только отсрочка, данная по снисхожденію, не мѣшаетъ зачету²⁾. Однако иногда и пригодныя для исполненія обязательства не подлежатъ зачету. Сюда относятся, во 1-хъ, требованія, на которыя наложенъ арестъ со стороны третьяго лица, во 2-хъ, — требованія между такими двумя лицами, изъ которыхъ одно впало въ несостоятельность. Въ обоихъ этихъ случаяхъ допущеніе зачета нарушало бы интересы третьихъ лицъ³⁾.

Въ 4-хъ, для зачета необходима взаимность требованій по обязательствамъ: нельзя зачитывать чужихъ долговъ. Ст. 1289 К. Н. говоритъ: „Когда два лица взаимно другъ другу должны, тогда происходитъ зачетъ, погашающій оба долга”⁴⁾... Поэтому чей-либо представитель при своихъ личныхъ расчетахъ не можетъ привлекать къ зачету обязательствъ, принадлежащихъ представляемому; солидарный должникъ не можетъ ссылаться на зачетъ того, что кредиторъ долженъ его содолж-

¹⁾ Прямо этого требуетъ только Кодексъ Наполеона въ ст. 1291. См. и рѣшеніе Сената 1897 г. № 48. Во всякомъ случаѣ это требованіе само собою вытекаетъ изъ существа дѣла.

²⁾ Ст. 1291 и 1292 К. Н. Такъ и прибалтійскій Сводъ, ст. 3553, 3554, и Проектъ, ст. 168. Наконецъ, то же самое подтверждаетъ и Сенатъ въ рѣшеніяхъ 1888 г. № 14 и 1897 г. № 48.

³⁾ Ст. 1298 К. Н. Ст. 636 Устава граждан. судопроизводства. Рѣшеніе Сената 1893 г. № 81. См. также и рѣшеніе 1888 г. № 14. Общегерманское уложеніе, ст. 392. Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 133; ср. и ст. 136. Проектъ, ст. 174.

⁴⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 3557. Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 135. Проектъ, ст. 176.

нику¹⁾. Если же тѣмъ не менѣе законъ позволяетъ поручителю ссылаться на зачетъ того, что кредиторъ долженъ главному должнику²⁾, то это не устраняетъ указаннаго правила и не противорѣчитъ ему, такъ какъ поручитель собственными средствами долженъ отвѣчать за возможную неисправность главнаго должника, и потому требованія этого послѣдняго не являются чужими для поручителя. Обратнаго же отношенія нѣтъ: обязательства поручителя совсѣмъ чужія для главнаго должника, и потому ст. 1294 п. 2 К. Н. постановляетъ: „Но главный должникъ не можетъ ссылаться на зачетъ того, что кредиторъ долженъ поручителю”³⁾.

Если всѣ перечисленные условія, на лицо, то компенсация, по общему правилу, вполне допустима.

Однако есть и такія отношенія, которыя, даже и при наличности всѣхъ указанныхъ условій, не допускаютъ зачета. Конечно, это можетъ имѣть мѣсто лишь тогда, когда самъ законъ это предписываетъ. Кодексъ Наполеона и даетъ такое предписание въ ст. 1293: „Зачетъ имѣетъ мѣсто, каковы бы ни были основанія зачитываемыхъ долговъ, за исключеніемъ слѣдующихъ случаевъ: 1) въ случаѣ иска о возвращеніи вещи, которой собственникъ былъ неправильно лишенъ; 2) когда искъ имѣетъ предметомъ возвращеніе вещи, отданной въ поклажу или въ ссуду; 3) когда предметъ долга представляютъ средства содержанія (aliments), объявленные подлежащими аресту”.

Что касается собственника, депонента и коммоданта, то законъ, устраняя зачетъ, ставитъ такимъ образомъ ихъ требованія выше требованій ихъ противниковъ, отдаетъ имъ предпочтеніе. Однако и безъ такого постано-

¹⁾ Ст. 1294 К. Н.

²⁾ Ст. 1294 К. Н. Такъ же это и по Швейцарскому закону объ обязат., ст. 134.

³⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 3558.

вленія закона компенсация здѣсь почти никогда не могла бы быть произведена изъ-за непригодности объекта: здѣсь фигурируютъ *res in specie*, а для компенсации пригодны только *res in genere*¹⁾.

Совсѣмъ иное значеніе имѣетъ охрана алиментовъ: это—денежныя суммы, и производить зачеты очень легко. Но вотъ, Кодексъ Наполеона исключаетъ ихъ изъ числа годныхъ къ зачету объектовъ, желая тѣмъ самымъ сохранить за соотвѣтственными лицами тотъ минимумъ средствъ, который необходимъ для существованія и имѣетъ свое особое значеніе и происхожденіе. Такимъ же образомъ охраняются алименты Швейцарскимъ закономъ объ обязат. (ст. 132 п. 2) и нашимъ Проектомъ (ст. 175).

Особыя ограниченія зачета предусматриваются статьей 3556 прибалтійскаго Свода: „Зачетъ, сверхъ того, не можетъ быть предъявляемъ: 1) противъ требуемыхъ казною или городскою кассою общественныхъ податей и повинностей; 2) противъ требуемой казною покупной платы за проданныя вещи; 3) противъ такихъ требованій городскихъ общинъ, которыя основаны на займѣ или отказахъ, или имѣютъ предметомъ исполненіе чего-либо на заранѣе опредѣленные общественныя надобности”²⁾.

Затѣмъ, нашимъ Проектомъ предполагается ко введенію новое ограниченіе зачета. По ст. 175, требованія вознагражденія за вредъ, причиненный умышленнымъ недозволеннымъ дѣйствіемъ, не должны подле-

¹⁾ Тѣмъ не менѣе такое же ограниченіе, подъ вліяніемъ римскаго права, устанавливаетъ и прибалтійскій Сводъ (ст. 3555). Имѣетъ оно мѣсто и въ Швейцарскомъ законѣ объ обязат. (ст. 132 п. 1). Въ нашемъ же Проектѣ этого ограниченія уже нѣтъ.

²⁾ Подобныя ограниченія имѣютъ мѣсто во Франціи: см. Плянйоль, Курсъ, ч. 1, № 584. То же и въ Швейцаріи: законъ объ обязат., ст. 132 п. 3. То же и въ Германіи: уложеніе, ст. 395. Нашему Проекту они неизвѣстны.

жать зачету по требованію противной стороны ¹⁾. Это отрицательное отношеніе къ деликтамъ заслуживаетъ полного одобренія.

Наконецъ, не допускаютъ зачета обязательства натуральныя; это потому, что компенсация представляетъ изъ себя въ концѣ-концовъ сокращенный платежъ и при томъ—платежъ принудительный, между тѣмъ какъ по обязательствамъ натуральнымъ требовать уплаты нельзя: она, по ст. 1235 К. Н., можетъ быть произведена только добровольно ²⁾. Само собою разумѣется, что не подлежатъ зачету и обязательства недѣйствительныя: нечего зачитывать.

За исключеніемъ указанныхъ случаевъ, зачетъ, какъ уже отмѣчено выше, допускается всякій разъ, когда имѣются на лицо необходимыя для него условія.

Каково же дѣйствіе зачета? Кодексъ Наполеона въ ст. 1290 такъ отвѣчаетъ на поставленный вопросъ: „оба долга взаимно погашаются въ моментъ одновременнаго ихъ существованія и въ томъ размѣрѣ, въ какомъ они покрываютъ другъ друга”.

Итакъ, зачетъ прекращаетъ обязательства, и это его дѣйствіе имѣетъ обратную силу: прекращеніе обязательствъ относится къ тому моменту, когда наступаютъ нужныя для зачета условія ³⁾, а потому съ того же самаго момента прекращается теченіе процентовъ, съ того же момента не можетъ уже наступить просрочка: обязательства больше нѣтъ. Только въ случаѣ количественнаго неравенства зачитыва-

¹⁾ Такъ же это по Общегерманскому уложенію, ст. 393.

²⁾ См. выше, стр. 26, 27.

³⁾ Поэтому, если долги признаются подлежащими удовлетворенію судомъ, то и въ такомъ случаѣ компенсация относится не къ моменту постановленія судебнаго рѣшенія или вступленія его въ законную силу, а къ моменту наступленія нужныхъ для зачета условій. Рѣшеніе Сената 1897 г. № 48.

емыхъ долговъ продолжить свое существованіе тотъ изъ нихъ, который больше, да и то лишь въ той части, которая представляетъ изъ себя разность между двумя суммами. А съ прекращеніемъ главныхъ обязательствъ прекратятся съ того же времени и акцессорныя принадлежности ихъ ¹⁾.

При этомъ, если у двухъ данныхъ лицъ есть нѣсколько взаимныхъ и вообще пригодныхъ къ зачету долговъ, то компенсация примѣняется къ нимъ по такимъ самымъ правиламъ, по какимъ происходитъ описанное выше „зачисленіе платежей” при дѣйствительной уплатѣ ²⁾.

Во всемъ этомъ много сходства между отдѣльными кодексами. Но вотъ, отдѣльныя законодательства различно опредѣляютъ ближайшую причину компенсаци. Кодексъ Наполеона, какъ уже указано, производитъ зачетъ „въ силу самаго закона, даже безъ вѣдома должниковъ” (ст. 1290).

Однако такая постановка дѣла совершенно неправильна: воспользоваться компенсацией есть право должника, а не обязанность; этимъ правомъ, въ виду его частнаго характера, должникъ можетъ и не пользоваться; навязывать это пользованіе нѣтъ никакого основанія, и тотъ же самый Кодексъ Наполеона не запрещаетъ отказываться отъ зачета.

Правильнѣе регулируетъ этотъ вопросъ Общегерманское уложеніе, по которому компенсация происходитъ на основаніи заявленія или требованія должника къ кредитору (ст. 388); при этомъ дѣйствіе зачета такъ

¹⁾ Такъ же это и по прибалтійскому Своду, ст. 3561, по Общегерманскому уложенію, ст. 389, по Швейцарскому закону объ обязат., ст. 129, 138, и по нашему Проекту, ст. 167, 170.

²⁾ Ст. 1297 К. Н. О зачисленіи говоритъ ст. 1253 и слѣд. К. Н. Прибалтійскій Сводъ, ст. 3564. Общегерманское уложеніе, ст. 396. Проектъ, ст. 171.]

же снабжается обратной силой (ст. 389)¹⁾. Такую же постановку этого дѣла принимаютъ и другія законодательства²⁾, и нашъ Проектъ (ст. 169).

Въ виду частнаго характера гражданскаго права и въ частности зачета, законъ не запрещаетъ отказываться отъ наступившей въ силу закона компенсаціи. Для этого должникъ обязанъ произвести дѣйствительную уплату по своему долгу; тогда возстановится и принадлежавшее ему требованіе къ кредитору. Однако же такой отказъ отъ зачета путемъ уплаты по своему долгу и возстановленіе требованія къ противнику не должны нарушать интересовъ другихъ кредиторовъ того же лица. Поэтому Кодексъ Наполеона не разрѣшаетъ отказавшемуся отъ зачета осуществлять во вредъ третьимъ лицамъ (другимъ кредиторамъ) привилегіи и ипотеки, установленныя для его требованія, „развѣ бы онъ, по уважительнымъ причинамъ, не зналъ о долговомъ требованіи, которое онъ могъ представить въ зачетъ своего долга” (ст. 1299). Пляніоль приводитъ такой примѣръ. Для должника открывается наслѣдство, въ составѣ котораго имѣется требованіе къ кредитору этого должника-наслѣдника, снабженное привилегіей. Въ силу самаго закона здѣсь, при наличности нужныхъ условій, происходитъ компенсація. Между тѣмъ должникъ-наслѣдникъ, по уважительнымъ причинамъ не знающій объ открытіи наслѣдства, производитъ дѣйствительную уплату по своему долгу. Вслѣдствіе этого полученное по наслѣдству требованіе къ кредитору возстановляется. Привилегія также возстановится, хотя это и будетъ вредить другимъ кредиторамъ получившаго дѣйствительную уплату кредитора³⁾.

¹⁾ Такого мнѣнія держится Пляніоль, Курсь, ч. I, № 587 и слѣд.

²⁾ Прибалтійскій Сводъ ст. 3559, 3560. Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 138.

³⁾ Пляніоль, Курсь, ч. I, № 591.

Кромѣ прямого отказа отъ зачета, Кодексомъ Наполеона допускается и отказъ косвенный, выражаемый одобреніемъ предпринимаемой кредиторомъ цессіи. Ст. 1295 говоритъ: „Должникъ, изъявившій положительное и безусловное согласіе на сдѣланную кредиторомъ передачу правъ своихъ третьему лицу, не можетъ защищаться противъ новаго пріобрѣтателя зачетомъ, на который онъ, до изъявленія согласія, могъ сослаться противъ прежняго кредитора”¹⁾.

Это все случаи односторонняго отказа отъ зачета. Сенатъ совершенно правильно допускаетъ отказъ и по взаимному соглашенію сторонъ и даже въ тѣхъ случаяхъ, когда зачетъ признанъ и уже произведенъ въ судебномъ рѣшеніи: стороны и здѣсь могутъ возстановить свои требованія²⁾.

Наконецъ, возможенъ отказъ отъ зачета и раньше наступленія нужныхъ для него условій. Это не выражено въ Кодексѣ Наполеона прямо, но въ то же время въ немъ нѣтъ и запрещенія такихъ отказовъ, какъ, напр., не разрѣшается отказываться отъ еще не наступившей давности. Швейцарскій же законъ объ обязат. прямо разрѣшаетъ напередъ отказываться отъ зачета, при чемъ такой отказъ предполагается во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ, зная, что ему принадлежитъ встрѣчное требованіе, общаетъ тѣмъ не менѣе произвести дѣйствительную уплату наличными деньгами (ст. 139).

¹⁾ Если же одобреніе цессіи не имѣло мѣста, а примѣнена была денунціація, то зачетъ не примѣнимъ только къ тѣмъ долгамъ, которые возникли послѣ извѣщенія. Ст. 1295 п. 2 К. Н. Рѣшеніе Сената 1897 г. № 48.

²⁾ Рѣшеніе Сената 1893 г. № 17. Интересъ въ такомъ устраненіи зачета, какъ видно изъ того же рѣшенія Сената, можетъ представляться для третьяго лица, если одно изъ требованій обезпечено ипотекой: уплативши по этому чужому для него долгу, третье лицо занимаетъ по договорной суброгаціи (ст. 1250 п. 1 К. Н.) выгодное ипотечное мѣсто.

Нашъ Проектъ совсѣмъ ничего не постановляетъ по вопросу объ отказѣ отъ компенсаціи.

Такова компенсація легальная или вѣрнѣе— компенсація по одностороннему требованію должника.

Обратимся теперь къ рассмотрѣнію компенсаціи договорной.

Эта послѣдняя происходитъ, какъ видно и изъ ея названія, на основаніи взаимнаго соглашенія сторонъ. Смыслъ ея признанія и допущенія заключается въ томъ, что бываютъ случаи, когда два взаимныхъ требованія не вполне удовлетворяютъ условіямъ зачета, особенно въ виду неполной однородности объекта, а между тѣмъ стороны желаютъ упростить свои отношенія именно путемъ зачета одного требованія за другое. Уступая этой потребности, законъ и допускаетъ зачетъ, опираясь на обоюдное согласіе заинтересованныхъ лицъ. Такъ, Кодексъ Наполеона въ п. 2. ст. 1291 предусматриваетъ зачетъ зернового хлѣба и жизненныхъ припасовъ,—стоимость которыхъ опредѣляется рыночными цѣнами,—съ долгами денежными.

Соглашеніе о компенсаціи, какъ и вообще всякій договоръ, получаетъ силу и дѣйствіе только лишь съ момента своего заключенія; ни о какой обратной силѣ здѣсь рѣчи быть не можетъ, да и самыя условія для зачета возникаютъ или дѣлаются пригодными только съ момента признанія ихъ таковыми въ соглашеніи сторонъ.

Третьимъ видомъ компенсаціи является компенсація судебная.

Здѣсь также имѣются въ виду случаи, когда нѣтъ всѣхъ условій, необходимыхъ для зачета (напр., одно изъ требованій еще не исчислено), но въ то же время нѣтъ и добровольнаго согласія сторонъ на та-

кое упрощеніе взаимныхъ расчетовъ, такъ что все дѣло въ видѣ главнаго иска и иска встрѣчнаго уже находится въ судѣ. Судъ, произведя необходимое для рѣшенія дѣла исчисленіе, можетъ въ то же самое время и зачесть одно требованіе за другое. Но, конечно, это можетъ быть сдѣлано только по требованію одной изъ сторонъ, такъ какъ иначе былъ бы нарушенъ принципъ состязательности въ гражданскомъ процессѣ¹⁾. Обратной силы не можетъ быть, конечно, и здѣсь.

Наконецъ, что касается русскаго права, то никакой легальной компенсаціи, въ смыслѣ Кодекса Наполеона, въ немъ нѣтъ. Русскій законъ знаетъ лишь компенсацію по одностороннему требованію должника, защищающагося противъ претензій, предъявляемыхъ къ нему кредиторомъ²⁾. Къ сожалѣнію, въ русскомъ законодательствѣ нѣтъ общихъ правилъ о зачетѣ, какъ способѣ прекращенія обязательствъ; упоминается о немъ лишь въ отдѣльныхъ частныхъ случаяхъ. Такъ, ст. 1166 Устава граждан. судопроизводства постановляетъ: „Купившій имѣніе можетъ, вмѣсто наличныхъ денегъ, внести въ счетъ покупной суммы тѣ взысканія, которыя были обращены на проданное имѣніе”³⁾. Если же вырученной продажей суммы не хватаетъ для полного удовлетворенія всѣхъ кредиторовъ, то и покупщику совершенно правильно разрѣшается зачесть только ту часть суммы, которая причитается ему по расчету⁴⁾.

¹⁾ На это совершенно правильно указываетъ проф. Шершеневичъ, Учебникъ рус. гражд. права, 1910, стр. 456. Планиоль обходитъ этотъ вопросъ молчаніемъ.

²⁾ Сенатъ подчеркиваетъ именно эту односторонность дѣйствій должника и указываетъ, что никакого заявленія кредитору о зачетѣ и его согласія не нужно. Рѣшеніе 1908 г. № 107. Такъ и г. Анненковъ, Система, III, стр. 455. См. однако рѣшеніе 1907 г. № 6, въ которомъ имѣется выраженіе: „зачетъ въ силу самаго закона”.

³⁾ Сюда относится рѣшеніе Сената 1889 г. № 46.

⁴⁾ Ст. 1167 Устава граждан. судопроизводства. О производствѣ этого расчета см. рѣшеніе Сената 1889 г. № 31. Во всякомъ случаѣ кре-

Но это такъ только относительно обязательственныхъ требованій; если же покупатель представляетъ закладную, то она принимается въ полной своей суммѣ и даже съ процентами ¹⁾. По мнѣнію Сената, нѣтъ основанія при этомъ требовать, чтобы закладной уже наступилъ срокъ, и чтобы по ней уже состоялось рѣшеніе о взысканіи: къ зачету можетъ быть принята и не предъявленная ко взысканію закладная ²⁾.

Такія постановленія даетъ болѣе новый законъ—Уставъ гражданскаго судопроизводства. Что же касается Устава судопроизводства торговаго, то въ немъ содержится одно явно несправедливое правило, относящееся къ зачетамъ при несостоятельности. Именно, по ст. 494 „Когда одно и то же лицо представляетъ заимодавца и должника, тогда замѣнъ долга искомъ допускается сполна, сумма противъ суммы“. Какъ показано выше, всѣ законодательства допускаютъ здѣсь зачетъ только по соразмѣрности. Очевидно, въ этомъ послѣднемъ смыслѣ склоненъ допускать зачетъ и Уставъ гражданскаго судопроизводства, проводя послѣдовательно свою ст. 1167 ³⁾.

Наконецъ, по ст. 100 Устава о Промышленности, допускается зачетъ при расплатѣ фабрикантовъ съ рабочими, но лишь по такимъ долгамъ послѣднихъ, которые возникли по продовольствію рабочихъ и по снабженію ихъ необходимыми предметами потребленія изъ фабричныхъ лавокъ.

Итакъ, во всякомъ случаѣ можно сказать, что самая идея компенсаціи вполне извѣстна русскому закону, и

диторы должны предъявить свои требованія своевременно. Рѣшеніе Сената 1878 г. № 171. Но см. и рѣшеніе 1899 г. № 63.

¹⁾ Ст. 1168 Устава граждан. судопроизводства.

²⁾ Рѣшенія Сената 1908 г. № 34 и 1910 г. № 21.

³⁾ Вообще о зачетѣ при несостоятельности см. рѣшенія Сената 1885 г. № 114 и 1893 г. № 81.

что въ дѣйствительной жизни зачетъ несомнѣнно примѣняется, а судебной практикой онъ вполне признается ¹⁾. Не достаетъ только руководящихъ правилъ для его примѣненія. И съ этой стороны опять кое-что даетъ Сенатъ. Такъ, рѣшеніе 1908 г. № 107 требуетъ взаимности ²⁾, однородности и безспорности зачитываемыхъ требованій. Наконецъ, изъ этого же рѣшенія можно усмотрѣть, что Сенатъ призналъ бы дѣйствительной и договорную компенсацію ³⁾, а рѣшеніе 1909 г. № 37 имѣетъ въ виду компенсацію судебную, требуя совмѣстнаго разсмотрѣнія встречнаго иска съ главнымъ ⁴⁾.

§ 7. Confusio или сліянiе.

Выше не разъ отмѣчалось, что существуетъ особая группа обязательствъ двустороннихъ, въ которыхъ каждая сторона является въ одно и то же время и кредиторомъ, и дебиторомъ ⁵⁾. При этомъ однако имѣлись въ виду такія отношенія, при которыхъ какъ права, такъ и обязанности каждой стороны различны по своему содержанію; напр., при куплѣ-продажѣ одна сторона имѣетъ право требовать передачи вещи, а другая сторона—уплаты цѣны. Кромѣ того, тамъ всегда и необходимо предполагается наличность именно

¹⁾ Упомянутое о немъ имѣется уже въ рѣшеніи Сената 1870 г. № 496.

²⁾ Взаимность необходима и по рѣшенію 1907 г. № 6. Это иначе и быть не можетъ.

³⁾ Ср. Систему г. Анненкова, т. III, стр. 456.

⁴⁾ См. и рѣшеніе 1886 г. № 1. Для остзейскаго права рѣшеніе 1898 г. № 89 говоритъ, „что возможно домогаться зачета судебныхъ издержекъ путемъ простого возраженія на судѣ,—что не требуется для этого предъявленія встречнаго иска и что такое возраженіе возможно и послѣ пропуска срока на предъявленіе иска о судебныхъ издержкахъ“.

⁵⁾ Специально объ этомъ—стр. 100 и слѣд.

двухъ сторонъ, между которыми и распределяются права и обязанности и именно такимъ образомъ, что содержание права одной стороны составляетъ содержание обязанностей другой стороны и наоборотъ; такъ, напр., передача вещи при куплѣ-продажѣ является для продавца обязанностью, а для покупателя — правомъ; такъ же это и съ уплатой цѣны.

Подъ видомъ же *confusio* или сліянія, какъ способъ прекращенія обязательствъ, разумѣется такая комбинація обязательственныхъ отношеній, при которой то же на одной и той же сторонѣ сосредоточиваются роли какъ должника, такъ и вѣрителя; но, во 1-хъ, здѣсь оказывается всего только одна сторона, а не двѣ, какъ это нужно для каждаго обязательственного отношенія, и во 2-хъ, содержание правъ этой единственной стороны вполне совпадаетъ съ содержаниемъ ея же обязанностей. Напр., Иванъ долженъ Петру 100 рублей; Петръ умираетъ, и Иванъ наследуетъ ему во всемъ его имуществѣ, становится универсальнымъ преемникомъ въ правахъ и обязанностяхъ; благодаря этому должникъ-Иванъ оказывается въ то же время и кредиторомъ вмѣсто Петра и при томъ — по одному и тому же долгу: при наличности этого своего долга, онъ, Иванъ, получаетъ право требовать отъ себя же самого уплаты указанныхъ ста рублей. Или другой примѣръ съ двустороннимъ обязательствомъ: Иванъ покупаетъ у Петра какую-нибудь вещь; передъ исполненіемъ этой сдѣлки Петръ умираетъ, и Иванъ становится единственнымъ наследникомъ его. При жизни Петра Иванъ имѣлъ право требовать передачи вещи; теперь онъ же самъ и обязанъ совершить эту передачу; кромѣ того, тогда онъ былъ обязанъ уплатить цѣну вещи; теперь онъ же самъ имѣетъ право требовать этой уплаты.

Именно такое сліяніе функцій кредитора и дебитора въ одномъ и томъ же лицѣ имѣетъ своимъ дѣй-

ствіемъ прекращеніе обязательства, такъ какъ не только двустороннія, но и вообще всякія обязательства всегда и непремѣнно предполагаютъ наличность двухъ сторонъ: безъ этого условія обязательство существовать не можетъ.

Этотъ способъ прекращенія обязательствъ былъ извѣстенъ римскому праву; знаютъ его и всѣ новѣйшія законодательства, и практика нашего Сената, ибо его нельзя не знать: онъ самъ собою вытекаетъ изъ самой сущности обязательственныхъ отношеній¹⁾.

Такъ, Кодексъ Наполеона въ ст. 1300 говоритъ: „Когда качества кредитора и должника соединяются въ одномъ и томъ же лицѣ, то по закону происходитъ совпаденіе, которое погашаетъ долгъ и претензію”²⁾.

1 ч. X т. Св. зак. говоритъ объ этомъ же, но не въ видѣ общаго правила, а по одному частному случаю изъ области наследственныхъ отношеній. Именно, ст. 1260 постановляетъ: „Ежели одинъ изъ сыновей отдалъ отцу на сохраненіе свои деньги или другое движимое имущество, а отецъ умеръ, не отдавъ ихъ, то другіе сыновья должны, до раздѣла въ отцовскомъ имѣніи, тотъ долгъ отцовскій уплатить брату, радѣливъ оный между собою, въ томъ числѣ и съ нимъ, на равныя части. То же правило относится и къ имуществу, ввѣренному сыновьями матери”. Такимъ образомъ требованіе сына-депонента погашается путемъ *confusio* и пропорціонально его наследственной³⁾ долѣ³⁾.

Эта казуистическая статья подлежитъ распространенію и обобщенію, что и сдѣлано Сенатомъ въ рѣшеніи 1869 г. № 1292, а теперь то же самое дѣлаетъ Проектъ

¹⁾ См. выше, стр. 4.

²⁾ Такъ же это и по прибалтійскому Своду, ст. 3565, и по Швейцарскому закону объ обязат., ст. 144.

³⁾ Частичное погашеніе предусматриваетъ и прибалтійскій Сводъ въ ст. 3566.

въ п. 1 статьи 177: „Если требованіе и обязательство, возникшія изъ одного и того же договора и вообще изъ одного и того же основанія, совпадаютъ въ одномъ лицѣ, то они прекращаются”.

Въ приведенной статьѣ Проекта въ качествѣ условія *confusio* совершенно основательно требуется единство основанія погашаемыхъ правъ и обязанностей. Въ самомъ дѣлѣ, если Иванъ унаслѣдуетъ отъ Петра право на извѣстную денежную сумму по займу и обязанность уплатить за квартиру, то никакого прекращенія этихъ обязательствъ, конечно, не произойдетъ; въ такихъ случаяхъ возможенъ лишь вопросъ о компенсаціи, которая всегда предполагаетъ два обязательства, а потому и два различныхъ основанія. Для *confusio* же достаточно одного обязательства, и необходимо единство основанія для погашаемыхъ правъ и обязанностей.

Далѣе, Кодексъ Наполеона слѣдующимъ образомъ опредѣляетъ объемъ дѣйствія *confusio*. Совпаденіе въ одномъ лицѣ ролей кредитора и главнаго должника прекращаетъ, по ст. 1301 К. Н., не только главный долгъ, но освобождаетъ и поручителей. Если же, наоборотъ, совпаденіе происходитъ въ лицѣ именно поручителя и кредитора, такъ что этотъ послѣдній и главный должникъ продолжаютъ оставаться двумя различными лицами, то и прекращается только поручительство, а главный долгъ остается въ своемъ прежнемъ положеніи (ст. 1301 К. Н.)¹⁾. Наконецъ, Кодексъ Наполеона предусматриваетъ и третій случай: если совпадаютъ роли кредитора и одного изъ солидарныхъ должниковъ, то обязательство тоже прекращается, но лишь въ соотвѣтственной долѣ (та же ст. 1301 п. 3). Здѣсь солидарность приближается къ до-

¹⁾ Такъ же эти вопросы рѣшаются и прибалтійскимъ Сводомъ (ст. 4548).

левой отвѣтственности. Въ обратномъ смыслѣ поставленный вопросъ рѣшается прибалтійскимъ Сводомъ въ ст. 3568: „Если обязанности должника перейдутъ на одного изъ сокредиторовъ (ст. 3332), или права кредитора на одного изъ содолжниковъ, то отъ сего положеніе прочихъ сокредиторовъ и содолжниковъ ни въ чемъ не измѣняется”. Слѣдовательно, при солидарности прекращеніе обязательства—и при томъ полное—можетъ наступить только тогда, когда всѣ сокредиторы вмѣстѣ наслѣдуютъ своему должнику, или когда всѣ содолжники наслѣдуютъ своему кредитору. Такъ это и по Общегерманскому уложенію (ст. 425). Однако все это рѣшенія шаблонныя, а взаимныя отношенія между солидарными должниками могутъ быть весьма различны (см. выше, стр. 75 и слѣд.). Это послѣднее обстоятельство и принимаетъ правильно во вниманіе Швейцарскій законъ объ обязат.: по ст. 166, остальные должники освобождаются лишь настолько, насколько для этого есть основанія въ ихъ взаимныхъ между собою отношеніяхъ. Проектъ въ ст. 189 слѣдуетъ Кодексу Наполеона.

Описанное дѣйствіе *confusio* проявляется, между прочимъ, въ слѣдующихъ отношеніяхъ. Всѣ тѣ требованія, которыя принадлежатъ наслѣдодателю противъ его наслѣдниковъ, и которыя при дѣйствительномъ наслѣдованіи погашаются путемъ *confusio*, должны считаться находящимися въ составѣ наслѣдственной массы; это важно при рѣшеніи вопроса о томъ, превысилъ или нѣтъ наслѣдодатель посредствомъ дареній и завѣщаній ту долю наслѣдства, которая подлежитъ свободному распоряженію наслѣдодателя (въ виду такъ наз. необходимаго наслѣдованія). Слѣдовательно, и наслѣдникъ, при показаніи суммы получаемого имъ наслѣдственного имущества, обязанъ присчитывать и тѣ свои требованія, которыя при дѣйствительномъ наступленіи наслѣдованія погашаются путемъ сліянія.

Все это потому, что прекращеніе указанныхъ требованій путемъ confusio наступаетъ позже, чѣмъ ихъ возникновеніе; слѣдовательно, они должны числиться въ составѣ каждой данной наслѣдственной массы ¹⁾).

Описанная выше confusio наступаетъ главнымъ образомъ при наслѣдованіи: кредиторъ наслѣдуетъ должнику, или должникъ наслѣдуетъ кредитору, или, наконецъ, третье лицо наслѣдуетъ кредитору и должнику вмѣстѣ; одновременно наслѣдованія въ послѣднемъ случаѣ, конечно, не нужно, но и confusio наступитъ лишь послѣ наслѣдованія обѣимъ сторонамъ.

Однако ограничивать примѣненіе confusio одной лишь областью наслѣдственныхъ отношеній нѣтъ никакого основанія. И въ частности Кодексъ Наполеона въ ст. 1300 выражается такъ широко, что не даетъ повода къ суженію этой области. Поэтому надо допустить возможность confusio и при сдѣлкахъ inter vivos: путемъ частнаго преемства. Напр., должникъ пріобрѣтаетъ отъ кредитора въ собственность то самое имущество, которое служитъ объектомъ именно даннаго обязательства. Таковы сдѣлки найма, ссуды, поклажи и т. п.: когда квартирантъ покупаетъ домъ, въ которомъ онъ живетъ, обязательство по найму прекращается такъ же, какъ это произошло бы и при полученіи этого дома въ наслѣдство.

Съ другой же стороны, даже и наслѣдованіе между кредиторомъ и должникомъ не всегда прекращаетъ ихъ взаимныя обязательства.

Во 1-хъ, такого прекращенія нѣтъ, — потому что нѣтъ и confusio, — когда наслѣдство принимается на инвентарномъ правѣ: обѣ имущественныя массы, — наслѣдодателя и наслѣдника, — остаются по-прежнему обо-

¹⁾ Плянйоль, Курсъ, ч. I, № 601.

собленными одна отъ другой; слиянія ихъ въ одну массу не происходитъ. Это относится только къ Кодексу Наполеона, такъ какъ 1 ч. X т. Св. зак. *beneficium inventarii* не знаетъ.

Во 2-хъ, не происходитъ слиянія, — и потому обязательства не прекращаются, — въ случаяхъ продаж и наслѣдства: оно проходитъ мимо наслѣдника, не соприкоснувшись съ нимъ. Кодексъ Наполеона въ ст. 1698 предусматриваетъ случай продажи наслѣдства только кредиторомъ и говоритъ такъ: „Пріобрѣтатель обязанъ, съ своей стороны, вознаградить продавца за всѣ произведенныя имъ уплаты по долгамъ и тягостямъ наслѣдства и удовлетворить всѣ права его какъ кредитора, если не было противнаго тому условія“. То же самое надо принять и для того случая, когда наслѣдство продается получившимъ его должникомъ ¹⁾).

§ 8. Гибель вещи.

Выше (стр. 12 и слѣд.) было уже указано, что для обязательствъ пригодны въ качествѣ объектовъ только такія дѣйствія, совершеніе которыхъ, между прочимъ, физически возможно. Тамъ же проводилось различіе между невозможностью субъективной и объективной, первоначальной и послѣдующей. При этомъ было установлено, что субъективная невозможность — какъ первоначальная, такъ и послѣдующая — не вліяетъ на самое существованіе обязательства: оно только измѣняется, превращаясь въ обязанность возмѣщенія убытковъ за неисполненіе. Невозможность же объективная — и при томъ первоначальная —

¹⁾ Таково правильное мнѣніе Лорана, *Cours élémentaire de droit civil*, t. III, p. 469. Плянйоль держится обратнаго взгляда. Курсъ, ч. I, № 602. Но не основательно: ст. 1698 К. Н. все-таки противъ него.

чальная — препятствует самому возникновению обязательств. И наконец, объективная невозможность послѣдующая производит прекращение уже существовавшего и вполне дѣйствительнаго обязательства.

Частнымъ случаемъ именно послѣдующей объективной невозможности и является гибель вещи, случившей дальнѣйшимъ или посредственнымъ объектомъ обязательства: когда передача обѣщанной вещи дѣлается невозможной, обязательство прекращается.

Прекращение это происходитъ въ слѣдующихъ границахъ и при слѣдующихъ условіяхъ, предусмотрѣнныхъ въ ст. 1302 К. Н.

Во 1-хъ, сказанное относится только къ вещамъ индивидуально опредѣленнымъ (*res in specie*), такъ какъ вещи генерическія, по общему правилу, не погибаютъ: *genus non perit*. Впрочемъ, таково только правило; ограниченный *genus* (100 пудовъ пшеницы изъ такого-то склада) погибнуть также можетъ; въ совершенно, правда, исключительныхъ случаяхъ погибаетъ даже и *genus* неограниченный; напр., запрещается вывозъ хлѣба за границу.

Во 2-хъ, гибель вещи должна быть понимаема широко; она можетъ проявляться трояко: вещь уничтожается матеріально; вещь изъемлется изъ оборота; вещь затеривается такъ, что „ничего не извѣстно о ея существованіи“. Сюда же надо отнести и такое измѣненіе вещи, при которомъ она становится непригодной для исполненія обязательства; это можетъ имѣть мѣсто и при частичной гибели вещи.

Въ 3-хъ, для прекращенія обязательства гибель вещи должна наступить случайно, безъ вины должника, и *onus probandi* по этому вопросу лежитъ, согласно общимъ правиламъ, на самомъ же должникѣ, такъ какъ для истца-кредитора совершенно достаточно доказать только свое право требованія, а уже дѣло долж-

ника-отвѣтчика доказывать наличность обстоятельствъ, освобождающихъ его отъ принятой имъ на себя обязанности.

Если же должникъ не докажетъ случайности гибели вещи, то обязательство не прекратится, а лишь измѣнится: должникъ обязанъ будетъ возмѣстить причиненные имъ убытки.

Къ виновности должника приравнивается и его состояніе въ просрочкѣ: здѣсь должникъ несетъ отвѣтственность даже за случайную гибель вещи. Одно только средство дается должнику освободиться въ этомъ послѣднемъ случаѣ отъ отвѣтственности: надо доказать, что вещь все-равно погибла бы и у кредитора, хотя бы она и была ему передана своевременно. Однако и кредиторъ, добиваясь несмотря на это возмѣщенія убытковъ, не лишенъ возможности доказывать, что онъ къ моменту гибели вещи имѣлъ въ виду и успѣлъ бы, напр., перепродать вещь третьему лицу, такъ что онъ самъ, не будь просрочки, никакого ущерба не понесъ бы.

Обо всемъ изложенномъ очень обстоятельно говоритъ ст. 1302 К. Н. слѣдующимъ образомъ: „Если извѣстная и точно опредѣленная вещь, составлявшая предметъ обязательства, погибла, или изъята изъ гражданскаго оборота, или затерялась такъ, что ничего не извѣстно о ея существованіи, то обязательство прекращается, буде вещь погибла или затерялась безъ вины должника и прежде, нежели онъ впалъ въ просрочку. Если бы должникъ и впалъ въ просрочку, но не принялъ на себя отвѣтственности за случайныя событія, обязательство прекращается тогда, когда вещь утратилась бы и въ рукахъ кредитора, если бы она ему была передана. Должникъ обязанъ доказать случайное событие, на которое онъ ссылается. Какимъ бы образомъ ни погибла или ни затерялась вещь похищенная, гибель ея не освобождаетъ похитившаго отъ обязанности возвратить ея цѣну“.

Въ концѣ здѣсь предусматривается случай, одной стороною своей относящійся къ вещному праву: похититель вещи не стоитъ въ обязательственномъ отношеніи къ собственнику; онъ отвѣчаетъ по виндикаціонному иску, какъ владѣющій - несобственникъ передъ не-владѣющимъ собственникомъ; это—область вещнаго права. Если же похищенная вещь погибаетъ—и при томъ безразлично, по какой причинѣ,—то лишь съ этого момента возникаетъ уже обязательственное требованіе о возмѣщеніи цѣны вещи взаменъ утратившагося права собственности. Этотъ случай къ прекращенію обязательствъ, собственно говоря, не относится.

Во всѣхъ же тѣхъ случаяхъ, когда обязательства дѣйствительно прекращаются вслѣдствіе гибели вещи, это проще и яснѣе всего сказывается въ обязательствахъ одностороннихъ: должникъ совершенно освобождается отъ обязательства, и кредиторъ теряетъ всѣ свои права и притязанія. Напр., у поклажепринимателя вещь, отданная въ поклажу, сгорѣла по случайнымъ причинамъ. Обязанность возвращенія вещи и право требовать вещь прекращаются. Рискъ и тяжесть гибели несетъ тотъ, кому вещь принадлежитъ; здѣсь примѣняется общее правило: *casum sentit dominus*. Это измѣняется только тогда, когда должникъ специальнымъ соглашеніемъ принялъ на себя отвѣтственность за случай (та же ст. 1302 К. Н.).

Въ обязательствахъ же двустороннихъ также примѣняется то же самое правило: *casum sentit dominus*, но проявляется оно различно въ зависимости отъ цѣли и содержанія различныхъ сдѣлокъ.

Если движимая вещь является объектомъ купли-продажи, мѣны или даренія, какъ сдѣлокъ переносящихъ право собственности уже въ моментъ соглашенія (такъ это по Кодексу Наполеона и по практикѣ нашего Сената; о русскомъ законѣ спорятъ), то слу-

чайная гибель вещи, конечно, освобождаетъ отчуждателя отъ всякихъ обязанностей и отъ отвѣтственности; пріобрѣтатель же, поскольку рѣчь идетъ о возмездномъ отчужденіи (купля-продажа и мѣна), отнюдь не освобождается отъ своей обязанности уплатить цѣну или вручить свою вещь въ обменъ за погибшую. Это потому, что въ моментъ гибели вещи собственникомъ ея былъ уже именно пріобрѣтатель, а *casum sentit dominus*¹⁾. Сдѣлка же даренія сводится въ такихъ случаяхъ къ нулю: даритель освобождается, какъ и продавецъ, а одаренный ничего не получаетъ, какъ и покупатель, но за то ни къ чему и не обязывается. Если же при этихъ самыхъ сдѣлкахъ вещь какъ-либо ускользаетъ изъ рукъ отчуждателя или погибаетъ по чужой винѣ, то отчуждатель, по ст. 1303 К. Н., долженъ уступить своему кредитору всѣ, какіе у него окажутся, права и иски о вознагражденіи по отношенію къ означенной вещи". Если, наконецъ, объектами въ указанныхъ сдѣлкахъ являются недвижимости, то рѣшающимъ моментомъ служитъ внесеніе „статей" въ ипотечный указатель²⁾ или утвержденіе акта старшимъ нотаріусомъ³⁾.

Теперь возьмемъ сдѣлки, не имѣющія своимъ содержаніемъ перехода права собственности, а направленные на предоставленіе лишь пользованія чужимъ имуществомъ. Такова, напр., сдѣлка найма. Здѣсь также *casum sentit dominus*. А наниматель? Онъ обязанъ уплатить за время только дѣйствительнаго пользованія вещью; съ момента же ея гибели онъ освобождается отъ всякихъ обязанностей.

Кодексъ Наполеона въ ст. 1722 говоритъ объ этомъ такъ: „Если въ продолженіи найма вещь, отданная въ

¹⁾ Ст. 1138, 1583, 1703, 1707 К. Н.

²⁾ Ипотечный Уставъ 1818 г., ст. 1, 5, 11.

³⁾ 1 ч. X т. Св. зак., ст. 1416.

наемъ, уничтожилась во всей ея цѣлости вслѣдствіе случайнаго событія, то договоръ найма прекращается самъ собою; если вещь уничтожилась только отчасти, то наниматель имѣетъ право, смотря по обстоятельствамъ, требовать или уменьшенія цѣны, или прекращенія договора. Въ обоихъ случаяхъ нельзя требовать вознагражденія за вредъ и убытки".

Сводъ законовъ въ 1 ч. X т. даетъ лишь казуистическія указанія по нашему вопросу. Такъ, ст. 2106 постановляетъ относительно поклажи слѣдующее: „О взятѣ на сохраненіе имуществъ, истребленномъ или пропавшемъ во время пожара, наводненія или иного несчастнаго случая, или же похищенномъ, принявшій оное обязанъ немедленно заявить прошеніемъ, и за симъ, если будетъ доказано, что истребленіе, пропажа или похищеніе сего имущества произошли не отъ какого-либо съ его стороны нерадѣнія, онъ освобождается отъ дальнѣйшей за то отвѣтственности. Если однакожъ вполнѣдствіи истецъ поймаетъ принимающаго съ чѣмъ-либо изъ своей поклажи, или найдетъ доказательства, что она имъ утаена, то отдавшему на сохраненіе поклажу предоставляется право отыскивать оную судомъ".

Сюда же можетъ быть отнесена и ст. 163 Устава Торговаго: „Договоръ товарищества общихъ хозяевъ судна прекращается, когда судно съ общаго согласія будетъ продано или разломано, или насиліемъ захвачено, или какимъ-либо случаемъ истребится".

Наконецъ, и ст. 216 Положенія о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ говоритъ: „Причины, освобождающія отъ всякой отвѣтственности и самаго исполненія договора, суть: 2) нечаянное захваченіе въ пути непріателемъ подряженныхъ вещей; 3) истребленіе поставляемыхъ вещей и припасовъ, назначаемое по военнымъ обстоятельствамъ или по зачумленію; ... 7) гибель груза, происшедшая отъ сильной бури, отъ мол-

ніи, или отъ другихъ причинъ, отъ воли Божіей зависящихъ".

Здѣсь нѣтъ общихъ постановленій, нѣтъ полной картины тѣхъ отношеній, которыя вызываются гибелью вещи; однако основныя пункты этого вопроса намѣчены и здѣсь (невозможность исполненія, значеніе случая и вины). При этомъ и для русскаго права нельзя не принять правило „casum sentit dominus" со всѣми его послѣдствіями.

Согласно съ изложенными правилами рѣшаетъ вопросъ о послѣдствіяхъ гибели отданной въ наемъ вещи и нашъ Сенатъ въ рѣшеніяхъ 1881 г. № 82 и 1910 г. № 29: обязательство собственно изъ найма прекращается, такъ какъ существенной его частью служитъ именно предоставленіе вещи, а ея уже нѣтъ; уплата должна быть произведена лишь за время дѣйствительнаго пользованія вещью; однако причина прекращенія пользованія должна быть объективной, а не субъективной; поэтому не только произвольное оставленіе квартиры до срока, но даже и служебный переходъ въ другой городъ не освобождаютъ отъ уплаты за все время найма; освобождаетъ такимъ образомъ только гибель вещи; при этомъ виновность той или другой стороны въ гибели вещи возлагаетъ обязанность возмѣщенія убытковъ: обязательство измѣняется; если же вещь погибаетъ по винѣ третьяго лица, то возникаетъ обязательство изъ деликта¹⁾.

Проектъ также посвящаетъ разбираемому вопросу цѣлый рядъ статей.

Сначала, въ ст. 137 и 138, даются общія положенія о невозможности исполненія, наступающей какъ случайно, такъ и по винѣ той или другой стороны.

¹⁾ См. и рѣшеніе Сената 1869 г. № 1191.

А затѣмъ, въ частности, относительно купли-продажи Проектъ совершенно послѣдовательно (въ противоположность римскому и остзейскому¹⁾ праву) связываетъ переходъ риска на покупателя съ переходомъ права собственности. Ст. 205 говоритъ: „При продажѣ движимаго имущества продавецъ несетъ страхъ за случайную гибель или случайное поврежденіе проданнаго имущества до передачи его покупщику²⁾. Страхъ за случайную гибель или случайное поврежденіе недвижимости переходитъ на покупателя со времени отмѣтки акта о продажѣ въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ”. Здѣсь такимъ образомъ строго и точно проводится правило: *casum sentit dominus*, и, слѣдовательно, если вещь дѣйствительно погибаетъ до передачи ея покупщику, то обязательство, при случайности этой гибели, прекращается во всемъ своемъ составѣ: покупщикъ, не получивши вещи, платить за нее не обязанъ.

Такъ же прекращается, по ст. 335 Проекта, и имущественный наемъ „въ случаѣ уничтоженія нанятаго имущества³⁾”. Но только Проектъ, въ отступленіе отъ практики Сената, вводитъ въ ст. 337 болѣе справедливое правило: „Лица, состоящія на государственной службѣ, въ случаѣ полученія новаго назначенія, сопряженнаго съ перемѣною мѣста жительства, въ правѣ, по надлежащемъ предвареніи (ст. 334), прекратить заключенные ими договоры о наймѣ жилыхъ помѣщеній и ранѣе опредѣленныхъ въ нихъ сроковъ”. Перемѣна мѣста

¹⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 799 и въ то же время—ст. 3863.

²⁾ Ст. 839 въ редакціи 1905 г.: „Право собственности на движимую вещь приобрѣтается, на основаніи заключеннаго между собственникомъ и приобрѣтателемъ договора, со времени передачи вещи приобрѣтателю”. Такъ же все это по Общегерманскому уложенію, ст. 929 сл. и 446.

³⁾ Общія правила о возмѣщеніи убытковъ дѣйствуютъ, конечно, и здѣсь.

службы считается объективнымъ препятствіемъ для осуществленія найма¹⁾.

§ 9. Смерть физическая и гражданская.

Выше (стр. 246 и слѣд.) объяснялось, кто и кому долженъ и можетъ произвести исполненіе по обязательству.

Такъ какъ громадное большинство обязательствъ имѣетъ исключительно имущественный характеръ и потому сохраненіе тождества сторонъ не является непремѣннымъ условіемъ ихъ существованія, то замѣна личности кредитора и должника—при цессіи, при наслѣдованіи—допускается свободно: обязательство продолжаетъ свое существованіе при новомъ личномъ составѣ точно такъ же, какъ оно существовало при прежнемъ²⁾.

Но есть и такія—сравнительно немногія—обязательства, которыя тѣснѣйшимъ образомъ связываются именно и только съ опредѣленными лицами, такъ что внѣ этихъ лицъ они даже утрачиваютъ самую возможность существованія.

Таковы по большей части личный наемъ, такыя отношенія изъ порученія или довѣренности, отношенія изъ товарищества; такыя и обязательства алиментарныя. Здѣсь цессія не допускается. Если же одна изъ сторонъ силою вещей выходитъ изъ обязательства, то оно вслѣдствіе этого и само прекращается.

¹⁾ Такъ же вопросъ этотъ рѣшается и Общегерманскимъ уложеніемъ, ст. 570.

²⁾ Ст. 1543 г. ч. X т. Св. зак. гласитъ: „Договоры о имуществѣ имѣютъ равное дѣйствіе какъ на обязавшееся лицо, такъ и на его наслѣдниковъ...”

Это послѣднее происходитъ при смерти физической, а также при лишеніи всѣхъ правъ состоянія¹⁾ и при поступленіи въ монашество.

Такъ какъ каждое обязательство предполагаетъ всегда и непремѣнно наличность двухъ сторонъ, то достаточно, чтобы указанные событія постигли хотя бы одну сторону.

Такъ, о личномъ наймѣ Кодексъ Наполеона въ ст. 1795 говоритъ: „Договоръ найма работъ прекращается смертью работника, архитектора или подрядчика“. То же самое постановляетъ и ст. 1544 1 ч. X т.: „Договоры о дѣйствіяхъ личныхъ, какъ-то: о наймѣ въ услуги и тому подобные почитаются обязательными единственно для лицъ, заключившихъ оныя, не распространяясь на ихъ потомство“. См. и ст. 2238.

По ст. 440 Проекта, въ случаѣ смерти нанявшагося, обязательство прекращается безусловно; смертью же нанимателя оно прекращается лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: „а) если предметомъ договора являлись услуги, оказываемыя исключительно или главнымъ образомъ лично нанимателю, и б) если договоръ былъ заключенъ на опредѣленный срокъ, истекающій болѣе, чѣмъ черезъ три мѣсяца послѣ смерти нанимателя, при чемъ продолженіе договора, по измѣнившимся обстоятельствамъ, оказывается обременительнымъ для наслѣдниковъ нанимателя. Въ семъ послѣднемъ случаѣ договоръ можетъ быть прекращенъ только послѣ предваренія о томъ нанявшагося за три мѣсяца“. Это послѣднее указаніе нельзя не привѣтствовать: оно отвѣчаетъ весьма серьезнымъ условіямъ и потребностямъ дѣйствительной жизни²⁾.

¹⁾ Ст. 1553 1 ч. X т. Св. зак.

²⁾ О прекращающемъ вліяніи смерти — ст. 4218 прибалтійскаго Свода и ст. 347 Швейцарскаго закона объ обязательствахъ.

Однако здѣсь прекращается только обязанность совершенія личныхъ дѣйствій; имущественная же сторона, — обязанность уплаты за прослуженное время, — остается въ силѣ, переходя на наслѣдниковъ „соразмѣрно полученному наслѣдству, когда они отъ онаго не отказались“¹⁾.

Затѣмъ и довѣренность, по ст. 2003 К. Н., прекращается „смертью естественною или гражданскою, законнымъ прещеніемъ, а также неоплатностью довѣрителя или повѣреннаго“. А ст. 2330 1 ч. X т. прибавляетъ сюда же и лишеніе однихъ только особенныхъ правъ и преимуществъ, и безвѣстное отсутствіе.

Все это воспроизводитъ и Проектъ въ ст. 584²⁾. Имущественная сторона обязательства не прекращается и при этой сдѣлкѣ³⁾.

Товарищество прекращается, по ст. 1865 К. Н., смертью физической, гражданской, подпаденіемъ подъ законное прещеніе и неоплатностью. Такое же дѣйствіе приписываетъ смерти одного изъ товарищей для русскаго права Сенатъ въ рѣшеніи 1890 г. № 94⁴⁾. Это повторяетъ и Проектъ (ст. 702⁵⁾).

То же самое надо сказать въ виду чисто и строго личного характера и объ обязательствахъ по уплатѣ алиментовъ или содержанія⁶⁾.

¹⁾ Ст. 1543 1 ч. X т. и рѣшенія Сената 1871 г. № 206 и 1873 г. № 188. Объ имущественной сторонѣ — прибалтійскій Сводъ, ст. 4218.

²⁾ Прибалтійскій Сводъ, ст. 4403. Общегерманское уложеніе, ст. 672, 673. Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 403.

³⁾ Рѣшеніе Сената 1873 г. № 188.

⁴⁾ Ст. 64 Устава Торговаго требуетъ указанія замѣстителя.

⁵⁾ Такъ же это по прибалтійскому Своду, ст. 4318, по Общегерманскому уложенію, ст. 727 (если не было обусловлено обратное). Въ этомъ же смыслѣ и Швейцарскій законъ объ обязат., ст. 545.

⁶⁾ Объ алиментахъ — ст. 106 и 172 1 ч. X т. Св. зак.

§ 10. Прочія основанія прекращенія обязательствъ.

I. Истечение срока. Обязательственныя отношенія, въ противоположность вещнымъ, срочны по самому существу своему. Обозначаются сроки различно: по календарю, по событіямъ, достиженіемъ цѣли, востребованіемъ. Продолжительность сроковъ не вполнѣ зависитъ отъ воли сторонъ; такъ, законъ самъ опредѣляетъ максимальные сроки для личнаго найма, для аренды недвижимостей.

Во всякомъ случаѣ наступленіе конечнаго момента прекращаетъ обязательство¹⁾.

II. Исполненіе резолютивнаго условія. Дѣйствіе и существованіе обязательства можетъ быть самими сторонами поставлено въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія въ будущемъ того или другаго событія, обстоятельства. Резолютивныя условія характеризуются именно тѣмъ, что обязательства, поставленныя отъ нихъ въ зависимость, прекращаются съ момента наступленія или исполненія условія²⁾.

III. Несостоятельность. Обязательства, какъ отношенія главнымъ образомъ имущественныя, естественно и предполагаютъ у своихъ субъектовъ наличность извѣстнаго имущества, какъ необходимую базу для своего существованія и дѣйствія. Если же одна изъ сторонъ оказывается несостоятельной, то это можно разсматривать какъ экономическую смерть ея: такая сторона въ имущественномъ отношеніи выходитъ изъ числа субъектовъ годныхъ для обязательственныхъ отношеній, а потому и обязательства ея прекраща-

¹⁾ Напр., ст. 1737, 1865, 1971 и 1982 К. Н. Ст. 2198²⁶, 2330 і ч. X т. Подробности—при изложеніи каждаго отдѣльнаго обязательства.

²⁾ Ст. 1183 К. Н. Ст. 3175 прибалтійскаго Свода. Проектъ, ст. 35. Объ этомъ подробности—въ Общей части гражданскаго права, въ ученіи о сдѣлкахъ.

ются. Кодексъ Наполеона отмѣчаетъ это относительно товарищества (ст. 1865) и довѣренности (ст. 2003), при чемъ достаточно одной лишь неоплатности. Первая же часть X тома (ст. 2330) относительно довѣренности требуетъ уже признанія несостоятельности, а Уставъ судопр. торговаго (ст. 528) допускаетъ прекращеніе обязательствъ только въ случаяхъ несостоятельности несчастной; при несостоятельности же неосторожной и злостной обязательства не прекращаются (ст. 530, 531).

IV. Требованіе заинтересованной стороны. Есть цѣлыя категоріи обязательствъ, которыя хотя и не вполнѣ, но все же въ большей или въ меньшей степени удовлетворяютъ требованіямъ закона и потому со стороны этого послѣдняго отнюдь не объявляются ничтожными, несуществующими; но въ то же время предоставляется той или другой заинтересованной сторонѣ потребовать прекращенія обязательства, и если на самомъ дѣлѣ такое требованіе предъявляется, то обязательство, до тѣхъ поръ дѣйствительное, прекращаетъ свое существованіе. Относительно же другихъ обязательствъ самъ законъ допускаетъ расторженіе. Наконецъ, третья категорія обязательствъ расторгается согласно волѣ сторонъ, выраженной при заключеніи ихъ¹⁾.

Отдѣльные случаи, когда требованіе заинтересованной стороны имѣетъ прекращающее дѣйствіе, различны.

Во 1-хъ, сюда относятся обязательства такъ наз. оспоримыя (въ противоположность ничтожнымъ); таковы, по Кодексу Наполеона, сдѣлки, заключенныя подъ вліяніемъ принужденія, ошибки или обмана. Ст. 1117 говоритъ: „Договоръ, заключенный подъ вліяніемъ ошиб-

¹⁾ Послѣдующее соглашеніе о прекращеніи разсмотрѣно выше, § 5, стр. 309 сл.

ки, принужденія или обмана, не считается недѣйствительнымъ въ силу самаго закона; изъ подобнаго договора возникаетъ только искъ о недѣйствительности или уничтоженіи его" ¹⁾...

Во 2-хъ, сюда относится, по Кодексу Наполеона, купля-продажа недвижимостей въ случаяхъ *laesio enormis*, т. е. когда продавецъ терпитъ убытокъ болѣе, чѣмъ на семь двѣнадцатыхъ въ получаемой имъ цѣнѣ. Ст. 1674 К. Н. Русскій законъ такого правила не знаетъ ²⁾.

Въ 3-хъ, сюда относятся случаи расторженія купли-продажи, по Кодексу Наполеона, вслѣдствіе соглашенія о выкупѣ (ст. 1659 и слѣд.) ³⁾.

Въ 4-хъ, сюда относятся случаи неисполненія или ненадлежащаго исполненія одной изъ сторонъ синаллагматическаго обязательства принятыхъ на себя обязанностей: другая сторона можетъ, между прочимъ, требовать расторженія сдѣлки. То же самое возможно и при обнаруженіи существенныхъ недостатковъ въ купленныхъ или нанимаемыхъ вещахъ ⁴⁾.

Въ 5-хъ, самимъ закономъ сюда относятся сдѣлки товарищества, довѣренности и даренія. Что касается первыхъ двухъ, то обязательство можетъ быть прекращено одностороннимъ заявленіемъ любого заинтересованнаго въ этомъ прекращеніи контрагента. Что же касается даренія, то возможность прекращенія обставляется опредѣленными условіями: неблагодарностью одареннаго, рожденіемъ дѣтей у дарителя ⁵⁾. Все это—во исключеніе изъ того общаго правила, по

¹⁾ Подробности—въ Общей части гражданского права.

²⁾ Подробности—въ Особенной части обязательственнаго права, въ главѣ о куплѣ-продажѣ.

³⁾ Подробности—въ ученіи о куплѣ продажѣ.

⁴⁾ Подробности—выше, стр. 100 и слѣд., а также въ Особенной части обязательственнаго права, при изложеніи отдѣльныхъ сдѣлокъ.

⁵⁾ Подробности—въ Особенной части обязательственнаго права, при рассмотрѣніи указанныхъ сдѣлокъ.

которому двустороннія сдѣлки могутъ быть отменяемы не иначе, какъ по взаимному согласію обѣихъ сторонъ или всѣхъ участниковъ, какъ объ этомъ говорилось выше, въ § 5 (стр. 309 слѣд.).

Въ 6-хъ, сюда относятся обязательства, погашенныя давностью. Пока должникъ не ссылается на давность, обязательство вполне дѣйствительно и продолжаетъ существовать. Если же должникъ сошлется на нее, обязательство уничтожается ¹⁾.



¹⁾ Подробности—выше, стр. 28 слѣд.

Post scriptum.

Въ заключеніе, такъ какъ Общая часть гражданскаго права въ свѣтъ еще не вышла, считаю нужнымъ дать здѣсь же двѣ справки: одну о томъ, какіе именно законы дѣйствуютъ въ губерніяхъ б. Царства Польскаго, а другую—о взаимоотношеніи между этимъ мѣстнымъ правомъ и правомъ общимъ, русскимъ.

I. Въ губерніяхъ Царства Польскаго дѣйствуютъ слѣдующіе законодательные сборники. Во 1-хъ, Гражданскій Кодексъ Наполеона; онъ введенъ еще въ бывшемъ Герцогствѣ Варшавскомъ: въ одной части Герцогства съ 1 мая 1808 г., а въ другой—съ 15 августа 1810 г. (вмѣстѣ съ Торговымъ Кодексомъ); официальный текстъ французскій. Во 2-хъ, Гражданское Уложеніе 1825 г.; оно введено съ 1 января 1826 г. и замѣнило собою всю первую книгу Кодекса Наполеона, а также раздѣлъ пятый книги третьей (о предбрачномъ договорѣ); официальный текстъ польскій. Въ 3-хъ, Положеніе о союзѣ брачномъ 1836 г., дополнившее и отчасти измѣнившее нѣкоторыя постановленія Гражданскаго Уложенія 1825 г.; официальный текстъ русскій. Въ 4-хъ, Ипотечный Уставъ 1818 г. или Законъ объ укрѣпленіи права собственности на недвижимыя имущества; этотъ Уставъ вводился постепенно по особому расписанію, съ 24 іюня

1819 г. по 1 января 1826 г.; онъ замѣнилъ раздѣлъ восемнадцатый книги третьей Кодекса Наполеона; официальный текстъ польскій. Въ 5-хъ, Законъ о привилегіяхъ и ипотекахъ 1825 г., введенный въ дополнение къ Уставу 1818 г. съ 1 января 1826 г.; официальный текстъ польскій. Кромѣ этихъ главныхъ и основныхъ кодексовъ и уставовъ, въ б. Царствѣ Польскомъ дѣйствуетъ еще цѣлый рядъ отдѣльных законоположеній, пересчитывать которые именно здѣсь нѣтъ надобности: на нихъ будутъ дѣлаться ссылки въ соотвѣтственныхъ частяхъ курса ¹⁾).

II. Что касается взаимоотношенія между гражданскимъ правомъ русскимъ и правомъ б. Царства Польскаго, то оно отличается полной самостоятельностью того и другого: никакого восполненія одного другимъ дѣлать нельзя; никакой субсидіарности нѣтъ; въ этомъ отношеніи б. Царство Польское и остальная часть Имперіи—два самостоятельныхъ, независимыхъ государства ²⁾).



¹⁾ По вопросу объ источникахъ ср. Учебникъ рус. гр. права проф. Шершеневича, 1910 г., стр. 52.

²⁾ Вопросу о коллизіи нормъ мѣстнаго и общаго права посвящена прекрасная работа Оберъ-Прокурора Сената, г. Рейнке: „Очеркъ русско-польскаго междуобластного частнаго права“. Спб., 1909 г.

80, -

DS. 177

Того же автора.

Переходъ права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи и соглашенія. Одесса, 1903 г., ц. 2 р. 50 к.

Пріобрѣтеніе движимостей въ собственность отъ лицъ, не имѣющихъ права на ихъ отчужденіе. Варшава, 1907 г., ц. 3 р. 50 к.

Готовится къ печати: Обязательственное право, часть особенная.

Цѣна 2 р. 50 к.
