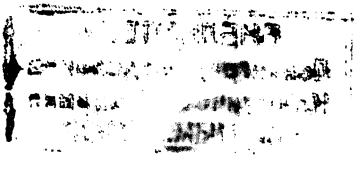
Его Превосходительству
Михаилу Николаевичу
Капустину

въ знакъ глубокаго уваженія

отъ автора.



Б 75
Г-84б

ОЧЕРКИ

ПО

УЧЕНІЮ ОБЪ ОБОГАЩЕНІИ

Д. ГРИММА.

К. 461.

Выпускъ первый.

38203

БИБЛІОТЕКА
Ленинград. отделения
Коммунист. Академии
при ЦИК. СССР

ДЕРПТЪ.
Типографія Шнакенбурга.
1891.

П0979 10к
2-П 343

КН
1[illegible]0

Дозволено Цензурою. — Дерптъ, 27. Февраля 1891 г.

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР
1190
53

Ученіе объ обогащеніи принадлежитъ къ числу самыхъ спорныхъ ученій гражданскаго права.

Для юриста оно представляетъ непосредственный, живой интересъ ввиду существованія какъ въ римскомъ правѣ, такъ и въ цѣломъ рядѣ другихъ правовыхъ системъ такихъ исковыхъ притязаній, которыя направлены на возвратъ наличнаго обогащенія обогатившагося лица. Другими словами, существуетъ рядъ исковыхъ притязаній, которыя возникаютъ съ того момента, когда лицо обогатилось на чужой счетъ, объемъ которыхъ зависитъ отъ размѣра обогащенія, и которыя прекращаются съ момента прекращенія обогащенія: для этой категоріи притязаній обогащеніе является такимъ образомъ одновременно условіемъ и предѣломъ отвѣтственности обогатившагося лица.

При такомъ положеніи вещей ближайшій анализъ этого явленія имѣетъ интересъ не только теоретическій, но и практическій.

Между тѣмъ, въ цивилистической литературѣ до сихъ поръ, насколько намъ извѣстно, не существуетъ изслѣдованія, которое задалось бы цѣлью

выяснить общую природу и юридическое значеніе обогащенія.

Нашъ первый очеркъ представляетъ собою скромную попытку восполнить до нѣкоторой степени этотъ пробѣлъ.

Мы исходимъ изъ того положенія, что въ ученіи объ обогащеніи необходимо различать два элемента: экономическій и юридическій. — Обогащеніе само по себѣ есть явленіе экономическое; возникновеніе, ростъ, уменьшеніе и прекращеніе его опредѣляется своеобразными законами и не поддается произвольной юридической регламентаціи. Это экономическое явленіе пріобрѣтаетъ различное юридическое значеніе, смотря по тому, какія обстоятельства сопутствуютъ факту обогащенія: въ однихъ случаяхъ обогащеніе представляется правомѣрнымъ или неотъемлемымъ, въ другихъ — неправомѣрнымъ или отъемлемымъ. — Изъ случаевъ послѣдней категоріи выдѣляются тѣ, въ которыхъ обогащеніе является одновременно условіемъ и предѣломъ отвѣтственности обогатившагося лица. Соотвѣтствующія исковыя притязанія мы называемъ исками объ обогащеніи и пытаемся опредѣлить общіе критеріи ихъ.

Такова программа перваго очерка. Остальные будутъ имѣть цѣлью частью развить, частью подкрѣпить общіе выводы, къ которымъ привелъ насъ первый очеркъ.

Такъ, во второмъ очеркѣ — въ примѣненіи къ наиболѣе важному частному случаю (виндикаціи противъ добросовѣстнаго владѣльца) — разбирается вопросъ о томъ, почему не всѣ исковыя притязанія, подходящія подъ установленные нами общіе критеріи исковъ объ обогащеніи, ограничиваютъ размѣръ отвѣтственности обогатившагося лица его наличнымъ обогащеніемъ. — Мы объясняемъ это противорѣчіе между теоріей и практикой, (т. е. положительнымъ правомъ), дѣйствіемъ историческихъ причинъ, пользуясь при этомъ данными, какія представляютъ съ одной стороны римское право, съ другой — современныя кодификаціи.

Третій очеркъ коснется вопроса объ объемѣ condictio indebiti. — Господствующее мнѣніе высказывается въ пользу ограниченія отвѣтственности добросовѣстнаго кондикціоннаго должника размѣромъ наличнаго его обогащенія. Но за послѣднее время появился цѣлый рядъ монографій, въ которыхъ доказывается, что отвѣтственность кондикціоннаго должника выходитъ за эти предѣлы. Ввиду такого положенія вещей пересмотръ этого вопроса представляется крайне желательнымъ. — Мы надѣемся доказать, что господствующее мнѣніе въ данномъ случаѣ не только отвѣчаетъ потребностямъ оборота, но и подтверждается данными источниковъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ разборъ противоположныхъ мнѣній дастъ возможность указать, къ чему приводитъ изслѣдованіе отдѣльныхъ част-

ныхъ вопросовъ безъ предварительнаго изслѣдованія общихъ основаній ученія объ обогащеніи.

Наконецъ, четвертый очеркъ посвященъ разбору версіоннаго иска. Вопросъ о характерѣ и предѣлахъ примѣненія этого иска въ римскомъ правѣ и въ тѣхъ современныхъ кодификаціяхъ, которыя ввели этотъ искъ въ число средствъ судебной защиты, представляется крайне спорнымъ. Въ связи съ разборомъ этого вопроса мы коснемся вопроса о предѣлахъ отъемлемости производнаго обогащенія вообще.

Третій и четвертый очеркъ войдутъ въ составъ втораго выпуска.

I.

ПРИРОДА И ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗНАЧЕНІЕ ОБОГАЩЕНІЯ.

Глава I.

Обогащеніе какъ экономическое явленіе.

§ 1.

Опредѣленіе и главные виды обогащенія.

I. Всякое обогащеніе представляетъ собою увеличеніе имущества обогатившагося лица. Въ какихъ случаяхъ можно говорить объ увеличеніи имущества лица? Для этого очевидно требуется, чтобъ къ составу его присоединились новыя блага денежной цѣнности безъ выдѣленія соотвѣтствующаго эквивалента: въ такомъ случаѣ образуется тотъ плюсъ, который мы и называемъ обогащеніемъ.

И такъ, обогащеніе въ обширномъ смыслѣ есть всякое увеличеніе имущества лица, являющееся результатомъ присоединенія къ нему новыхъ благъ денежной цѣнности безъ выдѣленія соотвѣтствующаго эквивалента.

Подъ обогащеніе въ этомъ смыслѣ подходитъ какъ обогащеніе одного лица насчетъ другаго, такъ и всякое другое обогащеніе, являющееся результатомъ личной дѣятельности лица или дѣйствія случая, напр. захватъ

никому не принадлежащихъ вещей, новое цѣнное изобрѣтеніе и т. д.

Другими словами, обогащеніе одного лица насчетъ другаго есть лишь одинъ изъ видовъ обогащенія, — правда наиболѣе важный для юриста. Мы назовемъ его обогащеніемъ въ тѣсномъ смыслѣ.

Настоящая работа посвящена разбору одного только обогащенія въ тѣсномъ смыслѣ.

Ближайшая наша задача состоитъ въ установленіи основныхъ положеній, опредѣляющихъ экономическую природу и юридическое значеніе этого вида обогащенія. Мы разсмотримъ отдѣльно то и другое.

II. Обогащеніе въ тѣсномъ смыслѣ есть увеличеніе имущества одного лица насчетъ имущества другаго лица путемъ перехода благъ денежной цѣнности изъ одного имущества въ другое. Такимъ образомъ, въ данномъ случаѣ увеличеніе имущества одного лица предполагаетъ уменьшеніе имущества другаго лица.

Такой переходъ благъ, выгодный для одной стороны и невыгодный для другой, возможенъ въ двухъ формахъ:

1) въ формѣ чистаго обогащенія: потерпѣвшая сторона не получаетъ никакого вознагражденія, никакого эквивалента взамѣнъ того блага, котораго она лишается. Сюда относится, напр. дареніе, отказъ, кража, растрата, уплата недолжнаго и т. д.

2) въ формѣ модифицированнаго обогащенія: происходитъ обмѣнъ благъ, но благъ неравноцѣнныхъ: объективная цѣнность одного блага превы-

шаетъ цѣнность другаго блага. Сюда относится напр. покупка дорогой вещи за незначительную цѣну, ростовщическій заемъ, наемъ квартиры или аренда имѣнія на условіяхъ ниже нормальныхъ и т. д.

III. Обогащеніе можетъ быть прямымъ или косвеннымъ.

Прямое обогащеніе состоитъ въ самомъ фактѣ присоединенія новаго блага къ составу даннаго имущества, напр. въ безвозмездномъ пріобрѣтеніи какой нибудь вещи или какого нибудь требованія и т. д. Прямое обогащеніе даетъ возможность извлекать изъ блага всѣ тѣ выгоды, которыя оно вообще можетъ доставить. — Косвенное обогащеніе заключается въ извлеченіи лицомъ экономическихъ выгодъ изъ даннаго блага, путемъ пользованія имъ, извлеченія плодовъ и возмезднаго (полнаго или неполнаго) отчужденія его, поскольку это благо допускаетъ то или другое. Очевидно, косвенное обогащеніе предполагаетъ наличность прямаго; дѣйствительно, о косвенномъ обогащеніи можно говорить лишь постольку, поскольку лицо пользуется предоставленной ему въ силу прямаго обогащенія возможностью извлекать изъ вещи ту или иную выгоду.

Обогащеніе можетъ быть непосредственнымъ или производнымъ.

Непосредственное обогащеніе есть обогащеніе inter partes: благо переходитъ изъ имущества P въ имущество S, напр. P даритъ S сумму денегъ.

Производное обогащеніе есть обогащеніе одного лица насчетъ другаго чрезъ посредство третьяго лица; благо переходитъ изъ имущества P въ имущество S,

а отъ него въ имущество T, напр. P даритъ S лошадь, а S отказываетъ ее T. — Очевидно, обогащеніе T, производное по отношенію къ P, является непосредственнымъ по отношенію къ S.

Мы перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію нѣсколькихъ частныхъ вопросовъ, останавливаясь преимущественно на такихъ, которые представляютъ наибольшій практическій интересъ для юриста.

§ 2.

Возникновеніе обогащенія.

Первоначальное обогащеніе всегда есть прямое. Другими словами, обогащеніе всегда возникаетъ въ формѣ прямаго обогащенія. При этомъ возможны различныя комбинаціи.

I. Мы разсмотримъ сначала простѣйшій случай — возникновеніе непосредственнаго обогащенія или обогащенія inter partes.

Существуютъ четыре основанія возникновенія его: дѣйствія сторонъ, законъ, судебное рѣшеніе и случай.

1) Дѣйствія сторонъ, служащія основаніемъ обогащенія одной изъ нихъ насчетъ другой, могутъ быть двоякаго рода:

а) Обогащеніе является результатомъ юридической сдѣлки, заключенной между обогатившимся и потерпѣвшимъ.

При этомъ въ данномъ случаѣ конечно безразлично, желало ли потерпѣвшее лицо, чтобъ противная сторона обогатилась на его счетъ, или нѣтъ, и можетъ ли оно въ послѣднемъ случаѣ принудить обогатившееся лицо къ возврату обогащенія, или нѣтъ. Другими словами, безразлично, имѣется ли на лицо дѣйствительная, недѣйствительная, спорная или предполагаемая юридическая сдѣлка. Сюда относятся: дареніе, распоряженіе на случай смерти, уплата недолжнаго, невыгодная для потерпѣвшаго лица купля-продажа и т. д.

б) Обогащеніе можетъ явиться результатомъ фактическихъ дѣйствій потерпѣвшаго или обогатившагося лица. Въ послѣднемъ отношеніи необходимо различать съ одной стороны случаи, гдѣ обогащеніе является результатомъ правонарушенія (кража, растрата, разбой); съ другой стороны, — случаи, гдѣ обогатившееся лицо дѣйствовало добросовѣстно, (владѣніе titulo putativo).

2) Обогащеніе одного лица насчетъ другаго можетъ основываться на спеціальномъ постановленіи закона. Сюда относится, между прочимъ, конфискація всего имущества или части.

3) Судебное рѣшеніе служитъ основаніемъ обогащенія въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ судъ по тѣмъ или другимъ основаніямъ постановилъ матеряльно неправильное рѣшеніе въ пользу истца, напр. присудилъ съ отвѣтчика неправильно какую нибудь вещь.

4) Наконецъ, и случай (или вѣрнѣе-непосредственное дѣйствіе естественныхъ причинъ) можетъ явиться основаніемъ обогащенія. Такъ, напр., силою

стихіи смывается земля съ участка одного порѣчнаго владѣльца и пристаетъ къ участку другаго.

II. Что касается производнаго обогащенія или обогащенія одного лица насчетъ другаго при посредствѣ третьяго лица, то необходимо помнить, что обогащеніе, производное по отношенію къ первоначально потерпѣвшему лицу, вмѣстѣ съ тѣмъ представляется непосредственнымъ по отношенію къ посредствующему лицу.

Другими словами, производное обогащеніе предполагаетъ:

а) предварительное обогащеніе посредствующаго лица (S) насчетъ первоначально потерпѣвшаго (P), и

б) послѣдующее обогащеніе третьяго лица (T) насчетъ втораго лица (S).

Ясно, что какъ первоначальное обогащеніе S насчетъ P, такъ и послѣдующее обогащеніе T насчетъ S должно было пройзойти по одному изъ основаній, изложенныхъ выше, въ п. I; но конечно, основаніе обогащенія S насчетъ P можетъ быть иное, нежели основаніе обогащенія T насчетъ S; напр. S могъ обогатиться насчетъ P на основаніи юридической сдѣлки, а T насчетъ S на основаніи правонарушенія, и т. д.

Въ заключеніе нельзя не замѣтить, что число посредствующихъ лицъ можетъ быть большее или меньшее; сущность дѣла отъ этого не измѣняется.

§ 3.

Соотношеніе между размѣромъ обогащенія даннаго лица съ одной стороны, цѣнностью объекта обогащенія и размѣромъ убытка потерпѣвшаго лица съ другой стороны.

Обогащеніе одного лица насчетъ другаго предполагаетъ увеличеніе имущества перваго и уменьшеніе имущества втораго. Спрашивается, существуетъ ли какое нибудь соотвѣтствіе между обѣими этими величинами, — размѣромъ обогащенія одного и убыткомъ другаго?

На первый взглядъ могло бы показаться, что объективная цѣнность блага, служащаго предметомъ обогащенія, одновременно должна была бы выражать собою какъ размѣръ убытка потерпѣвшаго лица, такъ и размѣръ обогащенія противной стороны. Такъ ли это на самомъ дѣлѣ? Другими словами, является ли объективная цѣнность блага показателемъ размѣра убытка одной стороны и обогащенія другой?

I. Мы начнемъ съ разсмотрѣнія чистаго обогащенія: одно лицо обогатилось насчетъ другаго безъ уступки съ своей стороны какого бы то ни было эквивалента.

1) Тутъ прежде всего нельзя не замѣтить, что размѣръ убытка потерпѣвшаго лица можетъ значительно превышать объективную цѣнность обогащенія, — напр. лицо подарило часть дорогаго сервиза, стоющаго очень дорого, пока онъ составлялъ одно цѣлое, и значительно потерявшаго въ цѣнѣ послѣ раздробленія;

или у лица украдена вещь, запроданная подъ неустойкой, и т. д.

Этихъ примѣровъ достаточно, чтобъ убѣдиться въ томъ, что объективная цѣнность утраченнаго блага сама по себѣ отнюдь не служитъ показателемъ убытка потерпѣвшаго лица

Конечно, въ данномъ конкретномъ случаѣ возможно, что убытокъ лица ограничивается объективной цѣнностью утраченнаго блага, — но такое совпаденіе будетъ чисто случайное и не можетъ быть возведено въ общее правило.

2) Съ другой стороны объективная цѣнность блага, составляющаго предметъ обогащенія, сама по себѣ не является и мѣриломъ размѣра обогащенія того лица, которому досталось это благо.

Конечно, и здѣсь въ данномъ частномъ случаѣ возможно совпаденіе размѣра обогащенія съ объективной цѣнностью предмета обогащенія, по опять — таки такое совпаденіе будетъ чисто случайное.

Чтобъ полнѣе развить нашу мысль, мы разсмотримъ отдѣльно случаи прямаго и косвеннаго обогащенія.

а) Поскольку рѣчь идетъ объ одномъ прямомъ обогащеніи, которое заключается въ самомъ фактѣ присоединенія новаго блага къ составу даннаго имущества, — совпаденіе такого рода можетъ встрѣчаться довольно часто; однако и въ такомъ случаѣ оно далеко не составляетъ общаго правила: стоитъ напр. лицу произвести расходъ, прямо или косвенно вызванный фактомъ обогащенія его, и размѣръ послѣдняго ока-

жется ниже объективной цѣнности предмета обогащенія. (Ср. ниже § 5).

б) Еще рѣже такое совпаденіе будетъ имѣть мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло касается косвеннаго обогащенія. Вопросъ о томъ, имѣется ли таковое на лицо или нѣтъ, уже безусловно не можетъ быть разрѣшенъ на основаніи простаго факта перехода блага въ имущество обогатившагося лица, если даже оставить въ сторонѣ вліяніе, которое оказываютъ на размѣръ обогащенія расходы, сопряженные съ извлеченіемъ тѣхъ или другихъ выгодъ изъ даннаго блага. Дѣйствительно, такой переходъ самъ по себѣ даетъ только возможность лицу обогатиться косвеннымъ путемъ. Другое дѣло, насколько лицо воспользовалось этой возможностью.

α) Въ частности, поскольку обогащеніе заключается въ пользованіи вещью, размѣръ его опредѣляется суммою тѣхъ сбереженій, которыя лицу удалось сдѣлать благодаря этому. Дѣйствительно, на эту именно сумму уменьшилось бы имущество лица, еслибъ оно не обогатилось, и слѣдовательно этою суммою выражается та выгода, которую лицо извлекло изъ пользованія вещью.

Ясно, что эта сумма можетъ и не совпадать съ средней доходностью вещи, — она можетъ быть больше или меньше.

Такъ, напр., если лицу А безвозмездно досталась квартира, средній ежегодный доходъ съ которой равняется 1000 р., и онъ поселился въ ней, то изъ этого не слѣдуетъ, чтобъ онъ, живя на этой квартирѣ, ежегодно сберегалъ 1000 руб. Если А до этого вре-

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР

мени жилъ на квартирѣ, за которую ему приходилось платить всего 500 руб., то онъ и сберегъ только эти 500 руб. — Возможно также, что А за прежнюю квартиру платилъ 2000 руб., — въ такомъ случаѣ сумма его сбереженій превышаетъ среднюю доходность новой его квартиры. (О томъ, въ какой степени здѣсь можно говорить объ обогащеніи насчетъ другаго, см. ниже § 4). — Возможно наконецъ, что А не воспользовался предоставленной ему квартирой, — въ такомъ случаѣ очевидно вовсе не можетъ быть рѣчи о косвенномъ обогащеніи.

β) Поскольку обогащеніе заключается въ извлеченіи плодовъ, размѣръ его опредѣляется количествомъ дѣйствительно извлеченныхъ плодовъ, такъ какъ очевидно на эту именно сумму увеличилось первоначальное имущество лица. Это количество опять-таки можетъ не совпадать съ тѣмъ количествомъ плодовъ, какое вообще можетъ быть извлечено изъ данной вещи: оно можетъ быть значительно меньше.

Положимъ, А достался фруктовый садъ, онъ его запустилъ и всѣ деревья пропали, — очевидно здѣсь не можетъ быть рѣчи о косвенномъ обогащеніи. Если тотъ же А далъ пропасть части деревьевъ, то обогащеніе его будетъ меньше, чѣмъ могло бы быть при тщательномъ уходѣ за ними, каковой является условіемъ для извлеченія полнаго дохода съ сада.

Если Б. доставшіяся ему деньги запираетъ въ денежный ящикъ, то также не получаетъ съ нихъ никакого дохода; если онъ на часть ихъ покупаетъ про-

центныя бумаги, то станетъ получать доходъ только съ этой части, и т. д.

γ) Наконецъ, поскольку обогащеніе заключается въ возмездномъ отчужденіи первоначально доставшагося блага, оно очевидно выражается стоимостью полученнаго взамѣнъ этого блага эквивалента. Нечего и говорить, что стоимость эквивалента можетъ быть выше или ниже стоимости уступленнаго блага.

II. Мы видѣли, что даже при чистомъ обогащеніи объективная цѣнность блага, составляющаго предметъ обогащенія, сама по себѣ не является ни мѣриломъ убытка потерпѣвшаго лица, ни показателемъ размѣра обогащенія противной стороны. Тѣмъ менѣе она можетъ имѣть такое значеніе при обогащеніи модифицированномъ. Это положеніе настолько ясно, что едва ли нуждается въ ближайшемъ подкрѣпленіи.

И такъ, размѣръ обогащенія одного лица насчетъ другаго не можетъ быть опредѣленъ путемъ простаго установленія объективной цѣнности блага, служащаго предметомъ обогащенія, а тѣмъ менѣе путемъ отождествленія его съ размѣромъ убытка потерпѣвшаго лица.

§ 4.

Предѣлъ обогащенія одного лица насчетъ другаго.

Разобранный нами только что вопросъ о соотношеніи между обогащеніемъ одного лица и убыткомъ

другаго приводитъ насъ къ другому вопросу, близко соприкасающемуся съ нимъ — о предѣлахъ обогащенія одного лица насчетъ другаго.

Спрашивается, всегда ли все то, что обогатившееся лицо извлекло изъ объекта обогащенія, составляетъ обогащеніе насчетъ другаго лица?

Вопросъ этотъ можетъ быть выраженъ и такъ: всѣ-ли выгоды, извлеченныя обогатившимся лицомъ изъ даннаго блага, представляютъ собою lucrum cessans для лица потерпѣвшаго? Отвѣтъ очевидно долженъ быть данъ отрицательный. — Значеніе lucri cessantis для потерпѣвшаго лица могутъ имѣть только такія выгоды отъ блага, которыя достались бы самому потерпѣвшему, еслибъ благо не было изъято изъ его имущества. Все, выходящее за этотъ предѣлъ, всѣ тѣ чрезвычайныя выгоды, которыя лицо обогатившееся ex negotiatione percepit, не представляютъ собою обогащенія насчетъ другаго лица, — такія выгоды составляютъ премію разсчетливости, предпріимчивости и т. д. лица обогатившагося, являются результатомъ чисто индивидуальныхъ моментовъ, словомъ, представляютъ обогащеніе въ обширномъ, но не въ тѣсномъ смыслѣ.

Допустимъ, напр., что А получилъ отъ Б деньги и такъ удачно спекулировалъ ими на биржѣ, что капиталъ въ его рукахъ удесятерился. Очевидно, поскольку его выгода превышаетъ нормальный процентъ, нельзя говорить объ обогащеніи насчетъ потерпѣвшаго лица. То-же придется сказать, если онъ получилъ хлѣбъ и сбылъ его въ какую нибудь дальнюю страну съ боль-

шимъ барышемъ для себя. — Сюда же относится случай, упомянутый нами уже выше, когда лицу досталась даровая квартира, и оно, живя на ней, сберегаетъ больше, чѣмъ составляетъ средняя ея доходность.

Впрочемъ, нельзя не замѣтить, что не всякая чрезвычайная выгода можетъ быть отнесена насчетъ личной предпріимчивости, бережливости и т. д. обогатившагося лица. Зачастую такая выгода можетъ составлять и результатъ внѣшнихъ, независящихъ отъ лица обогатившагося причинъ, такъ что досталась бы и лицу потерпѣвшему вслучаѣ удержанія имъ блага. Таковъ напр. слѣдующій случай: А. достался домъ, стоимость котораго во время пріобрѣтенія его равнялась 1000 р.; черезъ годъ, благодаря общему вздорожанію цѣнъ, ему удается продать тотъ же домъ за 5000 р.: очевидно, причина, по которой удалось извлечь такую выгоду, внѣшняя, и самая выгода не можетъ быть приписана предпріимчивости обогатившагося лица, а должна была коснуться одинаково и его предшественника, еслибъ домъ остался за послѣднимъ.

§ 5.

Наличное обогащеніе. Исчисленіе его.

Обогащеніе не представляетъ собою неизмѣнной, разъ на всегда установленной величины.

Подобно тому, какъ все вообще имущество даннаго лица постоянно измѣняется подъ вліяніемъ самыхъ разнообразныхъ условій, какъ-то дѣйствія случая, дѣйствій самого лица и третьихъ лицъ, — такъ и та его

часть, которая составляетъ обогащеніе этого лица насчетъ другаго лица, можетъ подвергнуться ряду измѣненій.

Въ частности, цѣнность первоначальнаго объекта обогащенія при извѣстныхъ условіяхъ можетъ увеличиться или уменьшиться противъ первоначальной его цѣнности, объектъ можетъ исчезнуть вполнѣ или отчасти; съ другой стороны къ прямому обогащенію можетъ присоединиться или замѣнить его обогащеніе косвенное, и т. д. — И такъ, размѣръ обогащенія въ разное время можетъ быть различный: обогащеніе можетъ увеличиться, уменьшиться и даже совсѣмъ прекратиться.

Спрашивается, какъ опредѣлить размѣръ обогащенія въ данное время, (напр., въ моментъ предъявленія иска или постановленія судебнаго рѣшенія), — или короче, какъ опредѣлить наличное обогащеніе лица?

Очевидно, необходимо сложить все прямое и косвенное обогащеніе даннаго лица насчетъ другаго лица, какимъ то и другое представляется въ данное время, и изъ полученной суммы вычесть тѣ расходы, которые были вызваны фактомъ обогащенія.

Первая часть этой задачи не представляетъ особыхъ затрудненій и поэтому мы не будемъ останавливаться на ней. Но зато необходимо ближе разсмотрѣть вопросъ о томъ, насколько тѣ или другіе расходы оказываютъ вліяніе на размѣръ обогащенія въ смыслѣ уменьшенія его.

I. Прежде всего, ясно, что тогда только расходъ можетъ оказать вліяніе на размѣръ обогащенія, когда между тѣмъ и другимъ существуетъ причинная связь

въ томъ смыслѣ, что расходъ (прямо или косвенно) вызванъ обогащеніемъ. Другими словами, не могутъ быть приняты въ разсчетъ расходы, которые были бы совершены во всякомъ случаѣ, какъ-то расходы необходимые и, по общему правилу, привычные; требуется, чтобъ расходъ былъ такого рода, чтобъ лицо при другихъ условіяхъ отказалось бы отъ него.

Сверхъ того требуется, чтобъ расходъ былъ непроизводительный въ томъ смыслѣ, что не привелъ къ пріобрѣтенію равноцѣннаго съ израсходованной суммой эквивалента, такъ какъ иначе не можетъ быть рѣчи объ уменьшеніи обогащенія.

II. Таковы общія положенія. Что касается частностей, то необходимо различать двѣ категоріи расходовъ: а) расходы, непосредственно вызванные обогащеніемъ и б) расходы, косвенно вызванные имъ.

1) Что касается первой категоріи расходовъ, то сюда относятся расходы, потраченные на самый объектъ обогащенія, какъ-то расходы по содержанію, ремонту вещи и т. д.; при модифицированномъ обогащеніи сюда же могъ бы быть отнесенъ расходъ на пріобрѣтеніе вещи. Отличительная особенность этихъ расходовъ заключается въ томъ, что причинная связь между обогащеніемъ и расходомъ особенно ярко бросается въ глаза: не будь обогащенія, то расходъ навѣрное не былъ бы произведенъ за отсутствіемъ предмета, на который онъ могъ бы быть потраченъ. Напр. лицу достался домъ въ 10.000 р. и оно истратило на ремонтъ 1000 р. Очевидно, въ соотвѣтственной мѣрѣ понижается размѣръ его обогащенія.

2) Что касается косвенныхъ расходовъ, то къ нимъ относятся вообще всѣ расходы, не потраченные на самый объектъ обогащенія, разъ лицо при другихъ условіяхъ отказалось бы отъ расхода и расходъ не привелъ къ пріобрѣтенію равноцѣннаго эквивалента. Въ случаяхъ такого рода причинная связь между расходомъ и обогащеніемъ подчасъ трудно уловима, — установленіе ея составляетъ въ каждомъ данномъ случаѣ quaestio facti. Во всякомъ случаѣ совершенно безразлично, составляютъ ли объектъ обогащенія индивидуально опредѣленныя или замѣнимыя вещи, (напр. деньги), какъ равно не имѣетъ значенія то обстоятельство, выдѣляется ли объектъ обогащенія изъ остальнаго имущества лица, или онъ составляетъ съ нимъ одну общую массу (какъ напр. вслучаѣ сбереженій).

Достаточно будетъ привести нѣсколько примѣровъ, чтобъ убѣдиться въ правильности этихъ положеній. Допустимъ, напр. что лицу А досталась даровая квартира и онъ, благодаря этому, сберегъ 1000 руб. Онъ жертвуетъ эти деньги или часть ихъ на благотворительную цѣль, или совершаетъ на нихъ путешествіе, или проигрываетъ ихъ въ карты, — во всѣхъ этихъ случаяхъ его сбереженіе сокращается въ соотвѣтствующей мѣрѣ.

Другой примѣръ: А достался домъ, цѣнною въ 10.000 руб. Это побуждаетъ его пожертвовать нѣсколько тысячъ на благотворительную цѣль, или простить долгъ третьему лицу, и т. д. — И въ данномъ случаѣ, разъ только ясно, что расходъ не былъ бы

произведенъ, не будь обогащенія, нужно будетъ признать соотвѣтствующее пониженіе размѣра обогащенія.

Сомнѣніе можетъ возникнуть на первый взглядъ въ томъ случаѣ, когда расходъ привелъ къ пріобрѣтенію эквивалента, имѣющаго самостоятельную цѣнность. Нельзя однако не принять въ соображеніе, что цѣнность эквивалента можетъ быть меньше потраченной на пріобрѣтеніе его суммы, что возможно ухудшеніе отъ потребленія пріобрѣтенной вещи и т. д. Ввиду этихъ соображеній нельзя не придти къ заключенію, что и такіе расходы при извѣстныхъ условіяхъ могутъ повести къ уменьшенію первоначальнаго обогащенія.

§ 6.

Итоги.

Въ заключеніе нашего далеко не полнаго анализа экономической стороны обогащенія, мы постараемся формулировать важнѣйшіе результаты, къ которымъ мы пришли.

1) Обогащеніе само по себѣ есть явленіе экономическое; возникновеніе, ростъ, уменьшеніе и прекращеніе его опредѣляется своеобразными законами и не поддается произвольной юридической регламентаціи.

2) Размѣръ обогащенія одного лица насчетъ другаго не можетъ быть опредѣленъ путемъ простаго установленія объективной цѣнности блага, а тѣмъ менѣе путемъ отождествленія его съ размѣромъ убытка потерпѣвшаго лица. Размѣръ обогащенія вообще не

есть постоянная величина, а въ разное время можетъ быть различный.

3) Размѣръ обогащенія лица въ данное время или наличное его обогащеніе опредѣляется такимъ образомъ, что

а) сначала складывается все прямое и косвенное обогащеніе этого лица насчетъ другаго лица, какимъ оно представляется въ данное время и

б) затѣмъ изъ полученной суммы слѣдуетъ вычесть расходы, прямо или косвенно вызванные фактомъ обогащенія.

Глава II.

Юридическое значеніе обогащенія.

§ 7.

Общій обзоръ.

Юридическое значеніе обогащенія можетъ быть чрезвычайно различное, смотря по тому, при какихъ условіяхъ, при какихъ сопутствующихъ обстоятельствахъ оно состоялось. Такъ, при однихъ условіяхъ оно считается правомѣрнымъ, не подлежащимъ оспариванію или возврату. Сюда относится, по общему правилу, всякое обогащеніе одного лица насчетъ другаго, состоявшееся съ согласія лица потерпѣвшаго, какъ, напр., дѣйствительное дареніе. При другихъ условіяхъ,

наоборотъ, обогащеніе считается неправомѣрнымъ, противорѣчащимъ законнымъ интересамъ третьихъ лицъ, отъемлемымъ. Сюда относится по общему правилу всякое обогащеніе одного лица насчетъ другаго, являющееся результатомъ правонарушительныхъ дѣйствій лица обогатившагося, какъ-то кражи, растраты и проч.

И такъ, не всякое обогащеніе одного лица насчетъ другаго создаетъ для лица потерпѣвшаго право требовать возврата обогащенія со стороны лица обогатившагося; такое право можетъ возникнуть лишь при наличности особыхъ условій, квалифицирующихъ обогащеніе какъ неправомѣрное.

Отсюда вытекаетъ само собою основное дѣленіе обогащенія на правомѣрное или неотъемлемое и неправомѣрное или отъемлемое.

Соотношеніе этихъ двухъ видовъ обогащенія на практикѣ, in concreto, согласно общему правилу beati possidentes, таково, что всякое обогащеніе, доколѣ противное не будетъ доказано, признается формально правомѣрнымъ и слѣдовательно неотъемлемымъ.

Ясно, что лишь постольку, поскольку обогащеніе in abstracto отъемлемо, оно имѣетъ юридическое значеніе въ томъ смыслѣ, что является однимъ изъ моментовъ, обосновывающихъ исковое притязаніе потерпѣвшаго лица противъ обогатившагося.

Въ этомъ смыслѣ позволительно сказать, что обогащеніе въ юридическомъ смыслѣ есть отъемлемое экономическое обогащеніе. Другими словами: первое есть квалифицированный видъ втораго: отношеніе обогащенія въ экономическомъ смыслѣ къ обогащенію въ

юридическомъ смыслѣ есть отношеніе рода къ виду; первое понятіе — болѣе широкое, второе — болѣе узкое.

Это явленіе не единичное въ области частнаго права.

Напротивъ, всякое экономическое явленіе можетъ получить значеніе для права въ качествѣ одного изъ основаній опредѣленнаго рода притязаній лишь въ связи съ другими моментами.

Достаточно вспомнить замѣчательную паралель, которую представляетъ ученіе о вознагражденіи за вредъ и убытокъ.

Убытокъ въ экономическомъ смыслѣ есть всякое уменьшеніе имущества лица, прямое или косвенное. Такое уменьшеніе можетъ произойти какъ отъ случая, такъ отъ дѣйствій самого потерпѣвшаго лица или третьихъ лицъ.

За имущественный вредъ, являющійся результатомъ случая или дѣйствій самого потерпѣвшаго лица, по общему правилу никто не отвѣчаетъ; но въ видѣ исключенія и такой убытокъ получаетъ юридическое значеніе, — въ силу договорнаго соглашенія (договоръ страхованія) или особаго постановленія закона (нѣкоторыя части законодательства по рабочему вопросу).

Что касается убытка, нанесеннаго одному лицу дѣйствіями другаго лица, то и такой убытокъ не обязываетъ безусловно виновника его къ вознагражденію потерпѣвшаго лица, — требуется особая квалификація соотвѣтствующаго дѣйствія, какъ то наличность dolus или culpa со стороны виновника.

Въ результатѣ оказывается, что и въ ученіи о вознагражденіи за вредъ и убытокъ слѣдуетъ различать

убытокъ въ экономическомъ и убытокъ въ юридическомъ смыслѣ; первое понятіе — болѣе широкое, второе — болѣе тѣсное: убытокъ въ юридическомъ смыслѣ есть только такой экономическій убытокъ, который создаетъ для потерпѣвшаго лица право требовать вознагражденія за него.

Очевидно, отдѣльныя правовыя системы могутъ расходиться (и сильно расходятся) по вопросу о томъ, при какихъ условіяхъ и какое получаетъ юридическое значеніе данное экономическое явленіе. Очевидно также, что постановка этихъ вопросовъ въ данной правовой системѣ можетъ считаться удовлетворительной лишь постольку, поскольку она согласована съ потребностями жизни и оборота.

II. И такъ, обогащеніе въ юридическомъ смыслѣ есть отъемлемое экономическое обогащеніе.

Оно можетъ имѣть двоякое значеніе:

1) Обогащеніе одного лица насчетъ другаго можетъ имѣть самостоятельное юридическое значеніе, т. е. представлять собою основаніе и предѣлъ отвѣтственности обогатившагося лица предъ потерпѣвшимъ. Другими словами: предметъ притязанія потерпѣвшаго лица составляетъ возвратъ наличнаго обогащенія обогатившагося, съ прекращеніемъ обогащенія падаетъ самое притязаніе.

Таковъ напр. случай hereditatis petitio противъ добросовѣстнаго наслѣдовладѣльца по римскому праву, revocatio donationis inter virum et uxorem и др.

2) Обогащеніе можетъ имѣть второстепенное юридическое значеніе, притомъ въ двоякомъ смыслѣ:

а) притязаніе потерпѣвшаго лица противъ обогатившагося возникло по основанію, независимому отъ обогащенія. Такимъ основаніемъ можетъ служить obligatio ex contractu -- ex lege — ex delicto. Обогащеніе въ такихъ случаяхъ имѣетъ лишь значеніе привходящаго момента, отвѣтственность одного лица предъ другимъ существуетъ и помимо обогащенія, — прекращеніе обогащенія не влечетъ за собой прекращенія притязанія.

б) Обогащеніе составляетъ необходимое условіе для возникновенія притязанія, но разъ возникло притязаніе, оно продолжаетъ существовать независимо отъ того, продолжается ли обогащеніе или нѣтъ.

Сюда относится напр. случай hereditatis petitio противъ malae fidei possessor hereditatis, condictio indebiti противъ malae fidei accipiens и др.

Соотношеніе между обоими видами обогащенія, — самостоятельнымъ и второстепеннымъ, — можетъ быть выражено слѣдующею формулою:

обогащеніе, имѣющее самостоятельное значеніе въ качествѣ объекта извѣстныхъ исковыхъ притязаній, представляетъ собою минимумъ всякой отвѣтственности въ томъ смыслѣ, что лицо обогатившееся въ такихъ случаяхъ не отвѣчаетъ вовсе остальнымъ своимъ имуществомъ, какимъ это послѣднее представляется помимо обогащенія.

Наоборотъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ обогащеніе имѣетъ одно второстепенное значеніе, лицо обогатившееся отвѣчаетъ и собственнымъ имуществомъ.

Послѣдующее изложеніе имѣетъ цѣлью отвѣтить на вопросъ о томъ, когда за обогащеніемъ признается самостоятельное значеніе.

Но прежде чѣмъ дать такой отвѣтъ, необходимо опредѣлить, въ какихъ случаяхъ обогащеніе вообще имѣетъ юридическое значеніе въ указанномъ выше смыслѣ, т. е. когда оно считается отъемлемымъ; разрѣшеніе этого вопроса послужитъ базисомъ для дальнѣйшаго анализа.

§ 8.

Критеріи отъемлемости обогащенія.

Первый вопросъ, который требуется разрѣшить, есть вопросъ о критеріяхъ отъемлемости обогащенія.

Подробное изученіе этого вопроса выходитъ за предѣлы настоящаго изслѣдованія; для нашей цѣли представляется достаточнымъ намѣтить общіе выводы, къ которымъ приводитъ разсмотрѣніе относящихся сюда постановленій положительнаго права. При этомъ естественно нельзя ограничиваться разборомъ одного какого нибудь законодательства, а необходимо уловить общія черты, свойственныя вообще развитымъ правовымъ системамъ.

На первый взглядъ такая задача можетъ показаться совершенно неосуществимой: не только различныя правовыя системы сильно расходятся по вопросу о томъ, когда и при какихъ условіяхъ при наличности

обогащенія одного лица насчетъ другаго допускается притязаніе потерпѣвшаго лица противъ обогатившагося; даже для одной и той же системы права невозможно указать общій принципъ, одинаково примѣнимый ко всѣмъ случаямъ.

Однако, при ближайшемъ разборѣ оказывается, что всѣ эти отдѣльныя исковыя притязанія, возникшія въ разное время при различныхъ условіяхъ независимо другъ отъ друга, всетаки могутъ быть подведены подъ нѣкоторыя общія категоріи, и что получаемые отсюда выводы могутъ послужить основаніемъ для дальнѣйшаго изслѣдованія.

Мы разсмотримъ отдѣльно непосредственное и производное обогащеніе.

I. Разсматривая отдѣльныя категоріи непосредственнаго обогащенія, на которыя оно распадается смотря по источнику возникновенія его (ср. § 2), мы приходимъ къ слѣдующимъ общимъ положеніямъ, безусловно примѣнимымъ ко всѣмъ правовымъ системамъ:

1) Неотъемлемо прежде всего всякое обогащеніе ex lege и ex sententia judiciali.

Это положеніе настолько очевидно, что не нуждается въ ближайшемъ подкрѣпленіи.

2) Что касается обогащенія ex negotio, то тутъ вопросъ нѣсколько сложнѣе. Необходимо различать двѣ категоріи случаевъ:

а) обогащеніе безусловно отъемлемо, поскольку такой характеръ приданъ ему самими заинтересованными лицами или поскольку это вытекаетъ изъ самой сущности сдѣлки.

б) что касается остальныхъ случаевъ, то, при нормальныхъ условіяхъ, обогащеніе должно быть признано неотъемлемымъ, такъ какъ въ такихъ случаяхъ переходъ благъ изъ одного имущества въ другое совершается по доброй волѣ заинтересованныхъ лицъ. Слѣдовательно, разъ на лицо общія и спеціальныя условія, при которыхъ юридическая сдѣлка вообще и данная сдѣлка въ частности вступаетъ въ силу, (какъ то: дѣеспособность потерпѣвшаго лица, правильное по формѣ и содержанію заключеніе сдѣлки, отсутствіе признаковъ vis, dolus, error, наступленіе conditionis, modi при negotia conditionalia, ob causam), — обогащеніе, являющееся результатомъ такой сдѣлки, должно быть признано неотъемлемымъ.

Такая постановка вопроса представляется единственно правильною и оправдывается двоякаго рода соображеніями. Во первыхъ иное отношеніе къ дѣлу закона поставило бы одну сторону въ полную зависимость отъ другой, побуждало бы сторонъ къ необдуманному и легкомысленному образу дѣйствій и противорѣчило бы интересамъ оборота. Во вторыхъ при наличности указанныхъ условій въ среднемъ выводѣ можно предположить, что дѣйствія сторонъ будутъ обдуманы и цѣлесообразны, такъ что вѣроятность чрезмѣрной наживы одной стороны насчетъ другой будетъ невелика.

Необходимо впрочемъ отмѣтить, что выставленный нами принципъ, въ силу котораго обогащеніе одного лица насчетъ другаго въ указанныхъ предѣлахъ не имѣетъ юридическаго значенія, подлежитъ модификаціи

въ двоякомъ отношеніи: отчасти уклоненіе допускается въ интересахъ потерпѣвшаго лица (ср. напр. въ Римскомъ правѣ: законы о ростовщичествѣ, laesio enormis, actio redhibitoria и quanti minoris, lex Anastasiana), отчасти такое уклоненіе обусловливается преимущественно или исключительно принятіемъ въ разсчетъ интересовъ третьихъ лицъ, — близкихъ родственниковъ, кредиторовъ, (ср. въ Римскомъ правѣ законныя ограниченія свободы дареній и завѣщаній, actio Pauliana directa и utilis).

Всѣ эти уклоненія имѣютъ ту общую черту, что вполнѣ дѣйствительная сама по себѣ юридическая сдѣлка подвергается оспариванію въ виду именно экономической перемѣны, воспослѣдовавшей въ имущественныхъ отношеніяхъ сторонъ.

Болѣе подробный анализъ относящихся сюда случаевъ выходитъ за предѣлы нашей задачи.

Нельзя однако не замѣтить, что эти исключенія нисколько не противорѣчатъ общему правилу, а напротивъ дополняютъ его, принимая въ разсчетъ особо квалифицированные случаи. Дѣйствительно, въ однихъ изъ указанныхъ случаевъ право обращаетъ вниманіе на бѣдственное положеніе лица, которое лишено возможности свободно разсчитать и взвѣсить средства для удовлетворенія своихъ потребностей; въ другихъ право въ большей или меньшей степени защищаетъ законные интересы третьихъ лицъ противъ такого лица, которое злоупотребляетъ своей дѣеспособностью.

3) Наконецъ, всякое другое обогащеніе, — ex delicto, ex facto bona fide peracto, ex casu — въ

принципѣ безусловно отъемлемо, (поскольку конечно такое происхожденіе обогащенія можетъ быть доказано на судѣ).

Это положеніе непосредственно вытекаетъ изъ основнаго начала имущественно-гражданскаго права, по которому право охраняетъ (существующій) имущественный status и стремится къ полному возстановленію его тамъ, гдѣ онъ нарушенъ вопреки волѣ непосредственно заинтересованныхъ лицъ.

Таковъ общій результатъ, къ которому приводитъ разсмотрѣніе отдѣльныхъ случаевъ непосредственнаго обогащенія.

Въ дополненіе къ сказанному и во избѣжаніе недоразумѣній необходимо еще отмѣтить слѣдующее:

Во 1-ыхъ, мы разсматриваемъ исключительно вопросъ о томъ, когда обогащеніе считается отъемлемымъ (или неотъемлемымъ) in abstracto, оставляя въ сторонѣ тѣсно связанный съ нимъ процессуальный вопросъ о томъ, когда обогащеніе можетъ быть признано отъемлемымъ in concreto.

Во 2-ыхъ, ясно само собою, что отдѣльныя, частныя условія, при наличности которыхъ напр данная сдѣлка признается заключенной правильно, данное дѣйствіе считается правонарушеніемъ, не во всѣхъ правовыхъ системахъ одинаковы (Стоитъ вспомнить напр. различіе въ срокѣ совершеннолѣтія, достиженіемъ котораго обусловливается полная дѣеспособность лица). Мы не касаемся вытекающихъ отсюда модификацій, вводя въ этомъ отношеніи въ нашу аргументацію предположеніе: ceteris paribus.

Въ 3-ихъ, мы задались исключительно цѣлью провести границу между отъемлемымъ и неотъемлемымъ обогащеніемъ какъ таковыми, нисколько не затрогивая вопроса о размѣрѣ отвѣтственности обогатившагося лица въ каждомъ данномъ случаѣ, гдѣ обогащеніе считается отъемлемымъ.

II. Что касается производнаго обогащенія, то вопросъ о критеріяхъ отъемлемости его принадлежитъ къ числу самыхъ запутанныхъ. Мы не имѣемъ въ настоящее время возможности коснуться этого вопроса подробнѣе, а должны ограничиться слѣдующими двумя положеніями.

1) Обогащеніе, неотъемлемое въ качествѣ непосредственнаго, неотъемлемо и въ качествѣ производнаго обогащенія.

Дѣйствительно, разъ обогащеніе безусловно неотъемлемо inter partes, — дальнѣйшій переходъ блага, составляющаго предметъ обогащенія, въ третьи, четвертыя и т. д. руки, не можетъ измѣнить характера обогащенія по отношенію къ первоначально потерпѣвшему лицу.

Допустимъ, напр., что P подарилъ какую нибудь вещь S; T можетъ украсть эту вещь у S, самъ подарить ее Q и т. д., — очевидно, что бы съ вещью ни произошло, но P уже не имѣетъ никакихъ правъ на нее.

2) Обогащеніе, отъемлемое въ качествѣ непосредственнаго, не всегда отъемлемо въ качествѣ производнаго.

Стоитъ вспомнить хотя бы ограниченную область примѣненія т. н. версіоннаго иска въ большинствѣ частноправныхъ системъ и полное отсутствіе его въ нѣкоторыхъ изъ нихъ, чтобъ убѣдиться въ правильности этого положенія.

Въ результатѣ оказывается:

1) Непосредственное обогащеніе, основанное на законѣ или судебномъ рѣшеніи, in abstracto безусловно неотъемлемо.

Непосредственное обогащеніе, основанное на юридической сдѣлкѣ, при нормальныхъ условіяхъ неотъемлемо, если только заинтересованныя лица сами не придали ему иной характеръ. Всякое другое непосредственное обогащеніе безусловно отъемлемо.

2) Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ обогащеніе неотъемлемо въ качествѣ непосредственнаго, оно неотъемлемо и въ качествѣ производнаго обогащенія. Но не наоборотъ: обогащеніе, отъемлемое въ качествѣ непосредственнаго, можетъ и не быть отъемлемымъ въ качествѣ производнаго обогащенія.

§ 9.

Второстепенное и самостоятельное значеніе отъемлемаго обогащенія.

Мы постарались провести границу между отъемлемымъ и неотъемлемымъ обогащеніемъ вообще.

Намъ остается указать критерии, которыми отдѣляется отъемлемое обогащеніе, имѣющее самостоятельное значеніе, отъ отъемлемаго обогащенія, имѣющаго одно второстепенное значеніе.

Исходные пункты по этому вопросу вкратцѣ были намѣчены выше, въ § 7. Мы разсмотримъ теперь этотъ вопросъ нѣсколько ближе.

Обогащеніе одного лица насчетъ другаго имѣетъ самостоятельное значеніе постольку, поскольку оно является предѣломъ отвѣтственности обогатившагося лица предъ потерпѣвшимъ; другими словами, исковое притязаніе потерпѣвшаго лица должно имѣть своимъ предметомъ возвратъ наличнаго обогащенія.

Вопросъ о размѣрѣ наличнаго обогащенія лица обогатившагося и слѣдовательно о степени отвѣтственности его предъ лицомъ потерпѣвшимъ долженъ быть разрѣшенъ на основаніи данныхъ, добытыхъ путемъ изслѣдованія экономической природы обогащенія (см. главу I).

Тѣ исковыя притязанія, при которыхъ обогащеніе получаетъ самостоятельное значеніе въ указанномъ смыслѣ, образуютъ собою категорію исковъ объ обогащеніи, или точнѣе исковъ о возвратѣ наличнаго обогащенія.

Задача наша сводится къ тому, чтобы установить отличительные критеріи этой категоріи исковыхъ притязаній.

Мы начнемъ съ того, что выдѣлимъ сначала тѣ случаи, въ которыхъ обогащеніе безусловно не имѣетъ самостоятельнаго значенія, т. е. не является предѣломъ отвѣтственности обогатившагося лица.

Эти случаи могутъ быть подведены подъ двѣ категоріи.

1) Обогащеніе никогда не имѣетъ самостоятельнаго значенія въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оно не является необходимымъ условіемъ для возникновенія искового притязанія, а гдѣ это исковое притязаніе существуетъ по самостоятельному, независимому отъ факта обогащенія основанію.

Такихъ основаній можетъ быть три: юридическая сдѣлка, спеціальный законъ и самостоятельное имущественное правонарушеніе.

Предметомъ соотвѣтствующихъ притязаній является или исполненіе, или вознагражденіе за вредъ и убытокъ.

Въ частности юридическая сдѣлка обязываетъ либо альтернативно къ исполненію или вознагражденію за вредъ и убытокъ вслучаѣ несвоевременнаго, неполнаго и т. д исполненія (напр. договоръ о возмездной или безвозмездной, условной или безусловной передачѣ какой нибудь вещи), — либо къ одному вознагражденію за вредъ и убытокъ (напр. страховой договоръ, заключаемый обыкновенно съ указаніемъ максимальнаго предѣла убытковъ, за которые отвѣчаетъ страховщикъ).

Равнымъ образомъ законъ обязываетъ либо къ исполненію (напр алиментарное обязательство), либо къ вознагражденію за убытки (напр. случаи законной отвѣтственности опекуновъ, хозяевъ и др. лицъ за вредъ, причиненный неправильными или преступными дѣйствіями опекаемыхъ, рабочихъ и т. д.).

Наконецъ, совершеніе преступленія влечетъ за собою обязанность къ возмѣщенію убытковъ отъ пре-

ступленія, а между прочимъ, если лицо, совершившее преступленіе, обогатилось, и къ возврату обогащенія (напр. вслучаѣ кражи со взломомъ).

Обогащенія во всѣхъ указанныхъ случаяхъ можетъ и не быть вовсе; если же оно и есть, то оно имѣетъ только значеніе привходящаго момента, и въ частности вопросъ о томъ, прекратилось ли первоначальное обогащеніе обязаннаго лица или же оно продолжаетъ существовать, въ принципѣ не имѣетъ никакого значенія при оцѣнкѣ размѣра отвѣтственности этого лица предъ лицомъ управомоченнымъ.

И такъ, гдѣ существуетъ самостоятельное обязательственное отношеніе между заинтересованными лицами, будь это obligatio ex negotio, ex lege или ex delicto, обогащеніе обязаннаго лица насчетъ управомоченнаго не имѣетъ самостоятельнаго значенія; въ такихъ случаяхъ дѣло сводится всегда или къ иску объ исполненіи, или къ иску о вознагражденіи за вредъ и убытокъ.

Считая это положеніе внѣ всякаго спора, мы переходимъ ко второй группѣ случаевъ.

II. Обогащеніе никогда не имѣетъ самостоятельнаго значенія и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оно является необходимымъ условіемъ для возникновенія притязанія (т. е. гдѣ до принятія обогащенія стороны не находились ни въ какихъ обязательственныхъ отношеніяхъ между собою), разъ только обогатившееся лицо находится in dolo. Относящіеся сюда случаи могутъ быть поведены подъ двѣ категоріи:

1) Иски вещные, направленные противъ malae fidei possessor, начиная отъ виндикаціи и кончая hereditatis petitio.

Эти исковыя притязанія предполагаютъ наличность владѣнія въ лицѣ отвѣтчика; притомъ недостаточно, чтобъ отвѣтчикъ когда либо владѣлъ вещью, а требуется, чтобъ онъ владѣлъ ею въ самый моментъ предъявленія иска, такъ какъ съ переходомъ владѣнія въ другія руки возможность предъявить искъ противъ прежняго владѣльца прекращается, является новый отвѣтчикъ на смѣну старому. И такъ, отвѣчаетъ наличный владѣлецъ, т. е. лицо, которое по крайней мѣрѣ prima facie представляется обогатившимся насчетъ собственника. Обязательственныхъ отношеній между истцомъ и отвѣтчикомъ можетъ не существовать вовсе и они во всякомъ случаѣ не оказываютъ никакого вліянія на стенень отвѣтственности владѣльца — отвѣтчика. Можно даже сказать больше: къ вещному иску прибѣгаютъ на практикѣ тогда только, когда не существуетъ другаго исковаго притязанія противъ обязаннаго лица, такъ какъ эти иски наиболѣе сложные, наименѣе удобные для лица управомоченнаго, въ виду трудности для истца доказать свое притязаніе (probatio diabolica при vindicatio).

Исключеніе изъ общаго правила представляютъ повидимому случаи предъявленія этихъ исковъ противъ т. наз. fictus possessor, къ которому якобы можетъ быть предъявленъ вещный искъ, несмотря на отсутствіе владѣнія въ его лицѣ. Исключеніе это однако только кажущееся, такъ какъ хотя Римское

право въ такихъ случаяхъ и говоритъ формально о вещномъ искѣ, но съ матерьяльной стороны такой искъ есть лишь особо квалифицированный личный искъ объ убыткахъ, отличающійся нѣкоторыми процессуальными особенностями (ср. v. Bethmann-Hollweg, römischer Civilprocess, т. II, § 90, прим. 38). Это ясно сознано современнымъ правомъ, которое въ этихъ случаяхъ не говоритъ уже о виндикаціи, а причисляетъ эти иски къ искамъ объ убыткахъ (ср. напр. Прусское Земское право, кн. I, т. 15, § 12—15; Дернбургъ, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, изд. 4-ое, 1884 г., т. I, стр. 628, примѣч. 1 и 3. Сакс. Ул. § 299 и 304. Австр. Ул. § 377).

И такъ, нельзя отрицать, что въ разбираемыхъ нами случаяхъ обогащеніе является необходимымъ условіемъ для возникновенія притязанія въ томъ смыслѣ, что отвѣтчикомъ можетъ быть только такое лицо, которое представляется обогатившимся насчетъ истца въ силу того, что оно владѣетъ его вещью.

Что касается предѣла отвѣтственности отвѣтчика, то искъ противъ недобросовѣстнаго владѣльца въ сущности есть ничто иное какъ вещный искъ о вознагражденіи за вредъ и убытокъ.

Мы не станемъ подробно останавливаться на этомъ положеніи. Да оно едва-ли и можетъ быть оспорено. Стоитъ сопоставить хотя бы положенія римскаго права, нормирующія предѣлъ отвѣтственности недобросовѣстнаго владѣльца, чтобъ убѣдиться въ правильности этого положенія (ср. напр. пандекты Арндтса, 12 изд., § 167 и 168, ср. также § 533).

Онъ обязанъ выдать res cum omni causa; обязанъ вознаградить за всѣ fructus percepti и percipiendi; онъ отвѣчаетъ не только за omnis culpa, но и за casus, поскольку вещь не погибла бы и у собственника; наконецъ онъ имѣетъ право требовать вознагражденія только за impensae necessariae, каковыя иначе легли бы на собственника, а относительно другихъ имѣетъ только jus tollendi; то и другое предоставляется ему въ виду того, что иначе собственникъ не только получилъ бы полное вознагражденіе за весь понесенный убытокъ, но въ свою очередь обогатился бы насчетъ владѣльца.

Словомъ, если вникнуть въ эти постановленія, то они представляютъ собою казуистическое исчисленіе возможнаго (прямаго) убытка собственника; всѣ эти постановленія могли бы быть замѣнены однимъ общимъ правиломъ: недобросовѣстный владѣлецъ отвѣчаетъ за весь (прямой) убытокъ, вытекающій для собственника изъ того, что вещь находится у владѣльца.

Современныя законодательства всѣ болѣе или менѣе точно воспроизводятъ эти положенія римскаго права, вдаваясь отчасти въ еще большую казуистику и распространяя отчасти отвѣтственность владѣльца и на косвенный убытокъ (ср. напр. Прусское Земское Право кн. I, т. 7, § 222—244, въ особенности § 244).

2) Иски личные, возникающіе въ силу факта обогащенія одного лица насчетъ другаго, при наличности dolus со стороны обогатившагося: обогатившійся знаетъ, что не имѣетъ никакого права на обогащеніе (т. наз. внѣдоговорныя кондикціи и искъ версіонный).

Сюда относятся по Римскому праву condictio indebiti противъ malae fidei accipiens, (или точнѣе замѣняющая ее actio furti и condictio furtiva — l. 18 D. de cond. furt. 13. 1; l. 43 pr. D. de furt. 47. 2, ср. l. 65 § 8 D. de cond. ind. 12. 6); condictio ex turpi и injusta causa, condictio sine causa при наличности dolus обогатившагося. Далѣе — actio de in rem verso при аналогичныхъ условіяхъ — l. 10 § 6 D. de in rem verso 15. 3; actio Pauliana.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ обогащеніе порождаетъ искъ объ убыткахъ въ пользу потерпѣвшаго лица противъ обогатившагося

Современныя законодательства, поскольку они касаются этихъ внѣдоговорныхъ личныхъ отношеній, примыкаютъ къ римскому праву. (Ср. напр. Прусск. Земск. Право кн. I, т. 16, § 189, 193, 194; Австр. Улож. § 1437, Сакс. Ул. § 1528 ср. § 1499, § 1546, 1550; Code civil § 1378 ср. § 1381, Швейц. Обяз. Пр. § 73, 74; проектъ Герм. Ул. § 741, 744, 745, 747, 748).

Мы можемъ формулировать результатъ всего предшествующаго изложенія въ слѣдующихъ словахъ: всѣ разсмотрѣнные нами случаи, въ которыхъ обогащеніе имѣетъ одно всторостепенное значеніе, могутъ быть подведены подъ двѣ категоріи исковъ объ исполненіи и исковъ о вознагражденіи за вредъ и убытокъ, (съ причисленіемъ къ послѣднимъ исторической ихъ разновидности, — исковъ штрафныхъ).

Характерная особенность всѣхъ этихъ случаевъ заключается въ томъ, что они предполагаютъ либо наличность самостоятельныхъ обязательственныхъ отношеній между сторонами, либо dolus со стороны обогатившагося лица Допущеніе положительнымъ правомъ при такихъ условіяхъ отвѣтственности въ размѣрѣ, выходящемъ за предѣлы наличнаго обогащенія обогатившагося лица, настолько согласно съ требованіями справедливости и интересами оборота, что всякія дальнѣйшія разсужденія по этому предмету представляются излишними.

§ 10.

Продолженіе.

I. Мы переходимъ къ разсмотрѣнію тѣхъ случаевъ, въ которыхъ обогащеніе имѣетъ самостоятельное значеніе. Прежде всего необходимо сдѣлать общую оговорку.

Наличное обогащеніе лица обогатившагося можетъ служить предметомъ исковаго притязанія въ двоякомъ смыслѣ.

Такого рода ограниченная отвѣтственность можетъ представлять собою либо jus commune, либо jus singulare. Дѣло въ томъ, что ограниченіе отвѣтственности обогатившагося лица размѣромъ наличнаго его обогащенія можетъ быть установлено или по соображеніямъ, касающимся объективнаго состава даннаго правоотношенія, или по соображеніямъ, имѣющимъ въ виду субъективныя особенности опредѣленныхъ категорій лицъ.

Подъ первую категорію исковъ объ обогащеніи подходятъ тѣ случаи, въ которыхъ ограниченіе отвѣтственности обогатившагося лица размѣромъ наличнаго его обогащенія оправдывается общими соображеніями справедливости и интересами оборота; послѣдніе могутъ потребовать, чтобы ввиду особенностей даннаго правоотношенія лицо обогатившееся не отвѣчало остальнымъ своимъ имуществомъ, какимъ это послѣднее представляется помимо обогащенія, а было бы исключительно обязано къ возврату того, что является обогащеніемъ его насчетъ потерпѣвшаго.

Напротивъ, подъ вторую категорію должны быть подведены тѣ случаи, гдѣ въ пользу извѣстныхъ лицъ при наличности условій, предполагающихъ по общему правилу отвѣтственность лица въ размѣрѣ, выходящемъ за предѣлъ наличнаго его обогащенія, — въ видѣ исключенія допускается ограниченіе отвѣтственности его размѣромъ наличнаго обогащенія; въ сущности въ такихъ случаяхъ имѣетъ мѣсто замѣна притязанія, направленнаго на исполненіе или на вознагражденіе за вредъ и убытокъ, — притязаніемъ, направленнымъ на одинъ возвратъ наличнаго обогащенія.

Въ видѣ примѣра можно указать на положеніе малолѣтнихъ въ Римскомъ правѣ, которые всегда отвѣчаютъ только въ размѣрѣ своего наличнаго обогащенія; сюда же относятся нѣкоторыя притязанія ex donato (недѣйствительныя даренія inter virum et uxorem, revocatio donationis propter ingratitudinem).

Мы ограничимся разборомъ случаевъ первой категоріи, такъ какъ только по отношенію къ нимъ мо-

жетъ возникнуть вопросъ, не однородны ли эти случаи по существу своему и не могутъ ли они быть подведены подъ извѣстныя общія начала. Соотвѣтствующіе иски мы назовемъ исками объ обогащеніи въ тѣсномъ смыслѣ

II. И такъ, намъ предстоитъ указать критеріи, которыми отличаются иски объ обогащеніи въ тѣсномъ смыслѣ отъ другихъ категорій исковыхъ притязаній.

Все предшествующее изложеніе привело насъ къ такой отрицательной формулировкѣ этого вопроса:

а) стороны не должны состоять между собою ни въ какомъ обязательственномъ отношеніи, и

б) лицо обогатившееся не должно быть in dolo, — такъ какъ при наличности одного изъ этихъ условій или обоихъ возникаетъ искъ объ исполненіи или искъ объ убыткахъ. Другими словами, для того, чтобы обогащеніе одного лица насчетъ другаго получило самостоятельное значеніе, требуется наличность слѣдующихъ двухъ условій:

а) отношенія между обогатившимся и потерпѣвшимъ должны вытекать исключительно изъ факта обогащенія какъ таковаго, и

б) лицо обогатившееся должно быть in bona fide, т. е. оно не должно знать о томъ, что оно обогатилось противъ воли потерпѣвшаго лица и слѣдовательно не должно и знать о своей обязанности къ возврату обогащенія.

Положенія эти добыты нами чисто дедуктивнымъ путемъ. Весь вопросъ состоитъ въ томъ, насколько

они оправдываются соображеніями общаго свойства и положительнымъ правомъ.

А. Въ этомъ отношеніи прежде всего нельзя не признать, что они вполнѣ согласны съ требованіями общей правды и справедливости и интересами оборота.

Дѣйствительно, при наличности указанныхъ условій отпадаетъ всякое соображеніе, какое можно бы было привести въ пользу иной нормировки предѣла отвѣтственности обогатившагося лица: не существуетъ ни обязательства, принятаго имъ добровольно или по закону, ни dolus съ его стороны.

Напротивъ, всякое расширеніе отвѣтственности за этотъ предѣлъ представляется крайне несправедливымъ по отношенію къ лицу обогатившемуся, ибо оно приводитъ къ тому, что это лицо отвѣчаетъ предъ лицомъ потерпѣвшимъ не только своимъ обогащеніемъ, но и остальнымъ своимъ имуществомъ; — другими словами, дѣло сводится къ переложенію убытка съ одного лица, не всегда даже безусловно неповинно терпящаго убытокъ, на другое лицо, безусловно уже неповинное, — словомъ, получается результатъ, очевидно нежелательный.

Б. И такъ, добытый нами выводъ вполнѣ оправдывается общими соображеніями.

Какъ же относится къ нему положительное право,— подтверждаетъ ли оно его или нѣтъ? Чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ, мы разсмотримъ отдѣльно двѣ группы случаевъ:

1) вещные иски, построенные по типу иска о собственности, поскольку отвѣтчикомъ является добросо-

вѣстный владѣлецъ (vindicatio, actio Publiciana, actio hypothecaria и т. д). Иски эти направлены на возвратъ какъ непосредственнаго, такъ и производнаго обогащенія. Вмѣстѣ съ тѣмъ случаи эти ввиду вышеизложеннаго несомнѣнно подходятъ подъ выставленные нами критеріи: искъ предъявляется къ владѣльцу, т. е. какъ и чистый искъ объ обогащеніи, къ лицу, prima facie обогатившемуся насчетъ собственника. — Между тѣмъ положительное право не ограничиваетъ отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца предѣломъ наличнаго его обогащенія: всѣ законодательства въ большей или меньшей мѣрѣ пренебрегаютъ интересами наличнаго владѣльца, отдавая предпочтеніе интересамъ прежняго (квалифицированнаго) владѣльца.

Особенно рѣзко высказывается въ этомъ отношеніи, какъ извѣстно, римское право.

Нѣкоторыя современныя кодификаціи въ значительной степени ослабляютъ суровыя начала римскаго права введеніемъ того правила, что владѣлецъ ex causa onerosa имѣетъ право требовать отъ истца вознагражденія за уплаченный имъ взамѣнъ вещи эквивалентъ (ср. Прусское Земское Право, кн. I, т. 15, § 24—26; Code civil § 2280; Сакс. Ул. § 315; проектъ Германскаго Улож. § 939. 940).

Впрочемъ, уже въ Римскомъ правѣ искъ о наслѣдствѣ противъ добросовѣстнаго наслѣдовладѣльца представляетъ рѣзкое исключеніе изъ этого общаго правила: этотъ искъ въ принципѣ именно подходитъ подъ типъ иска о возвратѣ наличнаго обогащенія (l. 36 § 4 D. de hered. pet. 5. 3)

2) Иски личные, вытекающіе изъ факта обогащенія одного лица насчетъ другаго, при наличности bona fides со стороны лица обогатившагося.

Сюда относятся внѣдоговорныя кондикціи, направленныя на возвратъ непосредственнаго обогащенія, и искъ версіонный, направленный на возвратъ производнаго обогащенія.

а) Что касается прежде всего внѣдоговорныхъ кондикцій, то въ римскомъ правѣ вопросъ о томъ, отвѣчаетъ-ли въ относящихся сюда случаяхъ обогатившееся лицо въ размѣрѣ одного наличнаго обогащенія, — представляется спорнымъ.

Господствующее мнѣніе высказывается въ пользу такого ограниченія отвѣтственности обогатившагося лица. (Ср. Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts изд. 6-ое 1887 г. т. II § 424 ст. 637, прим. 3-е).

Противъ этого возстаетъ однако цѣлый рядъ ученыхъ (какъ-то: Erxleben, Witte, Voigt, Mandry, Brinz, Dernburg).

Что касается современныхъ кодификацій, то однѣ изъ нихъ высказываются въ пользу ограниченія отвѣтственности указаннымъ предѣломъ. (Ср. Саксонск. Ул. § 1526. 1527. 1529. 1538. 1550; Швейц. Обязат. Пр. § 73. 74, проектъ Герм. Ул. § 739, 740, 744, 745, 748, — ср. и Австр. Ул. § 1431. 1437).

Другія-же допускаютъ болѣе или менѣе существенныя уклоненія отъ этого принципа, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ предметъ первоначальнаго обогащенія составляютъ res fungibiles. (ср. Прусское Земское Пр. кн. I т. 16 § 193; Code civil.

§ 1378 и сл., Св. мѣстн. узак. губ. Остзейск. т. III § 1397).

б) Относительно версіоннаго иска необходимо прежде всего отмѣтить, что онъ допускается не всѣми законодательствами. Такъ напр., этотъ искъ исключенъ изъ числа средствъ судебной защиты Швейцарскимъ Обязательственнымъ правомъ и новымъ проектомъ германскаго гражданскаго уложенія (ср. Мотивы къ проекту, т. II стр. 871—872), какъ равно его не знаетъ Code civil. (ср. и Сакс. Ул. § 1357).

Напротивъ, Римское право, Прусское земское право и Австрійское уложеніе допускаютъ версіонный искъ. Однако, пространство дѣйствія его, какъ равно и размѣръ отвѣтственности обогатившагося лица составляютъ предметъ оживленнаго спора.

Не касаясь пока перваго вопроса, мы вкратцѣ размотримъ второй.

Въ этомъ отношеніи прежде всего необходимо указать на споръ, касающійся предмета римской actio de in rem verso: господствующее мнѣніе и здѣсь высказывается за ограниченіе отвѣтственности обогатившагося лица размѣромъ наличнаго обогащенія, (ср. Виндшейдъ, ук. соч. т. II § 483, стр. 867), но и здѣсь раздается не мало голосовъ противъ толкованія источниковъ въ этомъ смыслѣ (ср въ особенности Витте, Bereicherungsklagen, стр. 268).

Что касается Прусскаго земскаго права (кн. I, т. 13, § 262—280), то оно высказывается въ принципѣ въ пользу ограниченія отвѣтственности обогатившагося лица размѣромъ наличнаго обогащенія, (ср. § 263.

264. 266 h. t.), хотя это начало и не проведено вполнѣ послѣдовательно (ср. § 273).

Австрійское Уложеніе (§ 1041. 1042) настолько неясно, что открываетъ дорогу всевозможнымъ толкованіямъ о предметѣ версіоннаго иска.

И такъ, въ результатѣ нашего обзора оказывается слѣдующее.

а) Всѣ случаи, въ которыхъ положительное право допускаетъ ограниченіе отвѣтственности обогатившагося лица размѣромъ наличнаго его обогащенія по объективнымъ основаніямъ (т. е въ качествѣ jus commune), — подходятъ подъ выставленные нами критеріи;

б) но вмѣстѣ съ тѣмъ существуетъ цѣлый рядъ такихъ случаевъ, которые также подходятъ подъ наши критеріи, но гдѣ отвѣтственность обогатившагося лица выходитъ за предѣлъ наличнаго его обогащенія. Другими словами, съ точки зрѣнія положительнаго права не во всѣхъ случаяхъ, гдѣ одно лицо bona fide обогатилось насчетъ другаго, отвѣтственность обогатившагося лица ограничивается размѣромъ одного наличнаго обогащенія.

Это явленіе a priori допускаетъ два объясненія.

Первое: выставленные нами критеріи слишкомъ общи и тѣ случаи, въ которыхъ предметъ искового притязанія состоитъ въ возвратѣ наличнаго обогащенія, должны быть еще больше спеціализованы.

Второе: подмѣченное нами на практикѣ разнообразіе между отдѣльными случаями, подходящими подъ наши

критеріи, объясняется не внутреннимъ несходствомъ этихъ случаевъ, а историческими причинами.

Все предшествующее изложеніе свидѣтельствуетъ о томъ, что мы склоняемся въ пользу втораго предположенія. Намъ предстоитъ теперь раскрыть тѣ историческія условія, которыя воспрепятствовали однообразному ходу развитія матерьяльно однородныхъ исковыхъ притязаній; вмѣстѣ съ тѣмъ мы постараемся отмѣтить тѣ моменты въ исторіи развитія этихъ притязаній, въ которыхъ сказывается стремленіе къ достиженію намѣченнаго нами идеала.

Съ этой цѣлью мы остановимся на искѣ о собственности, къ разбору котораго мы приступимъ во второмъ нашемъ очеркѣ.

II.

ГЛАВНЫЕ МОМЕНТЫ ВЪ ИСТОРІИ РАЗВИТІЯ ОТВѢТСТВЕННОСТИ ДОБРОСОВѢСТНАГО ВЛАДѢЛЬЦА ПРЕДЪ СОБСТВЕННИКОМЪ.

Ученіе о существованіи единаго иска о собственности при ближайшемъ разборѣ оказывается несостоятельнымъ.

Оно соотвѣтствуетъ развѣ характеру виндикаціи на первыхъ стадіяхъ ея развитія. Но въ развитомъ правѣ искъ о собственности получаетъ совершенно различный характеръ въ зависимости отъ того, находится ли владѣлецъ in bona или in mala fide.

Характеръ виндикаціи, направленной противъ недобросовѣстнаго владѣльца, ясно обозначился уже въ римскомъ правѣ: она превратилась въ (вещный) искъ объ убыткахъ.

Такое значеніе ея было удержано и важнѣйшими современными кодификаціями континентальной Европы (ср. выше § 9).

Не такъ ясно обозначился характеръ виндикаціи, направленной противъ добросовѣстнаго владѣльца.

Положенія римскаго права, опредѣляющія размѣръ отвѣтственности послѣдняго предъ собственникомъ, крайне суровы, отличаются казуистическимъ характеромъ и не могутъ быть сведены къ одному общему принципу.

И въ современномъ правѣ характеръ этого иска не опредѣлился окончательно. Ближайшій анализъ, однако, думается намъ, покажетъ, что въ большинствѣ современныхъ законодательствъ сказывается явная тенденція ограничить размѣръ отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца наличнымъ его обогащеніемъ. Эта тенденція вполнѣ оправдывается характеромъ отношеній, существующихъ между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ (см. выше, § 9).

Намъ предстоитъ теперь ближе обосновать эти положенія.

Задача наша въ этомъ отношеніи будетъ двоякая: сначала мы попытаемся указать причины, которыя задержали правильное развитіе виндикаціи contra bonae fidei possessorem въ Римскомъ правѣ (гл. I).

А затѣмъ мы постараемся прослѣдить указанную нами тенденцію современнаго права: приближеніе иска о собственности противъ добросовѣстнаго владѣльца къ типу исковъ объ обогащеніи (гл. II).

Глава I.

Римское право.

§ 11.

Первоначальная область дѣйствія виндикаціи.

Виндикація принадлежитъ къ числу древнѣйшихъ исковыхъ притязаній. Время появленія ея не можетъ быть установлено даже приблизительно. Несомнѣнно

одно, что область примѣненія ея первоначально была значительно уже, чѣмъ въ позднѣйшее время.

Въ развитомъ римскомъ правѣ виндикація возникаетъ въ трехъ главныхъ категоріяхъ случаевъ:

а) когда вещь похищена у собственника ея:

б) когда она перешла къ другому лицу на основаніи недѣйствительной сдѣлки;

в) когда переходъ вещи изъ однѣхъ рукъ въ другія состоялся подъ условіемъ и условіе не исполнилось, или когда она была передана другому лицу для временнаго пользованія, храненія, въ залогъ, съ порученіемъ передать вещь третьему лицу и т. п., и срокъ пользованія и т. д. истекъ.

I. Изъ этихъ трехъ категорій случаевъ послѣдней первоначально вовсе не существовало.

Первыя сдѣлки оборота были исключительно направлены на полное и безусловное отчужденіе отдѣльныхъ тѣлесныхъ вещей, другими словами, — на передачу права собственности. Лишь много позже ощущается потребность въ формахъ условнаго и неполнаго, временнаго отчужденія (ср. и Іеринг, Geist des R. R. изд. 3-е, т. II ч. 2 стр. 433—435).

Источники содержатъ цѣлый рядъ указаній на такой ходъ развитія.

1) Что касается условныхъ сдѣлокъ, то отсутствіе ихъ въ древнемъ правѣ удостовѣряется прежде всего Папиніаномъ, который прямо говоритъ, что actus legitimi (древнѣйшія сдѣлки цивильнаго права) — non recipiunt diem vel condicionem; они in totum

vitiantur per temporis vel condicionis adjectionem (l. 77 D. de V. S. 50. 17).

Ср. Фойгтъ, das jus naturale etc. т. III стр. 34 и 35, въ особ. примѣч. 42 (mancipatio) и 46 (in jure cessio).

Далѣе, еще Гай считаетъ нужнымъ особо заявить, что купля-продажа и наемъ могутъ быть заключены подъ условіемъ.

Gaj. Inst. III, § 146, — jam enim non dubitatur, quin sub condicione res venire aut locari possunt.

И Юстиніанъ говоритъ:

l. 6 Cod. pro socio 4. 37. — de societate apud veteres dubitatum est, si sub conditione contrahi potest.

Слѣдовательно, даже относительно неформальныхъ сдѣлокъ позднѣйшаго права существовалъ споръ о томъ, можетъ-ли быть поставленъ эффектъ сдѣлки въ зависимость отъ наступленія того или другаго условія.

2) Подобно тому, какъ первоначально не существовало условныхъ сдѣлокъ, не было и сдѣлокъ, направленныхъ на временную передачу вещи въ третьи руки (для пользованія, на храненіе, въ залогъ).

Къ этимъ сдѣлкамъ должны быть отнесены прежде всего сдѣлки, направленныя на установленіе узуфрукта, который представляетъ собою древнѣйшую форму личныхъ сервитутовъ.

Есть основаніе думать, что единственнымъ способомъ установленія узуфрукта первоначально служилъ легатъ: на это указываетъ тотъ фактъ, что преторъ требовалъ cautio usufructuaria только при ususfructus legatus (l. 1 Dig. usufructuarius quemadmodum 7. 9).

Ср. Дернбургъ, Pandekten т. I стр. 580.
Ленель, Edictum perpetuum стр. 296.

Между тѣмъ, едва ли подлежитъ сомнѣнію, что самое наслѣдованіе по завѣщанію, а тѣмъ болѣе такой сложный институтъ, какъ легатъ, возникли относительно поздно.

Изъ другихъ, относящихся сюда сдѣлокъ, мы укажемъ еще на залогъ и на договоры depositi и commodati. Цѣли, преслѣдуемыя этими сдѣлками, первоначально достигались лишь косвеннымъ путемъ, посредствомъ mancipatio и in jure cessio fiduciae causa. Форма эта, которая довольно подробно разбирается Гаемъ (Inst. II, § 59. 60), настолько искусственная, что сама по себѣ уже свидѣтельствуетъ объ относительно позднемъ происхожденіи своемъ.

Ср. Oertmann, die fiducia, 1890, стр. 52—72.

II. Вторая категорія случаевъ также первоначально не могла имѣть большаго практическаго значенія, такъ какъ число всѣхъ заключаемыхъ сдѣлокъ при зачаточномъ состояніи оборота само по себѣ не могло быть особенно велико и сверхъ того сдѣлки первоначально были безусловно дѣйствительны, разъ только была соблюдена надлежащая форма.

1) Всѣ ограниченія этого положенія относятся къ позднѣйшему времени.

Стоитъ вспомнить, что actio и exceptio doli и quod metus causa и внѣдоговорныя кондикціи, въ частности condictio indebiti, эти важнѣйшіе коррективы на случай обмана, насилія и ошибки, возникли относительно поздно. Такъ, actio doli и quod metus causa введены лишь преторомъ.

Что касается внѣдоговорныхъ кондикцій, то онѣ во всякомъ случаѣ появились только послѣ изданія legis Siliae и Calpurniae, коими введена послѣдняя legis actio — per condictionem. (Ср. Фойгтъ, über die condictiones ob causam, стр. 258 и сл.)

Равнымъ образомъ отдѣльныя ограниченія свободы распоряженій начинаютъ возникать лишь послѣ изданія XII табл., которыя выставили положеніе: uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

Да оно и понятно: главными, если только не единственными формами сдѣлокъ оборота служили первоначально mancipatio и in jure cessio. Сущность первой заключается въ участіи свидѣтелей, сущность второй въ участіи магистрата при совершеніи сдѣлки. Другими словами, сдѣлки заключаются подъ контролемъ третьихъ, незаинтересованныхъ лицъ (за исключеніемъ развѣ случаевъ передачи малоцѣнныхъ объектовъ, — ср. Фойгтъ, das jus naturale, т. III стр. 207, — таковые не имѣютъ однако сколько нибудь важнаго практическаго значенія). При такихъ условіяхъ возможность обмана, насилія, ошибки очень незначительна; заключеніе сдѣлки лицомъ недѣеспособнымъ, напр ребенкомъ или умалишенномъ, почти немыслимо (въ особенности въ формѣ in jure cessio).

2) Конечно, были возможны случаи несоблюденія формы. Но число такихъ случаевъ едва ли было сколько нибудь значительно. Сила привычки, перешедшей въ обычай, заставляла мириться съ существующими формами, тѣмъ болѣе, что участіе третьихъ лицъ при заключеніи сдѣлокъ въ той или другой формѣ было

совершенно необходимо ввиду исключительно словеснаго порядка совершенія ихъ, — въ противномъ случаѣ не было никакой возможности доказать правомѣрный переходъ данной вещи изъ однѣхъ рукъ въ другія.

III. Ввиду изложеннаго практическое значеніе виндикаціи въ общемъ сводилось къ тому, что она наряду съ actio furti — служила формой защиты противъ обогащенія, первоначально возникшаго ex delicto.

1) Вопросъ о соотношеніи между виндикаціей и actio furti и въ частности о томъ, который изъ обоихъ исковъ возникъ раньше, представляется спорнымъ. Подробный разборъ этого вопроса выходитъ за предѣлы нашей задачи.

Для насъ достаточно констатировать, что оба иска со времени сосуществованія ихъ не исключаютъ, а въ качествѣ формъ защиты собственности противъ правонарушеній дополняютъ другъ друга; объ этомъ прямо свидѣтельствуютъ источники:

> l. 54 § 3 D. de furtis 47. 2. (Gajus). Quum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero (sc. furtiva) et vindicatio ad rei recuperationem, apparet, recepta re nihilominus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et condictionem tolli, sicut ex diverso, post solutam dupli aut quadrupli poenam, salva est vindicatio et condictio.

Это вполнѣ естественно: оба иска удовлетворяютъ совершенно различнымъ потребностямъ: виндикація (первоначально безусловно, впослѣдствіи условно) направлена на возвратъ самой похищенной вещи, (ср. Gaj.

Inst. IV § 48 i. f., 163; § 31 J. de action. 4. 6; ср. § 2 J. de off. jud. 4. 17), actio furti — исключительно на взысканіе штрафа Объ потребности должны были сказаться очень рано. Выработка двухъ самостоятельныхъ притязаній для удовлетворенія ихъ вполнѣ объясняется тѣмъ свойствомъ древняго процесса, которое Іерингъ выразилъ словами: ein Process — eine Frage (Geist des R. R. изд. II т. 3, стр. 22).

2) Весьма понятно, что при такихъ условіяхъ не дѣлалось различія между лицомъ, первоначально похитившимъ вещь, и тѣми лицами, къ которымъ она впослѣдствіи перешла. Съ точки зрѣнія древняго права вопросъ о виновности каждаго даннаго лица рѣшался на основаніи чисто внѣшнихъ критеріевъ: отвѣчаетъ тотъ, кто prima facie представляется виновнымъ, въ частности всякій владѣлецъ (Ср. actio furti concepti — Gaj. Inst. III § 186). — Практически, такой взглядъ привелъ къ тому, что виндикація получила характеръ вещнаго притязанія и что о вознагражденіи даннаго владѣльца — отвѣтчика за отнятіе у него спорной вещи не могло быть и рѣчи.

Ср. и Іерингъ, Geist, т. III, стр. 185–192.

§ 12.

Дальнѣйшее развитіе.

Мы видѣли, что виндикація первоначально возникала преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ переходъ вещи изъ однѣхъ рукъ въ другія являлся результатомъ правонарушенія.

Съ развитіемъ оборота область примѣненія ея значительно расширилась; въ частности она была распространена и на тѣ случаи, для которыхъ въ германскомъ правѣ сложилось правило: „Hand muss Hand wahren“, — явленіе тѣмъ болѣе поразительное, что оно не сопровождалось сколько нибудь существенными ограниченіями объема иска въ интересахъ добросовѣстнаго владѣнія

I. Ближайшая причина невѣроятнаго распространенія сферы примѣненія виндикаціи заключается въ томъ, что развитіе оборота опередило развитіе юридическихъ сдѣлокъ: потребность въ формахъ неполнаго, временнаго, условнаго, препоручительнаго и т. д. отчужденія не нашла себѣ своевременно надлежащаго удовлетворенія.

1) Дѣйствительно, mancipatio и in jure cessio fiduciae causa не могутъ быть признаны удачнымъ разрѣшеніемъ назрѣвшей проблемы: ввиду формальнаго перехода права собственности на манципатора или цессіонарія манципантъ и in jure цедентъ не были обезпечены даже на случай переотчужденія уступленной вещи со стороны формальнаго собственника ея третьему лицу, знавшему о томъ, что вещь была передана sub pacto fiduciae.

А между тѣмъ къ этой формѣ приходилось прибѣгать на каждомъ шагу; вотъ перечень важнѣйшихъ случаевъ fiduciae cum amico: (ср Oertmann, ук. соч. стр. 136):

fiducia при отдачѣ вещи на храненіе; fiducia при отдачѣ вещи для пользованія (позднѣйшій коммодатъ); fiducia при секвестраціи;

fiducia при мандатѣ, при contractus aestimatorius и договорѣ товарищества, необходимая для того, чтобы уполномоченный или товарищъ могъ манципировать или in jure цедировать вещь въ интересахъ прежняго собственника третьему лицу; fiducia въ легисакціонномъ процессѣ; fiducia въ качествѣ суррогата условной передачи вещи; fiducia при дареніяхъ на срокъ.

Наконецъ, къ этому перечню необходимо еще прибавить fiducia cum creditore — съ цѣлью залога.

2) Такое положеніе вещей должно было вызвать реакцію. За отсутствіемъ другой, болѣе пригодной формы стали все чаще прибѣгать къ неформальной передачѣ вещи со стороны ея собственника тому лицу, которое должно было пользоваться ею или хранить ее и т. д.

Неформальная традиція не имѣла первоначально никакого юридическаго значенія: она не служила и не могла служить выраженіемъ сдѣлки, направленной на передачу права собственности, именно благодаря своему неформальному характеру; такое значеніе она получила относительно поздно.

Ср. Фойгтъ, das jus naturale, т. III, стр. 207 и сл.

Другихъ же сдѣлокъ, кромѣ сдѣлокъ, направленныхъ на передачу права собственности, не существовало, или, что на практикѣ то-же, онѣ не признавались правомъ.

При такихъ условіяхъ неформальная передача не обязывала собственника ни къ чему, онъ сохранялъ право собственности и вмѣстѣ съ тѣмъ виндикаціи.

Съ теченіемъ времени, правда, наступило измѣненіе въ томъ смыслѣ, что было признано самостоятельное юридическое значеніе за соглашеніемъ, лежащимъ въ основаніи традиціи, — другими словами, появился рядъ самостоятельныхъ договоровъ (commodati, depositi, pigneraticius, locati conducti и др.), — съ этихъ поръ собственникъ не могъ уже требовать обратно вещи до истеченія срока и т. д. — И дальше сложилось правило, что въ примѣненіи къ res nec mancipi traditio можетъ служить способомъ пріобрѣтенія собственности. (Ср. Фойгтъ, ук. соч. т. IV, стр 561—570).

Другими словами, было предоставлено усмотрѣнію договаривающихся сторонъ, какое онѣ желаютъ придать значеніе акту традиціи. Этимъ конечно были удовлетворены интересы непосредственныхъ контрагентовъ, — но нельзя сказать того же объ интересахъ добросовѣстнаго третьяго пріобрѣтателя; по отношенію къ нему сохранились всѣ невыгоды прежняго порядка вещей во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ традиція не сопровождалась уступкой права собственности со стороны первоначальнаго собственника.

II. Такой ненормальный порядокъ могъ пустить корни только благодаря индифферентизму, съ которымъ законодательная власть относилась къ вопросамъ гражданскаго права вообще и къ защитѣ интересовъ оборота въ особенности.

Только законъ могъ сломить силу порядка, сложившагося исключительно на основаніи обычая.

Но законъ лишь усугубилъ недостатки этого порядка; онъ установилъ все возрастающій рядъ основаній недѣй-

ствительности сдѣлокъ (въ частности въ видахъ ограниченія свободы распоряженій разныхъ категорій лицъ), расширяя этимъ все больше область виндикаціи, но нисколько не заботясь притомъ нормировать ближе предѣлъ отвѣтственности владѣльца въ зависимости отъ bona или mala fides его.

Правда, позднѣйшая юриспруденція стремилась восполнить этото недостатокъ, и притомъ въ двоякомъ направленіи: съ одной стороны въ смыслѣ расширенія отвѣтственности недобросовѣстнаго владѣльца, — съ другой въ смыслѣ ограниченія отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца.

Ср. Фойгтъ, ук. соч. т. III стр. 583—616.

Но въ послѣднемъ отношеніи она дѣйствовала робко и нерѣшительно, и въ частности не отважилась признать право добросовѣстнаго владѣльца, пріобрѣтшаго спорную вещь ex causa onerosa, на вознагражденіе за уплаченный эквивалентъ

III. Нѣкоторымъ коррективомъ противъ практическихъ неудобствъ, вытекающихъ изъ суроваго характера виндикаціи, изстари служила usucapio съ ея краткими сроками давности. Однако практическое значеніе ея ослаблялось прежде всего тѣмъ, что res furtivae были признаны неподлежащими давностному пріобрѣтенію, (Gaj. Inst. II, 49), — а извѣстно, какъ широко толковалось понятіе furtum въ римскомъ правѣ. Сверхъ того usucapio не распространялась на agri provinciales и не была доступна перегринамъ, (ib II § 46, 65), — а longi temporis praescriptio мало ограждала интересы добросовѣстныхъ владѣльцевъ ввиду продолжительнаго срока давности.

IV. Наконецъ, необходимо упомянуть еще объ одномъ факторѣ, задержавшемъ естественный ходъ развитія иска о собственности.

Онъ заключается въ своеобразномъ развитіи института отвѣтственности за эвикцію. На немъ мы теперь и остановимся.

§ 13.

Связь между виндикаціей и институтомъ отвѣтственности за эвикцію.

Тѣсная связь между виндикаціей и отвѣтственностью за эвикцію ясна для всякаго. Сущность послѣдняго института состоитъ въ томъ, что онъ является косвенной формой защиты добросовѣстнаго владѣнія ex causa onerosa.

Очевидно, косвенная форма защиты требуется постольку, поскольку недостаетъ прямой. Другими словами, чѣмъ суровѣе характеръ виндикаціи, тѣмъ большее значеніе долженъ пріобрѣсти въ данной правовой системѣ институтъ отвѣтственности за эвикцію, въ особенности, разъ въ данной общественной средѣ, какъ въ Римѣ, существуетъ оживленный и сложный оборотъ.

Лучшимъ подтвержденіемъ этихъ общихъ соображеній служитъ ходъ развитія этого института въ Римскомъ правѣ.

I. Первый зародышъ нашего института встрѣчается уже въ законодательствѣ XII таблицъ подъ названіемъ actio auctoritatis; на основаніи ея манципантъ вслучаѣ отнятія вещи у манципатора отвѣчалъ in duplum.

Pauli Sent. II, 17 § 3. Res empta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.

Ср. Baron, Geschichte des R. R. т. I, стр. 137.

Позднѣе стало входить въ обычай при самомъ заключеніи договора купли продажи заключать stipulatio duplae на случай эвикціи купленной вещи.

Вскорѣ установилось правило, что покупщикъ имѣетъ право требовать отъ продавца заключенія stipulatio duplae.

Ср. l. 37 pr. D. de evict. 21. 2 (Ulpianus). Emtori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit . . .

И дальше юриспруденція признала, что если покупщикъ забылъ своевременно потребовать заключенія stipulatio duplae, онъ можетъ предъявить это требованіе позднѣе.

l. 11 § 8 D. de A. E. V. 19. 1. (Ulp.) Idem Neratius (ait) . . . ex emto actionem esse, ut habere licere emtori caveatur . . .

Ср. l 31 § 20 D. de aed. ed. 21. 1. (Ulpianus). Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.

Вмѣстѣ съ тѣмъ было признано, что покупщикъ имѣетъ право непосредственно искать съ продавца quanti ejus interest на случай эвикціи.

l. 8 D. de evict. 21. 2 (Julianus). Venditor hominis emtori praestari debet, quanti ejus interest hominem venditoris fuisse.

l. 60 eod. (Javolenus). Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine, et ex natura ex emto actionis hoc quod interest.

Наконецъ, положенія, выработанныя въ примѣненіи къ куплѣ-продажѣ, были распространены на другіе, сходные случаи.

Ср. Баронъ, Pandekten, изд. 7^е^, 1890 г., стр. 406.

II. И такъ, исторія отвѣтственности за эвикцію заканчивается тѣмъ, что за пріобрѣтателемъ признается по закону право требовать вознагражденія за весь свой интересъ, т. е. за весь прямой и косвенный убытокъ на случай эвикціи пріобрѣтенной имъ вещи; при этомъ конечно предполагается, что онъ не зналъ о томъ, что купилъ чужую вещь (l. 27 Cod. de evict. 8, 44), и что не было заключено pactum de non praestanda evictione.

Нельзя не замѣтить, что это положеніе ввидѣ общей законной нормы представляется чрезвычайно суровымъ съ точки зрѣнія интересовъ добросовѣстнаго продавца. — Дѣйствительно, вполнѣ понятно, что продавецъ отвѣчаетъ за прямой убытокъ отъ эвикціи проданной вещи, и въ частности обязанъ вернуть покупную плату, разъ покупщикъ не имѣетъ права требовать возврата ея у виндицирующаго соб-

ственника: въ этихъ предѣлахъ продавецъ можетъ считаться обогатившимся насчетъ покупателя, ибо не продай онъ вещи, она была бы отнята у него самаго. Но какія могутъ быть приведены основанія въ пользу расширенія отвѣтственности его за этотъ предѣлъ, разъ только онъ самъ (объективно и субъективно) дѣйствовалъ bona fide? Обѣ стороны — и покупщикъ, и продавецъ, одинаково заинтересованы въ заключеніи сдѣлки, обѣ одинаково знаютъ, что нѣтъ безусловной гарантіи противъ возможности эвикціи со стороны третьяго лица (по крайней мѣрѣ при римскихъ порядкахъ).

Почему же въ такомъ случаѣ весь рискъ отъ заключенія сдѣлки долженъ непремѣнно, помимо всякаго особаго о томъ соглашенія, падать на одного продавца?

Намъ думается, что причина этого явленія опять-таки чисто историческая Оборотъ не могъ обходиться безъ серьезной гарантіи интересовъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя.

Прямой же гарантіи въ смыслѣ надлежащаго ограниченія предѣловъ примѣненія и объема виндикаціи въ пользу добросовѣстнаго владѣнія не существовало.

Пришлось прибѣгнуть къ самопомощи. Она выразилась въ обычаѣ заключать stipulatio duplae; о степени распространенія его прямо свидѣтельствуетъ вышеприведенный фрагментъ Ульпіана (l. 31, § 20 D. de aed ed. 21. 1): assidua est duplae stipulatio. Происхожденіе этого обычая вполнѣ объясняется безвыходнымъ положеніемъ продавца: конкурренція заставляла его идти на всякія уступки.

Законъ и въ данномъ случаѣ не шелъ ему на помощь А практика въ лицѣ юриспруденціи, руководствуясь очевидно желаніемъ по возможности оградить интересы добросовѣстнаго владѣнія, и не понявъ корня зла или не чувствуя себя въ силахъ переконструировать виндикацію, открыто стала на сторону сильнѣйшаго и придала тому, что носило характеръ добровольнаго соглашенія, значеніе общеобязательной нормы: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis venire debent (l. 32 § 20 cit.). Взамѣнъ всего этого, пострадавшему продавцу было предоставлено съ своей стороны искать убытки съ своего auctor'a и т. д., — право, на практикѣ довольно трудно осуществимое.

Ср. l. 39 § 1. l. 61. l. 71 D. de evict. 21. 2.
Дернбургъ, Pandekten т. II стр. 262.

III. Конечно, съ точки зрѣнія добросовѣстнаго пріобрѣтателя широкая отвѣтственность auctor'a за эвикцію въ значительной степени искупала невыгоды, какимъ онъ подвергался вслучаѣ предъявленія къ нему виндикаціи. И въ этомъ смыслѣ институтъ отвѣтственности за эвикцію въ той формѣ, въ какую онъ вылился въ Римскомъ правѣ, несомнѣнно представляетъ одинъ изъ факторовъ, задержавшихъ правильный ходъ развитія иска о собственности.

§ 14.

Результаты. Причины своеобразнаго развитія hereditatis petitionis.

I. Предшествующее изложеніе привело насъ къ слѣдующимъ двумъ общимъ выводамъ:

1) Виндикація первоначально служила почти исключительно формой защиты противъ обогащенія, возникшаго изъ имущественнаго правонарушенія непосредственно обогатившагося лица.

Этимъ въ связи съ раннимъ появленіемъ иска объясняется, почему bona fides владѣльца-отвѣчика не оказывала вліянія на размѣръ отвѣтственности его предъ собственникомъ.

2) Дальнѣйшая исторія виндикаціи характеризуется двумя моментами:

съ одной стороны необычайнымъ внѣшнимъ развитіемъ (въ смыслѣ чрезмѣрнаго распространенія сферы дѣйствія иска);

съ другой — далеко недостаточнымъ внутреннимъ развитіемъ: не было создано надлежащихъ ограниченій объема иска въ пользу добросовѣстнаго владѣнія.

Послѣднее объясняется главнымъ образомъ двумя причинами: бездѣйствіемъ законодательной власти и своеобразнымъ развитіемъ института отвѣтственности за эвикцію.

II. Остальныя вещныя притязанія, возникшія въ позднѣйшее время — actio Publiciana, actio hypothecaria, vectigalis in rem actio и т. д. — усвоили всѣ существенныя черты своего прототипа, — виндикаціи.

III. Исключеніе, и притомъ очень рѣзкое, составляетъ одна только hereditatis petitio (l. 36 § 4 D. de H. P. 5. 3).

Мы не можемъ обойти молчаніемъ вопросъ о томъ, почему именно этотъ искъ, который несомнѣнно тоже долженъ былъ возникнуть довольно рано, представляетъ уклоненіе отъ всѣхъ другихъ вещныхъ притязаній.

При разрѣшеніи этого вопроса необходимо имѣть ввиду два обстоятельства:

1) Принципіальное ограниченіе отвѣтственности добросовѣстнаго наслѣдовладѣльца размѣромъ наличнаго его обогащенія появилось лишь въ императорскомъ періодѣ, на основаніи извѣстнаго Senatusconsultum Juventianum, изданномъ при Гадріанѣ. — До этого времени не дѣлалось принципіальнаго различія между bonae и malae fidei possessor hereditatis.

> Ср. Lammfromm, Beiträge zur Geschichte der Erbschaftsklage, 1887, стр. 96 и сл.

Это положеніе представляетъ собою такимъ образомъ плодъ позднѣйшей рефлекціи.

2) Указанное положеніе совпадаетъ во времени съ другимъ постановленіемъ, въ силу котораго usucapio pro herede признается недѣйствительной по отношенію къ настоящему наслѣднику.

> Ср. Gaj. Inst. II, 57. Sed hoc tempore jam non est lucrativa (sc. usucapio pro herede). Nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. Et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit,

hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

Ср. и Lammfromm, ук. соч. стр. 124.

Другими словами, введеніе прямой формы защиты интересовъ добросовѣстнаго наслѣдовладѣнія совпадаетъ съ отмѣной косвенной формы защиты ихъ.

Пока существовала usucapio pro herede, на которую, какъ извѣстно, не распространялись ограничительныя постановленія, стѣсняющія обыкновенную usucapio, наслѣдовладѣлецъ (притомъ какъ добросовѣстный такъ и недобросовѣстный) всего по истеченіи года становился наслѣдникомъ и вмѣстѣ съ тѣмъ всякіе счеты съ настоящимъ наслѣдникомъ прекращались сами собою.

Но съ паденіемъ этого института положеніе наслѣдовладѣльца должно было измѣниться кореннымъ образомъ.

Оставить же интересы добросовѣстнаго possessor pro herede безъ всякой защиты было немыслимо.

При сложномъ и запутанномъ характерѣ римскаго наслѣдственнаго права случаи добросовѣстнаго владѣнія pro herede должны были встрѣчаться слишкомъ часто, чтобъ не вызвать настоятельной потребности въ урегулированіи этого вопроса.

Римская юриспруденція прекрасно поняла всю практическую важность надлежащей постановки этого вопроса: разрѣшеніе, которое она предложила, какъ нельзя лучше свидѣтельствуетъ о ея глубокомъ пониманіи интересовъ оборота и о ея умѣніи удовлетворять имъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, какъ въ данномъ, нельзя было

обходить щекотливый вопросъ созданіемъ новыхъ косвенныхъ коррективовъ.

При этомъ она, чтобъ оградить себя отъ всякихъ нареканій и обезпечить успѣхъ дѣла въ будущемъ, сочла нужнымъ обратиться къ содѣйствію законодательной власти. Въ результатѣ всего этого явился SC. Juvenciauum, проложившій первую серьезную брешь въ систему вещныхъ притязаній.

Глава II.

Современныя кодификаціи.

§ 15.

Общія замѣчанія.

Римское право, отличаясь строго индивидуалистическимъ характеромъ, мало обращало вниманія на интересы оборота. Равнодушное отношеніе къ нимъ особенно невыгодно отозвалось на системѣ римскихъ вещныхъ правъ (въ особенности на залоговомъ правѣ).

Совсѣмъ противоположное явленіе наблюдается въ современныхъ законодательствахъ: вездѣ защита интересовъ оборота выдвигается на первый планъ.

Новое движеніе коснулось между прочимъ и иска о собственности противъ добросовѣстнаго владѣльца, а вмѣстѣ съ тѣмъ и тѣсно связаннаго съ нимъ иска ex evictione.

Въ частности, слѣдуетъ обратить вниманіе на три пункта:

а) ограниченіе сферы примѣненія виндикаціи;

б) приближеніе ея къ типу чистыхъ исковъ объ обогащеніи черезъ введеніе т. н. Lösungsanspruch;

в) ограниченіе отвѣтственности добросовѣстнаго продавца ex evictione, т. е. смягченіе суроваго характера косвенной формы защиты добросовѣстнаго владѣнія благодаря появленію прямыхъ формъ ея. — Конечно, процессъ развитія, о которомъ идетъ рѣчь, пока еще не законченъ. Даже больше, — не вездѣ и не во всѣхъ отношеніяхъ новое движеніе развивается одинаково послѣдовательно, нерѣдко даже оно встрѣчаетъ противодѣйствующія теченія.

Но вѣдъ мы и желаемъ отмѣтить лишь общую тенденцію этого новаго движенія, заранѣе отказываясь выставить формулу, непосредственно пригодную для практики. А для такой цѣли и не требуется имѣть дѣло съ законченнымъ процессомъ развитія.

Въ заключеніе этихъ общихъ замѣчаній мы позволимъ себѣ сдѣлать еще одну оговорку: въ дальнѣйшемъ изложеніи мы не коснемся вопроса о вліяніи принциповъ германскаго права на формулировку разбираемыхъ нами положеній. Если и нельзя отрицать этого вліянія, оно все таки далеко не имѣетъ того важнаго значенія, какое ему нерѣдко приписываютъ. Къ тому же для насъ въ данномъ случаѣ важно констатировать не столько всѣ отдѣльные факторы даннаго движенія, сколько существованіе и формы проявленія самого движенія.

Мы обратимся теперь къ разсмотрѣнію указанныхъ нами трехъ пунктовъ.

§ 16.

Ограниченіе области примѣненія виндикаціи.

Область примѣненія виндикаціи подверглась ограниченію въ двоякомъ отношеніи:

I. Съ одной стороны состоялась важная реформа, заключающаяся въ введеніи системы поземельныхъ книгъ.

Правда, эта система введена не повсемѣстно, но и въ тѣхъ странахъ, гдѣ пока обходятся безъ нея, вопросъ о введеніи ея стоитъ на очереди. Цѣлесообразность и пригодность принципа, лежащаго въ ея основѣ, не оспаривается никѣмъ, — споръ касается лишь отдѣльныхъ, частныхъ пунктовъ, подробностей порядка осуществленія ея началъ. — Сущность этой системы, какъ извѣстно, состоитъ въ томъ, что добросовѣстный пріобрѣтатель недвижимаго имѣнія становится полнымъ хозяиномъ его, разъ его auctor значился по книгѣ собственникомъ имѣнія. Другими словами, по отношенію къ такимъ лицамъ отпадаетъ право виндикаціи первоначальнаго собственника, который сохраняетъ лишь въ извѣстныхъ случаяхъ искъ объ убыткахъ противъ отчуждателя — auctor'а. Этимъ достигается конечно безусловное обезпеченіе добросовѣстнаго пріобрѣтенія.

Большинство законодательствъ ограничиваетъ впрочемъ дѣйствіе этого правила случаями возмезднаго пріобрѣтенія недвижимостей. Такое ограниченіе нельзя не признать вполнѣ цѣлесообразнымъ.

Ср. прусск. законъ о пріобрѣтеніи недвижимостей отъ 5. Мая 1872 г. § 9. Запись о переходѣ права собственности и ея послѣдствія могутъ быть оспорены на общемъ основаніи (nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts). Однако права, пріобрѣтенныя въ промежуточное (sc. между внесеніемъ записи и предъявленіемъ спора) время третьими лицами возмездно и въ доброй вѣрѣ въ правильность поземельной книги, остаются въ силѣ.

Ср. тамъ же § 38.

Grundbuchordnung отъ 5. Мая 1872 г. § 118.

Нѣкоторыя законодательства, въ томъ числѣ саксонское гражданское уложеніе (§ 278, 429) идутъ дальше и распространяютъ силу этого правила и на случаи безвозмезднаго пріобрѣтенія.

Къ нимъ примыкаетъ проектъ гражданскаго уложенія для германской имперіи § 837.

Составители проекта въ мотивахъ къ нему (т. III стр. 212) въ особенности ссылаются на то, что въ противномъ случаѣ всякому пріобрѣтателю ex causa onerosa грозила бы опасность подвергаться безпокойствамъ отъ предъявленія неосновательныхъ придирокъ и споровъ. („Gefahr durch frivole und chicanöse Angriffe in dem ruhigen Genusse des entgeltlich erworbenen Rechts gestört zu werden“).

Такая аргументація едва ли можетъ быть признана правильною.

Прежде всего, если разсуждать такъ, то почему

въ тѣхъ же видахъ не распространить дѣйствіе § 837 и на случаи пріобрѣтеній, совершенныхъ mala fide.

Но и помимо сего, слѣдуетъ предложить себѣ вопросъ, неужели такъ ужъ трудно доказать возмездный характеръ пріобрѣтенія недвижимостей? Едва ли можно дать утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ: несомнѣнно въ громадномъ большинствѣ случаевъ пріобрѣтатель въ состояніи представить документы, безспорно свидѣтельствующіе объ уплатѣ имъ покупной цѣны, такъ какъ всякому важно заручиться такими документами уже въ видахъ предотвращенія спора со стороны непосредственнаго контрагента — auctor'a.

Но еслибы даже для пріобрѣтателя ex causa onerosa было затруднительнѣе доказать возмездное основаніе перехода недвижимости, чѣмъ это оказывается на практикѣ, нельзя же совершенно пренебрегать интересами прежняго собственника: а къ такому пренебреженію безъ нужды приводитъ распространеніе § 837 на случаи всякаго, не только возмезднаго, но и безвозмезднаго пріобрѣтенія, разъ только пріобрѣтатель дѣйствовалъ bona fide.

II. Сверхъ указанной реформы состоялась другая, не менѣе важная. Мы говоримъ объ ограниченіи области виндикаціи по отношенію къ движимымъ вещамъ, (къ которымъ должны быть причислены и современныя формальныя письменныя обязательства вродѣ векселей, бумагъ на предъявителя и т. д.).

1) Дальше всего ушло въ этомъ отношеніи французское право. („En fait de meubles, la possession vaut titre.")

Code civ. ст. 2279. Относительно движимостей владѣніе замѣняетъ всякое основаніе. Однако тотъ, кто потерялъ вещь или у кого она украдена, можетъ виндицировать ее въ теченіи трехъ лѣтъ, начиная со дня потери или кражи, у каждаго, въ рукахъ котораго онъ ее находитъ; причемъ за послѣднимъ сохраняется право регресса противъ того, отъ кого ему досталась вещь.

Нѣсколько осторожнѣе высказываются системы германскаго типа.

Герм. Торг. Улож. § 306. Если товаръ или другія движимыя вещи отчуждены и переданы купцомъ при отправленіи имъ торговли, (im Handelsbetriebe), то добросовѣстный пріобрѣтатель получаетъ право собственности, если даже отчуждающій не былъ собственникомъ.

Прежнее право собственности прекращается. Всякое прежнее закладное и другое вещное право прекращается, если пріобрѣтатель не зналъ о немъ въ моментъ пріобрѣтенія.

Эта статья не находитъ себѣ примѣненія, если вещи были украдены или потеряны.

Авст. Гр. Ул. § 367. Искъ о собственности не допускается противъ добросовѣстнаго владѣльца движимой вещи, если онъ докажетъ, что онъ пріобрѣлъ эту вещь либо съ публичнаго торга, либо отъ лица, торгующаго такими вещами, либо возмездно отъ такого лица, которому самъ истецъ передалъ вещь для пользованія,

храненія или ради иной цѣли. Въ такихъ случаяхъ добросовѣстными владѣльцами пріобрѣтается право собственности, и прежніе собственники сохраняютъ лишь право требовать возмѣщенія убытковъ отъ лицъ, отвѣтственныхъ предъ ними.

Ср. также Св. мѣстн. уз. губ. остз. ч. III ст. 923. Искъ о собственности не имѣетъ мѣста, когда движимая вещь, которую ея собственникъ добровольно ввѣрилъ постороннему лицу, отдачею ему въ ссуду, на сохраненіе, въ закладъ или инымъ образомъ, будетъ этимъ постороннимъ передана во владѣніе третьему лицу. Въ этомъ случаѣ допускается только личный искъ къ тому, которому собственникъ ввѣрилъ свою вещь, но отнюдь не къ третьему, добросовѣстному владѣльцу. (Впрочемъ, статьями 924—926 допущены нѣкоторыя исключенія изъ этого принципа.)

2) На римской точкѣ зрѣнія стоятъ Прусское земское право и Саксонское гражданское уложеніе.

Ср. Пр. З. Пр. ч. 1 тит. 10 § 3. Титулированный новый владѣлецъ пріобрѣтаетъ право собственности на вещь черезъ передачу ея по общему правилу въ томъ лишь только случаѣ, если прежній владѣлецъ, отъ котораго владѣніе перешло къ нему, самъ былъ собственникомъ. ч. I. тит. 15 § 1. Настоящій собственникъ имѣетъ право виндицировать у каждаго облада-

теля и владѣльца свою вещь, которая помимо его воли изъята изъ его храненія.

Впрочемъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ (знакомыхъ отчасти и Римскому праву), допускается изъятіе изъ этого общаго правила.

ч. I т. 15 § 42. — относительно вещей, купленныхъ фискомъ или съ публичнаго торга.

тамъ же § 45 — относительно звонкой монеты. Ср. Сакс. Гр. Ул. § 254 и 295 (общій принципъ) и § 296 (изъятіе относительно звонкой и бумажной монеты и публичныхъ цѣнныхъ бумагъ ца предъявителя).

Сходной точки зрѣнія придерживается и нашъ X т. Св. Зак. Гр. ст. 691.

3) Весьма значительно съуживается область виндикаціи по проекту германскаго уложенія (кн. III разд. IV, титулъ 3, о пріобрѣтеніи права собственности на движимыя вещи, §§ 877—880).

§ 877. Если отчуждающій не былъ собственникомъ вещи, пріобрѣтатель же не зналъ этого обстоятельства въ моментъ пріобрѣтенія, и незнаніе его не основано на грубомъ нерадѣніи, то пріобрѣтатель получаетъ . . . право собственности. . .

§ 878. Съ момента перехода права собственности на пріобрѣтателя прекращаются и всѣ остальныя права на вещь, если они не были извѣстны пріобрѣтателю въ моментъ пріобрѣтенія, и если незнаніе его не объясняется грубымъ нерадѣніемъ. . . .

§ 879. Правила, изложенныя въ §§ 877, 878, не находятъ себѣ примѣненія, если пріобрѣтеніе произошло на основаніи § 874 al. 3 безъ традиціи (т. е. въ случаѣ т. наз. brevi manu traditio и аналогичныхъ случаяхъ), или если традиція произошла на основаніи § 805 (т. е. въ случаѣ т. наз. constitutum possessorium). Они далѣе не находятъ себѣ примѣненія, если отчужденная вещь была украдена или потеряна или какимъ либо инымъ образомъ помимо воли собственника или того лица, кто держалъ вещь собственника, изъята изъ его храненія (Innehabung); за исключеніемъ однако тѣхъ случаевъ, когда отчуждены деньги или бумага на предъявителя, или когда отчужденіе другой вещи произошло въ порядкѣ публичнаго аукціона черезъ мѣстнаго судебнаго пристава или другаго чиновника, уполномоченнаго производить аукціоны, или чрезъ публично назначеннаго аукціонатора.

Ср. Мотивы къ проекту, т. III стр. 341 и слѣд.

Не безъинтересно замѣтить, что составители проекта пытаются доказать, что принятый ими принципъ въ сущности не представляетъ особаго уклоненія отъ началъ римскаго права. Охарактеризовавъ сначала римское начало: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, они продолжаютъ: „Противоположный принципъ состоитъ въ томъ, что разъ имѣются на лицо всѣ остальныя условія договора о переходѣ права собственности, въ особенности если исполнено требованіе передачи, то недостатокъ права (Rechtsmangel) въ лицѣ

отчуждающаго по общему правилу не принимается въ разсчетъ. На случай недобросовѣстнаго пріобрѣтенія вездѣ дѣлается исключеніе (только французское право возбуждаетъ сомнѣніе). Дальнѣйшее исключеніе, встрѣчающееся тоже почти вездѣ, касается того случая, когда собственникъ лишился отчужденной вещи помимо своей воли, когда слѣдовательно нѣтъ на лицо случая, подпадающаго подъ дѣйствіе правила германскаго права: „Hand wahre Hand.“ Получаемая такимъ образомъ постановка вопроса въ результатѣ не особенно разнится отъ римской постановки. Если откинуть при послѣдней требованіе истеченія пріобрѣтательной давности и принять въ разсчетъ исключеніе пріобрѣтательной давности относительно res furtiva, то въ общемъ получается та постановка вопроса, которую принято называть германской“ (Мотивы т. III стр. 342).

Очевидная натяжка въ этомъ разсужденіи настолько бросается въ глаза, что оно не требуетъ никакого опроверженія.

Такимъ образомъ и по отношенію къ движимымъ вещамъ въ цѣломъ рядѣ новыхъ кодификацій область виндикаціи болѣе или менѣе съужена. Насколько правильно разрѣшенъ этотъ вопросъ въ различныхъ системахъ, — мы здѣсь разбирать не станемъ, такъ какъ это выходитъ за предѣлы нашей задачи. Нельзя однако не повторить, что исключеніе всякаго притязанія противъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя ex causa lucrativa, какъ оно принято французскимъ правомъ и предполагается къ введенію по проекту германскаго уложенія, представляется неправильнымъ и нисколько не оправдывается интересами оборота.

III. Въ связи съ только что разсмотрѣнной въ двухъ направленіяхъ тенденціей современнаго права къ ограниченію области виндикаціи находится еще слѣдующее обстоятельство: въ нѣкоторыхъ кодификаціяхъ изъ числа условій пріобрѣтательной давности исключенъ justus titulus, — признается достаточнымъ bona fides, вслѣдствіе чего область этого института очевидно расширяется.

Ср напр. проектъ Герм. ул. § 881, см. и § 888. Мотивы къ пр. III, стр. 350 и сл.

§ 17.

Ограниченіе объема виндикаціи противъ добросовѣстнаго владѣльца (постепенный переходъ этого иска въ искъ объ обогащеніи).

Въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ допускается еще предъявленіе виндикаціи противъ добросовѣстнаго владѣльца, сказывается стремленіе къ ограниченію степени отвѣтственности его размѣромъ наличнаго обогащенія, хотя это послѣднее начало пока ни однимъ законодательствомъ не проведено послѣдовательно.

1) Наиболѣе характернымъ признакомъ этой тенденціи современнаго права служитъ установленіе того правила, что собственникъ, предъявляющій виндикацію противъ добросовѣстнаго владѣльца, можетъ требовать выдачи вещи не иначе, какъ вознаградивъ владѣльца за эквивалентъ, взамѣнъ котораго тотъ въ свое время пріобрѣлъ вещь (т. наз. Lösungsanspruch).

Такъ, Прусское земское право опредѣляетъ:

ч. I тит. 15 § 25. Тотъ кто отъ надежнаго лица, на основаніи возмезднаго договора, пріі-

обрѣлъ вещь, которой лишился настоящій собственникъ или владѣлецъ, долженъ тоже ее возвратить;

тамъ-же, § 26. Но онъ въ свою очередъ можетъ требовать возмѣщенія всего того, что онъ взамѣнъ нея далъ или исполнилъ (gegeben oder geleistet).

Это важное право добросовѣстнаго владѣльца въ французскомъ правѣ и по саксонскому уложенію значительно съужено.

Code civ. art. 2280. Если владѣлецъ украденной или потерянной вещи купилъ эту вещь на ярмаркѣ или на рынкѣ, или съ публичнаго торга или отъ купца, торгующаго подобными вещами, то первопачальный собственникъ не можетъ требовать выдачи вещи иначе, какъ вернувъ владѣльцу цѣну, которую онъ за нее заплатилъ.

Сакс. Ул. § 314. Необходимымъ расходомъ на вещь считается и цѣна, которую владѣлецъ заплатилъ при пріобрѣтеніи ея, разъ самое пріобрѣтеніе послѣдовало при такихъ обстоятельствахъ, ввиду которыхъ слѣдуетъ признать, что посредствомъ пріобрѣтенія вещи владѣльцемъ истецъ сохранилъ возможность охранить свое право собственности судебнымъ порядкомъ. Въ частности это слѣдуетъ признать, когда пріобрѣтены отъ непріятеля вещи, составлявшія его военную добычу (erbeutete Sachen).

§ 315. Въ другихъ случаяхъ отвѣтчикъ не можетъ требовать возмѣщенія уплаченной за

вещь цѣны, если только онъ не пріобрѣлъ эту вещь съ публичнаго торга, который произведенъ присутственнымъ мѣстомъ или лицомъ, обязаннымъ производить публичные торги, — или же если онъ ее пріобрѣлъ въ доброй вѣрѣ на ярмаркѣ или на рынкѣ отъ лица, уполномоченнаго къ производству торговли.

Равнымъ образомъ Сводъ мѣстн. узак. губ. остзейск. лишь въ видѣ исключенія допускаетъ право требовать возмѣщенія суммы, заплаченной добросовѣстнымъ владѣльцемъ за вещь, виндицируемую у него собственникомъ.

Ср. ч. III. ст. 921. Передача вещи ея собственнику совершается безвозмездно; даже владѣвшій ею въ доброй вѣрѣ не вправѣ требовать отъ собственника возмѣщенія суммы, заплаченной за ту вещь, но можетъ съ этимъ требованіемъ обратиться къ лицу, отъ котораго она была имъ пріобрѣтена.

Ст. 922. Въ видѣ исключенія, отвѣтчику предоставляется требовать возмѣщенія суммы, уплаченной имъ за вещь:

1) когда эта сумма была употреблена въ пользу истца; 2) когда вещь была пріобрѣтена отвѣтчикомъ именно съ намѣреніемъ сохранить ее для истца, который иначе, при данныхъ обстоятельствахъ, навсегда бы ее утратилъ; 3) когда отвѣтчикъ выкупилъ вещь отъ непріятеля, захватившаго ее въ добычу.

Ср. также ст. 924—926.

Нельзя впрочемъ, не замѣтить, что и Римское право въ двухъ исключительныхъ случаяхъ признало

право добросовѣстнаго владѣльца ex causa onerosa требовать возмѣщенія покупной платы.

Ср. l. 16. Cod. de praediis 5. 71 (Impp. Diocletianus et Maximianus Eutychiae). Si praedium rusticum vel suburbanum, quod ab urbanis non loco, sed qualitate secernitur, in pupillari aetate constituta tutore auctore, vel adulta sine decreto praesidis provinciae, in qua situm est, venumdedisti, secundum sententiam senatusconsulti dominium ejus a te discedere non potuit, sed vindicationem ejus et fructuum, vel his non existentibus condictionem competere constitit.

Emtor autem, si probare potuerit, ex ceteris facultatibus obedire te muneribus sive oneribus non potuisse, ad utilitates praeterea tuas cessisse pecuniam, quam pretii nomine sumseras, doli exceptionis auxilio pretium cum usuris, quas praestitura esses, et sumtus meliorati praedii servare tantummodo potest.

l. 6 D. de capt. 49. 15. (Pomponius libro I ex variis lectionibus). Mulier in opus salinarum ob maleficium data, et deinde a latrunculis exterae gentis capta, et jure commercii vendita ac redemta, in causam suam recidit; Coccejo autem Firmo centurioni pretium ex fisco reddendum est.

Нашъ 10 Т. Св. Зак. Гр. умалчиваетъ о такомъ правѣ добросовѣстнаго владѣльца и слѣдовательно не признаетъ его.

Зато, проектъ германскаго уложенія устанавливаетъ Lösungsanspruch въ качествѣ общаго правила.

> Ср. Entw. § 939. Если владѣлецъ движимой вещи, переданной ему со стороны несобственника, не пріобрѣлъ на нее права собственности лишь по силѣ правилъ, изложенныхъ въ § 879 al. 2 (т. е. потому что вещь украдена или потеряна и т. д.), то онъ можетъ требовать отъ собственника возмѣщенія того, что взамѣнъ пріобрѣтенія вещи уступилъ или еще обязанъ уступить отчуждающему, однако не свыше цѣнности, какую представляетъ вещь въ моментъ ея выдачи за вычетомъ затратъ на нее, за которыя съ собственника слѣдуетъ вознагражденіе.
>
> Это притязаніе владѣльца предполагаетъ выдачу имъ вещи виндицирующему собственнику. Владѣлецъ имѣетъ въ связи съ этимъ притязаніемъ право удержать вещь (Zurückbehaltungsrecht). Но разъ онъ не заявилъ о своемъ притязаніи и объемѣ его до момента выдачи вещи собственнику, притязаніе прекращается . . .
>
> Ср. Мотивы III, стр. 417, а также § 940.

Важное значеніе, какое имѣетъ для оборота эта непосредственная форма защиты интересовъ добросовѣстнаго владѣльца, само собою бросается въ глаза.

Спорнымъ представляется лишь вопросъ о томъ, насколько справедливо допущеніе такого встрѣчнаго требованія владѣльца противъ собственника въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ вещь была изъята изъ имущества собственника помимо его воли, напр. украдена, потеряна

и т. д. (т. е. въ случаяхъ, выходящихъ за предѣлы германскаго правила Hand wahre Hand).

Въ пользу недопущенія встрѣчнаго требованія со стороны владѣльца обыкновенно указываютъ на то, что въ такихъ случаяхъ собственникъ неповиненъ въ утратѣ вещи и поэтому не слѣдуетъ затруднять возможность полученія вещи обратно безъ особыхъ жертвъ. — Но вѣдь и добросовѣстный пріобрѣтатель ни въ чемъ неповиненъ, разъ онъ не только субъективно, но и объективно in bona fide, т. е. не зналъ и по обстоятельствамъ дѣла не могъ знать, что его auctor — не-собственникъ. И дальше, — самое предположеніе, что собственникъ въ такихъ случаяхъ терпитъ убытокъ безъ всякой вины съ своей стороны, не можетъ быть признано безспорнымъ, — въ громадномъ большинствѣ случаевъ вина его не можетъ подлежать сомнѣнію: квартира осталась безъ надзора и въ нее забрались воры, потерпѣвшій вышелъ одинъ на пустынную дорогу и его ограбили, и т. д.

При такихъ условіяхъ очевидно справедливость требуетъ не перелагать убытка на третье лицо, добросовѣстно пріобрѣтшее вещь, а обязать собственника вознаградить это лицо за убытокъ отъ эвикціи вещи путемъ возмѣщенія этому лицу платы, выданной имъ за вещь, тѣмъ болѣе, что собственникъ конечно сохраняетъ право искать убытки съ виновника кражи, грабежа и т. д. Если же это такъ, то отсюда прямо слѣдуетъ: in dubio pro possessore, а осуществленіе этого принципа на практикѣ приводитъ къ установленію общаго права добросовѣстнаго владѣльца требовать возмѣщенія покупной платы.

2) Въ связи съ разобраннымъ нами вопросомъ нельзя не указать на другое улучшеніе въ положеніи добросовѣстнаго владѣльца, хотя оно для насъ имѣетъ лишь косвенное значеніе. Это — переходъ jus retentionis propter impensas въ самостоятельное притязаніе.

Ср. напр. пр. герм. ул. § 936—938.
Мотивы къ пр. III, стр. 411 и сл.

§ 18.

Ограниченіе отвѣтственности продавца ex evictione.

Исторія этого вопроса представляетъ чрезвычайно любопытное доказательство въ пользу нашей теоріи.

Мы уже указывали на значеніе отвѣтственности продавца ex evictione, — это косвенная форма защиты интересовъ добросовѣстнаго владѣльца. Въ исторіи этого института можно прослѣдить слѣдующіе фазы:

I. Продавецъ отвѣчаетъ за весь убытокъ, причиненный покупщику эвикціей, — какъ прямой, такъ и косвенный.

Таково положеніе вопроса въ Римскомъ правѣ.

Ср. l. 8 D. de evictionibus 21. 2 (Julianus l. XV Digestorum).

Venditor hominis emtori praestari debet, quanti ejus interest hominem venditoris fuisse . . .

l. 60 eod. — l. 68 eod.

Исключеніе составляетъ случай продажи вещи кредиторомъ по залогу; онъ по общему правилу не отвѣчаетъ предъ покупщикомъ ex evictione.

l. 1 Cod. cred. evict. non debere 8. 46. (Imp. Alexander 223 г.). Quum jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem jure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit. — Si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emtori non justa fisci nomine movetur controversia, sive quia potior fuerat, quando vendebat, sive quia infirmior, quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendat, potiorem se ceteris esse creditoribus.

Сюда же относится случай, предусмотрѣнный знаменитой l. 25 § 17 D. de hered. pet. 5. 3 (Ulpianus l. XV ad edictum):

Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulae res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? et si vindicet, an exceptione non repellatur: „quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venumdedit,“ quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum, qui distraxit? et puto res posse vindicare, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent: quid tamen si is, qui vendidit, paratus sit defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? incipit exceptio locum habere ex persona emtorum. Certe

si minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoveri.

Сверхъ того, Юстиніанъ опредѣлилъ, что при исчисленіи убытка стоимость отсужденной вещи, (независимо отъ произведенныхъ на нее затратъ), ни въ какомъ случаѣ не должна быть исчислена въ размѣрѣ свыше двойной покупной цѣны, уплаченной за нее. (l. un C. de sententiis quae pro eo 7. 47).

Намъ приходилось уже указывать на то, что такой широкій размѣръ отвѣтственности продавца предъ покупателемъ въ качествѣ общей законной нормы отнюдь не оправдывается соображеніями справедливости, и происхожденіе его можетъ быть обяснено лишь особыми историческими условіями, въ какія была поставлена римская торговля. Дѣйствительно, обѣ стороны одинаково заинтересованы въ заключеніи сдѣлки, — обѣ въ доброй вѣрѣ, — гдѣ же основаніе, по которому рискъ долженъ пасть исключительно на продавца?

II. Во вниманіе къ этому нѣкоторыя современныя кодификаціи стремятся къ ограниченію отвѣтственности продавца, ставя размѣръ ея въ зависимость отъ степени вины его.

При этомъ нельзя не подчеркнуть, что такая тенденція проявляется и въ законодательствахъ, которыя (какъ напр. прусское) уже значительно ограничили размѣръ отвѣтственности продавца черезъ введеніе Lösungsanspruch.

а) Такъ, Прусское земское право гласитъ:

ч. I тит. 11 § 154. Если ничего не было условлено, и покупщикъ въ качествѣ добросо-

вѣстнаго владѣльца получаетъ за отнятую вещь отъ третьяго лица вознагражденіе за покупную плату и за затраты на вещь, — то онъ по этому поводу не можетъ предъявить притязанія противъ истца (тит. 15, § 25 и сл.);

тамъ-же, § 155. Напротивъ, продавецъ отвѣчаетъ лишь, смотря по степени своей вины (nach Verhältniss seiner obwaltenden Verschuldung), предъ покупщикомъ за понесенный симъ послѣднимъ, быть можетъ, сверхъ того, дѣйствительный убытокъ (wirklichen Schaden). — Ср. § 156—163.

Выраженіе „wircklicher Schade“ обыкновенно понимается въ томъ смыслѣ, что при отсутствіи dolus и culpa lata добросовѣстный продавецъ отвѣчаетъ лишь за damnum emergens, но не за lucrum cessans.

Ср. Дернбургъ, Lehrb. d. Pr. Pr. R. изд. 4 т. II § 149, стр. 409—410, въ особ. примѣч. 4-ое.

Возможно впрочемъ еще и другое толкованіе ст. 155, какъ намъ кажется, ближе подходящее къ идеѣ законодателя, именно: по смыслу выраженія „nach Verhältniss seiner obwaltenden Verschuldung“ слѣдовало бы различать два случая:

а) при полномъ отсутствіи какой бы то ни было вины со стороны продавца, онъ отвѣчаетъ только за одинъ прямой убытокъ, постигшій покупщика вслѣдствіе эвикціи, конечно лишь постольку, поскольку самъ собственникъ не обязанъ вознаградить покупщика при

эвикціи; б) при наличности culpa levis продавецъ отвѣчаетъ за весь damnum emergens, но не за lucrum cessans.

Сходно съ положеніемъ Прусскаго права соотвѣтствующее постановленіе Австрійскаго гражданскаго уложенія, (которое соединяетъ вопросъ объ отвѣтственности продавца за эвикцію съ вопросомъ объ отвѣтственности его за недостатки вещи):

§ 932. Если обосновывающій отвѣтственность недостатокъ такого рода, что онъ не можетъ уже быть устраненъ и препятствуетъ нормальному пользованію вещью, то потерпѣвшій можетъ требовать полнаго уничтоженія договора, если же недостающее можетъ быть восполнено, напр. по количеству или вѣсу (nach Mass oder Gewicht), то онъ можетъ требовать только соотвѣтствующаго восполненія: въ обоихъ случаяхъ онъ можетъ требовать и вознагражденія за дальнѣйшій убытокъ (Ersatz des weiteren Schadens), а если противная сторона поступила нечестно, то и за упущенную выгоду.

б) Наиболѣе точна формулировка Швейцарскаго Обязательственнаго Права.

§ 241. Если эвикція, за которую приходится отвѣчать продавцу, полная, то договоръ купли продажи считается расторгнутымъ и покупщикъ имѣетъ право требовать:

1) возврата покупной платы съ процентами за вычетомъ извлеченныхъ имъ или неизвлеченныхъ лишь по нерадѣнію плодовъ и прочихъ выгодъ;

2) возмѣщенія произведенныхъ имъ на вещь

затратъ, поскольку таковое не падаетъ на управомоченнаго третьяго;

3) возмѣщенія всѣхъ причиненныхъ процессомъ судебныхъ и внѣсудебныхъ издержекъ, поскольку онѣ не вызваны необъявленіемъ о спорѣ;

4) возмѣщенія остальнаго непосредственнаго убытка, причиненнаго эвикціей.

Если имѣется на лицо вина продавца, то онъ по ст. 116 обязанъ отвѣчать и за дальнѣйшій убытокъ.

И такъ, по Швейцарскому закону добросовѣстный продавецъ отвѣчаетъ лишь за непосредственный убытокъ отъ эвикціи.

Такое распредѣленіе риска между сторонами, по которому продавецъ несетъ отвѣтственность за прямой убытокъ отъ эвикціи, (поскольку эта отвѣтственность не падаетъ на собственника вещи), а покупщикъ — рискъ за косвенный убытокъ, — не можетъ не быть признано болѣе справедливымъ, чѣмъ суровое римское начало. Дѣйствительно, при такихъ условіяхъ въ основаніи распредѣленія риска лежитъ правило: cujus commodum, ejus periculum: интересъ продавца въ сдѣлкѣ не идетъ дальше самой продажи вещи покупщику, — онъ и отвѣчаетъ въ соотвѣтствующей степени, т. е. за прямой убытокъ отъ эвикціи; дальнѣйшая судьба проданной вещи, тѣ операціи, которыя намѣренъ совершить съ нею покупщикъ, не интересуютъ продавца, онъ отъ нихъ не можетъ ожидать никакой пользы, никакого commodum для себя; рискъ за нихъ всецѣло долженъ пасть на покупщика, который получаетъ и выгоду отъ переотчужденія вещи.

Въ заключеніе нельзя не указать на аналогію, какую представляетъ въ этомъ отношеніи отвѣтственность перевозчика по фрахтовому договору, — по общему правилу, онъ тоже отвѣчаетъ за одинъ непосредственный убытокъ отъ порчи, недоставки и пр. груза.

Ср. напр. Герм. Торг. Ул. § 395—400 (въ особ. § 396).

Швейц. Обязат. Пр. § 457.

Очевидно, соображенія, по которымъ въ послѣднемъ случаѣ признано желательнымъ ограниченіе отвѣтственности перевозчика, сходны съ соображеніями, приведшими къ ограниченію отвѣтственности продавца ex evictione: обѣ стороны вольны вступать или не вступать въ договоръ, обѣ одинаково заинтересованы въ заключеніи его, обѣ знаютъ или должны знать, что всякое соглашеніе, даже при наличности optima fides противной стороны, сопряжено съ извѣстнымъ рискомъ, обѣ поэтому должны нести опредѣленную долю риска. Разграниченіе же риска между сторонами само собою приводитъ къ тому, что сторона, служащая лишь посредствующей инстанціей по передачѣ вещи, несетъ рискъ за прямой убытокъ, а сторона, въ окончательное распоряженіе которой поступаетъ вещь, — рискъ за косвенный убытокъ. (Ср. Герм. Т. Ул. § 345).

III. Нельзя не замѣтить, что ограниченіе отвѣтственности добросовѣстнаго продавца ex evictione не составляетъ общепризнаннаго начала современнаго права.

Такъ, Французское право — Code Civ. § 1630 и Саксонское Уложеніе — § 941 — стоятъ на римской точкѣ зрѣнія.

То-же слѣдуетъ сказать о новомъ проектѣ германскаго уложенія.

§ 377. Если право третьяго успѣшно осуществлено, то пріобрѣтатель можетъ предъявить искъ объ убыткахъ противъ отчуждающаго ввиду неисполненія.

При оцѣнкѣ убытка рѣшающее значеніе имѣетъ тотъ моментъ, въ который право третьяго было успѣшно осуществлено.

Въ Мотивахъ къ проекту (т. II стр. 220) рецепція римскаго начала мотивируется слѣдующимъ образомъ:

„Въ Прусскомъ земскомъ правѣ I, 11 § 154 и слѣд., I, 5 § 323, въ Австрійскомъ уложеніи § 932, въ Швейцарскомъ союзномъ законѣ § 241 и въ Баварскомъ проектѣ § 309 притязаніе пріобрѣтателя противъ отчуждающаго нормируется различно, смотря по винѣ послѣдняго и по степени его вины. Въ проектѣ подобное ограниченіе отвѣтственности отчуждающаго не могло найти себѣ мѣста. На основаніи принципа доставленія (Verschaffungsprincip) отчуждающій согласно общимъ началамъ отвѣтственности должника за существующую съ самаго начала субъективную невозможность исполненія (für das anfängliche subjective Unvermögen) обязанъ вознаградить за весь убытокъ независимо отъ всякой вины; ограниченіе этой отвѣтственности было бы непослѣдовательно и противно основному принципу (inconsequent und principwidrig).“

При такой аргументаціи остается открытымъ вопросъ о томъ, насколько правиленъ самый принципъ, согласно съ которымъ принято начало неограниченной отвѣтственности отчуждающаго за убытокъ отъ эвикціи.

Между тѣмъ, доказать практическую цѣлесообразность этого принципа представлялось тѣмъ болѣе необходимымъ, что цѣлый рядъ законодательствъ допустилъ уклоненія отъ него. Ближайшій разборъ этого вопроса, быть можетъ, заставилъ бы составителей проекта усумниться въ практичности безусловной рецепціи римскаго начала.

На римской точкѣ зрѣнія стоитъ и Сводъ мѣстн. уз. губ. остз., т. III, ст. 3234—3240.

> Ст. 3234. Въ случаѣ эвикціи вещи, тотъ, кѣмъ она была отчуждена, долженъ вполнѣ вознаградить всѣ понесенные чрезъ то пріобрѣтателемъ убытки, включая сюда тяжебныя издержки и употребленные на самую вещь расходы, развѣ бы сіи послѣдніе были уже возвращены тѣмъ, кому она присуждена.
>
> См. 3235. Если цѣнность отсужденной вещи осталась совершенно неизмѣнною, то отчуждатель обязанъ возвратить, сверхъ тяжебныхъ издержекъ, лишь полученную имъ за вещь уплату. Въ противномъ случаѣ принимается въ разсчетъ стоимость, которую вещь имѣла во время эвикціи, съ тѣмъ однако, что пріобрѣтатель ни въ какомъ случаѣ не получаетъ болѣе чѣмъ вдвое противъ заплаченной имъ суммы.

X. т. ч. 1 Св. З. Гр. касается вопроса объ отвѣтственности продавца за эвикцію лишь мимоходомъ, по

частному случаю: ст. 1427 говоритъ, что въ числѣ произвольныхъ условій, какія можетъ содержать купчая крѣпость, первое есть условіе объ очисткахъ; на основаніи его продавецъ принимаетъ на себя обязанность „очищать покупщика отъ всѣхъ въ то имущество вступщиковъ и не доводить до убытковъ, съ удостовѣреніемъ заплатить оные покупщику, буде таковые для него произойдутъ."

Ср. Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. пр. т. I § 40.

IV. Мы указали двѣ стадіи развитія института эвикціи: первоначально продавецъ отвѣчаетъ за весь убытокъ отъ эвикціи (прототипъ — Римское право); затѣмъ добросовѣтный продавецъ отвѣчаетъ только за одинъ непосредственный убытокъ отъ эвикціи (прототипъ — Швейцарское Обязательственное Право). — Дальнѣйшій шагъ состоитъ въ полномъ освобожденіи добросовѣстнаго продавца отъ всякой отвѣтственности за эвикцію, (разъ она имъ не принята на себя по особому условію). Этотъ шагъ не можетъ считаться достигнутымъ пока ни однимъ законодательствомъ, но достиженіе его облегчено возложеніемъ на собственника обязанности вознаградить добросовѣстнаго владѣльца — покупщика не только за важнѣйшія затраты, но и за уплаченную за вещь цѣну, такъ какъ этимъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ покрывается непосредственный убытокъ послѣдняго. Намѣченная нами цѣль очевидно будетъ вполнѣ достигнута, разъ искъ о собственности окончательно превратится въ чистый искъ объ обогащеніи, т. е. разъ добросовѣстный владѣлецъ будетъ отвѣчать въ размѣрѣ не свыше наличнаго своего обогащенія.

Результатъ, къ которому мы пришли, вполнѣ объясняется самымъ характеромъ института эвикціи какъ косвенной формы защиты интересовъ добросовѣстнаго владѣнія: такая косвенная форма защиты (отвѣтственность auctor'a за эвикцію) становится излишней, разъ существуетъ прямая форма защиты этихъ интересовъ (вознагражденіе со стороны собственника). Насколько важно достиженіе этого результата для интересовъ оборота, ясно само собою: обезпеченіе интересовъ добросовѣстнаго владѣнія (оно же добросовѣстное пріобрѣтеніе чужихъ вещей) приводитъ и къ обезпеченію интересовъ добросовѣстнаго отчужденія чужихъ вещей.

Нельзя не замѣтить въ заключеніе, что ограниченіе отвѣтственности продавца вслучаѣ эвикціи проданной вещи само по себѣ ограждаетъ его интересы на тотъ лишь случай, когда съ его стороны договоръ купли-продажи уже приведенъ въ исполненіе, т. е. когда проданная вещь уже передана покупщику.

Для полнаго обезпеченія его интересовъ необходимо очевидно соотвѣтствующее же ограниченіе самой обязанности его по исполненію договора: разъ проданная вещь отсуждается до передачи ея покупщику, добросовѣстный продавецъ (онъ же въ данномъ случаѣ и добросовѣстный владѣлецъ) долженъ считаться свободнымъ отъ принятой имъ на себя обязанности, такъ какъ исполненіе договора стало невозможно по внѣшнему, независящему отъ продавца обстоятельству; этимъ конечно не исключается его обязанность къ возврату полученнаго эквивалента. Не допуская такого ограниченія

отвѣтственности продавца по исполненію договора при одновременномъ допущеніи ограниченія отвѣтственности его вслучаѣ эвикціи вещи, мы пришли бы къ странному результату, что продавецъ при совершенно одинаковыхъ условіяхъ отвѣчаетъ въ различной степени предъ покупателемъ до и послѣ передачи проданной вещи.

Въ частности, Прусское земское право не содержитъ прямаго постановленія на этотъ счетъ. Однако, ограниченіе отвѣтственности продавца предъ покупателемъ по исполненію заключеннаго между ними договора косвенно вытекаетъ изъ постановленія, содержащагося въ ч. I т. 11 § 19, въ связи съ постановленіями закона объ отвѣтственности продавца за эвикцію.

На основаніи приведенной статьи „для заключенія дѣйствительной купли-продажи требуется, чтобъ продавецъ имѣлъ право уступить собственность на вещь (über das Eigenthum der Sache zu verfügen berechtigt).“ — Отсюда слѣдуетъ, что въ противномъ случаѣ купля-продажа недѣйствительна, а слѣдовательно, при отсутствіи culpa in contrahendo, продавецъ освобожденъ отъ всякой отвѣтственности.

Ср. Дернбургъ, ук. соч. т. II § 134 стр. 358, примѣч. 26.

Для Швейцарскаго Обязательственнаго права то-же слѣдуетъ изъ сопоставленія ст. 110 и 241.

Ст. 110 гласитъ:

Если обязательство невозможно исполнить вовсе или невозможно исполнить его надлежащимъ образомъ, то должникъ обязанъ вознаградить за убытокъ, если только онъ не докажетъ, что съ его стороны не было вины.

Оглавленіе.

стр.

Предисловіе 3

I.

Природа и юридическое значеніе обогащенія.

Глава I. Обогащеніе какъ экономическое явленіе. . . . . 9—26

§ 1. Опредѣленіе и главные виды обогащенія 9

§ 2. Возникновеніе обогащенія 12

§ 3. Соотношеніе между размѣромъ обогащенія даннаго лица съ одной стороны, цѣнностью объекта обогащенія и размѣромъ убытка потерпѣвшаго лица съ другой стороны 15

§ 4. Предѣлъ обогащенія одного лица насчетъ другаго 19

§ 5. Наличное обогащеніе. Исчисленіе его 21

§ 6. Итоги 25

Глава II. Юридическое значеніе обогащенія . . . . . 26—53

§ 7. Общій обзоръ 26

§ 8. Критеріи отъемлемости обогащенія. . 31

§ 9. Второстепенное и самостоятельное значеніе обогащенія 37

§ 10. Продолженіе. 45

II.

Главные моменты въ исторіи развитія отвѣственности добросовѣстнаго владѣльца предъ собственникомъ.

		стр.
Глава I.	Римское право	58—77
§ 11.	Первоначальная область дѣйствія виндикаціи	58
§ 12.	Дальнѣйшее развитіе	64
§ 13	Связь между виндикаціей и институтомъ отвѣтственности за эвикцію . . .	69
§ 14.	Результаты. Причины своеобразнаго развитія hereditatis petitionis	74
Глава II.	Современныя кодификаціи	77—104
§ 15.	Общія замѣчанія	77
§ 16.	Ограниченіе области примѣненія виндикаціи	79
§ 17.	Ограниченіе объема виндикаціи противъ добросовѣстнаго владѣльца (постепенный переходъ этого иска въ искъ объ обогащеніи)	87
§ 18.	Ограниченіе отвѣтственности продавца ex evictione	93

ОПЕЧАТКИ.

Страница:	Строка·	Напечатано·	Читать
23	5 св.	привычные	обычные
24	10 сн.	жерствуетъ	жертвуетъ
—	5 сн.	цѣнною	цѣною
29	13 св.	лищь	лишь
33	14 сн	отношеніе къ дѣлу закона	отношеніе закона къ дѣлу
—	7 сн.	обдуманы	обдуманны
61	12 св.	искусственная	искусственна
88	4 св.	очередъ	очередь
95	13 сн.	исключнтельно	исключительно

ОЧЕРКИ

ПО

УЧЕНІЮ ОБЪ ОБОГАЩЕНІИ

Д. ГРИММА.

Выпускъ второй.

ДЕРПТЪ.
Типографія Шнакенбурга.
1891.

10к

2-й экз.

К 1.
130

Дозволено Цензурою. — Дерптъ, 6. Сентября 1891 г.

III.

ПРЕДѢЛЫ ОТВѢТСТВЕННОСТИ ДОБРОСОВѢСТНАГО ПРИНИМАТЕЛЯ НЕДОЛЖНАГО ПО РИМСКОМУ ПРАВУ И СОВРЕМЕННЫМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАМЪ.

Вопросъ объ объемѣ condictionis indebiti неоднократно обсуждался въ литературѣ. Въ особенности за послѣднее время появился цѣлый рядъ новыхъ теорій по этому предмету, одна другой сложнѣе и искуственнѣе. Всѣ онѣ стараются поколебать communis opinio, которая издавна признаетъ, что добросовѣстный приниматель недолжнаго обязанъ выдать одно только наличное обогащеніе. Къ сожалѣнію, аргументація представителей господствующаго мнѣнія очень скудна: современные защитники его въ этомъ отношеніи не далеко ушли отъ глоссы. Напротивъ, противники подробно мотивируютъ свои взгляды. При такомъ положеніи вещей пересмотръ даннаго вопроса представляется весьма желательнымъ.

Мы надѣемся доказать, что римское право въ данномъ случаѣ вполнѣ послѣдовательно проводило тотъ принципъ, что добросовѣстно обогатившееся лицо отвѣчаетъ лишь in quantum locupletior factus est. Намъ при этомъ естественно придется считаться съ тѣми положеніями, которыя были установлены нами въ первомъ изъ настоящихъ очерковъ. Задача

наша будетъ состоять въ томъ, чтобы доказать, что изрѣченія римскихъ юристовъ вполнѣ могутъ быть согласованы съ этими положеніями.

Въ связи съ разрѣшеніемъ этого главнаго вопроса намъ придется коснуться нѣкоторыхъ второстепенныхъ вопросовъ, которые мало или совсѣмъ не затрогиваются въ литературѣ. Сюда относится вопросъ о томъ, что подлежитъ возврату вслучаѣ передачи замѣнимыхъ вещей; какъ распредѣляется onus probandi между сторонами, и нѣк. др.

Въ концѣ настоящаго очерка мы помѣщаемъ обзоръ постановленій важнѣйшихъ современныхъ кодексовъ о condictio indebiti.

Глава I.

Литература вопроса.

§ 1.

Литература до Glück'a.

Вопросъ о предѣлахъ отвѣтственности лица, добросовѣстно принявшаго уплату въ счетъ несуществующаго долга, издавна составляетъ предметъ оживленнаго спора.

Споръ касается главнымъ образомъ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ объектомъ обогащенія служатъ тѣлесныя вещи. Это вполнѣ естественно, такъ какъ именно эти случаи имѣютъ наибольшее практическое значеніе и чаще другихъ разбираются въ источникахъ. — На нихъ мы и обратимъ особое вниманіе при изложеніи отдѣльныхъ теорій.

Можно различать три группы теорій.

I. Одни ученые высказываются въ пользу ограниченія отвѣтственности добросовѣстно обогатившагося лица размѣромъ наличнаго его обогащенія.

1) Такъ, еще глосса[1]) ad l. 65 § 7 D. de cond. ind. 12. 6 говоритъ:

---

1) Мы пользовались Corpus juris civilis glossatum, recognitum et illustratum opera et studio Petri ab Area Baudoza Cestii Lugduni 1593.

Nam hac actione, in quantum est locupletior, tenetur, ut patet hic (sc. e l. 65 § 7 cit.), et supra, e lege Si non sortem § Libertus. (= 26 § 12 eod.)[2]).

2) Подробнѣе останавливается на этомъ вопросѣ Duarenus[3]) († 1559).

Sed hic notandum est, quod est observatione dignum, cum a quo condicitur indebitum, eatenus damnari, quatenus sit factus locupletior. Nam si appareat, eum nihilominus locupletiorem factum esse ex eo quod solutum est, non condicetur ei solutum, licet indebitum solutum sit per errorem, veluti ex lege Si non sortem § Libertus (= l. 26 § 12 D. h. t. 12. 6).

Дальше онъ цитируетъ еще l. 65 § 6—8 D. eod., и прибавляетъ:

Haec exempla ostendunt, eatenus damnandum esse eum qui indebitum accepit, quatenus locu-

---

2) Ср. также глоссу ad l. 7 D. h. t. 12. 6, въ концѣ: Item quod dicit tantundum, nota quod quandoque plus, ut l. Indebiti (= l. 15 eod.) et l. In summa § Ei qui (= l. 65 § 5 eod.). Interdum minus, ut l. In summa § ult. (= l. 65 § 9 eod.). Interdum nihil, si in nullo est locupletior, qui accepit, ut l. Si non sortem § Libertus (= l. 26 § 12 eod.) et De transact. l. Cum hi § Si quis de alimentis (= l. 8 § 22 D. 2. 15).

3) Opera omnia, Lucae 1766, vol III, Comment. in tit. Dig. de cond. ind. 12. 6, cap. X (опечатка-слѣдуетъ читать cap. XII), p. 344. У Glück'a (Erläuterungen der Pand. изд. 2, т. 13 стр. 160) и у Wissenbach'a (Exercitationes ed. III, 1661, pag. 255), встрѣчаются ссылки на cap. IX названнаго трактата Дуарена. Можно думать, что это не простая опечатка, а что гл. IX—XIV первоначально составляли одну главу.

pletior factus est. Quod est intelligendum, si in bona fide fuerit is, cui res soluta est.

Наконецъ, онъ особо упоминаетъ о томъ случаѣ, когда были переданы деньги. Ссылаясь на l. 23 pr. D. de her. pet. 5. 3, и сопоставляя этотъ фрагментъ съ l. 13 § 2 i. f. D. commodati 13. 6 и § 1 J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14, онъ говоритъ:

Cum enim ego solvi pecuniam tanquam debitam, quae indebita est, hoc consilio do ut obligationem dissolvam: atque ideo si subtilitatem juris inspiciamus, nulla actio competeret ad eam repetendam. Hac ratione fit, ut reus tantum teneatur hac actione, quatenus factus est locupletior hac solutione.

3) Знаменитый Cujacius[4]) († 1590) придерживается того же взгляда. Вотъ какъ онъ мотивируетъ его:

Haec condictio non est ex contractu, sed ex aequo et bono, ut apparet ex l. 15 D. de cond. ind. (12. 6), l. pen. D. ad Trebell. (= l. 80 D. 36. 1). Et ideo haec condictio non datur, nisi quatenus is, qui accepit pecuniam indebitam, ex ea factus est locupletior, l. 8 cum hi § sane si is qui D. de trans. (= l. 8 § 22 D. 2. 15).

Etsi detur ex promutuo haec condictio, non tamen datur supra, quam factus sit locupletior,

4) Cujacii opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem exacta, Prati 1839, t IX, Recitatio solemnis ad tit. Cod. de cond. ind. 4. 5, pag. 325.

qui accepit; cum tamen constet actionem ex mutuo dari etiam in eum, qui non est factus locupletior, l. incendium, sup. si certum petatur (= l. 11 Cod 4. 2). Sed haec condictio indebiti semper datur ex aequo et bono, nec datur in ignorantem, ut si homine indebito soluto qui accepit hominem ignorans, id est credens sibi deberi, eum manumisit, non tenebitur condictione, quoniam aequitas non patitur, quae est causa hujus condictionis, l. in summa § pen. D. de cond. ind. (= l. 65 § 8 D. 12. 6).

4) Wissenbach[5]) († 1665) и Noodt[6]) († 1725) ограничиваются краткимъ констатированіемъ того, что лицо, получившее indebitum, отвѣчаетъ in quantum locupletior factus est, не мотивируя своего взгляда ближе и не вдаваясь въ частности.

5) Pothier[7]) († 1772) говоритъ:

Hac condictione eatenus tenetur, qui bona fide indebitum accepit, quatenus locupletior factus est.

---

5) Exercitationes ad L. libros Pandectarum, ed III, Franekerae Frisiorum 1661, disput. XXV, thesis 11, pag, 255:

Condictione indebiti repetimus indebitum per errorem solutum, (l. 1 § 1 D. de cond. ind.), quatenus is, a quo condicitur, factus est locupletior (l. 26 § 12, l. 65 § 8 D. eod., Duaren. ad eund. tit. cap. 9).

6) Opera omnia, ed. recens, Coloniae Aggripinae 1763, Comment. ad h. t. D. pag. 243.

Condictio indebiti, nata ex bono et aequo, non damnat reum in solidum ejus quod accepit, sed quatenus habet: modo si dolo careat.

7) Pandectae Justinianae, Lugduni 1782, t. I, Comment. ad h. t. Sectio II, Artic. II, § 2, pag. 377.

Въ особомъ примѣчаніи онъ касается вопроса о solutio indebitae pecuniae.

> In solutione indebitae pecuniae facta illi, qui eam bona fide accipit, nulla conventio, nullum delictum versatur, unde obligatio hujus pecuniae restituendae nascitur. Haec obligatio ex ea duntaxat aequitatis regula nascitur, quae praecipit neminem cum alterius damno locupletari; consequens est ut non ultra porrigatur, quam is, qui accepit, locupletatus est.

II. Другіе ученые значительно ограничиваютъ примѣненіе этого принципа, въ особенности поскольку объектомъ мнимаго долга служатъ res fungibiles: въ случаяхъ такого рода обогатившееся лицо безусловно обязано къ возврату tantundem.

1) Такого взгляда придерживается Donellus[8]) († 1591).

Относительно случаевъ передачи индивидуально опредѣленныхъ вещей онъ замѣчаетъ:

> Hoc ita debetur, si extat, aut qui accepit, ex eo factus est locupletior[9]).

Затѣмъ онъ переходитъ къ res fungibiles, и говоритъ:

> Earum rerum, quae pondere, numero, mensurave constant, ea natura est, ut harum dominio trans-

8) Commentarii de jure civili, ed. VI, Norimbergae 1825, t. VIII § 12 p. 341, § 13 p. 342 sqq.

9) Ср. ib. p. 349 относительно rei debitae accessiones (sc. omnia, quae is, qui indebitum accepit, ex re soluta consecutus est): — non ultra veniunt, quam quatenus is, qui accepit, qui se suis uti justissimo errore putavit locupletior his factus est.

lato, si quid inde reddi debet, non eaedem res debeantur, sed tantundem, id est aliae ejusdem generis et bonitatis.

Отсюда онъ прямо заключаетъ, что послѣдующее прекращеніе обогащенія въ послѣднемъ случаѣ не оказываетъ никакого вліянія на отвѣтственность обогатившагося лица:

Nam si his rebus solutis non eaedem debentur, sed aliae in genere, fit, ut periculum et detrimentum rerum solutarum sit non jam dantis, ut supra, cum eadem res debetur: sed accipientis, qui rebus acceptis amissis nihilominus semper easdem illas alias debiturus sit, quas ab initio debere coeperat, ut et in mutuo accidit. Nam hae aliae cum sint incertae, utpote in genere debitae, non possunt dici periisse quamdiu ex eodem genere extabunt aliquae, quae praestari possint.

2) Того же мнѣнія и Voet[10]) († 1714), хотя онъ и не выражается такъ опредѣленно, какъ Донеллъ. Онъ сначала констатируетъ:

Quodsi res non debitae solutae seu traditae sint, eas una cum accessionibus et restitui, hac actione desideratur. — Si tamen res per accipientem bona fide divenditae sint, licet viliore pretio, non nisi pretium, quod inde redactum, reddendum est; cum placuerit et hic, bonae fidei possessores non

10) Commentarius ad Pandectas, Halae 1778, tom. III, ad h. t. § 12, pag. 114

ultra teneri, quam in quantum locupletiores inde facti sunt. — Plane, si res fungibiles indebitae solutae sint, in restitutione ratio usurarum habenda non est.

Къ этому онъ прибавляетъ:

Nec recte cum nonnullis exceperis casum illum, quo indebitum accipiens id, quod accepit, foenori collocavit, et usuras ipse consecutus est, quasi et tunc eas una cum sorte indebita restituere compellendus esset. Etenim durum nimis foret sortem quidem indebite solutam et ab accipiente foenori collacatam periculo ejus esse, qui bona fide collocavit, commodum vero, qualis est usura, ei cedere, qui indebitum solvit cujusque periculo sors non est; cum ex adverso aequum natura visum fuerit, eum usuras retinere, ad cujus periculum sors pertinuerat.

Послѣднее разсужденіе свидѣтельствуетъ о томъ, что Voet стоитъ на той же точкѣ зрѣнія, какъ и Донеллъ.

3) Justus Henning Boehmer[11]) († 1749) и

---

11) Introductio in jus Digestorum, ed. III, Halae Magdeburgicae 1723, ad h. t. § 11 pag. 333.

Distinguendum tamen inter quantitatem indebite solutam, ubi tantundem, ut in mutuo, restituendum, — sine usuris —, quamvis in b(ona) f(ide) sit, — et speciem, ubi idem corpus repetitur, — modo adhuc exstet, nec dolo perditum sit, — alioquin liberatur.

Lauterbach[12]) († 1678) высказываются въ томъ же смыслѣ.

III. Наконецъ, третья группа изслѣдователей совершенно отказывается отъ принципа обогащенія. Отдѣльныя теоріи, входящія въ составъ этой группы, значительно расходятся между собою. Большинство изъ нихъ теперь уже забыты. Мы отмѣтимъ наиболѣе выдающіяся.

1) Georg Adam Struve[13]) († 1692) говоритъ: Datur ad id haec condictio, ut si quantitas soluta, tantundem restituatur — sine usuris, — aliquando etiam pretium, si nim. ejusmodi res sit fungibilis, cujus pretium variat. Sin vero species, ea in specie, cum fructibus et accessionibus, deducta impensa — reddatur, vel speciei consumtae pretium, seu quatenus inde quis locupletior factus.

Similiter res incorporales indebite translatae, per incerti condictionem repetuntur —. Quaeritur autem, si res, quae in specie soluta, interierit, an nihilominus accipiens teneatur? Et dicimus eum, qui sine dolo rem indebitam accepit, tantum dolum et culpam latam,

12) Collegium theoretico-practicum Pandectarum, Tubingae 1707, ad h. t. § 29 pag. 867

Si quantitas indebite soluta, tantundem in eodem genere — sine usuris . . . Si vero species soluta, repetitur illa ipsa, . . . si vero res in specie restitui non potest, bonae fidei possessor, qui nullam moram admisit, non tenetur, nisi in quantum locupletior factus est.

13) Syntagma-jurisprudentiae, Francofurti et Lipsiae 1738, p. I, exercit. 18 § 44, pag. 1187.

non casum praestare, nisi mora praecesserit, arg. l. 31 § 3 D. de her. pet. (5. 3), l. 5 D. de reb. cred. (12. 1).

И такъ Struve выставляетъ здѣсь совершенно новый принципъ: лицо, получившее species, отвѣчаетъ вслучаѣ interitus rei не только за dolus, но и за culpa lata.

2) Весьма своеобразную теорію выработалъ Samuel Stryk[14]) († 1710), развившій дальше принципъ, выставленный Struve.

Ex eo autem, quod mutuo indebitum comparaverit Imperator (sc. Justinianus) nata est illorum opinio, qui indebitum dicunt esse pro mutuum, arg. l. 5 § 3 D. de O. et A. (44, 7), et huic pleraque a mutuo ad indebitum applicari possunt, e(xempli) g(ratia) quod indebitum in eadem bonitate restituendum, si moneta forte interim mutata; quod periculum sit accipientis, si pecunia indebiti soluta casu perierit, cum hic subsit debitum quantitatis, quod non perit, l. incendium C. si cert. pet. (= l. 11 Cod. 4. 2).

Verum cum condictio indebiti pro objecto habeat non tantum quantitatem, sed etiam speciem, l. 7 D. h. t. l. 26 § 12 verb. „ut puta fundum“ D. eod., eatenus negotium se ad instar commodati habere videtur, ita ut ad omnem diligentiam teneatur accipiens. Sed cum hic

14) Specimen usus moderni Pandectarum, ed VII, Halae Magdeburgicae 1730, pag. 509.

in bona fide sit putans se rem debitam suscepisse, potius instar depositi habendus, adeo ut ad culpam latam tantum adstringatur, quia quasi rem suam neglexisse videtur, l. 31 § 3 D. de hered. pet., Struve h. t. Th. 44, — re autem peremta liberatus, si in bona fide fuerit, nec moram in restituendo commiserit, l. 26 § 12 h. t.

И такъ Stryk утверждаетъ, что solutio indebitae quantitatis есть promutuum, а solutio indebitae speciei — procommodatum или лучше (potius) prodepositum; послѣднюю конструкцію онъ предпочитаетъ потому, что при ней лицо, получившее indebitum, отвѣчаетъ предъ потерпѣвшимъ только за culpa lata. Болѣе произвольную конструкцію трудно представить себѣ; она создана исключительно intellectus demonstrandi causa, въ источникахъ нѣтъ и намека на что либо подобное.

3) Въ заключеніе, мы упомянемъ еще о теоріи Westenberg'a[15]) († 1737). Онъ говоритъ, что отвѣтчикъ присуждается:

ad restituendum id, quod solutum est, vel tantundem, — vel aestimationem, — et si quid res talis sit, quae fructus profert, etiam ad fructus et accessiones, — non etiam ad usuras.

Теорія эта интересна тѣмъ, что содержитъ in nuce позднѣйшія теоріи Erxleben'a и Witte.

---

15) Principia Juris, ed. nova Berolini 1814, Com. ad h. t. § 22. pag. 294.

§ 2.

Новѣйшая литература.

Въ современной доктринѣ можно различать тѣ-же три направленія.

I. Господствующее мнѣніе высказывается за ограниченіе отвѣтственности добросовѣстно обогатившагося лица размѣромъ наличнаго его обогащенія.

Представителями его являются: Glück[16]), Wächter[17]), Wilhelm Sell[18]), Carl Sell[19]), Unterholzner[20]), Fr. Mommsen[21]), Puchta[22]), Sintenis[23]), Holzschuher[24]), Vangerow[25]), Arndts[26]), Windscheid[27]), Baron[28]), Wendt[29]), Molitor[30]), Accarias[31]).

---

16) Ausführliche Erläuterung der Pand., изд. 2, т. 13, стр. 75, 160, 167

17) Archiv für civilistische Praxis, т. 15 стр 123 и сл., ср. его-же Pandekten т. II, § 219 стр. 500.

18) Versuche im Gebiete des Civilrechts, стр. 76.

19) de condictionibus quaestiones duae, pag. 126.

20) Recht der Schuldverhältnisse, т. II стр. 53 и сл

21) Beiträge zum Obligationenrecht, Abth I, стр. 320–321.

22) Pandekten § 309 стр. 460.

23) D. practische gemeine Civilrecht, т. II, § 109 B стр. 531.

24) Theorie und Casuistik III, стр. 476.

25) Lehrbuch der Pandekten, изд. 6., т. III, § 625, прим. 3 стр. 419–421.

26) Pandekten, 12 изд. § 341 стр. 637.

27) Pandekten, 7. изд. т. II § 424 стр 543 и сл.

28) Pandekten, 7. изд. стр 479.

29) Pandekten, стр. 680.

30) les obligations en droit Romain, 2. изд. т. II, стр. 259 (неразшительно).

31) Précis de droit Romain, изд. 3, т. II стр 607.

II. На точку зрѣнія Донелла становятся Koch[32]) и Jacoby[33]).

Послѣдній признаетъ съ одной стороны, что обогатившееся лицо отвѣчаетъ въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія, но проводитъ съ другой стороны различіе между случаями передачи индивидуально-опредѣленныхъ и замѣнимыхъ вещей въ томъ смыслѣ, что получившій замѣнимыя вещи обязанъ уплатить tantundem. Это явное противорѣчіе онъ устраняетъ тѣмъ, что считаетъ въ послѣднемъ случаѣ обогащеніе продолжающимся несмотря на отпаденіе отдѣльныхъ конкретныхъ вещей, доставшихся обогатившемуся лицу. Такое примиреніе очевидно основано на чистой фикціи.

III. Третье направленіе обнимаетъ цѣлый рядъ теорій, весьма отличныхъ другъ отъ друга.

1) Видное мѣсто принадлежитъ теоріи, памѣченной еще Mühlenbruch'омъ[34]) и Heimbach'омъ[35]) и подробно обоснованной Erxleben'омъ[36]) и Witte[37]).

По этой теоріи предметомъ иска является все то, что sine causa поступило къ обогатившемуся лицу. Правда, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ была передана инди-

---

32) Das Recht der Forderungen, 2. изд т. III § 260, стр. 388.

33) Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines Andern, — въ Jahrbucher fur Dogmatik т. IV, стр 159 и сл., стр. 280, въ особ 314.

34) Doctrina pandectarum, ed II, Halis Saxonum 1827, t. III, § 654, pag. 380, ср Nr. 20.

35) Die Lehre von der Frucht, 1843, стр. 131.

36) Die condictiones sine causa, Abth. I, die condictio indebiti 1850, § 12, стр 180 и сл.

37) Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, 1859, § 20. стр. 139 и сл.

видуально-опредѣленная вещь, обогатившееся лицо освобождается отъ всякой отвѣтственности, разъ эта вещь выбыла изъ его имущества безъ всякаго эквивалента, причемъ безразлично, произошло ли это отъ дѣйствія случая, или отъ дѣйствій самого обогатившагося лица. Но причина, по которой кондикціонный должникъ въ данномъ случаѣ освобождается отъ отвѣтственности, заключается не въ томъ, что онъ вообще отвѣчаетъ не свыше размѣра наличнаго обогащенія, а въ томъ, что species perit ei, cui debetur.

Зато, въ тѣхъ случаяхъ, когда были переданы замѣнимыя вещи, обогатившееся лицо безусловно обязано къ возврату tantundem, ибо genus perire non videtur.

Въ результатѣ сходится съ этой теоріей и Voigt[38]), который говоритъ, что по основному своему характеру (Grundcharacter) condictio indebiti, какъ и всѣ condictiones ob causam, есть искъ объ обогащеніи, но предметъ этого иска составляетъ id, quod pervenit.

То-же самое можно сказать о Goeschen'ѣ[39]) и Keller'ѣ[40]), которые не выставляютъ какого нибудь общаго принципа, а ограничиваются казуистическимъ перечнемъ отдѣльныхъ случаевъ, упоминаемыхъ въ источникахъ: въ результатахъ и они (за самыми незначительными модификаціями) сходятся съ Erxleben'омъ и Witte.

---

38) Ueber die Condictiones ob causam, стр. 319 и сл.

39) Vorlesungen über d. gemeine Civilrecht, т. 2, отд. 2, § 638. стр. 658.

40) Pandekten. стр. 572.

2) Весьма своеобразнымъ характеромъ отличается теорія Mandry[41]).

Онъ утверждаетъ, что пока объектъ, переданный обогатившемуся лицу, можетъ быть возвращенъ in natura, искъ потерпѣвшаго всегда долженъ быть направленъ на выдачу этого именно объекта, причемъ совершенно безразлично, была ли передана индивидуально-опредѣленная вещь или опредѣленное количество замѣнимыхъ вещей.

Невозможность возврата вещей in natura влечетъ за собою либо прекращеніе обязательства обогатившагося лица предъ потерпѣвшимъ, либо измѣненіе объекта долга

Первое происходитъ въ томъ случаѣ, когда вещь выбыла изъ имущества обогатившагося лица безъ всякаго эквивалента, будь это species или quantitas fungibilium; въ послѣднемъ случаѣ однако предполагается, что замѣнимыя вещи выбыли изъ имущества до смѣшенія ихъ съ однородными вещами.

Второе послѣдствіе — измѣненіе объекта долга — наступаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда взамѣнъ первоначально переданной вещи въ имущество обогатившагося лица поступилъ какой-нибудь эквивалентъ; что касается замѣнимыхъ вещей, то такое же значеніе имѣетъ смѣшеніе ихъ съ однородными вещами. Именно, въ такихъ случаяхъ происходитъ превращеніе первоначальнаго долга въ денежный долгъ, размѣръ котораго опредѣляется денежной цѣнностью пріобрѣ-

41) Archiv für civilistische Praxis, т. 48, стр. 220 и сл.

теннаго эквивалента. Это превращеніе окончательное, т. е. утрата эквивалента не вліяетъ уже на размѣръ отвѣтственности обогатившагося лица.

3) Brinz[42]), который въ первомъ изданіи своего учебника присоединился къ мнѣнію Erxleben'a, во второмъ изданіи говоритъ слѣдующее:

Condictio indebiti, (какъ вообще condictiones sine causa), направлена на ipsum или tantundem.

Id ipsum составляетъ объектъ обязательства въ тѣхъ случаяхъ, когда были переданы индивидуально-опредѣленныя вещи; „повидимому“ (allem Anschein nach) и въ тѣхъ случаяхъ, когда были переданы замѣнимыя вещи, кромѣ денегъ.

Если же обогатившемуся лицу достались деньги или вещи, которыя не могутъ быть возвращены in natura, какъ-то operae, habitatio, то объектъ обязательства составляетъ tantundem, притомъ либо tantundem in genere, — когда были переданы деньги, либо tantundem pretio, — когда достались вещи, не подлежащія возврату in natura или вещи безтѣлесныя.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ объектомъ иска является ipsum, притязаніе прекращается съ того момента, когда вещь casu погибла; наоборотъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда tantundem est in obligatione, послѣдующая судьба отдѣльныхъ вещей, доставшихся обогатившемуся лицу, не оказываетъ вліянія на размѣръ его отвѣтственности.

4) Dernburg[43]) различаетъ двѣ категоріи слу-

42) Lehrbuch der Pandecten 2 изд. т. II ч. 2 § 300 стр. 516 и сл.
43) Pandekten т. II § 141 стр. 360.

чаевъ: къ первой относятся случаи передачи денегъ, ко второй — всѣ остальные.

Деньги должны быть возвращены полностью, приниматель несетъ periculum.

Въ другихъ случаяхъ возврату подлежитъ самый объектъ, который поступилъ къ обогатившемуся лицу. Кондикціонный должникъ обязанъ выдать то, что у него отъ этого объекта осталось, вслучаѣ отчужденія его обязанъ выдать полученный эквивалентъ, а если онъ потребилъ полученное, то долженъ возмѣстить цѣнность его въ моментъ потребленія. За случайную пропажу или порчу вещи онъ не отвѣчаетъ.

5) Pfersche [44]) исходитъ изъ того положенія, что въ источникахъ не дѣлается принципіальнаго различія между случаями передачи индивидуально опредѣленныхъ и замѣнимыхъ вещей; обогатившееся лицо въ обоихъ случаяхъ отвѣчаетъ въ предѣлахъ своего обогащенія.

Но, — говоритъ онъ, — понятіе обогащенія допускаетъ различныя толкованія. Было бы несправедливо думать, что этотъ терминъ всегда обозначаетъ одно и то-же. Мы встрѣчаемъ въ источникахъ два способа исчисленія обогащенія, — мягкій и суровый. Первый допущенъ при hereditatis petitio, когда этотъ искъ предъявляется къ bonae fidei possessor hereditatis, и при donatio inter virum et uxorem; второй установленъ между прочимъ для исковъ ex dolo et metu, когда они предъявляются къ наслѣдникамъ правонаруши-

44) Die Bereicherungsklagen, стр. 137 и сл., въ особ. 143—145.

теля. Различіе между обоими способами сказывается въ томъ, что въ случаяхъ перваго рода обогатившееся лицо всегда отвѣчаетъ только въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія, тогда какъ для случаевъ втораго рода допущены различныя уклоненія отъ этого начала. Въ частности, вслучаѣ замѣны первоначальнаго объекта долга какимъ нибудь эквивалентомъ, обогатившееся лицо omni modo locuples factus videtur, licet postea deperdat (l. 18 D. quod m. c. 4. 2); потребленіе полученнаго всегда считается обогащеніемъ; наконецъ, безвозмездное отчужденіе тоже считается обогащеніемъ.

Pfersche полагаетъ, что къ condictio indebiti долженъ быть примѣненъ суровый способъ исчисленія обогащенія.

Мы закончили нашъ литературный обзоръ. Въ заключеніе, отмѣтимъ основное различіе, существующее между теоріей обогащенія съ одной стороны и всѣми остальными теоріями съ другой.

Теорія обогащенія даетъ вполнѣ опредѣленный, простой и однообразный критерій для опредѣленія размѣра отвѣтственности обогатившагося лица. Несмотря на крайнее разнообразіе отдѣльныхъ, конкретныхъ случаевъ, лицо отвѣчаетъ всегда въ одинаковой мѣрѣ: оно обязано вернуть всю прямую и косвенную выгоду, доставшуюся ему насчетъ потерпѣвшаго лица, но не отвѣчаетъ остальнымъ своимъ имуществомъ, какимъ таковое представляется за вычетомъ прямаго и косвен-

наго обогащенія. — Вмѣстѣ съ тѣмъ, эта теорія вполнѣ удовлетворяетъ требованію справедливаго распредѣленія риска между сторонами.

Остальныя теоріи, напротивъ, всѣ страдаютъ тѣмъ основнымъ недостаткомъ, что размѣръ отвѣтственности обогатившагося лица въ каждомъ данномъ случаѣ зависитъ отъ цѣлаго ряда случайностей. Остановимся для примѣра на теоріи Донелла. Допустимъ, что лицу А достались недолжныя 100 четвертей пшеницы. Онъ обязанъ вернуть tantundem ejusdem qualitatis. Хлѣбъ ко времени предъявленія иска подвергся порчѣ, и онъ обязанъ достать другой. Это можетъ оказаться для него очень затруднительнымъ. Къ тому же, цѣны на пшеницу къ этому времени могли значительно повыситься. Оказывается, что убытокъ, постигающій лицо, можетъ далеко превысить его первоначальное обогащеніе. — Нѣкоторыя другія теоріи приводятъ къ еще болѣе курьезнымъ результатамъ. Такъ, по теоріи Mandry лицо, получившее недолжно сумму денегъ, освобождается отъ отвѣтственности, если оно утратило или подарило ихъ третьему лицу до смѣшенія съ собственными деньгами, — въ противномъ же случаѣ оно обязано уплатить tantundem. Но фактъ смѣшенія самъ по себѣ основанъ на чистой случайности. Да и какъ доказать въ большинствѣ случаевъ, наступило ли или не наступило смѣшеніе. — По теоріи Pfersche лицо, продавъ полученную вещь за безцѣнокъ, обязано выдать только покупную плату; если же вещь была подарена третьему лицу, то даритель долженъ возмѣстить всю объективную цѣнность ея.

Ввиду изложенныхъ соображеній нельзя не признать, что a priori и de lege ferenda теоріи обогащенія должно быть отдано безусловное предпочтеніе предъ всѣми остальными теоріями. Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы надѣемся доказать, что эта-же теорія должна быть принята и de lege lata.

Глава II.

Время появленія и условія развитія condictionis indebiti.

§ 3.

Время появленія иска.

Condictio indebiti появилась сравнительно поздно.

Въ этомъ убѣждаютъ прежде всего соображенія общаго свойства.

Дѣйствительно, стоитъ вспомнить важнѣйшіе случаи, въ которыхъ возникаетъ этотъ искъ, чтобъ убѣдиться въ томъ, что появленіе его предполагаетъ наличность двухъ моментовъ, которые могутъ оказаться на лицо лишь въ сравнительно позднемъ періодѣ соціальнаго и экономическаго быта даннаго народа. Именно: а) поскольку condictio indebiti возникаетъ изъ negotia inter vivos, она предполагаетъ значительное развитіе кредитныхъ сдѣлокъ, — б) поскольку она вытекаетъ изъ negotia mortis causa, она обусловлена существованіемъ развитой системы наслѣдственнаго права.

Къ этому можно прибавить еще два соображенія, вытекающія изъ характера древняго римскаго права.

Съ одной стороны цивильное право выставило принципъ: jus civile sibi vigilantibus scriptum est. Строгое проведеніе этого начала исключаетъ возможность обратнаго требованія не только indebiti dati, но и вообще dati ob causam.

Съ другой стороны древнѣйшія сдѣлки inter vivos — mancipatio, in jure cessio, nexum и корреспондирующая ему solutio per aes et libram, — отличались строго формальнымъ характеромъ и заключались въ присутствіи свидѣтелей или магистрата, т. е. подъ контролемъ третьихъ, незаинтересованныхъ лицъ. Тоже слѣдуетъ сказать о древнихъ формахъ завѣщаній, — testamentum in comitiis calatis, in procinctu и per aes et libram. При такихъ условіяхъ solutio indebiti была почти немыслима, а слѣдовательно не было и потребности въ особомъ искѣ о возвратѣ недолжно полученнаго.

Помимо этихъ общихъ соображеній мы встрѣчаемъ и прямыя указанія въ источникахъ, свидѣтельствующія о сравнительно позднемъ появленіи condictionis indebiti.

Первымъ такимъ указаніемъ служитъ самое названіе иска — condictio indebiti. Оно свидѣтельствуетъ о томъ, что искъ во всякомъ случаѣ не могъ возникнуть раньше появленія legis actio per condictionem, которая въ свою очередь представляетъ собою самую позднюю форму легисакціоннаго процесса.

Далѣе, важное значеніе имѣетъ паралель, проводи-

мая римскими юристами между condictio indebiti и mutuum.

Такъ, Гай въ третьей книгѣ своихъ институцій, въ § 91 говоритъ:

> Perinde ei (sc. qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit), condici potest: „si paret eum dare oportere“, ac si mutuum accepisset.

То-же повторяется и Институціями Юстиніана.

> § 6 J. de obl. qu. ex contr. 3, 27, verb.: Sed tamen perinde is qui accepit, (sc. indebitum), obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur.
>
> Ср. и l. 5 § 3 D. de O. et A. 44, 7.

Изъ этихъ сопоставленій явствуетъ, что condictio indebiti возникла позднѣе mutuum.

Между тѣмъ, заемъ въ формѣ mutuum, замѣнивъ собою старинное nexum, самъ довольно поздняго происхожденія[45]).

Наконецъ, нельзя не указать на связь, существующую между condictio indebiti и exceptio doli. На нее указалъ еще Witte[46]). Онъ разсуждаетъ такъ: разъ можно кондицировать платежъ, произведенный въ счетъ несуществующаго долга, то должна существовать возможность оспаривать обязательственное требованіе, заключенное при аналогичныхъ условіяхъ. Нельзя же допустить, чтобъ сначала пришлось исполнить такое

45) Ср. Schulin, Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts, стр. 397.

46) Bereicherungsklagen, стр. 48—52.

требованіе, и потомъ только кондицировать переданный объектъ. И дѣйствительно, источники наряду съ condictio rei допускаютъ и condictio promissionis.

Condictio promissionis съ своей стороны предполагаетъ exceptio doli, ибо нельзя себѣ представить, чтобъ существовало время, когда должникъ самъ могъ предъявить искъ о прекращеніи обязательства, принятаго имъ на себя sine causa, и вмѣстѣ съ тѣмъ не могъ защищаться excipiendo противъ иска противной стороны, вытекающаго изъ такого обязательства.

Если это такъ, то condictio indebiti во всякомъ случаѣ не могла возникнуть раньше exceptio doli. Послѣдняя же была введена преторомъ Галломъ Аквиліемъ, жившимъ въ одно время съ Цицерономъ.

Но, продолжаетъ Witte, надо думать, что condictio indebiti возникла даже позднѣе указанной exceptio. Дѣло въ томъ, что проводникомъ началъ aequitatis былъ преторъ. Эти начала прежде всего отражались въ преторскомъ правѣ, и лишь впослѣдствіи проникали въ цивильное право. Condictio indebiti есть цивильный искъ; вмѣстѣ съ тѣмъ эта кондикція, по словамъ Папиніана, ex aequo et bono introducta est (l. 66 D. de cond. ind. 12, 6). Уже это одно заставляетъ предполагать, что exceptio doli какъ преторскій институтъ служила болѣе раннимъ органомъ aequitatis въ данной области, чѣмъ condictio indebiti. — Къ этому надо еще прибавить, что вообще легче добиться защиты въ формѣ эксцепціи, чѣмъ въ формѣ иска.

Ввиду изложенныхъ соображеній Witte полагаетъ, что появленіе condictionis indebiti должно быть отнесено къ послѣднимъ временамъ республики.

Съ этимъ разсужденіемъ въ общемъ нельзя не согласиться. Между condictio indebiti и exceptio doli несомнѣнно существуетъ тѣсная связь. Правда, мы не знаемъ, дѣйствительно ли exceptio doli была введена впервые Аквиліемъ, и не ограничивается ли заслуга послѣдняго введеніемъ actionis doli. Но если даже допустить второе предположеніе, то и тогда слѣдуетъ признать, что общая exceptio doli (а вмѣстѣ съ тѣмъ и condictio indebiti), могла сложиться лишь послѣ того, какъ окончательно сформировался формулярный процессъ, т. е. не раньше конца втораго или начала перваго вѣка до Р. Хр.

Изъ другихъ изслѣдователей Voigt[47]) приходитъ къ тому-же результату, какъ и Witte. Съ послѣднимъ въ общемъ сходится и Pfersche[48]).

Иного мнѣнія Bekker[49]). Онъ полагаетъ, что реальные квазиконтракты и въ частности condictio indebiti возникли въ очень раннее время, довольно скоро послѣ изданія XII таблицъ. Но единственное соображеніе, приводимое имъ въ пользу ранняго появленія condictionis indebiti, очень слабое. Именно

---

47) Ueber die condictiones ob causam etc., отд. VI. гл. I. стр. 226 и сл. — Впрочемъ, любопытный матерьялъ, собранный Voigt'омъ, относится не столько къ исторіи condictionis indebiti, сколько къ исторіи condictionis ob injustam causam.

48) Bereicherungsklagen, стр. 19.

49) Die Actionen, т. I, стр. 93 и сл., въ особ. 103.

онъ утверждаетъ, что только при весьма примитивныхъ отношеніяхъ оборота можно обходиться безъ этого иска. Лучшимъ опроверженіемъ такого взгляда можетъ послужить ссылка на X томъ нашего Свода, въ коемъ кондикціи вообще и condictio indebiti въ частности не нашли себѣ мѣста.

Впрочемъ, и Bekker признаетъ [50]), что детальная разработка этого иска, какъ и другихъ кондикцій, выпала на долю классической юриспруденціи, т. е. должна быть отнесена ко времени имперіи.

§ 4.

Условія развитія иска.

Мы убѣдились на основаніи цѣлаго ряда данныхъ въ сравнительно позднемъ происхожденіи condictionis indebiti.

Это обстоятельство въ связи съ цивильнымъ характеромъ иска имѣетъ весьма важное значеніе. Оно не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что condictio indebiti всецѣло основана на auctoritas prudentium.

Юристы послѣднихъ временъ республики установили основныя начала иска, юристы императорскаго періода занялись детальной разработкой этихъ началъ.

Дѣятельность юриспруденціи въ этомъ отношеніи не была стѣснена никакими искусственными преградами, — ей не приходилось считаться съ историческими пережитками, способными затормозить правильный ходъ

50) ук. соч., стр. 106.

работы, — она могла смѣло приспособлять свои положенія къ интересамъ оборота.

Притомъ она имѣла подъ руками весьма обильный матерьялъ: при сложныхъ отношеніяхъ римскаго оборота и при запутанномъ характерѣ наслѣдственнаго права на каждомъ шагу должны были возникать все новые и новые практическіе вопросы.

Если прибавить ко всему этому высокій практическій тактъ самихъ римскихъ юристовъ, то нельзя не признать, что condictio indebiti развивалась при необыкновенно благопріятныхъ внѣшнихъ условіяхъ.

Воспользовалась ли римская юриспруденція своимъ льготнымъ положеніемъ и каковъ оказался результатъ ея работы? На этотъ вопросъ мы постараемся отвѣтить въ слѣдующей главѣ.

Глава III.

Анализъ источниковъ.

§ 5.

Общій обзоръ. I. Общія изреченія римскихъ юристовъ.

Фрагменты, касающіеся вопроса о предѣлахъ отвѣтственности добросовѣстнаго принимателя недолжнаго, могутъ быть разбиты на пять группъ.

Содержаніе фрагментовъ первой группы составляютъ общія изреченія римскихъ юристовъ.

Фрагменты второй группы обнимаютъ случаи передачи индивидуально-опредѣленныхъ вещей.

Фрагменты третьей — случаи передачи замѣнимыхъ вещей.

Фрагменты четвертой — случаи, въ которыхъ обогащеніе состоитъ въ принятіи личныхъ услугъ.

Наконецъ, фрагменты пятой группы касаются такихъ случаевъ, когда было дано какое нибудь обѣщаніе или установлено jus in re aliena или наоборотъ: потерпѣвшее лицо отказалось отъ какого нибудь требованія или jus in re aliena или упустило своевременно установить его.

Мы послѣдовательно разсмотримъ всѣ эти случаи. Ближайшій разборъ ихъ, думается намъ, не оставитъ сомнѣнія въ томъ, что римскіе юристы ограничиваютъ отвѣтственность обогатившагося лица размѣромъ наличнаго его обогащенія.

Мы переходимъ къ общимъ изреченіямъ римскихъ юристовъ. Собственно говоря, ихъ только два:

> l. 65 D. de cond. ind. 12. 6 (Papinianus). Haec condictio, ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.
>
> l. 14 D. eod. (Pomponius). — Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

Редакція обоихъ мѣстъ слишкомъ неопредѣленна, чтобъ они могли служить прямымъ подтвержденіемъ

основаго нашего положенія. Но во всякомъ случаѣ они ему не противорѣчатъ. Этимъ мы пока и ограничимся.

Кромѣ указанныхъ двухъ фрагментовъ, вниманія заслуживаютъ еще два другихъ:

l. 7 D. h. t. 12. 6 (Pomponius). Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur.

l. 25 D. de praescr. verb. 19. 5 (Marcianus), verb.: Quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti solet, aut tantundem ex eodem genere (quorum neutro modo operae repeti possunt).

Значеніе послѣднихъ двухъ фрагментовъ очень спорное. Многіе изслѣдователи приписываютъ имъ рѣшающее значеніе при разрѣшеніи вопроса объ объемѣ condictio indebiti. Но прежде всего нельзя не замѣтить, что оба фрагмента далеко не обнимаютъ всѣхъ возможныхъ случаевъ возврата недолжнаго: въ нихъ ничего не говорится о тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ нельзя требовать ни ipsum, ни tantundem. На это было указано самими римскими юристами, какъ явствуетъ изъ послѣднихъ словъ l. 25 cit., и изъ l. 26 § 12 D. h. t. 12. 6, гдѣ Ульпіанъ говоритъ: interdum licet aliud praestemus, aliud condicimus, ut puta fundum indebitum dedi, et fructus condico et sqq.

Далѣе они не указываютъ ближе, въ какихъ собственно случаяхъ перехода тѣлесныхъ вещей можно требовать ipsum, въ какихъ tantundem. Вопросъ этотъ имѣетъ важное значеніе, поскольку были переданы замѣнимыя вещи. Всегда ли въ такихъ случаяхъ истецъ

можетъ требовать возврата tantundem? Рѣшить этотъ вопросъ исключительно на основаніи приведенныхъ двухъ мѣстъ положительно невозможно.

Тѣмъ не менѣе многіе ученые такъ именно поступаютъ и, ссылаясь на указанные фрагменты, рѣшаютъ поставленный вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ. Намъ придется вернуться къ этой проблемѣ въ § 7, при разборѣ случаевъ передачи замѣнимыхъ вещей. Тамъ мы ближе остановимся на ней, а пока отмѣтимъ другой выводъ, непосредственно вытекающій, по мнѣнію многихъ, изъ перваго.

Если вслучаѣ передачи species можно требовать ipsum, а вслучаѣ передачи замѣнимыхъ вещей tantundem, то отсюда яко-бы слѣдуетъ, что утрата индивидуально-опредѣленной вещи освобождаетъ кондикціоннаго должника отъ всякой отвѣтственности, такъ какъ species perit ei, cum debetur, утрата же замѣнимыхъ вещей, перешедшихъ въ руки обогатившагося лица, не имѣетъ такого значенія, такъ какъ genus perire non censetur: другими словами, обогатившееся лицо въ послѣднемъ случаѣ безусловно обязано вернуть tantundem.

Такой выводъ имѣетъ еще меньше почвы подъ собою, чѣмъ первый. Если даже допустить, что во всѣхъ случаяхъ передачи замѣнимыхъ вещей потерпѣвшее лицо можетъ требовать возврата tantundem, то этимъ нисколько еще не предрѣшается вопросъ о томъ, кто несетъ periculum на тотъ случай, если переданныя вещи выбыли изъ имущества обогатившагося лица безъ всякаго эквивалента.

Ссылка на положеніе: genus perire non censetur, ничуть не разрѣшаетъ этого важнаго вопроса. Не слѣдуетъ терять изъ виду, что это положеніе возникло въ области договорныхъ отношеній; между тѣмъ, мы тутъ имѣемъ дѣло съ отношеніями внѣдоговорными.

Къ тому же, и въ области договорныхъ отношеній тотъ, кто принимаетъ на себя генерическое обязательство, лишь in dubio несетъ periculum. Онъ всегда въ состояніи модифицировать свою отвѣтственность чрезъ включеніе соотвѣтствующей оговорки.

Стоитъ только вспомнить особыя формы займа, извѣстныя подъ названіемъ foenus nauticum и quasi nauticum, при которыхъ кредиторъ въ большей или меньшей степени беретъ на себя periculum, взамѣнъ чего онъ можетъ превысить законный процентъ [51]). Отсюда явствуетъ, что правило genus perire non censetur служитъ лишь выраженіемъ вѣроятной воли сторонъ, является результатомъ интерпретаціи этой воли: тотъ, кто принимаетъ на себя генерическое обязательство, обыкновенно тѣмъ самымъ принимаетъ на себя и periculum, — вотъ истинный смыслъ этого правила.

Ввиду изложенныхъ соображеній нельзя не придти къ заключенію, что примѣненіе указаннаго правила къ отношеніямъ внѣдоговорнымъ и въ частности къ condictio indebiti представляется лишеннымъ всякаго основанія.

Въ заключеніе нельзя не замѣтить, что сторонники оспариваемаго взгляда въ подкрѣпленіе своей теоріи

51) Ср. Windscheid, Pandekten, 7 изд., т. II, § 371, пр. 8, стр. 367.

ссылаются на паралель, проводимую источниками[52]) между solutio indebiti и mutuum. Но эта паралель указываетъ лишь на нѣкоторую аналогію, существующую преимущественно въ процессуальномъ отношеніи между уплатой недолжнаго и заключеніемъ займа, но вовсе не свидѣтельствуетъ да и не можетъ свидѣтельствовать о полномъ сходствѣ между обоими отношеніями. Стоитъ вспомнить, что объектомъ mutui могутъ служить только замѣнимыя вещи, тогда какъ объектомъ condictionis indebiti сверхъ того являются не только индивидуально-опредѣленныя вещи, но и всякія другія блага, имѣющія денежную цѣнность. Къ тому же мы только что имѣли случай указать, что и при займѣ periculum не всегда падаетъ на должника.

Резюмируя все сказанное нами, мы должны признать, что общія изреченія римскихъ юристовъ не даютъ прямаго отвѣта на вопросъ о предѣлахъ отвѣтственности обогатившагося лица, но — подъ условіемъ приведенія другихъ болѣе доказательныхъ мѣстъ, — вполнѣ могутъ быть согласованы съ теоріей обогащенія.

§ 6.

II. Случаи передачи индивидуально-опредѣленныхъ вещей.

Число фрагментовъ, касающихся случаевъ передачи species, довольно велико. Въ совокупности своей

52) Gaj III, 91. § 1 J. quib. mod. re obl. 3. 14. § 6 J. de obl. quasi ex contr. 3, 27. l. 5 § 3 D. de O. et A. 44. 7. См. выше § 3.

они представляютъ весьма вѣское доказательство въ пользу теоріи обогащенія.

I. Первое положеніе, которое можетъ быть выведено на основаніи этихъ фрагментовъ, можетъ быть выражено такъ: возврату подлежитъ не только самая вещь, первоначально передшая въ имущество обогатившагося лица, буде она находится еще въ имуществѣ его, но и всякая выгода, дѣйствительно извлеченная изъ нея. Иначе, отвѣтчикъ обязанъ выдать не только свое прямое, но и косвенное обогащеніе.

Въ общей формѣ это положеніе выражается въ

> l. 15 pr. D. h. t. 12. 6 (Paulus). Indebiti soluti condictio naturalis est; et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in condictionem, (ut puta partus, qui ex ancilla natus sit, vel quod alluvione accessit, imo et fructus, quos is, cui solutum est, bona fide percepit, in condictionem venient).

Подробнѣе это начало развивается въ рядѣ частныхъ рѣшеній. Мы пока остановимся на рѣшеніяхъ, касающихся извлеченія выгодъ чрезъ пользованіе вещью и извлеченія плодовъ изъ нея.

1) Что касается пользованія вещью, то источники прямо говорятъ, что кондикціонный должникъ отвѣчаетъ лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ ему удалось сдѣлать сбереженія путемъ пользованія.

Этотъ принципъ выраженъ въ

> l. 65 § 7 D. h. t. 12. 6 (Paulus). Sic habitatione data pecuniam condicam, non quidem

quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses.

Приведенный фрагментъ непосредственно касается только того случая, когда въ пользу отвѣтчика была установлена indebita servitus habitationis. Но то-же начало несомнѣнно должно быть примѣнено по аналогіи ко всѣмъ остальнымъ случаямъ, въ которыхъ приниматель недолжнаго обогатился такимъ путемъ: дѣйствительно, разъ слѣдуетъ вознаградить за пользованіе, то нѣтъ основанія ограничивать примѣненіе этого начала какимъ нибудь однимъ частнымъ случаемъ.

Важное значеніе приведеннаго фрагмента однако не исчерпывается тѣмъ, что онъ налагаетъ на отвѣтчика обязанность вознаградить истца за выгоду, извлеченную изъ вещи путемъ пользованія ею: онъ вмѣстѣ съ тѣмъ указываетъ и предѣлъ этой отвѣтственности: лицо отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ своего дѣйствительнаго обогащенія. Нечего и говорить, насколько это рѣшеніе подтверждаетъ наше основное положеніе.

2) Извлеченія плодовъ и другихъ выгодъ касаются вышеприведенный фрагментъ 15ый настоящаго титула и l. 65 § 5 eod., равно l. 38 § 2 D. de usur. 22. 1.

Особенно важны слова перваго фрагмента:

imo et fructus, quos is, cui solutum est, bona fide percepit, in condictionem venient.

Въ нихъ указывается, въ какихъ предѣлахъ подлежатъ возврату плоды, тогда какъ оба остальные фрагмента умалчиваютъ объ этомъ вопросѣ.

l. 65 § 5 D. h. t 12. 6 (Paulus). Ei, qui indebitum repetit, et fructus, et partus ancillae restitui debet, deducta impensa.

l. 38 § 2 D. de usur. 22. 1 (Paulus). Item si indebitum fundum solvi, et repeto, fructus quoque repetere debeo.

И такъ, обогатившееся лицо обязано выдать только fructus percepti, т. е. опять таки только дѣйствительную выгоду, извлеченную имъ изъ вещи. Съ другой стороны, въ отличіе отъ rei vindicatio, не дѣлается различія между fructus consumti и non consumti ante litem contestatam. Это вполнѣ естественно съ точки зрѣнія теоріи обогащенія: consumtio fructuum тоже можетъ повести къ обогащенію, слѣдовательно этотъ моментъ не имѣетъ принципіальнаго значенія при исчисленіи размѣра отвѣтственности обогатившагося лица. Иное дѣло — утрата извлеченныхъ плодовъ безъ пріобрѣтенія соотвѣтствующаго эквивалента. Приведенные фрагменты не упоминаютъ объ этой возможности. Но мы сейчасъ увидимъ, что изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобъ это обстоятельство не оказывало вліянія на размѣръ отвѣтственности кондикціоннаго должника.

II. Мы переходимъ ко второму положенію. Выдѣленіе первоначальнаго объекта обогащенія изъ имущества обогатившагося лица безъ пріобрѣтенія соотвѣтствующаго эквивалента освобождаетъ лицо отъ всякой отвѣтственности, поскольку оно не извлекло какой нибудь выгоды изъ вещи до утраты ея. Вслучаѣ возмезднаго отчужденія вещи обогатившееся лицо обязано выдать

только эквивалентъ, пріобрѣтенный взамѣнъ ея. Иначе: прекращеніе прямаго обогащенія не освобождаетъ кондикціоннаго должника безусловно отъ всякой отвѣтственности, — но послѣдняя въ такомъ случаѣ ограничивается размѣромъ косвеннаго обогащенія.

Это важное положеніе вытекаетъ изъ слѣдующихъ двухъ фрагментовъ:

l. 26 § 12 D. h. t. 12, 6 (Ulpianus), verb.: Hominem indebitum (sc. dedi), et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.

l. 65 § 8 eod. (Paulus). Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium ejus; si nesciens, non teneberis, sed propter operas ejus liberti, et ut hereditatem ejus restituas.

Къ нимъ мы прибавимъ еще третій:

l. 26 § 12 eod. (Ulpianus), verb.: Interdum licet aliud praestemus, aliud condicimus, ut puta fundum indebitum dedi, et fructus condico.

Приведенные фрагменты не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что отвѣтчикъ, лишивъ себя возможности вернуть вещь истцу черезъ отчужденіе ея или иной актъ, влекущій за собою тѣ же послѣдствія, никоимъ образомъ не обязанъ возмѣстить истцу цѣнность утраченной вещи, а лишь обязанъ выдать тотъ эквивалентъ, который онъ пріобрѣлъ взамѣнъ самой вещи, или иную выгоду, извлеченную изъ нея. Если нѣтъ ни того, ни другаго, то онъ очевидно освобождается отъ всякой отвѣтственности.

Противъ послѣдняго вывода никто никогда и не думалъ возражать. Только въ самое послѣднее время Pfersche[53]) счелъ возможнымъ признать, что вслучаѣ безвозмезднаго отчужденія вещи обогатившееся лицо обязано возмѣстить объективную цѣнность ея. Его не смущаютъ тѣ нелѣпыя послѣдствія, къ которымъ приводитъ его взглядъ на практикѣ. Вотъ какъ онъ мотивируетъ его: „Дареніе представляетъ собою присвоеніе цѣнности вещи наравнѣ съ потребленіемъ ея, а извѣстные случаи даренія, вызванные приличіемъ (Anstandsgeschenke), сопряжены даже съ сбереженіемъ расходовъ. Въ этихъ предѣлахъ посомнѣнно можно требовать вознагражденія. Но то-же слѣдуетъ признать и въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, гдѣ дареніе очевидно не состоялось бы, не окажись подъ рукой indebite полученная вещь“ Почему-же такъ? А „потому, что дареніе происходитъ исключительно въ интересахъ принимателя недолжнаго, и есть лишь косвенное послѣдствіе того, что онъ получилъ вещь, которой не долженъ былъ получить.“ — И такъ, для отвѣтчика выгоднѣе, если онъ продалъ вещь за безцѣнокъ, ибо въ такомъ случаѣ, какъ признаетъ самъ Pfersche, онъ обязанъ выдать только полученную плату, тогда какъ вслучаѣ дарственной передачи вещи онъ долженъ возмѣстить объективную цѣнность ея! — Но почему же Павелъ, упоминая о manumissio servi, несомнѣнно представляющей собою случай даренія въ обширномъ смыслѣ, не обязываетъ отвѣтчика къ уплатѣ стоимости

53) Bereicherungsklagen, стр. 147.

отнущеннаго раба? Pfersche едва ли можетъ дать удовлетворительный отвѣтъ на этотъ вопросъ.

Въ заключеніе, нельзя не упомянуть о странномъ толкованіи l. l. 23 § 12 и 65 § 8 cit, встрѣчающемся у Erxleben'a и Witte.

Эти писатели, какъ на то было указано выше, въ § 2, исходятъ изъ того основнаго положенія, что отвѣтчикъ обязанъ выдать именно то, что sine causa перешло къ нему изъ имущества потерпѣвшаго лица: сюда входитъ ipsa res и commodum, quod ex re percipitur. Но эквивалентъ, пріобрѣтенный обогатившимся лицомъ взамѣнъ первоначальнаго объекта обогащенія, никакъ не можетъ быть подведенъ подъ понятіе commodi, quod ex re percipitur, а несомнѣнно представляетъ commodum, quod per negotiationem percipitur. Какое же право имѣетъ истецъ требовать выдачи этого эквивалента, никогда не входившаго въ составъ его имущества?

Erxleben[54]) признаетъ, что правило, выраженное въ указанныхъ фрагментахъ, можетъ быть объяснено только тѣмъ, что въ противномъ случаѣ отвѣтчикъ обогатился бы насчетъ истца.

Но — говоритъ онъ — изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобъ отвѣтчикъ всегда отвѣчалъ только въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія. Напротивъ, это правило скорѣе свидѣтельствуетъ о противномъ. Именно, въ немъ вовсе не содержится ограниченіе

54) Die condictiones sine causa. Abth. I. Die condictio indebiti, стр. 196.

объема и содержанія обязанностей отвѣтчика, а напротивъ расширеніе его обязательства за естественные предѣлы послѣдняго, которое объясняется тѣмъ, что искъ возникаетъ ex aequo et bono.

Witte[55]) идетъ еще дальше. Онъ утверждаетъ, что въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ l. l. 26 § 12 и 65 § 8 cit., condictio indebiti, „въ силу общихъ принциповъ права“ отпала, такъ какъ въ обоихъ фрагментахъ предполагается, что отвѣтчикъ bona fide лишилъ себя возможности возвратить полученный объектъ, a species perit ei, cui debetur. Поэтому искъ, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, вовсе не есть condictio indebiti, a condictio sine causa, направленная на выдачу неправомѣрнаго обогащенія. — Толкованія обоихъ писателей вносятъ въ указанные фрагменты совершенно чуждый имъ элементъ, — ни въ этихъ фрагментахъ, ни въ какомъ либо иномъ мѣстѣ источниковъ нѣтъ и намека на то, чтобъ право истца на выгоду, извлеченную изъ вещи путемъ отчужденія ея, считалась римскими юристами особой льготой, несогласной съ condictio indebiti stricto sensu. Эти толкованія порождены исключительно желаніемъ во что бы то ни стало спасти предвзятый принципъ, положенный обоими писателями въ основаніе иска, хотя бы при этомъ пришлось отказаться отъ практическихъ послѣдствій, къ которымъ онъ долженъ привести.

III. Въ связи съ только что разобраннымъ вопросомъ находится вопросъ о томъ, какое вліяніе на размѣръ

55) Bereicherungsklagen, стр. 147 и сл

отвѣтственности обогатившагося лица оказываетъ прекращеніе косвеннаго обогащенія. Очевидно, не только первоначальный объектъ обогащенія, но и эквивалентъ, заступившій его мѣсто, равно всякая другая выгода, извлеченная изъ вещи, могутъ выбыть изъ имущества обогатившагося лица безъ замѣны ихъ новымъ эквивалентомъ. — Источники упоминаютъ и объ этомъ случаѣ, и опять въ смыслѣ, благопріятномъ для теоріи обогащенія.

Именно, цитированная уже нами l. 26 § 12 D. h. t. 12. 6 говоритъ:

> Nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.

Очевидно, то что выражено здѣсь относительно денежнаго эквивалента, должно быть примѣнено и къ другаго рода эквивалентамъ, такъ какъ нѣтъ основанія дѣлать различіе между тѣми и другими.

И дальше, — то-же самое слѣдуетъ признать относительно другихъ выгодъ, извлеченныхъ изъ вещи, какъ то плодовъ, сбереженій отъ расходовъ и т. д. — Правда, источники прямо не высказываютъ этого. Но такіе пробѣлы вполнѣ объясняются казуистическимъ характеромъ отдѣльныхъ рѣшеній. Къ тому же и противное нигдѣ не выражено. Да наконецъ, распространительное толкованіе правила, выраженнаго въ вышеприведенномъ мѣстѣ, вполнѣ согласно съ общимъ духомъ источниковъ по разбираемому нами вопросу и приводитъ къ вполнѣ желательнымъ результатамъ.

Ввиду изложеннаго мы имѣемъ полное основаніе дополнить второе наше положеніе слѣдующимъ образомъ:

выдѣленіе косвенныхъ выгодъ, извлеченныхъ лицомъ изъ вещи, изъ имущества его безъ поступленія соотвѣтствующаго эквивалента оказываетъ такое же вліяніе на степень отвѣтственности его, какъ и выдѣленіе самой вещи, составляющей объектъ первоначальнаго его обогащенія, т. е. такое выдѣленіе ведетъ къ соотвѣтственному уменьшенію объема его обязательства.

Нельзя впрочемъ не замѣтить, что несмотря на ясную и точную редакцію разобраннаго фрагмента нѣкоторые изслѣдователи допускаютъ толкованіе, отличное отъ общепринятаго.

Такъ Mandry[56]) замѣчаетъ, что „ex pretio habere“ можетъ столько же служить для обозначенія того, что плата дѣйствительно получена (das wirkliche Erhaltenhaben), сколько и того, что она продолжаетъ находиться на лицо у отвѣтчика (das fortdauernde Haben), и тутъ же высказывается въ пользу первой альтернативы. — A Pfersche[57]) даже прямо объявляетъ, что изъ даннаго мѣста вовсе не видно, чтобъ послѣдующая судьба полученнаго эквивалента оказывала какое нибудь вліяніе на степень отвѣтственности обогатившагося лица.

Такое очевидное извращеніе прямаго и яснаго смысла фрагмента было бы совершенно непонятно, еслибъ названные писатели не сослались на l. 18 D. quod m. c. 4. 2. Этотъ фрагментъ касается вопроса объ отвѣтственности наслѣдника по искамъ, возникающимъ ex delicto наслѣдодателя, — въ частности, въ немъ

56) Archiv fur civ. Praxis, т. 48, стр. 245.
57) Bereicherungsklagen, стр. 145.

идетъ рѣчь объ actio quod metus causa. — Вотъ, что сказано въ данномъ мѣстѣ:

> l. 18 D. quod m. c. 4. 2 (Julianus). Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiorem dicemus; sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat.

Какъ видно, въ случаѣ, разбираемомъ Юліаномъ, послѣдующая судьба эквивалента, пріобрѣтеннаго взамѣнъ первоначальнаго объекта, дѣйствительно не оказываетъ вліянія на размѣръ отвѣтственности обязаннаго лица. Весь вопросъ въ томъ, въ какихъ предѣлахъ допустимо распространительное толкованіе приведеннаго мѣста; въ частности, примѣнимо ли оно къ condictio indebiti. — Мы вернемся къ этому вопросу въ § 10. Тамъ мы увидимъ, что о такомъ распространительномъ толкованіи не можетъ быть и рѣчи. — А вмѣстѣ съ тѣмъ отпадаетъ единственное основаніе для произвольнаго толкованія l. 26 § 12, предложеннаго Mandry и Pfersche.

IV. Намъ остается разрѣшить еще одинъ весьма важный вопросъ. Объектъ обогащенія можетъ быть на лицо, но могли быть произведены расходы, непосредственно или косвенно вызванные фактомъ обогащенія и значительно сократившіе размѣръ послѣдняго. Спрашивается, какое вліяніе имѣютъ такіе расходы?

Мы разсмотримъ отдѣльно непосредственные и косвенные расходы.

1) Первыхъ касаются слѣдующіе два фрагмента:

l. 26 § 12 D. h. t. 12. 6 (Ulpianus), verb.: vel meis sumtibus hominem pretiosiorem feci: nonne haec aestimari debent.

l. 65 § 5 cod. (Paulus). Ei, qui inhebitum repetit, et fructus restitui debet d e d u c t a i m p e n s a.

Изъ этихъ двухъ мѣстъ явствуетъ, что всѣ вообще непосредственные расходы уменьшаютъ отвѣтственность обогатившагося лица. Дѣйствительно, если первый фрагментъ упоминаетъ только о расходахъ, увеличившихъ цѣнность первоначально пріобрѣтенной вещи, то второй говоритъ вообще о deductio impensarum безъ всякихъ ограниченій.

2) Относительно вліянія косвенныхъ расходовъ можно сослаться на цитированныя раньше слова l. 26 § 12 D. h. t. 12. 6: nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes.

Плата, полученная при продажѣ первоначально пріобрѣтенной вещи, подлежитъ возврату лишь постольку, поскольку она находится еще у обогатившагося лица. Лицо слѣдовательно освобождается отъ отвѣтственности, разъ оно докажетъ, что полученныя деньги истрачены имъ. Но если исключить тѣ сравнительно рѣдкіе случаи, въ которыхъ деньги хранились особо, такое доказательство всегда сведется къ тому, что извѣстные расходы отвѣтчикомъ не были бы произведены, еслибъ онъ не располагалъ такой-то свободной суммой денегъ in abstracto.

То-же слѣдуетъ сказать о всѣхъ остальныхъ случаяхъ, въ которыхъ выгода, извлеченная лицомъ изъ

вещи, выражается опредѣленной суммой денегъ: въ этихъ предѣлахъ косвенные расходы несомнѣнно уменьшаютъ размѣръ отвѣтственности обогатившагося лица.

Но такіе расходы могутъ быть вызваны самимъ фактомъ поступленія къ лицу первоначальнаго объекта обогащенія, напр. лицу достался домъ, и это обстоятельство побуждаетъ его пожертвовать опредѣленную сумму денегъ на благотворительную цѣль, къ чему бы оно при другихъ условіяхъ не рѣшилось бы. Слѣдуетъ ли принять въ разсчетъ и такого рода косвенные расходы? Такъ какъ источники не даютъ прямаго отвѣта, то остается только одинъ исходъ: слѣдуетъ рѣшить, примѣнимо ли къ случаямъ такого рода правило, выраженное въ l. 26 § 12 cit.

Въ литературѣ этотъ вопросъ не затрогивался вовсе. На нашъ взглядъ, можно смѣло дать утвердительный отвѣтъ на него.

Въ самомъ дѣлѣ, разъ косвенные расходы вообще принимаются въ разсчетъ, то почему же допускать изъятіе въ данномъ случаѣ? In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius, говоритъ Марцеллъ (l. 192 § 1 D. de R. J. 50. 17).

Къ этому общему соображенію надо прибавить еще слѣдующее.

Обогатившееся лицо несомнѣнно можетъ обременять полученную вещь сервитутами и другими jura in re aliena. Отвѣтственность его въ такомъ случаѣ очевидно не можетъ быть болѣе тяжкой, чѣмъ въ слу-

чаѣ полнаго отчужденія вещи, т. е. она должна ограничиваться обязанностью вернуть вещь, обезцѣненную наложенными на нее jura in re aliena, и сверхъ того выдать, quod ex pretio habet, буде установленіе juris in re aliena въ пользу третьяго лица состоялось на основаніи возмездной сдѣлки.

Если это такъ, то всякій косвенный расходъ можетъ быть обращенъ въ прямой въ томъ смыслѣ, что будетъ непосредственно уменьшать цѣнность вещи: стоитъ только лицу производить такіе расходы не изъ собственныхъ суммъ, а предоставить третьимъ лицамъ за извѣстное денежное вознагражденіе право узуфрукта или какое нибудь другое jus in re aliena на вещь: въ такомъ случаѣ оно отвѣчаетъ только in id quod ex pretio habet, т. е. косвенный расходъ, вызванный фактомъ обогащенія, долженъ быть принятъ въ разсчетъ при исчисленіи размѣра отвѣтственности лица.

Избраніе того или другаго пути, — трата собственныхъ денегъ или чужихъ, добытыхъ указаннымъ порядкомъ, — зависитъ отъ чисто случайныхъ условій. Съ другой стороны, — матерьяльный результатъ несомнѣнно получается одинаковый, — первоначальное обогащеніе лица соотвѣтственно уменьшается. Можетъ ли быть сомнѣнія послѣ этого, что оба случая должны быть уравнены и въ отношеніи своихъ юридическихъ послѣдствій?

Послѣднее сомнѣніе должно будетъ исчезнуть, если намъ удастся доказать, что и въ тѣхъ случаяхъ, когда первоначальнымъ объектомъ обогащенія являются

замѣнимыя вещи, обогатившееся лицо отвѣчаетъ только in quantum locupletior factus est. Къ разбору этихъ случаевъ мы и перейдемъ теперь.

§ 7.

III. Случаи передачи замѣнимыхъ вещей.

Намъ предстоитъ разрѣшить два самые спорные вопроса изъ всего настоящаго ученія. Что собственно подлежитъ возврату въ тѣхъ случаяхъ, когда объектъ обогащенія составляютъ замѣнимыя вещи? И дальше, — какое вліяніе на размѣръ отвѣтственности кондикціоннаго должника оказываетъ послѣдующее прекращеніе обогащенія въ случаяхъ такого рода? Многіе изслѣдователи полагаютъ, что разрѣшеніе перваго вопроса въ томъ смыслѣ, что возврату подлежитъ tantundem, предрѣшаетъ и второй вопросъ. Это неправильно, какъ нами было указано въ § 5. Оба вопроса могутъ и должны быть разобраны самостоятельно. Мы прежде всего постараемся разрѣшить второй изъ нихъ.

I. Начнемъ съ разбора тѣхъ фрагментовъ, которые яко-бы свидѣтельствуютъ о томъ, что послѣдующее прекращеніе обогащенія не уменьшаетъ размѣра отвѣтственности обогатившагося лица.

Два изъ нихъ были приведены нами выше, въ § 5, — l. 7 D. h. t. 12. 6 и l. 25 i. f. D. de praescr. verb. 19. 5. Мы не станемъ повторять сказаннаго тамъ и прямо перейдемъ къ

l. 1 Cod. de cond. ind. 4. 5 (Imperator Antoninus A. Muciano). Pecuniae indebitae, per

errorem, non ex causa judicati solutae, esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur. Si quid igitur probare potueris patrem tuum, cui heres exstitisti, amplius debito creditori persolvisse, repetere potes. Usuras autem ejus summae praestari tibi frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est.

Въ послѣднихъ словахъ приведеннаго фрагмента многіе усматриваютъ подтвержденіе той мысли, что послѣдующее прекращеніе обогащенія не вліяетъ на размѣръ отвѣтственности кондикціоннаго должника, по крайней мѣрѣ поскольку рѣчь идетъ о замѣнимыхъ вещахъ. Говоритъ же императоръ, что repetitur ea quantitas, quae indebita soluta est.

Такой выводъ нельзя признать правильнымъ. Мы въ настоящемъ случаѣ имѣемъ дѣло съ частнымъ рескриптомъ Каракаллы, даннымъ въ отвѣтъ на запросъ нѣкоего Муціана. Такой рескриптъ касается конечно только тѣхъ вопросовъ, которые были возбуждены просителемъ. Какъ явствуетъ изъ фрагмента, Муціанъ объяснилъ въ своемъ прошеніи, что отецъ его, наслѣдникомъ котораго онъ состоитъ, по ошибкѣ уплатилъ одному изъ своихъ кредиторовъ сумму, превышающую размѣръ долга, и желалъ узнать, можетъ ли онъ требовать возврата излишка съ процентами. На это императоръ отвѣчаетъ, что онъ можетъ искать solam eam quantitatem, quae indebita soluta est, т. е указываетъ максимальный предѣлъ искового притязанія просителя. Вопросъ о вліяніи послѣдующаго прекращенія

обогащенія на степень отвѣтственности обогатившагося лица, какъ видно, вовсе не затрогивался Муціаномъ, а слѣдовательно и императоръ не имѣлъ повода останавливаться на немъ.

И такъ, въ цитированномъ фрагментѣ только сказано, что лицо, недолжно уплатившее опредѣленную сумму денегъ, имѣетъ право требовать возврата одной только капитальной суммы, но не процентовъ.

Спрашивается, касается ли это запрещеніе и тѣхъ процентовъ, которые дѣйствительно были извлечены обогатившимся лицомъ изъ полученныхъ денегъ? Господствующее мнѣніе отвѣчаетъ утвердительно на этотъ вопросъ. При этомъ упускается изъ виду слѣдующій фрагментъ:

> l. 31 D. de pec. constit. 13. 5 (Scaevola). Lucius Titius Sejorum debitor decessit; hi persuaserunt Publio Maevio, quod hereditas ad eum pertineret, et fecerunt, ut epistolam in eos exponat, debitorem sese esse, quasi heredem patrui sui confitentem: qui et addidit epistolae suae, quod in rationes suas eadem pecunia pervenit. Quaesitum est, quum ad Publium Maevium ex hereditate Lucii Titii nihil pervenerit, an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit, et an doli exceptione uti possit? Respondit, nec civilem eo nomine actionem competere, sed nec de constituta secundum ea, que proponerentur. — Idem quaesiit, usurarum nomine quod ex causa suprascripta datum sit, an repeti

possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, posse.

И такъ, Сцевола допускаетъ обратное требованіе процентовъ, непосредственно уплаченныхъ самимъ потерпѣвшимъ лицомъ въ счетъ неосновательно принятаго имъ на себя долга. Но могъ ли Сцевола придти къ иному рѣшенію, еслибы истецъ, платившій нѣкоторое время проценты, затѣмъ внесъ бы и самый долгъ? Очевидно, нѣтъ. Отвѣтчику пришлось бы вернуть въ такомъ случаѣ какъ полученный капиталъ, такъ и проценты. Но какое существуетъ различіе между этимъ случаемъ и тѣмъ, когда врученный обогатившемуся лицу капиталъ переданъ симъ послѣднимъ за извѣстный процентъ третьему лицу? Вѣдь матерьяльный результатъ въ обоихъ случаяхъ одинъ и тотъ же, процессуальная формулировка тоже одинаковая: надо помнить, что кондикціи, какъ доказалъ Баронъ [58]), были отвлеченными притязаніями, въ формулѣ ихъ не указывалась causa debendi. Онѣ слѣдовательно съ внѣшней стороны не отличались другъ отъ друга. Въ частности, формула condictionis certi „si paret centum dare oportere“ не представляетъ никакихъ затрудненій для включенія, сверхъ капитальнаго требованія, дополнительнаго требованія о процентномъ вознагражденіи. А разъ такое включеніе допускалось въ одномъ случаѣ, то почему же было не допускать его во всѣхъ остальныхъ?

Но какъ примирить l. 31 D. 13. 5 съ l. 1 Cod. 4. 5? Отвѣтъ на нашъ взглядъ долженъ быть таковъ:

58) Die Condictionen, стр. 1 и сл.

Императорскій рескриптъ въ данномъ отношеніи выставляетъ общее правило. Онъ въ сущности выражаетъ только ту совершенно правильную мысль, что фактъ перехода опредѣленной суммы денегъ къ обогатившемуся лицо самъ по себѣ не создаетъ для потерпѣвшаго лица права требовать сверхъ возврата капитальной суммы еще и процентнаго вознагражденія. Слѣдуетъ ли отсюда, что это правило не допускаетъ никакихъ исключеній? Намъ думается, что нѣтъ. Римскіе юристы не стѣснялись такого рода общими положеніями, разъ они шли въ разрѣзъ съ потребностями жизни. Въ данномъ случаѣ исключеніе изъ общаго правила санкціонировано рѣшеніемъ Сцеволы: обогатившееся лицо обязано выдать проценты, дѣйствительно извлеченные имъ изъ полученнаго капитала.

Въ заключеніе, намъ остается сказать нѣсколько словъ о

> l. 19 § 2 D. h. t. 12. 6 (Pomponius). Si falso existimans debere, nummos solvero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt, ejus summae partem dimidiam, non corporum condicam.

Приведенный фрагментъ тоже цитируется въ подтвержденіе того, что послѣдующее прекращеніе обогащенія, объектомъ котораго служатъ замѣнимыя вещи, не имѣетъ значенія при исчисленіи размѣра отвѣтственности обогатившагося лица. Противъ этого опять таки слѣдуетъ возразить, что юристъ вовсе не касается указаннаго вопроса; его интересуетъ совершенно другая проблема: лицо недолжно произвело платежъ, воспользовавшись при этомъ не только собственными

но и чужими деньгами. Кондицировать можно конечно только собственныя деньги. Но сами ли переданныя деньги in specie, или просто соотвѣтствующую сумму денегъ? Юристъ высказывается въ пользу втораго предположенія. Очевидно, этимъ вовсе не предрѣшается вопросъ о томъ, не уменьшается ли отвѣтственность обогатившагося лица вслучаѣ послѣдующаго прекращенія первоначальнаго обогащенія.

II. Мы разсмотрѣли фрагменты, приводимые противниками теоріи обогащенія въ подтвержденіе своихъ взглядовъ, и убѣдились, что они вполнѣ могутъ быть согласованы съ защищаемой нами теоріей. Но мы не представили еще прямаго доказательства, прямаго свидѣтельства источниковъ въ пользу того, что лицо, получивши опредѣленное количество замѣнимыхъ вещей, отвѣчаетъ не свыше наличнаго своего обогащенія.

Такое свидѣтельство содержится въ

l. 8 § 22 D. de transact. 2. 5 (Ulpianus). Si quis de alimentis transegerit sine praetoris auctoritate, id quod datum est, in praeterita alimenta cedet. Nec interest, tantum in quantitate sit debita, quantum datum est, an minus an plus, nam et si minus est, adhuc tamen id, quod in solutum datum est, in praeterita alimenta imputabitur. Sane si is, qui de alimentis transegit, locupletior factus sit ea solutione, in id quod factus sit locupletior, aequissimum erit in eum dari repetitionem: nec enim debet esso ex alieno damno locuples.

Естественно, что представители теоріи обогащенія особо подчеркиваютъ значеніе этого фрагмента.

Такъ, знаменитый Cujacius[59]) въ своемъ комментаріи 15 титула 2 книги Дигестовъ по поводу этого фрагмента замѣчаетъ:

> Condictiones proprie civiles non sunt, sed naturales, et juris gentium, id est ex aequo et bono, ut sine causa, — ob rem dati, — indebiti soluti. — Et ideo non nisi quantenus is, qui accepit, locupletior factus est, dantur. Est in hanc rem hic locus summe notandus.

Наоборотъ, противники теоріи обогащенія либо обходятъ это мѣсто молчаніемъ, либо стараются отнять у него всякое значеніе.

Такъ Erxleben[60]) и Witte[61]) въ одинъ голосъ говорятъ, что настоящій фрагментъ не можетъ быть принятъ въ разсчетъ уже ввиду того, что въ немъ рѣчь идетъ не о condictio indebiti, а о condictio ex injusta causa. Оба сверхъ того, какъ бы чувствуя, что это возраженіе недостаточно сильно, замѣчаютъ, что слова: in id quod factus est locupletior — dari repetitionem вовсе не означаютъ, что обогатившееся лицо отвѣчаетъ лишь въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія; они должны быть понимаемы въ томъ смыслѣ, что это лицо обязано вернуть всю полученную имъ выгоду.

Что касается прежде всего втораго возраженія, то оно лишено всякаго основанія: teneri in id, quod locupletior

---

59) Cujacii opera t. VI, Comment. ad h. l., pag. 378.
60) Die Condictio indebiti, стр. 204.
61) Bereicherungsklagen, стр. 151—152.

factus est всегда означаетъ, что лицо отвѣчаетъ въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія[62]). Почему же въ данномъ случаѣ этотъ терминъ получаетъ совсѣмъ иное значеніе? Оба названные ученые не даютъ разумѣется никакого отвѣта на этотъ вопросъ.

Мы переходимъ къ первому возраженію. Оно покоится на томъ соображеніи, что condictio indebiti допускается только при наличности error facti. Между тѣмъ въ данномъ случаѣ платежъ очевидно былъ произведенъ подъ вліяніемъ error juris. Отсюда прямой выводъ, что искъ, который имѣетъ ввиду Ульпіанъ, не есть condictio indebiti, а condictio ob injustam causam[63]).

При этомъ упускается изъ виду одно очень важное обстоятельство, а именно, что между римскими юристами существовалъ споръ по этому вопросу: одни допускали condictio indebiti при наличности одного только error facti, другіе — и при error juris[64]).

Къ числу послѣднихъ принадлежитъ и Ульпіанъ, какъ явствуетъ изъ слѣдующихъ двухъ фрагментовъ этого юриста.

> l. 1 pr. D. ut in possessionem legat. 36. 4. Si quis, quum vetitus esset satis accipere, acceperit, an repeti satisdatio ista possit, ut

62) Ср. напр. l. 33 § 1 D. de don. i. v. et u. 24. 1, — l 7 pr. § 3 eod. — l. 3 pr. D. commodati 13. 6. — l. 3 § 4 l. 5 § 5 D. de neg. gest. 3. 5, — l. 1 § 15 D. depositi 16. 3, и др.

63) По мнѣнію другихъ ученыхъ въ данномъ искъ слѣдуетъ признать condictio sine causa. Ср. Vangerow, Leitfaden, т. III, § 628, стр. 386.

64) Ср. Windscheid, Pandekten, т. II § 426, пр. 14, стр. 550.

heres condicat liberationem? (1) Et quidem si sciens heres indebitum cavit, repetere non potest. (2) Quid deinde, si ignoravit remissam sibi satisdationem? potest condicere. (3) Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui jus ignoravit? adhuc tamen benigne quis dixerit satisdationem condici posse. (4) [Quid deinde, si commissa sit stipulatio? Fidejussores putamus exceptione uti posse, an non? et magis est, ut utantur exceptione, quia ex ea causa intercessit satisdatio, ex qua non debuit.]

Мы скажемъ нѣсколько словъ въ поясненіе этого фрагмента. Наслѣдникъ по общему правилу обязанъ былъ представить легатаріямъ cautiones legatorum servandorum causa, если только самъ наслѣдодатель не освободилъ его отъ этой обязанности [65]). Такъ именно поступилъ наслѣдодатель въ данномъ случаѣ. Тѣмъ не менѣе cautio была дана и принята. Спрашивается, можетъ ли наслѣдникъ предъявить condictio satisdationis къ легатаріямъ? Ульпіанъ различаетъ три отдѣльные случаи: 1) если наслѣдникъ выдалъ cautio, зная, что онъ освобожденъ отъ представленія ея, то онъ не можетъ требовать уничтоженія ея; 2) если онъ выдалъ ее, не зная о существованіи льготы и дѣйствуя слѣдовательно подъ вліяніемъ error facti, онъ можетъ предъявить condictio satisdationis. Оба эти случая не

65) Ср l 2. 7 Cod ut in possess. legat. 6. 54.

возбуждаютъ сомнѣнія. Но возможенъ и третій: 3) наслѣдникъ выдалъ cautio, думая, что по закону наслѣдодатель не могъ освободить его отъ представленія обезпеченія. Слѣдовательно, выдавая ее, онъ дѣйствовалъ подъ вліяніемъ error juris. Спрашивается, можетъ ли онъ и въ этомъ случаѣ предъявить condictio satisdationis, узнавъ о томъ, что постановленіе закона о выдачѣ обезпеченія имѣетъ лишь значеніе диспозитивной нормы. Ульпіанъ даетъ утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ и тѣмъ самымъ допускаетъ condictio indebiti при наличности error juris.

Еще болѣе характеренъ слѣдующій фрагментъ:

> Vatic. fragm. § 266 (Ulpianus). Indebitum solutum accipimus non solum, si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem; quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus erit; unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse, nam semper exceptione Cinciae uti potuit . . .

Нарушеніе запретительныхъ постановленій legis Cinciae очевидно можетъ быть либо намѣренное, либо основанное на error juris, но уже никакъ не на error facti. Тѣмъ не менѣе Ульпіанъ и тутъ допускаетъ condictio indebiti.

Аналогія между этимъ случаемъ и случаемъ, упомянутымъ въ l. 8 § 22 cit., очевидная. Все это не оставляетъ сомнѣнія, что Ульпіанъ въ l. 8 § 22 D. de transact. 2. 15 имѣлъ ввиду именно condic-

tionem indebiti и примѣнилъ принципъ, выработанный для этого иска.

Можно не соглашаться съ Ульпіаномъ. Можно признать, что въ данномъ случаѣ должна возникнуть не condictio indebiti, а condictio ob injustam causam. Этимъ нисколько не подрывается доказательная сила разбираемаго фрагмента. Съ одной стороны самъ Ульпіанъ съ своей точки зрѣнія несомнѣнно могъ только примѣнить начало, регулирующее размѣръ отвѣтственности лица, получившаго недолжное. Съ другой стороны, самое смѣшеніе имъ указанныхъ двухъ притязаній можетъ быть объяснено только тѣмъ, что оба притязанія были однородны по существу, различались только по своимъ предположеніямъ, но не по юридическимъ послѣдствіямъ. И дѣйствительно, подъ условіемъ bona fides заинтересованныхъ лицъ, отношенія между потерпѣвшимъ и обогатившимся лицомъ въ данномъ случаѣ совершенно сходны съ тѣми, какія существуютъ при condictio indebiti: вся разница только и состоитъ въ томъ, что эти лица дѣйствуютъ не подъ вліяніемъ error facti, а error juris. — Не даромъ-же современныя кодификаціи уничтожили это искусственное различіе и допускаютъ condictio indebiti не только при наличности error facti, но и error juris.

И такъ мы имѣемъ безспорное доказательство въ пользу того, что отвѣтчикъ по condictio indebiti отвѣчаетъ лишь въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія.

Въ заключеніе нельзя не замѣтить, что въ связи съ указаннымъ фрагментомъ и l. 66 D. h. t. 12. 6 получаетъ вполнѣ опредѣленное значеніе.

Haec condictio, ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit, —

говоритъ Папиніанъ. Bonum et aequum выражается въ томъ, что revocatur non omne, quod pervenit, sed id solum, quod deprehenditur, т. е. обогатившееся лицо обязано выдать только свое наличное обогащеніе.

---

§ 8.

Продолженіе.

Мы переходимъ къ вопросу о томъ, что собственно обязанъ вернуть отвѣтчикъ въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ объектъ обогащенія составляютъ замѣнимыя вещи.

Мы начнемъ съ сопоставленія всѣхъ фрагментовъ, касающихся этого вопроса.

l. 7 D. h. t. 12. 6 (Pomponius). Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut tantundem repetitur.

l. 25 D. de pr. verb. 19. 5 (Marcianus), verb.: Quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantundem ex eodem genere.

l. 19 § 2 D. h. t. 12. 6 (Pomponius). Si falso existimans debere, nummos solvero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt, ejus summae partem dimidiam, non corporum condicam.

l. 1 Cod. h. t. 4. 5, verb.: Actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est.

l. 65 § 6 D. h. t. 12 6 (Paulus). In frumento indebito soluto et bonitas est et si consumsit frumentum, pretium repetet.

Первые два фрагмента говорятъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ возврату подлежитъ tantundem, но не указываютъ ближе, въ какихъ именно случаяхъ возникаетъ такая обязанность.

Третій и четвертый касаются спеціально денежныхъ уплатъ и признаютъ, что истецъ долженъ требовать summam, quantitatem, quae indebita soluta est.

Пятый фрагментъ самъ по себѣ тоже касается частнаго случая, — solutio indebiti frumenti, — и говоритъ, что на случай consumtio frumenti истецъ долженъ требовать pretium, а не tantundem.

Какъ согласовать всѣ эти изреченія между собою?

I. Глосса рѣшаетъ этотъ вопросъ очень просто. Она вставляетъ послѣ словъ in frumento indebito soluto слова „in specie“, и говоритъ дальше:

Putabat enim (sc. actor) se teneri in certo sacco frumenti. Sed si in genere (sc. solutum est frumentum), non pretium, sed tantundem repetit, ut in mutuo.

И такъ, глосса думаетъ, что Павелъ имѣлъ въ виду случай передачи frumenti in specie. При такихъ условіяхъ его рѣшеніе утратило бы всякое практическое значеніе.

Нельзя однако не признать, что толкованіе глоссы совершенно произвольное. Принимая его, мы должны допустить, что Павелъ обошелъ молчаніемъ какъ разъ

тотъ моментъ, на которомъ единственно только и основано его рѣшеніе. Предполагать такую непростительную оплошность съ его стороны мы не имѣемъ никакого основанія.

Еще менѣе удовлетворительно то, что говоритъ Duarenus[66]). Онъ просто констатируетъ, что

> condicitur etiam hac actione plerumque aestimatio rei, exemplum unum est in l. Si non sortem § Libertus hic. (= l. 26 § 12 D. h. t. 12, 6). Aliud exemplum est in l. In summa § In frumento (= l. 65 § 6 cit.).

О томъ, какъ согласовать начало, выраженное въ l. 65 § 6 cit., съ другими изреченіями римскихъ юристовъ, касающихся случаевъ передачи замѣнимыхъ вещей, онъ не говоритъ ни слова.

Cujacius, который также какъ и глосса полагаетъ, что передача замѣнимыхъ вещей создаетъ обязанность возврата tantundem, обходитъ рѣшеніе Павла молчаніемъ.

Donellus[67]) сопоставляетъ l. 65 § 6 cit. съ l. 65 § 7 eod. и говоритъ:

> Postremo etiam in iis locupletior factus intelligitur is, qui indebitum accepit, in quibus propter rem indebitam solutam factus est in suis rebus locupletior.
>
> Exempla haec sunt: Solvi tibi indebitum frumentum, frumentum consumpsisti, ita ut neque

66) Opera omnia, t III, pag. 342.

67) Opera omnia, Lucae 1765, t. VII, Comment. ad l. 1 Cod. h. . 4, 5, § 55, pag. 678.

frumentum habeas, neque pretium frumenti, quia non vendidisti: tamen placet te mihi frumenti pretium restituere debere, d. l. In summa § In frumento D. eod. (= l. 65 § 6 D. h. t. 12, 6). Hoc eam rationem habet, quia si tu frumentum meum non accepisses, coactus esses de tuo emere fortasse ad 100 floren. In iis centum es locupletior.

Item solvi tibi aedes indebitas, eas aedes inhabitasti; placet te mihi non solum aedes restituere debere, sed etiam mercedem conductionis, quanti tu alias aedes, aut similes conducturus esses, d. l. In summa § pen. (= l. 65 § 7 eod.). Quod eadem ratione defenditur, qua superius.

Наконецъ, онъ заключаетъ все свое разсужденіе слѣдующими словами:

Ex quibus partibus in unum collatis intellegimus, vere definiri, quod supra posuimus, eum qui speciem indebitam solutam accepit, non solum rem ipsam restituere debere, quam accepit: sed etiam omnia, in quibus propter rem acceptam locupletior factus est.

Изъ всего этого слѣдуетъ заключить, что Донеллъ тоже полагаетъ, что Павелъ говоритъ о frumentum in specie.

Позднѣйшіе юристы, поскольку они вообще касаются l. 65 § 6 cit., окончательно оставили такое толкованіе.

Такъ, Henricus a Suerin[68]), одинъ изъ учениковъ Куяція, говоритъ:

> Frumentum indebitum vult Paulus ut restituatur eadem bonitate, puta si vel sit adhuc penes debitorem forte commixtum cum alio frumento, vel alienatum: sed si in suam rem familiarem illud consumsit, pretium volenti creditori reddendum: cujus rei rationem esse puto, quod emturus fuisse videatur, qui in necessitatem suam consumsit.

Какъ видно, онъ не обобщаетъ даннаго рѣшенія, а усматриваетъ въ немъ особенность, установленную Павломъ для случаевъ frumenti indebiti soluti. Consumtio онъ понимаетъ въ тѣсномъ смыслѣ потребленія.

Struve[69]) высказывается слѣдующимъ образомъ:

> Datur ad id haec condictio, ut si quantitas soluta, tantundem restituatur, — sine usuris, — aliquando etiam pretium, si nim. ejusmodi res sit fungibilis, cujus pretium variat, l. 65 § 6 D. h. t. 12. 6.

И такъ, онъ считаетъ возможнымъ примѣнять правило, выраженное въ цитированномъ фрагментѣ, во

---

68) Thesaurus juris Romani, ed. Everardus Otto, Lugduni Batavorum 1729, t. IV, pag. 90. — Въ составъ четвертаго тома этого сборника вошелъ между прочимъ трудъ Суерина, озаглавленный. „Repetitarum lectionum juris civilis liber.“ Otto сообщаетъ, что Suerin былъ ученикомъ Куяція. Объ указанномъ трудѣ его онъ отзывается такъ: titulum dedit Repetitarum lectionum, quod praeceptorum suorum lectiones in iis repetit, et receptas lectiones ab eorum vel aliorum emendatione, ingenii exercendi causa, vindicavit.“

69) Syntagma jurisprudentiae, p. I, pag. 1187.

всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда замѣнимыя вещи не имѣютъ установившейся цѣнности. Но онъ упускаетъ изъ виду, что pretium можетъ быть взыскано только вслучаѣ consumtio frumenti.

Glück[70]) ограничивается слѣдующимъ замѣчаніемъ. Онъ сначала объявляетъ, что вообще вслучаѣ передачи замѣнимыхъ вещей можно требовать возврата соотвѣтствующаго количества однородныхъ вещей. Но, продолжаетъ онъ, „иногда искъ направленъ на возмѣщеніе стоимости переданнаго, напр. въ томъ случаѣ, когда недолжно былъ переданъ хлѣбъ, и былъ потребленъ.“ — Очевидно, такое толкованіе нисколько не подвигаетъ дѣла, такъ какъ остается открытымъ вопросъ, въ какихъ же именно случаяхъ допускается уклоненіе отъ общаго правила.

Гораздо опредѣленнѣе высказывается Wächter[71]). Онъ говоритъ: „Приниматель обязанъ выдать вещь, если она находится еще на рукахъ у него; если ему достались замѣнимыя вещи, то онъ можетъ выдать само полученное, или, что для кредитора то-же, вещи одинаковаго рода и качества. Если же онъ потребилъ полученное, онъ обязанъ уплатить сумму денегъ, соотвѣтствующую его наличному обогащенію.“

Тутъ впервые проглядываетъ мысль, что лицо, получившее опредѣленное количество замѣнимыхъ вещей, до consumtio можетъ вернуть ipsum aut tantundem.

---

70) Erläuterung der Pandekten, т. 13, стр. 155.
71) Archiv für civilist. Praxis, т. 15, стр. 124—126.

Къ сожалѣнію, она не развита ближе. Вехтеръ не предусматриваетъ возможности порчи первоначально переданныхъ вещей: тутъ для кредитора очевидно не безразлично, получаетъ ли онъ сами переданныя вещи, или другія вещи того рода и качества, какое имѣли первыя въ моментъ передачи. — Къ тому же, и онъ понимаетъ подъ consumtio одно только потребленіе вещи.

Подобно Вехтеру Carl Sell[72]) путемъ сопоставленія l. 65 § 6 cit. съ l. 7 D. h. t. 12. 6 и l. 25 D. de pr. verb. 19. 5 приходитъ къ заключенію, что вслучаѣ передачи замѣнимыхъ вещей истецъ до потребленія ихъ можетъ требовать ipsum aut tantundem, а послѣ потребленія — pretium.

Erxleben[73]) на основаніи l. 65 § 6 D. h. t. 12. 6 рѣшаетъ, что не всегда передача замѣнимыхъ вещей создаетъ право требовать возврата tantundem in genere, а иногда приходится довольствоваться денежной стоимостью переданныхъ вещей. Онъ разсуждаетъ такъ: пока вещь находится въ имуществѣ обогатившагося лица, она составляетъ объектъ требованія и долга; правда, въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ l. 65 § 6 cit., были переданы замѣнимыя вещи; однако „здѣсь дѣло можетъ быть разсматриваемо такъ, какъ будто была передана и подлежитъ возврату индивидуально-опредѣленная вещь“. Если полученныя вещи уже не имѣются на лицо, обогатившееся лицо можетъ ограничиться уплатой такой суммы денегъ,

72) de condictionibus quaestiones duae, pag. 131 sqq.

73) die condictio indebiti, стр. 188. — Къ такому же результату приходитъ Keller, Pandekten, стр. 572, не мотивируя его ближе.

какая соотвѣтствуетъ стоимости ихъ въ моментъ полученія. И это потому, что отвѣтчикъ во всякомъ случаѣ не обязанъ вернуть больше того, что sine causa къ нему поступило: вѣдь цѣны на хлѣбъ напр. могли возрости.

Erxleben не указываетъ ближе, въ какихъ случаяхъ допускается такое уклоненіе отъ общаго правила. Онъ не объясняетъ также, почему собственно въ случаѣ передачи хлѣба (и аналогичныхъ случаяхъ) слѣдуетъ допустить фикцію, что были переданы индивидуально-опредѣленныя вещи. Все это придаетъ его разсужденію крайне туманный, неопредѣленный характеръ.

Witte[74]) констатируетъ просто, что рѣшеніе Павла не противорѣчитъ его теоріи, по которой передача замѣнимыхъ вещей влечетъ за собою обязанность вернуть tantundem. По его мнѣнію въ данномъ случаѣ объектомъ требованія является не tantundem ex eodem genere, a pretium вслѣдствіе того только, что in frumento et bonitas est. Очевидно, говоритъ онъ, должникъ уплатилъ бы либо меньше, либо больше того, что онъ самъ получилъ, еслибъ онъ взамѣнъ полученныхъ двухъ четвертей хлѣба пожелалъ бы вернуть любыя другія двѣ четверти.

Неудовлетворительность этого толкованія очевидна. Къ тому же Витте ничего не говоритъ о томъ, ограничивается ли правило, высказанное Павломъ, исключительно только случаями передачи хлѣба, или же оно можетъ быть примѣнено и къ другимъ случаямъ.

---

74) Bereicherungsklagen, стр. 144.

Voigt[75]) полагаетъ, что въ силу l. 65 § 6 cit. во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ данная масса обладаетъ какими нибудь особыми индивидуальными качествами, обязательство направлено на деньги, въ остальныхъ же случаяхъ возврату подлежитъ tantundem ex eodem genere. Это толкованіе тоже далеко не разъясняетъ всѣхъ сомнѣній.

Mandry[76]) строитъ на данномъ фрагментѣ всю свою теорію; по ней выходитъ, что condictio indebiti сначала всегда направлена на возвратъ ipsius, хотя бы были переданы замѣнимыя вещи, если только онѣ не смѣшались съ однородными вещами. Вслучаѣ смѣшенія ихъ съ другими вещами или возмезднаго отчужденія или потребленія происходитъ превращеніе первоначальнаго долга въ денежный долгъ. Эта теорія прежде всего не можетъ быть согласована съ l. 19 § 2 D. h. t. 12. 6 и l. 1 Cod. h. t. 4. 5. Что бы Mandry ни говорилъ, но приведенные фрагменты ясно свидѣтельствуютъ о томъ, что вслучаѣ денежныхъ уплатъ истецъ требуетъ summam, quantitatem, quae indebita soluta est, a ne singulos nummos.

Къ тому же онъ упускаетъ изъ виду, что pretium подлежитъ взысканію только вслучаѣ consumtio frumenti. Ясно, какъ ни широко толковать consumtio, но простое смѣшеніе однѣхъ вещей съ другими никакъ не можетъ быть подведено подъ это понятіе, какъ это дѣлаетъ Mandry.

---

75) Ueber die condictiones ob causam, стр. 326, прим 269 и 270.

76) Archiv für civ. Praxis, т. 48, стр. 221 и сл. — Съ нимъ вполнѣ соглашается Pfersche, Bereicherungsklagen, стр. 141.

Brinz[77]) и Dernburg[78]) въ общемъ сходятся съ Mandry, но допускаютъ исключеніе для денежныхъ уплатъ: разъ были уплачены деньги, обязательство направлено на возвратъ tantundem.

Послѣднимъ по указанному вопросу высказался Karlowa[79]). Его взглядъ страдаетъ вопіющими противорѣчіями. Сначала онъ какъ будто высказываетъ мнѣніе, тождественное съ толкованіемъ глоссы. А именно онъ находитъ, что если были переданы замѣнимыя вещи, то ipsum (или aestimatio) подлежитъ возврату въ томъ только случаѣ, когда потерпѣвшее лицо имѣло очевидно намѣреніе выдать именно данныя вещи, а не какія нибудь другія одинаковаго съ ними рода и качества, другими словами, когда вещи были переданы in specie. Если же вещи были переданы „blos als Gattungsträger“, то возврату подлежитъ tantundem. — Но вслѣдъ за тѣмъ онъ говоритъ: „Въ пользу перваго“ (т. е. обязанности вернуть ipsum) разумѣется слѣдуетъ высказаться во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, уплатившее по ошибкѣ недолжное, имѣло ввиду не генерическое обязательство, а считало себя обязаннымъ передать данныя деньги, данное количество хлѣба и т. д.; но въ пользу того-же можно высказаться (es kann aber auch anzunehmen sein) и въ томъ случаѣ, когда имѣлось ввиду

77) Pandekten, т. II, стр. 517.

78) Pandekten, т. II, стр 360.

79) См. статью его „Ueber den Begriff der fungiblen Sachen“ въ Grunhut's Zeitschrift fur das Privat- und öffentliche Recht, т. 16 (1889), стр. 428.

доставленіе лишь генерически опредѣленныхъ замѣнимыхъ вещей". — Очевидно, послѣднія слова содержатъ не простую презумпцію, а чистую фикцію, при помощи которой Карлова на практикѣ приходитъ къ совершенно иному результату, чѣмъ какой заставляетъ ожидать его теорія.

II. Мы разсмотрѣли важнѣйшія попытки, клонящіяся къ согласованію l. 65 § 6 cit. съ остальными фрагментами, касающимися случаевъ передачи замѣнимыхъ вещей. Ни одна изъ нихъ не даетъ вполнѣ удовлетворительнаго отвѣта.

На нашъ взглядъ настоящая проблема разрѣшается слѣдующимъ образомъ:

1) Изъ всѣхъ случаевъ передачи замѣнимыхъ вещей наибольшее практическое значеніе имѣли тѣ, когда были переданы деньги. Случаи такого рода чаще всего должны были повторяться. Ясно, что по отношенію къ нимъ не могло даже возникнуть спора, должны ли быть возвращены сами переданныя деньги, или же достаточно, если будетъ возвращено tantundem. Вопросъ очевидно могъ быть разрѣшенъ только въ пользу второй альтернативы. Это обстоятельство въ связи съ преобладающимъ значеніемъ, какое имѣли въ данномъ случаѣ денежныя уплаты, подало однако поводъ къ слишкомъ поспѣшному обобщенію, результатомъ котораго явилась формула Помпонія: quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur.

Это правило въ примѣненіи къ другимъ случаямъ передачи замѣнимыхъ вещей должно было привести къ совершенно ненужнымъ осложненіямъ, затрудняя

окончательный разсчетъ между сторонами. Допустимъ, напр., что былъ переданъ хлѣбъ. Онъ находится на лицо у отвѣтчика, но подвергся порчѣ. Отвѣтчикъ слѣдовательно не можетъ вернуть этого хлѣба, а обязанъ доставить другой того качества, какое имѣлъ полученный хлѣбъ въ моментъ передачи. Но такъ какъ онъ ввиду вышеизложеннаго отвѣчаетъ только въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія, то нужно сначала опредѣлить денежную стоимость испорченнаго хлѣба и затѣмъ уже установить, сколько можетъ быть пріобрѣтено на эти деньги хлѣба того качества, какимъ первоначально отличался полученный. Въ этихъ предѣлахъ истецъ только и могъ требовать возврата tantundem. — Такія же затрудненія возникаютъ вслучаѣ потребленія или отчужденія полученныхъ вещей.

Тутъ, правда, можетъ быть возбужденъ вопросъ, не указываетъ ли все это, что ко времени Помпонія отвѣтственность обогатившагося лица въ принципѣ не ограничивалась его наличнымъ обогащеніемъ. Можно согласиться и съ этимъ: a priori невѣроятно, чтобъ римскіе юристы сразу дошли до признанія желательности ограничить отвѣтственность обогатившагося лица указанными предѣлами. Къ тому же всѣ тѣ рѣшенія, въ которыхъ наиболѣе послѣдовательно проводится указанное начало, — l. 26 § 12. l. 65 § 6. 7. 8 D. h. t. 12. 6, l. 8 § 22 D. de transact. 2. 15, — принадлежатъ перу Павла и Ульпіана, т. е. относятся къ значительно позднѣйшему времени, чѣмъ въ какое сложилась формула Помпонія.

За всѣмъ тѣмъ остается весьма вѣроятнымъ, что Помпоній имѣлъ ввиду именно только случаи денежныхъ уплатъ, когда составлялъ свое правило: для всѣхъ остальныхъ случаевъ передачи замѣнимыхъ вещей его формула — ввиду колебанія цѣнъ — не создавала опредѣленнаго критерія, на основаніи котораго размѣръ отвѣтственности лица могъ бы быть опредѣленъ заранѣе.

Какъ бы тамъ ни было, но правило Помпонія удержалось. Оно даже было повторено Марціаномъ (l. 25 D. de pr. verb. 19. 5), современникомъ Ульпіана и Павла. Къ этому времени принципъ ограниченія отвѣтственности обогатившагося лица его наличнымъ обогащеніемъ окончательно восторжествовалъ. Все это убѣждаетъ въ томъ, что указанная формула получила новый смыслъ, новое содержаніе. Именно, она стала обнимать, вмѣсто прежнихъ двухъ категорій случаевъ, — три: возврату подлежитъ vel ipsum, — когда были переданы индивидуально-опредѣленныя вещи, vel tantundem, — когда были переданы деньги[80]), vel ipsum aut tantundem, — когда были переданы другія замѣнимыя вещи. Такое толкованіе, нисколько не насилуя смысла формулы, вполнѣ удовлетворительно объясняетъ, почему она сохранилась до позднѣйшаго времени.

И такъ, если переданы замѣнимыя вещи (кромѣ денегъ), истецъ можетъ требовать ipsum aut tantundem, первое — до, второе — послѣ смѣшенія ихъ съ однородными вещами.

---

80) Ср. l. 19 § 2 D. h. t. 12. 6. l. 1. 3. Cod. h. t. 4. 5.

Но конечно эта формула предусматриваетъ только тѣ случаи, въ которыхъ вещи продолжаютъ находиться на лицо у отвѣтчика. Относительно случаевъ передачи индивидуально-опредѣленныхъ вещей соотвѣтствующее ограниченіе никогда и не подвергалось спору. Нѣтъ никакого основанія не допускать того же самаго и на случай передачи замѣнимыхъ вещей (кромѣ разумѣется денегъ).

2) Но что же происходитъ въ томъ случаѣ, когда вещи выбыли изъ имущества обогатившагося лица? На это даетъ отвѣтъ l. 65 § 6 D. h. t. 12. 6: si consumsit frumentum, pretium repetet, говоритъ Павелъ.

Можно бы было возразить, что юристъ говоритъ только о потребленіи первоначально поступившихъ вещей. Однако, при ближайшемъ разборѣ такое ограничительное толкованіе фрагмента представляется лишеннымъ основанія.

Прежде всего, consumere въ источникахъ нерѣдко обозначаетъ не только одно потребленіе, но и другіе случаи выдѣленія блага изъ имущества лица[81]).

Но если даже предположить, что юристъ въ данномъ мѣстѣ говоритъ о consumere въ тѣсномъ смыслѣ, то и тогда примѣненіе того же начала по аналогіи къ другимъ случаямъ выдѣленія вещей изъ имущества обогатившагося лица представляется вполнѣ законнымъ. Съ одной стороны, тѣ соображенія, въ силу которыхъ истецъ вслучаѣ потребленія первоначально

81) Ср. напр. l. 16 D. de bon. poss. contra tab. 37. 4. l. 41 § 1 D. de liber. causa 40. 12.

переданныхъ вещей можетъ требовать только pretium, одинаково примѣнимы и ко всякимъ другимъ случаямъ, въ которыхъ вещи выбыли изъ имущества обогатившагося лица. Съ другой стороны юристъ въ данномъ фрагментѣ говоритъ о хлѣбѣ, по отношенію къ которому наиболѣе часто встрѣчающійся случай изъятія его изъ имущества обогатившагося лица и состоитъ въ прямомъ потребленіи его. Павелъ очевидно смотрѣлъ на этой случай, какъ нормальный, почему и упомянулъ только о немъ, упустивъ аналогичные случаи изъятія первоначальнаго объекта путемъ отчужденія, истребленія и т. д.

И такъ, если вещи выбыли изъ имущества отвѣтчика, онъ обязанъ представить денежное вознагражденіе — pretium — въ размѣрѣ своего наличнаго обогащенія. Исчисленіе pretii очевидно зависитъ отъ особенностей даннаго конкретнаго случая Если вещи были проданы, то слѣдуетъ вернуть quod ex pretio habes (arg. l. 26 § 12 D. h. t. 12. 6); если онѣ были потреблены, то разсчетъ производится на основаніи формулы: non quanti vendere potui, sed quanti tu emturus fuisses (arg. l. 65 § 7 eod.); если онѣ были отчуждены безвозмездно или истреблены и т. д., то лицо освобождается отъ всякой отвѣтственности.

3) Намъ остается коснуться еще одного вопроса. Мы видѣли, что пока замѣнимыя вещи (кромѣ денегъ) находятся въ имуществѣ обогатившагося лица, возврату подлежитъ ipsum, если не наступило смѣшеніе съ однородными вещами; въ противномъ случаѣ слѣдуетъ вернуть tantundem. Но большинство замѣнимыхъ вещей

подвержено порчѣ; къ тому-же цѣны на нихъ ко времени предъявленія иска могли значительно измѣниться, въ частности увеличиться.

Все это не имѣетъ значенія до наступленія смѣшенія, такъ какъ отвѣтчикъ выдаетъ тѣ самыя вещи, которыя были доставлены ему, и въ томъ видѣ, въ какомъ онѣ у него имѣются.

Но разъ наступило смѣшеніе, такой выходъ для него закрытъ. Какъ же поступали въ послѣднемъ случаѣ? Чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ, мы должны объяснить, что Павелъ могъ имѣть ввиду, говоря, что in frumento indebito soluto et bonitas est.

Обыкновенно эти слова юриста объясняютъ такъ, что обогатившееся лицо обязано выдать хлѣбъ такого достоинства, какое имѣлъ полученный хлѣбъ въ моментъ перехода въ имущество лица[82]). Такое толкованіе приводитъ къ тѣмъ ненужнымъ осложненіямъ при производствѣ окончательнаго разсчета между сторонами, о которыхъ намъ приходилось уже упоминать.

Всматриваясь ближе въ слова юриста, мы легко убѣдимся, что онъ вовсе не говоритъ того, что ему приписываютъ. Онъ указываетъ, что слѣдуетъ принять во вниманіе bonitas переданнаго хлѣба — frumenti soluti. Но bonitas въ этомъ смыслѣ, достоинство даннаго хлѣба, есть измѣнчивая величина. Если это такъ, то слѣдуетъ признать, что Павелъ, обращая вниманіе

82) Haloander въ своемъ изданіи Corpus Juris даже прямо вставляетъ послѣ словъ bonitas est слово repetenda, и Erxleben, die condictio indebiti, стр. 187, воспроизводитъ эту конъектуру, не подчеркнувъ вовсе характера ея какъ таковой.

на bonitas хлѣба, имѣлъ ввиду не bonitas, qualis fuit tempore solutionis, а напротивъ bonitas, qualis est tempore repetitionis.

Допустивъ послѣднее толкованіе, мы приходимъ къ весьма простому и практичному выводу: отвѣтчикъ на случай смѣшенія первоначально полученныхъ вещей съ однородными вещами просто обязанъ выдать изъ находящейся у него массы такое количество вещей, которое соотвѣтствуетъ первоначально полученному имъ, хотя бы эта масса подверглась порчѣ; дѣйствительно, въ такомъ случаѣ истецъ получаетъ именно tantundem talis bonitatis, qualis est tempore repetitionis; если часть этой массы истреблена, то отвѣтственность должника въ соотвѣтствующемъ процентномъ отношеніи уменьшается, и. т. д.

При такомъ толкованіи окончательный разсчетъ между заинтересованными лицами уже не представляетъ никакихъ затрудненій.

Подводя итогъ сказанному нами, мы приходимъ къ слѣдующимъ положеніямъ, важнымъ не только de lege lata, но и de lege ferenda.

1) Когда были переданы деньги, возврату подлежитъ tantundem, причемъ конечно послѣдующее уменьшеніе обогащенія въ соотвѣтствующей степени понижаетъ отвѣтственность обогатившагося лица.

2) Когда были переданы другія замѣнимыя вещи, то прежде всего слѣдуетъ обратить вниманіе, продолжаютъ ли онѣ находиться на лицо у отвѣтчика, или нѣтъ.

Въ первомъ случаѣ до смѣшенія возврату подлежитъ ipsum, послѣ смѣшенія такое количество изъ общей массы, которое соотвѣтствуетъ числу первоначально переданныхъ вещей. Вліяніе прямыхъ и косвенныхъ расходовъ въ данномъ случаѣ конечно такое же, какъ и въ случаѣ передачи индивидуально опредѣленныхъ вещей.

Если вещи выбыли изъ имущества обогатившагося лица, то оно обязано возмѣстить pretium, поскольку оно черезъ это обогатилось.

§ 9.

IV. Остальные случаи.

I. Мы переходимъ къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ обогащеніе состоитъ въ принятіи личныхъ услугъ. О нихъ упоминаетъ:

> l 26 § 12 D. h. t. 12. 6. (Ulpianus), verb.: Si operas patrono exhibuit (sc. libertus) non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat, se debere, videndum an possit condicere... Sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem, et interdum, licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus, . . . sic et in proposito, ait posse condici quanti operas essem conducturus.

Сверхъ того, краткія указанія содержатъ еще l. 40 § 2 и l. 65 § 8 D. eod. и l. 25 D. de pr. verb. 19. 5.

Какъ явствуетъ изъ l. 26 § 12 cit., обогатившееся лицо и въ данномъ случаѣ отвѣчаетъ только

въ размѣрѣ своихъ сбереженій, которыя ему удалось сдѣлать благодаря безвозмездному пользованію услугами третьяго лица.

Достойно вниманія, что либертъ, какъ видно изъ словъ dum putat se debere, дѣйствовалъ подъ вліяніемъ error juris. Тѣмъ не менѣе Ульпіанъ допускаетъ condictio indebiti. Это мѣсто такимъ образомъ служитъ новымъ подтвержденіемъ того, что Ульпіанъ не ограничиваетъ область примѣненія иска тѣми случаями, въ которыхъ платежъ былъ вызванъ errore facti.

II. Намъ остается разсмотрѣть тѣ случаи, въ которыхъ было дано какое нибудь обѣщаніе или установлено jus in re aliena, или наоборотъ: потерпѣвшее лицо отказалось отъ какого нибудь требованія или jus in re aliena или упустило своевременно установить его.

Мы не будемъ подробно останавливаться на случаяхъ этого рода, а только ограничимся указаніемъ общихъ началъ.

1) Если было дано обѣщаніе, то возникаетъ condictio promissionis.

> arg. l. 1 pr. D. de cond. sine causa 12. 7. (Ulpianus). Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. — Ср. l. 3 Cod. de cond. ind. 4. 5.

Сюда же относится разобранный нами выше случай — condictio satisdationis, l. 1 pr. D. ut in poss. leg. 36, 4.

2) Если было установлено jus in re aliena, то возникаетъ condictio juris.

l. 12 D. h. t. 12. 6 (Paulus). Si fundi mei usumfructum tibi dedero, falso existimans me eum tibi debere, et antequam repetam, decesserim, condictio ejus ad heredem quoque meum transibit.

Возврату подлежитъ не только прямое, но и косвенное обогащеніе.

arg. l. 65 § 7 D. h. t. 12. 6 (Paulus). Sic habitatione data pecuniam condicam, non quidem quanti locare potui, sed quanti tu conducturus fuisses.

3) Если лицо отказалось отъ какого нибудь требованія или jus in re aliena, оно можетъ требовать возстановленія его.

arg. l. 4 D. de c. c. d. c. n. s. 12. 4 (Ulpianus). Si quis accepto tulerit debitori suo, quum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, potest dici, condici posse ei, qui accepto sit liberatus. Ср. l. 10 eod., l. 24 D. de m. c. don. 39. 6.

l. 5 § 6 D. de don. i. v. et u. 24, 1 (Ulpianus). Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitutem, verum post divortium condici posse.

4) Наконецъ, лицо могло упустить случай своевременно установить какое нибудь требованіе или jus in re aliena. Тогда оно можетъ требовать установленія его посредствомъ condictio.

arg. l. 2 D. de evict. 21. 2 (Paulus). Si dupla non promitteretur, et eo nomine agetur, dupli condemnandus est reus.
l. 22 § 1 D. de cond. ind. 12. 6 (Pomponius). Quum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi; incerti condicam, ut iter mihi concedatur.

Какъ видно изъ этого обзора, и фрагменты послѣдней категоріи вполнѣ подтверждаютъ наше основное положеніе: отвѣтчикъ отвѣчаетъ in quantum locupletior factus est.

§ 10.

Дополнительныя замѣчанія.

Намъ остается разсмотрѣть еще нѣсколько возраженій противниковъ теоріи обогащенія, которыя были обойдены нами молчаніемъ въ предшествующихъ параграфахъ, чтобъ не прерывать послѣдовательнаго хода нашего разсужденія. Одно изъ нихъ основано на argumentum a contrario, а два остальныя на аналогіяхъ, проводимыхъ между solutio indebiti и другими обязательственными отношеніями.

I. Первое изъ этихъ возраженій считается вмѣстѣ съ тѣмъ и самымъ сильнымъ. Оно покоится на слѣдующихъ трехъ фрагментахъ:

Gaj. Just. III, 91. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur. Nam proinde ei condici potest,

„si paret eum dare oportere," ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium, quam contrahere.

Гай выражается еще довольно осторожно: онъ указываетъ на споръ, возникшій по вопросу о томъ, можетъ ли быть предъявлена condictio indebiti противъ опекаемаго (или женщины), которымъ было уплочено недолжное sine tutoris auctoritate, и самъ очевидно не сочувствуетъ отрицательному разрѣшенію этого вопроса.

Впослѣдствіи однако, какъ явствуетъ изъ Институцій Юстиніана, такое отрицательное разрѣшеніе вопроса окончательно взяло верхъ.

§ 1 J. quib. mod. re contr. obl. 3. 14, verb.: unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione.

Вмѣстѣ съ тѣмъ однако было постановлено слѣдующее:

l. 66 D. de solut. 46. 3 (Pomponius). Si pupilli debitor jubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori ejus numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet

obligatus, sed exceptione se tueri potest. Si autem debitor pupilli non fuerat, nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur, nec creditori, cum quo alterius jussu contraxit; sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.

И такъ, хотя потерпѣвшее лицо не можетъ предъявлять къ опекаемому condictionem indebiti, послѣдній всетаки отвѣчаетъ in quantum locupletior factus est на основаніи actionis utilis.

Отсюда заключаютъ, что при нормальныхъ условіяхъ уплата недолжнаго создаетъ обязательство, направленное на возвратъ не одного только наличнаго обогащенія.

Такой выводъ нельзя признать правильнымъ.

Прежде всего, l. 66 D. de solut. 46. 3, на которомъ онъ только и основанъ, принадлежитъ Помпонію. Весьма возможно, что при жизни этого юриста дѣйствительно еще не успѣло сложиться или по крайней мѣрѣ не пользовалось общимъ признаніемъ правило объ ограниченіи отвѣтственности обогатившагося лица его наличнымъ обогащеніемъ. Намъ уже приходилось раньше высказывать такую догадку. Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобъ указанное начало не пробило себѣ дорогу позднѣе: цитированныя нами выше рѣшенія другихъ римскихъ юристовъ, въ особенности Ульпіана и Павла, не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что позднѣйшіе юристы вполнѣ послѣдовательно проводили это начало.

Впрочемъ, хотя приведенное объясненіе само по себѣ уже вполнѣ удовлетворительно разрѣшаетъ настоящій споръ, мы всетаки не придаемъ ему рѣшающаго значенія, и вотъ почему.

Какъ явствуетъ изъ приведенныхъ фрагментовъ Гая и Помпонія, споръ о томъ, можетъ ли быть предъявлена condictio indebiti къ опекаемому, принявшему недолжное sine tutoris auctoritate, возникъ совершенно независимо отъ вопроса о предѣлахъ отвѣтственности другихъ обогатившихся лицъ. При этомъ спорѣ исходили изъ того соображенія, что опекаемый не можетъ принимать на себя никакихъ обязательствъ sine tutoris auctoritate[83]). А такъ какъ принятіе недолжнаго создаетъ обязательство, то и пришли къ заключенію, что потерпѣвшее лицо не можетъ предъявлять condictionem indebiti къ опекаемому. Въ подтвержденіе такого взгляда ссылались и на сходство, существующее между condictio indebiti и condictio ex mutuo и говорили: разъ изъ договора займа, заключеннаго съ пупилломъ, не возникаетъ иска противъ него, то къ нему не можетъ быть предъявлена и condictio indebiti. Помпоній присоединился къ этому мнѣнію, но вмѣстѣ съ тѣмъ вполнѣ правильно замѣтилъ, что къ данному случаю должно быть примѣнено то общее правило, въ силу котораго опекаемый по всѣмъ заключеннымъ имъ обязательствамъ отвѣчаетъ in quantum locupletior factus est[84]). — И такъ, указаніе предѣла отвѣтственности

83) Ср. pr J. de auct. tut. 1. 21. l. 9 D de auct. tut. 26. 8.

84) Ср. l. 1 § 2 — l. 3 pr. D. commodati 13. 6. l. 3 § 4 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 § 15 D. depos. 16. 3, l. 13 § 1 D. h. t. 12 6.

опекаемаго со стороны Помпонія имѣетъ лишь значеніе ссылки на общее правило, регулирующее вообще степень отвѣтственности опекаемыхъ. Вопросъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ отвѣчаютъ другія лица, получившія уплату въ счетъ несуществующаго долга, вовсе не возбуждался юристомъ. Этотъ вопросъ съ его точки зрѣнія не имѣлъ никакого значенія при разрѣшеніи той проблемы, которая его занимала въ данномъ случаѣ.

Такимъ образомъ приведенный фрагментъ отнюдь не можетъ служить доказательствомъ того, что по общему правилу лица, получившія недолжное, отвѣчаютъ свыше предѣловъ наличнаго обогащенія.

Впрочемъ, въ процессуальномъ отношеніи различіе, проводимое между дѣеспособными и недѣеспособными лицами, дѣйствительно имѣло практическое значеніе. Опекаемые, какъ явствуетъ изъ l. 25 § 1 D. de probat. 22. 3, вообще пользовались извѣстными льготами при распредѣленіи onus probandi. Въ данномъ случаѣ эта льгота очевидно заключалась въ томъ, что истецъ, предъявляя къ нимъ condictio indebiti utilis, не только обязанъ былъ доказать, что было уплачено недолжное, но сверхъ того долженъ быть представить доказательства въ пользу того, что обогащеніе опекаемаго не прекратилось. По общему же правилу послѣднее обстоятельство должно быть доказано отвѣтчикомъ[85]) — Вотъ почему указанное различіе удержалось и перешло даже въ Дигесты.

85) Ср. l. 25 pr. D. de probat 22 3, l 7 D. h. t 12. 6. l. 25 D. de pr. verb. 19. 5. l. 1 Cod. h. t. 4. 5.

II. Мы переходимъ ко второму возраженію, основанному на мнимомъ сходствѣ между condictio indebiti и condictio ex mutuo. Мелькомъ мы уже имѣли случай коснуться этого вопроса, теперь мы остановимся на немъ подробнѣе.

Вотъ что говорятъ источники по этому поводу:

pr. J. quib. mod. re contr. obl. 3. 14. Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione . . . .

§ 1. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condicticia actio. Nam perinde ei condici potest „si paret eum dare oportere“, ac si mutuum accepisset[86]).

§ 6 J. de obl. qu. ex c. 3. 27, verb.: Sed tamen perinde is, qui accepit (sc. indebitum), obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur.

l. 5 § 3 D. de O. et A. 44, 7 (Gajus). Is quoque, qui non debitum accepit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur, qua creditores debitoribus; sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse; qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur.

---

86) Мѣсто это почти дословно выписано изъ Институцій Гая. Ср. Gaj. Just. III, 90, 91.

Цитированные фрагменты не ограничиваются простымъ проведеніемъ паралели между обоими отношеніями, а тщательно отмѣчаютъ самое tertium comparationis, которое существуетъ между mutuum и indebitum solutum. Оно двоякое: матерьяльное сходство заключается въ томъ, что оба обязательства re contrahuntur, процессуальное въ томъ, что оба порождаютъ condictio.

Эти моменты очевидно не могутъ служить достаточнымъ доказательствомъ полнаго сходства между разбираемыми отношеніями. Стоитъ вспомнить, что depositum, commodatum, pignus, наконецъ всѣ contractus innominati тоже ex re veniunt, существенно отличаясь другъ отъ друга и отъ mutuum; что condictio есть форма иска, примѣнимая ко всевозможнымъ случаямъ[87]).

Къ тому же, источники обращаютъ вниманіе и на основное различіе, существующее между обоими отношеніями: mutuum есть отношеніе договорное, — indebitum solutum отношеніе внѣдоговорное.

И такъ, источники далеки отъ полнаго отождествленія mutui и indebiti soluti.

III. Наконецъ, въ подтвержденіе того, что отвѣтчикъ по condictio indebiti отвѣчаетъ свыше предѣловъ своего наличнаго обогащенія, нерѣдко ссылаются на положенія, регулирующія отвѣтственность наслѣдника по искамъ, возникающимъ ex delicto наслѣдодателя[88]).

---

87) Ср. цитированное изслѣдованіе Барона: die Condictionen, Bekker, die Actionen des Rom. Privatrechts т I стр. 75. 160,

88) Ср. Erxleben, ук. соч. стр. 205, Mandry въ Archiv für civ. Praxis, т. 48, стр. 236, Pfersche, ук. соч. стр. 143.

Этого вопроса касаются слѣдующіе фрагменты:

l. 16 § 2 D. quod metus c. 4. 2 (Ulpianus). Haec actio (sc quod metus causa) heredi ceterisque successoribus datur, quoniam rei habet persecutionem. In heredem autem et ceteros in id, quod pervenit ad eos, datur non immerito; licet enim poena ad heredem non transeat, attamen quod turpiter vel scelere quaesitum est, ut est et rescriptum, ad compendium heredis non debet pertinere.

l. 17 eod. (Paulus). Videamus ergo, si heres, ad quem aliquid pervenerit, consumserit id, quod pervenit, desinat teneri, an vero sufficit semel pervenisse? et si consumto eo decesserit, utrum adversus heredem ejus omnimodo competit actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil pervenit? Et melius est, omnimodo competere in heredem heredis actionem; sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem, et perpetua obligatio esse coepit; alioquin dicendum erit, nec ipsum, qui consumsit, quod ad eum pervenit, teneri.

l. 18 eod. (Julianus). Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiorem dicemus; sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat.

Ср. также l. 127 D. de R. J. 50. 17. Quum praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti.

И такъ, наслѣдникъ по искамъ, возникающимъ ex delicto наслѣдодателя, отвѣчаетъ in id, quod ad eum pervenit.

Этотъ принципъ настолько исключительный, что поневолѣ возникаетъ вопросъ, допустимо ли вообще распространительное толкованіе его. Между тѣмъ, изслѣдователи, примѣняющіе его къ condictio indebiti, даже не затрогиваютъ этого вопроса.

При разрѣшеніи его необходимо имѣть ввиду, что первоначально всѣ actiones ex delicto были actiones poenales. Относительно нихъ установилось правило, выраженное въ l. 22 D. de op. novi nunt. 39. 1: in poenam heres non succedit. Впослѣдствіи это правило было распространено и на actiones mixtae и даже actiones ex delicto rei persecutoriae, за однимъ только исключеніемъ[89]). Но вмѣстѣ съ тѣмъ преторъ постановилъ, что наслѣдникъ по такимъ искамъ отвѣчаетъ quatenus ad eum pervenit. Мотивъ послѣдней оговорки выражается Помпоніемъ въ

l. 38 D. de R. J. 50. 17. Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

89) Condictio furtiva, ср. l. 7 § 2 D. de cond furt. 13. 1.

Постановленіе претора очевидно представляетъ собою результатъ компромисса между строгимъ началомъ древняго права, ограждающимъ интересы наслѣдника, и стремленіемъ къ болѣе дѣйствительному обезпеченію интересовъ лицъ, пострадавшихъ отъ правопарушительныхъ дѣйствій наслѣдодателя. Дальнѣйшій шагъ на томъ же пути состоялъ въ томъ, что римскіе юристы признали достаточнымъ для обоснованія отвѣтственности наслѣдника, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti (l. 127 D. de R. J. cit.).

Несомнѣнно, римскіе юристы въ этомъ дѣлѣ остановились на полдорогѣ. Цѣль, которою они задались, — уравновѣшеніе интересовъ наслѣдника съ интересами кредиторовъ по обязательствамъ ex delicto наслѣдодателя, — была бы достигнута вполнѣ въ томъ только случаѣ, еслибъ была признана обязанность наслѣдника вознаградить пострадавшихъ за весь понесенный ими убытокъ, но конечно не in solidum, а только juxta facultates hereditatis. Въ этихъ предѣлахъ наслѣдникъ обогатился чрезъ принятіе наслѣдства, въ этихъ же предѣлахъ онъ и долженъ отвѣчать за долги наслѣдодателя.

Для осуществленія такой реформы пришлось бы однако ввести въ римское наслѣдственное право совершенно новый принципъ. Сверхъ того, расширеніе до указанныхъ предѣловъ отвѣтственности наслѣдника по обязательствамъ, возникшимъ ex delicto наслѣдодателя, вызвало бы новый вопросъ о соотвѣтственномъ ограниченіи отвѣтственности его по обязательствамъ наслѣдодателя, возникшимъ ex contractu и quasi ex contractu.

На такое новшество римскіе юристы не могли рѣшиться. А разъ они не желали или не считали себя въ правѣ пожертвовать основными принципами римскаго наслѣдственнаго права, они не могли сдѣлать больше того, что сдѣлали.

Намъ думается, что мы съ достаточной убѣдительностью выяснили исключительный характеръ постановленій, регулирующихъ отвѣтственность наслѣдника за obligationes ex delicto наслѣдодателя. Возможность распространительнаго толкованія ихъ тѣмъ самымъ вполнѣ отпадаетъ.

Приложенія къ главѣ третьей.

Мы убѣдились, что по римскому праву лицо, добросовѣстно принявшее уплату въ счетъ несуществующаго долга, отвѣчаетъ предъ лицомъ потерпѣвшимъ лишь въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія.

Наша задача однако этимъ не исчерпывается. Намъ остается отвѣтить еще на два весьма важные вопросы: Въ какой собственно моментъ процесса окончательно фиксируется размѣръ наличнаго обогащенія отвѣтчика? И дальше, — какъ распредѣляется onus probandi между сторонами?

Наконецъ нельзя не остановиться на вопросѣ о томъ, въ какихъ предѣлахъ начала, установленныя для condictio indebiti, примѣнимы къ остальнымъ condictiones sine causa.

I.

О значеніи момента литисконтестаціи.

Вопросъ о томъ, въ какой моментъ процесса окончательно фиксируется размѣръ наличнаго обогащенія отвѣтчика, въ принципѣ несомнѣнно долженъ быть разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что обогатившееся лицо отвѣчаетъ in quantum locupletior factus est tempore litis contestatae[90]).

90) Ср Baron, Pandekten, 7. изд стр. 479.

arg. l. 7 pr. D. de don. i. v. et u. 24. 1 (Ulpianus). Quod autem spectetur tempus, an locupletiores sint facti, utrum tempus litis contestatae, an rei judicatae? Et verum est, litis contestatae tempus spectari oportere, idque Imperator noster cum patre rescripsit.

l. 34 pr. D. de minor. 4. 4 (Paulus). Si minor XXV annis filiofamilias pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is, qui accepit.

l. 37 pr. D. de neg. gest. 3. 5 (Paulus). Litis contestatae tempore queri solet, an pupillus, cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cujus patitur actionem.

Это не означаетъ конечно, чтобъ измѣненія, происшедшія послѣ этого момента, не принимались вовсе во вниманіе при окончательномъ разсчетѣ praestandorum. Но самое отношеніе между сторонами съ этого времени пріобрѣтаетъ совершенно иной характеръ. Отвѣтчикъ знаетъ, что его право оспаривается. Поэтому онъ уже не можетъ распоряжаться спорными объектами такъ свободно и безотчетно, какъ до этого момента: случайное прекращеніе обогащенія освобождаетъ его отъ отвѣтственности, но онъ отвѣчаетъ за omnis culpa, обязанъ выдать не только fructus percepti, но и percipiendi и т. д.

Впрочемъ, какъ извѣстно существуетъ споръ, не наступаютъ ли означенныя послѣдствія уже съ момента

оповѣщенія отвѣтчика о предъявленіи къ нему иска. Въ источникахъ это прямо признано только относительно hereditatis petitio[91]). Мы не будемъ останавливаться на этомъ вопросѣ и только замѣтимъ, что de lege ferenda слѣдуетъ отдать предпочтеніе послѣднему принципу: разъ отвѣтчикъ узналъ о притязаніи противной стороны, онъ долженъ считаться съ возможностью отсужденія спорнаго объекта и связанъ въ своихъ дѣйствіяхъ по отношенію къ нему.

II.

О распредѣленіи oneris probandi между сторонами.

Мы коснемся вопроса о распредѣленіи oneris probandi между сторонами лишь постольку, поскольку онъ непосредственно связанъ съ вопросомъ о предѣлахъ отвѣтственности обогатившагося лица.

Въ литературѣ эта сторона вопроса обходится совершеннымъ молчаніемъ. Между тѣмъ, она имѣетъ важное значеніе ввиду того, что можетъ возникнуть сомнѣніе, осуществимо ли на практикѣ требованіе, чтобъ обогатившееся лицо отвѣчало только въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія, безъ крайняго стѣсненія правъ истца.

Затрудненіе представляетъ не возможность послѣдующаго уменьшенія или прекращенія первоначальнаго обогащенія, а возможность послѣдующаго увеличенія его путемъ извлеченія косвенныхъ выгодъ изъ

91) l. 20 § 11. l. 25 § 7 D. de hered. pet. 5. 3.

объекта обогащенія. Кто обязанъ доказать размѣръ такого косвеннаго обогащенія?

Повидимому, тутъ не можетъ быть и спора: истецъ утверждаетъ, что отвѣтчикъ обогатился на его счетъ, онъ-же и долженъ доказать размѣръ обогащенія послѣдняго. Задача отвѣтчика ограничивается тѣмъ, чтобы доказать послѣдующее уменьшеніе или прекращеніе обогащенія, разъ онъ ссылается на таковое. Вотъ результатъ, къ которому мы неминуемо должны придти, придерживаясь общепринятаго шаблона.

Но достаточно хоть немного вникнуть въ дѣло, чтобы понять, въ какомъ невыгодномъ положеніи долженъ очутиться истецъ при такомъ распредѣленіи oneris probandi.

Мы видѣли, что онъ можетъ получить только fructus percepti, только такое вознагражденіе за пользованіе вещью, какое соотвѣтствуетъ размѣру сбереженій отвѣтчика, только сумму, дѣйствительно вырученную за продажу первоначально переданной вещи и т. д. — Но откуда ему знать все это? И какъ собрать необходимыя справки, разъ отвѣтчикъ самъ не представилъ ихъ?

Одно изъ двухъ: или onus probandi распредѣлялось между сторонами не такъ, какъ мы предположили сначала, или законное право истца на вознагражденіе подвергалось безпримѣрнымъ ограниченіямъ за невозможностью доказать размѣръ его.

Предполагать послѣднее мы не имѣемъ никакого основанія: въ этомъ намъ служитъ порукою здравый смыслъ и практическій тактъ римскихъ юристовъ.

Какое же однако начало могло быть принято ими? Намъ думается, что несмотря на молчаніе источниковъ нетрудно возстановить тотъ порядокъ, котораго должны были придерживаться на практикѣ.

Очевидно, дѣло не разрѣшалось простымъ возложеніемъ на отвѣтчика обязанности доказать размѣръ его косвеннаго обогащенія. Отвѣтчикъ всегда могъ заявить, что онъ никакой косвенной выгоды изъ вещи не извлекъ, и уличить его во лжи было трудно. Правда, возможно было приведеніе его къ присягѣ, — но это средство, какъ извѣстно, далеко не всегда достигаетъ своей цѣли. Едва-ли римскіе юристы безъ крайней нужды прибѣгали къ нему.

Все затрудненіе разрѣшается очень просто, если принять слѣдующее начало: отвѣтчикъ обязанъ возмѣстить истцу все то, что онъ могъ извлечь изъ вещи при наиболѣе благопріятныхъ условіяхъ, разъ онъ не докажетъ, что въ данномъ конкретномъ случаѣ его выгода меньше нормальной.

Очевидно, такимъ путемъ достигается вполнѣ раціональное распредѣленіе oneris probandi между сторонами; вмѣстѣ съ тѣмъ создается весьма дѣйствительное средство противъ естественнаго стремленія отвѣтчика уклониться отъ показанія точнаго размѣра своего обогащенія.

Намъ думается, что такой именно порядокъ практиковался вездѣ, гдѣ истецъ не былъ вынужденъ сразу указать точный размѣръ своего требованія, т. е. во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ притязаніе истца облекалось въ форму condictionis incerti. При con-

dictio certi онъ въ классическомъ правѣ не былъ примѣнимъ: тутъ истецъ съ самаго начала долженъ былъ точно формулировать свое требованіе, а всякая plus-petio влекла за собою causa cadere. Надо думать, что въ случаяхъ послѣдняго рода прибѣгали къ jus jurandum in jure delatum. Съ отпаденіемъ суровыхъ послѣдствій pluris petitionis въ Юстиніановомъ правѣ указанный порядокъ сталъ примѣнимымъ ко всѣмъ безъ исключенія случаямъ.

О льготахъ, которыми пользовались pupilli, получившіе недолжное sine tutoris auctoritate, нами было говорено выше (въ § 10).

III.

О примѣнимости началъ condictionis indebiti къ остальнымъ condictiones sine causa.

Вопросъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ начала condictionis indebiti примѣнимы къ остальнымъ condictiones sine causa, мало разработанъ въ литературѣ. Большинство ученыхъ высказывается въ томъ смыслѣ, что сказанное о condictio indebiti относится и ко всѣмъ остальнымъ condictiones sine causa, разъ только обогатившееся лицо находится in bona fide.

При этомъ упускается изъ виду, что наряду съ чисто внѣдоговорными condictiones sine causa существуютъ и такія, гдѣ привходитъ договорный элементъ: тутъ обогатившееся лицо заранѣе знаетъ, что оно при извѣстныхъ условіяхъ обязано вернуть полученный объектъ. Сюда относятся всѣ разнообразные случаи

condictionis causa data causa non secuta, дальше нѣкоторые случаи condictionis sine causa въ тѣсномъ смыслѣ [92]).

Очевидно, указанное обстоятелство не можетъ не оказать вліянія на размѣръ отвѣтственности обогатившагося лица. И дѣйствительно, источники признаютъ, что кондикціонный должникъ въ такихъ случаяхъ отвѣчаетъ за omnis culpa и въ частности не имѣетъ права отчуждать переданную вещь безъ согласія противной стороны [93]).

> l. 39 D. de mortis causa donat. 39. 6 (Paulus). Si is, cui mortis causa servus donatus est, eum manumisit, tenetur condictione in pretium servi, quoniam scit, posse sibi condici, si convaluerit donator. — Ср. l. 5 § 3. 4. l. 15 D. de c. c. d. c. n. s. 12. 4. — l. 19. l. 37 § 1 D. de m. c. don. 39. 6.

При такихъ условіяхъ не можетъ уже быть рѣчи о томъ, что обогатившееся лицо отвѣчаетъ исключительно только въ предѣлахъ своего наличнаго обогащенія: разъ оно дѣйствовало неосмотрительно, оно отвѣчаетъ и собственнымъ своимъ имуществомъ за убытокъ, причиненный неправильными его дѣйствіями или упущеніями противной сторонѣ. Словомъ, отношеніе, существующее между заинтересованными лицами въ случаяхъ такого рода, походитъ на то, которое возникаетъ при condictio indebiti post litem contestatam.

92) Съ. напр. l. 11 § 6 D. de A. E. V 19. 1 (т. наз. condictio causa finita).

93) Ср также Erxleben, die condictiones sine causa, Abth. II, die condictio causa data causa non secuta, стр. 493—495.

Глава IV.

Современныя кодификаціи.

§ 11.

Кодификаціи, уклоняющіяся отъ римскаго типа condictionis indebiti.

Нѣкоторыя кодификаціи совершенно отказались отъ мысли ограничить отвѣтственность лица, получившаго недолжное, предѣлами наличнаго его обогащенія.

I. Къ числу ихъ принадлежитъ прежде всего Прусское Земское Право.

Постановленія его по этому предмету помѣщены въ 16^{омъ} титулѣ I книги и гласятъ слѣдующее:

> Кн. I. тит. 16, § 189. Кто принялъ вещь, которой не имѣлъ права требовать, въ уплату или вообще въ счетъ исполненія по обязательству, тотъ отвѣчаетъ въ тѣхъ же предѣлахъ, какъ и недобросовѣстный владѣлецъ.
>
> § 190. Если онъ самъ дѣйствовалъ подъ вліяніемъ заблужденія, онъ разсматривается какъ добросовѣстный владѣлецъ.
>
> § 193. Кто принялъ въ уплату сумму денегъ или другія потребляемыя вещи, которыхъ не имѣлъ права требовать, тотъ (поскольку вообще допускается искъ о возвратѣ полученнаго) отвѣчаетъ какъ бы по заемному обязательству. (haftet . . . als für ein Darlehn).

§ 194. Если онъ зналъ, что не имѣетъ права требовать этихъ денегъ, онъ обязанъ уплатить съ нихъ высшій дозволенный процентъ со дня полученія.

§ 195. Если онъ самъ дѣйствовалъ подъ вліяніемъ заблужденія, то онъ обязывается лишь къ уплатѣ процентовъ за просрочку со дня врученія повѣстки о вызовѣ въ судъ.

§ 196. Если исполненіе предполагаемаго обязательства состояло въ совершеніи такихъ дѣйствій, за которыя исполнитель обыкновенно получаетъ вознагражденіе, то онъ можетъ потребовать вознагражденіе при наличности тѣхъ же условій, при которыхъ онъ можетъ оспорить произведенный платежъ.

§ 197. Если ошибочно были исполнены другія дѣйствія, то исполнитель даже при наличности указанныхъ условій можетъ требовать вознагражденія въ томъ только случаѣ, если противная сторона знала, что она не имѣетъ права на эти дѣйствія, и если само дѣйствіе можетъ быть оцѣнено на деньги.

И такъ, лицо, добросовѣстно принявшее индивидуально-опредѣленную вещь, отвѣчаетъ на правахъ добросовѣстнаго владѣльца, — лицо, принявшее деньги или другія потребляемыя вещи, обязано вернуть tantundem. За operae indebite solutae исполнитель при наличности извѣстныхъ условій можетъ требовать денежнаго вознагражденія.

Такимъ образомъ, отвѣтственность обогатившагося лица далеко выходитъ за предѣлы его наличнаго обо-

гащенія. Невыгоднѣе всего положеніе лица, получившаго въ уплату деньги или иныя потребляемыя вещи: оно безусловно несетъ periculum. Несправедливость тѣмъ болѣе вопіющая, что при займѣ всегда возможенъ уговоръ, по которому periculum возлагается на кредитора [94]), въ данномъ же случаѣ заключеніе такого уговора немыслимо.

Другой важный недостатокъ заключается въ томъ, что въ основаніи положеній, регулирующихъ отвѣтственность обогатившагося лица, не лежитъ какой нибудь одинъ общій принципъ. Практическія неудобства этого очевидны.

Сверхъ всего этого неясная формулировка отдѣльныхъ положеній возбуждаетъ цѣлый рядъ сомнѣній [95]) Мы отмѣтимъ важнѣйшія изъ нихъ.

Начать съ того, что лицо, получившее индивидуально-опредѣленную вещь, уподобляется добросовѣстному владѣльцу. Но гдѣ кончается эта аналогія? Въ частности, возникаетъ ли вслучаѣ передачи такой вещи личное или вещное притязаніе? Практика въ лицѣ Reichsoberhandelsgericht'a и Reichsgericht'a высказывается въ пользу первой альтернативы [96]). — Въ связи съ такимъ рѣшеніемъ возникаетъ новый вопросъ: какое вліяніе на отвѣтственность обогатившагося лица оказываетъ возмездное отчужденіе имъ полученной вещи? Reichsoberhandelsgericht разъяснилъ, что отвѣтчикъ обязанъ выдать покупную плату [96]).

94) Dernburg, Lehrbuch des Preuss. Privatrechts, 4 изд., т. II, стр. 506, прим. 10.

95) Ср. Дернбургъ, ук. соч. т. II, стр. 898. Koch, Recht der Forderungen, т. III стр 387—388.

96) См. цитаты у Дернбурга, т II, стр. 898.

Полученіе денегъ въ счетъ несуществующаго долга уподобляется займу. Опять приходится ставить вопросъ: гдѣ кончается аналогія съ займомъ? Въ частности, примѣнимы ли къ данному случаю правила кн. I тит. 11 § 761 и 762 о законномъ льготномъ срокѣ въ 3 мѣсяца или 4 недѣли, (gesetzliche Kündigungsfrist), установленныя для займовъ, заключенныхъ безъ указанія срока? Дернбургъ конечно даетъ отрицательный отвѣтъ, но характерно и то, что приходится возбуждать такіе вопросы.

Наконецъ, какъ исчисляется размѣръ вознагражденія за operae indebite solutae? Прусскій Оберъ-трибуналъ[96]) разъяснилъ, что слѣдуетъ примѣнить правило, изложенное въ кн. I, т. 11, § 873. Оно гласитъ:

> Если тотъ, кто взялся исполнить какое нибудь дѣйствіе, дѣйствительно исполнилъ его, и дѣйствіе принадлежитъ къ числу обыкновенныхъ профессіональныхъ дѣйствій, (Nahrungs- und Berufsgeschäfte), то онъ можетъ требовать и помимо особаго уговора обычнаго вознагражденія, исчисляемаго на основаніи показаній экспертовъ.

Но нельзя не замѣтить, что это правило имѣетъ ввиду дѣйствія, совершенныя на основаніи заключеннаго между сторонами договора, въ данномъ же случаѣ рѣчь идетъ о внѣдоговорномъ отношеніи. Резюмируя все сказанное нами, мы не можемъ не придти къ заключенію, что Прусское право разрѣшило вопросъ о

96) См. цитаты у Дернбурга, т. II, стр. 898.

предѣлахъ отвѣтственности лица, получившаго недолжное, крайне неудовлетворительно

II. Мы переходимъ къ постановленіямъ Code civil:

§ 1376. Тотъ, кто по ошибкѣ или сознательно получилъ недолжное, обязанъ вернуть полученное потерпѣвшему лицу.

§ 1378. Если онъ дѣйствовалъ недобросовѣстно, принимая платежъ, онъ обязанъ вернуть какъ капиталъ, такъ и проценты или плоды со дня платежа.

§ 1379. Если была получена недвижимая или движимая вещь, получившій обязанъ вернуть самую вещь, если она имѣется еще на лицо (si elle existe), или возмѣстить ея стоимость, если она погибла или подверглась ухудшенію по его винѣ; онъ даже отвѣчаетъ за случайную пропажу ея, если онъ не былъ въ доброй вѣрѣ.

§ 1380. Если тотъ, кто получилъ вещь въ доброй вѣрѣ, продалъ ее, онъ обязанъ вернуть лишь покупную плату.

§ 1381. Тотъ, кому возвращается вещь, обязанъ возмѣстить даже недобросовѣстному владѣльцу (possesseur de mauvaise foi) всѣ необходимыя и полезныя затраты, которыя были произведены для сохраненія вещи.

Какъ видно, и по Code civil отвѣтственность обогатившагося лица далеко не ограничивается предѣлами наличнаго его обогащенія[97]).

97) Непонятно какъ Laurent, Principes du droit civil français, изд. 4, т. 20, § 372, стр. 393, рѣшается утверждать противное. Вотъ

Такъ, лицо, добросовѣстно получившее индивидуально-опредѣленную вещь, отвѣчаетъ даже за culpa, результатомъ которой явилась погибель или ухудшеніе вещи. Для такого лица слѣдовательно выгоднѣе, если оно успѣло продать вещь, хотя бы за безцѣнокъ, ибо въ такомъ случаѣ оно по силѣ § 1380 обязано вернуть только покупную плату. — О послѣдствіяхъ даренія ничего не сказано.

Лицо, добросовѣстно получившее сумму денегъ, обязано вернуть tantundem. Прямо это не сказано, но оно вытекаетъ изъ сопоставленія § 1376 и 1378 [98]).

Редакція отдѣльныхъ положеній такъ-же неудовлетворительна, какъ и въ Прусскомъ правѣ. Отсюда и здѣсь цѣлый рядъ сомнѣній и споровъ. Мы укажемъ на споръ, существующій по вопросу о томъ, какого рода притязаніе возникаетъ вслучаѣ передачи недвижимыхъ вещей, — личное или вещное? Zachariae [99]) вполнѣ основательно высказывается въ пользу первой альтернативы, Laurent [100]) — въ пользу второй. — Но какъ вяжется съ послѣдней теоріей постановленіе § 1380? Неужели обогатившееся лицо обязано выдать покупную плату и сверхъ того отвѣчаетъ предъ треть-

---

ipsissima eго verba: „l' équité ne permet point qu' il (т. е. celui, qui a reçu de bonne foi) s'enrichisse sans droit aux dépens de celui, qui a payé indûment. Tel est le principe de son obligation, et ce principe en limite aussi l'étendue: il est tenu en tant qu'il s'est enrichi."

98) Ср. Zachariae, Handbuch des Französ. Civilrechts, 7. изд., т. II, § 442, стр. 734, прим 10. Laurent, ук. соч. т. 20, стр. 394.

99) ук. соч. т. II, стр. 733.

100) ук. соч., т. 20, стр. 399.

имъ покупателемъ quoad evictionem? Вотъ что говоритъ Laurent[101]) по этому поводу:

> „Статья 1380 касается исключительно отношеній между тѣмъ, кто платитъ, и тѣмъ, кто получаетъ недолжное.“ И дальше: „Есть только одно средство примирить основныя начала иска (les principes) со статьей 1380, — это признать, что виндицирующій собственникъ обязанъ отвѣчать (tenir compte) предъ тѣмъ, кто получилъ вещь недолжно, но въ доброй вѣрѣ, въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ послѣдній обязанъ вознаградить покупщика сверхъ покупной платы (au delà de son prix).“

Легко себѣ представить, къ какимъ осложненіямъ должно привести на практикѣ такое странное толкованіе: добросовѣстный приниматель недолжнаго во всякомъ случаѣ обязанъ дважды уплатить полученную имъ покупную плату, разъ — собственнику, другой разъ — покупщику; если послѣдній сверхъ того требуетъ отъ него возмѣщенія косвенныхъ убытковъ, явившихся результатомъ эвикціи, то онъ обязанъ вознаградить и за нихъ, но имѣетъ право регресса противъ собственника.

Намъ думается, что приведенныхъ примѣровъ достаточно для признанія того, что и Французское право по занимающему насъ вопросу оставляетъ желать весьма многаго.

---

101) ук. соч., т. 20, стр. 402.

III. Австрійское гражданское уложеніе гласитъ:

§ 1431. Если по ошибкѣ (хотя бы и юридической) . . . передана вещь или исполнено дѣйствіе, на которыя принимателъ не имѣлъ права, то по общему правилу въ первомъ случаѣ можно требовать возврата вещи, а во второмъ вознагражденія, соотвѣтствующаго доставленной выгодѣ.

§ 1438. Получившій недолжное считается добросовѣстнымъ или недобросовѣстнымъ владѣльцемъ, смотря по тому, зналъ ли или могъ ли онъ догадаться объ ошибкѣ плательщика, или нѣтъ.

Этими двумя статьями исчерпывается все содержаніе австрійскаго законодательства по данному вопросу. Законодатель не различаетъ даже случаевъ перехода индивидуально-опредѣленныхъ и замѣнимыхъ вещей, предоставляя все практикѣ. Очевидно, всѣ неудобства, указанныя по отношенію къ прусскому и французскому законодательствамъ, должны сказаться здѣсь еще рѣзче.

IV. Весьма значительныя уклоненія отъ началъ римскаго права представляетъ и Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ, ч. III, § 3659—3699. Характеръ ихъ не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что составители свода находились подъ вліяніемъ теоріи Erxleben'a и Witte.

§ 3695. Право обратнаго требованія имѣетъ предметомъ или возвращеніе того, что было исполнено безъ надлежащаго къ сему обязатель-

ства, или, еслибы исполненное уже болѣе не существовало, то возмѣщеніе стоимости его.

см. цитаты къ слѣдующимъ статьямъ.

§ 3696. Предметъ права требованія составляетъ: при данномъ обѣщаніи, освобожденіе отъ онаго, съ возвращеніемъ долговаго документа (а); при произведенныхъ работахъ — вознагражденіе за ихъ стоимость (б); наконецъ при установленіи или отмѣнѣ сервитута, — возстановленіе въ прежнее состояніе (в).

(а) l. 31 D. de cond. ind. 12. 6; l. 3 Cod. eod. 4. 5; l. 5 i. f, D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 pr. D. ut in possess. legat. 36. 4; l. 2 § 3 et 4 D. de donat. 39. 5. — (б) l. 26 § 12, l. 40 § 2 D. de cond. ind. 12. 6. — (в) l. 22 § 1 D. eod.

Приведенная статья между прочимъ даетъ исполнителю недолжно произведенныхъ работъ право требовать вознагражденія за ихъ стоимость и цитируетъ при этомъ l. 26 § 12 и l. 40 § 2 D. h. l. 12. 6. Указанные фрагменты однако вовсе не подтверждаютъ положенія, выраженнаго въ статьѣ.

L. 40 § 2 cit. говоритъ только: Si pactus fuerit patronus cum liberto, ne operae ab eo petantur, quidquid postea solutum fuerit a liberto, repeti potest. Тутъ выставляется лишь общее правило: либертъ можетъ требовать вознагражденія за operae indebite solutae, но ничего не говорится о размѣрѣ вознагражденія. Послѣднее сдѣлано въ l. 26 § 12 cit.: condici posse, quanti operas essem conducturus.

Очевидно, принципъ, выраженный въ l. 26 § 12 cit., не согласуется вовсе съ принципомъ, принятымъ

сводомъ. Въ основаніи перваго лежитъ субъективный, въ основаніи втораго — объективный критерій. Первый вполнѣ согласенъ съ теоріей обогащенія, второй — прямо противорѣчитъ ей.

§ 3697. Если даны вещи замѣнимыя, то требуется возвращеніе другихъ одинаковаго съ ними рода и такого-же качества

l. 7 l. 19 § 2 D. eod.; l. 1 Cod. eod., l. 5 § 3 D. de O. et A. 44. 7.

Это постановленіе основано на неправильномъ толкованіи цитированныхъ фрагментовъ. Послѣдовательное проведеніе его на практикѣ можетъ привести къ крайнему обремененію добросовѣстнаго принимателя недолжнаго. Прежде всего, для него тяжело, что послѣдующее уменьшеніе или прекращеніе обогащенія не оказываетъ никакого вліянія на размѣръ его отвѣтственности. Но это не все: полученныя имъ вещи, напр. хлѣбъ или вино, могли быть потреблены имъ или подвергнуться порчѣ; поставка же соотвѣтствующаго количества хлѣба или вина одинаковаго достоинства съ полученнымъ можетъ не только встрѣтить значительныя затрудненія, но и быть связано съ большими расходами: цѣны могли вздорожать, можетъ представиться необходимость выписывать желаемые продукты издалека, и т. д. Словомъ, обогатившееся лицо можетъ отвѣчать въ гораздо большемъ размѣрѣ, чѣмъ какого достигало его первоначальное обогащеніе.

§ 3698. Незамѣнимыя вещи возвращаются съ приращеніями къ нимъ и съ плодами, какъ уже дѣйствительно съ нихъ собранными, такъ

и тѣми, которыя, послѣ предъявленія отвѣтчику иска, онъ упуститъ собрать (а); причемъ однако отвѣтчику возвращаются употребленные имъ на то расходы (б).

(а) l. 15 pr. l. 65 § 5 D. de cond. ind, 12. 6. — (б) l. 26 § 12, l. 65 § 5 eod.

Это постановленіе ближе другихъ подходитъ къ принципу, принятому римскимъ правомъ. Къ сожалѣнію, не оговорено, что возврату подлежатъ только тѣ плоды и приращенія, которые ко времени предъявленія иска еще имѣются на лицо. Отсюда можетъ возникнуть сомнѣніе, не обязано ли обогатившееся лицо возмѣстить стоимость тѣхъ плодовъ и приращеній, которыхъ къ этому времени уже не существуетъ. Рѣшить этотъ вопросъ довольно трудно ввиду противорѣчія, которое существуетъ между § 3695 и 3699, — о немъ мы сейчасъ упомянемъ ближе. — Сверхъ того, не сказано, обязанъ ли приниматель вознаградить истца за выгоду, извлеченную изъ пользованія вещью. Молчаніе закона заставляетъ думать, что нѣтъ.

§ 3699. Если добросовѣстнымъ принимателемъ вещь уже отчуждена, то онъ обязанъ только къ возвращенію полученной имъ за нее цѣны; если вещь, во время его владѣнія, будетъ истреблена или повреждена, то въ первомъ случаѣ онъ не обязанъ за оную вознаградить, а въ послѣднемъ долженъ только возвратить вещь какъ она есть.

l. 26 § 12; l. 65 § 7 et 8 D. eod.

Изложенное правило уклоняется отъ римскаго начала въ томъ отношеніи, что по l. 26 § 12 возврату подлежитъ только id, quod ex pretio habes, тогда какъ по ст. 3699 истецъ можетъ требовать возврата всей покупной платы.

Въ заключеніе нельзя не указать на противорѣчіе, существующее между этой статьей и статьей 3695. Въ послѣдней сказано, что если-бы исполненное уже болѣе не существовало, принимать обязанъ возмѣстить стоимость его. Здѣсь же говорится, что вслучаѣ истребленія вещи принимать не обязанъ за оную вознаградить.

§ 12.

Кодификаціи, приближающіяся къ римскому типу condictionis indebiti.

Мы переходимъ къ кодификаціямъ, въ которыхъ принципъ ограниченія отвѣтственности обогатившагося лица его наличнымъ обогащеніемъ проведенъ болѣе или менѣе послѣдовательно.

I. Саксонское гражданское уложеніе говоритъ:

§ 1526. Обратное требованіе недолжно исполненнаго заключается въ требованіи возвратить то, что было исполнено безъ существованія къ тому обязательства.

§ 1527. Если предметомъ обратнаго требованія являются вещи, уступленныя въ собственность, то принимать, дѣйствовавшій добросовѣстно,

долженъ возвратить то, что еще имѣетъ въ своемъ обладаніи, вмѣстѣ съ приращеніемъ. Если онъ отчудилъ или потребилъ сіи вещи, то отвѣчаетъ въ той мѣрѣ, въ какой обогатился ко времени предъявленія обратнаго требованія. Относительно обязательства къ возмѣщенію плодовъ, извлеченныхъ изъ вещи, равно и относительно права на возмѣщеніе издержекъ, сдѣланныхъ на вещь, примѣняются постановленія объ искѣ о правѣ собственности (ст. 308 и сл.).

§ 1529. Если было предоставлено пользованіе вещью, или были исполнены услуги, то лишь въ томъ случаѣ, когда принимателъ въ семъ нуждался, можно требовать отъ него уплаты того, что онъ истратилъ бы, сообразно съ своею потребностью, ради полученія услугъ или пользованія вещью.

§ 1530. Если кѣмъ либо установлены права на вещи и приняты на себя обязательства, то можно требовать освобожденія отъ сего и возврата выданныхъ, по поводу этого, документовъ или другихъ средствъ обезпеченія.

§ 1531. Если послѣдовалъ отказъ отъ права, то прежнее правоотношеніе должно быть возстановлено. Выданныя росписки должны быть возвращены.

Большинство этихъ постановленій явно носитъ на себѣ отпечатокъ римскихъ началъ. Но есть и уклоненія. Они проявляются въ троякомъ направленіи.

1) Отвѣтчикъ не обязанъ вознаградить истца за выгоду отъ пользованія вещью, если только вещь не была передана именно съ этой цѣлью.

2) Что касается плодовъ, то отвѣтчикъ обязанъ выдать только fructus exstantes; относительно возврата плодовъ, извлеченныхъ послѣ предъявленія иска, установлены особыя правила (§ 309). — Слѣдовательно, отвѣтчикъ не обязанъ вознаградить истца за ту выгоду, которую онъ извлекъ изъ плодовъ, потребленныхъ или отчужденныхъ имъ до предъявленія иска.

3) Что касается расходовъ, то отвѣтчикъ не можетъ даже требовать возмѣщенія всѣхъ произведенныхъ имъ непосредственныхъ затратъ, а только необходимыхъ и извѣстныхъ полезныхъ; относительно прочихъ онъ сохраняетъ только jus tollendi. Тѣмъ менѣе принимаются въ разсчетъ косвенные расходы.

Примѣняется ли послѣднее ограниченіе и къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ были переданы деньги или въ которыхъ косвенная выгода, извлеченная отвѣтчикомъ изъ вещи, выражается опредѣленною суммою денегъ? Очевидно нѣтъ. Иначе слова § 1527 „если онъ отчудилъ или потребилъ сіи вещи, то отвѣчаетъ въ той мѣрѣ, въ какой обогатился ко времени предъявленія обратнаго требованія,“ не имѣли бы практическаго значенія. Къ тому же ссылка на постановленія, касающіяся иска о правѣ собственности, въ концѣ § 1527 прямо указываетъ на то, что законодатель, ограничивая права принимателя недолжнаго по возмѣщенію произведенныхъ имъ затратъ, имѣлъ ввиду только случаи передачи индивидуально-опредѣленныхъ вещей.

II. Швейцарское Обязательственное Право выражается очень лаконически.

> § 73. Возврата можно требовать лишь въ предѣлахъ дѣйствительнаго обогащенія (добросовѣстнаго) принимателя въ моментъ обратнаго требованія (zur Zeit der Rückforderung).
>
> § 74. (Добросовѣстный) приниматель съ своей стороны можетъ требовать возмѣщенія всѣхъ необходимыхъ и полезныхъ затратъ.
> То, что служитъ лишь для украшенія вещи, онъ можетъ снять, поскольку это возможно безъ поврежденія ея, если только истецъ не предпочтетъ возмѣстить ему стоимость этихъ украшеній.

Лаконизмъ законодателя въ данномъ случаѣ оправдывается тѣмъ, что онъ выставляетъ вполнѣ опредѣленный руководящій принципъ, примѣнимый ко всѣмъ безъ исключенія случаямъ. При такихъ условіяхъ детальная разработка отдѣльныхъ частныхъ вопросовъ съ успѣхомъ можетъ быть предоставлена наукѣ и практикѣ: объ всегда найдутъ вполнѣ надежную опору при разрѣшеніи отдѣльныхъ затрудненій въ руководящемъ принципѣ, выставленномъ закономъ.

Къ сожалѣнію, какъ явствуетъ изъ § 74, принципъ не проведенъ вполнѣ послѣдовательно: не только косвенные, но даже прямые расходы лица, получившаго индивидуально-опредѣленную вещь, не всѣ принимаются въ разсчетъ.

III Намъ остается разсмотрѣть новый проектъ германскаго уложенія. Онъ касается занимающаго насъ вопроса въ §§ 737, 739 и 740[102]).

§ 738 содержитъ общее правило о томъ, что вслучаѣ уплаты недолжнаго можно требовать возврата исполненнаго. — §§ 739 и 740 регулируютъ отдѣльные частные вопросы.

> § 739. Если было исполнено что либо такое, возвратъ чего натурою немыслимъ, или если приниматель въ моментъ предъявленія иска не въ состояніи вернуть полученный объектъ, то онъ обязанъ возмѣстить стоимость полученнаго. Обязанность къ возврату или къ возмѣщенію стоимости отпадаетъ, разъ приниматель въ моментъ предъявленія иска не можетъ уже считаться обогатившимся.
>
> § 740. Обязанность къ возврату или возмѣщенію стоимости распространяется и на все то, что приниматель извлекъ изъ полученнаго.
> Если приниматель обязанъ вернуть вещь, переданную имъ въ собственность, или узуфруктъ, который былъ установленъ въ пользу истца и послѣднимъ уступленъ ему (ein an ihn veräusserter, zur Zeit der Veräusserung bestehender Niessbrauch), то обязанности его по возврату и возмѣщенію выгодъ, извлеченныхъ имъ, опредѣляются на основаніи постановленій, регу-

102) См. также Мотивы къ проекту, т. II, стр. 836—840.

лирующихъ обязанности владѣльца по отношенію къ собственнику.

Принимателъ обязанъ выдать полученную вещь лишь подъ условіемъ возмѣщенія всѣхъ затратъ, произведенныхъ имъ на вещь до предъявленія иска; но онъ можетъ требовать вознагражденія за затраты лишь постольку, поскольку онъ не удерживаетъ за собою какихъ нибудь выгодъ, извлеченныхъ имъ изъ вещи.

Постановленія § 740 нуждаются въ ближайшемъ разъясненіи.

1) Что касается выгодъ, извлеченныхъ изъ вещи, перешедшей къ лицу на правѣ собственности или узуфрукта, то возврату подлежатъ лишь fructus exstantes. Отвѣтчикъ не обязанъ вознаградить истца ни за выгоду, извлеченную имъ изъ пользованія вещью, ни за плоды, потребленные или отчужденные имъ до предъявленія иска. То и другое принимается въ разсчетъ въ томъ только случаѣ, если имъ были произведены затраты: размѣръ вознагражденія за послѣднія соотвѣтственно уменьшается. Какъ видно, отвѣтчикъ во всякомъ случаѣ ничего не теряетъ ex suo, а при извѣстныхъ условіяхъ, именно если имъ не было произведено никакихъ расходовъ или расходы меньше извлеченныхъ имъ выгодъ, даже отвѣчаетъ не всѣмъ своимъ наличнымъ обогащеніемъ.

Правило это quoad fructus цѣликомъ заимствовано изъ постановленій римскаго права о предѣлахъ отвѣтственности добросовѣстнаго владѣльца: послѣдній,

какъ извѣстно, обязанъ выдать только fructus exstantes, а не fructus consumti [103]); но вмѣстѣ съ тѣмъ, при исчисленіи слѣдующаго ему за расходы на вещь вознагражденія, высчитывается стоимость fructuum consumtorum [104]).

Рецепція этихъ постановленій въ данномъ случаѣ очевидно вызвана желаніемъ избѣгнуть того, чтобъ принимать. недолжнаго очутился въ менѣе выгодномъ положеніи, чѣмъ добросовѣстный владѣлецъ ex causa lucrativa. Но во 1ыхъ послѣдній не можетъ требовать вознагражденія за всѣ затраты на вещь, а только за impensae necessariae и utiles. Во 2ыхъ, если уже желали уравнять положеніе названныхъ лицъ, то было бы цѣлесообразнѣе ограничить отвѣтственность обоихъ одинаково предѣлами наличнаго, ихъ обогащенія, чѣмъ вдаваться въ совершенно ненужную казуистику. 2) Что касается расходовъ, то прямые расходы всѣ принимаются въ разсчетъ. О косвенныхъ расходахъ въ статьѣ 740 прямо ничего не сказано. Но въ Мотивахъ [105]) мы встрѣчаемъ слѣдующее любопытное замѣчаніе:

> „Сомнительнымъ и спорнымъ представляется вопросъ о томъ, имѣетъ ли приниматель, если фактъ обогащенія вызвалъ съ его стороны такіе расходы или такое уменьшеніе имущества (Ausgaben oder Vermögensminderungen), которыхъ

103) § 2 J. de officio judicis 4. 17. § 35 J. de rer. div. 2. 1. l. 22 Cod. de rei vind. 3. 32.

104) l. 48. l. 65 pr. D. de rei vind. 6. 1.

105) т. II, стр. 838.

онъ избѣгнулъ бы, если бы объектъ обогащенія не поступилъ къ нему, — право требовать признанія того, что его обогащеніе въ соотвѣтствующей мѣрѣ прекратилось. Проэктъ и въ этомъ отношеніи не даетъ прямаго отвѣта. (Der Entwurf giebt auch in dieser Richtung keine Entscheidung). Поскольку установлена причинная связь, и такого рода расходы или уменьшеніе имущества имѣютъ своимъ послѣдствіемъ прекращеніе первоначальнаго обогащенія. Въ остальномъ разрѣшеніе вопроса должно быть предоставлено наукѣ и практикѣ (Im Uebrigen ist die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis zu überlassen)."

Съ нашей точки зрѣнія отвѣтъ ва вопросъ, оставленный составителями проекта открытымъ, конечно можетъ воспослѣдовать только въ смыслѣ, благопріятномъ для обогатившагося лица.

IV. Въ заключеніе замѣтимъ, что нашъ X томъ Свода законовъ гражданскихъ не упоминаетъ вовсе о condictio indebiti и аналогичныхъ исковыхъ притязаніяхъ.

Практика конечно не можетъ обойтись безъ этого иска. Она встрѣчаетъ нѣкоторую, правда довольно шаткую опору въ ст. 574 X т. ч. 1 [106]), которая гласитъ:

---

106) См. Побѣдоносцевъ, курсъ гражданскаго права, ч. III, изд. 2, стр. 617 и сл.

Какъ по общему закону никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ, то всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому либо вредъ или убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другой стороны производятъ право требовать вознагражденіе.

Такъ какъ судъ при оцѣнкѣ размѣра вознагражденія не стѣсненъ ничѣмъ, то было-бы вполнѣ возможно и на нашъ взглядъ весьма желательно. чтобъ наша кассаціонная практика высказалась въ пользу ограниченія отвѣтственности добросовѣстно обогатившагося лица его наличнымъ обогащеніемъ.

Оглавленіе.

Стр.

Предисловіе 3
Глава I. Литература вопроса . . . . . 7—25
§ 1. Литература до Glück'a 7
§ 2. Новѣйшая литература 17
Глава II. Время появленія и условія развитія condictionis indebiti . . 25—31
§ 3. Время появленія иска 25
§ 4. Условія развитія иска 30
Глава III. Анализъ источниковъ . . . . 31—91
§ 5. Общій обзоръ I. Общія изреченія римскихъ юристовъ 31
§ 6. II. Случаи передачи индивидуально-опредѣленныхъ вещей 36
§ 7. III Случаи передачи замѣнимыхъ вещей 50
§ 8. Продолженіе 61
§ 9. IV. Остальные случаи 78
§ 10. Дополнительныя замѣчанія 81
Приложенія къ гл. III . . . . . 92—98
I. О значеніи момента литисконтестаціи . 92
II. О распредѣленіи oneris probandi между сторонами 94
III. О примѣнимости началъ condictionis indebiti къ остальнымъ condictines sine causa 97
Глава IV. Современныя кодификаціи . . 99—118
§ 11. Кодификаціи, уклоняющіяся отъ римскаго типа condictionis indebiti . . . 99
§ 12. Кодификаціи, приближающіяся къ римскому типу condictionis indebiti . . 110

ОЧЕРКИ

ПО

УЧЕНІЮ ОБЪ ОБОГАЩЕНІИ

Д. ГРИММА.

Выпускъ третій.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, В. О., 5 л., 28.
1893

10к

7.11
130



2052

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Ученіе римскаго права объ отвѣтственности за versio in rem.

тр.

Предисловіе V

ОТДѢЛЪ I.

Versio ex negotio subjectae personae.

Глава I. Сущность actio de in rem verso и отношеніе этого иска къ actio de peculio 1– 20

§ 1. Постановка вопроса объ отношеніи actio de in rem verso къ actio de peculio въ литературѣ и критика теоріи Барона. 1

§ 2. Доказательства въ пользу существованія самостоятельной actio de in rem verso. 15

Глава II. Исторія развитія actio de in rem verso и матеріальныя предположенія иска . . . . . 20—101

§ 3. Литература вопроса 20

§ 4. Время появленія и первоначальная сфера примѣненія actionis de in rem verso 43

§ 5. Дальнѣйшая судьба иска. Образованіе трехъ школъ юристовъ. I. Разборъ взглядовъ юристовъ раціоналистовъ и эклектиковъ 62

§ 6. Продолженіе. II. Разборъ теорій юристовъ историковъ 83

§ 7. Положеніе actionis de in rem verso въ Юстиніановомъ правѣ 98

Глава III. Объектъ actio de in rem verso . . . . . 101—117

§ 8. Литература вопроса. Взгляды раціоналистовъ, Помпонія и Африкана 101

стр
§ 9. Продолженіе. Теорія Ульпіана 108
§ 10. Исключительные случаи 116

ОТДѢЛЪ II.

Versio ex negotio personae sui juris.

Глава I. Постановка ученія объ actio de in rem verso utilis въ доктринѣ и критика теорій противниковъ этого иска . . . . . 118—134
§ 11. Общія замѣчанія. Обзоръ отдѣльныхъ теорій . . 118
§ 12. Продолженіе 124
Глава II. Время появленія и область примѣненія actionis de in rem verso utilis . . . . . 135—147
§ 13. Время появленія actionis de in rem verso utilis. . 135
§ 14. Условія возникновенія actionis de in rem verso utilis 141

ОТДѢЛЪ III.

Versio ex delicto.

Глава I. Versio ex delicto personae sui juris . . . 148—177
§ 15. Общій обзоръ. 148
§ 16 Actio quod metus causa 153
§ 17. Actio Pauliana 155
§ 18. Actio Faviana и Calvisiana 167
§ 19. Actio Faviana и Calvisiana utilis и querela inofficiosae donationis ac dotis 172
§ 20. Interdictum unde vi, actio doli и actio ex edicto de aleatoribus 175
Глава II. Versio ex delicto subjectae personae . . 177—202
§ 21 Ноксальная и пекуліарная отвѣтственность властелина за деликты его подвластныхъ. 177
§ 22. Версіонная отвѣтственность властелина, дополняющая ноксальную отвѣтственность его. 183
§ 23. Версіонная отвѣтственность властелина, дополняющая пекуліарную отвѣтственность его 192
§ 24 Заключеніе. 200

ПРИЛОЖЕНІЕ.

Версіонный искъ по ученію т. н. юристовъ практиковъ XVII и XVIII вѣковъ . . . . . 203—212

Настоящій очеркъ посвященъ ученію римскаго права объ отвѣтственности за versio in rem.

Планъ изложенія таковъ. Сначала мы останавливаемся на ученіи о versio ex negotio subjectae personae (actio de in rem verso въ тѣсномъ смыслѣ). Затѣмъ идетъ ученіе о versio ex negotio personae sui juris (т. н. actio de in rem verso utilis). Наконецъ мы касаемся вопроса объ отвѣтственности за versio ex delicto, каковая въ свою очередь распадается на versio ex delicto personae sui juris и versio ex delicto subjectae personae; тутъ нами указываются отдѣльныя actiones ex delicto, которыя могли быть предъявлены къ третьимъ лицамъ подъ условіемъ и въ предѣлахъ ихъ обогащенія.

Въ особомъ приложеніи излагается своеобразное ученіе о версіонномъ искѣ т.-н. юристовъ практиковъ XVII и XVIII в., каковое представляетъ собою переходную ступень отъ чистаго римскаго права къ двумъ обширнымъ кодификаціямъ конца прошлаго и начала нынѣшняго столѣтія: прусскому земскому праву и австрійскому гражданскому уложенію.

Отъ указаній на отношеніе современныхъ законодательствъ и судебной практики къ вопросу о возвратѣ производнаго обогащенія мы воздержались. Сдѣлать это вкратцѣ не позволяетъ сложный и спорный характеръ всего ученія, подробное же изложеніе этого вопроса съ разборомъ многочисленныхъ контроверзъ, встрѣчающихся въ доктринѣ и практикѣ, можетъ составить предметъ самостоятельнаго изслѣдованія.

IV.

УЧЕНІЕ РИМСКАГО ПРАВА

ОБЪ ОТВѢТСТВЕННОСТИ ЗА VERSIO IN REM.

ОТДѢЛЪ I.

VERSIO EX NEGOTIO SUBJECTAE PERSONAE.

ГЛАВА I.

Сущность actio de in rem verso и отношеніе этого иска къ actio de peculio.

§ 1.

Постановка вопроса объ отношеніи actio de in rem verso къ actio de peculio въ литературѣ и критика теоріи Барона.

По цивильному праву властелинъ не отвѣчалъ предъ третьими лицами за договорные и квазидоговорные долги своихъ подвластныхъ Положеніе это было тѣмъ болѣе несправедливое, что всѣ пріобрѣтенія ихъ поступали къ нему.

Преторскій эдиктъ модифицировалъ этотъ принципъ введеніемъ такъ называемыхъ actiones adjecticiae qualitatis. Къ числу ихъ принадлежала и actio de in rem verso.

Истцомъ по этому иску является третье лицо, вступившее въ договорное или квазидоговорное отношеніе съ чужимъ подвластнымъ, отвѣтчикомъ — властелинъ; основаніемъ иска служитъ versio in rem (sc. patris s. domini), т.-е. обогащеніе властелина, выражающееся въ увеличеніи его патримонія; размѣръ обогащенія опредѣляетъ и размѣръ отвѣтственности его.

Таковы общія положенія, опредѣляющія характеръ иска. Они порождаютъ цѣлый рядъ частныхъ вопросовъ.

Однимъ изъ важнѣйшихъ является вопросъ объ отношеніи actio de in rem verso къ actio de peculio.

Есть ли actio de in rem verso искъ самостоятельный, конкуррирующій лишь при извѣстныхъ условіяхъ съ actio de peculio, или же онъ составляетъ одно только дополненіе послѣдняго иска? Вопросъ этотъ можетъ быть формулированъ и такъ: составляетъ ли обладаніе пекуліемъ со стороны подвластнаго контрагента необходимое условіе для возникновенія actio de in rem verso, или этотъ моментъ не имѣетъ рѣшающаго значенія, разъ только произошло увеличеніе патримонія властелина?

Среди изслѣдователей мы встрѣчаемъ защитниковъ какъ того, такъ и другого взгляда.

Противниками самостоятельнаго значенія actionis de in rem verso являются: изъ ученыхъ до Глюка: Hotomannus, Thuning, Janus a Costa [1]).

Такого же взгляда держится Cujacius [2]).

---

[1]) Ср. Baron, die adjecticischen Klagen, стр. 5. — Janus a Costa замѣчаетъ въ Commentarius ad § 4 I quod cum eo 4,7: Actioni de peculio inest actio de in rem verso, quae dari non potest, nisi aut sit aut fuerit peculium. Versum enim pars peculii est, quia hoc dominus servo debet. Aequum autem est, ut sicut naturalia debita minuunt ipso jure peculium, ita etiam augeant, cum dominus est servo naturaliter obligatus.

[2]) Ср ero Paratitla in l L Dig., ad tit. Dig de in rem verso 15.3 (Opera omnia, ad Paris. Fabrot. ed. exacta, Prati 1838, tom. III, p. 104).

Изъ болѣе новыхъ писателей приверженцами этого взгляда являются Seuffert [1]) и Baron [2]).

Весьма уклончиво высказывается Witte [3]).

Самостоятельное значеніе actionis de in rem verso признаютъ: Glück [4]) Keller [5]), Rudorff [6]), Bekker [7]), Ruhstrat [8]), Loewenfeld [9]), Mandry [10]), Windscheid [11]) и многіе другіе. Впрочемъ, нѣкоторые изъ названныхъ ученыхъ допускаютъ, что этотъ искъ не сразу получилъ самостоятельное значеніе, что первоначально онъ дѣйствительно служилъ лишь дополненіемъ actionis de peculio, но что впослѣдствіи сфера примѣненія его была расширена.

Къ послѣднему взгляду присоединяемся и мы. Однако, мы пока не будемъ останавливаться на исторической сторонѣ вопроса, а постараемся только доказать,

---

Actio de in rem verso est adjectio actionis de peculio, vel si non est in peculio, actio competit de in rem verso, cum id, quod filius vel servus gessit, redactum est in patrimonium patris vel domini. — Въ особомъ примѣчаніи онъ прибавляетъ еще: Igitur actio de peculio est earum actionum adjectio, quae ex diversis contractibus cum servo, vel filiofam. oriuntur.—Actio autem de in rem verso est adjectio ipsius adjectionis, quia ex quacumque causa agatur de peculio, ratio ejus habebitur, quod in rem domini vel patris servus vel filius fam. verterit.

[1]) Dissertatio de eo quod justum est circa in rem verso actionem, (1822 г.), p. 6 и 25.

[2]) ук. соч. стр. 1 и сл.

[3]) die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, стр. 257.

[4]) Ausfurliche Erlauterung der Pandekten, т. 14, стр. 400.

[5]) Commentatio ad l. 32 pec., (1826 г.), p. 31.

[6]) Edictum perpetuum, § 705, пр. 17.

[7]) die Actionen, т. II, стр. 336. Менѣе рѣшительно Беккеръ высказывается въ Zeitschrift der Savignystiftung fur R. G., т. 4, стр. 101—102.

[8]) Jahrbücher fur Dogmatik, т. 15, стр. 280.

[9]) die selbtständige Actio de in rem verso (1873 г.), стр. 1 и сл.

[10]) das gemeine Familiengüterrecht, т. II стр. 454 и сл.

[11]) Lehrbuch der Pandekten, изд. 7, т. II, стр. 742, пр. 2.

что ко времени классическихъ юристовъ actio de in rem verso во всякомъ случаѣ успѣла вполнѣ эманципироваться отъ actio de peculio. Съ этою цѣлью мы обратимся къ разбору доводовъ, которые приводятъ противники защищаемаго нами взгляда. Они прекрасно сгруппированы у Барона.

1) Исходной точкой для этого ученаго служатъ слѣдующіе два фрагмента:

> Gaj. Inst. IV, § 74. Nam—eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.
>
> § 4. I Quod cum eo 4,7. — Licet enim una est actio, quae de peculio deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes.

Баронъ усматриваетъ въ выраженіяхъ: eadem formula — una actio, quae duas habet condemnationes подтвержденіе того, что между обоими исками существовала не только процессуальная, но и матеріальная связь.

Повторяемъ, первоначально быть можетъ и было такъ. Но выводить изъ приведенныхъ фрагментовъ заключеніе, что actio de in rem verso во времена Гая, а тѣмъ болѣе Юстиніана была лишена самостоятельнаго значенія, нѣтъ никакого основанія.

Надо помнить, что институціи того и другого—краткіе учебники. Подробнаго изложенія отдѣльныхъ институтовъ въ нихъ ждать нельзя. Они излагаютъ только наиболѣе важныя ученія примѣнительно къ наиболѣе часто встрѣчающимся на практикѣ случаямъ. Комбинируя эти общія соображенія съ фактомъ широкаго распространенія института пекуліевъ [1]), мы не должны удивляться тому, что оба институціониста не удѣлили actioni de in rem verso самостоятельнаго мѣста, а касаются этого

---

[1]) Ср. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, т. II, стр 112.

иска только въ связи съ ученіемъ объ actio de peculio. Это не значитъ еще, что первый искъ исключительно служилъ дополненіемъ второго, а доказываетъ только, что Гай и Юстиніанъ смотрѣли на этотъ случай какъ на нормальный. И это вполнѣ естественно: третьи контрагенты при отсутствіи jussus или praepositio охотнѣе и чаще должны были вступать въ договорныя отношенія съ подвластными лицами, имѣющими пекулій, чѣмъ съ лицами, не обладающими таковымъ.

Столь же естественно, что тамъ, гдѣ оба иска конкуррировали между собою, было допущено одновременное предъявленіе ихъ въ формѣ una actio, quae duas habet condemnationes. Этимъ достигалось значительное ускореніе и упрощеніе производства, такъ какъ при такихъ условіяхъ провѣрка легитимаціи сторонъ и выясненіе causae obligatoriae должны были быть произведены только одинъ разъ.

Но эта чисто процессуальная связь между обоими исками отнюдь не была неразрывна. Мы встрѣчаемъ въ источникахъ цѣлый рядъ фрагментовъ, гдѣ actio de in rem verso предъявляется отдѣльно отъ actio de peculio.

Такъ, Ульпіанъ говоритъ:

> l. 1 pr. D. de in rem verso 15,3. Si hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur.

Ульпіанъ тутъ прямо намекаетъ на возможность предъявленія одной actio de in rem verso, безъ включенія оговорки de peculio.

Еще характернѣе § 1 того же фрагмента:

> l. 1 § 1 eod. Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret actio de

peculio; rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio.

Quid enim, si dominus peculium ademit sine dolo malo? Quid si morte servi exstinctum est peculium et annus utilis praeteriit? De in rem verso namque actio perpetua est et locum habet, sive ademit sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est.

Самъ Баронъ по поводу этихъ фрагментовъ замѣчаетъ [1]): „Я не отрицаю, что возможно предъявленіе actio de peculio безъ включенія оговорки de in rem verso; это бываетъ тогда, когда кредиторъ либо убѣжденъ, что никакой versio не произошло, либо знаетъ, что властелинъ quoad versum желаетъ быть должникомъ пекулія, либо думаетъ, что пекулій и помимо versio достаточно великъ для покрытія долга". „Равнымъ образомъ я признаю существованіе actio de in rem verso безъ оговорки de peculio; но и этотъ искъ предполагаетъ наличность пекулія въ томъ смыслѣ, что пекулій долженъ былъ существовать раньше; поэтому и о такомъ искѣ можно сказать, что онъ съ прежней (früheren) actio de peculio составляетъ una actio".

И такъ, Баронъ самъ отказывается отъ буквальнаго толкованія цитированныхъ имъ институціонныхъ фрагментовъ. Онъ признаетъ, что actio de in rem verso можетъ быть предъявлена отдѣльно отъ actio de peculio, но онъ утверждаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, что въ такомъ случаѣ этотъ искъ предполагаетъ существованіе пекулія въ прошедшемъ. Словомъ онъ не отказывается отъ мысли о существованіи неразрывной матерьяльной связи между обоими исками.

---

[1]) Ук соч. стр. 9.

Какія же однако онъ приводитъ доказательства въ пользу своего утвержденія?

2) Первое доказательство Барона заключается въ томъ, что въ l. 1 pr. и § 1 D. cit. прямо не сказано, что actio de in rem verso могла быть предъявлена противъ властелина лица, не имѣвшаго вовсе пекулія. Отсюда онъ заключаетъ, что подобная комбинація не допускалась.

Съ такимъ выводомъ нельзя согласиться, если даже признать правильными посылки Барона. Вѣдь въ обоихъ фрагментахъ не сказано также, чтобъ нельзя было предъявлять actio de in rem verso при полномъ отсутствіи пекулія. Слѣд., въ лучшемъ случаѣ пришлось бы только констатировать, что означенный случай обходится молчаніемъ.

Но и такое скромное заключеніе всецѣло зависитъ отъ того, какъ понимать выраженіе l. 1 pr. cit: qui nihil in peculio habent. Баронъ приходитъ въ негодованіе при одной мысли о томъ, чтобъ это могло означать то же, что и peculium non habent. Однако, такое объясненіе вовсе ужъ не такъ неосновательно. Юристъ противополагаетъ nihil in peculio habere — aliquid in peculio habere (non in solidum tamen). Первый терминъ одинаково можетъ означать какъ то, что въ моментъ предъявленія иска пекуліарный пассивъ, по скольку онъ складывается изъ (натуральныхъ) долговыхъ требованій властелина къ подвластному, превышаетъ активъ [1]), такъ и то, что никакого пекулія не имѣется. По крайней мѣрѣ Баронъ вовсе не доказалъ противнаго. Слѣд., и съ этой точки зрѣнія его выводъ оказывается безпочвеннымъ.

---

[1]) Въ такомъ случаѣ третій контрагентъ не получалъ никакого удовлетворенія, ибо, какъ говоритъ Юстиніанъ: quum — quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quidquid servus domino, quive in potestate ejus sit, debet, et quod superest, id solum peculium intelligitur. (§ 4 I. quodcum eo 4, 7).

3) Далѣе Баронъ приводитъ нѣсколько фрагментовъ, въ которыхъ подвластное лицо, противъ властелина котораго предъявляется actio de in rem verso, является обладателемъ пекулія, — именно l. 1 § 2, l. 13 и 14 D. h. t. 15,3.

Эти фрагменты сами по себѣ ничего не доказываютъ, ибо никто не отрицаетъ, чтобъ такая комбинація была возможна. Вопросъ лишь въ томъ, есть-ли она необходимая.

Но Баронъ идетъ дальше. Онъ утверждаетъ, что изъ означенныхъ фрагментовъ l. 14 D. h. t. 15,3 является совершенно непонятной, если допустить, что существовала самостоятельная actio de in rem verso. Въ виду этого необходимо остановиться ближе на этомъ фрагментѣ.

> l. 14 cit. (Iuliani l. XI Dig. Marcellus notat): Interdum et propter hoc, quod in rem alterius socii versum est, de in rem verso cum altero agi potest, qui conventus a socio petere potest id, in quo damnatus fuerit Quid enim dicemus, si peculium servo ab altero ademtum fuerit? Paulus: ergo haec quaestio ita procedit, si de peculio agi non potest.

Чтобъ лучше уяснить сущность этого постановленія, необходимо сопоставить его съ непосредственно предшествующей l. 13 eod.

> l. 13 cit. (Ulpianus). Si in rem alterius ex dominis versum sit, utrum is solus, in cujus rem versum est, an et socius possit conveniri, quaeritur. Et Iulianus scribit, eum solum conveniri, in cujus rem versum est, sicuti cum solus jussit; quam sententiam puto veram.

И такъ фрагментъ 13-й выставляетъ общее правило: кому изъ нѣсколькихъ господъ досталось что-либо чрезъ

посредство servus communis, тотъ одинъ только и отвѣчаетъ предъ третьимъ контрагентомъ de in rem verso.

Этотъ принципъ нельзя не признать совершенно правильнымъ. Изъ него l. 14 cit. допускаетъ исключеніе.

Смыслъ послѣдняго фрагмента не вполнѣ ясенъ. Въ дословномъ переводѣ онъ гласитъ: „Марцеллъ въ своемъ комментаріи къ XI книгѣ Дигестъ Юліана замѣчаетъ: иногда по поводу того, что поступило къ одному изъ товарищей, можно предъявить actio de in rem verso противъ другого, который въ такомъ случаѣ можетъ искать убытки съ перваго; дѣйствительно, какъ намъ поступить, если пекулій отнятъ у раба товарищемъ (ab altero). Павелъ къ этому прибавляетъ: такое рѣшеніе слѣдуетъ принять, если нельзя предъявить actio de peculio“.

а) Тутъ прежде всего возникаетъ такой вопросъ: была ли произведена полная или частичная ademtio peculii и кѣмъ изъ товарищей: тѣмъ ли, in cujus rem versum est или другимъ?

Первый вопросъ можетъ быть разрѣшенъ безошибочно въ томъ смыслѣ, что ademtio peculii была частичная. Дѣйствительно, рѣчь идетъ о пекуліи servus communis. А servus communis имѣетъ по общему правилу и peculium commune; конечно, возможны и иныя комбинаціи, но о нихъ должно бы было быть спеціально упомянуто. Разъ же мы имѣемъ дѣло съ peculium commune, то понятно каждый изъ господъ можетъ лишить раба только той части пекулія, которая ему принадлежитъ. Такъ, кстати, смотритъ на дѣло и Баронъ.

Теперь обратимся ко второму вопросу: кто тотъ alter, который произвелъ (прораторную) ademtio peculii?

Баронъ полагаетъ [1]), что это тотъ самый, in rem

[1]) Ук. соч. стр. 17.

cujus versum est. Это предположеніе дѣйствительно наиболѣе вѣроятное: оно подтверждается тѣмъ, что conventus a socio petere potest id, in quo damnatus fuerit; очевидно, право регресса предполагаетъ, что отвѣтчикъ заплатилъ чужой долгъ [1]).

b) И такъ, мы принимаемъ всѣ посылки Барона. Посмотримъ, что онъ изъ нихъ выводитъ.

Онъ прежде всего констатируетъ, что съ момента ademtio peculii противъ адимента не можетъ уже быть предъявлена actio de peculio, но что этимъ, конечно, третій контрагентъ не лишается права предъявить этотъ искъ противъ другого товарища, не лишившаго раба принадлежащей ему части пекулія. И съ этимъ, конечно, нельзя не согласиться, ибо, какъ явствуетъ изъ заключительныхъ словъ Павла, мы несомнѣнно имѣемъ дѣло съ ademtio bona fide. Дѣйствительно, Павелъ замѣчаетъ: haec quaestio ita procedit, si de peculio agi non potest. А такая невозможность возникала только въ случаѣ bona fide ademtio [2]).

Что же отсюда выводитъ Баронъ? Онъ находитъ, что при такомъ толкованіи приведенный фрагментъ свидѣтельствуетъ о томъ, что не существовало самостоятельной actio de in rem verso. Ибо, говоритъ онъ, съ точки зрѣнія оспариваемаго имъ мнѣнія къ господину, in rem cujus versum est, до лишенія раба пекулія могла быть предъявлена actio de peculio deque in rem verso, а послѣ ademtio—все же еще actio de in rem verso; слѣд., не было бы никакого основанія устанавливать изъятіе

---

[1]) Впрочемъ, нѣкоторые изслѣдователи держатся обратнаго взгляда. Ср. литературу у Барона, ук. соч. стр 16.

[2]) Ср. l. 21, pr. D de pec. 15,1. Summa cum ratione etiam hoc peculio Praetor imputabit, quod dolo malo domini factum est, quominus in peculio esset. — l 1, § 1 D. de in rem verso 15,3 verb. quid enim, si dominus peculium ademit sine dolo malo?

изъ правила, установленнаго l. 13 cit. Если, тѣмъ не менѣе, допущено такое изъятіе, мотивируемое притомъ ademtione peculii, то это можетъ быть объяснено только тѣмъ, что actio de in rem verso составляетъ лишь adjectio actionis de peculio.

c) Съ этимъ выводомъ нельзя согласиться. Рѣшеніе на первый взглядъ дѣйствительно странное, но эта странность нисколько не устраняется объясненіями Барона. Вѣдь онъ самъ говоритъ, что пекулій вовсе не долженъ быть на лицо ко времени предъявленія actio de in rem verso, — достаточно, если онъ существовалъ раньше. Въ данномъ случаѣ рабъ до ademtio имѣлъ пекулій, принадлежащій товарищу, in rem cujus versum est. Слѣд., и съ точки зрѣнія Барона представляется непонятнымъ, почему нельзя предъявить actio de in rem verso противъ этого socius.

Но правильно ли вообще такое заключеніе? Остановимся ближе на этомъ пунктѣ. Въ фрагментѣ говорится, что interdum et propter hoc, quod in rem alterius socii versum est, cum altero agi potest (а не debet). Если вникнуть въ смыслъ этихъ словъ, то станетъ яснымъ, что Марцеллъ вовсе не говоритъ того, что ему приписываетъ Баронъ. Онъ желаетъ только отмѣтить, что при извѣстныхъ условіяхъ отвѣчаетъ не только тотъ, in rem cujus versum est, но и socius его. Предъявленіе иска къ тому или другому socius зависитъ въ такомъ случаѣ отъ усмотрѣнія третьяго контрагента.

Но какъ примирить это положеніе съ противоположнымъ началомъ, изображеннымъ въ l. 13 cit.?

Чтобъ отвѣтить на этотъ вопросъ, надо еще разъ обратить вниманіе на терминологію обоихъ фрагментовъ: l. 13 просто говоритъ о „domini“ раба, тогда какъ l. 14 упоминаетъ о „socii“. Другими словами, послѣдній фрагментъ имѣетъ въ виду тотъ случай, когда оба господина

раба не просто сособственники, а состоятъ между собою въ квалифицированномъ отношеніи товарищества. Этимъ и объясняется, почему юристъ въ послѣднемъ случаѣ считаетъ возможнымъ допустить конкуррирующую отвѣтственность ихъ ex in rem verso, разъ къ обогатившемуся товарищу уже не можетъ быть предъявлена actio de peculio [1]). Выгода для кредитора отъ такой комбинаціи очевидна: онъ получаетъ возможность одновременно обратить взысканіе какъ на peculium, такъ и на in rem versum, и слѣд. скорѣе можетъ добиться своего.

И такъ, утвержденіе Барона, будто данный фрагментъ служитъ неопровержимымъ доказательствомъ того, что не существовало самостоятельной actio de in rem verso, оказывается совершенно ошибочнымъ.

4) Мы переходимъ къ слѣдующему фрагменту, на который ссылается Баронъ.

> l. 4 § 3 D. de edendo 2, 13 (Ulpianus). Sed si servus argentariam fecit (potest enim), si quidem voluntate domini fecit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum judicium, ac si ipse fecisset; sed si inscio domino fecit, satis esse dominum jurare, eas se rationes non habere. — Si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur, sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur.

---

[1]) Замѣтимъ кстати, что condomini socii и въ другихъ случаяхъ противополагаются обыкновеннымъ condomini servi communis Ср. l. 13 § 2 и l. 14 D. de instit. act. 14,3; l. 11 § 9. l. 12—15 D. de pec. 15,1; l. 30 § 1 eod. Особенно характеренъ послѣдній фрагментъ, который гласитъ. l, 30 § 1 D. de pec. 15,1. Si cum ex parte herede domini vel patris agatur, duntaxat de peculio condemnandum, quod apud eum heredem sit, qui convenitur. Idem et de in rem verso pro parte, nisi si quid in ipsius heredis rem vertit; nec quasi unum ex sociis esse hunc heredem conveniendum, sed pro parte dumtaxat.

Въ поясненіе фрагмента замѣтимъ слѣдующее. Преторскій эдиктъ обязывалъ содержателей банкирскихъ конторъ представлять своимъ кліентамъ разсчетные листы. Въ случаѣ неисполненія банкиромъ соотвѣтствующаго требованія кліента къ нему могла быть предъявлена actio in id, quod interest [1]).

Въ настоящемъ фрагментѣ разбирается этотъ вопросъ въ примѣненіи къ тому случаю, когда банкирская контора была открыта рабомъ. Ульпіанъ различаетъ двѣ группы случаевъ:

a) Рабъ не имѣлъ пекулія. Тогда слѣдуетъ различать, открылъ ли онъ контору по волѣ господина, или безъ вѣдома его. Въ первомъ случаѣ рабъ долженъ быть признанъ institor'омъ господина, а посему послѣдній отвѣчаетъ in solidum, ac si ipse fecisset; во второмъ случаѣ господинъ не отвѣчаетъ за убытокъ, причиненный непредставленіемъ счетовъ, если онъ готовъ присягнуть, что у него никакихъ счетовъ нѣтъ.

b) Рабъ открылъ контору на пекуліарныя средства. Въ такомъ случаѣ господинъ по общему правилу отвѣчаетъ только de peculio deque eo, quod in rem ejus versum est; но если счеты у него и онъ ихъ умышленно не представляетъ, то онъ отвѣчаетъ in solidum.

Таково содержаніе фрагмента. Баронъ изъ него выводитъ заключеніе, что юристъ только при наличности пекулія допускаетъ противъ господина actio de in rem verso.

Такое заключеніе неосновательно. Ниже мы увидимъ, что Ульпіанъ принадлежалъ къ числу тѣхъ юристовъ, которые для возникновенія actio de in rem verso требо-

---

[1]) Ср Verba edicti въ l. 4 pr D. eod 2,13. Praetor ait: „argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adjecto die et consule“. Ср. l. 6 § 4 eod.

вали наличность animus negotia domini gerendi со стороны подвластнаго лица. При такихъ условіяхъ versio почти немыслима, разъ рабъ открылъ контору за спиной господина и не имѣя пекулія, ибо онъ, очевидно, въ такомъ случаѣ желалъ преслѣдовать только собственные интересы, а не интересы господина. Поэтому не удивительно, что Ульпіанъ въ примѣненіи къ данному случаю не упоминаетъ объ actio de in rem verso. Изъ этого еще вовсе не слѣдуетъ, чтобъ онъ вообще не допускалъ этого иска при отсутствіи пекулія.

5) Наконецъ, Баронъ ссылается на l. 4 § 1 D. de aleat. 11,5 и l. 3 § 12 D. de pec. 15,1. Но оба эти фрагмента касаются отвѣтственности властелина за недозволенныя дѣйствія подвластныхъ лицъ, каковая подчинялась особымъ правиламъ. Поэтому мы пока не будемъ останавливаться на нихъ, а замѣтимъ только, что по точному смыслу ихъ даже при наличности пекулія допускается только actio de peculio (притомъ in quantum pater vel dominus locupletior factus est), а не actio de in rem verso. Слѣд. и эти фрагменты никоимъ образомъ не подтверждаютъ теоріи Барона.

И такъ, въ результатѣ оказывается, что ни одинъ изъ фрагментовъ, на которыхъ Баронъ основываетъ свою теорію, на самомъ дѣлѣ не подтверждаетъ ее: всѣ они вполнѣ согласуются съ защищаемой нами теоріей. Намъ предстоитъ теперь привести положительныя доказательства въ пользу существованія самостоятельной actio de in rem verso.

§ 2.

Доказательства въ пользу существованія самостоятельной actio de in rem verso.

Въ источникахъ встрѣчается цѣлый рядъ фрагментовъ, которые прямо свидѣтельствуютъ о томъ, что actio de in rem verso отнюдь не предполагала наличности пекулія въ лицѣ подвластнаго контрагента [1]).

Ихъ можно разбить на двѣ группы. Съ одной стороны можно указать на рядъ общихъ формулъ, подтверждающихъ наше положеніе о самостоятельномъ значеніи actionis de in rem verso, съ другой стороны — на рядъ частныхъ рѣшеній, въ которыхъ просвѣчиваетъ та же мысль.

I. Къ числу общихъ формулъ относится прежде всего l. 1 § 1 D. de pec. 15,1.

> 1) l. 1 § 1 cit. Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio, aut de in rem verso, aut quod jussu hinc oritur actio.

Всѣ три иска: actio de peculio, actio de in rem verso и actio quod jussu упоминаются тутъ какъ самостоятельныя средства судебной защиты, какъ координированныя части triplex edictum; нѣтъ и намека на то, чтобъ actio de in rem verso находилась въ большей зависимости отъ actio de peculio, чѣмъ actio quod jussu. Между тѣмъ такая зависимость легко могла бы быть оттѣнена, — стоило только юристу употребить выраженіе de peculio deque in rem verso et quod jussu, вмѣсто трижды повтореннаго aut-aut-aut.

---

[1]) Ср. Баронъ, ук. соч. стр. 25—34. Mandry, ук. соч. т. II, стр. 456 и сл., Bekker, Actionen, т. II, стр. 336 и сл., Loewenfeld, die selbstständige Actio de in rem verso.

2) Еще болѣе важное значеніе имѣетъ:

l. 1 D. quod cum eo 14,5. (Gajus libro IX ad Edictum provinciale). Omnia Proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiamsi deficient superiores actiones (id est exercitoria, institoria, tributoria), nihilominus tamen, in quantum ex aequo et bono res patitur, suum consequatur. Sive enim jussu ejus, cujus in potestate sit, negotium gestum fuerit, in solidum eo nomine judicium pollicetur; sive non jussu, sed tamen in rem ejus versum fuerit, eatenus introduxit actionem, quatenus in rem ejus versum fuerit, sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.

Въ данномъ фрагментѣ actio de in rem verso является совершенно обособленной отъ actio de peculio.

Это признаетъ и Баронъ [2]). Но—говоритъ онъ—„мы имѣемъ въ данномъ случаѣ дѣло не съ edictum perpetuum, а съ edictum provinciale. Что провинціальный эдиктъ съ внѣшней стороны отличался отъ edictum perpetuum, явствуетъ изъ сличенія разбираемой l. 1 D. 14,5 съ l. 1 § 1 D. 15,1. Въ провинціальномъ эдиктѣ иски слѣдуютъ въ такомъ порядкѣ: actio quod jussu, de in rem verso, de peculio; напротивъ, въ edictum perpetuum наблюдается такой порядокъ: actio de peculio, de in rem verso, quod jussu. Это внѣшнее несоотвѣтствіе свидѣтельствуетъ о внутреннемъ различіи (между обоими эдиктами)“.

Выводъ нѣсколько неожиданный. Опровергать его мы не станемъ: черезчуръ уже шатко его основаніе.

Замѣтимъ только, что ни l. 1 § 1 D. 15,1, ни l. 1 D. 14,5 не воспроизводятъ подлиннаго эдиктальнаго текста;

---

[2]) Ук. соч. стр. 27.

оба фрагмента суть лишь извлеченія изъ комментаріевъ: первый взятъ изъ комментарія Ульпіана ad edictum perpetuum, а второй—изъ комментарія Гая ad edictum provinciale. Уже одно это обстоятельство лишаетъ выводъ Барона всякой почвы, ибо мало ли могло быть причинъ, по которымъ оба юриста расходятся въ порядкѣ перечисленія упомянутыхъ исковъ.

3) Слѣдующій фрагментъ, на который слѣдуетъ обратить вниманіе, есть § 5. I quod cum eo 4,7.

Здѣсь указывается на то, что кредиторъ вмѣсто actio quod jussu, exercitoria и institoria можетъ предъявить также actio de peculio или actio de in rem verso; затѣмъ институціонистъ прибавляетъ:

> Erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit.

И тутъ actio de in rem verso совершенно отдѣлена отъ actio de peculio. Замѣчаніе Барона, что это мѣсто, взятое изъ институцій Гая, неправильно передано компиляторами, ни на чемъ не основано.

Правда, у Гая редакція нѣсколько иная, но смыслъ тотъ же [1]).

4) Наконецъ, можно указать еще на знаменитую

> l. 3 § 2 D. de in rem verso 15,3. (Ulpianus). Et regulariter dicimus, totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel is, qui negotia gessit, negotiorum gestorum ha-

[1]) Gaj. J. IV, 74. Sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum solidum consequi possit, in difficultatem se deducat probandi, habere peculium eum, cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satisfieri, vel id quod persequitur in rem patris dominive versum esse.

beret actionem, quotiesque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.

Въ этомъ фрагментѣ, гдѣ Ульпіанъ ex professo касается вопроса объ условіяхъ иска, онъ ни слова не говоритъ о томъ, что подвластное лицо должно обладать пекуліемъ. Между тѣмъ тутъ бы именно было мѣсто упомянуть объ этомъ важномъ условіи, еслибъ только оно существовало [1]).

II. Мы переходимъ къ частнымъ рѣшеніямъ.

1) Тутъ прежде всего можно указать на цѣлый рядъ фрагментовъ, въ которыхъ трактуется объ одной actio de in rem verso безъ всякаго упоминанія о какой бы то ни было связи этого иска съ actio de peculio. Приводимъ для примѣра l. 3 § 3, § 7—10 D. h. t. 15,3; l. 5 pr. § 1, l. 7 § 3—5, l. 10 pr. § 1—2, l. 12, l. 15, l. 17 pr., l. 18, l. 20 pr. l. 21 D. eod., l. 1 Cod. de exercit. 4,25, l. 3 Cod. quod cum eo 4,26.

2) Съ другой стороны существуетъ нѣсколько фрагментовъ, въ которыхъ actio de peculio и actio de in rem verso прямо противополагаются другъ другу.

Сюда относятся l. 5 § 2 D. h. t. 15,3, l. 17 § 4 D. de instit. actione 14,3, l. 19 § 1. l. 20 D. de pact. 2,14.

l 5 § 2 D. 15,3. Quod servus domino emit, si quidem voluntate ejus emit, potest quod jussu agi, sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emerit, de in rem verso actio erit; si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.

Еще опредѣленнѣе высказывается:

l. 17 § 4 D. 14,3. Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, ex-

[1]) Ср. также Pauli Rec. Sent. II § 9.

ceptionem dandam: „si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet“. Sed si ex eo contractu peculium habeat, aut in rem meam versum sit, nec velim, quo locupletior sim, solvere, replicari de dolo malo oportet; nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram.

Прокулъ замѣчаетъ, что actio institoria не можетъ имѣть мѣста, если господинъ въ свое время запретилъ открывать кредитъ рабу-приказчику; но это не освобождаетъ господина отъ всякой отвѣтственности, если окажется, что рабъ имѣлъ пекулій или что господинъ обогатился насчетъ третьяго контрагента. Тутъ и помину нѣтъ о томъ, что о versio in rem можно говорить только при наличности пекулія.

Не менѣе интересны l. 19 § 1. l. 20 D. de pact. 2,14.

l. 19 § 1 D. 2,14. (Paulus). Item, si filius familias pactus fuerit, ne a se petatur, proderit ei et patri quoque, si de peculio conveniatur,

l. 20 eod. (Gajus), vel de in rem verso...

И тутъ оба иска являются вполнѣ ососо́бленными другъ отъ друга.

Столь часто встрѣчающееся рѣзкое противоположеніе actio de peculio и actio de in rem verso очевидно не можетъ быть объяснено случайнымъ недосмотромъ, случайными недомолвками римскихъ юристовъ. Оно прямо свидѣтельствуетъ о томъ, что матеріальной связи между этими исками не существовало.

III. Мы этимъ заканчиваемъ наше изслѣдованіе объ отношеніи actio de in rem verso къ actio de peculio.

Результатъ, къ которому мы пришли, заключается въ томъ, что между обоими исками существовала только процессуальная связь, выражающаяся въ факультативномъ соединеніи обоихъ исковъ въ одной формулѣ. За

всѣмъ тѣмъ actio de in rem verso есть вполнѣ самостоятельный искъ, независимый отъ actio de peculio

---

ГЛАВА II.

Исторія развитія actio de in rem verso и матеріальныя предположенія этого иска.

§ 3.

Литература вопроса.

Вопросъ о матеріальныхъ предположеніяхъ actionis de in rem verso составляетъ центръ тяжести всего ученія объ этомъ искѣ.

Разрѣшить этотъ вопросъ вполнѣ удовлетворительно на основаніи тѣхъ немногихъ, отрывочныхъ данныхъ, которыя содержатся въ источникахъ, дѣло очень рискованное и трудное. Для насъ несомнѣнно одно: сами римскіе юристы весьма и весьма расходились въ своихъ взглядахъ на эту тему. Отголоски споровъ и сомнѣній, волновавшихъ ихъ, явственно просвѣчиваютъ сквозь цѣлый рядъ фрагментовъ. Столь же несомнѣнно и то, что для настоящаго уразумѣнія этой борьбы необходимо привести ее въ связь съ общей исторіей развитія actio de in rem verso. Только такимъ путемъ можно будетъ придти къ болѣе или менѣе надежнымъ выводамъ.

Нельзя, однако, не замѣтить, что доктрина вообще уклоняется отъ подобной постановки вопроса, ограничиваясь попытками чисто внѣшняго согласованія отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ. Такой пріемъ по необходимости

приводитъ къ крайнему разнообразію во взглядахъ на природу и значеніе иска. Они цѣнны тѣмъ, что въ нихъ отражается однородное броженіе во взглядахъ самихъ римскихъ юристовъ на искъ.

Намъ предстоитъ теперь свести всѣ эти теоріи къ нѣсколькимъ главнымъ категоріямъ. Работа эта значительно облегчается тѣмъ, что Мандри въ своемъ капитальномъ сочиненіи: „Das gemeine Familienguterrecht“ представилъ прекрасный критическій разборъ взглядовъ важнѣйшихъ своихъ предшественниковъ [1]). Намъ не разъ придется ссылаться на него.

I. Что касается прежде всего старой доктрины (до Келлера), то мы можемъ отмѣтить два главныя теченія.

1) Одно изъ нихъ покоится главнымъ образомъ на приведенномъ нами выше изреченіи Ульпіана, вошедшемъ въ составъ l. 3 § 2 D. h. t. 15, 3 [2]).

Основываясь на немъ, цѣлый рядъ ученыхъ усматриваетъ близкое сходство между actio de in rem verso съ одной стороны и actio negotiorum gestorum и mandati contraria съ другой [3]).

Наиболѣе послѣдовательно этотъ взглядъ развитъ Куяціемъ, кторый не ограничивается простымъ констатированіемъ такого сходства, а пытается вмѣстѣ съ тѣмъ указать на причины его.

---

[1]) Ук. соч. т. II. стр. 472—481.

[2]) См. выше, стр. 17.

[3]) Такой взглядъ по указанію Мандри встрѣчается еще у византійскихъ комментаторовъ Cyrillus и Stephanus, далѣе у Куяція (см. ниже), у Глюка, Ausführliche Erlauterung der Pandekten, т. 14, стр. 411 и сл., Seuffert'a, dissertatio de eo, quod justum est circa in rem verso actionem, p 16 и сл; къ этимъ писателямъ можно еще прибавить Voet, Commentarius ad Pandectas (Coloniae Allobrogum 1778) т. I, стр. 574, Muhlenbruch, doctrina pandectarum, ed. III, vol. II, § 439, p. 414.

Вотъ что онъ говоритъ въ своихъ Paratitla in libros L Digestorum, ad h. t. [1]).

> Actio de in rem verso est adjectio actionis de peculio, vel si non est de peculio, actio competit de in rem verso, cum id, quod filius familias vel servus gessit, redactum est in patrimonium patris vel domini. Sed hoc ita, si filius principaliter gerens negotium patris, eaque mente ut patrem sibi obligaret, locupletiorem eum fecerit; ex hac enim causa patrem sibi obligat naturaliter, et haec obligatio imputatur in peculium, ex quo efficitur si suppetat actio de peculio, inesse etiam ei de in rem verso, vel hanc solam superesse, si illa deficiat. Quodsi suum principaliter negotium gerens filius locupletiorem patrem fecerit, non est de in rem verso actio, vel adjectio illa: quia nec pater filio obligatur eo nomine.

И такъ, Куяцій объясняетъ появленіе actio de in rem verso тѣмъ, что подвластное лицо, завѣдуя дѣлами властелина въ качествѣ negotiorum gestor, пріобрѣтаетъ противъ него натуральное требованіе, каковое осуществляется третьимъ контрагентомъ въ формѣ actio de in rem verso.

2) Другое направленіе, считаясь съ фрагментами, противорѣчущими данному опредѣленію Ульпіана, обращаетъ главное вниманіе на объективный моментъ, иначе— на моментъ обогащенія властелина, и усматриваетъ въ немъ основаніе иска.

При этомъ одни считаютъ возможнымъ просто оставить въ сторонѣ l. 3 § 2 cit. Такъ, A. Faber [2]) прямо

---

[1]) Opera omnia, t. III, p. 104. Ср. также любопытное замѣчаніе его въ Tractatus ad Africanum, ad l. 17 D. de in rem verso (15, 3), t. IV, p. 312.

[2]) Rationalia ad Pandectas (col. Allobrogum 1624), ad l. 3 § 2 D. h. l. 15, 3, t. III, p. 279. Ср. также G. A. Struve, Syntagma juris ci-

заявляетъ по поводу этого фрагмента: non est vera regula, quae hic proponitur.

Другіе пытаются эклектическимъ путемъ примирить это положеніе съ другими.

Такъ, I. H. Boehmer [1]) замѣчаетъ:

> In rem patris versum dicitur: (1) quando filius negotium patris egit, non proprium in peculio, utut pater per consequentiam ex hoc quoque utilitatem habeat, quia filius magis in eo suum videtur negotium gessisse; (2) qui in id ipsum credidit, quod in rem patris versum est; (3) et quidem vel ex necessitate vel utilitate hoc aestimandum, l. 5 § 2. l. 19. 20 eod. (15, 3).

II. Въ современной доктринѣ на-ряду съ прежними появляется цѣлый рядъ новыхъ теорій.

1) На первомъ планѣ слѣдуетъ упомянуть о теоріи Келлера [2]), близко подходящей къ теоріи Куяція. Исходная точка у обоихъ писателей одна и та же: для возникновенія actio de in rem verso требуется, чтобъ подвластное лицо дѣйствовало въ качествѣ мандатарія или negotiorum gestor властелина; вслѣдствіе этого рабъ или filius familias пріобрѣтаетъ натуральное требованіе противъ властелина, по содержанію своему однородное съ таковымъ же требованіемъ вольнаго mandatarius или negotiorum gestor. Это натуральное требованіе, говоритъ

---

vilis (cum additionibus P. Mülleri, Francfurti et Lipsiae 1692) exercit. 20 ad D. 15, 3, p. 1351, thes. 73: in rem autem versum intelligitur, quod utiliter vel necessario impensum, Sam. Stryk, Usus modernus pandectarum (Halae Magdeburgicae 1746), t. I, p. 345, Hellfeld, jurisprudentia forensis (ed II 1706), t I, § 914, p. 559.

[1]) Doctrina de actionibus (Francofurti ad Moenum 1756), Sectio II, cap 10, § 11—14, p. 678—680. Ср. также Thibaut System des Pandektenrechts, 8 изд. т. I, § 266, стр. 212.

[2]) Commentatio ad l. 32 D. de pec. 15, 1.

Келлеръ, какъ бы цессіоннымъ порядкомъ (ad exemplum ejus cui cessum est actionibus) переходитъ къ третьему контрагенту, который осуществляетъ его посредствомъ actio de in rem verso.

Теорія Келлера многими учеными [1]) была встрѣчена очень сочувственно.

Ближе развилъ мысли его Витте [2]). Келлеръ выражался еще довольно уклончиво и какъ знатокъ римскаго процесса тщательно избѣгалъ отождествлять actio de in rem verso съ фиктивной actio negotiorum gestorum contraria. Витте же прямо говоритъ: „Искъ покоится на двойной фикціи. Во-первыхъ фингируется, что рабъ былъ свободнымъ человѣкомъ, и во-вторыхъ — что онъ цедировалъ свой искъ своему контрагенту. Отсюда, продолжаетъ онъ, объектъ иска явствуетъ самъ собою. Истецъ имѣетъ право требовать всего того, чего могъ бы потребовать его контрагентъ (т.-е. подвластное лицо), будь онъ вольный mandatarius или negotiorum gestor".

Нельзя однако не замѣтить, что выраженная въ такой общей формѣ теорія Келлера и Витте безусловно не выдерживаетъ критики. Противъ нея возникаетъ цѣлый рядъ возраженій какъ съ формальной, такъ и съ матеріальной стороны.

Мандри [3]) совершенно вѣрно замѣчаетъ, что „хотя Ульпіанъ въ приведенной l. 3 § 2 h. t. повидимому и говоритъ, что actio de in rem verso возникаетъ при тѣхъ же условіяхъ, при которыхъ вольный mandatarius или

---

[1]) Ср. напр. Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung, стр. 29 и сл. Koch, Das Recht der Forderungen, 2 изд., т. II, стр. 576 и сл. Сходные взгляды у Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, 2 изд. т. II, стр. 380, пр 102 и 103; Kritz, Pandektenrecht, т. I, стр. 429 и сл.

[2]) Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, стр. 256 и сл., въ особ. 265

[3]) Ук соч., т. II, стр. 474.

negotiorum gestor могъ бы предъявить actio mandati или negotiorum gestorum, но онъ ни мало не утверждаетъ, чтобъ эта actio de in rem verso въ дѣйствительности была actio mandati или negotiorum gestorum; да онъ и не могъ этого утверждать, разъ онъ не желалъ стать въ противорѣчіе съ общепризнанной концепціей формулы иска и съ собственными изреченіями, вполнѣ признающими эту концепцію, какъ то l. 7 § 4 D. h. t. 15, 3... ex emto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam versum"...

Дѣйствительно, еслибы римскіе юристы основывали actio de in rem verso на фиктивной цессіи actio negotiorum gestorum или mandati contraria, то такой ихъ взглядъ неминуемо долженъ былъ отразиться на формулѣ иска; между тѣмъ, l. 7 § 4 cit. явно свидѣтельствуетъ о томъ, что actio de in rem verso по своей процессуальной структурѣ ничѣмъ не отличалась отъ остальныхъ actiones adjecticiae qualitatis: къ властелину предъявлялся искъ, вытекающій изъ договора, заключеннаго между подвластнымъ лицомъ и третьимъ контрагентомъ, съ присоединеніемъ лишь clausula de in rem verso.

И такъ, процессуальная конструкція actio de in rem verso во всякомъ случаѣ не подтверждаетъ теоріи Келлера и Витте.

Переходимъ къ вопросу о матеріальномъ сходствѣ между этимъ искомъ и actio negotiorum gestorum contraria. Въ этомъ отношеніи прежде всего нельзя не замѣтить, что actio de in rem verso не всегда предполагаетъ существованіе натуральнаго требованія подвластнаго лица противъ властелина. Объ этомъ свидѣтельствуютъ между прочимъ l. 3 pr. и l. 7 § 1 D. h. t. 15, 3.

l. 3 pr. cit. (Ulpianus). Quodsi servus domino quantitatem dederit, ut manumittatur, quam a me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quan-

titatem non computari, in rem autem videri versum, si quid plus sit in eo, quod servus dedit, quam est in servi pretio.

Рабъ занялъ деньги и вручилъ ихъ своему господину съ тѣмъ, чтобы тотъ отпустилъ его на волю. Юристъ рѣшаетъ, что третій контрагентъ можетъ предъявить къ властелину actio de in rem verso въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ занятая рабомъ сумма денегъ превышаетъ объективную стоимость раба. Очевидно, такое рѣшеніе предполагаетъ, что господинъ дѣйствительно манумиттировалъ раба, иначе онъ обогатился бы на всю полученную отъ раба сумму. Очевидно также, что съ момента отпущенія на волю рабъ не сохранилъ никакого натуральнаго требованія противъ своего бывшаго господина. Тѣмъ не менѣе actio de in rem verso имѣетъ мѣсто.

l. 7 § 1 cit (Ulpianus). Plane si mutuum servus accepit et donandi animo solvit, dum non vult eum (sc. dominum) debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

Намъ придется неоднократно возвращаться къ этому фрагменту. Пока для насъ достаточно констатировать, что Ульпіанъ допускаетъ actio de in rem verso несмотря на то, что ни о какомъ натуральномъ требованіи рабадарителя противъ господина не можетъ быть рѣчи.

Ясное дѣло, что послѣ этого должно пасть утвержденіе Келлера и Витте, будто третій контрагентъ, предъявляя actio de in rem verso, осуществляетъ натуральное требованіе своего подвластнаго контрагента.

Таковы существеннѣйшія спеціальныя возраженія, которыя возникаютъ противъ разбираемой нами теоріи. Кромѣ того возможенъ рядъ возраженій, примѣнимыхъ не только къ ней, но и къ другимъ теоріямъ, отличающимся болѣе осторожной формулировкой исходныхъ положеній.

На нихъ мы подробнѣе укажемъ ниже, при разборѣ соотвѣтствующихъ теорій. Пока обратимъ вниманіе только на одинъ пунктъ. Келлеръ и Витте считаются исключительно съ случаями versionis, вызванной дѣйствіемъ подвластнаго лица. Между тѣмъ, въ источникахъ встрѣчаются также примѣры versionis, вызванной дѣйствіями властелина (l. 19 D. h. t. 15,3) и даже самого третьяго контрагента (l. 7 § 4 eod., l. 6 § 6 [5 § 8] D. de neg. gest. 3,5). Эти случаи съ точки зрѣнія изложенной теоріи представляются совершенно необъяснимыми.

2) Мы переходимъ къ теоріямъ Виндшейда и Бринца.

Виндшейдъ [1]) для возникновенія actio de in rem verso тоже требуетъ, чтобъ обогащеніе поступило къ властелину на основаніи такой сдѣлки, которая обязываетъ его (naturaliter) къ доставленію встрѣчной выгоды подвластному лицу. Въ этомъ отношеніи его теорія близко соприкасается съ теоріей Келлера и Витте. Но въ отличіе отъ нихъ онъ не требуетъ, чтобъ подвластное лицо имѣло непремѣнно animus negotia domini gerendi, — требуется только, чтобъ такъ или иначе возникло натуральное требованіе противъ властелина.

Виндшейдъ, слѣдовательно, расширяетъ сферу примѣненія actionis de in rem verso. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ конечно отказывается квалифицировать этотъ искъ какъ фиктивную actio negotiorum gestorum contraria.

Однако и его теорія опровергается вышеприведенными l. 3 pr. и l. 7 § 1 D. h. t. 15,3, въ которыхъ допускается actio de in rem verso, несмотря на отсут-

---

[1]) Pandekten, 7 изд. т. II, § 483, стр. 741 и сл. Мы касаемся въ настоящее время конечно только той части теоріи Виндшейда, которая касается отвѣтственности властелина de in rem verso, оставляя въ сторонѣ его разсужденія о такъ называемой actio de in rem verso utilis.

ствіе натуральнаго требованія въ лицѣ подвластнаго контрагента.

Правда Виндшейдъ пытается согласовать l. 7 § I cit. со своей теоріей, предлагая замѣнить послѣднее слово фрагмента „est“ — словомъ „cessat“. Но мы увидимъ ниже, что эта коньектура ни на чемъ не основана.

Впрочемъ самъ Виндшейдъ признаетъ, что и послѣ такой коньектуры остаются фрагменты, которые не мирятся съ его взглядомъ, и открыто заявляетъ, что не считаетъ его безспорнымъ [1]).

Бринцъ [2]) выражается крайне неопредѣленно. Съ одной стороны онъ требуетъ для возникновенія actio de in rem verso, чтобъ подвластный контрагентъ дѣйствовалъ въ качествѣ mandatarius или negotiorum gestor властелина, такъ что будь онъ человѣкъ самостоятельный, онъ могъ бы предъявить къ нему actio mandati или negotiorum gestorum contraria; „тогда, но по общему правилу именно только тогда (dann, aber regelmässig auch nur dann) кредиторъ можетъ предъявить этотъ искъ какъ бы взамѣнъ сына, или какъ будто онъ самъ завѣдывалъ дѣлами отца“.

Съ другой стороны онъ признаетъ, что основаніемъ иска не служитъ натуральное требованіе сына противъ отца, а дальше онъ замѣчаетъ, что формулированное Ульпіаномъ въ l. 3 § 2 D. h. t. 15,3 правило допускаетъ исключенія; въ послѣднемъ отношеніи онъ въ видѣ примѣра указываетъ на l. 7 § 1 D. h. t. 15,3. Такія разсужденія, конечно, не подвигаютъ дѣла.

3) Весьма любопытна теорія Ruhstrat'a [3]).

[1]) Ук. соч. т. II, стр. 742, прим. 4.

[2]) Pandekten, 2 изд. т. II, стр. 218 — 220. Ср. его же kritische Blätter, вып. II, стр. 15 и сл.

[3]) Jahrbucher fur Dogmatik, т. 15, стр. 268 и сл., т. 19, стр. 416 и сл. Ср. его же статью въ Archiv fur die Praxis des in Oldenburg-geltenden Rechts, т. I, стр. 25 и сл.

Руштратъ исходитъ изъ того положенія, что основаніемъ иска служитъ не натуральное требованіе подвластнаго лица противъ властелина, а обогащеніе послѣдняго. Но только онъ понимаетъ подъ обогащеніемъ нѣчто весьма своеобразное.

Вотъ что онъ говоритъ [1]): „Actio de in rem verso есть особо квалифицированный искъ изъ обогащенія, при которомъ рѣшающее значеніе имѣетъ не фактическое обогащеніе, а то обстоятельство, не представляется-ли имущественноправное положеніе властелина (благодаря тому, что посредникомъ было подвластное лицо) болѣе выгоднымъ, чѣмъ какимъ бы оно было, еслибы посредникомъ былъ человѣкъ самостоятельный“. И дальше: „Все то, что властелинъ извлекъ исключительно благодаря существованію potestas, и на что онъ по справедливости все равно не имѣлъ права, онъ обязанъ вернуть въ видѣ эквивалента за то, что его подвластные занялись его дѣлами и тѣмъ освободили его отъ расхода, который ему пришлось бы понести, еслибъ за него вступился самостоятельный gestor, или еслибъ онъ самъ принялся за дѣло. Ибо negotiorum gestio есть хотя и не единственный, но тѣмъ не менѣе главный случай въ данной области“.

И такъ, съ одной стороны обогащеніе или versum подлежитъ возврату лишь постольку, поскольку оно возникло исключительно благодаря существованію potestas. „Если же обогащеніе не есть простой результатъ patriae potestatis, а оказалось бы на лицо и при отсутствіи такой potestas, то actio de in rem verso не имѣетъ мѣста“ [2]).

Съ другой стороны возврату подлежитъ не всегда только одно фактическое обогащеніе. Отвѣтственность

[1]) Jahrbücher, т. 15, стр. 270—271.

[2]) Jahrbücher, т. 19, стр. 442.

властелина ограничивается имъ лишь въ томъ случаѣ, когда подвластное лицо не дѣйствовало ни въ качествѣ negotiorum gestor, ни въ качествѣ procurator (какъ напр. въ случаѣ l. 3 pr. D. h. t. 15,3). Разъ же подвластный контрагентъ выступилъ въ роли negotiorum gestor'a, то обогащеніемъ считается все, что utiliter затрачено имъ въ интересахъ властелина, „такъ какъ затрата in negotia patris однозначаща съ vertere".

Таковы положенія Рушграта. Формулировка его (если оставить въ сторонѣ неправильный его взглядъ на обогащеніе), безспорно очень осторожна. Тѣмъ не менѣе и она не вполнѣ согласна съ источниками. Стоитъ только указать на цитированную нами выше l. 7 § 1 D. h. t. 15,3 [1]).

Рушгратъ пытается доказать, что этотъ фрагментъ не противорѣчитъ его теоріи. Онъ толкуетъ его слѣдующимъ образомъ [2]). „Ульпіанъ имѣетъ въ виду servus rem domini gerens, т.-е. раба, который вообще завѣдуетъ дѣлами господина. Этотъ рабъ въ бытность свою negotiorum gestor'омъ занимаетъ деньги у третьяго лица и тѣмъ создаетъ obligatio negotiorum gestorum, которая обязываетъ его израсходовать полученныя деньги въ интересахъ господина, а послѣдняго обязываетъ вознаградить раба за затрату. Послѣ этого рабъ перемѣнилъ свое намѣреніе и деньги, занятыя animo obligandi, передалъ уже animo donandi кредитору господина или самому господину, не желая считать послѣдняго своимъ пекуліарнымъ должникомъ. Но это одностороннее измѣненіе animus (einseitige Aenderung des animus) не можетъ прекратить возникшую раньше obligatio naturalis".

---

[1]) Ср. выше, стр. 26.

[2]) Jahrbücher, т. 15, стр. 291, см. ib. т. 19, стр. 443.

Нечего и говорить, что предположеніе Руштрата, будто Ульпіанъ имѣетъ въ виду раба, вообще завѣдующаго дѣлами своего господина, ни на чемъ не основано. Но пусть будетъ такъ. Почему же однако замѣна animi obligandi — animo donandi не можетъ разрушить возникшаго натуральнаго обязательства? Руштратъ повидимому полагаетъ, что negotiorum gestio какъ таковая порождаетъ обязательство negotiorum gestor'a не только по отношенію къ dominus negotii, но и по отношенію къ третьему контрагенту. Но онъ ничѣмъ не доказалъ этого положенія, идущаго въ разрѣзъ со всѣмъ, что мы знаемъ о римской negotiorum gestio: требовать добросовѣстнаго исполненія negotii coepti можетъ только dominus negotii, а не третій контрагентъ. Если это такъ, то тѣмъ самымъ падаетъ вся дедукція Руштрата.

Дѣйствительно, составъ даннаго случая оказывается таковымъ, что будь посредствующее лицо человѣкъ самостоятельный, обогащеніе не подлежало бы возврату. Тѣмъ не менѣе actio de in rem verso допускается Ульпіаномъ.

Слѣдовательно и попытка Руштрата подвести всѣ упоминаемые въ источникахъ случаи versionis подъ одну общую формулу должна быть признана неудачной.

4) Мы переходимъ къ теоріи Лейста [1]), которая стоитъ совершенно особнякомъ. Лейстъ приводитъ ученіе объ actio de in rem verso въ связь съ ученіемъ объ impensae.

Вотъ какъ онъ разсуждаетъ: въ основаніи ученія объ impensae лежитъ различіе между impensae necessariae, utiles и voluptariae; при actio de in rem verso такое же значеніе имѣетъ различіе между negotium necessarium, utile и voluptarium.

[1]) Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, стр. 61—102.

Въ подтвержденіе этой мысли онъ ссылается, главнымъ образомъ, на слѣдующіе фрагменты:

l. 3 § 2 D. h. t. 15,3. Et generaliter dicimus, toties de in rem verso esse actionem,..... quoties (que) aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.

Лейстъ замѣчаетъ, что meliorem rem habere означаетъ negotium utile, a non deteriorem rem habere — negotium necessarium. Любопытно, что тотъ же фрагментъ служитъ главнымъ основаніемъ теоріи Келлера и Витте; только эти оба ученыхъ опускаютъ послѣднюю часть фрагмента, а Лейстъ—первую.

l. 3 § 4 eod Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis, et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuerit, nec deberet ex eo onerari dominus, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus, creditorem haec auferre, sine domus suae videlicet injuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut, quanti pretiosior facta est, id praestet.

Этотъ фрагментъ, по мнѣнію Лейста, какъ бы служитъ дополненіемъ перваго: тамъ были упомянуты negotia necessaria и utilia, тутъ рѣчь идетъ о negotium voluptarium. Лейстъ обращаетъ особое вниманіе на то, что negotium voluptarium порождаетъ тѣ же послѣдствія, какъ и impensae voluptariae, а именно простое jus tollendi.

Въ заключеніе Лейстъ цитируетъ:

l. 5 § 2 eod. (Ulpianus). Quod servus domino

emit, si quidem voluntate ejus emit, potest quod Jussu agi; sin vero non ex voluntate, (3) si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem (1) necessariam vel (2) utilem domino emerit, de in rem verso actio erit

Въ этомъ фрагментѣ Ульпіанъ, по мнѣнію Лейста, сопоставляетъ всѣ три классы negotia, хотя и не въ обычномъ порядкѣ: сначала онъ говоритъ о negotia voluptaria, потомъ о necessaria и, наконецъ, объ utilia.

На основаніи приведенныхъ данныхъ, Лейстъ утверждаетъ, что actio de in rem verso и ученіе объ impensae съ точки зрѣнія своихъ объективныхъ предположеній близко соприкасаются.

Зато, говоритъ онъ, субъективныя предположенія не одинаковы. При impensae связующимъ звеномъ между собственникомъ и лицомъ, совершившимъ затраты на вещь, служитъ сама вещь. При actio de in rem verso мѣсто вещи занимаетъ подвластное лицо. И такъ, мы тутъ имѣемъ дѣло не съ двумя, а съ тремя лицами. „Для установленія надлежащаго юридическаго соотношенія между ними, должны были сложиться спеціальныя субъективныя предположенія, о которыхъ не можетъ быть рѣчи при impensae“.

Эти отличительныя субъективныя предположенія по мнѣнію Лейста сводятся къ тремъ пунктамъ [1]):

a) Отъ подвластнаго лица требуется положительная contemplatio domini при заключеніи сдѣлки, т. е. подвластный контрагентъ долженъ имѣть желаніе заключить сдѣлку въ интересахъ властелина, а не только въ собственномъ интересѣ.

b) Третій контрагентъ при заключеніи сдѣлки также долженъ обратить свой взоръ на властелина (bedarf....

[1]) ук. соч. стр. 64.

des Blickes auf den Paterfamilias); однако, взоръ обращается не на реальную личность властелина (natürliche Person), а только на имущественноправную его личность (vermögensrechtliche Persönlichkeit). Это надо понимать такъ, поясняетъ Лейстъ, что кредиторъ долженъ удостовѣриться, имѣются ли на лицо тѣ объективныя предположенія, при наличности которыхъ сдѣлка отражается на имущественной сферѣ paterfamilias и порождаетъ actio de in rem verso [1]).

Нельзя сказать, чтобъ Лейстъ особенно ясно выразилъ свою мысль. Витте [2]) даже прямо отказывается понимать, что такое означаетъ „vermögensrechtliche Persönlichkeit“ въ противоположность „natürliche Person“.

Намъ думается, что мысль Лейста такова: кредиторъ долженъ обратить вниманіе на то, подходитъ ли сдѣлка, совершенная подвластнымъ лицомъ, съ точки зрѣнія властелина подъ одну изъ трехъ рубрикъ negotium necessarium, utile и voluptarium.

c) Наконецъ, отъ paterfamilias требуется одно отрицательное условіе: онъ не долженъ былъ запретить вступать въ сдѣлки съ подвластнымъ лицомъ.

Таковы общія положенія Лейста. Ни одно изъ нихъ не выдерживаетъ критики.

a) Прежде всего, въ источникахъ встрѣчаются фрагменты, въ которыхъ допускается actio de in rem verso,

---

[1]) Въ выноскѣ Лейстъ въ подтвержденіе этой мысли ссылается на l. 3 § 9 D. h. t 15, 3; заключительныя слова этого фрагмента гласятъ adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit, aut si hac mente accepisset, postea alio vertit; curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur.

Замѣтимъ, кстати, что подобная мысль встрѣчается еще у Куяція, Opera omnia, t. IV, p. 312, который ссылается при этомъ на Rec. Sententiae Pauli, II, § 9.

[2]) ук. соч. стр. 272.

хотя подвластный контрагентъ либо вовсе не имѣлъ contemplatio domini, либо не имѣлъ ея въ моментъ заключенія сдѣлки.

Въ видѣ примѣра можно указать съ одной стороны на цитированную выше l. 3 pr. D. h. t. 15, 3 (заемъ manumissionis causa), гдѣ contemplatio domini совсѣмъ отсутствуетъ; съ другой стороны на l. 5 § 3 eod., гдѣ contemplatio domini является лишь послѣ заключенія сдѣлки.

b) Что касается второго положенія Лейста, будто отъ третьяго контрагента требуется своеобразная contemplatio domini при заключеніи сдѣлки съ подвластнымъ, то и оно не представляетъ вовсе общепризнанной формулы. Въ этомъ отношеніи Витте [1]) правильно указываетъ на слѣдующее: тотъ самый Ульпіанъ, который въ l. 3 § 9 cit. говоритъ: curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur, — замѣчаетъ въ l. 10 § 5 eod., что кредиторъ, дѣйствовавшій при заключеніи сдѣлки contemplatione domini, можетъ предъявить actio negotiorum gestorum contraria и слѣдовательно не нуждается вовсе въ actio de in rem verso.

> l. 10 § 5 D. h. t. 15,3, verb.: Plane si contemplatione domini pecuniam dedi, non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

c) Наконецъ, и послѣднее положеніе Лейста опровергается источниками: въ цитированной нами выше l. 17 § 4 D. de inst. act. 14, 3 [2]) Прокулъ прямо говоритъ, что если господинъ запретилъ открывать кредитъ рабу прикащику, то этимъ устраняется только actio institoria, но не actio de peculio и de in rem verso.

[1]) ук. соч. стр. 271.

[2]) см. выше, стр. 18.

d) Въ заключеніе замѣтимъ, что и формулировка объективныхъ предположеній actio de in rem verso у Лейста неудачна. Онъ говоритъ, что съ этой стороны слѣдуетъ обратить вниманіе на то, имѣетъ ли сдѣлка съ точки зрѣнія властелина характеръ negotium necessarium, utile или voluptarium. Подъ какую изъ этихъ рубрикъ можно бы было подвести случай, упоминаемый въ l. 3 pr. D. h. t. 15,3 (заемъ manumissionis causa)? Очевидно, онъ безъ натяжки не подойдетъ ни подъ одну изъ нихъ.

Изложеннаго, кажется, вполнѣ достаточно, чтобъ признать непригодность теоріи Лейста.

5) Иную конструкцію предлагаетъ Loewenfeld [1]).

Онъ различаетъ несамостоятельную и самостоятельную actio de in rem verso. Первая составляетъ придатокъ actionis de peculio, являясь въ видѣ actio de peculio deque in rem verso. Вторая существуетъ независимо отъ actio de peculio.

Различіе между обоими видами actionis de in rem verso, по мнѣнію Левенфельда, сводится къ тому, что „несамостоятельная“ actio de in rem verso предполагаетъ существованіе натуральнаго требованія подвластнаго лица противъ властелина; а таковое немыслимо внѣ пекулія [2]). Напротивъ, самостоятельная actio de in rem verso предполагаетъ какъ разъ обратное условіе: такого требованія не должно существовать.

Таковы исходныя положенія Левенфельда. Затѣмъ онъ переходитъ прямо къ детальному разбору предположеній самостоятельной actio de in rem verso.

Для возникновенія этого иска по мнѣнію Левенфельда требуется contemplatio domini со стороны под-

---

[1]) die selbstständige actio de in rem verso, стр. 1 и сл.

[2]) Послѣднее положеніе авторъ не провѣряетъ самостоятельно; онъ ограничивается ссылкой на Мандри, ук. соч. т. I, стр. 157 и сл.

властнаго контрагента [1]). Contemplatio обыкновенно имѣется на лицо уже въ моментъ заключенія сдѣлки. Но это не необходимо. Подвластное лицо могло вступить въ сдѣлку и rem peculiarem agens; это не лишаетъ третьяго контрагента права на предъявленіе actio de in rem verso, разъ subjecta persona впослѣдствіи совершитъ versio contemplatione domini (l. 3 § 1 i. f., l. 5 § 3 D. h. t. 15,3).

Въ послѣднемъ случаѣ, однако, contemplatio непремѣнно должна обнаружиться въ формѣ negotiorum gestio, тогда какъ въ случаяхъ перваго рода форма выраженія ея безразлична, разъ вообще явствуетъ, что подвластное лицо при заключеніи сдѣлки преслѣдовало не только собственные интересы, но и интересы властелина. Въ подтвержденіе этихъ положеній Левенфельдъ ссылается съ одной стороны на l. 3 pr., l. 10 § 1, l. 7 § 1, D. h. t. 15, 3, съ другой на l. 7 pr. l. 5 § 3 eod...

Что касается неукладывающихся въ эти рамки случаевъ versionis, вызванныхъ дѣйствіемъ властелина или третьяго контрагента, то Левенфельдъ прибѣгаетъ къ весьма удобному пріему: онъ просто заявляетъ, что такихъ случаевъ, по крайней мѣрѣ съ точки зрѣнія Юстиніанова права, не существуетъ [2]).

Отъ самостоятельнаго критическаго разбора этой теоріи мы воздержимся. Дѣло въ томъ, что существеннѣйшіе элементы ея вошли въ составъ теоріи Мандри. Поэтому мы сначала изложимъ взглядъ названнаго ученаго, а затѣмъ уже представимъ наши замѣчанія на обѣ теоріи.

6) Мандри [3]) воспользовался цѣлымъ рядомъ мыслей, высказанныхъ до него Левенфельдомъ. Но онъ захваты-

[1]) Ук. соч. стр. 23, 25, 28.

[2]) Ук. соч. стр. 36.

[3]) Ук. соч. т. II стр. 484 и сл. Самъ Мандри не считаетъ нужнымъ подчеркивать сходство своей теоріи съ теоріей Левенфельда.

ваетъ вопросъ несравненно глубже и развиваетъ свои положенія гораздо полнѣе.

Онъ различаетъ два вида versionis: прямую versio или versio in patrimonium и косвенную versio или versio ex peculio in patrimonium.

а) Прямую versio онъ характеризуетъ слѣдующимъ образомъ.

Такъ какъ все, что пріобрѣтаетъ подвластный сынъ, поступаетъ въ имущество отца, то на первый взглядъ могло бы показаться, что всякое пріобрѣтеніе сына составляетъ versum in rem patris. На дѣлѣ это не такъ: въ источникахъ встрѣчается рядъ фрагментовъ, изъ которыхъ явствуетъ, что преторскій эдиктъ и римскіе юристы строго отличали versio in patrimonium отъ versio in peculium; только первая—т.-е. versio in patrimonium порождала actio de in rem verso.

Въ подтвержденіе этого положенія Мандри ссылается на l. 5 § 3, l. 6 D. h. t. 15, 3.

> l. 5 § 3. D. 15, 3. (Ulpianus), verb.: si servo peculium dominus adimat, vel si vendat eum cum peculio, vel rem ejus peculiarem, et pretium exigat, non videtur in rem versum;
>
> l. 6 eod. (Tryphoninus)—nam si hoc verum esset, etiam antequam venderet rem peculiarem, (de in rem) verso teneretur, quia hoc ipso, quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret, quod aperte falsum est.

Если это такъ, говоритъ Мандри, то конечно въ простомъ фактѣ перехода блага въ составъ имущества властелина нельзя еще усматривать versum. Напротивъ, разъ подвластный сынъ имѣетъ peculium, то пріобрѣтеніе, долженствующее представлять собою versum, и сдѣлка, лежащая въ основаніи его (т.-е. пріобрѣтенія),

по необходимости должны отличаться специфическими признаками. А такъ какъ in dubio всякое пріобрѣтеніе, основанное на двусторонней сдѣлкѣ, причисляется къ пекулію, то очевидно требуется особое направленіе воли для того, чтобы пріобрѣтеніе прямо, минуя пекулій, поступило къ отцу. Это особое направленіе воли заключается ни въ чемъ иномъ, какъ „въ намѣреніи пріобрѣсти данное благо въ пользу властелина, а не въ пользу пекулія, — намѣреніе, которое далеко не всегда совпадаетъ съ animus negotia gerendi и которое рѣзко отличается отъ animus obligandi“.

Такая постановка вопроса, замѣчаетъ Мандри, вполнѣ согласуется съ взглядомъ на actio de in rem verso, какъ на искъ изъ обогащенія.

Дальше слѣдуетъ подробная казуистика вопроса, на которой намъ нѣтъ причинъ останавливаться.

b) Переходя затѣмъ къ косвенной versio или versio ex peculio in patrimonium, Мандри прежде всего замѣчаетъ, что этотъ видъ versionis вѣроятно получилъ признаніе не сразу. Онъ полагаетъ, что преторскій эдиктъ касался только прямой versio, и лишь юриспруденція выработала понятіе косвенной versio и опредѣлила условія [1]) ея.

Какъ бы тамъ ни было, продолжаетъ Мандри, но косвенная versio допускалась не въ столь широкихъ предѣлахъ, какъ прямая. Для признанія ея требуется, чтобъ переходъ блага состоялся при такихъ условіяхъ, которыя между самостоятельными лицами способны породить либо actio negotiorum gestorum, либо кондикціонное отношеніе. Въ подтвержденіе этого положенія Мандри ссылается съ одной стороны на l. 5 § 3, l. 19. D. h. t. 15, 3, съ другой на l. 7 pr. eod...

l. 5 § 3. D. 15, 3. Placet, non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore

[1]) Ук. соч. т. II, стр. 526.

ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem toties verum est, quo ties servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus.

l. 19 eod. Filius familias togam emit, mortuo deinde eo pater ignorans et putans suam esse, dedicavit eam in funus ejus; Neratius... ait, in rem patris versum videri...

Дѣйствительно, въ первомъ случаѣ при нормальныхъ условіяхъ должна была бы возникнуть actio negotiorum gestorum contraria, во второмъ—condictio sine causa.

Этимъ фрагментамъ Мандри противополагаетъ l. 7 pr. D. h. t. 15, 3.

l. 7 pr. cit (Ulpianus). Et ideo, etsi donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit. Et sunt ista vera.

Если Ульпіанъ въ данномъ случаѣ отказываетъ контрагенту въ правѣ иска, то это объясняется тѣмъ, что при нормальныхъ условіяхъ даръ не порождаетъ встрѣчнаго требованія дарителя противъ одареннаго.

Правда, говоритъ Мандри, въ непосредственно слѣдующемъ за l. 7 pr. cit. фрагментѣ,—l. 7 § 1 eod.,—Ульпіанъ повидимому противорѣчитъ самому себѣ, говоря: Plane si mutuum servus accepit et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est. Но эта антиномія только кажущаяся. Въ послѣднемъ случаѣ деньги вовсе не поступили въ пекулій, а сразу перешли въ патримоній, такъ какъ рабъ именно желалъ занять ихъ не для себя, а съ тѣмъ, чтобы передать ихъ donandi animo господину. А этого совершенно достаточно для признанія прямой versio, которая предполагаетъ только animus pro domino acquirendi, а вовсе не спеціальный animus obligandi и тѣмъ менѣе animus negotia domini gerendi. Напротивъ, въ l. 7 pr.

cit. говорится о дарственной передачи res peculiaris, т.-е. такой вещи, которая раньше входила въ составъ пекулія. А къ такимъ случаямъ примѣнялся иной принципъ.

Въ результатѣ оказывается, что никакой антиноміи между l. 7 pr. и l. 7 § 1. D. h. t. 15, 3 не существуетъ; напротивъ, оба рѣшенія какъ нельзя лучше гармонируютъ съ исходными положеніями Мандри.

c) Приступая къ критической оцѣнкѣ его теоріи, мы прежде всего должны сдѣлать слѣдующее возраженіе, антиципированное отчасти имъ же самимъ [1]): въ источникахъ рѣшительно не встрѣчается сколько нибудь вѣскихъ данныхъ въ пользу того, чтобы косвенная versio подчинялась инымъ принципамъ, чѣмъ прямая.

Единственной опорой Мандри въ этомъ отношеніи служитъ антиномія между l. 7 pr. и l. 7 § 1. D. h. t. 15, 3, каковая по его мнѣнію не можетъ быть устранена, если не стать на его точку зрѣнія. Но во-первыхъ, его объясненіе вовсе не единственно возможное; ниже мы представимъ другое, на нашъ взглядъ болѣе простое и правдоподобное. Во-вторыхъ, съ теоріей Мандри не мирится положеніе того же Ульпіана, выраженное въ l. 3 § 2. D. h. t. 15, 3. Тутъ Ульпіанъ просто говоритъ: toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel is qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, не дѣлая никакого различія между прямой и косвенной versio.

Да наконецъ какъ объяснить съ точки зрѣнія Мандри рѣшеніе Папиніана, вошедшее въ составъ l. 10 § 2 D. h. t. 15,3.

> l. 10 § 2 cit. Idem tractat Papinianus, etsi, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus, et ita convenerim filium; nam et hic de in

[1]) Ук. соч. т. II, стр 523, прим. 1.

rem verso fore actionem, nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat.

Приведенное рѣшеніе прямо противорѣчитъ рѣшенію l. 7 § 1 cit. и несогласно съ положеніемъ Мандри, будто для прямой versio требуется только animus pro patre acquirendi: Папиніанъ очевидно требуетъ, чтобъ этотъ animus сопровождался animo patrem obligandi. Но тогда стушевывается практическое различіе между прямой и косвенной versio. Все это лишній разъ доказываетъ, что догматическими пріемами невозможно устранить всѣ антиноміи, встрѣчающіяся въ источникахъ.

Мы идемъ дальше. Допустимъ, что основное положеніе Мандри можетъ считаться вполнѣ установленнымъ, и обратимся къ его характеристикѣ прямой versio. Онъ говоритъ, что прямая versio предполагаетъ только animus pro patre sive domino acquirendi и утверждаетъ дальше, что включеніе этого момента не лишаетъ actio de in rem verso характера иска изъ обогащенія. Однако это вѣрно лишь постольку, поскольку подвластное лицо въ моментъ заключенія сдѣлки обладало пекуліемъ. Но какъ быть съ тѣми случаями, когда подвластный контрагентъ не имѣетъ пекулія? Требуется-ли и здѣсь спеціальный animus съ его стороны? Если дать утвердительный отвѣтъ, то окажется, что не всякое обогащеніе, непосредственно поступающее въ патримоній властелина, порождаетъ actio de in rem verso, и слѣд. этотъ искъ уже не будетъ чистымъ искомъ изъ обогащеніи. Мандри обходитъ этотъ важный вопросъ полнымъ молчаніемъ.

Наконецъ нельзя не замѣтить, что Мандри по примѣру другихъ изслѣдователей мало обращаетъ вниманія на случаи versionis, вызванной дѣйствіями не подвластнаго контрагента, а властелина или третьяго контрагента. Послѣдняго случая онъ даже вовсе не касается.

Въ результатѣ оказывается, что и теорія Мандри

не даетъ удовлетворительнаго разрѣшенія занимающаго насъ вопроса.

7) Послѣ этого намъ остается еще указать на теорію Савиньи [1]), принятую между прочимъ Пухтой [2]), Арндтсомъ [3]), Вехтеромъ [4]), Дернбургомъ [5]). Эти ученые ограничиваются констатированіемъ того, что actio de in rem verso есть искъ о возвратѣ обогащенія, поступившаго къ властелину на основаніи сдѣлки, заключенной подвластнымъ лицомъ съ третьимъ контрагентомъ; основаніемъ иска служитъ объективный фактъ обогащенія властелина, никакихъ субъективныхъ предположеній не требуется. Ближайшимъ обоснованіемъ и развитіемъ этого положенія названные ученые не задаются. Въ нашей литературѣ послѣдователями ихъ являются Казанцевъ [6]) и Гордонъ [7]).

§ 4.

Время появленія и первоначальная сфера примѣненія actionis de in rem verso.

I. Мы исходимъ изъ того положенія, что въ фрагментахъ, касающихся actio de in rem verso, отражается нѣсколько историческихъ наслоеній.

---

[1]) Obligationenrecht, § 54. Ср. также Unterholzner, Lehre des Rom. Rechts von den Schuldverhältnissen, т. I, § 204, стр. 434, прим. a.

[2]) Pandekten, 3 изд. § 277, стр. 396.

[3]) Pandekten, XII изд. § 247, стр. 468.

[4]) Pandekten, т. II, стр. 630.

[5]) Pandekten, т. II, § 14, стр. 39. Ср также Wendt, Pandekten, стр. 445.

[6]) Свободное представительство въ римскомъ гражданскомъ правѣ, стр. 33—34.

[7]) Представительство въ гражданскомъ правѣ, стр. 172 и сл.

Мысль, что этотъ искъ прошелъ черезъ нѣсколько фазисовъ, сама по себѣ не нова. Она неоднократно высказывалась въ послѣднее время.

1) Такъ Виндшейдъ [1]), Беккеръ [2]) и Фойгтъ [3]) думаютъ, что actio de in rem verso первоначально составляла простую adjectio actionis de peculio и лишь позднѣе получила самостоятельное значеніе.

2) Мандри [4]) полагаетъ, что этотъ искъ всегда былъ искомъ самостоятельнымъ, но что первоначально сфера примѣненія его ограничивалась случаями такъ называемой прямой versio; лишь позднѣе подъ него были подведены и случаи косвенной versio.

3) Наиболѣе сложнымъ характеромъ отличается взглядъ Левенфельда [5]) на историческія судьбы иска. Вотъ что онъ говоритъ:

Первоначально единственный случай versionis былъ тотъ, когда подвластное лицо при заключеніи сдѣлки дѣйствовало cum animo negotia patris s. domini gerendi. Да и то искъ допускался только въ формѣ несамостоятельной actio de in rem verso (actio de peculio deque in rem verso).

Вскорѣ признали необходимымъ отдѣлить actio de in rem verso отъ actio de peculio: появилась самостоятельная actio de in rem verso. При этомъ сначала продолжали требовать, чтобы подвластное лицо при заключеніи сдѣлки выступало въ качествѣ negotiorum gestor. Съ теченіемъ времени отъ этого требованія отказались и признали достаточной простую contemplatio domini.

---

[1]) Ук. соч. т. II, стр. 741, пр. 2.
[2]) Zeitschrift der Savignystiftung, т. IV, стр. 102.
[3]) Romische Rechtsgeschichte, т. I, стр. 307, пр. 25.
[4]) Ук. соч. т. II, стр. 526.
[5]) Ук. соч. стр. 30—31.

Наконецъ стали допускать actio de in rem verso и въ такихъ случаяхъ, гдѣ благо первоначально поступило въ пекулій и лишь позднѣе перешло въ патримоній властелина; но при этомъ требовали, чтобъ переходъ блага явился результатомъ negotiorum gestio подвластнаго лица.

Въ такой формѣ этотъ искъ по мнѣнію Левенфельда перешелъ въ юстиніаново право.

Любопытно, что ни одинъ изъ приведенныхъ писателей не считаетъ нужнымъ мотивировать свой взглядъ. Оно и вполнѣ понятно: они не придаютъ никакого значенія исторіи иска. Имъ нужна только догматическая конструкція его, а ее они считаютъ возможнымъ создать помимо всякихъ историческихъ перспективъ.

Мы съ своей стороны стоимъ какъ разъ на противоположной точкѣ зрѣнія и полагаемъ, что если гдѣнибудь, то именно здѣсь догматическое обоснованіе института немыслимо безъ предварительнаго знакомства съ исторіей его. Постараемся же возстановить послѣднюю на основаніи тѣхъ данныхъ, которыя имѣются въ источникахъ.

II. Первый вопросъ, на которомъ мы должны остановиться, есть вопросъ о времени появленія иска.

Установить годъ введенія его нѣтъ, конечно, никакой возможности. Во всякомъ случаѣ онъ уже встрѣчается въ послѣднія времена республики. Въ этомъ убѣждаетъ l. 16 D. h. t. 15,3 — фрагментъ, который взятъ изъ Digesta республиканскаго юриста Alfenus Varus.

Введенію actio de in rem verso несомнѣнно предшествовало введеніе actionis de peculio. Объ этомъ прямо свидѣтельствуетъ Ульпіанъ, который въ l. 1 § 1 D. h. t. 15,3 замѣчаетъ: Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret actio de peculio; rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit, et cesset de peculio actio.

Можно даже сказать больше: по всей вѣроятности и остальныя actiones adjecticiae qualitatis появились раньше actio de in rem verso; по крайней мѣрѣ трудно предположить, чтобы обогащеніе, хотя бы и квалифицированное, могло быть признано основаніемъ отвѣтственности властелина, пока болѣе конкретные моменты jussus и praepositio не порождали права иска противъ него. Впрочемъ мнѣнія изслѣдователей на этотъ счетъ расходятся [1]).

III. Мы идемъ дальше. Установивъ приблизительно время появленія иска, мы должны задать себѣ вопросъ: какова была первоначальная сфера примѣненія его, какіе случаи побудили претора ввести это новое средство судебной защиты?

Намъ думается, что отвѣтить на этотъ вопросъ не трудно. Цѣлый рядъ данныхъ убѣждаетъ въ томъ, что искъ обнималъ сначала только случаи negotiorum gestio подвластныхъ лицъ.

1) Въ пользу этого говорятъ прежде всего соображенія общаго свойства. Съ одной стороны въ случаяхъ такого рода особенно рельефно сказывается причинная связь между обогащеніемъ властелина и источникомъ его—имуществомъ третьяго контрагента. Съ другой стороны, какъ правильно замѣтилъ Руштратъ [2]), властелины не меньше третьихъ контрагентовъ были заинтересованы въ допущеніи противъ нихъ иска ex negotiorum gestione подвластныхъ лицъ. Римскимъ гражданамъ по многимъ причинамъ часто и надолго приходилось покидать Римъ. Назначеніе прокуратора для веденія дѣлъ не всегда было возможно, да наконецъ прокураторъ въ от-

---

[1]) Ср. литературныя указанія у Мандри, ук. соч. т. II, § 72, стр. 217—221.

[2]) Jahrbucher fur Dogmatik, т. 15, стр. 268.

сутствіе принципала могъ умереть или оставить свой постъ. Разсчитывать на то, что самостоятельное лицо возьмется за веденіе дѣлъ въ качествѣ negotiorum gestor'a, было и рискованно, и ненадежно. Скорѣе этого можно было ожидать отъ рабовъ и подвластныхъ дѣтей. Но пока властелинъ не отвѣчалъ за договорныя обязательства, заключенныя подвластнымъ negotiorum gestor, третьи лица должны были уклониться отъ вступленія въ подобныя сдѣлки.

Комбинируя указанные моменты, мы поневолѣ приходимъ къ заключенію, что именно случаи versionis ex negotio gesto должны были подать поводъ къ введенію actio de in rem verso и вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣлить первоначальный характеръ этого иска.

2) Съ сказаннымъ вполнѣ гармонируетъ то обстоятельство, что случаи подобной versio играютъ самую выдающуюся роль даже въ періодъ классической юриспруденціи. Недаромъ же Ульпіанъ говоритъ (въ l. 3 § 2 D. h. t. 15,3): Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel is, qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem.

Можно даже больше сказать: случаи этого рода единственные, которые не возбуждали спора среди римлянъ юристовъ. Это именно объясняется тѣмъ, что отъ нихъ отправлялись какъ отъ исходной точки.

3) Наконецъ, нельзя не обратить вниманіе еще на одинъ моментъ. Въ источникахъ сохранились два фрагмента юриста Quintus Cervidius Scaevola,—l. 20 pr. и l. 21 D. h. t. 15,3,—въ которыхъ этотъ юристъ упоминаетъ о существованіи actio de in rem verso utilis, которая несомнѣнно противополагается имъ actio de in rem verso directa.

а) Оба фрагмента касаются если не одного и того же,

то во всякомъ случаѣ близко сходныхъ между собою случаевъ.

l. 20 pr. D. h. t. 15,3. (Scaevola l. I Responsorum). Pater pro filia dotem promisit, et convenit, ut ipse filiam aleret; non praestante patre filia a viro mutuam pecuniam accepit, et mortua est in matrimonio; respondi, si ad ea id, quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri, aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

l. 21 eod. (Idem l. V Digestorum). Filiamfamilias duxit uxorem patre dotem promittente, et convenit inter omnes personas, uti eam pater, aut ipsa se tueretur; maritus ei mutuos numos dedit, quum juste putaret patrem ejus ministraturum tantum salarium, quantum dare filiae suae instituerat; eos numos illa in usus necessarios sibi et in servos, quos secum habebat, consumsit; aliquantum et cum ei res familiares creditae essent, ex pecunia mariti in easdem causas convertit; deinde, priusquam pater salarium expleret, moritur filia; pater impensam recusat, maritus res mulieris retinet; quaero, an de in rem verso adversus patrem actio competat? Respondit, si ad ea id, quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri, aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

Содержаніе перваго фрагмента очень простое. Отецъ стипуляціоннымъ порядкомъ (promisit) обѣщалъ дать приданое дочери; сверхъ того было заключено неформальное дополнительное соглашеніе (convenit), коимъ онъ обязывался содержать ее. Не получая обѣщанныхъ алиментовъ, дочь заняла у своего мужа деньги и черезъ

нѣкоторое время умерла. Возникъ вопросъ, можетъ ли зять предъявить къ тестю искъ о возвратѣ занятыхъ денегъ? Юристъ рѣшаетъ, что онъ можетъ предъявить actio de in rem verso utilis, если эти деньги дѣйствительно пошли на содержаніе жены и ея прислуги.

Второй фрагментъ гораздо сложнѣе: тутъ вводится цѣлый рядъ новыхъ элементовъ.

Во-первыхъ, въ дополнительномъ соглашеніи оговаривается, что либо отецъ долженъ содержать дочь, либо она сама должна заботиться объ этомъ.

Во-вторыхъ, упоминается о томъ, что мужъ рѣшился ссудить жену деньгами въ томъ разсчетѣ, что отецъ будетъ продолжать отпускать ей такую сумму, какую началъ уже выплачивать

Дальше слѣдуетъ фраза: aliquantum et quum ei res familiares creditae essent, ex pecunia mariti in easdem causas convertit. Смыслъ этихъ словъ очень спорный.

Куяцій [1]) думаетъ, что res familiares creditae означаютъ вещи мужа, ввѣренныя имъ женѣ сверхъ данныхъ въ заемъ денегъ, и передаетъ приведенное мѣсто такъ:

> Et patre quidem non praebente alimenta, ipsa mulier partim a viro pecuniam mutuam accepit, partim cum ei maritus rei suae familiaris administrationem commisisset, inscio marito (quod mulieribus amicum et familiare est) pecuniam sumpsit ex arca mariti, qua se et servos aleret paternos.

Онъ слѣд. полагаетъ, что жена сверхъ займа совершила растрату, и объясняетъ это тѣмъ, что женщины вообще падки до этого.

Съ Куяціемъ соглашается Левенфельдъ [2]).

---

[1]) Opera omnia, t. IV, Comm. ad. Q. C. Scaevolam, p. 462.

[2]) Ук. соч, стр. 51—54.

Иного мнѣнія Баронъ [1]). Онъ понимаетъ подъ res familiares creditae вещи отца, переданныя имъ во временное пользованіе дочери, такъ что спорная фраза получаетъ такой смыслъ: сверхъ того жена, имѣя вещи, переданныя ей во временное пользованіе отцомъ, употребила часть занятыхъ у мужа денегъ на эти вещи. Въ подтвержденіе такого толкованія Баронъ ссылается на Базилики, въ которыхъ спорныя слова передаются такъ: καταπιστευθέντα παρὰ τοῦ πατρὸς αὐτῆ πράγματα.

Нельзя однако не замѣтить, что свидѣтельство Базиликъ имѣетъ цѣну лишь постольку, поскольку оно прямо не опровергается подлиннымъ текстомъ Дигестъ. А въ данномъ случаѣ такая коллизія несомнѣнно имѣется на-лицо. Дѣйствительно, съ переводомъ Базиликъ прежде всего не вяжется выраженіе in easdem causas; оно корреспондируетъ выраженію in usus necessarios sibi et in servos; еслибъ юристъ говорилъ о затратахъ на вещи отца, онъ долженъ былъ бы сказать: in eas (sc. res familiares) convertit. Сверхъ того переводу Базиликъ противорѣчитъ терминъ ex pecunia mariti; еслибъ рѣчь шла о деньгахъ, занятыхъ у мужа, такой оборотъ долженъ былъ бы быть признанъ неумѣстнымъ, такъ какъ эти деньги перешли уже въ собственность жены; единственно подходящимъ было бы выраженіе ex pecunia mutuata.

Въ виду изложеннаго переводъ Базиликъ не можетъ быть признанъ правильнымъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ падаетъ конечно и мнѣніе Барона.

Юристъ несомнѣнно желалъ сказать, что жена сверхъ денегъ, формально занятыхъ у мужа, воспользовалась еще другими деньгами его.

Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобъ она совер-

---

[1]) Ук. соч. стр. 43 и сл.

шила растрату. Выраженіе cum ei res familiares creditae essent одинаково можетъ означать какъ то, что имущество мужа (въ цѣломъ или въ части) было передано ей на храненіе, такъ и то, что мужъ сверхъ того предоставилъ ей свободно управлять имуществомъ, прибѣгать къ его кассѣ для покрытія непредвидѣнныхъ расходовъ и т. д.

Въ данномъ случаѣ приведенное выраженіе несомнѣнно употреблено въ послѣднемъ смыслѣ. Это явствуетъ изъ заключительныхъ словъ Сцеволы: dandam de in rem verso utilem actionem. Еслибы женѣ была поручена только cura безъ права liberae administrationis, то она конечно, расходуя деньги мужа, совершила бы растрату, rerum amotio. Но тогда въ лучшемъ случаѣ (т.-е. если допустить, что rerum amotio вообще способна породить actio de in rem verso) должна была бы возникнуть не одна actio de in rem verso, а двѣ: первая ex mutuo—въ формѣ condictio certae creditae pecuniae de in rem verso, вторая ex rerum amotione—въ формѣ actio rerum amotarum de in rem verso. При нашемъ толкованіи это затрудненіе отпадаетъ: какъ mutui datio, такъ и credere въ указанномъ болѣе обширномъ смыслѣ одинаково порождаютъ condictio certae creditae pecuniae.

Мы переходимъ къ концу фрагмента. Онъ по содержанію своему мало отличается отъ окончанія перваго фрагмента.

Жена умираетъ, не получивъ своего отъ отца. Отецъ отказывается возмѣстить мужу понесенныя имъ издержки, мужъ удерживаетъ вещи жены, и вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ тотъ же вопросъ, что и въ первомъ случаѣ: возможно ли предъявленіе actio de in rem verso. Рѣшеніе юриста буквально сходится съ первымъ его рѣшеніемъ.

b) Познакомившись съ содержаніемъ обоихъ фраг-

ментовъ, мы переходимъ теперь къ рѣшенію того вопроса, ради котораго мы вообще остановились на нихъ. Почему юристъ употребилъ въ данномъ случаѣ выраженіе: dandam de in rem verso utilem actionem?

Глосса говоритъ: utilis, id est efficax actio. Тоже самое говоритъ и Куяцій [1]): Et utilem quidem eam esse actionem ait, id est efficacem: non opponit utilem directae, sed inutili et inefficaci, ut saepissime in jure nostro.

Противъ такого толкованія высказываются Gluck [2]), Mandry [3]), Brinz [4]), которые думаютъ, что actio utilis именно противополагается actioni directae и объясняютъ это тѣмъ, что жена, занимая деньги, дѣйствовала не въ интересахъ отца, а въ собственномъ интересѣ.

Левенфельдъ [5]) тоже полагаетъ, что Сцевола желалъ противопоставить actio utilis actioni directae, но находитъ причину этого въ томъ, что жена совершила furtum. Мы однако имѣли случай убѣдиться, что ни о какомъ furtum рѣчи быть не можетъ.

Къ тому же, Сцевола упоминаетъ объ actio de in rem verso utilis не только въ l. 21 cit, но и въ l. 20 pr. cit; а въ послѣднемъ фрагментѣ говорится только о займѣ въ тѣсномъ смыслѣ.

Наконецъ, Баронъ [6]) находитъ, что искъ, который имѣетъ въ виду Сцевола, вовсе не есть actio de in rem verso, ни directa, ни utilis! Вотъ какъ онъ мотивируетъ

---

[1]) l. c. p. 462. Ср. также Dionysius Gothofredus въ его глоссированномъ изданіи Corpus Juris, и Seuffert, Dissertatio de eo, quod justum est circa in rem verso actionem, p. 14.

[2]) Ук. соч. т. 14 стр. 420 пр. 69.

[3]) Ук. соч. т. II стр. 466 пр. 3.

[4]) Ук соч. т. II стр. 219 пр. 15.

[5]) Ук. соч. стр. 52.

[6]) Ук. соч. стр. 44.

свое странное утвержденіе: „Отецъ въ формѣ стипуляціи обѣщаетъ жениху своей дочери обезпечить ее приданымъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ стороны вступаютъ въ дополнительное соглашеніе, согласно которому либо отецъ долженъ содержать дочь, либо сама она должна заботиться объ этомъ; это соглашеніе должно быть разсматриваемо какъ составная часть стипуляціи, quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur (l. 40 D. de R. C. 12,1); слѣд., отецъ заключаетъ договоръ въ пользу третьяго лица (дочери), во исполненіи котораго заинтересованъ и его контрагентъ (мужъ), такъ какъ (по закону) онъ самъ обязанъ содержать жену". А такъ какъ отецъ въ концѣ концовъ не исполнилъ своего обѣщанія, то „мужъ можетъ искать съ него убытки при помощи actio ex stipulatu", причемъ „можно сказать, что причиненный убытокъ подлежитъ возмѣщенію во вниманіе къ тому, что произошла versio in rem".

И такъ, оказывается, что подъ выраженіемъ utilis actio de in rem verso скрывается обыкновенная actio ex stipulatu, которая направлена не на возвратъ обогащенія, а на возмѣщеніе убытка.

Во всемъ этомъ толкованіи вѣрно лишь одно, что дополнительное соглашеніе, заключенное между тестемъ и зятемъ, представляетъ собою договоръ въ пользу третьяго лица. Такіе договоры по общему правилу считались недѣйствительными. Впослѣдствіи за стипуляторомъ было признано право иска, если онъ позаботился обезпечить исполненіе договора заключеніемъ stipulatio poenae. Позднѣйшіе юристы и въ частности Ульпіанъ, повидимому, пошли еще дальше и признали достаточнымъ основаніемъ для возникновенія иска то обстоятельство, что ejus interest [1]). Но пользовалась ли эта формула общимъ призна-

[1]) Ср. l. 38 § 20 D. de v. o. 45,1. Виндшейдъ, ук. соч. т. II, стр. 188.

ніемъ уже во времена Сцеволы, вопросъ весьма спорный. Баронъ рѣшаетъ его въ утвердительномъ смыслѣ, но не приводитъ никакихъ доказательствъ въ подтвержденіе своего взгляда.

Мы, съ своей стороны, полагаемъ, что еслибы Сцевола дѣйствительно держался такой точки зрѣнія, онъ бы не умолчалъ объ этомъ и вообще иначе мотивировалъ бы свои рѣшенія. Дѣйствительно, основаніемъ отвѣтственности властелина послужила бы въ такомъ случаѣ не versio in rem, а pactum conventum. Если принять во вниманіе указанныя соображенія, то нельзя не придти къ заключенію, что Сцевола отсылаетъ зятя къ actio de in rem verso именно потому, что считаетъ actio ex stipulatu непримѣнимой.

Мы разсмотрѣли важнѣйшія попытки объяснить терминъ actio utilis Намъ думается, что правы тѣ, которые утверждаютъ, что Сцевола намѣренно противополагаетъ actio utilis actioni directae и что онъ дѣлаетъ это потому, что жена, занимая деньги, дѣйствовала въ собственномъ интересѣ, а не въ интересѣ отца.

Если это объясненіе до сихъ поръ не получило общаго признанія, то только вслѣдствіе того, что его не привели въ связь съ общей исторіей actio de in rem verso, не сопоставили его съ другими данными, свидѣтельствующими о томъ, что первоначальная сфера примѣненія этого иска ограничивалась случаями negotiorum gestio подвластныхъ лицъ. Разъ же стать на эту точку зрѣнія, ходъ мыслей Сцеволы становится вполнѣ яснымъ: онъ сознаетъ, что разбираемый имъ казусъ не вполнѣ подходитъ подъ тѣ случаи, во вниманіе къ которымъ actio de in rem verso была введена; но онъ знаетъ также, что практика въ лицѣ Лабеона, Юліана и другихъ (какъ мы это увидимъ ниже), давно перешагнула черезъ эту границу: онъ самъ находитъ, что рѣшающее значеніе

долженъ имѣть не animus подвластнаго, а объективный фактъ обогащенія, — и вотъ, чтобы выйти изъ противорѣчія между историческимъ преданіемъ и новыми требованіями жизни, онъ прибѣгаетъ къ конструктивному пріему, столь знакомому римскимъ юристамъ, — къ созданію utilis actio de in rem verso.

IV. Намъ остается сдѣлать еще одно замѣчаніе. Выше мы высказали предположеніе, что actio de in rem verso вѣроятно сначала составляла только дополненіе actionis de peculio. Теперь намъ предстоитъ остановиться ближе на этомъ вопросѣ.

1) Начнемъ съ общихъ соображеній. Третьи контрагенты, пока существовала только actio de peculio, естественно должны были избѣгать сношеній съ подвластными лицами, неимѣющими пекулія, разъ отсутствовали jussus или praepositio. Вслѣдствіе этого все вниманіе поневолѣ должно было сосредоточиваться на тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ сдѣлка была заключена съ подвластнымъ лицомъ, обладающимъ пекуліемъ.

2) Такіе случаи несомнѣнно встрѣчались часто. Вмѣстѣ съ тѣмъ все больше выяснялось, что actio de peculio ограждала интересы третьихъ контрагентовъ лишь въ весьма недостаточной степени. Достаточно вспомнить, что при опредѣленіи размѣра пекулія всѣ требованія властелина противъ подвластнаго подлежали вычету полностью, и лишь свободный остатокъ шелъ на удовлетвореніе третьяго контрагента.

l. 9 § 2 D. de pec. 15,1. Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse.

Съ другой стороны, властелинъ, вступая въ обязательственныя отношенія со своими подвластными, становился должникомъ пекулія въ томъ только случаѣ, если самъ желалъ этого.

l. 7 § 6 D. eod. Sed et id, quod dominus

sibi (sc. servo) debet, in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit, et dominus ei debitor manere voluit.

И такъ, требованія властелина противъ подвластнаго всегда увеличивали пекуліарный пассивъ, а требованія подвластнаго противъ властелина увеличивали пекуліарный активъ только si dominus ei debitor manere voluit.

Въ результатѣ это давало властелину широкую возможность безнаказанно обогащаться насчетъ третьяго контрагента. Такое обогащеніе должно было казаться особенно несправедливымъ, если оно основывалось на negotiorum gestio подвластнаго лица. Дѣйствительно, при нормальныхъ условіяхъ negotiorum gestio порождаетъ не только требованіе dominus negotii противъ negotiorum gestor, но и встрѣчное требованіе negotiorum gestor противъ dominus. Въ данномъ же случаѣ возникновеніе встрѣчнаго требованія зависѣло отъ доброй воли властелина.

Къ чему это могло привести на практикѣ, покажетъ слѣдующій примѣръ. Положимъ, помѣщикъ Тицій давно желалъ купить за сходную цѣну лѣсную дачу Мевія, прилегающую къ его участку, и заявилъ, что готовъ заплатить за нее до 10,000 сестерціевъ. Въ отсутствіе Тиція рабъ его, Стихъ, имѣющій пекулій въ 12,000 сестерціевъ, узнаетъ о желаніи Мевія продать означенную дачу и покупаетъ ее въ качествѣ negotiorum gestor своего господина за 8,000 сестерціевъ. Спустя нѣкоторое время Мевій требуетъ уплаты выговоренной суммы и, не добившись ея, предъявляетъ къ Тицію actio venditi de peculio. Тутъ обнаруживается, что съ одной стороны Тицій не пожелалъ считаться должникомъ пекулія Стиха ex negotio gesto, а съ другой — Стихъ состоитъ должнымъ своему господину ex diversis causis 7,000 сестерціевъ. За вычетомъ этой суммы, въ составѣ пекулія

остаются лишь 5,000 сестерціевъ, каковую сумму только и получаетъ Мевій. Остальныя три тысячи составляютъ обогащеніе Тиція.

Понятно, что происшествія подобнаго рода, при возможности ихъ частаго повторенія, сами по себѣ должны были вызвать движеніе въ пользу присоединенія къ actio de peculio оговорки, въ силу которой властелинъ могъ быть обязанъ къ возврату своего обогащенія. Такой оговоркой и явилась clausula de in rem verso, изъ которой впослѣдствіи выросла самостоятельная actio de in rem verso.

3) Въ связи съ этимъ нельзя не указать также на то обстоятельство, что допущеніемъ нашего предположенія легче всего объясняется происхожденіе термина una actio, quae duas habet condemnationes. Именно происхожденіе его: удержаніе этого термина составляетъ простой и естественный результатъ частаго сочетанія обоихъ исковъ на практикѣ.

4) Такимъ образомъ, мы имѣемъ цѣлый рядъ данныхъ, которыя позволяютъ думать, что actio de in rem verso первоначально имѣла лишь вспомогательное значеніе.

Но какъ вяжутся съ этимъ ссылки Ульпіана на triplex edictum (въ l. 1 § 1 D. de pec. 15,1) и Гая на провинціальный эдиктъ (въ l. 1 D. quod cum eo 14,5), въ которыхъ объ actio de in rem verso говорится какъ о самостоятельномъ искѣ? Отвѣтъ простой. Эдикты складывались постепенно и нерѣдко подвергались весьма существеннымъ модификаціямъ. Въ частности triplex edictum несомнѣнно не могъ сложиться сразу, ибо никто же не станетъ утверждать, что actio quod jussu, de peculio и de in rem verso возникли какъ одно слитное цѣлое. Объединеніе этихъ исковъ въ одномъ эдиктѣ составляетъ продуктъ позднѣйшаго времени и вѣроятно произошло незадолго до кодификаціи Юліана, а можетъ быть

даже было произведено имъ же. Разъ это такъ, то вышеупомянутое возраженіе падаетъ само собою.

5) Въ заключеніе остается предложить такой вопросъ: если первоначально actio de in rem verso составляла только adjectio actionis de peculio, то къ какому времени можетъ быть пріурочено появленіе самостоятельной actio de in rem verso?

Къ сожалѣнію, отвѣтъ можетъ быть данъ только весьма гадательный. Повидимому, самостоятельный версіонный искъ сложился только въ періодъ имперіи. По крайней мѣрѣ единственный уцѣлѣвшій фрагментъ республиканскаго юриста, трактующій объ actio de in rem verso, упоминаетъ объ этомъ искѣ только въ связи съ actio de peculio. Мы говоримъ о l. 16 D. de in rem verso 15,3. Разборомъ этого фрагмента мы и закончимъ настоящій параграфъ.

l. 16 D. de in rem verso 15,3. (Alfenus Varus). Quidam fundum colendum servo suo locaverat, et boves ei dederat; quum hi boves non essent idonei, jusserat eos venire, et his numis, qui recepti essent, alios reparari; servus boves vendiderat, alios redemerat, numos creditori non solverat, postea conturbaverat; qui boves vendiderat, numos a domino petebat actione de peculio, aut quod in rem domini versum esset, quum boves, pro quibus pecunia peteretur, penes dominum essent. Respondit, non videri peculii quidquam esse, nisi si quid deducto eo, quod servus domino debuisset, reliquum fieret; illud sibi videri, boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse tantum, quanti priores boves venissent; si quo amplioris pecuniae posteriores boves essent, ejus oportere dominum condemnari.

a) Содержаніе фрагмента таково. Господинъ отдалъ свой участокъ въ арендное содержаніе рабу. Конечно, послѣдній долженъ былъ имѣть пекулій (какъ это, впрочемъ, и явствуетъ изъ дальнѣйшаго изложенія), ибо иначе онъ не могъ бы платить арендную плату. Кромѣ того, господинъ предоставилъ рабу — очевидно для полевыхъ работъ—нѣсколькихъ воловъ. Такъ какъ волы оказались неподходящими, рабъ испросилъ у господина разрѣшеніе продать ихъ и купить новыхъ. Получивъ таковое, онъ продалъ воловъ, получилъ за нихъ деньги, купилъ новыхъ, но деньги за нихъ не заплатилъ, а вскорѣ оказался несостоятельнымъ должникомъ (conturbaverat). Продавецъ предъявляетъ къ господину actio venditi de peculio deque in rem verso; послѣднюю оговорку онъ включаетъ на томъ основаніи, что вновь пріобрѣтенные волы находятся у господина.

Таковъ составъ казуса. Юристъ находитъ, что истецъ не можетъ надѣяться получить что либо при помощи actio de peculio, развѣ бы въ пекуліи, за вычетомъ требованій господина къ рабу, оказался свободный излишекъ. По поводу же actio de in rem verso онъ замѣчаетъ слѣдующее: конечно, вновь купленные волы составляютъ versum; но такъ какъ на покупку ихъ были ассигнованы деньги, вырученныя изъ продажи прежнихъ воловъ, то господинъ можетъ считаться обогатившимся лишь въ той суммѣ, въ какой стоимость новыхъ воловъ превышаетъ сумму, вырученную за продажу старыхъ.

b) При оцѣнкѣ этого рѣшенія прежде всего напрашивается вопросъ, почему истецъ не счелъ возможнымъ прибѣгнуть къ actio quod jussu и почему юристъ съ своей стороны не указалъ на этотъ искъ. Вѣдь въ фрагментѣ сказано, что господинъ jusserat boves venire et alios reparari.

Мы не считаемъ возможнымъ допустить ни объяс-

неніе глоссы, которая замѣчаетъ: stultus erat hic venditor, qui dominum actione quod jussu non conveniebat, qua poterat consequi totum, ни предположеніе Фойгта [1]), который полагаетъ, что во времена Алфена actio quod jussu еще не существовало.

Гораздо вѣроятнѣе предположеніе, что терминъ jusserat въ данномъ случаѣ употребленъ не въ техническомъ смыслѣ. Дѣло въ томъ, что для возникновенія actio quod jussu требуется, чтобъ jussus былъ данъ на имя третьяго контрагента или чтобъ тотъ по крайней мѣрѣ зналъ о приказѣ [2]). Въ данномъ случаѣ этотъ моментъ очевидно отсутствовалъ, а поэтому не могло быть рѣчи объ actio quod jussu.

c) Второй вопросъ, который для насъ несравненно важнѣе перваго, заключается въ томъ, были ли пріобрѣтены волы для господина или для пекулія; иначе: дѣйствовалъ ли рабъ при покупкѣ въ качествѣ negotiorum gestor или же въ собственномъ интересѣ.

Дѣло въ томъ, что нѣкоторые изслѣдовали, въ томъ числѣ и Баронъ [3]), высказываются въ пользу второй альтернативы. Соотвѣтственно съ этимъ они усматриваютъ versio не въ самомъ фактѣ пріобрѣтенія воловъ рабомъ, а въ послѣдующей ademtio ихъ со стороны господина, на что будто бы указываютъ слова: quum boves—penes dominum essent.

Съ этимъ нельзя согласиться. Не трудно убѣдиться, что ни прежніе, ни новые волы ни минуты не принадлежали къ составу пекулія. Относительно первыхъ только

---

[1]) Rom. Rechtsgeschichte т. I, стр. 309, пр. 14.

[2]) l. 1 § 1 D. quod jussu 15,1. Jussum autem accipiendum est, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis, aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu jusserit, sive generaliter. Ср Sokolowski, die Mandatsbürgschaft, стр. 14 и сл.

[3]) ук. соч. стр. 31.

сказано, что господинъ boves dederat. Выводить отсюда, что волы вошли въ составъ пекулія раба, мы имѣемъ такъ же мало основанія, какъ еслибъ мы рѣшили, что отданный въ арендное содержаніе участокъ долженъ быть причисленъ къ пекулію. Волы просто были уступлены рабу во временное пользованіе, впредь до окончанія полевыхъ работъ. Это подтверждается тѣмъ, что рабъ, убѣдившись въ негодности ихъ, не считаетъ себя въ правѣ продать ихъ безъ вѣдома господина, а испрашиваетъ его разрѣшеніе на продажу. Между тѣмъ, обладатель пекулія in dubio могъ распоряжаться пекуліарными объектами по собственному усмотрѣнію, пользуясь такъ называемымъ правомъ liberae administrationis [1]). Дальше господинъ, приказывая продать старыхъ и купить новыхъ воловъ, указываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и на порядокъ, какимъ должна быть совершена эта операція. Опять-таки, еслибъ рѣчь шла объ объектахъ, входящихъ въ составъ пекулія раба, господину незачѣмъ было бы давать такія подробныя указанія: для него было бы безразлично, какимъ образомъ рабъ раздобудетъ новыхъ воловъ, путемъ ли мѣны, путемъ ли купли, какъ равно не было причинъ указывать на источникъ покрытія расходовъ по покупкѣ. Съ другой стороны, всѣ эти приказанія вполнѣ понятны, разъ рабъ покупаетъ воловъ не для пекулія, а для господина. Далѣе, относительно новыхъ воловъ просто констатируется, что они penes dominum sunt; нѣтъ ни малѣйшаго намека на то, что они сначала были пріобрѣтены для пекулія и затѣмъ только перешли въ патримоній per ademtionem. Наконецъ, — и это обстоятельство имѣетъ рѣшающее значеніе, — юристъ прямо говоритъ, что продавецъ не можетъ получить больше той суммы, на которую

[1]) Мандри, ук. соч. т. II, стр. 103 и сл., въ особ. 116.

стоимость новыхъ воловъ превышаетъ сумму, полученную за прежнихъ, такъ какъ sibi videri—pro ea re (dominum) solvisse tantum, quanti priores boves venissent.

Такое заключеніе было бы немыслимо, еслибъ прежніе волы составляли часть пекулія раба, ибо тогда и деньги, вырученныя путемъ продажи ихъ, были бы взяты изъ пекулія, а слѣд. господинъ не могъ бы считаться уплатившимъ ихъ ex suo, изъ собственнаго кармана.

И такъ, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что волы были пріобрѣтены не для пекулія, а для господина, negotiorum gestor'омъ или точнѣе негласнымъ мандатаріемъ котораго выступилъ рабъ.

d) Наконецъ, нельзя не обратить вниманія еще на одинъ моментъ. Алфенъ замѣчаетъ, что рабъ промоталъ свой пекулій — conturbaverat. Ясное дѣло, что при такихъ условіяхъ и въ виду предпочтительнаго права господина на удовлетвореніе, третій контрагентъ не могъ разсчитывать получить что-либо при помощи actio de peculio. Тѣмъ не менѣе онъ не предъявляетъ просто actio de in rem verso, а actio de peculio deque in rem verso. Это можно объяснить только тѣмъ, что въ это время не существовало самостоятельнаго версіоннаго иска; вотъ почему продавецъ долженъ былъ предъявить actio de peculio хотя бы pro forma, благо подвластный контрагентъ въ моментъ заключенія сдѣлки обладалъ таковымъ.

e) И такъ, мы видимъ, что l. 16 cit. вполнѣ подтверждаетъ нашъ взглядъ на первоначальный характеръ и сферу примѣненія actionis de in rem verso. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ фрагментъ позволяетъ думать, что даже позднѣйшая республиканская юриспруденція не успѣла внести сколько-нибудь существенныя измѣненія въ структуру иска.

Все это измѣнилось въ императорскомъ періодѣ, къ которому мы теперь и переходимъ.

§ 5.

Дальнѣйшая судьба иска. Образованіе трехъ школъ юристовъ. I. Разборъ взглядовъ юристовъ раціоналистовъ и эклектиковъ.

Отвѣтственность властелина ex negotio gesto подвластнаго лица была основана на сочетаніи двухъ элементовъ: объективнаго (обогащенія) и субъективнаго (animus negotia domini vel patris gerendi).

Вопросъ, который предстояло разрѣшить императорской юриспруденціи, сводился къ тому, какому изъ этихъ элементовъ слѣдуетъ отдать предпочтеніе.

Дальнѣйшее изложеніе покажетъ, что не всѣ юристы даютъ одинаковый отвѣтъ на него. Въ этомъ отношеніи они могутъ быть раздѣлены на двѣ главныя школы: школу раціоналистическую, съ Лабеономъ и Юліаномъ во главѣ, и школу историческую, самыми видными представителями которой являются Ульпіанъ и Павелъ. Кромѣ того можно подмѣтить еще и третье направленіе, которое представляетъ собою какъ бы переходную ступень отъ юристовъ-раціоналистовъ къ юристамъ-историкамъ.

I. Раціоналисты не придаютъ значенія субъективному элементу. Критеріи versionis, которые они выставляютъ, чисто практическіе, а не формальные. Въ подтвержденіе этого можно привести цѣлый рядъ фрагментовъ Лабеона, Прокула, Яволена, Нерація, Мелы и Юліана. Изъ разбора ихъ мы увидимъ, въ какихъ широкихъ предѣлахъ эти юристы допускали actio de in rem verso.

1) Labeo.

l. 3 § 3 D. h. t. 15,3. Proinde si servus sumsit pecuniam, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum

modum, quem dominus ei praestare consueverat, in rem domini videri vertisse Labeo scribit.

Юристъ въ данномъ случаѣ не требуетъ, чтобъ рабъ дѣйствовалъ cum animo negotia domini gerendi, а требуетъ только, чтобъ онъ не занялъ больше денегъ на столъ и платье, чѣмъ сколько сталъ бы отпускать ему на этотъ предметъ господинъ. Слѣд. критеріемъ отвѣтственности властелина является исключительно только объективный фактъ обогащенія его.

l. 7 § 4 eod. Idem (sc. Labeo) ait, etsi hereditatem a servo tuo emero, quae ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex emto actione me id ipsum consecuturum, videri enim in rem tuam versum; nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur, compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex emto, quod ad dominum pervenit. Ego autem (sc. Ulpianus) non puto, de in rem verso esse actionem emtori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret.

Случай, разбираемый Лабеономъ, заключается въ слѣдующемъ. Рабъ продалъ наслѣдство, которое досталось его господину (quae ad te pertinebat), а послѣдній, узнавъ объ этомъ, отбираетъ его у покупщика. Покупщикъ, однако, успѣлъ уже приступить къ удовлетворенію кредиторовъ наслѣдственной массы, и Лабеонъ на этомъ основаніи даетъ ему actio de in rem verso противъ господина.

Дальше юристъ говоритъ: хотя при покупкѣ наслѣдства и было условлено, что взамѣнъ уплаты денегъ должны считаться погашенными долговыя требованія покупщика противъ раба, такъ что пріобрѣтателю не пришлось произвести непосредственную уплату, но это об-

стоятельство не лишаетъ его права требовать отъ господина id, quod ad eum pervenit. Въ заключеніе слѣдуетъ знаменательная поправка Ульпіана: actio de in rem verso не можетъ имѣть мѣста, если рабъ не имѣлъ animus negotia domini gerendi.

Изъ приведеннаго фрагмента вытекаютъ два весьма важныя заключенія.

а) Прежде всего изъ него явствуетъ коренное различіе во взглядахъ между Лабеономъ и Ульпіаномъ. Правда, нѣкоторые изслѣдователи [1]) думаютъ, что въ сущности такого различія не существуетъ; они мотивируютъ это тѣмъ, что рабъ только и могъ дѣйствовать cum animo negotia domini gerendi, ибо иначе никто бы не рѣшился купить у него наслѣдство, доставшееся господину и, слѣд., не входящее въ составъ пекулія.

Но вѣдь покупщикъ могъ и не знать послѣдняго обстоятельства, или рабъ даже прямо могъ его увѣрить въ томъ, что наслѣдникомъ состоитъ не господинъ его, а онъ самъ. Наконецъ, рабъ могъ выдать себя за negotiorum gestor'a, вовсе не желая быть на самомъ дѣлѣ таковымъ. Не даромъ же Ульпіанъ въ другомъ мѣстѣ, l. 3 § 9 eod., говоритъ: sed si sic accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit, et decepit creditorem, non videtur versum, nec tenetur dominus.

b) Второй выводъ, вытекающій изъ даннаго фрагмента, еще важнѣе перваго. Мы видимъ, что Лабеонъ допускаетъ actio de in rem verso только въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ господинъ извлекъ выгоду изъ уплаты покупщикомъ долговъ наслѣдственной массы. Но вѣдь это не единственный убытокъ, постигшій покупщика. Послѣдній сверхъ того утратилъ право иска по преж-

---

[1]) Рушграт въ Jahrbücher fur Dogmatik т. XV стр. 300, Мандри, ук. соч. т. II стр. 497 пр. 8, ср. также Левенфельдъ, ук. соч. стр. 36.

нимъ своимъ требованіямъ противъ раба, такъ какъ между сторонами было заключено условіе: ut quod mihi ab ipso servo debebatur, compensarem. Почему же Лабеонъ не принялъ во вниманіе этотъ моментъ? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, необходимо обратить вниманіе на то, что погашеніе пекуліарныхъ долговъ не ведетъ къ непосредственному увеличенію имущества властелина, а увеличиваетъ только пекуліарный активъ. Другими словами, мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло не съ versio in patrimonium, а съ versio in peculium. А таковую Лабеонъ очевидно не считаетъ достаточной для возникновенія actio de in rem verso.

Послѣднему заключенію, повидимому, противорѣчитъ слѣдующее изреченіе того же юриста.

> l. 3 § 5 D. h. t. 15,3. Idem Labeo ait, si servus mutuatus numos a me alii crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei acquisitum est. Quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis. Ex qua causa hactenus erit dominus obligatus, ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus, procuratoremque eum faciat.

Рабъ занялъ деньги у одного и затѣмъ отдалъ ихъ въ займы другому. Лабеонъ замѣчаетъ, что кредиторъ раба можетъ предъявить къ господину actio de in rem verso, такъ какъ послѣдній пріобрѣлъ право требованія противъ должника раба. Помпоній находитъ, что съ этимъ мнѣніемъ можно согласиться только въ томъ случаѣ, если рабъ отдалъ полученныя деньги въ займы за счетъ господина, а не за счетъ своего пекулія. Было бы, однако, неправильно выводить отсюда, что Лабеонъ допускаетъ actio de in rem verso даже по поводу peculiare nomen. Онъ просто хотѣлъ отмѣтить, что обога-

щеніе властелина можетъ заключаться не только въ пріобрѣтеніи реальнаго объекта, но и въ пріобрѣтеніи требованія противъ третьяго лица. Вопроса о томъ, при какихъ условіяхъ требованіе должно считаться пріобрѣтеннымъ со стороны господина, онъ вовсе не касается.

Что центръ тяжести слѣдуетъ искать именно тамъ, гдѣ мы его нашли, явствуетъ изъ заключительныхъ словъ Ульпіана, непосредственно слѣдующихъ за замѣчаніемъ Помпонія: господинъ можетъ ограничиться цессіей иска, облечь кредитора правами procurator in rem suam.

Мы переходимъ къ

> l. 7 § 5 D. eod. Si filius familias pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit, in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit. Quae sententia ita demum mihi (sc. Ulpiano) vera videtur, si hoc animo dedit, ut patris negotium gerens.

Оспариваемое Ульпіаномъ мнѣніе вѣроятно тоже высказано Лабеономъ, хотя имя послѣдняго и не упоминается. Мы заключаемъ это изъ того, что настоящій фрагментъ непосредственно слѣдуетъ за выше разобранной l. 7 § 4 eod., гдѣ Ульпіанъ уже цитировалъ Лабеона. Вѣроятно онъ не счелъ нужнымъ повторить эту цитату, полагая, что и безъ того ясно, съ кѣмъ онъ полемизируетъ.

Самый фрагментъ настолько ясенъ и простъ, что мы не считаемъ нужнымъ ближе останавливаться на немъ.

2) Proculus.

> l. 17 § 4 D. de inst. act. 14,3 [1]).

Прокулъ разбираетъ такого рода случай. Рабъ-приказчикъ занялъ деньги у третьяго лица или купилъ у

---

[1]) Текстъ фрагмента приведенъ нами выше, см. стр. 18.

него въ кредитъ какую-нибудь вещь. Господинъ, къ которому кредиторъ предъявляетъ actio institoria, отказывается платить на томъ основаніи, что онъ въ свое время просилъ не открывать кредита рабу.

Юристъ рѣшаетъ, что такое возраженіе, разъ оно можетъ быть доказано, должно быть уважено, и слѣд. отказываетъ кредитору въ actio institoria.

Но, продолжаетъ онъ, если рабъ имѣлъ пекулій или господинъ обогатился насчетъ кредитора ex eo contractu, то указанному возраженію его можетъ быть противопоставлена replicatio de dolo malo, ибо было бы недобросовѣстно со стороны господина желать извлечь выгоду изъ чужого убытка.

Случай этотъ самъ по себѣ вполнѣ ясенъ. Запрещая открывать кредитъ своему рабу-приказчику, господинъ очевидно желалъ предотвратить этимъ возможность заключенія послѣднимъ сдѣлокъ за собственный счетъ.

Приказаніе господина, однако, не было уважено. И вотъ, несмотря на это, Прокулъ считаетъ возможнымъ допустить отвѣтственность господина ex in rem verso. И мотивируетъ онъ свое рѣшеніе просто тѣмъ, что тотъ поступаетъ неблаговидно, qui ex aliena jactura lucrum quaerat. Ясное дѣло, что онъ придаетъ рѣшающее значеніе именно объективному факту обогащенія, не обращая вниманія на то, quo animo подвластный контрагентъ вступилъ въ сдѣлку.

3) Javolenus Priscus.

> l. 2 D. h. t. 15,3. Qui numis acceptis servum manumisit, agi cum eo de in rem verso non potest, quia dando libertatem locupletior ex numis non fit.

Рабъ занялъ сумму денегъ и вручилъ ихъ господину въ видѣ выкупа, и послѣдній дѣйствительно отпустилъ его на свободу. Кредиторъ вздумалъ предъявить къ гос-

подину actio de in rem verso. Юристъ замѣчаетъ, что онъ этимъ ничего не добьется, такъ какъ господинъ, отпустивъ раба на волю, не можетъ уже считаться обогатившимся.

Понятно, рабъ въ данномъ случаѣ, занимая деньги, дѣйствовалъ въ собственномъ интересѣ, а не въ интересѣ господина. Тѣмъ не менѣе Яволенъ отказываетъ въ искѣ кредитору не на томъ основаніи, что рабъ не имѣлъ animus negotia domini gerendi, а на томъ, что господинъ locupletior ex numis non fit.

4) Mela.

> l. 7 § 2 D. h. t. 15,3. Illud verum non est, quod Mela scribit, si servo meo argentum dederis, ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis decesserit, esse tibi adversus me de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare.

Въ приведенномъ фрагментѣ очевидно есть много недосказаннаго. Кто-то вручилъ чужому рабу слитокъ серебра съ тѣмъ, чтобы тотъ изготовилъ нѣсколько бокаловъ изъ того же или изъ другого серебра; по исполненіи заказа рабъ умеръ. Мела рѣшаетъ, что заказчикъ можетъ предъявить къ властелину actio de in rem verso, мотивируя это тѣмъ, что властелинъ долженъ быть признанъ собственникомъ бокаловъ.

Противъ такого рѣшенія возстаетъ Ульпіанъ. И дѣйствительно, нельзя не признать, что Мела увлекся: если считать достаточнымъ для возникновенія actio de in rem verso переходъ вещи въ собственность господина, то пришлось бы вмѣстѣ съ тѣмъ признать, что основаніемъ для предъявленія этого иска можетъ послужить и простая versio in peculium. Съ такимъ выводомъ навѣрное не согласился бы и Мела; не даромъ же Трифонинъ въ l. 6 D. h. t. 15,3 замѣчаетъ: nam si hoc verum esset,—

(de in rem) verso teneretur (sc. dominus), quia hoc ipso, quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret, quod aperte falsum est.

Во всякомъ случаѣ рѣшеніе Мелы свидѣтельствуетъ о томъ, что онъ основывалъ actio de in rem verso на объективномъ фактѣ обогащенія. Неудачная же его мотивировка объясняется, вѣроятно, тѣмъ, что онъ имѣлъ въ виду случай, въ которомъ отсутствовалъ пекулій.

5) Neratius.

> l. 19 D. h. t. 15,3. Filiusfamilias togam emit; mortuo deinde eo pater ignorans et putans suam esse dedicavit eam in funus ejus; Neratius libro Responsorum ait, in rem patris versum videri, in actione autem de peculio, quod in rerum natura non esset, uno modo aestimari debere, si dolo malo ejus, quocum agatur, factum esset [1]).

Опять очень интересный и важный фрагментъ.

Подвластный сынъ купилъ себѣ платье; послѣ смерти его отецъ, не зная объ этомъ и считая платье своимъ, пожертвовалъ его на похороны сына. Нерацій замѣчаетъ, что въ этомъ слѣдуетъ усмотрѣть versum; если же предъявить actio de peculio, то стоимость платья (при исчисленіи цѣнности пекулія) можетъ быть принята во вниманіе въ томъ лишь случаѣ, если отецъ совершилъ злостную ademtio.

а) И такъ, Нерацій при извѣстныхъ условіяхъ считаетъ достаточнымъ для возникновенія actio de in rem verso дѣйствіе самого властелина, имѣвшее послѣдствіемъ обогащеніе его насчетъ третьяго лица. Ясное дѣло, что и онъ придаетъ рѣшающее значеніе моменту обогащенія.

Въ частности этотъ юристъ, какъ явствуетъ изъ словъ его: pater ignorans et putans suam esse, имѣетъ въ виду

---

[1]) Дальше слѣдуетъ разсужденіе Павла, которое насъ въ настоящую минуту не интересуетъ.

bonae fidei ademtio rei peculiaris. Замѣтимъ кстати, что такого же мнѣнія придерживался и Лабеонъ, на что указываютъ слова его: quid enim, si dominus peculium ademit sine dolo malo? (l. 1 § 1 D. eod.).

b) Въ связи съ этимъ естественно возникаетъ вопросъ, чѣмъ объяснить недопущеніе actio de in rem verso при злостной ademtio.

Причина можетъ быть только одна: злостная ademtio не оказываетъ модифицирующаго вліянія на размѣръ пекулія, а слѣд. и на actio de peculio, какъ это явствуетъ изъ заключительныхъ словъ Нерація, а также изъ l. 21 pr. D. de pec. 15,1. Summa cum ratione etiam hoc peculio praetor imputabit, quod dolo malo domini factum est, quominus in peculio esset.

Другими словами, третій контрагентъ въ такомъ случаѣ сохраняетъ свое право на удовлетвореніе de peculio въ томъ самомъ размѣрѣ, въ какомъ оно существовало до ademtio. Поэтому нѣтъ причинъ допускать сверхъ того actio de in rem verso. Этотъ искъ встрѣчается только тамъ, гдѣ возможность получить удовлетвореніе de peculio либо совсѣмъ отсутствуетъ, либо въ томъ или другомъ смыслѣ подверглась ограниченіямъ.

> l. 5 § 8 D. de jure dot. 23,3. Si filiusfamilias mutuatus creditorem delegavit, ut daret pro filia dotem, vel etiam ipse accepit, et dedit, videri dotem ab avo profectam, Neratius ait hactenus, quatenus avus esset dotaturus neptem suam; id enim in rem avi videri versum.

Приведенный случай весьма сходенъ съ разобраннымъ выше случаемъ l. 7 § 5 D. h. t. 15,3. Нерацій, подобно Лабеону, не считаетъ нужнымъ для возникновенія actio de in rem verso, чтобъ подвластный сынъ дѣйствовалъ

cum animo negotia patris gerendi, а усматриваетъ versum уже въ самомъ фактѣ установленія имъ приданаго.

6) Salvius Julianus.

> l. 12 D. de instit. ait. 14,3. Et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet, mihi vero adversus te vel de peculio dispensatoris, si ex conducto agere velim, vel de peculio vicarii, quod ei mercem vendendam mandaverim, pretiumque, quo emisti, in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tui factus esses.

Настоящій фрагментъ не можетъ быть понятъ безъ непосредственно предшествующаго, — l. 11 § 8 eod., — въ которомъ излагается составъ того случая, который имѣетъ въ виду Юліанъ: si a servo tuo operas vicarii ejus conduxero, et eum merci meae institorem fecero, isque tibi mercem vendiderit, emtio est; nam quum dominus a servo emit, est emtio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emtore et possidere, et usucapere dominus possit.

И такъ, вотъ какого рода случай лежитъ въ основаніи разсужденія Юліана. У Мевія есть рабъ Стихъ, въ составъ пекулія котораго входитъ между прочимъ и подначальный рабъ Эротъ. Является Тицій и нанимаетъ у Стиха его викарія Эрота, котораго дѣлаетъ приказчикомъ своей лавки. Въ лавку заходитъ въ числѣ другихъ покупателей Мевій, господинъ Стиха, а слѣд. и Эрота, и покупаетъ такимъ образомъ у своего же раба вещь. Спрашивается, какія послѣдствія возникаютъ отсюда.

Въ l. 11 § 8 cit. разсматривается такъ сказать преюдиціальный вопросъ о томъ, можетъ ли быть подведена заключенная между господиномъ и рабомъ сдѣлка подъ понятіе купли-продажи, и разрѣшается, конечно, въ утвердительномъ смыслѣ.

Въ l. 12 cit. Юліанъ разбираетъ дальнѣйшій вопросъ о томъ, какой искъ можетъ предъявить покупщикъ Мевій къ хозяину лавки Тицію, а Тицій—къ Мевію. Отвѣтъ юриста таковъ. Мевій можетъ требовать выдачи купленной вещи посредствомъ utilis actio institoria [1]). Тицій съ своей стороны можетъ предъявить къ Мевію либо actio (conducti) de peculio Stichi, либо actio (praescriptis verbis aestimatoria) de peculio Erotis deque in rem verso.

И такъ, юристъ допускаетъ actio de in rem verso, хотя Эротъ, продавая своему господину вещь Тиція въ качествѣ institor'a послѣдняго, очевидно дѣйствовалъ не въ интересѣ Мевія, а Тиція.

Слѣд., и для Юліана рѣшающее значеніе имѣетъ объективный фактъ обогащенія, а не направленіе воли подвластнаго контрагента.

> l. 7 § 12 D. de Sc. Maced. 14,6. Proinde, si acceperit pecuniam (sc. filiusfamilias), et in rem patris vertit, cessat Senatusconsultum; patri enim, non sibi accipit. Sed etsi ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare Senatusconsultum libro XII Digestorum Julianus ait intelligendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret.

По Senatusconsultum Macedonianum третьимъ лицамъ, какъ извѣстно, было запрещено давать подвластнымъ сыновьямъ деньги въ займы; въ случаѣ нарушенія этого постановленія, кредиторъ не могъ требовать возврата денегъ ни отъ отца, ни отъ сына. Исключеніе было допущено между прочимъ въ томъ случаѣ, если деньги поступили къ отцу. Объ этомъ именно и упоминается въ

[1]) Причина, по которой возникаетъ не directa actio institoria, а utilis, заключается въ томъ, что институромъ состоитъ не собственный рабъ хозяина лавки, а чужой; эдиктъ же предусматривалъ только первый случай. (Ср. l. 1 D. de instit. act. 14,3).

данномъ фрагментѣ. Изъ него явствуетъ, что и Юліанъ, подобно Лабеону и другимъ римскимъ юристамъ, не считалъ достаточной для возникновенія actio de in rem verso простую versio in peculium.

II. Къ группѣ юристовъ раціоналистовъ примыкаютъ представители эклектическаго направленія,—Помпоній и Сцевола. Въ практическомъ результатѣ они сходятся съ раціоналистами, не требуя contemplatio domini со стороны подвластнаго контрагента, но они все-таки считаютъ нужнымъ особо выдѣлить тѣ случаи, въ которыхъ такая contemplatio отсутствуетъ, да и вообще дѣло у нихъ не обходится безъ сомнѣній и колебаній.

1. Pomponius.

l. 3 § 1 D. h. t. 15,3. In rem autem versum videtur, sive id ipsum, quod servus accepit, in rem domini convertit,—aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit. Sed etsi erravit in solvendo, et putavit creditorem eum, qui non erat, aeque in rem versum esse Pomponius l. LXI ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet, sive quum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit, veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam, vel si ad vestiendam, sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit.

Въ приведенномъ фрагментѣ перечисляются все такіе случаи, въ которыхъ подвластное лицо дѣйствовало cum animo negotia domini gerendi. Перечень несомнѣнно лишь примѣрный, но все-таки характерно, что въ немъ только и встрѣчаются случаи указаннаго рода. Это даетъ основаніе предположить, что Помпоній смотритъ на нихъ

какъ на нормальные. Наше предположеніе подтверждается слѣдующими двумя фрагментами.

l. 10 § 10 D. eod. Idem (sc. Pomponius) tractat, an ex eventu possit in rem patris filius vertere, veluti si duo rei pater et filius fuerint, et filius mutuatus suo nomine solvat, vel si filio jussu patris credidisti, et filius creditum tibi solvisset? Mihi (sc. Ulpiano) videtur, si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri in rem versum; quodsi non fuit, et suum negotium gerens filius solvit, non esse de in rem verso actionem.

Какъ видно, Помпоній задалъ себѣ вопросъ, порождаетъ-ли обогащеніе „ex eventu“ actio de in rem verso, т.-е. иными словами, можетъ-ли объективный фактъ обогащенія породить этотъ искъ. Къ сожалѣнію, Ульпіанъ не указываетъ, какъ Помпоній отвѣтилъ на этотъ вопросъ, а сообщаетъ только собственное рѣшеніе.

Во всякомъ случаѣ, характерно уже то, что Помпоній,—юристъ, какъ извѣстно, много занимавшійся исторіей права,—колебался въ своихъ взглядахъ на предѣлы примѣнимости actio de in rem verso.

Къ какому онъ въ концѣ концовъ пришелъ рѣшенію, показываетъ l. 5 § 8 (6 § 6) D. de neg. gest. 3,5.

l. 5 § 8 (6 § 6) D. de neg. gest. 3,5.—Sed si ego tui filii negotia gessero, vel servi, videamus, an tecum negotiorum gestorum habeam actionem. Et mihi videtur verum, quod Labeo distinguit et Pomponius libro XXVI probat, ut si quidem contemplatione tui negotia gessi peculiaria, tu mihi tenearis; quodsi amicitia filii tui vel servi, vel eorum contemplatione, adversus patrem vel dominum de peculio dumtaxat dandam actionem... Eodem loco Pomponius scribit hoc adjecto, quod putat, etsi nihil sit in peculio, quoniam plus patri

dominove debetur, et in patrem dandam actionem in quantum locupletior ex mea administratione factus sit.

Въ фрагментѣ разбирается вопросъ о томъ, имѣетъ-ли лицо, выступившее negotiorum gestor'омъ подвластнаго сына или раба, прямую actio negotiorum gestorum contraria противъ властелина.

Лабеонъ и Помпоній требуютъ для этого, чтобъ истецъ дѣйствовалъ contemplatione domini, т.-е. завѣдуя дѣлами подвластнаго лица, дѣлалъ это въ интересахъ властелина. Если же онъ дѣйствовалъ исключительно contemplatione filii vel servi, то противъ властелина возникаетъ только actio (negotiorum gestorum contraria) de peculio. Помпоній прибавляетъ къ этому, что по его мнѣнію въ послѣднемъ случаѣ могла бы быть предъявлена и actio in quantum locupletior factus est pater vel dominus, если только пекулія не хватитъ на удовлетвореніе кредитора.

Повидимому, Помпоній въ данномъ случаѣ идетъ даже дальше Лабеона. Послѣдній упоминаетъ только объ actio de peculio. Если вспомнить однако, что далеко не всегда negotiorum gestio въ пользу подвластнаго приводитъ къ обогащенію властелина, то нетрудно понять, что Лабеонъ просто упустилъ изъ виду возможность той комбинаціи, которой касается Помпоній, и потому только умолчалъ объ actio de in rem verso.

Что же касается самого Помпонія, то весьма интересно, что онъ избѣгаетъ прямо говорить объ actio de in rem verso, а говоритъ только объ actio in quantum locupletior factus est, и притомъ придаетъ этому иску характеръ строго субсидіарнаго средства защиты (на случай недостаточности пекулія).

Нѣкоторымъ изслѣдователямъ это подало поводъ утверждать, что искъ, который имѣетъ въ виду Пом-

поній, не есть вовсе actio de in rem verso [1]). Въ такомъ утвержденіи есть доля правды. Намъ думается, что съ точки зрѣнія Помпонія правильнѣе всего говорить въ данномъ случаѣ объ actio de in rem verso utilis въ томъ самомъ смыслѣ, въ которомъ употребляетъ это выраженіе Сцевола.

Что Помпоній не могъ имѣть въ виду искъ, совершенно отличный по структурѣ отъ обыкновенной actio de in rem verso, явствуетъ изъ того, что онъ ставитъ свою actio in quantum locupletior factus est въ зависимость отъ размѣра пекулія и, слѣдовательно, очевидно имѣетъ въ виду соединеніе въ одной формулѣ оговорокъ de peculio и in quantum locupletior factus est, т.-е. иначе actio de peculio deque in rem verso. А описательное выраженіе, которое онъ употребляетъ, и субсидіарный характеръ, который онъ придаетъ своей actio, доказываютъ, что онъ считаетъ возможнымъ допустить actio de in rem verso только utiliter.

2) Q. Cervidius Scaevola.

Сцевола сходится въ своихъ воззрѣніяхъ съ Помпоніемъ.

Мы уже имѣли случай коснуться его изреченій, вошедшихъ въ составъ l. 20 pr. и l. 21 D. h. t. 15,3.

Поэтому напомнимъ только, что этотъ юристъ при отсутствіи contemplationis domini тоже допускаетъ не directa, а utilis actio de in rem verso.

III. Разсмотрѣвъ сохранившіеся фрагменты изъ сочиненій юристовъ раціоналистовъ и юристовъ эклекти-

[1]) Ср. Рушграть, Archiv fur civilistische Praxis, т. 34, стр. 39 и сл. Циммерманъ, aechte und unaechte negotiorum gestio, стр 71, Левенфельдъ, ук. соч. стр. 36.—За actio de in rem verso стоитъ Витте, ук. соч. стр. 37, стр. 264.

ковъ, мы попытаемся извлечь изъ нихъ тѣ общія начала, которыми руководствовались названные юристы.

1) Прежде всего необходимо отмѣтить основный принципъ, принятый ими, какъ и вообще всѣми римскими юристами, — это строгое разграниченіе между versio in rem (или in patrimonium patris vel domini) и versio in peculium: только versio in rem порождаетъ actio de in rem verso, versionis in peculium для этого недостаточно. (Ср. l. 6 D. h. t. 15,3, l. 7 § 4 eod., l. 7 § 12 D. de Sc. Maced. 14,6).

Это вполнѣ понятно. Преторъ при введеніи actio de in rem verso несомнѣнно понималъ подъ res—res patris sive domini въ противоположность пекулію. Юристы были прежде всего толкователями преторскаго эдикта, который въ глазахъ общества задолго до изданія edictum perpetuum получилъ такую же обязательную силу, какъ и законъ. Подведеніе подъ понятіе versio in rem простой versio in peculium несомнѣнно составило бы плодъ не распространительнаго толкованія преторскаго эдикта, а полнаго извращенія его первоначальнаго смысла. Рѣшиться на такой шагъ римскіе юристы могли бы развѣ въ томъ случаѣ, еслибы это настоятельно требовалось какими-нибудь практическими соображеніями. Но ихъ не было и не могло быть: пока вещь находилась in peculio, въ распоряженіи кредитора всегда находился готовый искъ — actio de peculio.

2) Мы идемъ дальше. Въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ подвластное лицо обладало пекуліемъ, вещь могла сразу поступить въ имущество властелина, или же она сначала поступала въ пекулій, а затѣмъ уже переходила въ патримоній. Отсюда различіе между прямой и косвенной versio. Разсмотримъ отдѣльно ту и другую.

а) Что касается прежде всего прямой versio, то мы видѣли, что раціоналисты не считаютъ единственнымъ

основаніемъ ея дѣйствія подвластнаго лица, — такое же значеніе могутъ имѣть и дѣйствія третьяго контрагента. (Ср. l. 7 § 4 D. h. t. 15,3; l. 5 § 8 (6 § 6) D. de neg. gest. 3,5).

aa) Въ послѣднемъ случаѣ прямо предполагается, что третій контрагентъ не дѣйствовалъ contemplatione domini, иначе возникаетъ не actio de in rem verso, а actio negotiorum gestorum contraria. (Ср. l. 5 § 8 D. cit., а также l. 10 § 5 D. h. t. 15,3). Засимъ безразлично, дѣйствовалъ-ли онъ въ интересахъ подвластнаго лица, (какъ въ l. 5. § 8 cit.), или въ собственномъ интересѣ (какъ въ l. 7 § 4 cit.).

bb) Что касается случаевъ перваго рода, то безразлично, дѣйствовало-ли подвластное лицо contemplatione domini или нѣтъ. Въ источникахъ встрѣчаются примѣры какъ того, такъ и другого. (Ср. съ одной стороны l. 3 § 6, l. 7 § 3, l. 18 D. h. t. 15,3, — съ другой l. 7 § 5 D. eod., l. 5 § 8 D. de jure dot. 23,3 и др.).

Contemplatio въ смыслѣ animus pro domino acquirendi необходима только въ томъ случаѣ, если у подвластнаго лица имѣется пекулій. (Ср. напр. l. 7 § 12 D. de Sc. Maced. 14,6). Это объясняется просто тѣмъ, что in dubio пріобрѣтенія такихъ лицъ поступали въ пекулій.

cc) Подводя итогъ этимъ положеніямъ, мы съ точки зрѣнія раціоналистовъ можемъ выставить такой критерій прямой versio: все, что (благодаря возникшему между подвластнымъ лицомъ и третьимъ контрагентомъ договорному или квазидоговорному отношенію) выбыло изъ имущества третьяго лица и поступило, минуя пекулій, въ имущество властелина, составляетъ versio in rem и порождаетъ actio de in rem verso, если только третій контрагентъ при заключеніи сдѣлки съ подвластнымъ лицомъ не имѣлъ animus negotia domini gerendi по от-

ношенію къ властелину. Въ послѣднемъ случаѣ онъ не можетъ прибѣгнуть къ actio de in rem verso, но и не нуждается въ ней, такъ какъ онъ располагаетъ уже другимъ искомъ,—actio negotiorum gestorum contraria.

b) Мы обращаемся къ косвенной versio. Она, конечно, возможна только тамъ, гдѣ подвластное лицо обладаетъ пекуліемъ. Число примѣровъ такой versio не велико. Однако ихъ все-таки достаточно для того, чтобы подмѣтить двѣ группы случаевъ: съ одной стороны тѣ случаи, въ которыхъ versio вызвана дѣйствіемъ подвластнаго контрагента (l. 3 § 2 D. h. t. 15,3, verb.: sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit), съ другой — тѣ, въ которыхъ она вызвана дѣйствіемъ властелина (l. 19 D. eod.).

Теперь спрашивается, въ какихъ предѣлахъ допускается такая косвенная versio.

Отвѣтъ на это мы можемъ извлечь изъ l. 19 cit. Въ этомъ фрагментѣ Нерацій констатируетъ, что только bonae fidei ademtio порождаетъ actio de in rem verso. Причина этого, какъ уже было замѣчено нами раньше, несомнѣнно заключается въ томъ, что только такая ademtio оказываетъ модифицирующее вліяніе на размѣръ пекулія и вмѣстѣ съ тѣмъ на actio de peculio.

Слѣдовательно, не всякое изъятіе блага изъ пекулія съ переходомъ его въ патримоній составляетъ versum. Разъ такое изъятіе не отражается на actio de peculio, не уменьшаетъ шансы на полученіе удовлетворенія при помощи этого иска, то не можетъ быть рѣчи о косвенной versio.

Если это такъ, то понятное дѣло не только malae fidei ademtio rei peculiaris, но и тѣ моменты, которые приводятъ къ замѣнѣ обыкновенной actio de peculio actione de peculio annali, т.-е. смерть и выходъ изъ подъ власти подвластнаго лица, а равно отчужденіе его безъ

пекулія, не могутъ порождать actio de in rem verso; ибо хотя въ такихъ случаяхъ пекулій формально прекращается и всѣ составныя части его переходятъ въ патримоній, но фактически третій контрагентъ въ теченіи annus utilis можетъ получить удовлетвореніе въ тѣхъ же предѣлахъ, въ которыхъ это было возможно до наступленія одного изъ указанныхъ моментовъ.

Правильность такого заключенія подтверждается той же l. 19 cit: дѣйствительно, внимательный разборъ этого фрагмента убѣждаетъ въ томъ, что тутъ именно идетъ рѣчь о случаѣ, въ которомъ возникаетъ не обыкновенная actio de peculio, а actio de peculio annalis („mortuo deinde filio“); между тѣмъ, этотъ моментъ не оказываетъ никакого вліянія на рѣшеніе юриста.

Такимъ образомъ, юристы-раціоналисты по отношенію къ косвенной versio придерживаются того же принципа, который былъ выработанъ ими въ примѣненіи къ прямой versio. И тутъ и тамъ actio de in rem verso допускается только in subsidium: о прямой versio можетъ быть рѣчь лишь постольку, поскольку третій контрагентъ не можетъ предъявить actio negotiorum gestorum contraria; о косвенной лишь постольку, поскольку данное обстоятельство привело къ сокращенію размѣра пекулія и, слѣдовательно, отразилось на actio de peculio.

3) И такъ, мы пришли къ слѣдующему результату. Actio de in rem verso у юристовъ-раціоналистовъ вылилась въ общій субсидіарный искъ изъ обогащенія, поступившаго къ властелину на основаніи возникшаго между подвластнымъ лицомъ и третьимъ контрагентомъ договорнаго или квазидоговорнаго отношенія.

Въ заключеніе замѣтимъ, что право иска имѣетъ только самъ третій контрагентъ; разъ онъ получилъ удовлетвореніе, право иска прекращается, хотя бы вслѣд-

ствіе этого властелину удалось обогатиться насчетъ четвертаго лица.

Этотъ принципъ выраженъ Нераціемъ въ l. 18 D. h. t. 15,3.

> l. 18 D. h. t. 15,3. Quamvis in eam rem pro servo meo fidejusseris, quae ita contracta est, ut in rem meam versaretur, veluti si, quum servus frumentum emisset, quo familia aleretur, venditori frumenti fidejusseris, propius est tamen, ut de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis, ut unius duntaxat in quoquo contractu de in rem verso sit actio, qui id ipsum credidit, quod in rem domini versum est.

Рабъ купилъ хлѣбъ для пропитанія прислуги своего господина, и за него поручился предъ продавцемъ Мевій. Не получивъ удовлетворенія отъ своего непосредственнаго контрагента, продавецъ обращаетъ взысканіе на поручителя. Возникаетъ вопросъ о томъ, имѣетъ ли Мевій право регресса противъ властелина. Юристъ рѣшаетъ, что онъ можетъ предъявить къ нему actio de peculio, но не actio de in rem verso, такъ какъ послѣдній искъ принадлежитъ лишь тому, изъ имущества котораго поступило къ властелину то благо, которое составляетъ первоначальный объектъ обогащенія послѣдняго. Такимъ объектомъ въ данномъ случаѣ является хлѣбъ, каковой перешелъ къ властелину отъ продавца, а не отъ поручителя.

Впрочемъ, со времени введенія beneficium cedendarum actionum поручитель могъ требовать отъ главнаго кредитора уступки принадлежащей послѣднему actio de in rem verso, такъ что въ концѣ концовъ властелину все-таки приходилось возмѣстить поручителю убытокъ въ предѣлахъ собственнаго обогащенія. Съ этой точки зрѣ-

нія рѣшеніе Нерація слѣд. утратило свое практическое значеніе. Но самый принципъ, лежащій въ основаніи указаннаго рѣшенія, этимъ, конечно, не былъ подорванъ.

§ 6.

Продолженіе. II. Разборъ теорій юристовъ историковъ.

I. Намъ остается разсмотрѣть группу юристовъ историковъ, къ которымъ мы причисляемъ Африкана, Папиніана, Ульпіана и Павла. Вѣроятно, сюда же слѣдуетъ отнести и Трифонина.

Эти юристы сходятся между собою въ томъ отношеніи, что не признаютъ достаточнымъ основаніемъ actionis de in rem verso объективный фактъ увеличенія патримонія. На эту мысль ихъ, очевидно, навело изученіе историческихъ основъ иска. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, не всѣ изъ нихъ считаютъ удобнымъ строго держаться того правила, что только сдѣлка, совершонная подвластнымъ лицомъ въ качествѣ negotiorum gestor'a властелина, порождаетъ actio de in rem verso; нѣкоторые пытаются такъ или иначе смягчить этотъ принципъ. Отсюда въ результатѣ получается рядъ колебаній и противорѣчій, которыя съ особенной силой сказываются у Ульпіана и Павла.

1) Africanus.

l. 17 pr. D. h. t. 15, 3. Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit; nihilo minus posse cum domino de in rem verso agi existimavit, nam etsi procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine

culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum.

Фрагментъ этотъ самъ говоритъ за себя. Африканъ возбуждаетъ вопросъ о томъ, можно ли предъявить actio de in rem verso къ властелину, если рабъ, занявъ деньги для него, помимо всякой вины съ своей стороны утратилъ ихъ; юристъ рѣшаетъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ, ссылаясь на аналогію actio mandati и negotiorum gestorum contraria.

Идти дальше въ параллелизаціи actio de in rem verso съ указанными исками невозможно. Африканъ въ угоду этой параллели даже лишаетъ actio de in rem verso характера иска изъ обогащенія: дѣйствительно, разъ деньги были утрачены рабомъ безъ всякой пользы для господина, послѣдній, очевидно, не можетъ считаться обогатившимся: если Африканъ тѣмъ не менѣе считаетъ его обязаннымъ вознаградить третьяго контрагента, то это можетъ быть объяснено только тѣмъ, что юристъ усматриваетъ въ займѣ, совершонномъ рабомъ, negotium utiliter coeptum.

2) Aemilius Papinianus.

l. 10 § 1 D. h. t. 15, 3... Papinianus l. IX Quaestionum scribit, si filius quasi defensor patris judicium susceperit, et sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem; namque filius eum judicio suscepto liberavit.

Сынъ вмѣсто отца вступилъ въ процессъ, и противъ него состоялось судебное рѣшеніе. Юристъ допускаетъ actio judicati de in rem verso противъ отца. Нечего и доказывать, что приведенный фрагментъ представляетъ яркій примѣръ дѣйствія, совершоннаго contemplatione patris.

l. 10 § 2 eod. Idem tractat Papinianus, et si quod patrem dare oporteret, a filio sim stipula-

tus, et ita convenerim filium; nam et hic de in rem verso fore actionem, nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat.

Въ этомъ фрагментѣ уже прямо выражено, что обогащеніе властелина само по себѣ не порождаетъ версіоннаго иска, а требуется сверхъ того если не animus negotia patris gerendi, то по меньшей мѣрѣ animus patrem obligandi.

3) Tryphoninus.

l. 6 D. h. t. 15, 3. въ связи съ l. 5 § 3 eod. [1]).

Изъ l. 6 cit. можно вывести во всякомъ случаѣ то заключеніе, что и Трифонинъ не всякую versio in patrimonium считаетъ достаточной для порожденія actio de in rem verso. Однако, изъ фрагмента не видно, какіе, по его мнѣнію, должны быть на лицо квалифицирующіе моменты для того, чтобы возникъ этотъ искъ.

4) Ulpianus.

а) Исходная точка зрѣнія Ульпіана формулирована имъ необыкновенно ясно и сильно въ неоднократно цитированной нами l. 3 § 2 D. h. t. 15, 3. Тутъ онъ прямо объявляетъ, что по общему правилу (regulariter) actio de in rem verso имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда подвластное лицо дѣйствовало cum animo negotia domini patrisve gerendi. Та же самая мысль высказывается имъ спеціально въ примѣненіи къ косвенной versio въ l. 5 § 3 D. eod.

Отсюда понятна его полемика съ Лабеономъ, слѣды которой сохранились въ l. 7 § 4 и 5 D. h. t. 15, 3 [2]).

Отсюда же понятно, что у него не встрѣчаются примѣры versionis, совершонной властелиномъ: съ его точки зрѣнія такая versio немыслима (Ср. l. 5 § 3 eod.).

---

[1]) Текстъ обоихъ фрагментовъ приведенъ выше, на стр. 38.

[2]) Ср. выше, стр. 64, 67.

b) Изъ сказаннаго не слѣдуетъ однако, что Ульпіанъ проводилъ свою теорію вполнѣ послѣдовательно на практикѣ. Напротивъ, мы имѣемъ цѣлый рядъ рѣшеній, къ которымъ онъ могъ придти только путемъ болѣе или менѣе смѣлыхъ софизмовъ.

Къ числу такихъ рѣшеній относятся прежде всего l. 7 pr. и § 1 D. h. t. 15,3.

> l. 7 pr. D. h. t. 15,3. — Et ideo, etsi donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit. Et sunt ista vera.
>
> l. 7 § 1 eod. Plane, si mutuum servus accepit, et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.

Оба рѣшенія на первый взглядъ прямо противорѣчатъ другъ другу. Кромѣ того l. 7 § 1 cit. противорѣчитъ вышеприведенному изреченію Папиніана, вошедшему въ составъ l. 10 § 2 eod.

Доктрина издавна пыталась тѣмъ или инымъ путемъ устранить эту антиномію. Укажемъ на важнѣйшія попытки въ этомъ направленіи.

Проще всего посмотрѣлъ на дѣло Витте. Цитируя l. 7 pr. и l. 10 § 2 cit., онъ обходитъ молчаніемъ щекотливую l. 7 § 1 cit.

Весьма радикальную мѣру предлагаетъ Виндшейдъ [1]): онъ замѣняетъ послѣднее слово l. 7 § 1 cit. „est“ словомъ „cessat“. Такой пріемъ не можетъ быть признанъ правильнымъ. Въ литературѣ неоднократно указывалось, что ни рукописный матерьялъ Дигестъ, ни Базилики не даютъ права на такую конъектуру. Сверхъ того, было бы странно, еслибъ Ульпіанъ дважды подрядъ вздумалъ повторять одно и то же. Наконецъ, начальныя слова фраг-

[1]) Ук. соч. т. II, § 483, стр. 743, пр. 4.

мента „plane si“ прямо свидѣтельствуютъ о томъ, что юристъ именно желалъ противопоставить оба случая другъ другу.

Kritz [1]) формально отказывается отъ всякой попытки удовлетворительнаго истолкованія l. 7 § 1 cit.

На толкованіяхъ Рушграта [2]) и Мандри [3]) намъ приходилось уже останавливаться.

Наконецъ, можно указать еще на объясненіе этого фрагмента, встрѣчающееся у Бухки [4]) и Бринца [5]). Они усматриваютъ отличительную особенность l. 7 § 1. cit. въ томъ, что рабъ занимаетъ деньги не съ цѣлью подарить ихъ непосредственно своему господину, а съ цѣлью уплатить долги его; въ этомъ смыслѣ онъ gerit negotia domini, хотя и производитъ уплату денегъ donandi animo.

Намъ думается, что толкованіе послѣднихъ двухъ ученыхъ дѣйствительно правильно передаетъ какъ фактическій составъ случая, имѣвшагося въ виду Ульпіаномъ [6]), такъ и ходъ мыслей этого юриста, который побудилъ его допустить actio de in rem verso.

Но изъ этого не слѣдуетъ, чтобъ выводъ Ульпіана логически вытекалъ изъ началъ negotiorum gestio, положенныхъ этимъ юристомъ въ основаніе версіоннаго иска. Дѣйствительно, предположимъ, что самостоятельный negotiorum gestor продѣлалъ бы ту операцію, которую имѣлъ въ виду Ульпіанъ: онъ бы несомнѣнно не могъ предъявить actio negotiorum gestorum contraria къ dominus negotii, такъ

---

[1]) Pandektenrecht, т. I, стр. 437.

[2]) См. выше, стр. 30.

[3]) См. выше, стр. 40.

[4]) Buchka, d. Lehre v. d. Stellvertretung, стр. 32, пр. 6.

[5]) Ук. соч. т. II, стр. 220, пр. 19.

[6]) Ср. различіе въ терминахъ: въ l. 7 pr. cit —„donaverit“, въ l. 7 § 1 eod.—„solvit“ (sc. creditori domini).

какъ для этого требуется, чтобъ онъ сохранилъ animus negotia domini gerendi [1]). Другими словами, благопріятное для третьяго контрагента рѣшеніе Ульпіана основано на явномъ софизмѣ,—фактически оно представляетъ уклоненіе отъ принятаго имъ основнаго начала. Еслибы этотъ юристъ пожелалъ оставаться вѣрнымъ своему исходному положенію, онъ бы не могъ придти къ иному заключенію, чѣмъ Папиніанъ (въ l. 10 § 2 cit.).

Разобранный нами случай не единственный, въ которомъ Ульпіанъ допустилъ нарушеніе своего догмата. Такое же нарушеніе слѣдуетъ усмотрѣть въ томъ, что этотъ юристъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ по всѣмъ видимостямъ допускалъ praesumtio juris et de jure насчетъ наличности animus negotia domini gerendi. По крайней мѣрѣ, способъ выраженія его тамъ, гдѣ рѣчь идетъ о пріобрѣтеніи res necessariae и utiles, даетъ полное основаніе подозрѣвать это. (Ср. заключительныя слова l. 3 § 2 D. h. t. 15,3: quotiesque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem; l. 3 § 8 eod., въ особенности же l. 5 § 2 eod.. Quod servus domino emit, — sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emerit, de in rem verso actio erit).

Въ заключеніе нельзя не сказать нѣсколько словъ о l. 3 pr. D. h. t. 15,3 [2]). Въ этомъ фрагментѣ возбуждается вопросъ о томъ, можетъ ли третій котрагентъ, у котораго рабъ занялъ деньги на собственный выкупъ, предъявить къ господину actio de in rem verso. Ульпіанъ даетъ утвердительный отвѣтъ на тотъ случай, si quid plus sit in eo, quod servus dedit,quam est in servi pretio.

[1]) Ср. l. 26 (27) § 1, l. 33 (34), l. 43 (44) D. de neg. gest. 3,5; l. 11, 12, 13, 15 Cod. de neg. gest. 2,18 (19).

[2]) Текстъ фрагмента см. выше. стр. 25.

Это рѣшеніе уже никоимъ образомъ не можетъ быть приведено въ связь съ исходнымъ положеніемъ Ульпіана, къ какимъ бы смѣлымъ софизмамъ мы ни прибѣгали,—оно прямо идетъ въ разрѣзъ съ l 3 § 2 cit. Какимъ образомъ юристъ могъ постановить такое рѣшеніе? Одно изъ двухъ: или имъ руководилъ какой-нибудь мотивъ спеціальнаго свойства (вродѣ желанія придти на помощь тому, кто далъ рабу возможность получить свободу, или желанія наказать господина, потребовавшаго отъ раба чрезмѣрнаго выкупа); или же данное рѣшеніе лишь по ошибкѣ попало въ число изреченій Ульпіана.

Послѣднее предположеніе имѣетъ многое за себя. Дѣйствительно, l. 3 pr. cit. какъ бы дополняетъ непосредственно предшествующее рѣшеніе Яволена, вошедшее въ составъ l. 2 D. h. t. 15,3 [1]); въ этомъ фрагментѣ говорится, что третій контрагентъ, у котораго рабъ занялъ деньги на выкупъ, не имѣетъ права требовать возврата денегъ у господина, quia dando libertatem locupletior ex numis non fit (sc. dominus).

L. 3 pr. cit. вноситъ поправку въ это рѣшеніе, — поправку, которая вполнѣ понятна съ точки зрѣнія раціоналистовъ. Очень возможно, что она сдѣлана тѣмъ же Яволеномъ, и попала въ комментарій Ульпіана лишь по недосмотру со стороны компиляторовъ, допущенному ими при окончательной сводкѣ отдѣльныхъ фрагментовъ, подлежащихъ включенію въ титулъ de in rem verso. Внѣшнимъ подтвержденіемъ этого предположенія служитъ то обстоятельство, что l. 2 cit. взята изъ комментарія Яволена ad C. Cassium Longinum. Позднѣйшіе юристы при комментированіи своихъ предшественниковъ обыкновенно дополняли ихъ и снабжали комментируемыя рѣшенія примѣчаніями. Такъ могло быть и въ данномъ случаѣ: l. 2

[1]) Текстъ фрагмента см. выше, стр. 68.

cit. представляетъ собою вѣроятно положеніе Кассія, а l. 3 pr. cit. — примѣчаніе къ нему со стороны Яволена.

Такое объясненіе освобождаетъ Ульпіана отъ упрека, что онъ постановляетъ частныя рѣшенія, открыто противорѣчащія принятымъ имъ же общимъ началамъ.

c) Впрочемъ, какъ бы мы ни посмотрѣли на l. 3 pr. cit., самый фактъ, что Ульпіанъ не всегда строго держится своего исходнаго положенія, не можетъ подлежать сомнѣнію. Это только показываетъ, что строгое проведеніе указаннаго начала приводило къ нежелательнымъ для самого Ульпіана послѣдствіямъ, которыхъ онъ и старался по возможности избѣгать.

Въ этомъ отношеніи необходимо обратить вниманіе еще на слѣдующее.

Если для возникновенія actio de in rem verso принципіально требуется, чтобъ подвластное лицо дѣйствовало cum animo negotia domini gerendi, то для третьяго контрагента, конечно, очень важно знать, quo animo подвластное лицо вступаетъ въ сдѣлку. Для этого приходилось справляться у послѣдняго, заключаетъ ли онъ сдѣлку pro se или pro domino. Что такой пріемъ дѣйствительно практиковался, видно изъ l. 3 § 9 и 10 D. h. t. 15,3.

> l. 3 § 9 D. h. t. 15,3. Sed si sic accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit, et decepit creditorem, non videtur versum, nec tenetur dominus, ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret.—Quid tamen, si is fuit servus, qui solitus erat accipiens vertere? Adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit, aut si, quum hac mente accepisset, postea alio vertit; curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur.

§ 10 eod. Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam, et numi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor, an venditor? Puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum, etsi vestis perierit; si autem non fuit pretium solutum, adhuc tamen data pecunia, ut vestis emeretur, et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. An et venditor habeat, quia res ejus pervenerunt in rem domini? Ratio hoc facit, ut teneatur. Unde incipit dominus teneri ex una causa duobus; proinde etsi tam pecunia, quam vestis periit, dicendum erit, utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.

Въ первомъ фрагментѣ рабъ объявилъ, что вступаетъ въ сдѣлку въ интересахъ господина, и обманулъ своего контрагента; юристъ отказываетъ послѣднему въ actio de in rem verso даже въ томъ случаѣ, если рабъ успѣлъ вкрасться въ довѣріе своего контрагента, какъ solitus accipiens vertere. Рѣшеніе интересно тѣмъ, что кредиторъ, справившись у раба насчетъ его animus, очевидно считалъ, что вслѣдствіе этого вступилъ какъ бы въ непосредственныя отношенія съ господиномъ, дающія ему право искать съ него деньги независимо отъ того, получилъ ли послѣдній ихъ или нѣтъ.

Еще яснѣе подобный ходъ мыслей сказывается во второмъ фрагментѣ. Рабъ занялъ деньги у одного лица, чтобъ купить у другого платье для прислуги (familia), о чемъ и поставилъ въ извѣстность заимодавца (ad hoc data pecunia, ut vestis emeretur); затѣмъ деньги пропали и возникъ вопросъ, кто можетъ предъявить actio de in rem verso къ господину, заимодавецъ или продавецъ?

Ульпіанъ рѣшаетъ, что заимодавецъ можетъ предъявить этотъ искъ, когда или деньги внесены продавцу, или купленное на нихъ платье роздано прислугѣ; въ первомъ случаѣ утрата платья, во второмъ—утрата денегъ не имѣютъ для него значенія. Наряду съ заимодавцемъ право иска имѣетъ и продавецъ, разъ онъ не получилъ денегъ отъ раба и разъ платье роздано; послѣдній сохраняетъ свое право иска и въ томъ случаѣ, если платье впослѣдствіи будетъ утрачено. Такимъ образомъ, господинъ при извѣстномъ стеченіи обстоятельствъ можетъ оказаться отвѣтственнымъ передъ тѣмъ и другимъ [1]).

Интересъ фрагмента для насъ заключается въ томъ, какъ Ульпіанъ мотивируетъ свое рѣшеніе: quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt. Оказывается, что юристъ все-таки придаетъ значеніе тому обстоятельству, справился ли третій контрагентъ у раба о цѣли, ради которой тотъ вступаетъ съ нимъ въ сдѣлку.

Въ этомъ убѣждаетъ и другой фрагментъ того же юриста, l. 1 pr. D. h. t. 15,3, гдѣ Ульпіанъ оправдываетъ введеніе actio de in rem verso тѣмъ, что quasi cum ipsis (sc. dominis sive patribus) potius contractum videatur. Ставъ на такой скользкій путь, Ульпіанъ естественно долженъ былъ столкнуться съ вопросомъ о томъ, не составляетъ ли справка у подвластнаго лица насчетъ его animus не только право, но и обязанность третьяго контрагента, иначе—не требуется ли положительная con-

---

[1]) Кстати замѣтимъ, что изъ этого не слѣдуетъ, что господинъ отвѣчаетъ свыше наличнаго своего обогащенія. Разъ послѣ удовлетворенія одного изъ кредиторовъ обогащеніе его прекратилось, второй не получаетъ ничего. Это прямо выражено въ l. 4 D. h. t. 15,3, непосредственно примыкающей къ l. 3 § 10 cit.—L. 4 cit. (Gajus): sed dicendum est, occupantis meliorem conditionem esse debere, nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est.

templatio domini съ его стороны. Утвердительный отвѣтъ на этотъ вопросъ свелъ бы actio de in rem verso на практикѣ на нѣтъ, ибо не сохранилось бы различія между нею и actio negotiorum gestorum contraria.

Ульпіанъ это понялъ. Въ l. 10 § 5 D. h. t. 15,3 онъ противополагаетъ оба иска другъ другу, замѣчая: plane si contemplatione domini pecuniam dedi, non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero — experiri.

И такъ, догматически за оборотами, употребляемыми Ульпіаномъ въ l. 3 § 10 и l. 1 pr. D. h. t. 15,3 можетъ быть признано лишь конструктивное значеніе. За всѣмъ тѣмъ они въ связи съ вышесказаннымъ свидѣтельствуютъ о крайней неустойчивости во взглядахъ этого юриста на разбираемый искъ.

Этимъ мы закончимъ нашъ обзоръ теоріи Ульпіана.

5) Julius Paulus.

а) Общій взглядъ этого юриста на actio de in rem verso выраженъ имъ въ Sententiarum libri V ad filium.

> Rec. Sent. II, § 9,a. Servus vel filiusfamilias si acceptam pecuniam in rem patris vel domini verterit, hoc modo, agrum puta colendo, domum fulciendo, mancipia vestiendo, mercando, vel creditori solvendo, vel quid tale faciendo, de in rem verso in solidum vel patrem vel dominum obligat: si tamen ob hanc causam pecunia data sit.

Приведенный фрагментъ прежде всего доказываетъ, что Павелъ въ принципѣ не считаетъ достаточнымъ простой фактъ перехода вещи въ patrimonium властелина, а требуетъ, ut ob hanc causam pecunia data sit.

Смыслъ послѣдней оговорки очень спорный. Спрашивается, относится ли она къ подвластному лицу, или къ третьему контрагенту.

Куяцій даетъ два діаметрально противоположныя объясненія.

Въ Комментаріи къ Receptae Sententiae [1]) онъ замѣчаетъ:

> Dominus vel pater in solidum tenetur de in rem verso, si, inquit, ob hanc causam pecunia data sit, id est, si filius aut servus principaliter gerens negotium patris vel domini, eo animo, ut sibi ex hac causa obligarent, locupletiores eos fecerint, quae sententia fusa est per totum titulum D. de in rem verso.

Напротивъ, въ Tractatus ad Africanum [2]) онъ говоритъ:

> Ceterum lucrum vel in rem versum non aestimamus ex eventu (d. l. 19 in princ. et § ult. = l. 19. D. h. t. 15,3), sed ex consilio servi: nec enim tam exigimus, ut lucrum fecerit dominus ex negotio servi, quam ut negotium illud domino gerere servus voluerit, et caverit se accipere in rem domini, et recte Paulus (l.) II Sententiarum servo pecuniam acceptam convertente in rem domini ita demum obligari dominum de in rem verso, si ob eam causam pecunia data sit. Ergo exigimus etiam ut sciat creditor, eam pecuniam sumi, imo et consumi in rem domini, l. 3 § sed si accepit h. t. (=l. 3 § 9 D. h. t. 15,3). Nec enim debuit creditor temere credere filiofamilias aut servo, sed hanc curam suscipere in primis, an pecunia in rem patris vel domini eroganda esset.

Huschke въ своемъ изданіи Jurisprudentia Antejustiniana [3]) передаетъ слова si ob hanc causam pecunia

---

[1]) Op. omn. t. V p. 2059.

[2]) ib. t. IV, p. 312.

[3]) Прим. 3 къ S. R. II, 9.

data sit такъ: id est si filiusfamilias eo nomine, ut patris negotia gereret, pecuniam in rem verterit.

Его толкованіе приняли Виндшейдъ [1]) и Левенфельдъ [2]).

Мандри [3]) думаетъ, что спорныя слова относятся къ третьему контрагенту, но вмѣстѣ съ тѣмъ замѣчаетъ, что изреченіе Павла могло бы имѣть значеніе лишь въ томъ случаѣ, еслибъ его sententiae сохранились въ первоначальномъ своемъ видѣ, безъ всякихъ произвольныхъ урѣзокъ. „Но такъ какъ этого нельзя сказать, то можно допустить, что эти заключительныя слова объясняются структурой даннаго конкретнаго случая и въ частности тѣмъ, что имѣлись въ виду такіе случаи, гдѣ обогащеніе по крайней мѣрѣ отчасти отпало“.

Послѣднее объясненіе несомнѣнно самое неудачное. Нѣтъ никакого основанія предполагать, что Павелъ говоритъ о какихъ-то спеціальныхъ случаяхъ, къ которымъ будто бы только и относятся заключительныя слова его. Напротивъ, онъ несомнѣнно формулируетъ общій принципъ.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не согласиться съ Мандри въ томъ отношеніи, что эти слова относятся къ третьему контрагенту: въ нихъ говорится о pecunia data, а не accepta или versa, даетъ же деньги третій контрагентъ, а не подвластное лицо, которое только получаетъ ихъ.

Если это такъ, то слѣдуетъ признать, что Павелъ увлекся тѣмъ самымъ ходомъ мыслей, слѣды котораго намъ удалось подмѣтить и у Ульпіана (въ l. 1 pr., l. 3 § 10 D. h. t. 15,3).

b) Это предположеніе подтверждается слѣдующимъ частнымъ рѣшеніемъ названнаго юриста.

---

[1]) Ук. соч. т. II, § 483, стр. 793, пр. 5.

[2]) Ук. соч. стр. 25.

[3]) Ук. соч. т. II, стр. 516.

l. 17 D. de Sc. Maced. 14,6. Filius familias si in id acceperit mutuam pecuniam, ut eam pro sorore sua in dotem dederit, pater ejus de in rem verso tenebitur; ipsi enim mortua in matrimonio puella repetitio dotis datur.

Кредиторъ далъ подвластному сыну деньги въ займы съ тѣмъ, ut eam (sc. pecuniam) pro sorore sua in dotem dederit. Причина, по которой онъ включилъ эту оговорку, ясна. Дать filiofamilias деньги въ займы безъ всякихъ оговорокъ онъ не желалъ, помня запретительныя постановленія Senatusconsulti Macedoniani. Но онъ зналъ, что не подвергается опасности, если деньги его поступятъ in rem patris. А такая versio могла имѣть мѣсто, разъ деньги были предназначены для приданаго сестры его контрагента, такъ какъ отецъ обязанъ былъ дать приданое своей дочери (Ср. l. 19 D. de ritu nupt. 23,2; l. 6 D. de collat. 37,6). Вотъ почему была включена упомянутая оговорка. Если же это такъ, то уже не подлежитъ сомнѣнію, что кредиторъ voluerat in rem patris vertere.

При этомъ еще достойно вниманія, что Павелъ не считаетъ нужнымъ подчеркнуть ни въ этомъ фрагментѣ, ни въ вышеприведенномъ, что подвластный контрагентъ долженъ имѣть animus negotia patris gerendi. Отсюда можно заключить, что и онъ не обходится безъ praesumtiones juris et de jure. Въ этомъ нельзя не усмотрѣть уклоненіе отъ исторической основы иска.

c) Намъ остается сказать нѣсколько словъ о l. 19 D. h. t. 15,3. Въ этомъ фрагментѣ Павелъ сначала излагаетъ рѣшеніе Нерація, на которомъ намъ уже приходилось останавливаться [1]). Къ этому онъ прибавляетъ отъ себя:

---

[1]) См. выше, стр. 70.

Atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris res versa est non nunc, quo funerabitur, sed quo tempore emit; funus enim filii aes alienum patris est. Et hoc Neratius quoque, qui de in rem verso patrem teneri putavit, ostendit, negotium hoc, id est sepulturam et funus filii, patris esse aes alienum, non filii. Factus est ergo debitor peculii (sc. pater), quamvis res non extet, ut etiam de peculio possit conveniri; in quam actionem venit et quod in rem versum est, quae tamen adjectio tunc necessaria est, quum annus post mortem filii excessit

Припомнимъ, что Нерацій допустилъ actio de in rem verso противъ отца въ томъ случаѣ, если отецъ совершилъ bonae fidei ademtio rei peculiaris. Павелъ не рѣшается признать его рѣшеніе прямо неправильнымъ. Онъ обходитъ молчаніемъ щекотливый для него вопросъ о томъ, можетъ ли вообще ademtio породить versum; вмѣсто этого онъ замѣчаетъ, что отецъ можетъ считаться обогатившимся не только съ момента ademtionis togae, но уже съ момента покупки тоги сыномъ, разъ онъ вообще обязанъ былъ купить сыну тогу (намекъ на обязанность отца алиментировать сына). Дальнѣйшее разсужденіе Павла, въ которомъ онъ замѣчаетъ, что наряду съ actio de in rem verso можетъ быть предъявлена и actio de peculio, насъ не интересуетъ.

И такъ, Павелъ косвенно приходитъ къ результату, что основаніемъ для предъявленія actio de in rem verso служитъ не ademtio togae со стороны отца, а emtio ея со стороны сына. Цѣль его при этомъ очевидно заключается въ томъ, чтобы согласовать данный случай съ принятой имъ теоріей. Нельзя однако не замѣтить, что это ему не вполнѣ удается, ибо въ концѣ концовъ все-

таки остается невыясненнымъ какъ animus сына при пріобрѣтеніи тоги, такъ и роль третьяго контрагента.

Такимъ образомъ оказывается, что и Павелъ, подобно Ульпіану, не выработалъ вполнѣ законченнаго ученія о предѣлахъ примѣненія actio de in rem verso.

II) Подведемъ итогъ сказанному нами. Предшествующій обзоръ убѣдилъ насъ въ томъ, что юристы-историки не съумѣли создать цѣльной, вполнѣ послѣдовательно проведенной теоріи.

Увлекаясь преданіями старины, осуждая своихъ предшественниковъ раціоналистовъ за чрезмѣрное уклоненіе отъ историческихъ основъ иска, (какъ то дѣлаетъ Ульпіанъ), они все-таки не могли не считаться съ ними, не могли не сознавать, что послѣдніе были правы, толкуя эдиктъ распространительно. Въ результатѣ это даетъ рядъ исключеній, противорѣчій, недомолвокъ, ничѣмъ не оправдываемыхъ съ точки зрѣнія формальной логики, но вполнѣ понятныхъ, если смотрѣть на нихъ какъ на уступки требованіямъ жизни.

§ 7.

Положеніе actionis de in rem verso въ Юстиніановомъ правѣ.

Мы разсмотрѣли ходъ развитія actio de in rem verso, поскольку это позволяетъ состояніе источниковъ. Намъ остается теперь разсмотрѣть положеніе этого иска въ Юстиніановомъ правѣ.

Предшествующій обзоръ, думается намъ, показалъ, что всякая попытка догматическаго согласованія изре-

ченій всѣхъ римскихъ юристовъ, начиная съ Алфена и Лабеона и кончая Ульпіаномъ и Павломъ, должна остаться безуспѣшной: мы въ этомъ отношеніи имѣемъ дѣло съ несоизмѣримыми величинами. Вопросъ можетъ состоять лишь въ томъ, какой школѣ юристовъ съ точки зрѣнія Юстиніанова права должно быть отдано предпочтеніе,— раціоналистамъ или историкамъ.

1) Съ внѣшней стороны тѣ и другіе имѣютъ одинаковое право на вниманіе. Если въ чисто количественномъ отношеніи и оказывается нѣкоторый перевѣсъ на сторонѣ историковъ, то это объясняется просто тѣмъ, что 19-я книга комментарія Ульпіана ad Edictum послужила для компиляторовъ главнымъ матеріаломъ при составленіи титула Дигестъ de in rem verso. Но тѣ же компиляторы включили также извлеченія изъ сочиненій юристовъ раціоналистовъ, нисколько не считая нужнымъ согласовать ихъ съ взглядами представителей противоположнаго направленія.

За-то, съ внутренней стороны едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что слѣдуетъ отдать предпочтеніе раціоналистамъ. Они даютъ намъ вполнѣ законченную, строго продуманную и послѣдовательно проведенную теорію, при помощи которой легко разобраться въ необъятной массѣ отдѣльныхъ частныхъ случаевъ. Этимъ они выгодно отличаются отъ представителей исторической школы.

2) И такъ, общія соображенія несомнѣнно говорятъ въ пользу ученія раціоналистовъ. Но это не все.

Въ кодексѣ сохранилось нѣсколько рескриптовъ, которые показываютъ, что это ученіе на практикѣ взяло верхъ надъ ученіемъ юристовъ историковъ.

Къ числу такихъ рескриптовъ относятся l. 2 и l. 5 Cod. ad SC. Maced. 4, 28.

l. 2. Cod. 4, 28 (Imp. Severus et Antoninus

A A. Sophiae). Zenodorus si, quum sui juris esse publice videretur, aut patris voluntate contraxit, aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis (sc. Sc. Macedoniano), rationis est.

l. 5 eod. (Imp. Alexander A. Musae). Macedoniani Senatusconsulti auctoritas petitionem ejus pecuniae non impedit, quae filiofamilias, studiorum vel legationis causa alibi degenti, ad necessarios sumtus, quos patris pietas non recusaret, credita est.

Въ обоихъ рескриптахъ упоминаются случаи совершенія займа подвластными дѣтьми, причемъ указывается, что такіе займы порождаютъ право иска между прочимъ тогда, когда произошла versio in rem patris. Притомъ тутъ и тамъ versio опредѣляется чисто объективными признаками (l. 2 cit.: pecunia, quae patris oneribus incumberet; l. 5 cit.: pecunia — ad necessarios sumtus, quos patris pietas non recusaret.) [1]).

Наконецъ, нельзя не указать и на то, что въ институціяхъ Юстиніана для возникновенія actio de in rem verso требуется только, чтобъ благо поступило въ патримоній властелина; ни о какихъ другихъ условіяхъ не упоминается.

§ 4. I. quod cum eo 4, 7. Praeterea introducta est actio de peculio deque in rem verso... In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus

[1]) Ср. также l. 1—3, l. 7 pr., l. 11—12. Cod. quod cum eo 4, 26.

ejus solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus est.

Въ виду изложеннаго нельзя не признать, что въ Юстиніановомъ правѣ окончательно восторжествовало ученіе раціоналистовъ.

ГЛАВА III.

Объектъ actio de in rem verso.

§ 8.

Литература вопроса. Взглядъ раціоналистовъ, Помпонія и Африкана.

Вопросъ объ объектѣ actio de in rem verso сводится къ тому, отвѣчаетъ ли властелинъ однимъ только наличнымъ своимъ обогащеніемъ, или въ болѣе широкихъ предѣлахъ. Изслѣдователи рѣзко расходятся во мнѣніяхъ. Останавливаться подробно на отдѣльныхъ теоріяхъ мы однако не станемъ. И безъ того ясно, что различіе во взглядахъ на общую природу иска должно было отразиться и на отношеніи изслѣдователей къ вопросу объ объектѣ иска.

Отмѣтимъ только три главныхъ направленія [1]).

---

[1]) Мы конечно оставляемъ пока въ сторонѣ случай ratihabitio сдѣлки раба со стороны господина и случай, когда господинъ находится in dolo. О такихъ случаяхъ говорится въ l. 5 § 2 и l. 10 § 6 D. h. t. 15,3.

Одни изслѣдователи [1]) находятъ, что размѣръ обогащенія властелина никогда не имѣетъ рѣшающаго значенія при установленіи предѣловъ отвѣтственности его.

Другіе [2]) различаютъ двѣ категоріи случаевъ, въ зависимости отъ того, дѣйствовало ли подвластное лицо въ качествѣ negotiorum gestor своего господина или нѣтъ; въ первомъ случаѣ отвѣтственность властелина выходитъ за предѣлы наличнаго его обогащенія, во второмъ она ограничивается таковымъ.

Наконецъ, третья группа изслѣдователей [3]) въ принципѣ высказывается за ограниченіе отвѣтственности властелина наличнымъ его обогащеніемъ.

Обращаясь къ источникамъ, мы должны замѣтить, что сами римскіе юристы неодинаково относились къ занимающему насъ вопросу. Это вполнѣ объясняется тѣмъ, что они вообще расходились во взглядахъ на actio de in rem verso. Къ сожалѣнію, матерьялъ, дошедшій до насъ, крайне неполонъ, такъ что взгляды отдѣльныхъ юристовъ, за исключеніемъ развѣ Помпонія и Ульпіана, обрисовываются далеко не въ достаточной мѣрѣ.

I) У раціоналистовъ, повидимому, рано одержалъ верхъ принципъ, что властелинъ не долженъ отвѣчать свыше предѣловъ наличнаго обогащенія.

Это уже a priori весьма вѣроятно, такъ какъ эти юристы вообще придавали рѣшающее значеніе началу обогащенія. Вспомнимъ хотя бы цитированные нами

---

[1]) См. Витте, ук. соч., стр. 215, 268.

[2]) См. Ruhstrat, Jahrb. f. Dogm. т. 19, стр. 442. Менѣе опредѣленно высказывается Thibaut, System d. Pandektenrechts, 8 изд., т. I, стр 212; Brinz, ук. соч. т. II, стр. 218, прим. 7.

[3]) См. Windscheid, ук. соч, т. II, стр. 741, 743; Arndts, ук. соч., стр. 468; Sintenis, ук. соч., стр. 380; Mandry, ук. соч, стр. 481 сл., 529 сл., Dernburg, ук. соч., т II, стр. 38; Loewenfeld, ук. соч., стр. 47—48.

выше фрагменты: Лабеона: l. 3 § 3, l. 7 § 5 D. h. t. 15,3; Яволена—l. 9 eod.; Нерація—l. 5 § 8 D. de J. D. 23,3; въ особенности же l. 17 § 4 D. de inst. act. 14,6 Прокула, гдѣ говорится: sed si ex eo contractu— in rem meam versum sit nec velim, quo locupletior sim, solvere, replicari de dolo malo oportet.

Послѣдній фрагментъ содержитъ уже прямое указаніе на то, что отвѣтственность властелина ограничивается наличнымъ его обогащеніемъ.

Важное примѣненіе этого начала къ частному случаю можно встрѣтить въ l. 1 § 2 D. h. t. 15,3. Вотъ этотъ фрагментъ, въ которомъ воспроизводится взглядъ Юліана:

Item si plures agant de peculio, proficere hoc ei, cuius pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiorem actionem habeat. Certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset, videndum. Et refert Pomponius, Julianum existimare, de peculio actione perimi de in rem verso actionem, quia in peculium conversum est, quod in domini rem erat versum; et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum.

Къ этому Ульпіанъ отъ себя прибавляетъ:

> Sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus, quod servus in rem eius verterat, ceterum si non praestiterit manet actio de in rem verso.

Фрагментъ касается вопроса о соотношеніи между actio de peculio и a. de in rem verso. Сначала выставляется общее правило: если существуетъ нѣсколько пекуліарныхъ кредиторовъ, то выгоднѣе положеніе того, cujus pecunia in rem versa est. Допустимъ, напр., что рабъ купилъ одну вещь у A. для себя, а другую у B. для господина. Оба могутъ предъявить a. de peculio, но

A. только простую, а B. — a. de peculio deque in rem verso. Слѣдовательно B. prima facie находится въ болѣе выгодномъ положеніи, имѣетъ actio uberior. Затѣмъ обсуждается дальнѣйшій вопросъ: что происходитъ въ томъ случаѣ, если кредиторъ A., cujus pecunia in rem versa non est, предъявилъ actio de peculio раньше другого кредитора B.

Юліанъ замѣчаетъ, что искъ B. ex in rem verso прекращается, если на удовлетвореніе перваго кредитора пошло и то, quod in rem domini erat versum; это могло имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, если господинъ, получая отъ раба вещь, купленную у B., debitor peculiaris manere voluit. Что Юліанъ имѣлъ въ виду именно случай такого рода, видно изъ его заключительныхъ словъ: pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum.

Мысль Юліана удачно дополняется Ульпіаномъ: господинъ конечно могъ и не сдѣлать того, что предположилъ Юліанъ, т.-е. могъ и не употребить versum на удовлетвореніе перваго кредитора, — тогда a. de in rem verso втораго остается въ полной силѣ.

Для насъ важно то, что Юліанъ въ своихъ разсужденіяхъ, очевидно, исходилъ изъ мысли, что послѣдующее прекращеніе обогащенія ведетъ къ прекращенію actio de in rem verso. А если это такъ, то мы имѣемъ прямое доказательство того, что раціоналисты считали необходимымъ ограничить отвѣтственность властелина размѣромъ наличнаго его обогащенія.

II. Къ раціоналистамъ примыкаетъ Помпоній. Сохранилось нѣсколько весьма любопытныхъ изреченій его:

> l. 5 pr. D. h. t. 15,3. Si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem eius versum, Pomponius scribit, quatenus servorum

verum pretium facit, quum, si necessarias emisset, in solidum, quanto venissent, teneretur.

Помпоній, очевидно, имѣетъ въ виду случай слѣдующаго рода: рабъ въ качествѣ negotiorum gestor своего господина купилъ нѣсколько вещей, притомъ за цѣну, превышающую ихъ объективную цѣнность. Юристъ рѣшаетъ, что если были куплены просто полезныя, но не необходимыя вещи, то обогащеніе господина не превышаетъ объективной цѣнности купленныхъ вещей; въ противномъ же случаѣ продавецъ можетъ требовать отъ него посредствомъ a. de in rem verso уплаты всей покупной цѣны.

Рѣшеніе очень тонкое,—но не содержится ли въ немъ уклоненіе отъ началъ теоріи обогащенія? Вѣдь объектъ обогащенія, повидимому, одинъ и тотъ же, откуда же двоякій масштабъ при оцѣнкѣ размѣра отвѣтственности властелина? Сомнѣніе разрѣшается просто, если уяснить себѣ, что обогащеніе въ данномъ случаѣ измѣряется не просто объективной цѣнностью купленныхъ вещей, а тѣмъ сбереженіемъ, которое удалось сдѣлать властелину благодаря покупкѣ вещей рабомъ. Размѣръ же сбереженій всегда зависитъ не только отъ однихъ объективныхъ, но и отъ индивидуальныхъ моментовъ, безотносительно къ тому, составляетъ ли обогащеніе результатъ сдѣлки, заключенной третьимъ лицомъ въ интересахъ обогатившагося лица или нѣтъ [1]). При этомъ иногда по-неволѣ приходится довольствоваться презумпціями. Въ данномъ случаѣ Помпоній такъ и поступаетъ. Онъ допускаетъ, что властелинъ есть diligens paterfamilias, лицо, взвѣшивающее pro и contra всякаго своего

---

[1]) См. l. 3 § 3 D. h. t. 15, 3. verb.: secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat; l 7 § 5 eod. verb.: quatenus avus pro nepte daturus fuit, и т. д.

дѣйствія. Очевидно и такое лицо должно очутиться въ безвыходномъ положеніи, разъ въ данную минуту необходимо во что бы то ни стало пріобрѣсти данную вещь (напр. лѣкарство для больного); тутъ по-неволѣ приходится мириться съ цѣной, какой потребуетъ первый попавшійся продавецъ; напротивъ, разъ покупается просто полезная вещь, то существуетъ возможность навести справки о настоящей цѣнѣ ея, нѣтъ основанія спѣшить, можно выждать болѣе благопріятную комбинацію и т. д.; вотъ почему въ послѣднемъ случаѣ размѣръ сбереженія властелина и не превышаетъ объективной цѣнности вещи. Конечно, презумпція, изъ которой исходитъ Помпоній, можетъ оказаться непримѣнимой къ данному частному случаю. Но онъ вѣдь и выставляетъ только общее правило. Къ тому же, выиграть можетъ отъ такой презумпціи только обогатившееся лицо, а ужъ никакъ не третій контрагентъ.

Словомъ приведенный фрагментъ явно свидѣтельствуетъ о тенденціи Помпонія по возможности ограничить отвѣтственность властелина.

Эта тенденція еще рѣзче сказывается въ другихъ его фрагментахъ.

> l. 10 § 7 D. h. t. 15,3. — Proinde si, quum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta creditori eius solverit, vel familiam exhibuerit, dicendum erit, de in rem verso in decem competere actionem, aut si tantundem debeat, nihil videtur versum; nam ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum. Et ideo, sive debitor fuit domino, quum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor domino esse coeperit, desinere versum, idemque etsi solverit ei. Plus dicit, etsi tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro

se, si quidem remunerandi animo, non videri versum, si vero alias donavit, durare versum.

Распространяться объ этомъ фрагментѣ едва-ли приходится. Укажемъ только на заключительныя слова его. Рабъ занялъ деньги и употребилъ ихъ на уплату долга господина. Послѣдній даритъ ему черезъ нѣкоторое время сумму денегъ, равную той, которую израсходовалъ рабъ въ его интересѣ. Помпоній замѣчаетъ, что обогащеніе господина должно считаться прекратившимся, разъ онъ совершилъ дареніе remunerandi animo, т.-е. разъ существуетъ причинная связь между дѣйствіемъ раба и отвѣтнымъ дѣйствіемъ господина. Нельзя относиться съ большей щепитильностью къ интересамъ властелина!

Остается еще указать на цитированную нами выше l. 5 § 8 (6 § 6) D. de neg. gest. 3,5, гдѣ Помпоній вмѣсто выраженія a. de in rem verso употребляетъ описательное выраженіе: et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit

Кромѣ приведенныхъ фрагментовъ имя Помпонія упоминается еще въ l. 10 § 8 и 9 D. h. t. 15,3; Ульпіанъ тутъ указываетъ на нѣкоторые спорные вопросы, возбужденные Помпоніемъ, но къ сожалѣнію не приводитъ отвѣта, даннаго имъ. Въ виду этого мы поговоримъ объ этихъ фрагментахъ въ другомъ мѣстѣ.

III. На прямо противоположной точкѣ зрѣнія стоитъ Африканъ — въ цитированной нами выше l. 17 pr. D. h. t. 15,3 [1]). Онъ говоритъ, что если рабъ занялъ деньги въ интересахъ своего господина и безъ всякой съ своей стороны вины потерялъ ихъ, то кредиторъ можетъ предъявить a. de in rem verso къ господину. Онъ, слѣдовательно, не требуетъ даже, чтобъ благо вообще посту-

[1]) См. выше, стр. 83.

нило въ распоряженіе властелина, а считаетъ достаточнымъ простое пріобрѣтеніе его со стороны раба, разъ послѣдній имѣлъ при этомъ animus negotia domini gerendi. Такое рѣшеніе онъ оправдываетъ ссылкой на начала actio negotiorum gestorum contraria.

Весьма характерно, что это единственное рѣшеніе, несогласное съ теоріей обогащенія. Это даетъ поводъ думать, что оно лишь по недосмотру со стороны компиляторовъ нашло себѣ мѣсто въ Дигестахъ.

IV. Дальше сохранились два изреченія Гая—l. 2 и l. 12 D. h. t. 15,3, касающіяся вопроса объ объемѣ a. de in rem verso; но оба они по краткости своей не даютъ возможности вывести сколько-нибудь опредѣленное заключеніе объ его отношеніи къ занимающему насъ вопросу, тѣмъ болѣе, что мы не знаемъ, каковъ былъ общій его взглядъ на a. de in rem verso.

Мы поэтому не будемъ останавливаться на этихъ изреченіяхъ, а перейдемъ прямо къ Ульпіану.

§ 9.

Продолженіе. Теорія Ульпіана.

Изреченія Ульпіана можно разбить на двѣ группы,— одни опредѣляютъ максимальный предѣлъ отвѣтственности властелина, другія — разбираютъ вліяніе послѣдующаго прекращенія обогащенія. Разсмотримъ отдѣльно тѣ и другія.

I. Опредѣленіе максимальнаго предѣла отвѣтственности властелина.

1) Ульпіанъ въ этомъ отношеніи выставляетъ слѣдующую общую формулу:

l. 10 § 4 D. h. t. 15,3. In rem autem vide-

tur versum, prout aliquid versum est; proinde si pars versa est, de parte erit actio.

И такъ отвѣтственность властелина не должна превышать той выгоды, которая фактически поступила къ нему.

2) Это начало проводится въ слѣдующихъ частныхъ рѣшеніяхъ:

l. 3 pr. D h. t. 15,3 verb.:—in rem autem videri versum, si quid plus sit in eo, quod servus dedit, quam est in servi pretio.

Мы не будемъ останавливаться на этомъ рѣшеніи, такъ какъ намъ ужъ приходилось говорить о немъ.

l. 3 § 5 eod. verb.. Ex hac causa (scil. si nomen acquisitum est) hactenus erit dominus obligatus, ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus procuratoremque eum faciat.

Если господинъ, благодаря сдѣлкѣ раба, пріобрѣлъ обязательственное требованіе противъ другаго лица, то онъ обязанъ только цедировать это требованіе третьему контрагенту, такъ какъ этимъ ограничивается его обогащеніе.

l. 3 § 9 eod. Sed si sic accepit quasi in rem domini verteret, nec vertit,—non videtur versum, nec tenetur dominus.

Если благо не поступило къ господину, онъ не отвѣчаетъ вовсе, такъ какъ не можетъ считаться обогатившимся.

l. 10 § 7 eod. Si domini debitor sit servus, et ab alio mutuatus ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet; quod excedit, vertit.

Если рабъ занялъ деньги для уплаты своего долга господину, то объ обогащеніи послѣдняго можетъ быть рѣчь въ томъ только случаѣ, если рабъ переплатилъ

больше денегъ, чѣмъ сколько былъ долженъ ему; этотъ эвентуальный излишекъ и составляетъ versum.

> l. 3 § 4 eod. Sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis, et quibusdam aliis quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini, aut voluntatem habuit, nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus creditorem haec auferre, sine domus sui videlicet iniuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, praestet.

Рѣшеніе это на первый взглядъ можетъ показаться не вполнѣ согласнымъ съ теоріей обогащенія, и слишкомъ ужъ мягкимъ. Но это неправильно. Когда рабъ покупаетъ вещи для своего господина, то обогащеніе послѣдняго заключается въ томъ сбереженіи, которое онъ сдѣлалъ вслѣдствіе этого. Очевидно, если рабъ купилъ вещь ненужную, служащую лишь для украшенія, то съ точки зрѣнія господина нельзя говорить ни о какомъ сбереженіи; въ этомъ смыслѣ Ульпіанъ правильно говоритъ: non videtur versum. Но поскольку такая вещь находится еще на лицо и можетъ быть отдѣлена безъ поврежденія главной вещи, къ которой она придѣлана, господинъ обязанъ дозволить третьему контрагенту снять ее.

Случай этотъ близко подходитъ къ тому, когда обогащеніе господина составляетъ nomen, обязательственное требованіе: въ послѣднемъ случаѣ отъ властелина требуется тоже только пассивное такъ сказать дѣйствіе: онъ долженъ предоставить третьему контрагенту возможность получить удовлетвореніе самому (см. l. 3 § 5 D. h. t. 15,3).

3) Если приведенные фрагменты такимъ образомъ

вполнѣ согласны съ исходной точкой Ульпіана, то нельзя того же сказать о послѣднемъ фрагментѣ, на который намъ остается обратить вниманіе. Это:

> l. 10 § 5 D. h. t. 15,3. Sed utrum in sortem dumtaxat tenebitur dominus, an et in usuras? Et si quidem promisit usuras, Marcellus l. V. Digestorum scribit, dominum praestiturum; sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt.

Рабъ занялъ деньги для своего господина и передалъ ихъ ему; спрашивается, можетъ ли третій контрагентъ искать съ господина не только капитальную сумму, но и проценты. Марцеллъ, съ которымъ согласенъ Ульпіанъ, рѣшаетъ, что это возможно только тогда, когда между рабомъ и третьимъ контрагентомъ была заключена спеціальная stipulatio usurarum; въ противномъ случаѣ искать проценты нельзя, quia in stipulatum deductae non sunt. Въ этомъ несомнѣнно заключается уклоненіе отъ начала обогащенія, уклоненіе, которое, однако, вполнѣ объясняется процессуальной структурой a. de in rem verso: отсутствіемъ самостоятельной формулы у этого иска. Отсюда на размѣръ отвѣтственности властелина должно было оказывать вліяніе то обстоятельство, какой искъ вытекалъ изъ отношенія, существующаго между рабомъ и третьимъ контрагентомъ, — actio stricti juris или bonae fidei; въ данномъ случаѣ былъ заключенъ стипуляціонный заемъ, т.-е. negotium stricti iuris, слѣд. третій контрагентъ и отъ подвластнаго лица не могъ бы потребовать больше самой капитальной суммы, если не было особаго условія о процентахъ. Вотъ почему онъ никоимъ образомъ не могъ потребовать больше и отъ властелина, къ которому предъявлялась та же condictio certae creditae pecuniae, снабженная clausula de in rem verso.

И такъ мы пришли къ слѣдующему результату: на-

чало, установленное Ульпіаномъ въ l. 10 § 4 cit., проводится имъ вполнѣ послѣдовательно, поскольку особенности процессуальной структуры иска не препятствуютъ этому. Впрочемъ, и въ послѣднемъ случаѣ уклоненіе существуетъ во вредъ третьему контрагенту, а не обогатившемуся лицу.

II) Вліяніе послѣдующаго прекращенія обогащенія.

1) Общее правило на этотъ счетъ выражено у Ульпіана въ

> l. 10 § 6 D. h t. 15,3. Versum autem sic accipimus, ut duret versum.

И такъ властелинъ отвѣчаетъ только наличнымъ своимъ обогащеніемъ.

2) Рядъ отдѣльныхъ рѣшеній иллюстрируетъ эту мысль.

> l. 10 § 6 cit. verb. Et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum, vel filio.

Actio de in rem verso отпадаетъ, если властелинъ возмѣстилъ подвластному лицу расходъ, понесенный послѣднимъ ex verso.

> l. 10 § 8 eod. Idem (sc. Pomponius) quaerit, si decem in rem domini vertit, et postea tantandem summam a domino mutuatus sit, habeat praeterea et peculium decem, videndum ait, utrum desiit esse versum; an vero, quoniam est peculium, unde trahatur debitum, de in rem verso non tollimus actionem; an potius ex utroque pro rata detrahimus? Ego (sc. Ulpianus) autem puto sublatam de in rem verso actionem, quum domini debitor sit constitutus.

Вопросъ, затронутый Помпоніемъ, очень интересный. Сначала господинъ получилъ черезъ раба 10 руб., а черезъ нѣкоторое время рабъ занялъ у него столько же;

вмѣстѣ съ тѣмъ рабъ имѣетъ пекулій, равный 10 рублямъ. Помпоній усумнился, можно ли при такихъ условіяхъ считать обогащеніе властелина прекратившимся,— или же actio de in rem verso остается въ силѣ, такъ какъ властелинъ въ качествѣ кредитора раба можетъ обратить взысканіе на его пекулій. Ульпіанъ разрѣшаетъ споръ въ томъ смыслѣ, что a. de in rem verso должна была отпасть, какъ только рабъ сталъ должникомъ своего господина. Почему? потому, очевидно, что въ этотъ самый моментъ изъ имущества господина выбылъ эквивалентъ, равный первоначальному обогащенію.

Нельзя не замѣтить, что Ульпіанъ въ данномъ случаѣ нѣсколько увлекся. Простой фактъ выдѣленія изъ имущества обогатившагося лица эквивалента, равнаго первоначальному обогащенію, самъ по себѣ не служитъ достаточнымъ основаніемъ для признанія обогащенія прекратившимся: для этого требуется, чтобъ сверхъ того существовала причинная связь между тѣмъ и другимъ, т.-е. чтобъ фактъ обогащенія послужилъ для обогатившагося лица побудительнымъ мотивомъ, заставившимъ его совершить соотвѣтствующій расходъ. Объ этомъ квалифицирующемъ моментѣ Ульпіанъ не упоминаетъ вовсе, тогда какъ онъ-то очевидно и послужилъ камнемъ преткновенія для Помпонія. Во всякомъ случаѣ это простой недосмотръ Ульпіана, который, будь вопросъ поставленъ ребромъ, навѣрное разрѣшилъ бы его правильно: недаромъ же онъ (въ l. 10 § 7 eod. i. f.) со словъ Помпонія указываетъ на то, что только donatio remuneratoria, а не простое дареніе можетъ послужить основаніемъ для прекращенія первоначальнаго обогащенія. Поэтому мы смѣло можемъ внести въ настоящее рѣшеніе Ульпіана намѣченную выше поправку.

l. 10 § 9 eod. Idem (sc. Pomponius) quaerit, si in rem tuam verterit, et debitor tuus factus

est, mox creditor ejusdem summae, quam tibi debuit, an renascatur de in rem verso actio, an vero ex post facto non convalescat? Quod verum est.

Вопросъ состоитъ въ слѣдующемъ: рабъ, положимъ, купилъ для господина вещь стоимостью въ 10 р., каковые господинъ вслѣдствіе этого сберегъ, черезъ нѣкоторое время рабъ занялъ у своего господина 10 р., а потомъ самъ опять одолжилъ ему такую же сумму. Спрашивается, возродилась ли вслѣдствіе этого a. de in rem verso, или нѣтъ? Ульпіанъ высказывается въ пользу второй альтернативы. Съ нимъ нельзя не согласиться. То, что рабъ вновь одолжилъ своему господину сумму денегъ, приводитъ къ тому, что господинъ опять можетъ считаться обогатившимся, но это будетъ обогащеніе ex alia causa, не имѣющее ничего общаго съ первоначальнымъ его обогащеніемъ.

Намъ остается разсмотрѣть еще два фрагмента, значеніе которыхъ очень спорно. Вотъ они:

l. 3 § 7 D. h. t. 15,3. Unde recte dicitur, etsi frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam, et in horreo dominico reposuit, et hoc periit, vel corruptum est, vel arsit, videri versum.

l. 3 § 8 eod. Sed etsi servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset, dicerem esse actionem de in rem verso.

Нѣкоторые изслѣдователи на основаніи этихъ фрагментовъ полагаютъ, что случайное прекращеніе обогащенія не освобождаетъ властелина отъ отвѣтственности ex in rem verso.

Такое заключеніе неосновательно. Обогащеніе въ приведенныхъ случаяхъ заключается, очевидно, въ сбереже-

ніи властелиномъ извѣстныхъ необходимыхъ расходовъ: не купи рабъ хлѣба на пропитаніе прислуги, не купи онъ servum necessarium, не прими онъ мѣры къ ремонту господскаго дома, — все это долженъ былъ бы сдѣлать самъ господинъ. Словомъ, расходы должны были бы быть произведены во всякомъ случаѣ. Правда, хлѣбъ сгорѣлъ или пропалъ или испортился, вновь пріобрѣтенный рабъ умеръ, ремонтированный домъ обрушился, такъ что приходится вторично тратиться на одно и то же. Но вѣдь это пришлось бы сдѣлать и въ томъ случаѣ, если господинъ самъ бы сдѣлалъ все то, что сдѣлалъ за него рабъ Слѣдовательно, первый расходъ все-таки сбереженъ имъ, или иначе, обогащеніе его вовсе не прекратилось. Такимъ образомъ, и эти фрагменты нисколько не противорѣчатъ общему правилу, выраженному въ l. 10 § 6 cit.

Подводя итогъ сказанному нами, мы приходимъ къ такому результату: Ульпіанъ строго придерживается того начала, что властелинъ не долженъ отвѣчать свыше предѣловъ наличнаго обогащенія.

Другими словами, по вопросу объ объектѣ a. de in rem verso не существуетъ различія между нимъ и раціоналистами. На первый взглядъ это можетъ показаться страннымъ: въ вопросѣ объ условіяхъ возникновенія a. de in rem verso этотъ юристъ придаетъ такое важное значеніе субъективному моменту, а тутъ онъ совершенно игнорируетъ его. Но надо имѣть въ виду, что Ульпіанъ при всемъ сходствѣ, которое онъ усматриваетъ между a. de in rem verso и a. negotiorum gestorum contraria, все-таки стремится не смѣшивать оба иска (см. l. 10 § 5 D. h. t. 15,3). Разница въ размѣрѣ отвѣтственности между властелиномъ ex in rem verso и dominus negotii ex negotio gesto составляетъ,

очевидно, въ его глазахъ одинъ изъ пунктовъ различія между обоими исками.

§ 10.

Исключительные случаи.

Мы убѣдились, что при нормальныхъ условіяхъ отвѣтственность властелина не выходитъ за предѣлъ наличнаго обогащенія. Это положеніе, принятое большинствомъ римскихъ юристовъ и одержавшее окончательно верхъ при Ульпіанѣ, несомнѣнно перешло и въ Юстиніаново право.

Намъ остается только указать на два исключительные случаи, въ которыхъ отвѣтственность властелина выходитъ за этотъ предѣлъ.

I) Одинъ изъ нихъ упоминается Помпоніемъ въ l. 5 § 1, 2 D. h. t. 15,3.

> l. 5 § 1 D. h. t. 15,3. Idem (sc. Pomponius) ait, sive ratum habeat servi contractum, sive non, de in rem verso esse actionem. § 2. Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest Quod iussu agi; sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emerit, de in rem verso actio erit; si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.

Когда обогащеніе властелина покоится на negotiorum gestio подвластнаго лица, то надо различать двѣ категоріи случаевъ въ зависимости отъ того, удостоилась ли сдѣлка подвластнаго лица ratihabitio со стороны властелина или нѣтъ. Въ обоихъ случаяхъ возникаетъ a. de in rem verso, какъ указываетъ Помпоній

въ § 1 цитированнаго фрагмента; въ § 2 онъ указываетъ затѣмъ на такой случай, гдѣ ratihabitio является даже необходимымъ условіемъ для возникновенія a. de in rem verso: это бываетъ тогда, когда куплена, — и погибла, прибавимъ отъ себя (ср. l. 3 § 4 eod.), — ненужная вещь. Но насъ не это интересуетъ. Мы хотимъ констатировать, что въ случаѣ ratihabitio отвѣтственность властелина, конечно, не можетъ ограничиваться наличнымъ обогащеніемъ.

Прямо Помпоній этого не говоритъ, но косвенно оно вытекаетъ изъ его словъ: quod servus domino emit, si quidem voluntate ejus emit, potest Quod jussu agi. Не даромъ же ratihabitio mandato comparatur; вѣдь и jussus есть своего рода мандатъ.

II) О второмъ случаѣ упоминаетъ Ульпіанъ въ l. 10 § 6 D. h. t. 15,3. Послѣ того, какъ онъ замѣтилъ, что ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum, vel filio, онъ продолжаетъ такъ:

> Si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est, de dolo molo adversus patrem vel dominum competere actionem; nam et peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit, quod ei debebat, non liberatur.

Изъ этого явствуетъ, что властелинъ отвѣчаетъ наличнымъ своимъ обогащеніемъ въ томъ только случаѣ, если онъ находится in bona fide. Въ противномъ случаѣ онъ обязанъ возмѣстить третьему контрагенту весь причиненный ему убытокъ.

ОТДѢЛЪ II.

VERSIO EX NEGOTIO PERSONAE SUI JURIS.

ГЛАВА I.

Постановка ученія объ actio de in rem verso utilis въ доктринѣ и критика теорій противниковъ этого иска.

§ 11.

Общія замѣчанія. Обзоръ отдѣльныхъ теорій.

Actio de in rem verso безспорно обнимала сначала только случаи versionis ex negotio subjectae personae. Вопросъ, который намъ предстоитъ разрѣшить въ настоящее время, заключается въ томъ, не былъ ли распространенъ этотъ искъ съ теченіемъ времени въ качествѣ actio utilis и на случаи versionis ex negotio personae sui juris?

Вопросъ этотъ принадлежитъ къ числу самыхъ спорныхъ. Въ доктринѣ можно различать три главныя направленія. Одни изслѣдователи даютъ прямо отрицатель-

ный отвѣтъ на него, другіе допускаютъ actio de in rem verso utilis въ указанномъ смыслѣ въ самыхъ широкихъ предѣлахъ, третьи—мнѣніе которыхъ въ настоящее время должно считаться господствующимъ—признаютъ въ принципѣ существованіе этого иска, но отводятъ ему лишь весьма ограниченную сферу [1]).

Главной точкой опоры для однихъ и камнемъ преткновенія для другихъ служитъ знаменитая l. 7 § 1 Cod. quod cum eo 4,26, которая составляетъ часть рескрипта, даннаго императорами Діоклеіаномъ и Максиміаномъ на имя нѣкоего Crescens. Помѣщаемъ весь этотъ рескриптъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ вошелъ въ Кодексъ Юстиніана.

l. 7 Cod. quod cum eo 4. 26.—Ei, qui servo alieno dat pecuniam mutuam, quamdiu superest servus, item post mortem eius intra annum, de peculio contra dominum competere actionem, vel, si in rem domini haec versa sit quantitas, post annum etiam esse honorariam actionem, non est ambigui juris. Quapropter si quidem in rem domini pecunia versa est, heredes eius convenire potes de ea summa, quae in rem ipsius processit. Si vero hoc probari non potuerit, consequens est, ut superstite quidem servo dominum de peculio convenias, vel, si iam servus rebus humanis exemtus est vel distractus seu manumissus, nec annus excessit, de peculio quondam adversus eum experiri possis.

§ 1. Alioquin si cum libero, rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti, et eius personam elegisti, pervides, contra dominum

[1]) Ср. подробныя литературныя указанія у Kammerer, въ Linde's Zeitschrift fur Privatrecht u. Process, т. VIII, (1835 г.), стр. 350 и сл.; Ude въ Archiv fur civilistische Praxis, т. 50, стр. 380 и сл.

nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit.

Въ первой части рескрипта императоры констатируютъ, что если заемъ былъ совершенъ рабомъ, то третій контрагентъ во всякомъ случаѣ можетъ предъявить къ господину actio de peculio (или a. de peculio annalis), а сверхъ того, si quidem in rem domini pecunia versa est,—actio de in rem verso. Во второй части они замѣчаютъ. что если третій контрагентъ заключилъ договоръ съ вольнымъ negotiorum gestor того лица, о которомъ онъ упоминаетъ въ своемъ прошеніи, желая имѣть дѣло только съ этимъ negotiorum gestor (ejus personam elegisti), то онъ не имѣетъ никакого иска противъ dominus negotii,—за исключеніемъ того случая, когда деньги поступили къ послѣднему или же онъ утвердилъ сдѣлку.

Тутъ то и является вопросъ: какой искъ имѣютъ въ виду императоры на случай, si in rem ejus pecunia processit [1])?

Повидимому тутъ и спора быть не можетъ. Какой другой искъ, кромѣ actio de in rem verso, конечно въ качествѣ actio utilis, подходитъ подъ данный случай? Посмотримъ, какой даютъ отвѣтъ противники actionis de in rem verso utilis.

1) Одни утверждаютъ, что въ настоящемъ случаѣ возникаетъ самостоятельная actio negotiorum gestorum (contraria) utilis. Защитникомъ этого взгляда является, между прочимъ, Куяцій, который въ комментаріи къ l. 7 § 1 cit. [2]) говоритъ:

---

[1]) Второй случай,—si contractum ratum habuit,—не возбуждаетъ сомнѣнія тутъ третій контрагентъ можетъ предъявить къ dominus negotii actio quasi institoria или a. ad exemplum institoriae (точнѣе: condictio mutui quasi institoria)

[2]) Opp. omn. t IX, p. 465.

Dominus tenebitur, non quidem de in rem verso (nam haec actio tantum ad eos pertinet, qui sunt in nostra potestate, vel conditionales sunt), non tenebitur etiam condictione, ut diximus in l. 13 sup. si certum petatur (=l. 13 Cod. 4,2). Igitur non tenebitur condictione, sed actione negotiorum gestorum utili, non directa. Cur non directa? Quia non eius contemplatione pecunia credita est.—In rem versum, id est ipse gestus, vel ipsa res parit actionem negotiorum gestorum, licet nostra contemplatione non fuit gestum, l. si pupilli § sed si ego i. f., § pen. D. de neg. gest. [=l. 5 § 8,13 (l. 6 § 6. 11) D. 3,5].

Взглядъ Куяція былъ принятъ цѣлымъ рядомъ другихъ ученыхъ [1]).

Разница тутъ, въ сущности, выходитъ только въ названіи. Указанные ученые не отрицаютъ, что возникаетъ самостоятельный искъ о возвратѣ производнаго, а не непосредственнаго обогащенія; они прямо признаютъ, что третій контрагентъ не имѣлъ animus negotia gerendi, что ipsa res parit actionem, но они предпочитаютъ называть этотъ искъ actio negotiorum gestorum utilis, а не actio de in rem verso utilis.

Остается, слѣдовательно, только рѣшить, какое названіе должно быть признано болѣе подходящимъ. Въ этомъ отношеніи нельзя не отдать предпочтеніе термину actio de in rem verso utilis, и вотъ почему: въ l. 7 § 1 cit. рѣчь идетъ о возвратѣ производнаго обогащенія; употребляя указанное выраженіе, мы сразу под-

[1]) Ср. Donellus, Commentarius ad (quosdam) libros codicis, ad h. l. G. Noodt, op. omnia, t. II, Comment. ad D. 15,3, § Igitur; Schweppe, Röm. Privatrecht т. III, § 590, C. G. Senffert, dissertatio § 18, I. A. Seuffert, Praktisches Privatrecht т. II, § 346, стр. 206; Zimmern, Röm Rechtsgeschichte т. I. стр. 712, 713.

черкиваемъ этотъ моментъ, тогда какъ терминъ actio negotiorum gestorum utilis не содержитъ подобнаго намека; къ тому же, пользуясь послѣднимъ терминомъ, мы вынуждены спеціально оговориться на тотъ счетъ, что contemplatio domini со стороны третьяго контрагента не требуется.

2) Другіе изслѣдователи находятъ, что третій контрагентъ вовсе не пріобрѣтаетъ самостоятельнаго иска: къ нему лишь переходитъ на основаніи законной цессіи actio negotiorum gestorum contraria его непосредственнаго контрагента, negotiorum gestor'a.

Таково мнѣніе Савиньи [1]) и Арндтса [2]). Нельзя однако не предложить себѣ вопроса: почему въ такомъ случаѣ требуется, чтобъ деньги поступили къ dominus negotii? Вѣдь для возникновенія actio negotiorum gestorum достаточно, чтобъ negotium было utiliter coeptum; если искъ третьяго контрагента есть таже actio negotiorum gestorum, перешедшая къ нему на основаніи фиктивной цессіи, то было бы непослѣдовательно требовать бо́льшаго.

3) Пухта [3]) утверждаетъ, что искъ третьяго контрагента есть actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae. Надо замѣтить, что этотъ искъ упоминается въ источникахъ всего только разъ, — въ l. 30 (31) pr. D. de neg. gest. 3, 5 (Papinianus): Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam, cuius litteras creditor secutus contraxit, et fideiussor intervenit; etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis. P. поручилъ своему другу или либерту S. занять деньги у T. По-

---

[1]) Obligationenrecht, т. II, стр. 32.

[2]) Pand. § 248 пр. 3, стр. 472.

[3]) Vorlesungen, § 279, стр. 115, и сл.

слѣдній, имѣя въ виду, что S. дѣйствуетъ по порученію P. (cujus litteras... secutus), вступаетъ съ нимъ въ договоръ займа; для большей вѣрности онъ требуетъ, чтобъ S. выставилъ поручителя, отыскивается и таковой. Затѣмъ возникаетъ вопросъ, имѣетъ ли T. право иска противъ P. Юристъ говоритъ, что какъ онъ, такъ и поручитель можетъ предъявить къ P. actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae, etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa.

Нетрудно убѣдиться, что нѣтъ ничего общаго между этимъ случаемъ и случаемъ l. 7 § 1 cit. Въ первомъ случаѣ третій контрагентъ вступаетъ въ сдѣлку съ мандатаріемъ или прокураторомъ, во второмъ—съ простымъ negotiorum gestor (какъ явствуетъ изъ упоминанія ratihabitionis въ концѣ l. 7 § 1, cit.); въ первомъ случаѣ искъ возникаетъ etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, во второмъ въ искѣ отказывается, nisi in rem ejus pecunia processit.

Непонятно послѣ этого, какъ тутъ и тамъ можетъ возникнуть одинъ и тотъ же искъ.

4) Еще дальше идетъ Баронъ [1]). Онъ находитъ, что въ данномъ случаѣ возникаетъ обыкновенная actio negotiorum gestorum contraria. По его мнѣнію, третій контрагентъ при заключеніи займа съ negotiorum gestor прямо включилъ оговорку, что деньги должны поступить къ dominus negotii; вслѣдствіе этого онъ самъ gerit negotia этого третьяго лица, и пріобрѣтаетъ противъ него actio negotiorum gestorum. Такое толкованіе, по мнѣнію Барона, подтверждается заключительными словами рескрипта: nisi vel in rem ejus pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit: они даютъ заимодавцу право иска въ случаѣ negotium utile или ratihabitio.

[1]) Ук соч., стр. 41.—Сходный взглядъ у Huschke, Die Lehre des R. R. vom Darlehn, стр. 75 и 76.

Тутъ прежде всего спрашивается, откуда Баронъ взялъ, что negotiorum gestio третьяго контрагента состоялась именно въ формѣ присоединенія къ договору займа pactum adiectum'a, регулирующаго порядокъ пользованія деньгами. Вѣдь это ужъ никакъ не слѣдуетъ изъ заключительныхъ словъ рескрипта. Дальше, какъ мирятся съ такой negotiorum gestio слова: et ejus (scil. negotiorum gestoris) personam elegisti, изъ которыхъ явствуетъ, что третій контрагентъ именно пожелалъ имѣть дѣло съ однимъ только negotiorum gestor? Наконецъ, развѣ negotium бываетъ utiliter gestum лишь въ томъ случаѣ, si pecunia in rem processit? Какъ извѣстно, отъ negotiorum gestor'a требуется только negotium utiliter coeptum.

Сказаннаго достаточно, чтобъ убѣдиться въ несостоятельности аргументаціи Барона.

§ 12.

Продолженіе.

5) Весьма своеобразнымъ характеромъ отличается теорія Циммермана [1]). Онъ разсуждаетъ такъ: когда кто нибудь въ интересахъ другого лица занимаетъ у третьяго деньги, то римскіе юристы различаютъ три категоріи случаевъ.

а) Стороны вовсе не имѣютъ въ виду заключить договоръ займа, ни въ лицѣ получателя, ни въ лицѣ принципала, а третій контрагентъ выступаетъ просто въ качествѣ negotiorum gestor. О случаѣ такого рода трактуетъ l. 5 § 3 (6 § 1) D. de neg. gest. 3, 5.

---

[1]) Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, стр. 317 и сл., въ особ. 320.

l. 5 § 3 (6 § 1). D. de neg. gest. 3, 5: Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum, cum quo contraxi, nullam.

Въ такомъ случаѣ третій контрагентъ имѣетъ право иска только противъ принципала, а не противъ посредствующаго лица.

b) Какъ разъ обратный случай есть тотъ, когда посредникъ принимаетъ деньги исключительно отъ собственнаго имени (хотя и въ чужомъ интересѣ). Тутъ возникаетъ искъ ex mutuo, но только противъ одного посредника.

l. 4. Cod. si tutor 2, 25: Si creditor non vestram personam, sed curatorum secutus cum ipsis contractum habuit, et ab ipsis stipulatus est, nullam ei prorsus adversus vos actionem competere, manifestum est.

c) Наконецъ, по мнѣнію Циммермана, возможна и такая комбинація: третій контрагентъ, вступая въ договоръ займа съ посредникомъ, вмѣстѣ съ тѣмъ желаетъ сдѣлать отвѣтственнымъ и принципала [1]).

Тутъ надо различать двѣ категоріи случаевъ. Если посредникъ былъ надлежащимъ образомъ уполномоченъ (въ качествѣ опекуна, мандатарія, и т. д.), то третій контрагентъ можетъ предъявить къ принципалу либо actio quasi institoria, либо actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae. Если же посредникъ былъ простой

[1]) Ук. соч., стр. 319. Es ist aber auch der Fall moglich, dass der Empfänger zwar eine eigene Darlehnsschuld begründet, dass aber die Bestimmung des Geldes fur die Interessen des Principals in der Weise rechtsgeschaftlich hervortritt, dass der Verpflichtungswille des Hingebenden sich nicht blos auf den Empfänger, sondern auch auf den Principal richtet.

negotiorum gestor, и не воспослѣдуетъ ratihabitio, то actio institoria отпадаетъ; но онъ можетъ предъявить actio negotiorum gestorum, если negotium было utiliter gestum.

Таковъ именно по мнѣнію Циммермана случай l. 7 § 1 cit. Онъ слѣд. въ результатѣ сходится съ Барономъ. Подробный разборъ теоріи Циммермана выходитъ за предѣлы нашей задачи. Мы поэтому не останавливаемся ближе на вопросѣ о томъ, насколько вообще возможна та третья комбинація отношеній между кредиторомъ, посредникомъ и третьимъ контрагентомъ, о которой говоритъ Циммерманъ [1]). Допустимъ, что она возможна, и посмотримъ только, подходитъ ли случай l. 7 § 1 cit. подъ нее.

Стоитъ обратить вниманіе на слова et ejus personam elegisti, чтобъ убѣдиться въ противномъ. Они только и могутъ означать, что третій контрагентъ желалъ имѣть дѣло съ negotiorum gestor, а не съ принципаломъ. Циммерманъ объясняетъ ихъ такъ: „словами et ejus personam elegisti имѣлось лишь въ виду подчеркнуть лишній разъ то обстоятельство, что кредитъ открытъ свободному лицу“. Во всякомъ случаѣ это была бы довольно оригинальная форма выраженія такой мысли. Циммерманъ самъ чувствуетъ недостаточность своего объясненія и поэтому подкрѣпляетъ его ссылкой на антиномію между l. 7 § 1 Cod. 4.26 и l. 4 Cod. 2.25, которая будто бы не можетъ быть устранена, если не принять его теоріи. Посмотримъ, такъ ли это. Оба рескрипта принадлежатъ Діоклеціану и Максиміану. Въ обоихъ случаяхъ отвѣтъ императоровъ въ принципѣ одинъ и тотъ же: nullam ei prorsus adversus vos actionem competere mani-

---

[1]) Весьма рѣзкой критикѣ взглядъ Циммермана подвергся со стороны Schlossman'a въ Jahrbucher fur Dogmatik, т. 28, стр. 294 и сл.

festum est (l. 4 cit.)—pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem (l. 7 § 1 cit.). Разница въ томъ, что въ послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ оговорка, nisi etc. Теперь обратимъ вниманіе на то, кому адресованы рескрипты, кѣмъ подано прошеніе. L. 7 § 1 cit. есть отвѣтъ на запросъ третьяго контрагента, l. 4 cit.—отвѣтъ на запросъ принципала-куранда, curator котораго совершилъ заемъ. Первый въ качествѣ истца заинтересованъ въ томъ, чтобы за нимъ признали право иска, второй—въ качествѣ отвѣтчика домогается отказа въ искѣ истцу. Моментъ далеко не маловажный. Рескрипты касаются частныхъ случаевъ, и весьма естественно, что въ нихъ разрѣшаются только тѣ стороны даннаго дѣла, на которыя указали просители [1]). Весьма понятно, что проситель l. 7 § 1 cit. въ этомъ отношеніи долженъ былъ пойти дальше просителя l. 4 cit. Для третьяго контрагента интересно было предложить императорамъ вопросъ, не имѣетъ ли онъ право иска противъ принципала по крайней мѣрѣ въ томъ случаѣ, когда деньги поступили къ послѣднему (или когда тотъ ратигабировалъ сдѣлку negotiorum gestor'a). Напротивъ, принципалъ въ качествѣ просителя конечно старался избѣгнуть такого щекотливаго вопроса.

Если стать на такую точку зрѣнія, то нельзя уже удивляться тому, что императоры въ l. 4 cit. не включили той оговорки, которая встрѣчается въ l. 7 § 1 cit.: то и другое объясняется различной формулировкой просительнаго пункта.

Наше толкованіе подтверждается третьимъ рескриптомъ тѣхъ же императоровъ:

---

[1]) Не даромъ было предписано, что рескриптъ имѣетъ силу только, si preces veritate nitantur: требуется, чтобъ обстоятельства дѣла были изложены правильно и съ надлежащей полнотой.

l. 13 Cod. si certum petatur 4.2: Eum qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

Въ данномъ случаѣ дѣло, очевидно, обстояло такъ: negotiorum gestor занялъ деньги и, передавъ ихъ своему принципалу, пожелалъ уклониться отъ всякой отвѣтственности предъ заимодавцемъ. Тотъ обращается съ запросомъ къ императорамъ, и получаетъ въ отвѣтъ, что конечно его непосредственный контрагентъ остается главнымъ отвѣтственнымъ лицомъ, разъ деньги были даны non contemplatione domini. Для насъ тутъ интересно выраженіе principaliter Оно прямо указываетъ на то, что при извѣстныхъ условіяхъ отвѣчаетъ и принципалъ [1]).

Резюмируя сказанное нами, мы приходимъ къ заключенію, что никакой антиноміи между l. 4 Cod. 2,25 и l. 7 § 1 Cod. 4.26 не существуетъ, чѣмъ самымъ вся аргументація Циммермана quoad l. 7 § 1 cit. окончательно падаетъ

6) Мы переходимъ къ теоріи Бринца [2]). Онъ говоритъ: „l. 7 § 1 C. 4.26 правда даетъ (третьему контрагенту) право иска, если vel in rem ejus pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit. Но самая эта альтернатива доказываетъ, что тутъ не имѣется въ виду actio de in rem verso, такъ какъ при ней ratihabitio не

---

[1]) Циммерманъ, ук. соч. стр. 318 пр. 427, пытается устранить этотъ фрагментъ тѣмъ, что передаетъ выраженіе licet in res alienas словами — „подъ залогъ чужихъ вещей“, такъ что principaliter obligatum должно означать не главный долгъ въ противоположность акцессорному долгу принципала, а личный долгъ въ противоположность отвѣтственности, вытекающей изъ залога. Но причемъ тогда слова creditore non contemplatione domini foenore dante?

[2]) Pandecten, т. II § 259 стр. 221, пр 22.

имѣетъ мѣста". Ужъ это невѣрно: въ l. 5 § 2 D. de in r. v. 15,3 прямо говорится: quod servus domino emit, sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit (vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emerit), de in rem verso actio erit. Бринцъ дальше полагаетъ, что въ данномъ случаѣ посредникомъ былъ не простой negotiorum gestor, а мандатарій, почему третій контрагентъ можетъ предъявить противъ принципала искъ, вытекающій изъ заключеннаго съ посредникомъ договора, напр. actio mutui, въ качествѣ utilis institoria. „Еслибы кредиторъ открылъ ему кредитъ, основываясь на мандатѣ принципала (litteras ejus secutus — cf. l. 30 [31] pr. D. de neg. gest. 3,5), то онъ прямо могъ бы предъявить къ принципалу utilis institoria (l. 30 [31] pr. cit.); но такъ какъ онъ пожелалъ открыть кредитъ лично посреднику (eius personam elegisti), то недостаточно, что сдѣлка заключена mandatsmässig (т.-е. что посредникъ не превысилъ своихъ полномочій), а требуется, чтобъ она дѣйствительно принесла выгоду манданту (т.-е. принципалу) или чтобъ она (въ качествѣ utilis) была ратигабирована имъ".

Тутъ прежде всего спрашивается, откуда Бринцъ взялъ, что посредникомъ былъ мандатарій? Въ рескриптѣ говорится только объ rem ejus agens, что не одно и то же. Но допустимъ, что Бринцъ въ этомъ отношеніи правъ. Тогда становится совершенно непонятнымъ, почему третій контрагентъ при заключеніи договора съ мандатаріемъ пожелалъ имѣть дѣло только съ нимъ, разъ онъ имѣлъ возможность litteras mandantis sequi и тѣмъ самымъ прямо пріобрѣсти, наряду съ искомъ противъ мандатарія, utilis institoria actio противъ манданта. Вѣдь выборъ между тѣмъ и другимъ лицомъ имѣетъ смыслъ въ томъ только случаѣ, если нельзя привлечь обоихъ in solidum. Такимъ образомъ, нельзя не признать

полную несостоятельность теоріи Бринца. Впрочемъ, онъ предлагаетъ на выборъ еще другое объясненіе, замѣчая, что пожалуй въ данномъ случаѣ возникаетъ actio negotiorum gestorum contraria, хотя сдѣлка и не была заключена contemplatione domini: онъ, слѣд., условно присоединяется къ мнѣнію Куяція.

7) Mandry [1]) полагаетъ, что искъ третьяго контрагента есть обыкновенная condictio mutui. Ходъ разсужденій его слѣдующій.

Для возникновенія договора займа и вмѣстѣ съ тѣмъ condictionis mutui не требуется непремѣнно, чтобъ деньги были непосредственно переданы однимъ лицомъ другому; заемъ можетъ быть совершенъ и посредствующимъ лицомъ и тѣмъ не менѣе къ принципалу можетъ быть предъявлена прямая condictio mutui, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt. Правда, въ источникахъ говорится, что нѣтъ займа тамъ, гдѣ нѣтъ consensus (l. 32 D. de R. C. 12, 1. verb:—non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, ср. l. 18 pr. eod.).

Но съ другой стороны, по мнѣнію Мандри, встрѣчаются и такія изреченія, изъ которыхъ явствуетъ, что „римская юриспруденція въ данномъ случаѣ разсматривала dare какъ первичный и имѣющій поэтому рѣшающее значеніе элементъ, а consensus какъ элементъ второстепенный, значеніе котораго состоитъ лишь въ указаніи цѣли и направленія dationis“ [2]).

На этомъ основаніи Мандри утверждаетъ, что versio способна замѣнить consensus.

а) Въ подтвержденіе этого положенія онъ ссылается прежде всего на l. 27 D. de R. C. 12, 1; l. 3 Cod. quando ex facto 5. 39 и l. 2 C. cur. fur. 5, 70.

[1]) Ук. соч, т. II, стр. 326 и сл., 461 и сл.

[2]) Ук. соч., стр. 331.

Въ приведенныхъ фрагментахъ говорится о совершеніи займа представителемъ города (l. 27 cit.), опекуномъ малолѣтняго (l. 3 cit.) и попечителемъ умалишеннаго (l. 2 cit.), причемъ констатируется, что городъ, малолѣтній и умалишенный отвѣчаютъ въ томъ только случаѣ, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt, — si in rem minoris pecunia profecta sit.

Замѣтимъ, что ни въ одномъ изъ приведенныхъ фрагментовъ не говорится, что къ названнымъ лицамъ можетъ быть предъявлена прямая condictio mutui; l. 27 cit. вовсе не упоминаетъ о томъ, какой искъ можетъ быть предъявленъ къ нимъ, l. 3 cit. употребляетъ безличное выраженіе actio personalis, а l. 2 cit. упоминаетъ даже объ utilis actio personalis.

Чтобъ уяснить себѣ настоящее значеніе той оговорки, на которую напираетъ Мандри, стоитъ вспомнить, что данные фрагменты касаются исключительныхъ случаевъ,— совершенія займа законнымъ представителемъ недѣеспособнаго лица. Въ нихъ отмѣчается лишь дополнительное матеріальное условіе, которое должно быть на лицо для того, чтобы могъ возникнуть искъ противъ такого лица. Это становится совершенно яснымъ, если обратить вниманіе на послѣдствія, которыя влечетъ за собою заключеніе займа со стороны облеченнаго надлежащими полномочіями представителя дѣеспособнаго лица. Они указаны въ l. 19 pr. D. de inst. act. 14,3: in eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio.

Разница, слѣдовательно, въ томъ, что при нормальныхъ условіяхъ для возникновенія иска противъ принципала не требуется, чтобъ занятыя деньги дѣйствительно поступили къ нему. Идти дальше и предполагать, что при наличности versio in rem возникаетъ не utilis institoria, а прямая condictio mutui, мы не имѣемъ ника-

кого основанія. Напротивъ, искъ въ обоихъ случаяхъ одинъ и тотъ же, именно utilis institoria, съ тою только разницей, что если отвѣтчикомъ является лицо недѣеспособное, то прибавляется оговорка: in quantum locupletior factus est [1]).

b) Сверхъ того Мандри ссылается на l. 82 D. pro socio 17,2.

> l. 82 D. pro socio 17,2 (Papinianus). Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

Ниже мы вернемся къ этому фрагменту, смыслъ котораго очень спорный. Пока замѣтимъ только, что въ немъ рѣчь идетъ не о займѣ только, а вообще объ aes alienum, такъ что непонятно, какимъ образомъ Мандри могъ найти въ немъ подтвержденіе своей теоріи: долгъ могъ возникнуть и ex vendito, ex locato etc.

Въ результатѣ оказывается, что Мандри ничѣмъ не доказалъ своего исходнаго положенія.

Послѣ этого нельзя, конечно, утверждать, что въ l. 7 § 1 C. cit. рѣчь идетъ о прямой condictio mutui.

Въ заключеніе нельзя не замѣтить, что наше пререканіе съ Мандри не лишено практическаго значенія, какъ могло бы показаться на первый взглядъ. Конечно, и по его теоріи выходитъ, что мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло съ возвратомъ производнаго обогащенія. Тѣмъ не менѣе не безразлично, называть-ли искъ противъ принципала condictio mutui или actio de in rem verso utilis: придерживаясь первой терминологіи, мы тѣмъ самымъ допускаемъ, что третій контрагентъ въ томъ только случаѣ можетъ требовать возврата обогащенія, когда основаніемъ такового послужилъ заемъ; этого ограничительнаго предположенія мы избѣгаемъ при нашей терминологіи.

---

[1]) Ср. Jhering въ Jahrb. fur Dogm., т. I, стр. 342, пр. 70.

8) Намъ остается разсмотрѣть еще толкованіе l. 7 § 1 C. cit., предложенное Schlossmann'омъ [1]). Онъ прежде всего заявляетъ, что существованіе utilis actio de in rem verso прямо опровергается двумя другими рескриптами тѣхъ же императоровъ—именно l. 4 C. si tutor 2,24 (25) и l. 13 C. si certum petetur 4,2. Намъ уже приходилось останавливаться на нихъ при разсмотрѣніи теоріи Циммермана: тамъ мы показали, что оба эти фрагмента отнюдь не противорѣчатъ l. 7 § 1 C. cit.

Переходя затѣмъ къ самой l. 7 § 1 C. cit., Шлоссманъ начинаетъ съ того, что подъ rem agens слѣдуетъ понимать не простого negotiorum gestor'a, а procurator'a. Дальше онъ считаетъ нужнымъ привести начало фрагмента (гдѣ говорится о заключеніи займа съ рабомъ) въ самую тѣсную связь съ концомъ его. Онъ думаетъ, что рабъ играетъ роль не только въ principium, но и въ § 1 рескрипта: и тутъ и тамъ валюта выдается ему. Но только въ principium'ѣ онъ же является procurator'омъ, а въ § 1 третій контрагентъ предпочелъ заключить самый договоръ съ liber (ejus personam elegisti), и только деньги выдалъ рабу. Откуда Шлоссманъ это взялъ, непонятно. Въ § 1 ни слова не говорится объ участіи раба. Но это не единственная передержка. Шлоссмана смущаетъ терминъ liber. Если перевести это выраженіе такъ, какъ всѣ дѣлаютъ, словами: свободный человѣкъ, то возникаетъ такая дилемма: или rem agens не означаетъ procurator'a, или же рѣшеніе императоровъ противорѣчитъ l. 19 pr. D. de inst. act. 14,3 и цѣлому ряду другихъ фрагментовъ, въ которыхъ прямо говорится, что въ случаѣ заключенія договора съ procurator третій контрагентъ, помимо всякой versio in rem, пріобрѣтаетъ utilis actio institoria противъ принципала.

[1]) Jahrb. f. Dogm., т 28, стр. 371 и сл.

Чтобъ выйти изъ этого затрудненія, Шлоссманъ утверждаетъ, что въ данномъ случаѣ подъ liber слѣдуетъ понимать filiusfamilias. Тогда, будто бы, понятно, почему отецъ отвѣчаетъ только, si in rem ejus pecunia processit: вѣдь Sc. Macedonianum запрещало вступать въ заемныя обязательства съ подвластными сыновьями. Но если даже признать правильнымъ такое толкованіе слова liber, то и тогда Шлоссманъ оказывается неправымъ. Вѣдь онъ предполагаетъ, что rem agens означаетъ procurator'a. А если сынъ заключилъ заемное обязательство въ качествѣ такового, то третій контрагентъ и помимо versio пріобрѣтаетъ право иска противъ отца. (Ср. l. 2,7 Cod. ad Sc. Maced. 4,28). Наконецъ, самое отождествленіе термина liber съ терминомъ filiusfamilias не выдерживаетъ критики. Еслибъ ужъ императоры употребили такое неудачное выраженіе для обозначенія подвластнаго сына, то въ концѣ рескрипта они не могли бы сказать: contra dominum, а должны бы были сказать: contra patrem nullam te habuisse actionem, nisi, и т. д.

Въ виду вышеизложенныхъ соображеній толкованіе Шлоссмана должно быть признано совершенно несостоятельнымъ.

Мы этимъ заканчиваемъ обзоръ теорій противниковъ utilis actio de in rem verso и переходимъ къ сторонникамъ этого иска.

ГЛАВА II.

Время появленія и область примѣненія actionis de in rem verso utilis.

§ 13.

Время появленія actionis de in rem verso utilis.

Предшествующій разборъ убѣдилъ насъ въ необходимости признать въ принципѣ существованіе actio de in rem verso utilis.

Теперь намъ предстоитъ опредѣлить время появленія и условія возникновенія этого иска. При этомъ намъ опять придется имѣть дѣло съ цѣлымъ рядомъ контроверзъ.

Остановимся сначала на вопросѣ о времени появленія иска.

Въ этомъ отношеніи изслѣдователи распадаются на три лагеря.

1) Одни [1]) полагаютъ, что actio de in rem verso utilis встрѣчается еще въ классическомъ правѣ.

а) Въ подтвержденіе этого взгляда старые писатели ссылались на цѣлый рядъ фрагментовъ; особенно часто встрѣчаются ссылки на l. 32 D. de R. C. 12,1; сверхъ того указывали и на l. 13, 14 D. de in rem verso 15,3, l. 20 pr. l. 21 eod. и даже на l. 3 § 2 eod.

---

[1]) Ср. напр. Unterholzner, Lehre d. R. R. v d. Schuldverh., т I, § 200, стр. 421 и сл.; Witte, ук. соч. стр. 266; Kohler, Jahrb. f. Dogm. т. 25, стр. 129, Windscheid, ук. соч. т. II, § 483, пр. 5, стр. 744; Jhering, Jahrb. f. Dogm. т. I, стр. 344; Ude, Archiv f. civil. Praxis, т. 50, стр. 379, пр. 5; Dernburg, Pandekten т. II, § 127, пр. 3, стр. 329; изъ старыхъ — Leyser, Medit. ad pand. (Lipsii et Guelpherbyti 1733), т. I ed II, spec. CXXX (de mutuo), medit. 8; Kind, Quaestiones forenses (Lipsiae 1792), l. I cap. 35, p. 154 и др.

Нетрудно убѣдиться, что ни въ одномъ изъ этихъ фрагментовъ нѣтъ рѣчи объ actio de in rem verso utilis въ томъ смыслѣ, какой эти писатели придаютъ данному терминy. Что касается прежде всего l. 32 D. de R. C. 12,1, то этотъ фрагментъ гласитъ:

> l. 32 D. de R. C. 12,1 (Celsus). Si et me, et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti; sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (nam hoc nisi inter consentientes fieri non potest), sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Лицо A обращается послѣдовательно къ B и C съ просьбой дать ему деньги взаймы. B, не давъ опредѣленнаго обѣщанія A, тѣмъ не менѣе, делегируетъ ему своего должника D. Тотъ является къ A, и оба заключаютъ стипуляціонный заемъ, причемъ однако A думаетъ, что имѣетъ дѣло не съ должникомъ лица B, а съ должникомъ лица C. Посмотримъ сначала, что бы произошло, еслибъ этой ошибки не случилось. Тогда несомнѣнно возникъ бы договоръ займа между A и B, ибо для этого требуется только надлежащее соглашеніе между сторонами и передача валюты, причемъ совершенно безразлично, будутъ-ли деньги переданы самимъ заимодавцемъ, или третьимъ лицомъ по его порученію [1]). Другими словами, не имѣй мѣста error in persona, B пріобрѣлъ бы противъ A condictio mutui. Благодаря же наличности такого error, Цельзъ отказываетъ B въ condictio mutui,

---

[1]) Ср. l. 15 D. de R. C. 12,1; l. 9 § 8 i. f. eod. и слова самого Цельса hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest.

но, считая обогащеніе B насчетъ A неправомѣрнымъ, признаетъ за A право на предъявленіе condictionis sine causa (т.-н. condictio Iuventiana [1]).

Остальные фрагменты еще менѣе доказательны [2]). Достаточно отмѣтить, что въ l. 13 l. 14 D. de in rem verso 15,3 рѣчь идетъ не о socii вообще, а о сособственникахъ раба, на что прямо указываютъ выраженія „dominus“, — „sicuti quum solus jussit“ (въ l. 13 cit.), — „ergo haec qaestio ita procedit, si de peculio agi non potest“ (въ l. 14 cit.).

Что касается l. 20 pr. l. 21 D. eod., то въ нихъ Сцевола, дѣйствительно, упоминаетъ объ actio de in rem verso utilis Но вмѣстѣ съ тѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что versio была произведена подвластнымъ лицомъ — filiafamilias, какъ прямо сказано въ l. 21 cit. (Въ l. 20 pr. cit правда упоминается только filia, но это просто неточность: оба фрагмента, несомнѣнно, касаются однородныхъ случаевъ, l. 21—въ пространномъ, l. 20 pr.— въ сокращенномъ изложеніи). Слѣд., utilis actio, о которой говоритъ Сцевола, не имѣетъ ничего общаго съ той utilis actio, о которой идетъ рѣчь въ настоящее время.

Наконецъ, въ l. 3 § 2 D. eod. достаточно обратить вниманіе на заключительныя слова, — quotiesque aliquid consumsit servus et seqq., — чтобы убѣдиться въ томъ, что Ульпіанъ имѣлъ въ виду исключительно только случаи versionis per subjectam personam.

b) Изъ новыхъ писателей никто уже не ссылается на разобранные нами фрагменты.

Зато иногда указываютъ на l. 82 D. pro socio 17,2— изреченіе Папиніана [3]).

---

[1]) Ср. Windscheid, ук соч. т. II, § 370, пр. 15, стр. 364.

[2]) Ср. W. Sell, Versuche im Gebiet des Civilrechts, т. I, стр. 41, 12 и сл.

[3]) Текстъ фрагмента см. выше, стр. 132.

Тѣ, кто усматриваетъ въ данномъ фрагментѣ намекъ на actio de in rem verso utilis, передаютъ его такъ: по праву товарищества одинъ товарищъ отвѣчаетъ за долги другого въ томъ только случаѣ, если полученныя деньги поступили въ общую кассу [1])

Иное толкованіе предлагаетъ Sell [2]). Онъ полагаетъ, что фрагментъ касается только внутреннихъ отношеній между товарищами и что смыслъ его таковъ: если одинъ товарищъ занялъ деньги, то другой отвѣчаетъ предъ нимъ въ томъ только случаѣ, если деньги поступили въ общую кассу. „Не сказано вовсе, чтобъ заимодавецъ, совершенно постороннее лицо, могъ предъявить искъ противъ товарища, не вступившаго съ нимъ въ договорныя отношенія, право иска такого лица не могло бы возникнуть jure societatis, а должно бы было покоиться на in rem versio, о чемъ, однако, нѣтъ рѣчи".

Нельзя, однако, не замѣтить, что толкованіе Sell'a нѣсколько искусственное. Съ нимъ не мирится въ особенности выраженіе per socium.

Съ другой стороны мы считаемъ совершенно невѣроятнымъ, чтобъ actio de in rem verso utilis могла сложиться уже при Папиніанѣ, хотя бы только въ примѣненіи къ socii. Такое важное нововведеніе не могло бы быть обойдено молчаніемъ со стороны позднѣйшихъ классическихъ юристовъ, въ особенности такихъ, какъ Ульпіанъ, который постоянно цитируетъ своихъ предшественниковъ, то полемизируя, то соглашаясь съ ними; за примѣрами идти не далеко,—весь титулъ Дигестъ de in rem

---

[1]) Большинство изслѣдователей прибавляютъ такую оговорку. предполагается, что товарищъ при заключеніи сдѣлки дѣйствовалъ въ интересахъ товарищества, конечно безъ надлежащаго полномочія. Ср. Ihering, l. c. стр. 344, Vangerow Leitfaden, т. III § 653, пр. II, стр. 456.

[2]) Versuche т. I стр. 48. Ср. также Kritz, Pandektenrecht, т. II, стр. 131.

verso изобилуетъ таковыми. Между тѣмъ ни этотъ юристъ, ни Павелъ, ни кто-либо другой не возбуждаетъ даже вопроса о томъ, могутъ ли быть распространены начала actionis de in rem verso на случаи, въ которыхъ посредствующимъ лицомъ является самостоятельный человѣкъ [1]).

Все это заставляетъ насъ думать, что мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло съ интерполяціей. Слова nisi in communem arcam pecuniae versae sunt включены позднѣе. Они и не вяжутся съ началомъ фрагмента, съ торжественнымъ выраженіемъ jure societatis; не jus societatis, а versio порождаетъ искъ третьяго контрагента. Наконецъ, неумѣлая рука интерполятора сказывается и въ томъ еще, что онъ выдвигаетъ только versio; если ужъ перечислять исключенія изъ общаго правила, то слѣдовало бы прибавить: vel mandato aut ratihabitione alterius subsecuta alter obligationem suscepit.

2) Мы присоединяемся такимъ образомъ къ мнѣнію тѣхъ ученыхъ, которые относятъ появленіе actionis de in rem verso utilis къ болѣе позднему времени, чѣмъ время классическихъ юристовъ, именно ко времени Діоклеціана [2]).

Здѣсь умѣстно остановиться на одномъ соображеніи общаго свойства, которое приводится противниками этого иска противъ существованія его.

Они полагаютъ, что еслибъ Діоклеціанъ ужъ рѣшился на такой важный шагъ, какъ введеніе a. de in rem verso utilis, онъ никогда бы не удовольствовался для этого формой простого рескрипта по частному случаю, а издалъ бы constitutio generalis. Противъ этого нельзя, однако, не замѣтить, что преобразователь имперіи Діо-

[1]) Ср. также изреченіе Модестина l. 49 D. de cond. ind. 12,6. His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit.

[2]) Ср. Sell, ук. соч. стр. 43.

клеціанъ едва ли придавалъ всему этому вопросу то значеніе, которое онъ безспорно имѣетъ въ глазахъ цивилиста.

Къ тому же то, что считалось величайшей ересью для классическаго юриста, представлялось простымъ логическимъ выводомъ изъ данныхъ посылокъ для иной эпохи. Разъ вообще производное обогащеніе при извѣстныхъ условіяхъ подлежитъ востребованію, то почему же ограничивать право иска третьяго контрагента лишь тѣми случаями, въ которыхъ посредникомъ выступаетъ подвластное лицо; такой вопросъ не только могъ, но долженъ былъ быть заданъ самою жизнью. Разрѣшеніе его могло быть оттянуто, пока были живы историческія традиціи,— онъ долженъ былъ выплыть вновь, какъ только онѣ ослабѣли.

Въ виду изложеннаго, не приходится удивляться, что реформа была облечена въ скромную форму частнаго рескрипта, — уступка требованіямъ оборота представлялась настолько естественной, логически вытекающей изъ признанныхъ уже посылокъ, что не считали даже нужнымъ принципіальное обоснованіе ея.

Въ заключеніе нельзя не привести еще одного рескрипта тѣхъ же императоровъ Діоклеціана и Максиміана, который обыкновенно упускается изъ виду, хотя и служитъ самымъ блестящимъ подтвержденіемъ положенія, выраженнаго въ l. 7 § 1 Quod cum eo 4,26 [1]). Это— l. 19 Cod. de procurat. 2,13:

> Si pretium quidem actoribus alienis, fundum vel servum citra mandatum tibi distrahentibus. dedisti et neque praecessisse neque secuta contractum domini declaretur voluntas, in rem autem eius

[1]) Мы встрѣтили ссылку на этотъ фрагментъ только у Wachter'a Pandekten т. II, § 203, прил. II, стр. 457.

idem pretium processisse provinciae praeses causa cognita perspexerit, hoc tibi restitui jubebit.

Управляющій продалъ третьему лицу вещь своего принципала, хотя и не былъ уполномоченъ на это (citra mandatum). Онъ, слѣд., въ данномъ случаѣ дѣйствовалъ въ качествѣ простого negotiorum gestor'a. Тѣмъ не менѣе, императоры признаютъ за третьимъ контрагентомъ право иска противъ принципала, если будетъ доказано, что покупная плата получена имъ. Несомнѣнно, они и въ данномъ случаѣ могутъ имѣть въ виду только actio de in rem verso utilis.

3) Намъ остается указать еще на высказанное въ самое послѣднее время мнѣніе Lenel'a [1]). Онъ полагаетъ, что l. 7 § 1 C. quod cum eo 4,26 интерполирована составителями Юстиніанова кодекса и, слѣд., еще болѣе отодвигаетъ время появленія этого иска. Въ опроверженіе этого взгляда достаточно сослаться на l. 19 Cod. cit. Но и независимо отъ этого, совершенно невѣроятно, чтобъ компиляторы при поспѣшномъ ходѣ ихъ работъ имѣли время задумываться надъ такими сложными вопросами, какъ вопросъ о введеніи новаго иска. Ленеля смущаетъ пресловутая l. 4 C. si tutor 2,24 (25). Но мы раньше видѣли, что никакой антиноміи между этимъ рескриптомъ и l. 7 § 1 C. quod c. eo 4,26 не существуетъ.

§ 14.

Условія возникновенія actionis de in rem verso utilis.

Мы переходимъ къ вопросу объ условіяхъ возникновенія actionis de in rem verso utilis.

[1]) Archiv. fur civ. Praxis т. 78, вып. 3.

Всѣ теоріи по этому вопросу можно разбить на двѣ главныя группы:

I. Представители первой группы не считаютъ достаточнымъ для возникновенія этого иска простой фактъ обогащенія принципала, а требуютъ, сверхъ того, наличности извѣстнаго субъективнаго момента въ лицѣ посредника.

Въ частности тутъ встрѣчаются слѣдующія модификаціи:

1) Одни ученые съ Іерингомъ [1]) во главѣ требуютъ, чтобъ посредникъ не только дѣйствовалъ вообще въ интересахъ принципала, но чтобъ онъ выступилъ въ качествѣ прямого, хотя и безъ надлежащаго полномочія, представителя его, или иначе, чтобъ договоръ съ третьимъ контрагентомъ былъ заключенъ отъ имени принципала.

Виндшейдъ [2]) выражаетъ ту же мысль въ болѣе осторожной формѣ, требуя a) чтобъ сдѣлка была заключена въ интересахъ принципала, b) чтобъ посредникъ по отношенію къ третьему контрагенту именно выступилъ въ роли negotiorum gestor'a, т.-е., чтобъ третій контрагентъ заключилъ съ нимъ договоръ именно какъ съ представителемъ другого лица.

При такой постановкѣ вопроса actio de in rem verso utilis теряетъ почти всякое практическое значеніе, потому что negotiorum gestor, лицо неуполномоченное, едва ли часто рискнетъ выступить въ роли прямого представителя, да и третій контрагентъ рѣдко когда согласится имѣть дѣло съ человѣкомъ, вступающимъ въ договоръ отъ имени другого лица и не представляющимъ никакой легитимаціи.

---

[1]) Jahrb. f. Dogm. т. I, стр. 340 и сл

[2]) Ук. соч., т. II, § 483, пр. 5 i. f., стр. 744.

Впрочемъ, какъ Іерингъ, такъ и Виндшейдъ признаютъ, что въ l. 7 § 1 C. 4, 26 подобнаго ограниченія не содержится.

Если они тѣмъ не менѣе не отказываются отъ него, то это объясняется слѣдующими общими соображеніями. „Если допустить противное, то мы придемъ къ безсмысленному результату, что принципалъ отвѣчаетъ предъ третьимъ контрагентомъ, если онъ извлекъ выгоду изъ сдѣлки, заключенной косвеннымъ представителемъ, дѣйствующимъ безъ полномочія, но не отвѣчаетъ предъ нимъ, если сдѣлка была заключена уполномоченнымъ косвеннымъ представителемъ“ (Іерингъ).

„Для меня рѣшающее значеніе имѣетъ аналогія actionis institoriae. Если третье лицо (т.-е. принципалъ) не отвѣчаетъ даже несмотря на прямое свое заявленіе (Erklärung), разъ сдѣлка прямо не была заключена contemplatione ejus (in ausgesprochenem Hinblick auf seine Person), то такое лицо не можетъ отвѣчать и въ силу своего обогащенія, разъ contemplatio отсутствуетъ“ (Виндшейдъ).

Посмотримъ, насколько правильна та антитеза, на которую напираютъ оба писателя. Выводъ ихъ всецѣло основанъ на argumentum a contrario, почерпнутомъ изъ l. 1 § 9 D. de exerc. act. 14, 1. Этотъ фрагментъ гласитъ:

> l. 19 § 1 D. cit. (Ulpianus). Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus numos in suos usus converterit (sc. magister navis), an in exercitorem detur actio? Et ait, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit; quodsi ab initio consilium cepit fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accepit, contra esse; quam distinctionem Pedius probat,

Въ фрагментѣ сказано, что если капитанъ корабля занялъ деньги спеціально ad reficiendam navem, т.-е. въ качествѣ представителя хозяина судна (exercitor), то третій контрагентъ можетъ предъявить къ хозяину actio exercitoria, хотя бы капитанъ истратилъ деньги in suos usus; если же капитанъ не оговорилъ, на что ему нужны деньги, и, слѣд., прямо не выступилъ въ качествѣ представителя своего хозяина, то послѣдній не отвѣчаетъ.

Все это вполнѣ раціонально. Но что же изъ этого слѣдуетъ? Не надо забывать, что по actio exercitoria exercitor отвѣчаетъ in solidum, независимо отъ того, извлекъ-ли онъ какую-нибудь выгоду изъ сдѣлки, заключенной его magister или нѣтъ. Понятное дѣло, что для этого необходимо установить, дѣйствовалъ-ли послѣдній при заключеніи сдѣлки дѣйствительно въ качествѣ представителя перваго. Наоборотъ, при actio de in rem verso utilis принципалъ во всякомъ случаѣ отвѣчаетъ только in quantum locupletior factus est. Настоящее рѣшеніе еще упрощается тѣмъ, что въ данномъ случаѣ exercitor не извлекъ никакой выгоды изъ займа посредника, такъ какъ тотъ всѣ деньги истратилъ на собственныя нужды. О томъ, чтобы было, еслибы деньги дѣйствительно были употреблены на ремонтъ корабля, etsi hoc specialiter non expressit, не сказано ни слова.

Но еслибъ даже Офилій и вслѣдъ за нимъ Ульпіанъ и на этотъ случай отказали третьему контрагенту въ искѣ, то и тогда это ничего бы не доказывало. Вѣдь actio de in rem verso utilis введена значительно позднѣе.

Въ виду изложеннаго теорія Іеринга и Виндшейда должна быть признана несостоятельной.

2) Другіе писатели требуютъ только, чтобъ сдѣлка была заключена въ интересахъ обогатившагося лица. Среди старыхъ писателей по этому поводу существовалъ еще споръ относительно того, допускается-ли actio de

in rem verso utilis въ томъ только случаѣ, когда сдѣлка была заключена negotiorum gestor'омъ [1]), или же и тогда, когда она была заключена мандатаріемъ (прокураторомъ) [2]).

Въ пользу перваго мнѣнія ссылались на то, что въ l. 7 § 1 C. quod cum eo 4,26 упоминается только negotiorum gestor; представители же второго мнѣнія указывали на l. 3 § 2 D. de in rem verso 15,3, гдѣ Ульпіанъ допускаетъ actio de in rem verso —quibus casibus procurator mandati vel is, qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem.

Весь этотъ споръ довольно безплодный. Разумѣется, если третій контрагентъ заключилъ договоръ съ мандатаріемъ, то ему при нормальныхъ условіяхъ нѣтъ нужды прибѣгать къ actio de in rem verso utilis, такъ какъ онъ имѣетъ гораздо болѣе дѣйствительное средство судебной защиты — actio quasi institoria.

Если же мандатарій вышелъ изъ предѣловъ мандата, или если третій контрагентъ имѣлъ дѣло только лично съ нимъ, то нѣтъ причинъ отказывать третьему контрагенту въ actio de in rem verso utilis на томъ только основаніи, что договоръ не былъ заключенъ съ negotiorum gestor'омъ.

---

[1]) Такого мнѣнія Wissenbach, Comment. in l. VII Cod ad c. 7 C. cit., Lauterbach, Collegium theor-pract. Pandectarum, ad tit. Dig. 15,3 § 9, Westenberg, Principia Dig. l. XV t. 3 § 7, Heineccius, Elementa iuris civilis p. III, § 191 i. f., Hufeland, Lehrbuch. d. Civilrechts т. II, § 1694, Bucher. d. Recht. d. Forderungen 2 изд, § 159, n. 12, стр. 517, v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch d. C. R. т. II, § 221. Mackeldey, Lehrbuch d. heut. R. R. § 478, пр f.; Mühlenbruch, Doctrina pandect. ed. III, т. II, § 439, пр. 2, p. 414; Warnkonig, Com. iur. civ. т. III, n. 905 i. f. p. 129, Sell, Versuche т. I, стр. 39—48, Kämmerer въ Linde's Zeitschrift, т. 8, стр. 353, пр. 13.

[2]) Ср. Bachov, Tractatus de act., disp. VIII, th. 7, p. 108, Perez, Comment. ad. tit. cod 4,26, n. 7, Hofaker, principia iur. civ. t. III, § 1812, n. h.

Правильность такого разсужденія вдобавокъ подтверждается цитированными нами выше l. 19 C. de proc. 2,13 и l. 13 Cod. si certum pet. 4.2.

Изъ новѣйшихъ писателей подробно останавливается на этомъ вопросѣ Ude [1]). Онъ допускаетъ искъ и въ случаѣ заключенія договора мандатаріемъ. Впрочемъ, разсужденія его довольно безцвѣтны.

Дернбургъ [2]) для возникновенія utilis de in rem verso actio просто требуетъ, чтобъ сдѣлка была заключена въ интересѣ принципала.

Wächter [3]) и Witte [4]) упоминаютъ только о заключеніи сдѣлки negotiorum gestor'омъ.

Обращаясь засимъ къ критической оцѣнкѣ этой теоріи въ общемъ, мы должны замѣтить, что она вполнѣ согласна съ источниками. Тѣ немногіе фрагменты, въ которыхъ упоминается actio de in rem verso utilis, всѣ касаются такихъ случаевъ, гдѣ сдѣлка ab initio была заключена въ интересахъ обогатившагося лица. Умалчиваетъ объ этомъ моментѣ только l. 32 D. pro socio 17,2. Едвали, однако, можетъ подлежать сомнѣнію, что это простая неточность, въ которой слѣдуетъ обвинять интерполятора. При такихъ условіяхъ мы не имѣемъ никакого права идти дальше и допускать этотъ искъ всюду, гдѣ только допускалась обыкновенная actio de in rem verso, если только мы желаемъ оставаться на почвѣ положительнаго римскаго права.

---

[1]) Ude, Archiv f civ. Praxis т. 50, стр. 377 и сл. Статья отличается компилятивнымъ характеромъ. Главнымъ матеріаломъ для Ude послужила замѣчательная статья Kammerer'a, Zeitschrift fur Civilrecht u. Process т. XIII, стр. 349 и сл. (§ 16 и 17).

[2]) Pand. т. II, стр. 40. Ср. также Gluck, Ausführl. Erläuterung d. Pandekten т. 14, стр. 421.

[3]) Pand. т. II, § 203, прилож. II, стр. 457.

[4]) ук. соч. стр. 265.

Другой, конечно, вопросъ, можетъ-ли такое ограниченіе сферы примѣненія actio de in rem verso utilis быть признано раціональнымъ и желательнымъ de lege ferenda. Мы этого вопроса тутъ касаться не будемъ, для насъ достаточно констатировать, что римское право въ данномъ случаѣ, какъ и во многихъ другихъ, остановилось на полдорогѣ и признавъ введеніе этого иска желательнымъ въ принципѣ, отвело ему лишь весьма ограниченную область примѣненія.

II. Намъ остается упомянуть о теоріи чистаго обогащенія. Представители этой теоріи утверждаютъ, что уже въ римскомъ правѣ actio de in rem verso utilis получила характеръ общаго иска изъ производнаго обогащенія; искъ возникаетъ въ силу простого факта обогащенія третьяго лица, никакихъ дальнѣйшихъ квалифицирующихъ моментовъ не требуется.

Эта теорія въ настоящее время оставлена какъ доктриной [1]), такъ и практикой современнаго римскаго права [2]). Не то было въ XVII и особенно въ XVIII вѣкѣ. Въ то время какъ доктрина, такъ и практика въ лицѣ громаднаго большинства своихъ представителей высказывались въ пользу нея.

Провозвѣстниками этой теоріи явились такъ называемые юристы практики. Кульминаціоннаго своего пункта она достигла въ ученіи Leyser'a объ actio de in rem verso realis.

Сказаннымъ мы пока ограничимся. Болѣе подробный разборъ ученія юристовъ практиковъ объ actio de in rem verso utilis будетъ представленъ нами ниже, въ особомъ приложеніи.

---

[1]) Исключеніе составляетъ, повидимому, Wendt, Pand. стр. 445, который однако не мотивируетъ ближе своего взгляда.

[2]) Послѣдняя придерживается въ общемъ того мнѣнія, которое принято и нами. Ср. цитаты у Виндшейда, ук. соч. т. II, § 483, стр. 743, пр. 5, Дернбургъ, ук. соч. т. II, § 14, пр 17, стр. 41.

ОТДѢЛЪ III.

VERSIO EX DELICTO.

ГЛАВА I.

Versio ex delicto personae sui juris.

§ 15.

Общій обзоръ.

I. Подъ versio ex delicto мы понимаемъ производное обогащеніе, въ основаніи котораго лежитъ совершенный посредствующимъ лицомъ деликтъ [1]).

Посредствующимъ лицомъ можетъ, конечно, быть либо самостоятельный человѣкъ, либо подвластный. Соотвѣт-

---

[1]) Ученіе о versio ex delicto въ литературѣ очень мало разработано. Нѣсколько бѣглыхъ замѣчаній можно встрѣтить у Witte, Bereicherungsklagen, стр. 280 и сл., v. Wyss, die Haftung fur fremde Culpa стр. 50 и сл., Pfersche, Bereicherungsklagen стр. 88. Богатый, но совершенно неразработанный матеріалъ собранъ Фойгтомъ въ его Jus naturale, т. III, § 92 стр. 673 и сл., § 121 стр. 928 и сл., § 134 стр. 1040 и сл.

ственно съ этимъ мы различаемъ versio ex delicto personae sui juris и versio ex delicto subjectae personae.

Постановленія римскаго права, касающіяся указанныхъ двухъ видовъ versionis, къ сожалѣнію крайне недостаточны и отличаются казуистическимъ характеромъ. Это объясняется между прочимъ тѣмъ, что отдѣльные случаи versionis ex delicto не были объединены въ процессуальномъ отношеніи, для нихъ не былъ созданъ общій искъ, спеціально преслѣдующій подобную versio. Вслѣдствіе этого не могли сложиться и общія начала, которыя регулировали бы упомянутый видъ versionis: явленіе, весьма понятное для всякаго, кто знакомъ съ чисто практическимъ методомъ разработки права, котораго держались римскіе юристы.

Особенно сложнымъ характеромъ отличаются постановленія о versio ex delicto subjectae personae, которыя тѣсно переплетаются съ постановленіями, касающимися другихъ формъ отвѣтственности властелина за деликты подвластныхъ — отвѣтственности ноксальной и пекуліарной. Въ виду этого мы указанный видъ versionis пока оставимъ въ сторонѣ и разсмотримъ сначала только versio ex delicto personae sui juris.

Мы имѣемъ тѣмъ больше права сдѣлать это, что послѣдній видъ versionis возникъ раньше перваго, по крайней мѣрѣ въ томъ смыслѣ, что когда впервые обратили вниманіе на versio ex delicto, то преимущественно, если только не исключительно, имѣли въ виду случаи обогащенія ex delicto самостоятельныхъ посредниковъ.

II. И такъ, мы не имѣемъ общаго версіоннаго иска ex delicto, а только рядъ отдѣльныхъ исковъ, которые вытекаютъ изъ даннаго деликта и могутъ быть предъявлены не только противъ самого виновнаго, но и противъ третьихъ, ни въ чемъ неповинныхъ лицъ подъ условіемъ и въ предѣлахъ ихъ обогащенія.

Эти иски могутъ быть разбиты на двѣ главныя группы: а) къ первой относятся такіе иски, которые могутъ быть предъявлены противъ всякаго третьяго лица, обогатившагося ex delicto другого лица; b) ко второй принадлежатъ тѣ иски, которые предъявляются только противъ опредѣленныхъ категорій обогатившихся лицъ.

Первая изъ указанныхъ двухъ группъ исковъ возникла раньше второй. Различіе въ сферѣ примѣненія между ними объясняется тѣмъ, что первая группа покоится непосредственно на постановленіяхъ закона и на эдиктѣ претора, тогда какъ вторая призвана къ жизни юриспруденціей, каковая за отсутствіемъ прямыхъ легальныхъ и эдиктальныхъ постановленій не рѣшилась идти дальше того, что казалось совершенно необходимымъ въ интересахъ оборота.

III) Намъ предстоитъ теперь ближе обосновать эти положенія. Съ этой цѣлью мы представимъ краткій историческій очеркъ развитія versionis ex delicto.

1) Впервые отвѣтственность за подобную versio была признана рядомъ законовъ, преслѣдующихъ взяточничество и другіе незаконные поборы. Сюда относятся lex Servilia repetundarum, изданная по иниціативѣ плебейскаго трибуна C. Servilius Glaucia, одна изъ главъ legis Corneliae de sicariis et veneficis, вышедшей при Суллѣ, наконецъ lex Julia repetundarum, изданная при Цезарѣ [1]).

Объ этихъ законахъ Цицеронъ въ своей рѣчи pro Rabirio Postumo IV, 8,9 сообщаетъ слѣдующее:

> Est enim haec causa „quo ea pecunia pervenerit“ quasi quaedam appendicula causae judicatae et damnatae. — Jubet lex Julia persequi ab

---

[1]) Ср. Фойгтъ, ук. соч. т. III, стр. 930—932. Вальтеръ, Geschichte des Rom. Rechts, изд. III, т. II, стр. 472—474.

iis, ad quos ea pecunia, quam is ceperit, qui damnatus est (sc. repetundarum), pervenerit... Hoc totidem verbis translatum caput est, quod fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia.

Надо замѣтить, что искъ, о которомъ упоминается здѣсь, отличался строго субсидіарнымъ характеромъ и притомъ не могъ быть предъявленъ въ порядкѣ общаго гражданскаго процесса. Весьма удачную характеристику его даетъ Фойгтъ. Вотъ что онъ говоритъ:

„Эта condictio есть субсидіарный цивильный искъ, дополняющій уголовную accusatio repetundarum: съ одной стороны онъ допускался лишь постольку, поскольку установленная при помощи соотвѣтствующей litis aestimatio сумма незаконно полученныхъ денегъ не могла быть отобрана у самого виновнаго, осужденнаго уголовнымъ порядкомъ; въ такомъ именно случаѣ недополученное взыскивалось съ третьяго обогатившагося лица въ предѣлахъ ejus, quod ad eum pervenit. Съ другой стороны разборъ дѣла поручался тѣмъ же лицамъ, которыя только что въ quaestio perpetua repetundarum выступили въ качествѣ judices и въ связанной съ ней litis aestimatio въ качествѣ recuperatores; эти лица и въ послѣднемъ случаѣ носили обязанности рекуператоровъ“.

И такъ, condictio ex lege repetundarum имѣла характеръ чрезвычайнаго средства судебной защиты. Для насъ, однако, важенъ не столько этотъ моментъ, сколько тотъ, что упомянутый искъ устанавливаетъ отвѣтственность за versio ex delicto въ самыхъ широкихъ предѣлахъ и безотносительно къ тому, совершено ли crimen repetundarum подвластнымъ лицомъ или самостоятельнымъ человѣкомъ; въ обоихъ случаяхъ отвѣчаетъ всякое третье лицо, къ которому что либо поступило изъ общей суммы взятокъ.

2) Основываясь на этомъ прецедентѣ, преторъ создалъ рядъ исковъ ex delicto, которые могли быть предъявлены къ третьимъ обогатившимся лицамъ in id, quod pervenit, притомъ уже въ порядкѣ обыкновеннаго производства.

Сюда относятся actio quod metus causa (l. 1 pr. D. quod m. c. 4,2), т. н. actio Pauliana utilis (l. 10 pr. i. f. D. quae in fraud. cred. 42,8). Къ послѣднему иску по основной своей идеѣ примыкаютъ actio Faviana и Calvisiana (l. 1 pr. l. 3 § 3 D. si quid in fraud. patr. 38,5), хотя формально эти иски не причислялись къ actiones ex delicto [1]).

Отличительная особенность всѣхъ этихъ исковъ заключается въ томъ, что и по нимъ отвѣчаетъ всякое третье обогатившееся лицо независимо отъ того, въ какихъ оно состоитъ отношеніяхъ съ непосредственнымъ виновникомъ.

3) Императорская юриспруденція признала необходимымъ расширить кругъ названныхъ исковъ. Но при этомъ она, какъ уже было замѣчено нами, отказалась отъ мысли привлекать къ отвѣтственности всякое третье обогатившееся лицо, а стала обращать взысканіе только на особо квалифицированныхъ лицъ.

Таковыми представлялись: властелинъ, принципалъ, въ интересахъ и представителемъ котораго былъ совершенъ деликтъ; наконецъ — въ одномъ случаѣ—отецъ и патронъ, т.-е. бывшій властелинъ.

Иски, которые въ означенныхъ предѣлахъ предъявляются противъ третьихъ лицъ, суть: interdictum unde vi (l. 4 и 16 D. de vi 43,16); actio doli (l. 4 § 1,2; l. 9 § 4 D. de dolo 4,3), actio ex edicto de aleatoribus (l. 4 § 1, 2 D. de aleat. 11,5); condictio furtiva и actio

[1]) Въ позднѣйшемъ императорскомъ правѣ кругъ этихъ исковъ увеличился еще благодаря введенію actio Faviana и Calvisiana utilis и querela inofficiosae dotis ac donationis.

rerum amotarum (l. 3 § 12 D. de pec. 15,1); наконецъ actio ex l. 1 § 5 D. si ventris nomine 25,5. По тремъ послѣднимъ искамъ отвѣчаетъ только властелинъ.

IV) Намъ предстоитъ теперь разсмотрѣть перечисленные нами иски въ отдѣльности. При этомъ мы будемъ держаться такого порядка: сначала познакомимся съ исками, которые могутъ быть предъявлены противъ всякаго обогатившагося лица, а затѣмъ перейдемъ къ тѣмъ изъ нихъ, по которымъ отвѣчаютъ только особо квалифицированныя группы обогатившихся лицъ; и тутъ и тамъ, конечно, предполагается, что третье лицо обогатилось bona fide.

§ 16.

Actio quod metus causa.

I. Actio quod metus causa можетъ быть предъявлена тѣмъ, кто неправомѣрными угрозами былъ принужденъ къ совершенію убыточнаго для его имущества дѣйствія

Искъ можетъ быть предъявленъ не только противъ непосредственнаго виновника, но и противъ другихъ обогатившихся ex delicto его лицъ, притомъ безъ ограниченія степеней. Другими словами, отвѣчаетъ не только третье обогатившееся лицо въ тѣсномъ смыслѣ, но и четвертое, пятое и т. д. Во вниманіе къ этой особенности искъ носитъ названіе actio in rem scripta.

II. Обогатившееся лицо въ принципѣ отвѣчало только въ предѣлахъ своего обогащенія.

> l. 14 § 3 D. quod m. c. 4,2 (Ulpianus). In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit; sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re

eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.

l. 14 § 5 eod. Aliquando tamen, etsi metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem affert. Quid enim, si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo, nonne judicis officio absolvar? aut si servus in fuga est, aeque si cavero judicis officio, me, si in meam potestatem pervenerit, restituturum, absolvi debebo.

Изъ приведенныхъ фрагментовъ явствуетъ во 1-хъ, что въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ искъ предъявляется къ третьему лицу, истецъ долженъ доказать фактъ обогащенія, и во 2-хъ, что послѣдующее прекращеніе обогащенія освобождаетъ добросовѣстно обогатившееся лицо отъ всякой отвѣтственности.

Правда, въ l. 17 и 18 D. eod. какъ будто выраженъ другой принципъ. Но намъ въ другомъ мѣстѣ уже приходилось доказывать, что послѣдніе два фрагмента касаются спеціально отвѣтственности наслѣдника первоначальнаго виновника [1]).

Впрочемъ, въ одномъ отношеніи дѣйствительно было допущено уклоненіе отъ начала обогащенія: именно если обогатившееся лицо, присужденное къ выдачѣ спорной вещи, отказывалось отъ этого, то оно обязано было уплатить quadruplum.

l. 14 § 3 cit., verb.: Nec cuiquam iniquum videtur, ex alieno facto in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur.

---

[1]) См. очерки, вып. II стр. 87 и сл.

III. Вѣроятно, въ связи съ этимъ между римскими юристами возникъ любопытный споръ о томъ, не слѣдуетъ ли ограничить сферу примѣненія actio quod metus causa тѣми случаями, въ которыхъ третье лицо обогатилось mala fide.

Объ этомъ спорѣ упоминается въ l. 14 § 5 cit.: а именно Ульпіанъ, послѣ приведенныхъ нами словъ, говоритъ слѣдующее:

> Unde quidam putant, bona fide emtorem ab eo, qui vim intulit, comparantem non teneri, nec eum, qui dono accepit, vel cui res legata est. Sed rectissime Viviano videtur, etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro VIII scribit, arbitrium judicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem, qui vim admisit, jubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem, ad quem pervenit, etiam si alius metum fecit; nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet.

Изъ приведеннаго фрагмента явствуетъ, что предложенное ограниченіе сферы примѣненія иска большинствомъ римскихъ юристовъ было отклонено.

§ 17.

Actio Pauliana.

I. Actio Pauliana была направлена противъ всякаго переукрѣпленія имущества, совершеннаго несостоятельнымъ должникомъ во вредъ его кредиторамъ (alienatio in fraudem creditorum facta).

Отвѣтчикомъ по этому иску могъ быть какъ самъ

fraudator, такъ и третьи лица, получившія что-либо изъ имущественной массы.

Ученіе объ actio Pauliana принадлежитъ къ числу самыхъ запутанныхъ. Подробный разборъ всѣхъ связанныхъ съ нимъ контроверзъ далеко выходитъ за предѣлы нашей задачи: насъ въ данномъ случаѣ интересуетъ только отвѣтственность третьихъ, добросовѣстно обогатившихся ex negotio fraudatorio лицъ. Выдѣлить этотъ вопросъ изъ числа другихъ, однако, не легко, и намъ поневолѣ придется сдѣлать нѣкоторыя отступленія.

II. Прежде всего, нельзя не замѣтить, что подъ принятымъ въ доктринѣ общимъ именемъ actio Pauliana скрывается нѣсколько фраудаторныхъ исковъ. Въ частности, въ источникахъ упоминаются: actio Pauliana (l. 38 § 4 D. de usur. 22,1, ср. Theoph. Paraphrasis IV, 6, § 6), interdictum fraudatorium (l. 10 pr. D. quae in fraud. 42,8 ср. l. 66 [67] § 1 D. ad SC. Trebell. 36,1, l 96 pr. D. de solut. 46,3); actio in factum (l. 10 pr. cit. i. f.) и rescissoria (in rem) actio (§ 6 J. de action. 4, 6, Theoph. Paraphrasis eod. l.).

Соотношеніе между этими исками составляетъ предметъ оживленнаго спора [1]).

1) Не вдаваясь въ критическій анализъ мнѣній отдѣльныхъ изслѣдователей, мы только замѣтимъ, что мы въ общемъ присоединяемся къ теоріи Дернбурга.

а) По мнѣнію этого ученаго древнѣйшій фраудаторный искъ имѣлъ видъ фиктивной виндикаціи (rei vindicatio utilis rescissa mancipatione s. traditione).

---

[1]) Huschke въ Linde's Zeitschrift, N. F. т. XIV п. 1, Schey въ Savigny's Zeitschrift fur R. G. т. XIII, стр. 120 и сл., Voigt, condictiones ob causam, стр. 784 и сл., Lenel, edictum perpetuum, стр. 351—353, 398—399, Dernburg, Pandekten т. II § 144 стр. 366 и сл., Brinz, Pandecten т. II стр. 828 пр. 15 Дальнѣйшія литературныя указанія у Виндшейда, Pandekten т. II § 463 стр. 662.

Дернбургъ разсуждаетъ такъ: самая обыденная форма, въ которой нарушаются интересы кредиторовъ, всегда заключалась и заключается въ злостномъ отчужденіи должникомъ принадлежащихъ ему вещей третьимъ лицомъ, знакомымъ съ его намѣреніемъ. Этотъ случай прежде всего и долженъ былъ обратить на себя вниманіе претора.

Возникъ вопросъ о томъ, какимъ образомъ парализовать невыгодныя для кредиторовъ послѣдствія подобнаго отчужденія. Преторъ при этомъ остановился на такомъ ходѣ мыслей: еслибы вещь не была отчуждена должникомъ, то послѣдній могъ бы предъявить къ третьему лицу, владѣльцу вещи, искъ о собственности; этотъ искъ въ качествѣ actio ficticia rescissa alienatione и былъ предоставленъ въ распоряженіе кредиторовъ.

Въ подтвержденіе своего предположенія Дернбургъ ссылается на Cic. ad Atticum I, 1 § 3 и § 6 J. de act. 4,16.

> Cic. ad Attic. l c. Caecilius, avunculus tuus, a P. Vario quum magna pecunia fraudaretur, agere coepit cum ejus fratre A. Caninio Satrio de rebus, quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret. Una agebant ceteri creditores, in quibus erat Lucullus et P. Scipio et is, quem putabant magistrum fore, si bona venirent, L. Pontius.
>
> § 6 J. de act. 4,6. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere, eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse.

Сверхъ того можно указать еще на формулировку § 6 J. cit. у Феофила въ его Paraphrasis [1]).

> Est sane et alia in rem actio, a praetore inventa, velut in hac specie: multis aliquis debebat; quasdam rerum suarum alienavit, et ut dominus scilicet per traditionem dominium in accipientem transtulit: licet creditoribus, ex praesidis sententia bona debitoris possidentibus, quandoquidem alienatio in fraudem eorum facta est, in rem agere adversus possidentem, quae actio dicitur Pauliana; in qua haec dicunt, quasi illa res a debitore tradita non sit, si adparet eam in dominio debitoris mansisse.

Изъ сопоставленія приведенныхъ трехъ фрагментовъ явствуетъ: во-1-хъ, что ресциссорный искъ встрѣчается уже во времена Цицерона, во-2-хъ, что онъ дѣйствительно имѣлъ видъ utilis reivindicatio rescissa alienatione, и въ-3-ихъ, что онъ носилъ названіе actio Pauliana.

b) Дернбургъ продолжаетъ: „Этотъ древнѣйшій фраудаторный искъ основанъ на томъ предположеніи, что несостоятельный должникъ до отчужденія спорныхъ объектовъ состоялъ собственникомъ ихъ, и что кредиторы въ состояніи доказать это. Только при такихъ условіяхъ допускалась виндикація, покоющаяся на rescissio alienationis. Доказать это, однако, не всегда было возможно; во всякомъ случаѣ, оно представляло значительныя неудобства и было обременительно для кредиторовъ. Поэтому преторъ ввелъ interdictum fraudatorium въ интересахъ тѣхъ же лицъ, которымъ была обѣщана виндикація. Это былъ interdictum apiscendae possessionis, который предполагалъ только, что спорные объекты до

---

[1]) Мы цитируемъ его слова въ латинскомъ переводѣ по изданію Рейтца.

отчужденія фактически входили въ составъ имущества должника и что они злостно были изъяты имъ изъ имущества съ вѣдома отвѣтчика".

Къ этому преторъ прибавилъ еще actio in factum, которая могла быть предъявлена при извѣстныхъ условіяхъ даже противъ третьихъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей.

> l. 10 pr. D. quae in fr. cred. 42,8. Ait Praetor: Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit, ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. — Interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam.

c) Позднѣе преторъ, по мнѣнію Дернбурга, ввелъ еще новый искъ, вошедшій въ составъ l 1 pr. D. quae in fr. cred. 42,8. Дѣло въ томъ, что съ теченіемъ времени наряду съ первоначальнымъ порядкомъ конкурснаго производства, при которомъ все активное имущество должника за извѣстную валовую сумму уступалось одному какому-нибудь лицу, такъ наз. bonorum emtor, возникъ новый упрощенный порядокъ: кредиторы стали избирать изъ своей среды curator bonorum, который непосредственно распродавалъ имущество несостоятельнаго должника по частямъ и заботился о пропорціональномъ удовлетвореніи своихъ товарищей довѣрителей [1]).

Новый порядокъ вызвалъ потребность въ новомъ, приспособленномъ къ нему фраудаторномъ искѣ.

Этотъ фраудаторный искъ несомнѣнно былъ конпицированъ in factum и притомъ былъ редактированъ въ

---

[1]) Ср. Баронъ, Institutionen, стр. 436 сл.

столь общей формѣ, что предусматривалъ всевозможныя незаконныя дѣйствія и упущенія должника.

l. 1 pr. D. eod. 42,8. Ait Praetor: Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignaraverit, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo

d) „Въ Юстиніановой компиляціи всѣ фраудаторные иски древняго права были слиты, что̀ не обошлось, однако, безъ противорѣчій".

2) Соглашаясь въ общемъ съ изложенной нами теоріей Дернбурга, мы считаемъ нужнымъ внести въ нее одну поправку.

а) Дернбургъ полагаетъ, что actio rescissoria допускалась только въ видѣ utilis vindicatio. Несомнѣнно, это и есть исходный случай. Но съ теченіемъ времени, какъ онъ самъ признаетъ, преторъ созналъ недостаточность этого средства защиты и ввелъ въ дополненіе къ нему interdictum fraudatorium.

Юриспруденція внесла новое важное измѣненіе: она стала допускать наряду съ rescissoria in rem actio и rescissoriae in personam actiones; иначе: она расширила сферу примѣненія ресциссорнаго иска, придала ему болѣе обширное значеніе [1]).

Въ подтвержденіе этого можно сослаться на слѣдующіе фрагменты.

l. 38 pr. D. de usur. 22,1. (Paulus) Videamus, generali quando in actione, quae est in personam, etiam fructus veniant.

[1]) Ср. Lenel, edictum perpetuum, стр. 352; Voigt, condictiones ob causam, стр 784 и сл, въ особ. примѣч. 746 на стр. 786, которые сходятся съ нами въ практическомъ результатѣ.

§ 4 eod. In Faviana quoque actione et Pauliana, per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur, nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset.

Въ напечатанныхъ курсивомъ заключительныхъ словахъ фрагмента Павелъ ясно намекаетъ на то, что actio Pauliana въ тѣсномъ смыслѣ вообще конципировалась въ формѣ actio ficticia.

l. 10 § 22 D. quae in fraud. cred. 42,8 (Ulpianus). Praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset...

§ 23 eod. Si conditionalis fuit obligatio, cum sua conditione, si in diem, cum sua die restauranda est. Si tamen ea erat, cujus dies finitur, potest dici, restitutionem intra id tempus posse postulari, quod tempus supererat obligationi, non utique intra annum.

l. 17 pr. eod. (Julianus). Omnes debitores, qui in fraudem creditorum liberantur, per hanc actionem revocantur in pristinam obligationem.

И эти фрагменты явно подтверждаютъ нашу мысль. Противъ нихъ можно возразить одно: въ l. 10 D. h. t. 42,8, откуда взяты приведенныя изреченія Ульпіана, нигдѣ не упоминается объ actio rescissoria, а всюду говорится только объ actio in factum. (Ср. l. 10 pr. i. f., § 2, § 3, § 16, § 18 D. eod.).

Не можетъ ли, однако, это быть объяснено интерполяціей? Намъ думается, что да.

Стоитъ вспомнить, что въ Юстиніановомъ правѣ позд-

нѣйшій упрощенный порядокъ конкурснаго производства окончательно вытѣснилъ прежній. Въ связи съ этимъ, позднѣйшій фраудаторный искъ, конципированный in factum, получилъ первенствующее значеніе. Внѣшнимъ образомъ это выразилось въ томъ, что имъ открывается весь титулъ Дигестъ: quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur, хотя въ комментаріи Ульпіана ad Edictum сначала трактуется объ interdictum fraudatorium и сопутствующихъ ему искахъ (въ 63-ей книгѣ), а затѣмъ только юристъ переходитъ къ фраудаторному иску новой формаціи (въ 66-ой книгѣ).

Компиляторы очевидно не уяснили себѣ историческое соотношеніе между позднѣйшимъ искомъ и предшественниками его. Признавая только формальное различіе между общей actio rescissoria и позднѣйшей actio in factum, и не считая нужнымъ сохранить его, они рѣшились слить оба иска. Возникъ вопросъ, какъ это сдѣлать. Постановили, слѣдуя общепринятому въ Дигестахъ шаблону, всюду, гдѣ встрѣчается терминъ actio rescissoria, замѣнить его терминомъ actio in factum. Это казалось тѣмъ болѣе позволительнымъ, что преторъ въ концѣ своего эдикта de interdicto fraudatorio самъ установилъ дополнительную actio in factum. Эту actio in factum, направленную спеціально противъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей, компиляторы смѣшали съ общей actio in factum позднѣйшаго времени. Въ результатѣ всего этого фрагментъ 10-ый h. t. и принялъ тотъ странный видъ, въ которомъ онъ дошелъ до насъ.

3) Подводя итогъ всему сказанному, мы приходимъ къ заключенію, что фраудаторный искъ римскаго права въ цѣломъ рядѣ случаевъ съ внѣшней, процессуальной стороны былъ лишенъ характера actionis ex delicto.

Это имѣло мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ кото-

рыхъ этотъ искъ облекался въ форму rescissoria in rem или rescissoria in personam actio.

Въ связи съ этимъ возникаетъ такой вопросъ: есть-ли rescissoria in rem actio настоящій вещный фраудаторный искъ, или же онъ представляется таковымъ только съ процессуальной стороны.

Мы полагаемъ, что слѣдуетъ отдать предпочтеніе второй альтернативѣ.

Въ пользу этого говоритъ прежде всего цитированная нами выше l. 38 pr. § 4 D. de usur. 22,1.

Въ principium приведеннаго фрагмента Павелъ высказываетъ намѣреніе разсмотрѣть тѣ личные иски, при помощи которыхъ можно требовать выдачи плодовъ. Указавъ затѣмъ въ § 1—3 на condictio causa data causa non secuta и на condictio indebiti, онъ въ § 4 переходитъ къ actio Faviana и actio Pauliana.

Отсюда ясно, что онъ причисляетъ послѣдній искъ къ actiones in personam.

Это показаніе имѣетъ тѣмъ болѣе важное значеніе, что Павелъ въ заключительныхъ своихъ словахъ явно намекаетъ на то, что онъ говоритъ объ actio Pauliana rescissoria.

Къ одинаковому результату приводитъ разсмотрѣніе l. 9 D. quae in fr. 42,8. Этотъ фрагментъ тоже принадлежитъ Павлу и гласитъ:

> l. 9 D. cit. Is, qui a debitore, cujus bona posessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit; quaesitum est, an secundus emtor conveniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emtorem non teneri, quia dolus ei dumtaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit; is autem, qui dolo malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur.

Павелъ разсматриваетъ вопросъ о томъ, отвѣчаетъ ли второй bonae fidei emtor, купившій вещь у перваго недобросовѣстнаго пріобрѣтателя ея, и рѣшаетъ его въ отрицательномъ смыслѣ. Такое рѣшеніе прямо исключаетъ возможность существованія вещнаго фраудаторнаго иска, ибо при наличности такового строго говоря не могъ бы возникнуть самый вопросъ, разбираемый Павломъ, и ужъ, конечно, юристъ не могъ бы отказать въ искѣ противъ второго пріобрѣтателя.

И такъ, слѣдуетъ признать, что actio rescissoria in rem, о которой упоминаетъ Феофилъ, представляется искомъ вещнымъ только съ процессуальной, а не съ матеріальной стороны.

III. Мы возвращаемся къ нашей ближайшей задачѣ,— къ вопросу объ отвѣтственности добросовѣстно обогатившихся ex negotio fraudatorio лицъ.

Такія лица отвѣчаютъ только въ предѣлахъ своего обогащенія.

> l. 6 § 11 D. quae in fraud. 42,8 (Ulpianus). Simili modo dicimus, etsi cui donatum est, non esse quaerendum, an sciente eo, cui donatum, gestum est, sed hoc tantum, an fraudentur creditores; nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non.
>
> § 13 eod. Item, si necessarius heres legata praestiterit, deinde ejus bona venierint, Proculus ait, etiamsi ignoraverint legatarii, tamen utilem actionem dandam; quod nequaquam dubium est.

1) Въ литературѣ возникъ споръ, можетъ-ли быть предъявленъ искъ только противъ перваго обогатив-

шагося лица, или также противъ второго, третьяго и т. д. [1]).

Принятіе второй альтернативы приводитъ на практикѣ къ признанію за actio Pauliana характера если не вещнаго иска, то по крайней мѣрѣ actio in rem scripta.

Ни съ тѣмъ ни съ другимъ нельзя согласиться. Мы уже имѣли случай убѣдиться, что римское право не знало вещнаго фраудаторнаго иска.

Столь же неосновательно и второе предположеніе, будто actio Pauliana rescissoria или actio in factum, упоминаемая въ l. 1 pr. и l. 10 pr. i. f. D. quae in fr. 42,8, имѣла значеніе actio in rem scripta.

Сторонники оспариваемой теоріи въ этомъ отношеніи ссылаются на l. 10 § 24 D. quae in fraud. 42,8. Въ этомъ фрагментѣ говорится слѣдующее:

> l. 10 § 24 cit. (Ulpianus). Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit; iniquum enim praetor putavit, in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit. Sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id, quod ad eum pervenit, dolove malo ejus factum est, quominus perveniret.

Бринцъ напираетъ на слова: alius quivis и усматриваетъ въ нихъ подтвержденіе той мысли, что отвѣчало всякое обогатившееся лицо безъ ограниченія степеней. Стоитъ, однако, внимательно прочесть фрагментъ, чтобъ убѣдиться, что этотъ терминъ вовсе не имѣетъ того всеобъемлющаго значенія, какое придаетъ ему этотъ писатель. Ульпіанъ въ немъ касается исключительно только

[1]) Въ пользу второй альтернативы высказывается въ особенности Бринцъ, ук. соч. т. II, стр. 832; противъ нея: Фойгтъ, das jus naturale, т. III, стр. 681, прим. 1121.

отвѣтственности самого fraudator и третьихъ недобросовѣстныхъ пріобрѣтателей; это явствуетъ какъ изъ начальныхъ словъ: haec actio post annum — competit, такъ и изъ заключительныхъ словъ: dolove malo ejus factum est, quominus perveniret. Дѣйствительно, добросовѣстно обогатившіяся лица и до истеченія annus utilis отвѣчали только in quantum locupletiores facti sunt; съ другой стороны dolo malo facere quominus perveniat могутъ только лица, которыя уже находятся in mala fide.

И такъ, изъ числа добросовѣстно обогатившихся насчетъ кредиторовъ лицъ несомнѣнно отвѣчаетъ только первый пріобрѣтатель. Этимъ, конечно, не предрѣшается вопросъ о томъ, не было-ли установлено иное начало по отношенію къ недобросовѣстнымъ пріобрѣтателямъ, т. е. не отвѣчали-ли подъ условіемъ mala fides не только первый, но и дальнѣйшіе пріобрѣтатели; на этомъ вопросѣ однако намъ нѣтъ причинъ останавливаться [1]).

2) Дальше существуетъ споръ по вопросу о томъ, можетъ-ли быть предъявленъ искъ только противъ такихъ добросовѣстно обогатившихся лицъ, которыя обогатились ex lucrativa causa, или также противъ тѣхъ, кто обогатился ex causa onerosa.

Въ пользу второй альтернативы высказывается между прочимъ Виндшейдъ [2]), въ пользу первой — Арндтсъ [3]), Бринцъ [4]) и др.

Мнѣніе послѣднихъ ученыхъ заслуживаетъ предпочтенія.

---

[1]) Въ пользу утвердительнаго разрѣшенія этого вопроса говоритъ, сверхъ выраженія alius quivis въ l. 10 § 24 cit, еще l. 9 eod. Ср. Бринцъ, ук. соч. т. II, стр. 832, Арндтсъ, ук. соч. стр. 426. Иного мнѣнія Виндшейдъ, ук. соч. т. II, § 463, прим. 23, стр. 668.

[2]) Ук. соч. т. II, стр. 669, прим. 24.

[3]) Ук. соч. стр. 426.

[4]) Ук. соч. т. II, стр. 829.

Прежде всего, въ l. 6 § 11 и 13 D. quae in fraud. 42,8 встрѣчаются только примѣры обогащенія ex lucrativa causa (donatio и legatum). На такое же обогащеніе указываетъ и заключительная общая формула l. 6 § 11 cit.: in hos — qui ignorantes — liberalitatem acceperunt, — actio erit danda.

Сверхъ того, l. 9 D. eod.[1]) прямо говоритъ о bona fide emens: non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit, не дѣлая никакого изъятія на тотъ случай, когда цѣнность купленнаго объекта превышаетъ покупную плату.

При такихъ условіяхъ ссылка Виндшейда на аналогію actionis Favianae и Calvisianae (при каковыхъ искахъ, какъ мы ниже увидимъ, дѣйствительно принималось во вниманіе не только чистое, но и модифицированное обогащеніе), ничего не доказываетъ.

§ 18.

Actio Faviana и Calvisiana.

I. Преторскій эдиктъ выработалъ особое право необходимаго наслѣдованія патрона на случай, когда умиралъ бездѣтный либертъ. По общему правилу половина всего имущества такого либерта послѣ смерти его должна была поступить къ патрону [2]).

При этомъ къ составу имущества причислялось не только-то, что оказывалось на лицо въ моментъ смерти либерта, но и то, что когда либо принадлежало ему и было отчуждено имъ in fraudem patroni.

[1]) Текстъ фрагмента см. выше на стр. 163.

[2]) Ср. Баронъ, Geschichte des Röm. Rechts, т. I стр. 314. Francke, das Recht der Notherben, стр. 486—492.

l. 3 § 20 D. de bonis libert. 38,2 (Ulpianus). Debitam autem partem eorum, quae, quum moritur, libertus habuit, patrono damus; mortis enim tempus spectamus. Sed etsi dolo malo fecit, quominus haberet, hoc quoque voluit praetor pro eo haberi, atque si in bonis esset.

Отсюда ясно, что основаніемъ нарушенія обязательной доли патрона могли служить не только распоряженія mortis causa, но и распоряженія inter vivos.

Вмѣстѣ съ тѣмъ вопросъ о нарушеніи обязательной доли могъ возникнуть не только тогда, когда либертъ оставилъ завѣщаніе, но и тогда, когда завѣщанія не оказывалось, и не только по отношенію къ наслѣдникамъ по завѣщанію и легатаріямъ, но и по отношенію къ третьимъ лицамъ, которыя что-либо пріобрѣли отъ либерта при жизни его.

Въ частности, злостное отчужденіе имущества inter vivos предусматривалось двумя исками: actio Faviana и actio Calvisiana.

Actio Faviana возникала въ томъ случаѣ, когда либертъ оставилъ завѣщаніе; искъ имѣлъ субсидіарный характеръ: онъ допускался лишь въ томъ случаѣ, если патронъ не могъ прибѣгнуть къ bonorum possessio contra tabulas dimidiae partis или если эта bonorum possessio не доставила ему всей debita pars (l. 3 pr. § 2 D. si quid in fraud. patroni 38,5).

Actio Calvisiana примѣнялась въ томъ случаѣ, когда патронъ получилъ наслѣдство ab intestato (l. 3 § 3 eod).

II. Матеріальное сходство обоихъ исковъ съ actio Pauliana бьетъ въ глаза: и тутъ и тамъ въ основаніи иска лежитъ fraus.

Формально, однако, оба иска не причислялись къ

actiones ex delicto. Объ этомъ свидѣтельствуютъ два изреченія Ульпіана:

l. 1 § 4 D. si quid in fraud. 38,5. Dolum accipere nos oportet ejus, qui alienavit, non ejus, cui alienatum est.

§ 27 i. f. eod.: magis enim fraudem rei, non personae accipimus. Ср. также l. 1 § 24 eod.

Это, конечно, не можетъ служить для насъ препятствіемъ подвести обогащеніе, преслѣдуемое при помощи этихъ исковъ, подъ понятіе versio ex delicto.

II. Отличительная особенность actionis Favianae и Calvisianae заключалась въ томъ, что оба иска могли быть предъявлены не только противъ третьяго пріобрѣтателя, обогатившагося ex causa lucrativa, но и противъ того, кто обогатился ex causa onerosa.

Въ послѣднемъ случаѣ однако не было достаточно одной affectus ratio для предъявленія спора, а предполагалась наличность damni pecuniarii.

l. 1 § 15 eod. Et alias videamus, si dicat patronus, rem quidem justo pretio veniisse, veruntamen hoc interesse sua, non esse venumdatam, inque hoc esse fraudem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel coeli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti, an debeat audiri volens revocare? Sed nullo pacto erit audiendus, fraus enim in damno accipitur pecuniario.

Другими словами, третій пріобрѣтатель ex causa onerosa отвѣчалъ въ томъ только случаѣ, если либертъ не получилъ за уступленный объектъ равноцѣннаго эквивалента.

III. Другая отличительная особенность обоихъ исковъ заключалась въ томъ, что пріобрѣтатель ex causa one-

rosa пользовался правомъ выбора между двумя альтернативами: онъ либо могъ возвратить спорный объектъ, получивъ обратно уплаченный за него эквивалентъ, либо могъ оставить этотъ объектъ за собой, возмѣстивъ разницу между цѣнностью эквивалента и дѣйствительной цѣнностью объекта.

> l. 1 § 12 eod. Si quis in fraudem patronorum rem vendiderit, vel locaverit, vel permutaverit, quale sit arbitrium judicis, videamus. Et in re quidem distracta deferri conditio debet emtori, utrum malit rem emtam habere justo pretio, an vero a re discedere pretio recepto; neque omnimodo rescindere debemus venditionem, quasi libertus jus vendendi non habuerit, ne fraudemus pretio emtorem, maxime cum de dolo ejus non disputetur, sed de dolo liberti.
>
> § 13 eod. Sed si emerit in fraudem patroni libertus, aeque dicendum, si magno emit, in pretio relevandum patronum, conditione non ipsi delata, an velit ab emtione discedere, sed venditori, utrum malit de pretio remittere, an potius rem, quam vendidit, recipere persoluto pretio; et in permutatione, et in locatione et conductione similiter idem observabimus.

Съ этой точки зрѣнія actio Faviana и Calvisiana близко подходятъ къ идеалу иска изъ обогащенія и далеко оставляютъ за собою actio de in rem verso, при которой третій контрагентъ подобными льготами ни въ какомъ случаѣ не пользовался.

IV. Что касается вопроса о предѣлахъ отвѣтственности третьяго пріобрѣтателя, то не можетъ подлежать сомнѣнію, что онъ вообще отвѣчалъ только въ предѣлахъ своего обогащенія.

Это явствуетъ уже изъ приведенныхъ нами l. 1 § 15, l. 1 § 12 и 13 D. 38,5.

Изъ другихъ фрагментовъ особаго вниманія заслуживаетъ l. 10 eod.

> l. 10 eod. (Africanus). Si id, quod a liberto in fraudem alienatum est, non extet, actio patroni cessat, quemadmodum si pecuniam in fraudem abjecisset, aut etiam si is, qui mortis causa a liberto accepisset, eam rem vendidisset, et bonae fidei emtor eam usucepisset.

Изъ этого фрагмента явствуетъ, что послѣдующее прекращеніе обогащенія освобождаетъ третьяго пріобрѣтателя отъ всякой отвѣтственности. При этомъ, конечно, предполагается, что пріобрѣтатель не находился in mala fide и не уничтожилъ спорнаго объекта dolose.

Изъ указаннаго общаго правила, впрочемъ, допускалось исключеніе въ случаѣ contumacia отвѣтчика.

> l. 5 § 1 eod. (Paulus). In actione Faviana, si res non restituatur, tanti damnabitur reus, quanti actor in litem juraverit.

V. Въ заключеніе замѣтимъ, что actio Faviana и Calvisiana могли быть предъявлены только противъ перваго обогатившагося лица и его наслѣдниковъ, а не противъ дальнѣйшихъ.

> l. 1 § 26 eod. Haec actio in personam est, non in rem, et in heredem competit, et in ceteros successores, et heredi et ceteris successoribus patroni;et non est hereditaria, id est ex bonis liberti, sed propria patroni. — Ср. l. 38 pr. § 4 D. de usur. 22,1.

Правда, въ указанномъ фрагментѣ упоминаются наряду съ heredes перваго пріобрѣтателя и ceteri successores, но тутъ же указываются и heredes et ceteri successores patroni: ясно слѣд., что подъ ceteri successores

и тутъ и тамъ подразумѣваются только лица, являющіяся heredis loco, а не сингулярные преемники.

§ 19.

Actio Faviana и Calvisiana utilis и querela inofficiosae dotis ac donationis.

I. Actio Faviana и Calvisiana utilis [1]).

Actio Faviana и Calvisiana съ теченіемъ времени были распространены utiliter на малолѣтнихъ personae sui juris, усыновленныхъ per arrogationem.

Именно Антонинъ Пій постановилъ, что impubes sui juris, усыновленный третьимъ лицомъ, пріобрѣтаетъ при извѣстныхъ условіяхъ право на четвертую часть имущества своего pater arrogator; въ связи съ этимъ за нимъ было признано право оспаривать negotia inter vivos, совершенныя усыновителемъ in fraudem arrogati, поскольку вслѣдствіе этого сократился размѣръ debitae partis. Усыновленный въ такомъ случаѣ могъ предъявить къ третьимъ пріобрѣтателямъ actio Faviana или Calvisiana utilis.

> l. 13 D. si quid in fraud. patr. 38,5. (Paulus). Constitutione Divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptavit, fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est; sed et bona ei, quae acquisiit patri, restitui jussit; si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit. Si quid itaque in fraudem ejus alienatum fuerit, quasi

[1]) Francke, ук. соч. стр. 493—498. Ср. Arndts, Pandekten § 607, стр. 1048..

per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est.

Оба иска несомнѣнно подчинялись тѣмъ же началамъ, какъ и ихъ прототипы.

II. Querela inofficiosae dotis ac donationis [1]).

Въ позднѣйшемъ императорскомъ правѣ всѣ вообще необходимые наслѣдники получили право оспаривать дарственныя и дотальныя распоряженія наслѣдодателя, поскольку таковыя повлекли за собою сокращеніе ихъ обязательной доли (portio legitima).

Съ этой цѣлью были введены querela inofficiosae donationis и querela inofficiosae dotis [2]).

1) Характеръ обоихъ исковъ представляется спорнымъ: требуется ли для возникновенія ихъ animus fraudandi въ лицѣ наслѣдодателя или же достаточно одного объективнаго факта уменьшенія обязательной доли наслѣдниковъ,—вотъ вопросъ, который издавна раздѣляетъ изслѣдователей на два лагеря.

Господствующее мнѣніе со временъ глоссы высказывается въ пользу второй альтернативы [3]). Но и первая имѣетъ весьма видныхъ защитниковъ [4]).

Мы не будемъ подробно останавливаться на этомъ вопросѣ. Замѣтимъ только, что по нашему мнѣнію слѣдуетъ отдать предпочтеніе теоріи Дернбурга и Бринца. Въ пользу нея говоритъ прежде всего то обстоятельство, что въ цѣломъ рядѣ фрагментовъ, касающихся этихъ

---

[1]) Francke, ук. соч. стр. 498 и сл. Ср. Виндшейдъ, ук. соч. т. III, § 586, стр. 142

[2]) Впервые упоминается о querela inofficiosae donationis въ рескриптѣ Александра Севера, помѣщенномъ въ l. 87 § 3 D. de leg. II.

[3]) Ср. Франке, ук. соч. стр. 505 и сл., Виндшейдъ, ук. соч. т. III, стр. 144; тамъ же дальнѣйшія литературныя указанія.

[4]) Дернбургъ, ук. соч. г. III., стр. 311, пр. 3, Бринцъ, ук. соч. т. III, § 405, пр. 45.

исковъ, прямо требуется animus fraudandi со стороны наслѣдодателя. (Ср. l. 87 § 3 D. de leg. II, l. 1 Cod. de inoff. donat. 3,29, l. 8 Cod. eod., Vatic. fragm. § 270).

Дальше слѣдуетъ считаться съ аналогіей actionis Faviauae и Calvisianae, которыя тоже предполагаютъ dolus со стороны либерта. Наконецъ, нельзя не указать и на такое общее соображеніе: римляне вообще ревниво ограждали свою частную автономію; вторженія въ эту область допускались только въ крайнихъ случаяхъ; съ этой точки зрѣнія представляется болѣе чѣмъ невѣроятнымъ, чтобъ они дали развиться у себя институту, въ значительной мѣрѣ отрицающему свободу распоряженій inter vivos.

2) Мы переходимъ къ вопросу объ объектѣ обоихъ исковъ, тоже очень спорному. Споръ вращается, главнымъ образомъ, около того, подлежитъ ли уничтоженію вся inofficiosa donatio sive dos, или же это допускается только въ опредѣленной части и въ какой именно: въ той ли, какая необходима для пополненія portio legitima, или въ той, какая необходима для пополненія всей portio ab intestato?

Насъ однако интересуетъ не эта сторона вопроса. Для насъ только важно выяснить, какой максимумъ отвѣтственности добросовѣстнаго третьяго пріобрѣтателя,—ограничивается-ли отвѣтственность его предѣлами его обогащенія, или превышаетъ ихъ? Въ литературѣ этотъ вопросъ обыкновенно обходится молчаніемъ. Источники тоже не содержатъ прямыхъ указаній на него.

При такихъ условіяхъ остается только обратиться къ соображеніямъ общаго свойства и къ аналогіи actionis Pauliauae, какъ-то дѣлаетъ Франке. Результатъ ясенъ: слѣдуетъ признать, что добросовѣстный пріобрѣтатель никоимъ образомъ не отвѣчаетъ свыше предѣловъ своего наличнаго обогащенія [1]).

[1]) Ср. Франке, ук. соч. стр. 533, Дернбургъ, ук. соч. т. II, стр. 312.

3) Наконецъ, нельзя не упомянуть еще о спорѣ по вопросу о томъ, отвѣчаетъ-ли только первый пріобрѣтатель, или также дальнѣйшіе? Въ настоящее время этотъ вопросъ можно считать окончательно разрѣшеннымъ въ пользу первой альтернативы [1]).

§ 20.

Interdictum unde vi, actio doli и actio ex edicto de aleatoribus.

Разсмотрѣнные нами до сихъ поръ иски имѣли ту общую черту, что для возникновенія ихъ достаточно простого факта обогащенія третьяго лица,—никакихъ дальнѣйшихъ квалифицирующихъ моментовъ не требуется.

Напротивъ interdictum unde vi, actio doli и actio ex edicto de aleatoribus могутъ быть предъявлены только противъ опредѣленныхъ группъ обогатившихся лицъ.

I. Interdictum unde vi.

Interdictum unde vi преслѣдуетъ насильственное лишеніе юридическаго владѣльца его владѣнія.

По этому интердикту отвѣчаетъ не только самъ dejiciens, но и третье лицо, въ интересахъ котораго представитель его совершилъ dejectio.

Но если dejectio была совершена представителемъ безъ вѣдома принципала, то послѣдній отвѣчаетъ только въ предѣлахъ своего обогащенія.

l. 4 D. de vi 43,16. Si vi me dejecerit quis nomine municipum, in municipes mihi interdic-

[1]) Ср. Франке, ук. соч. стр. 520, Виндшейдъ, ук. соч., т. III, стр. 144, Дернбургъ l. c., Арндтсъ, ук. соч. стр. 1034. Иного мнѣнія изъ старыхъ писателей между прочимъ Глюкъ, ausfuhrl. Erlauterung der Pandekten т. VII, стр. 175, изъ новѣйшихъ — Бринцъ, ук. соч. т. III, § 405, пр. 52.

tum reddendum Pomponius scribit, si quid ad eos pervenit.

II. Actio doli.

Actio doli есть общій субсидіарный искъ ex delicto, преслѣдующій вообще злостное причиненіе убытка однимъ лицомъ другому, поскольку потерпѣвшій не имѣетъ въ своемъ распоряженіи иного иска.

Этотъ искъ тоже можетъ быть предъявленъ не только противъ самого виновнаго, но и противъ третьихъ лицъ, разъ деликтъ былъ совершенъ въ ихъ интересахъ и имъ вслѣдствіе этого удалось обогатиться на чужой счетъ.

l. 15 § 1 D. de dolo 4,3. Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari; quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam.

§ 2 eod. Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio, in quantum ad eum pervenit; nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur.

III. Actio ex edicto de aleatoribus.

Договоръ игры по общему правилу считался недозволеннымъ; если проигравшій произвелъ уплату въ счетъ игорнаго долга, онъ имѣлъ право обратнаго требованія уплаченнаго.

Искъ могъ быть предъявленъ не только противъ непосредственнаго контрагента, но и противъ parentes et patronos.

l. 4 § 2 D. de aleat. 11,5 (Paulus). Adversus parentes et patronos repititio ejus, quod in alea lusum est, utilis ex hoc edicto danda est.

Приведенный фрагментъ не упоминаетъ о томъ, что

названныя лица отвѣчали только въ предѣлахъ своего обогащенія. Однако это простая недомолвка, такъ какъ въ непосредственно предшествующемъ § 1, гдѣ Павелъ касается случая si servus acceperit pecuniam, прямо сказано: sed non amplius cogendus est (dominus) praestare, quam id, quod ex ea re in peculio sit.

ГЛАВА II.

Versio ex delicto subjectae personae.

§ 21.

Ноксальная и пекуліарная отвѣтственность властелина за деликты его подвластныхъ.

I. Нормальной формой отвѣтственности властелина за деликты его подвластныхъ служила ноксальная отвѣтственность его.

Сущность ея характеризуется Гаемъ слѣдующимъ образомъ:

> Gaj. J. IV § 75. Ex maleficiis filiorumfamilias servorumque, veluti si furtum fecerint aut injuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre, aut noxae dedere.

Къ властелину предъявлялся искъ, вытекающій изъ даннаго деликта, въ качествѣ actio noxalis; напр., если подвластный совершилъ furtum, къ властелину предъявлялась actio furti noxalis; если онъ совершилъ injuriam,

противъ властелина возникала actio injuriarum noxalis, и т. д.

Властелинъ обязанъ былъ либо возмѣстить причиненный подвластнымъ лицомъ убытокъ (или заплатить установленный штрафъ), либо выдать виновнаго потерпѣвшему (noxae dedere); послѣдній въ такомъ случаѣ держалъ делинквента у себя, пока весь долгъ не былъ отработанъ.

II. Что касается пекуліарной отвѣтственности властелина, то таковая въ принципѣ возникала только ex negotio, а не ex delicto subjectae personae.

Этотъ принципъ вытекалъ уже изъ самой формулировки triplicis edicti, въ составъ котораго входила и actio de peculio: quod cum eo, qui in potestate alterius esset, negotium gestum erit. (l. 1 § 2 D. de pec. 15,1): подъ понятіе negotium очевидно нельзя было подвести совершеніе подвластнымъ деликта.

Къ тому же, l. 58 D. de R. J. 50,17 прямо гласила:

> l. 58 cit. Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari.

Съ теченіемъ времени однако этотъ принципъ подвергся извѣстнымъ модификаціямъ.

1) Прежде всего, пекуліарная отвѣтственность властелина косвенно была допущена въ тѣхъ случаяхъ, когда деликтъ былъ совершенъ не рабомъ, а подвластнымъ сыномъ.

а) Дѣло въ томъ, что тогда потерпѣвшій могъ предъявить либо actio noxalis противъ отца, либо directa actio ex delicto противъ сына.

> § 7. I. de nox. act. 4,8,—apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.—Ср. l. 57 D. de jud. 5,1.

Избравши второй путь и добившись судебнаго рѣ-

шенія въ свою пользу, истецъ уже могъ обратить взысканіе на отца въ формѣ actio judicati de peculio (deque in rem verso).

Причина, по которой въ случаяхъ такого рода было допущено предъявленіе къ властелину actio de peculio, указана въ l. 3 § 11 D. de pec. 15,1.

> l. 3 § 11 D. de pec. 15,1. (Ulpianus). Idem (sc. Papinianus) scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri. Quod et Marcellus putat etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi; proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.

И такъ римскіе юристы напираютъ на квазидоговорный характеръ процессуальнаго отношенія, благодаря которому actio judicati, какова бы ни была ея матерьяльная causa, съ внѣшней, формальной стороны никогда не имѣла характера actionis ex delicto.

b) Одинаковое значеніе съ юдикатомъ получила литисконтестація.

> l. 57 D. de jud. 5,1. (Ulpianus). Tam ex contractibus, quam ex delictis in filiosfamilias competit actio; sed mortuo filio post litiscontestationem, transfertur judicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem ejus versum est.

c) Наконецъ было признано, что и третейскій договоръ, заключенный сыномъ съ потерпѣвшимъ лицомъ, независимо отъ своей causa можетъ служить основаніемъ для предъявленія къ отцу actio de peculio.

> l. 3 § 10 D. de pec. 15,1. Quare et compromisso pater tenebitur. Et ita Papinianus

quoque libro IX Quaestionum scribit; nec interesse ait, ex qua causa compromiserit, utrum ex ea causa, ex qua potuit cum patre de peculio agi, an vero ex ea, ex qua non potuit, quum ex stipulatu pater conveniatur.

d) Обобщая эти рѣшенія, мы приходимъ къ заключенію, что отецъ косвенно могъ быть привлеченъ къ пекуліарной отвѣтственности за деликты своихъ подвластныхъ дѣтей, разъ произошло предварительное превращеніе obligationis ex delicto въ obligatio ex contractu vel quasi ex contractu.

Вскользь замѣтимъ, что въ поклассическомъ правѣ пекуліарная форма отвѣтственности отца за деликты сына одна только и сохранилась, а ноксальная отвѣтственность его вышла изъ употребленія [1]).

Впрочемъ и пекуліарная отвѣтственность отца съ развитіемъ имущественной самостоятельности подвластныхъ дѣтей была поставлена въ очень тѣсныя границы: она сохранилась только по отношенію къ т. н. peculium profecticium [2]).

2) На ряду съ указанной сложилась вторая группа случаевъ, въ которыхъ правонарушеніе подвластнаго лица уже непосредственно стало порождать actio de peculio противъ властелина.

---

[1]) § 7. I. de nox. act. 4,8. Sed veteres quidem haec (sc. noxales actiones) et in filiisfamilias masculis et feminis admisere. Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis, quam filius periclitetur, quum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, quum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.

[2]) Ср. Баронъ, Institutionen, § 39, стр. 81 и сл.

Дѣло въ томъ, что римское право выработало рядъ исковъ, которые, вытекая изъ недозволенныхъ дѣйствій, все-таки формально были лишены характера actiones ex delicto.

a) Это могло имѣть мѣсто по двоякой причинѣ.

aa) Съ одной стороны потому, что данное недозволенное дѣйствіе не составляло деликта въ техническомъ смыслѣ; тогда конечно и искъ, вытекающій изъ него, не былъ actio ex delicto.

Къ числу такихъ исковъ относятся actio Faviana и Calvisiana (l. 1 § 4, 24, 27 i. f. D. si quid in fraud. patr. 38,5); вѣроятно также querela inofficiosae donationis ac dotis, хотя въ источникахъ и не встрѣчается прямыхъ указаній на этотъ счетъ.

bb) Съ другой стороны потому, что искъ, вытекающій изъ даннаго деликта, по процессуальной своей структурѣ подходилъ подъ одинъ изъ тѣхъ типовъ исковыхъ притязаній, которые возникли спеціально въ примѣненіи къ договорнымъ или квазидоговорнымъ отношеніямъ.

Сюда относятся actio Pauliana rescissoria, condictio furtiva (или точнѣе: condictio ex causa furtiva, ср. l. 2, 3, 9 D. de cond. furt. 13,1), actio rerum amotarum, (о которой въ источникахъ говорится: l. 26 D. de act. rer. amot. 25,2: rerum amotarum actio condictio est), наконецъ actio ex edicto de aleatoribus, каковая, какъ мы ниже увидимъ, есть обыкновенная condictio ob injustam causam.

b) Во вниманіе къ особой природѣ этихъ исковыхъ притязаній было признано, что они не могутъ быть предъявлены къ властелину noxaliter [1]); но за то допускается предъявленіе ихъ de peculio.

---

[1]) Относительно condictio furtiva на этотъ счетъ существуетъ споръ, который однако, какъ мы ниже увидимъ, вызванъ простымъ недоразумѣніемъ.

При этомъ однако наблюдается такое различіе.

aa) Одни изъ этихъ исковъ могли быть предъявлены de peculio на общемъ основаніи.

Сюда относятся actio Faviana и Calvisiana.

> l. 1 § 22 D. si quid in fraud. patr. 38,5. (Ulpianus). Si servo meo vel filiofamilias libertus in fraudem patroni quid dederit, an adversus me judicium Favianum competat, videamus. Et mihi videtur, sufficere adversus me patremque arbitrioque judicis contineri tam id, quod in rem versum est, condemnandi, quam id, quod in peculio.

Сюда же относится, какъ мы ниже покажемъ, actio Pauliana rescissoria (l. 6 § 12 D. quae in fraud. cred. 42,8).

bb) Смѣшаннымъ характеромъ отличалась actio rerum amotarum.

Этотъ искъ предполагалъ совершеніе однимъ супругомъ furtum по отношенію къ другому (l. 1 D. de act. rer. amot. 25,2), и замѣнялъ обезчещивающую actio furti (l 2 eod.).

Actio rerum amotarum могла быть предъявлена къ отцу виновнаго супруга de peculio, при жизни виновнаго — на общемъ основаніи, а послѣ смерти его — только in quantum peculium locupletius factum est.

> l. 3 § 4 D. de act. rer. amot. 25,2 (Paulus). Si filiafamilias (sc. uxor) res amoverit, Mela, Fulcinius ajunt, de peculio dandam actionem, quia displicuit eam furti obligari, vel in ipsam ob res amotas dari actionem. Sed mortua filia in patrem rerum amotarum actionem dari non oportere, Proculus ait, nisi quatenus ex ea re pater locupletior sit.

cc) Наконецъ остальные иски — condictio furtiva и

actio ex edicto de aleatoribus — какъ мы ниже увидимъ, вообще не могли быть предъявлены de peculio на общемъ основаніи, а всегда только со включеніемъ оговорки: in quantum peculium locupletius factum est.

c) На первый взглядъ такое различіе въ предѣлахъ пекуліарной отвѣтственности властелина можетъ, конечно, показаться страннымъ, и дѣйствительно это обстоятельство многимъ изслѣдователямъ спеціально въ примѣненіи къ condictio furtiva и actio rerum amotarum подало поводъ утверждать, что это вовсе не такъ называемые квазидоговорные, а обыкновенные иски ex delicto [1]). Ниже мы однако увидимъ, что ограниченіе пекуліарной отвѣтственности властелина въ указанныхъ нами случаяхъ было вызвано соображеніями совершенно особаго свойства.

III) Мы охарактеризовали двѣ главныя формы отвѣтственности властелина за деликты его подвластныхъ. На ряду съ ними и въ качествѣ дополненія къ нимъ сложилась третья форма — отвѣтственность его ex versione. Къ ней мы теперь и обратимся.

§ 22.

Версіонная отвѣтственность властелина, дополняющая ноксальную отвѣтственность его.

I) Ноксальная отвѣтственность властелина, какъ ни широко она была задумана, все-таки не вполнѣ ограждала интересы третьихъ, потерпѣвшихъ лицъ.

---

[1]) Ср. литературныя указанія у Savigny, System des h. Röm. Rechts, т. V, прилож. XIV, стр. 588 и сл., и у Виндшейда, ук. соч. т. II, стр. 547, пр. 4. Первый отстаиваетъ квазидоговорный характеръ condictionis furtivae, второй отрицаетъ его.

1) Прежде всего actiones noxales подчинялись правилу: noxa caput sequitur; всякое выбытіе подвластнаго изъ подъ власти освобождало прежняго властелина отъ всякой отвѣтственности за деликты, совершенные бывшимъ подвластнымъ.

Это обстоятельство не имѣло особаго значенія, если подвластный переходилъ во власть другого лица или становился самостоятельнымъ человѣкомъ; въ первомъ случаѣ можно было предъявить actio noxalis къ новому властелину, во второмъ — directa actio ex delicto противъ самого виновника [1]).

Но дѣло принимало совсѣмъ иной видъ, если отношеніе подвластности прекращалось вслѣдствіе смерти подвластнаго. Тогда потерпѣвшій терялъ всякое право иска, ибо въ такомъ случаѣ конечно не могло быть рѣчи ни объ actio noxalis противъ властелина, ни объ actio directa противъ самого виновнаго [2]).

2) Сверхъ того, actio noxalis и тамъ, гдѣ она допускалась, давала властелину право взамѣнъ возмѣщенія причиненнаго подвластнымъ лицомъ убытка выдать виновнаго потерпѣвшему. Естественно, что властелинъ чаще всего былъ склоненъ прибѣгнуть къ noxae deditio тамъ, гдѣ виновникомъ оказывался субъектъ слабосильный, больной или дряхлый. Разумѣется, насколько такая операція была выгодна для властелина, настолько она представлялась невыгодной для потерпѣвшаго.

II) Неудобства указаннаго порядка должны были сказываться особенно сильно въ тѣхъ случаяхъ, когда властелину, благодаря деликту, совершенному его подвластнымъ, удалось обогатиться насчетъ потерпѣвшаго.

---

[1]) Если виновникомъ былъ подвластный сынъ, то directa actio могла быть предъявлена къ нему и до эманципаціи. См. выше стр. 178.

[2]) Ср. l. 1 § 13 и 16 D. si quadrupes 9, 1; l. 5 § 1 D. de nox. act. 9,4, гдѣ допускается исключеніе на случай scientia domini.

Поэтому неудивительно, что на ряду съ ноксальной отвѣтственностью властелина была допущена дополнительная отвѣтственность его ex versione.

Что касается внѣшней формы, въ которой властелинъ принуждался къ выдачѣ своего обогащенія, то по господствующему мнѣнію [1]) къ нему предъявлялась соотвѣтствующая actio ex delicto, но не directo, а въ формѣ actio de peculio со включеніемъ оговорки in quantum peculium locupletius factum est.

Противъ этого правильно возражаетъ между прочимъ Мандри [2]).

Послѣдній, ссылаясь на l. 58 D. de R. J. 50,17, доказываетъ, что настоящія actiones ex delicto, представляющіяся таковыми не только съ матеріальной, но и съ формальной стороны, никогда не предъявлялись къ властелину de peculio, а всегда только либо въ формѣ actiones noxales, либо въ формѣ directa или utilis actio in id quod pervenit.

1) Противники этой теоріи ссылаются прежде всего на l. 3 § 12 D. de pec. 15,1, гдѣ сказано, что condictio furtiva и actio rerum amotarum могутъ быть предъявлены къ властелину de peculio in quantum locupletius peculium factum est.

Но мы уже замѣтили, что эти оба иска формально не признавались за actiones ex delicto, а причислялись къ числу т.-н. квазидоговорныхъ исковъ ex delicto.

2) Что касается другихъ фрагментовъ, на которые обыкновенно указываютъ, то слѣдуетъ остановиться ближе

---

[1]) Ср. Glück, ук. соч. т. XIV, стр. 395, Witte, ук. соч. стр. 282, 287, v. Wyss, Haftung für fremde Culpa стр. 50 и сл., Pernice, Labeo, т. I, стр. 132—133; Windscheid, ук. соч. т. II, § 484, пр. 10, стр. 747, Pfersche, Bereicherungsklagen стр. 91.

[2]) Ук. соч. т. II, стр. 234 и сл. Впрочемъ, аргументація его мѣстами не вполнѣ удовлетворительна.

на l. 15 pr. D. de jud. 5,1; l. 9 § 4 D. de dolo 4,3; l. 6 § 12 D. quae in fraud. 42,8; наконецъ, l. 5 § 1 D. de pec. 15,1 въ связи съ l. 13 D. de prec. 43,26.

> l. 15 pr. D. de jud. 5,1. Filiusfamilias judex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.

По поводу этого фрагмента прежде всего нельзя не замѣтить, что litem suam facere (т.-е. постановленіе судьею неправильнаго рѣшенія по умыслу или нерадѣнію) не составляло деликта въ техническомъ смыслѣ: si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur,—ideo videtur quasi ex maleficio teneri (pr. J. de oblig., quae quasi ex del. 4,15).

Поэтому и искъ, возникающій отсюда, не можетъ быть причисленъ къ actiones ex delicto.

Сверхъ того, какъ правильно замѣчаетъ Мандри, приведенный фрагментъ вовсе не касается отвѣтственности истца (ср. § 2 J. de obl. quae quasi ex del. 4,5); онъ нормируетъ отвѣтственность самого filiusfamilias judex, ограничивая ее притомъ (прибавимъ мы отъ себя) не размѣромъ обогащенія пекулія, а тѣмъ размѣромъ пекулія, какой послѣдній имѣлъ въ моментъ постановленія неправильнаго рѣшенія.

> l. 9 § 4 D. de dolo 4,3. Idem Labeo scribit, de dolo actionem servi nomine interdum de peculio, interdum noxalem dari. Nam si ea res est, in quam dolus commissus est, ex qua de peculio daretur actio, et nunc in peculio dandam; sin vero ea sit, ex qua noxalis, hoc quoque noxale futurum.

На первый взглядъ Лабеонъ дѣйствительно какъ будто допускаетъ наряду съ actio doli noxalis еще и actio doli de peculio, притомъ безъ всякихъ ограниченій.

При ближайшемъ разборѣ фрагмента, однако, мы приходимъ къ совершенно иному результату.

Прежде всего, Лабеонъ, очевидно, противополагаетъ ноксальную отвѣтственность властелина пекуліарной, не допускаетъ первой тамъ, гдѣ примѣняется вторая, и наоборотъ.

Затѣмъ онъ пріурочиваетъ пекуліарную отвѣтственность спеціально къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ между сторонами существуетъ такое отношеніе, которое уже само по себѣ порождаетъ пекуліарный искъ. Другими словами, онъ предполагаетъ существованіе договорнаго или квазидоговорнаго отношенія между непосредственно заинтересованными лицами, дающее третьему контрагенту право на предъявленіе къ властелину возникающаго отсюда иска въ формѣ actio de peculio. Но разъ у третьяго контрагента имѣется уже готовый искъ, то actio doli оказывается непримѣнимой, ибо это былъ, какъ извѣстно, субсидіарный искъ, который допускался только на тотъ случай, если не могъ быть предъявленъ никакой другой искъ (l. 1 § 1 D. de dolo 4,3; ср. также l. 49 i. f. D. de O. et A. 44,7, l. 6, 11 D. de tut. 27,3).

Въ виду изложеннаго не можетъ быть сомнѣній въ томъ, что терминъ de dolo actio употребленъ Лабеономъ только для краткости и что настоящая его мысль такова: dolus подвластнаго можетъ породить либо пекуліарную, либо ноксальную отвѣтственность властелина. Первое бываетъ въ томъ случаѣ, когда между подвластнымъ лицомъ и третьимъ контрагентомъ существуетъ договорное или квазидоговорное отношеніе; тогда при помощи вытекающаго изъ него иска, предъявляемаго къ властелину de peculio, можно требовать вознагражденія и за тотъ убытокъ, который причисленъ третьему контрагенту обманнымъ образомъ дѣйствія подвластнаго лица. Второе имѣетъ мѣсто тогда, когда подобнаго отношенія между

непосредственно заинтересованными лицами не существуетъ (что Лабеонъ выражаетъ словами: sin vero ea sit, ex qua noxalis): тогда къ властелину предъявляется actio doli noxalis [1]).

> l. 6 § 12 D. quae in fraud. cred. 42,8. Simili modo quaeritur, si servus ab eo, qui solvendo non sit, ignorante domino, ipse sciens rem acceperit, an dominus teneretur. Et ait Labeo, hactenus eum teneri, ut restituat, quod ad se perveniat, aut dumtaxat de peculio damnetur, vel si quid in rem ejus versum est. Eadem in filiofamilias probanda sunt. Sed si dominus scit, suo nomine convenietur.

Изъ приведеннаго фрагмента явствуетъ, что фраудаторный искъ можетъ быть предъявленъ къ властелину лица, которое пріобрѣло вещь отъ несостоятельнаго должника, либо въ формѣ directa actio in id quod ad eum pervenit, либо въ формѣ actio de peculio deque in rem verso.

Значитъ ли это, что выборъ той или другой формы вполнѣ зависѣлъ отъ пострадавшихъ кредиторовъ несостоятельнаго? Если да, то совершенно непонятно, какимъ образомъ вообще могла сложиться directa actio in id, quod pervenit: вѣдь actio de peculio deque in rem verso шла гораздо дальше.

Сомнѣніе разрѣшается просто, если вспомнить, что фраудаторный искъ римскаго права съ процессуальной

---

[1]) Кстати замѣтимъ, что параллельное явленіе наблюдается и тамъ, гдѣ dolus былъ совершенъ свободнымъ представителемъ. Именно, если ex dolo представителя возникаетъ договорный или квазидоговорный искъ, то и противъ обогатившагося принципала предъявляется этотъ искъ, а не actio doli. Ср. l. 3 § 1 D. de tribut. act. 14,4; l. 21 § 1 D. de pec. 15,1; l. 13 § 7 D. de A. E. V. 19,1: l. 3 D. quando ex facto tutor 26,9; l. 4 § 23 D. de doli mali excep. 44,4.

стороны не всегда имѣлъ характеръ actionis ex delicto. Именно, онъ былъ лишенъ такого характера въ тѣхъ случаяхъ, когда возникала actio rescissoria.

Примѣнительно къ нимъ и была допущена отвѣтственность de peculio deque in rem verso.

Въ остальныхъ случаяхъ, напротивъ, возникала ноксальная отвѣтственность властелина, которой корреспондировала отвѣтственность его in id quod pervenit.

Съ этой точки зрѣнія изреченіе Лабеона получаетъ вполнѣ опредѣленный смыслъ и вмѣстѣ съ тѣмъ какъ нельзя лучше подтверждаетъ принятую нами теорію.

Наконецъ, мы должны разсмотрѣть еще l. 5 § 1 D. de pec. 15,1 въ связи съ l. 13 D. de prec. 43,26.

> l. 5 § 1 D. de pec. 15,1. Sed et si precario res filiofamilias aut servo data sit, dumtaxat de peculio pater dominusve obligatur.
>
> l. 13 D. de prec. 43,26, verb.: si te ignorante suo nomine vel servus vel filius (precario) rogaverit, non videris te precario habere, sed illi erit actio de peculio, vel de in rem verso.

Въ поясненіе этихъ фрагментовъ необходимо замѣтить, что precarium (передача вещи во временное пользованіе другому лицу до востребованія) порождало два иска: interdictum de precario и actio praescriptis verbis [1]).

Интердиктъ принадлежалъ къ числу исковъ ex delicto, а actio praescriptis verbis—къ договорнымъ искамъ.

Противники защищаемой нами теоріи полагаютъ, что въ цитированныхъ фрагментахъ имѣется въ виду интердиктъ. Но Мандри [2]) совершенно вѣрно замѣчаетъ, что

---

[1]) Ср. l. 2 § 2 D. de prec. 43,26. Itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto (sc. de precario) uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.

[2]) Ук. соч., т. II, стр. 236.

гораздо правдоподобнѣе обратное предположеніе. Съ этимъ нельзя не согласиться, тѣмъ болѣе, что въ обоихъ фрагментахъ actio de peculio допускается безъ включенія оговорки in quantum peculium locupletius factum est.

3) Опровергнувъ возраженія нашихъ противниковъ, мы въ заключеніе укажемъ еще на нѣсколько фрагментовъ, которые подтверждаютъ нашъ собственный взглядъ и прямо необъяснимы съ противоположной точки зрѣнія.

a) l. 16 § 1 D. quod m. c. 4,2. Sed si servi metum adhibuerint, noxalis quidem actio ipsorum nomine erit; poterit autem quis dominum, ad quem res pervenerit, convenire.

Въ данномъ фрагментѣ прямо выражено, что actio quod metus causa можетъ быть предъявлена къ властелину либо въ качествѣ actio noxalis, либо въ качествѣ actio directa in id quod pervenit.

b) l. 16 D. de vi 43,16. In interdicto Unde vi dicendum est, ut ejus causa quod ad patrem pervenit, ipse teneatur.

И тутъ упоминается directum interdictum in id quod pervenit.

c) Послѣдній фрагментъ, на которомъ намъ необходимо остановиться, есть l. 1 § 5 D. si ventr. nom. 25,5.

l. 1 § 5 cit. Et si filiafamilias sit, quae dolo fecit, in patrem dabitur actio, si quid ad eum pervenerit.

Въ поясненіе этого фрагмента необходимо замѣтить слѣдующее:

Если наслѣдодатель оставлялъ утробнаго младенца, который въ случаѣ благопріятнаго исхода родовъ могъ сдѣлаться его наслѣдникомъ, то мать на время беременности могла требовать алиментовъ и съ этой цѣлью могла быть введена во владѣніе наслѣдственной массой. Такой вводъ беременной женщины во владѣніе наслѣдственной

массой назывался missio in possessionem ventris nomine [1]).

Въ связи съ этимъ преторъ ввелъ особый искъ на тотъ случай, если беременная, добившись ввода, злостно уступитъ свое владѣніе другому лицу.

> l. 1 § 1 D. eod. Idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hanc possessionem dolo malo transtulit.

Искъ этотъ конечно былъ actio ex delicto.

И вотъ, мы видимъ, что и онъ, какъ явствуетъ изъ l. 1 § 5 D. cit., предъявляется къ отцу-властелину въ формѣ directa actio in id, quod ad eum pervenit.

Этимъ мы исчерпали всѣ встрѣчающіеся въ источникахъ случаи, въ которыхъ вообще допускается, наряду съ ноксальной отвѣтственностью властелина и какъ дополненіе ея, отвѣтственность его ex versione. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы убѣдились, что во всѣхъ этихъ случаяхъ (actio quod metus causa, actio in factum ex fraude creditoribus facta, interdictum fraudatorium, interdictum unde vi, actio doli и actio ex l. 1 § 5 D. si ventr. nom. 25,5) къ обогатившемуся властелину предъявляется directa actio ex delicto in id, quod pervenit.

III. Намъ остается разсмотрѣть вопросъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ допускалась эта дополнительная отвѣтственность властелина, какова была сфера примѣненія directa actio ex delicto in id quod pervenit.

Принципіальный отвѣтъ на этотъ вопросъ былъ данъ нами выше, гдѣ мы указали на недостатки ноксальной отвѣтственности.

Намъ поэтому остается только показать, что дѣйствительно directa actio ex delicto in id quod pervenit могла быть предъявлена не только въ томъ случаѣ, когда

---

[1]) Ср. Дернбургъ, Pandekten, т. III, стр. 319.

вслѣдствіе смерти непосредственнаго виновника actio noxalis совсѣмъ отпадала, но и въ томъ, когда властелинъ, къ которому была предъявлена noxalis actio, вмѣсто возмѣщенія причиненнаго убытка ограничился noxae deditione.

Доказательство этого положенія мы находимъ въ l. 16 § 1 D. quod m. c. 4,2.

> l. 16 § 1 D. quod m. c. 4,2. Sed si servi metum adhibuerint, noxalis quidem actio ipsorum nomine erit, poterit autem quis dominum, ad quem res pervenerit, convenire; qui conventus sive rem, sive, secundum quod jam dictum est, quadruplum praestiterit, proderit et servis. Si vero noxali conventus maluerit noxae dedere, nihilominus ipse poterit conveniri, si ad eum res pervenit.

Въ приведенномъ фрагментѣ прямо выражено, что если властелинъ, къ которому будетъ предъявлена actio quod metus causa noxalis, ограничится выдачею виновнаго лица потерпѣвшему, то послѣдній сверхъ того можетъ предъявить къ нему directa actio quod metus causa in id quod ad eum pervenit.

Несомнѣнно, тотъ же принципъ по аналогіи долженъ быть распространенъ и на остальные случаи, въ которыхъ властелинъ отвѣчаетъ ex versione.

§ 23.

Версіонная отвѣтственность властелина, дополняющая пекуліарную отвѣтственность его.

I) Выше нами было замѣчено, что въ тѣхъ случаяхъ, когда данное недозволенное дѣйствіе порождаетъ прямо или косвенно actio de peculio противъ властелина, послѣдній не всегда отвѣчаетъ въ одинаковой степени.

1) Одни иски могли быть предъявлены de peculio на общемъ основаніи.

Сюда относятся съ одной стороны тѣ случаи, въ которыхъ пекуліарная отвѣтственность властелина имѣетъ мѣсто лишь косвенно, послѣ предварительнаго превращенія obligationis ex delicto въ obligatio ex contractu vel quasi ex contractu.

Съ другой стороны, сюда же должны быть отнесены случаи предъявленія actionis Favianae, Calvisianae и Paulianae rescissoriae.

Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ властелинъ отвѣчалъ не только de peculio, но и de in rem verso. (Ср. l. 57 D. de jud. 5,1; l. 1 § 22 D. si quid in fraud. patr. 38,5; l. 6 § 12 D. quae in fraud. cred. 42,8).

2) Нѣсколько иныя начала были приняты относительно остальныхъ исковъ: condictio furtiva, actio rerum amotarum и actio ex edicto de aleatoribus.

Изъ нихъ actio rerum amotarum отличалась смѣшаннымъ характеромъ; по condictio furtiva же и actio ex edicto de aleatoribus властелинъ всегда отвѣчалъ только въ предѣлахъ своего обогащенія.

На этихъ искахъ намъ необходимо остановиться поближе.

II. Разсмотримъ сначала condictio furtiva.

1) Лабеонъ, повидимому, первый сталъ допускать предъявленіе этого иска къ властелину de peculio in quantum dominus vel pater locupletior factus est.

> l. 3 § 12 D. de pec. 15,1 (Ulpianus). Ex causa furtiva filio quidem familias condici posse constat; an vero in patrem vel dominum de peculio danda est quaeritur. Et est verius, in quantum locupletior factus esset, ex furto actionem de peculio dandam. Idem Labeo

probat, quia iniquissimum est et ex furto servi dominum locupletari impune.

l. 30 pr. D de A. E. V. 19,1 (Africanus). Servus quem de me cum peculio emisti. . si jam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem non haberem, aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset.

Вскорѣ, однако, должны были сказаться недостатки такой конструкціи. Краденая вещь могла перейти изъ пекулія въ патримоній; она могла и непосредственно поступить къ властелину, минуя пекулій. Въ томъ и другомъ случаѣ actio de peculio оказывалась непримѣнимой.

2) Самый естественный выходъ изъ этого положенія заключался, конечно, въ допущеніи наряду съ пекуліарнымъ искомъ actio de in rem verso.

Римскіе юристы такъ и поступили. Но только они нигдѣ не даютъ иску этого названія, а называютъ его либо condictio sine causa, либо condictio rei furtivae in id quod pervenit.

Сказанное подтверждается слѣдующими фрагментами:

l. 30 pr. D. de A. E. V. 19,1 (Africanus), verb.: Secundum quae dicendum, si numos, quos servus iste (sc. quem de me cum peculio emisti) mihi surripuerat, tu ignorans furtivos esse, quasi peculiares ademeris et consumseris, condictio mihi adversus te competat, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

Съ матерьяльной стороны искъ, о которомъ говоритъ Африканъ, вполнѣ подходитъ подъ понятіе actio de in rem verso: деньги, украденныя рабомъ у бывшаго господина, поступили сначала въ его пекулій, а затѣмъ, въ силу bonae fidei ademtio со стороны новаго господина, перешли въ патримоній послѣдняго: слѣд., объек-

тивный составъ versionis in rem на лицо. Формально, однако, искъ названъ condictio sine causa.

Впрочемъ, возможно также, что Африканъ имѣлъ въ виду не обыкновенную condictio sine causa, а ту directa condictio, о которой упоминается въ § 8 I. de act. 4,6, какъ объ искѣ, конкуррирующемъ съ обыкновенной actio de in rem verso.

> l. 29 D. de C. E. 18,1 (Ulpianus). Quoties servus venit, non cum peculio distrahitur; et ideo sive non sit exceptum, sive exceptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur. Unde si qua res fuerit peculiaris a servo surrepta, condici potest, videlicet quasi furtiva, hoc ita, si res ad emtorem pervenerit.

Сначала Ульпіанъ констатируетъ, что при продажѣ раба in dubio слѣдуетъ предположить, что онъ проданъ безъ пекулія. Затѣмъ онъ замѣчаетъ, что если такой рабъ присвоитъ себѣ вещь изъ бывшаго своего пекулія, то къ покупщику можетъ быть предъявлена condictio furtiva in id quod ad eum pervenit. Очевидно, и въ данномъ случаѣ объективный составъ versionis in rem на лицо. Однако, Ульпіанъ упоминаетъ не объ actio de in rem verso, а называетъ искъ condictio furtiva in id quod pervenit.

> l. 4 D. de cond. furt. 13,1 (Ulpianus). Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id, quod ad eum pervenit; in residuum noxae servum dominus dedere potest.

Этотъ фрагментъ нѣкоторымъ изслѣдователямъ подалъ поводъ утверждать, что condictio furtiva могла быть предъявлена къ властелину не только de peculio, но и noxaliter [1]).

[1]) Ср. Виндшейдъ, ук. соч. т. II, § 425, пр. 4, стр. 547

Такой выводъ основанъ на простомъ недоразумѣніи. Furtum какъ извѣстно порождало два иска: actio furti и condictio furtiva.

Первый изъ этихъ исковъ былъ искъ штрафной и могъ быть предъявленъ къ властелину въ качествѣ actio furti noxalis. Его-то и имѣетъ въ виду Ульпіанъ, замѣчая: in residuum noxae servum dedere potest.

Сопоставленіе обоихъ исковъ (condictio furtiva in id quod pervenit и actio furti noxalis) объясняется очень просто.

Раньше мы замѣтили, что если властелинъ, къ которому была предъявлена actio noxalis, ограничивался простой noxae deditio виновнаго, то онъ могъ быть принужденъ сверхъ того къ возврату своего обогащенія [1]).

Это-то правило и имѣлъ въ виду Ульпіанъ, упоминая наряду съ condictio in id quod pervenit о правѣ властелина на noxae deditio. Онъ этимъ просто хотѣлъ сказать, что допущеніе condictio in id quod pervenit уравновѣшивается правомъ властелина на noxae deditio (вмѣсто уплаты штрафа) по actio furti noxalis.

Болѣе страннымъ можетъ показаться то обстоятельство, что Ульпіанъ не ограничиваетъ область примѣненія condictionis furtivae in id quod pervenit тѣми случаями, въ которыхъ произошло непосредственное увеличеніе патримонія властелина.

Быть можетъ, это простая недомолвка. Но одинаково возможно и то, что Ульпіанъ призналъ своевременнымъ покончить съ искусственнымъ различіемъ, дѣлаемымъ между condictio furtiva de peculio in quantum id locupletius factum est и directa condictio in id, quod pervenit. Дѣйствительно, разъ вообще была допущена такая directa condictio, то не было основаній не распространить ее

[1]) См. выше, стр. 191—192

на тѣ случаи, въ которыхъ обогащеніе властелина выражалось въ увеличеніи пекулія. На такой исходъ должны были наталкивать какъ требованія процессуальной экономіи, такъ и аналогія чистыхъ actiones ex delicto.

Какъ бы тамъ ни было, самый фактъ, что властелинъ при помощи condictio furtiva могъ быть принужденъ къ выдачѣ всего своего обогащенія, не можетъ подлежать сомнѣнію.

3) Въ заключеніе намъ остается еще рѣшить, какіе мотивы заставили римскихъ юристовъ ограничить отвѣтственность властелина ex condictione furtiva предѣлами его обогащенія и тѣмъ допустить уклоненіе отъ начала, принятаго по отношенію къ actio Faviana, Calvisiana и Pauliana rescissoria.

По нашему мнѣнію причина этого заключается именно въ томъ, что furtum наряду съ condictio furtiva порождало еще чистый искъ ex delicto—actio furti. Одновременное допущеніе полной ноксальной и полной пекуліарной отвѣтственности властелина представлялось несправедливымъ. Во избѣжаніе такой несправедливости и было рѣшено ограничить пекуліарную отвѣтственность властелина ex condictione furtiva размѣромъ обогащенія пекулія.

III. Къ condictio furtiva тѣсно примыкаетъ какъ со стороны матеріальной своей causa, такъ и со стороны процессуальной конструкціи actio rerum amotarum.

Дѣйствительно, основаніемъ обоихъ исковъ служитъ furtum; съ процессуальной стороны оба иска суть condictiones.

Это не могло не оказать вліянія на отношеніе римскихъ юристовъ къ послѣднему иску.

1) Вспомнимъ, что actio rerum amotarum только при жизни виновнаго супруга могла быть предъявлена къ отцу его въ полномъ объемѣ пекулія; послѣ смерти

виновнаго предъявленіе ея de peculio допускалось только въ предѣлахъ обогащенія пекулія (l. 3 § 4 D. de act. rer. amot. 25,2 [1]), ср. l. 3 § 12 i. f. D. de pec. 15,1: Nam et circa rerum amotarum actionem filiaefamilias nomine in id, quod ad patrem pervenit, competit actio de peculio).

Въ обоихъ случаяхъ дополненіемъ пекуліарнаго иска служила utilis actio rerum amotarum in id quod ad patrem pervenit.

> l. 5 D. de act rer. amot. 25,2. Viva quoque filia, quod ad patrem de rebus amotis pervenit, utili judicio (sc. rerum amotarum) petendum est.

Оборотъ: viva quoque filia доказываетъ, что дополнительный версіонный искъ допускался какъ при жизни, такъ и послѣ смерти виновнаго супруга.

2) Теперь возникаетъ вопросъ, чѣмъ объяснить смѣшанный характеръ иска? Почему властелинъ не всегда отвѣчаетъ въ одинаковой степени de peculio, и почему измѣненіе объема пекуліарной отвѣтственности его пріурочено къ моменту смерти виновнаго супруга?

Разобьемъ этотъ вопросъ на его составныя части.

а) Почему отецъ при жизни виновнаго супруга отвѣчаетъ безъ всякихъ ограниченій de peculio? Отвѣтъ ясенъ: потому что къ нему не можетъ быть предъявленъ ноксальный искъ. Въ этомъ отношеніи существуетъ полное сходство между actio rerum amotarum съ одной стороны и actio Faviana, Calvisiana и Pauliana rescissoria съ другой.

Матерьяльная же связь actionis rerum amotarum съ condictio furtiva не могла имѣть никакого значенія въ виду того, что пока живъ непосредственный виновный, съ послѣднимъ искомъ конкурируетъ actio furti noxalis.

---

[1]) Текстъ фрагмента см. выше, стр. 182.

b) Все это измѣняется со смертью виновнаго лица. Тутъ actio furti noxalis, какъ всякій вообще ноксальный искъ, отпадаетъ, такъ что остается только condictio furtiva de peculio in quantum id locupletius factum est.

При такихъ условіяхъ признали справедливымъ ограничить и пекуліарную отвѣтственность властелина ex actione rerum amotarum тѣми же предѣлами.

IV. Намъ остается упомянуть еще объ actio ex edicto de aleatoribus.

> l. 4 § 1 D. de aleat. 11,5. (Paulus). Item si servus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis, quia ex negotio gesto agitur. Sed non amplius cogendus est praestare, quam id, quod ex ea re in peculio sit.

1) Искъ, который имѣетъ въ виду Ульпіанъ, несомнѣнно есть condictio ob injustam causam.

Дѣйствительно, недозволенная игра принадлежитъ къ категоріи недозволенныхъ сдѣлокъ вообще. А всякая недозволенная сдѣлка давала потерпѣвшему отъ нея лицу право предъявить къ противной сторонѣ эту condictio [1]). Послѣдняя, въ качествѣ иска, возникающаго ex negotio, конечно не могла быть предъявлена къ властелину noxaliter, а только de peculio.

Ограниченіе же пекуліарной отвѣтственности властелина размѣромъ обогащенія пекулія несомнѣнно объясняется тѣмъ, что потерпѣвшій, принявъ участіе въ недозволенной игрѣ, самъ совершилъ незаконный поступокъ, а потому и не можетъ претендовать на полученіе удовлетворенія въ полномъ объемѣ пекулія.

2) Въ заключеніе замѣтимъ, что въ источникахъ прямо не сказано, что наряду съ condictio ob injustam

[1]) Ср. l. 6 D. de condictione ob turp. vel injust. causam 12,5, Арндтсъ, ук. соч., стр. 644.

causam de peculio in id, quod ex ea re in peculio sit, могъ быть предъявленъ еще дополнительный искъ ex versione in patrimonium.

Однако аналогія condictionis furtivae и actionis rerum amotarum съ одной стороны, и допущеніе utilis condictio in id quod pervenit противъ отца и патрона съ другой заставляютъ думать, что это не болѣе, какъ простая недомолвка.

V. Въ результатѣ оказывается, что тамъ, гдѣ actio de peculio предъявляется только in quantum locupletius peculium factum est, дополнительнымъ искомъ ex versione in patrimonium служитъ не actio de in rem verso, а directa или utilis condictio in id quod pervenit.

§ 24.

Заключеніе.

Мы пришли къ концу нашего изслѣдованія. Постараемся подвести ему общій итогъ.

I. Мы видѣли, что римскіе юристы даже по вопросу о предѣлахъ примѣненія actio de in rem verso въ тѣсномъ смыслѣ не могли придти къ окончательному соглашенію между собою.

Одни пытались придать этому исковому притязанію характеръ общаго субсидіарнаго иска о возвратѣ производнаго обогащенія, поступившаго къ властелину на основаніи договорнаго или квази-договорнаго отношенія, возникшаго между его подвластнымъ и третьимъ контрагентомъ.

Другіе стремились съузить сферу примѣненія иска, не считая достаточнымъ для возникновенія его простой фактъ обогащенія властелина, а требуя сверхъ того осо-

баго направленія воли отъ подвластнаго или третьяго контрагента.

Только позднѣйшее императорское право покончило съ этимъ споромъ, принявъ первую изъ указанныхъ нами теорій.

II. Позднѣйшее же право сдѣлало другой важный шагъ: оно признало юридическое значеніе за versio ex negotio personae sui juris. Однако лишь въ очень тѣсныхъ предѣлахъ: для того, чтобы возникла actio de in rem verso utilis, требовалось, чтобъ посредствующее лицо при заключеніи сдѣлки съ третьимъ контрагентомъ выступило въ роли negotiorum gestor'a обогатившагося лица.

III. Что касается, наконецъ, случаевъ versionis ex delicto, то мы имѣемъ дѣло съ рядомъ казуистическихъ постановленій, плохо согласованныхъ между собою и не поддающихся сколько-нибудь широкимъ обобщеніямъ.

1) Особенно неудовлетворительно былъ поставленъ вопросъ о versio ex delicto personae sui juris.

Достаточно отмѣтить, что важнѣйшій случай versionis ex delicto, — versio ex furto, — не порождалъ права иска противъ третьяго обогатившагося лица, разъ непосредственнымъ виновникомъ былъ самостоятельный человѣкъ. Объясняется это, вѣроятно, тѣмъ, что actio furti какъ чисто штрафной искъ, конечно, не могъ быть предъявленъ къ обогатившемуся лицу in id quod pervenit, a condictio furtiva до Ульпіана принципіально облекалась въ форму actio de peculio in quantum peculium locupletius factum est, чѣмъ самымъ исключалась возможность предъявленія этого иска къ третьему лицу, обогатившемуся ex furto personae sui juris.

2) Нѣсколько правильнѣе было поставлено ученіе о versio ex delicto subjectae personae.

Однако и для случаевъ подобной versio не былъ вы-

работанъ общій принципъ: въ однихъ случаяхъ предъявлялась directa actio ex delicto in id, quod pervenit, въ другихъ различалась versio in peculium и versio in patrimonium; первая порождала actio de peculio in quantum pater vel dominus locupletior factus est; вторая— то actio de in rem verso, то directa или utilis condictio in id quod pervenit.

Отчасти это объясняется тѣмъ, что практическое значеніе упомянутаго вида versionis не могло быть особенно велико: мы видѣли, что по общему правилу отвѣтственность властелина далеко выходила за предѣлы его обогащенія.

Вслѣдствіе этого римскіе юристы лишь вскользь останавливались на versio ex delicto subjectae personae, не заботясь придать этому ученію цѣльный, законченный характеръ.

При такихъ условіяхъ поневолѣ приходится отказываться отъ обобщеній и ограничиваться простымъ перечисленіемъ тѣхъ исковъ ex delicto, которые по прямому свидѣтельству источниковъ могли быть предъявлены къ третьимъ лицамъ подъ условіемъ и въ предѣлахъ ихъ обогащенія, что нами и было сдѣлано.

ПРИЛОЖЕНІЕ.

Версіонный искъ по ученію такъ называемыхъ юристовъ-практиковъ XVII и XVIII вѣковъ [1]).

Школа такъ называемыхъ юристовъ-практиковъ XVII и XVIII вѣковъ выработала весьма своеобразное ученіе о версіонномъ искѣ. Исходной точкой для нихъ послужили постановленія римскаго права объ actio de in rem verso; съ теченіемъ времени однако въ составъ ихъ ученія вошли элементы, вполнѣ чуждые названному римскому иску, такъ что въ концѣ концовъ сложился новый версіонный искъ, имѣющій лишь весьма отдаленное сходство съ своимъ прототипомъ.

Въ исторіи этого версіоннаго иска новой формаціи можно различать двѣ стадіи.

I) На первыхъ порахъ сложилось такое положеніе: actio de in rem verso utilis примѣняется всюду, гдѣ одно лицо обогатилось насчетъ другого чрезъ посредство треть-

---

[1]) Kammerer, въ Linde's Zeitschrift, т. VIII, стр. 354 и сл., Ude въ Archiv fur civ. Praxis т. 50, стр. 389 и сл.; Jacoby, d. Lehre v d. nutzlichen Verwendung nach dem allgemeinen preussischen Landrecht § 1—3, § 5.

яго лица, вступившаго съ потерпѣвшимъ въ договорное отношеніе; при этомъ безразлично, дѣйствовало-ли посредствующее лицо при заключеніи договора въ интересахъ обогатившагося лица или нѣтъ: для возникновенія иска необходимъ только объективный фактъ обогащенія.

Въ такомъ именно смыслѣ понимаютъ actio de in rem verso utilis Sam. Stryk, J H. Boehmer, Menckenius

Такъ, Stryk[1]) говоритъ:

> Imo de iure Romano ulterius extensa est haec actio (sc. de in rem verso) ad eum quoque casum, si cum libero homine contractum, et ex illo contractu aliquid in alterius utilitatem versum est, veluti si Titii procuratori vel negotiorum gestori, aut etiam institori, ultra legem praepositionis pecunia credita, ut in rem domini verteret.

J. H. Boehmer[2]):

> Extensa postmodum est (a. de in rem verso) ad eum casum, si homo sui iuris in utilitatem tertii quid vertit, et hoc intuitu cum alio contraxit; inde huic, cum quo contractum est, datur a. utilis de in rem verso contra eum, in cuius utilitatem versum est.

Menckenius[3]):

> Praetoria de in rem verso actio, quae est personalis, dividitur in directam, quae ex contractu servorum vel filiorumfamilias descendit, et utilem, quae ex contractu hominis sui iuris oritur, et adversus eum, in cuius utilitatem quid versum

---

[1]) Usus modernus pandectarum (Halae Magdeburgicae 1746) t. I, ad tit. Dig. 15,3, § III, p. 395.

[2]) Doctrina de actionibus (Francofurti ad Moenum 1756), Sectio II, cap. 10, § 15, p. 680.

[3]) Tractatio synoptica pandectarum (Lipsiae 1697) ad tit. Dig. 15,3, p. 220.

est, conceditur, l. 7, § 1 C. quod cum eo (4,26), e(xempli) g(ratia) famulitii, uxoris.

II) Вторая стадія развитія характеризуется двумя особенностями:

Во-первыхъ, этотъ искъ при извѣстныхъ условіяхъ принимаетъ характеръ вещнаго притязанія, направляется не только противъ третьяго, но и противъ дальнѣйшихъ обогатившихся лицъ. Такое значеніе онъ получаетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ обогащеніе выражается въ увеличеніи цѣнности опредѣленной вещи.

Во-вторыхъ, при тѣхъ же условіяхъ искъ обезпечивается законнымъ правомъ залога на вещь (hypotheca tacita).

1) Указанныя положенія впервые были формулированы Aug. Leyser'омъ.

Вотъ что онъ говоритъ [1]):

Qui actionem de in rem verso explicant et definiunt, personalem illam appellant semper. Est tamen aliquando realis. Nempe distingui oportet.

1) Quando utilitas ex pecunia vel re mea in certam personam derivatur, ita ut illa omne emolumentum inde sentiat, tunc persona haec quasi ex contractu obligatur, l. 1 pr. D. de in rem verso (15,3), atque actione personali apud suum iudicem convenitur, l. 3. Cod. quod cum eo (4,26).

2) Quando autem res vel pecunia alicujus in conservationem aut meliorationem rei alienae ita impenditur, ut commodum inde non in certam personam redundet, sed cum re ipsa in quosvis alios transeat, tum actio

---

[1]) Meditationes ad Pandectas (ed. II Lipsiae et Guelpherbyti 1733), t. I, spec. CLXVII (de in rem verso), medit. 1, p. 223. Ср. ib. Spec. CXXX (de mutuo), medit. 8.

de in rem verso realis est. Habet enim sic illa hypothecam tacitam adnexam. Apparet hoc ex l. 5 et 6 pr. D. qui potiores in pignore, (20,4), — deinde ex l. 1 D. in quibus causis pignus (20,2), — porro ex l. 1 Cod. si aliena res pignori (8,16), — denique ex l 1 § 2 D. de in rem verso (15,3).

Свое разсужденіе Leyser заключаетъ слѣдующимъ примѣромъ изъ практики Виттенбергскаго суда:

Hoste exitium et incendium urbi minitante, civis quidam cerevisiam suam omnem, quae supra duo thalerorum milia valebat, offert, hostem ita demulcet et periculum avertit. Dubium non erat, quin ille actionem de in rem verso contra ceteros cives, quorum domus hac impensa servatae fuerant, habuisset.

Изъ приведенной выдержки видно, что Leyser въ подтвержденіе своей теоріи ссылается на источники. Такая ссылка вполнѣ неосновательна.

а) Прежде всего въ источникахъ нигдѣ не сказано, чтобъ всякая затрата чужихъ денегъ на вещь порождала законную гипотеку на эту вещь.

Лейзеръ въ этомъ отношеніи ссылается на l. 1 D. in quib. c. pign. 20,2 и l. 5,6. D. qui potiores 20,4.

Но первый фрагментъ касается совсѣмъ спеціальнаго случая: въ немъ указывается, что, согласно постановленію Марка Аврелія, заимодавецъ, давшій деньги спеціально для возстановленія разрушеннаго зданія, пріобрѣтаетъ законную гипотеку на это зданіе [1]). Выводить отсюда заключеніе, что самый фактъ затраты чужихъ денегъ на данную вещь какъ таковой порождаетъ законную гипотеку, по меньшей мѣрѣ смѣло.

[1]) Ср. Виндшейдъ, ук. соч. т. I, § 231, п. 8, стр. 693; Дернбургъ, Pandecten т. I, § 269, стр. 651; Vangerow, Leitfaden, т. I, § 376, стр. 779.

Что касается l. 5 и 6. D. qui pot. 20,4, то въ этихъ фрагментахъ (къ которымъ можно еще прибавить l. 1 § 3, l. 7 pr. eod., l. 7 Cod. qui pot. 8,18, Nov. 97, c. 3), только сказано, что затрата на чужую вещь при извѣстныхъ условіяхъ (далеко не всегда) сообщаетъ установленному на вещь закладному праву привилегированный характеръ. Для этого требуется, чтобъ между сторонами былъ заключенъ договоръ, имѣющій прямой цѣлью дать средства для пріобрѣтенія, поддержанія въ исправномъ видѣ, возстановленія или увеличенія цѣнности данной вещи. Но закладное право (за исключеніемъ упомянутаго въ l. 1 D. in quib. c. p 20, 2 случая) вовсе не возникаетъ по закону, а должно быть спеціально выговорено [1]).

b) Равнымъ образомъ нигдѣ не сказано, чтобъ затрата на чужую вещь, какъ таковая, порождала actio de in rem verso realis противъ всякаго владѣльца вещи. Лейзеръ указываетъ въ этомъ отношеніи на l. 1 Cod. si aliena res 8.16 и l. 1 § 2 D. de in rem verso 15.3.

Послѣдній фрагментъ вовсе не касается затратъ на чужую вещь. Что касается перваго, то онъ гласитъ:

> l. 1 Cod. cit. (Imp. Severus et Antoninus). Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit Si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio dumtaxat quod numeratum est exsolvi desideranti.

Въ этомъ фрагментѣ кредитору дается не искъ, а exceptio противъ иска собственника, вещь котораго противъ его воли была заложена его повѣреннымъ; сверхъ того, для возникновенія этой exceptio не требуется вовсе,

[1]) Ср. Виндшейдъ, ук. соч. т. I, § 246, п. 3, стр. 744; Дернбургъ, ук. соч. т. I, § 288, стр. 686; Вангеровъ, ук. соч. т. I, § 386, пр 1. п. 3, стр. 806.

чтобъ занятыя деньги пошли на поддержаніе или возстановленіе заложенной вещи,—необходимо только, чтобъ онѣ дѣйствительно были израсходованы въ интересахъ истца.

Объ actio de in rem verso не говорится ни слова. Слѣдовательно, этотъ фрагментъ никоимъ образомъ не можетъ служить подкрѣпленіемъ теоріи Лейзера. Напротивъ, по поводу него можетъ возникнуть вопросъ, не противорѣчитъ ли онъ и принятой нами теоріи объ actio de in rem verso utilis. Вѣдь въ данномъ случаѣ посредникомъ является procurator, т.-е. лицо, дѣйствующее въ интересѣ обогатившагося лица. Слѣдовательно, и съ нашей точки зрѣнія должна была бы возникнуть actio de in rem verso utilis Почему же о ней не упомянуто? Чтобъ отвѣтить на это, стоитъ только бросить взглядъ на inscriptio рескрипта: онъ изданъ Северомъ и Каракаллой, а actio de in rem verso utilis введена только Діоклеціаномъ.

c) Въ виду всего изложеннаго нельзя не признать, что actio de in rem verso Лейзера есть нѣчто совсѣмъ отличное отъ римской actio de in rem verso.

Въ заключеніе скажемъ два слова о рѣшеніи Виттенбергскаго суда, на которое ссылается Лейзеръ: оно служитъ рельефнымъ доказательствомъ того крайняго смѣшенія понятій, которое господствовало въ то время среди судебной практики и доктрины. Одинъ изъ жителей нѣкоего города, обладатель большого пивного склада, спасъ городъ отъ разгрома тѣмъ, что угостилъ непріятеля своимъ пивомъ и этимъ удержалъ его отъ дальнѣйшихъ безчинствъ. По минованіи опасности возникъ вопросъ о томъ, не можетъ ли потерпѣвшій требовать возмѣщенія стоимости пропитаго пива со стороны своихъ согражданъ. Судъ, а вслѣдъ за нимъ и Лейзеръ, признали возможнымъ предъявленіе actio de in rem

verso contra ceteros cives на томъ основаніи, что domus (eorum) hac impensa servatae fuerant, какъ будто предотвращеніе убытка равносильно обогащенію.

Якоби [1]) по этому поводу правильно замѣчаетъ, что судъ, очевидно, смѣшалъ принципъ, лежащій въ основаніи actio de in rem verso, съ принципомъ legis Rhodiae: omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.

2) Теорія Лейзера въ скоромъ времени пріобрѣла широкую извѣстность. Изъ послѣдователей его мы укажемъ на Hellfeld'a, который въ своей jurisprudentia forensis говоритъ [2]):

> § 917. Est autem actio de in rem verso vel directa vel utilis.
>
> Utilis vero actio de in rem verso datur illi, qui cum tertio in potestate rei haud constituto contraxit, adversus eum, cuius utilitas permota, ad id, ut satisfaciat obligationi ex contractu, quatenus versum (l. 7 § 1 C. quod eum eo 4.26).
>
> § 918. Tandem adhuc notandum, quod versio ipsum fundum, in quem versum est, hypothecae oneri subiiciat (Leyser, Spec. 167).

Достойно вниманія, что Hellfeld не счелъ нужнымъ провѣрить положеніе Лейзера, а ограничился простой ссылкой на него. Изъ этого явствуетъ, насколько доктрина свыклась съ новымъ искомъ.

3) Нѣкоторые изъ послѣдующихъ изслѣдователей отступили отъ теоріи Лейзера въ томъ отношеніи, что не упоминаютъ уже о hypotheca tacita, якобы связанной съ actio de in rem verso realis. Однако, положеніе, что искъ можетъ быть предъявленъ не только противъ

---

[1]) Ук. соч., стр. 74.

[2]) Jurisprudentia forensis, ed. II. 1706, t. I. § 917 и 918, p. 560.

третьяго, но и противъ дальнѣйшихъ обогатившихся лицъ, удержалось. Такъ, Kind говоритъ [1]):

> Quae jure civili non nisi in patrem vel dominum e contractu filiifamilias vel servi datur, actio de in rem verso ex aequitate, quin ipsius iuris sententia ad omnes hominum liberorum contractus, per quos alii sunt facti locupletiores, producitur.
>
> Si quis igitur ex meo per contractum tertii evadat locupletior, et tertius, qui mecum contraxit, non sit solvendo, contra eum, in cuius rem meum, licet mediate tantum, versum est, in subsidium datur actio, quia quod de meo ad te pervenit, hoc a te mihi reddi aequum et bonum est (l. 32 D. de R. C. 12.1). Sic, ut exemplo utar, quilibet possessor feudi debitum ab alio contractum, quatenus in utilitatem feudi versum est, ac successor feudalis debitum antecessoris, quod simul in illius utilitatem vergit, dissolvere tenetur. Eadem obligatio ex eventu utilitatis perceptae descendens imposita videtur esse uxori, cuius utilitas ab eo permota est, qui pecuniam in restitutionem praedii pro dote rebusque paraphernalibus obligati collocavit. Hanc enim pecuniam saltim mediate in utilitatem uxoris versam esse, res ipsa loquitur.

Въ этомъ разсужденіи Кинда важно то, что онъ особо подчеркиваетъ субсидіарный характеръ иска. Слѣдовательно, онъ допускаетъ предъявленіе иска къ третьимъ обогатившимся лицамъ лишь постольку, поскольку нельзя получить удовлетвореніе отъ непосредственнаго контрагента.

---

[1]) Quaestiones forenses (Lipsiae 1792), l. I, cap. 35, p. 154.

III. Въ заключеніе замѣтимъ, что ученіе юристовъ-практиковъ объ actio de in rem verso utilis находило послѣдователей еще въ началѣ нынѣшняго столѣтія. Такъ Thibaut [1]) въ общемъ придерживается той же точки зрѣнія, какъ и Kind.

Совсѣмъ иную конструкцію даетъ W. Sell [2]).

Онъ исходитъ изъ того положенія, что actio de in rem verso въ качествѣ actio utilis была распространена лишь на такіе случаи versionis ex negotio personae sui juris, гдѣ посредствующимъ лицомъ былъ negotiorum gestor, и осуждаетъ юристовъ-практиковъ, считавшихъ достаточнымъ для возникновенія этого иска одинъ объективный фактъ versionis. Но онъ вмѣстѣ съ тѣмъ полагаетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оказывается непримѣнимой actio de in rem verso utilis, ея мѣсто занимаетъ субсидіарная in factum actio, основаніемъ которой служитъ извѣстное изреченіе Помпонія: jure naturae aequum est, neminem cum damno alterius fieri locupletiorem (l. 206 D. de R. I. 50.17).

Слѣдовательно его теорія quoad versionem in rem въ практическомъ своемъ результатѣ совпадаетъ съ теоріей Кинда и Тибо, и всѣ возраженія, которыя могутъ быть сдѣланы противъ послѣднихъ, одинаково примѣнимы и къ теоріи Зелля.

Мы нарочно говоримъ: quoad versionem in rem, такъ какъ субсидіарная actio in factum Зелля обнимаетъ не только случаи производнаго, но и непосредственнаго обогащенія. Этой стороны его теоріи мы, разумѣется, въ данномъ случаѣ не имѣемъ основанія касаться.

Замѣтимъ только, что и по теоріи юристовъ практиковъ общему иску о возвратѣ производнаго обогащенія

---

[1]) System d. Pandektenrechts, изд. 8, т. I, § 266—267, стр. 212, 214.

[2]) Versuche, т. I, стр. 39 и сл.

соотвѣтствовалъ столь же общій искъ о возвратѣ непосредственнаго обогащенія, хотя для него и не было создано общаго имени.

IV) Подводя итогъ всему сказанному, мы находимъ, что доктрина и практика XVII и XVIII вѣковъ вообще стремились обобщить разрозненныя постановленія римскаго права о возвратѣ обогащенія.

Къ сожалѣнію, онѣ не съумѣли отказаться отъ ложнаго пріема прикрывать новыя положенія неосновательными ссылками на римскіе источники. Да и самыя положенія, формулированныя ими, не отличались точностью и не подверглись детальной разработкѣ.

Поэтому неудивительно, что ученіе юристовъ практиковъ не встрѣтило сочувствія не только со стороны новой исторической школы, но и со стороны современной практики общаго права, которая, какъ мы уже имѣли случай замѣтить раньше, въ данномъ вопросѣ опять вернулась къ чистому римскому праву.

БИБЛИОТЕКА
Ленинград. отделения
Коммунист. Академии
при ЦИК. СССР.

БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР