А. С. Кривцовъ.

АБСТРАКТНЫЯ И МАТЕРІАЛЬНЫЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

ВЪ

РИМСКОМЪ И ВЪ СОВРЕМЕННОМЪ ГРАЖДАНСКОМЪ ПРАВѢ.

БИБЛІОТЕКА
О-ва для достав. средствъ
В. Ж. КУРСКИЙ.
460
1909

Юрьевъ.
Типографія К. Маттисена.
1898.

Оттискъ изъ „Ученыхъ Записокъ Имп. Юрьевскаго Университета“
1898 года.

Оглавленіе.

Стр.

Введеніе 1

Отдѣлъ I.

Матеріальныя обязательства. 15

Глава I.

Терминологія источниковъ 15

§ 1. Causa въ смыслѣ безразличнаго съ юридической точки зрѣнія мотива 15

§ 2. Causa въ смыслѣ рѣшающаго мотива. 18

§ 3. Causa въ смыслѣ того внѣшняго событія, къ которому относится предположеніе стороны 20

§ 4. Causa, какъ правовое основаніе и какъ юридическій фактъ . 20

Глава II.

Предположенія сторонъ при договорномъ обязательствѣ 35

§ 5. Понятіе „правовой цѣли“ при договорныхъ обязательствахъ 35

§ 6. „Правовая цѣль“ при mutuum, commodatum, contractus pignoraticius, depositum и mandatum 44

§ 7. „Правовая цѣль“ при договорѣ даренія 46

§ 8. „Правовая цѣль“ при contractus reales innominati 53

§ 9. „Naturalia negotii“ 56

§ 10. Руководящія правила опыта при опредѣленіи „рѣшающаго“ характера предположеній сторонъ, заключающихъ договорное обязательство 68

Глава III.

Виндшейдовская теорія предположенія 75

§ 11. Изложеніе теоріи Виндшейда 75

§ 12. Критика этой теоріи Ленелемъ 77

§ 13. Оцѣнка взглядовъ Виндшейда и Ленеля 81

§ 14. Объективная и субъективная доктрины 89

Глава IV.

Юридическія послѣдствія отсутствія или недостатковъ эквивалента при договорныхъ обязательствахъ 93

§ 15. „Sine causa“ или „nulla causa“ 93

§ 16. „Falsa causa.“ Condictio indebiti 95

§ 17. Ученіе Бэра о condictio indebiti 99

§ 18. Turpis vel iniusta causa 103

Стр.
§ 19. Продолженіе 107
Отдѣлъ II.
Абстрактныя обязательства 110
Глава I.
Стипуляція 110
§ 20. О causa при стипуляціи вообще 110
§ 21. Стипуляція сдѣлана „каузальною“ по самому своему содержанію 112
§ 22. Стипуляція не содержитъ сама по себѣ указанія на каузальный моментъ, но онъ тѣмъ не менѣе принимается въ расчетъ на основаніи обстоятельствъ, лежащихъ внѣ акта стипуляціи 116
§ 23. Стипуляція безъ causa прямо немыслима 119
§ 24. Характеръ causa при стипуляціи 120
§ 25. Вѣритель при стипуляціи не долженъ дѣлать указанія каузальнаго момента 121
§ 26. Обязанность для вѣрителя при стипуляціи доказывать реализацію каузальнаго момента 126
§ 27. Правило l. 4 § 2 D. 2, 4 131
§ 28. Теорія Бэра о стипуляціи 133
§ 29. Cautio 141
§ 30. Exceptio non numeratae pecuniae 145
Глава II.
„Абстрактныя обязательства“ въ нѣмецкой юридической литературѣ 148
§ 31. Теорія Бэра 148
§ 32. Теорія Кинделя 156
§ 33. Теорія Брунса 157
§ 34. Теорія Унгера 160
§ 35. Ihering. Остальная литература предмета 166
Глава III.
Договоръ признанія 166
§ 36 Понятіе договора признанія 166
§ 37. Causa договора признанія 169
§ 38. Условія дѣйствительности договора признанія 172
§ 39. Послѣдствія договора признанія 176
Глава IV.
Абстрактныя обязательства въ современномъ гражданскомъ оборотѣ 180
§ 40. Абстрактныя обязательства вообще 180
§ 41. Понятіе абстракціи обязательства отъ каузальнаго момента 181
§ 42. Условія дѣйствительности абстрактныхъ обязательствъ . . 182
§ 43. Продолженіе 192
§ 44. Послѣдствія абстрактнаго обязательства 194
Глава V.
Критика господствующихъ теорій „абстрактныхъ обязательствъ“ . 198
§ 45. Абстрактное обязательство и договоръ признанія 198
§ 46. „Юридическое“ и „фактическое“ признаніе 202

Стр.
§ 47. Долговой документъ 204
Отдѣлъ III.
Абстрактныя обязательства. Делегація 206
Глава I.
Делегація въ римскомъ правѣ 206
§ 48. О делегаціи въ римскомъ правѣ вообще. „Титулированная“ делегація 206
§ 49. „Чистая“ делегація . . . . . .
Глава II.
Теоріи делегаціи 217
§ 50. Делегація, какъ „абстрактное обязательство“ 217
§ 51. Теорія Кинделя 218
§ 52. Теорія Данца 226
Глава III.
Делегація въ современномъ гражданскомъ оборотѣ 228
§ 53. Эквивалентъ при делегаціи лежитъ, по общему правилу, внѣ отношенія между делегатаріемъ и делегатомъ 228
§ 54. „Титулированная“ делегація 233
§ 55. „Чистая“ делегація 242
§ 56. Заключеніе 254

Прежде чтенія прошу исправить слѣдующія опечатки:

	Напечатано:	Слѣдуетъ читать:
Стр. 9, строчка 6 —	обстоятельственномъ	обязательственномъ
Стр. 88, строчка 27 —	доказать его реальное осуществленіе	доказать отсутствіе его реальнаго осуществленія
Стр. 100, строчка 3 —	должны найти себѣ полное приложеніе	не могутъ найти себѣ приложенія

Введеніе.

Одностороннее договорное обязательство никогда не встрѣчается въ жизни въ изолированномъ видѣ. Никто не обязывается только затѣмъ, чтобы обязываться, — но, напротивъ, у него съ этимъ всегда бываетъ связана какая-нибудь особенная цѣль. Вѣритель никогда не вправѣ игнорировать этотъ фактъ и не можетъ ограничиваться только тою частью содержанія воли обѣщателя, которая для него является выгодною, отбрасывая остальную, въ тѣсной связи съ нею стоящую, часть[1]). Ту-же мысль можно выразить только нѣсколько иначе: вѣритель долженъ всегда считаться съ каузальнымъ моментомъ обязательства. Первый отдѣлъ настоящаго сочиненія будетъ посвященъ подробному разбору вопроса о causa obligationis. Мы постараемся выяснить тѣ различныя значенія, которыя придаются этому термину какъ въ источникахъ, такъ и въ обширной литературѣ предмета. Здѣсь-же слѣдуетъ ограничиться указаніемъ только на тотъ смыслъ, который въ дальнѣйшемъ изслѣдованіи будетъ постоянно придаваемъ термину causa какъ въ субъективномъ, такъ и въ объективномъ смыслѣ.

---

1) См. Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. Стр. 163 сл., особенно стр. 171: „Der blosse auf . . . Begründung einer Forderung u. s. w. gerichtete Wille ist nur ein Theilwille, ein Ausschnitt aus etwas Umfassenderem . . .“, v. Salpius: Novation und Delegation nach römischen Recht. 1864. Стр. 483: „Das sogenannte Princip der materiellen Verträge sollte also genauer so ausgedrückt werden: obligatorische Verträge sind nur in ihrer Totalitet wirksam“, Hofmann: Justa causa traditionis. Стр. 89: „Vielmehr liegt in solchem Falle eine defecte, den halben Thatbestand verschweigende Willenserklärung vor . . .“

Иногда та цѣль, къ которой стремится обѣщатель, является достигнутою уже въ самый моментъ обѣщанія Это имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда обязательство заключено съ чисто дарственнымъ намѣреніемъ. Какіе-бы мотивы въ этомъ случаѣ ни руководили должникомъ, — какъ только обѣщаніе дано, — обязательство возымѣло силу внѣ всякаго отношенія къ этимъ мотивамъ.

Между тѣмъ подобныя сдѣлки въ дѣловой жизни играютъ только значительно подчиненную роль. Юридическіе акты, которые въ огромномъ большинствѣ случаевъ дѣйствительно преобладаютъ въ обширной области обязательственнаго права, — это договоры, предпринимаемые обязанною стороною въ ожиданіи какого-либо эквивалента отъ ея соконтрагента. Отсюда само собой ясно, какая несправедливость проистекала бы въ томъ случаѣ, еслибъ вѣритель могъ ссылаться на данное ему обѣщаніе, оставляя въ обоснованіи своего иска совершенно въ сторонѣ ограниченіе обязательства, которое вводится въ дѣло благодаря вопросу объ эквивалентѣ. На это можно сдѣлать то возраженіе, что должнику, давшему обѣщаніе, всегда открыта возможность осуществить свое предположеніе объ эквивалентѣ при этомъ обѣщаніи путемъ exceptio противъ иска, начатаго вѣрителемъ, такъ что незачѣмъ возлагать на этого послѣдняго обязанность входить въ исковомъ прошеніи въ какія-либо указанія объ эквивалентѣ. Однако ясно, что такое возраженіе неосновательно. Въ самомъ дѣлѣ, только предоставляя должнику право самому выдвинуть этотъ вопросъ и не связывая въ этомъ отношеніи ничѣмъ вѣрителя, законодатель мало чѣмъ помогъ-бы интересамъ должника. Удастся-ли должнику привести необходимыя доказательства по вопросу объ эквивалентѣ, — покоится въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ на цѣломъ рядѣ самыхъ различныхъ обстоятелствъ, между тѣмъ какъ фактъ даннаго имъ обѣщанія стоитъ твердо и не подлежитъ никакому сомнѣнію. При такомъ положеніи дѣла должникъ весьма часто будетъ осуждаемъ къ исполненію въ пользу вѣрителя, не получивъ въ свою пользу никакой эквивалентной praestatio.

Это неблагопріятное положеніе должника является неизбѣжнымъ послѣдствіемъ того, получившаго общее признаніе, процессуальнаго правила, по которому истецъ обязанъ ссы-

латься только на тѣ моменты, на которыхъ онъ строитъ свое право, тогда какъ юридическіе факты, предоставляющіе права отвѣтчику, могутъ быть вполнѣ игнорируемы истцомъ. Примѣненіе этого принципа влечетъ за собою возможность для истца-вѣрителя обходить въ исковомъ прошеніи полнымъ молчаніемъ свою обязанность къ доставленію эквивалента. Подобная точка зрѣнія можетъ быть объяснена только крайне формальнымъ взглядомъ на дѣло. Право требованія 100 рублей считаютъ постоянно носящимъ одинаковый характеръ, безъ всякаго вниманія на то правоотношеніе, изъ котораго, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, вѣритель выводитъ это право Однако даже поверхностный взглядъ на отношенія дѣйствительной жизни тотчасъ убѣждаетъ насъ въ томъ, что обыкновенно имѣетъ мѣсто противоположный случай. На самомъ дѣлѣ встрѣчаются самыя разнообразныя варіаціи совершенно въ зависимости отъ обстоятельствъ конкретнаго случая. Конечно, если предпринята сдѣлка чисто дарственнаго характера, то ея номинальная цѣнность будетъ вполнѣ соотвѣтствовать дѣйствительной. Но, вѣдь, это бываетъ такъ рѣдко Въ огромномъ большинствѣ случаевъ, для того, чтобы получить ясное представленіе объ экономическомъ значеніи того или другого договорнаго обязательства, — слѣдуетъ произвести процессъ вычитанія двухъ различныхъ цѣнностей. правъ, предоставляемыхъ договоромъ той и другой сторонѣ. То могутъ быть равноцѣнности, но можетъ, конечно, получиться и остатокъ. Я не буду приводить примѣра найма, купли-продажи и мн друг., — въ подтвержденіе моей мысли, я укажу только, что то-же самое имѣетъ мѣсто и при односторонніхъ договорахъ. Какъ часто, напримѣръ, односторонній договоръ займа заключается заимодавцемъ только потому, что онъ самъ состоитъ должникомъ заемщика по другой сдѣлкѣ! Такихъ примѣровъ можно было-бы привести весьма большое число. Само собою понятно, насколько ошибочною представляется, послѣ принятія во вниманія настоящаго положенія дѣла, общераспространенная точка зрѣнія, что кредиторъ-истецъ выполнилъ обязанность субстанціировать искъ, если онъ просто-на-просто привелъ тотъ фактъ, который только при наличности извѣстныхъ ближайшихъ обстоятельствъ можетъ повлечь за собой желаемыя юридическія послѣдствія. Онъ долженъ въ исковомъ прошеніи точно констатировать наличность этихъ ближайшихъ обстоятельствъ, и, лишь по

выполненіи имъ этого требованія, судъ въ состояніи выяснить характеръ утверждаемаго имъ права [1]).

Правда, до извѣстной степени истецъ можетъ быть освобожденъ отъ примѣненія къ нему выставленнаго мною строгаго правила Не требуется точнаго приведенія доказательства всѣхъ положительныхъ и отрицательныхъ условій для существованія принадлежащаго ему права требованія Онъ долженъ привести доказательство наличности только нормальныхъ моментовъ, необходимыхъ съ этой точки зрѣнія, между тѣмъ какъ является — уже дѣломъ отвѣтчика — сослаться на болѣе экстраординарныя обстоятельства, долженствующіе лишить указанные нормальные моменты ихъ обычнаго дѣйствія, и привести доказательства въ пользу дѣйствительнаго существованія подобныхъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ Предположеніе одной изъ сторонъ — получить эквивалентъ за причиненное юридическою сдѣлкою уменьшеніе ея имущества — не можетъ быть подведено подъ понятіе такихъ экстраординарныхъ моментовъ Въ противномъ случаѣ пришлось-бы считать нормальнымъ случай даренія, но этимъ, какъ я уже указывалъ, мы неизбѣжно впали-бы въ противорѣчіе съ тѣмъ, чему учитъ насъ даже поверхностный взглядъ и наблюденіе явленій дѣйствительной жизни. Вотъ почему вѣритель, становясь истцомъ, обязанъ — или доказать, что имѣетъ мѣсто исключительный случай даренія, или изъяснить ближайшій характеръ предположеній объ эквивалентѣ — для того, чтобы изображаемое въ исковомъ прошеніи право получило опредѣленный характеръ и содержаніе.

Итакъ, должно быть положительнымъ образомъ признано, что вѣритель не имѣетъ права вырывать данное ему должникомъ обѣщаніе какой-либо praestatio изъ той органической связи, въ которой это обѣщаніе выступаетъ въ дѣйствительности. Кромѣ того слѣдуетъ замѣтить, что выдѣлить обѣщаніе, данное должникомъ, отъ эквивалентнаго обѣщанія въ его пользу представляется подчасъ дѣломъ крайне труднымъ. Я оставляю совершенно въ сторонѣ тотъ случай, когда обѣщаніе дано въ извѣстной, строго опредѣленной формѣ. Здѣсь произвести соотвѣтствующую операцію гораздо легче, ко-

1) Ср. Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts I. 1887. Стр 401

нечно [1]). Но во всѣхъ другихъ случаяхъ, когда обѣщаніе не можетъ быть, по своей внѣшней формѣ, отдѣлено отъ остального изъявленія воли, такое отдѣленіе носитъ иногда чрезвычайно сложный характеръ Уже вопросъ о томъ, имѣло-ли въ подобномъ случаѣ мѣсто окончательное заключеніе договора или только приготовительныя къ нему дѣйствія, — вызываетъ на практикѣ много сомнѣній. Но здѣсь можно еще найти соотвѣтствующій критерій различія въ уясненіи того обстоятельства — разрѣшенъ-ли окончательно вопросъ объ эквивалентѣ или нѣтъ [2]), и въ первомъ случаѣ принимать наличность юридическаго акта, а во второмъ — только приготовительныхъ къ нему дѣйствій. Гораздо труднѣе, при отсутствіи строго опредѣленной формы для договора, отдѣленіе обѣщанія въ качествѣ основанія для права вѣрителя — отъ остального изъявленія воли. Должникъ, напр., говоритъ слѣдующимъ образомъ: „чтобы получить a, я обѣщаю b". Въ дѣйствительности здѣсь имѣются два самостоятельныхъ момента: 1) обѣщаніе извѣстной praestatio (b), 2) выраженіе желанія получить за это эквивалентъ (a). Отсюда само собой понятно, что, какъ только одинъ изъ этихъ, обусловливающихъ другъ друга, моментовъ отпадетъ, — сама сдѣлка также отпадаетъ: „Das Vertragverhältniss", говоритъ Бэръ, „gleicht einem Kartenhause, in welchem jede der beiden Karten nur dadurch steht, dass sie sich an die andere anlehnt". Какъ только обѣщаніе должника — совершить что-либо въ пользу вѣрителя — вырвано изъ этой органической связи, — оно дѣлается тѣнью, лишенной плоти и крови Какъ-же утверждать, что вѣритель долженъ имѣть право ссылаться на эту тѣнь, ограничиваясь только указаніемъ, что должникъ ему обязался къ совершенію извѣстной praestatio! Не уподобится-ли этимъ вѣритель лицу, которое сдѣлало точный докладъ того, что говорилъ какой-либо ораторъ, но только съ пропускомъ знаковъ препинанія?

Такимъ образомъ, обязательству придается извѣстное значеніе только въ связи съ изъясненіемъ кредиторомъ того, что называется causa этого обязательства. Этотъ порядокъ коренится столь глубоко въ самомъ существѣ дѣла, что мо-

---

1) См. ниже

2) См Liebe: Stipulation Стр 76 сл

жетъ быть выставлена общая презумпція въ пользу наличности такого порядка въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Для законодателя было-бы, кромѣ того, дѣломъ чрезвычайно труднымъ — ввести въ дѣйствіе нѣчто совершенно противоположное. Не говоря уже о матеріальной несправедливости, которая была-бы неизбѣжнымъ послѣдствіемъ этого, — примѣненіе такого закона означало-бы устройство каменной стѣны между обѣщаніемъ должника — совершить въ пользу вѣрителя какое-либо дѣйствіе — и тѣмъ экономическимъ отношеніемъ, только часть котораго оно составляетъ. Согласно всему выше изложенному, въ пользу этого нѣтъ ни малѣйшаго основанія, такъ что законодатель установилъ-бы весьма значительный произволъ, если-бы освободилъ вѣрителя отъ обязанности приводить въ исковомъ прошеніи указаніе на существованіе при юридическомъ актѣ извѣстнаго каузальнаго момента (causa въ субъективномъ смыслѣ), т. е., наличности для должника какого-либо эквивалента или сознательнаго отрицанія такового.

Въ современномъ гражданскомъ правѣ въ Германіи вопросъ разрѣшается именно въ указанномъ нами смыслѣ. Отличительная черта его, въ сравненіи съ римскимъ гражданскимъ правомъ, заключается, между прочимъ, въ томъ, что стипуляція вовсе прекратила свое существованіе, такъ что договорныя обязательства уже совершаются внѣ опредѣленной формы. Этимъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, были даны извѣстныя границы для распространенія абстрактныхъ обязательствъ въ общепринятомъ смыслѣ этого слова. Формальный договоръ не долженъ необходимо являться абстрактнымъ, но, наоборотъ, абстрактный договоръ можетъ быть только формальнымъ [1]). Во своемъ мѣстѣ [2]) мы дадимъ доказательства въ пользу такой точки зрѣнія, а здѣсь ограничимся только указаніемъ того громаднаго значенія, которое имѣло въ интересующемъ насъ вопросѣ отпаденіе стипуляціонной формы.

Но, можетъ быть, обѣщаніе должника, — хотя-бы оно и не было заключено въ формѣ стипуляціи, — способно какимъ-либо инымъ путемъ быть точно констатированнымъ, — и не

---

1) См. Hartmann въ Archiv fur die civilistische Praxis Томъ 77. Стр. 241.

2) См стр.

дает-ли это вѣрителю возможность обойти каузальный вопросъ полнымъ молчаніемъ? Правда, обѣщаніе, — будетъ-ли оно стипуляціоннымъ обѣщаніемъ, или нѣтъ, — во всякомъ случаѣ, является событіемъ, которое можетъ быть, при извѣстныхъ условіяхъ, вполнѣ изолировано, но это еще ничего не значитъ. Оно не есть, какъ я все время стараюсь показать, самостоятельное событіе, а потому и не можетъ въ изолированномъ видѣ быть основаніемъ юридическихъ послѣдствій. Никогда нельзя сказать, что обѣщаніе должника — совершить извѣстное дѣйствіе въ пользу вѣрителя — во всякомъ случаѣ сопровождается тѣмъ эффектомъ, на который оно расчитано. Все дѣло всецѣло зависитъ отъ характера того обязательственнаго правоотношенія, часть котораго обѣщаніе составляетъ. Въ видѣ общаго правила это — вѣритель, который долженъ указать на существованіе при договорномъ обязательствѣ каузальнаго момента. Только по исключенію онъ освобождается отъ такой обязанности. Когда такія исключенія на практикѣ имѣютъ мѣсто — представляетъ одну изъ главныхъ задачъ моего настоящаго труда Пока является вполнѣ достаточнымъ сказаннаго нами о causa въ субъективномъ смыслѣ, чтобы опредѣлить предметъ настоящаго изслѣдованія Оно, какъ показываетъ само заглавіе, имѣетъ въ виду „абстрактныя и матеріальныя обязательства въ римскомъ и въ современномъ гражданскомъ правѣ“. Что-же такое „абстрактное обязательство?“ Послѣ предыдущихъ замѣчаній опредѣленіе можетъ быть составлено безъ малѣйшаго на то труда. Когда вѣритель, какъ это бываетъ по общему правилу, долженъ указать въ исковомъ прошеніи характеръ causa при той конкретной юридической сдѣлкѣ, изъ которой онъ выводитъ свое исковое притязаніе, — мы имѣемъ „метеріальное обязательство“. Если-же подобной обязанности на вѣрителѣ, по исключенію, не лежитъ, — то передъ нами — „абстрактное обязательство“.

Въ римскомъ правѣ абстрактнымъ обязательствомъ была, въ этомъ смыслѣ, какъ извѣстно, стипуляція. Отпаденіе стипуляціонной формы могло обусловить послѣдствія двоякаго рода: или всѣ договоры, хотя-бы безформенные, пріобрѣли ту-же самую силу дѣйствія, какую прежде имѣла стипуляція, или-же, вмѣстѣ съ паденіемъ формы, наступило прекращеніе связаннаго съ стипуляціей юридическаго дѣйствія. Изъ этихъ двухъ возможностей на практикѣ имѣла мѣсто

вторая: всѣ договоры, насколько нѣтъ на лицо формы, которая-бы вступила на мѣсто стипуляціи, явились въ роли матеріальныхъ договоровъ [1]) Такой процессъ имѣлъ мѣсто въ Германіи почти повсемѣстно, гдѣ произошла рецепція римскаго права

Обращаясь къ другому главному элементу, изъ котораго, кромѣ римскаго права, сложилось современное германское гражданское право, т е къ такъ наз. „нѣмецкому праву“ (Deutsches Privatrecht), — мы должны будемъ сдѣлать слѣдующія замѣчанія Нѣмецкое право требуетъ, точно также, какъ англійское, для возникновенія договорнаго обязательства — или облеченія его въ извѣстную форму, или-же наличности извѣстныхъ фактовъ, которые обосновываютъ обязанность должника болѣе съ деликтной, чѣмъ съ договорной точки зрѣнія. Обѣщаніе, не облеченное ни въ какую форму, стояло совершенно лишеннымъ юридической силы [2]).

Вводить какія-либо постановленія въ современное законодательство въ подобномъ древне-германскомъ вкусѣ — означало-бы сдѣлать попятный шагъ въ историческомъ развитіи. Вотъ почему новое гражданское уложеніе въ § 719 прямо опредѣляетъ, что для „абстрактнаго долгового обязательства“ слѣдуетъ выставить требованіе, чтобы обѣщаніе должникомъ извѣстной praestatio въ пользу вѣрителя носило вполнѣ самостоятельный характеръ, а для этого, въ свою очередь, указана необходимость облеченія обѣщанія въ строго опредѣленную форму, каковою является — письменная.

Предыдущее изложеніе привело насъ къ тому результату, что истецъ-вѣритель долженъ выводить принадлежащее ему право требованія не изъ „обѣщанія“ со стороны отвѣтчика, а изъ цѣлаго экономическаго отношенія, въ которомъ „обѣщаніе“ составляетъ только отдѣльный членъ [3]). Что-же касается до болѣе подробныхъ правилъ относительно „субстанцированія“ вѣрителемъ иска съ точки

---

1) Hofmann l. c. Стр. 89.

2) Подробности см. у Heussler'a: Institutionen des deutschen Privatrechts. Томъ 2. 1886. Стр. 225 сл., особенно стр. 228, 246, Sohm: Das Recht der Eheschliessung. 1875. Стр. 24—46, Hartmann въ Arch f. d. civ. Praxis. Томъ 77. Стр. 184 сл Относительно каноническаго права см. Savigny: Obligationenrecht. II Стр. 234 сл.

3) Ср Schlesinger: Formalcontracte Стр. 14 сл.

зрѣнія каузальнаго момента, — то едва-ли можно выставить такія общія правила. Можемъ, однако, на этотъ счетъ сдѣлать одно замѣчаніе руководящаго характера Слѣдуетъ постоянно обращать вниманіе, какія свѣдѣнія по поводу каузальнаго момента могла себѣ составить каждая — изъ участвующихъ въ обстоятельственномъ правоотношеніи сторонъ и къ какимъ свѣдѣніямъ она имѣла доступъ. Такъ какъ каузальный моментъ наибольшій интересъ имѣетъ для должника-отвѣтчика, то именно у него слѣдуетъ предполагать наибольшее скопленіе свѣдѣній по этой части. Вотъ почему истецъ вправѣ дѣлать самыя общія указанія causa obligationis, а уже отвѣтчикъ самъ долженъ входить, буде это потребуется, въ ближайшія по этому поводу объясненія. Даже самыхъ общихъ обозначеній со стороны истца, какъ, напр., наиболѣе часто употребляемое „за доставленіе товаровъ", въ нѣкоторыхъ случаяхъ вполнѣ достаточно для субстанціированія иска. Выставить на этотъ счетъ какія-либо болѣе общія правила, повторяемъ, рѣшительно невозможно.

Указаніе кредиторомъ на существованіе каузальнаго момента въ каждомъ конкретномъ случаѣ мы обозначили терминомъ causa въ субъективномъ смыслѣ. Въ этомъ послѣднемъ значеніи слово „causa" употребляется для выраженія дѣйствительной реализаціи эквивалента. Эта реализація отнюдь не должна произойти непремѣнно одновременно съ исполненіемъ должникомъ своей обязанности, что, конечно, м о ж е т ъ имѣть мѣсто, но далеко не необходимо. Одновременное наступленіе указанныхъ двухъ моментовъ бываетъ иногда даже дѣломъ положительно невозможнымъ; а въ томъ случаѣ, когда такая возможность — на лицо, — стороны — иногда умышленно, по тѣмъ или другимъ соображеніямъ, не хотятъ ею воспользоваться. Такъ весьма легко можетъ случиться, что должникъ считаетъ свое требованіе эквивалента достаточно обезпеченнымъ инымъ способомъ, такъ что не придаетъ значенія безусловной зависимости исполненія своей обязанности отъ полученія эквивалента, и эта зависимость даетъ ему возможность задержать первое, чтобы вызвать скорѣйшее полученіе второго. Съ другой стороны, кредиторъ является въ высокой степени заинтересованнымъ въ томъ, чтобы осуществленіе его права требованія было поставлено свободнымъ отъ разрѣшенія, могущаго по временамъ сдѣлаться очень труднымъ и запутаннымъ, вопроса о

томъ, точно-ли онъ исполнилъ свою обязанность по части эквивалента, или нѣтъ? Такимъ образомъ, вопросъ о томъ, насколько исполненіе должникомъ его обѣщанія въ пользу вѣрителя зависитъ отъ реализаціи каузальнаго момента, — представляетъ собою такой вопросъ, при разрѣшеніи котораго вниманіе должно быть обращено, во-первыхъ, на то, возможна-ли такая зависимость, и во-вторыхъ, составляетъ-ли это желаніе самихъ сторонъ.

Представимъ себѣ, что вопросъ получилъ отрицательное рѣшеніе, т. е., признана въ извѣстномъ конкретномъ случаѣ полная свобода для кредитора — осуществлять исковымъ порядкомъ свое право требованія, безъ различія, исполненъ-ли эквивалентъ, или нѣтъ. Это, въ свою очередь, наводитъ на мысль, зачѣмъ въ такомъ случаѣ требовать отъ кредитора causa въ субъективномъ смѣслѣ, т. е., обязывать его указывать наличность каузальнаго момента, когда осуществленіе этого послѣдняго (causa въ объективномъ смыслѣ) вовсе не является существеннымъ въ вопросѣ объ осужденіи должника по иску, начатому вѣрителемъ? Между тѣмъ, подобное сомнѣніе — неосновательно. Указаніе кредиторомъ causa въ исковомъ прошеніи является дѣломъ дѣйствительно необходимымъ, безъ различія, отводится-ли неисполненію или исполненію этой causa — въ данномъ конкретномъ саучаѣ — какое-либо значеніе, или нѣтъ. Въ самомъ дѣлѣ, это указаніе необходимо уже потому, что, не будь его, судъ часто былъ-бы поставленъ въ крайне затруднительное положеніе, — к а к ъ характеризовать само право требованія кредитора, такъ какъ оно составляетъ только часть единаго экономическаго цѣлаго, и его настоящій характеръ выступаетъ вполнѣ ясно и опредѣленно только въ связи съ другими частями. Кромѣ всего этого, безъ указанія causa — право требованія не можетъ получить того оправданія, которое оно получаетъ при наличности такового. Судъ не можетъ видѣть безъ такого указанія, дѣйствительно-ли обязательство, или нѣтъ, — ибо, какъ говорятъ французы — „l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet“. Въ этомъ-то и заключается необходимость указанія causa внѣ зависимости отъ рѣшенія вопроса о ея реализаціи.

Вопросъ о реализаціи каузальнаго момента представляетъ на практикѣ не мало трудностей. Самымъ простымъ является случай, имѣющій мѣсто въ римскомъ правѣ — при такъ назы-

ваемыхъ реальныхъ договорахъ. Такъ какъ осуществленіе этихъ послѣднихъ заключается въ исполненіи должникомъ обязанности реституціи вещи, то въ дѣйствительности такое осуществленіе не можетъ воспослѣдовать прежде, чѣмъ доказано, что та вещь, которая должна быть возвращена, — на самомъ дѣлѣ была передана должнику, т. е., прежде, чѣмъ будетъ доказанъ фактъ реализаціи того эквивалента, ожиданіе котораго побудило должника заключить юридическую сдѣлку. Если въ современномъ гражданскомъ правѣ можно было-бы констатировать явленіе, аналогичное римскимъ реальнымъ договорамъ, то слѣдовало-бы примѣнить ту-же самую точку зрѣнія. Она имѣетъ мѣсто также при отношеніяхъ, похожихъ на contractus reales innominati. Особенность этихъ послѣднихъ состояла, какъ извѣстно, въ томъ, что простое соглашеніе сторонъ не имѣло здѣсь обязательной силы, но обязанность для одной стороны возникала въ тотъ моментъ, когда другая сторона исполнила свою эквивалентную обязанность. Правда, въ настоящее время одно соглашеніе является въ подобныхъ случаяхъ вполнѣ достаточнымъ — для приданія ему юридическаго дѣйствія — безъ того, чтобы была необходимость еще въ наступленіи послѣдующаго реальнаго момента. Однако, нѣсколько похожее отношеніе можетъ всегда имѣть мѣсто и теперь. Представимъ себѣ, напр., такой случай, когда между двумя лицами состоялось соглашеніе, по которому т о л ь к а о д н а изъ сторонъ (А) взяла на себя обязанность исполнить что-либо въ пользу соконтрагента (В), если со стороны этого послѣдняго воспослѣдуетъ реализація какого-либо эквивалента, такъ что предоставляется совершенно его свободному выбору — хочетъ-ли онъ совершить эквивалентную praestatio, или нѣтъ. Такъ какъ лицо А не имѣетъ при такой комбинаціи — для достиженія эквивалента — самостоятельныхъ юридическихъ средствъ защиты, — то оно было-бы поставлено въ совершенно безпомощное положеніе, если-бы данное имъ обѣщаніе не было сдѣлано абсолютно зависимымъ отъ реализаціи эквивалента лицомъ В.

Такія отношенія представляютъ, однако, въ современномъ гражданскомъ оборотѣ до извѣстной степени рѣдкость, — хотя, конечно, всегда могутъ имѣть мѣсто. По общему правилу, к а ж д а я изъ сторонъ обязываетъ себя передъ другою обѣщаніемъ обмѣна взаимныхъ praestationes, такъ что не можетъ быть и рѣчи о ея, лишенномъ юридической защиты,

положеніи. Ясно, однако, что, даже и въ этомъ случаѣ, обезпеченіе ея интересовъ можетъ очень часто оказаться весьма проблематичнымъ и что для нея, во всякомъ случаѣ, гораздо выгоднѣе обезпечить себя также — другимъ способомъ, сдѣлавъ исполненіе своего обѣщанія зависимымъ отъ исполненія обѣщанія соконтрагента, — а потому въ высокой степени важно — выяснить, въ какихъ случаяхъ это является возможнымъ. То обстоятельство, что въ настоящее время нѣтъ „реальныхъ контрактовъ“ въ римскомъ смыслѣ этого слова, — говоритъ только то, что дѣйствительность современнаго договорнаго обязательства не обусловлена по неизбѣжному предписанію закона реализацею эквивалента въ пользу другой стороны тѣмъ лицомъ, которое основываетъ на такомъ обязательствѣ свое право требованія Но это, само собою понятно, не исключаетъ никоимъ образомъ возможности, чтобы дѣйствіе договора по самому его содержанію было въ извѣстной степени поставлено въ зависимость отъ подобной реализаціи [1]) Въ самомъ дѣлѣ, если, при заключеніи договора, стороны, давая другъ другу взаимныя обѣщанія, обмѣниваются только потенціальными цѣнностями, — то это еще не значитъ, что, когда должникъ исполнитъ лежащую на немъ обязанность и доставитъ такимъ образомъ вѣрителю дѣйствительную цѣнность, — онъ захочетъ попрежнему ограничиваться тою потенціальною цѣнностью, которую представляетъ для него ожиданіе эквивалента Напротивъ, въ весьма многихъ случаяхъ, — вполнѣ естественно и справедливо, чтобы обязанная сторона даже не могла быть принуждаема къ предпринятію такого рѣшительнаго экономическаго шага, каковымъ является исполненіе обязательства, — не видя, въ то-же время, себя въ окончательномъ обладаніи выгодою, составляющею предметъ эквивалента. Вотъ почему необходимо, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, — кромѣ того вопроса, является-ли одно обѣщаніе въ зависимости отъ другого, — точно изслѣдовать также вопросъ — насколько исполненіе одною стороною ея обязанности составляетъ condicio sine qua non для требованія отъ другой стороны исполненія обязанности, лежащей на этой послѣдней.

---

1) См Hartmann въ Archiv f d civ Praxis Томъ 77. Стр 237

Этотъ вопросъ можно выразить нѣсколько иначе. Дѣло въ томъ, что, чѣмъ больше юридическихъ средствъ имѣетъ должникъ для достиженія эквивалента, — тѣмъ болѣе цѣнности пріобрѣтаетъ его право на этотъ эквивалентъ. Такимъ образомъ, подлежащій изслѣдованію суда вопросъ собственно заключается въ томъ, долженъ-ли должникъ имѣть такой юридически бо́льшій эквивалентъ, или, напротивъ, онъ долженъ довольствоваться однимъ обѣщаніемъ вѣрителя въ этомъ смыслѣ и правомъ требовать возмѣщенія убытковъ при неисполненіи этого обѣщанія? Рѣшеніе вопроса, повторяемъ, зависитъ отъ особенностей обстоятельствъ при каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Такъ, напр, тогда какъ при куплѣ-продажѣ дается exceptio non adimpleti contractus противъ требованія продавца объ уплатѣ цѣны, — при договорѣ найма, наоборотъ, наниматель помѣщенія не имѣетъ подобнаго возраженія противъ требованія хозяиномъ наемной платы. Можемъ, однако, указать по этому поводу нѣкоторыя правила, носящія, впрочемъ, только руководящій характеръ. Если для исполненія обѣщанія назначенъ опредѣленный день и если этотъ день, по содержанію договора, можетъ наступить п р е ж д е, чѣмъ реализація эквивалента въ состояніи воспослѣдовать, — то такая реализація не составляетъ необходимаго условія для осуществленія вѣрителемъ принадлежащаго ему права требованія. То-же самое слѣдуетъ сказать, если нельзя съ увѣренностью опредѣлить моментъ осуществленія эквивалента, а для исполненія главной обязанности назначенъ точный срокъ, развѣ-бы только и та и другая praestatio, по своей природѣ, требовала одновременнаго обмѣна, или если-бы такой обмѣнъ былъ обусловленъ существованіемъ на этотъ счетъ юридическаго обычая. Напротивъ, если день исполненія обѣщанія долженъ наступить п о с лѣ того момента времени, когда будетъ данъ эквивалентъ, — то на истцѣ лежитъ обязанность доказать дѣйствительную реализацію эквивалента въ качествѣ необходимаго основанія для своего иска. Однако, и это правило, подобно всѣмъ выставляемымъ здѣсь правиламъ, не имѣетъ безусловнаго примѣненія. Такъ, напр., если требованіе эквивалента страдаетъ неопредѣленностью, тогда какъ обязанность должника вполнѣ выяснена, — то эта послѣдняя должна быть выполнена безъ всякаго отношенія къ вопросу объ эквивалентѣ Если, наконецъ, исполненіе должникомъ своей обязанности и осуществленіе въ его

пользу эквивалента, по содержанію акта, должны быть предприняты одновременно, — какъ это бываетъ, напр, весьма часто при договорѣ купли-продажи, — то доказательство реализаціи эквивалента входитъ въ обоснованіе иска. Относительно всѣхъ этихъ правилъ мы съ особеннымъ удареніемъ повторяемъ, что они имѣютъ только руководящее значеніе и потому должны уступать ясно выраженной сторонами противоположной волѣ.

Послѣ этихъ общихъ замѣчаній дѣлаются понятными предметъ и задача настоящаго труда. Мы видѣли изъ даннаго нами нѣсколько выше опредѣленія „абстрактнаго обязательства", что и при этомъ послѣднемъ рѣчь идетъ вовсе не о томъ, чтобы признать отсутствіе каузальнаго момента Обязательство, каково-бы оно ни было, — не можетъ существовать безъ „causa", ибо разумный и вполнѣ нормальный человѣкъ не будетъ уменьшать своего имущества, не ожидая за это какого-либо эквивалента, — развѣ только его побуждаетъ къ подобной дѣятельности чисто-дарственная цѣль,— но въ этомъ послѣднемъ случаѣ она и будетъ составлять „causa obligationis". Существуетъ „causa" при каждомъ договорномъ обязательствѣ, будетъ-ли послѣднее абстрактнымъ или матеріальнымъ — безразлично Наша задача въ томъ именно и заключаются, чтобы войти въ подробное разсмотрѣніе вопроса о функціяхъ „causa" при абстрактныхъ и матеріальныхъ договорахъ въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ. До сихъ поръ мы установили только тотъ основной принципъ, что при абстрактныхъ обязательствахъ вѣритель вовсе не обязанъ давать указанія каузальнаго момента, какъ онъ долженъ это дѣлать при матеріальныхъ обязательствахъ. Остальное — дѣло послѣдующаго изложенія.

Отдѣлъ I.

Матеріальныя обязательства.

Глава I

Терминологія источниковъ.

§ 1 Мы вовсе не хотимъ заниматься здѣсь перечисленіемъ тѣхъ различныхъ значеній, съ которыми слово „causa“ встрѣчается въ источникахъ Это уже съ достаточной полнотой выполнено M. Voigt'омъ въ сочиненіи „Uber die Condictiones ob causam und uber causa und titulus im Allgemeinen“ (1862. Стр. 1—51) Мы сдѣлаемъ, въ цѣляхъ настоящаго труда, только указанія на тѣ различные смыслы, которые придаются этому термину въ обширной области обязательственнаго права.

I. Causa въ смыслѣ безразличнаго съ юридической точки зрѣнія мотива.

Главными мѣстами въ этомъ отношеніи слѣдуетъ разсматривать l. 2 § 7, l. 3 D. 39, 5:

l. 2 § 7 (Julianus): „Titio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. respondi: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debebit et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.“

l. 3 (Ulpianus): „Et generaliter hoc in donationibus definiendum est multum interesse, causa donandi fuit an condicio: si causa fuit, cessare repetitionem, si condicio, repetitioni locum fore.“

„Causa“ поставлено здѣсь въ противоположность „condicio“. Послѣднее обозначаетъ въ разбираемомъ случаѣ рѣшающее предположеніе стороны, неисполненіе котораго даетъ поводъ къ кондикціи. Подъ „causa“ — же разумѣется моментъ, которому или вовсе не придается никакого значенія, но который приводится только въ цѣляхъ обозначенія простого предлога для даренія, — или-же, если онъ и долженъ по смыслу мѣста имѣть какое-либо значеніе, — то какъ соопредѣляющій юридическую сдѣлку — факторъ, а не какъ единственно рѣшающее предположеніе, отъ осуществленія котораго поставлена въ зависимость дѣйствительность самаго договора.

Совершенно подобная-же терминологія встрѣчается въ l. 25 c. 5, 12. Намѣреніе жены совершить завѣщаніе относительно dos обозначается въ этомъ мѣстѣ словомъ „causa“. Это — только соопредѣляющій мотивъ, а не „condicio“ въ значеніи рѣшающаго предположенія.

Весьма родственными съ этими мѣстами являются слѣдующія мѣста: l. 72 § 6 D. 35, 1 и § 31 J. 2, 20, которыя гласятъ слѣдующее:

l. 72 § 6 D. 35, 1 (Papinianus): „Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio, si probetur alias legaturus non fuisse“.

§ 31 J. 2, 20: „Longe magis legato falsa causa non nocet, veluti cum ita quis dixerit: „Titio, quia absente me negotia mea curavit, Stichum do lego“, vel ita: „Titio, quia patrocinio eius capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego“: licet enim neque negotia testatoris umquam gessit Titius neque patrocinio eius liberatus est, legatum tamen valet. sed si condicionaliter enuntiata fuerit causa, aliud iuris est, veluti hoc modo: „Titio, se negotia mea curaverit, fundum do lego“.

Также и въ этихъ двухъ мѣстахъ мы находимъ просто „causa“, поставленную въ противоположность выраженіемъ „condicionaliter expressa causa“ и „condicio“. Здѣсь прибa-

вляется къ этому однако еще особая практическая функція. Тогда какъ въ l. 2 § 7, l. 3 D. 39, 5 и въ l. 25 C. 5, 12 слово „causa“ употреблено для обозначенія цѣли, для которой что-либо дарится, — причемъ этотъ моментъ лишенъ какого-либо вліянія на судьбу сдѣлки, — въ l. 72 § 6 D. 35, 1 и въ § 31 J. 2, 20 приводится такой моментъ, по отношенію къ которому строится только презумція противъ того, что онъ имѣетъ рѣшающее значеніе. Вотъ почему требуется приведеніе совершенно особенныхъ доказательствъ для приданія ему такого значенія. Жизненный опытъ учитъ, что завѣщатель весьма часто придумываетъ предлоги различнаго рода, — напр., оказаніе ему будущимъ легатаріемъ какихъ либо услугъ, чтобы скрыть чисто дарственныя цѣли при легатахъ, которыя въ дѣйствительности имѣютъ мѣсто. Въ цитированныхъ мѣстахъ источниковъ проводится презумпція, основанная на жизненномъ опытѣ, въ пользу того, что подобное указаніе causa имѣетъ характеръ „falsa demonstratio“,[1]) такъ что является уже дѣломъ того лица, которое утверждаетъ противное, привести соотвѣтствующія доказательства[2]). Конечныя слова § 31 J. 2, 20 показываютъ, что для обезсиленія подобной презумпціи необходимо точнымъ образомъ констатировать несомнѣнную волю завѣщателя въ этомъ смыслѣ[3]).

Въ предшествующемъ изложеніи мы все время имѣли дѣло со словомъ „causa“, поставленнымъ въ противоположность „condicio“. Совершенно подобная-же мысль выражается тамъ, гдѣ „ob causam“ противопоставляется „ob rem“. Такъ напр., въ l. 52 D. 12, 6 (Pomponius) значится слѣдующее:

> „Damus aut ob causam aut ob rem: ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, repetitio eius pecuniae non sit: ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit“.

Здѣсь опять посредствомъ слова „causa“ обозначается моментъ, который имѣетъ только извѣстное соопредѣляющее значеніе при юридической сдѣлкѣ, но который не можетъ

---

1) Напр., § 30 J. 2, 20, l. 75 § 1 D. 30, l. 2, l. 5 C. 6, 44.
2) Противоположная точка зрѣнія основывается на l. 16 D. 33, 4.
3) См. Leonhard: Institutionen, стр. 258 сл.

быть означенъ, какъ ея рѣшающее предположеніе. Напротивъ, посредствомъ слова „res“ обозначается фактъ столь существеннаго значенія, что его ненаступленіе даетъ поводъ къ condictio. Такимъ образомъ, выраженіе „ob causam“ въ цитированномъ фрагментѣ равнозначуще съ выраженіемъ „ob causam praeteritam“. Это обозначаетъ только практически среднее правило. Дѣйствительно, въ большинствѣ случаевъ обстоятельство, лежащее въ прошломъ, имѣетъ или, вѣрнѣе сказать, имѣло лишь значеніе сыгравшаго свою роль въ прошломъ мотива и не должно, такимъ образомъ, обусловливать юридическія послѣдствія въ будущемъ. Между тѣмъ, наоборотъ, будущее событіе, съ которымъ связана юридическая сдѣлка, имѣетъ, согласно разбираемому фрагменту, такое — обусловливающее актъ — дѣйствіе Цитированное мѣсто, однако, отнюдь не имѣетъ того смысла, что моментъ, лежащій въ прошедшемъ, никогда (т. е. ни въ какомъ случаѣ) не можетъ имѣть подобнаго рѣшающаго значенія и что, наоборотъ, будущій моментъ всегда долженъ имѣть таковое [1]).

§ 2. II. Causa въ смыслѣ рѣшающаго мотива.

Въ вышеприведенныхъ мѣстахъ источниковъ словомъ „causa“ обозначается предположеніе стороны, не имѣющее рѣшающаго значенія по вопросу о дѣйствительности юридическаго акта. Теперь приведемъ такой фрагментъ, гдѣ это слово употребляется какъ разъ въ противоположномъ смыслѣ.

L. 65 §§ 2—4 D. 12, 6 (Paulus): „Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse (§ 2).

Sed agere per condictionem propter condicionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta. idem et si hereditatem adire nolui vel non potui. non idem potest dici, si servus meus

---

1) См., напр, l 65 § 3 D 12, 6 и l. 3 § 3, l. 5 §§ 3, 4 D. 12, 4.

sub condicione heres institutus sit et ego dedero, deinde manumissus adierit: nam hoc casu secuta res est (§ 3).

Quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris (§ 4)".

Въ § 2 выраженіе „ob causam" употребляется также, какъ въ цитированныхъ выше мѣстахъ, для обозначенія относящагося къ прошедшему мотива, лишеннаго какого-бы то ни было рѣшающаго значенія. Но въ § 3 слово „causa" употребляется прямо въ обратномъ смыслѣ для обозначенія предположенія, имѣющаго рѣшающее значеніе при юридической сдѣлкѣ. Въ § 4 — вмѣсто выраженія „ob causam" — въ смыслѣ рѣшающаго предположенія стоятъ слова „ob rem". Точно также во многихъ другихъ мѣстахъ слово „causa" въ указанномъ значеніи употребляется вперемежку со словомъ „res". Таковы — l. 9 pr. D. 12, 5, l. 10 D. 23, 1 и l. 7 C. 4, 64.

Подобно тому, какъ „ob causam" въ приведенномъ смыслѣ употребляется однозначуще съ „ob rem", — нерѣдко слову „causa" служитъ въ этомъ отношеніи варіантомъ „condicio", с. 5 C. 4, 64, l. 19 §§ 5 и 6 D. 39, 5.

Это смѣшеніе понятій, которое встрѣчается при употребленіи слова „causa" въ однихъ случаяхъ для противоположенія „condicio" и „res", а въ другихъ случаяхъ вперемежку съ ними, — можетъ быть, сдѣлается болѣе понятнымъ, если мы замѣнимъ римскіе термины соотвѣтствующими русскими словами — „причина", „условіе", „цѣль". Когда говорятъ, что какое-либо лицо, въ своихъ рѣшеніяхъ, руководилось тою или другою причиною, — то этому придаютъ двоякое значеніе. Это выраженіе, во-первыхъ, можетъ имѣть тотъ смыслъ, что дается только психологическое объясненіе явленія, безъ всякаго отношенія къ вопросу о дѣйствительности юридическаго акта. Другое значеніе, придаваемое слову „причина", имѣетъ равнозначущій смыслъ со словомъ „основаніе", — напр., говорятъ: „казалось, здѣсь имѣлась причина, но на дѣлѣ обнаружилось, что не было ни малѣйшаго основанія". Иногда хотятъ обозначить отношеніе зависимости между рѣшеніями и ихъ основаніями: „онъ этого хочетъ, такъ какъ . . .", или: „онъ этого хочетъ, если . . ." Въ первомъ случаѣ — мы имѣемъ римскую „causa" въ смыслѣ несущественнаго мотива, во второмъ — въ смыслѣ „condicionaliter expressa causa."

Подобный-же и совершенно незамѣтный переходъ имѣетъ

мѣсто между понятіями „причина“, и „цѣль“. Эти два выраженія въ дѣйствительности обозначаютъ только двѣ различныя стороны того-же самаго отношенія [1]). Если кто-либо предпринимаетъ какое-либо дѣйствіе подъ вліяніемъ „рѣшающаго предположенія“, то можно безъ различія употреблять то и другое выраженіе („причина“, „цѣль“), — напр., „онъ дѣлаетъ то-то по причинѣ . . .“, или — „онъ дѣлаетъ то-то съ цѣлью . . .“ При первомъ способѣ выраженія — дѣло обозначается болѣе съ „теоретически-психологической“ стороны, а при второмъ — съ „практически-телеологической“ стороны. Такая-же тенденція проявляется при употребленіи аналогичныхъ римскихъ выраженій „ob rem“ и „ob causam“.

§ 3. III. Causa въ смыслѣ того внѣшняго событія, къ которому относится предположеніе стороны.

Кромѣ изложенныхъ колебаній въ употребленіи слова „causa“, возможно еще недоразумѣніе также въ другомъ родѣ. Это слово можетъ быть употребляемо для обозначенія, съ одной стороны, причины или цѣли, а — съ другой стороны — самаго того событія, которому придается указанное значеніе (т. е. причины или цѣли). Игра, обнаруживаемая между этими двумя значеніями, особенно ярко выступаетъ въ постоянно встрѣчающемся въ источникахъ выраженіи: „causa data, causa non secuta“. Въ первомъ случаѣ подъ „causa“ разумѣется „причина“ или „цѣль“, а во второмъ — то внѣшнее событіе, съ которымъ „причина“ или „цѣль“ связаны. „Causa“ въ послѣднемъ смыслѣ этого слова обозначаетъ то-же самое, что означаетъ болѣе точно выражающее то-же понятіе слово „res“: фактъ, наступленіе котораго ожидали и который, тѣмъ не менѣе, не наступилъ.

§ 4. IV. Causa, какъ правовое основаніе и какъ юридическій фактъ.

Въ предшествующемъ изложеніи мы разсматривали слово „causa“ съ индивидуальной точки зрѣнія, т. е., для обозначенія того момента, который вызываетъ у индивидуума

---

1) Lotmar: Ueber causa im romischen Recht. 1875. Стр. 75 сл. („Grund und Zweck verhalten sich wie die convexe zur concaven Fläche“).

рѣшенія. Но въ источникахъ мы встрѣчаемъ также другое значеніе слова „causa“. Оно часто употребляется въ смыслѣ такого внѣшняго событія, которое, по предписаніямъ объективнаго права, вызываетъ юридическія послѣдствія, — такъ что „causa“ въ этомъ послѣднемъ значеніи должна быть понимаема, какъ правозараждающій юридическій фактъ. Въ видѣ примѣра можно привести l. 1 § 6 D. 13, 5: „ex quacumque causa . . ., id est ex quocumque contractu . . . ex causa emptionis . . . vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque alio contractu“; l. 1 pr. D. 44, 7: „obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris“; pr. J. 1, 21: „causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis“; l. 103 D. 46, 3: „ex pluribus causis debitor pecuniam solvit“; l. 69 D. 46, 1: „ex fideiussoria causa“; l. 17 D. 21, 2 и l. 2 C 8, 44: „ex causa stipulationis“.

Сколько правозараждающихъ фактовъ признается закономъ, — столько признается имъ „causae“ въ смыслѣ правового основанія. „Causae“ въ означенномъ смыслѣ классифицируются, въ свою очередь, съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія: по фактическимъ особенностямъ тѣхъ событій, которыя вызываютъ юридическія послѣдствія (contractus verbales, litterales, consensuales, reales и различные pacta) и по тѣмъ цѣлямъ, которыя преслѣдуютъ эти событія (solutio, donatio, emptio venditio, locatio conductio, mutuum, commodatum, fideiussio etc.). Мы зашли-бы слишкомъ далеко, если-бы захотѣли подчинить всѣ эти столь различныя событія всестороннему изслѣдованію. Коснемся только отдѣльныхъ моментовъ, которые помогутъ намъ пролить свѣтъ относительно „мотивовъ“ и „предположеній“ сторонъ при договорныхъ обязательствахъ.

а. Между различными правовыми основаніями для возникновенія обязательствъ мы находимъ въ источникахъ упомянутыми слѣдующія:

α. Stipulatio. — Ближайшее разсмотрѣніе стипуляціи мы отложимъ до отдѣла II, когда будемъ излагать абстрактныя обязательства въ римскомъ и въ современномъ гражданскомъ правѣ;

β. Obligationes litterales не представляютъ ни-

чего столь интереснаго по нашему вопросу, чтобы нужно было ихъ разсматривать;

γ. Contractus consensuales. — Сюда относятся: emptio venditio, locatio conductio, societas и mandatum Вопросъ о „causa“ при этихъ договорахъ мы разберемъ нѣсколько ниже;

δ. Contractus reales, частью nominati (mutuum, commodatum, depositum и pignus), частью innominati („do ut des, do ut facias etc.“). Противоположность между реальными договорами и предыдущею категоріею договоровъ (contractus consensuales) видятъ обыкновенно въ томъ, что, тогда какъ при консензуальныхъ договорахъ юридическая сдѣлка возникаетъ благодаря соглашенію воли обѣихъ сторонъ („solo consensu“), — при реальныхъ договорахъ она вызывается наступленіемъ извѣстнаго реальнаго момента, напр., принятіемъ какой-либо вещи или денежной суммы. Однако, подобное, обыкновенно дѣлаемое различіе способно только затемнить настоящее положеніе дѣла. Отвѣтъ на вопросъ, на нашъ взглядъ, заключается въ томъ, что при реальныхъ договорахъ правоотношеніе, созданное этими договорами, является совершенно отличнымъ отъ правоотношенія при договорахъ консензуальныхъ, такъ какъ оно охватываетъ въ первомъ случаѣ только извѣстный видъ обязанностей сторонъ, — тогда какъ остальныя обязанности при этомъ вовсе не регулируются. Чтобы доказать справедливость указанной точки зрѣнія, обратимся сперва къ разсмотрѣнію contractus reales nominati.

Объ именныхъ реальныхъ договорахъ обыкновенно говорятъ, что они возникаютъ въ тотъ моментъ, когда вещи переданы въ ссуду, на сохраненіе, отданы въ залогъ, или когда денежная сумма дана заемщику. Это совершенно правильно. Въ римскомъ правѣ признается прежде всего только одна обязанность, вытекающая изъ правоотношенія при реальныхъ договорахъ: это — обязанность вернуть назадъ тѣ-же самыя вещи (при mutuum такое-же количество такихъ-же вещей). Само собою ясно, что объ этой обязанности не можетъ быть даже и рѣчи прежде передачи подлежащихъ возврату вещей. Правда, въ римскомъ правѣ, въ видѣ общаго правила, для возникновенія договоровъ было признано достаточнымъ требованіе соглашенія (consensus) сторонъ, — но при реальныхъ договорахъ — по вопросу объ обязанности обрат-

наго возвращенія вещи — слѣдуетъ сдѣлать ограниченіе этого правила въ томъ смыслѣ, что договоръ не прежде долженъ считаться состоявшимся, чѣмъ воспослѣдуетъ реальный моментъ: обратно передавать можно только такую вещь, которая прежде была получена. Такимъ образомъ, въ объясненіи нуждается вовсе не то обстоятельство, что подобная обязанность возникаетъ лишь послѣ момента передачи, — но что только одну эту обязанность выводятъ изъ правоотношенія, а, между тѣмъ, оставляютъ совершенно безъ вниманія то соглашеніе воли сторонъ, которое является существеннымъ признакомъ понятія каждаго обязательственнаго договора, — и другія, изъ такого соглашенія вытекающія, различнаго рода обязанности, — кромѣ указаннаго возвращенія вещи.

Обязанности, о которыхъ въ этомъ смыслѣ можетъ быть рѣчь, заключаются именно частью въ передачѣ заимодавцемъ, коммодантомъ, депонентомъ и залогодателемъ извѣстной вещи, — частью-же, наоборотъ, въ принятіи этой вещи заемщикомъ, коммодатаріемъ, депозитаріемъ и залогопринимателемъ. Причины къ тому, чтобы оставить всѣ эти обязанности безъ юридическаго признанія и регулированія, — самаго различнаго рода. Такъ, относительно обязанности передачи вещи, слѣдуетъ сказать, что при ссудѣ, противъ этого возстаетъ дарственный характеръ сдѣлки въ римскомъ правѣ; при поклажѣ — противъ этого то обстоятельство, что поклажепринимать рѣдко имѣетъ какой-либо матеріальный интересъ въ принятіи вещи на сохраненіе, — но всегда только обременяется этимъ; при залоговомъ договорѣ — извѣстная гарантія для залогового вѣрителя, что должникъ передастъ составляющую предметъ залога вещь, — заключается уже въ томъ, что первый можетъ отказаться уплатить послѣднему условленную заемную сумму, пока онъ, съ своей стороны, не передастъ вѣрителю вещь, долженствующую служить обезпеченіемъ обратнаго полученія этой суммы. Что-же касается до обязанности принятія вещи, — то при поклажѣ было-бы весьма ошибочно возлагать на депозитарія, который, какъ я сейчасъ указалъ, имѣетъ отъ договора только тя-

---

1) Для собственника вещи кромѣ того можетъ всегда возникнуть носящая акцессорный характеръ обязанность удовлетворить принимателя за предпринятые имъ относительно вещи расходы.

гости, — обязанность принятія вещи на сохраненіе; при ссудѣ и закладномъ договорѣ это является излишнимъ, такъ какъ собственный интересъ залогового вѣрителя и ссудопринимателя уже является достаточнымъ стимуломъ, чтобы обусловить принятіе вещей, — тогда какъ, напротивъ, коммодантъ и залоговой должникъ никогда или, по крайней мѣрѣ, очень рѣдко имѣютъ какой-либо интересъ въ томъ, чтобы указанныя лица приняли служащую предметомъ ссуды или залога — вещь.

При mutuum тоже не выработалось обязанности для одной стороны давать взаймы, а для другой — брать взаймы. Это объясняется тѣмъ простымъ соображеніемъ, что не образовалось достаточной практической потребности въ подобной регламентаціи. Разберемъ теперь этотъ вопросъ поближе, — именно почему не наложили на лицо, давшее обѣщаніе дать взаемъ извѣстную сумму денегъ, — обязанность къ совершенію этого дѣйствія? При такомъ развитомъ торговомъ оборотѣ, какой мы встрѣчаемъ въ періодѣ имперіи, какъ на это имѣемъ свидѣтельства многихъ мѣстъ Юстиніановой компиляціи, — было чрезвычайно важно для развитія этого оборота — возможное облегченіе заключенія сдѣлки займа. Однако, несмотря на такую сильную потребность, — обязанностей, указанныхъ выше, не установили вслѣдствіе значительной трудности правовой регламентаціи этого отношенія, — а она, въ свою очередь, стоитъ въ связи съ вопросомъ о значеніи каузальнаго момента при этой сдѣлкѣ. Кто обѣщалъ дать взаймы въ извѣстный будущій моментъ, — исходитъ при этомъ, по общему правилу, изъ цѣлаго ряда предположеній, которыя коренятся частью въ его собственномъ, а частью въ экономическомъ положеніи заемщика, — причемъ эти экономическія положенія принимаются въ расчетъ въ томъ видѣ, какъ они сложатся въ тотъ будущій моментъ времени, когда должна состояться сдѣлка. Лицо, давшее обѣщаніе дать взаемъ, принимаетъ, при этомъ, въ соображеніе, — будетъ-ли оно само къ тому времени нуждаться въ деньгахъ, ухудшится-ли положеніе заемщика къ тому времени, — такъ что увеличится рискъ не получить обратно заемной суммы. Съ другой стороны, тотъ, кому дали обѣщаніе дать взаймы, принимаетъ въ соображеніе, напр., то обстоятельство, будетъ-ли онъ въ состояніи воспользоваться въ будущемъ занятою суммою, нельзя-ли будетъ

для него тогда заключить заемъ на болѣе выгодныхъ условіяхъ и т. под. Римское право остановилось передъ трудностью регламентаціи разсматриваемаго вопроса и не выставило по этому поводу никакихъ правилъ. Это было сдѣлать тѣмъ легче, что стороны всегда могли обезпечить себя отъ убытка, который произошелъ-бы отъ того, что принятіе или передача взаемъ денежной суммы противъ ожиданія не состоялось. Средство къ тому всегда было открытымъ. Нужно было только совершить на этотъ случай штрафную стипуляцію.

То-же явленіе объясняется не-договорнымъ характеромъ, съ которымъ выступаютъ contractus reales nominati въ первой стадіи своего развитія и слѣды котораго даютъ себя чувствовать также въ позднѣйшее время [1]). Противъ принимателя вещи направлялся первоначально искъ изъ деликта, который коренился или въ происшедшемъ при доставленіи вещи неправомѣрномъ обогащеніи на чужой счетъ, дающемъ само по себѣ, независимо отъ какого-либо особеннаго обѣщанія по этому поводу, право на condictio, — или-же онъ коренился, какъ это бываетъ при поклажѣ, на нарушеніи довѣрія. Возникшіе впослѣдствіи реальные договоры имѣютъ значеніе только болѣе подробнаго регулированія этой, уже прежде существовавшей, обязанности возвращенія вещи.

Черты такого историческаго происхожденія особенно рельефно выступаютъ впередъ при договорѣ mutuum, который, вообще, не ушелъ особенно далеко отъ первоначальной стадіи своего развитія. Такъ, напр., искъ, вытекающій изъ этого договора, постоянно называется condictio. Затѣмъ, обѣщанія при заключеніи договора имѣютъ подчиненное значеніе по отношенію къ реальному моменту, — такъ что не можетъ быть обѣщана обязанность, выходящая за предѣлы возвращенія занятой суммы, напр, обязанность платить проценты.

Несомнѣнно, что также консензуальные договоры первоначально имѣли характеръ чисто-реальныхъ контрактовъ [2]), —

---

1) См. по этому поводу у Jhering'a: Das Schuldmoment im Romischen Privatrecht 1867. Стр. 29 сл., Pernice: Labeo I Стр. 416 сл, Bekker: Aktionen I. Стр. 112 сл.

2) Pernice l. c. стр. 454 сл, Schulin: Geschichte des Rom. Rechts 1889. Стр 405

но они давно миновали эту стадію своего развитія и стали охватывать уже все экономическое отношеніе между сторонами, когда реальные договоры продолжали обнаруживать всю ту-же косность, регулируя только часть этого отношенія.

Что касается до contractus reales innominati, — то различіе между ними и консензуальными договорами покоится на совершенной противоположности правоотношенія при тѣхъ и при другихъ. Тогда какъ при консензуальныхъ договорахъ, какъ, напр., при emptio venditio, обѣ стороны стоятъ другъ противъ друга съ ихъ взаимными правами и обязанностями, которыя другъ друга обусловливаютъ и ограничиваютъ, — отношеніе при contractus reales innominati представляется совершенно другимъ: передача или исполненіе извѣстнаго дѣйствія одною стороною вызываетъ не правоотношеніе, но только возлагаетъ на противоположную сторону одностороннюю безусловную обязанность, — до этого момента, т. е., до исполненія одною изъ сторонъ своей обязанности, вовсе не существуетъ юридической регламентаціи отношенія.

Причина этого явленія кроется въ такихъ-же соображеніяхъ, какія были раньше приведены для объясненія аналогичнаго явленія при mutuum. Если кто-либо обѣщаетъ что-либо сдѣлать или что-либо предпринять съ тѣмъ, чтобы взамѣнъ этого ему въ видѣ эквивалента было что-либо дано или что-либо сдѣлано въ его пользу, — то основанное, такимъ образомъ, отношеніе взаимной зависимости между дѣйствіями и передачами — даетъ поводъ къ цѣлому ряду спорныхъ вопросовъ, рѣшеніе которыхъ представляетъ весьма большія трудности. Должны-ли передачи или дѣйствія быть обмѣнены или совершены одно за другимъ одновременно, — а если нѣтъ, то въ чью пользу передача или дѣйствіе должны послѣдовать сперва? Какъ должно поступить, если обнаружится полная или частичная невозможность для одной стороны исполнить свою обязанность? Что дѣлать въ томъ случаѣ, если переданная вещь оказалась съ недостатками? Должно-ли въ подобныхъ случаяхъ предоставить сторонѣ, интересы которой пострадали, право отступленія отъ договора, или она имѣетъ только право требовать вознагражденія за убытки? Эти и многіе другіе, подобные имъ, вопросы требуютъ отвѣта, — между тѣмъ, отношеніе при этихъ договорахъ принимаетъ слишкомъ пестрый и разнообразный харак-

теръ, чтобы можно было легко выставить какія-либо общія правила. Вотъ почему римское право только въ томъ случаѣ рѣшилось подвергнуть эти отношенія юридической регламентаціи, — если какая-либо изъ сторонъ перешла отъ слова къ дѣлу, т. е., если она предприняла рѣшительный имущественно — правовой шагъ исполненія своей обязанности.

ε. Въ совершенномъ согласіи съ вышеизложенными соображеніями, стоятъ нормы римскаго права о безформенномъ pactum. Такому pactum, въ видѣ общаго правила, отказываютъ въ защитѣ посредствомъ actio. Однако, лишенное формы conventio можетъ имѣть или то послѣдствіе, что оно „transit in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus (l. 7 § 1 D. 2, 14)", или, „si in alium contractum res non transeat", такое conventio можетъ пріобрѣсти защиту посредствомъ actio, если „subsit tamen causa..., ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem actionem (l. 7 § 2 eod.)". Въ этомъ послѣднемъ случаѣ дѣйствуетъ, такимъ образомъ, тотъ-же принципъ, который имѣетъ мѣсто при contractus reales innominati. Мы встрѣчаемъ здѣсь вновь тенденцію римскаго права — связать юридическія послѣдствія съ безформеннымъ соглашеніемъ, которое не допускаетъ возможности быть подведеннымъ подъ одну изъ признанныхъ правомъ категорій и получить такимъ путемъ себѣ ближайшее опредѣленіе. Предстояла къ разрѣшенію весьма нелегкая задача, — что дѣлать съ такимъ pactum? Если-бы безъ дальнѣйшихъ разговоровъ рѣшились поставить его внѣ зависимости отъ всѣхъ тѣхъ предположеній сторонъ, которыя вызвали эту сдѣлку, — то этимъ зашли-бы слишкомъ далеко. Въ извѣстной мѣрѣ это было возможно сдѣлать при стипуляціи, но тамъ была дана строго опредѣленная форма, которая открывала возможность подобной абстракціи [1]). Предпринять нѣчто подобное при безформенномъ pactum было, очевидно, невозможно. Съ другой стороны, выступала весьма большая трудность формулировать эти предположенія сторонъ и принимать ихъ во вниманіе при такомъ pactum, не допускавшемъ подвести себя ни подъ одну изъ названныхъ нами

1) Дальнѣйшее изложеніе покажетъ намъ, въ какой мѣрѣ подобная абстракція дѣйствительно имѣла мѣсто при стипуляціи.

раньше договорныхъ категорій, — трудность, передъ которой римское право отступило назадъ, чтобы, не смущаясь неполнотою развитія, на которомъ стояло ученіе о каузальномъ моментѣ при обязательственномъ договорѣ, именно, въ этомъ пунктѣ — (т. е., при безформенномъ pactum), — двинуть это ученіе впередъ на другихъ пунктахъ. По отношенію къ такому pactum оно только ограничилось въ видѣ общаго правила — приданіемъ ему возможности защиты посредствомъ иска, если онъ допускалъ, какъ было замѣчено выше, подвести себя подъ одну изъ признанныхъ категорій обязательственнаго договора, такъ что содержаніе самого pactum, а въ томъ числѣ и вопросъ о значеніи при немъ каузальнаго момента, — опредѣлялись содержаніемъ соотвѣтствующаго договора, или-же, если pactum не поддавался приравненію въ указанномъ смыслѣ, — то юридическія послѣдствія ставились иногда въ зависимость отъ исполненія одною изъ сторонъ своей обязанности, какъ это постоянно имѣло мѣсто при contractus reales innominati. Въ случаѣ-же, когда ни одна изъ двухъ приведенныхъ комбинацій не могла быть примѣнена, — pactum бывалъ лишенъ какой-бы то ни было исковой защиты.

Существовали нѣкоторыя исключенія изъ этого правила, — однако, эти исключенія наилучшимъ образомъ подтверждаютъ дѣйствіе общаго правила.

1) Pacta adiecta. Съ приведенной нами точки зрѣнія, представляются весьма понятными правила, которыя выставляетъ римское право относительно pacta adiecta, — именно, что они должны содержать въ себѣ только добавочныя опредѣленія къ главному договору и что они могутъ быть совершаемы только въ моментъ заключенія послѣдняго. Это потому, что pactum не могъ имѣть, по общему правилу, самостоятельнаго значенія, — но это не лишало его возможности выступать въ качествѣ акцессорнаго момента при главномъ договорѣ, содержаніе котораго ближе опредѣлялось посредствомъ pactum adiectum въ смыслѣ болѣе подробнаго разъясненія этого содержанія. Если-же pactum adiectum былъ составленъ такимъ образомъ, что онъ измѣнялъ содержаніе главнаго договора, или, если въ моментъ совершенія pactum adiectum, прошло такъ много времени послѣ заключенія главнаго договора, что тѣ предположенія и расчеты сторонъ, на основаніи которыхъ они вступили въ этотъ послѣдній, успѣли

уже подвергнуться существенному измѣненію, — то представлялось наиболѣе цѣлесообразнымъ допустить дѣйствіе общаго правила — „ne ex pacto actio nascatur", выраженному въ l. 7 § 5 D. 2, 14, а не утверждать, что они (pacta adiecta) „legem contractui dant".

2) Pactum constituti debiti. Совершенно то-же самое слѣдуетъ сказать относительно этого договора: этотъ безформенный pactum заключается также только при существованіи другого, инымъ образомъ возникшаго договорнаго обязательства; здѣсь также обязанность, вызванная этимъ pactum, находитъ себѣ опредѣленіе, объемъ и границы въ обязательственномъ правоотношеніи, уже существовавшемъ до совершенія constitutum debiti.

3) Pacta legitima. Императорское право признавало еще два безформенныхъ pacta: pactum de dote и pactum de donatione. Подобныя-же причины даютъ объясненіе тому, что оба эти pacta получили такое привиллегированное положеніе. Уже одно то обстоятельство, что одинъ изъ этихъ договоровъ имѣлъ въ виду приданое, — ставило его подъ категорію такихъ, строго опредѣленныхъ, отношеній, — для регулированія которыхъ существовалъ цѣлый комплексъ юридическихъ правилъ. Что-же касается до pactum de donatione, — то здѣсь старая точка зрѣнія[1]) на дареніе привела къ тому-же: устранила главное препятствіе къ защитѣ pactum посредствомъ иска, оторвавъ сдѣлку отъ осуществленія какихъ-бы то ни было предположеній сторонъ, которыя, т. е., предположенія, въ другихъ случаяхъ оказываютъ опредѣляющее вліяніе на дѣйствительность юридическаго акта.

Въ l. 7 § 4 D. 2, 14, которое слѣдуетъ разсматривать въ качествѣ главнаго мѣста, — значится слѣдующее: „nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem", а въ l. 7 § 5 i. f. eod. говорится: „solent et ea pacta, quae postea interponuntur (а слѣдовательно, не могутъ по этой причинѣ получить значеніе „pacta adiecta"), parere exceptiones", а въ l. 7 § 6 eod. сказано слѣдующее: „adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione".

---

1) См ниже

Въ l 7 § 4 D 2, 14, такимъ образомъ, прямо сказано, что nuda pactio не можетъ породить actio и вызываетъ только excepti o. Но вопросъ здѣсь, прежде всего, заключается въ слѣдующемъ: что разумѣетъ юристъ подъ выраженіемъ „nuda pactio"? Прилагательное „nudus" обозначаетъ, само по себѣ, исключительно отрицательное качество при какомъ-либо предметѣ или правоотношеніи[1]): оно означаетъ, что чего-либо недостаетъ. Вопросъ о томъ, какой недостатокъ предполагается здѣсь въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, — можетъ быть разрѣшенъ только сообразно съ тѣми другими словами, въ связи съ которыми употребляется интересующее насъ слово. Отвѣтъ на это даетъ начало §, гдѣ то, что впослѣдствіи выражено въ немъ посредствомъ „nuda pactio", — обозначено словами „cum nulla subest causa".

Также и это выраженіе является, само по себѣ, мало понятнымъ[2]), но его значеніе дѣлается яснымъ, если сопоставить этотъ § съ другими §§ того-же фрагмента. Прежде всего, въ § 1 дается общее правило, что, если pactum подходитъ подъ одну изъ признанныхъ въ законѣ договорныхъ категорій, — то онъ въ состояніи вызвать искъ — „parere actionem". Въ § 2 къ этому прибавляется, что, если даже онъ и не подходитъ ни подъ одну изъ этихъ категорій, но „subsit tamen causa", — то онъ, всетаки, сопровождается исковою защитою. Подъ словомъ „causa", какъ это вытекаетъ изъ непосредственно за этимъ слѣдующихъ примѣровъ, — понимается реальный моментъ при contractus reales innominati. Потомъ, послѣ короткаго вводнаго замѣчанія въ § 3 по поводу „iniusta causa", — въ § 4, въ прямой связи съ предыдущимъ § 2, — стоятъ слова „sed cum nulla subest causa". Значитъ, слово „causa" употреблено въ § 4 совершенно въ томъ-же смыслѣ, какъ и въ § 2 („subsit tamen causa", „cum nulla subest causa"). Сводя все вышесказанное къ общему итогу, получаемъ слѣдующій переводъ этого фрагмента — (l. 7 § 4 D. 2, 14): „безформенный договоръ (pactio) безъ предыдущаго реальнаго момента (nuda)[3]) не сопро-

---

1) Lotmar: Causa Стр. 157

2) Lotmar l. c. стр 163--164

3) Въ совершенно одинаковомъ значеніи употребляется nudum pactum" въ l 8 D. 19, 5 и въ c 10 C. 2, 3

важдается исковою защитою, — но вызываетъ только эксцепцію".

Что-же такое это обозначаетъ, что договоръ, который не въ состояніи дать вѣрителю осуществляемое исковымъ путемъ право требованія, — порождаетъ „exceptio"? Отвѣтъ на этотъ вопросъ заключается въ томъ, что мѣсто имѣетъ не договоръ съ правозарождающимъ дѣйствіемъ, („rechtsstiftende juristische Thatsache") но договоръ съ правопрекращающимъ дѣйствіемъ („rechtsaufhebende juristische Thatsache"), который носилъ въ римскомъ правѣ названіе pactum de non petendo. Ппнятно, что, если вѣритель, по заключеніи съ должникомъ подобнаго договора, вздумаетъ начать искъ, — то этотъ искъ парализуется посредствомъ эксцепціи должника Давая exceptio, никакого иска такой договоръ, по самой природѣ своей, не даетъ. Эксцепціею начинаются и оканчиваются вызываемыя имъ юридическія послѣдствія.

Изъ нашего перевода разбираемаго фрагмента дѣлается само собою яснымъ, что, такъ какъ центръ тяжести кладется на то, чтобы не имѣлъ мѣста предшествующій реальный моментъ, — то нельзя не согласиться съ мнѣніемъ Бэра[1]) — относительно приданія въ римскомъ правѣ безформенному pactum de non petendo абстрактнаго характера, — а приводимыя Кинделемъ[2]) — противъ этого — возраженія должны быть разсматриваемы лишенными всякаго основанія

Изъ тѣхъ мѣстъ источниковъ, которыя Bähr приводитъ въ защиту своего взгляда, наиболѣе замѣчательнымъ является l. 19 § 1 D. 46, 4 (Ulpianus): „Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia non soluta sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit".

Этотъ фрагментъ говоритъ объ apochae: документы, которые, по самому своему содержанію, должны были служить доказательствомъ наступившаго платежа. Но такъ какъ опытъ показалъ, что подобныя средства доказательствъ часто не были достовѣрными, т. е, что нерѣдко имѣла мѣсто выдача такихъ росписокъ, прежде чѣмъ дѣйствительно были заплачены деньги, — именно, въ ожиданіи

1) Anerkennung. Стр 122 сл.
2) Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. Стр 181 сл.

того, что платежъ денегъ послѣдуетъ вслѣдъ за выдачею такой росписки, — то въ цитированномъ мѣстѣ и содержится правило, что такія apochae, вообще, не могутъ быть предметомъ вѣры — безъ дальнѣйшихъ разговоровъ, — но что надо требовать еще другихъ доказательствъ дѣйствительной уплаты денежной суммы. Такая необезпеченность значенія apocha для ея владѣльца представляла-бы, между тѣмъ, весьма большую опасность кредиту, — если-бы подобная неопредѣленность продолжалась значительное время. Вотъ почему позднѣйшій императорскій законъ ограничилъ срокъ, въ теченіе котораго могла быть осуществлена „exceptio non numeratae pecuniae“ — промежуткомъ времени въ 30 дней, l. 14 § 2 C. 4, 20. Для насъ особенно важно въ разбираемомъ мѣстѣ (l. 19 § 1 D, 45, 4) то обстоятельство, что имѣющее силу относительно apocha правило не примѣняется къ договору съ правопрекращающимъ дѣйствіемъ. Отсюда-то и выводится Бэромъ абстрактный характеръ этого послѣдняго договора, — что является, вмѣстѣ съ тѣмъ, вполнѣ согласнымъ и съ нашимъ предшествующимъ толкованіемъ l. 7 § 14 D. 2, 14.

Этотъ абстрактный характеръ pactum съ правопрекращающимъ дѣйствіемъ нуждается, между тѣмъ, въ нѣкоторомъ объясненіи. Почему здѣсь дѣйствуетъ другое правило, чѣмъ при договорахъ того-же рода — съ правозарождающимъ характеромъ? Причиною указанной разницы служили въ римскомъ правѣ слѣдующія соображенія. При безформенномъ pactum съ правозарождающимъ характеромъ обычная зависимость этого pactum'а отъ исполненія цѣлаго ряда самыхъ разнообразныхъ предположеній сторонъ — являлась, какъ я уже выше говорилъ, препятствіемъ къ тому, чтобы выставить относительно него какія-либо спеціальныя правила, — а подвести его подъ одну изъ существующихъ договорныхъ категорій съ фиксированными правомъ въ объективномъ смыслѣ предположеніями сторонъ — могло быть иногда положительно невозможнымъ. Въ этихъ случаяхъ римское право прибѣгало къ указанному мною крайнему средству. Оно подводило подобный pactum подъ категорію безыменныхъ реальныхъ договоровъ. Это было возможно сдѣлать только при наличности реальнаго момента, т. е., не прежде исполненія одною изъ сторонъ своей обязанности по договору. Если-же и этого сдѣлать было нельзя, — то ничего не оставалось кромѣ объявленія pactum съ правозарождающимъ ха-

рактеромъ — лишеннымъ исковой охраны. Всѣ эти соображенія не могутъ быть примѣнены къ pactum de non petendo. Въ самомъ дѣлѣ, договоръ, — имѣющій своимъ предметомъ какую-либо praestatio отъ одного изъ контрагентовъ взамѣнъ эквивалентной praestatio отъ другого контрагента, — не предназначенъ получить непосредственное дѣйствіе, и такъ какъ обѣщанія взаимныхъ praestationes расчитаны на будущее время, — то, обыкновенно, съ ними соединяется цѣлый рядъ предположеній сторонъ относительно будущихъ моментовъ. Иначе обстоитъ дѣло съ договоромъ, имѣющимъ цѣлью прекратить существующее договорное отношеніе. Подобный договоръ прямо опредѣляетъ, чтобы его послѣдствія наступили тотчасъ, и, прежде, чѣмъ вѣритель отважится предпринять этотъ рѣшительный шагъ, онъ, какъ это есть полное основаніе предположить, — озаботится, чтобы всѣ его ожиданія, какого-бы рода они ни были, — являлись къ этому моменту уже осуществленными. Другими словами, такой договоръ съ правопрекращающимъ дѣйствіемъ почти никогда не связывается съ будущими моментами въ качествѣ рѣшающихъ предположеній контрагентовъ. Вотъ въ этомъ-то обстоятельствѣ и лежитъ причина абстрактнаго дѣйствія подобнаго pactum. Конечно, нельзя отрицать въ этомъ случаѣ возможности для вѣрителя впасть въ ошибку, — но такая ошибка такъ рѣдко должна имѣть мѣсто на дѣлѣ, что и выставляется презумпція свободнаго отъ осуществленія предположеній сторонъ характера договора съ правопрекращающимъ дѣйствіемъ. Въ тѣхъ-же случаяхъ, когда вѣритель докажетъ свою ошибку относительно тѣхъ моментовъ, которые дѣйствительно носили для него характеръ рѣшающихъ предположеній, — указанная презумпція обезсиливается этимъ обратнымъ доказательствомъ, l. 51 pr. D. 2, 14.

b. Что касается до группированія договорныхъ основаній по ихъ цѣли, то уже предыдущее изложеніе показало, что различіе въ структурѣ этихъ „causae“ стоитъ въ извѣстной связи съ ихъ цѣлями. Но, само собой понятно, этимъ путемъ мы вовсе не хотимъ сказать, что фактическія особенности договорныхъ основаній и тѣ цѣли, которыя они преслѣдуютъ, — должны покрывать другъ друга, такъ чтобы можно было дать одинаковый отвѣтъ на вопросъ о тѣхъ и другихъ

Договорныя обязательства могутъ, смотря по ихъ особенностямъ, — преслѣдовать самыя различныя цѣли На различіи цѣлей покоится указанное мною подраздѣленіе консензуальныхъ договоровъ, различіе между contractus reales nominati и innominati, подраздѣленіе первыхъ на mutuum, commodatum и т д., а вторыхъ на permutatio, contractus aestimatorius и т д. Наоборотъ, различныя „causae", съ точки зрѣнія указанныхъ подъ литерою а) признаковъ, могутъ примѣняться для обезпеченія цѣлей одного и того-же рода. Такъ, напр., въ цѣляхъ прекращенія обязательства могутъ быть заключаемы то stipulatio, то реальный или консензуальный договоръ.

Кромѣ того, одинъ и тотъ-же юридическій фактъ можетъ одновременно преслѣдовать реализацію двоякой цѣли, — напр., одна и та-же юридическая сдѣлка можетъ быть предпринята въ цѣляхъ установленія приданаго въ пользу одного лица и въ цѣляхъ даренія въ пользу другого лица. Съ другой стороны, одна и та-же цѣль можетъ быть одновременно обезпечена двумя правовыми основаніями, — одинаковаго-ли рода, какъ напр., два солидарныя обѣщанія, данныя въ стипуляціонной формѣ, — различнаго-ли рода, какъ напр., стипуляція и constitutum debiti proprii

По вопросу о подраздѣленіи различныхъ causae — съ точки зрѣнія „цѣли" — на отдѣльныя группы — въ прежнее время были склонны ограничиться троякимъ раздѣленіемъ: на credendi, solvendi и donandi causa. Въ настоящее-же время это признано неосновательнымъ — и вполнѣ правильно [1]). Такъ напр., при „credendi causa" (каждая „praestatio" съ цѣлью получить за это извѣстный эквивалентъ въ будущемъ) даются слишкомъ широкія рамки, такъ какъ подъ эту категорію должны подходить всѣ тѣ имущественныя цѣли, которыя не обнимаются понятіями solutio и donatio. Охватывая подъ одной рубрикой весьма различныя по своему существу явленія гражданскаго оборота, — эта классификація лишена серьезнаго практическаго значенія.

Скорѣе слѣдовало-бы указать на болѣе глубокія различія, напр., на различіе тѣхъ цѣлей, которыя преслѣдуютъ отдѣльные виды консензуальныхъ и реальныхъ договоровъ.

---

1) Windscheid. Voraussetzung Стр. 89

Schlossmann[1]) предлагаетъ ограничиться дѣленіемъ на два класса, — такъ чтобы „causa credendi“ и „causa solvendi“ подошли подъ болѣе общее названіе — „causa acquirendi“, такъ какъ, при каждой уплатѣ, для лица обязаннаго слѣдуетъ освобожденіе отъ тягости, а слѣдовательно, извѣстная имущественная выгода или пріобрѣтеніе. Этой „causa acquirendi“ Schlossmann противопоставляетъ „causa donandi“, при которой нѣтъ никакого имущественнаго эквивалента за совершенную „praestatio“. Однако, нельзя сказать, чтобы можно было съ большимъ удобствомъ пользоваться предлагаемою имъ классификацею, — такъ какъ экономическая цѣль при первой группѣ (causa credendi), въ свою очередь, распадается на цѣлый рядъ слишкомъ разнообразныхъ разграниченій, чтобы ихъ можно было объединить въ одномъ общемъ названіи. Однако, это противоположеніе („causa acquirendi“ — „causa donandi“) играетъ, все-таки, весьма значительную роль въ изслѣдуемомъ нами вопросѣ, — какъ мы объ этомъ будемъ имѣть случай поговорить подробно въ своемъ мѣстѣ.

Прежде, чѣмъ сдѣлать предметомъ подробнаго разсмотрѣнія цѣли, преслѣдуемыя договорными обязательствами, — необходимо добиться яснаго представленія о томъ, что, собственно, понимается подъ „правовою цѣлью“ и каково отношеніе этой правовой цѣли къ цѣлямъ, фактически преслѣдуемымъ заключающими договоръ сторонами. Этотъ вопросъ мы и сдѣлаемъ предметомъ нашего дальнѣйшаго изслѣдованія.

Глава II.

Предположенія сторонъ при договорномъ обязательствѣ.

§ 5. Мы приступаемъ теперь къ разсмотрѣнію вопроса о той цѣли, которую преслѣдуетъ обязательственный договоръ, и о тѣхъ различныхъ цѣляхъ, которыя имѣются въ виду, при его заключеніи, самими контрагентами. Выберемъ для этого сдѣлку, которая наиболѣе часто встрѣчается въ практической жизни, именно куплю-продажу. Представимъ себѣ

1) Въ своей инаугуральной диссертаціи: Zur Lehre von der Causa obligatorischen Vertrage. 1868 Стр 37

на время такое состояніе права, гдѣ-бы вовсе не существовало того, что мы называемъ отношеніемъ „emptio venditio“, но гдѣ-бы дѣйствовало только общее правило, что „всякое обѣщаніе имѣетъ обязательную силу“ [1]). Допустимъ, затѣмъ, такое положеніе дѣла, которое было-бы способно вызвать отношеніе, аналогичное „куплѣ-продажѣ“. Пусть, напр., Ивановъ, по соображеніямъ своего здоровья, хочетъ, взамѣнъ принадлежащаго ему дома въ городѣ, пріобрѣсти сельскій земельный участокъ, а Петровъ, наоборотъ, желаетъ, взамѣнъ своего имѣнія, пріобрѣсти домъ въ городѣ, — по соображеніямъ-ли дѣлового характера, или по другимъ какимъ. Въ виду-ли того, что Петрову въ настоящее время года неудобно ликвидировать свое хозяйство, или по какимъ другимъ причинамъ, — но только они оба условливаются относительно будущаго момента, когда должны будутъ перенести другъ на друга право собственности на домъ и на имѣніе — съ соотвѣтственною цѣнности того и другого — приплатою денегъ. Другой примѣръ: А. желаетъ въ началѣ будущей весны застроить принадлежащее ему пустое мѣсто земли и для этого нуждается въ парѣ лошадей, — тогда какъ В. какъ разъ имѣетъ такую пару лошадей и хочетъ получить за нихъ опредѣленную денежную сумму. Еще примѣръ: С. намѣренъ отдать свою дочь замужъ и озабоченъ снабдить ее приличнымъ приданымъ; однако, у него слишкомъ мало денегъ, чтобы пріобрѣсти новую обстановку, и онъ можетъ расчитывать только на подержанную; между тѣмъ D. задумалъ съ будущаго года снять болѣе тѣсную квартиру, — такъ что ищетъ возможности сбыть съ рукъ ко дню переѣзда значительную часть принадлежащей ему мебели.

Изъ приведенныхъ примѣровъ видно, сколь разнообразны

---

1) Этимъ я вовсе не хочу сказать, чтобы подобный порядокъ дѣйствительно когда либо встрѣчался въ жизни, но, напротивъ, историческій опытъ намъ вообще показываетъ, что принципъ обязательной силы обѣщанія возникаетъ только относительно нѣкоторыхъ конкретныхъ отношеній, гдѣ къ этому особенно сильно побуждаютъ практическія потребности, и что выраженіе этого принципа въ общей абстрактной формѣ имѣетъ мѣсто, если оно вообще встрѣчается въ исторіи права какого-либо народа, на сравнительно поздней ступени развитія. Мы предпринимаемъ поэтому только л о г и ч е с к у ю операцію, но да будетъ позволено намъ это сдѣлать въ интересахъ лучшаго выясненія сущности занимающаго насъ предмета!

могутъ быть стимулы, побуждающіе стороны къ заключенію по существу совершенно однородныхъ актовъ. Эти стимулы, которые впослѣдствіи мы весьма часто будемъ называть „предположеніями“ сторонъ, — могутъ быть представлены варіирующими до безконечности. Теперь умѣстно будетъ ввести въ изложеніе оставленное нами на время въ сторонѣ понятіе „emptio venditio“. Дѣло въ томъ, что, несмотря на разнообразіе приведенныхъ примѣровъ, во всѣхъ нихъ есть одна общая черта: они преслѣдуютъ опредѣленную правовую цѣль, а именно „куплю-продажу“. Какимъ-же образомъ могло случиться, что отношенія съ такимъ измѣнчивымъ характеромъ являются подведенными подъ одно юридическое названіе? Вопросъ разрѣшается очень просто. Несмотря на все кажущееся разнообразіе этихъ случаевъ, во всѣхъ этихъ отношеніяхъ есть одно общее зерно, — нѣчто, постоянно проходящее черезъ всѣ тѣ различныя формы, въ которыхъ они выступаютъ, и сохраняющее между ними единство. Въ чемъ заключается это единство — сдѣлается яснымъ изъ разсмотрѣнія приведенныхъ примѣровъ. Какъ-бы различны они ни были, — одинъ моментъ неизмѣнно повторяется во всѣхъ нихъ: стремленіе пріобрѣсти какую-либо вещь въ собственность — взамѣнъ эквивалента въ видѣ извѣстной денежной суммы. Такимъ образомъ, „правовая цѣль“ въ разбираемыхъ случаяхъ можетъ быть опредѣлена, какъ постоянно повторяющійся моментъ въ цѣляхъ сторонъ, фиксированный въ юридическую форму— emptio-venditio.

Между тѣмъ, эта „правовая цѣль“ не только остается частью тѣхъ цѣлей, которыя фактически преслѣдуются сторонами, но даже нельзя назвать отношеніе между „правовою цѣлью“ и „фактической цѣлью“ — отношеніемъ противоположенія. Правда, эти два понятія не вполнѣ совпадаютъ другъ съ другомъ, но зато они, отчасти, покрываютъ другъ друга. Регулированіе взаимнаго отношенія сторонъ можетъ весьма легко возбуждать сомнѣнія, но одно обстоятельство является безспорнымъ: правовая цѣль юридической сдѣлки. Въ этомъ-то смыслѣ и сказано въ источникахъ: „ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt (l. 1 § 3 D. 2, 14).“

Здѣсь представляется какъ разъ кстати разсмотрѣть вопросъ, который въ послѣднее время обратилъ на себя серь-

езное вниманіе въ литературѣ. Зависитъ-ли наступленіе юридическихъ послѣдствій акта отъ того, была-ли воля сторонъ направлена именно на эти послѣдствія, или является достаточнымъ, что стороны именно хотятъ тотъ юридическій актъ, съ которымъ право въ объективномъ смыслѣ связываетъ эти послѣдствія[1])? Какъ поступать въ томъ случаѣ, когда можно положительнымъ образомъ доказать, что стороны прямо не хотѣли этихъ послѣдствій или ожидали наступленія совершенно другихъ послѣдствій. Мы не хотимъ входить въ болѣе глубокое разсмотрѣніе этого вопроса, — но укажемъ только вкратцѣ на различныя точки зрѣнія по этому поводу, — что является необходимымъ для настоящаго изслѣдованія.

Принципіально мы присоединяемся къ точкѣ зрѣнія Колера. Эта точка зрѣнія вполнѣ согласуется съ историческими данными, какъ намъ это ясно доказалъ Ленель. Кромѣ того, въ современномъ гражданскомъ оборотѣ повелобы къ практически невозможнымъ результатамъ, если-бы наступленіе каждаго юридическаго послѣдствія было обусловлено наличностью особой, на это направленной, воли стороны.

Между тѣмъ, не слѣдуетъ злоупотреблять этой точкой зрѣнія. Правда, это вполнѣ правильно, что юридическія послѣдствія наступаютъ совершенно независимо отъ того, направлена-ли воля стороны на наступленіе именно этихъ юридическихъ послѣдствій; скажемъ болѣе, — они имѣютъ мѣсто даже въ томъ случаѣ, если одна изъ сторонъ прямо желаетъ, чтобы они не наступали. Однако, никоимъ образомъ нельзя согласиться съ утвержденіемъ Колера[2]), что то-же

---

1) Въ первомъ смыслѣ высказываются: Karlowa: Das Rechtsgeschaft und seine Wirkung. 1877, именно стр. 6 и стр. 161 сл, Windscheid: Wille und Willenserklarung, Zitelmann: Die juristische Willenserklarung въ Jahrb f Dogm Томъ 16. Стр. 357 сл. и въ своемъ трудѣ: Irrthum und Rechtsgeschaft Стр 237 Противоположную точку зрѣнія защищаютъ: Kohler въ своемъ сочиненіи „Studien uber Mentalreservation und Simulation", помѣщенномъ въ Jahrb. f. Dogm (томъ 16, стр. 91 сл, особенно стр 106 сл), и въ трудѣ подъ заглавіемъ „Das Autorrecht" (Jahrb. f Dogm., томъ 18, стр 128 сл., особенно стр. 149 сл.). На той же точкѣ зрѣнія стоитъ Lenel: Parteiabsicht und Rechtserfolg (Jahrb. f Dogm, томъ 19, стр. 154 сл), а также Lotmar l. c. стр. 15—16

2) Jahrb. f. Dogm Томъ 16 Стр 330.

самое слѣдуетъ признать также въ томъ случаѣ, когда обѣ стороны ясно выразили, что онѣ такое-то юридическое послѣдствіе заключаемой сдѣлки хотятъ видѣть въ данномъ случаѣ исключеннымъ. Въ пользу такого взгляда нельзя привести никакого разумнаго основанія, развѣ только по исключенію существуетъ на то въ конкретномъ случаѣ какая-либо особая причина, какъ напр., наличность общественнаго интереса или интереса третьяго лица. Нельзя стѣснять свободу сторонъ, обязывая ихъ подчинить свои отношенія опредѣленной, заранѣе установленной регламентаціи, хотя-бы онѣ были вполнѣ согласны другъ съ другомъ относительно измѣненія въ подобномъ порядкѣ. Другими словами, стороны всегда вправѣ, съ общаго согласія, измѣнить отдѣльное изъ обычныхъ юридическихъ послѣдствій Мы говоримъ — „отдѣльное“. Это имѣетъ въ виду римское право и такія законодательства, которыя, подобно римскому праву, признаютъ только обязательственные договоры, относящіеся къ извѣстнымъ, опредѣленнымъ категоріямъ, — такъ что измѣненія въ юридическихъ послѣдствіяхъ могутъ быть производимы только въ границахъ, опредѣляемыхъ тою или другою категоріею. Что-же касается до всѣхъ другихъ законодательствъ, то тамъ, по согласію сторонъ, можетъ быть отмѣняемо или измѣняемо не только отдѣльное изъ опредѣляемыхъ правомъ въ объективномъ смыслѣ юридическихъ послѣдствій какого-либо договора, но также и нѣсколько такихъ послѣдствій, или всѣ они въ совокупности.

Отмѣтимъ далѣе, что рѣзкое противоположеніе между юридическими и экономическими послѣдствіями сдѣлки въ дѣйствительности покоится на абстракціи [1]). Подобно тому какъ экономическая цѣнность обязательства вполнѣ зависитъ отъ той охраны, которую даетъ этому обязательству право въ объективномъ смыслѣ, — въ сознаніи договаривающихся сторонъ переплетаются другъ съ другомъ экономическая и правовая сторона отношенія. Другими словами, экономическое отношеніе всегда должно пользоваться извѣстною правовою защитою, а ближайшее опредѣленіе объема и характера этой защиты предоставляется нормамъ, составляющимъ право въ объективномъ смыслѣ. Вотъ почему при

1) Въ такомъ же смыслѣ Karlowa l. c. стр. 165.

юридическихъ сдѣлкахъ, которыя встрѣчаются въ гражданскомъ оборотѣ такъ часто, что снабжены особымъ наименованіемъ, — если стороны обозначатъ взаимное отношеніе этимъ готовымъ именемъ, а въ то-же время ничего не постановятъ по вопросу объ отмѣнѣ связанныхъ правомъ съ этимъ названіемъ юридическихъ послѣдствій, — то для суда является обязанностью обращать вниманіе именно на это названіе договора и, согласно съ этимъ, регулировать взаимныя отношенія сторонъ [1]). Посмотримъ, напр., что будетъ, если стороны назовутъ заключаемый договоръ именемъ — „купли-продажи“? Само собою понятно, что было-бы совершенною фикціею предположить наличность опредѣленной воли сторонъ относительно каждаго отдѣльнаго юридическаго послѣдствія, связываемаго правомъ въ объективномъ смыслѣ съ договоромъ купли-продажи Но съ другой стороны точно также совершенно ясно, что стороны не только хотятъ вызвать къ жизни фактическое экономическое отношеніе, состоящее въ обмѣнѣ вещи на деньги, но именно желаютъ возникновенія правоотношенія купли-продажи. Какія послѣдствія повлечетъ за собой въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ это послѣднее обстоятельство — можетъ представляться для сторонъ совершенно неяснымъ, — но, тѣмъ не менѣе, — какъ это, впрочемъ, понятно само собой, именно на наступленіе этихъ юридическихъ послѣдствій направлена воля сторонъ, и они неизбѣжно наступаютъ [2]).

То обстоятельство, что экономическое отношеніе между сторонами заключено въ юридическія рамки, — имѣетъ особое значеніе и для вопроса, который насъ непосредственно интересуетъ, — именно, для вопроса о предположеніяхъ сторонъ объ эквивалентѣ, которыми онѣ побуждаются заключить договоръ. Какъ-бы различны, по своей фактической природѣ, эти предположенія ни были, — одно обстоятельство выступаетъ всегда на первый планъ: юридическое значеніе этихъ предположеній обсуждается не съ точки зрѣнія одной изъ сторонъ, — а по тому соглашенію обѣихъ сторонъ, которое имѣло мѣсто относительно такихъ предположеній.

---

1) См. у Kohler'a въ Jahrb. f. Dogm, томъ 18, стр. 155.

2) См Zitelmann. Irrthum und Rechtsgeschaft Стр. 468 сл. стр. 495.

Въ связи съ вышесказаннымъ отмѣтимъ одну особенность, встрѣчаемую въ нашихъ источникахъ. Между тѣмъ какъ при contractus reales innominati на каждомъ шагу встрѣчаемъ слово „causa“ для обозначенія предположенія эквивалента, имѣющаго рѣшающее значеніе для стороны, и съ выраженіемъ „causa non secuta“, обозначающимъ, что это предположеніе не осуществилось, — при консензуальныхъ договорахъ, наоборотъ, насколько автору извѣстно, примѣненіе этихъ выраженій не имѣетъ мѣста. Слово „causa“ при консензуальныхъ договорахъ нигдѣ не употребляется для обозначенія предположенія эквивалента у одной изъ сторонъ, — но единственное значеніе, въ которомъ выступаетъ слово „causa“, — это значеніе, охватывающее все оенованное договоромъ правоотношеніе, напр., „causa emptionis“, l. 1 § 6 D. 13, 5 [1]).

Объясненіе указанной особенности заключается въ приведенномъ въ предыдущемъ изложеніи различіи фактическихъ, преслѣдуемыхъ сторонами, цѣлей и той цѣли, которую мы назвали „правовою цѣлью“ и которая опредѣляется характеромъ юридической сдѣлки. Мы уже говорили, что предположенія сторонъ, касающіяся юридическихъ послѣдствій договора, опредѣляются, по общему правилу, правомъ въ объективномъ смыслѣ. Отсюда само собой понятно, что, напр., такія обстоятельства, какъ evictio проданной вещи, недостатки „praestatio“ при куплѣ-продажѣ и тому подобное, — всѣ эти обстоятельства не имѣютъ значенія неисполненія самостоятельныхъ „causae“, но должны быть разсматриваемы, какъ моменты, дѣйствіе которыхъ опредѣляется единою „правовою цѣлью“ договора, единственною „causa“ этого дого-

---

1) Въ l. 11 § 6 D. 19, 1 (ср. родственный случай при locatio conductio въ l 2 D 12, 7) говорится о кольцѣ, которое было дано въ качествѣ „arrha“. Когда вся покупная сумма была заплачена, то примѣнялись слѣд слова источниковъ: „quasi ob causam datus sit et causa finita sit“ и „iam sine causa apud venditorem sit“. Но эти выраженія вовсе не означаютъ, что рѣшающее предположеніе объ эквивалентѣ при этомъ договорѣ не исполнилось, а имѣютъ совершенно другой смыслъ. — Точно также слова „res secuta“ и „res non secuta“ въ l 3, l. 5 § 1 D 18, 5 употреблены совершенно въ иномъ смыслѣ, чѣмъ тотъ смыслъ, въ которомъ употребляется выраженіе „causa non secuta“. Эти мѣста говорятъ объ уничтоженіи договора купли-продажи contrario consensu.

вора, — именно, „куплею-продажею“ Напротивъ, совершенно иначе обстоитъ дѣло съ contractus reales innominati и съ случаями кондикцій, связанными съ этими послѣдними. Стороны не подчинили здѣсь въ самомъ договорѣ свои отношенія опредѣленной юридической категоріи Вотъ почему предположенія эквивалента, при безыменныхъ реальныхъ договорахъ, получаютъ самостоятельное значеніе, что не имѣетъ мѣста въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, какъ при куплѣ-продажѣ, эти предположенія образуютъ только отдѣльный членъ въ болѣе обширномъ понятіи „правовой цѣли“. Однимъ словомъ, при contractus reales innominati ничто не препятствуетъ придать предположеніямъ эквивалента самостоятельное наименованіе „causa“, какъ это мы видимъ при emptio venditio.

При этомъ необходимо сдѣлать ту оговорку, что слово „causa“ въ значеніи опредѣленія правомъ въ объективномъ смыслѣ предположеній эквивалента у того лица, которое принимаетъ на себя по договору извѣстную обязанность, — не является строго основаннымъ на свидѣтельствѣ нашихъ источниковъ. Мы уже показали въ своемъ мѣстѣ, какія различныя значенія придаются въ этихъ источникахъ выраженіямъ, въ которыхъ встрѣчается терминъ „causa“. Вотъ почему, не желая производить путаницы въ установившейся терминологіи, мы и выбрали терминъ — „правовая цѣль“, а не слово „causa“, для обозначенія предположеній эквивалента въ той формѣ, какъ они фиксируются правомъ въ объективномъ смыслѣ при той или другой юридической сдѣлкѣ. Подъ именемъ „causa“ мы будемъ разумѣть, напротивъ, предположенія объ эквивалентѣ или его сознательное отрицаніе у той или другой стороны безъ всякаго отношенія къ нормамъ объективнаго права [1]) Подобная терминологія является тѣмъ болѣе цѣлесообразною, что въ литературѣ нашего предмета

---

1) Въ этомъ смыслѣ слово „causa“ употребляется постоянно при стипуляціи (l. 1, l 3 D 12, 7) — Въ l. 10 C. 4, 6 мы имѣемъ особенно яркій примѣръ подобнаго словоупотребленія Здѣсь относительно „causa, pro qua data est“ говорится, что она „non secuta est“, и тѣмъ не менѣе кондикція является исключенною Отсюда ясно, что терминъ causa употребленъ здѣсь въ смыслѣ предположенія объ эквивалентѣ безъ какого бы то ни было отношенія къ предписаніямъ права въ обективномъ смыслѣ.

это — единственно упроченное[2]) значеніе слова „causa“ въ тѣхъ случаяхъ, когда писатели опредѣляютъ понятіе, выражаемое этимъ словомъ, а не ограничиваются простымъ переводомъ его посредствомъ „основаніе обязательства“, „основаніе долга“, „правовое основаніе“ и тому под.[3]).

Кромѣ этого, только что указаннаго значенія, слово „causa“ употребляется иногда въ болѣе широкомъ смыслѣ (см. §§ 1 и 2), охватывая всякое предположеніе стороны, которому, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ придается рѣшающее значеніе, хотя-бы это предположеніе и не относилось къ эквиваленту, какъ, напр., предположеніе при donatio mortis causa. Такія предположенія являются при юридической сдѣлкѣ чистослучайнымъ элементомъ, служа выраженіемъ тѣхъ побочныхъ цѣлей, которыя преслѣдуются сторонами при договорныхъ обязательствахъ, — тогда какъ, напротивъ, относительно предположеній эквивалента слѣдуетъ сказать, что они составляютъ интегральную часть юридическихъ актовъ, представляя собой главную цѣль въ глазахъ сторонъ, заключающихъ эти акты. Повторяемъ, что въ дальнѣйшемъ изложеніи мы будемъ подъ словомъ „causa“ постоянно имѣть въ виду предположеніе стороны, касающееся эквивалента, — если только не сдѣлаемъ прямо особой оговорки, напр., „каждое рѣшающее предположеніе“, — изъ которой стало-бы яснымъ, что мы въ данномъ конкретномъ случаѣ разумѣемъ слово „causa“, по исключенію, въ болѣе широкомъ смыслѣ.

Если-же такой особой оговорки не будетъ прибавлено,

---

2) Такъ Schlossmann: Causa стр. 37—38, Bahr: Anerkennung стр 11 сл (7 сл), Leonhard: Irrthum стр. 241, Institutionen des romischen Rechts стр 316–317, F Hoffmann: Justa causa traditionis стр. 85--86, стр. 100 сл, Dernburg. Pandekten II стр 60 сл Только Kindel въ своемъ сочиненіи: „Das Rechtsgeschaft und sein Rechtsgrund“ исходитъ изъ совершенно оставленнаго всѣми значенія слова „causa“ Именно онъ отождествляетъ causa съ самимъ правоотношеніемъ, вызываемымъ къ жизни юридическою сдѣлкою Въ этомъ онъ не нашелъ себѣ послѣдователей

3) Всѣ эти выраженія будутъ употребляться нами въ дальнѣйшемъ, какъ синонимы Schlossmann l c называетъ выраженіе „правовое основаніе договора“ „нелогическимъ“ Съ этимъ съ нимъ едва ли можно согласиться Правда, слова „правовое основаніе“ могутъ быть еще употребляемы въ смыслѣ правозараждающаго юридическаго факта, но они употребляются также весьма часто и въ томъ смыслѣ, который указывается въ текстѣ

то „causa“ будетъ означать именно „предположеніе эквивалента“. Это нуждается, однако, въ ближайшемъ разъясненіи. Бываютъ случаи, когда осуществленіе извѣстнаго эквивалента вовсе не входитъ въ предположенія стороны Такъ, напр., при дареніи Однако, и въ этомъ случаѣ словомъ „causa“ мы будемъ обозначать отрицательное отношеніе къ вопросу объ эквивалентѣ, — предподоженіе не получать эквивалента. Отсюда слѣдуетъ, что causa можно опредѣлить болѣе правильнымъ образомъ: какъ отвѣтъ на возбуждаемый при каждой юридической сдѣлкѣ вопросъ объ эквивалентѣ, будетъ-ли этотъ отвѣтъ положительнымъ или отрицательнымъ При отрицательномъ отвѣтѣ — дѣло разрѣшается, конечно, само собой и весьма просто; когда-же отвѣтъ будетъ положительнымъ — требуется ближайшее опредѣленіе эквивалента. Что касается до римскаго права, то оно ставитъ въ этомъ отношеніи необходимымъ условіемъ, чтобы эквивалентъ удовлетворялъ тѣмъ требованіямъ, которыя выставлены для отдѣльныхъ, признанныхъ римскимъ правомъ, договорныхъ категорій Для современнаго гражданскаго права это требованіе, конечно, не можетъ имѣть никакого серьезнаго значенія.

§ 6. Постараемся привести доказательства, что сказанное нами относительно каузальнаго момента при „куплѣ-продажѣ“ находитъ себѣ примѣненіе также относительно другихъ, встрѣчаемыхъ въ римскомъ правѣ, договорныхъ обязательствъ. Также и при этихъ послѣднихъ, рѣшающимъ моментомъ является отвѣтъ на вопросъ объ эквивалентѣ и то содержаніе, которое дается этимъ отвѣтомъ.

Какъ это нетрудно понять, отношенія при locatio conductio, contractus emphyteuticarius и societas, по занимающему насъ вопросу, совершенно одинаковы съ emptio-venditio. Точно также нельзя сомнѣваться относительно mutuum, commodatum и pignus, что полученіе денегъ взаймы, какой-либо вещи въ ссуду или въ обезпеченіе являются вполнѣ достаточнымъ эквивалентомъ за обязанность возвращенія вещи или денегъ, лежащую на заемщикѣ, ссудопринимателѣ и залоговомъ вѣрителѣ. Что-же касается до эквивалентной обязанности въ пользу коммоданта и залогодателя, — (относительно нѣкоторыхъ изъ этихъ обязанностей, — напр., обязанности произвести извѣстныя издержки, которыя принимать вещи долженъ дѣлать въ интересахъ ея собственника, —

можетъ быть возбуждено большое сомнѣніе по поводу договорнаго характера этихъ обязанностей), — то таковою является при ссудѣ связанное съ пользованіемъ вещи ея охраненіе, а при contractus pigneraticius — то отношеніе, которому закладное право составляетъ accessorium.

При depositum и mandatum дѣло представляетъ гораздо больше трудностей. Депозитарій и мандатарій не получаютъ никакого вознагражденія за свою услугу и, по общему правилу, не преслѣдуютъ никакого другого матеріальнаго интереса въ этой услугѣ. На первый взглядъ можно было-бы обозначить обязанности этихъ лицъ имѣющими чисто-дарственный характеръ. Однако, противъ этого рѣшительнымъ образомъ говорятъ приведенныя выше [1]) историческія соображенія.

Прежде всего, что касается до поклажи, — то она не имѣла, въ первой стадіи своего развитія, договорнаго характера, но разсматривалась исключительно съ деликтной точки зрѣнія А, именно, то обстоятельство, что взята чужая вещь на сохраненіе, вызываетъ обязанность оказывать извѣстную охрану, нарушеніе которой обусловливаетъ штрафной искъ in duplum [2]). Принимая во вниманіе это историческое соображеніе, нѣтъ никакого основанія видѣть въ обязанности депозитарія и мандатарія чисто дарственный характеръ. Если кто-либо далъ обѣщаніе, что онъ приметъ извѣстную вещь на сохраненіе, то принудить къ исполненію такого обѣщанія въ римскомъ правѣ было нельзя, такъ какъ это было актомъ простой признательности по отношенію къ другому лицу. Однако, если вещь однажды принята на сохраненіе, то это само по себѣ вызываетъ обязанность охраны. При этомъ данное прежде депозитаріемъ обѣщаніе получало характеръ признанія этой обязанности и ближайшаго ея опредѣленія. Что-же касается до тѣхъ маленькихъ различій, которыя, къ излишней тягости для поклажепринимателя, имѣли мѣсто между размѣрами занимающей насъ обязанности по закону и по договору, — то депозитарій имѣлъ уже достаточный эквивалентъ въ разъясненіи этимъ договоромъ правоотношенія, созданнаго поклажею, а подобное разъясненіе

---

1) См. стр 25.

2) См. кромѣ приведенныхъ въ своемъ мѣстѣ цитатъ еще Schulin. Romische Rechtsgeschichte стр 404

давало ему прочное основаніе требовать отъ депонента возмѣщенія издержекъ по поводу сохраненія вещи.

При мандатѣ мы имѣемъ, нѣкоторымъ образомъ, аналогичное [1]) положеніе дѣла. Здѣсь также должно быть принято во вниманіе историческое происхожденіе мандата. Подобно тому, какъ при отдачѣ вещи на сохраненіе въ основу кладется отношеніе довѣрія, то-же самое играетъ главную роль и въ томъ случаѣ, когда наблюденіе за тѣмъ или другимъ интересомъ довѣряется постороннему лицу. Мандатарій, хотя-бы онъ и далъ напередъ обѣщаніе развить подобную дѣятельность, не является связаннымъ такимъ обѣщаніемъ. Но, если онъ однажды взялъ на себя заботу объ интересахъ другого лица, то, уже вслѣдствіе одного этого факта, возникаетъ противъ него, при нарушеніи оказаннаго довѣрія, — сопроваждаемый infamia искъ деликтнаго характера. Обѣщаніе мандатарія, подобно обѣщанію поклажепринимателя, служитъ только подтвержденіемъ и дальнѣйшимъ развитіемъ и безъ того лежащей на немъ легальной обязанности. Достаточнымъ эквивалентомъ за такое обѣщаніе служитъ для мандатарія разъясненіе взаимнаго отношенія между нимъ и довѣрителемъ, — могущее въ извѣстныхъ случаяхъ оправдать его встрѣчный искъ по отношенію къ этому послѣднему.

Остается еще разсмотрѣть вопросъ объ эквивалентѣ при contractus reales innominati. Онъ заключается при нихъ въ dare или facere, какъ этого требуетъ само возникновеніе означенныхъ договоровъ. Противоположность безыменныхъ реальныхъ договоровъ съ консензуальными договорами состоитъ, между прочимъ, въ томъ, что, при обсужденіи вопроса объ эквивалентѣ, рѣшающее значеніе пріобрѣтаетъ не соглашеніе сторонъ, а имѣвшій мѣсто реальный моментъ. Впрочемъ, объ этомъ мы поговоримъ подробнѣе немного спустя [2]).

§ 7. До сихъ поръ шла рѣчь о такихъ обязательственныхъ договорахъ, при которыхъ обязанная сторона получаетъ соотвѣтствующій эквивалентъ. Совершенно особнякомъ стоитъ договоръ даренія. Это и выражено въ l. 82 D. 50, 17 словами „quod nullo iure cogente conceditur“ и опре-

---

1) Schulin l. c. стр. 405 сл.
2) См ниже.

дѣляется нѣсколько ближе въ l 1 pr. D. 39, 5 слѣдующимъ образомъ: „propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat.“ Мы находимъ здѣсь ясное и точное выраженіе различія между тѣмъ, что̀ мы условились выше называть „правовою цѣлью“ и фактическою преслѣдуемою сторонами цѣлью [1]). Цѣль дарителя не можетъ быть обозначена однимъ только словомъ liberalitas. Даритель даетъ не затѣмъ, чтобы только дать, но, напротивъ, „передача“ образуетъ средство для достиженія другой цѣли, которую хочетъ достигнуть даритель. Эта цѣль можетъ заключаться въ томъ, чтобы помочь въ очевидной нуждѣ одаренному, чтобы заплатить долгъ благодарности, которою даритель обязанъ одаренному, — или, наоборотъ, въ надеждѣ, что одаренный впослѣдствіи, въ свою очередь, окажетъ ему какую-нибудь услугу [2]), — или, чтобы создать себѣ репутацію щедраго человѣка — и по многимъ другимъ соображеніямъ Всѣ эти разнообразныя, преслѣдуемыя сторонами, фактическія цѣли являются, однако, слишкомъ неопредѣленными какъ сами по себѣ, такъ и по тому дѣйствію, которое оказываетъ ихъ исполненіе или неисполненіе на дѣйствительность юридической сдѣлки. Эти фактическія цѣли составляютъ то, что Lenel называетъ „Imponderabilien für Rechte“ [3]) Только одинъ моментъ отрицательнаго характера проходитъ черезъ все разнообразіе этихъ фактическихъ цѣлей: даритель не предполагаетъ никакого эквивалента за свои „praestationes“. Подобно тому, какъ при всѣхъ разсмотренныхъ нами прежде договорныхъ обязательствахъ вопросъ заключался только въ томъ, каковъ эквивалентъ, а не въ томъ, какими соображеніями онъ былъ вызванъ, — точно также при даренiи центръ тяжести кладется на то, что здѣсь не обусловлено никакого эквивалента, — но какими это вызвано мотивами, — оставляется совершенно въ сторонѣ. Другими словами, при дареніи пра-

---

1) См. объ этомъ Lenel: Archiv f die civ. Praxis. Томъ 74 стр 230 сл. и частью Lotmar l c стр. 76 Въ подобномъ же направленіи также F Hofmann l. c стр. 85–86.

2) См l. 3 § 7 D. 12, 4: „dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum.“

3) Въ Archiv f. die civ. Praxis Томъ 74 стр. 232

вовая цѣль заключается въ свободѣ „praestatio“ отъ предположеній эквивалента[1]). Что съ этой точки зрѣнія должно быть называемо эквивалентомъ и, такимъ образомъ, исключаетъ дареніе, — зависитъ, въ свою очередь, отъ правовыхъ взглядовъ даннаго времени. Такъ, напр., въ римскомъ правѣ достаточнымъ эквивалентомъ, для исключенія понятія дарения, считалось освобожденіе одареннаго изъ рабства, — если это освобожденіе имѣло мѣсто при наличности obligatio naturalis между рабомъ и его господиномъ, и если рабъ прощалъ послѣднему этотъ долгъ, l. 19 § 4 D. 39, 5.

Таково — понятіе „правовой цѣли“ при дареніи. Однако, здѣсь столь же мало, какъ и при возмездныхъ договорахъ, этотъ терминъ выражаетъ абсолютное противоположеніе преслѣдуемой стороною фактической цѣли. Напротивъ, фактическая и правовая цѣль суть понятія, частью покрывающія другъ друга. Отрицательный моментъ свободы „praestatio“ отъ эквивалента есть постоянно наличный моментъ фактической цѣли при дареніи, но онъ не исчерпываетъ, однако, содержанія этой фактической цѣли[2]). Однимъ словомъ, фактическая цѣль при договорѣ дарения составляетъ фактическую сторону правовой цѣли, служа вмѣстѣ съ тѣмъ обоснованіемъ достигаемаго сдѣлкою результата. Нижеслѣдующія мѣста источниковъ могутъ служить прекраснымъ подтвержденіемъ сказаннаго: l. 65 § 2 D. 12, 6 и l. 47 D. 38, 1. Въ первомъ изъ этихъ мѣстъ юристъ Павелъ слѣдующимъ образомъ говоритъ о цѣляхъ дарения:

„Id quoque, quod ob causam datur, puta quod negotia mea adiuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse“.

l. 73 D. 38, 1 (Valens): „Campanus scribit non debere praetorem pati donum munus operas imponi ei, qui ex fideicommissi causa manumittatur. sed si, cum sciret posse se id recusare, obligari se passus sit, non inhibendam operarum petitionem, quia donasse videtur“.

---

1) Это противоположеніе между donatio съ одной стороны и „datio ob causam“ или „ob rem“ съ другой — находитъ себѣ особенно яркое выраженіе въ l. 19 §§ 5 и 6 D. 39, 5

2) См. Zitelmann: Irrthum und Rechtsgeschäft стр. 138 сл.

Въ обоихъ приведенныхъ фрагментахъ „praestatio“ сдѣлана независимою отъ осуществленія предположеній эквивалента, такъ какъ указываемыя въ этихъ мѣстахъ источниковъ обстоятельства (что помощь была дѣйствительно оказана дарителю — въ первомъ мѣстѣ, и что обязательство на самомъ дѣлѣ существовало — во второмъ мѣстѣ) носятъ характеръ только „falsa demonstratio“.

Къ сказанному слѣдуетъ прибавить, что, съ развитой нами точки зрѣнія, одинъ и тотъ-же договоръ можетъ выступать въ одномъ направленіи — съ дарственнымъ характеромъ, а въ другомъ направленіи — представлять собою обыкновенную возмездную сдѣлку. Укажемъ, для примѣра, на l. 12 D. 46, 2. Эта относительность понятія даренія имѣетъ мѣсто, кромѣ того, также въ нѣсколько другой формѣ. Сдѣлка можетъ составлять donatio въ отношеніи къ одному лицу и не быть таковою въ отношеніи къ другому лицу, какъ напр., въ случаѣ, разбираемомъ въ l. 9 pr. D. 12, 4. Нѣкто дѣлаетъ дареніе въ пользу женщины уплатою приданаго въ пользу ея жениха. Та-же самая сдѣлка не будетъ дареніемъ по отношенію къ этому послѣднему, такъ какъ онъ вправѣ ожидать, чтобы „mulier“ не была „mulier indotata“, ср. l. 4 § 21 D. 44, 4.

Сущность даренія, которая заключается въ свободѣ договора отъ того, что можетъ быть названо съ той или другой точки зрѣнія эквивалентомъ, — требуетъ еще нѣсколько дополнительныхъ замѣчаній относительно „donatio sub modo“. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ на одареннаго налагаются извѣстныя обязанности, и весьма трудно обозначить границу, когда эти обязанности принимаютъ характеръ эквивалента, и когда сдѣлка, согласно вышесказанному, перестаетъ быть дареніемъ [1]).

У болѣе раннихъ римскихъ юристовъ мы находимъ слѣды такого пониманія интересующаго насъ вопроса, что съ понятіемъ даренія связана независимость его отъ прибавки какого-бы то ни было условія или предположенія, неисполненіе которыхъ могло-бы повести за собою отпаденіе юридической сдѣлки. Такъ, напр., Юліанъ въ l. 1 pr. D. 39, 5

1) Lotmar l. c. стр. 86 сл., Windscheid: Voraussetzung стр. 100 сл.

требуетъ, чтобы даритель „dat ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti“. Въ l 2 § 7 eod. онъ считаетъ возможнымъ допустить при donatio извѣстное ограниченіе въ указанномъ смыслѣ, но тутъ-же возбуждаетъ вопросъ, сохранитъ-ли сдѣлка при этомъ самый характеръ даренія? Позднѣйшіе римскіе юристы оставляютъ такую точку зрѣнія Въ этомъ можетъ убѣдить насъ принадлежащій Ульпіану фрагментъ (l 3 eod.), въ которомъ онъ говоритъ о „condicio donandi“, какъ если-бы рѣчь шла о нормальномъ случаѣ

Съ правильной точки зрѣнія слѣдуетъ признать, что, съ одной стороны, можно придумать обязанности для одареннаго, которыя отнимутъ у юридической сдѣлки характеръ дарения, хотя-бы ихъ неисполненіе и не влекло за собой недѣйствительность акта, — и что, съ другой стороны, прибавленныя къ договору — подобнаго рода осложненія могутъ, при извѣстныхъ условіяхъ, не оказать никакого вліянія на дарственный характеръ сдѣлки. Слѣдуетъ, въ этомъ отношеніи, обращать вниманіе на содержаніе принятой одареннымъ на себя обязанности, а это — „facti magis, quam iuris quaestio“, l. 2 § 7 D 39, 5. Впрочемъ, для этого вопроса могутъ быть сдѣланы нѣкоторыя руководящія замѣчанія.

Если принятая одареннымъ обязанность заключается въ извѣстномъ употребленіи подареннаго и если, притомъ, даритель не имѣетъ въ этомъ никакого непосредственнаго интереса, — то такая обязанность, съ занимающей насъ точки зрѣнія, совершенно безразлична: употребленіе подареннаго представляется мотивомъ, образующимъ только отдѣльный членъ въ общей дарственной цѣли, и даетъ самой сдѣлкѣ даренія только болѣе опредѣленную и ограниченную форму. Вся разница только въ томъ, что, при простомъ дареніи, дарителю приносится извѣстная имущественная выгода тѣмъ, что подаренное служитъ его интересамъ въ томъ направленіи, въ какомъ ему это будетъ угодно, — а въ разбираемомъ случаѣ даръ служитъ его интересамъ сообразно предначертаніямъ дарителя. Однако, и въ этомъ послѣднемъ случаѣ совершенно подобно, какъ въ предыдущемъ, о чемъ-либо такомъ, что можно назвать эквивалентомъ, не можетъ быть и рѣчи. Примѣрами изъ источниковъ могутъ служить слѣдующіе два фрагмента: l. 9 pr., l. 5 § 9 D. 23, 3. Въ этомъ мѣстѣ приводится случай, когда нѣчто дается въ даръ не-

вѣстѣ или отцу невѣсты съ тѣмъ, чтобы они, въ свою очередь, передали это жениху въ видѣ приданаго [1]). Въ l 2 § 7 D. 39, 5 идетъ рѣчь объ одномъ лицѣ, которое подарило другому опредѣленную сумму денегъ съ тѣмъ, чтобы одаренный купилъ себѣ на эти деньги раба Стиха. Насколько, вообще, подобной обязанности (покупка раба) придается юридическій характеръ [2]), — сдѣлка не теряетъ отъ этого своей прежней дарственной окраски, — если только даритель, по исключенію, не изъяснитъ, что онъ имѣетъ совершенно независимый интересъ въ томъ, чтобы такая покупка состоялась, — напр, чтобы доставить рабу лучшаго господина, чѣмъ былъ прежній Еще примѣръ: нѣкто даетъ другому сумму денегъ, чтобы онъ совершилъ заграничную поѣздку для поправленія своего здоровья, — также и въ этомъ случаѣ нѣтъ ничего подобнаго эквиваленту, а имѣется только ограниченіе одареннаго въ пользованіи предметомъ дара.

Напротивъ, если принятая одареннымъ обязанность имѣетъ для дарителя какой-либо интересъ, такъ что ея исполненіе носитъ характеръ осуществленія эквивалента, — юридическій актъ не можетъ быть названъ дареніемъ. Въ этомъ случаѣ возникаетъ весьма сильная догадка въ пользу того, что желаніе дарителя достичь того, что обязанъ исполнить одаренный, — составляетъ единственный или, по крайней мѣрѣ, соопредѣляющій мотивъ къ предпринятію договора. Вотъ почему мы имѣемъ здѣсь или negotium mixtum cum donatione, или чисто возмездную сдѣлку. Выборъ между этими двумя возможностями въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ составляетъ не мало затрудненій. Если принятая одареннымъ обязанность носитъ слишкомъ охватывающій характеръ, такъ что, вслѣдствіе этого, та экономическая выгода, которую онъ получилъ отъ сдѣлки, можетъ быть считаема совершенно исчезнувшею, — должно признать, что это обстоятельство отнимаетъ у даренія послѣднюю тѣнь. Въ видѣ примѣра приведемъ случай, разбираемый въ l. 18 § 1 D. 39, 5, а именно: рабъ пере-

---

1) Если l. 5 § 9 D 39, 5 объявляетъ ту же самую сдѣлку между родителями невѣсты не носящею характера даренія, то здѣсь выступаютъ особыя соображенія по вопросу о запрещеніи даренія между супругами.

2) Pernice (Labeo III стр. 199) утверждаетъ, что объектъ даренія въ подобномъ случаѣ составляетъ не сумма денегъ, а самъ рабъ

дается съ тѣмъ, чтобы тотчасъ быть отпущеннымъ на волю Прибыль, которая отсюда должна вытекать для принимателя раба, является столь проблематичною, что она побуждаетъ юриста вовсе отрицать здѣсь наличность дарения: „hic enim nec donationi locum esse“ То-же самое мы имѣемъ также въ томъ случаѣ, когда возложенная на одареннаго обязанность — такого рода, что исключаетъ возможность точной экономической оцѣнки. Съ одной стороны, является прочно установленнымъ фактъ, что исполненіе возложенной обязанности представляетъ извѣстный интересъ для того лица, которое выступаетъ въ положеніи дарителя, и приноситъ извѣстную тягость для его соконтрагента; а съ другой стороны, нельзя оцѣнить оба эти момента, или одинъ изъ нихъ, въ деньгахъ По этой причинѣ, пока противное не будетъ доказано, слѣдуетъ предположить, что обѣщано или дано какъ разъ столько, сколько является необходимымъ для пріобрѣтенія эквивалента, т. е, дарственный характеръ сдѣлки исчезаетъ. Согласно сказанному въ l. 19 § 6 D. 39, 5, — юристъ говоритъ относительно обѣщанія дать 100 золотыхъ подъ условіемъ клятвы носить имя дарителя, что это — „non esse donationem, quia ob rem facta est“. Въ томъ-же случаѣ, когда оба эти момента допускаютъ точную оцѣнку на деньги, или когда, какимъ-либо инымъ способомъ, можетъ быть совершенно ясно констатирована разница между выгодою принимателя и лежащею на немъ тягости, — имѣетъ мѣсто не договоръ дарения, но „negotium mixtum cum donatione“, — напр., кто-либо получаетъ нѣчто отъ другого лица подъ условіемъ платить этому послѣднему извѣстныя „alimenta“ (предполагается, что цѣнность этихъ alimenta, въ общей ихъ суммѣ, менѣе цѣнности полученнаго) — l. 1 C. 8, 54, — или, напр., кто-либо получаетъ раба подъ условіемъ отпустить его на волю только по прошествіи 5 лѣтъ, — такъ что, въ теченіе этихъ 5 лѣтъ, онъ пользуется извѣстною прибылью отъ обладанія рабомъ — l. 18 § D. 39, 5. Въ этомъ послѣднемъ мѣстѣ, между прочимъ, предписывается, прежде всего, обращать вниманіе на то, „quid actum sit“, для того, чтобы отсюда вывести заключеніе, не имѣла-ли юридическая сдѣлка какой-либо другой цѣли, кромѣ той, чтобы только принести одаренному свободную отъ эквивалента прибыль. Въ этомъ случаѣ нельзя примѣнять слишкомъ строгую математическую мѣрку. Должно постоянно помнить, что часто въ жизни можно быть при-

нужденнымъ давать нѣсколько болѣе, чѣмъ этого требуетъ точная объективная цѣнность подареннаго, для того, чтобы достичь желаемаго. Вотъ почему съ весьма большою осторожностью слѣдуетъ подчинять подобную юридическую сдѣлку или, по крайней мѣрѣ, нѣкоторую ея часть — тѣмъ менѣе льготнымъ правиламъ, которыя существуютъ относительно даренія.

Въ результатѣ, мы также и при donatio sub modo можемъ съ извѣстными ограниченіями выставить относительно вопроса объ эквивалентѣ туже точку зрѣнія, которой мы придерживаемся при простомъ дареніи Съ этой точки зрѣнія, мы назовемъ именемъ „negotium mixtum cum donatione“ такой юридическій актъ, въ которомъ, совершенно опредѣленная, отдѣльная часть его можетъ быть разсматриваема свободною отъ эквивалента. Напротивъ, одна только возможность отсутствія для одной части акта, не могущей быть ближе опредѣленной, полнаго эквивалента — не является достаточной, чтобы изъять подобный актъ изъ подъ дѣйствія общихъ и болѣе льготныхъ правилъ о возмездномъ договорномъ обязательствѣ.

§ 8. Мы уже опредѣлили выше, что̀ называется правовою цѣлью при обязательствахъ, и нашли при всѣхъ договорныхъ обязательствахъ ту общую черту, что при каждомъ изъ нихъ имѣется ожиданіе эквивалента или сознательное исключеніе такового. Что касается до послѣдняго случая (дареніе), — то мы считаемъ вполнѣ достаточными сдѣланныя нами замѣчанія.

Немного придется говорить также и о реальныхъ договорахъ. Дѣло въ томъ, что при этихъ договорахъ — самый реальный моментъ является, вмѣстѣ съ тѣмъ, и каузальнымъ моментомъ. При именныхъ реальныхъ договорахъ то-же самое можетъ быть сказано не только относительно обязанностей принимателя, но и относительно тѣхъ возможныхъ (эвентуальныхъ) обязанностей которыя возникаютъ для передатчика вещи. Внѣ рамокъ настоящаго труда лежитъ войти въ ближайшее разсмотрѣніе характера эквивалента за эти эвентуальныя обязанности.

Нѣсколько сложнѣе представляется вопросъ при contractus reales innominati. Правда, здѣсь точно также имѣется эквивалентъ, а именно, praestatio одной стороны является

эквивалентомъ за praestatio другой стороны. Но здѣсь возникаетъ вопросъ, какъ поступать въ томъ случаѣ, если одна сторона совершила свою „praestatio", а другая еще нѣтъ? Предоставлять-ли, въ этомъ случаѣ исполнившей сторонѣ право вытребовать обратно свою praestatio, или давать ей искъ объ исполненіи praestatio другою стороною? При рѣшеніи этого вопроса, мы немпнуемо должны войти въ область кондикцій, которыя никоимъ образомъ не могутъ быть считаемы основанными простымъ договоромъ между сторонами [1]). Вотъ почему является наиболѣе правильнымъ выдѣлить этотъ вопросъ изъ настоящаго изслѣдованія, которое имѣетъ своимъ главнымъ предметомъ договорныя обязательства.

Къ этому побуждаетъ насъ, кромѣ того, еще одно весьма важное соображеніе практическаго характера. Общее разсмотрѣніе вопроса объ эквивалентѣ при договорахъ и при случаяхъ кондикцій не можетъ не повести къ неправильнымъ результатамъ — вслѣдствіе того различнаго характера, съ которымъ эти отношенія исторически выступаютъ въ римскомъ правѣ. Такое общее разсмотрѣніе нашего вопроса въ томъ и въ другомъ случаѣ служитъ, между прочимъ, главною причиною той путаницы, которая господствуетъ въ настоящее время, относительно значенія каузальнаго момента при обязательствахъ, — въ литературѣ предмета. При договорахъ это-взаимное соглашеніе, которое образуетъ исходный и конечный пунктъ для разрѣшенія всѣхъ тѣхъ вопросовъ, которые могутъ возникнуть при регулированіи правоотношенія между сторонами; при кондикціяхъ, напротивъ, основаніемъ для регулированія этого правоотношенія служитъ обогащеніе, имѣвшее мѣсто при реальной praestatio [2]). Вопросъ, вокругъ котораго при кондукціяхъ вращается весь разговоръ, это-вопросъ о томъ, насколько такое обогащеніе должно быть считаемо обоснованнымъ — и насколько нѣтъ. При этомъ, могутъ получить извѣстное значеніе также тѣ обѣщанія (lex), которыя были

1) Pernice: Labeo III стр., стр. 219, 259 и 283 и Bekker: Aktionen I стр 126 сл.

2) См. объ этомъ Pernice. Zur Lehre von den Innominatkontrakten въ Kritische Vierteljahrschrift. Томъ 10 стр. 68—123, особенно стр. 92, 100.

даны между сторонами, — но эти обѣщанія, въ сравненіи съ реальнымъ моментомъ (обогащеніе), имѣютъ только акцессорное и второстепенное значеніе.

Правда, лицу, — совершившему praestatio при безыменномъ реальномъ договорѣ, понемногу, въ теченіе долгаго историческаго процесса, — стали открывать возможность не только кондицировать свою praestatio обратно, — но и начать искъ объ исполненіи соконтрагентомъ лежащей на немъ обязанности. Однако, это появляется сперва только спорадически и пріобрѣтаетъ только шагъ за шагомъ извѣстное признаніе [1]). Въ связи съ этимъ, появляется все бо̀льшее ударѐніе на значеніе консензуальнаго момента при этихъ юридическихъ сдѣлкахъ. Однако, лишь одно изъ разбираемыхъ правоотношеній, а именно — permutatio (do ut des), подверглось вполнѣ подчиненію правиламъ, дѣйствующимъ при консензуальныхъ договорахъ. Это случилось вслѣдствіе близкаго родства договора мѣны съ консензуальнымъ договоромъ купли-продажи. Несмотря на это, въ общемъ, слѣдуетъ признать, что даже въ Юстиніановой компиляціи не было порвано съ первоначальной точкой зрѣнія римскаго права на contractus reales innominati, т. е., также и въ Юстиніановомъ правѣ, при безыменныхъ реальныхъ договорахъ, по вопросу о взаимныхъ отношеніяхъ между сторонами, обращаютъ главное вниманіе на реальный моментъ (обогащеніе), — а не на соглашеніе между соконтрагентами. Это послѣднее и для Юстиніанова права имѣетъ подчиненное значеніе въ сравненіи съ реальнымъ моментомъ.

Все изложенное мною по этому вопросу показываетъ, насколько неосновательно примѣнять къ консензуальнымъ договорамъ правила, выработанныя относительно кондикціи при contractus reales innominati, — какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели, напр, Windscheid [2]). Это является столь-же малосообразнымъ, какъ примѣнять эти правила къ случаямъ новаго времени, когда безыменные реальные договвры пере-

---

1) По новѣйшимъ щелѣдованіямъ само „actio praescriptis verbis" слѣдуетъ признать интерполированнымъ компиляторами См объ этомъ Gradenwitz: Interpolationen стр. 134—135.

2) l. 19 § 5 D 21, 1, l. 2. D. 19, 4.

стали вовсе существовать и превратились въ настоящія двухсторонніе обязательства [1]).

§ 9 При консензуальныхъ договорахъ вопросъ объ эквивалентѣ является гораздо болѣе сложнымъ. Здѣсь открывается рядъ различныхъ возможностей Можетъ случиться, что внутренняя психологическая связь между обязанностью перенести извѣстную имущественную цѣнность другому лицу и ожиданіемъ отъ этого послѣдняго какого-либо эквивалента — вовсе не получила внѣшняго выраженія, — если, напр., два лица совершили одновременно другъ съ другомъ два независимыхъ обязательства, изъ которыхъ каждое можетъ считаться эквивалентомъ по отношенію къ другому. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда указанная связь получила внѣшнее выраженіе, — это можетъ имѣть мѣсто въ весьма различной формѣ. Наиболѣе часто встрѣчаемая форма это — фактическая передача одною стороною взамѣнъ одновременной фактической передачи другой стороной. Кромѣ того, возможны еще слѣдующія комбинаціи: фактическая передача съ одной стороны взамѣнъ обѣщанія совершить такую передачу въ будущемъ, два одновременно данныя обѣщанія подобнаго рода и, наконецъ, передача или обѣщаніе передачи одною стороною, взамѣнъ ожиданія такой передачи въ будущемъ отъ соконтрагента

Двухстороннее обязательство настолько дѣлаетъ ограниченіе этихъ возможностей, — насколько оно требуетъ, чтобы необходимо были эквиваленты за обязанности съ обѣихъ сторонъ. Однако и здѣсь открывается рядъ вопросовъ. Является-ли исполненіе обязанности одною стороною достаточнымъ основаніемъ, чтобы она могла требовать исполненія эквивалентной обязанности другою стороною? или, можетъ быть, она можетъ требовать такого исполненія независимо отъ этого обстоятельства? Ожидаемый эквивалентъ можетъ оказаться физически или юридически невозможнымъ. Въ чемъ долженъ заключаться въ этомъ случаѣ эквивалентъ другого рода, вступающій на мѣсто первоначальнаго эквивалента? Въ какомъ объемѣ должна быть возлагаема эквива-

---

1) Выше (стр. 41) было замѣчено, что формула „causa non secuta" не встрѣчается при консензуальныхъ контрактахъ, см. Hipp: Ueber Ruckforderung wegen Hinfalls des Zwecks. Inaugural-Dissertation. Göttingen. 1889 Стр. 24.

лентная обязанность въ случаѣ частичной невозможности исполненія первоначальнаго эквивалента? При рѣшеніи перваго изъ этихъ вопросовъ отрицательно; возникаетъ дальнѣйшій вопросъ: является-ли также и въ этомъ случаѣ сохраненною зависимость между двумя передачами, которая была установлена при заключеніи договора? Другими словами, должно-ли въ этомъ послѣднемъ случаѣ освобожденіе для одной изъ сторонъ отъ обязанности доставить эквивалентъ въ пользу другой стороны, вызванное невозможностью исполненія выговоренной эквивалентной обязанности, повести за собою также для другой стороны освобожденіе отъ лежащей на ней обязанности; или, что тоже самое, должна-ли въ этомъ случаѣ одна изъ сторонъ быть принуждена исполнить обязанность, возложенную на нее юридическою сдѣлкою, не получивъ за это эквивалента, — или не должна? Или еще вопросъ: соотвѣтствуетъ-ли исполненіе однимъ изъ контрагентовъ своей обязанности тѣмъ ожиданіямъ, которыя строилъ на этотъ счетъ его соконтрагентъ при совершеніи юридическаго акта? Такихъ вопросовъ относительно эквивалента можетъ возникать весьма большое число.

Само собою понятно, что для отвѣта на подобные вопросы нельзя ограничиться тѣмъ, что мы выставили общее правило относительно существа правовой цѣли при юридическихъ сдѣлкахъ. Необходимо болѣе детальное обозначеніе этой правовой цѣли, или, какъ мы ее опредѣляемъ, вопроса объ эквивалентѣ, при каждой отдѣльной юридической сдѣлкѣ. Если-бы право въ объективномъ смыслѣ отложило в о в с е въ сторону эту задачу, — то стороны были-бы поставлены въ необходимость входить въ весьма подробныя соглашенія относительно каждаго даже второстепеннаго момента, касающагося ихъ взаимнаго отношенія по заключаемой ими сдѣлкѣ. Если-бы при такомъ порядкѣ они забыли только одинъ маленькій пунктикъ, — то могли-бы имѣть передъ собой совершенно пустое мѣсто. Ясно, что право въ объективномъ смыслѣ должно давать и, дѣйствительно, даетъ, — при каждой юридической сдѣлкѣ, кромѣ общаго требованія эквивалента или сознательнаго отрицанія такового, — еще комплексъ правилъ для ближайшаго опредѣленія отношенія сторонъ по вопросу, объ эквивалентѣ на тотъ случай, если стороны не заключаютъ спеціальнаго другъ съ другомъ соглашенія по поводу того или другого относящагося сюда момента.

Нѣкоторыя комбинаціи фактовъ при той или другой юридической сдѣлкѣ встрѣчаются столь часто, что на этотъ счетъ устанавливается извѣстный жизненный опытъ. Въ самомъ дѣлѣ, нѣкоторые моменты такъ часто повторяются, что невольно привлекаютъ къ себѣ вниманіе законодателя. Такъ, напр., одна изъ сторонъ не исполняетъ свою praestatio, хотя, сама по себѣ, въ состояніи ее исполнить; или, напр., praestatio оказывается невозможной; или praestatio уже исполнена, но оказывается съ недостатками, — и многое тому подобное. Всѣ эти факты имѣютъ мѣсто въ гражданскомъ оборотѣ на каждомъ шагу. Это ихъ частое повтореніе, съ одной стороны, сильнѣйшимъ образомъ взываетъ къ юридической регламентаціи, а съ другой стороны, даетъ богатѣйшій матеріалъ для такой регламентаціи.

Образованныя такимъ путемъ юридическія правила являются результатомъ тѣхъ соображеній, которыя въ практической жизни могутъ найти себѣ примѣненіе въ цѣломъ рядѣ аналогичныхъ случаевъ. Ясно, что и другія соображенія заслуживаютъ вниманія, — иными словами, найденныя юридическія правила никогда не въ состояніи удовлетворить всему разнообразію конкретныхъ случаевъ жизни, такъ какъ они являются только выраженіемъ тѣхъ соображеній, которыя, въ большинствѣ случаевъ [1]), наиболѣе полнымъ образомъ опредѣляютъ отношеніе между соконтрагентами. Право въ объективномъ смыслѣ выставляетъ, такимъ образомъ, цѣлый рядъ правилъ, которыя, по даннымъ жизненнаго опыта, оказываются, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, согласующимися съ дѣйствительною волею сторонъ. Эта послѣдняя, какъ феноменъ внутренней жизни, если не получила извѣстнаго внѣшняго выраженія, никогда не можетъ быть точно констатирована [2]), а потому право въ объективномъ смыслѣ останавливается на томъ порядкѣ, относительно котораго слѣдуетъ предположить, что онъ, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, удовлетворяетъ интересамъ обѣихъ сторонъ, — пока, конечно, не будетъ положитель-

---

1) Jhering: Besitzwille стр 146 сл.

2) l 38 § 2 D 19, 1, „quid ergo si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in eius modi rebus evenisse solet".

нымъ образомъ доказано, что воля сторонъ, въ данномъ конкретномъ случаѣ, идетъ вразрѣзъ съ нормою, основанною на подобномъ опытѣ [1])

Источники даютъ намъ богатѣйшее доказательство того, что и римское право, въ самой значительной мѣрѣ, занималось подобнымъ регулированіемъ отношеній, основанныхъ тою или другою юридическою сдѣлкою между сторонами. Яснымъ выраженіемъ этого служитъ тотъ, основанный на bona fides, порядокъ, который примѣнялся въ римскомъ правѣ относительно признанныхъ имъ категорій консензуальныхъ договоровъ. Напр., при куплѣ-продажѣ обязанность одной изъ сторонъ является обусловленною дѣйствительностью обязанности другой стороны, — но такъ наз. negotia claudicantia представляютъ ясный примѣръ тому, что особыя обстоятельства могутъ обусловить другой порядокъ. Другой примѣръ: исполненіе обязанности одной стороной можетъ быть сдѣлано ею при помощи — exceptio non adimpleti contractus, зависимою отъ одновременнаго исполненія обязанности другой стороной; напротивъ, та сторона, которая уже исполнила свои обязанности по договору, если она не получитъ за это эквивалента, не можетъ требовать свою praestatio назадъ, — но должна довольствоваться искомъ объ исполненіи обязанности своимъ соконтрагентомъ, l. 8 C. 4, 38, l. 14 C. 4, 44. Прибавимъ сюда находящееся въ источникахъ множество правилъ о невозможности praestatio, недостаткахъ исполненія этой praestatio [2]), объ evictio, periculum rei, — всѣ эти правила предполагаются подлежащими примѣненію, причемъ ни въ одномъ мѣстѣ источниковъ не требуется для этого наличности направленной на такое примѣненіе воли сторонъ. Здѣсь имѣется въ виду исключительно средняя воля сторонъ. Исторія многихъ институтовъ въ римскомъ правѣ подтверждаетъ сказанное. Такъ, напр., отвѣтственность за эвикцію или за недостатки вещи на болѣе ранней стадіи развитія была

1) Leonhard: Irrthum I Стр 222 Goldschmidt· Handbuch des Handelsrechts. 2 Aufl. I Стр. 334, гдѣ говорится о торговыхъ обычаяхъ, что они составляютъ „Niederschlag der üblichen vertraglichen Festsetzung“

2) См. по этому поводу Crome въ Arch. f d. civ. Praxis Томъ 78. Стр. 122—144, именно стр. 138: „Die adilischen Klagen sind vielmehr durchaus positiven Rechtens und bezwecken lediglich eine Ausgleichung der Interessen beider Theile nach den Regeln der Billigkeit“

принимаема только при существованіи на этотъ счетъ особаго соглашенія контрагентовъ [1]), — на болѣе позднеи стадіи — такая отвѣтственность вводится въ видѣ основаннаго на опытѣ юридическаго правила, служащаго выраженіемъ средней воли сторонъ

Можно было-бы доказать существованіе подобныхъ-же правилъ для locatio conductio и societas, но достаточно и того, что приведено нами выше. Совокупность этихъ правилъ носитъ, какъ извѣстно, названіе „naturalia negotii". Если контрагенты рѣшились заключить юридическую сдѣлку опредѣленнаго вида, — то предполагается, что они подчинились той регламентаціи, которую даютъ при этой сдѣлкѣ naturalia negotii, — другими словами, они, тѣмъ самымъ, имѣютъ въ виду сдѣлку въ ея нормальной формѣ [2]). Отсюда съ логическою необходимостью вытекаетъ, что, разъ подчинивъ свои отношенія такому нормальному порядку, стороны не могутъ уже потомъ произвольно утверждать другой порядокъ. Тогда онѣ, просто на просто, впали-бы въ противорѣчіе со своими собственными дѣйствіями То обстоятельство, что отступающія отъ этого нормальнаго порядка предположенія одной изъ сторонъ были замѣтными для другой стороны, само по себѣ, не можетъ отклонить примѣненія соотвѣтствующаго правила, входящаго въ составъ naturalia negotii юридической сдѣлки даннаго вида. Для этого требуется, кромѣ того, чтобы другая сторона приняла это предположеніе, согласилась на него [3]) Если такой отмѣны — принадлежащаго къ составу naturalia negotii извѣстной сдѣлки — юридическаго правила не будетъ сдѣлано сторонами при самомъ заключеніи сдѣлки, то подобное измѣненіе въ contractus bonae fidei могло быть совершено впослѣдствіи только посредствомъ pactum adiectum.

Какъ поступать въ томъ случаѣ, если одна изъ сторонъ прямо выговорила себѣ, что она хочетъ считать себя обязанною только въ томъ случаѣ, если осуществится извѣстное

---

1) Pernice: Labeo I Стр. 455—456.

2) Kohler въ Ihering's Jahrb томъ 18, стр 155 говоритъ о значеніи, которое должны имѣть именные договоры даже въ современномъ правѣ

4) Leonhard. Irrthum I. Стр 225—226, Lenel: Arch. f d. civ Praxis т. 79, стр 105.

ея предположеніе. Такое спеціальное условіе является ограничивающимъ юридическую сдѣлку обстоятельствомъ, и эта сдѣлка можетъ пріобрѣсти значеніе только съ тѣми измѣненіями въ нормальномъ правоотношеніи, которыя вызваны означенной прибавкой Необходимо только принятіе подобнаго ограниченія другимъ контрагентомъ. Конечно, бываетъ весьма трудно въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рѣшить, насколько такое принятіе имѣетъ мѣсто въ дѣйствительности. Вѣдь, акцептъ подобнаго рода можетъ совершиться и въ молчаливой формѣ. Какъ-бы то ни было, здѣсь должны быть приняты во вниманіе соображенія самаго различнаго характера, — относительно этихъ соображеній мы поговоримъ подробнѣе нѣсколько ниже Здѣсь надо сдѣлать пока только одно предварительное замѣчаніе. Ограниченіе дѣйствія юридической сдѣлки исполненіемъ извѣстнаго предположенія одной изъ сторонъ означаетъ всегда отклоненіе отъ обычнаго, нормальнаго порядка при данной юридической сдѣлкѣ. При прочихъ равныхъ условіяхъ, нельзя допустить, чтобы, при такой прибавкѣ къ сдѣлкѣ, другая сторона имѣла отъ этого только вредъ. Вотъ почему для этой другой стороны должны непремѣнно существовать за этотъ вредъ извѣстныя выгоды, которыя являются для нея какъ-бы эквивалентомъ. Другими словами, въ такихъ случаяхъ слѣдуетъ всегда предполагать, что сохранилось отношеніе взаимности, — что большей обязанности, чѣмъ нормальная, отвѣчаетъ также и большее право. Разумѣется, все это имѣетъ силу только до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано [1]).

Naturalia negotii юридической сдѣлки, о которыхъ до сихъ поръ шла рѣчь, — имѣютъ, такимъ образомъ, въ виду нормальный порядокъ, касающійся такихъ моментовъ, которые въ жизни наиболѣе часто повторяются. Этимъ путемъ находитъ себѣ фиксированіе большинство возможныхъ предположеній сторонъ. При этомъ никогда не нужно забывать, что naturalia negotii охватываютъ только весьма ограниченный кругъ тѣхъ предположеній, которыя служатъ для сторонъ стимуломъ къ заключенію юридическихъ актовъ. Среднія правила, само собою понятно, могутъ образоваться только путемъ принятія во вниманіе такихъ моментовъ, которые повторяются наиболѣе часто. Это — постоянно возбуж-

1) Leonhard: Irrthum II Стр 363 сл.

даемые вопросы о послѣдствіяхъ неисполненія эквивалента, о невозможности такого исполненія и т. под. На этотъ-то счетъ и складываются тѣ общія правила, которыя образуютъ naturalia negotii Отсюда само собою ясно, что naturalia negotii охватываютъ, по общему правилу [1]), только тѣ предположенія сторонъ, которыя стоятъ въ связи съ вопросомъ объ эквивалентѣ Значительное число предположеній, кромѣ указанныхъ, выступаетъ со слишкомъ индивидуальнымъ характеромъ, чтобы ихъ можно было подвести подъ извѣстныя общія правила, выработанныя путемъ средняго опыта.

Сказанное сдѣлается для насъ совершенно яснымъ, если мы бросимъ взглядъ на приведенные нами выше [2]) примѣры, которые, по своему элементарному характеру, являются весьма удобными для исходнаго пункта изслѣдованія. Въ самомъ дѣлѣ, въ этихъ простыхъ случаяхъ заключается въ дѣйствительности собраніе большинства разнообразныхъ предположеній сторонъ. Напомнимъ, для примѣра, соображенія о поправленіи здоровья сельскою жизнью, вызывающія куплю-продажу извѣстнаго имѣнія или соображенія продавца этого имѣнія, заключающіяся въ стремленіи найти себѣ дѣятельность въ городѣ. Сколько предположеній имѣетъ мѣсто при покупкѣ земельнаго участка — о свойствахъ той земли, которая предназначается для культуры, — является-ли она преимущественно полевою, или садовою, огородною землею! Коротко говоря, юридическую сдѣлку можетъ вызывать цѣлый рядъ различныхъ стимуловъ, которые имѣютъ только ту общую черту, что всѣ они касаются полезнаго эффекта, ожидаемаго стороною отъ юридической сдѣлки. Остается открытымъ вопросъ, имѣетъ-ли для ея дѣйствительности какое-либо значеніе то обстоятельство, что ожидаемыя предположенія не осуществились, — и если имѣетъ, то какое? Представимъ себѣ, напр., что состояніе здоровья у того лица, которое думало купить имѣніе, — улучшилось настолько, что ему нѣтъ уже никакого вреда

---

1) Правила, выраженныя въ l 15 §§ 2—5 D. 19, 2 объ уменьшеніи наемной платы для того случая, когда conductor, вслѣдствіе чрезвычайныхъ обстоятельствъ, не получилъ выговореннаго пользованія вещами, заключаютъ, напр., извѣстное расширеніе указываемаго въ текстѣ обычнаго характера naturalia negotii

2) См. стр. 36

жить въ городѣ. Можетъ-ли онъ, сославшись на это обстоятельство, безъ дальнѣйшихъ разговоровъ, отказаться отъ юридическаго акта? Очевидно, нѣтъ. Вѣдь, его соконтрагентъ, вступая въ договоръ, хотѣлъ прочнымъ образомъ расчитывать на то, что сдѣлка состоится, и, очень можетъ быть, въ расчетѣ на эту сдѣлку, предпринялъ цѣлый рядъ экономическихъ дѣйствій, которыя, если юридическій актъ на дѣлѣ не осуществится, принесутъ для него болѣе или менѣе значительный матеріальный вредъ. Вопросъ разрѣшается очень просто, если онъ даже не зналъ о предположеніяхъ противоположной стороны при заключеніи юридической сдѣлки. Въ этомъ случаѣ, конечно, не можетъ быть никакого сомнѣнія, что то обстоятельство, исполнятся-ли или не исполнятся ожидаемыя предположенія, для дѣйствительности сдѣлки не должно имѣть ровно никакого значенія. Однако даже въ томъ случаѣ, если эти побудительные стимулы соконтрагента въ моментъ совершенія договора являлись для него вполнѣ замѣтными, — существованіе столь важнаго имущественно-юридическаго акта, какъ купля-продажа, не можетъ быть поставлено въ данномъ случаѣ въ зависимость отъ соображеній одной изъ сторонъ о состояніи своего здоровья. Въ самомъ дѣлѣ, еще нужно доказать, что эти соображенія имѣли рѣшающее значеніе для заключенія сдѣлки. Кромѣ того, само понятіе — „состояніе здоровья“ является весма неопредѣленнымъ моментомъ. Совершенно то-же самое, — можетъ быть, даже еще въ бо̀льшей степени, слѣдуетъ сказать относительно предположеній продавца сельскаго земельнаго участка о бо̀льшей пріятности городской жизни. Представимъ себѣ, что, послѣ заключенія сдѣлки, произошла смерть кого-либо изъ его близкихъ, или разстроившееся здоровье не располагаетъ его къ городской жизни. Само собою понятно, что, вслѣдствіе этихъ обстоятельствъ, онъ не можетъ отступить отъ совершенной сдѣлки хотя-бы его предположенія и были вполнѣ замѣтны для противоположной стороны. Гораздо болѣе сомнѣнія возбуждаетъ, напр., такой случай: нѣкто продаетъ свой сельскій земельный участокъ, чтобы жить въ городѣ вмѣстѣ со своею дочерью, — и эта послѣдняя, совершенно неожиданно, умираетъ послѣ продажи земельнаго участка. Въ этомъ случаѣ, конечно, отпалъ-бы для него стимулъ къ заключенію юридическаго акта, который состоялъ въ стремленіи перевести

свое состояніе въ болѣе удобную форму капитала, для того, чтобы это дало ему возможность жить въ одномъ мѣстѣ съ близкимъ ему лицомъ. Однако, и здѣсь можно сдѣлать то возраженіе, что, можетъ быть, при этомъ имѣли мѣсто также нѣкоторые другіе побудительные стимулы къ продажѣ сельскаго земельнаго участка, такъ что жизнь вблизи дочери не была единственнымъ соображеніемъ, вызвавшимъ юридическую сдѣлку, т. е., не имѣла того, что мы называемъ рѣшающимъ характеромъ. Это возраженіе совершенно правильно. Но представимъ себѣ такой случай, когда относительно продавца имѣнія прямо можетъ быть доказано, что онъ ненавидитъ городскую жизнь съ ея безпокойствомъ и шумомъ и что онъ не имѣетъ ни одного близкаго ему человѣка въ городѣ, кромѣ дочери, — такъ что единственнымъ стимуломъ совершить, предположимъ, весьма невыгодную для него въ матеріальномъ отношеніи продажу является сильное желаніе жить вблизи любимой дочери. Если мы къ этому прибавимъ, что дочь съ мужемъ и дѣтьми внезапно умерла отъ заразительной болѣзни, — то не является-ли совершенно яснымъ, что тѣмъ самымъ отпало рѣшающее предположеніе къ совершенію договора? Правда, то предположеніе (жизнь вблизи дочери), которое выставляетъ продавецъ, можетъ оказаться симулированнымъ. Можетъ быть, онъ прикрывалъ имъ какія-либо другія предположенія. Можетъ быть, онъ просто выдвинулъ одинъ изъ побудительныхъ стимуловъ, чтобы порисоваться и снискать себѣ репутацію нѣжнаго отца семейства. Однако, даже такое объясненіе дѣла симуляціею одного предположенія другимъ явится невозможнымъ въ примѣрѣ покупки отцомъ обстановки для дочери, выходящей замужъ, — въ томъ случаѣ, если бракъ не состоится вслѣдствіе смерти дочери. Представимъ, что отецъ уже былъ престарѣлый человѣкъ, не имѣвшій другихъ дѣтей, кромѣ единственной дочери, что онъ былъ очень недоволенъ покупкою обстановки, такъ какъ при его удрученномъ матеріальномъ положеніи — эта трата была слишкомъ тяжела для его кармана, — но онъ былъ абсолютно вынужденъ къ этому, чтобы исполнить отцовскій долгъ. Коротко говоря, представимъ себѣ, что свадьба дочери была дѣйствительно рѣшающимъ соображеніемъ при покупкѣ обстановки, — соображеніемъ, не допускающимъ возможности какой-либо симуляціи. Вопросъ о дѣйствительности или недѣйствитель-

ности юридическаго акта выступаетъ здѣсь совершенно ясно, въ своей острой формѣ Или, напримѣръ, извѣстный случай съ игрою въ повышеніе — пониженіе какихъ-либо акцій. Одна сторона побуждается заключить сдѣлку расчетомъ, что акціи поднимутся, другая — что онѣ падутъ. Само собой понятно, что предположеніе одной стороны вполнѣ замѣтно для другой. Тѣмъ не менѣе, въ этомъ случаѣ никто не рѣшится поставить въ зависимость дѣйствительность сдѣлки отъ исполненія подобныхъ предположеній. Что-же является критеріемъ въ одномъ случаѣ — для признанія за неисполненіемъ предположенія опорачивающаго сдѣлку характера, а въ другомъ случаѣ — для отрицанія такого характера?

Наиболѣе простое рѣшеніе вопроса заключалось-бы въ признаніи невозможности выставить на этотъ счетъ какое-либо общее правило въ виду пестро-измѣнчиваго характера занимающихъ насъ моментовъ. Это, въ свою очередь, означало-бы объявить всѣ подобнаго рода предположенія сторонъ при юридическихъ сдѣлкахъ лишенными всякаго значенія, насколько, разумѣется, они не прибавлены къ сдѣлкамъ въ качествѣ „условія“. Между тѣмъ, такое простое рѣшеніе едва-ли оказалось-бы вмѣстѣ и справедливымъ. Такъ, напр., подобное игнорированіе предположеній стороны можетъ возбудить не мало сомнѣній въ только что приведенномъ нами примѣрѣ покупки отцомъ обстановки для дочери. Въ разсматриваемомъ случаѣ весьма легко можетъ прозойти, что невыгода для продавца остаться съ мебелью на рукахъ является чрезвычайно незначительной въ сравненіи съ той невыгодой и тяжестью, которыя возникнутъ для покупателя отъ юридической сдѣлки, если ожидаемое имъ предположеніе въ дѣйствительности не осуществится Съ другой стороны, въ нашемъ примѣрѣ всегда можетъ произойти какое-либо чрезвычайное обстоятельство, которое въ состояніи возбудить догадку, что здѣсь было намѣреніе назначить вознагражденіе за рискъ при неосуществленіи предположенія, — каковымъ, напр., является назначеніе непомѣрно высокой цѣны за обстановку Приведемъ еще примѣръ. Допустимъ, что кто-либо рѣшился предпринять репаратурныя работы въ принадлежащемъ ему домѣ и съ этой цѣлью заключилъ договоръ съ какимъ-либо лицомъ, — побужденный къ тому единственно цѣлями предстоящей починки зданія, а домъ, между тѣмъ, вслѣдъ за заключеніемъ подобнаго дого-

вора, сторѣлъ. Если-бы мы рѣшились въ этомъ и многихъ тому подобныхъ случаяхъ примѣнять указанное нѣсколько выше правило, — т. е. не обращать никакого вниманія на то, исполнилось-ли предположеніе или нѣтъ, — то мы, очевидно, пришли-бы, благодаря этому, въ конфликтъ съ самыми элементарными требованіями справедливости. Такое правило можно допустить только въ области торговаго права. Въ этой области на первомъ мѣстѣ должа стоять прочность и обезпеченность оборота, и индивидуальныя соображенія сторонъ отходятъ совершенно на задній планъ. Внѣ отношеній торговаго права означенное правило не можетъ имѣть примѣненія. Юридическія сдѣлки вызываются всегда ожиданіемъ сторонами исполненія тѣхъ или другихъ своихъ предположеній. Вычеркивать эти послѣднія безъ дальнѣйшихъ разговоровъ нельзя, чтобы не прійти къ весьма несправедливымъ результатамъ Сводя къ общему итогу предыдущія разсужденія, мы приходимъ къ мысли, что, съ одной стороны, нельзя оставлять безъ всякаго вниманія предположенія участниковъ юридической сдѣлки, — а съ другой стороны, нельзя въ видѣ общаго правила постоянно придавать значеніе такимъ предположеніямъ. Гдѣ-же провести границу между предположеніями, неисполненіе которыхъ имѣетъ вліяніе на юридическую сдѣлку, и такими предположеніями, которыя представляются безразличными?

Совершенно аналогичный вопросъ можетъ быть предложенъ относительно такъ наз. naturalia negotii. Вѣдь, стороны всегда могутъ отмѣнить дѣйствіе одного изъ правилъ, принадлежащихъ къ числу naturalia negotii. Такъ вотъ нерѣдко возникаетъ сомнѣніе, произошла-ли такая отмѣна на самомъ дѣлѣ, или нѣтъ?

Чтобы отвѣтить на эти вопросы, нужно, прежде всего, обратить вниманіе на изъявленіе воли сторонами, какъ оно нашло себѣ внѣшнее выраженіе въ самомъ договорѣ. Это — самъ контрактъ, заключенный сторонами, — который долженъ быть подвергнутъ подробному разсмотрѣнію, чтобы на основаніи этого договора рѣшить, что должно считать въ томъ или въ другомъ случаѣ за истинную волю сторонъ. При этомъ не могутъ быть принимаемы въ расчетъ общія соображенія о „справедливости“. Вопросомъ является только то, что должно быть означено справедливымъ въ томъ или въ другомъ отдѣльномъ случаѣ. Вѣдь

стороны могутъ поступать при регулированіи ихъ взаимнаго отношенія столь неразумно, сколь возможно. Если, при этомъ, вдругъ задаться мыслью — подчинить отдѣльный моментъ въ этомъ правоотношеніи болѣе разумной и справедливой, съ общей точки зрѣнія, регламентаціи, — то отъ этого произойдетъ только путаница и даже прямо несправедливость, такъ какъ отношеніе будетъ регулировано противъ воли самихъ сторонъ. Въ самомъ дѣлѣ, въ соображенія сторонъ могли входить какія-либо исключительныя обстоятельства, не имѣющія мѣста въ видѣ общаго правила. По какому праву мы отвергли-бы въ подобномъ случаѣ ясную волю сторонъ въ угоду отвлеченному принципу? Защищаемая нами точка зрѣнія находитъ себѣ подтвержденіе и въ источникахъ, а именно въ l. 11 § 1 D. 19, 1 говорится: „nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari quod inter contrahentes actum est". Naturalia negotii, если, вообще, они относительно того или другого отдѣльнаго пункта въ данномъ случаѣ имѣютъ примѣненіе, — подлежатъ таковому, только „si nihil contrarium convenit".

Такимъ образомъ, главное значеніе слѣдуетъ придавать выраженной обѣими сторонами волѣ, т. е., тѣмъ словамъ контракта, въ которыя она воплотилась. Разъяснить эти слова — составляетъ основную цѣль всего дѣла. Соображенія одной изъ сторонъ, побудившія ее къ заключенію сдѣлки, — должны являться безразличными. Они имѣютъ значеніе лишь настолько, насколько они приняты другой стороной. Дѣйствительная воля сторонъ въ томъ видѣ, какъ она нашла себѣ выраженіе въ словахъ контракта [1]), должна служить базисомъ для разрѣшенія вопроса о томъ, какія изъ предположеній сторонъ являются существенными и какія нѣтъ. Если-же слова контракта оставляютъ мѣсто на этотъ счетъ какимъ-либо сомнѣніямъ, то здѣсь начи-

1) Вотъ — мѣста, въ которыхъ центръ тяжести кладется на то, „quid actum est", l 33 D 18, 1, l 58 § 1 D. 19, 2, l 10 D 14, 2, l 125 D 50, 16, l. 115 § 2 D 45, 1, или напр, выраженіе „quid inter ementem et vendentem actum sit" — l 41 pr D 18, 1, а также выраженіе „quod inter utramque partem convenit" — l 51 pr. D 19, 2. Тому подобныя выраженія встрѣчаются также въ l. 30 § 4 D 19, 2, l. 7 § 8 D 2, 14, l. 31 D 44, 7. См также Leonhard. Irrthum I, особенно стр. 239 сл., 260 сл., 274—275.

нается задача толкованія сдѣлки. Судья долженъ обратить вниманіе на всѣ моменты, которые можно собрать въ интересахъ указанной цѣли Сюда слѣдуетъ отнести, прежде всего, тѣ разъясненія, которыя могутъ дать предварительные переговоры сторонъ передъ заключеніемъ ими юридическаго акта. Затѣмъ, главное вниманіе должно быть сосредоточено на содержаніи договора въ его цѣломъ. Очень часто бываетъ, что тщательное разсмотрѣніе этого содержанія можетъ помочь сдѣлать какія-либо заключенія относительно такого предположенія сторонъ, которое прямо въ договорѣ нигдѣ не выражено. Послѣ такой интерпретаціи можно съ полнымъ основаніемъ утверждать, что отвѣтъ на занимающій насъ вопросъ является вполнѣ сообразнымъ съ дѣйствительной волею сторонъ, нашедшей себѣ выраженіе въ изслѣдуемомъ договорѣ [1]). Если-же послѣ такой операціи получится результатъ „non liquet", — то предположенія одной изъ сторонъ не принимаются вовсе въ расчетъ, такъ какъ относительно нихъ нельзя доказать, что они приняты соконтрагентомъ.

§ 10 Результатъ зависитъ, такимъ образомъ, отъ конкретнаго изслѣдованія всѣхъ индивидуальныхъ моментовъ каждаго отдѣльнаго случая. Тѣмъ не менѣе, отсюда вовсе не вытекаетъ, что судья, при этомъ, лишенъ опоры болѣе общихъ точекъ зрѣнія. Правда, какихъ-либо *общихъ правилъ*, какъ это было замѣчено нѣсколько выше, относительно подобныхъ индивидуальныхъ моментовъ выставить нельзя: они не встрѣчаются постоянно съ одинаково очерченнымъ характеромъ, но столь же разнообразны, какъ сама жизнь, ихъ породившая. Однако, это не исключаетъ возможности образованія *общихъ точекъ зрѣнія*, основанныхъ на разсмотрѣніи многихъ однородныхъ случаевъ, встрѣчаемыхъ въ гражданскомъ оборотѣ, — хотя, можетъ быть, и не вполнѣ одинаковыхъ. Эти-то *психологическія и практическія соображенія, основанныя на опытѣ*, должны, само собой понятно, руководить судомъ при разрѣшеніи отдѣльныхъ случаевъ, о которыхъ in concreto идетъ рѣчь [2]). Но не надо никогда забывать, что они носятъ только *руководящій*

---

1) Въ этомъ смыслѣ (толкованіе по содержанію договора) могутъ быть приведены слѣдующія слова въ l. 54 § 1 D 19, 2: „quamvis nihil expessum sit, tamen verisimile esse ita convenisse".

2) l. 54 § 1 D. 19, 2, l. 114 D. 50, 17.

характеръ и не имѣютъ непремѣннаго приложенія. Этимъ они отличаются, между прочимъ, также отъ naturalia negotii. При этихъ послѣднихъ имѣется опредѣленный комплексъ правилъ, примѣненіе которыхъ для суда обязательно, если, конечно, сами стороны не внесли на этотъ счетъ какихъ-либо измѣненій; разбираемыя нами въ настоящемъ мѣстѣ руководящія соображенія, наоборотъ, предполагаютъ, прежде своего примѣненія, подробное изслѣдованіе отдѣльныхъ индивидуальныхъ особенностей конкретной юридической сдѣлки, и только въ томъ случаѣ, если судъ убѣдится въ возможности воспользоваться при данномъ дѣлѣ этими соображеніями опыта, — онъ, дѣйствительно, ихъ примѣняетъ.

По свойству самаго предмета, не можетъ быть, конечно, и рѣчи объ исчерпывающемъ изложеніи подобныхъ руководящихъ соображеній. Стремиться къ чему-либо подобному означало-бы въ дѣйствительности заниматься разрѣшеніемъ невыполнимой задачи, — а именно — изложить общій опытъ человѣчества относительно договорныхъ отношеній обязательственнаго права. Настоящее изслѣдованіе имѣетъ одною изъ своихъ цѣлей — указать только нѣкоторыя изъ подобныхъ соображеній — относительно такихъ моментовъ, которые наиболѣе часто встрѣчаются

При этомъ, мы сдѣлаемъ естественное различіе тѣхъ случаевъ, когда предположенія сторонъ обозначены, и тѣхъ, когда подобное обозначеніе не имѣетъ мѣста. Когда предположеніе прямо выражено, — въ свою очередь, могутъ быть различныя комбинаціи.

Такъ, въ 1-хъ, наступленіе предположеннаго обстоятельства можетъ быть прямо сдѣлано „условіемъ“ въ техническомъ смыслѣ. На этотъ счетъ не возникаетъ никакого сомнѣнія: стороны ясно обусловили наступленіе теченія юридическихъ послѣдствій акта — исполненіемъ предполагаемаго событія, и самый актъ можетъ считаться состоявшимся — только съ указаннымъ ограниченіемъ.

Во 2-хъ, очень часто бываетъ, что, хотя извѣстное предположеніе стороны и не сдѣлано условіемъ юридической сдѣлки оно, тѣмъ не менѣе, указано въ актѣ, и въ этомъ указаніи лежитъ ясное свидѣтельство тому, что сторона не хотѣла обязываться, насколько предположеніе не осуществится. Этотъ случай совершенно аналогиченъ предыдущему. Мы имѣемъ здѣсь „молчаливое условіе“.

Въ 3-хъ, намъ остается разсмотрѣть еще такъ наз. собственные случаи предположеній, характерная черта которыхъ заключается въ томъ, что сторона здѣсь только дѣйствуетъ подъ извѣстнымъ предположеніемъ, но, при этомъ, вовсе не является для нея мыслимою возможность неисполненія этого предположенія, такъ что насчетъ такого неосуществленія своихъ ожиданій сторона не составляетъ себѣ въ моментъ заключенія сдѣлки никакого взгляда и, вслѣдствіе того, не проявляетъ по этому поводу никакой ясной воли. Что касается до такихъ случаевъ предположеній въ собственномъ смыслѣ, то замѣтимъ, прежде всего, что рѣзкое противоположеніе этихъ случаевъ случаямъ условій является въ значительной мѣрѣ преувеличеннымъ. Различіе представляютъ обыкновенно въ томъ видѣ, что, тогда какъ при предположеніи въ собственномъ смыслѣ имѣется налицо дѣйствительно безусловная воля, а стало быть, и на тотъ случай, если предположеніе не осуществится, — при условіи — воля сознательно себя ограничиваетъ, чтобы имѣть дѣйствіе только на тотъ случай, если условіе исполнится. Но „дѣйствительная“ воля, о которой идетъ рѣчь въ первомъ случаѣ, является совершенно произвольной абстракціею, а именно, при этомъ, вырываютъ отдѣльное проявленіе душевной жизни лица изъ того психологическаго процесса, только часть котораго оно составляетъ, и придаютъ этому вырванному изъ общей связи моменту самостоятельное значеніе, какъ если-бы онъ былъ полнымъ выраженіемъ воли лица — помимо другихъ моментовъ. Относительно подобнаго образа дѣйствій нельзя не признать, что онъ заслуживаетъ прямого осужденія. Въ самомъ дѣлѣ, изъявленіе воли, подобно каждому другому душевному движенію, имѣетъ значеніе только въ связи съ тѣмъ психологическимъ стимуломъ, который его вызвалъ. Во всякомъ случаѣ, должны быть приведены совершенно особенныя основанія, чтобы не обращать на этотъ стимулъ никакого вниманія. Такимъ образомъ, центральный пунктъ всего вопроса заключается въ томъ, чтобы опредѣлить, что въ каждомъ конкретномъ случаѣ является рѣшающимъ психологическимъ моментомъ, вызывающимъ изъявленіе воли. Если этотъ рѣшающій психологическій моментъ отпадетъ, то воля, о которой въ данномъ случаѣ можетъ быть рѣчь, является только „тѣнью воли“, лишеннымъ плоти и крови явленіемъ, которое не имѣетъ ничего общаго съ жизненной

дѣйствительностью. Приведенныя соображенія показываютъ, что, по существу дѣла, между случаями „условія“ и „предположенія“ нѣтъ коренного, рѣзкаго различія: если не исполнилось рѣшающее предположеніе, совершенно точно также, какъ если-бы не исполнилось условіе, — отпадаютъ въ обоихъ случаяхъ тѣ основанія, которыя порождаютъ волю, а, вмѣстѣ съ тѣмъ, отпадаетъ и сама эта воля.

Съ другой стороны, надо постоянно остерегаться ставить дѣйствительность юридической сдѣлки въ зависимость отъ такихъ чисто внутреннихъ психологическихъ моментовъ, какъ предположенія одной изъ сторонъ. Вотъ почему, для того, чтобы считать какое-либо предположеніе въ качествѣ рѣшающаго, оно должно быть ясно выражено въ качествѣ предположенія. Съ этой точки зрѣнія, конечно, обладаетъ весьма большимъ значеніемъ то обстоятельство, что предположеніе прямо названо стороною. Предположеніе можетъ получить также косвенное выраженіе. Это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда оно дѣлается яснымъ только по соображеніи всѣхъ сопутствующихъ обстоятельствъ данной юридической сдѣлки. Однако, предпочтительнѣе прямое выраженіе предположенія, такъ какъ только оно одно можетъ прогнать всякое сомнѣніе по вопросу о томъ, выступаетъ-ли предположеніе рѣшающимъ, или нѣтъ. Весьма важнымъ является, при этомъ, также то обстоятельство, въ какой моментъ имѣло мѣсто наименованіе предположенія. было-ли оно обозначено при приготовительныхъ къ сдѣлкѣ дѣйствіяхъ, или при окончательномъ заключеніи договора? Само собою понятно, что только въ послѣднемъ случаѣ наименованіе предположенія должно имѣть абсолютное значеніе. Между тѣмъ, очень трудно провести въ этомъ смыслѣ извѣстную границу, если только договоръ не заключенъ въ письменной формѣ. На самомъ дѣлѣ, стороны облекаютъ въ эту послѣднюю только то, чему онѣ дѣйствительно придаютъ значеніе. Вотъ почему является весьма естественнымъ, что заинтересованная сторона сочинитъ прибавку въ контрактъ относительно занимающаго насъ момента и прямо укажетъ, что то-то и то-то служило для нея рѣшающимъ предположеніемъ къ заключенію юридической сдѣлки.

Такимъ образомъ, весь вопросъ сводится къ тщательному изслѣдованію особенностей отдѣльнаго случая. Если предположеніе относится къ прошедшему времени, то

возникаетъ презумпція въ пользу того, что оно приведено только потому, что сторона хотѣла выставить хоть какой-нибудь поводъ для объясненія того обстоятельства, почему она заключила юридическую сдѣлку, и что, такимъ образомъ, обозначенное ею предположеніе имѣло для нея только преходящее, историческое значеніе, — причемъ, она ни на минуту не допускала возможности поставить дѣйствительность самаго договора въ зависимость отъ подобнаго предположенія [1]). Если-же, напротивъ, предположеніе относится къ будущему времени, то весьма вѣроятно, что дѣйствительность юридической сдѣлки поставлена въ зависимость отъ осуществленія этого будущаго момента, и что, такимъ образомъ, если онъ не наступитъ, — само изъявленіе воли должно остаться безъ силы Считаемъ, однако, нелишнимъ повторить, что все это — только презумптивныя правила, которыя могутъ быть опровергнуты въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ доказательствомъ противнаго. Такъ, прежде всего, весьма легко можетъ случиться, что сторонами снабжено значеніемъ также предположеніе, относящееся къ прошедшему времени. Эти прошлые моменты in concreto могутъ представляться сторонамъ не только въ качествѣ прошлыхъ, но и въ качествѣ моментовъ, предполагаемыхъ во время заключенія самой сдѣлки. Стороны могутъ положить центръ тяжести именно на наличность этихъ прошлыхъ моментовъ во время совершенія самаго юридическаго акта. Съ другой стороны, не исключена возможность также и того, что будущимъ моментамъ придано сторонами столь малое значеніе, что невозможно предположить, чтобы осуществленіе предположенія могло, при данныхъ условіяхъ, имѣть рѣшающее значеніе относительно юридическаго акта.

Кромѣ всего этого, никогда не слѣдуетъ забывать, что исполненіе resp неисполненіе предположенія можетъ вызывать еще другія юридическія послѣдствія, помимо только что указанныхъ, — т. е., полнѣйшаго прекращенія договора или удержанія его въ полной силѣ. Эти послѣднія имѣютъ мѣсто только въ томъ случаѣ, когда предположеніе касается существеннаго момента въ договорѣ, или — когда, какъ гово-

---

1) См приведенное мною выше (стр 19) различіе римскаго понятія „ob causam“ и „ob rem“.

рятъ англичане, — „оно пустило корни въ договоръ“ Но тамъ, гдѣ предположеніе не имѣетъ столь существеннаго характера, его отпаденіе можетъ сопровождаться нѣсколько другими юридическими послѣдствіями: оно можетъ дать поводъ къ частичному уничтоженію сдѣлки или обусловить требованіе вознагражденія за убытки. По вопросу о томъ, на что, при извѣстной конкретной сдѣлкѣ, является направленной воля сторонъ, — слѣдуетъ сказать, что разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ разсмотрѣнія индивидуальныхъ особенностей отдѣльныхъ случаевъ.

Какъ мы уже нѣсколько разъ упоминали, для приданія предположенію рѣшающаго характера, необходимо не только то, чтобы предположеніе одной изъ сторонъ дѣйствительно имѣло мѣсто, но чтобы другая сторона приняла это предположеніе. Для иллюстраціи приведемъ случай изъ современной англійской судебной практики [1]). Дѣло идетъ о партіи овса, проданнаго на пробу. Покупатель не согласенъ принять овесъ, такъ какъ предполагалъ, что онъ купилъ старый овесъ, а, на самомъ дѣлѣ, овесъ оказывается молодымъ. Продавецъ, по словамъ покупателя, при совершеніи договора, долженъ-бы былъ знать, что тотъ желаетъ, именно, стараго овса, — но, съ другой стороны, онъ ничего не сказалъ такого, изъ чего можно было-бы заключить, что онъ идетъ навстрѣчу этому желанію покупателя. Положимъ, выговоренная цѣна была слишкомъ высокою для новаго овса, но овесъ, вообще, въ то время, когда состоялась продажа, былъ очень дорогъ Судъ постановилъ, что покупатель не имѣетъ права отказываться отъ принятія овса. Правда, покупатель заключилъ сдѣлку въ надеждѣ, что проданный овесъ былъ старый, но вовсе безъ убѣжденія, что продавецъ заключилъ контрактъ, именно, въ этомъ смыслѣ (въ рѣшеніи приводится авторитетъ знаменитаго англійскаго юриста — Блекбурна) Между двумя послѣдними случаями, — говоритъ судебное рѣшеніе, — такое-же различіе, какъ если-бы кто-либо покупалъ коня въ расчетѣ, что онъ — здоровъ (I случай), или — если-бы здоровье коня было гарантировано въ самомъ договорѣ — (II случай). Въ рѣшеніи по другому дѣлу говорится, что подобная гарантія не можетъ

1) Lenel въ Archiv f d civ. Praxis. Томъ 79. Стр. 105

заключаться въ чисто пассивномъ образѣ дѣйствій продавца, какъ напр., мы это имѣли въ случаѣ съ овсомъ. Вѣдь, покупатель имѣлъ слишкомъ достаточно времени, чтобы сдѣлать надлежащую пробу съ овсомъ. Такимъ образомъ, хотя предполагаемое качество овса и было единственнымъ для покупателя мотивомъ къ заключенію сдѣлки, — но оно не было сдѣлано существеннымъ условіемъ контракта и потому не можетъ имѣть опредѣляющаго значенія по вопросу о дѣйствительности юридической сдѣлки. Все дѣло сосредоточивается около того момента, возложена-ли на продавца гарантія относительно качества „praestatio", или нѣтъ. Кромѣ того принимается во вниманіе то обстоятельство, имѣлъ-ли самъ покупатель возможность составить себѣ надлежащее понятіе относительно качествъ купленной имъ вещи. Въ подробномъ-же разсужденіи вопроса о высотѣ цѣны лежитъ ясное указаніе, что непомѣрно высокій размѣръ цѣны — въ сравненіи съ дѣйствительною цѣнностью „praestatio" можетъ, при нѣсколько иныхъ условіяхъ, повести за собой другой результатъ

При передачѣ будущихъ вещей руководящее правило опыта указываетъ судьѣ на приведенную нами нѣсколько выше (стр. 61) точку зрѣнія взаимности: бо̀льшій рискъ бо̀льшій эквивалентъ! Вѣдь, при подобныхъ сдѣлкахъ вся задача суда заключается въ разрѣшеніи вопроса, на которую изъ обѣихъ сторонъ слѣдуетъ возложить рискъ относительно составляющихъ объектъ передачи будущихъ вещей. Ближайшее опредѣленіе по этому поводу дается обыкновенно „naturalia negotii" соотвѣтствующей сдѣлки. Тамъ, гдѣ эти „naturalia negotii" молчатъ, — должно быть примѣнено только что указанное — руководящее правило опыта.

Что касается, наконецъ, до всѣхъ тѣхъ предположеній сторонъ, которыя относятся къ другимъ моментамъ, а не къ вопросу объ эквивалентѣ, — то эти предположенія обладаютъ часто столь неопредѣленнымъ характеромъ и составляютъ иногда до такой степени неуловимый актъ внутренней душевной жизни извѣстнаго субъекта, — что положеніе соконтрагента было-бы сдѣлано крайне невыгоднымъ, если-бы дѣйствительность юридическаго акта всегда ставилась въ зависимость отъ подобныхъ мотивовъ, не имѣющихъ того или другого отношенія къ вопросу объ эквивалентѣ. Въ томъ-же случаѣ, когда подобнаго рода предположенія дѣйствительно

вызвали юридическую сдѣлку, — то, для того, чтобы ихъ исполненію было придано вліяніе на эту сдѣлку, — необходимо, чтобы та сторона, которая на нихъ ссылается, доказала рѣшающій характеръ этихъ предположеній, — иными словами, onus probandi падаетъ, именно, на эту сторону. Впрочемъ, вопросъ о рѣшающемъ характерѣ того или другого предположенія покоится, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, на самыхъ различныхъ основаніяхъ. Такъ, напр., стоитъ-ли тотъ фактъ, къ которому относится предположеніе стороны, въ какой-либо связи съ дѣятельностью этой стороны, или такой связи нѣтъ? Или, можетъ быть, его исполненіе или неисполненіе находится во власти, вполнѣ или частію, противоположной стороны? Какую тяжесть, сравнительно съ выгодою, принесетъ для той и другой стороны осуществленіе предположенія? Отвѣтъ на эти и многіе подобные вопросы можетъ имѣть въ нашемъ дѣлѣ значеніе руководящаго правила опыта. Исчерпать эти правила, при безконечномъ разнообразіи случаевъ дѣйствительной жизни, — совершенно невозможно. Вотъ почему мы и ограничились указаніемъ только нѣкоторыхъ изъ нихъ въ видѣ примѣровъ.

Глава III.

Виндшейдовская теорія предположенія.

§ 11. Ученіе Виндшейда[1]) о предположеніи вызвало весьма обширную литературу. Его теорію приняли слѣдующіе писатели: Rudorff, Bähr, Unger, Baron, Förster, Hruza, Bechmann, Brinz, Hesse, Buhl, Lotmar и Leonhard. Противъ его взглядовъ высказались: Erxleben, Witte, Voigt, Wendt, Zimmermann, Adickes, Pfersche, Gradenwitz, Dernburg и Lenel[2]).

Въ виду огромной важности, которую имѣетъ въ вопросѣ о значеніи каузальнаго момента при обязательствахъ эта теорія, а равно, тѣхъ споровъ, которые она вызвала,

---

1) Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung 1850, Pandektenrecht I §§ 97—100, въ Archiv f d. civ. Praxis, томъ 78 стр. 161—202

2) Archiv f d civ. Praxis. Томъ 74. Стр. 213—239. Томъ 79. Стр 49—107.

намъ необходимо на ней подробно остановиться. Наиболѣе рѣзкую критику ученіе Виндшейда о предположеніи встрѣтило со стороны Ленеля. Этотъ послѣдній собралъ въ двухъ талантливыхъ статьяхъ въ Archiv für die civilistische Praxis всѣ возраженія, которыя дѣлались противъ Виндшейда, прибавивъ къ нимъ также свою сильную критику. Вотъ почему мы подробно разберемъ развиваемую имъ точку зрѣнія. Изложимъ сперва ученіе самого Виндшейда.

Предположенія, по Виндшейду, являются ограниченіями воли, стоящими наряду съ условіями. Однако, они рѣзко отличаются отъ условій. При юридической сдѣлкѣ подъ условіемъ — заключающая эту сдѣлку сторона представляетъ себѣ возможность ненаступленія условія и образуетъ себѣ на этотъ случай ясную волю. Наоборотъ, относительно „предположеній“ — для стороны не представляется ни на минуту сомнѣнія, что они могутъ не осуществиться. Виндшейдъ называетъ предположенія — „неразвитыми условіями“. При такомъ „неразвитомъ условіи“ сторона не говоритъ — „ich will, wenn —“, но говоритъ — „ich will, wurde aber nicht wollen, wenn nicht —“. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ сторона выражаетъ, что она хочетъ заключить такую-то юридическую сдѣлку независимо отъ какого-бы то ни было условія. Вмѣстѣ съ тѣмъ, она побуждается заключить сдѣлку исключительно мыслью, что ея предположенія осуществятся. Понятно само собой, что, если такого осуществленія не воспослѣдуетъ, — то достигнутый сдѣлкою правовой эффектъ не будетъ соотвѣтствовать „дѣйствительной“ или „истинной“ волѣ стороны. Это обстоятельство должно ей дать возможность оспаривать этотъ результатъ.

Предположенія могутъ быть выражены, во-I-хъ, подробнымъ образомъ, во-II-хъ, молчаливо. Въ случаѣ молчаливаго выраженія предположеній, характеръ и существо ихъ опредѣляется Виндшейдомъ „первою цѣлью“ сдѣлки. Каждая юридическая сдѣлка должна имѣть такую „первую цѣль“. При нѣкоторыхъ юридическихъ сдѣлкахъ такою первою цѣлью могутъ быть сами вызываемыя ими юридическія послѣдствія, напр., договоръ съ правопрекращающимъ дѣйствіемъ, сдѣлка, имѣющая цѣлью выговорить право отступленія отъ договора и мн. друг. Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло при огромномъ большинствѣ юридическихъ сдѣлокъ, имѣющихъ своею цѣлью перенесеніе съ одного лица на другое

имущественныхъ цѣнностей. „Niemand nimmt eine Vermögenszuwendung um ihrer selbst willen vor. Jede Vermögenszuwendung hat ein Warum, einen Zweck, einen ersten Zweck. Er ist derjenige Zweck, welcher die Vermögenszuwendung aus dem Nichts hervorruft. Wird er nicht erreicht, so ist es eben so sicher, dass der Zuwendende für diesen Fall die Vermögenszuwendung nicht gewollt haben würde, wie es sicher ist, dass ohne einen Zweck Niemand eine Vermögenszuwendung will“ [1]).

Достиженіе этой первой цѣли предполагаетъ непремѣнно извѣстное описаніе того правоотношенія, на созданіе котораго направлена сдѣлка. Это является уже дѣломъ самихъ сторонъ, заключающихъ юридическій актъ, — такъ, напр., указаніе на наличность существованія обязательства необходимо должно имѣть мѣсто для того, чтобы была достигнута „первая цѣль“ юридическаго акта уплаты.

Для того, чтобы предположеніе имѣло юридическое значеніе, необходимо, чтобы оно было замѣтнымъ для другой стороны въ качествѣ органиченія воли. Тогда какъ противники Виндшейда довольствуются общимъ указаніемъ на „справедливость“ для обоснованія своего взгляда, — Виндшейдъ полагаетъ, что его теорія даетъ „einen bestimmten Grund für die hier massgebende Billigkeitserwägung der Rechtsordnung. Dieser Grund ist der eben bezeichnete: der Urheber der Willenserklarung, wenn er auch die Rechtsfolge zwar gewollt und unbedingt gewollt hat, hat doch zu gleicher Zeit zum Ausdruck gebracht, dass er sie nicht wollen würde, wenn er nicht von einer gewissen Annahme oder Erwartung ausginge, und hat damit einen Vorbehalt des Inhalts gesetzt, dass bei getäuschter Annahme oder Erwartung die Willenserklarung für ihn unverbindlich sein solle“. [2])

§ 12. Ленель, прежде всего, утверждаетъ, что вовсе не имѣетъ значенія то обстоятельство, на которое кладетъ центръ тяжести Виндшейдъ, — именно замѣтность предположеній одной стороны — для другой стороны. Онъ говоритъ, что весьма часто могутъ имѣть мѣсто какъ тѣ случаи, когда предположеніе замѣтно для другой стороны и, тѣмъ не менѣе, лишено юридическаго значенія, такъ, наоборотъ, и такіе случаи, когда предположеніе, хотя и не

1) Archiv. Стр. 175.
2) Стр 180—181

является замѣтнымъ для другой стороны, — однако-же, пріобрѣтаетъ юридическое значеніе. Такъ, напр., отецъ покупаетъ мебель для своей помолвленной дочери, исходя изъ предположенія, что бракъ, дѣйствительно, воспослѣдуетъ. Допустимъ, что это предположеніе вполнѣ замѣтно и извѣстно для продавца мебели. Тѣмъ не менѣе, если предположеніе не осуществится, — юридическая сдѣлка, все-таки, остается дѣйствительной. Теперь приведемъ примѣръ обратнаго случая, т. е., когда предположеніе одной стороны не является замѣтнымъ для другой стороны, но, тѣмъ не менѣе, снабжено юридическимъ значеніемъ. Представимъ себѣ, что кто-либо получаетъ сумму денегъ, посланную по почтѣ (Postanweisung) безъ ближайшаго обозначенія каузальнаго момента. Потомъ оказывается, что переводъ денежной суммы былъ предпринятъ для уплаты по мнимо существующему долгу. Внѣ всякаго сомнѣнія, отправитель можетъ потребовать ее обратно, — т. к. его предположенія не оправдались, — между тѣмъ, они вовсе не представлялись замѣтными для другой стороны. На это возраженіе Ленеля Windscheid[1]) отвѣчаетъ слѣдующимъ образомъ: „Обозначенія каузальнаго момента могутъ быть сдѣланы впослѣдствіи, а не при самомъ изъявленіи воли, которое въ этомъ случаѣ представляется неполнымъ. Они представляютъ не болѣе, какъ кусокъ настоящей воли, и приниматель денежной суммы не можетъ ссылаться на эти вырванные изъ общей связи куски, такъ какъ ясно, что эти куски сами по себѣ не имѣютъ самостоятельнаго значенія". На это Ленель, въ свою очередь, возражаетъ, что приниматель денежной суммы долженъ быть поставленъ въ возможность сослаться на передачу этой суммы въ томъ видѣ, какъ она въ дѣйствительности имѣла мѣсто, т. е., безъ обозначенія каузальнаго момента. Для того, чтобы передатчикъ могъ впослѣдствіи вытребовать эту сумму обратно, въ случаѣ неосуществленія каузальнаго момента, — онъ долженъ д о к а з а т ь, что, именно, этотъ каузальный моментъ служилъ для него съ самаго начала, т. е., при первомъ изъявленіи имъ своей воли, стимуломъ къ заключенію сдѣлки [2]).

Ленель отрицаетъ даже право на самостоятельное существованіе за понятіемъ предположенія, которое Виндшейдъ

---

1) Стр 178.
2) Томъ 79. Стр. 98

придаетъ этому понятію. Предположеніе должно, по ученію Виндшейда, занимать среднее мѣсто между собственнымъ условіемъ и простымъ мотивомъ. На это Ленель[2]) возражаетъ, что „es gibt nur eine rechtserhebliche Form der Willenserklarung, die Bedingung; ein Mittelding zwischen Motiv und Bedingung gibt es nicht".

По Ленелю, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должно тщательно изслѣдовать вопросъ, обусловила-ли сторона наступленіе юридическихъ послѣдствій, вытекающихъ изъ сдѣлки, осуществленіемъ своихъ предположеній, или нѣтъ?

При рѣшеніи этого вопроса, надо, прежде всего, обращать вниманіе на внѣшнее выраженіе предположенія. Такъ, напр., сторона можетъ прямо заявить, что она дѣйствуетъ подъ тѣмъ или другимъ предположеніемъ, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, даетъ понять, что она хочетъ наступленія юридическихъ послѣдствій сдѣлки только при исполненіи предположенія. По Ленелю, въ этомъ случаѣ, идетъ рѣчь просто о сдѣлкѣ, заключенной подъ условіемъ, — или о какой-либо новой клаузулѣ, прибавленной къ прежнему договору (напр., установленіе права отступить отъ договора, въ случаѣ неосуществленія предположенія, — или возмѣщенія убытковъ и т. д.). Онъ возстаетъ противъ примѣненія въ этомъ случаѣ правилъ относительно condictio indebiti.

Если такого внѣшняго выраженія предположенія стороны не существуетъ, то допускать возможность „молчаливаго предположенія", какъ это дѣлаетъ Виндшейдъ, для Ленеля представляется рѣшительно невозможнымъ. Онъ утверждаетъ, что взглядъ Виндшейда покоится въ этомъ случаѣ на абсолютной ошибкѣ. Если подъ „молчаливымъ" предположеніемъ разумѣть „ein Verhalten, das auf den Gegner genau den gleichen Eindruck macht, wie die ausdrückliche", — т. е., если понимать „молчаливое" предположеніе въ тѣсномъ смыслѣ, — то противъ этого, конечно, можно возразить весьма немногое. Но Виндшейдъ разумѣетъ понятіе „молчаливаго" предположенія въ широкомъ смыслѣ, — „jede Voraussetzung, die Jemand im Stillen hegt und dem Gegner irgendwie erkennbar gemacht hat", — а относительно такого рода предположенія взглядъ Виндшейда, съ точки зрѣнія Ленеля, никоимъ обра-

---

1) Томъ 79. Стр. 51

зомъ не можетъ быть оправданъ. Въ самомъ дѣлѣ, заключающая юридическую сдѣлку сторона, обходя молчаніемъ вопросъ о своихъ предположеніяхъ при заключеніи сдѣлки, — показываетъ тѣмъ самымъ, что она вовсе не допускаетъ возможности, что эти предположенія не осуществятся; вотъ почему является „geradezu psychologisch unmöglich“ [1]), что она себѣ должна была образовать нѣкоторую волю относительно того случая, который она считала невозможнымъ. На этомъ основаніи, Ленель полагаетъ, что является „ein folgenschwerer Irrthum“, когда Windscheid также и въ этомъ случаѣ говоритъ о „stillschweigend erklärten Voraussetzungswillen. — Wer unter solchen stillschweigenden, aber erkennbaren Voraussetzung handelt, gibt keinen Willen, sondern nur eine in ihm herrschende Vorstellung, eine Ueberzeugung zu erkennen. — Willenserklärung im juristischen Sinn ist m. E. nur die Erklärung dessen, was man (bedingt oder unbedingt) will, nicht dessen, was man unter gewissen Eventualitäten wollen würde“ [2]).

Виндшейдъ обращаетъ главное вниманіе, для рѣшенія вопроса о томъ, что̀ является дѣйствительнымъ предположеніемъ стороны, если такое предположеніе внѣшнимъ образомъ не выражено, — на „первую цѣль“ сдѣлки. По Ленелю нельзя придавать какого-либо значенія такому „rein psychologische Moment, wie das nahere oder entferntere Verhältniss des erstrebten Zweckes zur Handlung.“ [3]) Почему, именно, придавать значеніе первой цѣли, а не второй, третьей или четвертой? Вѣдь, также и эти дальнѣйшія цѣли могутъ подходить подъ Виндшейдовскую характеристику, именно какъ „derjenige Zwek, der die Vermögenszuwendung aus dem Nichts hervorrufe“ Съ другой стороны, первая цѣль можетъ подъ эту характеристику и не подойти, — какъ, напр., при дареніи. Первая цѣль лежитъ при дареніи, вовсе не въ liberalitas, вовсе не въ принятіи даренія одареннымъ, какъ этого хочетъ Виндшейдъ, — но она имѣетъ въ дѣйствительности весьма разнообразный характеръ, — такъ напр., она можетъ заключаться въ томъ, чтобы сдѣлать одаренному удовольствіе, чтобы помочь ему въ томъ или другомъ предпріятіи

1) Томъ 79. Стр 61.
2)Томъ 79. Стр. 60
3) Томъ 79. Стр. 64

и т. д Всѣ эти различныя первыя цѣли имѣютъ слишкомъ неопредѣленный характеръ, чтобы съ ними можно было считаться, — онѣ являются для права невѣсомыми величинами, „Imponderabilien." Относительно нихъ можно сказать только то, что „sie nicht in der Erlangung eines Entgeltes im geschaftlich-wirthschaftlichen Sinn bestehen" [1]).

Вмѣсто Виндшейдовской „первой цѣли", Ленель выставляетъ понятіе „wirthschaftliche Zwek" Въ видѣ примѣровъ подобной цѣли онъ приводитъ solvendi, credendi, dotis, arrhae causa, do ut des, do ut facias и т. д. При этомъ имѣетъ значеніе, чтобы „das Aequivalent, um desswillen die Leistung erfolgt, im wirthschaftlichen Verkehr als solches anerkannt ist [2]) — — Ueber diese sachliche Bedeutung aber entscheidet die Verkehrsanschauung, bald nach objectiven Rücksichten, bald auch nach der subjektiven Werthung der betheiligten Parteien, und nur nach dieser sachlichen Bedeutung kann es sich vernünftiger Weise bestimmen, ob bei Verfehlung des Zwecks Rückforderung der Zuwendung stattfindet oder nicht" [3]).

Въ концѣ своей послѣдней статьи Ленель выражаетъ разницу между своею и Виндшейдовской точкой зрѣнія слѣдующимъ образомъ: „nicht auf das kommt es an, was man vorausgesetzt hat, sondern nur auf das, was man vorauszusetzen nach Treu und Glauben dem Gegner gegenüber berechtigt war" [4]).

§ 13. Прежде, чѣмъ войти въ подробную оцѣнку теоріи Виндшейда, слѣдуетъ сдѣлать одно предварительное замѣчаніе. Не надо забывать, что ученіе Виндшейда сложилось ближайшимъ образомъ подъ вліяніемъ римскаго права. Въ источникахъ римскаго права мы находимъ рядъ случаевъ такъ наз. кондикцій, которыя заключаются въ томъ, что посредствомъ нихъ парализуется эффектъ юридическаго акта, если тѣ предположенія стороны, при которыхъ этотъ актъ былъ заключенъ, — не исполнятся Ученіе Виндшейда стремится дать теоретическое обоснованіе этимъ случаямъ, и нельзя отрицать, что таковое найдено имъ совершенно правильно. При кондикціяхъ римское право, съ одной стороны, считаетъ юридическую сдѣлку дѣйствительной, — но, съ другой сто-

1) Томъ 74. Стр 230 сл., Томъ 79. Стр 66 сл
2) Томъ 79. Стр. 70
3) Томъ 79. Стр. 71.
4) Томъ 79 Стр 105.

роны, даетъ средства къ оспариванію ея результата. Виндшейдъ объясняетъ это тѣмъ, что оно на время разсматриваетъ изъявленіе воли, выраженное въ юридическомъ актѣ, какъ „дѣйствительную“ волю, — но въ то-же время даетъ возможность, — если окажется, что тѣ предположенія стороны, которыми вызвано изъявленіе воли, не осуществятся, — исправить этотъ провизорный порядокъ, сообразно съ позднѣшей „дѣйствительной“ волею стороны, — или, выражаясь другими словами, волею стороны, разсматриваемою въ связи съ тѣми предположеніями, которыя ее вызвали [1]).

Послѣ этого предварительнаго замѣчанія многое въ ученіи Виндшейда о предположеніи сдѣлается для насъ вполнѣ яснымъ. Такъ рѣзкое противоположеніе между условіемъ и предположеніемъ, встрѣчаемое у Виндшейда, въ дѣйствительности въ источникахъ римскаго права не выступаетъ въ столь острой формѣ Исходный пунктъ — для регулированія римскимъ правомъ интересующаго насъ вопроса — заключался въ стремленіи придать изъявленіямъ воли, составляющимъ юридическую сдѣлку, прочный характеръ и безусловное дѣйствіе. Вотъ почему сначала признавали неисполненіе

1) Такимъ образомъ при этомъ на время отдѣляютъ изъявленіе воли отъ тѣхъ предположеній, которыя его вызвали. Этотъ порядокъ частью стоитъ въ связи съ извѣстнымъ консерватизмомъ римской юриспруденціи въ обсужденіи ею правовыхъ матерій, но частью онъ имѣетъ также реальное значеніе, которое сохранилось и до настоящаго времени Представимъ себѣ, что третее лицо, дѣйствуя вполнѣ добросовѣстно, пріобрѣтетъ какое-либо право отъ одного изъ двухъ участниковъ въ юридической сдѣлкѣ, предположенія которой не осуществились Неужели ставить въ зависимость положеніе этого третьяго лица отъ осуществленія или неосуществленія предположеній участниковъ въ чуждой для него юридической сдѣлкѣ, которыя являются для него очень часто совершенно неясными и неизвѣстными? Римское право выходило изъ этого затрудненія такимъ образомъ, что оно давало тому участнику въ юридической сдѣлкѣ, предположенія котораго не исполнились, искъ, называемый кондикціею, противъ первоначальнаго участника въ сдѣлкѣ, но никакого иска противъ третьяго лица не предоставляло Укажемъ здѣсь на противоположеніе между кондикціею и виндикаціею Существованіе такого противоположенія, ясно вытекающее изъ l 7 § 3, l 9 pr, § 3 D. 23, 3 и l. 1 C 8, 54, отрицается Кинделемъ Однако въ дѣйствительности онъ самъ приходитъ къ тѣмъ же результатамъ. Такъ напр., на стр. 126 онъ хочетъ исключить обратный искъ противъ третьяго лица въ доброй вѣрѣ

условій, прибавленныхъ къ юридическимъ актамъ, влекущимъ за собою только предоставленіе заинтересованной сторонѣ — кондикцій Только потомъ признали неестественнымъ разрывать изъявленіе стороною ея воли на двѣ части, — какъ состоящую, во-первыхъ, изъ безусловной воли и, во-вторыхъ, изъ предоставленія кондикцій, поскольку не исполнятся условія. Вмѣстѣ съ тѣмъ, неисполненію условія начали сообщать непосредственное дѣйствіе, влекущее за собой отмѣну или даже невозникновеніе юридической сдѣлки Однако, это случилось только въ теченіе длиннаго историческаго процесса и даже въ позднѣйшемъ правѣ мы находимъ еще многіе слѣды первоначальнаго порядка, а именно, что неисполнившемуся условію не придается другого значенія, кромѣ порожденія кондикціи. Укажу на l. 5 § 9 D 23, 3, l. 2 § 7 D. 39, 5, l. 3 eod c 3 C 4, 6. Наоборотъ, мы встрѣчаемъ также рядъ случаевъ, въ которыхъ предположенію, придается совершенно то-же дѣйствіе, какъ и условію. Такъ, напр, при передачѣ имущественнаго объекта dotis causa предположеніе заключенія брака разсматривается какъ condicio — l 21, l. 68 D 23, 3 [1]). Приведенныя соображенія показываютъ, что какъ „предположеніе“, такъ и „условіе“ — выросли на одной и той-же исторической почвѣ, и что дѣлать между ними столь рѣзкое различіе, какъ это дѣлаетъ Виндшейдъ, — неосновательно.

Теперь приступимъ къ разсмотрѣнію главной части соображеній Виндшейда. Онъ старается обосновать свою теорію тѣмъ, что лицо, изъявившее свою волю, желаетъ и безусловно желаетъ юридическихъ послѣдствій, связанныхъ съ этимъ изъявленіемъ воли. Въ то-же время, однако, это лицо изъясняетъ, что оно не сдѣлало-бы соотвѣтствующаго изъявленія воли, если-бы не исходило, при этомъ, изъ извѣстныхъ предположеній и не побуждалось этими предположеніями къ юридическому акту. Этимъ дѣлается къ сдѣлкѣ прибавка въ томъ смыслѣ, что, если предположенія не осуществятся, то самое изъявленіе воли сдѣлается для лица, двигаемаго этими предположеніями, — необязательнымъ. Относительно этого способа выраженія Виндшейдомъ своихъ мыслей нельзя не признать правильною — критику Ленеля

1) См также l 1 C 8, 54.

Въ самомъ дѣлѣ, приведенныя Виндшейдомъ соображенія заключаютъ только теоретическое оправданіе случаевъ кондикцій римскаго права, а потому является невозможнымъ примѣнить тѣ-же соображенія для обоснованія случаевъ предположеній внѣ указанной области, такъ какъ является еще большимъ вопросомъ — подходятъ-ли также эти новые случаи подъ тѣ-же соображенія. Теоретическая конструкція Виндшейда можетъ быть примѣнена, чтобы поставить вопросъ, но отвѣта она не даетъ. Кромѣ этого, ему можно сдѣлать то замѣчаніе, что должно только съ чрезвычайною осторожностью переносить правила, выработанныя относительно кондикцій, на отношенія, основанныя на взаимномъ соглашеніи сторонъ. Это дѣлаетъ особенно яснымъ то руководящее значеніе, которое игралъ „Iex“ при кондикціяхъ въ ихъ историческомъ развитіи, при передачахъ имущественныхъ объектовъ.

Но слѣдуетъ ограничить этими упреками критику теоріи Виндшейда Ленель идетъ, конечно, чрезвычайно далеко, отрицая за понятіемъ предположенія какое-бы то ни было значеніе По Ленелю, имѣютъ мѣсто или условіе въ собственномъ смыслѣ, или лишенный значенія мотивъ, — ничего средняго между этими двумя понятіями, каковымъ по теоріи Виндшейда должно являться предположеніе, Ленель не признаетъ Ленель исходитъ, при этомъ, изъ вполнѣ дѣйствительной воли и, естественно, приходитъ къ результату, что она можетъ быть лишена силы только при ясно выраженной волѣ въ противоположномъ направленіи, которою первая воля ограничивается. Но вопросъ, именно, въ томъ и заключается, является-ли воля, рѣшающее предположеніе которой отпало, именно такою вполнѣ дѣйствительной волей? Это-то и отрицаетъ Виндшейдъ — и вполнѣ правильно при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ. Дѣло, такимъ образомъ, заключается вовсе не въ томъ, что уже существующая воля исключается другою волею позднѣйшаго происхожденія, идущею вразрѣзъ съ первою волею, но просто-на-просто прежняя воля должна считаться отпавшею — вслѣдствіе отпаденія вызвавшаго ее предположенія.

Въ связи съ этимъ стоитъ тотъ сильный вѣсъ, который Ленель придаетъ обозначенію предположенія. Онъ склоненъ придавать юридическое значеніе только яркимъ образомъ выраженному во внѣ продположенію, такъ какъ, именно,

только оно имѣетъ видъ условія, — между тѣмъ какъ неполучившія такого внѣшняго выраженія предположенія, по Ленелю, указываютъ только на выраженіе „убѣжденія“ у сторонъ, которому онъ не придаетъ никакого юридическаго значенія По этому поводу мы отсылаемъ читателя къ нашему предшествующему изложенію Тамъ было развито, что въ весьма многихъ случаяхъ и выраженное внѣшнимъ образомъ предположеніе не имѣетъ ровно никакого значенія, и что, наоборотъ, въ различныхъ случаяхъ можетъ быть придано значеніе молчаливому предположенію Вотъ почему не можетъ быть рѣчи только о выраженіи „убѣжденія“ стороны, какъ этого хочетъ Ленель, — но рѣчь идетъ и о практическомъ случаѣ, когда неосуществленіе предположенія влечетъ за собою отпаденіе юридической сдѣлки

Такимъ образомъ, мы видимъ, что Ленель, въ своей критикѣ Виндшейдовской теоріи предположенія, идетъ слишкомъ далеко. Однако, ему нельзя не отдать справедливости, когда онъ критикуетъ формулировку, которую Виндшейдъ далъ своей теоріи, и даваемое имъ обоснованіе своихъ взглядовъ Того-же самого нельзя сказать о взглядахъ Леленя на то примѣненіе, которое Виндшейдъ даетъ своей теоріи. Виндшейдъ вовсе не хочетъ, какъ это часто представляютъ его противники, ставить дѣйствительность юридической сдѣлки въ зависимость отъ гипотезъ и догадокъ о томъ, что составляло предметъ предположеній сторонъ. Напротивъ, онъ неоднократно протестуетъ, по крайней мѣрѣ въ своемъ сочиненіи въ Archiv f. d. civ. Praxis противъ этого навязываемаго ему взгляда. Онъ много разъ подчеркиваетъ, что онъ все время имѣетъ въ виду, говоря о предположеніи, такое предположеніе, „die nach den Regeln der Auslegung als gewollt objektiv und subjektiv erkannt werden kann“. Приведенныя соображенія показываютъ, что тотъ „призракъ воли“, передъ которымъ сторонники Виндшейда испытываютъ столь большой страхъ, — въ дѣйствительности, по крайней мѣрѣ, по тому обоснованію своей теоріи, которое онъ даетъ въ своей послѣдней статьѣ въ „Archiv“’ѣ, — вовсе не имѣетъ мѣста и созданъ, въ сущности, самими противниками Виндшейда подъ вліяніемъ двухъ-трехъ, можетъ быть, не совсѣмъ удачныхъ съ его стороны выраженій. Существо теоріи Виндшейда состоитъ только въ томъ, что, если отпадетъ рѣшительный побудительный стимулъ, который составляетъ пред-

положеніе стороны, вызывающее юридическій актъ, — то отпадаетъ и самъ этотъ актъ Сторона, въ этомъ случаѣ, если-бы знала напередъ, что предположеніе не осуществится, не предприняла-бы юридической сдѣлки, не совершила-бы соотвѣтствующаго изъявленія воли, — „nicht wollen würde“. Этотъ чисто отрицательный фактъ является достаточнымъ основаніемъ для его теоріи. Правда, нѣкоторыя неудачныя выраженія нашего автора даютъ поводъ къ недоразумѣніямъ Такъ, напр., сюда относится утвержденіе Виндшейда, что, если предположеніе стороны не осуществится, то это значитъ, что сторона не хотѣла себя считать связанной своимъ изъявленіемъ воли Однако, это нисколько не вредитъ существу дѣла Весь вопросъ сводится къ практической задачѣ опредѣленія того, что составляетъ рѣшающее предположеніе стороны, вызвавшее юридическую сдѣлку, — для того, чтобы этимъ путемъ, при отпаденіи этого предположенія, признать юридическій актъ подлежащимъ оспариванію.

Windscheid хочетъ, съ этой точки зрѣнія, сосредоточить центръ тяжести въ разрѣшеніи вопроса, является-ли предположеніе одной стороны з а м ѣ т н ы м ъ для другой стороны? Здѣсь можно сдѣлать, принимая во вниманіе возраженія, дѣлаемыя его противниками, немаловажный коррективъ. Недостаточно, чтобы предположеніе стороны было замѣтно другому участнику въ сдѣлкѣ, — необходимо еще, чтобы это предположеніе было а к ц е н т и р о в а н о этимъ другимъ участникомъ Однако, самъ Виндшейдъ —, правда, обходнымъ путемъ, — но достигаетъ подобнаго-же результата. Онъ ставитъ требованіе, чтобы предположенія были не только тѣмъ или другимъ путемъ замѣтны для другой стороны, — но чтобы они были замѣтны, именно, к а к ъ о г р а н и ч е н і я в о л и Но это является искусственною конструкціею отношенія, — конструкціею, тѣсно связанною съ тѣмъ, что Виндшейдъ, какъ я указалъ, въ своей теоріи предположенія исходилъ исключительно изъ римскаго ученія о кондикціяхъ, гдѣ, согласно мною сказанному, обращается особенное вниманіе на одностороннее изъявленія воли совершающей передачу стороны. При договорныхъ отношеніяхъ, которыя, къ сожалѣнію, оставляются Виндшейдомъ въ его сочиненіяхъ нѣсколько въ тѣни, — вопросъ разрѣшается точнымъ изслѣдованіемъ, п р и н я л а - л и противоположная сторона ограниченіе послѣдствій юридической сдѣлки наступленіемъ или осущест-

вленіемъ предположеній другой стороны. Этотъ вопросъ разрѣшается легко, если предположеніе яснымъ образомъ выражено во внѣ. Гораздо труднѣе разрѣшить его, когда такого внѣшняго выраженія нѣтъ налицо, но существуетъ только „молчаливое предположеніе".

Виндшейдъ, какъ уже было мною упомянуто, выставляетъ въ этихъ цѣляхъ понятіе „первой цѣли". Если эта „первая цѣль" не осуществится, — то, по Виндшейду, вмѣстѣ съ тѣмъ, отпадаетъ рѣшающее предположеніе стороны, и сама сдѣлка должна быть признана недѣйствительной. Что касается до этого выставляемаго Виндшейдомъ понятія „первой цѣли", — то критику Ленеля нельзя не признать справедливой, — поскольку эта „первая цѣль" должна быть понимаема въ качествѣ цѣли, которая въ дѣйствительности, въ отдѣльномъ случаѣ, психологически являлась-бы первою. Основанія противъ этого понятія „первой цѣли" были приведены мною выше, при изложеніи критики Ленеля. Однако, можетъ быть, изслѣдованіе Виндшейда понимаетъ „первую цѣль" не въ смыслѣ первой по времени, но такой цѣли, которая по мысли стороны выступаетъ въ качествѣ первой цѣли? Другими словами, не разумѣетъ-ли онъ подъ „первой цѣлью" самую существенную, такъ сказать принципальную цѣль, преслѣдуемую стороной въ извѣстной юридической сдѣлкѣ? Однако, и такая постановка вопроса является неправильною. Опредѣленіе того, что въ дѣйствительности въ отдѣльномъ случаѣ является главною цѣлью стороны, — есть только другое выраженіе вопроса, что въ конкретномъ случаѣ является для стороны рѣшающимъ предположеніемъ, — а это-то и представляетъ собою тотъ вопросъ, для разрѣшенія котораго вводится Виндшейдомъ понятіе „первой цѣли".

Съ нашей точки зрѣнія, если нѣтъ внѣшняго выраженія рѣшающаго предположенія стороны, служащаго для нея побудительнымъ стимуломъ къ заключенію юридической сдѣлки, — такимъ предположеніемъ слѣдуетъ признать тотъ моментъ, который постоянно повторяется въ самыхъ различныхъ юридическихъ сдѣлкахъ и, притомъ, съ такимъ постояннымъ и устойчивымъ характеромъ, что имъ можно пользоваться въ качествѣ исходнаго пункта для разрѣшенія занимающаго насъ вопроса. Это — та цѣль, которая выше была означена мною, какъ „правовая цѣль". Это — постоянно повторяющійся вопросъ объ эквивалентѣ или сознательное исключеніе тако-

вого. Такая правовая цѣль проходитъ черезъ каждую имущественно-юридическую сдѣлку Съ этой точки зрѣнія, вовсе не представляется исключеніемъ договоръ, имѣющій цѣлью прекращеніе другого договора, — или договоръ, которымъ устанавливается для одного изъ контрагентовъ право отступленія отъ прежняго договора, — что именно Виндшейдъ приводитъ въ качествѣ примѣровъ, когда его „первая цѣль“ не имѣетъ самостоятельнаго значенія. Также и въ этихъ случаяхъ выступаетъ на первый планъ вопросъ, являются-ли юридическія сдѣлки обусловленными эквивалентомъ, и, если „да“, то какого рода этотъ эквивалентъ, — или предприняты онѣ съ сознательнымъ исключеніемъ такового? Съ нашей точки зрѣнія, выдвигающей на первый планъ то, что мы условились называть „правовою цѣлью“, — весьма легко разрѣшается приведенный мною при изложеніи критики Ленеля на теорію Виндшейда споръ между этими двумя писателями относительно юридическаго акта, заключеннаго безъ указанія каузальнаго момента. Я разумѣю приводимый Ленелемъ примѣръ отправленія по почтѣ переводомъ извѣстной денежной суммы на имя какого-либо лица, безъ указанія цѣли такого отправленія. Такая юридическая сдѣлка, съ моей точки зрѣнія, является въ дѣйствительности сама по себѣ неполной и нуждается въ извѣстномъ дополненіи. Признать, въ этомъ случаѣ, самостоятельное значеніе за формальнымъ актомъ передачи, пока передатчику (отправителю денежной суммы) не удастся привести доказательства въ пользу существованія каузальнаго момента и доказать его реальное осуществленіе, — означало-бы выставить презумпцію въ пользу свободнаго отъ эквивалента характера для подобныхъ юридическихъ сдѣлокъ, имѣющихъ своимъ предметомъ перенесеніе имущественныхъ цѣнностей, — а это означало-бы признать нормальнымъ, составляющимъ общее правило, случаемъ — безвозмездный переходъ такихъ цѣнностей, т. е. случай даренія, — а это, въ свою очередь, представило-бы яркое противорѣчіе съ дѣйствительностью. Наша точка зрѣнія, кстати сказать, вполнѣ подтверждается и мѣстами источниковъ [1]), касающимися традиціи, которыя требуютъ при искѣ, основанномъ на традиціи, доказательства наличности „iusta causa“. Правда, эти мѣста, ци-

1) l. 55 D. 44, 7, l 31 D 41, 1.

тированныя въ примѣчаніи, представляются до извѣстной степени спорными, — но за то гораздо менѣе сомнительнымъ представляется отношеніе при обязательственномъ обѣщаніи. Здѣсь римское право, какъ много разъ было указываемо нами выше, исходитъ изъ того, что требуетъ изъясненія не только какой-либо causa, — но также совершенно точнаго изъясненія ея характера, и только въ этомъ послѣднемъ случаѣ обязательству придается юридическое значеніе.

Такимъ образомъ, „правовая цѣль“ помогла намъ для разрѣшенія интересующаго насъ вопроса. Однако, не надо забывать, что это только частичное рѣшеніе вопроса. Вѣдь, отношеніе по эквиваленту допускаетъ весьма большое разнообразіе, — другими словами, эквивалентъ можетъ быть весьма различнымъ. Вотъ почему всякій разъ, когда предположеніе стороны не получило внѣшняго выраженія, возникаетъ дальнѣйшій вопросъ, каковъ эквивалентъ при этой сдѣлкѣ? Если этотъ вопросъ не можетъ быть разрѣшенъ на основаніи той категоріи, къ которой надо отнести юридическую сдѣлку, — то здѣсь должны быть примѣнены общія правила относительно толкованія юридическихъ актовъ

Что касается до выставляемаго Ленелемъ, для рѣшенія того-же вопроса, понятія „экономической цѣли“, — то эта экономическая цѣль, въ сущности, представляетъ собою то-же самое, что мы называемъ „правовою цѣлью“. Въ самомъ дѣлѣ, выставляя свою „экономическую цѣль“ въ качествѣ рѣшающей дѣло нормы, — онъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, совершенно исключаетъ изъ разсмотрѣнія случаи даренія и этимъ придаетъ этой цѣли самостоятельное значеніе. Кромѣ того, еще слѣдуетъ замѣтить, что Ленель нисколько не объясняетъ, какимъ путемъ можетъ послужить къ отвѣту на занимающій насъ вопросъ выставляемое имъ понятіе „экономической цѣли“.

§ 14. Предшествующее изложеніе показало намъ разницу двухъ основныхъ точекъ зрѣнія въ литературѣ относительно значенія каузальнаго момента при обязательствахъ: объективной и субъективной. Объективисты, представителемъ которыхъ является Ленель, кладутъ центръ тяжести на право въ объективномъ смыслѣ, которое должно, по ихъ мнѣнію, заключать въ себѣ указанія на то, какія предположенія стороны, при той или другой юридической сдѣлкѣ, являются существенными для дѣйствительности этой сдѣлки и потому должны быть считаемы наличными въ каждомъ конкретномъ

случаѣ Субъективисты, наиболѣе яркимъ примѣромъ которыхъ можетъ служить Виндшейдъ, — признаютъ зависимость юридической сдѣлки отъ осуществленія или неосуществленія каждаго предположенія стороны, которое служило стимуломъ къ заключенію юридическаго акта и было акцептировано другою стороною Нашъ взглядъ относительно того, какую изъ этихъ двухъ точекъ зрѣнія мы считаемъ за правильную, — отчасти уже ясенъ на основаніи предшествующихъ соображеній. Сдѣлаемъ еще нѣсколько замѣчаній.

Та роль, которая приписывается объективному праву, — въ значительной степени преувеличена, — особенно, когда приходится на практикѣ разрѣшать вопросъ о значеніи отдѣльныхъ предположеній. Объективисты предлагаютъ примѣнять здѣсь исключительно тѣ правила, которыя выработало право въ объективномъ смыслѣ Но возникаетъ вопросъ: гдѣ найти эти объективныя правила? Заключаетъ-ли въ себѣ, вообще, право въ объективномъ смыслѣ эти правила? Въ извѣстной степени, правила эти, дѣйствительно, могутъ быть указаны, именно, насколько они касаются naturalia negotii той или другой юридической сдѣлки Но по отношенію къ вопросу объ этихъ послѣднихъ (naturalia negotii), — вовсе не существуетъ особаго разногласія между субъективной и объективною точкою зрѣнія. Виндшейдъ развиваетъ въ своемъ учебникѣ правила относительно naturalia negotii, нигдѣ не требуя положительной зависимости примѣненія этихъ правилъ отъ воли участниковъ въ соотвѣтствующей юридической сдѣлкѣ. Но, какъ я уже нѣсколько разъ, въ теченіе предшествующаго изложенія, имѣлъ случай упоминать, эти naturalia negotii охватываютъ только ограниченный кругъ изъ предположеній сторонъ. Кромѣ того, стороны могутъ по желанію измѣнять naturalia negotii. Отсюда само собою понятно, что, если, при рѣшеніи вопроса о предположеніяхъ сторонъ, имѣющихъ существенное значеніе для дѣйствительности юридической сдѣлки, — обращать исключительное вниманіе на объективныя юридическія правила, — то это означало-бы заниматься построеніемъ зданія, которое не можетъ быть возведено, такъ какъ индивидуально измѣняющійся характеръ отдѣльнаго случая исключаетъ самую возможность выставленія такихъ общихъ правилъ. На самомъ дѣлѣ, такія общія правила послужили-бы только къ тому, чтобы судья рѣшалъ каждый отдѣльный случай такъ, какъ

ему подсказываютъ его опытъ и чутье относительно значенія того или другого предположенія стороны при извѣстной юридической сдѣлкѣ въ данномъ конкретномъ ея видѣ. Такимъ образомъ, если субъективизмъ представляетъ опасность растеряться въ разрѣшеніи вопроса о томъ, какое изъ множества наличныхъ побудительныхъ къ заключенію сдѣлки соображеній является существеннымъ и какое нѣтъ, — то односторонняя объективная точка зрѣнія можетъ повести, съ другой стороны, къ не менѣе опаснымъ результатамъ Вѣдь, объективныя правила, о которыхъ здѣсь только и можетъ быть рѣчь, являются не юридическими правилами, но практическими правилами опыта. Эти послѣднія, конечно, могутъ и даже должны руководить судьею при постановленіи судебнаго рѣшенія, но не могутъ и не должны претендовать на исключительное значеніе. Правда, судебное рѣшеніе въ занимающемъ насъ вопросѣ должно быть постановляемо съ принятіемъ во вниманіе этихъ правилъ опыта, но они не должны идти вразрѣзъ съ точной оцѣнкой обстоятельствъ каждаго индивидуальнаго случая.

Объективная доктрина не можетъ оправдать устраненія подобной индивидуальной оцѣнки каждаго конкретнаго случая. Здѣсь-то сказывается та могущественная роль и громадное значеніе, которыя должны принадлежать судьѣ въ разрѣшеніи гражданскихъ дѣлъ. Это — его интерпретація, которая должна помочь дѣлу. Онъ поступаетъ здѣсь совершенно аналогично тому случаю, какъ если-бы дѣло шло о нѣсколькихъ вновь найденныхъ разрозненныхъ кускахъ стараго закона, которые предстояло-бы соединить въ одно цѣлое со старыми кусками въ духѣ старыхъ кусковъ. Судья можетъ достигнуть справедливаго результата, только придерживаясь твердо воли стороны, какъ она нашла себѣ выраженіе въ юридической сдѣлкѣ. Въ противномъ случаѣ, индивидуальные интересы сторонъ весьма легко могли-бы быть принесены на алтарь „объективной точки зрѣнія“.

Такимъ образомъ, въ результатѣ мы получимъ два правила. Первое правило: если предположеніе стороны, послужившее двигательнымъ стимуломъ къ заключенію юридической сдѣлки, было внѣшнимъ образомъ выражено и принято противоположною стороною, — то неисполненіе этого предположенія влечетъ за собою недѣйствительность юридической сдѣлки. Второе правило: если такое предпо-

ложеніе внѣшнимъ образомъ не выражено, то оно можетъ быть признано за существенное посредствомъ интерпретирующей дѣятельности судьи, который руководится въ данномъ случаѣ, во-первыхъ, naturalia negotii этой сдѣлки, если они не отмѣнены направленною на такую отмѣну волею стороны; во-вторыхъ, правилами опыта, имѣющими, однако, только руководящее значеніе; въ — третьихъ — и самое главное, особенностями отдѣльнаго случая, какія нашли себѣ выраженіе въ юридическомъ актѣ. Онъ долженъ относительно этихъ невыраженныхъ предположеній сторонъ установить такой порядокъ, который могъ-бы всего болѣе удовлетворять взаимнымъ интересамъ сторонъ, какъ они нашли себѣ выраженіе въ юридической сдѣлкѣ

Изложенное показываетъ, что, если, откинуть крайности объективной и субъективной точекъ зрѣнія, то въ дѣйствительности, оба взгляда весьма близко подойдутъ другъ къ другу по ихъ практическимъ результатамъ. Останется, однако, различіе въ тенденціи той и другой доктрины. Объективисты начинаютъ съ того, чтобы установить объективный правопорядокъ, т. е, установить, прежде всего, комплексъ правилъ, обязательныхъ для толкованія юридической сдѣлки извѣстной категоріи, — при этомъ, индивидуальныя особенности конкретнаго случая весьма легко могутъ быть подвергнуты совершенному оставленію въ сторонѣ, или тому, что имъ не будетъ придано достаточнаго значенія; для субъективистовъ, напротивъ, юридическая сдѣлка, со всѣми ея индивидуальными особенностями, является не только конечною цѣлью, но и исходнымъ пунктомъ интерпретирующей дѣятельности суда. Постоянное стремленіе субъективной доктрины заключается въ томъ, чтобы придти какъ можно болѣе ближе къ самому справедливому in concreto результату. Эта-то тенденція и служитъ объясненіемъ того обстоятельства, что субъективизмъ съ такою ревностью и энергіею проводится англійскою судебною практикою.

Глава IV

Юридическія послѣдствія отсутствія или недостатковъ эквивалента при договорныхъ обязательствахъ.

§ 15. До сихъ поръ мы говорили о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя связаны правомъ въ объективномъ смыслѣ съ осуществленіемъ или неосуществленіемъ предположеній сторонъ при заключеніи ими договорныхъ обязательствъ. При этомъ, имѣлась постоянно въ виду положительная функція каузальнаго момента. Теперь намъ надо посмотрѣть, какія послѣдствія связаны правомъ въ объективномъ смыслѣ съ совершеннымъ отсутствіемъ „causa“, или съ тѣми или другими дефектами, выпадающими на ея долю, — другими словами, этимъ мы приступаемъ къ, разсмотрѣнію отрицательной функціи каузальнаго момента. Обратимся для этого непосредственно къ самимъ источникамъ.

I. „Sine causa“ или „nulla causa“.

Эти выраженія употребляются въ источникахъ сплошь и рядомъ совершенно въ общемъ смыслѣ, чтобы обозначить недостатокъ достаточнаго основанія для того, чтобы обратить вниманіе на какой-либо фактъ. Windscheid замѣняетъ въ этомъ случаѣ терминъ „causa“ терминомъ „rechtfertigender Grund“ [1]). Причина къ игнорированію того или другого факта можетъ лежать или въ публично-правовомъ интересѣ, или въ волѣ самой стороны, — см. l. 66 D. 12, 6 и надпись титула D. 4, 9.

a. α. Представимъ себѣ, что имущественный объектъ перенесенъ другому лицу вслѣдствіе „non concessa donatio“ или посредствомъ furtum, или посредствомъ какого-либо другого запрещеннаго закономъ акта. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, пока вещь еще существуетъ, дается vindicatio, а затѣмъ, послѣ ея гибели, — „condictio sine causa“ l. 5 § 18, l. 6

1) См Windscheid: Voraussetzung стр. 52 сл

D. 24, 1, l 30 pr. D 19, 1, c 3 C. 4, 9 Впрочемъ, ясно, что въ этихъ случаяхъ можетъ быть также употребленъ терминъ „ex iniusta causa“ Это послѣднее выраженіе мы встрѣчаемъ во многихъ мѣстахъ источниковъ или исключительно, l 25 D. 25, 2, или поперемѣнно съ терминомъ, „sine causa“, l. 6 D. 24, 1 и c 3 C. 4, 9

β Родственнымъ представляется тотъ случай, гдѣ, хотя и нѣтъ ничего такого, что̀ носило-бы характеръ уголовнаго правонарушенія, но переходъ имущественной цѣнности изъ рукъ въ руки не удовлетворяетъ тѣмъ требованіямъ, которыя выставлены относительно подобнаго перехода въ законѣ Также и въ этомъ случаѣ, для увеличенія сферы имущественнаго обладанія одного лица насчетъ другого, — нѣтъ достаточнаго „правового основанія“. Такого основанія не будетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда вѣритель получилъ отъ должника исполненіе лежащей на этомъ послѣднемъ обязанности, а взамѣнъ не представилъ ему никакой выгоды въ видѣ эквивалента Укажу для примѣра на l. 1 §§ 1, 2 D. 50, 12, гдѣ выраженія „iniusta causa“, „sine causa“ имѣютъ именно означенный смыслъ.

b. „Sine causa“ или „nulla causa“ иногда употребляются въ источникахъ въ нѣсколько иномъ смыслѣ. Эти выраженія обозначаютъ часто такой фактъ, который, самъ по себѣ, вполнѣ удовлетворяетъ требованіямъ закона, чтобы вызвать извѣстныя юридическія послѣдствія, — но является вполнѣ сообразнымъ съ требованіями справедливости („bonum et aequum“) дать юридическія средства парализовать дѣйствіе этого факта, такъ какъ не исполнилось то рѣшающее предположеніе, въ связи съ которымъ разсматриваемый фактъ только и могъ обусловить наступленіе тѣхъ или иныхъ правовыхъ послѣдствій. Въ предыдущей рубрикѣ (α, β) терминъ „sine causa“ или „nulla causa“ примѣнялся къ самому переходу имущественнаго объекта въ аналогичномъ случаѣ. Здѣсь тотъ-же терминъ примѣняется къ тому предположенію стороны, которое должно было при подобномъ переходѣ осуществиться и не осуществилось. Юридическое средство для парализованія дѣйствія подобнаго перехода называлось, какъ извѣстно, „condictio sine causa“. Она давалась въ томъ случаѣ, если исполненія рѣшающаго предположенія вовсе не было налицо съ самаго момента перехода („ab initio sine causa“), или если предположеніе, хотя первона-

чально исполнилось, но впослѣдствіи отпало („causa finita“) [1]). Въ этомъ послѣднемъ случаѣ о происшедшемъ переходѣ часто говорятъ, какъ будто онъ былъ безъ основанія „quasi sine causa“, l. 2 D. 12, 7, или „iam sine causa“, l. 11 § 6 D. 19, 1. Condictio, наконецъ, давалась въ томъ случаѣ, если предположеніе не осуществлялось, согласно ожиданію, въ будущемъ времени („causa non secuta“), D. 12, 7, особенно l 1 § 2, l. 2 § 3 D. 44, 4 Входить въ подробное разсмотрѣніе всѣхъ этихъ случаевъ лежитъ внѣ рамокъ настоящаго труда.

§ 16. II. „Falsa causa“.

Очень часто при юридической сдѣлкѣ стороны исходятъ изъ невѣрныхъ обозначеній относительно того или другого пункта, и, однако, это обстоятельство не является достаточнымъ повлечь за собою недѣйствительность юридическаго акта. Укажу для примѣра на l 72 § 6 D 35, 1 („falsam causam legato non obesse“) и на l. 52 D. 12, 6. Въ этомъ послѣднемъ фрагментѣ что-либо дается „ob causam praeteritam“ и не можетъ быть вытребовано обратно „etiamsi falsa causa sit“. Въ связи съ прилагательнымъ „falsa“ слово „causa“ употребляется, такимъ образомъ, для обозначенія неправильнаго предположенія стороны, касающагося мнимо-существующаго при самомъ заключеніи сдѣлки момента, — предположенія, которое побуждаетъ сторону къ совершенію этой сдѣлки. Выраженіе „ex falsa causa“ отличается отъ выраженія „ob causam“ тѣмъ, что при „ob causam“ неправильное предположеніе относится къ будущему времени l. 23 pr., § 3 D. 12, 6. Впрочемъ, области примѣненія того и другого выраженія являются весьма близкими другъ къ другу и, какъ то, такъ и другое, могутъ обозначать каждое рѣшающее предположеніе стороны. Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ выраженіе „falsa causa“ относится спеціально къ предположенію „par excellence“, именно, къ тому, которое касается эквивалента. „Falsa causa“ обозначаетъ, съ этой точки зрѣнія, не болѣе, какъ неправильное представленіе объ уже существующемъ долгѣ, и мы встрѣчаемъ въ источникахъ выраженіе „ex falsa causa“ поперемѣнно съ выраженіемъ „falso se debere

1) Въ этомъ случаѣ объ имѣющемъ здѣсь мѣсто обогащеніи говорятъ „quasi sine causa“, l. 2. D 12, 7, или „iam sine causa“, l 11 § 6 D. 19, 1

credens solvere" и т. под, чтобы обозначить основаніе для condictio indebiti, какъ, напр., l. 23 pr. D. 12, 6, l. 13 § 1 D. 5, 3, l. 26 §§ 2, 10, l. 19 § 1 D. 12, 6 и мног друг.

Мы далеки отъ мысли сдѣлать эту кондикцію предметомъ подробнаго расмотрѣнія, но хотимъ только дать нѣсколько замѣчаній насчетъ очень спорнаго вопроса о договорномъ ея характерѣ и стоящаго съ этимъ въ связи вопроса, какія соображенія являются опредѣляющими для ея признанія или исключенія. Это является для насъ особенно важнымъ вслѣдствіе того особаго вниманія, которое удѣляется нѣкоторыми писателями этой кондикціи при изслѣдованіи вопроса объ абстрактныхъ обязательствахъ.

Нельзя, конечно, отрицать, что договорная точка зрѣнія играетъ извѣстную роль при римской конструкціи этого отношенія [1]). Въ самомъ дѣлѣ, предшествующій кондикціи переходъ имущественнаго объекта изъ однихъ рукъ въ другія носитъ видъ взаимнаго соглашенія между сторонами. Это и есть именно то, что имѣется въ виду въ l 33 D. 12, 6, гдѣ сказано, „quia non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit," или, напр., мѣсто, гдѣ кондикція исключается въ томъ случаѣ, когда „nullum negotium contraheretur" между сторонами. Это соглашеніе, выражающееся въ указанномъ переходѣ извѣстнаго имущественного объекта отъ одного контрагента другому, — имѣетъ своимъ необходимымъ предположеніемъ освобожденіе отъ мнимо существующаго долга. Законъ выставляетъ здѣсь, какъ и при другихъ договорахъ, цѣлый рядъ фиксированныхъ предположеній сторонъ, — правила, которыя, подобно всѣмъ другимъ такимъ же „naturalia negotii" могутъ быть измѣнены направленною на такое измѣненіе противоположною волею сторонъ. Цѣлый титулъ въ Дигестахъ занятъ изложеніемъ подобныхъ правилъ. Само собою понятно, что, на основаніи этихъ соображеній, нельзя даже и сомнѣваться, что возникновеніе кондикціи носило чисто договорный характеръ.

Но какъ поступать въ томъ случаѣ, когда, несмотря на состоявшійся переходъ имущественной цѣнности, будетъ доказано, что causa отсутствовала, что не было того рѣшающаго предположенія, которое вызвало переходъ? Послѣд-

---

1) Pernice: Labeo III Стр 238 сл

ствіемъ чисто договорной точки зрѣнія является признаніе соглашенія недѣйствительнымъ и предоставленіе кондикціи въ каждомъ случаѣ, когда будетъ доказано подобное мнимое существованіе обязательства.

Между тѣмъ, здѣсь выплываетъ новая точка зрѣнія, которая, до извѣстной степени, измѣняетъ эти выводы. Уплата заключаетъ въ себѣ не только соглашеніе, она выражаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, рѣшительный экономическій шагъ. Этимъ шагомъ вызывается новое имущественно-правовое положеніе въ томъ смыслѣ, что извѣстный объектъ перешелъ изъ одной имущественной сферы въ другую. Для того, чтобы вновь измѣнить такой порядокъ и поставить на его мѣсто старый, — необходимы очень серьезныя основанія. Другими словами, для того, чтобы кондикція на самомъ дѣлѣ имѣла мѣсто, — необходимо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ точная и самая строгая оцѣнка — существуютъ-ли достаточныя къ тому основанія.

Съ этой точки зрѣнія, кондицентъ обязанъ доказать, прежде всего, что, дѣйствительно, въ данномъ случаѣ нѣтъ никакого обязательства. Однако, одно это доказательство не является еще достаточнымъ. Разумный человѣкъ вовсе не станетъ платить несуществующіе долги. Возникаетъ вопросъ, на какомъ-же основаніи произведена въ дѣйствительности уплата? Почему онъ заплатилъ когда не существовало никакого обязательства?[1]) Здѣсь, вообще, являются двѣ возможности: или онъ совершилъ платежъ денегъ вовсе не „solutionis causa“, такъ что замѣчаніе, что это случилось „solutionis causa“ носитъ характеръ „falsa demonstratio“; или-же слѣдуетъ искать объясненіе въ томъ, что онъ самъ ошибался, думая, что онъ долженъ, т. е., что онъ впалъ въ error относительно этого пункта. Само собою понятно, что въ первомъ случаѣ доказательство несуществованія долга не можетъ быть достаточнымъ основаніемъ для кондикціи. Что-же касается до второго случая, то здѣсь такое несуществованіе долга, правда, должно имѣть мѣсто, — но является недостаточнымъ Необходимо еще, чтобы, кромѣ того, былъ на лицо „error“ кондицента. Доказательства ошибки отъ кондицента, впрочемъ, не требовалось. Строи-

1) Pernice: Labeo III. Стр 243—244.

лась praesumptio iuris въ пользу существованія такой ошибки Въ самомъ дѣлѣ, изъявленія воли контрагентовъ при юридическихъ сдѣлкахъ въ большинствѣ случаевъ носятъ серьезный характеръ Вотъ почему, если сторона, при совершеніи сдѣлки, называетъ этотъ юридическій актъ „уплатою", — то, — пока особыя обстоятельства не докажутъ противнаго, — слѣдуетъ исходить изъ той мысли, что намѣреніе уплатить (animus solvendi) было, въ данномъ случаѣ, дѣйствительно рѣшающимъ предположеніемъ при юридической сдѣлкѣ. Отсюда само собой ясно, что, какъ только будетъ доказано несуществованіе погашаемаго обязательства, — не остается предположить ничего другого, кромѣ только того, что уплата имѣла здѣсь своимъ источникомъ ошибку насчетъ дѣйствительной наличности обязательства [1]). Потому-то и строится презумпція въ пользу error у кондицента. Это — отвѣтчикъ, который долженъ доказывать отсутствіе подобной ошибки. Затѣмъ римское право сдѣлало шагъ еще дальше. Оно стало требовать для нашей кондикціи не только наличности „error", но, также, чтобы „error" былъ „probabilis," [2]) т. е., извинительнымъ. Это было сдѣлано подъ вліяніемъ различныхъ побужденій. Прежде всего, здѣсь, конечно, пріобрѣтало значеніе то обстоятельство, что, вообще, нелегко можно дать вѣру тому, что ошибка въ дѣйствительности имѣла мѣсто, по крайней мѣрѣ, если не изъяснены мотивы, которые могутъ ее извинять и давать ей такимъ путемъ объясненіе. Кромѣ того, къ этому побуждало также слѣдующее соображеніе. При уплатахъ, какъ я уже имѣлъ случай замѣтить нѣсколько выше, возникаетъ новое экономическое отношеніе, которое можетъ быть разрушаемо только при наличности особыхъ на то основаній. Ломать сложившіяся отношенія изъ-за ошибки извѣстнаго лица возможно только при наличности какого-либо особаго оправданія такой ошибки, такъ какъ „nec stultis solere sucurrere, sed errantibus," l. 9 § 5 i. f. D. 22, 6. Этотъ принципъ мы назовемъ принципомъ инерціи.

---

1) См. объ этомъ C Reinhold: Die Lehre von dem Klagegrunde etc 1888 Стр 113 сл., Windscheid: Pandekten II. 7 изданіе. Стр. 555, отчасти также Bähr, Anerkennung, стр. 84.

2) Двойной смыслъ слова „probabilis", на который обращаетъ вниманіе Бэръ, см. у этого послѣдняго (l. c., стр 75, примѣч. 3).

§ 17 Указанныя особенности condictio indebiti подали поводъ Bähr'y[1]) утверждать, что при уплатахъ вопросъ идетъ не о доказательственномъ, а объ юридически — связывающемъ признаніи[2]). Къ этому мнѣнію онъ пришелъ на основаніи подробнаго разсмотрѣнія нашихъ источниковъ.

Важный аргументъ въ пользу такого взгляда Бэръ видитъ въ l. 29 D 12, 6. Въ этомъ фрагментѣ проводится та мысль, что несовершеннолѣтніе должны постоянно свободно пользоваться кондикціями, такъ какъ эти лица не имѣютъ признанной закономъ способности распоряжаться своими правами, а потому вполнѣ естественно запрещать имъ юридически связывающее признаніе своего долга. Съ этимъ объясненіемъ, даваемымъ Бэромъ разбираемому мѣсту источниковъ, едва-ли можно согласиться. Объясненіе фрагмента, на нашъ взглядъ, слѣдуетъ искать въ слѣдующихъ соображеніяхъ. Презумпція, заключающаяся въ томъ, что никто не станетъ уплачивать долга, не будучи на самомъ дѣлѣ должнымъ, — не можетъ, по мысли законодателя, имѣть примѣненія къ несовершеннолѣтнимъ лицамъ, такъ какъ здѣсь отдается предпочтеніе другой презумпціи, что, вообще, несовершеннолѣтніе поступаютъ въ своихъ имущественныхъ дѣлахъ столь неразумно, сколь возможно, а потому дѣлаются предметомъ особенной защиты закона. Что, именно, такимъ образомъ слѣдуетъ понимать разбираемое мѣсто источниковъ, — ясно видно хотя-бы изъ l. 25 D. 22, 3 (Paulus). Если даже считать, вмѣстѣ съ Бэромъ, § 1 нашего фрагмента интерполированнымъ, поскольку въ этомъ §, наряду съ несовершеннолѣтними, ставятся всѣ тѣ лица, о которыхъ можно сказать, что они „forensium rerum expertes vel alias simplicitate gaudentes et desidia dediti", — слѣдуетъ признать, что уже principium фрагмента содержитъ въ себѣ достаточное ручательство въ пользу нашего пониманія Главныя слова этого мѣста источниковъ суть слѣдующія: „praesumptionem videlicet pro eo esse qui accepit nemo dubitat: qui enim solvit numquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse

1) l. c, стр. 78 сл.

2) О значеніи этихъ терминовъ см ниже.

dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse".

Если эти слова должны найти себѣ полное приложеніе, между прочимъ, къ несовершеннолѣтнему, — то это только потому, что выраженная въ нихъ презумпція парализуется неопытностью несовершеннолѣтняго лица, а о недѣеспособности послѣдняго, какъ это старается изобразить Бэръ, здѣсь нѣтъ ни слова.

Другія мѣста источниковъ, въ которыхъ онъ думаетъ найти доказательство въ пользу защищаемаго имъ взгляда, что уплата заключаетъ въ себѣ юридически связывающее признаніе долга, съ нашей точки зрѣнія, ничего не говорятъ въ его пользу. Правда въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, относительно лица, сознательно уплатившаго несуществующій долгъ, утверждается, что онъ „donare videtur" и т. под, но ближайшее разсмотрѣніе этихъ мѣстъ показываетъ, что они, по своему характеру, исключаютъ возможность сдѣлать общіе выводы относительно сущности юридическаго акта уплаты.

Выраженія въ l. 82 D. 50, 17 и l. 29 pr. D. 39, 5 „donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur" являются столь неопредѣленными, что, вообще, не допускаютъ пониманія безъ какихъ-бы то ни было ограниченій, а, тѣмъ болѣе, трудно усмотрѣть, какой выводъ можно сдѣлать изъ нихъ относительно condictio indebiti, такъ какъ эти мѣста, по своему содержанію, вовсе не относятся къ этой кондикціи.

Болѣе прямое отношеніе къ вопросу имѣетъ l. 53 D. 50, 17: „Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est."

Однако, и этотъ фрагментъ принадлежитъ къ числу общихъ выраженій римскихъ юристовъ, и нужно быть весьма осторожнымъ дѣлать отсюда какіе-либо выводы. Кромѣ того, послѣднее предложеніе „eius consulto dati donatio est" никоимъ образомъ не означаетъ, что рѣчь идетъ о каждой передачѣ какимъ-либо лицомъ съ сознаніемъ того, что оно, можетъ быть, вовсе не было обязано къ подобной передачѣ, но только о передачѣ „consulto" или о передачѣ намѣренной, т. е., юристъ, въ этомъ послѣднемъ случаѣ, имѣетъ въ виду только юридическую сдѣлку даренія, а не „юридически связывающій" актъ признанія, употребляя излюбленное выраженіе Бэра.

Нашъ образъ пониманія столь общихъ выраженій римскихъ юристовъ подкрѣпляется разсмотрѣніемъ отдѣльныхъ рѣшеній, когда источники пользуются точкой зрѣнія donatio для объясненія исключенія кондикціи вслѣдствіе наличности у плательщика сознанія относительно несуществованія долга. Въ этихъ отдѣльныхъ рѣшеніяхъ вовсе не признается дареніемъ каждый случай, относительно котораго можно сказать, что передача предпринята съ сознаніемъ того, что долга не существуетъ Подобной передачѣ придается дарственный характеръ только въ томъ случаѣ, когда имѣется налицо не только теоретическое убѣжденіе въ отсутствіи долга, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, практическая увѣренность, что онъ, даритель, предпринимаетъ передачу, будучи вполнѣ въ состояніи защититься противъ каждой попытки мнимаго вѣрителя осуществить несуществующее обязательство. Такъ, напр., въ l. 47 D 38, 1 имѣется въ виду только такой случай, когда что-либо обѣщано, хотя обѣщатель знаетъ, что онъ „posse id recusare“, такъ что здѣсь является недостаточнымъ теоретическое сознаніе объ отсутствіи долга, но, именно, необходима твердая увѣренность въ возможности всегда отразить соотвѣтствующій искъ мнимаго кредитора; или, напр., въ l. 12 D. 42, 2 имѣется въ виду только такой случай, когда кто-либо даритъ, будучи убѣжденнымъ, что онъ „doli mali excepti one tueri se posse“, если-бы предметъ дара былъ потребованъ отъ него на основаніи мнимаго обязательства, — или, напр, отношенія, разбираемыя въ l. 7 § 2 D. 41, 4 и мн. друг. Однако, существуетъ цѣлый рядъ случаевъ, гдѣ дѣло обстоитъ нѣсколько иначе.

Напр., сюда принадлежитъ такая комбинація, когда у плательщика налицо извѣстное сознаніе, что долга въ дѣйствительности не существуетъ, — но это сознаніе, однако, такого характера, что онъ только сомнѣвается на этотъ счетъ; а также, напр. наиболѣе частый случай, когда кондикція исключается только потому, что кондиценту не удалось привести оправдательныхъ основаній для своей ошибки, возвести ее въ степень „error probabilis“. Что касается до этихъ двухъ случаевъ, — то источники вовсе не говорятъ о томъ, чтобы здѣсь непремѣнно имѣло мѣсто дареніе или какой-либо другой распорядительный актъ. Въ первомъ случаѣ, правда, уплата можетъ носить такой характеръ (распорядительнаго акта), — но это вовсе не не-

обходимо должно имѣть мѣсто; а во второмъ — причиною непримѣненія кондикціи служитъ только то обстоятельство, что ошибка была неизвинительною Доказательствомъ тому, что въ первомъ случаѣ кондикція, дѣйствительно, иногда примѣняется, — служитъ с 11 С 4, 5. Здѣсь прямо постановлено, что уже одно простое сомнѣніе по поводу существованія обязательства можетъ быть признано достаточнымъ для примѣненія condictio indebiti. Трудно понять, какимъ-бы образомъ могло получиться такое постановленіе, если-бы уплата носила, какъ этого хочетъ Бэръ, характеръ юридически связвающаго признанія, т. е., характеръ распорядительнаго акта. Какъ примирить, затѣмъ, со взглядомъ Бэра, напр., слѣдующія выраженія источниковъ о тѣхъ лицахъ, котоыя совершили уплату: „praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.“ Дѣло объясняется, между тѣмъ, крайне просто съ нашей точки зрѣнія, если исходнымъ пунктомъ законодателя признать принципъ инерціи, т е., нежеланіе въ извѣстныхъ случаяхъ ломать установившіяся экономическія отношенія. Съ этой точки зрѣнія, законодатель, если онъ заблагоразсудитъ, — можетъ дѣлать сколько ему угодно отклоненій отъ указаннаго принципа.

Практическая разница во взглядѣ между мной и Бэромъ сводится, такимъ образомъ, къ слѣдующему. Тогда какъ Бэръ приписываетъ уплатѣ значеніе диспозитивнаго акта даренія или погашенія существующаго обязательства — въ каждомъ случаѣ, — я далеко не всегда придаю ему такой характеръ Впослѣдствіи въ нашемъ дальнѣйшемъ изложеніи мы увидимъ, къ чему можетъ повести такая разница въ взглядѣ. Здѣсь ограничимся только немногими замѣчаніями. Если въ каждой уплатѣ видѣть подобный распорядительный актъ, — то уплата, — при мнимомъ долгѣ, будетъ носить, во всякомъ случаѣ, характеръ даренія, если кондиценту не удастся доказать извинительной ошибки. Между тѣмъ, это едва-ли желательно. Очень можетъ быть, что относительно наличности обязательства существовало простое сомнѣніе, и уплата носила характеръ только средства доказательства на этотъ счетъ между сторонами. Такое „фактическое признаніе“ можетъ быть, какъ мы увидимъ, всегда обезсилено обратнымъ доказательствомъ. Зачѣмъ-же видѣть здѣсь, въ каждомъ случаѣ, непремѣнно менѣе льготный случай даренія?

Критика ученія Бэра относительно condictio indebiti имѣетъ еще то значеніе, что она вырываетъ почву у аналогіи, которую онъ отсюда дѣлаетъ для своего ученія о стипуляціи. Съ этой стороны, въ своемъ мѣстѣ, мы опять будемъ имѣть случай вернуться къ разсмотрѣніи взглядовъ Бэра.

§ 18. Turpis vel iniusta causa. Мы не будемъ здѣсь входить въ подробное разсмотрѣніе вопроса, что̀ на языкѣ нашихъ источниковъ считалось по своему содержанію „turpe“ или „iniustum“. Для выясненія этихъ понятій необходимо принять во вниманіе бытовыя условія римской жизни, — что, конечно, не имѣетъ особеннаго значенія съ современной точки зрѣнія. Вотъ почему мы ограничимся только указаніемъ, что особый характеръ безнравственности дѣйствія или противорѣчія его законамъ требовалъ, чтобы обѣщанію подобнаго дѣйствія можно было не только противопоставить exceptio, но и получить обратно уже состоявшуюся уплату, l. 8 D. 12, 5. Такая condictio требовала въ качествѣ необходимаго условія для своего существованія, чтобы causa была turpis только для accipiens, а не для dans и не для нихъ обоихъ вмѣстѣ.

Вопросъ заключается въ слѣдующемъ. Положимъ, что договорное обязательство заключало въ томъ или другомъ пунктѣ безнравственный или незаконный моментъ Поскольку это обстоятельство даетъ право сказать, что также causa этого договора имѣетъ безнравственный или незаконный характеръ? Отвѣтъ на этотъ вопросъ стоитъ въ извѣстной связи съ общимъ вопросомъ о значеніи causa obligationis и долженъ быть данъ различно, смотря потому являлась-ли causa „iniusta“ или „turpis“.

Для понятія „iniusta causa“ область является гораздо шире, чѣмъ для понятія „causa turpis“. Само слово causa употребляется въ такомъ соединеніи въ смыслѣ правозарождающаго юридическаго факта, а выраженіе „iniusta causa“ обозначаетъ недостатокъ такого факта, который, вмѣстѣ съ тѣмъ, удовлетворялъ-бы требованіямъ закона или нравственности, — напр., относительно лица, владѣющаго какою-либо вещью на основаніи „non concessa donatio“, — можетъ быть сказано, что онъ владѣетъ „ex iniusta causa“, такъ какъ тотъ юридическій фактъ (дареніе), который вызываетъ такое владѣніе, является запрещеннымъ закономъ, l. 6 D. 24, 1.

При „turpis causa“ слову „causa“ вовсе не придается такого широкаго значенія. Turpitudo тѣмъ или другимъ образомъ стоитъ въ связи съ вопросомъ о мотивѣ или цѣли при юридическихъ сдѣлкахъ, и вопросъ заключается только въ томъ, чтобы ближе выяснить эту связь. Юридическая сдѣлка, точно также, какъ и каждый другой актъ человѣческой воли, вызывается извѣстными мотивами и предназначена преслѣдовать различныя цѣли. Когда-же мы можемъ сказать, что отдѣльный мотивъ или цѣль съ безнравственнымъ характеромъ осуществляется съ такою силой, что дѣлаетъ causa юридическаго акта turpis и, такимъ образомъ, влечетъ за собою недѣйствительность этого акта? При изслѣдованіи этого вопроса, слѣдуетъ обращать вниманіе на то, чтобы различать между случаями, гдѣ мысль объ уже наступившемъ безнравственномъ событіи являлась опредѣляющимъ стимуломъ къ заключенію договорнаго обязательства, и тѣми случаями, когда договоръ былъ вызываемъ ожиданіемъ наступленія будущаго безнравственнаго событія. Между этими послѣдними случаями слѣдуетъ опять различать, нашла-ли безнравственная цѣль прямое или непрямое выраженіе въ юридической сдѣлкѣ, или, можетъ быть, вовсе не нашла такого внѣшняго выраженія.

А. Юридическая сдѣлка поставлена въ зависимость отъ будущаго безнравственнаго событія.

а. Это не выражено въ самой юридической сдѣлкѣ.

Представимъ себѣ такую юридическую сдѣлку, про которую, судя по ея внѣшнему выраженію, всего менѣе можно было-бы сказать, что она расчитана на будущую безнравственную цѣль. Обязанности, налагаемыя такою сдѣлкою, являются вполнѣ нравственными, а съ другой стороны, ни изъ одного ея пункта нельзя усмотрѣть, чтобы отличался безнравственнымъ характеромъ доставляемый въ пользу должника эквивалентъ по такой сдѣлкѣ, или какія-либо сдѣланныя къ ней прибавки или условія Другими словами, безнравственная цѣль дѣлается ясною не изъ самой сдѣлки, а только изъ выясненія сопутствующихъ обстоятельствъ.

Страннымъ представляется то обстоятельство, почему источники обходятъ этотъ вопросъ такимъ абсолютнымъ молчаніемъ Нѣкоторыя выраженія источниковъ даютъ поводъ къ такому пониманію, что безнравственная цѣль должна вытекать непосредственно изъ самой сдѣлки, такъ въ l. 27

§ 4 D. 2, 14 сказано: „pacta, quae turpem causam continent". Но подобный выводъ нельзя не назвать слишкомъ поспѣшнымъ. Въ источникахъ существуютъ нѣкоторыя отдѣльныя рѣшенія, заключающія опредѣленное выраженіе той мысли, что также непрямая безнравственная цѣль можетъ быть достаточною, чтобы вызвать недѣйствительность юридической сдѣлки, какъ, напр., l 2 § 1 D. 44, 5 и l. 12 § 11 D. 17, 1, гдѣ отрицается искъ по договору займа, если кто-либо даетъ взаймы денежную сумму въ пользу „iuvenis luxuriosus" для его „meretrix". См. родственный случай въ l. 73 § 1 D. 23, 3.

Что подобныя рѣшенія въ источникахъ стоятъ весьма одиноко и не встрѣчается на этотъ счетъ никакого общаго правила, — можетъ быть объяснено всего легче тѣмъ обстоятельствомъ, что на практикѣ представляется дѣломъ весьма и весьма труднымъ, когда подобная лежащая внѣ юридическихъ сдѣлокъ цѣль можетъ быть констатирована съ достаточной точностью. Мы выставимъ по этому поводу два правила. Первое: для того, чтобы лежащая внѣ юридическаго акта безнравственная цѣль оказала опорочивающее вліяніе на актъ, — еще не достаточно, чтобы сдѣлка, такъ или иначе, въ состояніи была послужить такой безнравственной цѣли, — необходимо, чтобы эта послѣдняя была, вмѣстѣ съ тѣмъ, исключительною или, по крайней мѣрѣ, главною цѣлью, съ которою предпринималась сдѣлка; второе: это послѣднее обстоятельство должно быть замѣтнымъ для другой стороны; много затрудненій представляетъ для констатированія особенно этотъ послѣдній пунктъ [1]).

b. Безнравственная цѣль, прямо или косвенно, выражена въ самой юридической сдѣлкѣ.

α. Это имѣетъ мѣсто, прежде всего, въ томъ случаѣ, когда сами обязанности по своему содержанію являются безнравственными.

β. Безнравственнымъ является выговоренный эквивалентъ или по самой своей природѣ, или, если онъ является, эквивалентомъ за что-либо такое, что, съ точки зрѣнія закона, составляетъ непремѣнную обязанность, которая должна быть исполняема безъ всякаго вознагражденія. Объ этихъ слу-

---

1) Dernburg: Pandekten II. § 85. Примѣч 7, противъ него Windscheid: Pandekten II § 420 Стр. 529. Впрочемъ, литература по этому вопросу представляется крайне бѣдною.

чаяхъ почти исключительно идетъ рѣчь въ титулахъ D. 12, 5 и C. 4, 7. Предположенія эквивалента всегда оказываютъ рѣшающее вліяніе на судьбу юридической сдѣлки. Если, такимъ образомъ, эквивалентъ отмѣченъ безнравственнымъ характеромъ, — то отношеніе является подточеннымъ въ корень, а потому и самый юридическій актъ недѣйствителенъ. Здѣсь мы видимъ опять значеніе „правовой цѣли": безнравственность правовой цѣли дѣлаетъ недѣйствительной юридическую сдѣлку

Такимъ образомъ, если безнравственность эквивалента обнаруживается прямо изъ самаго обязательственнаго договора въ той формѣ, какъ онъ нашелъ себѣ внѣшнее выраженіе, — то это обстоятельство оказываетъ опорочивающее вліяніе на самый договоръ. Но то-же самое можетъ случиться также въ томъ случаѣ, если безнравственность эквивалента будетъ обнаружена не изъ самой юридической сдѣлки, а косвеннымъ путемъ. Мы уже видѣли въ самомъ началѣ нашего изложенія, что, предъявляя искъ въ судъ, вѣритель обязанъ сдѣлать указаніе насчетъ каузальнаго момента при договорномъ обязателствѣ. Изъ этого-то указанія и можетъ обнаружиться безнравственный характеръ эквивалента, хотя-бы самъ актъ не давалъ никакого повода къ подобнымъ заключеніямъ.

γ. Безнравственность условій, прибавленныхъ къ юридической сдѣлкѣ, влечетъ за собой какъ извѣстно, недѣйствительность сдѣлокъ между живыми (inter vivos). Это потому, что, при отпаденіи безнравственнаго условія, отпадаетъ предположеніе эквивалента для условно-управомоченной стороны, такъ какъ осуществленіе условія именно носитъ для этой стороны характеръ реализаціи эквивалента.

Выше (β) мы говорили, что сдѣлку опорочиваетъ безнравственный характеръ предположенія стороны объ эквивалентѣ при этой сдѣлкѣ. Нельзя отрицать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ подобный-же эффектъ имѣетъ мѣсто при каждомъ предположеніи, не отвѣчающемъ требованіямъ моральнаго характера, l. 123 D. 45, 1. Это бываетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда предположеніе, согласно выше развитымъ правиламъ, являлось замѣтнымъ для соконтрагента и было принято противоположною стороной. Въ самомъ дѣлѣ, нравственный порядокъ подлежитъ опасности не только въ томъ случаѣ, когда у должника можетъ быть констатирована

воля не считать себя связаннымъ, если не осуществится безнравственное отношеніе (условіе), — но это имѣетъ силу совершенно въ равной мѣрѣ, если воля, выраженная въ сдѣлкѣ, отмѣчена столь безнравственнымъ характеромъ, что она вовсе не имѣла-бы мѣста, если-бы сторона не исходила изъ какого-либо неморальнаго стимула (предположеніе).

§ 19. B. Договорное обязательство вызывается мыслью уже существующей безнравственной цѣли.

Весьма многіе писатели [1]) исходятъ изъ той мысли, что дѣлающая договоръ недѣйствительнымъ „causa turpis“ должна быть „futura“, — другими словами, безнравственная цѣль, чтобы опорочить договоръ, должна лежать непремѣнно въ будущемъ. Слѣдующія соображенія, обыкновенно, ведутъ къ такому взгляду. При переходѣ имущественной цѣнности, предпринимаемомъ изъ-за будущаго безнравственнаго событія, для нравственнаго порядка, дѣйствительно, грозитъ опасность, такъ какъ имѣется прямая причинная зависимость между нарушеніемъ моральной нормы и наступленіемъ вышеуказаннаго перехода. Если-же договоръ расчитанъ на лежащій въ прошедшемъ безнравственный моментъ, — то, по мнѣнію этихъ писателей, эта превентивная точка зрѣнія не можетъ здѣсь обнаружить своего дѣйствія, такъ какъ происшедшее безнравственное событіе, однажды совершившись, не можетъ быть сдѣлано несуществующимъ, — а разрѣшать вопросъ о томъ, какое значеніе при заключеніи договора играло ожиданіе награды за такую безнравственность, часто представляется дѣломъ чрезвычайно труднымъ.

Между тѣмъ, на нашъ взглядъ, вовсе нельзя считать абсолютно невозможнымъ установить, относительно прошедшихъ моментовъ безнравственнаго характера, ту-же точку зрѣнія, которая примѣняется при юридическихъ сдѣлкахъ касательно будущихъ моментовъ подобнаго-же рода. Въ самомъ дѣлѣ, выгода, доставляемая сдѣлкой одной изъ сторонъ, можетъ служить наградою за лежащій въ прошедшемъ поступокъ, который противорѣчитъ требованіямъ морали, и причинная зависимость между этимъ поступкомъ и юридическимъ актомъ можетъ быть выяснена съ надлежащей точ-

---

1) См. Vangerow: Pandekten III § 627 примѣч., Dernburg Pandekten II. § 140. Стр. 356.

ностью. Какъ-же относилось къ этому вопросу римское право?

Преобладающее число мѣстъ источниковъ въ титулахъ D. 12, 5 и C. 4, 7 имѣютъ въ виду будущую безнравственную цѣль при обязательственномъ договорѣ и касаются только этого вопроса. Однако нѣкоторые фрагменты выражены въ столь общей формѣ, что словомъ „causa turpis" охватывается также обстоятельство безнравственнаго характера, лежащее въ прошедшемъ. Такъ, напр., въ l. 4 pr., § 3 D. 12, 5 и въ l. 5 C. 4, 7 говорится, что не только уплата денежной суммы впередъ за совершеніе „stuprum" носитъ опорочивающій юридическую сдѣлку характеръ, но что тоже самое бываетъ также въ томъ случаѣ, если подобная уплата была выговорена уже послѣ совершенія „stuprum". Укажемъ еще на c. 1. и c. 2 C, 4, 7, l. 123 D. 45, 1. Въ послѣднемъ цитированномъ мѣстѣ Папиніанъ прямо говоритъ: „Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet."

Не слѣдуетъ забывать однако что прошедшее безнравственное событіе можетъ оказывать вліяніе на сдѣлку только въ томъ случаѣ, если будетъ точно констатирована причинная связь между этимъ событіемъ и самою сдѣлкою. Такимъ образомъ, цитированныя мѣста источниковъ только ограничиваютъ общее правило, — что безнравственное событіе должно лежать въ будущемъ, — но отнюдь не измѣняютъ кореннымъ образомъ дѣйствія этого общаго правила. Съ этой точки зрѣнія будутъ понятны слѣдующія слова Ульпіана: „Affectionis gratia neque honestae, neque inhonestae donationes sunt prohibitae, honestae erga bene merentes amicos vel necessarios, inhonestae circa meretrices (l. 5 D. 39, 5)."

Все дѣло сосредоточивается, согласно сказанному, въ опредѣленіи причинной связи между обязательственнымъ договоромъ и прошлымъ безнравственнымъ дѣйствіемъ. Такая связь имѣетъ мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда обѣщанная „praestatio" выступаетъ исключительнымъ эквивалентомъ за безнравственное дѣйствіе того лица, въ пользу котораго, согласно обѣщанію, должна быть совершена „praestatio". Въ этомъ случаѣ несомнѣнно слѣдуетъ признать, — что то обстоятельство, — что вознагражденіе за безнравственное дѣйствіе обѣщано послѣ его предпринятія, — часто зависитъ отъ совершенно случайныхъ моментовъ, — и что

мысль о вознагражденіи дѣйствуетъ въ качествѣ мотива, вызывающаго нарушеніе нравственнаго порядка, совершенно въ той-же мѣрѣ, какъ если-бы безнравственная цѣль лежала въ будущемъ.

Между тѣмъ, весьма часто бываетъ очень затруднительно сказать, является-ли обѣщанная „praestatio“ въ роли такого исключительнаго эквивалента за имѣвшее мѣсто въ прошедшемъ безнравственное дѣйствіе? Для разрѣшенія этого вопроса очень важно, — придавалъ-ли самъ обѣщатель такое значеніе своему обѣщанію? Однако вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдуетъ принимать во вниманіе то соображеніе, имѣлъ-ли обѣщатель какой-либо другой разумный мотивъ въ пользу своего обѣщанія, кромѣ вознагражденія соконтрагента за содѣянный послѣднимъ безнравственный поступокъ. Только послѣ такого точнаго изслѣдованія всего дѣла можно признать, что вознагражденіе носитъ характеръ исключительнаго эквивалента за прошлое дѣйствіе неморальнаго характера.

c. Вопросъ о „causa turpis“ при дареніи.

По вопросу о томъ, можетъ-ли въ извѣстныхъ случаяхъ быть объявлено недѣйствительнымъ дареніе, предпринятое „ob turpem causam“, — слѣдуетъ сдѣлать слѣдующія замѣчанія относительно римской donatio.

Въ виду того, что при дареніи мы имѣемъ дѣло съ сознательнымъ отрицаніемъ эквивалента, — вопросъ объ его безнравственномъ характерѣ вовсе не можетъ быть и возбуждаемъ. Что-же касается „условій“ и „предположеній“, — то слѣдуетъ признать, что дареніе съ этой точки зрѣнія должно быть поставлено совершенно наравнѣ съ другими юридическими сдѣлками. Однако по поводу перваго пункта на нѣкоторое сомнѣніе наводитъ fr. 5 D. 39, 5, по которому дареніе является недѣйствительнымъ „ob turpem causam“. Для того, чтобы объяснить этотъ фрагментъ, слѣдуетъ припомнить то, что̀ мы говорили выше о разницѣ во взглядахъ болѣе древнихъ и новыхъ римскихъ юристовъ на дареніе. Тогда какъ первые вовсе отрицали возможность возложить на одареннаго исполненіе какого-либо дѣйствія, — вторые, напротивъ, охотно это допускали. Очевидно, цитированное мѣсто основано на такой новой точкѣ зрѣнія относительно даренія. Оно имѣетъ въ виду, очевидно, или negotium mixtum cum donatione или условное дареніе, причемъ въ послѣднемъ случаѣ условіе вовсе не играетъ роль эквивалента для

дарителя, а служитъ только извѣстнымъ ограниченіемъ въ пользованіи подаренною вещью. Обо всемъ этомъ мы говорили подробно нѣсколько выше, разсматривая вопросъ объ отрицаніи эквивалента при дареніи.

Отдѣлъ II.

Абстрактныя обязательства.

Глава I.

Стипуляція.

§ 20. Главною отличительною чертою стипуляціи служитъ, какъ извѣстно, то обстоятельство, что она была тѣсно связана съ тою формою, въ которую была облечена. Это находило себѣ, между прочимъ, выраженіе въ томъ, что вопросъ вѣрителя и отвѣтъ должника должны были находиться въ полномъ согласіи другъ съ другомъ, — что „spondesne“ перваго и „spondeo“ второго должны были быть одного содержанія

Вмѣстѣ съ тѣмъ, была дана возможность придать, въ извѣстной степени, самостоятельное юридическое значеніе фиксированному такимъ путемъ основанію для юридической сдѣлки. Этого сдѣлать было невозможно при обыкновенномъ, необлеченномъ въ подобную форму, обѣщаніи. Обѣщаніе должника, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, является только отдѣльнымъ членомъ болѣе сложнаго юридическаго отношенія. Другими словами, 99 разъ изъ 100 случаевъ обѣщаніе имѣетъ цѣлью полученіе извѣстнаго эквивалента. Вотъ почему, при обыкновенномъ обѣщаніи, не выдѣляютъ этого обѣщанія изъ того имущественно-правоваго отношенія, въ которомъ оно образуетъ только отдѣльный членъ, и не придаютъ ему самостоятельнаго значенія.

Того-же самаго нельзя сказать про стипуляцію [1]). „Spondesne-spondeo“ образуетъ при ней границу, отдѣляющую ея

---

1) См. „Anerkennung“ Бэра, Gneist: Die formellen Verträge. 1845, Liebe: Die Stipulation und das einfache Versprechen. 1840, Schlesinger: Zur Lehre von den Formalcontracten. 1858, Schlossmann: Zur Lehre von der Causa obligatorischen Verträge. 1868, Schulin: Geschichte des Röm Rechts 1889 Стр. 332 сл.

содержаніе отъ тѣхъ переговоровъ между сторонами, которые ее сопровождаютъ [1]). Это даетъ возможность сдѣлать стипуляцію предметомъ самостоятельнаго разсмотрѣнія судомъ, выдѣливъ спорный вопросъ объ эквивалентѣ, пока этотъ вопросъ не будетъ возбужденъ самимъ должникомъ. Весьма многія практическія соображенія побуждаютъ воспользоваться такою возможностью.

Къ числу подобныхъ соображеній относится, главнымъ образомъ, та значительная выгода, которую получаетъ вѣритель вслѣдствіе того, что онъ въ состояніи быстро осуществить принадлежащее ему право требованія, не вдаваясь въ разсмотрѣніе часто весьма сложнаго вопроса объ эквивалентѣ.

Кромѣ того, выставляя въ своемъ мѣстѣ требованіе констатированія вѣрителемъ наличности эквивалента при юридической сдѣлкѣ, которая послужила основаніемъ для его иска, — я вовсе не хотѣлъ этимъ сказать, чтобы такое правило не допускало исключеній, но, напротивъ, указывалъ уже въ введеніи къ настоящему труду, что такія исключенія, дѣйствительно, имѣютъ мѣсто, образуя собой случаи такъ наз. „абстрактныхъ обязательствъ“. Къ числу подобныхъ абстрактныхъ обязательствъ и принадлежала въ римскомъ правѣ стипуляція.

Облегчая вѣрителю возможность осуществить его право требованія, стипуляція вовсе не нарушала интересовъ должника. Не говоря уже о томъ, что въ дѣйствительности она очень часто имѣла мѣсто, когда эквивалентъ въ его пользу бывалъ уже реализованъ, — она не отнимала, какъ мы увидимъ, у него возможности добиваться разрѣшенія вопроса объ эквивалентѣ въ томъ-же самомъ стипуляціонномъ процессѣ. Правда, интересъ вѣрителя былъ-бы въ еще большей степени удовлетворенъ, если-бы вопросъ объ эквивалентѣ былъ каждый разъ выдѣляемъ изъ стипуляціоннаго процесса въ самостоятельное судебное дѣло. Между тѣмъ, такой интересъ нельзя было-бы назвать справедливымъ. Кредиторъ уже въ достаточной мѣрѣ облегченъ тою свободою, которая дается ему при стипуляціи по поводу обычной при другихъ договорныхъ обязательствахъ

---

1) Ihering: Geist des Römischen Rechts II. 2. Стр. 479 сл.

необходимости самому дѣлать указанія насчетъ каузальнаго момента. Предоставлять ему нѣчто бо́льшее — слишкомъ повредило-бы интересамъ обязанной стороны. Если этой послѣдней не давать возможности выдвинуть всегда вопросъ о реализаціи эквивалента въ теченіе стипуляціоннаго процесса, — то это повело-бы только къ несправедливой суровости противъ должника и послужило-бы причиною къ тому, что вѣритель весьма часто вполнѣ удовлетворилъ-бы своимъ притязаніямъ, — тогда какъ должникъ, выигравъ дѣло въ процессѣ объ эквивалентѣ, слѣдующемъ за стипуляціоннымъ, — все-таки, не могъ-бы фактически осуществить принадлежащаго ему права на эквивалентъ, такъ какъ вѣритель, въ промежуткѣ между двумя процессами, могъ легко скрыть свое имущество, и судебное рѣшеніе, относительно эквивалента, не могло-бы быть приведено въ исполненіе.

Послѣ этихъ общихъ разсужденій, приступимъ къ детальному разсмотрѣнію правилъ римскаго права относительно стипуляціи. Сдѣлаемъ, впрочемъ, еще одно замѣчаніе предварительнаго характера. Мы отнесли стипуляцію къ категоріи абстрактныхъ обязательствъ. Этотъ терминъ въ обширной литературѣ предмета страдаетъ значительною неопредѣленностью, и различные писатели связываютъ съ этимъ словомъ самыя различныя понятія. Слово „абстрактное“, прибавленное къ слову „обязательство“, обозначаетъ только то, что обязательство „отвлечено“ отъ чего-то другого, т. е., въ разбираемомъ случаѣ, отъ „causa stipulationis“. Но въ какомъ объемѣ произошла эта „абстракція“, и какое значеніе она пріобрѣтаетъ при регулированіи вызваннаго стипуляціею правоотношенія, — объ этомъ слово „абстрактное“ не содержитъ ни малѣйшаго намека. Послѣдующее изложеніе покажетъ намъ, что терминъ „абстрактное обязательство“, въ примѣненіи къ стипуляціи, имѣетъ тотъ-же смыслъ и значеніе, которое мы придали ему во введеніи къ настоящему труду.

Приступая къ изслѣдованію вопроса о значеніи каузальнаго момента при стипуляціи, мы разложимъ этотъ вопросъ на цѣлый рядъ детальныхъ вопросовъ, изъ которыхъ онъ слагается, и постараемся дать отвѣтъ на каждый изъ этихъ пунктовъ отдѣльно.

§ 21. I. Абстрактный характеръ стипуляціи можно былобы понимать въ томъ смыслѣ, что она сдѣлана абсолютно

независимой отъ того экономическаго отношенія между сторонами, которымъ она вызвана къ жизни. Съ этой точки зрѣнія, обязательство при стипуляціи опирается только на формальный смыслъ словъ, т. е., не придается какого-либо значенія иному моменту кромѣ того факта, что сторона дала свое обѣщаніе въ обязательной по закону формѣ, — другими словами, при этомъ признается, что causa, вообще, не можетъ имѣть какого-либо значенія при стипуляціи.

Что римская стипуляція не является абстрактною, именно, въ этомъ смыслѣ, — нетрудно убѣдиться изъ нижеслѣдующаго.

а. Имѣла-ли она, вообще, даже при своемъ первомъ появленіи на свѣтъ, столь безусловный формальный характеръ [1]), — объ этомъ нельзя сказать ничего опредѣленнаго кромѣ только того, что нельзя не признать, что подобный порядокъ былъ-бы въ извѣстной гармоніи съ тѣмъ крайнимъ формализмомъ, который глубоко проникалъ въ самые различные институты древняго имущественнаго права. Однако, даже если признать существованіе чего-либо подобнаго относительно стипуляціи, — то она, во всякомъ случаѣ, уже довольно рано вышла изъ этой стадіи своего развитія. Сперва начали признавать возможность включать въ стипуляцію различныя условія [2]), а этимъ открылся путь для приданія значенія эквиваленту при стипуляціи. Примѣромъ того, какъ часто предположеніе стороны относительно эквивалента облекалось въ одежду условія, — служатъ даже мѣста изъ Юстиніановой компиляціи, какъ, напр., l. 19 § 6 D. 39, 5, гдѣ приведенное условіе („hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum") благодаря его способности сдѣлать простое дареніе сдѣлкой „ob rem", — доказываетъ, что въ дѣйствительности рѣчь идетъ не объ условіи, а объ облеченномъ въ форму условія предположеніи стороны насчетъ эквивалента.

Прямымъ доказательствомъ, что вопросъ объ этомъ послѣднемъ постоянно возбуждался, — какъ только стипуляція выступила на историческую сцену, — служитъ постоянно употребляемый [3]) или подразумѣваемый [4]) терминъ „causa sti-

1) Въ пользу такого взгляда Liebe l. c стр. 83.
2) Ihering: Geist des Röm. Rechts II. стр. 541—542.
3) l. 17 D. 21, 2, l. 1 pr. D 20, 4.
4) l 10 § 1 D. 41, 1, § 3 J. 2, 9, Gai Inst II, 87

pulationis“ — всегда, когда заходитъ рѣчь о стипуляціонныхъ сдѣлкахъ. Правда, „causa stipulationis“ иногда употребляется для обозначенія самой стипуляціи, — но это бываетъ крайне рѣдко. Гораздо чаще „causa stipulationis“ употребляется для обозначенія „основанія пріобрѣтенія“, т. е., имѣетъ смыслъ, аналогичный съ терминомъ „causa traditionis“ [1]). Иначе говоря, этотъ терминъ весьма часто примѣняется для выраженія предположенія стороны объ эквивалентѣ при стипуляціи. Приведу, для примѣра, fr. 15 § 3 D. 49, 17, гдѣ говорится о рабѣ, что онъ „stipuletur ex quacumque causa“. Вообще, въ источникахъ находится весьма много случаевъ, гдѣ нашъ терминъ употребляется, именно, въ указанномъ смыслѣ слова.

Наиболѣе частый случай „каузальной“ стипуляціи, т. е., такой стипуляціи, гдѣ указаніе на causa содержится въ самомъ стипуляціонномъ актѣ, это — стипуляція „dotis causa“ [2]). Назовемъ еще стипуляцію — „novandi causa“ [3]) — стипуляцію — „ex causa lucrativa“ [4]), — стипуляцію, предпринятую „credendi causa“ [5]), — стипуляцію, имѣющую въ виду отношеніе mutuum'a [6]) или аналогичное отношеніе между сторонами [7]), — стипуляцію, относящуюся къ условному праву легата [8]).

Во всѣхъ приведенныхъ примѣрахъ слово „causa“ употребляется, именно, для обозначенія „рѣшающаго“ предположенія стороны при заключеніи стипуляціи. Подобное-же словоупотребленіе имѣетъ мѣсто, когда стипуляція, правда, не расчитана на какую-либо „causa“ между самими контрагентами, — но когда каузальный моментъ лежитъ въ отношеніи одного изъ этихъ лицъ къ третьему лицу, какъ, напр., бываетъ при „fideiussio“, — такъ какъ эта сдѣлка, по самой своей природѣ („idem fide tua esse iubesne“) — поставлена въ акцессорную зависимость отъ правоотношенія между главнымъ должникомъ и вѣрителемъ. То-же мы видимъ при

---

1) l 1 § 15 D. 45, 2, l 37 pr. D. 41, 1, l. 31 pr D. 41, 1, l. 55 D. 44, 7.
2) l. 4 § 2 D 2, 14, l. 21 D. 23, 3
3) l. 14 § 1 D. 46, 2.
4) l. 83 § 6 D. 45, 1.
5) l. 2 § 5 D. 12, 1.
6) l. 18 § 3 D. 45, 3.
7) l. 47 D. 45, 1.
8) l. 1 § 14 D 36, 3

делегаціи, насколько она, по содержанію самого акта делегаціи, принимаетъ характеръ преемства или относительно права делеганта противъ делегата [1]), или относительно обязанности перваго касательно делегатарія [2]).

Такимъ образомъ, есть цѣлый рядъ случаевъ, когда стипуляція, по самому своему содержанію, сдѣлана „каузальною". Въ этихъ случаяхъ, къ ней надлежитъ примѣнять, — правда, съ извѣстными ограниченіями, общія правила о causa при обязательственномъ договорѣ. Въ источникахъ нѣтъ никакого указанія на то, чтобы здѣсь имѣла мѣсто нѣкоторая „абстракція" отъ каузальнаго момента, — напротивъ, совершеніе стипуляціи прямо расчитано на существованіе такого момента Форма стипуляціи служитъ также и въ этомъ случаѣ для ближайшаго опредѣленія содержанія обязательства, и насколько это происходитъ на самомъ дѣлѣ, — мы можемъ съ полнымъ правомъ сказать, что „per eas (sc. per stipulationes) firmitas obligationum constringitur" [3]), — но, по вопросу о каузальномъ моментѣ, подобная стипуляція, во всемъ существенномъ, подлежитъ обсужденію, съ нѣкоторыми ограниченіями, — по тѣмъ-же правиламъ, какія примѣняются ко всѣмъ другимъ договорнымъ обязательствамъ. Самое большее, что можетъ случиться при „каузальной стипуляціи" въ смыслѣ отклоненія отъ общихъ правилъ о causa obligationis, — это — приданіе такой стипуляціи характера договора признанія, имѣющаго, правда, какъ мы впослѣдствіи увидимъ, своеобразную causa, — но, тѣмъ не менѣе, даже и въ этомъ послѣднемъ случаѣ, causa obligationis все-таки несомнѣнно существуетъ. Этотъ случай будетъ нами разобранъ во всѣхъ подробностяхъ въ своемъ мѣстѣ. Яркимъ примѣромъ того рѣшающаго значенія, которое играетъ при каузальной стипуляціи causa obligationis, служатъ l. 4 § 2 D 2, 14 и l. 41 § 1 D. 23, 3. Въ послѣднемъ фрагментѣ прямо сказано, что, при „stipulatio dotis causa facta", въ случаѣ „nuptiae non secutae" стипуляція „ipso iure evanescit", и что въ такомъ случаѣ „ex stipulatu agi non potest". То-же самое выражено въ l. 21 D. 23, 3 словами, что,

1) l 27 D. 46, 2.
2) l. 122 § 4 D 45, 1
3) Pauli Rec. Sent. V, 7 § 1

при „stipulatio dotis causa facta“, по такой стипуляціи „ita demum agi posse, si nuptiae sunt secutae“ То-же имѣетъ въ виду l 3 § 5 D. 37, 6, гдѣ говорится относительно должника, что онъ, если изъ самой стипуляціи ясно вытекаетъ недостатокъ causa, — „ipso iure tutus est“. Мы думаемъ, что всѣ приведенныя мѣста источниковъ яснѣе яснаго подтверждаютъ защищаемую нами мысль. Эти примѣры представляются, между тѣмъ, отдѣльными рѣшеніями римскихъ юристовъ, — а вотъ и общее выраженіе той-же самой мысли въ fr 1 § 14 D 36, 3: „huic stipulationi easdem causas et condiciones inesse“, т. е., какъ при первоначальномъ отношеніи.

§ 22. b. Предыдущее изложеніе показало намъ, что стипуляція не является „абстрактной“ въ томъ смыслѣ, чтобы каузальный моментъ не могъ быть включенъ въ ея содержаніе, и чтобы, въ такомъ случаѣ, ея дѣйствіе не могло быть поставлено въ зависимость отъ реализаціи такого момента. Но „абстрактная“ природа стипуляціи, можетъ быть, должна имѣть то значеніе, что при стипуляціонномъ процессѣ прямо „отвлекаются“ отъ всего того, что не было принято въ границы стипуляціонной формы, — такъ что, если о causa не было прямо упомянуто въ стипуляціи, — она не принимается въ расчетъ при стипуляціонномъ процессѣ?

Однако, даже такое пониманіе „абстракціи“ противорѣчитъ свидѣтельству источниковъ

Подобная точка зрѣнія не могла-бы быть, напримѣръ, примирена со слѣдующими общими выраженіями: „tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret“, — такое условіе при договорѣ не смотря на это должно имѣть значеніе (l. 8 D. 19, 5); „magis enim res, quam verba intuenda sunt (l. 41 § 1 D. 23, 3);“ „et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto“; „inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur (l. 83 pr. D. 45, 1);“ „in conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant (l. 52 pr. eod.)“.

Прямая связь, могущая быть констатированною между стипуляціею и ея causa, — хотя-бы эта послѣдняя и не была включена въ самый стипуляціонный актъ, — можетъ быть прекрасно иллюстрирована слѣдующимъ отношеніемъ, весьма часто обсуждаемымъ въ источникахъ. Дѣло идетъ о стипуляціи, заключенной для обезпеченія вѣрителю принадлежа-

щаго ему права требованія, основаннаго на договорѣ mutuum. Обыкновенно, при mutuum договоръ считается совершеннымъ, какъ только воспослѣдовалъ реальный моментъ (передача заемщику занятой суммы денегъ), — но, если возвращеніе долга гарантировано заимодавцу посредствомъ стипуляціи, — то, по общему правилу [1]), этотъ реальный моментъ отходитъ на заданій планъ въ смыслѣ обоснованія обязанности къ возвращенію занятой суммы Центръ тяжести, съ этой точки зрѣнія, переходитъ на стипуляцію, а реальный моментъ пріобрѣтаетъ значеніе только causa obligationis при этой стипуляціи. Что это, на самомъ дѣлѣ, такъ — убѣждаютъ слѣдующія мѣста источниковъ: „id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri (l. 7 D. 46, 2)"; „unus contractus est (l. 6 § 1 D. 46, 2)"; „quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum (l. 126 § 2 D. 45, 1)".

Теперь предположимъ, что реальный моментъ не осуществился, т. е., что, хотя въ стипуляціи и была выговорена уплата вѣрителю опредѣленной денежной суммы, — эта сумма не была въ дѣйствительности заплачена должнику-заемщику. Такъ какъ при такой комбинаціи causa stipulationis не осуществилась, то противъ иска вѣрителя можетъ быть противопоставлена exceptio, что мы и видимъ въ l 2 § 3 D. 44, 4: „si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit" и во многихъ другихъ фрагментахъ, гдѣ дается exceptio non numeratae pecuniae на случай, если не воспослѣдовала ожидаемая въ пользу должника уплата денегъ [2]). Такимъ образомъ, каузальный моментъ при стипуляціи пріобрѣтаетъ здѣсь свое значеніе, хотя на него нѣтъ ни малѣйшаго намека въ стипуляціонномъ актѣ.

Другимъ примѣромъ такого-же рода можетъ служить такъ наз. „акцессорная стипуляція". Сюда относится „cautio" во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда она служитъ обезпеченію извѣстной экономической цѣли, уже обезпеченной въ прошедшемъ другимъ юридическимъ средствомъ или между тѣми-

---

1) Иногда однако реальный моментъ, по исключенію, выступаетъ и при стипуляціи, напр., l. 9 § 4 D. 12, 1, l 20 § 1 D 15, 3, l 3 C 8, 38.

2) l. 4 § 16 D. 44, 4.

же самыми, или между другими сторонами [1]). Отличительною чертою подобной „cautio“ является возможность ее оспаривать, если отпала та экономическая цѣль, обезпеченію которой служила „cautio“, — благодаря-ли позднѣйшему соглашенію между сторонами, которое непосредственно имѣло своимъ предметомъ другое упомянутое юридическое средство, или благодаря достиженію обезпечиваемой экономической цѣли при помощи этого средства. Это-то и выражено въ l. 84 § 6 D. 30: „alterutra actione contenti sint“, въ l. 8 § 5 D. 46, 2. „uterque quidem tenetur, solvente alter liberatur“. Вотъ почему дается въ этихъ случаяхъ exceptio противъ такой акцессорной стипуляціи, а въ l 18 D. 45, 1 сказано: „Qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur“.

Къ тому-же самому выводу приводитъ насъ разсмотрѣніе той „исторической“ стипуляціи, многія черты которой еще въ значительной степени сохранились въ самой Юстиніановой компиляціи. При стипуляціи имѣетъ мѣсто, какъ уже было, впрочемъ, говорено, — вызываемое рамками „spondesne-spondeo“ точное фиксированіе содержанія обязательства, но нѣтъ и намека на то, чтобы было выставлено требованіе включенія въ это содержаніе каузальнаго момента. Это обстоятельство подаетъ даже поводъ къ сомнѣніямъ, является-ли, вообще, возможнымъ включать указаніе въ самый стипуляціонный актъ, а о какой-либо необходимости на этотъ счетъ не можетъ быть, ни въ какомъ случаѣ, и рѣчи. Что касается до возможности подобнаго включенія, — то выше (стр. 114) было доказано, что сомнѣнія по этому поводу совершенно неосновательны. Въ самомъ дѣлѣ, въ теченіе сравнительно быстраго историческаго процесса, при стипуляціи, вмѣстѣ съ нѣкоторымъ ослабленіемъ неподвижности въ ея формѣ, — постепенно исчезаетъ значительная часть ея абсолютнаго характера, такъ что открывается доступъ къ приданію стипуляціонному обязательству, до извѣстной степени, относительнаго, условнаго содержанія, въ смыслѣ включенія въ него указанія наличности каузальнаго

1) l 9 pr D. 46, 2 (actio tutelae и ex stipulatu), l 3 D. 18, 5 и l. 28 D 19, 1 (actio empti или venditi и ex stipulatu), l. 84 § 6 D 30, l. 8 § 5 D. 46, 2

момента. Но было-бы скачкомъ въ историческомъ развитіи нашего института, если-бы, вслѣдъ за такимъ допущеніемъ „causa“ въ стипуляціонный актъ, сразу признали-бы это не только возможнымъ, но и необходимымъ. Въ пользу такой необходимости не только нѣтъ никакихъ доказательствъ въ источникахъ, но даже, напротивъ, есть одно обстоятельство, заставляющее въ этомъ сильно сомнѣваться. Дѣло въ томъ, что въ Юстиніановомъ сборникѣ существуютъ мѣста [1]), въ которыхъ согласный вопросъ и отвѣтъ при стипуляціи, относительно содержанія обязательства, признается необходимымъ условіемъ для ея дѣйствительности, между тѣмъ, нѣтъ даже ни малѣйшаго намека на то, чтобы указанію каузальнаго момента было придано, при этомъ, какое-либо значеніе. Если-бы такое указаніе было, дѣйствительно, необходимою частью содержанія стипуляціоннаго акта, — то слѣды подобнаго пониманія неизбѣжно сохранились-бы въ Юстиніановой компиляціи.

§ 23. II. Мы пришли къ тому результату, что стипуляція м о ж е т ъ быть поставлена въ зависимость отъ каузальнаго момента какъ на основаніи самого стипуляціоннаго акта (I a), такъ и на основаніи обстоятельствъ, лежащихъ внѣ его (I b) Теперь возникаетъ дальнѣйшій вопросъ: поскольку это является н е о б х о д и м ы м ъ? Другими словами, можетъ-ли стипуляція имѣть юридическую силу т а к ж е при извѣстной оторванности отъ causa obligationis? Такимъ образомъ, намъ предстоитъ разрѣшить вопросъ не о н е о б х о д и м о й, но о в о з м о ж н о й абстрактной природѣ стипуляціи.

Этотъ вопросъ, въ свою очередь, можетъ быть разложенъ на нѣсколько болѣе простыхъ вопросовъ, изъ которыхъ каждый заслуживаетъ отдѣльнаго отвѣта.

a. М ы с л и м о - л и стипуляціонное обязательство б е з ъ c a u s a? Поставленный вопросъ заключается вовсе не въ томъ, насколько самъ стипуляціонный актъ долженъ заключать въ себѣ указаніе каузальнаго момента, или насколько такой моментъ долженъ быть изъясняемъ какимъ-либо другимъ способомъ; вопросъ заключается также вовсе не въ опредѣленіи ближайшаго характера отношенія между обязательствомъ по стипуляціи и его causa. Мы органичиваемся,

---

1) c 19 C 8, 37, pr J 3, 15

напротивъ, пока вопросомъ чисто фактическаго характера: можетъ-ли быть дано обѣщаніе въ стипуляціонной формѣ безъ всякой causa, т. е, безъ предположенія стороны объ эквивалентѣ, или безъ сознательнаго исключенія такового?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ не можетъ подлежать ни малѣйшему сомнѣнію „Causa" является психологическою необходимостью [1]). Мы уже нѣсколько разъ повторяли, что безъ „causa" обязательство представляется логическимъ абсурдомъ, дѣйствіемъ безъ цѣли, предпринимать которое психически нормальный человѣкъ не станетъ Само собою понятно, что нѣтъ накакого основанія дѣлать въ этомъ отношеніи какое-либо исключеніе для стипуляціи.

Правда, всегда возможно, что между контрагентами не будетъ согласія относительно causa. Съ правильной точки зрѣнія, стипуляція должна быть разсматриваема, въ этомъ случаѣ, какъ будто она — „sine causa", и потому должна быть признаваема недѣйствительной. Кто-же долженъ доказывать подобное согласіе сторонъ касательно каузальнаго момента? должникъ или вѣритель? Этотъ вопросъ весьма легко разрѣшить на основаніи ниже излагаемыхъ правилъ. Пока для насъ важно только то, что, если отсутствіе у сторонъ согласія по поводу „causa" является фактомъ, то это означаетъ то-же самое, какъ если-бы „causa" вовсе не существовала, а это, въ свою очередь, означаетъ недѣйствительность самой стипуляціи. На этотъ счетъ не можетъ быть никакого сомнѣнія, и здѣсь долженъ быть примѣненъ принципъ, выставленный въ l. 57 D. 44, 7 вообще для обязательствъ, — здѣсь прямо сказано, что этотъ принципъ имѣетъ силу „in omnibus negotiis contrahendis sive bona fide sint, sive non sint".

§ 24. b. И такъ, стипуляція должна имѣть ту или другую causa, подобно каждому другому обязательству. Теперь зададимъ вопросъ, — пользуются-ли при стипуляціи признаніемъ со стороны закона causae въ той пестро-разнообразной формѣ, въ которой онѣ выступаютъ подъ вліяніемъ измѣнчивыхъ потребностей экономической жизни? [2]) Такъ, напр.,

---

1) Bahr l. c. стр. 13 (8)

2) То же самое имѣетъ въ виду v Blume: Novation, Delegation und Schuldubertragung. 1895 Стр 43 „Ein jeder Vertrag hat eine materielle causa, aber nicht jede materielle causa ist zum Thatbestand des Rechtes entwickelt".

въ римскомъ правѣ безформенные консензуальные договоры считались дѣйствительными только въ томъ случаѣ, если они вызывались опредѣленными, точно означенными „causae“ Имѣетъ-ли подобное ограниченіе силу также и по отношенію къ стипуляціи? Является-ли обязательство при стипуляціи „абстрактнымъ“ въ томъ смыслѣ, что оно свободно отъ такого ограниченія извѣстною, признанною закономъ causa?

На этотъ послѣдній вопросъ слѣдуетъ дать утвердительный отвѣтъ. Только-бы „causa“ не являлась „turpis“ а остальной ея характеръ при стипуляціи являлся совершенно безразличнымъ.

Что это, дѣйствительно, было такъ, — вытекаетъ изъ противопоставленія правиламъ о стипуляціи правилъ о безформенномъ pactum въ l. 7 §§ 1, 2 D. 2, 14, именно, что pactum является только въ томъ случаѣ дѣйствительнымъ, если договоръ „transit in proprium nomen“, или если основаніемъ для договора служитъ имѣвшій мѣсто реальный моментъ. Отдѣльное рѣшеніе, въ которомъ проводится рѣзкое различіе, въ этомъ отношеніи, между stipulatio и pactum, заключается въ l. 45 D. 2, 14 гдѣ говорится, что „divisionis placitum“ должно совершаться въ формѣ стипуляціи, такъ какъ въ противномъ случаѣ — въ качествѣ „nudum pactum“ оно не можетъ пріобрѣсти юридическаго значенія. L. 11 § 1 D. 46, 2 представляетъ намъ другой примѣръ того, что causa (delegationis), которая не является достаточной породить pactum, — бываетъ годной, когда имѣетъ мѣсто стипуляція. Кромѣ того, доказательствомъ въ пользу утверждаемой нами мысли — служитъ тотъ фактъ, что стипуляція постоянно упоминается въ источникахъ, какъ общая форма для пріобрѣтенія обязательственныхъ правъ, и, при этомъ, нѣтъ ни одного мѣста, которое говорило-бы о какомъ-либо другомъ ограниченіи каузальнаго момента при стипуляціи, кромѣ только того, что causa не должна быть „turpis“.

§ 25. с. Мы обращаемся къ разсмотрѣнію важнѣйшаго вопроса при стипуляціи, — долженъ-ли вѣритель, для того чтобы осуществить принадлежащее ему право требованія, кромѣ приведенія факта стипуляціи, дѣлать еще указанія относительно наличности каузальнаго момента? Не является-ли стипуляція „абстрактною“ съ той точки зрѣнія, что вѣритель можетъ въ исковомъ прошеніи избѣжать какихъ-бы то ни было разъясненій относительно causa obligationis?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ долженъ быть несомнѣнно данъ только въ томъ смыслѣ, что вѣрителю слѣдуетъ предоставить по этому поводу полную свободу, такъ какъ источники содержатъ только то требованіе, чтобы вѣрителемъ, въ качествѣ искового основанія, было приводимо само стипуляціонное обязательство, — но не говорятъ ни слова объ его обязанности дѣлать указанія относительно каузальнаго момента.

Въ l. 2 § 3 D. 44, 4, на первый взглядъ, содержится какъ-бы противорѣчіе точкѣ зрѣнія, защищаемой мною, именно, въ словахъ: „proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae . . . exceptionem“. Фрагментъ этотъ понимается, обыкновенно, слѣдующимъ образомъ: первое „et“ имѣетъ значеніе „etiam“, „также“, а предложеніе „et si certa fuit causa stipulationis“ составляетъ внѣшнюю прибавку для описанія того-же самаго случая („credita pecunia“), который былъ приведенъ въ предшествующихъ словахъ; слово „certa“ переводится словомъ — „вѣрная“, „констатированная“; мѣсто имѣетъ въ такомъ переводѣ слѣдующій смыслъ: должникъ по стипуляціи, въ случаѣ неосуществленія ея causa, пріобрѣтаетъ exceptio противъ вѣрителя, поскольку, именно, этотъ каузальный моментъ точно констатированъ вѣрителемъ.

Между тѣмъ, противъ указаннаго способа интерпретаціи l. 2 § 3 D. 44, 4 можно сдѣлать весьма серьезныя возраженія. Прежде всего, представляется неправильнымъ переводъ „et si — et si“ словами „если — и если“; затѣмъ, подаетъ поводъ къ сомнѣніямъ слово „certa“, — это слово можетъ, съ тѣмъ-же самымъ правомъ, быть переводимо посредствомъ „опредѣленная“, какъ посредствомъ „вѣрная“, „констатированная“, — и въ разбираемомъ фрагментѣ, на нашъ взглядъ, оно не заключаетъ въ себѣ ничего такого, откуда можно было-бы сдѣлать какой-либо выводъ относительно обязанности для вѣрителя или для должника — давать указанія насчетъ каузальнаго момента. Съ нашей точки зрѣнія, разбираемое мѣсто источниковъ должно быть понимаемо слѣдующимъ образомъ: должнику дается exceptio противъ иска вѣрителя по стипуляціи, если послѣдняя была заключена для обезпеченія возврата занятой суммы, а заемъ оказался безденежнымъ, или если, вообще, была какая-либо causa опредѣленнаго характера, которая не осуществилась.

И такъ, фрагментъ, приводимый въ пользу того, что

вѣритель долженъ дѣлать указанія относительно каузальнаго момента, — оказывается обладающимъ совсѣмъ другимъ смысломъ. Правда, мы не имѣемъ также положительныхъ свидѣтельствъ нашихъ источниковъ — въ противоположномъ направленіи, т. е., что вѣритель освобожденъ отъ означеннной выше обязанности, — но для насъ, съ этой стороны, должно быть вполнѣ достаточнымъ уже одно то обстоятельство, что, тогда какъ источники, съ весьма большою подробностью, трактуютъ вопросъ о стипуляціи, — они ни намекомъ не обмолвились о такомъ чрезвычайно важномъ ограниченіи стипуляціи, которое-бы имѣло мѣсто въ томъ случаѣ, если-бы ей придавалось значеніе лишь настолько, насколько вѣрителю удалось констатировать наличность каузальнаго момента.

Нѣкоторые писатели ссылаются еще на одинъ фрагментъ противъ защищаемаго нами взгляда о свободѣ кредитора отъ обязанности дѣлать указанія насчетъ causa obligationis это l. 25 § 4 D. 22, 3:

„Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promisisse "

По поводу этого фрагмента слѣдуетъ сдѣлать нѣсколько замѣчаній, хотя-мы далеки отъ мысли войти въ подробное разсмотрѣніе образовавшейся около цитированнаго мѣста литературы, справедливо называемой Виндшейдомъ „fast berüchtigt".

Во главѣ фрагмента стоитъ имя юриста Павла. Центральный пунктъ для его толкованія заключается въ вопросѣ, — насколько онъ, дѣйствительно, принадлежитъ Павлу и насколько есть дѣло рукъ компиляторовъ.

Признавая на время мѣсто не интерполированнымъ и разсматривая его въ связи съ общимъ состояніемъ права во времена Павла, — получимъ, по крайней мѣрѣ, на первый взглядъ, такое его пониманіе, которое вовсе не затрогиваетъ вопроса о causa при стипуляціи. Съ этой точки зрѣнія, фраг-

ментъ вовсе не имѣетъ въ виду стипуляцію, вообще, — а говоритъ только о cautio, которая, при своемъ первомъ появленіи, никоимъ образомъ не могла быть поставлена въ одинъ разрядъ со стипуляцією, — столь-же мало, какъ съ современнымъ долговымъ документомъ. Cautio первоначально имѣла характеръ только средства доказательства. Что время Павла не ушло далеко отъ подобнаго пониманія cautio, — это можетъ быть доказано тѣмъ обстоятельствомъ, что многія даже позднѣйшія постановленія въ кодексѣ стоятъ на той-же точкѣ зрѣнія.

Если принять въ соображеніе, что Павелъ въ цитированномъ мѣстѣ источниковъ говоритъ о cautio въ смыслѣ средства доказательства, — то это мѣсто, на первый взглядъ, заключаетъ въ себѣ весьма простое и естественное правило. Это правило будетъ состоять въ томъ, что cautio можетъ служить только доказательствомъ въ пользу „causa“, понимая это слово въ смыслѣ правозарождающаго факта („rechtsstiftende Thatsache“), а не составлять сама такую causa. Для того, чтобы исполнить функцію подобнаго доказательства,— cautio должна содержать въ себѣ указаніе на causa въ означенномъ смыслѣ слова Если-же такого указанія въ ней нѣтъ, — т. е, если она „indiscrete loquitur“, — то ей не можетъ быть придано никакого значенія, кромѣ только чисто фактическаго. Именно, даже и въ этомъ послѣднемъ случаѣ („indiscrete loquitur“) можетъ быть возбуждена догадка въ пользу того, что существуетъ какая-нибудь causa, которая лежитъ въ основаніи этой cautio, такъ что кредиторъ можетъ пріобрѣсти въ ней нѣкоторую точку опоры для доказательства правозарождающаго юридическаго факта. Вотъ — господствующее объясненіе нашего фрагмента. Все дѣло заключается, такимъ образомъ, только въ томъ, что, если въ cautio нѣтъ указанія на causa въ смыслѣ правозарождающаго юридическаго факта, — кредиторъ долженъ искать подобнаго указанія внѣ самой cautio. Если-же такое указаніе существуетъ въ ней самой („specialiter causas explanavit“), то онъ можетъ сослаться на это послѣднее.

Такое объясненіе цитированнаго мѣста подкупаетъ своею простотою, но оно неправильно. Въ самомъ дѣлѣ, не мало соображеній говоритъ въ пользу того, что слово „cautio“ употреблено здѣсь, именно, въ смыслѣ документа, имѣющаго отношеніе къ стипуляціи. На это указываетъ связь этого

мѣста съ § 4 того-же фрагмента, гдѣ идетъ рѣчь о condictio indebiti, употребляемой въ римскомъ правѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда что-либо было „indebite datum“ или „promissum“ На то-же самое указываютъ многія выраженія въ родѣ „cautio indebite expositum“, или „debitum, quod in cautionem deduxit“ Достаточно сравнить послѣднее выраженіе съ обычнымъ словоупотребленіемъ источниковъ, „in stipulationem deducere“, чтобы понять, что наше мѣсто, именно, имѣетъ въ виду cautio, заключенную въ расчетѣ на стипуляцію. То-же самое вполнѣ ясно подтверждаютъ послѣднія слова цитированнаго мѣста: „ostendere sese . . . haec indebite promisisse[1])“.

Ограничивая случай, разсматриваемый въ этомъ мѣстѣ, — такою cautio, которая имѣетъ отношеніе къ стипуляціи, можно было-бы выставить слѣдующее ему объясненіе. Надо прежде всего, предположить, что стипуляція на дѣлѣ уже не совершалась и была вполнѣ вытѣснена посредствомъ cautio. Тогда подъ „causa“, при такой cautio, нельзя будетъ понимать самый стипуляціонный актъ, какъ правозарождающій юридическій фактъ, но слѣдуетъ понимать каузальный моментъ при стипуляціи. Правило о томъ что вѣритель долженъ указывать наличность каузальнаго момента, — нашло-бы себѣ, такимъ образомъ, подкрѣпленіе въ этомъ мѣстѣ, вопреки защищаемому мною взгляду.

Между тѣмъ, подобное толкованіе фрагмента опять — таки весьма и весьма страдаетъ Дѣло объясняется очень просто. Въ настоящее время, относительно разбираемаго мѣста источниковъ, все болѣе и болѣе утверждается тотъ взглядъ, что оно интерполировано. Къ этому взгляду вполнѣ присоединяюсь и я. Въ самомъ дѣлѣ, въ пользу интерполяціи несомнѣнно говоритъ тотъ испорченный языкъ, на которомъ не могъ писать Павелъ, и который совершенно не походитъ на его обычный стиль. То-же самое свидѣтельствуетъ точное согласіе разбираемаго фрагмента съ позднѣйшимъ закономъ, принадлежащимъ уже самому Юстиніану. Я разумѣю l. 13 C. 4, 30.

Вотъ почему разбираемый фрагментъ даетъ только картину той стадіи развитія, въ которой находился занимающій

---

1) См подробности у Гнейста въ цитированномъ выше сочиненіи на стр 200 сл, а также Бэръ l. c. стр 154—155 (115).

насъ вопросъ въ Юстиніановымъ правѣ. Однако, и эта картина не можетъ быть признана вполнѣ правильною. Дѣло въ томъ, что, объявляя какое-либо мѣсто источниковъ интерполированнымъ, этимъ выражаютъ, обыкновенно, ту мысль, что нѣкоторая часть первоначальнаго текста сохранилась въ неповрежденномъ видѣ, а что относителнно другихъ частей сдѣланы какія-либо измѣненія или прибавки. Пока установленъ только самый фактъ интерполяціи, но не выяснено окончательно, в ъ ч е м ъ, она заключалась, — является, очевидно, невозможнымъ отдѣлить неповрежденную часть текста отъ поврежденной. Какъ разъ, именно, такимъ образомъ обстоитъ дѣло съ l. 25 § 4 D. 22, 3 Чрезвычайно трудно выяснить, что̀ въ этомъ фрагментѣ принадлежитъ Павлу и сохранено компиляторами, какъ это часто имѣетъ въ Юстиніановой компиляціи, только по недоразумѣнію, — и что̀ составляетъ дѣло рукъ самыхъ компиляторовъ.

Отсюда недалеко до слѣдующаго вывода: мѣсто источниковъ, — относительно содержанія котораго недостаетъ твердыхъ данныхъ, чтобы рѣшить, какая часть его принадлежитъ къ Юстиніанову времени и какая составлена на цѣлыхъ триста лѣтъ раньше, — не можетъ имѣть какого-либо серьезнаго научнаго значенія для разрѣшенія занимающей насъ задачи.

§ 26. III. a. Въ результатѣ нашего изложенія мы получили причисленіе стипуляціи къ категоріи абстрактныхъ обязательствъ. Совершенно инымъ является вопросъ, который очень часто смѣшиваютъ съ предыдущимъ вопросомъ, — это вопросъ объ объективной реализаціи causa при стипуляціи. Долженъ-ли вѣритель доказывать осуществленіе каузальнаго момента, — или, наоборотъ, является дѣломъ обязанной стороны — приводить доказательства противъ наличности такой реализаціи? Другими словами, имѣется-ли въ пользу вѣрителя презумпція осуществленія causa obligationis, подобно тому, какъ для него существуетъ презумпція относительно causa въ субъективномъ смыслѣ (II c).

α. Когда causa stipulationis, по ея природѣ, слѣдуетъ относить къ событію, долженствующему исполниться п о з д н ѣ е самаго стипуляціоннаго акта, — то отсюда весьма ясно, что этотъ актъ самъ по себѣ не можетъ вызвать никакой презумпціи въ пользу осуществленія такого событія. Это выражено въ l. 57 D. 24, 1 на тотъ случай, если будущая causa

нашла себѣ выраженіе въ самомъ стипуляціонномъ актѣ, но, конечно, должно быть принято въ смыслѣ общаго правила[1]).

β. Если causa — такого характера, что является совершенно неопредѣленнымъ, наступитъ-ли ея реализація послѣ совершенія стипуляціоннаго акта, или уже имѣла, можетъ быть, мѣсто до него, — то вѣритель вовсе не освобождается отъ обязанности доказательства такой реализаціи. Само собою понятно, что ничто не мѣшаетъ, чтобы къ обѣщанію стипуляціи было присоединено признаніе со стороны должника, что causa въ его пользу уже осуществилась, и, въ такомъ случаѣ, выше упомянутая обязанность спадаетъ съ плечъ вѣрителя, но, если этого нѣтъ, то это — вѣритель доказываетъ осуществленіе каузальнаго момента.

Сказанное прекрасно иллюстрируется правилами римскаго права объ exceptio non numeratae pecuniae При mutuum правозарождающимъ юридическимъ фактомъ служитъ, какъ извѣстно, реальный моментъ уплаты денежной суммы заимодавцемъ заемщику. Очевидно, доказательство того, что этотъ моментъ воспослѣдовалъ, должно падать на того, кто ссылается на возникновеніе договора займа, т. е., на вѣрителя. Опытъ показываетъ, что стипуляція при mutuum очень часто заключалась прежде уплаты денегъ, именно, въ ожиданіи того, что она совершится въ будущемъ. Ясно, что доказательство подобной уплаты принадлежитъ вѣрителю по такой стипуляціи, с. 3, с. 10 С. 4, 30, такъ что здѣсь дѣйствуетъ утверждаемое нами правило, — что, если является неопредѣленнымъ, когда имѣетъ мѣсто осуществленіе каузальнаго момента — (до заключенія стипуляціи, или послѣ нея), — то onus probandi, на счетъ подобной реализаціи, несетъ кредиторъ, а не должникъ.

γ. Наконецъ, causa стипуляціи можетъ относиться къ такому моменту, реализація котораго, если она, вообще, совершится, непремѣнно должна наступить въ періодъ времени до заключенія стипуляціоннаго акта. Можетъ-ли составленіе этого послѣдняго служить, въ этомъ случаѣ, въ качествѣ доказательства реализаціи каузальнаго момента?

Наши источники, которые, вообще, какъ только заходитъ рѣчь о распредѣленіи тяжести доказательства, становятся

---

1) l. 2 § 3 D. 44, 4, l. 46 pr. D 23, 3.

крайне скупыми, — не содержатъ прямого отвѣта и на этотъ вопросъ Мы должны, поэтому, прибѣгнутъ къ разсмотрѣнію нѣкоторыхъ аналогичныхъ отношеній.

Въ principium и предыдущихъ §§ недавно цитированнаго нами l. 25 § 4 D. 22, 3 содержатся правила о condictio indebiti по поводу имѣвшей мѣсто уплаты. Этими правилами тяжесть доказательства, относительно несуществованія долга, возлагается на кондицента. Можно-ли примѣнить по аналогіи подобное-же правило къ стипуляціи, которая совершилась въ расчетѣ на мнимо существующую реализацію каузальнаго момента, такъ чтобы, также и при такой стипуляціи, приведеніе доказательствъ въ пользу неосуществленія causa возложить на это лицо, которое хочетъ оспаривать юридическую сдѣлку?

Замѣтимъ, что стипуляціонное обязательство не можетъ быть никоимъ образомъ поставлено, во всѣхъ отношеніяхъ, въ одинъ рядъ съ юридическимъ актомъ уплаты. Хотя формальный характеръ стипуляціи придаетъ обязательству въ высокой степени прочность, — однако, ей еще очень далеко до той степени прочности и до того окончательнаго характера, которыми отмѣчена „уплата“. При уплатѣ имѣется существующее фактическое состояніе, о разрушеніи котораго поднимается вопросъ; а при стипуляціи — лишь обезпеченное извѣстными средствами юридическое отношеніе обязательственнаго права, только о фактическомъ осуществленіи котораго идетъ рѣчь. Это различіе нашло себѣ выраженіе также и въ римскомъ правѣ, которое обнаружило большую осторожность въ дѣлѣ оспариванія уплаты, чѣмъ стипуляціоннаго обязательства [1]). Такъ, напр., стипуляція „ob turpem causam“ можетъ быть оспариваема, даже если causa была „turpis“ для обѣихъ сторонъ; между тѣмъ какъ при уплатѣ, въ подобномъ случаѣ, кондикція исключается по правилу „melior est condicio possidentis [2])“. Точно также при займѣ, совершенномъ въ нарушеніе sc Macedonianum, если воспослѣдовала уплата заемщикомъ заимодавцу, — кондикція не имѣетъ мѣста, — тогда какъ при наличности только обѣщанія въ обходъ упомяну-

1) Bahr: Anerkennung Стр. 94 сл (70 сл).
2) l. 8 D. 12, 5, l 5 C 4, 7

таго сенатусконсульта, хотя-бы такое обѣщаніе было дано даже и въ стипуляціонной формѣ, — оно парализуется посредствомъ exceptio sc. Macedoniani [1]). Другой примѣръ подобнаго различія между стипуляціею и уплатою представляетъ sc. Vellejanum [2]) Запрещеніе „intercessio mulierum“ проводится этимъ послѣднимъ только въ томъ случаѣ, если „intercessio“ совершается въ формѣ заключенія обязательства съ такою цѣлью (intercedendi causa), но не въ томъ случаѣ, если она совершается въ видѣ реальной „praestatio“ безъ предыдущаго обязательства, l. 4 § 1 D. 16, 1: „senatus enim obligatae mulieri sucurrere voluit, non donanti: hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat [3]).

Указанное различіе — между обязательствомъ, хотя-бы и стипуляціоннымъ, и уплатою — выступаетъ не только въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ, какъ въ приведенныхъ примѣрахъ, замѣшанъ публично-правовой интересъ, — но также, когда такого интереса нѣтъ налицо. Въ подтвержденіе сказаннаго, приведемъ l 19 § 1 D. 18, 6 и l. 24 C. 8, 44. Оба мѣста источниковъ утверждаютъ, что уже одно то обстоятельство, что возбужденъ („mota“) вопросъ о правѣ собственности по поводу объекта договора купли-продажи, — вполнѣ достаточно, чтобы покупатель счелъ себя вправѣ отказаться заплатить покупную сумму до окончательнаго выясненія поднятаго вопроса. То-же самое правило устанавливаетъ l. 17 § 2 D. 44, 4 даже на тотъ случай, если обѣщаніе заплатить цѣну было дано покупателемъ продавцу въ стипуляціонной формѣ. Совершенно напротивъ, если уже произошла уплата (l. 74 § 2 D. 21, 2), то, при подобныхъ-же обстоятельствахъ, кондикція считается исключенною [4])

Приведенный матеріалъ изъ источниковъ дѣлаетъ понятнымъ, что стипуляція никоимъ образомъ не можетъ быть поставлена во всѣхъ отношеніяхъ наравнѣ съ уплатою. При уплатѣ строилась презумпція, что она произошла уже послѣ того, какъ былъ реализованъ каузальный моментъ въ пользу плательщика. Въ самомъ дѣлѣ, является мало вѣроятнымъ,

---

1) l. 9 §§ 4, 5 D. 14, 6
2) l 40 pr D 12, 6
3) l. 4 § 1 D. 16, 1.
4) См. также l 3 D 18, 5.

что то лицо, которое предприняло такой убыточный для себя экономическій шагъ, какъ уплата, не убѣдилось прежде въ томъ, что оно, дѣйствительно, къ этому обязано. Эта малая вѣроятность выражена въ l 25 pr. D. 22, 3: „qui enim solvit nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat". Напротивъ, стипуляція не представляетъ такого рѣшительнаго шага, такъ какъ здѣсь, все-таки, нѣтъ непосредственной экономической потери, — но только имѣется юридическая возможность, что таковая наступитъ въ будущемъ. Само собою понятно, что обоимъ актамъ, какъ стипуляціи, такъ и уплатѣ, — не можетъ быть придано одинаковаго юридическаго значенія уже по одному этому соображенію Это-же самое соображеніе легло въ основаніе l. 3 C. 4, 5. Въ этомъ законѣ говорится, что гораздо легче можно допустить кондикцію документа о суммѣ денегъ, составляющей предметъ мнимаго долга, — чѣмъ самой этой суммы, когда она уже уплачена. Однако, несмотря на такое неодинаковое значеніе стипуляціи и уплаты — съ разсматриваемой точки зрѣнія, — мы вовсе не хотимъ этимъ сказать, чтобы должникъ, заключая стипуляцію, не принималъ на себя никакой жертвы. Извѣстная жертва имѣется, конечно, и въ этомъ случаѣ, — только она является мéньшею, чѣмъ при уплатѣ Вотъ почему и при стипуляціи также можетъ иногда возникать вопросъ, является-ли вѣроятнымъ, чтобы должникъ рѣшился заключить этотъ актъ, не видя себя въ окончательномъ обладаніи эквивалентомъ, ожиданіе котораго составляетъ causa stipulationis.

Для разрѣшенія этого вопроса, слѣдуетъ обращать вниманіе на тѣ обстоятельства, которыя имѣютъ мѣсто въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ Стипуляція можетъ быть, напримѣръ, вызвана тѣмъ сомнѣніемъ, которое господствуетъ между сторонами, относительно реализаціи каузальнаго момента по какому-либо другому обязательству, такъ что цѣлью заключенія стипуляціи является признаніе должникомъ осуществленія этого момента. Правда, такое признаніе носитъ только „доказательственный" характеръ, такъ что можетъ быть свободно опровергаемо должникомъ, но, тѣмъ не менѣе, пока этого не случилось, дѣйствуетъ презумпція въ пользу дѣйствительной реализаціи causa stipulationis. Стипуляція, въ подобномъ случаѣ, можетъ уже довольно близко подходить къ уплатѣ, если, напр., она представляетъ простое

погашеніе уже существующаго долгового обязательства; но она можетъ также носить совершенно другой характеръ, а именно, временнаго обезпеченія спорнаго долгового обязательства, окончательное выясненіе дѣйствительности котораго откладывается сторонами до позднѣйшаго времени. Само собою понятно, что въ этомъ послѣднемъ случаѣ, стипуляція, по своему значенію, уже совершенно не походитъ на уплату. Должно-ли принять in concreto то или другое, — опять-таки покоится на индивидуальныхъ особенностяхъ отдѣльныхъ случаевъ. Между тѣмъ, интересующій насъ вопросъ, — обязанъ-ли вѣритель доказывать реализацію каузальнаго момента при стипуляціи, — подлежитъ въ обоихъ случаяхъ различному отвѣту. Въ первомъ случаѣ, т. е., когда стипуляція предпринимается для погашенія уже существующаго долгового обязательства, — можно выставить такую-же презумпцію, какъ и при уплатѣ, — т. е, что всѣ моменты, имѣвшіе какое-либо значеніе для заключенія стипуляціи, а въ томъ числѣ и каузальный моментъ, — были уже окончательно выясненными во время ея совершенія. Вотъ почему вѣритель освобождается здѣсь отъ необходимости доказывать реализацію каузальнаго момента. Вѣдь, стипуляція въ подобномъ случаѣ не можетъ быть объяснена инымъ образомъ, кромѣ только того соображенія, что стороны, еѐ заключившія, подвергли самой внимательной оцѣнкѣ всѣ относящіеся къ ней моменты и нашли все въ порядкѣ. Во второмъ случаѣ, — т. е, когда стипуляція предпринимается въ цѣляхъ временнаго обезпеченія спорнаго долгового обязательства, и когда разъясненіе по вопросу о реализаціи каузальнаго момента откладывается до будущаго времени, — тогда должно имѣть силу общее правило, по которому осуществленіе каузальнаго момента должно быть доказываемо вѣрителемъ, l. 3 § 5 D. 37, 6.

§ 27. b. Когда называютъ стипуляцію абстрактнымъ обязательствомъ, — подъ этимъ терминомъ иногда разумѣютъ, что хотя-бы отсутствіе реализаціи каузальнаго момента было вполнѣ яснымъ, — стипуляція остается дѣйствительной, пока эта дѣйствительность не будетъ парализована соотвѣтствующимъ процессуальнымъ средствомъ со стороны должника.

Ссылаются, обыкновенно, на то, что, при недостаткѣ

causa въ объективномъ смыслѣ, дается только exceptio [1]), и что стипуляція, при этомъ, не объявляется „ipso iure nulla".

Такой взглядъ нельзя считать въ достаточной степени обоснованнымъ Прежде всего, существуетъ цѣлый рядъ мѣстъ, идущихъ прямо въ обратномъ направлении. Сюда относится, напр., l. 3 § 5 D 37, 6. Въ этомъ фрагментѣ прямо сказано, что, при отсутствіи causa, должникъ „ex stipulatu ipso iure tutus erit". Также — l. 4 § 2 D. 2, 4: „nuptiis non secutis ipso iure evanescit stipulatio". Затѣмъ, этотъ взглядъ, въ весьма большой степени, преувеличиваетъ значеніе римской эксцепціи. Еще подлежитъ сильному сомнѣнію, имѣлъ-ли римско-правовой институтъ эксцепціи какое-либо значеніе, кромѣ только чисто-историческаго, обусловленнаго своеобразною структурою римскаго гражданскаго процесса [2]). Я не буду входить въ разсмотрѣніе этого вопроса, такъ какъ это слишкомъ отвлекло-бы насъ въ сторону. Ограничусь только слѣдующими замѣчаніями. Обыкновенно обращаютъ вниманіе, относится-ли exceptio къ содержащемуся въ самомъ стипуляціонномъ актѣ моменту, или-же она касается такого обстоятельства, которое лежитъ совершенно внѣ акта стипуляции? Въ послѣднемъ случаѣ каузальный моментъ, находясь внѣ самаго стипуляціоннаго акта, — является, какъ-бы ограничивающимъ дѣйствіе стипуляціи, а потому, даже если отсутствіе его реализации не подлежитъ никакому сомнѣнію, — требуютъ exceptio должника для ослабленія силы обязательства. Въ первомъ-же случаѣ, считаютъ, что недѣйствительность наступаетъ ipso iure. Этому правилу нельзя, однако, придавать абсолютнаго значенія. Кромѣ того, что оно не можетъ быть вполнѣ проведено черезъ всѣ относящіеся сюда мѣста источниковъ, никогда не надо забывать слѣдующаго изреченія юриста Павла въ l. 112 D. 50, 17: „Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur". Примѣненіе этого принципа къ стипуляціи мы видимъ въ l. 25 D. 45, 1 и въ l. 3 § 1 D. 13, 5. Въ послѣднемъ мѣстѣ должнику дается при стипуляціи кондикція, относительно которой сказано, что ею должникъ „consequi potest, ut liberetur" и что ею достигается

---

1) l. 2 § 3 D 44, 4

2) Bekker. Aktionen II Стр 275 сл.

„ut tota stipulatio accepto fiat“ [1]). Юристъ этимъ вовсе не хочетъ сказать, что лишь посредствомъ condictio должникъ добился недѣйствительности стипуляціи. Напротивъ, эта недѣйствительность существовала еще раньше, но путемъ condictio создано только формальное признаніе такой недѣйствительности (оспариваемость) [2]). Такимъ образомъ, посредствомъ юридическихъ средствъ „condictio“ и „exceptio“, какъ на это есть весьма много свидѣтельствъ въ источникахъ [3]), — достигается возможность формальнаго признанія недѣйствительности стипуляціи, если осуществленіе каузальнаго момента на самомъ дѣлѣ не имѣло мѣста.

§ 28. с. Предыдущее изложеніе показало намъ, что стипуляція поставлена въ строгую зависимость отъ того, что мы, во введеніи къ настоящему труду, условились обозначать терминомъ causa въ объективномъ смыслѣ, — т. е, отъ дѣйствительнаго осуществленія предположеній должника насчетъ эквивалента. Теперь намъ предстоитъ разсмотрѣть болѣе частный случай стипуляціонной causa, именно, когда стипуляція предпринята по поводу уже существующаго обязательственнаго отношенія между сторонами. Весьма часто говорятъ, въ этомъ случаѣ, объ „абстрактной“ природѣ стипуляціи въ томъ смыслѣ, что для стипуляціоннаго обязательства не имѣетъ значенія causa того первоначальнаго обязательства, которое замѣнила стипуляція.

Въ этомъ-то смыслѣ абстрактный характеръ стипуляціи имѣется въ виду Бэромъ въ его извѣстномъ трудѣ: „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ [4]) Онъ утверждаетъ, что, если стипуляція заключена въ расчетѣ на уже существующее обязательство, такъ что можно сказать, что она предпринята „ob debitum“ или „solvendi causa“, — то вопросъ о томъ, дѣйствительно-ли то обязательство, на мѣсто котораго вступила стипуляція, является обоснованнымъ, или нѣтъ, — не имѣетъ здѣсь никакого значенія. По отношенію къ этому

---

1) См. также l 1 pr D. 12, 7, l 76 D. 23, 3, l 31 D. 12, 6, c. 1 C 2, 5

2) Kindel l c стр 136 сл неправильно переноситъ подобный порядокъ на traditio, такъ какъ онъ подходитъ только къ стипуляціи

3) l 5 § 1 D 19, 1, l 15 C 8, 40.

4) Стр. 65 (48) сл., стр. 103 (77) сл. Изложеніе Бэра имѣетъ главнымъ образомъ въ виду тѣ послѣдствія, которыя отсюда можно вывести для современнаго права. Объ этомъ у насъ будетъ рѣчь ниже.

обязательству, стипуляція пріобрѣтаетъ дѣйствіе, какъ выражается Бэръ, „настоящаго признанія“ Она должна быть разсматриваемою въ качествѣ „связывающаго акта воли“, такъ какъ для того, кто её предпринимаетъ, юридическіе факты, обусловливающіе дѣйствительность первоначальнаго обязательства, представляются какъ-бы существующими, хотябы на самомъ дѣлѣ оказалось, что ихъ вовсе нѣтъ налицо [1]).

Возраженія противъ такого взгляда, частью, покоятся на тѣхъ-же самыхъ соображеніяхъ, которыя уже были приведены [2]) противъ мнимаго значенія уплаты, какъ „настоящаго признанія“, — а частью, на соображеніяхъ, приведенныхъ нѣсколько выше (III а γ) при сравненіи „уплаты“ и „стипуляціи“. Здѣсь слѣдуетъ сдѣлать только нѣсколько добавленій

Отмѣтимъ, прежде всего, что самъ Бэръ дѣлаетъ слѣдующее ограниченіе своей теоріи стипуляціи. Если должникъ докажетъ, что онъ находился въ „извинительномъ заблужденіи“ („error probabilis“) относительно тѣхъ моментовъ признаваемаго обязательства, существованіе которыхъ онъ предполагалъ при заключеніи стипуляціи, — то эта послѣдняя является недѣйствительной.

Однако, даже съ подобнымъ ограниченіемъ его теорія не выдерживаетъ критики. Главный аргументъ Бэра заключается въ томъ, что такъ какъ подобная стипуляція предпринимается solvendi causa, — то она должна подлежать обсужденію по тѣмъ-же правиламъ, какъ „уплата“, — а вслѣдствіе того, что послѣдняя имѣетъ значеніе „настоящаго признанія“, — то таковое должна пріобрѣсти и стипуляція Въ пользу такого приравненія стипуляціи къ уплатѣ онъ приводитъ не мало доказательствъ изъ источниковъ.

Съ этою аргументаціею мы не можемъ, однако, согласиться. Прежде всего, является недоказаннымъ тотъ фактъ, что стипуляція, предпринятая въ расчетѣ на какой-либо лежащій въ прошедшемъ моментъ, постоянно имѣетъ характеръ уплаты по тому обязательству, которое вызвано этимъ моментомъ. Это можетъ, на самомъ дѣлѣ, имѣть мѣсто, но возможна и другая комбинація (III α γ), а именно, просто

---

1) Стр. 82 (61)
2) См выше стр. 99 сл.

временное обезпеченіе обязательства, окончательное выясненіе котораго находится еще in suspenso впредь до будущаго времени

Затѣмъ, даже въ томъ случаѣ, если-бы удалось констатировать, что стипуляція выступаетъ — solutionis causa, — никоимъ образомъ не вѣрно, что она во всемъ должна имѣть значеніе, подобное „уплатѣ". Нѣсколько выше мы говорили, что это какъ разъ не имѣетъ мѣста Доказательства, приводимыя изъ источниковъ Бэромъ въ пользу такого взгляда, — не представляются убѣдительными Но приведемъ такія мѣста, которыя прямо говорятъ противъ Бэра. Съ этой точки зрѣнія, слѣдуетъ указать на l. 3 C. 4, 5, гдѣ „multo facilius" дается кондикція относительно документа, удостовѣряющаго долговое обязательство, чѣмъ относительно состоявшейся уплаты. Помимо всего этого, даже если приписывать одинаковое значеніе стипуляціи и уплатѣ, никоимъ образомъ нельзя отсюда сдѣлать того вывода, къ которому приходитъ Бэръ, такъ какъ самой уплатѣ нельзя придавать, въ видѣ общаго правила, согласно выше [1]) приведеннымъ соображеніямъ, значенія „настоящаго признанія"

Характеризуя стипуляцію solutionis causa терминомъ „настоящаго признанія", Бэръ требуетъ отъ должника, если онъ хочетъ оспаривать дѣйствительность стипуляціи,—чтобы имъ была доказа наизвинительная ошибка на этотъ счетъ („error probabilis") т. е, ошибка, въ которую впалъ должникъ относительно погашаемаго стипуляціею обязательства Однако, на самомъ дѣлѣ, наши источники не содержатъ ни одного мѣста, изъ котораго было-бы видно, что, для оспариванія стипуляціи solutionis causa, требуется доказательство извинительности ошибки, — подобно тому, какъ это имѣетъ мѣсто при condictio indebiti soluti.

Въ связи со своею основною точкою зрѣнія на stipulatio solutionis causa, приравнивающей подобную стипуляцію къ уплатѣ, нашъ авторъ объявляетъ, кромѣ того, для оспариванія стипуляціи, недостаточно error iuris, подобно тому какъ недостаточно error iuris для condictio indebiti soluti. По этому поводу мы замѣтимъ, что наличность въ источникахъ нѣсколькихъ мѣстъ [2]), которыя предоставляютъ долж-

---

1) См. выше стр 99 сл.

2) Напр., l 20 D. 14, 6 и l 6 C. 1, 18

нику право оспаривать стипуляцію на основаніи „error facti“ и которыя въ то-же время не содержатъ въ себѣ упоминанія насчетъ „error iuris“,—еще ничего не доказываетъ въ пользу того, чтобы error iuris была недостаточною для оспариванія стипуляціи. Между тѣмъ, мы нашли одно мѣсто, въ которомъ, совершенно напротивъ, error iuris придается значеніе, именно, съ указанной точки зрѣнія, т е, въ смыслѣ оспариванія стипуляціоннаго обязательства Это — l. 1 pr. D. 36, 4.

Такимъ образомъ, источники даютъ намъ право утверждать только то, что должнику принадлежитъ кондикція въ случаѣ error, между тѣмъ какъ она исключена при его scientia При этомъ, рѣшенія въ источникахъ постоянно имѣютъ въ виду, что ихъ обсужденію подлежитъ, собственно, только тотъ вопросъ, былъ-ли должникъ in ignorantia, или in scientia,—но они вовсе не входятъ въ разсмотрѣніе той весьма часто задаваемой практическою жизнью задачи, — какъ поступать, если не можетъ быть констатировано положительнымъ образомъ ни того, ни другого. Бэръ выставляетъ на этотъ счетъ презумпцію знанія должникомъ соотвѣтствующихъ фактовъ, такъ что onus probandi относительно ошибки ложится всецѣло на обязанную сторону. Онъ поступаетъ вполнѣ послѣдовательно, такъ какъ этимъ создается имъ для стипуляции, въ качествѣ договора признанія, нѣсколько бо́льшее практическое значеніе. Въ самомъ дѣлѣ, какую ограниченную область примѣненія имѣлъ-бы договоръ признанія, — если-бы онъ пріобрѣталъ значеніе только въ случаѣ, когда вѣрителю удалось доказать знаніе признаваемаго отношенія должникомъ!

Между тѣмъ, какъ разъ по этому поводу, совершенно отсутствуютъ свидѣтельства источниковъ. Нѣтъ ни одного мѣста, которое говорило-бы о такой презумпціи противъ должника, такъ что Бэръ является здѣсь совершенно голословнымъ. Мало помогаетъ ему и та аналогія condictio indebiti въ случаяхъ уплаты мнимаго долга, которою онъ здѣсь пользуется. Выше было доказано нами, что также при уплатѣ мнимаго долга нельзя требовать отъ плательщика доказательства его ошибки на этотъ счетъ, и что, напротивъ, подобная ошибка всегда предполагается наличною, какъ скоро будетъ доказано несуществованіе погашаемаго уплатою долгового обязательства. Ergo, отсюда нельзя по этому по-

воду сдѣлать, какъ этого хочетъ Бэръ, никакихъ выводовъ для оспариванія стипуляціи.

Что-же касается до той презумпціи, которая дѣлается при оспариваніи уплаты, посредствомъ condictio indebiti, въ пользу дѣйствительнаго существованія обязательства, — то даже аналогичная презумпція не можетъ быть примѣнена при стипуляціи. Правда, эта послѣдняя, сама по-себѣ, въ состояніи возбудить нѣкоторую догадку въ пользу дѣйствительнаго существованія того обязательства, въ расчетѣ на которое стипуляція предпринята, — но такая догадка должна быть провѣрена подробнымъ разсмотрѣніемъ обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая. Хотя-бы это разсмотрѣніе и привело насъ къ положительному результату, — отсюда, всетаки, еще далеко до того вывода, который дѣлаетъ Бэръ, утверждая „юридическую связанность воли" совершившаго подобную стипуляцію должника Для послѣдняго не отнята еще возможность опровергать дѣйствительное существованіе обязательства, въ отношеніи къ которому была заключена стипуляція, опровергать — приведеніемъ съ своей стороны соотвѣтствующихъ дѣлу доказательствъ

Единственная область, гдѣ точка зрѣнія Бэра можетъ еще быть примѣнена, это-тотъ случай, когда у должника, совершившаго стипуляцію, должно быть предполагаемо знаніе возраженій противъ первоначальнаго долга, и когда, несмотря на такое знаніе, онъ все-таки, подтверждаетъ этотъ долгъ стипуляціею. Источники говорятъ въ этомъ случаѣ про него, что онъ „donare videtur" и тому под. Бэръ думаетъ этими выраженіями оправдать свой взглядъ на „юридически связывающій" должника характеръ стипуляціи въ вопросѣ о признаніи имъ прежняго обязательства. Но нельзя забывать, что этотъ случай — только частнаго характера, и слѣдуетъ остерегаться дѣлать изъ него какой-либо общій выводъ. Кромѣ того, даже и въ этомъ частномъ случаѣ требуется положительное доказательство знанія должникомъ тѣхъ возраженій, отъ осуществленія которыхъ онъ отказывается, вступая въ стипуляціонный актъ. Правда, можетъ ввести въ заблужденіе то обстоятельство, что эти мѣста[1]) говорятъ совершенно въ общей формѣ, что scientia исключаетъ кондик-

1) Напр., l. 12 D 46, 2, l 24 D. 12, 6.

цію, — но если вникнуть въ нихъ получше, — то мы найдемъ, что они имѣютъ въ виду исключительно частный случай знанія должникомъ возраженій противъ первоначальнаго обязательства. При этомъ, рѣчь все время идетъ о такихъ возраженіяхъ, юридическое значеніе которыхъ не подвергается сторонами ни малѣйшему сомнѣнію.

Внѣ этихъ исключительныхъ случевъ, теорія Бэра не можетъ найти себѣ примѣненія. Центръ тяжести лежитъ вовсе не въ предполагаемомъ имъ знаніи должникомъ того обязательства, въ отношеніи къ которому заключается стипуляція, — а въ новомъ соглашеніи между вѣрителемъ и должникомъ по поводу содержанія стараго обязательства, — соглашеніи — служащемъ основаніемъ для стипуляціи. Правильность нашего объясненія подтверждаютъ l 4 § 5 D 2, 11 и l 6 C. 1, 18. Въ первомъ изъ этихъ мѣстъ сказано, что подобная стипуляція нашла себѣ мѣсто „ex conventione", а во второмъ — „transactionis causa".

Такимъ образомъ, „знанію" должника можетъ быть приписана только очень узкая область дѣйствія. Всѣ мѣста источниковъ, которыя имѣютъ въ виду „знаніе" должника, придающее стипуляціи характеръ „настоящаго признанія", — касаются только „знанія" имъ возраженій, могущихъ быть противопоставленными первоначальному обязательству. Таково, напр., возраженіе о незаконномъ возложеніи на вольноотпущеннаго, — о фидеикоммиссѣ, который обѣщатель не обязанъ исполнять, — о правѣ оспариванія отказовъ по lex Falcidia. Всѣ эти возраженія очень легко могутъ быть констатированы, такъ что должникъ, — зная, что они ему принадлежатъ, и предпринимая въ то-же время стипуляцію въ отношеніи къ тому обязательству, которому они могутъ быть противопоставлены, — дѣйствительно, совершаетъ „настоящее признаніе" въ смыслѣ Бэра, т. е., изъявляетъ волю считать обязательство какъ-бы дѣйствительнымъ, хотя онъ и убѣжденъ въ томъ, что оно — недѣйствительно, такъ какъ можетъ съ успѣхомъ парализовать его дѣйствіе тѣми эксцепціями, отъ которыхъ онъ отказывается. Кромѣ того, слѣдуетъ замѣтить, что здѣсь далеко нельзя имѣть въ виду — всякія возраженія, какого-бы рода они ни были. Дѣло идетъ только о такихъ возраженіяхъ, которыя, какъ я уже указалъ, легко могутъ быть констатированы.

Такъ, напр., возраженіе бываетъ такого рода, что долж-

никъ, хотя и знаетъ, что оно можетъ быть противопоставлено иску по обязательству, — но не увѣренъ въ томъ, что ему удастся доказать относящіеся къ этому возраженію моменты. Въ этомъ случаѣ, его „знаніе“ наличности exceptio, очевидно, отнюдь не даетъ возможности придавать стипуляціи, заключенной по отношенію къ тому обязательству, изъ котораго возраженіе вытекаетъ, характеръ „настоящаго признанія“. Очень часто бываетъ, что окончательное выясненіе моментовъ, относящихся къ возраженіямъ, должно быть отложено до будущаго времени. Должникъ, именно, потому и заключаетъ стипуляцію, чтобы выиграть время, пока интересующіе его факты окончательно не уяснятся.

Это — одна сторона дѣла Затѣмъ, надо также принять во вниманіе, что для должника, даже если онъ считаетъ себя въ состояніи доказать возраженія, — не всегда можетъ быть извѣстна юридическая сила этихъ возраженій. Само собою понятно, при подобныхъ сомнѣніяхъ, едва-ли можно серьезно говорить о „юридически связывающемъ“ характерѣ стипуляціи Для того, чтобы она, имѣла, дѣйствительно, такой характеръ, — необходимо, чтобы возраженія, отъ которыхъ отказывается должникъ при совершеніи стипуляціоннаго акта, — были для него ясными какъ по своему юридическому значенію, такъ и по возможности ихъ осуществить на дѣлѣ

Въ результатѣ нашего изложенія мы получили тотъ выводъ, что мысль Бэра о „юридически связывающей“ природѣ стипуляціи, какъ „настоящаго признанія“ — нельзя считать правильною. Чтобы получить такое значаніе, — стипуляція должна быть предпринята, какъ мы сейчасъ видѣли, при наличности нѣкоторыхъ исключительныхъ обстоятельствъ, которыя, однако, далеко не всегда имѣютъ мѣсто [1]). Стипуляція, предпринятая въ отношеніи къ другому, уже существующему, обязательству, — по общему правилу, имѣетъ своимъ необходимымъ предположеніемъ дѣйствительность этого обязательства Вотъ почему должникъ можетъ всегда оспаривать стипуляцію, входя въ разсмотрѣніе условій, необходимыхъ по закону для существованія первоначальнаго обязательства. То, что Бэръ называетъ „настоящимъ призна-

1) См. Schlossmann: Causa особенно стр. 76—77

ніемъ", повторяемъ, имѣетъ мѣсто при подобной стипуляціи только по исключенію.

Остается еще одинъ вопросъ, именно, какъ должно быть понимаемо отношеніе по стипуляціи, когда такое исключеніе бываетъ на самомъ дѣлѣ. Нѣкоторые утверждаютъ, что, въ такомъ случаѣ, при стипуляціи, causa вовсе отсутствуютъ. То-же самое, косвеннымъ образомъ, можно вывести изъ ученія Бэра о „признаніи", какъ единственной causa стипуляціи. Нашъ авторъ впадаетъ, при этомъ, въ неминуемое противорѣчіе съ самимъ собою. Онъ опредѣляетъ causa при договорныхъ обязательствахъ совершенно правильно, какъ отвѣтъ на вопросъ объ эквивалентѣ. Какой-же эквивалентъ можетъ заключаться для должника въ принятіи имъ на себя обязанности, что неизбѣжно будетъ имѣть мѣсто, если считать „признаніе" въ качествѣ causa при стипуляціи? Само собою понятно, что признаніе долга есть принятіе должникомъ на себя обязанности,—а принятіе обязанности не можетъ служить для него эквивалентомъ за эту обязанность. Выходитъ, что, съ Бэровской точки зрѣнія, „causa" при стипуляціи или вовсе отсутствуетъ, или должна быть понимаема совершенно въ иномъ смыслѣ, чѣмъ при другихъ договорныхъ обязательствахъ

Къ такому противорѣчащему самому себѣ результату приходитъ Бэръ въ своихъ разсужденіяхъ о каузальномъ моментѣ при стипуляціи. Дѣло разрѣшается, между тѣмъ, очень просто. Въ тѣхъ случаяхъ, когда стипуляція, по исключенію, исполняетъ функцію „настоящаго признанія", — „causa" признаваемаго обязательства, на самомъ дѣлѣ, перестаетъ быть „causa" для стипуляціи, — но изъ того, что прежняя causa отпала, вовсе еще не вытекаетъ, что совсѣмъ не должно быть никакой causa. Совершенно напротивъ, „настоящее признаніе", подобно каждому другому договорному обязательству, — заключается или въ расчетѣ на тотъ или другой эквивалентъ, или съ сознательнымъ исключеніемъ такового. Другими словами, causa въ нашемъ смыслѣ этого слова, существуетъ также при стипуляціи въ качествѣ, „настоящаго признанія". О томъ, въ чемъ заключается, въ этомъ случаѣ, causa, т. е, иначе говоря, въ чемъ состоитъ здѣсь эквивалентъ для должника,—мы поговоримъ подробнѣе въ своемъ мѣстѣ, когда будемъ излагать вопросъ о каузальномъ моментѣ при договорѣ признанія. Пока, для иллю-

страціи, ограничимся указаніемъ на l 6 C 1, 18, гдѣ говорится о стипуляціи „transactionis causa“. Это выраженіе охватываетъ предположенія эквивалента самаго различнаго рода. Здѣсь могутъ имѣть въ виду, напр., прекращеніе кредиторомъ начатаго судебнаго преслѣдованія, l. 65 § 1 D. 12, 6. Если же этой или какой-либо подобной выгоды для должника не существуетъ, — то почему не предположить здѣсь отрицательный отвѣтъ на вопросъ объ эквивалентѣ. См., напр., l. 12 D. 42, 2, l. 47 D. 38. 1

§ 29. Cautio[1]), въ смыслѣ долгового документа съ самостоятельнымъ дѣйствіемъ въ качествѣ основанія для иска, не пріобрѣла законченнаго развитія въ римскомъ правѣ

Она имѣла, уже съ давняго времени, значеніе не „основанія для иска“, но „доказательства“ въ пользу такого основанія Такъ, напр, у Гая мы читаемъ слѣдующее: „Alia causa (т е., въ сравненіи съ „nomina transcripticia“) est eorum nominum, quae arcaria vocantur in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem, qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere (Gai Inst. III. § 131)“.

Въ связи съ этимъ, въ § 134 сказано, что обязательства, опирающіяся на документъ безъ стипуляціи, составляютъ „proprium peregrinorum“ и, такимъ образомъ, не признаются римскимъ правомъ Такъ, несомнѣнно, было во времена Гая. Между тѣмъ, постепенно, по мѣрѣ того, какъ все болѣе и болѣе увеличивалось употребленіе при юридическихъ сдѣлкахъ письменной формы, — возвышалось практическое значеніе документовъ, какъ средства доказательства. Вмѣстѣ съ тѣмъ, начало понемногу входить въ обычай помѣщать въ документѣ при стипуляціяхъ ихъ содержаніе, а общая формула „stipulanti spopondit“ прибавлялась въ концѣ письма въ качествѣ заключительной клаузулы этого документа[2]). Функ-

---

1) Кромѣ цитированныхъ выше трудовъ см. также Brunner Zur Rechtsgeschichte der Romischen und Germanischen Urkunde 1880 Стр. 44 сл., Mitteis: Reichsrecht und Volksrecht 1891 Стр 459 сл, Gide: Novation Стр 216 сл.

2) L. 7 § 12 D. 2, 14, l. 135 § 3 D. 45, 1, l 11 § 2 D. 45, 2, l 43 § 1 D 26, 7

ція подобнаго документа носила, однако, чисто „доказательственный“ характеръ. Если онъ былъ выставленъ „citra solemnitatem verborum“, — то не пріобрѣталъ никакого значенія, l 14 C. 4, 2. Онъ могъ быть обезсиленъ доказательствомъ неправильности его содержанія l. 5, l. 6 C. 4, 2, и весьма часто, наряду съ документами, ставятся въ источникахъ „aliae probationes manifestissimae“, l. 3 § 3 D., l. 4, l. 22 C. 8. 42. Въ этихъ фрагментахъ прямо говорится, что, если, по уплатѣ должникомъ долга, документъ и не былъ вытребованъ имъ обратно или формально уничтоженъ, — то это обстоятельство не исключаетъ возможности приводить инымъ образомъ доказательства въ пользу того, что долгъ уплаченъ

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, относительно доказательственной силы долгового документа, начали съ теченіемъ времени выставлять правило, что его содержаніе можетъ быть обезсиливаемо только посредствомъ письменнаго доказательства противнаго Это требеваніе выставлено въ l. 25 § 4 D. 22, 3 („nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit. . .“) и въ l. 13 C 4, 30. Подобная-же точка зрѣнія выражена въ l 18 C. 4, 20, гдѣ допускается только письменная росписка для доказательства уплаты по такому дѣлу, въ пользу существованія котораго имѣется документъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, повысилось значеніе самаго документа. Между тѣмъ какъ первоначально онъ служилъ только доказательствомъ долга, — его доказательственная сила расширяется искусственно въ томъ отношеніи, что въ пользу долга начинаютъ строить извѣстныя легальныя презумпціи Сюда относятся правила въ Pauli Sent. V. 7 § 2, въ l. 30 D. 45, 1, въ § 8 J. 3, 20 и въ l. 7 § 12 D 2, 14. Во всѣхъ этихъ мѣстахъ по поводу обозначенія въ документахъ, что обѣщаніе дано, выставляютъ презумпцію, что оно дано въ стипуляціонной формѣ. Потомъ, предприняли еще дальнѣйшій шагъ. Если даже документъ вовсе не заключалъ въ себѣ ссылку на какое-либо обѣщаніе, но, если при этомъ, его содержаніе не указывало на извѣстное иное основаніе къ возникновенію обязательства, — то выставляли другую презумпцію, — а именно, что обѣщаніе было дано, — а затѣмъ соединяли обѣ презумпціи вмѣстѣ, т. е., предполагали, что оно представляетъ собою стипуляціонный актъ. Въ этомъ направленіи дѣйствовали, конечно, не сразу, а постепенно. Такъ приведенная презумпція была допускаема

сперва только послѣ доказательства, что между вѣрителемъ и должникомъ „res inter praesentes gesta est (l. 1 C 8, 37)“, но развитіе института на этомъ не остановилось и нашло себѣ окончательное выраженіе въ c. 14 C. 8, 37. Здѣсь уже прямо выражена та мысль, что только то, что написано въ документахъ, должно считаться дѣйствительнымъ, пока не представлено обратнаго доказательства, что стороны „eo die civitate afuisse“.

Изложенное дѣлаетъ само собою понятнымъ, что различіе между такимъ порядкомъ, когда документу хотя продолжаютъ придавать только доказательственное значеніе, но строятъ вышеуказанныя презумпціи, снабжающія его силою рѣшающаго дѣло доказательства, и такимъ порядкомъ, когда документъ, просто-на-просто, объявляется самостоятельнымъ исковымъ основаніемъ, — по своимъ практическимъ результатамъ не является особенно значительною. Практически документъ, именно, фигурируетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ качествѣ суррогата стипуляціи. Это обстоятельство повело къ тому, что на практикѣ стипуляція была почти совершенно вытѣснена посредствомъ cautio.

Подобный историческій процессъ — постепеннаго вытѣненія стипуляціи долговымъ документомъ — служитъ прекраснымъ объясненіемъ, почему въ Юстиніановомъ сборникѣ, заключавшемъ въ себѣ, какъ извѣстно, слѣды различныхъ историческихъ наслоеній, — не выдержана строгая характеристика долгового документа, какъ доказательственнаго акта, но что, напротивъ, въ этой компиляціи мы встрѣчаемъ, относительно cautio, частые переходы отъ одной точки зрѣнія къ другой, совершенно противоположной, — какъ, напр., въ l. 59 D. 32 сначала говорится о chirographum, какъ содержащемъ только „probatio“, а потомъ въ словахъ „venditis chirographis intellegimus nomen venisse“ [1]) тѣмъ-же самымъ документамъ, повидимому, придается нѣсколько болѣе самостоятельный характеръ. Такой характеръ, особенно, замѣтенъ въ тѣхъ мѣстахъ источниковъ, гдѣ слова „cautio“ и „stipulatio“ употребляются „promiscue“ въ качествѣ варіирующихъ выраженій для обозначенія одного и того-же предмета [2]). Мы уже говорили нѣ-

1) См также l 43 § 5 D 30.

2) L 40 D 12, 1, l. 126 § 2 D 45, 1, l 57 D. 24, 1, l 20 § 1 D 15, 3, l 5 C. 4, 7.

сколько выше, что въ тѣхъ случаяхъ, когда сама „cautio“ не указываетъ иного искового основанія, — тамъ строится презумпція насчетъ наличности стипуляціи. Въ l. 17 pr. D. 44, 4 прямо выражено, что искъ предъявленъ „ex chirographo ex stipulatu“ Однако, для сокращенія словъ иногда прямо въ качествѣ основанія иска обозначаютъ chirographum, только подразумѣвая стипуляцію. Такъ напр, въ Inst 3, 21 мы читаемъ слѣдующее: „scriptura obligetur: et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione“. Понимать послѣднія слова въ томъ смыслѣ, что вербальное обязательство вообще отпадаетъ, какъ вытѣсненное посредствомъ scriptura, уже по одному тому невозможно, что сами Институціи (3, 15) даютъ подобныя правила о verborum obligatio безъ отдаленнѣйшаго намека, что вербальное обязательство можетъ быть разсматриваемо только какъ юридическая древность. Вотъ почему приведенное мѣсто въ Институціяхъ имѣетъ только тотъ смыслъ, что вербальное обязательство, при наличности долговаго документа съ одинаковымъ содержаніемъ, по отношенію къ такому документу лишено самостоятельнаго значенія. Придавать цитированному мѣсту какое-либо большее значеніе, едва ли было бы правильнымъ.

Строить совершенно самостоятельный институтъ долговыхъ документовъ внѣ всякаго отношенія къ стипуляціи — означало-бы вступить въ противорѣчіе съ цѣлымъ рядомъ свидѣтельствъ нашихъ источниковъ Два мѣста, съ этой точки зрѣнія, не могли-бы даже вовсе быть объяснены. Это с. 13 C. 4, 30 и с 14 C 8, 37. Первое изъ этихъ мѣстъ допускаетъ приведеніе доказательствъ противъ „cautio“ въ качествѣ самостоятельнаго искового основанія; а послѣднее толкуетъ о презумпціи при долговомъ документѣ, — что было-бы совершенно излишне, если-бы cautio была совершенно независимымъ отъ стипуляціи институтомъ. Замѣтимъ, что оба только что цитированныя мѣста относятся къ столь позднему времени, какъ время самого Юстиніана и его непосредственнаго предшественника Такимъ образомъ, ясно, что выставляемое многими писателями понятіе такъ наз. „новаго литтеральнаго контракта“ противорѣчитъ прямому свидѣтельству источниковъ [1]).

---

1) См. Изъ новѣйшихъ писателей по этому вопросу Gide l c стр 216 сл, Mitteis l. c., именно стр. 496

§ 30. Если cautio, согласно изложенному, придается дѣйствіе стипуляціи, которая постоянно при ней презумируется, — то, очевидно, cautio должна подлежать, по вопросу о каузальномъ моментѣ, совершенно тѣмъ-же правиламъ, которыя имѣютъ мѣсто при стипуляціи. Это наглядным образомъ и особенно рельефно выступаетъ въ тѣхъ весьма часто трактуемыхъ въ нашихъ источникахъ случаяхъ, когда долговой документъ выставленъ для обезпеченія основаннаго при mutuum'ѣ обязательства обратнаго требованія занятой суммы денегъ. Точно также, какъ при стипуляціи, обезпечивающей mutuum, реальный моментъ, состоящій въ уплатѣ денегъ заимодавцемъ должнику, — отступаетъ здѣсь назадъ передъ документомъ въ качествѣ правозарождающаго юридическаго факта. Эта уплата имѣетъ, въ полной аналогіи со случаемъ при стипуляціи, значеніе только каузальнаго момента. Если этотъ каузальный моментъ не реализованъ, т. е., если уплата, на самомъ дѣлѣ, не имѣла мѣста, — то римское право открывало для должника возможность парализовать, посредствомъ exceptio non numeratae pecuniae, искъ по займу, или вытребовать путемъ condictio долговой документъ обратно, с. 7 C 4, 30, с. 4 C. 4, 9.

Для того, чтобы exceptio non numeratae pecuniae (а также вытребованіе долгового документа) могла быть осуществлена, — слѣдуетъ, прежде всего, доказать, что, именно, такая уплата служила „рѣшающимъ предположеніемъ", — другими словами, долженъ быть констатированъ характеръ правоотношенія, какъ договора займа. Документъ можетъ быть выставленъ съ какою-либо другою цѣлью, — напр., „transactionis causa". Само собою понятно, что въ этомъ случаѣ exceptio non numeratae pecuniae не была въ состояніи быть примѣненною, с. 11 C. 4, 30.

Что mutuum является основаніемъ для cautio, можетъ быть упомянуто въ самомъ документѣ. Въ этомъ случаѣ не бываетъ, конечно, никакихъ особенныхъ затрудненій, — такъ какъ должникъ всегда можетъ сослаться на содержаніе документа въ свою пользу. Должно, однако, замѣтить, что на практикѣ нерѣдко обозначеніе займа носитъ вымышленный характеръ, — именно, приводится для прикрытія другого отношенія между сторонами, котораго онѣ, по той или другой причинѣ, не хотятъ касаться въ документѣ. Если, при такомъ положеніи дѣла, вѣритель докажетъ, что указаніе въ cautio

на mutuum не является правильнымъ, — то exceptio non numeratae pecuniae, очевидно, не можетъ быть проведена на дѣлѣ, l. 6 C. 4, 2, l. 5 C. 4, 30.

Если-же документъ, напротивъ, вовсе не содержитъ въ себѣ хотя-бы намека на то правоотношеніе, котораго онъ касается, — то, точно также, какъ при подобной стипуляціи, — должно быть дѣломъ должника указать характеръ долгового основанія, отсутствіе реализаціи котораго даетъ ему право оспаривать cautio. Хотя на этотъ счетъ нѣтъ прямого свидѣтельства въ источникахъ, — но, что это, дѣйствительно, было такъ, — должно быть разсматриваемо въ качествѣ прямого вывода изъ той исторической связи, которая существовала между cautio и stipulatio.

Предположивъ, что каузальнымъ моментомъ, на самомъ дѣлѣ, служила уплата денегъ по займу, — мы становимся тотчасъ лицомъ къ лицу съ другимъ вопросомъ, — именно, существуетъ-ли causa въ объективномъ смыслѣ, — иначе говоря, реализована-ли уплата въ дѣйствительности? Здѣсь примѣняются правила, установленныя нами выше по подобному-же вопросу при стипуляціи. Въ этомъ отношеніи, слѣдуетъ, прежде всего, замѣтить, что выставленіе документа не можетъ еще, само-по-себѣ, возбудить нѣкоторую догадку въ пользу того, что деньги заплачены. Вотъ почему тяжесть доказательства, относительно causa въ объективномъ смыслѣ, падаетъ на вѣрителя, с. 3, с. 10 C. 4, 30, с. 1 C. 4, 19. Вопросомъ остается только то обстоятельство, можетъ-ли вѣритель, при приведеніи подобнаго доказательства, воспользоваться содержаніемъ самаго документа, такъ какъ въ этомъ послѣднемъ уплата денегъ обозначена совершившимся фактомъ. По этому поводу римское право объявляло, что одно только то обстоятельство, что „pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur“, не можетъ имѣть какого-либо значенія. На основаніи практическаго опыта, что уплата денегъ весьма часто имѣетъ мѣсто уже послѣ того, какъ выставленъ документъ съ обозначеніемъ, что уплата воспослѣдовала, — такому обозначенію нельзя придавать характера рѣшающаго дѣло доказательства. Но какъ поступать въ томъ случаѣ, когда въ документѣ сдѣлано не только общее обозначеніе насчетъ „pecunia numerata“, — но указывается осуществленіе уплаты въ опредѣленный моментъ времени въ прошедшемъ? Очевидно, что въ этомъ послѣднемъ случаѣ

содержаніе документа должно помогать вѣрителю, с. 13 C. 4, 30 („suis adquiescere deceat"). Но даже и въ этомъ случаѣ обозначенію реализаціи уплаты не должно быть придаваемо значенія, если можетъ быть констатировано, что вѣритель воспользовался своимъ болѣе выгоднымъ экономическимъ положеніемъ для отрѣзанія должнику возможности какихъ-либо возраженій въ будущемъ, оказавъ на него матеріальное давленіе, чтобы онъ обозначилъ въ долговомъ документѣ фактъ осуществленія каузальнаго момента. Отрицаніе, при такомъ положеніи дѣла, доказательственной силы документа находитъ, конечно, полное оправданіе въ подобномъ угнетенномъ положеніи должника, особенно, если принять во вниманіе ту тенденцію помощи экономически слабымъ лицамъ, которая красною нитью проходитъ черезъ многія постановленія, относящіяся къ позднѣйшей императорской законодательной дѣятельности [1]).

Если-бы въ самомъ долговомъ документѣ ничего не упоминалось насчетъ реализаціи каузальнаго момента, — то положеніе вѣрителя въ нѣкоторыхъ случаяхъ была-бы крайне печальнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, для него, по прошествіи извѣстнаго промежутка времени, было-бы чрезвычайно труднымъ достать необходимыя доказательства въ пользу уплаты, съ его стороны, должнику занятой послѣднимъ суммы денегъ. Римское право приходило, въ этомъ случаѣ, ему на помощь, давая, сперва по истеченіи 5 лѣтъ, а потомъ по истеченіи 2-хъ лѣтъ, прескрипцію противъ exceptio non numeratae pecuniae, l. 14 C. 4, 30, J. 3, 21. Насчетъ юридическихъ послѣдствій этой прескрипціи, между писателями нѣтъ согласія Нѣкоторые утверждаютъ, что она касается только перенесенія на должника тяжести доказательства относительно реализаціи каузальнаго момента. Другіе-же [2]), напротивъ, держатся того взгляда, что прескрипція вызываетъ совершенную невозможность пользоваться exceptio non numeratae pecuniae, и надо признать, что этотъ взглядъ вполнѣ соотвѣтствуетъ выраженіямъ нашихъ источниковъ. Напр., l. 14 pr C. 4, 30: eo lapso nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci

1) См. Leonhard: Roms Vergangenheit und Deutschlands Recht. 1889. Стр 154, 182, Institutionen. 1894. Стр. 126 сл

2) Именно Gneist l. c стр. 89 сл, Bahr стр. 357—358 (282).

possit", J. 3, 21: „de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest .... ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur", l. 8 § 2 C. 4,30: „o m n i m o d o ..... debitum solvere compelletur". Эта мѣста вполнѣ подтверждаютъ правильность точки зрѣнія относительно полной потери эксцепціею силы своего дѣйствія.

Глава II.

„Абстрактныя обязательства" въ нѣмецкой юридической литературѣ.

§ 31 Т е о р і я Б э р а Въ 1855 году вышелъ въ свѣтъ замѣчательный трудъ Бэра подъ заглавіемъ „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" [1]). Съ этихъ поръ появилась масса статей на ту-же тему. Едва-ли существуетъ въ цивилистической литературѣ еще вопросъ, который могъ-бы гордиться такимъ общимъ вниманіемъ писателей, какъ договоръ признанія. Я изложу только наиболѣе типичныя теоріи и остановлюсь, прежде всего, на теоріи самого Bähr'a.

Бэръ соединяетъ свое изложеніе современнаго абстрактнаго договора съ изложеніемъ правилъ о римской стипуляціи. Онъ думаетъ, что стипуляція давала возможность вывести обязательство изъ его „natürlichen Bestand", по которому оно имѣетъ значеніе только при наличности causa obligationis, т. е., возможность придать ему характеръ самостоятельнаго обязательства, оторваннаго отъ каузальнаго момента. Однако, такое дѣйствіе стипуляція, по Бэру, имѣетъ далеко н е в о в с ѣ х ъ с л у ч а я х ъ. Такъ, если стипуляція поставлена въ зависимость отъ causa futura, — то вѣритель долженъ доказать ея реализацію и только тогда подлежитъ удовлетворенію въ своемъ правѣ требованія. То-же самое, въ видѣ общаго правила, слѣдуетъ сказать и относительно того случая, когда causa была praeterita, т. е., лежала въ прошедшемъ, такъ что, если кто-либо въ расчетѣ на какое-нибудь прошлое событіе, совершилъ стипуляцію, а

1) При цитированіи этого труда я указываю страницы по 2 изданію. Въ скобкахъ привожу страницы по 3 изданію.

потомъ окажется, что это событіе не существовало, — то онъ можетъ оспаривать, на этомъ основаніи, право требованія вѣрителя. Представимъ себѣ, что нѣкто обѣщалъ дать какой-либо женщинѣ приданое, думая, что бракъ уже совершился. Можетъ-ли такая стипуляція пріобрѣсти связывающее для должника значеніе, т. е., хотя-бы впослѣдствіи обнаружилось, что брака вовсе не было, — можетъ-ли она, тѣмъ не менѣе, служить основаніемъ для взысканія съ него приданаго? Очевидно, нѣтъ Стипуляція въ этомъ случаѣ носитъ только доказательственный противъ должника характеръ. Предполагается, что бракъ, дѣйствительно, имѣлъ мѣсто, — однако, это не отнимаетъ у обязанной стороны возможности привести такъ наз. „обратное доказательство“ („Gegenbeweis“) и этимъ отклонить отъ себя искъ вѣрителя. При этомъ, отъ должника вовсе не требуется, чтобы онъ доказалъ, что онъ находился въ состояніи „извинительнаго заблужденія“ („error probabilis“) насчетъ предполагаемаго событія. Тотъ-же самый принципъ долженъ найти себѣ примѣненіе также въ томъ случаѣ, если одновременно обмѣнены двѣ стипуляціи, имѣющія своимъ предметомъ „praestationes“ въ пользу другъ друга. Если при такой комбинаціи, одна изъ сторонъ исполнитъ свою praestatio“ — то это имѣетъ характеръ „доказательственнаго признанія“, совершеннаго ею въ пользу того, что эквивалентъ уже реализованъ Подобное признаніе можетъ быть опровергаемо приведеніемъ „обратнаго доказательства“ („Gegenbeweis“) если на дѣлѣ окажется отсутствіе реализаціи эквивалента, и, при этомъ, не принимается въ расчетъ, была-ли ошибка исполнившаго свою обязанность должника — извинительною, или нѣтъ, — а этотъ должникъ освобождается отъ обязанности доказывать наличность такой ошибки.

Совершенно иначе обстоитъ дѣло, когда эквивалентъ въ пользу должника, при стипуляціи, признается осуществленнымъ въ опредѣленный моментъ времени въ прошедшемъ. Этимъ — обязательство получаетъ самостоятельное обоснованіе, и стипуляція присоединяется, такимъ образомъ, къ уже существующему долгу, какъ будто она совершилась по отношенію къ нему „solvendi causa“. Стипуляція исполняетъ въ этомъ случаѣ функцію „datio solvendi causa“, т. е., уплаты въ собственномъ смыслѣ слова. Вотъ почему такая стипуляція, чтобы быть оспорен-

ною должникомъ, подлежитъ тѣмъ-же правиламъ, которыя выработались относительно condictio indebiti soluti, т. е, должникомъ должна быть доказано извинительная ошибка по поводу мнимаго существованія долга. При стипуляціи „solutionis causa", подобно настоящей уплатѣ, имѣетъ мѣсто признаніе существующаго долга, но это признаніе, кореннымъ образомъ, отличается отъ того признанія, съ которымъ мы имѣли дѣло выше, въ примѣрѣ съ приданымъ, стипулированнымъ въ расчетѣ, что бракъ, дѣйствительно, совершился. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ, рѣчь могла быть только о „доказательственномъ" признаніи относительно такого прошлаго событія, предполагаемое существованіе котораго, вопреки ожиданіямъ должника, оказалось иллюзіею. Мы уже говорили, что подобное, только „доказательственное" признаніе допускаетъ возможность обратнаго доказательства. Не то бываетъ при стипуляціи — уплатѣ. „Sie erscheint nicht mehr als ein bloses Beweismoment, welches die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit gewisser Thatsachen zu beschaffen geeignet ist, sondern als ein Willensmoment, welches den Schuldner mit bindender Kraft erfasst. Derjenige, welcher auf eine bestehende Schuld gezahlt hat, wird so angesehen, als ob er die Schuld für sich habe gelten lassen wollen" [1]).

Бэръ обозначаетъ такую стипуляцію — уплату терминомъ „echte Annerkennung", „настоящаго договора признанія", въ противоположность доказательственному признанію, которое онъ называетъ терминомъ „unechte Anerkennung", „ненастоящаго договора признанія". „Ненастоящій договоръ признанія", который имѣетъ мѣсто при обыкновенной стипуляціи, — носитъ только характеръ доказательства въ пользу вѣрителя, — доказательства, опровергаемаго обратнымъ доказательствомъ должника; а „признаніе настоящее" при стипуляціи — уплатѣ является волевымъ моментомъ, смыслъ котораго — окончательная ликвидація существующаго долгового правоотношенія. „Настоящее признаніе" Бэра составляетъ, такимъ образомъ, суррогатъ для самого долга, — она замѣняетъ или, какъ онъ говоритъ, „представляетъ" этотъ долгъ. Оспаривать „настоящее

1) l. c. стр. 79 (58).

признаніе" должникъ можетъ только посредствомъ доказательства dolus со стороны вѣрителя или своей извинительной ошибки[1]).

Что касается до документовъ, то, пока они, какъ это было въ древнемъ римскомъ правѣ, — имѣли значеніе только средствъ доказательства, — вовсе не могло быть и рѣчи о приданіи имъ значенія „настоящаго" признанія Между тѣмъ, по Бэру, они совершенно вышли, уже въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, изъ этой первоначальной стадіи своего развитія и пріобрѣли такой-же самостоятельный характеръ, какъ сама стипуляція. По Бэру, процессъ такого превращенія документовъ изъ простого средства доказательства въ независимое основаніе для иска — представляется въ слѣдующемъ видѣ. Словесная стипуляція была сначала на практикѣ вытѣснена документомъ, содержавшимъ въ себѣ указаніе на яко-бы имѣвшую мѣсто стипуляцію, хотя-бы въ дѣйствительности она и не была совершена. Затѣмъ, уже было недалеко сдѣлать дальнѣйшій шагъ: придать документу такое-же значеніе, какъ самой стипуляціи, даже если-бы указанія на нее вовсе не было въ документѣ, — и вотъ образовался „новый литтеральный контрактъ" По существу дѣла, долговой документъ совершенно заступилъ мѣсто стипуляціи, а потому на него и распространились всѣ правила относительно каузальнаго момента, которыя выработались для стипуляціи. Выше — мы уже видѣли, насколько вѣрна эта картина исторіи долговыхъ документовъ, даваемая нашимъ авторомъ — для подтвержденія правильности своей теоріи. Здѣсь ограничимся только изложеніемъ тѣхъ правилъ, которыя онъ образовалъ для долговыхъ документовъ.

1. Если изъ документа не видно, какая causa лежитъ въ его основаніи, — то должно быть дѣломъ самого должника дать соотвѣтствующія указанія на этотъ счетъ[2]).

2. Документъ можетъ относиться къ существую-

---

1) l. c. стр 111 (83).

2) Противорѣчащій этому l. 25 § 4 D. 22, 3 дѣлается Бэромъ предметомъ столь ограничительнаго толкованія, что онъ сводитъ значеніе этого мѣста источниковъ почти къ нулю

щему долговому отношенію, какъ къ своей causa. Въ этомъ случаѣ опять-таки должникъ долженъ доказывать отсутствіе реализаціи каузальнаго момента, т. е, несуществованіе долга — по принципамъ, дѣйствующимъ относительно condictio indebiti („настоящее признаніе").

3. Если-же документъ, напротивъ, относится къ какому-либо факту другого рода, — то кредиторъ этимъ еще не освобождается отъ обязанности доказательства осуществленія causa obligationis. Это правило получаетъ примѣненіе — все равно, обозначенъ-ли подобнаго рода фактъ въ документѣ въ качествѣ будущаго или прошлаго событія. Когда, при этомъ, въ самомъ документѣ сказано, что causa уже реализована, — то это имѣетъ значеніе только „ненастоящаго признанія". Въ видѣ примѣра, Бэръ приводитъ слѣдующее отношеніе: „Eine Erscheinung dieser Art bot auch eine Urkunde dar, welche auf eine Realleistung, also z. B. eine Darlehnszahlung, einfach als geschehen Bezug nahm. Da erfahrungsmassig in dieser Weise auch solche Urkunden ausgestellt werden, welche auf einen gleichzeitigen Austausch von Geld und Verpflichtungsact berechnet sind, so konnte processualisch in einer solchen Urkunde nicht die Anerkennung einer bestehenden Verbindlichkeit gefunden werden; gerade so, wie ja auch in materieller Beziehung eine stipulatio debiti nur dann angenommen wurde, wenn die Realleistung, auf welche dabei Bezug genommen war, in bestimmter Vergangenheit lag. Diese Auffassung musste dahin führen, eine Anfechtung solcher Urkunden bezüglich ihrer Verpflichtungskraft nicht etwa blos mittelst Darlegung der irrthümlichen Unterstellung einer bestehenden Schuld, sondern auch schon lediglich mittelst Bestreitens der causa, der Geldzahlung, zu gestatten. Es wurde daher die exceptio non numeratae pecuniae wider sie zugelassen, woneben die parallel gehende Condiction immer mehr in den Hintergrund trat. Die Exception hatte auch hier die Wirkung, dass der Inhaber der Urkunde auf deren formelle Verpflichtungskraft nicht anders sich stutzen konnte, als soweit zugleich die Auszahlung des Geldes bewiesen vorlag. — Es entsteht aber die Frage, ob sich nicht derselbe zu diesem Beweise auf die Empfangsbescheinigung in der Urkunde selbst habe berufen können? — Die gemeine Ansicht verneint dies, indem sie annimmt, die exceptio non numeratae pecuniae habe der Empfangsbescheinigung die

beweisende Kraft benommen“ [1]). Мы остановились такъ долго на римско-правовой части труда Бэра, такъ какъ онъ дѣлаетъ выводы, весьма важные для современнаго гражданскаго права. Мы уже видѣли, насколько правильна точка зрѣнія нашего автора относительно римской стипуляціи. Какъ-бы то ни было, но онъ распространяетъ свое пониманіе стипуляціи и на современныя обязательственныя правоотношенія. Правда, стипуляціонной формы теперь уже не существуетъ, — но для Бэра это не составляетъ препятствія признать возможность примѣненія, какъ онъ выражается, ея „отрицательно формальной“ природы. Подъ этимъ послѣднимъ терминомъ онъ разумѣетъ независимость обязательства отъ лежащаго въ его основаніи матеріальнаго отношенія. Съ этой точки зрѣнія, „dem von Formen entfesselten Willen kann aber keine geringere Kraft beiwohnen, als dem an Formen gebundenen“ [2]).

Вотъ почему, по Бэру, также и въ современномъ гражданскомъ правѣ, если только достаточно ясно выражена идущая въ этомъ направленіи воля сторонъ, — должно съ одинаковымъ правомъ, какъ и относнтельно римской стипуляціи, отрывать обязательство отъ его каузальнаго момента. Въ этомъ отношеніи Бэръ перечисляетъ:

1) такъ наз. „Abrechnungsgeschäft“,
2) просто „договоръ признанія“,
3) „счетъ“,
4) „долговая расписка“.

Въ торговомъ оборотѣ онъ указываетъ слѣдующія параллельныя сдѣлки:

1) подведеніе „saldo“ и „контокоррентная“ сдѣлка (соотвѣтствуетъ первымъ тремъ предыдущимъ),

2) вексель (соотвѣтствуетъ четвертой предыдущей).

Что касается векселя, то, по этому поводу, не можетъ быть никакого сомнѣнія. „Aber auch alle übrigen genannten sind wahre Verträge, welche man insofern als formelle Verträge bezeichnen kann, als sie den ihren materiellen Bestand ausmachenden Rechtsstoff nicht in sich selbst tragen, vielmehr in ihnen ein einseitiges Schuldversprechen (beziehungsweise

---

1) Стр 160—161 (120)
2) Стр 169 (124).

ein Schulderlass), losgetrennt von seinem materiellen Rechtsgrunde, zur prozessualischen Selbstständigkeit erhoben ist“ [1])

Общая черта всѣхъ этихъ договоровъ, благодаря которой они пріобрѣтаютъ формальный характеръ, — это — заключающееся во всѣхъ нихъ признаніе Но не каждое признаніе пріобрѣтаетъ такое значеніе. „Damit nun die Anerkennungserklärung in dieser Weise wirke, muss sie vor Allem mit dem Willen, sich zu verpflichten, in Verbindung treten, und zwar mit einem solchen Willen, welcher aus dem ursprünglichen Bestand oder Nichtbestand der Verbindlichkeit nicht mehr die Bedingung seiner Gültigkeit, sondern nur seine Voraussetzung (causa) entnimmt. Die Anerkennung der Schuld muss sich in ein Zahlungsversprechen übersetzen lassen, in dem Sinne: „ich verspreche zu zahlen, weil — nicht wenn ich schuldig bin“ [2]).

Нѣчто подобное имѣетъ мѣсто, напр., при „Abrechnungsgeschäft“ когда стороны соглашаются, что счетный результатъ, вытекающій изъ цѣлаго ряда заключенныхъ ими договорныхъ обязательствъ, — долженъ имѣть независимое отъ этихъ правоотношеній дѣйствіе, такъ что онъ можетъ быть оспариваемъ только по правиламъ condictio indebiti.

То-же самое слѣдуетъ сказать относительно долговыхъ расписокъ Эти послѣднія выражаютъ подобную-же формальную волю должника заплатить опредѣленную сумму денегъ, такъ какъ, относительно нихъ вовсе нельзя сказать, чтобы онѣ имѣли исключительно доказательственное значеніе. Это — потому, что „ein Beweismittel fur die Schuld wollen, heisst die Schuld wollen, und die Schuld wollen, heisst die Schuld versprechen“ [3]).

Кто выдалъ такую долговую расписку, — тотъ, думаетъ Бэръ, eo ipso уже выразилъ волю оспаривать ее только по принципамъ condictio indebiti. Двѣ эксцепціи представляютъ скорѣе кажущееся, чѣмъ дѣйствительное исключеніе изъ этого правила, — именно, exceptio compensationis и exceptio non adimpleti contractus. Первая изъ нихъ можетъ быть всегда противопоставлена, хотя-бы иску на основаніи договора признанія. Что-же касается второй, — то она имѣетъ силу только

1) Стр. 171 (126).
2) Стр. 179 (132).
3) Стр. 258 (193)

въ томъ случаѣ, когда „der Schuldschein nicht einen Verzicht auf die vorgängige Erfüllung des Vertrags oder eine Anerkennung geschehener Erfüllung ergiebt". Напротивъ, „wird der Kläger durch den Schuldschein, welcher blos eine Anerkennung der Schuld enthält, von dem Beweise der seinerseits geschehenen Vertragserfüllung nicht frei" [1]).

Подобное-же значеніе придается Бэромъ долговой распискѣ, если она даже не содержитъ никакого указанія на causa, но просто объявляетъ, что должникъ обязанъ уплатить опредѣленную денежную сумму (такъ наз. „cautio indiscreta"). Въ одинъ классъ съ такою распискою Бэръ ставитъ и заемный документъ, въ которомъ уплата заимодавцемъ заемщику валюты помѣщена только для виду, съ цѣлью прикрытія какого-либо другого каузальнаго момента. Такого рода документъ объявляется Бэромъ дѣйствительнымъ. „Ich glaube auch diese Urkunde für wirksam halten zu dürfen, freilich nicht als Beweismittel einer bestimmten materiellen Verbindlichkeit, aber als abstracten Verpflichtungsact, welcher so lange bindet, als nicht einredeweise der Mangel der causa dargelegt wird" [2]). Нашъ авторъ не хочетъ, кажется, дѣлать, въ этомъ случаѣ, исключенія даже для exceptio non adimpleti contractus, выражаясь въ слѣдующей общей формѣ: „Die Erklärung „schuldig zu sein" lässt sich nach der heutigen Auffassung dieses Begriffs nicht als Ausdruck eines Zahlungsversprechens, dessen Grundlage noch eintreten solle, betrachten, sie trägt vielmehr die Bescheinigung der erledigten causa in sich" [3])

Подобная расписка — болѣе, чѣмъ простое обѣщаніе платежа, — такъ какъ она указываетъ на уже имѣвшую мѣсто реализацію каузальнаго момента при договорномъ обязательствѣ. Такое осуществленіе causa obligationis предполагается поэтому наличнымъ и можетъ быть опровергаемо только должникомъ, который оспариваетъ долговой документъ и ссылается на свою извинительную ошибку по этому поводу.

Относительно формы своего „договора признанія", Бэръ сперва считалъ необходимымъ письменное его заключеніе. Позднѣе онъ измѣнилъ свой взглядъ и призналъ одинаково удобною и устную форму.

---

1) Стр. 267 (200).
2) Стр 280 (211).
3) Стр 281 (211).

§ 32. Теорія Кинделя. Въ рѣзкую оппозицію къ Бэру сталъ Кинделъ въ своемъ трудѣ: „Das Rechtsgeschaft und sein Rechtsgrund“. Его ученіе можетъ быть сведено къ слѣдующимъ тезисамъ [1]):

1. Долговое обязательство постоянно требуетъ какую-либо causa. — До сихъ поръ разногласія съ Бэромъ еще нѣтъ, такъ какъ и Бэръ, вѣдь, утверждаетъ, что договорное обязательство безъ „causa“ является „дѣломъ, психологически невозможнымъ“. Различіе во мнѣніяхъ между обоими писателями проявляется только по вопросу, въ чемъ заключается эта causa, и какое значеніе она имѣетъ.

2. Формальныя обязательства (стипуляція, вексель) переворачиваютъ тяжесть доказательства, по вопросу о существованіи каузальнаго момента, съ вѣрителя на должника, но также и въ этомъ случаѣ, по Кинделю, нѣтъ никакой „оторванности“ обязательства отъ каузальнаго момента.

3. Другія договорныя обязательства въ письменной формѣ могутъ также служить средствомъ подобнаго перенесенія onus probandi насколько они заключаютъ въ себѣ указаніе на causa, и насколько этому указанію придается, именно, такое значеніе.

4. Словесное обязательство имѣетъ, напротивъ, силу, во всякомъ случаѣ, только послѣ изъясненія вѣрителемъ каузальнаго момента.

Правильнымъ въ воззрѣніяхъ Бэра, по Кинделю, является энергическое оспариваніе того предразсудка, что вторичное обѣщаніе существовавшаго прежде долга является недѣйствительнымъ, если окажется, что, на самомъ дѣлѣ, этотъ долгъ или вовсе не существовалъ, или существовалъ съ какими-либо дефектами Новое обѣщаніе стараго долга можетъ, прежде всего, служить доказательствомъ противъ подобныхъ дефектовъ, — а, кромѣ того, въ пользу такого обѣщанія можетъ существовать своя особая causa.

Этимъ и ограничивается сходство теорій Бэра и Кинделя. Говорить объ „абстракціи“ договорнаго обязательства отъ ея causa въ томъ смыслѣ, въ которомъ идетъ рѣчь о подобной „абстракціи“ въ трудѣ Бэра, представляется для

1) Стр. 72 сл.

Кинделя дѣломъ положительно невозможнымъ. Ничего подобнаго, съ его точки зрѣнія, вовсе не существуетъ.

Теорію, близкую ко взглядамъ Кинделя, уже за много лѣтъ раньше защищалъ Schlossmann въ своей вышедшей въ 1868 году инаугуральной диссертации: „Zur Lehre von der Causa obligatorischen Vertrage".

§ 33 Въ извѣстной мѣрѣ, среднее положеніе, между приведенными двумя крайними взглядами, хотя ближе къ Кинделю, — занимаетъ Bruns.

Тогда какъ Bähr отрицаетъ за „constitutum debiti" какое-бы то ни было значеніе для современнаго права, такъ какъ, по его мнѣнію, вездѣ, гдѣ дается новое обѣщаніе уплаты для обезпеченія стараго правоотношенія, — имѣется, на самомъ дѣлѣ, договоръ признанія, такъ что обѣщаніе уплаты не имѣетъ самостоятельнаго значенія наряду съ подобнымъ договоромъ; — Bruns утверждаетъ, что та потребность гражданскаго оборота, которую Бэръ хочетъ удовлетворить при помощи своего договора признанія, — можетъ найти себѣ разрѣшеніе посредствомъ римско-правового института „constitutum debiti."

Между „constitutum" и „признаніемъ" нѣтъ отношенія сходства, какъ этого хочетъ Бэръ. По Брунсу, здѣсь существуетъ только различіе „Anerkennung und Constitut sind zwei an sich vollständig verschiedene Begriffe, so häufig auch beide im Leben mit einander verbunden sind. Anerkennung ist nur Zugeständniss, dass ein altes Recht bereits da sei, Constitut ist nur Begründung eines neuen Rechtes neben dem alten. Anerkennung ist nur Beweismittel, nicht Ogligationsgrund; Constitut ist nur Obligationsgrund, nicht Beweismittel. Das Constitut ist das Versprechen, zu zahlen was man (oder ein anderer) schuldig ist; dass man schuldig sei, ist dabei wesentliche Voraussetzung; ob man aber schuldig sei, ist eine davon getrennte Frage, und reine Sache des Beweises" [1]).

По Брунсу, „признаніе" и „constitutum" въ дѣйствительной жизни встрѣчаются сплошь и рядомъ въ отдѣльности и не связаны необходимо другъ съ другомъ. „Конститутъ" безъ „признанія" имѣетъ мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда конституентъ оставляетъ вопросъ о существованіи

1) Zeitschrift fur Rechtgeschichte I Стр 93

долга безъ отвѣта и даетъ обѣщаніе уплаты толко эвентуально, — на случай, если окажется, что онъ, въ самомъ дѣлѣ, долженъ, — напр, прямо прибавляетъ, „если долгъ является дѣйствительнымъ“, или, напр., ограничиваетъ обѣщаніе уплаты „тѣмъ, что я долженъ“, или „насколько я долженъ“, или „обѣщаю уплатить то, что я остаюсь долженъ“ и. т. под. Наоборотъ, признаніе возможно безъ конститута Брунсъ приводитъ въ качествѣ примѣра, что кто-либо далъ другому взаймы деньги безъ всякой расписки, такъ какъ онъ ему вполнѣ довѣрялъ, — а потомъ изъ предосторожности, имѣя въ виду возможность его смерти, упросилъ его дать расписку, — такъ что, хотя мы и имѣемъ „признаніе“, но нѣтъ никакого основанія видѣть въ этомъ новое обѣщаніе уплаты. На самомъ дѣлѣ, здѣсь имѣется только доказательство въ пользу существующаго долга, а не новое обязательство, такъ какъ, безъ наличности какихъ-либо особыхъ основаній, нельзя удаляться отъ буквальнаго толкованія содержанія расписки.

Нѣтъ никакого разумнаго повода считать „constitutum debiti“, „обѣщаніе уплаты“ сошедшимъ со сцены современнаго гражданскаго права. Оно также теперь имѣетъ практическое значеніе и дѣлаетъ „Anerkennungsvertrag“ Бэра совершенно излишнимъ. Потребность гражданскаго оборота, которая побудила Бэра создать институтъ договора признанія, — заключается въ желаніи имѣть доказательство долга безъ указанія каузальнаго момента при этомъ долгѣ. Эта потребность не возбуждаетъ въ Брунсѣ никакихъ сомнѣній. Онъ считаетъ ее подлежащею удовлетворенію, — но для этого, по его мнѣнію, не надо создавать ничего новаго, когда у насъ уже есть готовая форма римско-правого „конститута“. Вѣдь, при конститутѣ вовсе не необходимо указаніе „causa“ прежняго долга. Вполнѣ достаточно только подтвержденія этого послѣдняго, — напр., „тѣ 100 рублей, которые я уже долженъ, или „тѣ 100 рублей, которые получаются въ остаткѣ счета.“ Указаніе на каузальный моментъ здѣсь отсутствуетъ, а между тѣмъ, подобныя выраженія могутъ вполнѣ послужить въ качествѣ достаточнаго искового основанія, какъ „constitutum debiti“.

Такимъ образомъ, Брунсъ строго отличаетъ „признаніе“ отъ „конститута“, придавая послѣднему значеніе самостоятельнаго обязательства уплаты и ограничивая первое исключительно доказательственною функціею. Затѣмъ, Брунсъ вво-

дитъ еще понятіе „Beweiskontrakt“ Процессуальное признаніе, — которое, какъ извѣстно, представляетъ распорядительный актъ отвѣтчика, касательно составляющаго предметъ процесса отношенія матеріальнаго гражданскаго права, въ его цѣломъ или въ той или другой части, — такъ какъ отвѣтчикъ, при этомъ, объявляетъ, что такіе-то юридическіе факты считаются имъ правильными и не требующими доказательствами, — это процессуальное признаніе наводитъ Брунса на мысль примѣнить подобную-же точку зрѣнія ко внѣ — процессуальному признанію. Въ самомъ дѣлѣ, не тоже-ли самое можетъ имѣть мѣсто также и въ этомъ послѣднемъ случаѣ? Вѣдь, должнику ничто не мѣшаетъ и до процесса войти въ соглашеніе съ вѣрителемъ, что въ случаѣ процесса извѣстные факты онъ, должникъ, будетъ считать стоящими совершенно независимо отъ необходимости приводить въ ихъ пользу какія либо доказательства. „Kann und muss man nicht auch bei einem aussergerichtlichen Gestandnisse, sobald es nicht in blos zufälligen beiläufigen Erklärung an den Gläubiger, also namentlich der Ausstellung eines Schuldbekenntnisses, besteht, sagen, dass auch hier der Schuldner erklare, den Anspruch des Gläubigers gegen sich gelten lassen, nicht bestreiten und keinen weiteren Beweis darüber von ihm verlangen zu wollen?[1])“ Подобное признаніе не является „одностороннимъ“ актомъ, но заключаетъ въ себѣ договорный элементъ. Только предметомъ этого договора является не уплата существующаго долга, какъ думаетъ Бэръ, но доказательство такого долга. „Es ist so zu sagen ein Beweiskontrakt“. На основаніи „Beweisvertrag“, долгъ считается доказаннымъ, и должникъ можетъ обезсилить такое доказательство только приведеніемъ „обратныхъ доказательствъ“ („Gegenbeweis“), которыя являются, однако, вполнѣ достаточными въ этой цѣли, такъ что не можетъ быть и рѣчи, какъ этого требуетъ Бэръ, о необходимости изъясненія должникомъ наличности, съ его стороны, извинительной ошибки при заключеніи подобнаго договора

Само собою ясно, что „Beweiskontrakt“ Брунса никоимъ образомъ нельзя смѣшивать съ его-же „конститутомъ“. О „доказательственномъ договорѣ“ онъ говоритъ слѣдующее: „Bei der vollständigen Anerkennung einer Schuld mit genauer

1) l c. стр. 126.

Angabe ihrer causa liegt an sich kein Grund vor, eine andere Absicht als die Verschaffung eines Beweismittels anzunehmen“ [1]), — а о „конститутѣ“: „Dagegen wird man bei der Ausstellung eines generellen Schuldbekenntnisses allerdings in folgender Weise argumentiren dürfen: Da ein genereller Schein zum Beweise der Klage aus der Hauptschuld nicht genügt, der Schuldner aber doch dem Gläubiger den Beweis zur Klage gegen sich geben will, so kann seine Ausstellung eines generellen Scheines vernünftiger Weise nur so interpretirt werden, dass er damit auf den weitern vollen Beweis der Hauptschuld verzichtet, und vielmehr schon diesen Schein als genügenden Beweis gegen sich gelten lassen will, folglich schon gegen Production dieses Scheines zu zahlen verspricht. Dann ist ein Constitut mit genügendem Beweise der Hauptschuld vorhanden, folglich die Constitutsklage rechtlich und factisch begründet [2])· Брунсъ признаетъ, что, придя къ подобному результату, онъ приближается къ точкѣ зрѣнія Бэра, но утверждаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, что онъ придаетъ своему „конституту“ болѣе узкую область примѣненія и слабѣйшее дѣйствіе, чѣмъ это дѣлаетъ Бэръ со своимъ Anerkennungsvertrag“.

Въ заключеніе изслѣдованія Брунсъ говоритъ слѣдующее: „Somit wäre das Resultat, dass die Römer in ihrem constitutum debiti einen Begriff ausgebildet haben, der in Verbindung mit einem natürlichen Beweissysteme auf eine einfache und gesunde Weise allen den practischen Bedürfnissen so weit nöthig Genüge leistet, denen Bähr durch seinen Anerkennungsvertrag eine Hülfe verschaffen will, und dass wir daher diese künstliche Spekulation vollständig entbehren können, sobald wir das dem wirklichen Leben entsprossene und ihm entsprechende römische Constitut wieder in seiner wahren Gestalt herstellen und durchführen“ [3]).

§ 34. Самостоятельную точку зрѣнія проводитъ Unger [4]). Однако, по результату, онъ приближается къ Брунсу, а по обоснованію этого результата, къ Бэру.

Этотъ писатель видитъ центръ тяжести всего вопроса

---

1) Стр. 129

2) Стр. 130

3) Стр 130

4) Въ статьѣ „Zur Lehre vom Anerkennungsvertrag“, помѣщенной въ Jahrb. f Dogmatik VIII. Стр. 179—220.

въ приданіи, въ извѣстныхъ случаяхъ, договорному обязательству характера вошедшаго въ законную силу судебнаго рѣшенія. Договорнымъ обязательствомъ подобнаго рода Унгеръ считаетъ Бэровскій „Anerkennungsvertrag“. Въ этомъ случаѣ, по Унгеру, стороны, хотя и безъ помощи суда, совершаютъ окончательное опредѣленіе существующаго уже между ними отношенія обязательственнаго права, подобно тому какъ, въ другихъ случаяхъ, та-же самая цѣль достигается посредствомъ судебнаго рѣшенія. Различіе между этимъ послѣднимъ и „договоромъ признанія“ состоитъ только въ томъ, что судебное рѣшеніе разбираетъ лишь вопросъ, въ чемъ заключается спорное обязательственное право, являясь только „декларативнымъ“, а договоръ признанія носитъ характеръ „распорядительнаго акта“ („Privatdisposition“) — касательно такого обязательства и потому называется нашимъ писателемъ „конститутивнымъ“. „Das Anerkenntniss ist die rechtswirksame Erklärung des Willens, ein bestimmtes Rechtsverhältniss gelten zu lassen“ [1]). „Wer eine Schuld vertragsmässig anerkennt, will sie gegen sich gelten lassen: er will diese Schuld schulden Eine Schuld schulden wollen, heisst den Gegenstand dieser Schuld schulden wollen“ [2]). Отъ подобнаго „договора признанія“ Унгеръ отличаетъ акцессорное „обѣщаніе уплаты“. Договоръ признанія — не болѣе, какъ акцессорное „обѣщаніе долга“, а объ уплатѣ здѣсь непосредственно не заходитъ рѣчи. „Обѣщаніе долга“ („promissio debiti“, „договоръ признанія“) составляетъ обѣщаніе одинаковаго содержанія съ главнымъ обязательствомъ, а „обѣщаніе уплаты“ („constitutum debiti“) — только обѣщаніе заплатить долгъ. Практическое различіе заключается въ томъ, что, тогда какъ при „constitutum debiti“ необходимо дѣйствительное существованіе подлежащаго уплатѣ правоотношенія, — при „договорѣ признанія“ это — безразлично. „Für die Frage, ob ein Versprechen eine Schuld — oder ein Zahlungsversprechen, selbstandiges Leistungsversprechen oder unselbständiges Erfüllungsversprechen, ist weder die juristische Form noch der gewählte Ausdruck massgebend, sondern lediglich der Gegenstand des Versprechens, dasjenige, worauf der Wille

1) Стр. 186
2) Ibid.

der Parteien gerichtet ist“ [1]) „Die Causa des accessorischen Schuldversprechens ist die Anerkennung“ [2]) „Der Schuldanerkenntnissvertrag trägt somit, sobald er als solcher auftritt, gleich dem Novationsvertrag und dem Vergleich, seine causa in sich: er ist ein sog. materieller, individualisirter, individuell charakterisirter Vertrag“. Договоръ признанія защищается самостоятельнымъ искомъ, причемъ не требуется отъ истца никакого доказательства мотивовъ къ заключенію договора. Это является уже дѣломъ отвѣтчика — ссылаться на подобнаго рода моменты для оспариванія юридической силы договора признанія. Затѣмъ, вовсе не требуется точно „индивидуализировать“ признаваемый долгъ, въ виду того, что искъ имѣетъ свой особенный, независимый отъ этого долга фундаментъ, который составляетъ самъ договоръ признанія. „Anerkennungsvertrag“, кромѣ случаевъ принужденія и обмана, можетъ быть оспариваемъ еще на основаніи извинительной ошибки должника. Въ этихъ случаяхъ примѣняется condictio indebiti promissi и совершенно по тѣмъ-же правиламъ, какъ condictio indebiti soluti.

Отношеніе при договорѣ признанія совершенно аналогично тому отношенію, которое имѣетъ мѣсто при „мировой сдѣлкѣ“. „Wie man den Vergleich mit Recht „ein Urtheil in Gestalt eines entgeltlichen Vertrags“ genannt hat (Risch), so kann man den Anerkenntnissvertrag ein Urtheil in Gestalt eines unentgeltlichen Vertrags nennen“ [3]). Объ сдѣлки („договоръ признанія“, „мировая сдѣлка“) представляютъ, по Унгеру, только разновидности одного и того-же болѣе общаго понятія, „transactio“ въ широкомъ смыслѣ слова.

Нашъ авторъ присоединяется, такимъ образомъ, всецѣло къ Бэру по вопросу о сущности договора признанія и о его юридическихъ послѣдствіяхъ. Напротивъ, по поводу области примѣненія этого договора, оба писателя значительно расходятся.

Унгеръ считаетъ, въ этомъ отношеніи, одинаково неправильными оба крайніе взгляда: видѣть въ каждомъ обѣщаніи уплаты непремѣнно договоръ признанія (Бэръ), или-же,

---

1) Стр 189
2) Ibid
3) Стр 196.

наоборотъ, въ каждомъ обѣщаніи долга („promissio debiti") усматривать „constitutum debiti" (Брунсъ). „Es muss vielmehr „Fall für Fall" untersucht werden, was die Parteien wollten: die Frage, ob Schuldversprechen, ob Zahlungsversprechen, ob verpflichtendes oder nur beweismachendes Anerkenntniss, ist Interpretationsfrage, quaestio voluntatis" [1]).

Все дѣло заключается только въ томъ, „ob in dem Anerkenntniss einer Schuld nur die Erklärung liegt, dass sie bestehe, oder auch der Wille, dass sie bestehe, ob die Parteien die Schuld nur constatiren, oder ob sie sie constituiren (begründen) wollten, ob sie in Ansehung des Bestands der fraglichen Schuld eine bindende Vereinbarung treffen wollten oder nicht" [2]).

Смотря по рѣшенію этого вопроса, слѣдуетъ отличать два вида признанія: „декларативное" (по Бэру — „unechte") и „конститутивное" (по Бэру — „echte"). Это различіе имѣетъ примѣненіе также къ долговымъ документамъ. Также по отношенію къ этимъ послѣднимъ надо постоянно ставить вопросъ, — представляетъ-ли документъ „Selbstzeugniss" или „Selbstverurtheilung". Другими словами, является-ли онъ „Beweisdokument" или „Dispositionsdokument"? Въ этомъ отношеніи, согласно съ Брунсомъ, Унгеръ утверждаетъ, что „der Schuldner durch die Ausstellung und Einhändigung eines den Schuldgrund enthaltenden Schuldscheins (sog. cautio, quae discrete loquitur) in der Regel nur constatiren will, dass und aus welchem Grunde er schulde: dass also der Schuldschein in der Regel nur ein Zahlungs-, nicht ein Schuldversprechen enthält und nur dazu bestimmt ist, Beweis, nicht Recht, zu machen" [3]). Должникъ можетъ всегда обезсилить подобный долговой документъ, который имѣетъ, по общему правилу, только доказательственное значеніе, — посредствомъ „обратнаго доказательства" („Gegenbeweis"). Однако, ничто не мѣшаетъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, придать долговому документу значеніе „договора признанія". Это можетъ имѣть мѣсто, — во 1-хъ, въ томъ случаѣ, когда въ самомъ документѣ содержится такая фраза, изъ которой

---

1) Стр 200.
2) Стр. 201.
3) l. c. стр. 204—205.

видно, что должникъ прямо признавалъ долгъ „юридически связывающимъ“; а во 2-хъ, то-же самое можетъ вытекать изъ разсмотрѣнія ближайшихъ обстоятельствъ, при которыхъ выданъ долговой документъ, — напр, если должникъ, послѣ долгихъ переговоровъ, призналъ „связывающимъ образомъ“ („animo obligandi“) подвергнутый сомнѣнію заемъ и выставилъ документъ въ пользу этого займа. Само собою понятно, что onus probandi, относительно наличности такихъ ближайшихъ обстоятельствъ, лежитъ не на должникѣ, а на вѣрителѣ.

То-же самое слѣдуетъ, съ точки зрѣнія Унгера, сказать и объ институтѣ такъ наз. „Abrechnung“. Здѣсь также представляется не болѣе, какъ задачею толкованія, — выяснить вопросъ, приданъ-ли счетному результату — „конститутивный“ или только „декларативный“ характеръ Въ этомъ отношеніи, чрезвычайно важно констатировать фактъ, предпринялъ-ли должникъ счетъ имѣвшихъ между нимъ и кредиторомъ сдѣлокъ безъ участія этого послѣдняго, или по предварительному съ нимъ соглашенію Въ первомъ случаѣ, какъ полагаетъ нашъ авторъ, можетъ быть рѣчь только о декларативномъ признаніи, т. е., признаніе будетъ имѣть чисто доказательственный характеръ. Во второмъ-же случаѣ, наоборотъ, мы имѣемъ дѣло съ конститутивнымъ признаніемъ, такъ какъ счетный результатъ, благодаря соглашенію должника съ вѣрителемъ, пріобрѣлъ обязательный для перваго характеръ, — такъ что можетъ быть оспариваемъ имъ только ссылкою на извинительную, съ его стороны, ошибку. „Es kommt also immer nur darauf an, ob die Parteien an eine provisorische Ermittelung, oder an eine definitive Feststellung des Guthabens dachten: im Zweifel ist doch wohl das letztere anzunehmen“ [1]).

По вопросу-же о такихъ долговыхъ документахъ, которые не содержатъ въ себѣ указанія каузальнаго момента, составлены совершенно въ общей формѣ (cautio, quae indiscrete loquitur), — Унгеръ вполнѣ соглашается съ Бэромъ, а не съ Брунсомъ, и видитъ въ нихъ то, что онъ называетъ конститутивнымъ признаніемъ. Потребности гражданскаго оборота заставляютъ нашего автора усмотрѣть въ подобныхъ документахъ самостоятельное исковое основаніе. Онъ прямо

1) Стр. 218.

говоритъ, что Брунсовскій „Beweiskontrakt“ въ этомъ случаѣ мало чѣмъ можетъ помочь дѣлу, такъ какъ долговой документъ содержитъ здѣсь „nicht so sehr ein Beweisvertrag, wie man ihn genannt hat, als vielmehr in erster Linie ein vertragmässiger Verzicht auf die nothwendige Substantiirung der Klage. Der Schuldner würde hiermit den Gläubiger von der prozessualischen Verpflichtung, bestimmte Thatsachen anzuführen, befreien und die Anführungslast auf sich nehmen: denn, um den Gegenbeweis zu führen, müsste er jetzt die Causa der constituirten Schuld angeben und ihre Nichtexistenz darthun. Ein solcher Vertrag ist aber, wie ich glaube, nach den Grundsätzen des Prozessrechtes, das in dieser Beziehung iuris publici ist, unstatthaft: der Rehtsstreit muss sich nach unserer Auffassung von vornherein in einen Streit um Thatsachen auflösen“ [1]).

Если-же, вмѣстѣ съ Бэромъ, видѣтъ въ документѣ, содержащемъ „общее изъявленіе долга“, конститутивное признаніе, — то, по мнѣнію Унгера, этимъ мы избѣжимъ нарушенія основныхъ процессуальныхъ принциповъ, къ чему ведетъ точка зрѣнія Брунса. Вѣритель, въ случаѣ такого „общаго изъявленія долга“, начинаетъ самостоятельный искъ на основаніи конститутивнаго признанія, и не можетъ быть никакой рѣчи о томъ, чтобы требовать отъ него „индивидуализированія“ стараго обязательства, служащаго предметомъ признанія, такъ какъ, въ данномъ случаѣ, въ самомъ документѣ, нѣтъ никакого указанія на этотъ счетъ, — въ документѣ содержится только „общее изъявленіе долга“ Этотъ взглядъ Бэра не вызываетъ у Унгера ни малѣйшаго сомнѣнія. „In dem generellen Schuldbekenntniss liegt jedenfalls ein Anerkenntniss: ein declaratives wäre es ganz wirkungslos: da darf man es wohl als constitutives interpretiren, so dass der Aussteller sich hiermit zum Schuldner auf die bezeichnete Leistung machen wollte“ [2]). „Wir haben es sonach nicht mit einem processualischen formellen Beweisvertrag, sondern mit einem civilrechtlichen materiellen Urtheilsvertrag zu thun: der Schuldner verspricht die Schuld, nicht als

1) Стр. 212
2) Стр 214

bewiesen, sondern als zu Recht bestehend gelten zu lassen und verurtheilt sich selbst zu ihrer Erfüllung“ [1]).

§ 35. Остается еще упомянуть, что Jhering въ своемъ рефератѣ на восьмомъ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ [2]) безусловно присоединяется къ Бэру, трудъ котораго онъ называетъ „однимъ изъ самыхъ замѣчательныхъ явленій новѣйшей юридической литературы“. Онъ склоненъ, подобно Бэру, открыть самую широкую область примѣненія для „договора признанія“, который онъ предлагаетъ называть скорѣе — „абстрактнымъ обѣщаніемъ“. При этомъ, Jhering рекомендуетъ не соединять этого договора съ необходимымъ требованіемъ письменной формы, но говоритъ, что то-же самое значеніе можетъ быть придано также устному обѣщанію, „если только намѣреніе стороны произвести абстракцію подобнаго договора отъ долгового основанія представляется ясно наличнымъ“.

Относительно всѣхъ остальныхъ писателей по нашему вопросу — слѣдуетъ сказать, что они только повторяютъ, въ болѣе или менѣе видоизмѣненномъ видѣ, взгляды приведенныхъ авторовъ, такъ что ихъ теоріи и не заслуживаютъ самостоятельнаго изложенія [3]).

Глава III.

Договоръ признанія.

§ 36. Договоръ признанія („Annerkennungvertrag“) причисляемый обыкновенно къ категоріи абстрактныхъ обязательствъ, — на самомъ дѣлѣ, является матеріальнымъ дого-

---

1) Стр. 215.

2) Verhandlungen des achten deutschen Juristentags. II Стр. 94—111.

3) Schlesinger: Zur Lehre von den Formalcontrakten стр 129—165, v. Salpius: Novation und Delegation стр. 500—507, Buhl. Beiträge zur Lehre vom Anerkennungsvertrag 1875, v Liebe: Der abstrakte obligatorische Vertrag im modernen Rechte въ Gruchot's Beiträge zur Erlauterung des deutschen Rechts. Томъ 28. Стр 547—618. Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Томъ I Стр. 336--346. Koch, Gotz, Dugge, Eck und Zimmermann въ Verhandlungen des Juristentags VIII 1 стр. 283 сл, 309 сл, IX. 2 Стр 426 сл., 445 сл. 455 сл, Endemann: Handelsrecht 4 изд Стр 434—437, Regelsberger въ Endemann's Handbuch II. Стр 482—495

воромъ Доказать подобный характеръ договора признанія чрезвычайно важно уже потому, что этимъ мы избѣгнемъ ошибки, къ которую обыкновенно впадаютъ писатели, работающіе въ этой области, и отъ которой не вполнѣ свободенъ трудъ самого Бэра, составляющій въ другихъ отношеніяхъ цѣлую эпоху въ исторіи занимающаго насъ вопроса. Эта ошибка заключается въ томъ, что трактуютъ въ качествѣ двухъ совершенно однородныхъ предметовъ — договоръ признанія и абстрактныя обязательства. Отсюда проистекаютъ всѣ неясности и недоразумѣнія, которыми такъ богата литература объ этихъ послѣднихъ. Послѣ этихъ общихъ замѣчаній обратимся къ опредѣленію понятія договора признанія.

Имущественныя права являются только средствомъ къ достиженію извѣстной экономической цѣли Въ какой мѣрѣ можно сказать, что эта цѣль, въ томъ или въ другомъ случаѣ, будетъ достигнута, — зависитъ отъ цѣлаго ряда ближайшихъ обстоятельствъ. Особенно это приложимо къ обязательствамъ. Осуществленіе обязательствъ составляетъ всегда, болѣе или менѣе, неизвѣстную величину. Ихъ цѣнность опредѣляется сравнительной легкостью или трудностью реализаціи, которая стоитъ въ прямой связи съ образомъ дѣйствій должника во время процесса. Если должникъ, когда онъ вступитъ въ роль отвѣтчика, будетъ пользоваться каждымъ возраженіемъ, которое онъ въ состояніи противопоставить праву требованія вѣрителя, — если онъ будетъ опираться на всякое сомнѣніе, вытекающее въ его пользу изъ обязательства, — то осуществленіе правъ вѣрителя можетъ быть сдѣлано дѣломъ очень труднымъ. Напротивъ, умѣренный образъ дѣйствій должника — отвѣтчика, который совершитъ признаніе въ пользу истца тѣхъ или другихъ сомнительныхъ пунктовъ, — облегчитъ положеніе вѣрителя въ процессѣ.

Однако не только признаніе во время процесса, но также — передъ нимъ — имѣетъ весьма большое значеніе для кредитора, — такъ какъ въ послѣдствіи въ процессѣ, могущемъ всегда возникнуть, онъ вправѣ на него сослаться. Это обстоятельство, въ свою очередь, возвышаетъ цѣнность обязательства, увеличивая степень обезпеченности, съ которой вѣритель можетъ полагаться на принадлежащее ему право требованія въ своихъ хозяйственныхъ расчетахъ.

При такомъ — внѣ-процессуальномъ признаніи имѣютъ мѣсто два случая. Совершая признаніе, должникъ можетъ выразить этимъ только свое убѣжденіе относительно существованія какого-либо внѣшняго факта, который можетъ быть приведенъ въ видѣ доказательства въ пользу вѣрителя. Бэръ называетъ этотъ случай „ненастоящимъ признаніемъ“ („unechte Anerkenntniss“). Правда, вѣритель — вправѣ привести такое „ненастоящее признаніе“ въ видѣ доказательства въ будущемъ гражданскомъ нроцессѣ, — но для должника отвѣтчика является всегда отрытою возможность ослабить силу такого доказательства приведеніемъ такъ наз. „обратныхъ доказательствъ“ („Gegenbeweis“). Такимъ образомъ, хотя ненастоящее признаніе приноситъ вѣрителю извѣстныя выгоды, — оно не можетъ оказать ему полную помощь.

Полная помощь интересамъ вѣрителя имѣется только въ томъ случаѣ, если признаніе должника заключаетъ въ себѣ не только убѣжденіе въ томъ, что извѣстный внѣшній фактъ является существующимъ, — но и если оно переноситъ на должника рискъ за несуществованіе этого факта. Признаніе выражаетъ здѣсь волю должника, чтобы этотъ фактъ считался правильнымъ. Другими словами, онъ хочетъ быть обязаннымъ совершенно такъ-же, какъ еслибы то обстоятельство, существованіе котораго подверглось признанію, — имѣло-бы на самомъ дѣлѣ мѣсто.

Насколько впослѣдствіи окажется, что признанное отношеніе сложилось совершенно такъ, какимъ оно было предположено при признаніи, — между обоими случаями нѣтъ никакого практическаго различія. Но когда такого согласія съ дѣйствительностью нѣтъ, — различіе представляется весьма рѣзкимъ и отражается, прежде всего, на вопросѣ объ юридическихъ послѣдствіяхъ того и другого вида признанія.

Обыкновенно говорятъ, что на практикѣ оба эти вида отличаются другъ отъ друга только тѣмъ, что, тогда какъ въ первомъ случаѣ — для ослабленія дѣйствія признанія — вполнѣ достаточно приведенія обратнаго доказательства, — („Gegenbeweis“), — для уничтоженія силы признанія во второмъ случаѣ — необходимо, кромѣ того, доказательство наличности извинительной ошибки у должника. Но этимъ только затемняютъ дѣйствительную сущность дѣла. Различіе является, на самомъ дѣлѣ, болѣе глубокимъ. Фактическое при-

знаніе — только доказательство, а потому оно обсуждается по общимъ правиламъ о доказательствахъ. Напротивъ, юридическое признаніе является юридической сдѣлкою; это — актъ воли, направленный на созданіе извѣстныхъ правовыхъ послѣдствій. Вотъ — сущность различія, — но этимъ еще не сказано, чтобы, при юридическомъ признаніи, для уничтоженія его силы, должно было-бы постоянно требовать извинительной ошибки у должника Правда, такое требованіе, въ большинствѣ случаевъ, является вполнѣ справедливымъ, но здѣсь, какъ и вездѣ, гдѣ заходитъ рѣчь о неправильныхъ предположеніяхъ у должника, при принятіи имъ на себя какой-либо обязанности, — надо обращать вниманіе на то, носили-ли для него эти предположенія характеръ главнаго стимула, опредѣлившаго его къ совершенію юридической сдѣлки, были-ли они замѣтны для другой стороны, — и насколько, въ отношеніи къ интересамъ вѣрителя, является справедливымъ — придавать этимъ предположеніямъ должника извѣстное значеніе. Ниже, въ § 38, мы коснемся этого вопроса нѣсколько подробнѣе.

§ 37. По вопросу о causa договора признанія существуютъ два противоположные взгляда. Писатели, которые смотрятъ на договоръ признанія, какъ на абстрактное обязательство, — вполнѣ послѣдовательно утверждаютъ, что этотъ договоръ оторванъ отъ каузальнаго момента. Другіе, напротивъ, считаютъ договоръ признанія „матеріальнымъ“, имѣющимъ свою особую causa, подобно всѣмъ другимъ „матеріальнымъ“ договорамъ.

Между тѣмъ, это противорѣчіе, какъ это часто бываетъ, покоится всецѣло на томъ обстоятельствѣ, что обѣ спорящія стороны думаютъ о двухъ совершенно различныхъ предметахъ, разсуждая о causa договора признанія.

Приверженцы перваго взгляда разумѣютъ подъ терминомъ „causa“ то правоотношеніе, къ которому относится признаніе, и хотятъ сказать только то, что новый договоръ пріобѣтаетъ юридическую силу независимо отъ прежняго правоотношенія На основаніи того, что мы сказали, опредѣляя понятіе договора признанія, — такой взглядъ является совершенно правильнымъ, но этого вовсе и не оспариваетъ противоположная теорія. Она лишь утверждаетъ, что на мѣсто первоначальнаго отношенія и лежащей въ его основаніи causa вступаетъ новое отношеніе и новая causa.

Въ чемъ-же заключается эта causa? Признаніе — актъ, который, извѣстнымъ образомъ, ограничиваетъ право должника на возраженіе въ случаѣ могущаго возникнуть гражданскаго процесса. Какая-же разумная цѣль можетъ быть соединена съ подобнымъ отказомъ должника отъ принадлежащаго ему права? Какой эквивалентъ ожидаетъ онъ за такой отказъ?

Чтобы дать отвѣтъ на этотъ вопросъ, нужно различать случаи двоякаго рода.

А. Первая группа случаевъ. Если должникъ, напр., съ тѣмъ, чтобы избѣжать процесса, или достичь отсрочки въ уплатѣ, или получить уменьшеніе долга, — дѣлаетъ признаніе относительно всего долга или остальной его части, — коротко говоря, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ признанія получаетъ характеръ мировой сдѣлки между сторонами, — causa заключается въ точно опредѣленной выгодѣ или эквивалентѣ для должника.

В. Вторая группа случаевъ Съ другой стороны, могутъ имѣть мѣсто случаи иного рода, когда само признаніе является въ качествѣ causa договора признанія. Это бываетъ, когда должникъ отказывается отъ осуществленія принадлежащаго ему права возраженія и, въ то-же время, не выговариваетъ себѣ за это какого-либо эквивалента. При ближайшемъ изслѣдованіи оказывается, что здѣсь дѣло обстоитъ въ полной аналогіи съ договоромъ даренія. Мы показали въ своемъ мѣстѣ, что при дареніи каузальный моментъ заключается въ „отрицаніи эквивалента“, а это отрицаніе, въ свою очередь, составляетъ только прикрытіе цѣлому ряду мотивовъ самаго разнообразнаго характера. Нѣчто, совершенно аналогичное, мы встрѣчаемъ при договорѣ признанія. Мотивы должника, прикрываемые „признаніемъ“, — весьма разнообразны Можетъ быть, его побудила къ совершенію этого акта присущая ему щепетильность, которая не позволила отвѣтить отказомъ на просьбу кредитора совершить признаніе, — такъ какъ, въ моментъ этой просьбы, онъ былъ вполнѣ убѣжденъ въ дѣйствительномъ существованіи долга; или, можетъ быть, онъ сдѣлалъ это, чтобы не разрушать дружескихъ отношеній, установившихся между нимъ и вѣрителемъ; или — въ надеждѣ, при могущемъ представиться случаѣ, получить столь-же снисходительный образъ дѣйствій со стороны своего прежняго кредитора, — однимъ словомъ, мотивы, которые побудили должника совер-

шить признаніе, — могутъ быть чрезвычайно разнообразны, — но относительно нихъ, также, какъ по поводу мотивовъ даренія, надо сказать, что они слишкомъ неуловимы и неопредѣленны, чтобы связывать съ ихъ наличностью извѣстныя юридическія послѣдствія. Однако, всѣ эти мотивы имѣютъ ту общую черту, что прикрываются признаніемъ, — также какъ мотивы даренія прикрываются отрицаніемъ эквивалента. Вотъ почему, подобно тому, какъ при дареніи мы обозначили каузальнымъ моментомъ сдѣлки само дареніе, — при второй группѣ случаевъ договора признанія, мы обозначаемъ само признаніе — въ качествѣ causa этого договора.

Однако, несмотря на указанную аналогію признанія и даренія, между обоими договорами существуетъ глубокое различіе. Обыкновенно, говорятъ, что признаніе отличается отъ даренія характеромъ намѣренія должника при томъ и при другомъ договорѣ. Тогда какъ при дареніи это намѣреніе носитъ дарственный характеръ, — при признаніи ничего подобнаго мы не видимъ. Правильная мысль, скрытая за этими словами, — выражена, однако, весьма неясно Въ самомъ дѣлѣ, что такое — „дарственное намѣреніе?“ Это — не иное что, какъ отрицаніе эквивалента. Между тѣмъ, отрицаніе эквивалента, какъ мы сейчасъ только установили, имѣетъ мѣсто въ группѣ В случаевъ договора признанія, а потому моментъ различія двухъ договоровъ заключается вовсе не въ „дарственномъ намѣреніи“ должника. Скорѣе, слѣдовало-бы сказать, что онъ состоитъ въ характерѣ того блага, котораго касаются оба договора: при дареніи — устанавливается въ пользу одареннаго какое-либо право, которое носитъ вполнѣ ясный и опредѣленный характеръ; при признаніи, напротивъ, совершается отказъ отъ возраженія, по поводу котораго совершенно неясно и неопредѣленно, возможно-ли на дѣлѣ его осуществленіе; при дареніи — это благо составляетъ вполнѣ реальную цѣнность, а при признаніи — только потенціальную Ульпіанъ весьма точно формулируетъ это различіе слѣдующими словами: „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit (l. 1 D 2, 15)

Въ связи съ этимъ особеннымъ характеромъ признанія стоитъ еще одна, чрезвычайно важная, отличительная черта этого договора Если рѣчь идетъ объ уступкѣ реальной

цѣнности, то, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, за это предполагается извѣстный эквивалентъ. Вотъ почему наличность дарственной сдѣлки, составляющей исключительное явленіе, должна быть доказываема самимъ вѣрителемъ. Иное дѣло, когда рѣчь идетъ о потенціальной цѣнности. При этомъ, можно, только въ видѣ исключенія, допустить существованіе какого-либо эквивалента за такое сомнительное благо Отсюда само собою вытекаетъ, что изъ двухъ, указанныхъ нами, группъ случаевъ — наиболѣе часто встрѣчаются случаи группы В, а потому, при договорѣ признанія, вѣритель освобожденъ отъ доказательства отсутствія эквивалента, — отсутствія, которое всегда предполагается наличнымъ, пока должникъ не докажетъ, что, по исключенію, имѣетъ мѣсто болѣе рѣдкій случай, принадлежащій къ группѣ А.

§ 38. Признаніе относится всегда къ такимъ моментамъ, которые способны, или сами — по-себѣ, или въ соединеніи съ другими моментами, обосновать признаваемое отношеніе. Цѣль договора признанія — укрѣпить юридическое значеніе этихъ моментовъ, которые, можетъ быть, подаютъ поводъ къ извѣстному сомнѣнію. Если-бы договоръ не относился къ такимъ отдѣльнымъ моментамъ, а имѣлъ въ виду правоотношеніе, совершенно независимо отъ того, является-ли оно обоснованнымъ, или нѣтъ, — то въ этомъ случаѣ имѣлось бы не признаніе, а возникновеніе новаго обязательства Тогда нашли-бы себѣ примѣненіе общія правила относительно обязательствъ, а слѣдовательно, также и касающіяся каузальнаго момента — правила. Иначе сказать, вѣритель, предъявляя искъ, долженъ былъ-бы доказывать существованіе эквивалента въ пользу должника. Такимъ образомъ, признаніе всегда относится къ тому или другому отдѣльному юридическому факту.

При этомъ, могутъ имѣть мѣсто три случая. Если для должника — ясно, что этотъ юридическій фактъ не существуетъ, — то, признавая его, онъ приноситъ вѣрителю не возможную только, а вполнѣ дѣйствительную выгоду. Такой отказъ должника отъ права возраженія — или, если за это не выговорено никакого эквивалента, — носитъ характеръ даренія (I случай), или, если такой эквивалентъ имѣетъ мѣсто, — относится къ группѣ А случаевъ договора признанія (II случай). Если-же для должника существованіе

юридическаго факта — неясно и сомнительно, — тогда, при признаніи имъ этого факта, вѣритель получаетъ не дѣйствительную, а только возможную, весьма проблематичную выгоду, такъ какъ представляется еще большимъ вопросомъ, удалось-ли-бы должнику, если-бы онъ не отказался отъ своего права возраженія, — осуществить его на дѣлѣ. Мы имѣемъ здѣсь отношеніе, принадлежащее къ группѣ В случаевъ договора признанія (III случай). Таковы три возможныя комбинаціи.

Сомнѣніе не должно непремѣнно относиться къ фактической сторонѣ дѣла. Оно касается юридическаго факта, — другими словами, извѣстнаго событія, съ которымъ законъ связалъ опредѣленныя юридическія послѣдствія. Очень понятно, что сомнѣніе можетъ возникуть какъ разъ по поводу того вопроса, связываетъ-ли законъ, именно, съ этимъ фактомъ то или другое дѣйствіе. Обыкновенно, на это возражаютъ, что признаніе, подобно другимъ средствамъ доказательства, можетъ доказывать только фактъ, но не право. Но это возраженіе совершенно неосновательно. Во — 1-хъ, вовсе не является такого аксіомого, какъ это представляютъ въ учебникахъ гражданскаго процесса, что вопросы права не требуютъ доказательствъ[1]). Во — 2-хъ, даже если-бы это было такъ, — подобное возраженіе непримѣнимо къ разбираемому случаю, такъ какъ договоръ признанія вовсе не составляетъ средство доказательства. Оно моглобы относиться только къ случаямъ такъ наз. „ненастоящаго признанія“ („unechte Anerkenntniss“) но при „юридическомъ“ признаніи это возраженіе не имѣетъ никакой силы. Вѣдь, должникъ изъявляетъ здѣсь вовсе не то, что онъ считаетъ какой-либо фактъ правильнымъ, но говоритъ, что онъ желаетъ считать его правильнымъ, т. е., отказывается отъ своего права осуществлять возраженія, которыя моглибы для него возникуть относительно этого факта при наличности сомнѣнія въ его правильности. Трудно усмотрѣть, почему это сомнѣніе должно касаться непремѣнно фактической, а не юридической также стороны отношенія?

Такимъ образомъ, смѣшеніе понятій „фактическаго“ и „юридическаго“ признанія ведетъ на дѣлѣ къ значительнымъ

---

1) См. Wach въ Archiv f. d. civ. Praxis Томъ 64, стр. 236 сл.

недоразумѣніямъ Въ связи съ этимъ стоитъ еще то обстоятельство, что въ литературѣ мы весьма часто встрѣчаемъ колебанія о допустимости договора признанія безъ обозначенія должникомъ тѣхъ фактовъ, которые должны служить доказательствомъ въ пользу признаваемыхъ имъ юридическихъ фактовъ Эти колебанія должны исчезнуть, если мы перестанемъ смотрѣть на занимающій насъ договоръ, какъ только на средство доказательства, и выдвинемъ впередъ „юридическое признаніе“ Тогда мы увидимъ, что вовсе нѣтъ необходимости ссылаться въ договорѣ на факты, которые носятъ доказательственный характеръ, такъ какъ „юридическое признаніе“ вовсе не представляетъ средства доказательства, вовсе не доказываетъ, что извѣстный юридическій фактъ является правильнымъ, но, какъ мы уже нѣсколько разъ говорили, содержитъ волю должника считать его за правильный, хотя-бы эта правильность и была подвергнута сомнѣнію.

Намъ остается разсмотрѣть вопросъ, нужно-ли обозначать тотъ юридическій фактъ, — котораго касается договоръ признанія, — въ болѣе или менѣе конкретной формѣ, чтобы наступили тѣ правовыя послѣдствія, на которыя этотъ юридическій фактъ расчитанъ Необходимость, съ этой точки зрѣнія, извѣстной ближайшей характеристики признаваемаго правоотношенія — не можетъ быть отрицаема. Если, напр, должникъ, совершая признаніе, говоритъ: „вслѣдствіе заключенной такого-то числа купли — я являюсь должнымъ 100 рублей“, и не указываетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, на то, — какая вещь составляетъ предметъ продажи, — то признаніе такого юридическаго факта, вслѣдствіе недостатка болѣе подробной его спеціализаціи, — не можетъ имѣть обязательной для должника силы, — пока вѣритель не сдѣлаетъ на судѣ соотвѣтствующаго дополненія, т. е., не докажетъ, что была продана, именно, такая-то и такая-то вещь.

Французское право содержитъ на этотъ счетъ слѣдующее законодательное опредѣленіе: „Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée (Code civil art. 1337)“.

Статья говоритъ, что, если юридическій фактъ точно не охарактеризованъ въ самомъ договорѣ признанія, — этотъ договоръ не освобождаетъ вѣрителя отъ обязанности болѣе подробнаго обозначенія такого факта („la représentation du

titre primordial"). Договоръ признанія („les actes récognitifs") получаетъ дѣйствіе только въ томъ случаѣ, если кредитору удастся сдѣлать такое дополненіе.

До сихъ поръ мы имѣли дѣло съ признаніемъ, которое касалось одного правоотношенія, но оно можетъ быть предпринято также по поводу нѣсколькихъ правоотношеній, если только каждое изъ нихъ, согласно указанному сейчасъ правилу, достаточно характеризовано въ самомъ актѣ признанія.

Однако, это правило должно подлежать нѣкоторому ограниченію. Дѣло идетъ объ институтѣ такъ наз. „Abrechnung". Два лица могутъ находиться въ постоянныхъ торговыхъ или неторговыхъ дѣловыхъ сношеніяхъ другъ съ другомъ. Между ними, благодаря этимъ сношеніямъ, сплошь и рядомъ, имѣютъ мѣсто самые длинные и запутанные счеты Оба они чувствуютъ настоятельную потребность, времени отъ времени, подводить итогъ этимъ счетамъ, чтобы выяснить такимъ путемъ часто неизвѣстный для нихъ вопросъ — кто кому долженъ, — и замѣнить цѣлый рядъ разнообразныхъ сдѣлокъ, которыя нашли себѣ выраженіе въ счетѣ, однимъ юридическимъ актомъ. Такая цѣль не можетъ быть достигнута, если результату счетной дѣятельности не будетъ приданъ, путемъ ихъ взаимнаго соглашенія, самостоятельный характеръ, такъ чтобы признаніе касалось этого счетнаго результата, а не отдѣльныхъ статей, посредствомъ сложенія которыхъ — онъ получился. Вѣритель, при наличности такого признанія, можетъ, предъявляя искъ, сдѣлать его основаніемъ самый счетный результатъ, оставляя совершенно въ сторонѣ отдѣльныя юридическія сдѣлки, которыя имѣли мѣсто между нимъ и должникомъ. Вотъ почему какъ современная теорія, такъ и практика [1]), единогласно признаютъ такой „отвлеченный" характеръ разсматриваемаго института, такъ что здѣсь, съ одинаковымъ правомъ, можно говорить, какъ о договорѣ признанія, такъ и объ „абстрактномъ обязательствѣ".

Совершенно аналогичный институтъ представляетъ упра-

---

1) См. судебныя рѣшенія, приведенныя въ Seuffert's Archiv III. стр. 105, VII. стр. 246 и стр 302, XII. стр 17, XIII. стр 247, XX. стр 115; см также рѣшенія „Reichsgericht'a" по гражданскимъ дѣламъ II стр. 337. Относительно англійскаго права см Schuster въ Busch' Archiv Томъ 46. стр. 151—159

вленіе чужими дѣлами. Здѣсь также имѣется счетъ между управляющимъ и довѣрителемъ, который служитъ основаніемъ для отчетности перваго передъ послѣднимъ. Довѣритель по тѣмъ-же самымъ соображеніемъ, которыя мы сейчасъ привели, вправѣ ссылаться на признаніе управляющимъ счетнаго результата, не касаясь отдѣльныхъ статей счета.

Таковы — необходимыя условія для существованія разбираемаго договора. Что касается до формальныхъ требованій въ тѣхъ законодательствахъ, гдѣ дѣйствуетъ принципъ свободы договоровъ отъ какой-либо опредѣленной формы, — договоръ признанія, само собою понятно, можетъ быть заключаемъ какъ устно, такъ и письменно.

§ 39. Послѣдствія договора признанія различаются смотря по тому, было-ли оно юридическимъ, или нѣтъ. Юридическое признаніе должно быть, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, доказано особеннымъ образомъ. При существованіи нѣкотораго сомнѣнія слѣдуетъ всегда предпочитать фактическое признаніе. Это — потому, что оно является для должника гораздо менѣе, тяжелою формою Съ этой точки зрѣнія, фактическое признаніе будетъ имѣть мѣсто, напр, въ томъ случаѣ, если должникъ сдѣлаетъ соотвѣтствующее изъясненіе не вѣрителю, а третьему лицу, — или если онъ совершитъ признаніе хотя-бы вѣрителю, но въ чисто случайной формѣ, напр., въ частномъ письмѣ, написанномъ по другому поводу. Для того, чтобы допустить наличность юридическаго признанія, — ясное сознаніе должникомъ того вреда, который соединенъ съ признаніемъ, — является еще недостаточнымъ. Можетъ быть, должникъ не идетъ, при этомъ, далѣе того, чтобы создать противъ себя лишь извѣстное средство доказательства, которое должно имѣть силу до тѣхъ поръ, пока не будетъ представлено обратнаго доказательства. Только въ томъ случаѣ, когда должникъ изъявилъ волю считать себя обязаннымъ, и на тотъ случай, если будетъ приведено подобное обратное доказательсто, — юридическое признаніе дѣйствительно имѣетъ мѣсто. Какія-же послѣдствія связываетъ право въ объективномъ смыслѣ съ съ указанными видами признанія?

Съ этой точки зрѣнія, слѣдуетъ строго различать между особенностями отдѣльныхъ случаевъ.

а. Договоръ признанія имѣетъ въ виду не комплексъ юридическихъ фактовъ, составляю-

щихъ признаваемое правоотношеніе, но какой-либо отдѣльный относящійся къ нему моментъ.

α. Если этотъ моментъ — фактъ, который не составляетъ для должника предмета сомнѣнія, и о которомъ, надо думать, онъ въ состояніи имѣть самыя полныя свѣдѣнія, — то въ признаніи нельзя видѣть болѣе простого средства доказательства, которое, впослѣдствіи, во время процесса, можетъ быть опровергнуто приведеніемъ обратныхъ доказательствъ. Таковъ, напр, случай, когда должникъ признаетъ подлинность своей подписи на документѣ. Если онъ потомъ будетъ въ силахъ доказать, что подпись была фальшивою, и что онъ былъ обманутъ, — напр., большимъ сходствомъ почерка съ его собственнымъ, — то, по общему правилу, прежнее признаніе должника теряетъ свою силу. Возложить на него рискъ и по этому поводу можно только при наличности совершенно особенныхъ моментовъ, напр., если онъ за такое признаніе получитъ эквивалентъ. Только при существованіи такихъ чрезвычайныхъ условій, мы имѣемъ право предположить, что должникъ, хотя-бы у него и не было сомнѣнія относительно признаваемаго факта, — изъявляетъ волю принять на себя отвѣтственность и на тотъ случай, если этотъ фактъ складывается совершенно иначе.

β. Если признаніе имѣетъ въ виду, наоборотъ, такой фактъ, по поводу котораго для должника — вполнѣ ясно, что онъ, въ дѣйствительности, складывается совершенно не такъ, какъ онъ признанъ, — то такое признаніе — средства доказательства не составляетъ. Признающій, при этомъ, совершенно сознательно отказывается отъ принадлежащаго ему права возраженія. Вотъ почему мы имѣемъ здѣсь, если нѣтъ налицо эквивалента, обыкновенную дарственную сдѣлку, — а если такой эквивалентъ имѣется, то — случай, принадлежащій къ группѣ А случаевъ договора признанія. Такъ, напр., и для вѣрителя и для должника — совершенно ясно, что документъ, о которомъ идетъ рѣчь, является подложнымъ, — но должникъ соглашается считать его подлиннымъ — взамѣнъ опредѣленной денежной суммы, которую онъ получаетъ отъ вѣрителя, — или взамѣнъ какого-либо другого эквивалента. Другимъ примѣромъ можетъ служить слѣдующій случай, который весьма часто имѣетъ мѣсто въ практической жизни. Нѣкто признаетъ, что онъ получилъ взаймы извѣстную сумму денегъ, къ возвращенію которой онъ обя-

занъ, — хотя, въ дѣйствительности, убѣжденъ въ томъ, что никакой суммы не получалъ. Такъ поступаютъ или съ тѣмъ, чтобы совершить дареніе въ пользу вѣрителя, или съ намѣреніемъ получить отъ него извѣстный эквивалентъ, — напр, въ видѣ какой-либо вещи, какъ это бываетъ при покупкѣ въ кредитъ, — но займа въ томъ и въ другомъ случаѣ нѣтъ. Вотъ почему здѣсь имѣетъ мѣсто признаніе должникомъ не договора займа, а только того факта, что онъ получилъ опредѣленную денежную сумму. Этотъ фактъ, самъ-по-себѣ, недостаточенъ для обоснованія иска вѣрителя Послѣдній долженъ сдѣлать соотвѣтствующее дополненіе: или доказать что признаніе должника имѣетъ характеръ дара, или указать на существованіе эквивалента, напр., того обстоятельства, что имъ была совершена передача опредѣленной вещи въ пользу должника.

γ Если признаніе касается событія, о которомъ должникъ не имѣлъ никакихъ опредѣленныхъ свѣдѣній, существуетъ-ли оно, или нѣтъ, — то имѣетъ мѣсто юридическое признаніе. Примѣромъ можетъ служить тотъ случай, когда наслѣдники, во избѣжаніе непріятныхъ разоблаченій по отношенію къ ихъ наслѣдодателю, рѣшаются признать его подпись подъ документомъ, хотя подлинность этого документа подвержена для нихъ нѣкоторому сомнѣнію, но когда, въ то-же время, они не имѣютъ по этому поводу какихъ-либо точныхъ свѣдѣній. При этомъ, если юридическое признаніе относится къ группѣ А случаевъ договора признанія, т. е., если, совершая признаніе, наслѣдники получили отъ вѣрителя какой-либо эквивалентъ, напр., прекращеніе уже начатаго процесса, — ихъ ошибка въ тѣхъ соображеніяхъ, которыя вызвали юридическое признаніе, не можетъ сопровождаться какими-либо послѣдствіями, такъ какъ они уже достаточно вознаграждены полученною выгодою. Если-же, наоборотъ, оно относится къ группѣ В случаевъ договора признанія, — т. е., если такой выгоды вовсе не существуетъ, — тогда подобная ошибка даетъ имъ, на основаніи общихъ правилъ, право оспаривать юридическое признаніе, такъ какъ нельзя возлагать на сторону, которая не получила отъ соконтрагента никакого эквивалента, рискъ за такую ошибку.

δ. Если моментъ, къ которому относится признаніе, не является строго опредѣленнымъ фактомъ, но можетъ быть выясненъ только послѣ предварительнаго изслѣдованія, какъ,

напр., какое-либо выговоренное качество доставленнаго товара, — то должно быть приложено выставленное сейчасъ правило, т. е, имѣетъ мѣсто юридическое признаніе, и ошибка должника не принимается въ соображеніе только при наличности эквивалента за это признаніе, — если, напр., продавецъ, доставя товаръ, несоотвѣтствующій выговоренному качеству, заплатитъ извѣстную сумму денегъ за такое признаніе, или въ случаѣ, когда цѣна товара еще не уплачена, если онъ сдѣлаетъ сообразное уменьшеніе этой цѣны.

b. Договоръ признанія, повидимому, направленъ на правоотношеніе въ цѣломъ, а не на какой-либо отдѣльный относящійся къ нему моментъ.

Нами было уже установлено въ началѣ предыдущаго §, что признаніе всегда относится къ какому-либо отдѣльному факту, который, или въ соединеніи съ другими фактами, или самъ-по-себѣ, способенъ вызвать опредѣленныя юридическія послѣдствія. Вотъ почему, если должникъ выразилъ признаніе извѣстнаго правоотношенія въ цѣломъ, — то, въ сущности, это, опять-таки, отдѣльный моментъ, котораго признаніе касается. Подобнымъ моментомъ является фактъ, возбуждающій, въ томъ или въ другомъ отношеніи, сомнѣніе. Всѣ остальные моменты правоотношенія, незатронутые сомнѣніемъ, признанію не подлежатъ, а потому, по поводу нихъ, должны быть дѣлаемы вѣрителемъ сообразныя дополненія.

Напротивъ, относительно тѣхъ моментовъ, которые возбуждаютъ сомнѣніе, и къ которымъ, согласно сказанному, признаніе относиться должно, — слѣдуетъ примѣнять общія правила, выставленныя нами нѣсколько выше. Касательно этихъ моментовъ является безразличною такая общая форма признанія.

Она имѣетъ своимъ послѣдствіемъ только то обстоятельство, что onus probandi, по вопросу о сомнительности или несомнѣнности тѣхъ моментовъ, изъ которыхъ слагается правоотношеніе, — лежитъ не на вѣрителѣ, а на должникѣ. Другими словами, всѣ эти факты, благодаря тому, что признаніе составлено въ общей формѣ, считаются подверженными сомнѣнію во время заключенія договора признанія, пока должникъ не представитъ ясныхъ доказательствъ, что тотъ или другой моментъ являлся, въ день составленія договора, несомнѣннымъ, и пока онъ не заставитъ этимъ вѣрителя сдѣ-

лать соотвѣтствующее дополненіе, т. е, доказать дѣйствительное существованіе этого факта Положеніе должника, при признаніи въ общей формѣ, дѣлается, такимъ образомъ, очень затруднительнымъ, такъ какъ привести требуемое доказательство часто бываетъ дѣломъ весьма сложнымъ, кромѣ только того случая, когда факты, о которыхъ идетъ рѣчь, относятся къ болѣе позднему періоду, чѣмъ заключеніе договора признанія, такъ какъ, въ этомъ послѣднемъ случаѣ, очень трудно допустить, чтобы сомнѣніе простиралось также на этотъ будущій моментъ.

Приведенное нами сейчасъ правило о томъ, что, при договорѣ признанія въ общей формѣ, наличность тѣхъ фактовъ, по поводу которыхъ должникъ докажетъ, что, во время составленія договора, они не были предметомъ сомнѣнія, — должна быть подкрѣпляема самимъ вѣрителемъ; это правило не имѣетъ дѣйствія относительно института такъ наз. „Abrechnung“. При этомъ послѣднемъ, на основаніи приведенныхъ выше[1]) соображеній, должникъ обязанъ доказать — какъ ближайшій характеръ оспариваемой имъ юридической сдѣлки, которая, вмѣстѣ съ другими юридическими сдѣлками, послужила основаніемъ для счетнаго результата, какъ и всѣ относящіеся къ ней отдѣльные моменты. Вотъ почему, въ этомъ случаѣ, съ одинаковымъ правомъ — можетъ быть рѣчь какъ о „матеріальномъ“ договорѣ признанія, такъ и объ „абстрактномъ обязательствѣ“.

Глава IV.

Абстрактныя обязательства въ современномъ гражданскомъ оборотѣ.

§ 40. Въ предыдущей главѣ мы точно опредѣлили границы для договора признанія. Онъ имѣетъ всегда въ виду какое-либо существующее правоотношеніе, тотъ или другой моментъ котораго подаетъ поводъ къ сомнѣнію.

Представимъ теперь, что кто-либо выразилъ свою обязанность въ слѣдующихъ словахъ: „Я признаю себя должнымъ 100 рублей“. Здѣсь не указано никакого опредѣленнаго правоотношенія, къ которому могло-бы быть присоединено признаніе. Это заставляетъ сильно сомнѣваться въ томъ, существуетъ-ли, вообще, такое правоотношеніе въ

1) См. стр. 175

моментъ произнесенія должникомъ этихъ словъ Вотъ почему не можетъ быть и рѣчи о приданіи подобному изъявленію воли характера договора признанія. Приведенныя слова должника, — если они, вообще, должны быть, по ближайшимъ обстоятельствамъ дѣла, снабжены обязательною силою, — не носятъ характера договора признанія, но служатъ выраженіемъ самостоятельному обязательству.

Такимъ образомъ, при подобной формѣ выраженія должникомъ своей обязанности, какъ только-что приведенная, получаютъ примѣненіе не тѣ особыя правила, которыя существуютъ для договора признанія, т. е., вовсе не дѣлается презумпція въ пользу свободнаго отъ эквивалента характера юридической сдѣлки, такъ чтобы на самомъ должникѣ лежало доказательство подобной выговоренной въ его пользу выгоды, или, выражаясь иначе, наличности такого случая, который принадлежитъ къ группѣ В случаевъ договора признанія. При подобномъ обѣщаніи должника, какъ вышеприведенное, примѣняются не эти особыя правила, дѣйствующія при договорѣ признанія, а общія правила относительно каузальнаго момента при матеріальныхъ обязательствахъ Видѣть, въ этомъ случаѣ, непремѣнно абстракцію отъ causa, какъ это, обыкновенно, дѣлаютъ, — нѣтъ никакого основанія, Такъ наз. „абстракція“ можетъ имѣть мѣсто только какъ исключеніе. Въ чемъ-же заключается эта абстракція? Каковы необходимыя для нея условія и юридическія послѣдствія?

§ 41 Понятіе абстракціи обязательствъ отъ каузальнаго момента.

Я уже нѣсколько разъ, въ теченіе предшествующаго изложенія, указывалъ, что никакое обязательсто немыслимо безъ существованія causa. Никто не будетъ переносить на другое лицо какую-либо цѣнность безъ полученія извѣстной выгоды отъ вѣрителя или сознательнаго отрицанія эквивалента, какъ это имѣетъ мѣсто при дареніи и при группѣ В случаевъ договора признанія. Если рѣчь идетъ объ „абстракціи“ отъ causa, — то мы хотимъ выразить этимъ нѣчто — совершенно другое. Такая „абстракція“ имѣетъ только тотъ смыслъ, что вѣритель освобожденъ отъ обязанности указывать наличность causa, которая существуетъ для него при такъ наз. „матеріальныхъ договорахъ“, и о которой мы говорили выше Посмотримъ, какія могутъ быть представляемы основанія

сдѣлать, въ извѣстныхъ случаяхъ, подобное исключеніе изъ общаго правила?

Такими основаніями могутъ служить — та форма и тѣ нѣкоторыя ближайшія обстоятельства, при которыхъ совершается договоръ Мы будемъ говорить объ этомъ подробнѣе нѣсколько ниже. Пока приведемъ, въ видѣ примѣра, указанный въ § 40 случай, когда должникъ изъявляетъ свою обязанность въ слѣдующей общей формѣ: „Я признаю себя должнымъ 100 рублей“ Это выраженіе, въ свое время, интересовало насъ лишь настолько, насколько нужно было доказать, что здѣсь не можетъ быть и рѣчи о договорѣ признанія. При этомъ, мы замѣтили, что въ этомъ случаѣ вовсе нельзя непремѣнно вѣдѣть абстракцію обязательства отъ его causa, но вовсе не хотѣли утверждать, что подобная абстракція не можетъ здѣсь имѣть мѣсто. Если существуютъ тѣ исключительныя условія для абстрактныхъ обязательствъ, которыхъ мы коснемся въ § 42, — при такомъ общемъ изъявленіи долга, какъ мы видимъ въ приведенныхъ словахъ должника, является сильная догадка въ пользу того, что, такъ какъ о causa ни однимъ словомъ не было упомянуто, — то ея изъясненіе вѣрителемъ не было сдѣлано при заключеніи договора въ качествѣ condicio sine qua non для осуществленія права требованія, или потому, что эквивалентъ былъ уже выполненъ, или потому, что должникъ расчитывалъ добиться этого эквивалента другимъ путемъ.

Если-же въ дѣйствительности дѣло обстоитъ иначе, то опровергнуть выставленную нами догадку или презумпцію долженъ должникъ, такъ какъ онъ самъ подалъ къ тому поводъ своимъ неопредѣленнымъ способомъ выраженія. Такая презумпція можетъ имѣть мѣсто даже въ томъ случаѣ, если обозначеніе causa, хотя и существуетъ, но совершенно въ общей формѣ, напр., „вслѣдствіе купли“, или „для поставки товара“ — и тому под, — именно, потому, что не сдѣлано ближайшей спеціализаціи causa. Кромѣ того, презумпція примѣняется также при наличности нѣкоторыхъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ, хотя бы ее нельзя было вывести изъ непосредственныхъ выраженій самого должника Всѣ эти различные случаи абстракціи должны быть разсмотрѣны отдѣльно.

§ 42. I. Прежде всего, разберемъ тѣ случаи, когда

„абстракція“ вытекаетъ изъ содержанія самаго обязательственнаго акта.

А. Общее изъявленіе долга, (см. приведенныя нѣсколко выше слова должника: „Я признаю себя должнымъ 100 рублей“). Въ § 40 мы доказали, что не существуетъ договора признанія въ техническомъ смыслѣ этого слова въ подобномъ „общемъ признаніи долга“ („generelle Schuldanerkennung“) а въ § 41 нами было указано, что, при извѣстныхъ условіяхъ, въ такихъ словахъ должника слѣдуетъ видѣть абстрактное обязательство. Посмотримъ теперь, каковы должны быть эти условія. „Общее признаніе долга“ должно представлять, съ этой точки зрѣнія, вполнѣ законченное цѣлое Это — потому, что имѣющая мѣсто при абстрактномъ обязательствѣ презумпція, — что должникъ, не упомянувъ о causa, хотѣлъ этимъ освободить вѣрителя отъ необходимости приведенія causa въ субъективномъ смыслѣ, — можетъ возникнуть только въ томъ случаѣ, если слова должника, на которыхъ построена презумпція, исчерпываютъ все изъявленіе должникомъ его воли и не допускаютъ возможности какого-либо сомнѣнія.

Предположимъ, напр., что истецъ можетъ привести двухъ свидѣтелей, которые могутъ подъ присягою показать, что они слышали, какъ отвѣтчикъ произнесъ приведенныя нами выше слова. Истецъ не имѣетъ, въ подобномъ случаѣ, достаточнаго основанія для своего иска, такъ какъ возникаетъ сильная догадка въ пользу того, что эти слова должника составляютъ только часть изъявленной имъ воли, и что остальныя его слова, неслышанныя свидѣтелями, содержатъ въ себѣ указаніе каузальнаго момента.

Единственный способъ изъявленія должникомъ своей воли, который, въ этомъ отношеніи, исключаетъ возможность какого-бы то ни было сомнѣнія, — это — письменная форма обязательства. Кусокъ бумаги, съ написанными на немъ приведенными выше словами должника, представляетъ, по крайней мѣрѣ, внѣшнимъ, образомъ, совершенно отдѣльный фактъ. Отсюда — недалеко, также съ правовой точки зрѣнія, придать ему изолированное и самостоятельное значеніе при существованіи, кромѣ того, нѣкоторыхъ другихъ дальнѣйшихъ условій

Прежде, чѣмъ приступить къ перечисленію этихъ дальнѣйшихъ условій, слѣдуетъ сдѣлать одно предварительное

замѣчаніе. Въ будущемъ изложеніи мы будемъ имѣть дѣло постоянно только съ презумпціями. Вотъ почему, хотя-бы всѣ условія въ пользу существованія абстрактныхъ обязательствъ, которыя мы сейчасъ перечислимъ, имѣли мѣсто — съ условіемъ письменной формы включительно, — можетъ отсутствовать твердая увѣренность относительно свободы вѣрителя отъ изъясненія каузальнаго момента Но такъ какъ рѣчь идетъ все время только о презумпціяхъ, — то такая несомнѣнность свободы вѣрителя отъ указанной обязанности и не является необходимою. Вѣдь, должнику всегда предоставлена возможность опровергнуть эту презумпцію, какъ это вполнѣ согласно съ выставленнымъ мною понятіемъ абстрактныхъ обязательствъ. Пока этого не сдѣлано, наличность особенныхъ условій, подлежащихъ нашему изложенію, дѣлаетъ весьма вѣроятнымъ, что обязательству придана самостоятельная экономическая роль.

Такая самостоятельная экономическая роль не имѣетъ мѣста въ томъ случаѣ, когда право вѣрителя объявлено непереносимымъ. Должникъ выражаетъ этимъ опасеніе, чтобы, въ случаѣ перехода его обязанности въ другія руки, не ухудшились этимъ его виды на эквивалентъ. Вотъ почему въ этомъ случаѣ указанная презумпція не можетъ быть примѣнена. Дѣло въ томъ, что здѣсь всегда можетъ быть сдѣлана противоположная догадка, — именно, что должникъ могъ быть побужденъ пройти молчаніемъ вопросъ объ эквивалентѣ, такъ какъ онъ надѣялся имѣть дѣло съ опредѣленнымъ вѣрителемъ, который знаетъ экономическое отношеніе въ его цѣломъ. То обстоятельство, что вопросъ объ эквивалентѣ не былъ затронутъ въ самомъ письменномъ документѣ, — можетъ быть весьма легко объяснено тѣмъ соображеніемъ, что у должника имѣлись по этому поводу другія доказательства. Такимъ образомъ, здѣсь не можетъ имѣть силу дѣйствія презумпція свободы вѣрителя, при осуществленіи принадлежащаго ему права требованія, отъ обозначенія каузальнаго момента. Изъ сказаннаго вытекаетъ, что необходимымъ условіемъ „абстрактныхъ обязательствъ“ является переносимость обязательства. При отсутствіи этого требованія, „абстрактный“ характеръ обязательства не можетъ быть принятъ, хото бы переносимость была установлена не прямымъ соглашеніемъ между вѣрителемъ и долж-

никомъ, но самымъ свойствомъ обязательства съ точки зрѣнія его предмета.

Презумпція не примѣняется, затѣмъ, также въ томъ случаѣ, когда предметомъ обязательства является что-либо такое, что, подобно res fungibiles, не можетъ быть выдано предъявителю долгового документа — безъ всякаго предварительнаго разсмотрѣнія, но должно быть подвергнуто самой подробной индивидуальной оцѣнкѣ. Относительно правъ на подобные предметы, вѣроятіе въ пользу того, что они сдѣланы предметомъ обмѣна, — является весьма малымъ. Однако, даже если это, по исключенію, и имѣетъ мѣсто, — должникъ убѣжденъ въ томъ, что передача на практикѣ не можетъ осуществиться безъ того, чтобы не обратились къ нему, такъ какъ новый вѣритель заинтересованъ точно констатировать индивидуальныя свойства предмета, — а, при этомъ, для него является возможными встрѣча съ этимъ будущимъ вѣрителемъ и указаніе ему на наличность эквивалента при обязательствѣ. Должникъ имѣетъ полное основаніе расчитывать на подобное обстоятельство, а потому, въ этомъ случаѣ, нельзя строить презумпцію, что онъ, не указавъ въ самомъ документѣ на существованіе каузальнаго момента, хотѣлъ освободить этимъ вѣрителя отъ необходимости обозначенія эквивалента.

На основаніи вышеизложеннаго, для абстрактнаго обязательства требуется письменный документъ въ общей формѣ, т. е, который не содержитъ указанія causa, но имѣетъ своимъ предметомъ способное переходить изъ рукъ въ руки право требованія передачи замѣнимыхъ вещей — res fungibiles. При наличности такихъ условій, является сильная презумпція въ пользу абстрактной природы обязательства. Тотъ, кто выдаетъ подобный документъ, дѣйствуетъ съ сознаніемъ, что онъ лишился этимъ имущественнаго объекта, который пріобрѣтаетъ, въ извѣстной степени, самостоятельное экономическое существованіе, переходя изъ рукъ въ руки, подобно тому какъ переходятъ деньги, — и который, въ большинствѣ случаевъ, не остается въ обладаніи первоначальнаго вѣрителя Вотъ почему нельзя думать, чтобы должникъ, выдавая подобный документъ, хотѣлъ поставить свою praestatio въ зависимость отъ указанія вѣрителемъ causa, такъ какъ такой документъ, большею частію, заставляетъ должника предполагать, что второй вѣ-

ритель, третій и т. д. — не будутъ имѣть никакихъ свѣдѣній объ эквивалентѣ. При векселяхъ, а въ нѣкоторыхъ законодательствахъ и при денежныхъ письмахъ, должникъ теряетъ вовсе свое право на возраженіе противъ добросовѣстнаго держателя векселя на основаніи отсутствія каузальнаго момента. Документы, подобные векселямъ и денежнымъ письмамъ, хотя относительно нихъ такого законодательнаго постановленія не существуетъ, — порождаютъ, однако, сильную презумпцію противъ того, что должникъ хотѣлъ осуществленіе ихъ вѣрителемъ сдѣлать зависимымъ отъ указанія послѣднимъ эквивалента въ пользу обязанной стороны.

Помимо того, что занимающая насъ презумпція вполнѣ оправдывается предполагаемою волею должника, — въ ея пользу говоритъ также весьма существенный практическій интересъ Относительно документовъ, которые, подобно указаннымъ, циркулируютъ въ экономическомъ оборотѣ совершенно такъ-же, какъ деньги, — требуется, прежде всего, чтобы ихъ осуществленіе было обставлено возможною легкостью и быстротою. То и другое было-бы весьма затруднено, если-бы вѣритель былъ принужденъ постоянно приводить, можетъ быть, весьма запутанное и сложное отношеніе между нимъ и должникомъ, — которое лежитъ въ основаніи такихъ документовъ. По поводу векселей, вопросъ представляется чрезвычайно яснымъ. Но могутъ имѣть мѣсто также нѣкоторые другіе случаи, когда стороны, не рѣшаясь снабдить обязательство строгою силою вексельнаго права, не хотятъ, однако, ставить кредитора въ необходимость изъясненія каузальнаго момента. Особенно неудобно было-бы постоянно требовать такое изъясненіе въ торговомъ оборотѣ — не только благодаря значительной сложности, которою сопроваждаются подобныя сдѣлки въ нѣкоторыхъ торговыхъ предпріятіяхъ, — но и вслѣдствіе часто полной невозможности сдѣлать, при длинныхъ и запутанныхъ счетахъ, какое-либо указаніе на существованіе эквивалента въ пользу должника Дѣло въ томъ, что между купцами, которые стоятъ въ постоянныхъ дѣловыхъ сношеніяхъ другъ съ другомъ, часто выдаются письменныя обязательства, — причемъ, и для вѣрителя, и для должника не представляется вполнѣ яснымъ, заключено-ли обязательство credendi causa или solvendi causa, — этотъ вопросъ получаетъ отвѣтъ только много спустя, когда они окончательно подведутъ итоги другъ съ другомъ.

Если, при такомъ неопредѣленномъ характерѣ эквивалента, поставить вѣрителя въ необходимость его обозначенія, чтобы онъ могъ осуществить принадлежащее ему право требованія, — то это создастъ для него невозможное положеніе.

Такимъ образомъ, интересующая насъ презумпція „абстрактнаго“ характера обязательства, удовлетворяющаго поставленнымъ выше условіямъ, вполнѣ оправдывается практическими соображеніями. Она возбуждаетъ, однако, въ литературѣ вопроса не мало сомнѣній. Эти сомнѣнія являются, между тѣмъ, совершенно неосновательными [1]).

Обыкновенно, противъ принятія презумпціи, приводятъ то соображеніе, что ею весьма сильно затрогиваются интересы должника, отъ котораго яко-бы требуютъ чего-то невозможнаго, заставляя его оспаривать долговой документъ доказательствомъ того отрицательнаго факта, что нѣтъ никакой causa для его долга. Но это возраженіе покоится на недоразумѣніи, такъ какъ онъ вовсе не долженъ доказывать, что никакой causa не лежитъ въ основаніи обязательства, но, наоборотъ, въ доказательствѣ нуждается ближайшій характеръ этой causa, т. е., положительный фактъ. Правда, подобное выясненіе эквивалента является для должника дѣломъ не особенно легкимъ, но, во всякомъ случаѣ, и не болѣе труднымъ, чѣмъ для вѣрителя. Между тѣмъ, одно изъ основныхъ правилъ, по вопросу о распредѣленіи onus probandi между истцомъ и отвѣтчикомъ, говоритъ, что тотъ изъ нихъ долженъ нести тяжесть доказательства, противъ котораго существуетъ презумпція. При наличности всѣхъ вышеозначенныхъ условій, подобная презумпція несомнѣнно существуетъ противъ должника. Выводъ отсюда — ясный.

Другое возраженіе противъ указанной презумпціи заключается въ томъ, что, если придавать „общему изъявленію долга“ („generelle Schuldanerkennung“) характеръ абстрактнаго обязательства, — то должникъ рискуетъ два раза заплатить по одному и тому-же долговому отношенію: въ первый разъ — на основаніи предъявленнаго противъ него документа, а во второй разъ — когда вѣрителемъ будетъ изъяснено то правоотношеніе, которое лежитъ въ основаніи этого „общаго изъявленія долга“. Но противъ этого, прежде всего, слѣдуетъ

---

1) См Bahrl. с стр 281 (211) сл

замѣтить, что, при абстрактныхъ договорахъ, какъ мы указали въ § 41, не исключена для отвѣтчика возможность доказательства наличности каузальнаго момента, такъ какъ дѣло, все время, идетъ только о презумпціи, которая можетъ быть всегда лишена силы посредствомъ доказательства противнаго Во 2-хъ, если-бы должнику не удалось доказать существованія causa, то весьма мало вѣроятія, чтобы то-же самое удалось вѣрителю, когда онъ, получивъ удовлетвореніе по долговому документу, будетъ требовать вторичнаго исполненія обязательства должникомъ на томъ основаніи, что существуетъ съ его стороны извѣстный эквивалентъ въ пользу должника. Въ 3-хъ, наконецъ, должнику можно помочь тѣмъ средствомъ, которое рекомендуетъ Бэръ [1]). Этотъ писатель предлагаетъ въ томъ случаѣ, когда противъ должника выставлены два права требованія съ совершенно одинаковымъ содержаніемъ, — презумпцію о ихъ реальномъ тождествѣ.

Далѣе, приводятъ еще то возраженіе, что „общее изъявленіе долга“ можетъ служить поводомъ къ злоупотребленіямъ, допуская возможность скрывать въ себѣ юридическія сдѣлки съ безнравственнымъ характеромъ. Но это возраженіе — совершенно призрачно Въ самомъ дѣлѣ, развѣ что-либо подобное не можетъ имѣть мѣста также въ томъ случаѣ, когда имѣется указаніе на causa? Для этого достаточно допустить простую симуляцію этой causa

Два слова — о формѣ „общаго изъявленія долга“ для приданія ему дѣйствія абстрактнаго обязательства. Эта форма, кромѣ того, что она должна быть письменною, является безразличною. Требуется только, чтобы не было упоминанія о causa, и чтобы было обѣщано дать вѣрителю извѣстное количество res fungibiles. Въ какихъ словахъ это будетъ выражено — совершенно все равно.

В. Мы переходимъ теперь къ разсмотрѣнію случаевъ, когда долговой документъ самъ содержитъ указаніе на какую-либо causa.

Представимъ себѣ, что документъ содержитъ въ себѣ слѣдующія слова должника: „Я признаю себя должнымъ 100 рублей на основаніи такихъ-то покупокъ у такого-то купца“. Возникаетъ вопросъ, имѣетъ-ли здѣсь мѣсто „матеріальный

---

1) l c стр. 284—285 (213—214)

договоръ", или „абстрактное обязательство", такъ чтобы, въ этомъ послѣднемъ случаѣ, указаніе каузальнаго момента не имѣло того значенія, чтобы истецъ былъ обязанъ ближайшимъ образомъ обосновать свой искъ указаніемъ на такую causa.

Для того, чтобы допустить, въ подобномъ случаѣ, абстрактное обязательство, — необходима, прежде всего, наличность всѣхъ тѣхъ условій, которыя были перечислены нами выше: письменной формы, переносимости обязательства и замѣнимости предмета — (res fungibiles), составляющаго его содержаніе. Но, даже при существованіи всѣхъ этихъ условій, противъ принятія абстрактнаго обязательства сильно говоритъ то соображеніе, что въ долговомъ документѣ содержится указаніе на causa. При этомъ, могутъ имѣть мѣсто различные случаи.

a. Указаніе на causa сдѣлано въ такомъ видѣ, что этимъ ясно выражена зависимость обязанности должника отъ каузальнаго момента. Если. напр., долговой документъ гласитъ слѣдующее: „Симъ признаю себя обязаннымъ уплатить тогда-то, взамѣнъ доставленной партіи товаровъ, такую-то сумму денегъ", — то не можетъ быть ни малѣйшаго сомнѣнія, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ обыкновеннымъ обязательствомъ, безъ какого-бы то ни было „абстрактнаго" характера.

b. То-же самое слѣдуетъ сказать во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда долговой документъ содержитъ указаніе, въ качествѣ каузальнаго момента, на такое событіе, которое должно осуществиться только въ будущемъ.

c. Если-же, наоборотъ, causa указана въ документѣ, какъ событіе, имѣвшее мѣсто только въ прошедшемъ, — напр., когда покупатель признаетъ себя должнымъ опредѣленную сумму денегъ на основаніи многихъ, прежде заключенныхъ съ продавцомъ, торговыхъ сдѣлокъ, — то мы имѣемъ въ подобномъ документѣ абстрактное обязательство. Это — потому, что здѣсь возникаетъ настолько сильная презумпція, что causa на дѣлѣ окончательно выяснена, — что нѣтъ основанія ставить исполненіе обязательства въ зависимость отъ болѣе подробныхъ указаній вѣрителя относительно эквивалента въ пользу должника.

Но почему не допустить въ подобномъ случаѣ договора признанія? Вѣдь, при договорѣ признанія, на основаніи упомянутаго въ своемъ мѣстѣ правила, на вѣрителя тоже не

возлагается какихъ-либо указаній по поводу эквивалента, и онъ можетъ ограничиться обозначеніемъ самаго „признанія“ въ качествѣ достаточной causa для обязательства. Отвѣтъ на поставленный вопросъ былъ уже, отчасти, данъ нами въ § 40. Договоръ признанія имѣетъ всегда своимъ необходимымъ условіемъ точное обозначеніе признаваемаго правоотношенія Между тѣмъ, въ разбираемомъ случаѣ, документъ не содержитъ въ себѣ подобнаго точнаго указанія на признаваемое отношеніе, а только весьма неопредѣленно обозначаетъ наличность каузальнаго момента. Въ самомъ дѣлѣ, въ немъ ни словомъ не упомянуто, какой именно долгъ существовалъ въ прошедшемъ, а для договора признанія должно имѣть мѣсто совершенно опредѣленное изъявленіе такого долга. Вотъ почему принять здѣсь договоръ признанія — значитъ поставить кредитора въ затруднительное положеніе дѣлать часто весьма трудныя дополненія, необходимыя для выясненія признаваемаго отношенія; тогда какъ, если мы примемъ въ подобномъ случаѣ „абстрактное обязательство“, то сдѣлаемъ этимъ положеніе вѣрителя болѣе легкимъ, освободивъ его отъ указанной обязанности. Кромѣ того, напомнимъ, что доказательство кредиторомъ наличности „юридическаго признанія“ — дѣло весьма и весьма трудное; при „абстрактномъ“-же „обязательствѣ“ — ему достаточно указать на тотъ чисто отрицательный фактъ, что должникъ, при существованіи всѣхъ приведенныхъ условій, — (письменная форма, переносимость обязательства, res fungibiles въ качествѣ предмета обязательства), — упомянулъ о causa и, въ то-же время, не сдѣлалъ никакой оговорки на тотъ случай, если она не будетъ исполнена, — такъ какъ этотъ отрицательный фактъ порождаетъ, самъ-по-себѣ, весьма сильную презумпцію, что въ моментъ обѣщанія causa уже была осуществлена Такимъ образомъ, если, при наличности означенныхъ выше условій, causa указана въ документѣ въ качествѣ прошедшаго факта, — и если изъ содержанія самаго документа нельзя заключить, что осуществленіе вѣрителемъ права требованія поставлено въ зависимость отъ указаній по поводу каузальнаго момента, — то слѣдуетъ принять существованіе не „матеріальнаго договора“ и не „договора признанія“, а „абстрактнаго обязательства“.

d. Если представляется совершенно неопредѣленнымъ, составляетъ-ли causa прошлый фактъ, или будущій, — напр.,

если кто-либо признаетъ себя обязаннымъ заплатить извѣстную сумму денегъ на основаніи болѣе или менѣе точно охарактеризованнаго договора найма или купли, не упомянувъ ни словомъ, являются-ли эти договоры фактомъ прошедшаго или будущаго времени, — то должны быть приняты во вниманіе слѣдующія соображенія:

α. Прежде всего, весьма часто бываетъ, что къ подобному документу присоединяется вексельное обязательство. Такъ какъ оно можетъ получить силу вовсе безъ изъясненія каузальнаго момента, — то рождается весьма сильная презумпція, что и тотъ документъ, къ которому вексель присоединенъ, носитъ абстрактный халактеръ То-же самое имѣетъ силу, если подобнаго рода документъ является самъ облеченнымъ въ форму, близкую по своей природѣ къ вексельной формѣ, напр, если онъ является въ видѣ „денежнаго письма“ въ тѣхъ законодательствахъ, гдѣ признаются „денежныя письма“ („Geldbrief“).

β. Но, даже если нельзя указать на существованіе такого собаго ручательства въ пользу абстрактнаго характера обязательства, какъ приведенное сейчасъ соображеніе, — въ пользу такого характера говоритъ уже одинъ тотъ фактъ, что право требованія вѣрителя ясно установлено, не допуская даже переходъ отъ одного кредитора къ другому безъ содѣйствія должника, и что, въ то-же время, въ томъ-же самомъ документѣ, не является столь-же ясными тѣ права, которыя выговорены должникомъ въ качествѣ эквивалента. Въ такихъ случаяхъ весьма естественно сдѣлать презумпцію, что должникъ не думалъ придавать документу одинаковой силы по вопросу о правѣ требованія вѣрителя и по вопросу о своемъ правѣ на эквивалентъ со стороны этого послѣдняго, такъ чтобы осуществленіе кредиторомъ права требованія было поставлено въ зависимость отъ указанія имъ эквивалента. Такъ, напр., если вопросъ о causa хотя и затронутъ, но она обозначена вполнѣ неопредѣленно слѣдующими словами: „по куплѣ“, „за партію товаровъ“, „по найму“, — это обозначеніе или должно быть принято, какъ пустое названіе, лишенное всякаго смысла, — или даетъ для должника извѣстную оріентировку относительно характера долга, но не можетъ, въ качествѣ эквивалентной въ его пользу praestatio, служить ограниченіемъ его обязан-

ности. Весь вопросъ [1]) идетъ „um die Bezeichnung, nicht um die Begrundung der Schuld“. Это сдѣлается особенно яснымъ, если принять во вниманіе то затруднительное положеніе, въ которое, въ противномъ случаѣ, былъ-бы поставленъ вѣритель. Онъ былъ-бы принужденъ, чтобы осуществить свое право, весьма подробно коснуться всего экономическаго отношенія между нимъ и должникомъ, изъ котораго возникъ долговой документъ, о которомъ идетъ рѣчь. Въ этомъ случаѣ, могъ-бы быть разговоръ о договорѣ признанія, но, для этого, вѣрителю нужно сдѣлать соотвѣтствующія дополненія и доказать, что, именно, „юридическое признаніе“ имѣло мѣсто. Такимъ образомъ, примемъ-ли мы здѣсь „матеріальный договоръ“, или — одинъ изъ видовъ послѣдняго — „договоръ признанія“, — положеніе кредитора, въ томъ и въ другомъ случаѣ, будетъ гораздо сложнѣе, чѣмъ при „абстрактномъ обязательствѣ“.

§ 43. II. Теперь мы перейдемъ къ разсмотрѣнію тѣхъ случаевъ, когда „абстракція“ вытекаетъ не изъ содержанія самаго обязательственнаго акта, а изъ нѣкоторыхъ сопутствующихъ обстоятельствъ [2]).

Презумпція въ пользу того, что обязанность къ эквиваленту уже выполнена кредиторомъ, и что осуществленіе принадлежащаго ему права требованія не должно стоять, по этой причинѣ, въ зависимости отъ указанія каузальнаго момента, — можетъ быть сдѣлана на основаніи точной оцѣнки всѣхъ тѣхъ обстоятельствъ, при которыхъ имѣетъ мѣсто договорное обязательство.

Это бываетъ, когда обязательство представляетъ изъ себя развитіе существующаго долгового отношенія, какъ, напр., при ликвидаціи значительнаго числа юридическихъ сдѣлокъ за одинъ разъ, посредствомъ такъ наз. „Abrechnung“. Такъ-же бываетъ и въ томъ случаѣ, когда, вмѣсто дѣйствительной уплаты, должникъ устанавливаетъ въ пользу вѣрителя какое-либо право требованія.

а. О самостоятельной природѣ института „Abrechnung“, которая заключается въ томъ, что счетный результатъ полу-

1) Seuffert's Archiv XXV стр 130
2) См. Schlossmann l c стр 44.

чаетъ совершенно независимое значеніе по отношенію къ тѣмъ сдѣлкамъ, изъ которыхъ онъ выведенъ, — мы уже говорили нѣсколько раньше. Мы видѣли, что требованія по поводу каузальнаго момента сведены, при этомъ институтѣ, къ самому ничтожнему minimum'у, такъ что, въ дѣйствительности, здѣсь, съ одинаковымъ правомъ, можетъ быть рѣчь какъ о „матеріальномъ" договорѣ признанія, такъ и объ „абстрактномъ обязательствѣ". Нашъ институтъ имѣетъ ту общую черту съ договоромъ признанія, что для наступленія юридическихъ послѣдствій требуется указаніе на группу существующихъ правоотношеній. Вотъ по этой-то причинѣ мы и касались этого института въ главѣ о „договорѣ признанія". Но приведенною чертою сходство и ограничивается. Дѣло въ томъ, что приданіе счетному результату самостоятельнаго характера приближаетъ институтъ „Abrechnung" къ тому институту, который мы сейчасъ будемъ разсматривать, и который уже несомнѣнно является „абстрактнымъ обязательствомъ". Я разумѣю замѣняющее настоящую уплату „опредѣленіе абстрактнаго счетнаго результата".

b Въ нѣкоторыхъ случаяхъ является настоятельная потребность превратить какое-либо правоотношеніе, — которое, — съ одной стороны, устанавливаетъ извѣстныя права для вѣрителя, а съ другой — обязанности, носящія характеръ эквивалента, въ пользу должника, — въ односторонее обязательство должника передъ кредиторомъ, который могъ-бы осуществить свое право требованія безъ необходимости указывать на существованіе каузальнаго момента Весьма часто бываетъ, что вѣритель уже исполнилъ свою эквивалентную praestatio по отношенію къ должнику, тогда какъ этотъ послѣдній своей обязанности еще не выполнилъ, и въ этомъ случаѣ указанная потребность является особенно ощутительною. Въ самомъ дѣлѣ, при такомъ положеніи дѣлъ, бываютъ сроки, когда, обыкновенно, должникъ совершаетъ уплату. Такая уплата, кромѣ фактической пользы, которую она приноситъ для кредитора, сопровождается для него тою правовою выгодою, что, на будущее время, онъ освобожденъ отъ обязанности доказывать ближайшія основанія къ тому, что онъ получилъ уплату, и является уже дѣломъ самого должника — приводить доказательства, что она имѣла мѣсто безъ достаточнаго къ тому основанія. Между тѣмъ, на прак-

тикѣ часто случается, что должникъ не имѣетъ средствъ произвести, къ одному изъ положенныхъ сроковъ, уплату по обязательству, правильность котораго онъ вполнѣ признаетъ. Ясно, что вѣритель лишается этимъ той фактической выгоды, которую ему могла-бы принести такая состоявшаяся уплата, но отсюда еще вовсе не вытекаетъ, что онъ долженъ, благодаря этому обстоятельству, быть лишеннымъ той юридической выгоды, которая связана съ уплатою и которая ставитъ его въ положеніе такого лица, право котораго не нуждается въ какомъ-либо обоснованіи съ точки зрѣнія каузальнаго момента. При такомъ замѣняющемъ настоящую уплату обязательствѣ, доказывать отсутствіе каузальнаго момента долженъ самъ должникъ, подобно тому какъ это бываетъ при оспариваніи уплаты. Если, вмѣсто уплаты, должникъ выставитъ вексель, — то вопросъ не возбуждаетъ никакого сомнѣнія. По изложеннымъ основаніямъ, никакого сомнѣнія не можетъ быть также въ томъ случаѣ, когда обѣщаніе дано и не въ вексельной формѣ, — но имѣетъ мѣсто въ качествѣ уплаты по обязательству Кромѣ приведенныхъ соображеній, напомнимъ, что при такомъ обѣщаніи — въ видѣ уплаты, должникъ получаетъ уже достаточный эквивалентъ въ томъ, что кредиторъ не хочетъ подвергать его непріятностямъ гражданскаго процесса [1]).

Для того, чтобы обязательство было снабжено такимъ „абстрактнымъ“ характеромъ, вовсе не необходимо, чтобы къ изъявленію долга было присоединено прямое указаніе, что это обѣщаніе долга является въ качествѣ уплаты. Это можетъ вытекать изъ соображенія ближайшихъ обстоятельствъ, при которыхъ было дано обѣщаніе [2])

§ 44. Послѣдствія абстрактнаго обязательства.

А. Изъ самой сущности абстрактнаго обязательства вытекаетъ, что оно, само-по-себѣ, имѣетъ значеніе достаточнаго искового основанія, и что истецъ не долженъ указы-

---

1) См. рѣшеніе въ Seuffert's Archiv XV Стр 34, XXV Стр 130

2) См рѣшенія въ Seuffert's Archiv XVI Стр. 218, XIX. Стр. 24, XXV Стр 130.

вать наличность каузальнаго момента. Такимъ образомъ, въ обоихъ случаяхъ, — упомянуто-ли въ самомъ документѣ о causa, или нѣтъ, — истецъ, при абстрактномъ обязательствѣ, вовсе не долженъ дѣлать какія-бы то ни было дополненія по поводу каузальнаго момента, и, только вслѣдствіе указаній отвѣтчика, можетъ быть принужденъ дать ближайшія объясненія по этому поводу.

Напротивъ, касательно той роли, которую играетъ, при абстрактномъ обязательствѣ, отвѣтчикъ, — надо различать — обозначена ли causa, или нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ, для отвѣтчика чрезвычайно трудно доказать, что обязательство стоитъ въ связи, именно, съ такимъ-то каузальнымъ моментомъ, и изъяснить его ближайшій характеръ и содержаніе; въ извѣстныхъ случаяхъ, констатировать подобную связь является дѣломъ, прямо невозможнымъ. Такъ въ торговомъ оборотѣ весьма часто встрѣчаются, какъ мы видѣли, отношенія, при которыхъ вопросъ о causa бываетъ крайне неопредѣленнымъ, такъ что только будущіе моменты могутъ дать основанія къ разрѣшенію вопроса, слѣдуетъ-ли разсматривать принятіе на себя должникомъ извѣстной обязанности — совершившимся solvendi или credendi causa Другое дѣло, когда въ самомъ документѣ имѣется указаніе на causa. Здѣсь должникъ получаетъ уже извѣстную опору для своихъ возраженій. Нѣкоторое исключеніе представляетъ указаніе на causa, весьма часто встрѣчаемое въ документахъ, въ родѣ — „за занятую сумму денегъ“ и тому под. Опытъ учитъ, что подобныя обозначенія употребляются очень часто, тогда какъ на дѣлѣ никакого займа не существуетъ Вотъ почему, въ этомъ послѣднемъ случаѣ, должникъ обязанъ привести въ доказательство каузальнаго момента еще другія особенныя обстоятельства кромѣ такого обозначенія въ самомъ документѣ.

В. Когда должникъ докажетъ связь абстрактнаго обязательства съ опредѣленнымъ каузальнымъ моментомъ, — возникаетъ дальнѣйшій вопросъ, въ какомъ размѣрѣ должно быть придано этому моменту — значеніе?

а. Существуютъ нѣкоторыя процессуальныя препятствія, которыя не допускаютъ соединенія — въ одной и той-же формѣ процесса — расмотрѣнія права требованія вѣрителя и возраженій должника, вытекающихъ изъ каузальнаго момента.

Во 1-хъ, если обязательство заключено въ вексельную

форму, — то возраженія, — основанныя на каузальномъ отношеніи между вѣрителемъ и должникомъ, — не могутъ быть осуществлены въ теченіе вексельнаго процесса, а должны быть отложены до позднѣйшаго процесса

Во 2-хъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда право требованія кредитора представляется вполнѣ яснымъ, а вопросъ объ эквивалентѣ, отъ котораго оно зависитъ, весьма запутанъ и требуетъ ближайшаго изслѣдованія, — можетъ быть постановлено провизорное рѣшеніе по поводу права требованія, а вопросъ о causa предоставляется, въ такомъ случаѣ, позднѣйшему рѣшенію. Однако, такъ можно поступать только въ тѣхъ законодательствахъ, гдѣ существуютъ особыя суммарныя формы процесса на этотъ счетъ.

Можетъ возникнуть вопросъ, нельзя-ли придать абстрактному обязательству самостоятельный характеръ въ томъ смыслѣ, чтобы возраженія, вытекающія изъ каузальнаго момента, осуществлялись только при помощи встрѣчнаго иска. Это представляется, однако, сильнымъ преувеличеніемъ. Абстрактная природа обязательства выражается только въ томъ формально-процессуальномъ явленіи, что, въ виду наличности фактической презумпціи въ пользу осуществленія вѣрителемъ принадлежащаго ему права требованія, внѣ зависимости отъ изъясненія каузальнаго момента, — истецъ освобожденъ отъ указанія въ исковомъ прошеніи существованія каузальнаго момента при договорномъ обязательствѣ. Если-же отвѣтчику удастся опровергнуть презумпцію, то дѣло складывается совершенно такъ-же, какъ при „матеріальномъ“ договорѣ. Вотъ почему нѣтъ никакого основанія принимать, при абстрактномъ обязательствѣ, совершенный разрывъ между этими двумя моментами, т. е., между правомъ требованія кредитора и правомъ должника на эквивалентъ, — такъ чтобы каждое изъ нихъ представляло вполнѣ самостоятельное и независимое правоотношеніе, которое осуществлялось-бы путемъ самостоятельнаго, или, по крайней мѣрѣ, встрѣчнаго иска.

b. Когда нѣтъ налицо процессуальныхъ препятствій противъ представленія должникомъ возраженій, вытекающихъ изъ каузальнаго момента, — то вопросъ о томъ значеніи, которое должно быть придано этимъ возраженіямъ, при отсутствіи такихъ препятствій, — требуетъ дальнѣйшаго отвѣта.

a. Если causa является противозаконною, такъ

что публично-правовой интересъ стоитъ за уничтоженіе юридической сдѣлки, — то, само собою понятно, то обстоятельство, что стороны хотѣли заключить — „абстрактный договоръ", — не можетъ имѣть никакого значенія. Но какъ поступить въ томъ случаѣ, когда абстрактное обязательство носило характеръ уплаты за какое-либо противозаконное дѣйствіе, и когда при настоящей уплатѣ денегъ, переданую сумму нельзя было-бы вытребовать обратно, несмотря на противозаконный характеръ сдѣлки? Подобная точка зрѣнія, примѣнимая, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, къ настоящей уплатѣ денегъ, — не можетъ быть примѣнена къ „абстрактному обязательству" въ качествѣ такой уплаты. Главное соображеніе, которое имѣется въ виду законодателемъ при настоящей уплатѣ, заключается въ томъ, чтобы не нарушать созданнаго его фактическаго порядка, — но это соображеніе, очевидно, не имѣетъ примѣненія въ разсматриваемомъ случаѣ, когда, въ качествѣ уплаты, фигурируетъ абстрактный договоръ [1])

β. Внѣ указаннаго случая противозаконнаго характера causa при абстрактномъ обязательствѣ, какъ я уже нѣсколько разъ повторялъ, каузальный моментъ не имѣетъ непосредственнаго значенія въ дѣлѣ реализаціи вѣрителемъ принадлежащаго ему права требованія. Доказывать наличность causa obligationis обязанъ должникъ, становясь отвѣтчикомъ

Впрочемъ, отвѣтчику иногда представляется еще особый способъ защиты. Онъ можетъ согласиться на то, что, хотя обязательство и не было обыкновеннымъ „матеріальнымъ договоромъ", но что оно носило характеръ того особеннаго вида матеріальныхъ договоровъ, который называется „договоромъ признанія". Для этого отвѣтчикъ долженъ доказать существованіе условій, необходимыхъ для договора признанія, которыя были изложены нами въ § 38, т. е., наличность такого правоотношенія, одинъ или нѣсколько пунктовъ котораго представлялись сомнительными, по отношенію къ которымъ и имѣло мѣсто признаніе. При этомъ, надо различать случаи двоякаго рода.

---

1) См Entsch des Reichsgerichts in Civilsachen V. Стр 124.

1. Если каузальный моментъ признаваемаго правоотношенія представляется будущимъ фактомъ, — то договоръ признанія — немыслимъ, на томъ основаніи, что признавать можно только то, что существуетъ. Другое дѣло — абстрактное обязательство. Посредствомъ этого послѣдняго можетъ быть разорвана связь между двумя „praestationes", которыя должны были-бы быть обмѣнены одновременно. Это достигается тѣмъ, что для осуществленія одной изъ этихъ двухъ praestationes можетъ быть назначенъ будущій моментъ времени, тогда какъ другая — должна быть исполнена тотчасъ. Такимъ образомъ, этой послѣдней придается самостоятельный характеръ, дѣлающій её предметомъ абстрактнаго обязательства.

2. Напротивъ, что касается прошлыхъ моментовъ, которые, какъ надо думать, являлись для должника извѣстными, — абстрактный характеръ договора можетъ быть опровергаемъ ссылкою должника на то обстоятельство, что здѣсь имѣется договоръ признанія Если-же прошлые моменты — такого рода, что слѣдуетъ предположить, что они были неизвѣстны должнику, — то „абстрактный" характеръ обязательства, очевидно, не можетъ быть парализованъ должникомъ доказательствомъ существованія договора признанія, и въ этомъ случаѣ — абстрактный обязательственный договоръ налицо.

Глава V.

Критика господствующихъ теорій „абстрактныхъ обязательствъ".

§ 45. Защищаемая нами теорія „абстрактныхъ обязательствъ" рѣзко отличается отъ теорій, господствующихъ въ нѣмецкой юридической литературѣ, тѣмъ разграниченіемъ, которое мы дѣлаемъ между „договоромъ признанія" въ собственномъ смыслѣ этого слова — и „абстрактнымъ договорнымъ обязательствомъ". Не слѣдуетъ смѣшивать эти два понятія, — по нашему мнѣнію, въ подобномъ смѣшеніи лежитъ корень всѣхъ тѣхъ ошибокъ, въ которыя впадаютъ господствующія теоріи „абстрактныхъ обязательствъ".

Основаніемъ къ такому отождествленію этихъ двухъ совершенно различныхъ понятій является, прежде всего, обстоятельство слѣдующаго рода: писатели постоянно имѣютъ

въ виду случаи заключенія новаго обязательства, совершенно независимаго отъ какого-либо прежняго договора, придавая этому новому обязательству юридическое дѣйствіе безъ необходимости для вѣрителя указывать наличность каузальнаго момента; а, между тѣмъ, они говорятъ, въ этихъ случаяхъ, о „договорѣ признанія", тогда какъ послѣдній относится всегда къ существующему договорному обязательству, такъ какъ безъ этого послѣдняго ни о какомъ договорѣ признанія, очевидно, не можетъ быть и рѣчи: признавать можно только тѣ правоотношенія, которыя уже существуютъ, а иначе — не будетъ необходимаго объекта для „признанія". Затѣмъ, весьма виновнымъ въ подобной путаницѣ понятій является чрезвычайно распространенный въ современномъ гражданскомъ оборотѣ институтъ такъ наз. „Abrechnung". При этомъ послѣднемъ, какъ мы въ своемъ мѣстѣ показали, абстрактное обязательство заключается, дѣйствительно, въ расчетѣ на существующій договоръ, (или, правильнѣе, на цѣлый рядъ такихъ договоровъ), — но, все-таки, цѣлью новаго договора является установленіе такого результата, осуществленіе котораго имѣетъ независимый характеръ отъ прежнихъ договорныхъ отношеній, изъ которыхъ этотъ результатъ выведенъ. Вотъ почему при „Abrechnung" и имѣетъ мѣсто, съ правильной точки зрѣнія, не договоръ признанія, а абстрактное обязательство.

Договоръ признанія, повторяемъ, получаетъ юридическую силу только въ связи съ тѣмъ правоотношеніемъ, которое „признается", и, безъ наличности такого правоотношенія, лишенъ своего необходимаго содержанія. Между тѣмъ, о какой-либо „абстракціи" отъ каузальнаго момента — при договорѣ признанія нѣтъ даже и рѣчи. Правда, causa obligationis выступаетъ, въ этомъ случаѣ, какъ это было развито нами выше, съ нѣсколько своеобразнымъ характеромъ, но она, тѣмъ не менѣе, существуетъ.

Отсюда ясно, что нельзя, безъ дальнѣйшихъ разговоровъ, распространять правила, выработанныя для договора признанія, на абстрактныя обязательства, какъ это часто дѣлается въ изложенныхъ нами выше теоріяхъ. Такъ, между прочимъ, требуютъ для абстрактнаго договора, какъ condicio sine qua non для его дѣйствительности, — чтобы онъ относился непремѣнно къ существующему правоотношенію, —

тогда какъ несомнѣнно, что „абстракція“ является мыслимою также по отношенію къ будущему моменту.

Примѣромъ того, до чего можетъ довести на практикѣ отсутствіе яснаго представленія о различіи договора признанія и абстрактнаго договорнаго обязательства, служитъ теорія Бэра, который въ одномъ случаѣ (стр. 267) допускаетъ дѣйствіе exceptio non adimpleti contractus противъ иска, вытекающаго изъ договора „настоящаго“ признанія, имѣя, очевидно, въ виду, что признаніе должно относиться къ уже существующему правоотношенію; а въ другомъ случаѣ, совершенно аналогичномъ съ первымъ (стр. 281) — не считаетъ возможнымъ примѣненіе такой эксцепціи, забывъ о выставленномъ имъ сначала правилѣ и принявъ во вниманіе исключительно абстрактную природу отношенія, для которой, какъ мы уже сказали, вовсе не является необходимымъ условіемъ наличность извѣстнаго существующаго обязательства, къ которому относилась-бы „абстракція“.

Отсутствіемъ яснаго сознанія указаннаго различія страдаетъ также теорія Брунса. Его „Beweiskontrakt“ который выставляется взамѣнъ Бэровскаго „настоящаго признанія“, также расчитанъ на уже существующее правоотношеніе, а, между тѣмъ, этотъ „Beweiskontrakt“, по Брунсу, предназначенъ отправлять функцію абстрактнаго обязательства.

Споръ, господствующій, и по сіе время въ обширной литературѣ нашего предмета, — нужна-ли для абстрактнаго обязательства непремѣнно письменная форма, или напротивъ, оно можетъ, съ одинаковымъ удобствомъ, быть заключаемо и въ устной формѣ, — объясняется, опять-таки, отсутствіемъ точнаго разграниченія области договора признанія отъ области абстрактныхъ обязательствъ. При договорѣ признанія, очевидно, нельзя привести никакого вѣскаго довода въ пользу необходимости его письменнаго совершенія. Не то — при абстрактномъ обязательствѣ. Въ самомъ дѣлѣ, выставляемая при этомъ послѣднемъ презумпція въ пользу приданія праву требованія вѣрителя самостоятельнаго, по отношенію къ каузальному моменту, характера, можетъ имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда обязательство даетъ къ этому поводъ по своему характеру и формѣ, какъ мы объ этомъ подробно говорили. Вотъ почему, имѣя въ виду, именно, абстрактное договорное обязательство, Бэръ прежде считалъ необходимою для своего „настоящаго признанія“ — письменную

форму [1]), а потомъ [2]) допустилъ возможность примѣненія и устной формы. Очевидно, виною такой непослѣдовательности является, опять-таки, смѣшеніе договора признанія съ абстрактнымъ обязательствомъ.

Чтобы избѣгнуть этой постоянной ошибки, — мы выставили выше слѣдующія три категоріи понятій, которыя должны быть строго различаемы другъ отъ друга:

1) абстрактное договорное обязательство,

2) договоръ признанія (юридическое признаніе),

3) договоръ признанія (фактическое признаніе).

При правоотношеніи, которое слѣдуетъ причислить къ первой изъ этихъ трехъ категорій, — „абстракція" обязательства отъ каузальнаго момента составляетъ только чисто „формально-процессуальное" явленіе, а именно, истецъ обосновывая свой искъ, не долженъ дѣлать какихъ-бы то ни было указаній по вопросу о наличности каузальнаго момента. Чтобы подобное явленіе имѣло мѣсто на самомъ дѣлѣ, необходима презумпція, что стороны, именно, хотѣли придать праву требованія вѣрителя такой независимый отъ изъясненія causa obligationis характеръ, а для подобной презумпціи, въ свою очередь, необходимо, чтобы былъ на лицо цѣлый рядъ условій, о которыхъ мы говорили въ § 42.

Такимъ образомъ, сущность абстрактныхъ обязательствъ заключается только въ возможности для вѣрителя осуществлять исковымъ порядкомъ принадлежащее ему право требованія, не дѣлая никакихъ указаній относительно causa obligationis. Но этимъ все и ограничивается. Какъ скоро самъ должникъ дастъ достаточныя указанія на этотъ счетъ, дѣло складывается совершенно такъ-же, какъ при „матеріальномъ обязательствѣ". Въ этомъ случаѣ можетъ возникнуть только вопросъ слѣдующаго рода: нельзя-ли, при подобномъ положеніи вещей, разсматривать обязательство въ качествѣ договора признанія, относительно изъясненнаго должникомъ каузальнаго момента? Абстрактный характеръ обязательства не даетъ и не можетъ дать, съ этой точки зрѣнія, ни-

---

1) Такъ еще въ Kritische Vierteljahrschrift. Томъ 30 1888 Стр 406: „weil nur in dieser Form sich klar erkennbar macht, dass man ein selbstständiges, von seiner causa unabhängiges Zahlungsversprechen hat ertheilen wollen".

2) См. его статью въ Arch. f. bürgerliches Recht. II. 1889. Стр. 106

какого отвѣта; здѣсь должны быть примѣнены изложенныя мною въ своемъ мѣстѣ общія правила о необходимыхъ условіяхъ договора признанія, эти правила выяснятъ вполнѣ настоящую природу обязательства: выступаетъ-ли оно въ качествѣ того частнаго случая матеріальныхъ договоровъ, который носитъ названіе „договора признанія“, или въ качествѣ одного изъ другихъ матеріальныхъ договоровъ?

§ 46. Когда какое-либо договорное обязательство будетъ признано, на основаніи этихъ правилъ, договоромъ признанія, — возникаетъ дальнѣйшій вопросъ, — слѣдуетъ-ли его отнести ко второй или къ третьей изъ выставленныхъ нами выше категорій, т. е., видѣть-ли въ немъ „юридическое“ или „фактическое“ признаніе? Этотъ вопросъ иногда не допускаетъ, относительно договорнаго обязательства въ его цѣломъ, одинаковаго отвѣта. Отношеніе можетъ сложиться такимъ образомъ, что тотъ-же самый договоръ признанія можетъ, касательно одного изъ моментовъ признаваемаго правоотношенія, носить характеръ „юридическаго“, а касательно другого изъ этихъ моментовъ — характеръ „фактическаго“ признанія.

Что касается до различія обоихъ видовъ договора признанія, — то, по этому поводу, обыкновенно говорятъ, что для оспариванія „юридическаго“ признанія — необходимо доказательство должникомъ своей ошибки, и, притомъ, эта ошибка должна непремѣнно быть извинительною, — тогда какъ при „фактическомъ“ признаніи этого не требуется. Подобныя требованія, по нашему мнѣнію, являются неправильными Мы думаемъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется „юридическое признаніе“, по вопросу о неправильныхъ или неисполнившихся предположеніяхъ стороны, должны быть примѣняемы общія правила, подробно развитыя нами въ началѣ этого труда. Если, совершая договоръ признанія относительно существующаго правоотношенія, одинъ изъ контрагентовъ исходитъ изъ предположенія какого-либо будущаго событія, то, само собою понятно, что, хотя-бы такимъ контрагентомъ былъ должникъ, — не можетъ быть и рѣчи объ его ошибкѣ на этотъ счетъ, такъ какъ будущее событіе можетъ представляться, въ моментъ заключенія договора, совершенно неизвѣстнымъ, и, вступая въ сдѣлку, должникъ принимаетъ на себя болѣе или менѣе значительный рискъ по поводу ненаступленія этого событія. Вотъ почему явля-

ется совершенно несправедливымъ, какъ это дѣлаетъ господствующая теорія, открывать ему въ такомъ случаѣ дорогу еще къ оспариванію договора доказательствомъ своей ошибки относительнаго исполненія ожидаемаго имъ факта. Конечно, при обратномъ положеніи дѣла, т. е., если должникъ исходилъ изъ предположенія какихъ-либо прошлыхъ фактовъ, — его ошибка, дѣйствительно, должна давать ему возможность оспаривать на этомъ основаніи договоръ признанія. Для доказательства подобной ошибки чрезвычайно важно выяснить, имѣлъ-ли должникъ точныя свѣдѣнія относительно того прошлаго событія, мнимое существованіе котораго послужило стимуломъ къ заключенію сдѣлки; но отсюда еще далеко до того вывода, который обыкновенно дѣлаютъ, а именно, что на немъ лежитъ тяжесть доказательства, — что онъ не имѣлъ, по интересующему насъ вопросу, никакихъ точныхъ свѣдѣній Кто, въ этомъ отношеніи, долженъ на самомъ дѣлѣ нести onus probandi, — вѣритель или должникъ, — зависитъ, какъ и при всякомъ иномъ договорѣ, отъ того, въ чью пользу выведетъ презумпцію самъ судъ — на основаніи тщательнаго разсмотрѣнія индивидуальныхъ обстоятельствъ конкретнаго случая Что-же касается до „извинительности“ ошибки, — то это обстоятельство не имѣетъ, по нашему мнѣнію, никакого значенія въ дѣлѣ оспариванія юридическаго признанія. Съ одной стороны, можно легко представить себѣ случаи, когда даже извинительная ошибка должника не дастъ ему права оспаривать договоръ признанія; съ другой стороны, иногда даже вовсе и не нужно констатировать подобный характеръ заблужденія, чтобы достигнуть желаемой цѣли. Все дѣло заключается, какъ и при другихъ договорныхъ обязательствахъ, въ самомъ внимательномъ изслѣдованіи содержанія и характера договора признанія, — а именно, въ изслѣдованіи обязанностей, которыя принимаетъ на себя вѣритель въ качествѣ эквивалента, и только тогда можно рѣшить, на какую изъ сторонъ слѣдуетъ возложить рискъ за ошибку должника и съ какими ограниченіями надо это сдѣлать

Къ изложенному слѣдуетъ прибавить, что нельзя согласиться со взглядомъ Бэра, Унгера и многихъ другихъ писателей по нашему вопросу, что юридическое признаніе слѣдуетъ поставить наравнѣ съ настоящею уплатою. Существуетъ коренное различіе между уплатою и договоромъ признанія, которое заключается, именно, въ томъ, что, тогда

какъ уплата обыкновенно производится лишь послѣ того, какъ плательщикъ увидѣлъ всѣ свои предположенія исполненными, — договоръ признанія очень часто имѣетъ мѣсто и тогда, когда многія изъ предположеній обязанной стороны находятся еще in suspenso и должны подлежать позднѣйшему разрѣшенію. Изъ этого различія вытекаютъ весьма важныя практическія послѣдствія Только въ тѣхъ случаяхъ, когда можно прямо доказать, что юридическое признаніе исполняло функцію настоящей уплаты, т. е., было предпринято при такихъ условіяхъ, когда могла-бы съ успѣхомъ совершиться эта послѣдняя, — до извѣстной степени, находятъ себѣ примѣненіе тѣ правила, которыя выработаны относительно condictio indebiti soluti.

§ 47. Въ заключеніе, скажемъ нѣсколько словъ насчетъ того спора, который идетъ между писателями, относительно значенія письменнаго долгового документа На нашъ взглядъ, обѣ крайнія точки зрѣнія по этому поводу — являются неправильными. По одному мнѣнію, въ долговомъ документѣ слѣдуетъ видѣть постоянно абстрактный договоръ, а по другому, наоборотъ, здѣсь имѣется только средство доказательства Въ первую крайность впадаетъ Бэръ, а относительно „общаго изъявленія долга“ также и Унгеръ. Киндель, отчасти Брунсъ и Шлоссманъ, могутъ служить представителями противоположной крайности. Съ правильной точки зрѣнія, здѣсь нельзя выставить никакого общаго правила, а все зависитъ отъ разсмотрѣнія индивидуальныхъ особенностей отдѣльныхъ случаевъ При такомъ положеніи дѣла, когда изъ ближайшихъ обстоятельствъ вытекаетъ, что документъ удовлетворяетъ выставленнымъ нами требованіямъ относительно абстрактныхъ обязательствъ, — слѣдуетъ, конечно, признать, что взглядъ Кинделя является неправильнымъ. Вѣдь, самъ Киндель утверждаетъ (тезисъ 2), что, при формальномъ обязательствѣ (стипуляція, вексель), тяжесть доказательства относительно каузальнаго момента — переносится съ плечъ вѣрителя на должника. Правда, онъ дѣлаетъ тотчасъ оговорку, что въ этомъ не заключается никакой „абстракціи“ отъ causa obligationis, но, само собою ясно, что онъ впадаетъ здѣсь въ contradictio in adiecto. Съ другой стороны, нѣтъ никакого основанія ограничивать область абстрактныхъ договорныхъ обязательствъ только векселемъ въ современномъ — и стипуляціею — въ римскомъ гражданскомъ

правѣ Въ извѣстныхъ случаяхъ, и при другихъ долговыхъ документахъ, если ихъ содержаніе удовлетворяетъ изложеннымъ нами условіямъ, — съ неменьшимъ основаніемъ, чѣмъ при стипуляціи и при векселѣ, можно говорить объ абстрактномъ обязательствѣ.

Между тѣмъ, тамъ, гдѣ подобныхъ условій для существованія этого послѣдняго нѣтъ, — нельзя не согласиться съ Кинделемъ, что долговой документъ является выраженіемъ обыкновеннаго матеріальнаго договора, т. е., вызываетъ юридическія послѣдствія только подъ условіемъ изъясненія вѣрителемъ наличности каузальнаго момента при обязательствѣ.

Остается еще разсматривать тотъ случай, когда долговой документъ выставленъ въ подтвержденіе уже существующаго договорнаго обязательства. Видѣть-ли здѣсь „юридическое“ или только „фактическое“ признаніе? По моему мнѣнію, господствующія въ литературѣ предмета теоріи впадаютъ, при отвѣтѣ на этотъ вопросъ, въ слѣдующую постоянно дѣлаемую ошибку: онѣ совершенно упускаютъ изъ виду, что очень часто бываетъ, что документъ — по отношенію къ одному моменту признаваемаго правоотношенія — можетъ носить характеръ только средства доказательства („фактическое“ признаніе), а по отношенію къ другому моменту — пріобрѣсти значеніе „связывающаго“ должника акта („юридическое“ признаніе). Правильный результатъ, очевидно, можно получить, только принимая во вниманіе это обстоятельство и подвергая всякій разъ точной оцѣнкѣ все разнообразіе индивидуальныхъ особенностей каждаго конкретнаго случая. Вотъ почему, между прочимъ, нельзя согласиться съ утвержденіемъ Бэра, дѣлаемымъ имъ на стр 258 своего труда, что „ein Beweissmittel fur die Schuld wollen, heisst die Schuld wollen“.

Это, дѣйствительно, было-бы такъ, если-бы долговой документъ хотѣлъ — связывающимъ должника образомъ — разрѣшить всѣ могущія возникнуть на практикѣ сомнѣнія касательно признаваемаго правоотношенія. Но, когда документъ имѣетъ въ виду, по своему-ли непосредственному содержанію, или на основаніи ближайшихъ обстоятельствъ дѣла, только отдѣльные моменты прежняго долгового обязательства, — само собою понятно, что подобный выводъ не можетъ быть

сдѣланъ, и, въ этомъ случаѣ, „желать средства доказательства“ еще не значитъ „желать самаго долга“, какъ это изображается Бэромъ и его послѣдователями.

Отдѣлъ III.

Абстрактныя обязательства. Делегація.

Глава I.

Делегація въ римскомъ правѣ.

§ 48. До сихъ поръ мы постоянно предполагали, что causa коренится въ экономическомъ отношеніи между самими договаривающимися сторонами. Но можетъ быть также нѣсколько иное положеніе дѣла. Весьма часто случается, что во взаимныхъ отношеніяхъ между сторонами нѣтъ ничего такого, что удовлетворяло-бы общимъ требованіямъ по поводу каузальнаго момента, и, тѣмъ не менѣе, causa существуетъ, только она лежитъ въ экономическомъ отношеніи одной или обѣихъ сторонъ къ третьему лицу. Главный относящійся сюда случай представляетъ делегація [1])

Въ согласіи съ точнымъ словоупотребленіемъ источниковъ, слово „delegatio“ употребляется здѣсь въ широкомъ смыслѣ, охватывая каждое принятіе на себя долга за другое лицо, по приказу третьяго лица, — которое, т. е., принятіе долга, къ тому-же, облечено въ стипуляціонную форму [2]).

Наиболѣе часто имѣетъ мѣсто случай, когда или delegatus является должникомъ delegans'a [3]), или delegans — долж-

---

1) См. Thöl: Handelsrecht §§ 333—337, 6 изд Стр. 1094 сл., v. Salpius: Novation und Delegation nach romischem Recht. Berlin. 1864. Стр. 1—130, Danz: Die Forderungsuberweisung, Schulduberweisung etc. 1886, см. также его статьи въ Jahrb f Dogm. Томъ 19 Стр. 69—130, и въ Arch. f. d civ Praxis Томъ 74 Стр 240—298, Paul Gide: Etudes sur la novation etc Paris. 1879, особенно стр. 379—480, Leonhard. въ Zeitschrift f Handelsrecht Томъ 26. Стр 25—44, v. Blume: Novation, Delegation und Schuldubertragung 1895, Bahr l c. стр. 27—28 (19—20), 170 (125), Kindel. Das Rechtsgeschaft und sein Rechtsgrund Berlin. 1892 Стр 44—62

2) Напр., Thol, v. Salpius, Windscheid.

3) l. 12, l. 17 D 46, 2, l. 18 D 46, 1

никомъ delegatarius'a [1]) или, наконецъ, въ одно время, delegans — должникомъ delegatarius'a, а delegatus — должникомъ delegans'a [2]). Однако, вовсе нѣтъ никакого основанія разсматривать эти случаи какъ единственно возможные, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели [3]). Представимъ себѣ, напр., что делегатъ, вовсе не состоя должникомъ делеганта, хочетъ дать ему взаймы [4]), или оказать ему дареніе [5]), или установить въ его пользу приданое [6]). Точно также очень часто бываетъ, что delegans не является должникомъ delegatarius'a, но желаетъ оказать ему кредитъ [7]), одарить его [8]), установить приданое [9]), совершить donatio mortis causa [10]), вызвать intercessio [11]), или-же хочетъ предпринять делегацію, какъ членъ безыменнаго контракта [12]).

Далѣе, предположимъ такую комбинацію, когда ни делегатъ не состоитъ должникомъ делеганта, ни этотъ послѣдній не является должникомъ делегатарія [13]), — но цѣль юридической сдѣлки заключается въ чемъ-либо иномъ, напр., въ томъ, чтобы вызвать дареніе [14]) со стороны делеганта въ пользу делегатарія, — или-же, напр., такая цѣль заключается въ томъ, чтобы обусловить установленіе приданнаго делегантомъ для делегатарія и дареніе между делегатомъ и делегантомъ.

Въ полномъ согласіи съ тѣмъ значеніемъ, которое придается слову „causa“ въ этимъ изслѣдованіи, мы принимаемъ выставленное Thöl'емъ и v. Salpius'омъ понятіе „Kreditanweisung“. Этотъ терминъ, въ примѣненіи къ делегаціи,

---

1) l. 11 pr. l 12, l. 13 D. 46, 2, l. 33 § 3 D 39, 6.
2) l. 68 § 1 D 21, 2, l 3 C. 8, 42
3) Такъ Danz Въ пользу широкаго значенія Thol, v. Salpius, Gide, Leonhard, Windscheid Pandektenrecht II. § 353 стр 313 примѣч 9
4) l. 19 § 3 D 14, 3
5) l. 21 pr, l. 33 § 3 i. f. D. 39, 5, l. 33 D 46, 2.
6) l 59 pr. D. 23, 3.
7) l. 32 D 12, 1.
8) l 21 § 1 D 39, 5
9) l 36, l. 37, l. 78 § 5 D 23, 3, l 4 § 21 D 44, 4, l 9 § 1 D 12, 4
10) l. 18 § 1 D. 39, 6.
11) l. 8 § 5 D 16, 1
12) l. 27 § 2 D. 16, 1.
13) l. 2 § 2, l. 33 § 3 D 39, 5,
14) l 41 pr D. 42, 1

означаетъ всякое принятіе на себя делегатомъ кокой-либо обязанности въ пользу делегатарія Напротивъ, непосредственная уплата однимъ лицомъ другому, — которая не составляетъ исполненія принятой на себя напередъ обязанности, — подъ понятіе делегаціи не подходитъ.

Делегація предполагаетъ необходимое участіе въ юридическомъ актѣ трехъ лицъ. Такимъ образомъ, при ней рѣчь идетъ о трехъ экономическихъ отношеніяхъ: во 1-хъ, между делегатомъ и делегантомъ — (по Тѐлю — „отношеніе покрытія"), — во 2-хъ, между делегантомъ и делегатаріемъ — („отношеніе валюты"), — въ 3-хъ, между делегатомъ и делегатаріемъ. Сущность дѣла при делегаціи, именно, въ томъ и заключается, что, тогда какъ обѣщаніе дается должникомъ въ пользу одного лица, — каузальный моментъ покоится въ его отношеніи къ другому лицу. Это, въ свою очередь, вызываетъ то послѣдствіе, что является возможность освободить осуществленіе делегатаріемъ — принадлежащаго ему права требованія противъ делегата — отъ необходимости указанія каузальнаго момента и реализаціи этого момента, такъ какъ эти обстоятельства, по общему правилу, должны представляться ему мало извѣстными. Если эта возможность, на самомъ дѣлѣ, имѣетъ мѣсто, т е, если стороны захотѣли придать делегаціи подобный „абстрактный" характеръ, то это еще не означаетъ, чтобы каузальный моментъ при делегаціи не игралъ ровно никакой роли; такъ какъ нельзя признать „абстрактнымъ" въ этомъ смыслѣ ни одного договорнаго обязательства. Отсутствіе causa obligationis при такой „чистой" делегаціи не даетъ должнику (делегату) права оспаривать искъ вѣрителя (делегатарія), но этотъ должникъ, при такомъ положеніи дѣла, можетъ всегда обратиться съ регрессомъ къ тому постороннему лицу (делеганту), „приказомъ" котораго былъ вызванъ делегаціонный актъ, — въ цѣляхъ возмѣщенія причиненныхъ ему (делегату), вслѣдствіе осужданія по иску делегатарія, убытковъ. Если-же стороны почему-либо не захотѣли воспользоваться такою возможностью сдѣлать делегацію — „абстрактнымъ обязательствомъ" въ указанномъ мною смыслѣ этого слова — и если онѣ, напротивъ, прямо поставили осуществленіе делегаціи въ зависимость отъ каузальнаго момента, — то имѣетъ мѣсто такъ наз. „титулированная делегація". Обратимся сначала къ разсмотрѣнію случаевъ этой „титулированной делегаціи",

актъ, по самому своему содержанію, поставленъ въ зависимость отъ каузальнаго момента (A), а затѣмъ уже перейдемъ къ случаямъ „чистой делегаціи", когда ея содержаніе представляется, съ этой точки зрѣнія, безразличнымъ (B).

A. Прежде всего, делегатъ можетъ сдѣлать свое, обѣщаніе зависимымъ отъ дѣйствительности того обязательства, въ которомъ онъ состоитъ должникомъ по отношенію къ делеганту. Тогда — на лицо такъ наз. „активное преемство[1])", т. е., наступаетъ перемѣна въ лицѣ вѣрителя, такъ какъ на мѣсто первоначальнаго вѣрителя вступаетъ новый кредиторъ (делегатарій). Этотъ новый кредиторъ не пріобрѣтаетъ при титулированной делегаціи бо́льшаго права противъ должника, чѣмъ имѣлъ первоначальный вѣритель, чему примѣромъ могутъ служить l 27 D. 46, 2, l. 37 § 4 D. 38, 1, l. 32 D. 24, 3.

Только при наличности нѣкоторыхъ особенныхъ обстоятельствъ, можно сказать, что делегатъ совершилъ въ пользу делегатарія „юридическое признаніе". Это бываетъ въ томъ случаѣ, когда делегатъ зналъ, что ему принадлежитъ несомнѣнное и ясное право сдѣлать какое-либо возраженіе противъ иска первоначальнаго вѣрителя, но, несмотря на это, предпринялъ делегаціонный актъ, который, такимъ образомъ, представляетъ собою отказъ осуществить возраженіе противъ новаго вѣрителя Въ пользу того, что такой отказъ, дѣйствительно, налицо при делегаціи подобнаго рода, — говоритъ уже одно то обстоятельство, что иначе нельзя придумать никакого разумнаго объясненія для умолчанія о правѣ на возраженіе при совершеніи делегаціоннаго акта. Помимо этого случая, нельзя, вмѣстѣ съ Бэромъ[2]), видѣть въ „активной делегаціи" непремѣнно юридическое признаніе и не допускать делегата противопоставлять иску делегатарія возраженія, вытекающія изъ недостатковъ „отношенія покрытія", заставляя его, т. е., делегата, при наличности подобныхъ дефектовъ, ограничиваться только тѣмъ регрессивнымъ искомъ — о возмѣщеніи причиненныхъ убытковъ, — который принадлежитъ ему противъ делеганта[3]). Укажемъ на l. 37 § 4 D. 38, 1, l. 32 D. 24, 3, свидѣтельствующія прямо въ противоположномъ Бэру направленіи.

---

1) v. Salpius l. c. стр. 126

2) l c 196–197.

3) Danz l c. стр. 45 сл, Gide l. c стр. 251 сл.

Кромѣ того само содержаніе делегаціоннаго акта можетъ заключать въ себѣ указаніе на то, что делегатъ долженъ исполнить въ пользу делегатарія ту-же обязанность, которая прежде лежала на делегантѣ. Въ этомъ случаѣ, делегація принимаетъ характеръ „пассивнаго преемства[1])“, l. 75 § 6, l. 122 § 4 D. 45, 1 и l. 36, l 37 D 23. 3

Таковы — два случая такъ наз. „титулированной делегаціи“. Вопросъ о томъ, когда она имѣетъ мѣсто и при какихъ условіяхъ она можетъ быть допущена, а при какихъ — нѣтъ, — возбуждаетъ на практикѣ не мало сомнѣній. Нѣкоторые писатели, какъ, напр., v. Salpius, полагаютъ, что, опираясь на l. 8 § 2 D 16, 1 и l. 37 § 4 D 38, 1, можно выставить, пока не будетъ доказано противное, презумпцію общаго характера противъ существованія въ каждомъ конкретномъ случаѣ такой зависимости делегаціи отъ каузальнаго момента, какую мы видимъ при титулированной делегаціи. Эти мѣста, повидимому, даютъ понять, что слово „delegare“, само-по-себѣ, когда оно стоитъ безъ какой-либо внѣшней прибавки въ противоположномъ смыслѣ, — обозначаетъ „reine Delegationsversprechen“, такъ что должны быть налицо совершенно особенныя обстоятельства, чтобы можно было допустить „титулированную делегацію[2])“. Однако, ближайшее разсмотрѣніе этихъ двухъ мѣстъ покажетъ, что такое ихъ толкованіе не имѣетъ за себя достаточныхъ основаній.

L. 8 § 2 D. 16, 1 (Ulpianus) имѣетъ въ виду тотъ случай, когда „mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem eius“. Юристъ дѣлаетъ различіе между двумя комбинаціями фактовъ, а именно, или „hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur et onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat“, или же, „quasi debitrix scilicet ut, si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio“.

Въ первомъ случаѣ, имѣются двѣ интерцессіи, которыя обѣ, по sc. Vellejanum, недѣйствительны; а во второмъ — exceptio sc. Vellejani противъ новаго вѣрителя не примѣняется. Послѣдній случай разсматривается v Salpius'омъ, какъ „чистая делегація“, тогда какъ первый объявляется имъ за „deutliche Umschreibung des Successionsaktes“.

---

1) v Salpius l c стр. 126

2) l c стр 127 сл.

Съ подобнымъ толкованіемъ разбираемаго фрагмента едва-ли можно согласиться Дѣло въ томъ, что выраженіе „quasi debitrix“ надо понимать вовсе не въ томъ смыслѣ, что этимъ обозначено отсутствіе какой-либо связи между первоначальнымъ и новымъ обязательствомъ должника, но здѣсь имѣется въ виду только противоположность между тѣмъ случаемъ, когда женщина заключаетъ делегацію въ своемъ интересѣ — („quasi debitrix“) — съ цѣлью освободить себя отъ мнимо — существующаго долга (1 случай) — и тѣмъ случаемъ, когда она это дѣлаетъ въ чужомъ интересѣ (2 случай). Запрещеніе sc Vellejanum получаетъ дѣйствіе только въ этомъ послѣднемъ, — но никакъ не въ первомъ случаѣ. Такъ просто объясняется этотъ фрагментъ. Между тѣмъ, v. Salpius предполагаетъ, что во второмъ случаѣ слѣдуетъ видѣть — „титулированную делегацію“, а въ первомъ — „чистую делегацію“. Это — неправильно. Обѣщаніе делегаціи въ первомъ случаѣ — („quasi debitrix“) можетъ быть и не „чистымъ“, напр., если „mulier delegata“ ставитъ дѣйствительность этого обѣщанія въ зависимость отъ того, что она должна делеганту. Sc. Vellejanum здѣсь, все-таки, не примѣняется, такъ какъ она дѣйствуетъ въ своемъ интересѣ. Напротивъ, также и здѣсь, sc. Vellejanum можетъ найти себѣ примѣненіе, если женщина — делегатъ даетъ обѣщаніе бо́льшее по объему, нежели предыдущее, или совершаетъ делегацію на тотъ случай, если предыдущее обязательство окажется недѣйствительнымъ, такъ какъ, при такомъ положеніи дѣла, mulier дѣйствуетъ уже въ чужомъ интересѣ.

Что касается до другого приводимаго нашимъ писателемъ фрагмента, — то, конечно, нельзя отрицать, что здѣсь, дѣйствительно, идетъ дѣло о противоположеніи между чистою и титулированною делегацією, а равнымъ образомъ, здѣсь, на самомъ дѣлѣ, содержится указаніе на то, что титулированная делегація въ каждомъ случаѣ должна быть строго доказанною содержаніемъ самаго делегаціоннаго акта, но не надо забывать того, что здѣсь, все время, имѣется въ виду делегація, какъ активное преемство. Въ самомъ дѣлѣ, весьма естественно не ставить, въ видѣ общаго правила, такую делегацію, — имѣющую для делегатарія значеніе „уплаты“ по первоначальному долгу, — въ зависимость отъ „отношенія покрытія“, которое является для делегатарія, — по крайней мѣрѣ, въ большинствѣ случаевъ, — мало извѣ-

стнымъ Напротивъ, источники молчатъ и не содержатъ никакого отвѣта на занимающій насъ вопросъ — при такой делегаціи, которая выступаетъ въ видѣ пассивнаго преемства. Вотъ почему и нельзя сказать, чтобы выставленная v. Salpius'омъ презумпція въ пользу „чистой делегаціи“ — находила себѣ оправданіе и была строго основана на свидѣтельствѣ источниковъ

§ 49. B. Мы приступаемъ теперь къ разсмотрѣнію тѣхъ случаевъ, когда само содержаніе акта делегаціи не можетъ служить доказательствомъ въ пользу ея зависимости отъ „отношенія валюты“, или отъ „отношенія покрытія“.

a. Представимъ себѣ, что causa заключается какъ съ той, такъ и съ другой стороны во мнимо существующемъ долговомъ отношеніи между участниками делегаціи. Делегатъ, по l. 7 § 1 D. 44, 4, можетъ, при такомъ положеніи дѣла, оспаривать сдѣланное имъ обѣщаніе делегаціи посредствомъ exceptio противъ иска делегатарія. Родственный случай разсматривается въ l. 5 § 5 i. f. D. 44, 4. Жена, посредствомъ dolus, побуждаетъ постороннее лицо дать мужу за нее приданое. Затѣмъ, бракъ расторгнутъ по какой-либо причинѣ. Отношенія между делегатомъ и делегантомъ, а равно — между этимъ послѣднимъ и делегатаріемъ, являются недѣйствительными: въ первомъ случаѣ — вслѣдствіе dolus, во второмъ — вслѣдствіе прекращенія брака. Делегація также объявляется недѣйствительной Тоже самое проводится въ l 9 § 1 i. f. D. 12, 4: если кто-либо, неправильно считая себя должникомъ „mulier“, обѣщаетъ въ пользу ея „sponsus“ приданое, — искъ мужа, имѣющій своимъ предметомъ полученіе этого приданаго, можетъ быть парализованъ, въ случаѣ прекращенія брака, посредствомъ exceptio.

b. Когда только одно „отношеніе покрытія“ страдаетъ недостатками, — то римское право придерживается того правила, что это обстоятельство не оказываетъ никакого вліянія на дѣйствительность делегаціи. Весьма многія мѣста источниковъ говорятъ, что должникъ, который могъ защищаться противъ своего первоначальнаго вѣрителя (делеганта) — эксцепціями, — не можетъ этого дѣлать по отношенію къ новому вѣрителю (делегатарію). Приведемъ для примѣра l. 19 D. 46, 2. Въ этомъ фрагментѣ центръ тяжести полагается на то обстоятельство, что делегатарій не знаетъ ближайшаго характера отношенія между делегатомъ и делегантомъ. Другимъ

примѣромъ могутъ служить — l. 12, l. 13 D 46, 2. Въ этихъ фрагментахъ искъ делегатарія не можетъ быть парализованъ эксцепціями вслѣдствіе недостатковъ „отношенія покрытія", „quia ille (scilecet delegatarius) suum recipit". Еще примѣръ: l. 66 D 46, 3 Въ этомъ фрагментѣ про делегата въ подобномъ случаѣ говорится, что онъ „nec creditori (condicere potest), cum quo alterius iussu contraxit".

Такое-же рѣшеніе дается въ l. 9 § 1 D. 12, 4, гдѣ делегатаріемъ является мужъ, которому обѣщана посредствомъ делегаціи „indebita pecunia" въ качествѣ приданаго („maritus enim suum negotium gerit et nihil dolo facit nec decipiendus est: quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere").

См. также, напр, l. 46 § 2, l. 78 § 5 D. 23, 3

На томъ-же самомъ принципѣ покоятся l. 5 § 5 D. 44, 4, l 33 D. 46, 2, l. 21 pr., l. 33 § 3 D 39, 5, l. 41 pr. D. 42, 1, гдѣ exceptio immodicae donationis или beneficium competentiae, которыя принадлежатъ делегату противъ делеганта, не даются ему противъ иска делегатарія („quoniam creditor suum petit", „debitum persequitur", „suum negotium gerit", „suum recepit"). Въ обоихъ этихъ мѣстахъ, возраженіе вольноотпущеннаго (делегата), основанное на томъ, что долгъ патрону (делеганту) заключенъ „onerandae libertatis causa", не можетъ быть осуществлено противъ новаго вѣрителя (делегатарія), „qui suum recepit", „solutionis enim vicem continet haec delegatio".

Исключенія изъ этого общаго правила, относительно такого безразличія для дѣйствительности делегаціи недостатковъ отношенія покрытія, — являются только подтвержденіемъ этого общаго правила.

1. Въ приведенныхъ нѣсколько выше фрагментахъ, beneficium competentiae, которая принадлежала делегату противъ делеганта, не можетъ быть осуществлена противъ делегатарія даже въ томъ случаѣ, когда отношеніе между делегатаріемъ и делегантомъ является дареніемъ; но мы имѣемъ также и такія мѣста источниковъ (l. 7 pr. D 44, 4 l. 2 § 3 D. 39, 5), когда въ этомъ послѣднемъ случаѣ (дареніе) должно быть принято исключеніе изъ указаннаго мною общаго правила. Это исключеніе состоитъ въ слѣдующемъ: если делегатъ, ошибочно считая себя должникомъ делеганта, совершитъ въ пользу донатарія этого послѣдняго — обѣщаніе делегаціи, — то можно парализовать проистекающій отсюда искъ посредствомъ эксцепціи.

2. Въ римскомъ правѣ существовало, какъ извѣстно, запрещеніе даренія между супругами Вотъ почему въ l 5 § 4 D. 2 1, 1 объявляется недѣйствительнымъ обѣщаніе делегаціи, которое одинъ изъ супруговъ сдѣлалъ кредитору другого супруга въ обходъ помянутаго запрещенія

3. Наконецъ, v. Salpius дѣлаетъ отсюда еще одно исключеніе. Это — случай недопущенія женщинъ къ принятію на себя обязанности посредствомъ делегаціи,— случай, основанный на sc. Vellejanum. Но, съ правильной точки зрѣнія, никакого исключенія здѣсь нѣтъ Делегація объявляется недѣйствительной не потому, что „отношеніе покрытія" страдаетъ дефектами, а благодаря тѣмъ недостаткамъ, которые касаются самого акта делегаціи, какъ такового. Въ самомъ дѣлѣ, насколько вопросъ идетъ о томъ, признавать-ли недѣйствительность делегаціи — на основаніи отношенія между delegata и delegans'омъ, — этотъ вопросъ требуетъ отрицательнаго отвѣта Делегація недѣйствительна въ разбираемомъ случаѣ только потому, что въ ней скрывается обходъ sc. Vellejanum, запрещающаго интерцессію женщинъ Весьма интересно опредѣлить, насколько эта недѣйствительность можетъ быть устранена существованіемъ долга со стороны mulier delegata въ пользу delegans'a Римское право выставляетъ слѣдующія правила по этому поводу:

α. Mulier delegata является должникомъ delegans'a, и этотъ долгъ не подлежитъ никакому сомнѣнію, l 24 pr. D. 16, 1, c. 2 C. 4, 29. При такомъ положеніи дѣла, какъ это вытекаетъ изъ только что цитированныхъ фрагментовъ, — запрещеніе sc. Vellejanum не можетъ быть примѣнено, такъ какъ здѣсь, относительно mulier слѣдуетъ сказать, что она дѣйствовала „in rem suam", т. е, въ своемъ интересѣ, l. 2 2 D 16, 1.

β. Если-же mulier была только мнимымъ должникомъ делеганта, — рѣшенія источниковъ носятъ противорѣчивый характеръ. Тогда какъ l. 17 pr. D 16, 1 примѣняетъ въ этомъ случаѣ exceptio sc. Vellejani, — l. 2 C. 4. 5 ее исключаетъ. Но это противорѣчіе можетъ быть весьма легко примирено. Дѣло въ томъ, что постановленіе въ „кодексѣ" слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что проводимая въ немъ точка зрѣнія имѣетъ значеніе только въ томъ случаѣ, если

послѣдняя интерцессія предпринимается исключительно какъ уплата мнимаго долга, являясь для этого только случайнымъ средствомъ (слова „pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es“). Въ противоположность этому, примѣненіе sc. Vellejanum ограничивается случаями, когда или сама mulier вовсе не думаетъ, что она является должницею делеганта, но по этому поводу введенъ въ ошибку только делегатарій, — или, хотя она и не убѣждена въ томъ, что долгъ является мнимымъ, а напротивъ, считаетъ его дѣйствительнымъ, — но она совершаетъ посредствомъ обѣщанія делегаціи интерцессію за какой-либо другой долгъ.

Въ томъ спеціальномъ случаѣ, — когда недѣйствительность долгового обязательства въ пользу делеганта, въ расчетѣ на которое „mulier delegata“ совершаетъ делегацію, зависитъ отъ того обязательства, что и это обязательсто представляетъ собою интерцессію въ нарушеніе sc. Vellejanum, — мы встрѣчаемъ противорѣчіе между l. 19 D. 46, 2 и l. 8 § 2 D. 16, 1 Первое изъ цитированныхъ мѣстъ безусловно объявляетъ недѣйствительность послѣдующаго обязательства, а второе выражаетъ какъ разъ противоположную точку зрѣнія. Но, кажется, въ послѣднемъ изъ этихъ мѣстъ имѣется въ виду тотъ случай, когда mulier ложно считаетъ себя, дѣйствительно, должницею и совершаетъ делегацію не „intercessionis“, но „solutionis causa“, т. е., въ своемъ интересѣ. Примѣненіе sc. Vellejanum на этомъ основаніи и не имѣетъ здѣсь мѣста.

γ Когда, наконецъ, mulier delegata вовсе не является должникомъ, ни дѣйствительнымъ, ни мнимымъ, — то нѣтъ никакого основанія не примѣнять sc. Vellejanum.

c. Теперь представимъ себѣ, что отношеніе между делегатомъ и делегантомъ — въ порядкѣ, но страдаетъ недостатками отношеніе между этимъ послѣднимъ и делегатаріемъ. Въ этомъ случаѣ аналогичное правило, какъ подъ литерою b), гласило-бы слѣдующимъ образомъ: когда изъ содержанія самаго делегаціоннаго акта нельзя констатировать отношенія зависимости между дѣйствительностью этого акта и дѣйствительностью „отношенія валюты“, — делегація не подлежитъ оспариванію, пока „отношеніе покрытія“ будетъ представляться свободнымъ отъ недостатковъ Между тѣмъ, по-

добное общее правило трудно вывести изъ соотвѣтствующихъ рѣшеній въ источникахъ, — рѣшеній, которыя являются, въ этомъ отношеніи крайне скудными и, притомъ, слишкомъ спеціальнаго характера. Укажемъ, прежде всего, на l. 21 § 1 D. 39, 5. Въ этомъ фрагментѣ юристъ отрицаетъ для debitor delegatus доступъ къ exceptio donationis immodicae, которую противъ делегатарія имѣлъ самъ делегантъ. Затѣмъ, въ l 33 § 3 eod. подобное-же правило устанавливается касательно beneficium competentiae. Если прибавить сюда l. 1 § 11 D. 44, 5, то этимъ исчерпывается весь скудный запасъ источниковъ но интересующему насъ предмету. Въ послѣднемъ изъ цитированныхъ мѣстъ, для того лица (делегата), которое вольноотпущенный делегировалъ своему патрону (делегатарію) „onerandae libertatis causa“, — отрѣзывается возможность противопоставить возраженіе въ этомъ смыслѣ иску по делегаціи.

Съ другой стороны, мы имѣемъ неоставляющія мѣста сомнѣнію рѣшенія въ источникахъ какъ разъ въ противоположномъ направленіи. Такъ, l. 5 § 3, l. 39. D. 24, 1 объявляютъ недѣйствительнымъ обѣщаніе, данное должникомъ одного изъ супруговъ другому супругу, если это сдѣлано въ цѣляхъ обхода запрещенія даренія между супругами. Также въ l. 8 § 4, § 3 D. 6, 1 то обстоятельство, что отношеніе между делегантомъ и делегатаріемъ противорѣчитъ sc. Vellejanum, даетъ возможность оспаривать делегацію во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда делегатъ не является должникомъ делеганта, — причемъ, кажется, не дѣлается никакого различія между тѣмъ случемъ, когда онъ далъ обѣщаніе въ ошибочномъ мнѣніи, что онъ — должникъ (этотъ случай можетъ быть подведенъ подъ литеру a), такъ какъ отсутствуетъ какъ дѣйствительность „отношенія валюты“, такъ и дѣйствительность „отношенія покрытія“), и тѣмъ случаемъ, когда обѣщаніе дано делегатомъ по какой-либо другой причинѣ, напр, съ цѣлью оказать кредитъ въ пользу mulier delegans.

Глава II.

Теоріи „делегаціи“.

§ 50. Весьма многіе писатели [1]) конструируютъ делегацію, какъ „абстрактное обязательство“, — но самый терминъ „абстрактное обязательство“ возбуждаетъ, какъ мы видѣли, въ литературѣ предмета не мало споровъ.

По нашему мнѣнію, къ делегаціи должна быть примѣнена слѣдующая точка зрѣнія. Она является въ той мѣрѣ „абстрактнымъ“ договорнымъ обязательствомъ, въ какой кредиторъ освобожденъ отъ необходимости, при осуществленіи принадлежащаго ему права требованія, указывать наличность каузальнаго момента. Въ современномъ гражданскомъ правѣ могутъ имѣть мѣсто случаи обоего рода, — т е., 1) делегація можетъ быть поставлена въ зависимость отъ каузальнаго момента, 2) она можетъ быть освобождена отъ такой зависимости. Что-же касается вопроса, какъ было дѣло въ римскомъ правѣ, — то онъ вызываетъ не мало недоразумѣній, благодаря тому, сравнительно скудному, матеріалу, который содержатъ наши источники. Мы думаемъ, что отвѣта надо искать въ той стипуляціонной формѣ, въ которой заключалась делегація, — и все сказанное нами, въ своемъ мѣстѣ, относительно абстрактнаго характера стипуляціи — должно быть вполнѣ примѣнено также и къ частному случаю делегаціи, съ тѣми, конечно, добавленіями, которыя уже были сдѣланы выше и которыя коренятся въ своеобразной структурѣ каузальнаго момента при делегаціонномъ обѣщаніи.

Съ этой точки зрѣнія, делегація, дѣйствительно, можетъ быть названа въ римскомъ правѣ „абстрактнымъ обязательствомъ“. Но этимъ дѣло и органичивается. Не представляется ровно никакихъ основаній сдѣлать, какъ этого хотятъ нѣкоторые писатели, еще одинъ шагъ дальше — и объявить обязательство делегаціи стоящимъ внѣ всякой зависимости отъ causa obligationis, — другими словами, объявить полную независимость делегаціи отъ тѣхъ двухъ отношеній („отношеніе покрытія“, „отношеніе валюты“), которыя

---

1) v Salpius l. c стр. 119, Gidel c. стр 399, 420 сл., отчасти Bahr l. c стр 27—28.

ее вызвали, такъ что, по этой теоріи, она сохранила-бы дѣйствительную силу даже тогда, когда оба эти отношенія страдаютъ существенными недостатками Вся неправильность такого взгляда вытекаетъ, между тѣмъ, уже изъ нашего предшествующаго изложенія, которое показало намъ, что делегація, въ извѣстной мѣрѣ, м о ж е т ъ дѣйствовать независимо отъ обоихъ отношеній, лежащихъ въ ея основаніи, — но что, съ другой стороны, м о г у т ъ имѣть мѣсто также противоположные случаи Утверждать противное — значитъ придти въ неизбѣжную коллизію съ тѣми свидѣтельствами источниковъ, которыя говорятъ о недѣйствительности делегаціоннаго акта — не только въ случаѣ недостатковъ о б о и х ъ отношеній, но также когда о д н о и з ъ н и х ъ, или отношеніе покрытія, или отношеніе валюты страдаетъ дефектами.

§ 51. Однимъ изъ наиболѣе горячихъ противниковъ „теоріи абстракціи“ — можно назвать К и н д е л я, который, на мѣсто этой теоріи, ставитъ „теорію двойной causa“ [1]): обѣщаніе делегаціи покоится, по его мнѣнію, на двухъ causae, — отношеніи между делегатомъ и делегантомъ и отношеніи между делегантомъ и делегатаріемъ Если одна изъ этихъ causae недѣйствительна, — делегація, по Кинделю, сохраняетъ свое дѣйствіе, — такъ какъ другая causa является достаточною для ея обоснованія; но, если обѣ causae отсутствуютъ, — то отпадаетъ необходимый субстратъ для делегаціи, и она становится недѣйствительной. Киндель считаетъ свой взглядъ вполнѣ согласнымъ съ „природою делегаціи“ и съ рѣшеніями римскихъ юристовъ. Посмотримъ, насколько удалось ему доказать это на дѣлѣ. При этомъ, считаемъ необходимымъ, прежде всего, замѣтить, что, приводя фрагменты изъ источниковъ, которые должны подтвердить правильность его теоріи, — онъ имѣетъ постоянно передъ глазами только тотъ случай, когда делегація представляется развитіемъ существующихъ долговыхъ отношеній между участниками въ этомъ актѣ, и вовсе упускаетъ изъ вниманія то обстоятельство, что делегація, на самомъ дѣлѣ, имѣетъ мѣсто также во многихъ другихъ случаяхъ.

Сначала разсмотримъ, удовлетворяетъ-ли теорія Кинделя тѣмъ рѣшеніямъ римскихъ юристовъ, которыя разсматрива-

1) I с стр 55 сл

ютъ делегацію съ точки зрѣнія каузальнаго момента. При этомъ, вмѣстѣ съ нашимъ авторомъ сосредоточимъ сперва вниманіе на тѣхъ случаяхъ, когда делегація выступаетъ въ качествѣ „активнаго“ или „пассивнаго“ преемства.

a. Если оба правовыя основанія страдаютъ недостатками, делегація недѣйствительна. Въ этомъ не можетъ быть ни малѣйшаго сомнѣнія, такъ какъ свидѣтельства источниковъ, по этому поводу, какъ уже было указано, являются слишкомъ ясными

Однако, подобная точка зрѣнія имѣетъ силу только тогда, когда тотъ долгъ, по отношенію къ которому предпринята делегація, носитъ вполнѣ опредѣленный характеръ. Гдѣ-же, напротивъ, можетъ быть возбуждено, въ извѣстной мѣрѣ, сомнѣніе, по поводу настоящаго характера и объема первоначальнаго долга, — тамъ выставленное нами общее правило, очевидно, не можетъ имѣть силу. Это — потому, что делегація пріобрѣтаетъ здѣсь значеніе „уплаты“ по такимъ неяснымъ и неопредѣленнымъ отношеніямъ, — каковыми являются въ разбираемомъ случаѣ — „отношеніе валюты“ и „отношеніе покрытія“ Предположимъ, напр, что между делегатомъ и делегантомъ — съ одной стороны, и между делегантомъ и делегатаріемъ — съ другой — заключаются, времени отъ времени, различныя договорныя обязательства, которыя облечены въ форму „счета“. Допустимъ теперь, что какая-либо изъ сдѣлокъ, или даже всѣ онѣ, какъ съ той, такъ и съ другой стороны, страдаютъ существенными дефектами. Делегація, тѣмъ не менѣе, остается дѣйствительною, такъ какъ судить о счетѣ между делегатомъ и делегантомъ не можетъ делегатарій, стоящій совершенно внѣ этого счета, — а о счетѣ между делегантомъ и делегатаріемъ не можетъ судить, на томъ-же основаніи, делегатъ. Объ этомъ вопросѣ мы, впрочемъ, будемъ говорить подробнѣе еще впослѣдствіи

b. Недѣйствительность „отношенія покрытія“, по теоріи Кинделя, не отражается на дѣйствительности самой делегаціи. Самъ Киндель, однако, слѣдуя приведеннымъ выше мѣстамъ источниковъ, дѣлаетъ отсюда многія исключенія. Эти исключенія наводятъ на мысль, что недопущеніе делегата къ оспариванію делегаціи, вслѣдствіе недостатковъ, коренящихся въ первоначальномъ отношеніи между делегантомъ и делегатомъ, — зависитъ всецѣло отъ характера того отношенія, которое существуетъ между делегантомъ и делегатаріемъ, и отъ того,

въ какомъ объемѣ, вслѣдствіе этого послѣдняго отношенія, должно давать защиту делегатарію въ дѣлѣ осуществленія своего права по делегаціи противъ делегата.

С Что касается до того матеріала, который дается римскимъ правомъ въ пользу дѣйствительности акта делегаціи, когда „отношеніе покрытія“ свободно отъ дефектовъ, но таковыми страдаетъ „отношеніе валюты“, — то онъ является слишкомъ недостаточнымъ. Въ самомъ дѣлѣ, мѣста источниковъ, которыя имѣются для разрѣшенія этого вопроса, говорятъ только объ exceptio donationis immodicae, о beneficium competentiae и о liberti exceptio противъ патрона и тому под. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, возраженія, основанныя на недостаткахъ отношенія валюты, — слишкомъ личнаго характера, чтобы ихъ можно было осуществлять кому-либо другому, кромѣ первоначальнаго должника. Какихъ-либо другихъ свидѣтельствъ по этому вопросу, которыя отличались-бы болѣе опредѣленнымъ характеромъ, источники не содержатъ; а съ другой стороны, существуютъ, какъ было указано, фрагменты, идущіе какъ разъ въ противоположномъ Кинделю направленіи.

Такимъ образомъ, нельзя допустить такого широкаго примѣненія, которое, какъ мы видѣли, стремится создать Киндель для своей теоріи делегаціи. Онъ идетъ, однако, еще дальше и хочетъ распространить эту теорію также на тѣ случаи, когда делегація уже вовсе не имѣетъ въ виду существующихъ долговыхъ отношеній, а предпринята совершенно съ другими цѣлями. Что касается до подобнаго распространенія теоріи Кинделя, то, по этому поводу, слѣдуетъ замѣтить, что у нашего автора не достаетъ, на этотъ счетъ, ни одного доказательства въ источникахъ, — неосновательность его соображеній, по поводу природы делегаціи, будетъ показана нами ниже. Ограничимся здѣсь только тѣмъ, что отмѣтимъ слѣдующую отличительную черту рѣшеній римскихъ юристовъ по вопросу о делегаціи: всѣ они столь отрывочнаго и фрагментарнаго характера, что надо поступать съ весьма большой осторожностью, строя, при помощи этихъ мѣстъ источниковъ, какую-либо общую теорію съ обязательною силою для другихъ, однородныхъ случаевъ, прямо не предусмотрѣнныхъ въ тѣхъ фрагментахъ, которые служатъ базисомъ для общихъ выводовъ. Вотъ почему прежде, чѣмъ извлекать изъ отдѣльныхъ рѣшеній общія правила,

слѣдуетъ принять во вниманіе не только, то, что говорится въ нихъ, но и тѣ ближайшія обстоятельства, при которыхъ эти рѣшенія имѣли мѣсто, и не забывать, что многое другое, кромѣ того, что при этихъ рѣшеніяхъ было сказано, можетъ играть болѣе или менѣе значительную роль.

Принимая во вниманіе всѣ эти соображенія, мы приходимъ къ слѣдующему выводу по вопросу о согласіи теоріи Кинделя съ рѣшеніями римскихъ юристовъ. Мѣста источниковъ, на которыхъ построена эта теорія, имѣютъ столь спеціальный характеръ и стоятъ такъ изолированно, что они, по своей природѣ, вовсе не могутъ послужить основаніемъ для какихъ-либо общихъ правилъ о делегаціи, но только являются въ качествѣ руководящихъ нормъ, примѣненіе которыхъ слѣдуетъ сообразовать съ индивидуальными особенностями отдѣльныхъ случаевъ. Единственное общее правило, которое съ нѣкоторымъ вѣроятіемъ можно извлечь изъ источниковъ, это — недѣйствительность делегаціи, если какъ „отношеніе валюты“, такъ и „отношеніе покрытія“ — являются въ качествѣ мнимаго долга. Однако, даже это правило допускаетъ, какъ мы видѣли, возможность значительныхъ исключеній.

До сихъ поръ мы подвергали критической оцѣнкѣ теорію Кинделя, въ томъ предположеніи, что основаніемъ для делегаціи выступаютъ долговыя отношенія между участвующими въ ней лицами. Между тѣмъ, подобный случай въ дѣйствительности имѣетъ мѣсто далеко не всегда. Посмотримъ теперь, насколько правильны защищаемые нашимъ авторомъ взгляды, когда делегація покоится на какомъ-либо иномъ основаніи.

а. Предположимъ, что основаніе для делегаціи въ указанномъ сейчасъ смыслѣ страдаетъ дефектами какъ съ той, такъ и съ другой стороны. Приведемъ для примѣра тотъ случай, о которомъ мы уже говорили выше. Жена посредствомъ dolus побуждаетъ постороннее лицо дать мужу за нее приданое. Затѣмъ, бракъ расторгнутъ по какой-то причинѣ. Отношенія между делегатомъ и делегантомъ, а равно между делегантомъ и делегатаріемъ, являются недѣйствительными Первое — вслѣдствіе dolus, а второе — вслѣдствіе прекращенія брака. Делегація также объявляется недѣйствительною. Это рѣшеніе (см. выше § 49) приводится Кинделемъ въ до-

казательство правила, что делегація, во всякомъ случаѣ, недѣйствительна, если, какъ онъ выражается, обѣ ея causae отпадаютъ, хотя-бы онѣ и заключались въ чемъ-либо другомъ, а не въ мнимомъ долговомъ отношеніи Однако, еще очень и очень далеко до такого общаго вывода изъ столь частнаго случая, который имѣетъ въ виду юристъ въ разбираемомъ фрагментѣ. Дѣло въ томъ, что въ разбираемомъ частномъ случаѣ имѣются налицо совершенно особенныя основанія, которыя заставляютъ обсуждать этотъ случай вполнѣ аналогично, какъ если-бы недѣйствительность делегаціи была обусловлена двумя мнимо-существующими долговыми отношеніями, вызывающими этотъ актъ Въ самомъ дѣлѣ, если юридическая сдѣлка заключена благодаря dolus, то явилось-бы крайне несправедливымъ оставлять ее въ силѣ. Тѣмъ не менѣе, это правило не можетъ быть примѣнено къ делегаціи, при томъ, конечно, условіи, если делегатарій дѣйствовалъ вполнѣ bona fide. Подобное исключеніе изъ общаго правила о вліяніи обмана на юридическую сдѣлку — делегація можетъ представлять, очевидно, только въ томъ случаѣ, если, по крайней мѣрѣ, „отношеніе валюты“ не страдаетъ дефектами. Между тѣмъ, въ приведенномъ примѣрѣ мы этого-то, именно, и не видимъ, такъ какъ, относительно мужа нельзя сказать, чтобы ему, по прекращеніи брака, принадлежало право требовать приданое, вслѣдствіе отпаденія той цѣли, для которой приданое предназначалось. Таковы — въ этомъ случаѣ, основанія въ пользу признанія делегаціи недѣйствительною. Отсюда нельзя, однако, — какъ этого непремѣнно хочетъ Киндель, — сдѣлать никакого общаго вывода для тѣхъ случаевъ, когда обстоятельства сложатся нѣсколько иначе.

b. Когда „отношеніе покрытія“ страдаетъ недостатками, — то, хотя мы имѣемъ свидѣтельство источниковъ въ пользу дѣйствительности делегаціи, если, при такомъ положеніи дѣла, делегатарій былъ мужемъ, осуществлявшимъ свое право требованія приданаго, — но, съ другой стороны, наши источники, какъ мы видѣли, говорятъ въ противоположномъ смыслѣ, если делегатарій является одареннымъ по отношенію къ делеганту. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ делегату предоставляется право оспаривать делегацію, когда долгъ делегата делеганту носитъ мнимый характеръ. Однако, само собою понятно, что этимъ еще не сказано ничего о томъ случаѣ, когда „отношеніе покрытія“ является не въ качествѣ

долгового отношенія между делегантомъ и делегатомъ, а выступаетъ въ какомъ-либо иномъ видѣ.

c. Когда одно „отношеніе валюты“ подвержено возраженіямъ, а „отношеніе покрытія“ — вполнѣ дѣйствительно, — въ источникахъ имѣется, какъ уже было нами указано, доказательство только въ пользу того, что делегатъ не можетъ осуществлять противъ иска делегатарія возраженій подобнаго рода лишь въ томъ случаѣ, когда они носятъ строго — личный характеръ, какъ, напр, beneficium competentiae или exceptio donationis immodicae Напротивъ, существуютъ, какъ мы видѣли, фрагменты, идущіе въ противоположномъ направленіи. Такъ, напр., если делегація совершена въ обходъ sc. Vellejanum, запрещавшаго, какъ извѣстно, интерцессію женщинъ, — и если, притомъ, въ роли делеганта являлась, именно, mulier, — то делегату давалась exceptio sc. Vellejani противъ иска по делегаціи.

Все наше предшествующее изложеніе показываетъ, что рѣшенія римскихъ юристовъ, по занимающему насъ вопросу, — слишкомъ относительной и фрагментарной природы [1]), чтобы возможно было выставить какія-либо общія правила въ томъ родѣ, какъ это дѣлаетъ Киндель.

Не лучше стоитъ дѣло съ тѣмъ доказательствомъ Кинделя въ пользу его теоріи, которое онъ ищетъ въ самой „природѣ делегаціи“ Если конструировать, вмѣстѣ съ нимъ, понятіе делегаціи такимъ образомъ, что она покоится на двухъ правовыхъ основаніяхъ, изъ которыхъ одно является достаточнымъ для признанія ея дѣйствительности, — то, хотя, при такой конструкціи, его теорія, на самомъ дѣлѣ, вытекаетъ изъ „природы делегаціи“, но вопросъ-то, именно, и состоитъ въ томъ, является-ли эта конструкція правильною. Противъ подобной конструціи слѣдуетъ возразить, во 1-хъ что многіе и весьма важные интересы говорятъ въ пользу того, чтобы поставить осуществленіе делегаціи, въ извѣстной степени, внѣ зависимости отъ обоихъ правовыхъ основаній въ Кинделькомъ значеніи этого слова; а во 2-хъ, очень легко можетъ случиться, что, при отпаденіи одного изъ такихъ правовыхъ основаній, хотя-бы другое изъ нихъ было свободно

---

1) См. Regelsberger въ Krit Vierteljahrschrift Томъ 28. Стр. 387

отъ недостатковъ, делегація, все-таки, должна быть объявлена недѣйствительною.

Сводя все вышесказанное къ одному результату, — мы получимъ слѣдующій выводъ: прежде, чѣмъ извлекать изъ рѣшеніи римскихъ юристовъ, по вопросу о делегаціи, какія-либо общія заключенія, — слѣдуетъ обратить вниманіе не только на то, что̀ говорится въ нихъ, но и на тѣ ближайшія обстоятельства, при которыхъ эти рѣшенія имѣли мѣсто, — и не забывать, что существуютъ также многія другія соображенія, кромѣ тѣхъ, которыя были приняты во вниманіе при этихъ рѣшеніяхъ.

По занимающему насъ вопросу, повторяемъ, нельзя подвести все разнообразіе случаевъ дѣйствительной жизни подъ такую простую математическую формулу, какъ этого хочетъ нашъ авторъ. Что это — дѣйствительно такъ, становится особенно яснымъ, если принять во вниманіе нѣкоторые относительные интересы, которые должны имѣть опредѣляющій характеръ при регулированіи отдѣльныхъ случаевъ делегаціи.

Прежде всего, интересъ делегатарія требуетъ, очевидно, признанія делегаціи дѣйствительною. Какое значеніе слѣдуетъ придать этому интересу? Отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ отъ особенностей отношенія делегатарія къ делеганту, а также отъ того въ какой мѣрѣ делегатарій имѣетъ возможность ознакомленія съ отношеніемъ делеганта къ делегату, если послѣднее является недѣйствительнымъ.

Интересъ делеганта, напротивъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, требуетъ уничтоженія даннаго имъ обѣщанія делегаціи. Этотъ интересъ получаетъ, само собою понятно, только относительную защиту. Что касается до возраженій противъ иска делегатарія, вытекающихъ изъ „отношенія валюты“, — то делегатъ можетъ пользоваться ими смотря по характеру своихъ отношеній къ делеганту Если, напр., делегатъ былъ должникомъ делеганта, то его интересъ рѣдко когда будетъ заключаться въ томъ, чтобы оспаривать дѣйствительность делегаціи, такъ какъ этотъ актъ освобождаетъ его отъ долга делеганту. Совершенно другое бываетъ въ томъ случаѣ, если такой долгъ былъ „мнимымъ“. Хотя для него всегда имѣется возможность, посредствомъ condictio indebiti, вытребовать отъ делеганта то, что онъ, при такомъ положеніи дѣла, заплатилъ делегатарію, на основаніи даннаго

послѣднему обѣщанія,— но не ясно-ли, что съ его интересами согласовалось-бы въ гораздо бо́льшей степени — быть постоянно въ состояніи не допустить самой возможности подобной уплаты путемъ exceptio противъ иска делегатарія, — которая основывалась на дефектахъ „отношенія валюты“?[1]) Между указанными нами двумя крайними случаями, т. е., тѣмъ случаемъ, когда долгъ („отношеніе покрытія“) являлся мнимымъ, и когда онъ былъ дѣйствительнымъ, — стоитъ цѣлый рядъ случаевъ самаго различнаго характера, при которыхъ мы наблюдаемъ незамѣтный, постепенный переходъ отъ интересовъ делегата, почти столь-же значительныхъ, какъ при мнимомъ долгѣ, къ интересамъ, столь-же минимальнымъ, какъ при вполнѣ дѣйствительномъ — „отношеніи покрытія“.

Интересъ делеганта состоитъ, наоборотъ, въ томъ, чтобы недостатки „отношенія покрытія“ не отражались на дѣйствительности делегаціи. По вопросу о недостаткахъ „отношенія валюты“, интересъ делеганта требуетъ, чтобы тѣ возраженія, которыя онъ самъ могъ осуществить противъ делегатарія, — были осуществлены также делегатомъ противъ иска по делегаціи, такъ какъ, въ противномъ случаѣ, если делегатъ будетъ осужденъ по такому иску, — онъ обязанъ сдѣлать „покрытіе“ уменьшенія имущества делегата, происшедшаго вслѣдствіе подобнаго осужденія. Но съ другой стороны, интересъ делеганта требуетъ иногда какъ разъ противоположнаго. Это — въ тѣхъ случаяхъ, когда, отдавая делегату „приказъ“ платежа въ пользу делегатарія, делегантъ eo ipso совершаетъ „юридическое признаніе“ въ отношеніи къ этому послѣднему. Что̀ слѣдуетъ считать имѣющимъ мѣсто въ каждомъ конкретномъ случаѣ, — должно въ большой степени зависѣть какъ отъ характера самихъ возраженій, такъ и отъ выясненія ближайшихъ обстоятельствъ дѣла.

Принимая во вниманіе всѣ эти относительные, часто противорѣчащіе другъ другу интересы, — легко понять, что попытка Кинделя подвести делегацію подъ столь простую и безусловную форму, — какую даетъ его теорія, — не можетъ быть признана особенно удачной. Съ правильной точки зрѣнія, слѣдуетъ придавать каждому изъ обозначенныхъ нами

---

1) l 7 § 1 D 44, 4

интересовъ — то бо́льшее, то ме́ньшее значеніе, и, вслѣдствіе этого, получаются самыя различныя комбинаціи Только имѣя въ виду индивидуальныя особенности отдѣльныхъ случаевъ и пользуясь всѣми средствами толкованія самаго акта делегаціи, — можно притти къ дѣйствительно справедливымъ результатамъ. Что-же касается до тѣхъ мыслей, которыя высказываются, по интересующему насъ вопросу, въ фрагментахъ римскихъ юристовъ, дошедшихъ до насъ въ Юстиніановой компиляціи, — то слѣдуетъ признать, что ихъ рѣшенія, основанныя, именно, на подобномъ внимательномъ изученіи особенностей конкретныхъ случаевъ, пріобрѣтаютъ для насъ, конечно, очень и очень большую цѣнность. Но эта цѣнность въ значительной мѣрѣ понизилась-бы, если-бы мы, вмѣсто того, чтобы сообщать этимъ рѣшеніямъ только руководящее значеніе, — разсматривали-бы ихъ какъ правило, подлежащее въ каждомъ случаѣ примѣненію, — о чемъ сами римскіе юристы вовсе и не думали. Этимъ — мы сдѣлали-бы эти рѣшенія, вмѣсто путеводной звѣзды, ложнымъ свѣтомъ, — который завелъ-бы насъ изъ обѣтованной земли въ безплодную пустыню сухой догматики [1]).

§ 52. Въ противоположность упомянутой нами выше „Abstraktionstheorie“ слѣдуетъ указать на „Successionstheorie“ Данца. Этотъ авторъ исходитъ изъ того, что разсматриваетъ делегацію лишь какъ активное или пассивное преемство въ долговыхъ отношеніяхъ, между тѣмъ какъ такъ наз. „чистой“ или „абстрактной“ делегаціи онъ вовсе не удѣляетъ мѣста въ римскомъ правѣ. По Данцу, делегація всегда предпринимается въ расчетѣ на существующій долгъ и можетъ, по отношенію къ нему, выступать въ качествѣ активной делегаціи, именно, такъ, что новый кредиторъ (делегатарій) вступаетъ въ существующее долговое отношеніе между делегантомъ и делегатомъ, или она можетъ принимать характеръ пассивной делегаціи, когда новый должникъ (delegatus) вступаетъ въ отношеніе между делегантомъ и делегатаріемъ. По этой теоріи, въ первомъ случаѣ, т. е., при активной делегаціи, делегатъ, хотя и можетъ выставлять возраженія противъ иска делегатарія, вытекающія изъ его (делегата) отношенія къ первоначальному вѣрителю, но ему нельзя осуществлять возраженія, коренящіяся въ отношеніи

---

1) См. Kohler въ Jahrb f. Dogm Томъ 18. Стр 142—143

делеганта къ делегатарію. Что-же касается до второго случая (пассивная делегація), — то Данцъ утверждаетъ, что, при такомъ положеніи дѣла, делегатъ, наоборотъ, не можетъ пользоваться возраженіями благодаря недостаткамъ „отношенія покрытія", но можетъ ссылаться на недостатки, которыми страдаетъ „отношеніе валюты". Къ такому выводу приводитъ нашего писателя конструкція делегаціи въ качествѣ активнаго или пассивнаго преемства.

Наше предшествующее изложеніе дѣлаетъ яснымъ, что Данцъ исходитъ изъ понятія делегаціи болѣе тѣснаго, чѣмъ она выступаетъ въ рѣшеніяхъ римскихъ юристовъ. Эти рѣшенія вовсе не даютъ намъ право предполагать, что въ римскомъ правѣ примѣненіе делегаціи было ограничено только переходомъ существующаго долгового отношенія, — кромѣ тѣхъ случаевъ, когда, по этому поводу, имѣются непосредственныя указанія въ самомъ делегаціонномъ актѣ. Данцъ приходитъ къ защищаемымъ имъ результатамъ только путемъ произвольнаго толкованія различныхъ мѣстъ источниковъ, особенно-же l. 11 D. 46, 2, въ которомъ онъ стремится найти въ пользу своей теоріи подходящее опредѣленіе делегаціи [1]).

Такимъ образомъ, надо, прежде всего, твердо помнить, что, вопреки разбираемой теоріи, существуютъ въ источникахъ римскаго права различные случаи делегаціи, которые никоимъ образомъ не могутъ быть обозначены преемствомъ, относительно прежняго долга. Эта теорія страдаетъ, между тѣмъ, еще другой ошибкой. Данцъ постоянно придерживается того взгляда, что делегація должна быть конструируема и л и какъ активное, и л и какъ пассивное преемство. Этимъ онъ оставляетъ совершенно безъ разсмотрѣнія тѣ случаи, наличность которыхъ въ нашихъ источникахъ, несомнѣнно, не можетъ быть отрицаема, — а именно, когда, въ одно и то-же время, имѣютъ мѣста о б а — активное и пассивное — преемства [2]). Въ связи съ этимъ, стоитъ еще одна ошибка. Данцъ, повидимому, предполагаетъ, что отношеніе делегаціи постоянно должно быть или в п о л н ѣ активнымъ, или в п о л н ѣ

1) l. c. 29 сл, противъ него В и н д ш е й д ъ въ своемъ учебникѣ (II. § 353 № 9) и R e g e l s b e r g e r въ Krit Vierteljahrschrift. Томъ 28 Стр 380.

2) K i n d e l l с стр 61

пассивнымъ Ему не приходитъ мысль, что, какъ то, такъ и другое, можетъ случиться только отчасти. Самъ Данцъ сознается, что, какъ при активной, такъ и при пассивной делегаціи, могутъ имѣть мѣсто различныя исключенія изъ того, что, по его мнѣнію, составляетъ „правовую конструкцію“ делегаціи Этимъ онъ, косвеннымъ образомъ, уже признаетъ, что отношеніе при делегаціи въ дѣйствительности можетъ и не имѣть вполнѣ характера преемства.

Вотъ — основанія, по которымъ я считаю, что теорія Данца не является строго согласованною съ настоящимъ положеніемъ дѣла при делегаціи. Кромѣ того, слѣдуетъ замѣтить, что онъ построилъ её на слишкомъ плохомъ фундаментѣ, упустивъ совершенно изъ виду нѣкоторые весьма важные фрагменты, идущіе вразрѣзъ съ его взглядами.

Глава III.

Делегація въ современномъ гражданскомъ оборотѣ.

§ 53. Мы уже говорили, что мы принимаемъ понятіе делегаціи въ широкомъ смыслѣ этого слова[1]) Съ нашей точки зрѣнія, делегація охватываетъ каждый случай, когда, по приказу третьяго лица, кто-либо вступаетъ къ другому въ отношеніе должника къ вѣрителю. Это можетъ произойти или въ видѣ перемѣны участниковъ въ уже существующемъ обязательственномъ правоотношеніи („активная“, или „пассивная“ делегація), — или-же — въ томъ видѣ, что делегація совершается — „credendi causa“, „donandi causa“, „dotis constituendae causa“ и мн. тому под.

Господствующая теорія исходитъ изъ той мысли, что делегація можетъ быть предпринимаема безъ наличности какого-бы то ни было каузальнаго момента. Какъ мною уже указано, этотъ взглядъ въ новѣйшее время, послѣ труда Кинделя, слѣдуетъ считать достаточно поколебленнымъ. По мнѣнію Кинделя, особенность делегаціи заключается вовсе не въ томъ, что при ней нѣтъ causa, что она совершена безъ causa, — но, наоборотъ, въ томъ, что при ней существуютъ даже двѣ „causae“. Киндель думаетъ, что всѣ правила, обыкновенно выставляемыя относительно, делегаціи, —

1) v. Salpius l. c. стр. 467

какъ, напр., ея дѣйствительность независимо отъ отпаденія одной изъ этихъ causae, ея недѣйствительность при отпаденіи ихъ обѣихъ, и т. под., — получаютъ прекрасное объясненіе съ точки зрѣнія его теоріи — и, притомъ, съ точки зрѣнія только его теоріи. Мы уже произвели оцѣнку этой теоріи Кинделя. Въ дополненіе и въ связи съ вышеизложеннымъ, замѣтимъ по этому поводу слѣдующее. Если говорить о двухъ causae при делегаціи, — то это влечетъ за собою отклоненіе отъ общеупотребительной терминологіи. Поступая такъ, Киндель исходитъ, при этомъ, изъ выставленнаго имъ ad suum usum понятія causa. Замѣтимъ здѣсь, между прочимъ, что также нѣкоторые другіе писатели, которые придерживаются общепризнанной терминологіи, соскальзываютъ съ правильнаго пути, какъ скоро рѣчь заходитъ о делегаціи, — относительно слова causa. Если-же держаться установившагося пониманія „causa“, — т. е., если разумѣть подъ этимъ словомъ ожиданіе эквивалента тою стороною, которая выступаетъ въ роли должника, — то не можетъ быть и рѣчи о томъ, что делегація имѣетъ не одну, а двѣ causae. Допустить что-либо подобное, очевидно, не имѣло-бы смысла. Въ самомъ дѣлѣ, подъ понятіе causa, въ значеніи „рѣшающаго предположенія стороны объ эквивалентѣ“ не можетъ быть, очевидно, подведена та экономическая цѣль, которая состоитъ въ исполненіи обязанности делегантомъ по отношенію къ делегатарію, такъ какъ для делегата — въ подобномъ исполненіи не заключается никакого эквивалента. Этимъ, однако, мы вовсе не хотимъ сказать, чтобы „отношеніе валюты“ не имѣло какого-либо юридическаго значенія при обсужденіи вопроса о дѣйствительности делегаціи. Ниже будетъ показано, насколько можетъ быть придано этому отношенію такое значеніе, — а пока для насъ важно обратить вниманіе на то обстоятельство, — что это отношеніе не можетъ быть считаемо, какъ этого хочетъ Киндель, за causa при делегаціи. Въ чемъ-же заключается causa delegationis? Вѣдь, делегація должна имѣть свою causa, подобно каждому другому договорному обязательству. Вопросъ состоитъ только въ томъ, насколько каузальному моменту при делегаціи слѣдуетъ придавать такое-же значеніе, какъ при другихъ договорныхъ обязательствахъ? Въ этомъ отношеніи, должно отмѣтить одну особенность делегаціи, которая касается, именно, causa delegationis. При другихъ договорахъ, должникъ ожидаетъ экви-

валентъ непосредственно отъ того лица, передъ которымъ онъ обязался, — а при делегаціи этотъ эквивалентъ можетъ быть полученъ отъ посторонняго лица, называемаго делегантомъ Эквивалентъ можетъ заключаться въ томъ, что, благодаря делегаціи, делегатъ получаетъ освобожденіе отъ долга по отношенію къ делеганту, — или — въ какой-либо другой экономической выгодѣ для него [1]).

Такая отличительная черта делегаціи вызываетъ слѣдующія важныя послѣдствія. Тогда какъ при обыкновенномъ обязательствѣ имѣется тѣсная связь между обязанностью должника и его правомъ на эквивалентъ и вѣритель не можетъ произвольно нарушать эту связь, выдвигая впередъ моментъ обязанности и умалчивая о правѣ на эквивалентъ, — не то при делегаціи. Если кредиторъ (делегатарій), въ качествѣ основанія для своего иска, указываетъ на делегацію, — то здѣсь implicite заключается уже то, что должникъ (делегатъ) не преслѣдуетъ, по отношенію къ нему, никакой самостоятельной цѣли, но оказываетъ услугу другому лицу (делеганту), отъ котораго, на этомъ основаніи, онъ и долженъ ожидать себѣ эквивалента. Такимъ образомъ, делегатарій, умалчивая въ исковомъ прошеніи объ эквивалентѣ въ пользу делегата, — не разрываетъ этимъ на двѣ части единаго цѣлаго, которое должны были-бы составлять, по отношенію къ нему, два указанные момента, — если-бы рѣчь шла не о делегаціи, а о какомъ-либо другомъ договорномъ обязательствѣ. Однако, такой порядокъ имѣетъ мѣсто только въ видѣ общаго правила. По исключенію, делегація всегда м о ж е т ъ б ы т ь поставлена въ зависимость отъ реализаціи делегантомъ эквивалента въ пользу делегата. Повторяемъ, что особенность делегаціи, именно, въ томъ и заключается, что это — в о з м о ж н о, н о н е д о л ж н о н е п р е м ѣ н н о и м ѣ т ь м ѣ с т о.

Когда и въ какомъ объемѣ искъ по делегаціи зависитъ, п о и с к л ю ч е н і ю, отъ наличности каузальнаго момента въ пользу делегата, — объ этомъ мы будемъ говорить подробнѣе нѣсколько ниже. Теперь ограничимся только тѣмъ, что отмѣтимъ полную в о з м о ж н о с т ь такой зависимости. Вспомнимъ о другихъ отношеніяхъ, когда право требовать отъ должника исполненія и обязанность къ эквиваленту въ

---

1) См у D a n z ' a въ его трудѣ стр 113 сл., v. B l u m e l. с стр 3

его пользу — является, при договорномъ обязательствѣ, распредѣленными между различными лицами, вмѣсто того, чтобы, какъ это бываетъ обыкновенно, соединиться въ одномъ лицѣ. Такова, напр., сдѣлка in favorem tertii, при которой основанное въ пользу третьяго лица право поставлено въ зависимость отъ выполненія эквивалента въ пользу должника — другимъ лицомъ, а именно, вѣрителемъ. Примѣромъ можетъ служить также отношеніе коммиссіонерства, когда право по заключенной коммиссіонеромъ сдѣлкѣ непосредственно переходятъ на коммитента, тогда какъ коммиссіонеръ обязанъ къ доставленію эквивалента въ пользу соконтрагента. Само собою понятно, что въ обоихъ приведенныхъ нами примѣрахъ третье лицо, въ пользу котораго совершенъ договоръ, и коммитентъ — не могутъ совершенно игнорировать вопросъ о каузальномъ моментѣ въ своемъ исковомъ прошеніи. Напротивъ, они имѣютъ право ссылаться въ этомъ послѣднемъ на юридическую сдѣлку, какъ на основаніе для иска, только въ ея цѣломъ и обязаны указать наличность causa obligationis, — совершенно такъ-же, какъ они должны были-бы это сдѣлать, если-бы на нихъ самихъ тяготѣла обязанность къ доставленію эквивалента.

Делегація должна быть строго отличаема отъ приведенныхъ случаевъ. При ней, какъ мы уже сказали, въ видѣ общаго правила, слѣдуетъ выставить свободу иска делегатарія отъ указанія и реализаціи каузальнаго момента. Въ современномъ гражданскомъ оборотѣ, именно, такая „чистая“ делегація отправляетъ весьма важную функцію, тогда какъ такъ наз. „титулированная“ делегація имѣетъ сравнительно меньшее практическое значеніе.

Наше предшествующее изложеніе нуждается въ нѣкоторомъ ограниченіи. Дѣло въ томъ, что не было-бы вполнѣ правильнымъ, если-бы мы, какъ это иногда стараются сдѣлать, постоянно искали эквивалентъ для делегата въ его отношеніи къ делеганту. Прежде всего, слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что сама делегація, какъ таковая, можетъ представлять извѣстную выгоду для делегата, и эта выгода можетъ быть разсматриваема, какъ эквивалентъ за тѣ обязанности, которыя налагаются на делегата въ пользу делегатарія. Такая выгода имѣетъ мѣсто, напр., въ томъ случаѣ, если кто-либо, чтобы спасти отъ конкурса другое лицо, принимаетъ на себя часть его долга, будучи самъ матеріально

заинтересованъ въ томъ, чтобы конкурса не было. Приведемъ для примѣра еще тотъ случай, весьма частый на практикѣ, когда произошло соглашеніе двухъ участниковъ въ товариществѣ, по которому долгъ одного изъ нихъ переносится на другого. Подобное перенесеніе долга, для котораго необходимо согласіе кредитора, должно быть разсматриваемо, какъ выгода для делегата. То-же самое слѣдуетъ признать и въ случаѣ sublocatio. Для перенайма необходимо согласіе прежняго вѣрителя. Ergo, для новаго нанимателя получается извѣстная выгода отъ принятія на себя чужого долга. Здѣсь-эта выгода ясна. Она заключается въ полученіи права пользоваться объектомъ договора найма. Наиболѣе яркимъ случаемъ — подобнаго эквивалента въ пользу делегата — можетъ служить тотъ, когда делегатарій принимаетъ на себя извѣстную гарантію относительно вреда, который можетъ возникнуть для делеганта, напр., если делегатарій дастъ cautio по поводу возмѣщенія убытковъ, происшедшихъ для делегата вслѣдствіе даннаго имъ обѣщанія въ пользу делегатарія, — въ томъ размѣрѣ, въ какомъ этотъ вредъ не будетъ покрытъ делегантомъ. Для кредитора (делегатарія) — подобная делегація доставляетъ ту выгоду, что онъ, этимъ путемъ, пріобрѣтаетъ возможность скорѣе и обезпеченнѣе получить отъ своего первоначальнаго должника — (делеганта) должную сумму денегъ, — чѣмъ если-бы онъ долженъ былъ дожидаться, пока этотъ послѣдній заплатитъ ему эту сумму, а для новаго должника (делегата) эквивалентъ заключается въ выше указанной гарантіи.

Относительно всѣхъ приведенныхъ нами примѣровъ — можно сказать, что здѣсь нарушается тотъ принципъ безразличія въ делегаціонномъ процессѣ предположенія эквивалента делегатомъ, на который, по общему правилу, можетъ всегда сослаться делегатарій. Однако, всѣ эти случаи имѣютъ, нѣкоторымъ образомъ, исключительный характеръ. Что касается до перенайма, — то, насколько рѣчь идетъ о подобной сдѣлкѣ, заключенной по истеченіи срока прежняго договора, — гораздо правильнѣе было-бы говорить не о делегаціи, а объ уничтоженіи стараго правоотношенія и о замѣнѣ его новымъ, — содержаніе котораго только въ весьма незначительной степени опредѣляется предыдущимъ. Въ другихъ примѣрахъ, эквивалентъ имѣетъ или чисто случайный характеръ, оставаясь безъ какого-либо практическаго

значенія въ процессѣ, завязавшемся между делегатомъ и делегатаріемъ (случай съ cautio), — или-же этотъ эквивалентъ — столь неопредѣленный, что такого рода моментъ не измѣняетъ существа дѣла при осуществленіи делегатаріемъ своего иска. Какъ-бы то ни было, но подобный эквивалентъ — со стороны делегатарія въ пользу делегата — во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ — представляетъ нѣчто чрезвычайное и немыслимое при нормальномъ положеніи дѣла, — вотъ почему доказательство его наличности должно лежать на томъ, кто хочетъ на него сослаться, т. е., на делегантѣ.

Послѣ всѣхъ этихъ предварительныхъ замѣчаній, мы можемъ приступить къ разсмотрѣнію случаевъ „титулированной“ и „чистой“ делегаціи — въ отдѣльности.

§ 54. I. Делегація (такъ наз. „титулированная“ делегація) можетъ быть прямо поставлена въ зависимость отъ отношенія между делегатомъ и делегантомъ, или отъ отношенія между делегантомъ и делегатаріемъ, или отъ обоихъ этихъ отношеній вмѣстѣ. Подобная зависимость иногда находитъ себѣ выраженіе въ самомъ актѣ делегаціи, а иногда можетъ быть выведена изъ переговоровъ между сторонами передъ заключеніемъ акта.

Назовемъ делегата — A, делеганта — B, а делегатарія — C. Теперь представимъ себѣ случай, весьма часто встрѣчающійся на практикѣ, когда делегація является развитіемъ существующаго долгового отношенія между A и B, или между B и C. При этомъ возможны слѣдующія комбинаціи:

a. A обѣщаетъ заплатить въ пользу C ту сумму, которую долженъ этому послѣднему B, — въ размѣрѣ, въ которомъ онъ самъ состоитъ должникомъ своего вѣрителя B.

b. A обѣщаетъ заплатить въ пользу C ту сумму, которую онъ долженъ своему вѣрителю B.

c. A обѣщаетъ заплатить въ пользу C ту сумму, которую этому послѣднему долженъ B.

Въ случаѣ a) делегація заключена въ границы, опредѣляемыя двумя договорными обязательствами, къ которымъ она примыкаетъ, такъ что она является дѣйствительною лишь настолько, насколько дѣйствительны эти два договорныя обязательства. Въ случаѣ b) мы видимъ активный переходъ долга, т. е., перемѣну вѣрителя: должникомъ остается попрежнему A, но, на мѣсто прежняго кредитора B, вступаетъ новый кредиторъ C. Наконецъ, въ случаѣ c) имѣ-

ется пассивный переходъ долга, т. е., перемѣна должника: вѣрителемъ продолжаетъ быть С, а должникомъ, вмѣсто В, дѣлается А. Какъ при пассивномъ, такъ и и при активномъ переходѣ долга, никоимъ образомъ не можетъ быть и рѣчи объ увеличеніи права делегатарія resp. обязанности делегата — въ сравненіи съ первоначальнымъ отношеніемъ. Только въ томъ объемѣ, въ которомъ оно является дѣйствительнымъ, новый кредиторъ имѣетъ право требованія, resp. новый должникъ несетъ обязанность исполненія обязательства.

Все дѣло, такимъ образомъ, заключается въ разрѣшеніи вопроса, возможно-ли предположить указанную зависимость делегаціи отъ лежащихъ въ ея основаніи правоотношеній. Если такая зависимость въ дѣйствительности имѣетъ мѣсто, то всѣ тѣ возраженія, которыя могли быть осуществлены противъ права требованія вѣрителя, вытекающаго изъ стараго долга, — противопоставляются должникомъ и противъ иска по новому отношенію, установленному делегаціею. Другими словами, делегація, при такомъ положеніи дѣла, не даетъ новому вѣрителю бо́льшихъ правъ, чѣмъ имѣлъ старый кредиторъ, и на новаго должника не накладываетъ бо́льшей тяжести, чѣмъ несъ старый должникъ

Картина совершенно мѣняется, когда делегація принимаетъ характеръ договора признанія, касательно существующихъ между указанными лицами (делегатъ и делегантъ, делегантъ и делегатарій) долговыхъ отношеній. Въ этомъ случаѣ, делегатъ уже не можетъ столь-же безусловно осуществлять всѣ тѣ возраженія, которыя вытекаютъ изъ признаваемаго делегаціею договорнаго обязательства. Чрезвычайно важно, въ виду этого, опредѣлить, — насколько можно придать делегаціи значеніе договора признанія, и насколько — нельзя. Чтобы дать отвѣтъ на этотъ вопросъ, обратимся, прежде всего, къ разсмотрѣнію того случая, когда делегація составляетъ развитіе долгового отношенія между делегантомъ и делегатомъ.

Если актъ делегаціи гласитъ въ столь неопредѣленной формѣ, — какъ это имѣло мѣсто въ случаяхъ, приведенныхъ подъ литерами a) и b), — то ясно, что не можетъ быть и рѣчи о какомъ-либо признаніи существующаго обязательства. Разсмотримъ, напр., выраженіе акта делегаціи въ случаѣ b). „А обѣщаетъ заплатить въ пользу С ту сумму, которую

онъ долженъ своему вѣрителю B.“ Приведенныя слова показываютъ, что вопросъ о томъ, *долженъ-ли* A своему вѣрителю B, — делегатъ оставляетъ совершенно открытымъ. Значитъ, ни о какомъ признаніи долга здѣсь нѣтъ и рѣчи, а если это такъ, то надлежитъ примѣнить выставленное выше правило — относительно допустимости противъ делегатарія эксцепцій, вытекающихъ изъ отношенія между делегатомъ и делегантомъ. Теперь дадимъ примѣръ такого выраженія акта делегаціи, которое даетъ возможность предположить договоръ признанія. Делегатъ, напр., говоритъ: „Я обязуюсь уплатить делегатарію *тѣ сто рублей*, которые я состою должнымъ делеганту“ Въ этомъ случаѣ, когда въ актѣ делегаціи опредѣленно обозначена та сумма, до которой простирался прежній долгъ, — дѣйствительно, *можетъ* имѣть мѣсто договоръ признанія по отношенію къ такому *точно указанному* долгу. Насколько это въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, на самомъ дѣлѣ, должно быть принято, — зависитъ отъ ближайшаго разсмотрѣнія индивидуальныхъ особенностей отдѣльныхъ случаевъ. Съ этой цѣлью, слѣдуетъ, прежде всего, посмотрѣть на буквальный смыслъ обѣщанія, даваемаго делегатомъ. Если, напр., въ делегаціонномъ актѣ сказано: „Я обязуюсь заплатить Иванову тѣ 100 рублей, которые, какъ окажется по разсмотрѣніи дѣла, я дѣйствительно состою должнымъ Петрову“, — то, конечно, договоръ признанія не можетъ быть допущенъ. Напротивъ, если-бы делегатъ сказалъ слѣдующимъ образомъ: „Я обязуюсь заплатить Иванову тѣ сто рублей, которые я признаю себя должнымъ Петрову“; — то мы имѣемъ договоръ признанія. Такимъ образомъ, делегація можетъ одновременно отправлять двѣ функціи: вызывать возникновеніе извѣстнаго обязательства делеганта въ пользу делегатарія и, въ то-же время, служить признаніемъ долга делегата по отношенію къ делеганту. Что касается до значенія подобнаго признанія между этими двумя лицами, — то здѣсь должны найти себѣ примѣненіе общія правила объ юридическихъ послѣдствіяхъ договора признанія, уже изложенныя мною въ своемъ мѣстѣ. Въ настоящее время, насъ занимаетъ вопросъ лишь о томъ вліяніи, которое оказываетъ договоръ признанія, облеченный въ форму делегаціи, на отношенія между делегатомъ и делегатаріемъ Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ, что должникъ, совершая признаніе и заключая, съ этой цѣлью, делегаціон-

ный актъ, обманулся въ своихъ предположеніяхъ, которыя послужили для него стимуломъ къ предпринятію договора. Должно-ли предоставить ему право оспаривать делегацію, или, наоборотъ, онъ безповоротно связалъ себя по отношенію къ делегатарію имѣвшимъ мѣсто признаніемъ? Послѣднее представляется болѣе правильнымъ. Въ пользу этого говоритъ принятіе въ расчетъ интересовъ делегатарія. Вѣдь, этотъ послѣдній часто даже не имѣетъ возможности получить точныя свѣдѣнія относительно того правоотношенія между делегатомъ и делегантомъ, которое служитъ объектомъ для договора признанія. Вотъ почему является вполнѣ справедливымъ предоставить ему право настаивать на придаціи безусловной силы собственнымъ словамъ совершившаго признаніе делегата, что долгъ послѣдняго, по отношенію къ делеганту, дѣйствительно, существуетъ. Отсюда слѣдуетъ сдѣлать только то исключеніе, когда наличность какихъ-либо совершенно особенныхъ обстоятельствъ должна дать понять делегатарію, что признаніе совершено делегатомъ только съ извѣстными ограниченіями. Внѣ этого исключенія, делегатъ не можетъ оспаривать делегаціонный актъ, ссылаясь на то, что тѣ предположенія, которыя побудили его совершить делегацію — признаніе, — не осуществились Делегатъ всегда можетъ отвратить вредъ, причиненный ему подобнымъ делегаціоннымъ актомъ, обратившись съ обратнымъ искомъ къ делеганту и требуя отъ него возмѣщенія понесенныхъ убытковъ. Существованіе такой гарантіи для делегата, а равно указанный нами особый интересъ делегатарія — служатъ вполнѣ достаточнымъ обясненіемъ, почему этотъ послѣдній можетъ придавать признанію делегата такую безусловную силу дѣйствія.

Вопросъ разрѣшается, такимъ образомъ, очень легко, когда делегаціонный актъ составленъ въ такихъ выраженіяхъ, которыя не оставляютъ мѣста сомнѣнію насчетъ наличности договора признанія. Но какъ быть, если обѣщаніе делегаціи, хотя и даетъ возможность предположить договоръ признанія, — но если, въ то-же время, это не вытекаетъ изъ акта делегаціи съ такою необходимостью, какъ это мы видѣли въ послѣднемъ изъ приведенныхъ примѣровъ внѣшняго выраженія делегаціоннаго обязательства? Представимъ себѣ, что делегатъ сказалъ: „Я обязуюсь уплатить Иванову тѣ сто рублей, которые я долженъ Петрову“. Въ этихъ словахъ,

дѣйствительно, можетъ заключаться признаніе, но это не должно быть непремѣнно. Вотъ почему имъ не можетъ быть приданъ характеръ „юридическаго признанія", которое, какъ извѣстно, имѣетъ „связывающее" для должника значеніе Такое значеніе не должно быть сообщаемо подобнымъ словамъ ни по отношенію къ делеганту, ни по отношенію къ делегатарію. Самое бо́льшее, о чѣмъ здѣсь можетъ быть рѣчь — это о „фактическомъ признаніи". Въ самомъ дѣлѣ, въ приведенныхъ словахъ делегата можно усмотрѣть нѣкоторое доказательство въ пользу существованія долга делегата Петрову, а потому Иванову нельзя не позволить ссылаться на такое доказктельство, пока делегатъ не опровергнетъ его приведеніемъ обратныхъ доказательствъ. Видѣть въ этомъ и тому подобныхъ случаяхъ непремѣнно „юридическое признаніе", — на нашъ взглядъ, не представляется ни малѣйшаго повода. Противъ такой точки зрѣнія говоритъ уже одно то обстоятельство, что делегатъ не совершилъ такъ наз. „чистой" делегаціи, а, напротивъ, прямо поставилъ свое обѣщаніе, данное делегатарію, въ зависимость отъ долгового отношенія, въ которомъ онъ, делегатъ, состоитъ съ делегантомъ. Вотъ почему является большимъ произволомъ игнорировать совершенно подобную зависимость, какъ это дѣлаетъ, напр., Бэръ, и не допускать делегата къ представленію вышеуказанныхъ обратныхъ доказательствъ („Gegenbeweis").

Мы пришли къ тому заключенію, что „юридическое признаніе" при делегаціи имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если это можно съ увѣренностью вывести изъ самыхъ словъ делегаціоннаго акта. Однако, этимъ дѣло не ограничивается. „Юридическое признаніе" можетъ, кромѣ того, вытекать изъ внимательнаго разсмотренія тѣхъ ближайшихъ обстоятельствъ, при которыхъ делегація совершилась

Если стороны предприняли делегацію въ расчетѣ на такое долговое обязательство между делегатомъ и делегантомъ, которое представляло, въ извѣстной степени, весьма сомнительную величину, завися отъ какихъ-либо будущихъ, совершенно неопредѣленныхъ моментовъ, — то, конечно, не можетъ быть и рѣчи о приданіи сдѣлкѣ характера „юридическаго признанія" по отношенію къ подобному долгу. Иное дѣло — если долгъ во время заключенія делегаціи является не въ качествѣ такой потенціальной, а въ, видѣ вполнѣ

реальной, дѣйствительной цѣнности. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ для делегата, при совершеніи акта, вполнѣ ясно настоящее положеніе дѣла съ тѣмъ долгомъ, котораго касается актъ, и если этотъ долгъ страдаетъ какими-либо дефектами, дающими ему, делегату, право на возраженія противъ первоначальнаго кредитора (делеганта), — то это обстоятельство уже не можетъ быть для него неизвѣстнымъ. Вотъ потому-то, когда онъ, не взирая на то, что ему всегда открыта дорога парализовать искъ прежняго вѣрителя посредствомъ эксцепцій, совершитъ потвержденіе тогоже самаго долга въ пользу новаго кредитора (делегатарія), — не является-ли очевиднымъ, что подобнаго рода признаніемъ отрѣзана какая-бы то ни было возможность осуществлять противъ этого послѣдняго (делегатарія) эксцепціи, вытекающія изъ стараго отношенія? Съ правильной точки зрѣнія, слѣдуетъ признать, что здѣсь въ дѣйствительности имѣетъ мѣсто отказъ отъ возраженій. Правда, отвѣтъ на вопросъ, насколько въ актѣ делегаціи надо видѣть такой отказъ отъ возраженій противъ иска первоначальнаго вѣрителя, — долженъ подлежать еще сильному сомнѣнію, — но, что касается иска новаго кредитора, то въ пользу подобнаго исключенія эксцепцій говоритъ слѣдующее соображеніе. Этотъ новый кредиторъ (делегатарій) обыкновенно бываетъ лишенъ возможности опровергать возраженія, вытекающія изъ отношенія между должникомъ и старымъ вѣрителемъ, такъ какъ, по общему правилу, онъ не имѣетъ точныхъ свѣдѣній касательно тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ моментовъ этого отношенія. Вотъ — причина, почему представляется крайне справедливымъ установить въ интересахъ делегатарія слѣдующее правило: если делегатъ, имѣя полную возможность знать, что ему принадлежатъ противъ иска делеганта ясныя и неподлежащія сомнѣнію возраженія, заключитъ делегацію, — то въ этомъ слѣдуетъ видѣть, по отношенію къ делегатарію, „юридическое признаніе“ прежняго долгового обязательства.

Считаемъ умѣстнымъ показать здѣсь, между прочимъ, ту разницу, которая существуетъ, съ этой точки зрѣнія, между „активной делегаціею“ и „цессіею“. Цессія — тоже перемѣна вѣрителя, но, такъ какъ для предпринятія этого акта нѣтъ необходимости въ содѣйствіи должника,

что̀ является condicio sine qua non при активной делегаціи, то и понятно, почему при первой, въ отличіе отъ послѣдней, возраженія, вытекающія изъ прежняго правоотношенія, могутъ быть осуществлены также противъ иска новаго кредитора [1]).

„Юридическое признаніе“ при активной делегаціи должно быть принимаемо, такимъ образомъ, или когда на это существуетъ ясное указаніе въ самомъ делегаціонномъ актѣ (1 случай), — или когда то-же самое можно вывести изъ разсмотрѣнія нѣкоторыхъ ближайшихъ обстоятельствъ, при которыхъ делегація имѣла мѣсто (2 случай). Въ томъ и въ другомъ случаѣ для делегата закрыта возможность противопоставить иску делегатарія возраженія, коренящіяся въ отношеніи делегата къ делеганту. Первый случай никакихъ сомнѣній не возбуждаетъ. Что-же касается до второго, — то противъ принятія здѣсь юридическаго признанія обыкновенно приводятъ то соображеніе, что, если-бы оно, дѣйствительно, имѣло мѣсто, — то очень часто нельзя было-бы согласовать съ такимъ положеніемъ дѣла внѣшнее выраженіе делегаціоннаго акта, — напр, если-бы въ послѣднемъ значилось слѣдующее: „Я обязуюсь заплатить Иванову 100 рублей, которые я долженъ Петрову“. Зачѣмъ здѣсь указаніе на долгъ делеганта Петрову, когда это обстоятельство остается безъ всякаго значенія и вліянія на дѣйствительность самой делегаціи? Вотъ это-то соображеніе и наводитъ на мысль, что, хотя-бы вышеуказанныя особенныя обстоятельства, при которыхъ былъ заключенъ делегаціонный актъ, и которыя заставляютъ видѣть въ немъ „юридическое признаніе“, были, на самомъ дѣлѣ, налицо, — это послѣднее, т. е., „юридическое признаніе“, все-таки, не можетъ быть допущено вслѣдствіе подобнаго внѣшняго выраженія делегаціоннаго акта, ставящаго его въ зависимость отъ отношенія делегата къ делеганту. Такой выводъ, однако, неправиленъ. Дѣло въ томъ, что слова „которые я долженъ Петрову“ — могутъ быть включены въ актъ делегаціи съ тѣмъ, чтобы вызвать извѣстныя юридическія послѣдствія во взаимныхъ отношеніяхъ делегата и делеганта, оставляя совершенно въ сторонѣ отношенія делегата къ делегатарію. Подобное

1) См Bahrl с стр. 196–197 (145—146).

положеніе дѣла возможно, правда, только въ томъ случаѣ, когда договоръ делегаціи совершался въ формѣ общихъ устныхъ переговоровъ между всѣми тремя участвующими въ немъ лицами, или-же въ формѣ составленія общаго письменнаго документа Лишь при такихъ условіяхъ можетъ быть возбужденъ разговоръ о томъ, чтобы часть общаго изъявленія воли, сдѣланнаго делегатомъ не одному только делегатарію, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, и делеганту („ . . . . . которые я долженъ Петрову"), — имѣла только тотъ смыслъ, чтобы регулировать отношенія между делегатомъ и делегантомъ, и оставляла совершенно въ сторонѣ отношенія между делегатомъ и делегатаріемъ. Напротивъ, если договоръ делегаціи имѣлъ мѣсто въ формѣ выдачи документа делегатомъ делегатарію — безъ какого-бы то ни было участія въ его составленіи делеганта и, притомъ, безъ предварительныхъ устныхъ переговоровъ съ этимъ послѣднимъ, — то все содержаніе документа, не пропуская ни одного предложенія, должно сопроваждаться тѣми или другими юридическими послѣдствіями касательно отношеній делегата и делегатарія. Въ этомъ случаѣ, какъ это понятно само собою, вышеприведенное выраженіе акта делегаціи („Обязуюсь уплатить Иванову 100 рублей, которые я долженъ Петрову") не можетъ имѣть значенія „юридическаго признанія" долга делегата Петрову, — но делегатъ, напротивъ, можетъ противопоставить делегатарію всѣ тѣ возраженія, которыми онъ могъ воспользоваться противъ делеганта. Слова „которые я долженъ Петрову" имѣютъ здѣсь значеніе противъ него только какъ средство доказательства, могущее имъ быть опровергнуто представленіемъ обратныхъ доказательствъ. Другими словами, здѣсь идетъ рѣчь не о „юридическомъ", а о „фактическомъ" признаніи.

Теперь посмотримъ, насколько делегаціи можетъ быть приданъ характеръ договора признанія, если она представляется развитіемъ долгового отношенія между делегатаріемъ и делегантомъ, — другими словами, если она выступаетъ въ качествѣ пассивной сукцессіи". Это имѣетъ мѣсто въ случаяхъ, обозначенныхъ выше — подъ литерами a) и c). Здѣсь делегатъ обѣщаетъ делегатарію заплатить ту сумму денегъ, которую послѣднему долженъ делегантъ. Вопросъ является гораздо менѣе сложнымъ, чѣмъ въ случаѣ b). Въ самомъ дѣлѣ, делегатъ служитъ при такой комбинаціи отношенія

только въ роли представителя делеганта передъ делегатаріемъ которому онъ, по приказу первоначальнаго должника (делеганта), обязанъ заплатить долговую сумму. Подобный „приказъ“ вовсе не прекращаетъ обязательства, существующаго между делегантомъ и делегатаріемъ. Напротивъ, делегатъ получаетъ порученіе развить такое обязательство въ томъ видѣ, въ какомъ оно имѣло мѣсто между первоначальными. сторонами. Однако, примѣненіе этого правила находитъ себѣ границу въ томъ случаѣ, когда делегантъ, давая делегату „приказъ“ уплатить долгъ, совершаетъ тѣмъ самымъ „юридическое“ признаніе долга по отношенію къ делегатарію.

Насколько договоръ признанія здѣсь, дѣйствительно, можетъ быть допущенъ, — является чисто случайнымъ моментомъ для существа дѣла при „пассивной“ делегаціи, и вопросъ этотъ долженъ быть рѣшаемъ на основаніи общихъ правилъ о „юридическомъ признаніи“, — эти правила мы уже изложили въ своемъ мѣстѣ. Ограничимся только короткимъ замѣчаніемъ. Для того, чтобы пассивной делегаціи было сообщено значеніе „юридическаго признанія“, — необходима наличность окончательно выясненнаго долгового отношенія между делегантомъ и делегатаріемъ. Если-же, наоборотъ, это отношеніе находится въ зависимости отъ какихъ-либо будущихъ моментовъ, наступленіе которыхъ еще неизвѣстно, такъ что оно получаетъ крайне неопредѣленный характеръ, — то „юридическое признаніе“, конечно, мѣста имѣть не можетъ. Такимъ образомъ, только тогда, когда делегація получаетъ значеніе уплаты по окончательно выясненному долгу делеганта делегатарію, — можетъ быть рѣчь о юридическомъ признаніи. Однако, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда юридическое признаніе не можетъ быть при пассивной делегаціи принято наличнымъ, — для делегата часто нѣтъ фактической возможности воспользоваться эксцепціями, вытекающими изъ дефектовъ отношенія делегатарія къ прежнему должнику (делеганту). Это — потому, что для него такіе недостатки иногда могутъ оставаться совершенно неизвѣстными, какъ для лица, которое стояло внѣ долгового обязательства въ его первоначальномъ видѣ, когда должникомъ являлся делегантъ. Вотъ почему, уже благодаря подобнымъ соображеніямъ чисто фактическаго характера, положеніе делегатарія послѣ пассивной делегаціи является гораздо болѣе благопріятнымъ, чѣмъ до нея, — не говоря о той

пользѣ, которую ему можетъ принести делегаціонный актъ, когда онъ отправляетъ функцію „юридическаго признанія“.

§ 55 II. Теперь мы переходимъ къ разсмотрѣнію такъ наз. „чистой делегаціи“. Подъ этимъ терминомъ, обыкновенно, понимаютъ тотъ случай, когда делегація, ни по своему непосредственному содержанію, ни вслѣдствіе наличности нѣкоторыхъ особыхъ сопутствующихъ обстоятельствъ, при которыхъ она была заключена, — не можетъ быть объявлена стоящею въ зависимости отъ тѣхъ правоотношеній, которыя легли въ ея основаніе. Это — тотъ случай, когда мы должны считаться только съ однимъ голымъ фактомъ, что делегатъ обязался въ соотвѣтствующемъ актѣ уплатить делегатарію опредѣленную денежную сумму.

Подобная делегація составляетъ, сама-по-себѣ, достаточное исковое основаніе для делегатарія, когда онъ захочетъ судебнымъ порядкомъ осуществить принадлежащее ему право. Онъ можетъ ограничиться, съ этой точки зрѣнія, только указаніемъ на то обстоятельство, что отвѣтчикъ (делегатъ), вслѣдствіе „приказа“ („Anweisung“) другого лица (делеганта), — далъ ему (делегатарію) обѣщаніе заплатить такую-то сумму денегъ Никакихъ указаній, насчетъ наличности каузальнаго момента, делегатарій на обязанъ дѣлать въ этомъ случаѣ.

Такимъ образомъ, если должникъ (делегатъ) захочетъ сослаться на какія-либо возраженія, касающіяся отсутствія или дефектовъ каузальнаго момента при делегаціи такого рода, — то выяснить ближайшій характеръ causa obligationis и сдѣлать на этотъ счетъ соотвѣтствующія указанія — долженъ не кто иной, какъ должникъ. Къ этому слѣдуетъ прибавить, что, если-бы даже ему (делегату) и удалось привести подобное доказательство въ пользу того, что „рѣшающее предположеніе“, послужившее стимуломъ къ предпринятію лежащихъ въ основаніи делегаціи юридическихъ сдѣлокъ (долгъ делегата делегатарію, долгъ делеганта делегатарію, оба долга вмѣстѣ и тому под.), на самомъ дѣлѣ, не осуществилось, — такое доказательство еще отнюдь не всегда является, само-по-себѣ, достаточнымъ для оспариванія дѣйствительности делегаціи. Въ какомъ объемѣ нѣчто подобное должно имѣть мѣсто, — иначе говоря, въ какомъ объемѣ у делегаціи слѣдуетъ отнять характеръ „чистой“ делегаціи, — разрѣшить этотъ вопросъ составляетъ задачу нашего дальнѣйшаго изслѣдованія.

А. Нашъ вопросъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ находитъ себѣ окончательный отвѣтъ уже въ той формѣ, въ которой былъ совершенъ делегаціонный актъ. Законъ соединяетъ иногда съ тою формою, въ которую делегація была облечена сторонами, самостоятельный ея характеръ, такъ чтобы не было возможности осуществлять противъ иска делегатарія какаго-бы то ни было возраженія, вытекающаго изъ отношенія делегата къ делеганту, или делеганта къ делегатарію.

Съ этой точки зрѣнія, слѣдуетъ упомянуть о письменномъ приказѣ въ общей формѣ, имѣющемъ своимъ предметомъ выдачу извѣстной суммы денегъ или другихъ „res fungibiles“ („Anweisung“) Въ составленіи приказа делегантомъ (ассигнантомъ), принятіи его делегатаріемъ (ассигнатаріемъ) и акцептѣ делегатомъ (ассигнатомъ), безъ прибавки извѣстнаго рода ограничительной оговорки въ самомъ делегаціонномъ актѣ, — должно видѣть самымъ яснымъ образомъ выраженную волю контрагентовъ создать новое, самостоятельное отношеніе, осуществленію котораго не должны мѣшать какіе-либо дефекты отношеній между ассигнатомъ и ассигнантомъ, или между ассигнантомъ и ассигнатаріемъ.

Важную роль, которую играютъ въ современномъ гражданскомъ оборотѣ такіе „приказы“ не слѣдуетъ, однако, преувеличивать, какъ это часто дѣлается[1]). Германское гражданское уложеніе, въ своей первоначальной редакціи[2]), придало письменному приказу указанную нами силу дѣйствія, совершенно независимо отъ его предмета. Подобнаго рода правило не имѣетъ достаточнаго оправданія въ дѣйствительныхъ экономическихъ потребностяхъ общества. Письменная форма, на самомъ дѣлѣ, составляетъ весьма важное условіе для абстрактнаго характера обязательства, какъ мы объ этомъ подробно говорили въ своемъ мѣстѣ. Правда, договорному обязательству и въ устной формѣ можетъ иногда, въ видѣ исключенія, быть придано, при наличности нѣкоторыхъ особенныхъ обстоятельствъ, значеніе, вполнѣ независимое отъ первоначальнаго, лежащаго въ его основаніи, отношенія, — но это, въ значительной мѣрѣ, опредѣляется ближайшимъ изслѣдованіемъ индивидуальныхъ особенностей конкретныхъ случаевъ. Вотъ почему при устной

1) См Burgerliches Gesetzbuch § 620 Mot. II. Стр. 559 сл
2) § 605 Ср. § 619 въ окончательной редакціи.

формѣ договорнаго обязательства — нельзя съ такой легкостью выставить презумпцію въ пользу его самостоятельнаго, независимаго отъ изъясненія вѣрителемъ каузальнаго момента характера, — какъ это вполнѣ возможно при письменной формѣ. Однако, отъ такого значенія, которое пріобрѣтаетъ въ нашемъ вопросѣ письменная форма, еще далеко до того вывода, что она составляетъ единственное условіе. Наоборотъ, слѣдуетъ признать, что для допущенія только что указанной презумпціи — письменная форма, сама по себѣ, является еще недостаточной. Необходимы еще, какъ я указывалъ выше, — замѣнимость предмета обязательства и способность этого послѣдняго сдѣлаться предметомъ оборота, т. е, чтобы право требованія вѣрителя допускало легкій и свободный переходъ отъ одного кредитора къ другому [1]).

Такимъ образомъ, для „абстрактнаго“ характера „приказа“ первенствующее значеніе пріобрѣтаютъ его форма и предметъ. Только въ отношеніяхъ торговаго права подобнаго рода ограниченія иногда отпадаютъ вслѣдствіе положительнаго дозволенія законодателя, какъ мы видимъ это, напр, въ Германскомъ Торговомъ Уложеніи [2]), которое ставитъ для абстрактнаго дѣйствія „приказа“ болѣе легкія требованія, не связывая его непремѣнно съ указанными нами условіями касательно формы и содержанія. Тамъ, гдѣ такого постановленія не существуетъ, — слѣдуетъ примѣнять общее правило, имѣющее силу для неторговыхъ отношеніи. Въ пользу этого говоритъ еще то обстоятельство, что та формальная система, которую торговое право выставляетъ относительно „приказовъ“, — развилась, имѣя передъ собой обыкновенные денежные и товарные приказы, — и не позволяетъ распространить себя, безъ дальнѣйшихъ разговоровъ, на тѣ случаи, когда объектомъ „приказа“ служитъ какой-либо другой предметъ. Насколько въ такомъ приказѣ слѣдуетъ видѣть „абстракцію“ отъ каузальнаго момента, — всецѣло зависитъ отъ ближайшихъ обстоятельствъ. Извѣстное значеніе

---

1) См „Мотивы“ II томъ. Стр 560

2) Handelsgesetzbuch Art 300, Staub. Kommentar. 2 изд. 1894. Стр 638, Thöl Handelsrecht. 6 изд Стр 1075, Endemann: Handelsrecht. Стр 568, Cohn въ Endemann's Handbuch des Handelsrechts III Стр 1102.

въ числѣ этихъ обстоятельствъ имѣетъ, конечно, и торгово-правовой характеръ отношенія. Здѣсь можетъ и должна быть принимаема въ расчетъ та тенденція къ чему-либо прочному, опредѣленному, — которая проникаетъ всю область торговаго права, заставляя и „приказъ“ разсматривать, какъ явленіе, въ бо́льшей или меньшей степени независимое отъ внѣ его лежащихъ моментовъ Однако, мы далеки отъ того, чтобы приписывать такое значеніе о д н о м у этому обстоятельству, — а именно, что „приказъ“ носитъ торгово-правовой характеръ Къ приданію „приказу“ абстрактной силы дѣйствія можетъ привести разсмотрѣніе только совокупности всѣхъ особенностей каждаго отдѣльнаго случая

В. Остается еще изслѣдовать случаи слѣдующаго рода. Съ одной стороны, делегація, по содержанію самаго акта не можетъ быть поставлена въ зависимость отъ первоначальныхъ отношеній между участвующими въ ней лицами, — а съ другой — она не является въ видѣ письменнаго приказа о выдачѣ денегъ или другихъ.

Въ какой мѣрѣ, при такомъ положеніи дѣла, должна быть принята зависимость делегаціи отъ каузальнаго момента? Въ этомъ случаѣ, надо строго различать, относится-ли дѣлаемыя на основаніи отсутствія или недостатковъ causa obligationis возраженія — къ тому, что Thöl называетъ „отношеніемъ валюты“, или къ „отношенію покрытію“, или-же къ обоимъ отношеніямъ вмѣстѣ.

а. Представимъ себѣ, что правоотношеніе между делегатомъ и делегантомъ („отношеніе покрытія“) даетъ поводъ къ различнымъ возраженіямъ, тогда какъ правоотношеніе между делегантомъ и делегатаріемъ („отношеніе валюты“) является вполнѣ дѣйствительнымъ. Римское право, какъ мы уже указывали, признавало, что, при такомъ положеніи дѣла, делегація, по общему правилу является въ силѣ. Это правило должно быть примѣняемо и въ настоящее время. Основаніемъ для такого распространенія римской юридической нормы на отношенія современнаго гражданскаго оборота — служитъ то обстоятельство, что делегатарій стоитъ внѣ того договора между делегатомъ и делегантомъ, который, благодаря своимъ дефектамъ, вызываетъ возраженія, и что онъ (делегатарій) очень часто не въ состояніи составить себѣ какого-либо понятія о ближайшемъ характерѣ этого договора и о его недостаткахъ. Принимая въ расчетъ это сообра-

женіе, нетрудно видѣть, въ какое затрудненіе можетъ привести делегатарія неожиданное осуществленіе делегатомъ возраженій подобнаго рода. Весьма легко можетъ случиться, что для него будетъ отрѣзана какая-бы то ни было возможность предпринять соотвѣтствующія мѣры защиты только вслѣдствіе незнанія ближайшихъ обстоятельствъ дѣла. Вотъ — причина, почему наиболѣе справедливымъ является — поставить обязательство делегаціи внѣ зависимости отъ отношенія между делегатомъ и делегантомъ. Сущность дѣла заключается въ томъ, что делегатъ даетъ обѣщаніе *одному* лицу, а ожидаетъ эквивалентъ отъ *другого* лица. Очень понятно, что первое изъ этихъ лицъ не будетъ виновато, если ожидаемый эквивалентъ окажется съ недостатками, Справедливо-ли подвергать принадлежащій ему искъ тѣмъ возраженіямъ, которыя вытекаютъ изъ этихъ недостатковъ? Очевидно, нѣтъ. Скорѣе — слѣдуетъ, въ этомъ случаѣ, предоставить делегату право считаться непосредственно съ самимъ делегантомъ и дать ему возможность получить съ послѣдняго, посредствомъ регрессивнаго иска, то, что онъ самъ уплатилъ делегатарію.

Если договоръ между делегатомъ и делегантомъ, послужившій основаніемъ къ совершенію делегаціи, является даже прямо запрещеннымъ закономъ, или противорѣчащимъ требованіямъ морали, — то это обстоятельство, само-по-себѣ, не оказываетъ никакого вліянія на дѣйствительность делегаціоннаго акта, насколько въ самой запретительной нормѣ не сдѣлано на этотъ счетъ спеціальной оговорки. Взаимное отношеніе между делегатомъ и делегантомъ можетъ быть очень противозаконно и безнравственно, — но подобный его характеръ, по приведеннымъ нами соображеніямъ, не долженъ касаться делегатарія, которому слѣдуетъ предоставить право отклонять всякія возраженія по этому поводу, какъ совершенно къ нему не относящіяся, — такъ какъ сдѣланное делегатомъ въ его пользу обѣщаніе, несмотря на противозаконный или безнравственный характеръ договора между делегантомъ и делегатомъ, является для делегатарія только средствомъ къ достиженію вполнѣ законной и моральной цѣли.

Всѣ эти правила находятъ себѣ, какъ уже было сказано, оправданіе въ томъ соображеніи, что делегатарій, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, не имѣетъ возможности знать и судить о природѣ отношенія делегата къ делеганту, такъ

какъ онъ стоитъ совершенно внѣ этого отношенія. Но, кромѣ того, въ пользу этихъ правилъ говоритъ еще одно обстоятельство. Мы, все время, предполагаемъ наличность вполнѣ дѣйствительнаго и лишеннаго какихъ-либо недостатковъ отношенія между делегантомъ и делегатаріемъ. Делегація — для послѣдняго является только средствомъ къ осуществленію несомнѣнно принадлежащаго ему противъ делеганта права. Было-бы крайне несправедливо, если-бы, благодаря совершенно постороннимъ моментамъ, делегатарій былъ лишенъ возможности получить удовлетвореніе отъ делегата въ томъ размѣрѣ, въ какомъ онъ состоитъ кредиторомъ делеганта.

Римское право, какъ мы уже говорили, дѣлаетъ слѣдующее исключеніе изъ выставленнаго нами выше правила о полномъ безразличіи для делегатарія отношенія между делегантомъ и делегатомъ и тѣхъ недостатковъ, которыми страдаетъ это отношеніе. Я разумѣю тотъ случай, когда делегантъ хочетъ сдѣлать дареніе въ пользу делегатарія[1]) и, съ этой цѣлью, приказываетъ делегату заключить съ делегатаріемъ делегаціонный актъ. Если, при этомъ, делегатъ былъ побужденъ исполнить такое приказаніе ложнымъ предположеніемъ, что онъ самъ является должникомъ делеганта, — то искъ по делегаціи парализовался въ римскомъ правѣ посредствомъ exceptio indebiti. Должно-ли также для современнаго гражданскаго оборота сохранить дѣйствіе этого исключенія? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, надо принять во вниманіе общую тенденцію римскаго права періода классическихъ юристовъ — создать возможно менѣе льготныя условія для защиты договора даренія. Вотъ почему въ тѣхъ законодательствахъ, которыя относятся къ дареніе столь-же неблагопріятно, — помянутое нами исключеніе можетъ, дѣйствительно, имѣть мѣсто Напротивъ, въ тѣхъ законодательствахъ, которыя сообщаютъ договорному обязательству даренія ту-же самую силу и значеніе, какъ и другимъ договорнымъ обязательствамъ, — должно находить себѣ примѣненіе общее правило. Извѣстное сомнѣніе возникаетъ только въ томъ случаѣ, когда дареніе понимается не въ качествѣ договорнаго обязательства, дающаго одаренному извѣстное право требованія и налагающаго на дарителя опредѣленную обязанность, — а

---

1) См. подробности у Danz: Geschichte des rom. Rechts 2 изд. II. 1873 Стр. 72 сл.

въ качествѣ акта, къ исполненію котораго даритель не можетъ быть принужденъ. Нѣкоторые писатели полагаютъ, что въ римскомъ правѣ такой порядокъ существовалъ до Юстиніана. Мы не станемъ входить въ разсмотрѣніе вопроса, было-ли это на самомъ дѣлѣ такъ, или нѣтъ, — такъ какъ это слишкомъ отвлекло-бы насъ въ сторону, — но посмотримъ, какъ сложилось-бы въ интересующемъ насъ случаѣ — отношеніе при делегаціи, если-бы дареніе, дѣйствительно, не носило характера договорнаго обязательства. Представимъ себѣ, напр., что Ивановъ, считая себя мнимымъ должникомъ Петрова, далъ, по приказу этого послѣдняго, обѣщаніе Семенову заплатить ему опредѣленную сумму денегъ. Предположимъ, кромѣ того, что Петровъ, отдавая подобнаго рода „приказъ", совершилъ дареніе въ пользу Семенова Такъ какъ мы допустили на время, что дареніе является вовсе не договорнымъ обязательствомъ, а просто актомъ перенесенія имущественной цѣнности изъ однихъ рукъ въ другія, безъ какой-бы то ни было къ тому для дарителя обязанности, — то не должно-ли найти себѣ, въ этомъ случаѣ, примѣненіе то общее правило, что никто не можетъ перенести на другое лицо бо́льшихъ правъ, нежели онъ самъ имѣетъ (nemo ad alium plus iuris transferre potest, quam ipse habeat). Другими словами, не слѣдуетъ-ли, при такомъ положеніи дѣла, дать Иванову право противопоставить иску Семенова exceptio indebiti? Съ правильной точки зрѣнія, что-либо подобное едва-ли можетъ быть допущено. Самое бо́льшее, къ чему можетъ повести пониманіе дарения въ указанномъ смыслѣ, — это — къ отказу Семенову въ искѣ противъ Петрова, если Ивановъ *не совершитъ акцепта* „приказа", даннаго Петровымъ. Этимъ дѣло и ограничивается. Какъ только акцептъ имѣлъ, на самомъ дѣлѣ, мѣсто, — обязательство делегаціи должно быть считаемо возникшимъ, и никакихъ возраженій, изъ долгового отношенія между Ивановымъ и Петровымъ, противъ иска Семенова eo ipso уже не допускается, — хотя-бы такое долговое отношеніе и носило мнимый характеръ. Это потому, что делегатъ Ивановъ, прежде чѣмъ совершить акцептъ, — долженъ былъ подумать и подумать, — и уже, конечно, если онъ предпринялъ столь рѣшительный шагъ, — то, можно выставить презумпцію, что онъ впередъ уяснилъ себѣ, можетъ-ли для него доставить достаточный эквивалентъ то отношеніе, въ которомъ онъ стоитъ къ делеганту Петрову.

За ошибку въ этомъ направленіи долженъ, очевидно, нести отвѣтственность самъ Ивановъ, который въ нее впалъ, а не делегатарій Семеновъ, который стоитъ совершенно внѣ обязательства между Ивановымъ и Петровымъ и, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, даже не можетъ знать, носитъ-ли это обязательство мнимый характеръ, или нѣтъ.

b. Разсмотримъ случай, какъ разъ противоположный предыдущему. Отношеніе между делегатомъ и делегантомъ вполнѣ дѣйствительно, а отношеніе между делегантомъ и делегатаріемъ имѣетъ недостатки, дающіе поводъ къ возраженіямъ. Должно-ли и при такомъ положеніи дѣла считать самую делегацію недѣйствительной?

То соображеніе, которое мы постоянно выдвигали впередъ въ нашемъ предшествующемъ изложеніи, — а именно, что делегатарій, какъ лицо, стоящее вовсе въ сторонѣ отъ отношенія съ дефектами, не долженъ страдать отъ этихъ послѣднихъ, — это соображеніе, очевидно, здѣсь не имѣетъ мѣста. Но зато въ пользу недѣйствительности делегаціи могутъ быть приведены здѣсь другія основанія. Делегатарій можетъ запретить делегату вмѣшиваться въ отношеніе между нимъ (делегатаріемъ) и делегантомъ, сославшись, при этомъ, на то, что делегатъ стоитъ совершенно внѣ этого отношенія. Вотъ по этой-то причинѣ делегатъ и не можетъ осуществлять возраженія, коренящіяся въ недостаткахъ указаннаго отношенія По общему правилу, онъ не имѣетъ въ этомъ никакого достойнаго уваженія интереса, такъ какъ, въ большинствѣ случаевъ, онъ долженъ находить достаточное удовлетвореніе и эквивалентъ въ своемъ собственномъ отношеніи къ делеганту По этому было-бы крайне несправедливо позволить ему вмѣшиваться въ отношеніе делеганта къ делегатарію.

Однако, изъ этого общаго правила должно сдѣлать слѣдующія исключенія. Первое исключеніе: делегатъ имѣетъ самостоятельный интересъ въ „отношеніи валюты“. Второе исключеніе: искъ делегатарія не можетъ быть допущенъ вслѣдствіе того, что только-что обозначенное нами отношеніе противорѣчитъ требованіямъ закона или морали.

Обратимся къ разсмотрѣнію каждаго изъ этихъ исключеній отдѣльно.

1. Мы выставили то общее правило, что когда отно-

шеніе между делегатомъ и делегатаріемъ страдаетъ недостатками, — то делегатъ не можетъ осуществлять вытекающія изъ этихъ дефектовъ возраженія, такъ какъ трудно предположить, чтобы онъ имѣлъ въ этомъ какой-либо справедливый интересъ. При этомъ, мы, конечно, предполагаемъ, что отношеніе покрытія свободно отъ недостатковъ и служитъ для делегата достаточнымъ эквивалентомъ за ту обязанность которую налагаетъ не него делегація. Представимъ себѣ, напр., что, делегатъ совершилъ делегаціонный актъ „credendi causa" т. е., съ цѣлью оказать кредитъ делеганту, пріобрѣсти противъ него извѣстное право требованія. Не ясно-ли, что въ этомъ случаѣ эквивалентъ въ пользу делегата уже имѣется, и что для делегата должно представляться совершенно безразличнымъ — страдаетъ-ли какими-либо дефектами „отношеніе валюты", или нѣтъ?

Но могутъ быть, по исключенію, случаи другого рода. Делегація имѣетъ, напр, характеръ даренія въ пользу делеганта, т. е., совершена „donandi causa", причемъ, делегатъ, для погашенія мнимаго долга делеганта, далъ обѣщаніе его мнимому вѣрителю заплатить послѣднему этотъ долгъ. Очевидно, та цѣль, которую преслѣдуетъ делегатъ, вступая въ сдѣлку, является недостигнутою, а потому ему, при такомъ положеніи дѣла, нельзя не предоставить права воспользоваться тѣми возраженіями, которыя стоятъ къ услугамъ делеганта. Правда, делеганту въ подобномъ случаѣ всегда можно было-бы предъявить къ делегатарію condictio indebiti и вытребовать, этимъ путемъ, полученную отъ делегата сумму денегъ, — но эта кондикція весьма часто можетъ доставить ему только иллюзорную выгоду, если предположить, напр., что делегатарій уже успѣлъ истратить деньги, и что нѣтъ другого имущества, на которое можно было-бы обратить взысканіе. Гораздо обезпеченнѣе и прочнѣе было-бы положеніе делеганта, если-бы делегатъ могъ парализовать искъ делегатарія предъявленіемъ къ нему соотвѣтствующихъ возраженій. Вотъ — основанія въ пользу предоставленія делегату права осуществлять возраженія указаннаго характера.

Однако, необходимо еще исполненіе цѣлаго ряда условій, чтобы приведенное нами исключеніе изъ общаго правила, на самомъ дѣлѣ, имѣло мѣсто. Такъ, прежде всего, должно быть ясно констатировано, что делегація совершена единственно для достиженія опредѣленной цѣли, лежащей

въ отношеніяхъ между делегантомъ и делегатаріемъ. Въ противномъ случаѣ, искъ делегатарія можетъ пріобрѣсти значеніе, благодаря наличности другихъ имѣющихся къ тому основаній, — и уже не можетъ быть парализованъ возраженіями делегата означеннаго выше рода. Затѣмъ, необходимо доказать, что право требованія делегатарія къ делеганту, на самомъ дѣлѣ, недѣйствительно. Съ этой точки зрѣнія, необходимо, въ свою очередь, доказательство, что делегантъ, если-бы къ нему предъявилъ искъ делегатарій, — могъ-бы отразить съ успѣхомъ такое нападеніе соотвѣтствующими средствами защиты. При этомъ, не надо никогда забывать, что, въ извѣстныхъ случаяхъ, какъ уже было указано, въ самомъ фактѣ делегаціи слѣдуетъ видѣть „юридическое признаніе“ делегантомъ своего долга делегатарію. Только по выполненіи делегатомъ всѣхъ этихъ весьма нелегкихъ доказательствъ, искъ делегатарія можетъ быть отклоненъ, и делегатъ выдетъ изъ возникшаго процесса побѣдителемъ. Отсюда ясно, что приведенное нами исключеніе изъ общаго правила теряетъ, благодаря указанной трудности для делегата, значительную долю практической важности.

2. Вторымъ исключеніемъ изъ того общаго правила, что делегатъ не можетъ ссылаться въ защиту противъ иска делегатарія — на тѣ или другіе дефекты „отношенія валюты“, является тотъ случай, когда обязательство между делегатаріемъ и делегантомъ носитъ прямо противозаконный или безнравственный характеръ. Если что-либо подобное констатировано вполнѣ точно и не оставляетъ мѣста сомнѣнію, — то самъ судъ ex. officio обязанъ отказать делегатарію въ его искѣ, — въ противномъ случаѣ, произошло-бы нарушеніе общественнаго интереса. Иное дѣло, когда, какъ мы видѣли выше, требованіямъ закона или нравственности противорѣчитъ „отношеніе покрытія“ — такъ какъ, при этомъ, пострадалъ-бы интересъ делегатарія, стоящаго совершенно внѣ противозаконнаго или безнравственнаго отношенія, если-бы примѣнить точку зрѣнія, защищаемую нами въ разбираемомъ случаѣ, при которомъ не существуетъ справедливаго частнаго интереса, могущаго пострадать, — а публичный интересъ, напротивъ, требуетъ уничтоженія делегаціоннаго акта.

Сомнѣніе, относительно допустимости подобнаго исклю-

ченія изъ общаго правила, можетъ возникнуть развѣ при такомъ положеніи дѣла, когда законъ, хотя и запрещаетъ состоявшееся между делегатаріемъ и делегантомъ договорное обязательство, но не уничтожаетъ имѣвшую мѣсто уплату по этому обязательству. Въ этомъ случаѣ, можетъ возникнуть еще вопросъ: нельзя-ли поставить здѣсь делегацію наряду съ настоящею уплатою? Однако, на нашъ взглядъ, сдѣлать это, по крайней мѣрѣ, въ общемъ видѣ, — положительно невозможно. Если законъ склоняется передъ совершившеюся уплатою, какъ передъ „fait accompli“, — то причиною тому служитъ указанный мною „принципъ инерціи“, т. е., нежеланіе вводить разстройство въ экономическую жизнь общества разрушеніемъ уже сложившихся отношеній. При делегаціи — ничего подобнаго, очевидно, нѣтъ, — а потому и нельзя приравнивать её къ уплатѣ.

Таковы — два исключенія изъ приведеннаго нами общаго правила. При этихъ исключеніяхъ, рѣчь идетъ все время только о правѣ делегата оспаривать данное имъ обѣщаніе. Между тѣмъ, можетъ возникнуть вопросъ объ обязанности въ указанномъ смыслѣ, которая для него существуетъ по отношенію къ делеганту. Вѣдь, делегантъ также заинтересованъ, чтобы сдѣлка делегаціи, реализація который влечетъ за собою для него обязанность „покрытія“ происшедшаго вслѣдствіе этого уменьшенія имущества делегата, — не была, на самомъ дѣлѣ, осуществлена, если онъ (делегантъ) лишенъ возможности получить соотвѣтствующій эквивалентъ за такое „покрытіе“, хотя-бы въ видѣ освобожденія отъ того долга, который лежитъ на немъ въ пользу делегатарія. По этому поводу, надо, однако, сдѣлать слѣдующія ограниченія. Такъ какъ весьма естественно предположить, что делегатъ, заключивъ делегацію, былъ побужденъ къ такому шагу исключительно даннымъ ему делегантомъ „приказомъ“, — то слѣдуетъ всякій разъ приводить особыя доказательства въ пользу того, что делегантъ, несмотря на „приказъ“, хотѣлъ видѣть осуществленіе извѣстныхъ возраженій противъ иска делегатарія. Такимъ доказательствомъ можетъ служить, напр., послѣдовавшее вслѣдъ за „приказомъ“ письмо делеганта, въ которомъ делегатъ извѣщается о ближайшей природѣ того „отношенія валюты“, которое лежитъ въ основаніи делегаціи. Все дѣло зависитъ отъ индивидуальныхъ особенностей отдѣльныхъ случаевъ,

и, только взвѣсивъ всѣ эти особенности, можно придти къ какому-либо окончательному результату по занимающему насъ вопросу.

c. Предположимъ, что какъ „отношеніе валюты“, такъ, равно, и „отношеніе покрытія“ являются недѣйствительными. Въ этомъ случаѣ, недѣйствительна сама делегація. Когда, какъ это мы видѣли въ случаяхъ подъ литерами a) и b), недѣйствительнымъ являлось только одно изъ этихъ двухъ отношеній, — то делегація м о г л а быть въ достаточной мѣрѣ обоснована другимъ изъ нихъ. Въ разбираемомъ случаѣ это соображеніе, очевидно, не имѣетъ мѣста. То обстоятельство, — что делегація, несмотря на недѣйствительность „отношенія валюты“ и „отношенія покрытія“ вызываетъ иногда какіе-либо юридическія послѣдствія, въ которыхъ можно усмотрѣть эквивалентъ для делегата, — не въ состояніи повлечь за собою никакого измѣненія относительно выставленнаго нами правила. Пояснимъ нашу мысль примѣромъ. Делегатъ совершилъ обѣщаніе делегаціи, думая, что состоитъ должникомъ делеганта. Между тѣмъ, долгъ оказался мнимымъ. Если, при этомъ, „отношеніе валюты“ тоже недѣйствительно, — то, согласно приведенному выше правилу, — делегація является недѣйствительной. Можетъ-ли внести сюда какое-либо видоизмѣненіе то обстоятельство, что делегату, — если-бы онъ былъ осужденъ по иску, на основаніи такой недѣйствительной делегаціи, — принадлежитъ право требованія отъ делеганта возмѣщенія происшедшихъ черезъ это убытковъ? Не является-ли это возмѣщеніе убытковъ эквивалентомъ для делегата за данное имъ делегатарію обѣщаніе делегаціи? На этотъ вопросъ не можетъ быть дано положительнаго отвѣта. Въ самомъ дѣлѣ, ясно само собою, что право требовать возмѣщеція убытковъ представляетъ гораздо меньшее обезпеченіе интересовъ делегата, чѣмъ освобожденіе отъ исполненія той обязанности въ пользу делегатарія, которая возникаетъ для него вслѣдствіе обѣщанія делегаціи.

Слѣдуетъ сдѣлать изъ общаго правила о недѣйствительности делегаціи при недѣйствительности обоихъ лежащихъ въ ея основаніи отношеній — только одно, но чрезвычайно важное исключеніе. Представимъ себѣ, что делегація, или даже цѣлый рядъ делегацій не присоединяются къ какому-либо отдѣльному конкретному правоотношенію между деле-

гатомъ и делегантомъ, а только составляютъ особую статью въ счетѣ между этими лицами. Расплата по такому счету носитъ, обыкновенно, періодическій характеръ, и, въ то время, когда предпринимается делегація, — является совершенно неопредѣленнымъ, какая изъ сторонъ, въ данный моментъ, состоитъ должникомъ другой. При такомъ положеніи дѣла, очень часто вовсе нельзя рѣшить, совершена-ли делегація „solvendi causa", т е., въ цѣляхъ уменьшенія долга делегата делеганту, или-же, наоборотъ, „credendi causa", т. е, въ цѣляхъ оказанія кредита делегатомъ делеганту. Конечно, при существованіи подобнаго счета между сторонами, не можетъ быть и рѣчи, чтобы делегатъ могъ противопоставлять иску делегатарія возраженія, на основаніи мнимаго характера долгового отношенія между нимъ, делегатомъ, и делегантомъ, ссылаясь на то, что делегація предпринята „solvendi causa", такъ какъ это послѣднее обстоятельство, даже для первоначальныхъ участниковъ въ счетѣ (делегата и делеганта), можетъ представляться совершенно неопредѣленнымъ, — въ особенности-же, для делегатарія, стоящаго совершенно въ сторонѣ отъ этого счета. То-же самое имѣетъ мѣсто, когда „счетъ" существуетъ не только между делегантомъ и делегатомъ, но, одновременно, и между делегантомъ и делегатаріемъ. Весьма понятно, что, въ этомъ случаѣ, и по тѣмъ-же самымъ основаніямъ, — какія-бы то ни было возраженія указаннаго характера противъ иска делегатарія безусловно не допускаются.

§ 56. Въ заключеніе, сдѣлаемъ нѣсколько замѣчаній относительно поставленнаго нами въ началѣ этой главы вопроса, — насколько и въ какомъ смыслѣ слѣдуетъ придавать делегаціи наименованіе „абстрактнаго договорнаго обязательства"?

Многіе писатели думаютъ, что „абстрактный" характеръ делегаціи находитъ себѣ выраженіе въ томъ обстоятельствѣ, что она стоитъ внѣ всякой зависимости отъ каузальнаго момента. Ясно, однако, что делегація въ этомъ смыслѣ столь-же мало, какъ и другіе абстрактные договоры, заслуживаетъ этого названія, и все предшествующее изложеніе скорѣе убѣждаетъ насъ какъ разъ въ противоположномъ.

Абстрактный характеръ делегаціи проявляется, съ нашей точки зрѣнія, въ слѣдующемъ правилѣ: делегатарію, для обоснованія его иска, по общему правилу,

вполнѣ достаточно сослаться на то, что договоръ представляетъ, именно, делегацію, а какихъ-либо указаній насчетъ каузальнаго момента — отъ него безусловно не требуется. Этимъ только и отличается делегація отъ „матеріальныхъ договоровъ“ Чѣмъ-же объяснить такой самостоятельный ея характеръ въ отношеніи „causa“? Отвѣтомъ на этотъ вопросъ прекрасно можетъ служить то обстоятельство, что „causa“ при делегаціи, какъ я уже имѣлъ случай отмѣтить, представляетъ значительную особенность, сравнительно съ „causa“ при другихъ договорныхъ обязательствахъ [1]). Эта особенность состоитъ въ томъ, что „causa“ при делегаціи имѣетъ свой корень не въ отношеніи между вѣрителемъ и должникомъ, какъ это бываетъ обыкновенно, — а въ отношеніи должника къ постороннему лицу. Ясно, что разрѣшеніе вопроса объ эквивалентѣ стоитъ во власти этого посторонняго, третьяго лица, а отсюда само собою вытекаетъ, что для должника, по общему правилу, не было-бы никакой практической выгоды отъ изъясненія вѣрителемъ каузальнаго момента, такъ какъ послѣдній къ этому моменту совершенно не причастенъ.

Кромѣ этого вывода, указанная нами особенность делегаціи, — заключающаяся въ томъ, что должникъ обѣщаетъ одному лицу, а ожидаетъ эквивалентъ отъ другого лица, — влечетъ за собою еще слѣдующее, чрезвычайно важное, послѣдствіе. Оно состоитъ въ томъ, что для должника, въ извѣстныхъ случаяхъ, какъ мы видѣли, вовсе отрѣзана возможность осуществлять противъ иска вѣрителя тѣ возраженія, которыя касаются каузальнаго момента. Этого явленія мы не встрѣчаемъ при другихъ „абстрактныхъ договорныхъ обязательствахъ“. Нами было показано выше, что, даже въ самыхъ крайнихъ случаяхъ „абстракціи“, оторванность обязательства отъ causa obligationis носитъ, въ извѣстной мѣрѣ, только временный и относительный характеръ.

---

1) См. Leonhard въ „Zeitschrift fur Handelsrecht“. Томъ 26 Стр. 40, Bahrl с. стр 28

Делегаціею, этимъ — самымъ абстрактнымъ изъ всѣхъ договорныхъ обязательствъ, — я и заканчиваю мое изслѣдованіе юридической природы „абстрактныхъ и матеріальныхъ обязательствъ въ римскомъ и въ современномъ гражданскомъ правѣ“.