TARTU ÜLIKOOL
1632
UNIVERSITAS TARTUENSIS

Е. В. ПАССЕКЪ.

НЕИМУЩЕСТВЕННЫЙ ИНТЕРЕСЪ

ВЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВѢ.

ЮРЬЕВЪ.
Типографія К. Матисена.
1893.

Дозволено Цензурою. — Дерптъ, 11 Февраля 1893 г.

Est. A
Tartu Riikliku Ülikooli
Raamatukogu
24 861

Введеніе.

§ 1. Дѣйствительность обязательства въ зависимости отъ его объекта.

На вопросъ объ опредѣленіи понятія обязательства современная юридическая литература даетъ два отвѣта.

Одни усматриваютъ сущность и содержаніе обязательства въ правѣ кредитора на извѣстное дѣйствіе лица обязаннаго, въ господствѣ надъ чужимъ дѣйствіемъ, въ подчиненіи чужой воли. Обязательство связываетъ въ извѣстномъ направленіи свободу дѣйствій должника и ставитъ ее въ зависимость отъ воли другаго лица, управомоченнаго по обязательству, отъ воли кредитора. Въ силу этой связанности должникъ можетъ быть вынужденъ или къ совершенію извѣстнаго дѣйствія или, наоборотъ, къ воздержанію отъ извѣстныхъ дѣйствій, — между тѣмъ какъ при отсутствіи обязательства на немъ лежащаго, онъ былъ бы свободенъ поступать по собственному усмотрѣнію, не сообразуясь въ данномъ отношеніи съ волею другаго лица.

Другое мнѣніе, представителями котораго могутъ быть названы Кёппенъ, Демеліусъ, Шоттъ, отчасти Гартманнъ и Бринцъ, опредѣляетъ обязательство какъ господство надъ цѣнностью, находящейся въ чужомъ имуществѣ; факти-

ческое осуществленіе этого отвлеченнаго господства состоитъ въ томъ, что данная цѣнность переносится изъ имущества должника въ имущество кредитора. Дѣйствіе, на которое обязательство направлено, съ одной стороны только ближе опредѣляетъ способъ исполненія, т. е. тотъ порядокъ, какимъ цѣнность должна быть перенесена въ имущество кредитора, съ другой — дѣйствіе это даетъ масштабъ къ опредѣленію величины цѣнности для тѣхъ случаевъ, когда условленный способъ исполненія отпадаетъ, но отпаденіе это не освобождаетъ должника отъ лежащей на немъ обязанности [1]).

Въ сущности оба указанныя опредѣленія далеко не такъ различны между собой какъ это могло бы казаться съ перваго взгляда; между ними нетолько существуетъ извѣстная внутренняя связь, но второе можетъ быть даже названо простой модификаціей перваго. Въ самомъ дѣлѣ — если имущественная цѣнность дѣйствія, на которое обязательство направлено, возводится въ необходимое условіе юридической силы самого обязательства (что, какъ мы увидитъ ниже, и дѣлается большинствомъ юристовъ совершенно независимо отъ того опредѣленія, какое ими дается понятію обязательства), то по существу является безразличнымъ, назовемъ ли мы содержаніемъ обязательства самое дѣйствіе (какъ дѣлаетъ большинство) или представляемую этимъ дѣйствіемъ имущественную цѣнность (вмѣстѣ со сторонниками втораго взгляда).

Господствующимъ въ современной наукѣ, и безъ сомнѣнія правильнымъ, должно быть признано первое опредѣле-

1) Köppen. Die Erbschaft, стр. 14. Demelius. Untersuchungen. 1. Nr. II, стр. 158 сл. Schott. Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. стр. 45 сл. Hartmann. Die Obligation. стр. 20 сл. 119 сл. Brinz. Pandecten. 2 изд. II. стр. 1 сл.

ніе, усматривающее сущность обязательства въ правѣ одного лица на дѣйствіе другаго[2]). Будучи подробно обосновано Савиньи и Пухтой — оно принято такимъ громаднымъ большинствомъ юристовъ, что подробное указаніе на отдѣльныя имена можно считать излишнимъ. При этомъ, однако, самъ собою возникаетъ дальнѣйшій вопросъ.

Дѣйствія, которыя могутъ быть совершаемы человѣкомъ, разнообразны до безконечности. Всякое ли изъ нихъ способно быть предметомъ обязательства или для этого необходимо, чтобы дѣйствіе обладало извѣстными свойствами, удовлетворяло извѣстнымъ требованіямъ, такъ что при отсутствіи первыхъ и при противорѣчіи вторымъ за обязательствомъ на такое дѣйствіе направленнымъ не можетъ быть признано юридическаго значенія?

Наиболѣе общее ограниченіе въ этомъ направленіи ставитъ, по примѣру Гегеля, Савиньи. Господство надъ чужими дѣйствіями, имѣющее въ результатѣ подчиненіе личности должника кредитору, не должно вести къ полному порабощенію этой личности; сумма дѣйствій, къ совершенію которыхъ извѣстный должникъ обязанъ по отношенію къ извѣстному кредитору, должна представляться минимальной по отношенію ко всему кругу свободной дѣятельности перваго[3]).

---

2) Римское право, усматривая сущность обязательства въ томъ, чтобы оно „alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum“ и подраздѣляя, такимъ образомъ, возможные объекты обязательства на dare, facere, praestare со стороны должника, — подводитъ, однако, подъ выраженіе „facere,“ понимаемое въ широкомъ смыслѣ слова, всякій объектъ обязательства: „verbum f a c e r e omnem omnino faciendi causam complectitur dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi“ (L. 218 D. de V. S. 50. 16. Papinian. l° 27° quaestion. cf. Lenel. Palingenes. I. 868 Nr. 332).

3) Savigny. Obligat. R. I § 2 стр. 6 H e g e l. Philosophie des Rechts. § 67.

Съ этимъ ограниченіемъ, болѣе однако количественнымъ, чѣмъ качественнымъ, можно согласиться безусловно [4]). Въ положительныхъ законодательствахъ на этомъ основаніи запрещается, нпр., заключеніе договора личнаго найма на срокъ, превышающій извѣстный, установленный закономъ, maximum.

Равнымъ образомъ могутъ считаться безспорными два слѣдующія положенія, точнѣе опредѣляющія условія, которымъ должно удовлетворять каждое отдѣльное дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства; именно:

1. Что это дѣйствіе должно быть возможнымъ, возможнымъ фактически и юридически.

2. Что оно не должно быть безнравственнымъ.

Обязательства, направленныя на дѣйствія невозможныя и на дѣйствія безнравственныя юридической силы имѣть не могутъ, что понятно само собой, такъ какъ оба требованія вытекаютъ непосредственно изъ самой природы права. Къ совершенію дѣйствій фактически невозможныхъ право принудить не въ состояніи. Давая защиту требованіямъ, направленнымъ на дѣйствія невозможныя юридически (иными словами — самимъ же правомъ запрещенныя), оно становилось бы въ противорѣчіе со своими собственными нормами. Защищая, наконецъ, обязательства имѣющія предметомъ дѣйствія безнравственныя — право шло бы въ разрѣзъ со своими основными задачами: каково бы ни было отношеніе между правомъ и мо-

4) Количественнымъ — такъ какъ обязательства, ограничивающія личную свободу должника лишь въ отдѣльныхъ отношеніяхъ, признаются недѣйствительными еще на другомъ основаніи: по безнравственности содержанія.

ралью защита безнравственности, тѣмъ болѣе принужденіе къ ней, въ цѣли права входить не можетъ [5]).

Но если не можетъ возбуждать сомнѣній въ своей правильности ни одно изъ приведенныхъ требованій, точнѣе опредѣляющихъ характеръ, который должно имѣть дѣйствіе, чтобы быть возможнымъ предметомъ обязательства, то въ высшей степени спорнымъ является дальнѣйшее условіе необходимое, по господствующему въ современной романистической литературѣ взгляду, для дѣйствительности обязательства; именно условіе, въ силу котораго обязательство должно обладать имущественнымъ, денежнымъ интересомъ, другими словами, что дѣйствіе, на которое обязательство направлено, должно обладать имущественной цѣнностью.

Подробное изложеніе литературы вопроса будетъ дано ниже; пока можно ограничиться указаніемъ, что различіе во взглядахъ доходитъ въ этой области до діаметральной противоположности ихъ между собой, причемъ между двумя крайними направленіями располагается еще цѣлый рядъ посредствующихъ мнѣній. Одни (какъ нпр. Савиньи, Фр. Моммсенъ, Гартманнъ) считаютъ возможнымъ объектомъ обязательства только такія дѣйствія, которыя обладаютъ имущественной цѣнностью вообще; другіе (Унтергольцнеръ, Пухта, Келлеръ, Бринцъ, Рено) требуютъ, чтобы дѣйствіе представляло имущественную цѣнность для кредитора; третьи (нпр.

5) Другой вопросъ, конечно,—могутъ ли обязательства, направленныя на такія дѣйствія, влечь за собой вообще какія нибудь юридическія послѣдствія. Утвердительный отвѣтъ на это возможенъ безъ всякаго противорѣчія основному правилу о недѣйствительности самого обязательства. Такъ нпр. изъ обязательствъ подобнаго рода легко, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ вытекать отвѣтственность одной стороны за вредъ и убытки понесенные другой отъ вступленія въ обязательство.

Арндтсъ, Нейнеръ) — чтобы это дѣйствіе могло по крайней мѣрѣ быть сведено къ денежной цѣнности; Дернбургъ считаетъ достаточнымъ уже косвеннаго отношенія къ имуществу полагая, что объектомъ обязательства могутъ быть только тѣ дѣйствія которыя въ оборотѣ совершаются за деньги.

Въ противоположность всѣмъ этимъ мнѣніямъ, въ той или иной степени требующимъ для обязательства характера имущественнаго интереса, другіе юристы (Гейеръ, Виндшейдъ, Іерингъ, Унгеръ, Гольдшмидтъ и т. д.) объявляютъ это условіе для обязательства абсолютно безразличнымъ. При этомъ и между авторами послѣдней категоріи не существуетъ, однако, полнаго единогласія относительно границъ, которыми очерчивается кругъ интересовъ подлежащихъ защитѣ права и за предѣлами которыхъ такой интересъ теряетъ свойство интереса юридическаго.

Въ частности по отношенію къ римскому праву мнѣнія расходятся еще дальше. Независимо отъ того, что каждый изъ упомянутыхъ выше взглядовъ ищетъ точки опоры въ римскихъ источникахъ — здѣсь идетъ споръ о томъ, не слѣдуетъ ли считать требованіе имущественной цѣнности точкой зрѣнія старѣйшаго періода развитія римскаго права, оставленной съ теченіемъ времени? не составляетъ ли это требованіе особенности обязательствъ stricti juris въ противоположность obligationes bonae fidei? какъ согласовать неимущественную цѣнность съ принципомъ condemnatio pecuniaria, съ римскимъ порядкомъ исполненія судебнаго рѣшенія и т. д.

Но раньше чѣмъ перейдти къ подробностямъ — необходимо остановиться точнѣе на понятіяхъ имущественной цѣнности и имущественнаго интереса, лежащихъ въ основаніи всего

дальнѣйшаго изложенія; опредѣленіе этихъ понятій нетолько выяснитъ самый предметъ спора, но отчасти обрисуетъ и основанія его.

§ 2. Интересъ и цѣнность.

Требовать, чтобы обязательство представляло для кредитора интересъ значитъ, вообще говоря, требовать только одного: чтобы совершеніе или несовершеніе должникомъ дѣйствія, къ которому онъ обязанъ — не было для кредитора безразличнымъ, чтобы исполненію обязательства кредиторъ придавалъ извѣстное значеніе. Понимая выраженіе „интересъ“ въ этомъ смыслѣ — можно согласиться съ тѣмъ, что наличность его есть необходимое условіе дѣйствительности обязательства т. е., что если исполненіе или неисполненіе послѣдняго должникомъ для кредитора абсолютно безразлично — въ такомъ случаѣ кредитору должно быть отказано въ правѣ осуществленія обязательства судебнымъ порядкомъ.

Нетрудно, однако, убѣдиться, что требованіе, выраженное въ такой общей формѣ лишено, въ сущности, всякаго содержанія [1]). Что исполненіе обязательства для него не безразлично — это, разъ обязательство возникло изъ договора, кредиторъ доказываетъ уже тѣмъ, что вступилъ въ такого рода договоръ съ должникомъ, во всякомъ же случаѣ онъ показываетъ

1) Слѣдуетъ замѣтить, что выраженіе „интересъ“ ставшее, по замѣчанію Пернис а, моднымъ терминомъ современной юридической литературы, само по себѣ страдаетъ нѣкоторой неопредѣленностью. P e r n i c e. Parerga (Ztschr. Sav. Stift. V. 1884 г.) II стр. 45 (ср. Labeo III[1] стр. 173), со ссылкой на G n e i s t. Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, стр. 52 сл. — Какой смыслъ ему придается по отношенію къ данному вопросу — видно изъ дальнѣйшаго изложенія; о техническомъ значеніи понятія ср. Fr. M o m m s e n. Beiträge zum Oblig. R. Abth. II. Zur Lehre von dem Interesse § 1, 2.

это самымъ фактомъ предъявленія къ должнику иска. Ставить кредитора въ необходимость въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ доказывать особо, что исполненіе обязательства имѣетъ для него значеніе — очевидно невозможно.

Такимъ образомъ одно изъ двухъ: или требованіе наличности интереса въ качествѣ существеннаго условія юридической силы обязательства лишено всякаго практическаго значенія, или-же необходимо ближе опредѣлить какого рода долженъ быть этотъ интересъ. Въ послѣднемъ отношеніи господствующее мнѣніе, какъ только что замѣчено, и признаетъ необходимость интереса имущественнаго или вообще или лично для кредитора. Въ какихъ же случаяхъ этотъ интересъ на лице имѣется?

Съ экономической точки зрѣнія имущество есть совокупность матерьяльныхъ благъ, разсматриваемая какъ одно цѣлое. Съ точки зрѣнія юридической — подъ имуществомъ понимается совокупность принадлежащихъ субъекту правъ, имѣющихъ объектомъ матерьяльныя блага, т. е. или непосредственно обезпечивающихъ управомоченному пользованіе ими, или же направленныхъ, въ конечномъ результатѣ, на доставленіе ему такого пользованія. Каждое отдѣльное право, входящее и способное входить въ составъ этой совокупности, есть право имущественное [2]).

2) Имущество разсматривается какъ одно цѣлое въ силу принадлежности своей одному субъекту. Опредѣленіе данное въ текстѣ отмѣчаетъ только одну сторону имущественной сферы лица — совокупность правомочій, которая точнѣе можетъ быть названа активнымъ имуществомъ. Понятіе имущества нерѣдко опредѣляется, однако, какъ совокупность в с ѣ х ъ имущественныхъ правоотношеній субъекта; при такомъ опредѣленіи понятіе это охватываетъ нетолько имущественныя права но и имущественныя обязанности, „commoda et incommoda“ по выраженію Ульпіана въ L 1. 3 pr. D. de bon. poss. 37. 1. Въ источникахъ выраженіе „bona“ употребляется большею частью въ смыслѣ или активнаго имущества или

Понимая подъ интересомъ то значеніе, которое придается лицемъ чему бы то ни было, подъ цѣнностью — то свойство блага, въ силу котораго ему значеніе вообще придается, мы должны заключить, что имущественнымъ интересомъ и имущественной цѣнностью обладаетъ только то, что можетъ входить въ составъ имущества, т. е. ближайшимъ образомъ только каждый отдѣльный матерьяльный объектъ. Далѣе, однако, понятія эти примѣнимы и къ правамъ, обезпечивающимъ пользованіе такого рода объектами; примѣнимы потому, что правамъ этимъ приписывается значеніе и цѣнность въ той мѣрѣ, въ какой то и другое приписывается самому матерьяльному благу являющемуся объектомъ имущественнаго права.

Предметъ обязательственнаго права есть дѣйствіе должника; само по себѣ дѣйствіе не есть матерьяльный объектъ, но результатомъ его совершенія можетъ быть предоставленіе такого объекта кредитору или другому лицу. Въ случаяхъ подобнаго рода можно говорить объ имущественной цѣнности обязательственнаго дѣйствія и, въ зависимости отъ этого, объ имущественной цѣнности самого обязательства, причемъ и дѣйствіе и обязательство считаются равноцѣнными тому матерь-

чистаго остатка, за вычетомъ обязательствъ (bona deducto aere alieno; ср. L. 39 § 1 D. de V. S. 50. 16. L. 83 eod.), иногда, однако, это выраженіе охватываетъ совокупность activa и passiva (такъ нпр. и въ L. 1. 3 pr. cit.). При этомъ не слѣдуетъ упускать изъ вида, что римскіе юристы, говоря о bona, ближайшимъ образомъ имѣли въ виду толкованіе смысла, въ какомъ это выраженіе понималось въ эдиктѣ (bonorum possessio, missio in bona и т. п. Ср. Lenel. Edict. Perpet. стр. 331 сл.). Выясненіе юридическаго понятія имущества и въ частности значенія и развитія этого понятія въ римскомъ правѣ, составляетъ содержаніе труда Birkmeyer'a. Ueber das Vermögen im juristischen Sinne. О томъ же ср. Savigny. System d. heut. R. R. I. стр. 339, 340 пр. b. Neuner. Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. § 13 (стр. 90 сл.). Windscheid. Pandect. I. § 42 въ нач. Brinz. Pand. 1 изд. § 150. стр. 651. 2 изд. I. § 124. стр. 445 сл. Pernice. Labeo. I. стр. 310 сл.

яльному объекту, который будетъ полученъ какъ результатъ исполненія должникомъ лежащей на немъ обязанности[3]). Если этотъ объектъ поступаетъ въ имущество кредитора — обязательственное дѣйствіе представляетъ имущественный интересъ спеціально для него; если объектъ поступаетъ не въ имущество кредитора (нпр. обязательства въ пользу третьихъ лицъ) — дѣйствіе обладаетъ имущественной цѣнностью само по себѣ, но не для кредитора въ частности.

Рядомъ съ матерьяльными благами каждое лице можетъ обладать извѣстной совокупностью чисто идеальныхъ, отвлеченныхъ благъ, объемъ и составъ которыхъ не стоитъ или ни въ какомъ отношеніи къ объему и составу его имущества или, если и стоитъ, то въ отношеніи чисто косвенномъ. Честь, доброе имя, покой, здоровье — обладаніе всѣмъ этимъ представляетъ для человѣка интересъ; все это блага имѣющія для него свою цѣнность, такъ какъ, удовлетворяя идеальнымъ потребностямъ человѣческой природы, они имѣютъ значеніе для каждаго. Этотъ интересъ и эта цѣнность должны быть названы неимущественными потому, что сами цѣнимые объекты, съ которыми мы встрѣчаемся въ этой области не имѣютъ матерьяльнаго характера. Косвенное отношеніе къ имуществу, какъ уже замѣчено, возможно и здѣсь: въ иныхъ случаяхъ съ помощью извѣстныхъ матерьяльныхъ затратъ можетъ быть сохранено или пріобрѣтено здоровье, возстановлено и ограждено доброе имя, получено извѣстное образованіе; въ другихъ — лишеніе здоровья, добраго имени, отсутствіе образованія

3) Цѣнность обязательства на извѣстную денежную сумму равняется такимъ образомъ самой денежной суммѣ; на передачу въ собственность недвижимаго имѣнья, дома, вещи — цѣнности ихъ и. т. д.

могутъ въ значительной степени вліять на имущественную состоятельность лица. Но и въ случаяхъ подобнаго рода никто не станетъ, конечно, измѣрять цѣнность благъ такого рода тѣми денежными суммами, которыя истрачены на ихъ защиту и пріобрѣтеніе или которыхъ лице лишается вслѣдствіе ихъ отсутствія. Въ этой области интересъ и цѣнность блага находятся въ полной зависимости отъ чисто индивидуальныхъ чувствъ и наклонностей именно даннаго субъекта, разница же этихъ вкусовъ и наклонностей можетъ здѣсь доходить до того, что представляющееся одному благомъ можетъ казаться другому чистымъ зломъ.

Возможны случаи, когда совершеніе должникомъ дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства, имѣетъ результатомъ доставленіе кредитору или другому лицу не матерьяльнаго, имущественнаго объекта а чисто отвлеченнаго блага или-же огражденіе послѣдняго отъ нарушенія. Интересъ (въ наиболѣе общемъ смыслѣ слова), какъ необходимое условіе обязательства, въ такихъ случаяхъ на лице имѣется: кредитору не безразлично, исполнитъ ли должникъ свое обязательство или нѣтъ, но имущественнымъ этотъ интересъ названъ быть не можетъ[4]).

Результатъ всего сказаннаго выше, такимъ образомъ, слѣдующій. Дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, обладаетъ имущественной цѣнностью въ томъ случаѣ, если конечнымъ результатомъ его совершенія должникомъ будетъ поступленіе въ имущество кредитора или другаго лица какого

4) Въ примѣръ обязательства такого рода Виндшейдъ (Pand. II. § 250 пр. 3) приводитъ договоръ, заключенный между двумя сосѣдями по квартирѣ о прекращеніи однимъ изъ нихъ игры на фортепьяно, неудобной другому. Цѣлый рядъ примѣровъ такого рода можно, далѣе, найдти въ Gutachten Іеринга; нетрудно увеличить число ихъ до какой угодно цифры.

нибудь матерьяльнаго объекта; въ противномъ случаѣ дѣйствіе это или представляетъ для кредитора интересъ неимущественный или не представляетъ вовсе никакого интереса.

§ 3. Опредѣленіе величины цѣнности и интереса.

Изъ изложеннаго видно, что въ основаніи понятій цѣнности и интереса лежитъ элементъ чисто субъективный: значеніе, придаваемое лицемъ обладанію чѣмъ бы то ни было зависитъ, строго говоря, въ каждомъ данномъ случаѣ, исключительно отъ индивидуальныхъ вкусовъ и наклонностей даннаго лица, такъ какъ обладаніе любымъ благомъ (какъ матерьяльнымъ такъ и отвлеченнымъ) цѣнится каждымъ постольку, поскольку это послѣднее удовлетворяетъ субъективнымъ потребностямъ обладателя. Естественнымъ мѣриломъ цѣнности должно было бы, такимъ образомъ, служить субъективное чувство управомоченнаго.

Ясно, однако, что класть въ основаніе своихъ рѣшеній такой шаткій и неопредѣленный критерій какъ субъективныя чувства отдѣльныхъ лицъ право, не впадая въ произволъ, не можетъ. При исполненіи лежащей на немъ задачи — регулированіи отношеній людей между собой и возстановленіи нарушенныхъ правъ — оно должно, по крайней мѣрѣ для громаднаго большинства случаевъ, искать болѣе объективнаго мѣрила цѣнности, и въ области имущественныхъ отношеній находитъ его въ деньгахъ.

При такого рода оцѣнкѣ право руководится взглядомъ, что одинъ и тотъ-же имущественный объектъ д о л ж е н ъ имѣть равную цѣнность для каждаго. Непрерывное обращеніе матерьяльныхъ благъ между людьми, поведшее къ установленію всеобщаго измѣрителя цѣнностей — денегъ, даетъ воз-

можность пріобрѣсти каждое изъ нихъ въ любой моментъ за извѣстную денежную сумму. Вмѣстѣ съ тѣмъ послѣдній фактъ позволяетъ считать каждый матерьяльный объектъ равноцѣннымъ той суммѣ денегъ, за которую послѣдній можетъ быть пріобрѣтенъ въ оборотѣ. Равноцѣннымъ этой же суммѣ можетъ считаться имущественное право, обезпечивающее пользованіе такимъ объектомъ (по соразмѣрности, конечно, съ объемомъ и длительностью такого пользованія); наконецъ въ опредѣленной денежной суммѣ можетъ быть выражена и совокупность отдѣльныхъ имущественныхъ правъ — имущество: величина его опредѣлится суммой слагаемыхъ, полученныхъ отъ опредѣленія цѣнности каждаго имущественнаго права въ отдѣльности. Что касается, въ частности, до имущественной цѣнности обязательства, то и она выразится въ извѣстной денежной суммѣ, въ зависимости отъ цѣнности того матерьяльнаго объекта, который поступитъ въ имущество кредитора или другаго лица въ результатѣ совершенія должникомъ дѣйствія къ совершенію котораго онъ обязанъ.

Практическое примѣненіе права при такихъ условіяхъ значительно облегчается. Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло идетъ объ имущественной отвѣтственности одного лица передъ другимъ — размѣръ этой отвѣтственности всегда можетъ быть выраженъ въ опредѣленной денежной суммѣ, удовлетвореніе — произведено путемъ изъятія этой суммы изъ имущества одного лица и перенесеніемъ ея въ имущество другаго. Что касается, наконецъ, до опредѣленія величины этой отвѣтственности, то (при всемъ различіи принциповъ, примѣняемыхъ въ отдѣльныхъ случаяхъ) величина эта опредѣляется не на основаніи неподдающихся точному исчисленію субъективныхъ наклонностей отдѣльныхъ лицъ а на основаніи строго объективнаго признака

— денежной стоимости данныхъ имущественныхъ объектовъ въ оборотѣ.

Въ зависимости отъ этого можетъ быть внесена поправка и въ самое опредѣленіе понятій имущественной цѣнности и имущественнаго интереса. Подъ первой должна быть понимаема способность имущественнаго объекта быть выраженнымъ въ извѣстной денежной суммѣ, подъ вторымъ — то значеніе, которое обладанію этой денежной суммой придается. Такъ какъ, однако, такое значеніе измѣряется, согласно сказанному выше, исключительно величиной этой суммы и тою же величиной измѣряется самая цѣнность объекта — то при данныхъ условіяхъ понятія цѣнности и интереса очевидно совпадаютъ.

Цѣнность опредѣляемая такимъ способомъ точнѣе можетъ быть названа рыночной или мѣновой цѣнностью (pretium commune). Въ громадномъ большинствѣ случаевъ именно она кладется въ основаніе оцѣнки объектовъ и правъ при регулированіи имущественныхъ отношеній; въ отдѣльныхъ случаяхъ, однако, право можетъ возвращаться къ данному выше естественному понятію цѣнности и опредѣлять ея размѣры не по рыночной стоимости объекта; оно можетъ, въ видѣ исключенія, принимать во вниманіе то значеніе, которое придается обладанію имъ опредѣленнымъ лицемъ, даннымъ субъектомъ. Въ такихъ случаяхъ говорится о цѣнности особаго пристрастія (pretium affectionis, Affectionswerth, prix d'affection) и объ интересѣ особаго пристрастія (Affectionsinteresse, interêt d'affection) [1]).

1) Исключенія подобнаго рода оправдываются тѣмъ соображеніемъ, что въ отдѣльныхъ случаяхъ отдѣльные имущественные объекты могутъ удовлетворять потребностямъ обладателей не тѣми своими свойствами, въ силу которыхъ эти объекты являются предметами гражданскаго оборота, а сверхъ того еще и другими, имѣющими значеніе только для дан-

Обладая объективнымъ критеріемъ для измѣренія цѣнности имущественныхъ объектовъ и правъ мы лишены его по отношенію къ тому, что мы выше назвали отвлеченными, идеальными благами; достаточно, въ самомъ дѣлѣ, поверхностнаго разсужденія, чтобы убѣдиться въ томъ, что отвлеченныя блага и деньги — двѣ величины абсолютно несоизмѣримыя.

Блага подобнаго рода предметомъ гражданскаго оборота служить не могутъ; ни одно изъ нихъ не можетъ быть пріобрѣтено каждымъ желающимъ въ любой данный моментъ за опредѣленную денежную сумму, поэтому (въ противоположность матерьяльнымъ объектамъ) ни къ нимъ, ни къ правамъ имѣющимъ цѣлью ихъ доставленіе и защиту, неприложимо понятіе рыночной или мѣновой цѣнности, т. е. именно то понятіе, которое одно способно дать объективный критерій для опредѣленія цѣнности блага. Что даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ косвенное отношеніе между имуществомъ и отвлеченными благами на лице имѣется — цѣнность послѣднихъ не можетъ считаться соразмѣрной величинѣ имущественныхъ затратъ, произведенныхъ на ихъ пріобрѣтеніе и огражденіе, было уже замѣчено выше. Между тѣмъ и такое косвенное отношеніе существуетъ далеко не всегда и, въ качествѣ общаго правила, скорѣе можетъ быть установленъ обратный принципъ: полная независимость отвлеченныхъ благъ отъ имущества.

наго лица (нпр. портреты близкихъ людей, подаренныя ими вещи и. т. д.). Субъективныя чувства лица не могутъ приниматься въ разсчетъ всегда но возможны случаи, въ которыхъ не обращать на нихъ вниманія было бы несправедливо. — Употребленный въ текстѣ русскій терминъ „цѣнность особаго пристрастія“ можно находить не вполнѣ удачнымъ, но термина точно соотвѣтствующаго выраженію pretium affectionis въ нашемъ юридическомъ языкѣ не существуетъ. Побѣдоносцевъ. Курсъ Гражд. Пр. III. стр. 186 пользуется выраженіемъ „особливая цѣнность“; оттѣнокъ „affectio“ при этомъ теряется.

Мы приходимъ, поэтому, къ выводу, что во всѣхъ случаяхъ, гдѣ юридическія отношенія касаются такого рода благъ, интересъ (т. е. то значеніе, которое ихъ наличности субъектомъ придается) и цѣнность ихъ (т. е. то свойство, въ силу котораго имъ придается значеніе) ни по отношенію къ имуществу, ни съ помощью денегъ оцѣнены быть не могутъ. Мы пользуемся, поэтому, въ примѣненіи къ этимъ благамъ терминами неимущественная цѣнность и неимущественный интересъ; выраженіе употребительное въ германской юридической литературѣ есть опять таки Affectionswerth и Affectionsinteresse [2]).

2) Эти выраженія совпадаютъ, такимъ образомъ, съ тѣми, которыя употребляются для обозначенія цѣнности особаго пристрастія въ примѣненіи къ матерьяльнымъ объектамъ (pretium affectionis). Объ отношеніи авторовъ къ тому и другому рѣчь будетъ ниже, но мы замѣтимъ уже здѣсь, что многіе изъ нихъ склонны придавать термину Affectionsinteresse смыслъ пристрастія ни на чемъ, кромѣ каприза даннаго лица не основаннаго и ничѣмъ не мотивированнаго. Можно утверждать, что такая склонность въ значительной степени отражается и на отношеніи данныхъ авторовъ къ вопросу о защитѣ неимущественныхъ интересовъ — защищать капризы и ни на чемъ не основанное пристрастіе они считаютъ излишнимъ, въ чемъ конечно и правы, но при этомъ упускается изъ вида, что и въ области имущественныхъ отношеній особое пристрастіе далеко не всегда неосновательно, не говоря уже о томъ, что въ области отвлеченныхъ благъ неимущественная цѣнность и неосновательное пристрастіе два понятія совершенно различныя. — Если мы прослѣдимъ смыслъ, въ которомъ термины affectus, affectio употребляются въ источникахъ, то получимъ слѣдующій результатъ. Подъ нимъ понимаются: дружба (L. 8 D. de castr. pecul. 49. 17); супружеская любовь (L. 32 § 13 D. de aliment. 34. 1.); родительская любовь (affectio paterna въ L. 71 D. de eviction. 21. 2.; naturalis affectus patris въ L. 28 § 3 D. de lib. leg. 34. 3; привязанность родителей къ liberi naturales — L. 33 pr. D. de leg. Aquil. 9. 2, L. 63 pr. D. ad leg Falcid. 35. 2., L. 54 pr. D. mandat. 17. 1). Въ L. 1 § 3 D. de injur. 47. 10 affectus признается основаніемъ для права предъявленія actio injuriarum и ставится наравнѣ съ potestas (въ этомъ текстѣ можно подозрѣвать интерполяцію affectus вмѣсто „manu mancipiove“, но и въ такомъ случаѣ остается характернымъ самый выборъ этого слова). Иногда affectus обозначаетъ родственную связь (такъ нпр. въ Lex Pompeja de parricidiis § 6 J. de public. judic. 4. 18), иногда употребляется въ смыслѣ „дѣти“ (L. 3 C. Theod. de naufrag. 13. 9); такой же сер-

§ 4. Имущественный и неимущественный интересъ въ обязательствахъ, возникающихъ изъ юридическихъ актовъ.

Разсматривая подробнѣе отношеніе, въ какомъ опредѣленныя выше понятія имущественнаго и неимущественнаго интереса могутъ стоять къ обязательству, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ.

По причинамъ возникновенія обязательства могутъ быть раздѣлены на двѣ большія группы: одни изъ нихъ возникаютъ какъ результатъ свободной воли лицъ, дѣйствующихъ въ предѣлахъ, отведенныхъ имъ объективнымъ правомъ границъ самоопредѣленія, другія — какъ слѣдствіе нарушенія однимъ лицемъ правъ другаго, нарушенія, устанавливающаго извѣстныя обязательственныя отношенія между совершившимъ правонарушеніе и потерпѣвшимъ отъ него. Къ первой группѣ относятся нпр. обязательства, возникающія изъ договоровъ, односторонихъ обѣщаній, завѣщательныхъ распоряженій и т. д.; ко второй — главнымъ образомъ, но далеко не исключительно, обязательства, возникающія изъ деликтовъ и анало-

---

езный мотивъ привязанности слѣдуетъ подразумѣвать и въ L. 6 D. de pignor. 20. 1, гдѣ affectio признается основаніемъ исключенія любимаго раба изъ общей гипотеки (это доказывается и L. 8 D. eod., который очевидно есть продолженіе L. 6 cit.). Въ L. 7 D. de serv. export. 18. 7 содержаніе affectio объясняется какъ желаніе „beneficio adfici hominem“. Остается лишь одинъ текстъ Ульпіана (L. 6 § 2 D. de oper. serv. 7. 7), гдѣ affectio ставится наравнѣ съ voluptas, но и здѣсь какъ на основаніе для affectio юристъ указываетъ на dilexerit (что кромѣ смысла „любить“ употребляется и въ смыслѣ „почитать“, „уважать“), между тѣмъ какъ въ основаніе voluptas онъ кладетъ „in deliciis habere“. — Въ виду указанныхъ текстовъ нельзя, какъ намъ кажется, не придти къ убѣжденію, что выраженія affectus, affectio (въ противоположность voluptas, deliciae) употребляется римскими юристами для обозначенія серьезнаго, основательнаго расположенія, серьезной привязанности.

гичныхъ основаній (quasi delicta)[1]). Существенное различіе между обѣими группами состоитъ въ томъ, что обязательства, относящіяся къ первой изъ нихъ, служатъ отдѣльнымъ лицамъ средствомъ къ пріобрѣтенію благъ, имѣющихъ для этихъ послѣднихъ значеніе; относящіяся ко второй, — возникая изъ нарушенія чужихъ правъ, являются орудіемъ защиты благъ уже пріобрѣтенныхъ. Въ виду такого различія каждая изъ этихъ группъ и должна быть разсмотрѣна отдѣльно.

Въ обязательствахъ, возникающихъ какъ результатъ свободной дѣятельности лицъ, — ближайшее опредѣленіе предмета и содержанія каждаго отдѣльнаго обязательства предоставлено свободному усмотрѣнію лицъ его устанавливающихъ. Границы этому свободному усмотрѣнію кладутся съ одной стороны природой (дѣйствія физически невозможныя), съ другой — объ-

1) Одна изъ этихъ двухъ причинъ лежитъ въ основаніи всякаго обязательственнаго отношенія, совершенно независимо отъ того, принадлежитъ ли послѣднее къ области т. наз. „спеціально — обязательственнаго права“ или-же возникаетъ на почвѣ вещныхъ, семейныхъ, наслѣдственныхъ правъ. Римская классификація основаній возникновенія обязательствъ на obligationes ex contractu и ex delicto, съ дополнительнымъ распредѣленіемъ обязательствъ, не подходящихъ въ точности подъ эти рамки, на двѣ второстепенныя группы: obligationes quasi ex contractu и quasi ex delicto, должна быть, поэтому, признана въ высшей степени удачной и вполнѣ отвѣчающей самой сущности предмета. Единственная поправка, которая могла бы быть внесена въ такую классификацію — это подведеніе обязательствъ ex contractu и quasi ex contractu подъ одну общую группу: „обязательства возникающія изъ юридическихъ актовъ“ (ср. Windscheid. Pand. II. § 362 пр. 1); обобщеніе — въ которомъ римскіе юристы не нуждались потому, что pollicitationes въ римскомъ правѣ играютъ ничтожную роль, а искомость pacta развивалась лишь постепенно, причемъ развитіе это далеко не доведено до конца. Изъ многочисленныхъ попытокъ замѣнить римскую классификацію другой (ср. нпр. Sintenis Pract. Civilr. II. § 95 пр. 1. Bruns-Eck. v. Holtzend. Encyclop. I. § 70. Baron. Pand. § 210. v. d. Pfordten. Abhandlungen Nr. 4.) ни одна не можетъ быть признана удачной. Громадное большинство юристовъ поэтому съ полнымъ основаніемъ еще и до настоящаго времени излагаетъ систему обязательствъ въ порядкѣ римской классификаціи.

ективнымъ правомъ (дѣйствія безнравственныя и невозможныя юридически), но въ этихъ границахъ самоопредѣленію отдѣльныхъ лицъ предоставленъ широкій просторъ[2]).

Въ чрезвычайно частыхъ случаяхъ обязательства подобнаго рода имѣютъ непосредственное отношеніе къ матерьяльнымъ благамъ, къ имущественнымъ предметамъ; отношеніе, состоящее въ томъ, что содержаніемъ ближайшаго объекта обязательства, — дѣйствія должника, — является обязанность послѣдняго перенести извѣстный матерьяльный предметъ въ болѣе или менѣе полное, срочное или безсрочное, обладаніе кредитора. Цѣль такого перенесенія можетъ быть различна; она можетъ состоять или въ доставленіи кредитору новаго матерьяльнаго объекта, до сихъ поръ не бывшаго въ его обладаніи (нпр. купля-продажа, наемъ вещей), или въ возвращеніи предмета ему уже принадлежавшаго (нпр. ссуда, заемъ, поклажа), но какова бы она ни была — вездѣ и всегда при такого рода отношеніи имѣется возможность установить точную связь между обязанностью должника и имуществомъ. Связь эта и состоитъ въ томъ, что дѣйствіе должника направлено на доставленіе управомоченному точно опредѣленной или, по крайней

2) Должны ли быть поставлены такой свободѣ предѣлы болѣе тѣсные, чѣмъ указанные въ текстѣ или, точнѣе говоря, могутъ ли такіе болѣе тѣсные предѣлы быть выведены какъ слѣдствіе изъ самой природы права — къ этому сводится, въ сущности, весь вопросъ объ имущественной цѣнности, какъ необходимаго условія обязательства. Требованіе этой цѣнности, какъ необходимаго условія обязательства (господствующее мнѣніе), опредѣленіе юридическаго интереса, какъ интереса достойнаго защиты права (Виндшейдъ), исключеніе изъ понятія юридическихъ отношеній — отношеній общежитія и любезности (Іерингъ), — все это есть ничто иное, какъ попытки провести болѣе точныя границы свободѣ самоопредѣленія лицъ въ установленіи обязательственныхъ отношеній. Подробности ниже.

мѣрѣ, подлежащей точному опредѣленію имущественной цѣнности [3]).

Изъ этого, однако, еще не слѣдуетъ, чтобы вопросъ о неимущественномъ интересѣ не могъ играть никакой роли въ обязательствахъ такого рода. Случаи, когда и для нихъ вопросъ этотъ имѣетъ значеніе могутъ быть формулированы слѣдующимъ образомъ.

1. Матерьяльный предметъ, составляющій содержаніе обязательства можетъ имѣть для кредитора интересъ особаго пристрастія; такъ напр. предметомъ купли-продажи можетъ быть родовое имѣніе покупателя, находящееся въ данное время въ собственности продавца; предметомъ поклажи — вещи особо имъ цѣнимыя (фамильныя драгоцѣнности) и т. д.

2. Неисполненіе обязательства должникомъ, не представляя для кредитора имущественнаго ущерба, можетъ доставить ему непріятности другого рода, быть неудобнымъ въ другомъ отношеніи. Такъ нпр., если домохозяинъ, обязанный по договору доставлять топливо для помѣщенія, сдаваемаго имъ въ наемъ квартиранту, своей обязанности не исполняетъ и топлива не доставляетъ, — слѣдствіемъ этого для квартиранта въ иныхъ случаяхъ конечно можетъ быть и матерьяльный убытокъ (онъ можетъ отапливать въ это время помѣщеніе на свой счетъ, можетъ быть вынужденъ снять временно другое помѣщеніе,

3) Обязанность должника, по римской терминологіи, состоитъ въ dare, но не въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, при которомъ dare означаетъ установленіе права собственности или сервитута, а въ широкомъ, гдѣ оно принимается равнозначущимъ „aliquid a se dimittere et id quod tenueris, habendum alteri tradere“ (Sen. de benefic. 2. 10.). Объ употребленіи термина dare въ этомъ смыслѣ юристами ср. L. 60 pr. D. loc. 19. 2, L. 65 pr. D. de contr. empt. 18. 1, L. 5 pr. D. praescr. verb. 19. 5 и мн. др. Вообще — ср. Arch. für Civilr. и Proc. X. Marezoll „Ueber dare, facere, praestare als Gegenstand der Obligation.“ § 2. стр. 225—228.

можетъ заболѣть и произвести расходы на леченье и т. д.), но такого убытка можетъ для него и не послѣдовать: возможно, что переживъ холода въ неотопленномъ домѣ онъ останется здоровымъ по прежнему, тѣмъ не менѣе нельзя отрицать, что неудобства имъ перенесенныя могли быть весьма значительны.

3. При обязательствахъ, прямымъ содержаніемъ которыхъ является передача матерьяльнаго предмета кредитору, лица, устанавливающія обязательство, могутъ прибавлять къ нему условія о такихъ дѣйствіяхъ, которыя сами по себѣ имущественной цѣнностью не обладаютъ. Такъ нпр., сдавая квартиру, домохозяинъ можетъ поставить жильцу условіемъ не возвращаться домой позже извѣстнаго часа, не производить шума въ сданномъ ему помѣщеніи, не топить печей ночью, не держать извѣстныхъ животныхъ и т. д.

4. Наконецъ возможно помимо всего этого, что по условіямъ обязательства передача матерьяльнаго объекта должна быть произведена должникомъ не лицу, установившему обязательство, а какому нибудь третьему лицу. Само по себѣ такое содержаніе обязательства не можетъ еще служить доказательствомъ отсутствія въ немъ имущественнаго интереса для кредитора [4]). Независимо отъ случаевъ, когда это третье лицо есть лишь повѣренный кредитора или persona solutionis causa adjecta, — когда, слѣдовательно, переданная ему цѣнность поступаетъ тѣмъ не менѣе въ имущество самого кредитора, — возможно, что кредиторъ, въ случаѣ неисполненія должникомъ принятой на себя обязанности, отвѣчаетъ передъ третьимъ

4) Дѣло идетъ о negotia inter vivos; въ актахъ mortis causa лице, устанавливающее обязательство само не дѣлается обыкновенно ни кредиторомъ, ни должникомъ.

лицемъ своимъ собственнымъ имуществомъ; при такихъ условіяхъ обязательство обладаетъ, въ размѣрахъ этой отвѣтственности, имущественной цѣнностью и для кредитора, несмотря на то, что исполнено оно должно быть въ пользу третьяго лица [5]). Если, однако, лице, установившее обязательство не несетъ передъ третьимъ лицемъ никакой имущественной отвѣтственности за исполненіе или неисполненіе должникомъ дѣйствія (обязательства въ пользу третьихъ лицъ въ точномъ смыслѣ этого слова), то для него обязательство имущественнымъ интересомъ не обладаетъ, но неимущественнымъ можетъ и обладать [6]).

Во всѣхъ случаяхъ подобнаго рода имущественная цѣнность обязательства, которая, строго говоря, должна была бы измѣряться цѣнностью матерьяльнаго объекта, составляющаго его содержаніе, въ извѣстной степени модифицируется — съ денежными интересами, служащими главнымъ основаніемъ обязательства и главной побудительной причиной его заключенія, смѣшиваются интересы особаго рода и эта модификація не можетъ не отражаться на цѣнности самого обязательства, т. е. на томъ значеніи, которое лице управомоченное придаетъ своему праву. Ясно при этомъ, что интересы, которые такимъ образомъ могутъ быть связаны съ главнымъ обязательствомъ, разнообразны до безконечности и что на приведенные слу-

5) Примѣры случаевъ подобнаго рода см. L. 38 § 17, 20 сл. D. de V. O. 45. 1. Ulpianus l°. 59° ad Sabinum и § 19 J. de inut. stip. 3. 19.

6) Имущественный интересъ для самого кредитора можетъ въ случаяхъ такого рода быть созданъ искусственнымъ путемъ: прибавленіемъ къ обязательству неустойки, poena conventionalis, въ величинѣ которой и выразится въ такомъ случаѣ цѣнность обязательства для кредитора. Но цѣнность, опредѣляемая такимъ способомъ, не вытекаетъ изъ содержанія обязательства, а вносится въ него произвольно.

чаи можно смотрѣть только какъ на примѣры, число и комбинаціи которыхъ могутъ быть увеличены едва ли не до безконечности.

Итакъ, повторяя сказанное въ нѣсколькихъ словахъ, мы должны придти къ выводу, что даже въ тѣхъ случаяхъ, когда ближайшимъ содержаніемъ обязательства является передача должникомъ кредитору извѣстнаго, точно опредѣленнаго матерьяльнаго предмета, съ такимъ обязательствомъ могутъ быть связаны для кредитора весьма разнообразные неимущественные интересы.

Предметомъ обязательства могутъ быть, однако, нетолько такія дѣйствія должника, которыя имѣютъ непосредственной цѣлью перенесеніе извѣстнаго матерьяльнаго объекта въ болѣе или менѣе полное обладаніе кредитора, а вообще всякія дѣйствія должника, разъ они объективно возможны и не противорѣчатъ предписаніямъ права; иными словами — кромѣ obligationes quae in dando consistunt существуетъ еще цѣлая огромная область obligationes quae in faciendo consistunt.

Разсматривая ближе возможное отношеніе этихъ дѣйствій къ имуществу управомоченнаго по обязательству лица, мы видимъ, что нѣкоторыя изъ нихъ стоятъ къ этому имуществу въ прямомъ и непросредственномъ отношеніи, т. е. что исполненіе ихъ должникомъ отражается на имуществѣ кредитора, увеличиваетъ или уменьшаетъ его. Если заключенъ договоръ съ подрядчикомъ о постройкѣ дома, съ рабочими объ осушкѣ болотъ, объ обработкѣ полей, съ повѣреннымъ о веденіи гражданскаго процесса, если кому либо поручено наблюденіе за цѣлостью и сохранностью извѣстныхъ вещей и т. д., то всѣ соглашенія подобнаго рода установлены именно для пріі-

обрѣтенія или охраненія имущественныхъ интересовъ лица управомоченнаго. Надлежащее исполненіе должникомъ принятыхъ на себя обязанностей сохраняетъ имущество этого лица отъ уменьшенія или способствуетъ его увеличенію, неисполненіе — можетъ отразиться на имуществѣ ощутительнымъ и подлежащимъ точному исчисленію образомъ: кредиторъ теряетъ доходы съ дома вовсе не выстроеннаго или не готоваго къ назначенному сроку, теряетъ доходы съ недвижимаго имѣнья, теряетъ отъ дурнаго веденія процесса, можетъ лишиться вещей, за цѣлостью которыхъ не было надлежащаго наблюденія и т. д. Во всѣхъ случаяхъ такого рода обязательство нетолько обладаетъ имущественной цѣнностью, но цѣнность эта можетъ быть исчислена не менѣе точно, чѣмъ тамъ, гдѣ дѣло идетъ о передачѣ въ его обладаніе матерьяльнаго объекта — она равняется разницѣ въ величинѣ его имущества, имѣющей наступить подъ вліяніемъ исполненія или неисполненія обязательства.

Вмѣстѣ съ тѣмъ разумѣется само собой, что и при такомъ отношеніи обязательства къ имуществу, съ нимъ могутъ быть связаны разнообразные неимущественные интересы; входить въ подробности относительно случаевъ, гдѣ это оказывается возможнымъ, излишне, такъ какъ намъ пришлось бы только повторить еще разъ сказанное выше (стр. 20—22).

Наконецъ въ ряду обязательствъ, содержаніемъ которыхъ является facere въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, дѣйствія, исполненіе которыхъ лежитъ на обязанности должника могутъ быть таковы, что сами по себѣ они не стоятъ ни въ какомъ отношеніи къ имуществу, не способны ни увеличить его при надлежащемъ исполненіи, ни уменьшить при неисполненіи обя-

зательства. Если, нпр., завѣщатель, отпуская рабовъ на волю, налагаетъ на нихъ при этомъ обязанность содержать въ порядкѣ его могилу, производить въ извѣстные дни религіозныя церемоніи — исполненіе или неисполненіе вольноотпущенными возложенныхъ на нихъ обязанностей не оказываетъ никакого вліянія на имущество завѣщателя, перешедшее къ его наслѣдникамъ. То-же можно сказать и о массѣ обязательствъ по договорамъ: таково нпр. содержаніе договора съ домашнимъ врачемъ — на послѣднемъ лежитъ обязанность слѣдить за здоровьемъ членовъ извѣстной семьи; договоровъ съ преподавателями — они берутъ на себя заботу объ образованіи; договоры съ повѣреннымъ могутъ относиться къ защитѣ въ уголовныхъ процессахъ, угрожающихъ не имущественнымъ ущербомъ, а личнымъ наказаніемъ; къ этой же категоріи могутъ быть, до извѣстной степени, отнесены договоры съ домашней прислугой — обязанности, принимаемыя послѣдней на себя, освобождаютъ другую сторону отъ траты времени и отъ различныхъ неудобствъ, но прямаго отношенія къ имущественнымъ выгодамъ и ущербамъ не имѣютъ.

Въ общей сложности всѣ обязательства, относящіяся къ этой группѣ, направлены на пріобрѣтеніе благъ совершенно инаго порядка, чѣмъ матерьяльныя: здоровья, личной свободы, различныхъ удобствъ и т. д.; неимущественный интересъ составляетъ ихъ главную сущность и главное содержаніе. Изъ этого не слѣдуетъ, конечно, чтобы они никогда не стояли ни въ какомъ отношеніи къ имуществу. Прежде всего, сторона, принимающая на себя обязанность къ совершенію такого рода дѣйствій, совершаетъ ихъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ не безвозмездно — дѣйствія эти другой сторо-

ной оплачиваются, такъ напр. оплачивается трудъ врача, труды преподавателя, повѣреннаго, работа домашней прислуги и т. д. Затѣмъ возможно, что въ отдѣльныхъ случаяхъ неисполненіе должникомъ своей обязанности влечетъ за собой имущественный ущербъ для другой стороны: болѣзнь вызываетъ расходы по приглашенію другого врача, по покупкѣ лекарства, можетъ вызвать потерю заработка; лишеніе напр. личной свободы, какъ результатъ проиграннаго по винѣ повѣреннаго уголовнаго процесса, можетъ также влечь за собою извѣстный имущественный ущербъ и т. д.; возможно, наконецъ, и въ эти обязательства внести имущественный интересъ искусственно, путемъ соглашенія о неустойкѣ (poena conventionalis). Но имущественный ущербъ, какъ слѣдствіе неисполненія должникомъ лежащаго на немъ обязательства, вездѣ является результатомъ чисто случайнаго стеченія обстоятельствъ; легко представить себѣ случаи (и они будутъ чрезвычайно часты), гдѣ самое недобросовѣстное нарушеніе такого обязательства нетолько не принесетъ никакого ущерба, но, напротивъ того, сторона, потерпѣвшая отъ неисполненія — въ матерьяльномъ отношеніи останется отъ этого въ выгодѣ, избавляясь, при благопріятномъ стеченіи обстоятельствъ, отъ расходовъ и отъ обязанности уплаты вознагражденія контрагенту.

Такимъ образомъ, въ противоположность двумъ первымъ группамъ дѣйствій, гдѣ существеннымъ является интересъ, позволяющій точное исчисленіе имущественной цѣнности обязательства и гдѣ интересъ неимущественный бываетъ, такъ сказать, привходящимъ — обязательства, относящіяся къ послѣдней группѣ, по самому существу своему имѣютъ дѣло съ интересомъ неимущественнымъ и въ нихъ, наоборотъ, привходящимъ

и случайнымъ является интересъ имущественный. Что касается въ частности до численнаго опредѣленія цѣнности обязательства для кредитора, то здѣсь для такого опредѣленія нѣтъ на лице того объективнаго признака, который имѣется въ другихъ случаяхъ: нельзя сказать нпр., что кто бы то ни было цѣнитъ свое здоровье и здоровье своей семьи въ ту сумму, которую онъ уплачиваетъ врачу; образованіе — въ ту сумму, которую уплачиваетъ преподавателю; личное достоинство и свободу — въ деньгахъ, уплачиваемыхъ повѣренному и т. д.

Сказаннаго достаточно, чтобы выяснить отношеніе неимущественнаго интереса къ обязательствамъ, возникающимъ изъ свободныхъ дѣйствій лицъ и направленныхъ въ общей сложности на пріобрѣтеніе благъ. Обращаясь далѣе къ вопросу о практическомъ значеніи этихъ понятій мы должны замѣтить слѣдующее.

Добровольное и согласное съ содержаніемъ обязательства исполненіе его должникомъ, не возбуждающее возраженій со стороны кредитора, не оставляетъ мѣста никакимъ спорнымъ вопросамъ, которые могли бы возникнуть въ противномъ случаѣ. Добровольно могутъ быть исполнены и обязательства безнравственныя, и запрещенныя правомъ, даже, въ извѣстномъ смыслѣ, конечно, и невозможныя: должникъ можетъ нпр. добровольно вознаградить кредитора за неисполненіе невозможнаго обязательства. На практикѣ праву приходится имѣть дѣло со всѣми вопросами, связанными съ обязательствами (какъ и со всякими юридическими отношеніями) лишь въ томъ случаѣ, когда между сторонами возникнетъ несогласіе и онѣ обращаются къ суду за разрѣшеніемъ этого несо-

гласія. Съ этой точки зрѣнія римское право и усматриваетъ въ обязательствѣ „juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura“ (pr. J. de oblig. 3.13, ср. L. 3 pr. D. de O. et A. 44.7), т. е. видитъ его существенную черту въ юридической необходимости для должника исполнить дѣйствія, къ совершенію которыхъ онъ обязанъ. Практически — мѣра отвѣтственности должника передъ кредиторомъ опредѣляется, такимъ образомъ, въ зависимости отъ организаціи принудительнаго исполненія обязательствъ, изъ чего, въ свою очередь, слѣдуетъ, что въ тѣснѣйшей зависимости отъ этой организаціи стоитъ и защита различныхъ интересовъ кредитора съ обязательствомъ связанныхъ [7]).

При всемъ разнообразіи средствъ, которыя могутъ быть примѣняемы правомъ къ принудительному исполненію, эти средства могутъ быть сведены къ тремъ группамъ. Цѣлью судебнаго осуществленія обязательства можетъ быть или принужденіе должника къ личному совершенію дѣйствій, къ которымъ онъ обязанъ, или совершеніе этихъ дѣйствій въ пользу кредитора независимо отъ воли должника, или, наконецъ, возмѣщеніе кредитору за счетъ должника того ущерба, который понесенъ первымъ отъ неисполненія обязательства. Остается разсмотрѣть въ какомъ отношеніи каждая изъ этихъ трехъ системъ судебной защиты стоитъ къ интересамъ кредитора.

Если непосредственный объектъ обязательства есть дѣйствіе должника, то наиболѣе соотвѣтствующимъ идеѣ обязательства способомъ исполненія мы должны, строго говоря,

7) Ср. Dernburg. Preuss. Privatrecht II. § 2, стр. 3—5.

признать тотъ, при которомъ должникъ принуждается къ личному совершенію дѣйствій. Но такъ какъ дѣйствіе (сознательное) есть ничто иное, какъ внѣшнее проявленіе свободной воли лица, то и первый вопросъ, съ которымъ мы здѣсь встрѣчаемся, есть слѣдующій: возможно ли вообще для права произвести на волю должника, отказывающагося отъ добровольнаго исполненія, такое давленіе, которое тѣмъ не менѣе заставило бы его произвести тѣ дѣйствія, къ которымъ онъ обязанъ?

Съ чисто отвлеченной точки зрѣнія отвѣтъ долженъ быть данъ отрицательный: при извѣстной твердости, извѣстной степени упорства даннаго лица могутъ оказаться безсильными какія угодно принудительныя средства, хотя бы они заключались и въ крайнихъ насиліяхъ надъ личностью. Тѣмъ не менѣе практическое значеніе за такимъ отрицательнымъ отвѣтомъ врядъ ли можетъ быть признано: обладая огромными средствами принужденія по отношенію къ частнымъ лицамъ, государственная власть можетъ связать для нихъ съ неповиновеніемъ ея постановленіямъ такія невыгодныя послѣдствія, которыя окажутся способными преодолѣть наиболѣе упорное сопротивленіе.

Эти невыгодныя послѣдствія могутъ быть направлены прежде всего противъ личности должника. Почти въ каждомъ правѣ можно отмѣтить эпоху, принадлежащую къ раннему періоду его развитія, когда неисполненіе должникомъ своихъ обязательствъ ведетъ, въ конечномъ результатѣ, къ полному уничтоженію его гражданской личности, когда право производитъ на него, такимъ образомъ, въ высшей степени интенсивное давленіе. Съ другой стороны нельзя впрочемъ, упускать изъ вида, что въ эти ранніе періоды обязательства но-

сятъ совершенно своеобразный характеръ и область примѣненія ихъ чрезвычайно тѣсна: въ ней замѣчается, въ частности, если не полное отсутствіе, то, по крайней мѣрѣ, скудное развитіе именно тѣхъ обязательствъ, содержаніе которыхъ составляетъ facere въ собственномъ смыслѣ слова.

Не менѣе дѣйствительными мѣрами принужденія могутъ служить и такія, которыя, оставляя въ сторонѣ личность должника, направлены исключительно противъ его имущества; такими мѣрами въ рукахъ римскаго магистрата были нпр. multae dictiones, pignoris capiones, missiones in possessionem и т. д., — средства, которыя, основываясь на imperium магистрата, примѣнялись имъ нетолько въ области отношеній, вытекающихъ изъ государственнаго права но, до извѣстной степени и въ извѣстныхъ предѣлахъ, также и въ гражданской юрисдикціи.

Такимъ образомъ, мѣры, направленныя какъ противъ личности должника, такъ и противъ его имущества могутъ одинаково примѣняться въ томъ случаѣ, когда цѣлью судебнаго осуществленія обязательства ставится принужденіе должника къ совершенію in natura тѣхъ дѣйствій, къ которымъ онъ обязанъ. Такое отношеніе къ должнику, вслучаѣ успѣшности давленія, безъ сомнѣнія давало бы праву кредитора въ высшей степени дѣйствительную защиту: кредитору въ сущности вполнѣ безразлично, исполняетъ ли должникъ по отношенію къ нему свои обязанности добровольно или нѣтъ. Поэтому, принудительное исполненіе, если оно еще возможно и не потеряло смысла, удовлетворяетъ кредитора вполнѣ, наравнѣ съ исполненіемъ добровольнымъ (за исключеніемъ того обстоятельства, что съ необходимостью вести процессъ, съ

просрочкой въ полученіи должнаго, для него, въ свою очередь, могутъ быть связаны значительныя неудобства).

Оставляя, однако, въ сторонѣ вопросъ о цѣлесообразности такой крайней строгости по отношенію къ должнику и здѣсь, тѣмъ не менѣе, могутъ встрѣтиться съ одной стороны такіе случаи, когда принудительное исполненіе оказалось бы или совершенно невозможнымъ или, по крайней мѣрѣ безполезнымъ для кредитора [8]), — съ другой — такіе, гдѣ оно излишне, такъ какъ удовлетвореніе кредитора возможно безъ всякихъ мѣръ давленія на волю должника, путемъ обращенія взысканія на его имущество. Какъ безразлично для кредитора добровольное или недобровольное исполненіе должникомъ обязательства, точно также безразлично для него, по крайней мѣрѣ во многихъ случаяхъ, самъ ли должникъ предоставитъ ему пользованіе вещью или пользованіе это онъ получитъ черезъ посредство судебной власти, самъ ли должникъ совершитъ извѣстное дѣйствіе или дѣйствіе это будетъ совершено за его счетъ въ пользу кредитора другими лицами.

Такимъ образомъ, мы приходимъ ко второй системѣ судебнаго осуществленія обязательствъ, при которой давленіе на личность должника въ какой бы то ни было формѣ оставляется въ сторонѣ и кредиторъ получаетъ удовлетвореніе исключительно изъ его имущества. Съ процессуальной точки зрѣнія въ обязательствахъ на dare эта система характеризу-

---

8) Если нпр. вещь, которую должникъ долженъ былъ передать кредитору — погибла, если дѣйствіе, по прошествіи извѣстнаго времени потеряло для него всякое значеніе — въ этихъ случаяхъ наиболѣе дѣйствительныя мѣры принужденія или не будутъ имѣть никакой разумной цѣли или превратятся въ средства наказанія должника за неисполненіе обязательства, т. е. уклонятся отъ своего прямаго назначенія.

ется осужденіемъ отвѣтчика in ipsam rem и отнятіемъ у него вещи (пользуясь римскими терминами) manu militari, въ обязательствахъ на facere — предоставленіемъ кредитору права поручить исполненіе дѣйствія третьимъ лицамъ, производя оплату его изъ имущества должника.

Само собой разумѣется, что и при такой системѣ интересы кредитора получаютъ почти настолько же дѣйствительную защиту, какъ и при первой. Это можно, по крайней мѣрѣ, утверждать безусловно по отношенію къ обязательствамъ, имѣющимъ объектомъ dare, но по отношенію къ обязательствамъ, направленнымъ на facere дѣло нѣсколько измѣняется. Не говоря уже о томъ, когда исполненіе дѣйствія становится объективно невозможнымъ или безполезнымъ для кредитора, возможны случаи, въ которыхъ для него важно совершеніе дѣйствій именно должникомъ, т. е извѣстнымъ, опредѣленнымъ лицемъ, возможно также, что дѣйствіе никѣмъ другимъ, кромѣ должника, совершено быть и не можетъ. Въ примѣръ обязательствъ подобнаго рода можно привести договоры нпр. съ домашнимъ врачемъ, съ преподавателемъ, съ художникомъ, съ артистами и т. д., гдѣ имѣютъ значеніе качества, которыми обладаетъ извѣстное, опредѣленное лице; сюда же, нпр. относится случай, о которомъ упоминаетъ Потье: соглашеніе, заключенное между двумя лицами о томъ, чтобы одно изъ нихъ бросило игру въ карты [9]).

Наконецъ третій способъ судебнаго осуществленія обязательствъ, состоящій въ томъ, что кредитору дается право

9) Pothier. Traité des Obligations. P. 1. Ch. 1. § 139. Соглашеніе это было заключено между дядей и племянникомъ подъ неустойкой въ 300 ливровъ и судомъ было признано дѣйствительнымъ.

требовать отъ должника возмѣщенія ущерба, который понесенъ первымъ изъ нихъ отъ неисполненія обязательства, ставитъ это послѣднее еще въ болѣе тѣсную связь съ имуществомъ, чѣмъ это дѣлаетъ вторая система. Право кредитора при такой системѣ сводится къ полученію изъ имущества должника извѣстной цѣнности, выраженной въ денежной суммѣ и строго соотвѣтствующей тому интересу, который былъ связанъ для него съ исполненіемъ обязательства. Съ этой точки зрѣнія обязательство и можетъ быть опредѣлено какъ господство надъ цѣнностью, находящейся въ чужомъ имуществѣ [10]).

Независимо отъ содержанія обязательства (т. е. отъ того, направлено ли оно на dare или на facere), результатъ неисполненія его по отношенію къ имуществу кредитора можетъ быть троякій: имущество это можетъ или уменьшиться, или увеличиться, или остаться безъ измѣненія. Остается опредѣлить, какое вліяніе каждое изъ этихъ возможныхъ послѣдствій оказываетъ на судебное осуществленіе обязательства при системѣ возмѣщенія ущерба.

Если имущество кредитора подъ вліяніемъ неисполненія обязательства уменьшилось, то отвѣтственность должника всегда можетъ быть сведена къ опредѣленной денежной суммѣ, въ силу того, что оцѣнены въ деньгахъ могутъ быть какъ все имущество, такъ и любыя составныя части его [11]). Величина этой денежной суммы опредѣлится разностью между общей стоимостью имущества послѣ неисполненія обязательства и стоимостью, какую оно имѣло бы вслучаѣ надлежащаго исполненія должникомъ лежавшихъ на немъ обязанностей. Эта раз-

10) Ср. выше, стр. 1, 2.
11) стр. 12. 13.

ность и называется интересомъ въ техническомъ смыслѣ слова [12]).

Основная задача суда при опредѣленіи размѣровъ отвѣтственности должника сводится при этихъ условіяхъ къ оцѣнкѣ имущества въ деньгахъ; именно здѣсь, слѣдовательно, и получаетъ значеніе вопросъ о томъ, какія правила должны быть положены въ основаніе такой оцѣнки, т. е. обязанъ ли судъ принимать во вниманіе исключительно рыночную цѣну (pretium commune), или можетъ вводить въ свой разсчетъ и цѣнность особаго пристрастія (pretium affectionis); и если послѣднее возможно — то въ зависимости отъ какого момента pretium affectionis можетъ быть выражена въ опредѣленной денежной суммѣ: отъ личнаго ли усмотрѣнія кредитора, личнаго усмотрѣнія должника, мнѣнія самого судьи и т. д. Ясно само собой, что отъ отвѣта, какой будетъ данъ на этотъ вопросъ и зависитъ размѣръ защиты неимущественныхъ интересовъ кредитора, связанныхъ съ обязательствомъ.

Второй случай, возможный при неисполненіи обязательства, есть тотъ, что результатомъ неисполненія окажется увеличеніе имущества кредитора; большею частью увеличеніе это будетъ состоять, конечно, въ сбереженіи того имущественнаго вознагражденія, которое кредиторъ долженъ былъ бы произвести должнику за совершеніе имъ условлен-

12) Ср. стр. 7 пр. 1. Сообразно съ этимъ можетъ быть модифицировано и самое понятіе интереса, данное выше въ § 2 — интересъ кредитора выразится въ той суммѣ, которую онъ получитъ съ должника въ результатѣ судебнаго осуществленія обязательства. — Само собою разумѣется, что моменты, положенные въ основаніе опредѣленія разницы въ состояніи имущества могутъ быть избраны, а на дѣлѣ и избираются, различно, въ зависимости отъ другихъ обстоятельствъ, опредѣляющихъ отвѣтственность должника.

ныхъ дѣйствій. При такого рода обстоятельствахъ система возмѣщенія ущерба, лишаясь лежащаго въ основаніи ея признака, по необходимости сводитъ отвѣтственность должника къ нулю; между тѣмъ вовсе нерѣдки случаи, когда неисполненіе обязательства, не отражаясь въ невыгодную сторону на имуществѣ кредитора, въ высшей степени чувствительно отражается на его интересахъ другаго рода. Примѣръ подобнаго рода, который самъ авторъ характеризуетъ терминомъ „драстическаго“ конструированъ Іерингомъ[13]) На время праздниствъ въ городѣ, въ которомъ ожидается большое стеченіе пріѣзжихъ, въ гостинницѣ извѣстнымъ лицемъ заранѣе заказаны комнаты для себя и для своей семьи. Пользуясь большимъ спросомъ на помѣщенія, хозяинъ гостинницы отдаетъ эти комнаты, за высшую противъ условленной цѣну, другому, и лице, заказавшее для себя заранѣе помѣщеніе находитъ его, по пріѣздѣ въ городъ ночью, занятымъ. Пріѣзжій вынужденъ ночью съ женой и дѣтьми бродить по городу въ поискахъ за помѣщеніемъ и въ концѣ концовъ находитъ его въ гостинницѣ послѣдняго разбора. Спрашивается, къ чему можетъ быть присужденъ хозяинъ, нарушившій договоръ? Если потерпѣвшій былъ настолько счастливъ, что нашелъ экипажъ для своихъ поисковъ — къ уплатѣ вознагражденія извощику; если же, вслѣдствіе поздняго часа не могъ быть добыть и экипажъ — ни къ чему, такъ какъ потерпѣвшій на другой день имѣетъ въ карманѣ ровно ту-же сумму денегъ, какую онъ имѣлъ при началѣ своихъ странствованій. Онъ имѣетъ даже бо́льшую сумму, чѣмъ какую имѣлъ бы при аккуратномъ исполненіи должникомъ своего обязательства, такъ какъ расходы,

13) Jahrb. f. Dogm. XVIII. стр. 100.

имъ произведенные могутъ быть значительно меньшими противъ платы, условленной за первое помѣщеніе.

Число примѣровъ подобнаго рода можетъ быть увеличено до безконечности и въ практической жизни такіе случаи вовсе не рѣдки. Система возмѣщенія ущерба и денежной оцѣнки интереса сама по себѣ была бы вполнѣ способна дать полную защиту кредитору при томъ условіи, чтобы за судебной властью было признано право оцѣнивать неимущественные интересы въ деньгахъ; но нельзя упускать изъ вида, что такая оцѣнка должна была бы быть построена на совершенно иномъ признакѣ, чѣмъ понятіе рыночной цѣны, такъ какъ это послѣднее приложимо исключительно къ имущественнымъ объектамъ.

Въ болѣе подробный разборъ третьяго случая, когда неисполненіе обязательства не производитъ никакого вліянія на имущество кредитора, можно не входить вовсе, такъ какъ по поводу его пришлось бы только буквально повторить выше.

Общее значеніе, наконецъ, имѣетъ вопросъ объ обязательствахъ въ пользу третьихъ лицъ, которыя, какъ уже замѣчено выше, для кредитора имущественнымъ интересомъ не обладаютъ никогда [14]). Вопросъ этотъ самъ по себѣ вызвалъ цѣлую литературу и спорнымъ является главнымъ образомъ въ двухъ направленіяхъ: во первыхъ, должно ли быть признано право иска по этимъ обязательствамъ за третьимъ лицемъ, въ пользу котораго оно заключено; во вторыхъ — должно ли быть признано это право за кредиторомъ, для котораго имущественнымъ интересомъ обязательство въ пользу третьяго лица не обла-

14) Стр. 21.

даетъ. Ясно, что рѣшеніе этого вопроса, во второй его половинѣ, зависитъ вполнѣ отъ того отвѣта, какой дается на болѣе общій вопросъ о защитѣ неимущественныхъ интересовъ кредитора. Подробнѣе этой спеціальной области обязательствъ въ пользу третьихъ лицъ придется коснуться ниже.

Такимъ образомъ изъ всего сказаннаго могутъ быть выведены слѣдующіе результаты: вопросъ объ имущественномъ и неимущественномъ интересѣ въ обязательствахъ, возникающихъ изъ свободной дѣятельности лицъ, получаетъ практическое значеніе лишь при отсутствіи добровольнаго исполненія со стороны должника и вообще, при несогласіяхъ его съ кредиторомъ, возникающихъ въ связи съ обязательствомъ. Размѣры и способы защиты стоятъ въ тѣснѣйшей связи съ организаціей судебнаго осуществленія обязательства, т. е. съ принципами даннаго гражданскаго процесса вообще и исполнительнаго производства въ частности. Сама по себѣ защита неимущественныхъ интересовъ кредитора, связанныхъ съ обязательствомъ, возможна при всякой системѣ судебнаго осуществленія, но наиболѣе полная защита дается кредитору тѣмъ процессомъ, который явится комбинаціей всѣхъ трехъ системъ: давленія на волю должника, исполненія in natura и возмѣщенія ущерба, каждой въ извѣстныхъ предѣлахъ.

§ 5. Имущественный и неимущественный интересъ въ обязательствахъ изъ правонарушеній.

О нарушеніи правъ можно говорить въ двоякомъ смыслѣ.

Извѣстныя дѣйствія однихъ лицъ, будучи сами по себѣ дозволенными, могутъ становиться въ противорѣчіе съ субъективными правами другихъ, т. е. быть причиной фактиче-

скаго состоянія, не соотвѣтствующаго волѣ управомоченнаго[1]). Изъ нарушеній такого рода для потерпѣвшаго возникаетъ право иска, содержаніе котораго можетъ быть различно въ зависимости отъ различныхъ причинъ, ближайшимъ же образомъ отъ того, есть ли нарушеніе права явленіе длящееся или преходящее: въ первомъ случаѣ искъ направленъ на устраненіе даннаго фактическаго состоянія, во второмъ — на устраненіе послѣдствій совершившагося нарушенія права. Понимаемое въ такомъ общемъ смыслѣ — нарушеніе права лежитъ въ основаніи всякаго иска, въ томъ числѣ и тѣхъ исковъ по обязательствамъ, возникающимъ изъ юридическихъ актовъ, о которыхъ шла рѣчь въ предыдущемъ параграфѣ; значеніе, какое въ этихъ искахъ можетъ имѣть вопросъ объ имущественномъ и неимущественномъ интересѣ, уже разсмотрѣно.

Подъ правонарушеніемъ въ тѣсномъ и техническомъ смыслѣ слова понимается, однако, не всякое дѣйствіе, нарушающее субъективное право другаго лица, а только дѣйствіе недозволенное, т. е. нарушающее спеціальное запрещеніе объективнаго права. Совершеніе такого дѣйствія есть правонарушеніе въ собственномъ смыслѣ слова (delictum) и называется гражданскимъ правонарушеніемъ (delictum privatum), если нарушенная запретительная норма относится къ области гражданскаго права[2]); въ томъ случаѣ, если запрещенное дѣй-

1) Такъ напр. право собственности нарушено, если владѣетъ вещью не собственникъ, а другое лице противъ его воли; право по обязательству — если должникъ не удовлетворяетъ кредитора въ срокъ и т. п.

2) Входить въ разсмотрѣніе сложнаго вопроса о критеріѣ, лежащемъ въ основаніи различія гражданскаго и уголовнаго деликта здѣсь не мѣсто. Возможность установленія общаго критерія господствующимъ мнѣніемъ отвергается. Ср. Hälschner. Das gem. deutsche Strafrecht I. § 4 стр. 15 и приведен. тамъ литерат. (самъ авторъ держится другаго взгляда). Listz. Lehrbuch des deutschen Strafr. § 24 стр. 107.

ствіе нарушаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и чье либо субъективное право — изъ совершенія его возникаетъ обязательственное отношеніе между правонарушителемъ и потерпѣвшимъ. Содержаніе этого отношенія сводится, въ общихъ чертахъ, къ обязанности перваго или возмѣстить второму происшедшій для него ущербъ, или уплатить ему извѣстный штрафъ, или, наконецъ, къ тому и другому вмѣстѣ. Такія же послѣдствія связаны, въ силу положительнаго предписанія права, и съ совершеніемъ извѣстныхъ дѣйствій, въ которыхъ объективное право деликта въ точномъ смыслѣ слова не усматриваетъ (quasi delicta).

Отношеніе, въ какомъ обязательства, возникающія изъ правонарушеній, могутъ стоять къ имущественному и неимущественному интересу, сводится къ слѣдующему.

Запретительныя нормы, нарушеніе которыхъ составляетъ понятіе деликта, устанавливаются, какъ и всѣ безъ исключенія нормы права, для огражденія какого либо интереса, общественнаго или частнаго. Основнымъ вопросомъ въ примѣненіи къ обязательствамъ, возникающимъ изъ правонарушеній будетъ поэтому, слѣдующій: могутъ ли такія запретительныя нормы быть устанавливаемы для огражденія неимущественныхъ интересовъ частныхъ лицъ, могутъ ли, поэтому возникать обязательства между правонарушителемъ и потерпѣвшимъ въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушенными являются неимущественные интересы потерпѣвшаго?

Съ отвлеченной точки зрѣнія отвѣтъ на этотъ вопросъ затрудненій не представляетъ. Ничто не препятствуетъ праву брать подъ свою защиту всевозможные интересы; отъ него же зависитъ выборъ способа, какой оно считаетъ наиболѣе

соотвѣтствующимъ своей цѣли. Главнѣйшимъ изъ такихъ способовъ въ деликтахъ гражданско-правовыхъ и служитъ наложеніе на правонарушителя обязанности уплатить извѣстный штрафъ, нпр. извѣстную денежную сумму, въ пользу потерпѣвшаго. При выборѣ такого способа огражденія тотъ или другой характеръ интереса не можетъ играть никакой роли: обязанность къ уплатѣ штрафа есть непосредственное слѣдствіе совершенія извѣстнаго дѣйствія. Нѣтъ надобности въ особыхъ доказательствахъ того факта, что такой способъ защиты интересовъ частныхъ лицъ примѣняется на практикѣ каждымъ правомъ, и что, въ частности, римское право пользовалось имъ въ чрезвычайно широкихъ размѣрахъ. Мы имѣемъ здѣсь цѣлый рядъ гражданскихъ исковъ, возникающихъ изъ нарушенія чисто неимущественныхъ интересовъ и направленныхъ на требованіе извѣстной денежной суммы, величина которой опредѣлена или самимъ закономъ или предоставлена усмотрѣнію органовъ судебной власти (нпр. actio injuriarum aestimatoria). Иной вопросъ, конечно, можетъ ли во всѣхъ этихъ случаяхъ идти рѣчь объ оцѣнкѣ этого неимущественнаго интереса, въ смыслѣ опредѣленія его стоимости въ деньгахъ: можно заранѣе согласиться съ тѣмъ, что подлежащая уплатѣ денежная сумма не можетъ быть названа точнымъ эквивалентомъ такого интереса, т. к. понятіе эквивалента, основанное, въ свою очередь, на понятіи рыночной цѣны, къ неимущественному интересу вообще, къ нематерьяльнымъ благамъ въ частности, какъ было показано выше, неприложимо. Тѣмъ не менѣе нельзя отрицать, что денежный штрафъ, налагаемый на совершившаго деликтъ какъ наказаніе, для потерпѣвшаго является удовлетвореніемъ, получае-

мымъ за причиненное его интересамъ нарушеніе; съ одной стороны такое наказаніе удовлетворяетъ чувству мести потерпѣвшаго (actiones vindictam spirantes), съ другой — оно доставляетъ ему обладаніе другимъ благомъ взамѣнъ утраченнаго, хотя бы и благомъ инаго порядка. Взвѣшиваетъ мѣру того и другаго или законъ или судья: такимъ образомъ оцѣнка неимущественнаго интереса, такъ или иначе, на дѣлѣ производится.

Въ болѣе сложномъ отношеніи стоитъ вопросъ о неимущественномъ интересѣ къ тѣмъ возникающимъ изъ деликтовъ обязательствамъ, содержаніе которыхъ сводится къ обязанности правонарушителя возмѣстить потерпѣвшему ущербъ, причиненный послѣднему совершителемъ правонарушенія. Прежде всего здѣсь можетъ возникнуть сомнѣніе относительно того, входитъ ли въ понятіе ущерба исключительно имущественный убытокъ или же это понятіе въ равной степени примѣнимо и къ тѣмъ случаямъ, когда потерпѣвшій лишается какого либо нематерьяльнаго блага. Въ первомъ случаѣ, т. е. когда приходится имѣть дѣло съ ущербомъ чисто имущественнымъ возникаютъ вновь тѣ-же вопросы о принципахъ, какіе должны быть положены въ основаніе его, которыхъ мы уже коснулись говоря объ обязательствахъ, возникающихъ изъ юридическихъ актовъ. Во второмъ же — эти вопросы выдвигаются на первый планъ: признавая правильность самаго понятія ущерба неимущественнаго мы должны искать правилъ для производства оцѣнки и возмѣщенія такого ущерба.

Все изложенное выше имѣло цѣлью дать общее понятіе о томъ значеніи, какое неимущественный интересъ можетъ

имѣть по отношенію къ обязательствамъ. Спеціальная задача настоящей работы есть изслѣдованіе того отношенія, въ какомъ стояло римское право къ вопросамъ, связаннымъ въ этой области съ неимущественнымъ интересомъ. Главные пункты, которые при этомъ должны будутъ быть подвергнуты подробному разсмотрѣнію, обозначились отчасти уже изъ данныхъ выше общихъ разсужденій; изложеніе литературы вопроса отмѣтитъ и тѣ подробности, относительно которыхъ существуютъ разногласія въ юридической теоріи и которыхъ мы до сихъ поръ не касались.

Литература.

§ 6. Обзоръ положительныхъ законодательствъ: французское, итальянское, англійское, австрійское, прусское и русское право.

Вопросъ объ имущественномъ характерѣ интереса, какъ существенномъ условіи дѣйствительности обязательства, споренъ главнымъ образомъ въ германской пандектной литературѣ; литература другихъ странъ касается его поверхностно; въ положительныхъ законодательствахъ о немъ упоминается лишь въ видѣ исключенія. На взглядахъ главнѣйшихъ законодательствъ мы и остановимся раньше, чѣмъ перейдти къ подробному изложенію теорій германскихъ пандектистовъ.

Что касается, прежде всего, до французскаго права, то оно признаетъ необходимымъ условіемъ дѣйствительности обязательства наличность какого либо дозволеннаго основанія (cause licite), т. е. наличность извѣстнаго интереса, для удовлетворенія котораго обязательство устанавливается [1]). Обязательство, заключенное безъ всякаго основанія (sans cause),

1) Domat. Les lois civiles dans leurs ordre naturel. L. 1. T. 1. стр. 20. Nr. V. VI. Bigot-Preameneu. Exposé des motifs Nr. 27. Locré. Legislation civile. VI. стр. 152. Laurent. Principes de droit français. XVI. Nr. 107—111. стр. 145—152.

т. е. не представляющее для сторонъ никакого интереса — недѣйствительно; недѣйствительно обязательство и въ томъ случаѣ, если въ основаніи его лежитъ ошибка (fausse cause) или недозволенная цѣль (cause illicite) т. е. цѣль, противная законамъ, добрымъ нравамъ или общественному порядку [2]).

Предметомъ обязательства можетъ быть или вещь, которую одна изъ сторонъ обязывается дать (можетъ быть предметомъ обязательства также простое пользованіе или владѣніе вещью) или дѣйствіе: сторона принимаетъ на себя обязанность совершить извѣстное дѣйствіе или, наоборотъ, не совершать его. Что касается до первой категоріи обязательствъ, то къ содержанію ихъ предъявляются слѣдующія требованія: вещь не должна быть изъятой изъ оборота; она должна быть опредѣлена по крайней мѣрѣ родовыми признаками (en espèce); наконецъ — должно быть возможнымъ опредѣленіе объема обязательства и въ количественномъ отношеніи [3]).

Ближайшаго перечисленія условій, которымъ должно удовлетворять дѣйствіе, въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣднее составляетъ непосредственный объектъ обязательства Code Civil не даетъ; очевидно, поэтому, что здѣсь приложимы только отрицательныя ограниченія, установленныя въ ст. 1131 и 1133, т. е. дѣйствіе не должно быть запрещеннымъ законами, противнымъ добрымъ нравамъ и общественному порядку.

Такимъ образомъ, считая существеннымъ условіемъ дѣйствительности обязательства наличность извѣстнаго дозволеннаго интереса, Code civil умалчиваетъ о томъ, что такой интересъ долженъ сверхъ того обладать имущественнымъ харак-

2) Code civ. art. 1108. 1131. 1133.
3) Code civ. art. 1126—1129.

теромъ. Тѣмъ не менѣе послѣднее требованіе французскому праву извѣстно хорошо и умолчаніе о немъ Code civil должно быть отнесено насчетъ простой неточности редакціи[4]). Это ясно изъ слѣдующаго.

Потье, юристъ середины прошлаго столѣтія, излагая условія, которымъ должно удовлетворять дѣйствіе, составляющее объектъ обязательства, говоритъ, что такое дѣйствіе, безразлично будетъ ли оно положительнымъ или отрицательнымъ, должно представлять интересъ для кредитора и притомъ интересъ такого рода, чтобы возможно было оцѣнить его въ деньгахъ (un interêt appreciable à prix d'argent). Причина этому, поясняетъ авторъ, очевидна: обязательство есть состояніе юридической связанности[5]); тамъ, гдѣ обѣщавшій что либо совершить или чего либо не совершать, можетъ безнаказанно нарушить свое обѣщаніе — объ обязательствѣ не можетъ быть и рѣчи. Вмѣстѣ съ тѣмъ очевидно, что безнаказанное нарушеніе обѣщанія возможно вездѣ, гдѣ кредиторъ не имѣетъ въ совершеніи или несовершеніи дѣйствія никакого поддающагося оцѣнкѣ интереса: при такихъ условіяхъ не можетъ возникнуть иска о возмѣщеніи вреда и убытковъ (dommages et intérêts), происшедшихъ отъ неисполненія обѣщаннаго, т. к. вредъ и убытки есть ничто иное, какъ оцѣнка того интереса, который имѣетъ кредиторъ въ исполненіи обязательства. Сообразно понятію вреда и убытковъ, обязанность должника сводится къ вознагражденію кредитора какъ за по-

4) Слѣдуетъ замѣтить, что Code civil не упоминаетъ также и о томъ, что дѣйствіе должно быть возможнымъ.

5) „Obligation étant un lien de droit“ . . . точный переводъ извѣстнаго опредѣленія источниковъ „obligatio est juris vinculum“ e. q. s.

тери, понесенныя имъ отъ неисполненія обязательства, такъ и за выгоды, которыхъ такое неисполненіе его лишило. Тѣмъ не менѣе дѣйствіе, не обладающее имущественнымъ интересомъ можетъ быть условіемъ обязательства, если въ зависимость отъ исполненія или неисполненія его стороны ставятъ уплату извѣстнаго штрафа (peine, poena conventionalis, неустойка)[6]).

Изложенное разсужденіе Потье почти слово въ слово повторяетъ одинъ изъ новѣйшихъ французскихъ цивилистовъ, Лоранъ, со ссылками на цѣлый рядъ другихъ юристовъ, но сверхъ того прибавляетъ слѣдующее: „Утверждали, что достаточнымъ основаніемъ къ предъявленію иска можетъ служить интересъ неимущественный (un intérêt d'affection). Правда, что иногда, въ дѣлахъ, касающихся личнаго состоянія (en matière d'état personel), законодатель допускаетъ предъявленіе исковъ, основанныхъ на интересѣ чисто нравственномъ: таковъ, нпр., искъ о признаніи ничтожнымъ брака нисходящаго родственника, право на который признается за восходящими. Но для этого потребовалось особое постановленіе закона. Что касается до обязательствъ, то въ нихъ интересъ всегда долженъ быть поддающимся оцѣнкѣ, т. е. — интересъ нравственный и вообще неимущественный для предъявленія иска недостаточенъ: въ такихъ случаяхъ не было бы возможности присудить должника къ возмѣщенію вреда и убытковъ; обязательство оказалось бы ничѣмъ не обезпеченнымъ (serait sans sanction) и должникъ — ничѣмъ не связаннымъ“ [7]).

6) Pothier. Traité des obligations (перв. изд. — 1761. г.). P 1. Ch. 1. § 138—140. Ch. 2. § 159.

7) Laurent. Princ. de droit civ. franç. XVI. стр. 112. Nr. 81, со ссылкой на Touiller. Droit civ. franç. III. 2. стр. 88. Nr. 146. Locré. Legislat. civ. VI. стр. 152. Bigot — Préameneu. Exposé des motifs. Nr. 138 и Pothier cit.

Въ отсутствіи матерьяльнаго интереса для кредитора Потье видѣлъ также одну изъ причинъ недѣйствительности договоровъ въ пользу третьихъ лицъ. Въ этомъ отношеніи Code civil опять почти ни въ чемъ не отступаетъ отъ положеній, установленныхъ названнымъ юристомъ: обязательства, заключенныя отъ своего имени въ пользу третьяго лица, объявляются дѣйствительными только въ томъ случаѣ, когда они входятъ, какъ условіе, въ договоръ, заключенный кредиторомъ для себя лично, или являются условіемъ даренія контрагенту [8]).

Тѣ-же принципы положены, наконецъ, въ основаніе правилъ, регулирующихъ послѣдствія неисполненія обязательствъ. Въ обязательствахъ, направленныхъ на facere или non facere неисполненіе влечетъ за собой отвѣтственность должника за вредъ и убытки причиненные кредитору, причемъ понятіе вреда и убытковъ охватываетъ и тотъ ущербъ, который кредиторомъ понесенъ и тѣ выгоды, которыхъ онъ лишился. Принужденіе должника къ совершенію дѣйствій in natura, какъ противорѣчащее понятію личной свободы, мѣста имѣть не можетъ [9]); но, съ одной стороны, кредиторъ можетъ быть уполномоченъ судомъ поручить совершеніе этихъ дѣйствій третьему лицу за счетъ должника, съ другой — онъ имѣетъ право требовать, независимо отъ возмѣщенія понесеннаго имъ ущерба, уничтоженія того, что было сдѣлано должникомъ вопреки обязательству или, опять таки, можетъ за счетъ должника уничтожить сдѣланное [10]).

8) Pothier. Traité des oblig. P. 1. Ch. 1. § 53. сл. C. civ. art. 1119. Ср. Laurent. Pr. XV. стр. 608 сл. Nr. 531 сл.

9) Laurent. Princ. XVI. стр. 258 Nr. 198.

10) C. civ. art 1142—1144, 1149.

Въ общемъ — тѣ-же правила примѣняются и къ обязательствамъ на dare, съ тѣмъ различіемъ, что въ этихъ послѣднихъ предоставленіе кредитору объекта in natura естественно играетъ болѣе крупную роль. Ст. 1136 C. civ. говоритъ, что въ обязательствахъ такого рода должникъ обязанъ „выдать вещь кредитору (livrer la chose) и охранять ее (conserver) до момента выдачи, подъ страхомъ отвѣтственности передъ кредиторомъ за ущербъ и убытки.“ Разсматриваемое само по себѣ, это постановленіе легко могло бы быть истолковано въ томъ смыслѣ, что и въ обязательствахъ на dare должникъ, вслучаѣ неисполненія, можетъ быть присужденъ только къ уплатѣ убытковъ кредитору, но на дѣлѣ французскому праву хорошо извѣстна реальная экзекуція [11]). При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что если предметомъ договора была передача кредитору права собственности на извѣстную вещь, принадлежавшую должнику, то право собственности переходитъ къ кредитору въ силу простаго соглашенія сторонъ; акта традиціи, въ противоположность римскому праву, не требуется [12]); отсюда ясно, что при требованіи исполненія по обязательству такого содержанія кредиторъ вмѣсто иска, вытекающаго изъ договора, можетъ непосредственно виндицировать вещь.

Таковы правила объ отвѣтственности должника по обязательствамъ, возникающимъ изъ договоровъ. Отвѣтственность его по обязательствамъ возникающимъ изъ деликтовъ и аналогичныхъ основаній, опредѣляется статьями 1382—1385 C. civ.; она сводится также къ возмѣщенію вреда и ущерба причи-

11) Mourlon. Repetitions. II. стр. 582. 583. Nr. 1138.
12) C. civ. art. 1138.

неннаго потерпѣвшему, т. е. къ возмѣщенію понесенныхъ имъ потерь и упущенныхъ выгодъ.

Такимъ образомъ, въ общемъ результатѣ, французское право, на первый взглядъ, не можетъ быть названо особо благопріятствующимъ защитѣ связанныхъ съ обязательствомъ неимущественныхъ интересовъ, т. к. понятіе вреда и убытковъ, къ возмѣщенію которыхъ въ большинствѣ случаевъ сводится обязанность должника, опредѣлено законодательствомъ въ смыслѣ чисто матерьяльномъ. Достаточно, однако, самого поверхностнаго знакомства съ практикой французскихъ судовъ, чтобы убѣдиться въ абсолютной ложности такого заключенія и едва ли, напротивъ, можно указать на другую систему практическаго примѣненія права, которая давала бы болѣе широкую защиту всевозможнымъ интересамъ кредитора, связаннымъ для него съ обязательствомъ. Мы не можемъ, къ сожалѣнію, остановиться подробно на изложеніи принциповъ, положенныхъ въ основаніе этой судебной практики, замѣтимъ только, что такой результатъ достигается чрезвычайно свободной оцѣнкой убытковъ по искамъ, возникающимъ изъ обязательствъ. Эта свобода оцѣнки ведетъ къ тому, что понятіе dommage-intérêts даже въ тѣхъ случаяхъ, когда иски возникаютъ изъ обязательствъ, носящихъ чисто имущественный характеръ, далеко расширяется за предѣлы, отведенные ему ст. 1149. C. civ., т. е. за предѣлы damnum emergens и lucrum cessans; или, лучше сказать, — въ основаніе опредѣленія размѣровъ того и другаго принимаются во вниманіе такіе моменты, которые стоятъ внѣ всякой связи съ имущественными интересами. Наиболѣе рельефно такое направленіе выразилось, однако, по отношенію къ обязательствамъ, возникающимъ изъ деликтовъ

и quasi — деликтовъ, гдѣ подведеніе подъ понятіе dommage-intérêts нетолько имущественнаго, но и неимущественнаго ущерба (préjudice moral) стало основнымъ принципомъ практики и теоріи [13]).

Въ итальянскомъ правѣ, представляющемъ изъ себя, въ общемъ, точную копію французскаго, никакихъ уклоненій, по отношенію къ даннымъ вопросамъ, отмѣчено быть не можетъ. Il Codice civile del regno d'Italia, получившій силу закона съ 1 января 1866 г., есть ничто иное, какъ почти буквальный переводъ Code civil и различіе между ними сводится, за немногими исключеніями, къ разницѣ въ размѣщеніи матерьяла по отдѣльнымъ рубрикамъ. Въ частности, обязательственное право скопировано съ французскаго почти съ дословной точностью, подобно тому, какъ это послѣднее, въ свою очередь, скопировано съ Traité des obligations Потье.

Англійскому праву требованіе необходимости имущественнаго интереса въ обязательствѣ повидимому неизвѣстно вовсе. Оно требуетъ, чтобы въ основаніи каждаго обязательства лежало „a sufficient consideration," но при этомъ категорически заявляетъ, что такимъ „достаточнымъ основаніемъ"

---

13) Laurent. Princ. XVI. стр. 341. Nr. 281. — Въ высшей степени любопытный очеркъ практики французскихъ судовъ въ этомъ направленіи даетъ Zink. Ueber die Ermittelung des Sachverhaltes im französischen Civilprocesse. T. 1., особенно Отд. XIV. стр. 563—613. Въ Т. 2-мъ этого сочиненія (особ. стр. 179—305) собрана масса примѣровъ, наглядно иллюстрирующихъ принципы, положенные въ основаніе французской практики. Спеціально вопросу о вознагражденіи за вредъ и убытки въ отношеніяхъ внѣдоговорныхъ посвящено изслѣдованіе Sourdat. Traité de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats. 2 т. Paris 1887.

признается не исключительно денежный, поддающійся оцѣнкѣ, интересъ (a valuable considerativn)[14]).

Что касается до принужденія должника къ исполненію дѣствія in natura, то въ числѣ „Rules of Court“ къ новому Judicature Acts, мы встрѣчаемъ слѣдующее постановленіе: „подчиненіе приговору, осуждающему извѣстное лице совершить какое либо дѣйствіе, не состоящее въ уплатѣ денежной суммы, или, наоборотъ, воздержаться отъ совершенія какого либо дѣйствія, можетъ быть вынуждено посредствомъ приказа объ арестѣ или тюремномъ заключеніи“ [15]). Надо замѣтить, что еще недавно такія принудительныя мѣры противъ личности должника принимались только для приведенія въ исполненіе приговоровъ суда справедливости (Court of Equity, of Chancery), который могъ распоряжаться приведеніемъ въ точное исполненіе обязательствъ, нарушенныхъ одной изъ сторонъ (т. наз. specific performance); судъ общаго права (Common law) могъ только присудить взыскать убытки, причиненные неисполненіемъ договора [16]). Позже, однако, тѣ же средства принудительнаго исполненія были распространены и на приговоры судовъ общаго права [17]).

Отношеніе австрійскаго права къ вопросу о характерѣ интереса, необходимаго для дѣйствительности обязательства, можетъ возбудить нѣкоторыя сомнѣнія. Прежде всего не

14) Addison. On the law of contracts. стр. 8—9.

15) Order XLII Nr. 5. „A judgment, requiring any person to do any act other than the payment of money, or to abstain from doing anything, may be enforced by writ of attachment or by commital.“

16) Журн. Мин. Юст. 1866 г. Марковъ. Очеркъ гражд. судопр. въ Англіи. Стр. 16.

17) Черезъ Common Law Procedure act 1860 г. Kennedy and Raikes. The new practice. London 1877.

TRÜ Raamatukogu

слѣдуетъ упускать изъ вида, что австрійскій кодексъ [18]) возникъ, какъ и всѣ безъ исключенія германскія кодификаціи гражданскаго права, на почвѣ права пандектнаго, въ которомъ доктрина о необходимости для обязательства имущественнаго интереса до послѣдняго времени господствовала безраздѣльно. Затѣмъ — своеобразный терминъ „лично — вещныя права“ (persönliche Sachenrechte), какимъ пользуется этотъ кодексъ для обозначенія обязательственныхъ отношеній, можетъ быть принятъ въ смыслѣ прямаго указанія на то обстоятельство, что сущность такихъ отношеній австрійское право усматриваетъ въ господствѣ надъ имущественной цѣнностью.

Тѣмъ не менѣе можно утверждать, что имущественному характеру обязательства австрійское право существеннаго значенія не придаетъ. Что касается, прежде всего, до обязательствъ по договорамъ, то возможнымъ объектомъ послѣднихъ объявляется все, что имѣетъ значеніе въ гражданскомъ оборотѣ [19]), недѣйствительны лишь тѣ договоры, которые направлены на дѣйствія объективно невозможныя и дѣйствія запрещенныя закономъ, а также договоры въ пользу третьихъ лицъ [20]).

Вслучаѣ неисполненія или ненадлежащаго исполненія договора одной изъ сторонъ, другая сторона имѣетъ право требовать точнаго исполненія его и возмѣщенія ущерба, происшедшаго для нея отъ неисполненія контрагентомъ при-

18) Das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich.

19) „Alles, was im Verkehr steht“. ABG. § 878. Такъ напр. былъ признанъ дѣйствительнымъ договоръ между двумя лицами объ уступкѣ однимъ изъ нихъ другому „чести изобрѣтенія“. Примѣч. 6 къ § 878 въ издан. Manz'a.

20) ABG. § 878. 881. Примѣры договоровъ противозаконныхъ ср. § 879.

нятыхъ на себя обязанностей[21]); при этомъ на возмѣщеніе ущерба искъ можетъ быть непосредственно направленъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда исполненіе договора стало уже невозможнымъ или, по запоздалости, противнымъ цѣли, съ какой договоръ былъ заключенъ; въ противномъ случаѣ искъ долженъ быть направленъ именно на исполненіе договора[22]).

Болѣе общія правила объ отвѣтственности за ущербъ, причиненный однимъ лицемъ другому, указаны въ §§ 1293 слѣд., причемъ эти правила въ равной степени примѣнимы и къ нарушенію обязанностей, принятыхъ на себя по договорамъ и вообще къ отвѣтственности за дѣйствія, въ которыхъ лице, причинившее другому ущербъ, не свободно отъ вины. Подъ ущербомъ въ такихъ случаяхъ понимается нетолько ущербъ имущественный, но также всякое невыгодное послѣдствіе для правъ и личности потерпѣвшаго[23]). При тѣлесныхъ поврежденіяхъ, кромѣ возмѣщенія чисто матерьяльныхъ убытковъ (нпр. расходы на леченье, потеря способности къ заработку), дается вознагражденіе за понесенныя страданія (Schmerzengeld)[24]) и за обезображеніе[25]). При деликтахъ, слѣдствіемъ которыхъ былъ ущербъ имущественный, въ основаніе оцѣнки ущерба можетъ быть положена нетолько рыночная цѣна вещи, но и цѣна особаго пристрастія (Werth der besonderen Vorliebe); именно въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ поврежденіе было слѣдствіемъ

---

21) ABG. § 919.

22) Примѣч. 4, 5, 6 къ § 919 въ издан. Manz'a.

23) ABG. § 1293—1295. Практикой признано, что предметомъ возмѣщенія можетъ быть и н р а в с т в е н н ы й ущербъ (ideeller Schaden); примѣч. 3 къ § 1293 въ издан. Manz'a.

24) ABG. § 1325.

25) Особенно женщинъ ABG. § 1326.

или нарушенія нормы уголовнаго права или преднамѣренно злостнаго поступка [26] [27]).

Прусское право, послѣ обычныхъ, повторяющихся во всѣхъ законодательствахъ, постановленій о недѣйствительности договоровъ, имѣющихъ содержаніемъ дѣйствія невозможныя и закономъ запрещенныя [28]), регулируетъ ближе вопросъ объ интересѣ, какъ основаніи обязательства, слѣдующимъ образомъ: „договоры, исполненіе которыхъ не можетъ никому принести ни выгоды, ни пользы, должны, по просьбѣ стороны, на которую они налагаютъ извѣстныя обязанности, быть объявляемы судомъ недѣйствительными“ [29]).

Оставляя въ сторонѣ вопросъ о цѣлесообразности избраннаго здѣсь способа оспариванія договоровъ, лишенныхъ интереса для сторонъ [30]), можно замѣтить, что, требуя наличности интереса вообще, постановленіе это не содержитъ въ себѣ ни малѣйшаго указанія на то, что интересъ этотъ долженъ сверхъ того обладать имущественнымъ, денежнымъ характеромъ. На это обращаетъ вниманіе и извѣстный комментаторъ прусскаго кодекса, Кохъ, въ своемъ примѣчаніи къ § 70 [31]): нѣтъ необходимости, замѣчаетъ онъ, чтобы интересъ въ договорѣ былъ интересомъ денежнымъ. Совершенно иначе, однако, отно-

---

26) Muthwillen und Schadenfreude. ABG. § 1331. 1332.

27) О предметѣ обязательства вообще ср. Hasenöhrl. „Das oesterreichische Obligationenrecht“ I. стр. 21—23; подробнѣе мнѣніе этого автора будетъ изложено ниже; входить въ разборъ его здѣсь излишне, такъ какъ Hasenöhrl стоитъ на почвѣ пандектнаго, а не чисто австрійскаго права.

28) Allgem. Landr. f. die Preuss. Staaten. Ч. 1. Тит. 5. § 51—69.

29) Allgem. Landr. cod. § 70.

30) Объ этотъ ср. комментаріи Коха къ указан. § 70. Т. 1. стр. 180 пр. 69.

31) См. предыдущ. примѣч.

сится къ данному вопросу другой, не менѣе авторитетный спеціалистъ по прусскому праву — Дернбургъ: онъ нетолько объявляетъ имущественную цѣнность обязательства существеннымъ условіемъ дѣйствительности послѣдняго, но прямо исключаетъ изъ понятія обязательства всѣ соглашенія, не имѣющія прямаго или, по крайней мѣрѣ, косвеннаго отношенія къ имуществу. Такъ — не могутъ быть предметомъ обязательства обѣщанія, относящіяся къ семейному праву, нпр. обѣщаніе усыновить кого-либо, обѣщаніе вступить въ бракъ; затѣмъ — отношенія права общественнаго, нпр. — обѣщаніе отказаться отъ государственной должности, отъ кандидатуры въ парламентскихъ выборахъ; наконецъ — не можетъ быть предметомъ обязательства все то, что, имѣя цѣлью исключительно удовлетвореніе личныхъ, индивидуальныхъ потребностей, не принадлежитъ къ области того, что въ оборотѣ можетъ быть пріобрѣтено за деньги, нпр. — обѣщаніе, данное сосѣду по помѣщенію, не играть на фортепьяно. Римскому праву и его здравымъ понятіямъ, заключаетъ авторъ, мы обязаны тѣмъ, что подобные взгляды являются невозможными и у насъ[32]).

Мнѣніе Дернбурга было бы какъ нельзя болѣе яснымъ, еслибы самъ авторъ въ дальнѣйшемъ развитіи своего изложенія оставался послѣдовательнымъ, чего, однако, утверждать нельзя. Полемизируя съ Іерингомъ, Дернбургъ вполнѣ соглашается съ замѣчаніемъ послѣдняго о томъ, что „имущество не есть единственное благо, которое, въ качествѣ предмета договора, призвано защищать право“. „Прежде общегерманское право, продолжаетъ онъ, признавало возможнымъ

32) Dernburg. Lehrb. d. Preuss. Privatr. II § 21 стр. 48—50.

искъ о совершеніи обрученія; было бы, далѣе, вполнѣ мыслимо признать обязательнымъ договоръ о воспитаніи дѣтей въ извѣстномъ религіозномъ исповѣданіи, то-же можно сказать и о соглашеніи между мужемъ и женою, въ силу котораго послѣдняя освобождается отъ обязанности слѣдовать за мужемъ при перемѣнѣ его мѣстожительства. Но не каждый искомый договоръ основываетъ обязательство и не всякая обязанность къ совершенію дѣйствія есть обязательственная. Если въ области семейныхъ и личныхъ, а также общественныхъ правъ договоръ въ извѣстныхъ отношеніяхъ можетъ служить основаніемъ правъ, причемъ наличность имущественнаго интереса не является существеннымъ условіемъ, то, по нашему мнѣнію, такое явленіе не имѣетъ ничего общаго съ вопросамъ, — ограничивается ли область обязательствъ, по самому понятію своему, защитой интересовъ, допускающихъ оцѣнку въ деньгахъ“ [33]).

Въ результатѣ, какъ ясно изъ изложеннаго, Дернбургъ никоимъ образомъ не отрицаетъ дѣйствительности договоровъ, имѣющихъ предметомъ неимущественные интересы, но возстаетъ противъ подведенія ихъ подъ понятіе обязательствъ. Въ чемъ, однако, заключается различіе между обязательствомъ и „искомымъ договоромъ, налагающимъ на стороны извѣстныя обязанности“, отвѣта на этотъ вопросъ авторъ не даетъ и никакого существеннаго различія между этими двумя понятіями мы, съ своей стороны, усмотрѣть не въ состояніи. Кредитору или, употребляя болѣе общій терминъ, управомоченному по договору въ сущности абсолютно безразлично, будетъ ли от-

33) Dernburg. Eod. примѣч. 3.

ношеніе, связывающее его съ должникомъ, названо обязательствомъ или нѣтъ, если только получаетъ достаточную защиту интересъ, связанный для него съ исполненіемъ должникомъ принятыхъ на себя послѣднимъ обязанностей. Вся сила возраженія Дернбурга направлена, такимъ образомъ, противъ установившейся терминологіи и оставляетъ въ сторонѣ сущность вопроса.

Какъ бы то ни было, мы можемъ придти къ убѣжденію, что и прусское право, требуя для дѣйствительности договора наличности извѣстнаго интереса, не ставитъ необходимымъ условіемъ, чтобы послѣдній носилъ характеръ имущественный; тѣмъ не менѣе слѣдуетъ замѣтить, что судебная практика въ этомъ отношеніи гораздо строже, чѣмъ, напримѣръ, практика французская и что оцѣнка интереса вслучаѣ иска производится германскими судами въ гораздо болѣе тѣсныхъ предѣлахъ, чѣмъ судами французскими [34])

Что касается до послѣдствій неисполненія договора, то, не входя въ подробности, замѣтимъ только, что если предметомъ договора было совершеніе извѣстныхъ дѣйствій — противъ должника могутъ быть судомъ приняты принудительныя мѣры для произведенія давленія на его волю, въ видѣ денежныхъ штрафовъ, въ размѣрѣ, не превышающемъ въ общей сложности тысячи пятисотъ марокъ или тюремнаго заключенія до шести мѣсяцевъ [35]).

Наконецъ отвѣтственность по правонарушеніямъ регулируется прусскимъ правомъ почти тѣмъ же самымъ способомъ,

---

34) Ср. объ этомъ цитирован. (стр. 50. пр. 13). выше сочинен. Zink'a. Ueber die Ermittelung des Sachverhaltes и т. д.

35) Reichs-Civilprocessordnung §§ 774. 776. 794.

что и правомъ австрійскимъ. Между прочимъ и здѣсь мы встрѣчаемъ постановленіе, что въ тѣхъ случаяхъ, когда деликтъ заключался въ намѣренномъ поврежденіи чужихъ вещей, — совершившій его обязанъ возмѣстить потерпѣвшему не рыночную цѣну вещи, а цѣну особаго пристрастія [36]).

Переходя, наконецъ, къ русскому праву, мы прежде всего должны замѣтить, что о необходимости имущественнаго интереса въ обязательствѣ въ текстѣ закона и здѣсь не упоминается ни однимъ словомъ. Предметомъ договора, по нашему законодательству „могутъ быть или имущества, или дѣйствія лицъ; цѣль его должна быть непротивна законамъ, благочинію и общественному порядку“, поэтому: „договоръ недѣйствителенъ и обязательство ничтожно, если побудительная причина къ заключенію онаго есть достиженіе цѣли, законами запрещенной, какъ-то, когда договоръ клонится: 1. къ расторженію законнаго супружества; 2. къ подложному переукрѣпленію имѣнія въ избѣжаніе платежа долговъ; 3. къ лихоимственнымъ изворотамъ; 4. къ присвоенію частному лицу такого права, котораго оно по состоянію своему имѣть не можетъ; 5. ко вреду государственной казны“ [37]).

Что перечисленные въ приведенныхъ пунктахъ случаи не имѣютъ исчерпывающаго значенія, а приведены лишь въ видѣ примѣровъ и не представляются единственными, на основаніи которыхъ договоръ можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ — ясно само собой; на это обстоятельство сверхъ

36) Werth der besonderen Vorliebe. Allgem. Landr. Ч. 1. Тит. 6 § 87. Титулъ 6-й посвященъ спеціально правиламъ объ отвѣтственности по правонарушеніямъ.

37) Т. X. Ч. 1. Св. зак. Гражд. ст. 1528. 1529.

того категорически указано Сенатомъ [38]). Всѣ эти случаи представляютъ изъ себя, въ сущности, ничто иное, какъ отдѣльныя послѣдствія общаго правила о недѣйствительности договоровъ, заключенныхъ для достиженія цѣлей, противныхъ „законамъ, благочинію и общественному порядку“.

Возможнымъ предметомъ договора нашъ законъ считаетъ, такимъ образомъ, или имущества или дѣйствія лицъ, въ чемъ нельзя не видѣть аналогіи извѣстному уже намъ дѣленію обязательствъ на obligationes quae in dando и obligationes quae in faciendo consistunt. Что предметомъ обязательства является, строго говоря, во всякомъ случаѣ дѣйствіе лица обязаннаго, — этого ст. 1528 не отмѣчаетъ, но и на это указываетъ Сенатъ въ рядѣ рѣшеній [39]). Входя, далѣе, въ болѣе подробное опредѣленіе понятія договора Сенатъ опредѣляетъ послѣдній, какъ „соглашеніе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ, порождающее право на чужое дѣйствіе, имѣющее имущественный характеръ и интересъ, т. е. цѣнность въ общежитіи. Если добровольное соглашеніе подъ это опредѣленіе не подходитъ, то не можетъ быть признано договоромъ; такъ напр. соглашеніе нѣсколькихъ лицъ, состоящихъ совмѣстно душеприкащиками, о томъ, чтобы вопросы по исполненію завѣщанія рѣшать по большинству голосовъ, не можетъ быть признано договоромъ“ [40]).

Въ другихъ рѣшеніяхъ высказывается болѣе общее положеніе, что „предметомъ сдѣлокъ или договорныхъ согла-

---

38) Рѣш. Гр. Кас. Деп. 1886 г. N. 66.

39) Ср. напр. Рѣш. Гр. Кас. Деп. 1870 г. N. 1091; 1871 г. N. 788; 1873 г. N. 1485.

40) Р. Гр. Кас. Деп. 1873 г. N. 1485.

шеній можетъ быть всякое право гражданское, за исключеніемъ лишь случаевъ, когда при такихъ сдѣлкахъ имѣется въ виду достиженіе цѣлей закономъ запрещенныхъ“ [41]). Для болѣе точнаго опредѣленія понятія „права гражданскаго“ слѣдуетъ обратиться къ толкованіямъ, даннымъ къ ст. 1 Уст. Гражд. Судопр., гласящей, что всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій“. Здѣсь Сенатъ поясняетъ, что подъ правомъ гражданскимъ слѣдуетъ понимать вообще право на всякаго рода имущество, на все, что можетъ быть предметомъ частнаго обладанія [42]), но нетолько право вещное (на недвижимыя имѣнья и капиталы), а также права на дѣйствія другаго лица; къ этой же области относятся и личныя права, сопряженныя съ рожденіемъ или существованіемъ законнаго брака [43]).

Такимъ образомъ взглядъ, котораго держится наша судебная практика можетъ быть формулированъ въ слѣдующихъ словахъ: предметомъ договора можетъ быть всякое гражданское право, но такъ какъ подъ это понятіе, если оставить въ сторонѣ права семейныя, подходятъ только права на имущество, то если предметомъ договора являются дѣйствія лица обязаннаго — дѣйствія эти должны обладать имущественнымъ характеромъ и интересомъ.

Послѣдствія неисполненія обязательствъ ближе опредѣлены въ Разд. II. 2-й Книги X т. Ч. 1, причемъ уже самое заглавіе названныхъ книги (О порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще) и раздѣла (О существѣ

41) Рѣш. Гр. Кас. Деп. 1873 г. N. 397; 1878 г. N. 73.
42) Рѣш. 1879 г. N. 315; ср. 1872 г. N. 1254 и 1879 г. N. 248.
43) Рѣш. 1874 г. N. 900; 1879 г. N. 236.

и пространствѣ разныхъ правъ на имущества) служитъ достаточнымъ указаніемъ о взглядѣ нашего законодательства на характеръ правъ по обязательствамъ (Гл. пятая 2-й Кн. Разд. II). Установивъ въ ст. 569 общее правило, что „всякій договоръ и всякое обязательство, правильно составленные, налагаютъ на договаривающихся обязанность ихъ исполнить“, законъ опредѣляетъ дальше, что „всякій договоръ и всякое обязательство, въ случаѣ неисполненія, производятъ право требовать отъ лица обязавшагося удовлетворенія во всемъ томъ, что постановлено въ оныхъ“ (ст. 570) и что „если по договору или обязательству не послѣдуетъ въ срокъ исполненія, то взысканіе производится порядкомъ, изложеннымъ въ законахъ судопроизводства гражданскаго“ (ст. 572).

Самъ по себѣ общій смыслъ указанныхъ статей не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что кредиторъ имѣетъ право требовать отъ должника исполненія дѣйствій in natura; въ практическомъ отношеніи весь вопросъ о послѣдствіяхъ неисполненія обязательства со стороны должника сводится, поэтому, къ вопросу о томъ, какими средствами располагаютъ органы судебной власти по отношенію къ принудительному исполненію договоровъ т. е., по выраженію ст. 572, къ порядку взысканія, изложенному въ законахъ судопроизводства гражданскаго. Ближайшее толкованіе ст. 570, въ сопоставленіи ея съ правилами принудительнаго исполненія судебныхъ рѣшеній, приводитъ Сенатъ къ слѣдующимъ выводамъ.

По общему правилу, контрагентъ имѣетъ возможность достигнуть осуществленія пріобрѣтеннаго имъ по договору права посредствомъ суда; такое осуществленіе права, такое удовлетвореніе по договору можетъ заключаться или въ пере-

дачѣ имущества натурою, или въ производствѣ за счетъ обязавшагося опредѣленныхъ дѣйствій или работъ, или наконецъ, во взысканіи съ имущества отвѣтчика опредѣленной суммы, либо условленной договоромъ (неустойка, poena conventionalis), либо въ видѣ вознагражденія за убытки. Изъ общаго правила о возможности принудительнаго исполненія договора должно, однако, по необходимости быть допущено слѣдующее исключеніе: принудительное исполненіе договора можетъ оказаться фактически невозможнымъ, (такъ, нпр., въ томъ случаѣ, если присужденная истцу вещь не оказывается въ имуществѣ отвѣтчика). Съ такой же фактической невозможностью мы имѣемъ дѣло и въ томъ случаѣ, когда обязательство заключается въ исполненіи какихъ либо дѣйствій самимъ отвѣтчикомъ: судъ въ правѣ предписать совершеніе дѣйствій за счетъ отвѣтчика, но не въ правѣ принудить самого отвѣтчика къ совершенію дѣйствій. Въ этихъ и въ подобныхъ случаяхъ, когда принудительное исполненіе договора не можетъ имѣть мѣста, — истцу остается право на вознагражденіе за причиненные неисполненіемъ договора убытки[44]).

Принципъ, который можетъ быть выведенъ изъ всего сказаннаго, такимъ образомъ, ясенъ: принудительное исполненіе примѣнимо настолько, насколько оно охватываетъ имущество должника, оставляя въ сторонѣ его личность; въ первомъ случаѣ договоръ приводится въ исполненіе in natura (передача имущества, производство дѣйствій за счетъ должника), во второмъ — давленіе на волю должника нпр. денежными

44) Рѣш. Гр. Кас. Деп. 1873 г. N. 217; 1879 г. N. 317; 1880 г. N. 118.

штрафами, тюремнымъ заключеніемъ (средства извѣстныя прусскому праву) не допускается. Тѣмъ не менѣе, Сенатъ неоднократно указываетъ, что невозможность принудительнаго исполненія договора не должна служить для суда поводомъ къ оставленію иска кредитора безъ разсмотрѣнія, такъ какъ признаніе права стоитъ внѣ зависимости отъ того, можетъ ли это право быть осуществлено принудительными мѣрами. Такое признаніе права можетъ прежде всего имѣть своимъ послѣдствіемъ добровольное исполненіе должникомъ обязательства; затѣмъ — признаніе договора дѣйствительнымъ даетъ право на взысканіе убытковъ за его неисполненіе. Истцу не можетъ быть отказано въ искѣ только потому, что, по мнѣнію судебнаго мѣста, нѣтъ законныхъ способовъ къ понужденію отвѣтчика исполнить рѣшеніе, такъ какъ вопросъ объ осуществленіи права можетъ возникнуть лишь по постановленіи рѣшенія, которымъ спорное право будетъ признано подлежащимъ удовлетворенію. Вообще, замѣчаетъ Сенатъ, уставъ гражданскаго судопроизводства предусматриваетъ лишь наиболѣе часто встрѣчающіеся въ практикѣ способы исполненія рѣшеній и не касается приведенія въ исполненіе рѣшеній по многимъ искамъ, о которыхъ упоминается въ томъ же уставѣ[45]).

Нельзя не признать, что точка зрѣнія Сената не отличается ни ясностью, ни послѣдовательностью: суду предписывается разсматривать исковыя притязанія и постановлять по нимъ рѣшенія, не обращая вниманія на то, могутъ ли эти рѣшенія быть приведены въ исполненіе или не могутъ; указывается

45) Рѣш. Гр. Кас. Деп. 1873 г. N. 217; 1874 г. N. 307. 394. 900; 1879 г. N. 236; 1880 г. N. 118. 218; 1881 г. N. 66.

спеціально на неполноту правилъ объ исполненіи рѣшеній, содержащихся въ уставѣ гражданскаго судопроизводства и этимъ какъ бы признается за органами судебной власти право принимать, вслучаѣ такого пробѣла, по своему усмотрѣнію мѣры къ вынужденію повиновенія со стороны отвѣтчика. И тѣмъ не менѣе — какія бы то ни было мѣры принужденія отвѣтчика къ совершенію дѣйствій in natura объявляются невозможными; между тѣмъ указаніе Сената на возможность добровольнаго исполненія обязательства со стороны должника въ большинствѣ случаевъ конечно на дѣлѣ не оправдается, а право на вознагражденіе за причиненные неисполненіемъ договора убытки кредиторъ имѣетъ во всякомъ случаѣ, въ особомъ признаніи, для этого, договора дѣйствительнымъ со стороны суда нѣтъ никакой надобности.

Итакъ — принудительное исполненіе договоровъ производится по нашему праву in natura, если такое исполненіе возможно путемъ мѣръ, направленныхъ противъ имущества должника. Въ противномъ случаѣ право кредитора по обязательству обращается въ право требовать отъ должника возмѣщенія убытковъ, послѣдовавшихъ для перваго отъ неисполненія вторымъ принятыхъ на себя обязанностей. При такихъ условіяхъ рѣшающее значеніе для удовлетворенія кредитора получаетъ вопросъ о томъ смыслѣ, какой придается нашими законами понятію убытка или, выражаясь техническимъ терминомъ русскаго законодательства, понятію „вреда и убытковъ“.

Нормы, спеціально регулирующія право вознагражденія за понесенные вредъ и убытки, составляютъ содержаніе шестой главы, раздѣла втораго, второй книги X т. Ч. 1 Св.

Зак. Гражд. Глава эта распадается на два отдѣла, изъ которыхъ первый говоритъ „о вознагражденіи за принудительное отчужденіе недвижимыхъ имуществъ, временное занятіе ихъ и установленіе права участія въ пользованіи ими“, второй — „о вознагражденіи частномъ“; послѣдній, въ свою очередь, подраздѣленъ на три рубрики: „о вознагражденіи за владѣніе чужимъ имуществомъ“; „о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ или проступкомъ“ и, наконецъ, „о вознагражденіи за вредъ и убытки, послѣдовавшіе отъ дѣяній, не признаваемыхъ преступленіями и проступками“.

Уже изъ простаго перечисленія заглавій отдѣльныхъ рубрикъ легко усмотрѣть, что, во первыхъ, каждая изъ нихъ разсматриваетъ какую нибудь спеціальную группу случаевъ и что, во вторыхъ, весь вопросъ о вознагражденіи за вредъ и убытки ставится десятымъ томомъ въ ближайшую и непосредственную связь съ ущербомъ имущественнымъ; послѣднее станетъ еще болѣе яснымъ, если принять въ соображеніе, что книга вторая этого тома свода озаглавлена „о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества вообще“, а раздѣлъ второй названной книги — „о существѣ и пространствѣ разныхъ правъ на имущества“. Такимъ образомъ, самаго поверхностнаго взгляда на нашъ гражданскій кодексъ достаточно для убѣжденія въ томъ, что къ вопросу о защитѣ неимущественныхъ интересовъ въ отношеніяхъ договорныхъ (о правонарушеніяхъ ниже) онъ относится отрицательно.

Тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ замѣтить, что единственная статья общаго содержанія, предпосланная въ шестой главѣ всѣмъ перечисленнымъ спеціальнымъ рубрикамъ, не входя, правда, въ точное опредѣленіе вреда и убытковъ, давала бы

сама по себѣ полную возможность подвести подъ это понятіе и неимущественный ущербъ. Статья эта (ст. 574 X. т. Ч. 1) устанавливаетъ общее правило, что „какъ по общему закону никто не можетъ быть лишенъ правъ, ему принадлежащихъ, то всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому либо вредъ или убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другой производятъ право требовать вознагражденія“. Ничто не препятствовало бы на практикѣ примѣненію указанной статьи и къ случаямъ ущерба неимущественнаго, тѣмъ болѣе, что самый текстъ закона даетъ основаніе къ различенію „ущерба въ имуществѣ“ отъ „вреда и убытковъ“, на которые указывается отдѣльно. Не входя въ подробности, которыя завели бы слишкомъ далеко, мы можемъ, однако, утверждать, что твердо установившаяся судебная практика понимаетъ подъ вредомъ и убытками исключительно ущербъ имущественный и что ущербъ нравственный (préjudice moral, ideeller Schaden) не признается подлежащимъ удовлетворенію. Ст. 574 неизмѣнно толкуется въ смыслѣ общаго положенія, гласящаго, что „никто не въ правѣ обогащаться за чужой счетъ“[46]), положенія, несомнѣнно въ ней заключающагося, но далеко не исчерпывающаго всего ея содержанія. Названная статья могла бы являться въ рукахъ суда могучимъ орудіемъ для защиты всевозможныхъ, достойныхъ этой защиты интересовъ, орудіемъ, отъ котораго русская практика добровольно и сознательно отказывается.

Относительно обязательствъ по договорамъ мы должны, такимъ образомъ, придти къ убѣжденію, что по русскому праву

46) Ср. нпр. Рѣш. Гр. Кас. Деп. 1879 г. N. 339; 1880 г. N. 218; 1882 г. N. 60; 1883 г. N. 32; 1887 г. N. 13 и мн. др.

имущественный интересъ объявляется существеннымъ условіемъ ихъ дѣйствительности, но не въ томъ смыслѣ, что отсутствіе такого интереса влечетъ за собой ничтожность обязательства, а въ томъ, что въ практическомъ результатѣ кредиторъ, не потерпѣвшій отъ неисполненія обязательства имущественнаго ущерба, лишенъ возможности предъявить къ должнику какое бы то ни было требованіе о возмѣщеніи вреда и убытковъ. Мы не должны, однако, упускать изъ вида, что вездѣ, гдѣ это возможно, обязательство приводится въ исполненіе in natura и что, поэтому, кредиторъ остается безъ защиты только въ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ, неисполненіе котораго должникомъ ущерба кредитору не причинило, состоялъ въ исполненіи извѣстныхъ дѣйствій лично самимъ должникомъ.

Намъ остается, въ заключеніе, разсмотрѣть постановленія русскаго права, относящіяся къ обязательствамъ, возникающимъ изъ правонарушеній и аналогичныхъ основаній. Постановленія эти составляютъ содержаніе ст. 644—689 X т. Ч. 1 Св. Зак. Гражд.

Общее правило отвѣтственности по правонарушеніямъ даютъ ст. 644 и 645. Виновный въ совершеніи правонарушенія или проступка обязанъ вознаградить потерпѣвшаго за всѣ непосредственно причиненные послѣднему правонарушеніемъ вредъ и убытки, независимо отъ того, совершено ли правонарушеніе умышленно или нѣтъ. Если же правонарушеніе совершено именно съ цѣлью причинить убытки или потери потерпѣвшему, то виновный обязанъ вознаградить послѣдняго нетолько за убытки, непосредственно происшедшіе отъ его дѣйствій, но и за всѣ тѣ, болѣе отдаленные, которые такимъ послѣдствіемъ являются.

Точнаго опредѣленія понятія вреда и убытковъ не дается и здѣсь; мы принуждены, такимъ образомъ, обратиться къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ правонарушеній, послѣдствія которыхъ регулированы нашими гражданскими законами. Результаты, къ которымъ мы приходимъ, могутъ быть, въ короткихъ словахъ, изложены слѣдующимъ образомъ.

Понятіе нравственнаго ущерба какъ слѣдствія правонарушенія (préjudice moral, ideeller Schaden) въ нашемъ законодательствѣ мало развито, хотя и нѣтъ недостатка въ отдѣльныхъ указаніяхъ на признаніе его со стороны права[47]); вообще же говоря — отвѣтственность правонарушителя вездѣ опредѣляется исключительно размѣромъ чисто имущественнаго ущерба потерпѣвшаго[48]).

Что касается, наконецъ, до отвѣтственности за вредъ и убытки, получившіеся, какъ слѣдствіе дѣйствія, не признаваемаго ни преступленіемъ, ни проступкомъ, то совершившій такое дѣйствіе также признается обязаннымъ возмѣстить этотъ вредъ и убытки потерпѣвшему. Понятіе это и здѣсь можетъ быть опредѣлено въ смыслѣ ущерба имущественнаго[49]).

Такимъ образомъ мы приходимъ къ выводу, что по вопросу о необходимости для обязательства имущественнаго интереса русское право требовательнѣе чѣмъ какое либо дру-

---

47) Ср. напр. Т. X. Ч. 1. ст. 662—664; 666, 667; 678—682.

48) Мы, къ сожалѣнію, не имѣемъ возможности, по громадности матерьяла, остановиться хотя бы нѣсколько подробно на изложеніи правилъ, регулирующихъ оцѣнку такого имущественнаго ущерба, тѣмъ болѣе входить въ разсмотрѣніе судебной практики по этому вопросу. Общее направленіе этой практики склонно, однако, скорѣе съуживать, чѣмъ расширять предѣлы гражданской отвѣтственности правонарушителя.

49) Т. X. Ч. 1. ст. 684—689

гое, что имѣетъ значеніе и въ обязательствахъ по договорамъ, но въ особенности рѣзко выступаетъ въ обязательствахъ по правонарушеніямъ. Тѣмъ не менѣе не слѣдуетъ упускать изъ вида, что въ данномъ отношеніи текстъ закона во многихъ случаяхъ давалъ бы возможность примѣненія иныхъ принциповъ чѣмъ тѣ, какими руководится судебная практика.

Заключеніе, которое мы должны вывести изъ всего вышесказаннаго, можетъ быть изложено слѣдующимъ образомъ. Ни одно законодательство не содержитъ въ себѣ прямаго предписанія о признаніи недѣйствительными договоровъ, не обладающихъ имущественнымъ интересомъ; въ этомъ отношеніи не является исключеніемъ и русское право. Такимъ образомъ, вездѣ вопросъ о защитѣ такихъ обязательствъ предоставленъ усмотрѣнію судебной практики и установить правильныя основанія для этой практики есть прямая задача юридической теоріи; на дѣлѣ — вопросъ этотъ рѣшается различно въ различныхъ странахъ, причемъ наиболѣе строгимъ можетъ быть названо русское право. Болѣе точно регулированъ вопросъ объ отвѣтственности, возникающей изъ правонарушеній; при этомъ, опять таки, суду предоставлена бо́льшая или меньшая свобода въ опредѣленіи размѣровъ гражданской отвѣтственности. Сами по себѣ многія правонарушенія представляютъ изъ себя ничто иное, какъ нарушеніе именно неимущественныхъ интересовъ потерпѣвшаго, но по вопросу объ оцѣнкѣ этихъ интересовъ въ видѣ имущественной отвѣтственности правонарушителя передъ потерпѣвшимъ могутъ, въ свою очередь, быть отмѣчены значительныя разногласія между отдѣльными законодательствами. И здѣсь русское право, опять таки, является наиболѣе строгимъ.

§ 7. Догматическая исторія вопроса о необходимости имущественнаго интереса въ обязательствѣ.

Излагая отношеніе французскаго права къ вопросу о необходимости имущественнаго интереса для дѣйствительности обязательства, мы имѣли уже случай убѣдиться, что французской юридической литературѣ такое требованіе извѣстно давно; что оно какъ нельзя болѣе ясно и точно формулировано Потье, однимъ изъ наиболѣе выдающихся романистовъ прошлаго вѣка. Обращаясь, далѣе, къ спеціальному разсмотрѣнію германской пандектной литературы, мы должны замѣтить, что здѣсь ясное указаніе на существенность названнаго момента для обязательства начинаетъ встрѣчаться приблизительно лишь съ 30-хъ годовъ текущаго столѣтія. Ни въ монографіяхъ по праву обязательственному, ни въ наиболѣе роспространенныхъ учебникахъ пандектъ прошлаго и начала текущаго вѣка, о необходимости имущественнаго интереса не упоминается ни однимъ словомъ [1]) и первое указаніе на это требованіе дѣлаютъ только Гёшенъ и Унтергольцнеръ; позволительно, поэтому, предложить себѣ вопросъ о причинахъ такого явленія.

Іерингъ даетъ ему объясненіе на первый взглядъ чрезвычайно естественное. Ложной, по его убѣжденію, доктриной о необходимости для обязательства имущественной цѣнности юридическая наука обязана открытію подлинныхъ институцій Гая или, точнѣе говоря, встрѣчающемуся у Гая (IV. 48) замѣчанію, что приговоръ римскаго судьи долженъ былъ всегда быть

1) О немъ не упоминаютъ, нпр., Bucher. Das Recht der Forderungen. Koch. Das Recht der Forderungen nach Gem. und nach Preuss. R., не упоминаютъ учебники Thibaut, Mühlenbruch'a, Mackeldey.

направленъ на опредѣленную денежную сумму. Историческая школа въ своемъ плодотворномъ, но не свободномъ отъ увлеченій и крайностей, стремленіи извлечь возможно бо́льшую пользу изъ открытій по исторіи права, ввела, основываясь на замѣчаніи Гая, догму объ имущественной цѣнности дѣйствія въ практическую юриспруденцію, причемъ за подтвержденіемъ этой догмы обратилась къ извѣстному тексту Дигестъ (L. 9 § 2 D. de statulib. 40. 7): „ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt“. Раньше — это требованіе германской практикѣ было абсолютно неизвѣстно [2]).

Такимъ образомъ, по мнѣнію Іеринга, ученіе о необходимости имущественной цѣнности дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства, происхожденія весьма недавняго: оно явилось на свѣтъ благодаря открытію подлинныхъ институцій Гая (имѣвшему мѣсто, какъ извѣстно, въ 1816 г.) и ошибочному пользованію ими со стороны исторической школы, начало дѣятельности которой падаетъ приблизительно на то же время.

Въ виду указаннаго выше полнаго молчанія по данному вопросу германской юридической литературы до нашего вѣка, мнѣніе Іеринга на первый взглядъ подкупаетъ своимъ правдоподобіемъ, тѣмъ болѣе, что, какъ мы увидимъ ниже, оба текста, и институцій Гая и L. 9 § 2 D. cit., приводятся господствующей теоріей въ качествѣ едва ли не главнѣйшихъ доказательствъ. При ближайшемъ разсмотрѣніи не можетъ, однако, не возникнуть значительныхъ сомнѣній въ правильности такого изложенія.

2) Ihering. Gutachten in Sachen der Gäubahn. Jahrb. f. Dogm. XVIII. стр. 41. 42.

Прежде всего — независимость господствующей теоріи отъ ошибочно истолкованнаго текста Гая, а вмѣстѣ съ тѣмъ отъ заблужденій и увлеченій исторической школы, ясна уже изъ того простаго факта, что сторонникомъ и выразителемъ этой теоріи является Потье, писавшій свое „Traité des obligations“ болѣе чѣмъ за полъ-вѣка какъ до открытія подлинныхъ институцій Гая, такъ и до нарожденія исторической школы [3]). Затѣмъ — нельзя не обратить вниманія и на то обстоятельство, что внѣшняя картина борьбы между двумя взглядами, о необходимости имущественнаго интереса въ обязательствѣ и о дѣйствительности послѣдняго при отсутствіи такого интереса, была бы совершенно иная, еслибы пробивать себѣ дорогу приходилось не второму, а первому изъ нихъ. Какъ ни сильно было вліяніе исторической школы — его, однако, всегда оказывалось недостаточно для того, чтобы однимъ взмахомъ пера уничтожить старую, твердо укоренившуюся въ наукѣ и практикѣ теорію и поставить на ея мѣсто новую, діаметрально противоположную первой. Въ данномъ случаѣ борьба ведется въ противоположномъ направленіи: очищать себѣ путь, искать сторонниковъ, приходится не мнѣнію исторической школы, увлекающейся, по выраженію Іеринга, ложными взглядами, а мнѣнію, по свидѣтельству того-же автора, безраздѣльно господствовавшему въ теоріи и практикѣ, начиная съ глоссаторовъ и вплоть до начала текущаго столѣтія. Отношеніе, такимъ образомъ, получается совершенно обратное тому, какое должно было бы имѣть мѣсто при ходѣ дѣлъ, какъ его рисуетъ Іерингъ.

3) На это указалъ уже Dernburg. Preuss. Privatr. II. § 21. прим. 3. Pandecten. II. § 17. прим. 6.

Мы, съ своей стороны, считаемъ правильнымъ діаметрально противоположное положеніе. Господствующимъ втеченіи цѣлаго ряда лѣтъ долженъ быть названъ именно тотъ взглядъ, по которому имущественный интересъ представляется необходимымъ условіемъ дѣйствительности обязательства. Отсутствіе ясной формулировки этого взгляда въ пандектной литературѣ объясняется прежде всего его общепризнанностью, но главнымъ образомъ тѣмъ, что весь вопросъ этотъ тѣснѣйшимъ образомъ связанъ не съ матерьяльнымъ гражданскимъ правомъ, а съ правомъ процессуальнымъ, причемъ авторитетъ Донелла далъ, въ свое время, полный перевѣсъ той теоріи, возникновеніе которой Іерингъ приписываетъ заблужденіямъ исторической школы.

Намъ приходилось уже указывать, что вопросъ о томъ или другомъ характерѣ интереса получаетъ практическое значеніе лишь въ томъ случаѣ, если обязательство должникомъ добровольно не исполняется. Нарушенное право кредитора превращается, при этихъ условіяхъ, въ право иска къ должнику и, поэтому, самъ собою выдвигается дальнѣйшій вопросъ: къ чему можетъ быть присужденъ должникъ, не исполнившій лежащихъ на немъ обязанностей. Поставивъ этотъ дальнѣйшій вопросъ, связь котораго съ первымъ очевидна, мы вступаемъ въ область, гдѣ споренъ едвали не каждый шагъ, но, взамѣнъ этого, мы получаемъ возможность прослѣдить исторію спора, начиная со временъ глоссы и возстановить шагъ за шагомъ развитіе и образованіе догмы о необходимости имущественнаго интереса въ обязательствѣ, которая не явилась, вопреки утвержденію Іеринга, во всеоружіи, какъ плодъ заблужденій Савиньи и его послѣдователей, а возникла и образовалась именно на

этой почвѣ, составляя естественный результатъ взгляда, получившаго здѣсь доминирующее значеніе.

Взявъ исходной точкой нашего историческаго очерка кодификацію Юстиніана [4]), какъ базисъ, на которомъ основано все дальнѣйшее развитіе науки гражданскаго права, мы должны сказать слѣдующее.

Общій результатъ реформъ позднѣйшаго императорскаго періода въ области римскаго гражданскаго процесса былъ, какъ извѣстно, тотъ, что различіе между обыкновеннымъ производствомъ по гражданскимъ дѣламъ (ordo judiciorum privatorum) и магистративнымъ дознаніемъ (cognitio extra ordinem) было уничтожено; начиная съ Діоклетіана и Максиміана, весь гражданскій процессъ регулируется нормами, относившимися прежде исключительно къ производству экстраординарному, къ магистративному дознанію. Сказанное въ полной мѣрѣ примѣнимо и къ процессу временъ Юстиніана [5]).

Изъ многочисленныхъ послѣдствій указанной реформы спеціальное отношеніе къ нашему вопросу имѣютъ два: измѣненіе, подъ ея вліяніемъ, во первыхъ содержанія судебнаго приговора, во вторыхъ — способовъ приведенія его въ исполненіе.

Въ ordo judiciorum privatorum, гдѣ спорное дѣло рѣшалось на основаніи формулы, приговоръ присяжнаго судьи, при рѣшеніи процесса въ пользу истца, всегда, каковъ бы ни былъ

---

4) Изложеніе чисто римскаго права составитъ спеціальное содержаніе слѣдующаго отдѣла.

5) Bethmann-Hollweg. Civilprozess. III. § 129. Keller-Wach. Civilprozess. § 1 стр. 5.; ср. pr. J. de succession suhlat. 3. 12; § 8 J. de interdict. 4. 15. L. 2. 5. C. de pedan. judicib. 3. 3.

предметъ иска, долженъ былъ быть направленъ на опредѣленную денежную сумму, къ уплатѣ которой истцу присуждался отвѣтчикъ. Только въ одной группѣ исковъ (actiones arbitrariae) судья, раньше постановки окончательнаго приговора, обращался къ отвѣтчику съ приказомъ возвратить истцу спорный объектъ (arbitrium de restituendo); исполненіе этого приказа для отвѣтчика было необязательно, но неповиновеніе (contumacia) влекло за собой для него извѣстныя невыгоды. Такимъ образомъ, достигнуть фактическаго осуществленія своего права, нетолько обязательственнаго, но даже и вещнаго, истецъ въ формулярномъ процессѣ не могъ и долженъ былъ, во всякомъ случаѣ, удовлетвориться полученіемъ присужденной ему денежной суммы съ отвѣтчика. Сообразно этому, исполненіе судебнаго приговора состояло во взысканіи съ имущества отвѣтчика опредѣленной денежной суммы въ пользу истца.

Въ производствѣ extra ordinem дѣйствовали иныя нормы: приговоръ судьи-магистрата, не стѣсненнаго рамками формулярнаго процесса, былъ направленъ на фактическое признаніе права истца и приводился въ исполненіе средствами, которыми располагалъ магистратъ въ силу принадлежавшей ему дискреціонной власти; при этомъ оказывалось возможнымъ нетолько реальное исполненіе приговора (напр. насильственное отнятіе вещи отъ отвѣтчика и передача ея истцу, совершеніе дѣйствій за счетъ должника и т. д.), но и произведеніе давленія на волю непослушнаго отвѣтчика въ видѣ штрафовъ той или другой формы (pignoris capio, multae dictio).

Результатъ для юстиніанова права, которое мы и беремъ исходной точкой дальнѣйшаго изложенія, получается, такимъ

образомъ, въ короткихъ словахъ, тотъ, что съ отпаденіемъ необходимости condemnatio pecuniaria, судебный приговоръ содержитъ въ себѣ признаніе притязаній истца, бывшихъ предметомъ спора (condemnatio in ipsam rem) и, насколько это возможно, приводится въ исполненіе принудительными средствами (manu militari). Средства эти различны, смотря по содержанію иска. Именно, можно отличать:

1. Иски, направленные непосредственно на уплату извѣстной суммы. Принудительное исполненіе по такимъ искамъ возможно путемъ обращенія взысканія на имущество должника и реализаціи мѣновой цѣны этого имущества въ видѣ ли спеціальной экзекуціи (pignoris capio съ послѣдующей продажей) или экзекуціи общей (missio in bona). Рядомъ съ этимъ римское право, еще во время Юстиніана, допускало и косвенное давленіе на волю должника, въ видѣ заключенія за долги, между тѣмъ какъ назначеніе къ нему до уплаты долга военнаго постоя является формой давленія, образовавшейся въ послѣдующее время и римскому праву неизвѣстной.

2. Иски, направленные на exhibere и restituere, tradere и dare (область прежнихъ actiones arbitrariae). Удовлетвореніе по этимъ искамъ, тамъ гдѣ оно возможно, состоитъ или въ предъявленіи истцу отвѣтчикомъ извѣстныхъ объектовъ или въ передачѣ ихъ вторымъ первому (въ собственность, владѣніе или пользованіе). Сообразно этому, принудительное исполненіе приговоровъ, направленныхъ на exhibere или restituere, tradere или dare, состоитъ, вообще говоря, въ томъ, что истцу оказывается со стороны суда содѣйствіе въ изъятіи объекта его притязаній изъ обладанія отвѣтчика.

3. Иски, направленные на дачу отвѣтчикомъ обезпеченія,

(cautio cautionalis) истцу; главными случаями здѣсь могутъ быть названы cautio damni infecti и cautio legatorum servandorum causa. Принудительное исполненіе производится здѣсь, какъ извѣстно, путемъ missio in possessionem, — предоставленія истцу владѣнія объектомъ, о которомъ идетъ рѣчь въ судебномъ спорѣ.

4. Иски, направленные на другія дѣйствія, которыя всѣ въ совокупности могутъ быть подведены подъ понятіе facere; къ этимъ искамъ принадлежатъ, въ частности, что имѣетъ для насъ особую важность, иски по всѣмъ обязательствамъ quae in faciendo consistunt. — По вопросу о содержаніи судебнаго приговора, о способахъ принудительнаго исполненія его и можетъ быть отмѣчено то, длящееся втеченіи цѣлаго ряда вѣковъ, разногласіе, о которомъ мы упоминали выше и которому обязана своимъ происхожденіемъ догма о необходимости имущественнаго интереса для дѣйствительности обязательства.

Что касается до содержанія судебнаго приговора, то точныхъ правилъ относительно того, каково должно быть это содержаніе при искахъ изъ обязательствъ направленныхъ на facere, Юстиніанъ не даетъ. Общее замѣчаніе, содержащееся въ § 32 J. de actionib. 4. 6. „curare autem debet judex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae v e l r e i sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit,“ рѣшая вопросъ по отношенію къ обязательствамъ на dare, къ обязательствамъ на facere можетъ быть примѣнимо только съ извѣстной натяжкой, такъ какъ factum не можетъ считаться тождественнымъ съ res. Тѣмъ менѣе можно усматривать желаніе установить какое либо общее правило въ бѣгломъ замѣчаніи L. 14 C. de sentent. et interlocution. 7. 45.

„ . . . ut liceat judici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare. . .“ Наконецъ — цѣлый рядъ текстовъ указываетъ на то, что наиболѣе естественнымъ послѣдствіемъ исковъ по обязательствамъ послѣдняго рода еще и въ юстиніановомъ правѣ считается присужденіе отвѣтчика къ уплатѣ денежной суммы, величина которой опредѣляется интересомъ кредитора. Мы сошлемся на слѣдующіе:

L. 42 § 1 D. de re judic. 42. 1. Celsus l⁰ 6⁰ digestorum. Si quis promiserit prohibere se, ut aliquid damnum stipulator patiatur, et faciat, ne quod ex ea re damnum ita habeatur, facit quod promisit: si minus, quia non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.

L. 68. D. de V. O. 45. 1. Paulus l⁰. 2⁰ ad edictum. Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: „pecuniam tu mihi crediturum spondes?“ incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

L. 72 pr. D. eod. Ulpianus l⁰. 20⁰ ad edictum. . . . Celsus autem refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere. . . . secundum quod Celsus ait posse dici justa aestimatione facti dandam esse petitionem.

L. 81 pr. D. eod. Ulpianus l⁰. 77⁰ ad edictum. Quotiens quis alium sisti promittit, nec adicit poenam. . . .

quaeritur, an commitatur stipulatio. Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum „nisi steterit, poenam dari“ in id, quanti interest sisti contineri. Et verum est, quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum, ut stet.

Во всѣхъ указанныхъ текстахъ, вполнѣ понятныхъ съ точки зрѣнія condemnatio pecuniaria формулярнаго процесса и могущихъ возбудить сомнѣніе только по отношенію къ позднѣйшему и, въ частности, къ юстиніанову праву, въ которое они однако приняты въ видѣ законовъ, естественнымъ послѣдствіемъ stipulatio facti признается только денежная отвѣтственность должника; нигдѣ нѣтъ рѣчи о томъ, чтобы должникъ могъ быть присужденъ и принужденъ къ совершенію дѣйствія in natura. Этого мало: освободиться отъ своего обязательства такимъ непосредственнымъ совершеніемъ дѣйствія признается возможнымъ для должника только до litis contestatio, послѣ этого момента — натуральнымъ исполненіемъ кредиторъ уже довольствоваться не обязанъ. Такъ говоритъ L. 84 D. de V. O. 45. 1.

Paulus 1⁰. 74⁰ ad edictum. Si insulam fieri stipulatus sim et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet: quod si jam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices.

Съ другой стороны, однако, въ той же кодификаціи Юстиніана мы встрѣчаемъ огромное количество текстовъ, ясно, повидимому, указывающихъ, что лице, обязанное почему либо къ совершенію какого нибудь дѣйствія, можетъ быть принуждено, давленіемъ органовъ судебной власти, именно къ со-

вершенію этого дѣйствія in natura и что управомоченный вовсе не обязанъ удовлетворяться полученіемъ съ должника денежнаго вознагражденія, а можетъ достигнуть удовлетворенія въ видѣ непосредственнаго исполненія должникомъ лежащихъ на послѣднемъ обязанностей. Такъ, напримѣръ:

Приводится въ исполненіе фидеикоммиссъ объ отпускѣ на волю раба (libertas fideicommissaria) и покупка чужаго раба съ этой цѣлью (Cogitur heres decem praestare, debet manumittere, cogitur natum matri tradere, redimere cogitur et manumittere, cogitur vel alienum redimere vel suum manumittere, omnimodo manumittere cogitur и т. д. — L. 6. 12. 13. 15. L. 24 § 12 D. de fideicom. libert. 40. 5).

Легатарій получившій легатъ, съ приказаніемъ эманципировать своихъ дѣтей — cogitur emancipare, neque enim debet circumveniri testantium voluntas. L. 92 D. de condic. et demonstrat. 35. 1.

Завѣщательныя распоряженія отца о дѣтяхъ, нпр. о мѣстопребываніи ихъ, приводятся въ исполненіе судебной властью: interventu judicis haec omnia debent ad effectum perduci. L. 7. i. f. D. de ann. legat. 33. 1.

Точно также — распоряженія умершаго о похоронахъ его (Si cui funeris sui curam testator mandaverit et ille accepta pecunia non duxerit .... extra ordinem eum a Praetore compellendum funus ducere. L. 14 § 2 D. de religios. 11. 7), о постановкѣ ему памятника („principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis“ L. 50 § 1 D. de her. pet. 5. 3.), о періодическомъ совершеніи обычныхъ религіозныхъ дѣйствій на могилѣ завѣщателя рабами, отпущенными имъ на волю съ этою цѣлью („officio

tamen judicis eos esse compellendos, testatricis jussioni parere“ L. 44 D. de manumiss. testam. 40. 4., ср. L. 72 § 2 D. de condic. et demonstr. 35. 1).

Отецъ, неосновательно отказывающій своимъ дѣтямъ въ согласіи на ихъ бракъ, или дочери въ выдачѣ приданаго принуждается къ этому магистратомъ („per proconsules praesidesque provinciarum coguntur“ L. 19 D. de ritu nupt. 23. 2); свидѣтели, подписавшіе завѣщаніе, принуждаются къ признанію своихъ печатей („praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire et sigilla sua recognoscere“ L. 4 D. testam. quemadm. aperiunt. 29. 3); лице, у котораго находится въ рукахъ завѣщаніе — допускать прочтеніе его и снятіе съ него копій („omnimodo ad hoc compelletur“ L. 2 § 8 D. testam. quemadm. aper. 29. 3); третейскій судья, избранный сторонами и согласившійся принять на себя эту обязанность, принуждается разобрать дѣло и постановить рѣшеніе („multa adversus eum dicenda est. L. 3 § 1, L. 32 § 12 D. de recept.: qui arbitr. 4. 8) и мн. др.[6]).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что съ исторической точки зрѣнія разногласіе между только что приведенными и вышеуказанными текстами источниковъ объясняется въ высшей степени просто, а именно — различіемъ между правилами, дѣйствовавшими въ ordo judiciorum privatorum и cognitiones extra ordinem: къ области послѣднихъ, слѣдуетъ замѣтить, относятся всѣ тѣ случаи, о которыхъ идетъ рѣчь въ послѣднихъ мѣстахъ; магистратъ, для котораго при личномъ рѣшеніи

6) Приведенный въ текстѣ матерьялъ, сообщать который во всей полнотѣ излишне, собранъ Іерингомъ въ его Gutachten in Sachen der Gäubahn. Jahrb. f. Dogm. XVIII. стр. 55 сл.

дѣла condemnatio pecuniaria была необязательна, пользуется своей дискреціонной властью для приведенія въ исполненіе своего рѣшенія; онъ вынуждаетъ себѣ повиновеніе имущественными штрафами и, въ крайнемъ случаѣ, тамъ гдѣ дѣло идетъ о дачѣ отвѣтчикомъ волеизъявленія, можетъ фингировать эту дачу (такъ дѣлалось, нпр., вслучаѣ manumissio и emancipatio). Удовлетвориться такимъ чисто историческимъ объясненіемъ для юстиніанова права мы не имѣемъ, однако, никакихъ основаній. Указаннаго различія между двумя видами производства въ этомъ правѣ не существуетъ, оно исчезло давно; функціи, лежавшія прежде въ исключительной компетенціи магистрата cum imperio, принадлежатъ теперь судьѣ и изъ многочисленныхъ интерполяцій въ текстахъ (ср. нпр. sed interventu judicis haec omnia debent ad effectum perduci въ L. 7 i. f. D. de ann. leg. 33.1) вполнѣ ясно, что Юстиніанъ сознательно и намѣренно продоставилъ судьѣ власть, принадлежавшую прежде магистрату. Такимъ образомъ, мы не можемъ уклониться отъ постановки слѣдующаго вопроса: какая группа текстовъ должна лечь въ основаніе постановки общаго принципа, то есть: должно ли лице, обязанное къ совершенію извѣстнаго дѣйствія, быть принуждаемо давленіемъ судебной власти къ совершенію его in natura, или же оно освобождается отъ обязательства уплатой кредитору извѣстной суммы, представляющей интересъ послѣдняго въ исполненіи обязательства; долженъ ли судебный приговоръ въ обязательствахъ quae in faciendo consistunt быть направленъ на factum должника или на интересъ кредитора. Поставивъ такой вопросъ, мы только формулируемъ, однако, извѣстную контраверзу, начало которой положено еще глоссаторами и которая выражается ими слѣдующимъ образомъ

„an quis praecise ad factum cogi potest, vel solvendo interesse liberatur?“

Не ставя себѣ задачей прослѣдить исторію этого спора до мельчайшихъ подробностей, отмѣчать малѣйшія уклоненія и разногласія, часто имѣющія предметомъ лишь несущественные пункты, мы ограничимся тѣмъ, что дадимъ общій очеркъ результатовъ, достигнутыхъ развитіемъ литературы глоссаторовъ и комментаторовъ по этому вопросу. Результаты эти слѣдующіе.

Communis opinio doctorum постановила въ качествѣ общаго принципа, что „regulariter non potest debitor praecise compelli ad factum, sed praestando interesse liberatur“, выводя его изъ L. 13 § 1 D. de re judic. 42. 1., L. 54 § 1 D. de V. O. 45. 1., L. 72 pr. D. eod.[7]). Если не основателями этой доктрины, то, по крайней мѣрѣ, наиболѣе авторитетными защитниками ея могутъ быть названы: Bartolus, Joannes de Imola, Jason de Mayno, Ludovicus Romanus, Alexander Tartagnus, Paulus de Castro и др.; въ качествѣ communis opinio отмѣчаетъ это мнѣніе Jacobinus de S. Georgio въ комментаріяхъ къ L. un. C. de sent. quae pro eo quod inter. 7. 47., хотя онъ замѣчаетъ при этомъ, что нѣтъ яснаго постановленія закона, изъ котораго оно непосредственно вытекаетъ (nulla lege hoc bene probatur). Того же мнѣнія держится и Antonio Gomez: „ego, говоритъ онъ, firmiter teneo communem opinionem, pro qua ultra jura superius allegata, considero veram et subtilem rationem: quia si praecise teneretur ad factum, videretur infringi libertas et esset quaedam species servitutis, argumento textus in l. Titio

7) Ср. глоссу къ указан. текстамъ (издан. 1566 г.)

centum § Titio centum D. de condic. et demonstrat. (L. 71 § 3 D. 35. 1)“ [8]).

Устанавливая общее правило такого содержанія, средневѣковые юристы не упускали, конечно, изъ вида текстовъ, которые мы цитировали выше и которые могли быть приведены въ качествѣ возраженій противъ правильности ихъ выводовъ. Всѣ случаи, неподходящіе подъ установленное ими правило, они считали, однако, простыми исключеніями изъ него и подводя эти отдѣльные случаи подъ общія рубрики, установили, въ концѣ концовъ, цѣлый рядъ такихъ исключеній.

„Quae quidem regula, продолжаетъ Гомецъ въ цитированномъ мѣстѣ своихъ Variae Resolutiones, et conclusio generica fallit in aliquibus casibus, in quibus debitor praecise cogitur facere. Primus est, quando factum debet explicari in judicio.... Secundus casus est, quando quis est obligatus ad factum ex legis dispositione.... Tertius casus, quando quis tenetur ad facta ex dispositione testatoris.... Quartus casus est, quando in promissione facti fuit interpositum juramentum per debitorem.... Quintus casus est, quando quis tenetur ad factum actione reali.... Sextus est casus, quando factum promissum non concernit interesse vel commodum pecuniarium, ut quia promisit quis legere in aliquo studio, pro certo salario, vel pueros erudire in grammatica, vel aliam similem artem exercere: quia tunc praecise compellitur facere, nec liberatur solvendo interesse, rigore reipublicae, ita notabiliter tenet Salycetus in L. un. C. de sentent. quae pro eo quod inter.

8) Variae resolutiones. II. c. 21. 22. (Op. omn. ed°. 1701 г. p. 291).

(7. 47), 11 colum. in mater. n. 37. Cujus opinionem sequitur et commendat Vicentinus in l. in exsecutione de V. O. (45. 1) 50 colum. num. 170. Septimus casus est, quando quis tenetur ad factum traditionis, et venditor habet facultatem tradendi, propter maximam bonam fidem, qua reperitur in hoc contractu.... Octavus casus est, quando quis tenetur ad rem restituendam, nedam actione reali, sed etiam actione personali...."....[9])

Къ своеобразнымъ выводамъ можно придти, сопоставляя всю эту массу исключеній со строго и точно, на первый взглядъ, формулированнымъ „общимъ правиломъ"; въ результатѣ нельзя не вынести убѣжденія, что при такой массѣ исключеній должно было бы, скорѣе быть установлено общее правило совершенно обратное: что, въ большинствѣ случаевъ, должникъ, обязанный совершить извѣстное дѣйствіе, можетъ быть принужденъ къ совершенію его in natura и что solvendo interesse онъ освобождается только въ тѣхъ обязательствахъ, которыя, возникая изъ свободнаго соглашенія лицъ, обладаютъ при этомъ имущественнымъ характеромъ. Въ частности для насъ имѣетъ, при этомъ, особую важность шестой изъ приведенныхъ Гомецомъ случаевъ. Здѣсь прямо и категорически признано, что обязательства, не представляющія денежнаго интереса для кредитора, вполнѣ дѣйствительны, и что они приводятся въ исполненіе vigore reipublicae. Какимъ именно

9) Иные, считая общей нормой римскаго права, что „obligatus ad faciendum non tenetur praesise ad factum, sed liberatur solvendo interesse" полагали, что въ каноническомъ и императорскомъ правѣ (jus regium) дѣйствуетъ обратный принципъ. Ср. Joannes Guterius Placentinus. De contractibus juratis. c. 39. n. 4—6. (Tractatus Universi Juris. T. VI. P. 2. fol. 85).

способомъ — указаніемъ на это можетъ служить glossa ad v. sive L. 21 § 4 D. de op. nov. nunt. 39. 1. „Ex hac littera collige argumentum, quod scriptor potest cogi praecise ad scribendum, et poni in compedibus.... et ita concordunt omnes doctores Bononiae residentes. Et est ratio, ne turbetur publica utilitas, id est studium: sicut et hic, ne contemnatur edictum praetoris". Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что если не представляется новизной догма о необходимости имущественнаго интереса для дѣйствительности обязательства (догма, составляющая непосредственное и прямое послѣдствіе принципа, по которому искъ изъ obligatio ad faciendum долженъ быть направленъ на интересъ кредитора), то, съ другой стороны, точно также не можетъ быть названо нововведеніемъ и обратное положеніе: что имущественный интересъ существеннымъ для обязательства не является. Оба вопроса рѣшены уже глоссаторами и ихъ преемниками; рѣшены въ томъ направленіи, что въ первомъ случаѣ кредиторъ получаетъ удовлетвореніе въ видѣ уплаты ему денежной суммы, во второмъ — должникъ давленіемъ судебной власти принуждается къ исполненію принятаго на себя обязательства in natura.

Таково было положеніе нашего вопроса въ догмѣ ко времени Донелла; подъ вліяніемъ названнаго юриста положеніе это радикально измѣняется.

Донеллъ сталъ на сторону того мнѣнія, которое утверждало, что во всѣхъ безъ исключенія obligationes ad faciendum должникъ никогда не можетъ быть нетолько принужденъ, но даже и присужденъ къ совершенію дѣйствія in natura; что единственное право, вытекающее для кредитора изъ обязательствъ

такого рода, есть право требовать съ должника возмѣщенія интереса, то есть ущерба, происшедшаго для кредитора отъ неисполненія должникомъ принятыхъ на себя послѣднимъ обязанностей, и выгодъ, кредиторомъ въ зависимости отъ этого упущенныхъ (damnum emergens и lucrum cessans). Съ изумительнымъ мастерствомъ и неподражаемой діалектикой юристъ развиваетъ и обосновываетъ слѣдующія положенія: „in faciendi obligationibus, simulatque factum non est, quod fieri potuit et debuit, obligationem, petitionem et condemnationem esse in id, quod interest, etiamsi debitor facere possit et nolit. Itemque debitorem nullo modo cogi jure praecise ut faciat“.[10])

Изложеніе аргументаціи Донелла во всей полнотѣ, передача всѣхъ доказательствъ, какія авторъ приводитъ въ пользу своего мнѣнія и всѣхъ возраженій, какія онъ ставитъ на доводы противниковъ, заняло бы несоразмѣрно много мѣста и мы по необходимости ограничимся, поэтому, лишь краткой передачей его основныхъ мыслей.[11])

Донеллъ полагаетъ, что предметъ обязательства, направленнаго на совершеніе извѣстнаго дѣйствія, есть, въ сущности, вовсе не это дѣйствіе, а тотъ интересъ, который связанъ для кредитора съ совершеніемъ или несовершеніемъ его. Нельзя отрицать, конечно, что въ тотъ моментъ, когда обязательство основывается, дѣйствіе это (factum promissum) составляетъ его

---

10) Donellus. Comment. ad L. 4 C. de act. e. et v. 4. 49 N. 13. (Opera omnia ed°. 1765 T. VIII. Col. 1033).

11) Къ слѣдующ. ср. Donellus. Comment. de jure civ. L. XV c. III. (Opero ed°. 1765 г. T. IV. col. 29 sq.). Comment. ad Codic. цитиров. въ прим. 9 (весь комментарій къ L. 4 C. de a. e. v. 4. 49). Comment. ad Tit. D. de V. O. ad stipulationes non dividuntur (L. 72 D. de V. O. 45. 1. (Opera ed°. 1755 г. T. XI. col. 1199 sq., особенно col. 1212 sq.).

непосредственное содержаніе (in obligatione est), но только въ томъ смыслѣ, что совершеніемъ его должникъ можетъ отъ обязательства освободиться, а вовсе не въ томъ, что обѣщанное дѣйствіе можетъ быть предметомъ иска. Пока срокъ, въ который дѣйствіе должно быть совершено, не истекъ — до тѣхъ поръ иска о совершеніи его, очевидно, предъявлено быть не можетъ, но такого иска не можетъ быть предъявлено и по истеченіи срока, такъ какъ начиная съ этого момента содержаніе обязательства мѣняется: non aliud in obligatione versari incipit, quam id, quod interest.

На вопросъ, не противорѣчитъ ли такое рѣшеніе основному правилу, что требовать съ должника можно только то, на что онъ обязался, Донеллъ отвѣчаетъ отрицательно. Намѣреніе сторонъ, говоритъ онъ, было направлено именно на интересъ, хотя словами онѣ и выразили другое (non promittitur id quod interest verbis, sed sententia contrahentium). Никогда кредиторъ не заключаетъ обязательства ради совершенія самого дѣйствія (nemo factum stipulatur propter factum), дѣйствіе это само по себѣ для него безполезно и не можетъ быть объектомъ права уже потому, что будучи совершено — исчезаетъ безслѣдно (quod statim evanescat semel emissum, nec haberi a quoquam possit). Такія обязательства заключаются ради пользы и прибыли, которыя извлекаются изъ совершенія дѣйствія, цѣль ихъ — п о л ь з а дѣйствія, то есть то, что изъ него извлекается и только съ этою цѣлью основываются обязательства. Такъ, напримѣръ, если заключается договоръ о постройкѣ дома, то заключается онъ вовсе не для того, чтобы были совершены извѣстныя дѣйствія, создающія постройку (non utique propter aedificationem, seu ut interponatur solum

opera aedificationis), но для того, чтобы въ результатѣ получить домъ, а изъ дома извлекать пользу (utilitatem insulae). Но, если мы заключаемъ обязательства ради той пользы, какую изъ нихъ извлекаемъ, то единственнымъ предметомъ обязательства является эта польза, каково бы ни было непосредственное его содержаніе; такимъ образомъ, искъ объ интересѣ и будетъ искомъ именно о томъ, что составляло истинный предметъ обязательства.

Съ тѣмъ, что кредиторъ не можетъ ничего требовать кромѣ возмѣщенія интереса въ томъ случаѣ, если дѣйствіе уже не можетъ быть совершено, согласны, продолжаетъ юристъ, всѣ; но многіе полагаютъ, что пока совершеніе дѣйствія остается возможнымъ, до тѣхъ поръ должны быть употребляемы мѣры принужденія противъ должника, могущія заставить его совершить дѣйствіе in natura. Но такое мнѣніе, основанное на ложно понятомъ чувствѣ справедливости и на ложномъ пониманіи правила „pacta servanda sunt“, должно быть абсолютно отвергнуто. Прежде всего — оно противорѣчитъ источникамъ и тексты приводимые имъ въ свою пользу могутъ быть истолкованы въ этомъ смыслѣ только съ большими натяжками и искаженіями. Затѣмъ — признавая его правильнымъ, мы пришли бы къ выводу, что одно и то же обязательство можетъ быть направлено на два различныхъ предмета: при однихъ условіяхъ на совершеніе дѣйствія, при другихъ — на интересъ; такой выводъ представляется ни съ чѣмъ несообразнымъ. Наконецъ — несмотря на всѣ средства принужденія, должникъ можетъ оказаться настолько упорнымъ, что дѣйствія все таки не совершитъ и въ концѣ концовъ дѣло опять таки сведется на возмѣщеніе интереса.

Въ виду всего этого Донеллъ приходитъ къ окончательному выводу, что въ обязательствахъ quae in faciendo consistunt отвѣтственность должника опредѣляется размѣромъ интереса кредитора и что обязательства, въ которыхъ такого интереса на лице не имѣется — недѣйствительны (si nihil intersit stipulatoris omnino non teneatur, nedum praecise facere cogatur).

Если мы примемъ при этомъ во вниманіе, что подъ интересомъ Донеллъ понимаетъ исключительно интересъ чисто имущественный (damnum emergens et lucrum cessans ex eo quod factum non est, quod debuit) [12]), то увидимъ, что ученіе Донелла есть полное и въ высшей степени послѣдовательное обоснованіе догмы о необходимости имущественнаго интереса для дѣйствительности обязательства [13]), данное болѣе чѣмъ за два вѣка до открытія институцій Гая и до начала дѣятельности исторической школы. Такимъ образомъ, вопросъ этотъ нетолько не можетъ быть названъ новымъ, но, напротивъ того, возникъ съ первыхъ временъ обработки римскаго права.

Послѣ Донелла слѣды догматической обработки этого вопроса теряются [14]). Причину этого явленія можно видѣть въ томъ, что система, въ какую приведено было изложеніе римскаго права названнымъ авторомъ, вплоть до нашего вѣка лежала

12) Comment. jur. civ. L. XV. c. IV N. 1. и подробно въ Com. jur. civ. L. XXVI. c. XV. = Com. ad. Tit. Cod. de sentent. quae pro eo quod. inter. profer. (7. 47).

13) Діаметрально противоположнаго взгляда держался Куяцій (Com. ad. L. 72 D. de V. O. 45. 1 ed.°. 1722 г. T. 1. col. 1211); спорный вопросъ разбирается имъ главнымъ образомъ по отношенію къ actio empti. Объ исторіи вопроса въ этомъ частномъ случаѣ ср. Sintenis въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. стр. 20—88.

14) Ср. однако Lauterbach. Colleg. theor. pract. Pandectar. L. 44. tit. 7 § 18. Glück. IV. § 316, стр. 310. 311.

въ основаніи теоріи и практики права. Вѣрнѣе сказать — отъ систематической обработки права послѣдующіе юристы почти совершенно уклонились, обративъ все вниманіе на практическое его примѣненіе. Само собою ясно, что о точной и ясной формулировкѣ принциповъ, о логическимъ развитіи ихъ догматическимъ путемъ при такихъ условіяхъ не могло быть рѣчи, но что касается до правилъ, которыми руководилась практика, то втеченіи вѣковъ, и именно до нашего столѣтія, мы нигдѣ не встрѣчаемъ и слѣдовъ сомнѣнія въ томъ, что предметомъ иска по обязательству ad faciendum можетъ быть только интересъ кредитора. Авторитетъ Донелла явился, такимъ образомъ, рѣшающимъ для судьбы вопроса объ имущественномъ интересѣ въ обязательствѣ, но точную формулировку вопросъ этотъ вновь получилъ лишь тогда, когда вновь возникла систематизація права, когда догматика вновь подвела результаты всему, полученному ею въ наслѣдство отъ казуистической обработки матерьяла. Первыя работы въ этомъ направленіи появились, какъ извѣстно, лишь въ концѣ прошлаго и началѣ текущаго столѣтія и вмѣстѣ съ тѣмъ вопросъ объ имущественномъ интересѣ въ обязательствѣ опять сталъ предметомъ обсужденія. Дальнѣйшая исторія его можетъ быть изложена въ нѣсколькихъ словахъ.

Первыми авторами, которые его коснулись, онъ, какъ и слѣдовало ожидать, былъ формулированъ въ томъ смыслѣ, что имущественный интересъ есть необходимое условіе дѣйствительности обязательства [15]), причемъ эта догма не встрѣ-

15) Göschen. Vorlesungen über d. Gem. Civilr. II. § 383. Nr. 5 и § 460. Unterholzner. Quellenmässige Zusammenstellung d. Lehre v. d. Schuldverhältnisse. I. § 1. Nr. V и § 103.

тила на первыхъ шагахъ возраженій. Изъ числа первыхъ, усомнившихся въ ея абсолютной правильности, можетъ быть названъ Гейеръ, высказавшій свои сомнѣнія сперва по частному вопросу (обязательства въ пользу третьихъ лицъ), въ томъ смыслѣ, что „обязательство, само по себѣ дѣйствительное, не можетъ быть признано недѣйствительнымъ только потому, что заключено въ пользу третьяго лица“ [16]) позднѣе обобщившій ихъ однако, въ томъ направленіи, что нетолько обязательство въ пользу третьихъ лицъ, но и всякое обязательство не можетъ быть признано недѣйствительнымъ по той причинѣ, что оно лишено денежнаго интереса для кредитора [17]).

Мнѣніе Гейера, юриста мало авторитетнаго, нетолько не нашло себѣ послѣдователей, но вызвало крайне рѣзкое столкновеніе между названнымъ авторомъ и Синтенисомъ [18]). Игнорированіе новаго теченія стало однако невозможнымъ съ тѣхъ поръ, какъ во главѣ его стали Виндшейдъ и, вслѣдъ за нимъ, Іерингъ, изъ которыхъ первый высказался въ его пользу еще въ первомъ изданіи своего пандектнаго права, второй, по его словамъ, еще раньше отказался отъ господствующаго взгляда въ своихъ лекціяхъ. Въ настоящее время новое теченіе пріобрѣтаетъ все большее и большее число послѣдователей, какъ мы увидимъ изъ обозрѣнія современнаго состоянія вопроса, къ которому и переходимъ.

---

16) Heyer. Abhandlungen. N. 1. стр. 1—32.

17) Heyer. Въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. N. F. III. стр. 1—47.

18) Ср. съ одной стороны Sintenis. Pract. Gem. Civilr. II. § 102. прим. 4., съ другой — Heyer. Zeitschr. cit.; Гейеру возражаетъ и Vangerow. Leitfad. f. Pandect. III § 608 примѣч.

§ 8. Современная литература.

Взгляды современныхъ юристовъ по вопросу о значеніи имущественнаго интереса для дѣйствительности обязательства могутъ, независимо отъ разногласія въ частностяхъ, быть раздѣлены на двѣ группы [1]). Къ первой изъ этихъ группъ должны быть отнесены мнѣнія, безусловно требующія наличности такого интереса, причемъ многіе авторы указываютъ, однако, на то, что достаточно хотя бы только косвеннаго отношенія къ имуществу; ко второй — отвергающія существованіе какой бы то ни было связи между дѣйствительностью обязательства и имущественной цѣнностью его объекта. Обозрѣніе этихъ двухъ группъ мнѣній и составитъ содержаніе настоящаго параграфа, причемъ мы остановимся сперва на первой изъ нихъ.

Выше уже было замѣчено, что указаніе на существенность момента имущественной цѣнности изъ новыхъ юристовъ впервые дѣлаютъ Гёшенъ и Унтергольцнеръ; Гёшенъ говоритъ объ этомъ слѣдующее:

„Возникновеніе обязательства предполагаетъ, что кредиторъ имѣетъ интересъ въ совершеніи дѣйствія, лежащаго на должникѣ. Не требуется, чтобы этотъ интересъ былъ непосредственно денежнымъ, но онъ долженъ, по крайней мѣрѣ быть

---

1) Вопросъ объ имущественной цѣнности обязательства разсматривается почти исключительно въ учебникахъ пандектнаго права; мимоходомъ останавливаются на немъ и нѣкоторыя монографіи по праву обязательственному. Спеціальныхъ работъ по этому вопросу существуетъ только двѣ: Iher ing'a. Gutachten in Sachen der Gäubahn. Jahrb. f. Dogm. XVIII и Kleine. Genügt ein Affectionsinteresse zur Geltendmachung eines Forderungsrecht. Berlin 1884.

способнымъ къ денежной оцѣнкѣ. Если-же, въ силу сказаннаго, отсутствіе интереса для кредитора представляетъ препятствіе для возникновенія обязательства, то изъ самой природы отношенія слѣдуетъ, далѣе, что съ прекращеніемъ всякаго интереса для кредитора ipso jure прекращается и обязательство“ [2])

Унтергольцнеръ также считаетъ имущественную цѣнность дѣйствія вообще и, въ частности, цѣнность его для кредитора, необходимымъ условіемъ дѣйствительности обязательства и видитъ въ этомъ отличіе обязательственнаго права отъ другихъ личныхъ обязанностей: обязательство содержитъ въ себѣ имущественное обогащеніе и въ силу этого всѣ обязательственныя права относятся къ области правъ имущественныхъ. Этимъ, продолжаетъ авторъ, объясняется недѣйствительность слѣдующихъ обязательствъ: 1. направленныхъ на объектъ, который можетъ быть истребованъ съ того-же должника другимъ обязательствомъ; 2. обязательствъ, въ силу которыхъ дѣйствіе должно быть совершено должникомъ не въ пользу кредитора, а въ пользу другаго лица; наконецъ 3. обязательствъ, направленныхъ на такія дѣйствія, которыя, не стоя ни въ какомъ отношеніи къ имуществу, имѣютъ цѣлью доставленіе кредитору неподдающагося оцѣнкѣ удовольствія (Annehmlichkeit). Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствіе само по себѣ оцѣнкѣ поддается, право требованія пріобрѣтаетъ обыкновенно только тотъ, для кого оно такую цѣнность имѣ-

---

2) Göschen. Vorlesungen über das Gemeine Civilrecht. II. § 383 N. 5 и § 460, со ссылкой на L. 97, § 1, D. de V. O. 45. 1; L. 54, D. mand. 17 1, L. 6, pr. L. 7, D. de serv. export. 18. 7., L. 8 § 6, D. mand. 17. 1.

етъ; поэтому должно быть названо исключеніемъ признаніе права требовать отпуска раба на волю за такимъ лицемъ, которое побуждается къ этому исключительно участіемъ къ рабу, безъ всякаго въ томъ имущественнаго интереса[3]).

Оба названныхъ автора выставляютъ, такимъ образомъ, необходимымъ условіемъ дѣйствительности обязательства имущественную цѣнность дѣйствія, составляющаго его объектъ; такую цѣнность дѣйствіе должно имѣть для кредитора. При этомъ для обоихъ поставленное требованіе является до такой степени естественнымъ, что какой бы то ни было мотивировки положеній не дается вовсе; равнымъ образомъ и въ томъ единственномъ исключеніи, какое приводитъ Унтергольцнеръ со ссылкой на L. 54, D. mand. 17. 1., онъ видитъ именно только исключеніе и далекъ отъ мысли искать здѣсь примѣненія какого либо общаго принципа.

Въ послѣднемъ отношеніи шагомъ впередъ можетъ быть названо мнѣніе Пухты. Будучи, въ общемъ, безусловнымъ сторонникомъ мнѣнія о необходимости имущественной цѣнности для обязательственнаго дѣйствія вообще, цѣнности его для кредитора въ частности, — Пухта устанавливаетъ одно общее исключеніе изъ этого правила: отсутствіе имущественнаго интереса кредитора онъ не считаетъ препятствіемъ къ возник-

---

3) Unterholzner. Quellenmäss. Zusammenstellung d. L. d. Röm. Rechts von den Schuldverhältn. I. § 1. N. V и § 103. Авторъ приводитъ тѣ же тексты источниковъ, какими пользуется и Гёшенъ, съ добавленіемъ L. 58 D. de V. O. 45. 1; § 19 J. de inutil. stip. 3. 19 = L. 38, § 17, 21 D. de V. O. 45. 1; L. 9, § 2 D. de statulib. 40. 7. Такимъ образомъ Унтергольцнеръ первый сослался на получившій впослѣдствіи такую извѣстность текстъ Ульпіана „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt“.

новенію обязательства въ тѣхъ случаяхъ, когда предъявленіе иска объ исполненіи его составляетъ для кредитора нравственный долгъ (eine sittliche Pflicht). За этимъ исключеніемъ — возможности возникновенія обязательствъ, направленныхъ на дѣйствія, лишенныя имущественной цѣнности, Пухта не допускаетъ ни въ какомъ случаѣ [4]).

Ни у одного изъ приведенныхъ выше авторовъ мы не встрѣчаемъ, такимъ образомъ, никакого обоснованія того требованія, какое они выдвигаютъ въ качествѣ существеннаго условія дѣйствительности обязательства. Такую мотивировку даетъ впервые Савиньи, который аргументируетъ слѣдующимъ способомъ.

Сущность юридическаго отношенія Савиньи видитъ въ томъ, что послѣднее представляетъ изъ себя область господства индивидуальной воли; такое господство мыслимо въ трехъ направленіяхъ и мы имѣемъ, поэтому, три концентрическихъ круга, подвластныхъ волѣ. Первый составляетъ собственная личность; этому кругу соотвѣтствуютъ такъ называемыя прирожденныя права, которыя правами въ собственномъ смыслѣ слова названы, однако, быть не могутъ. Второй — личность, расширенная въ семьѣ; господство воли, возможное здѣсь, входитъ въ область права лишь отчасти и составляетъ содержаніе права семейнаго. Третій кругъ, наконецъ, составляетъ внѣшній міръ; распространяемое на него господство воли вполнѣ относится къ области права и составляетъ содержаніе

---

4) Puchta. Pandect. § 220, ср. § 225. Vorlesungen II. § 220. Nr. 4. Со ссылкой на L. 54 pr. D. mand. 17. 1; L. 1 § 2, i. f. D. de tut. act. 27. 3; L. 71 pr. D. de condic. et demonstrat. 35. 1; L. 44 D. de manum. testam. 40. 4; L. 6. 7. D. de serv. export. 18. 7.

права имущественнаго, которое, въ свою очередь, распадается на право вещное и обязательственное. Послѣднее можно опредѣлить, какъ частичное господство надъ чужими дѣйствіями (частичное — въ противоположность полному подчиненію чужой личности — рабству); но предметомъ обязательства могутъ быть не всѣ дѣйствія, а только тѣ изъ нихъ, которыя, въ силу своей матерьяльной природы, могутъ быть выдѣляемы изъ личности и разсматриваемы наравнѣ съ вещами. Причина этому слѣдующая.

Болѣе или менѣе совершенное примѣненіе юридическихъ нормъ на практикѣ возможно лишь въ томъ случаѣ, если имущество разсматривается, какъ величина чисто количественная. Такой взглядъ на имущество становится, въ свою очередь, возможнымъ лишь благодаря понятію цѣнности, т. е. приведенію разнородныхъ имущественныхъ правоотношеній къ одному, общему имъ всѣмъ, третьему — деньгамъ, такъ что на юридическомъ языкѣ термины „цѣнность“ и „денежная цѣнность“ равнозначущи. Индивидуальное имущество можетъ, поэтому, быть превращено въ чисто количественную величину тѣмъ, что всѣ составныя части его превращаются въ право собственности на извѣстныя денежныя суммы: это примѣнимо и къ праву собственности на любой предметъ, и ко всѣмъ jura in re, и къ простому пользованію вещью, и, наконецъ, къ обязательствамъ, въ чемъ бы послѣднія не заключались. Получается, такимъ образомъ, возможность превратить въ право собственности и faciendi obligatio чистаго типа; но вмѣстѣ съ тѣмъ становится яснымъ, почему не всѣ дѣйствія могутъ быть предметомъ обязательствъ: непригодны къ этому тѣ дѣйствія, превращеніе которыхъ въ денежныя суммы совершенно немы-

слимо; во всякомъ случаѣ такія дѣйствія не могутъ быть предметомъ обязательства въ точномъ и совершенномъ смыслѣ этого слова[5]).

Послѣднія слова Савиньи вносятъ извѣстную неопредѣленность въ его, въ общемъ, строго логичное изложеніе: изъ нихъ можно заключить, что, не отвергая принципіально юридической силы обязательствъ, направленныхъ на дѣйствія, денежной оцѣнкѣ не поддающіяся, авторъ лишь отказывается признавать такія обязательства за обязательства „въ собственномъ и совершенномъ смыслѣ этого слова". Между тѣмъ отвѣта на вопросъ, въ чемъ это юридическое значеніе выражается и какое различіе должно быть установлено между обязательствами перваго и втораго рода при практическомъ примѣненіи права — Савиньи не даетъ, открывая, такимъ образомъ, возможность подводить подъ понятіе обязательства въ неточномъ и несовершенномъ смыслѣ слова все, что не подойдетъ подъ строго формулированное имъ понятіе обязательства[6]).

Тѣмъ не менѣе, доводы Савиньи достаточно ясны. Имущественной или, что то же, денежной цѣнностью обязательственное дѣйствіе должно обладать уже потому, что само обязательственное право относится къ разряду правъ имущественныхъ; сверхъ того, въ противномъ случаѣ оказалось бы невозможнымъ вовсе, или возможнымъ лишь въ весьма несовершенной степени, практическое примѣненіе права. Этими словами Савиньи указываетъ на хорошо уже извѣстную намъ

---

5) Savigny. Syst. d. heut. Röm. Rechts. I. стр. 334 сл., 344 сл., 369 сл., 376 сл. Obligat. R. I. § 2. стр. 9.

6) Ср. выше, стр. 56, 57.

связь вопроса объ имущественной цѣнности дѣйствія съ процессуальнымъ осуществленіемъ обязательства.

Болѣе точное обоснованіе и болѣе подробное развитіе этихъ двухъ положеній, составляющихъ сущность всего вопроса, и является дальнѣйшей задачей авторовъ, примкнувшихъ ко взгляду Савиньи.

При такомъ, болѣе подробномъ, развитіи не могло не обнаружиться на первыхъ же шагахъ, что требованіе прямой связи между имуществомъ и дѣйствіемъ, въ томъ смыслѣ, чтобы послѣднее „могло быть разсматриваемо какъ вещь“ и „превращено въ денежную сумму“, формулировано слишкомъ узко и что, при послѣдовательномъ примѣненіи такого взгляда, должны были бы быть признаны недѣйствительными многія обязательства, въ полной юридической силѣ которыхъ никто никогда сомнѣваться не могъ. Какія дѣйствія могутъ быть обращаемы въ денежныя суммы? Прежде всего, конечно, всѣ обязательства на dare: въ нихъ обязанность должника сводится къ передачѣ кредитору извѣстнаго матерьяльнаго объекта, оцѣнка котораго въ деньгахъ затрудненій никогда представить не можетъ. Затѣмъ — тѣ изъ обязательствъ на facere, въ которыхъ дѣятельность должника, въ конечномъ результатѣ, направлена на созданіе такихъ матерьяльныхъ объектовъ. Договоръ съ подрядчикомъ о постройкѣ дома, заказъ художнику картины, портному платья и т. д., поддаются точному исчисленію цѣнности, такъ какъ здѣсь вездѣ имѣются на лице данныя, позволяющія опредѣлить денежную стоимость объекта имѣющаго получиться въ результатѣ исполненія договора.

Существуетъ, однако, цѣлая область дѣйствій, въ возможности которыхъ быть предметомъ обязательствъ вполнѣ

дѣйствительныхъ никогда никакихъ сомнѣній не возникало, между тѣмъ какъ, съ другой стороны, не могло быть сомнѣній и въ томъ, что о превращеніи ихъ въ денежныя суммы можно говорить развѣ только въ переносномъ смыслѣ. Трудъ домашней прислуги, преподавателей, адвокатовъ, драматическихъ артистовъ, пѣвцовъ, музыкантовъ и т. д., является на каждомъ шагу предметомъ договоровъ вполнѣ дѣйствительныхъ; онъ служитъ источникомъ имущественнаго обогащенія для самихъ этихъ лицъ; исполненіе принятыхъ ими на себя обязанностей можетъ быть въ денежномъ отношеніи важно и для тѣхъ, кто съ ними договоръ заключаетъ (для хозяевъ прислуги, родителей учениковъ и самихъ учениковъ, для антрепренеровъ и т. д.); но все это простая возможность, вовсе не необходимость, — нарушеніе этими лицами своихъ обязанностей можетъ быть въ имущественномъ отношеніи даже выгодно кредитору, сберегая ему ту плату, отъ которой онъ вслѣдствіе такого нарушенія освобождается.

Нельзя отрицать, конечно, что всѣ обязательства такого рода имѣютъ отношеніе къ имуществу, но нельзя не замѣтить факта, что отношеніе это далеко не ставитъ ихъ къ послѣднему въ ту прямую и непосредственную связь, какая можетъ быть отмѣчена въ обязательствахъ первой группы. Въ какомъ смыслѣ можно говорить здѣсь о превращеніи обязательственныхъ дѣйствій въ денежныя суммы? Прежде всего, конечно, въ томъ, что исполненіе обязательства можетъ оказать извѣстное вліяніе на имущество кредитора; но такое вліяніе часто будетъ совершенно гадательнымъ и не подлежащимъ исчисленію. Затѣмъ — возможно взять за критерій ту сумму денегъ, какой данное дѣйствіе оплачивается; эта сумма вполнѣ при-

годна, однако, только для оцѣнки стоимости, какую дѣйствіе имѣетъ для кредитора и никоимъ образомъ не можетъ служить мѣриломъ имущественной отвѣтственности должника.

Въ виду всего изложеннаго, нельзя было не опредѣлить характеръ дѣйствія, возможнаго въ качествѣ объекта обязательства, нѣсколько иначе, чѣмъ это было сдѣлано Савиньи. Громадное большинство послѣдующихъ юристовъ указываетъ, поэтому, что нельзя требовать, чтобы обязательственное дѣйствіе имѣло непремѣнно прямое отношеніе къ имуществу; что вполнѣ достаточно, чтобы оно стояло къ нему въ отношеніи косвенномъ, понимая подъ такимъ косвеннымъ отношеніемъ слѣдующее.

Предметомъ гражданскаго оборота, говорятъ представители этого модифицированнаго мнѣнія Савиньи, могутъ быть нетолько матерьяльные предметы и нетолько они могутъ быть подводимы подъ понятіе „блага“. Благомъ называется все, что способно служить къ удовлетворенію человѣческихъ потребностей, а эти послѣднія вытекаютъ нетолько изъ физической, но также изъ духовной стороны человѣческой природы; удовлетвореніе потребностей такого рода (потребностей духовныхъ) важно для человѣка не въ меньшей степени, чѣмъ удовлетвореніе потребностей природы физической, поэтому нѣтъ никакихъ основаній отказывать въ признаніи юридической силы за такими обязательствами, которыя заключены съ цѣлью обезпечить кредитору интересы перваго рода. Но признакомъ того, что извѣстная духовная потребность дѣйствительно существуетъ и нуждается въ удовлетвореніи, служитъ опять таки гражданскій оборотъ. Дѣйствія, удовлетворяющія потребностямъ такого рода, всегда могутъ быть найдены въ оборотѣ

взамѣнъ уплаты извѣстной суммы денегъ, они оплачиваются въ оборотѣ, и въ этомъ поступленіи идеальныхъ благъ въ гражданскій оборотъ и лежитъ критерій тѣхъ дѣйствій, которыя способны быть объектомъ обязательства [7]).

Такимъ образомъ, на мѣсто прямой связи дѣйствія съ имуществомъ, превращенія перваго въ опредѣленную денежную сумму, ставится уже болѣе широкій признакъ — возможность найдти въ оборотѣ извѣстное дѣйствіе за извѣстную сумму денегъ.

Такое, болѣе точное, опредѣленіе круга дѣйствій, возможныхъ въ качествѣ предмета обязательства, безъ сомнѣнія подходитъ гораздо ближе къ природѣ послѣдняго и можетъ быть названо болѣе удачнымъ [8]). Тѣмъ не менѣе, позволительно задаться вопросомъ, дѣйствительно ли необходимо такого рода ограниченіе и вытекаетъ ли оно изъ самой природы обязательства. Одни отвѣчаютъ на такой вопросъ утвердительно, полагая, что въ этомъ долженъ быть усматриваемъ отличительный признакъ обязательствъ отъ другихъ личныхъ обя-

---

7) Ср. напр. Bruns-Eck. v. Holtzendorff's Encyclop. I. § 48 стр. 498. прим. 3. Hasenöhrl. Oester. Oblig. R. I. стр. 21—23. Unger. Oester. Privatr. I. стр. 213 сл., 539. Der reviedirte Entwurf стр. 52 сл. Jahrb. f. Dogm. X. стр. 58 примѣч. 72. Arndts. Pand. § 202, примѣч. 3. Dernburg. Preuss. Privatr. II. § 21. Pandect. II. § 17. Hartmann. Arch. f. die civilist. Prax. CXXIII. стр. 370 сл. Ryck. Schuldverhältn. стр. 6 слѣд. Kuntze. Die Obligation стр. 122 и др.

8) Иные, напр. Kleine. Genügt ein Affectionsinteresse и т. д. стр. 9 сл., усматриваютъ существенное различіе между мнѣніемъ Савиньи и только что изложеннымъ и видятъ въ послѣднемъ какъ бы переходную ступень ко взгляду, отрицающему необходимость какой бы то ни было связи между имущественной цѣнностью дѣйствіи и юридической силой обязательства; намъ кажется, что все различіе сводится только къ болѣе удачной формулировкѣ.

занностей [9]); другіе признаютъ, что съ природой обязательства характеръ дѣйствія, составляющаго его содержаніе, ни въ какой связи не стоитъ, что въ сущности предметомъ обязательства можетъ быть всякое дѣйствіе, „при которомъ два лица стоятъ другъ противъ друга какъ лица чисто постороннія“. Послѣдніе соглашаются, поэтому, что, строго говоря, обязательство можетъ быть направлено и на дѣйствіе, абсолютно не поддающееся денежной оцѣнкѣ; но въ такомъ случаѣ обязательство, заключаютъ они, не могло бы быть приведено въ исполненіе средствами, вытекающими изъ самой его природы, — т. е. обращеніемъ взысканія на имущество должника, въ размѣрѣ, опредѣляемомъ интересомъ кредитора [10]).

Послѣдній доводъ опять переноситъ насъ въ область „практическаго примѣненія права“, въ область гражданскаго процесса, о чемъ намъ приходилось уже говорить и раньше, и къ чему еще придется вернуться ниже. Что же касается до существенности для обязательства признака оплачиваемости дѣйствія въ оборотѣ, то о немъ можно замѣтить слѣдующее.

По убѣжденію сторонниковъ излагаемаго взгляда, признакъ этотъ можетъ служить безошибочнымъ критеріемъ для отличія дѣйствій, удовлетворяющихъ человѣческимъ потребностямъ и могущихъ, поэтому, быть предметомъ обязательства, отъ дѣйствій характера противоположнаго, т. е. служащихъ къ удовлетворенію капризовъ отдѣльныхъ лицъ, капризовъ, не заслуживающихъ юридической защиты. Съ такимъ мнѣніемъ согласиться трудно.

---

9) Такъ напр. Дернбургъ l. c.
10) Neuner. Wesen und Arten der Privatrechtverhältnisse. стр. 64.

Любое благо становится предметомъ гражданскаго оборота вслѣдствіе готовности ряда отдѣльныхъ лицъ оплачивать его деньгами по извѣстной оцѣнкѣ, причемъ число этихъ лицъ ближайшему опредѣленію не поддается и можетъ на дѣлѣ быть болѣе или менѣе значительнымъ; само понятіе гражданскаго оборота не можетъ, поэтому, быть названо понятіемъ строго опредѣленнымъ и не можетъ служить непреложнымъ объективнымъ критеріемъ для отличія однихъ дѣйствій отъ другихъ. На какомъ основаніи мы откажемъ въ юридической силѣ обязательству, содержаніемъ котораго является дѣйствіе оплаченное кредиторомъ, если кредиторъ есть хотя бы даже первое и единственное лице, согласившееся это дѣйствіе оплатить деньгами? Затѣмъ, — если примѣръ перваго начинателя находитъ подражаніе, если вслѣдъ за первымъ плательщикомъ находится второй, третій и т. д., то когда же наступаетъ, наконецъ, тотъ моментъ, въ который мы получаемъ возможность сказать, что надобность въ удовлетвореніи извѣстной потребности есть на лице, что благо стало предметомъ гражданскаго оборота.

Далѣе — само собою ясно, что оплата дѣйствій сторонъ въ обязательствѣ, иначе сказать, возмездность договора, не имѣетъ и не можетъ имѣть абсолютно никакого отношенія къ дѣйствительности обязательства; возводя признакъ, въ основаніи котораго лежитъ готовность къ такой денежной оплатѣ (признакъ гражданскаго оборота) въ условіе дѣйствительности обязательства, мы вносимъ въ понятіе послѣдняго элементъ этому понятію совершенно чуждый. Имѣя огромное значеніе для опредѣленія цѣнности объекта, цѣнности дѣйствія, словомъ — цѣнности обязательства, давая средство для измѣ-

ренія этой цѣнности — гражданскій оборотъ не можетъ, однако, быть возводимъ въ критерій для рѣшенія вопроса о юридической силѣ самого обязательства; по крайней мѣрѣ, такой способъ дѣйствія вноситъ въ обязательство элементъ, не имѣющій къ нему никакого отношенія.

Нельзя также не обратить вниманія и на то обстоятельство, что признавая полную дѣйствительность обязательствъ, которыя, по содержанію своему, стоятъ къ имуществу въ отношеніи чисто косвенномъ, излагаемый взглядъ на практикѣ не даетъ такимъ обязательствамъ, въ сущности, никакой защиты. Предметомъ иска и здѣсь, какъ и вездѣ, признается только имущественный интересъ кредитора, т. е. тотъ ущербъ, который послѣднимъ отъ неисполненія обязательства понесенъ; права требовать фактическаго совершенія дѣйствія за кредиторомъ не признается. Между тѣмъ, именно въ этой области нетолько возможны но и чрезвычайно часты такіе случаи, гдѣ самое недобросовѣстное, самое грубое нарушеніе договора, въ имущественномъ отношеніи для кредитора будетъ совершенно безразличнымъ, затрогивая, однако, быть можетъ въ высшей степени чувствительно, интересы другаго рода, связанные для него съ обязательствомъ. Если домашній врачъ отказывается лечить больнаго, который вслѣдъ затѣмъ выздаравливаетъ и безъ его помощи; если приглашенный преподаватель не является и ученики его, вслѣдствіе этого остаются втеченіи нѣкотораго времени безъ занятій — имущественнаго ущерба въ случаяхъ подобнаго рода для кредитора большею частью не наступаетъ вовсе; часто, напротивъ того, можно скорѣе говорить объ имущественной выгодѣ, состоящей въ сбереженіи платы упомянутымъ лицамъ. Этого мало: во всѣхъ случаяхъ

двусторонне — возмездныхъ (синаллагматическихъ) договоровъ исполненіе обязанностей должникомъ предполагаетъ оплату этихъ обязанностей кредиторомъ; взаимныя обязанности сторонъ, будучи равновелики другъ другу, такимъ образомъ уравновѣшиваются и всякій искъ кредитора встрѣтитъ возраженіе со стороны должника, состоящее въ томъ, что освобожденіе перваго отъ обязанностей на немъ лежавшихъ, исчерпываетъ весь интересъ, связанный для него съ обязательствомъ. Въ крайнемъ случаѣ искъ кредитора, оплатившаго дѣйствіе впередъ, сведется, поэтому, къ condictio causa data causa non secuta или condictio sine causa.

Эти практическія послѣдствія не могли, конечно, быть упущены изъ вида представителями господствующаго мнѣнія; вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя было отрицать и того факта, что потребности отдѣльныхъ лицъ могутъ вызывать ихъ на заключеніе договоровъ и соглашеній, имѣющихъ предметомъ дѣйствія, которыя не стоятъ даже и въ косвенномъ отношеніи къ имуществу. Въ качествѣ средствъ, обезпечивающихъ исполненіе обязательства въ случаяхъ такого рода предлагаются прежде всего, включеніе такихъ дѣйствій въ соглашеніе въ качествѣ условій главнаго обязательства, затѣмъ — обезпеченіе ихъ неустойкой (poena conventionalis), принимаемой на себя должникомъ въ случаѣ несовершенія имъ дѣйствій, составляющихъ содержаніе обязательства. [11])

Что однимъ изъ указанныхъ двухъ способовъ интересы кредитора могутъ быть обезпечены въ полной мѣрѣ — не

---

11) Ср. цитиров.выше (прим. 7) авторовъ.

подлежитъ никакому сомнѣнію, но можно сомнѣваться въ юридической необходимости прибѣгать къ обезпеченіямъ такого рода. Вмѣстѣ съ тѣмъ самое указаніе на эти средства служитъ яснымъ признакомъ того, что утверждаемая господствующимъ мнѣніемъ недѣйствительность обязательствъ, не обладающихъ имущественнымъ интересомъ, есть недѣйствительность совершенно особаго рода. Условія противныя законамъ и условія безнравственныя, какъ извѣстно, ничтожны въ той же степени, какъ и главныя обязательства съ такимъ содержаніемъ. Точно также извѣстно, что не имѣетъ никакой силы и соглашеніе о poena conventionalis, если эта poena conventionalis имѣетъ цѣлью обезпечить исполненіе ничтожнаго договора. Разсуждая послѣдовательно, мы должны были бы, поэтому, придти къ заключенію, что если интересъ неимущественный не можетъ быть предметомъ главнаго обязательства — онъ точно также не можетъ быть и предметомъ условія; что если главное обязательство съ содержаніемъ подобнаго рода не имѣетъ юридической силы — не можетъ имѣть такой силы и прибавленный къ нему договоръ о неустойкѣ. Оставляя въ сторонѣ условіе, представляющее изъ себя лишь средство произвести косвенное давленіе на волю должника, имѣющее цѣлью побудить его, предоставленіемъ ему какой либо выгоды, къ совершенію дѣйствія, мы можемъ ограничиться замѣчаніемъ, что польза договора о неустойкѣ (помимо такого же косвеннаго давленія на должника) сводится къ созданію искусственнымъ путемъ предмета иска по обязательствамъ, лишеннымъ имущественнаго интереса. Необходимость такого искусственнаго предмета иска, за отсутствіемъ естественнаго, и можетъ служить указаніемъ на истинное основаніе мнѣнія, отри-

цающаго дѣйствительность обязательствъ такого рода. Недѣйствительными, ничтожными въ той мѣрѣ, въ какой являются ничтожными обязательства противозаконныя или безнравственныя, это мнѣніе ихъ вовсе не признаетъ; недѣйствительными они объявляются лишь въ томъ смыслѣ, что кредиторъ лишенъ въ нихъ возможности формулировать искъ, вслучаѣ неисполненія должникомъ дѣйствія, въ опредѣленной денежной суммѣ, являющейся эквивалентомъ его имущественнаго интереса. Причина, такимъ образомъ, опять таки чисто процессуальная.

Въ виду всего изложеннаго, естественнымъ дальнѣйшимъ шагомъ явилось отрицаніе какой бы то ни было принципіальной связи между имущественной цѣнностью дѣйствія и юридической силой обязательства. Рѣшительный шагъ въ этомъ направленіи былъ, какъ уже замѣчено выше, сдѣланъ Гейеромъ, недостаточно обосновавшимъ свое мнѣніе и послѣдователей не нашедшимъ. Игнорированіе новаго теченія со стороны господствующаго мнѣнія сдѣлалось, однако, невозможнымъ съ тѣхъ поръ, какъ во главѣ его стали такіе авторитетные представители юридической науки, какъ Виндшейдъ и, вслѣдъ за нимъ, Іерингъ.

Взглядъ Виндшейда можетъ быть переданъ слѣдующимъ образомъ [12]).

Дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, обыкновенно представляетъ для управомоченнаго денежный интересъ. Что такой денежный интересъ необходимъ, другими словами, что фактъ, самъ по себѣ достаточный для возникновенія обязательства, не въ силахъ основать его въ томъ случаѣ, если

12) Windscheid. Pandecten. II. § 250 въ текстѣ и особ. примѣч. 3.

содержаніемъ его является дѣйствіе, денежной оцѣнкѣ не поддающееся, — это утверждается часто, но безъ достаточныхъ основаній; приводимый въ доказательство такого взгляда текстъ L. 9 § 2, D. de statulib. 40. 7 говоритъ лишь о недѣйствительности обязательства, направленнаго на доставленіе права собственности на свободнаго человѣка, что скорѣе должно быть названо дѣйствіемъ невозможнымъ, чѣмъ дѣйствіемъ безъ имущественной цѣнности. Сверхъ того, замѣчаніе о недѣйствительности обязательства, основанное на отсутствіи въ немъ имущественной цѣнности, сдѣлано здѣсь лишь мимоходомъ; всякому извѣстно, между тѣмъ, какъ опасно понимать въ буквальномъ смыслѣ такія, высказанныя по частному поводу, выраженія источниковъ.

Можно, правда, указать, продолжаетъ Виндшейдъ, на цѣлый рядъ мѣстъ, въ которыхъ дѣйствительнымъ основаніемъ рѣшенія, отрицающаго юридическую силу обязательства, является отсутствіе имущественнаго интереса кредитора [13]), но эти мѣста вполнѣ объясняются изъ condemnatio pecuniaria формулярнаго процесса, въ виду которой они были писаны. И несмотря на существованіе condemnatio pecuniaria, въ другихъ мѣстахъ признаются дѣйствительными обязательства и при отсутствіи имущественнаго интереса кредитора [14]); слѣдуетъ думать, что въ случаяхъ такого рода размѣръ денежной суммы, въ которой выражался приговоръ, зависѣлъ отъ усмо-

13) L. 7 D. praeser. verb. 19. 5; L. 38 § 17, L. 95 D. de V. O. 45. 1.

14) L. 11 § 1. L. 16 § 1 D. quod vi. 43. 24; L. 3 § 13 D. de hom. lib. exhib. 43. 29; L. 6 pr. D. de serv. export. 18. 7 и особенно L. 54 pr. D. mand. 17. 1.

трѣнія судьи. Если-же магистратъ желалъ взять дѣло въ свои руки, то онъ могъ вынудить повиновеніе путемъ наложенія денежныхъ штрафовъ.

Во всякомъ случаѣ, заключаетъ авторъ, вопросы процессуальные для современнаго права затрудненій представить не могутъ. Принципъ condemnatio pecuniaria намъ чуждъ; повиновеніе своему приговору судья можетъ вынудить денежными штрафами и лишеніемъ свободы. Въ виду этого, въ основаніе современнаго права долженъ быть положенъ принципъ, что не можетъ быть отказано въ признаніи юридической силы за обязательствомъ только на томъ основаніи, что дѣйствіе, на которое оно направлено, не имѣетъ денежной цѣнности для кредитора. Изъ этого, конечно, не слѣдуетъ, чтобы судья обязанъ былъ защищать истца во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ, гдѣ искъ направленъ на дѣйствіе, лишенное имущественной цѣнности. Судья не выйдетъ за предѣлы своихъ полномочій, если откажетъ въ своей помощи вездѣ, гдѣ въ основаніи требованія лежитъ простой капризъ и дастъ ее только тамъ, гдѣ въ основаніи его лежитъ интересъ, заслуживающій, по его мнѣнію, юридической защиты (berechtigtes Interesse). Если я, напримѣръ, беру со своего сосѣда обѣщаніе, что онъ прекратитъ мѣшающую моимъ занятіямъ игру на фортепьяно — есть ли основаніе дозволить сосѣду безнаказанное нарушеніе договора?

Этомъ взглядъ нашелъ горячаго защитника въ лицѣ Іеринга. Въ консультаціи, данной по поводу извѣстнаго процесса, имѣвшаго мѣсто въ Швейцаріи, въ 1877 г., между учредительнымъ комитетомъ для проведенія нѣкоторыхъ желѣзнодорожныхъ линій и центральнымъ обществомъ желѣзныхъ

дорогъ, принявшимъ на себя постройку этихъ линій, Іерингъ подробно останавливается на вопросѣ объ имущественной цѣнности обязательственнаго дѣйствія и приходитъ, при этомъ, къ тѣмъ же выводамъ, что и Виндшейдъ, расходясь, однако, съ послѣднимъ въ частностяхъ [15]).

Такъ, Іерингъ отрицаетъ, что даже въ формулярномъ процессѣ, при господствѣ правила о condemnatio pecuniaria, обязательства, лишенныя имущественнаго интереса, не могли получить защиты. Не слѣдуетъ забывать, говоритъ онъ, что рядомъ съ судьей въ Римѣ стоялъ еще магистратъ (преторъ) и нельзя, при разсмотрѣніи римской организаціи судебной власти, упускать изъ вида существеннаго участія, которое было здѣсь отведено магистрату. Этотъ послѣдній располагаетъ въ этой области тѣми же самыми принудительными средствами, которыя вообще съ властью магистрата связаны, а къ такимъ средствамъ принадлежитъ и угроза денежными штрафами (multa) непокорнымъ [16]). Сверхъ того, говоритъ Іерингъ, господствующее мнѣніе не обращаетъ вниманія на то обстоятельство, что и судья можетъ пользоваться деньгами нетолько въ смыслѣ экономическаго эквивалента имущественной цѣнности, что деньгамъ, кромѣ того, присуща сила служить средствомъ удовлетворенія нарушенныхъ интересовъ истца, каковы бы ни были эти интересы. Вообще говоря — судъ

---

15) Ihering. Rechtsgutachten in Sachen des Interkantonalen Vorbereitungs-Comités der Gäubahn gegen die Gesellschaft der Schweizerischen Centralbahn, betreffend die Vollendung und den Betrieb der Wasserfallenbahn und ihrer Fortsetzung von Solothurn nach Shönbühl. Olten. 1878. Перепечатано въ его-же Jahrbücher f. Dogmatik. XVIII. стр. 1—128.

16) Ihering. Gutachten. Jahrb. f. Dogm. XVIII. стр. 55.

можетъ пользоваться деньгами съ троякой цѣлью: дать потерпѣвшему эквивалентъ его имущественнаго ущерба, наказать неисправнаго должника и, наконецъ, удовлетворить потерпѣвшаго за любое нарушеніе его интересовъ, въ чемъ бы эти послѣдніе не заключались (die Aequiralentfunction, Straffunction, Satisfactionsfunction des Geldes) [17]).

Въ общемъ — Іерингъ, вмѣстѣ съ Виндшейдомъ, отрицаетъ существованіе какой бы то ни было связи между имущественнымъ характеромъ обязательственнаго дѣйствія и юридической силой самого обязательства, но онъ точно также далекъ отъ мысли объявить искомымъ всякое соглашеніе, каково бы ни было его содержаніе. Пытаясь опредѣлить положительныя границы для отличія дѣйствій, могущихъ быть предметомъ обязательствъ, отъ дѣйствій для этого непригодныхъ, Іерингъ проводитъ эти границы нѣсколько иначе, чѣмъ Виндшейдъ: онъ говоритъ, что предметомъ обязательства не могутъ быть такія дѣйствія, которыя основаны на интересахъ общежитія и любезности (Geselligkeits- und Gefälligkeitsverhältnisse) [18]).

Доводы Виндшейда и Іеринга не остались безъ возраженій со стороны представителей господствующаго взгляда;

---

17) Ihering. l. cit. стр. 53 сл.

18) Ihering. l. cit. 91 сл. Были сдѣланы и другія попытки опредѣлить ближе границы дѣйствій, могущихъ быть предметомъ обязательства. Такъ, нпр., Kleine. Genügt ein Affectionsinteresse и т. д. признаетъ достойнымъ защиты права всякій не безнравственный и не неразумный интересъ. Kohler. Ueber das Recht der Stiftungen. стр. 243 — взякій „разумный интересъ, достаточно важный для того, чтобы юридическій порядокъ привелъ изъ за него въ движеніе свой принудительный аппаратъ (Zwangsapparat)“.

сущность этихъ возраженій сводится къ тому, что было уже изложено выше и поэтому въ болѣе подробный разборъ ихъ мы здѣсь входить не станемъ, тѣмъ болѣе, что при дальнѣйшемъ изложеніи намъ придется неоднократно встрѣтиться съ тѣми же вопросами. На сторону новаго мнѣнія стало, однако, значительное число юристовъ и теченіе, начало которому въ наше время положили Гейеръ, Виндшейдъ и Іерингъ, постепенно, такимъ образомъ, усиливается и пріобрѣтаетъ все большее и большее количество послѣдователей [19]). Можно замѣтить, въ заключеніе, что на эту-же точку зрѣнія сталъ и проэктъ гражданскаго уложенія для Германской имперіи [20]).

---

19) Въ пользу его высказались: Ziebarth. Die Realexecution und die Obligation. стр. 29 сл., 171 сл. Thon. Rechtsnorm und subjectiv Recht. стр. 189. 203. Goldschmidt. Handelsrecht. 2 изд. II. стр. 82 прим. 26. Kohler. Въ статьѣ цитиров. въ прим. 18. Baron. Pandect. § 208 и др.

20) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. § 206. Motive. II. стр. 5; но ср. къ этому § 221 и мотивы къ нему (Motive II. стр. 21 сл.).

Имущественный интересъ въ обязательствѣ по римскому праву.

§ 9. Общія задачи дальнѣйшаго изложенія.

Нашей спеціальной задачей является изслѣдованіе отношенія къ вопросу о необходимости имущественнаго интереса въ обязательствѣ права римскаго. Отдѣльные, имѣющіе значеніе для рѣшенія этого вопроса, пункты выяснились, въ общемъ, уже изъ сказаннаго выше и намъ остается, поэтому, напомнивъ о нихъ, обратить, сверхъ того, вниманіе на частности, съ которыми этотъ вопросъ связанъ спеціально для римскаго права.

Доводы, на которыхъ основывается господствующее мнѣніе, немногочисленны; можно утверждать даже, что, въ сущности, весь споръ сводится исключительно къ почвѣ процессуальнаго права: къ вопросу о возможности или невозможности дать судебную защиту обязательствамъ, направленнымъ на дѣйствія, лишенныя имущественной цѣнности. Сверхъ того указывается еще, однако, на два слѣдующія основанія. Прежде всего — на природу гражданскаго права, часть котораго составляетъ право обязательственное; ограничивая принципіально область гражданскаго права (за исключеніемъ правъ семейныхъ) регу-

лированіемъ правоотношеній по имуществу, какъ это дѣлаетъ большинство юристовъ, естественно придти къ выводу, что и обязательство, а слѣдовательно и дѣйствіе, составляющее предметъ его, должны обладать имущественной цѣнностью. Затѣмъ, наконецъ, утверждаютъ (что, впрочемъ, есть не болѣе, какъ логическій выводъ изъ предыдущаго), что это требованіе вытекаетъ изъ природы самого обязательства и составляетъ отличительную черту послѣдняго отъ другихъ личныхъ обязанностей.

Эти три довода сами собой отмѣчаютъ подлежащіе нашему ближайшему разсмотрѣнію вопросы, отвѣтъ на которые долженъ быть данъ по отношенію къ римскому праву, именно: вытекаетъ ли необходимость имущественной цѣнности дѣйствія изъ понятія гражданскаго права; вытекаетъ ли она изъ понятія обязательства; наконецъ — въ какой связи стоитъ это требованіе съ организаціей гражданскаго процесса. Каждому изъ этихъ трехъ вопросовъ и посвященъ въ дальнѣйшемъ изложеніи особый отдѣлъ.

Группировка матерьяла по указаннымъ тремъ отдѣламъ по необходимости является, однако, чрезвычайно неравномѣрной. Между тѣмъ, какъ первые два не отличаются особой сложностью, третій требуетъ разсмотрѣнія процессуальной защиты въ зависимости отъ двухъ, стоящихъ въ классическую эпоху рядомъ, системъ: обыкновеннаго производства по дѣламъ гражданскимъ (ordo judiciorum privatorum) и магистративнаго дознанія (cognitio extra ordinem). Въ основаніи этихъ двухъ системъ лежали настолько различные принципы, что различіе это не могло не отражаться, и дѣйствительно отражалось, какъ на кругѣ интересовъ, подлежащихъ защитѣ при томъ

или иномъ производствѣ, такъ и на способѣ защиты этихъ интересовъ. [1])

Исходной точкой при разсмотрѣніи процессуальныхъ вопросовъ взятъ будетъ процессъ формулярный. Начинать подробное разсмотрѣніе съ процесса легисакціоннаго неудобно потому, что въ этой области, за неимѣніемъ полныхъ и достовѣрныхъ свѣденій, дѣло свелось бы къ построенію гипотезъ, быть можетъ болѣе или менѣе правдоподобныхъ, но, во всякомъ случаѣ, лишенныхъ достаточныхъ фактическихъ основаній. Особое вниманіе должно быть, однако, обращено на тѣ результаты, которые получаются въ этомъ отношеніи для юстиніанова права, гдѣ различіе между двумя формами производства потеряло всякое значеніе.

Въ заключеніе замѣтимъ еще, что хотя наша задача и ограничивается, въ сущности, отношеніемъ къ защитѣ неимущественныхъ интересовъ правомъ обязательственнымъ, тѣмъ не менѣе, намъ придется, для установленія правильныхъ, по

---

1) Противоположнаго взгляда держится въ этомъ отношеніи Іерингъ. Онъ называетъ грубымъ заблужденіемъ мнѣніе, что между ordo judiciorum privatorum и cognitio extra ordinem, между компетенціей судьи и компетенціей магистрата существовало принципіальное различіе; ошибочнымъ онъ называетъ и то утвержденіе, что единственнымъ содержаніемъ судебнаго приговора въ формулярномъ процессѣ могло быть присужденіе отвѣтчика къ уплатѣ опредѣленной денежной суммы (Jahrb. f. Dogm. XVIII. стр. 53 сл.). — Защищать такіе взгляды, говоритъ по этому поводу Пернисъ, можно только при крайне произвольномъ толкованіи текстуальнаго матерьяла: въ обыкновенномъ производствѣ преторъ и судья стоятъ не рядомъ, а каждый на своемъ опредѣленномъ мѣстѣ; въ формулярномъ процессѣ condemnatio pecuniaria во всякомъ случаѣ обязательна, юстиніанову праву она вообще неизвѣстна. Такой способъ доказательства, замѣчаетъ Пернисъ, служитъ лишь ко вреду конечныхъ результатовъ, къ которымъ приходитъ авторъ, и съ которыми, въ общемъ, нельзя не согласиться. Pernice. Labeo. III¹. Стр. 173. прим. 1.

нашему мнѣнію, точекъ зрѣнія на послѣднее, касаться вопросовъ, не стоящихъ въ прямой и непосредственной связи съ нашей спеціальной темой. Такія отступленія, относящіяся къ болѣе широкому вопросу о защитѣ неимущественныхъ интересовъ гражданскимъ правомъ вообще — могутъ, однако, служить къ болѣе яркому освѣщенію спеціальныхъ вопросовъ обязательственнаго права.

Глава первая.

§ 10. Опредѣленіе понятія гражданскаго права.

Приступая къ классификаціи подлежащаго разсмотрѣнію матерьяла, громадное большинство юристовъ, ставящихъ себѣ задачей систематическое изложеніе гражданскаго права, поступаетъ слѣдующимъ образомъ. Опредѣливъ гражданское право, какъ совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ взаимныя отношенія частныхъ лицъ, какъ таковыхъ, и сославшись при этомъ на извѣстное опредѣленіе Ульпіана publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem", указываютъ, что, кромѣ правоотношеній, возникающихъ изъ союза семейнаго, предметъ гражданскаго права составляютъ двѣ группы юридическихъ отношеній: права вещныя и обязательственныя, которыя, вмѣстѣ взятыя, могутъ быть названы правами имущественными.[1])

---

1) Въ доказательство сказаннаго можно сослаться на любой курсъ гражданскаго права. — Отличительная черта права наслѣдственнаго усматривается, какъ извѣстно, не въ особомъ характерѣ составляющихъ его содержаніе юридическихъ нормъ, а въ способѣ перехода правъ отъ одного субъекта къ другому.

Логически правильнымъ выводомъ отсюда и является положеніе о необходимости для обязательства, какъ права имущественнаго, имущественной цѣнности, которая, въ свою очередь, можетъ быть признаваема за обязательствомъ лишь въ томъ случаѣ, если ею обладаетъ и дѣйствіе, составляющее его содержаніе. Безусловно доказательную силу вся эта дедукція могла бы имѣть, однако, лишь въ томъ случаѣ, еслибы основная посылка, на которой она построена, не подлежала никакому сомнѣнію. Извѣстно, между тѣмъ, что это далеко не такъ, что по вопросу объ опредѣленіи гражданскаго права мнѣнія крайне несходны и что большинство авторовъ, разсматривающихъ этотъ вопросъ ex professo, склонно усматривать существенный признакъ юридическихъ нормъ гражданскаго характера отнюдь не въ томъ, что ихъ спеціальной задачей является регулированіе правоотношеній по имуществу [2]).

Не входя въ подробный обзоръ положенія вопроса о природѣ гражданскаго права въ современной юридической наукѣ, вопроса, далеко выходящаго за предѣлы нашей задачи, мы не можемъ, однако, не указать на то, что тотъ способъ обоснованія выводовъ, съ которымъ мы здѣсь встрѣчаемся, способъ, состоящій въ построеніи отвлеченныхъ умозаключеній изъ произвольно поставленныхъ отвлеченныхъ посылокъ, легко ведетъ къ полученію неправильныхъ результатовъ. Отвѣта на вопросы „что такое гражданское право“, „въ чемъ состоятъ его существенныя черты“, нельзя, разъ дѣло идетъ о по-

---

2) Ср. Ahrens. Jurist. Encyclop. стр. 117 сл. 553 сл. Thon. Rechtsnorm und subjectiv. Recht. Гл. 3 § 14. Муромцевъ. Опредѣленіе и основное раздѣленіе права.

ложительномъ правѣ, искать въ разсужденіяхъ общаго характера, умѣстныхъ лишь въ томъ случаѣ, когда ищется рѣшеніе на другой вопросъ, который можетъ быть формулированъ, напримѣръ, такъ: „чѣмъ д о л ж н о быть гражданское право“.

При разсужденіяхъ послѣдняго рода свобода изслѣдователя безгранична, но гражданское право даннаго народа опредѣлено такимъ путемъ быть не можетъ: оно есть совокупность положительныхъ юридическихъ нормъ, регулирующихъ извѣстныя стороны жизни этого народа въ опредѣленную эпоху; содержаніе и характеръ этихъ нормъ зависитъ, въ свою очередь, отъ потребностей народной жизни и потребностей данной эпохи; оно постепенно, хотя часто и незамѣтно, модифицируется подъ вліяніемъ безчисленнаго количества факторовъ и, такимъ образомъ, сохраняетъ возможность всегда отвѣчать на предъявляемые ему жизнью запросы. Задаваясь цѣлью опредѣлить понятіе гражданскаго права даннаго народа, изслѣдователь обязанъ, поэтому, вывести свое опредѣленіе изъ полнаго обозрѣнія всѣхъ положительныхъ нормъ и лишь послѣ этого получаетъ возможность строить свои логическіе выводы, не опасаясь за шаткость основанія.

Мы, съ своей стороны, склонны отнести многія трудности, возникающія при дальнѣйшемъ толкованіи гражданскоправоваго матерьяла, на счетъ неправильной постановки исходныхъ положеній, относя сюда же и весь вопросъ о необходимости имущественнаго характера дѣйствія для юридической силы обязательства. Иные изъ сторонниковъ господствующаго мнѣнія склонны, какъ мы видѣли, признать, въ видѣ исключенія, дѣйствительность обязательствъ, лишенныхъ имуще-

ственнаго характера[3]), другіе удовлетворяются косвеннымъ отношеніемъ къ имуществу[4]). Даже отрицая необходимость такого условія, Виндшейдъ, напримѣръ, дѣлаетъ это только по отношенію къ обязательствамъ и легатамъ, не входя въ разсмотрѣніе болѣе общаго вопроса о природѣ гражданскаго права[5]), и только Іерингъ протестуетъ противъ утвержденія, что единственной задачей права служитъ защита интересовъ имущественныхъ[6]).

Попытки конструировать дѣйствительность обязательствъ, лишенныхъ имущественнаго интереса, какъ исключеніе изъ общаго правила не могутъ, однако, не представлять значительныхъ затрудненій. Вопросы объ основаніяхъ такого исключенія, о предѣлахъ его, вызываютъ, въ свою очередь, апріорные отвѣты, лишенные фактической подкладки, и отвлеченныя разсужденія на такія темы даютъ полный просторъ произволу, граничащему, съ одной стороны, съ „нравственнымъ долгомъ“ Пухты, — съ другой съ „интересомъ, достойнымъ защиты права“ Виндшейда и Іеринга, причемъ опредѣленіе послѣдняго понятія способно уже само по себѣ повести къ чрезвычайному разногласію мнѣній. Всѣ построенія такого рода, вполнѣ умѣстныя de lege ferenda, теряютъ почву при изслѣдованіи вопросовъ положительнаго права.

Сверхъ того, ясно, что правильная точка зрѣнія на вопросъ о защитѣ интересовъ того или другаго рода не можетъ

---

3) Напр. Пухта и, вслѣдъ за нимъ, Buchka. Stellvertretung. стр. 190, 191.

4) Ср. выше, стр. 102, прим. 7.

5) Windscheid. Pandecten. cit. и III. § 634. прим. 1.

6) Ihering. cit. стр. 50. Но и Іерингъ говоритъ только о задачѣ права вообще, а не гражданскаго права въ частности.

быть установлена въ предѣлахъ исключительно обязательственнаго права; интересы, защищаемые и преслѣдуемые путемъ обязательственныхъ отношеній, являются не болѣе, какъ частью общаго круга интересовъ, которые беретъ подъ свою защиту гражданское право и эта часть не можетъ быть правильно понимаема внѣ связи съ цѣлымъ.

Относительно всѣхъ вопросовъ, связанныхъ со свойствомъ интересовъ, подлежащихъ защитѣ гражданскаго права a priori можно утверждать лишь одно: что ни изъ отвлеченнаго понятія гражданскаго права, ни изъ понятія права обязательственнаго не можетъ быть выводимо заключенія, что и первое и второе должно брать на себя защиту исключительно имущественныхъ интересовъ частныхъ лицъ. Другой вопросъ — держится ли такого взгляда данное положительное право даннаго народа; для отвѣта на этотъ вопросъ необходимо разсмотрѣть прежде всего опредѣленіе, данное понятію гражданскаго права положительнымъ законодательствомъ этого народа и намъ предстоитъ теперь, согласно сказанному, подвергнуть болѣе подробному анализу опредѣленіе понятія гражданскаго права, установленное римскими юристами.

Усматривали ли Римляне въ гражданскомъ правѣ исключительно право имущественное? защищало ли римское гражданское право исключительно имущественные интересы, имущественныя правоотношенія[7])?

---

7) Косвеннымъ путемъ утвердительный отвѣтъ на эти вопросы можетъ быть выведенъ изъ разсужденій едва ли не всѣхъ юристовъ. Прямой — мы встрѣтили только у v. Liszt'a. (Die Grenzgebieten zwischen Privatrecht und Strafrecht. § 2. стр. 3). „Римское гражданское право, говоритъ авторъ, является почти исключительно правомъ имущественнымъ.

Извѣстное опредѣленіе Ульпіана, которое еще и въ настоящее время служитъ исходной точкой всѣхъ разсужденій о природѣ гражданскаго права, кладетъ въ основаніе этого понятія не признакъ имущественной цѣнности, а признакъ совершенно инаго рода. Опредѣленіе это, какъ извѣстно, гласитъ:

> Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim[8]).

Отличительный признакъ гражданскаго правоотношенія Ульпіанъ, (опредѣленіе котораго, принятое въ Дигесты и повтореннное въ Институціяхъ, носитъ, такимъ образомъ, характеръ definitio legalis), усматриваетъ въ singulorum utilitas. Опредѣленіе это Ульпіаномъ подробно, однако, далѣе не развивается; никакихъ болѣе подробныхъ указаній мы не находимъ и въ остальномъ текстѣ кодификаціи Юстиніана и еслибы намъ не была извѣстна отличительная черта римскихъ юристовъ — отсутствіе въ нихъ склонности къ отвлеченнымъ, лишеннымъ практическаго примѣненія, разсужденіямъ, — мы могли бы думать, что они, имѣя передъ глазами осторожное

Гораздо шире понимаетъ его задачи теперь, понимало ихъ и въ прошлые вѣка, германское юридическое сознаніе. Признанія со стороны гражданскаго права и защиты его требуетъ цѣлая масса жизненныхъ интересовъ какъ отдѣльныхъ личностей, такъ и организованныхъ товариществъ. Для насъ, — въ противоположность Римлянамъ, имущественное право составляетъ нетолько не единственное, но даже и не важнѣйшее содержаніе права гражданскаго". Послѣднее утвержденіе, въ виду всего изложеннаго выше, не можетъ, какъ намъ кажется, не быть названо нѣсколько смѣлымъ.

8) L. 1 § 2 D. de just. et jur. 1. 1. Ulpianus l°. 1°. instit. cp. § 4 J. eod. tit. 1. 1.

замѣчаніе Яволена „omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit“[9]) — намѣренно и сознательно уклонились отъ формулированія такихъ опредѣленій, подвергающихъ опасности дальнѣйшее свободное развитіе права [10]).

Понятія „singulorum utilitas“ самъ Ульпіанъ, какъ уже замѣчено, подробнѣе не развиваетъ. Опредѣливъ, въ дальнѣйшемъ изложеніи, jus publicum по его содержанію, какъ „jus, quod in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit“ онъ, съ очевидной непослѣдовательностью, оставляетъ эту точку зрѣнія при переходѣ къ jus privatum и говоритъ не о содержаніи, а о происхожденіи его: „collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus“.

Ясно, однако, что понятіе singulorum utilitas далеко не отличается опредѣленностью. Благо отдѣльныхъ лицъ и того цѣлаго, къ которому они принадлежатъ, — общества, стоятъ между собой въ связи настолько тѣсной, что различіе между ними часто усмотрѣть нелегко и въ случаяхъ подобнаго рода чрезвычайно трудно опредѣлить, поэтому, должна ли извѣстная юридическая норма быть отнесена къ jus publicum или къ

9) L. 202. D. de R. J. 50. 17.

10) Сказанное въ текстѣ можетъ показаться простымъ оборотомъ рѣчи. Но изъ рѣшенія, которое германскій Entwurf eines Bürgerl. Gesetzb. принялъ по поводу этого вопроса, видно, что сознательное уклоненіе отъ такихъ опредѣленій вовсе не есть вещь невозможная. Въ самомъ дѣлѣ — Entwurf отказывается дать опредѣленіе понятія гражданскаго права „такъ какъ отвлеченное, дидактическое разграниченіе областей права гражданскаго и общественнаго ни къ чему, кромѣ возбужденія сомнѣній, не ведетъ“. Motive. I. стр. 1.

jus privatum. Указанная трудность замѣчена была, конечно, давно. Уже глосса снабжаетъ слова „singulorum utilitatem“ примѣчаніемъ: „scilicet principaliter, secundarium ad publicam utilitatem: expedit enim reipublicae, ne quis re sua male utatur“, отнюдь, впрочемъ, не способствующимъ разъясненію дѣла. То-же самое слѣдуетъ сказать и о разсужденіяхъ Донелла, который вдается въ многословное опредѣленіе термина глоссы „principaliter“, мало останавливаясь на самой сущности вопроса [11])

Нельзя не признать, что изъ противоположенія, въ какое Ульпіанъ поставилъ jus publicum и jus privatum, извлечь что либо опредѣленное дѣйствительно не легко. Можно было бы, правда, основываясь на его-же дальнѣйшемъ изложеніи, утверждать, что все, что не „consistit in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus“ принадлежитъ къ области гражданскаго права и регулируется гражданско-правовыми нормами. Но ясно, что, давая гражданскому праву такое, чисто отрицательное, опредѣленіе, мы вносимъ въ эту область и уголовное право, и уголовный процессъ и т. д. Попытка устранить это послѣдствіе тѣмъ замѣчаніемъ, что уголовное право охраняетъ преимущественно интересы общества, а не интересы частныхъ лицъ, какъ таковыхъ, врядъ ли дастъ какіе либо результаты, въ виду указанной уже трудности провести точную грань между интересами перваго и втораго рода.

Позволительно, однако, задаться вопросомъ, не лежитъ ли причина всѣхъ возникающихъ, такимъ образомъ, затрудненій въ томъ, что слова Ульпіана подвергаются толкованіямъ

11) Com. de jure civ. L. II. c. 7. N. 2.

такого рода, какихъ самъ онъ вовсе не имѣлъ въ виду; что въ выраженіяхъ юриста стараются найдти такой смыслъ, какой имъ въ эти выраженія не былъ вложенъ. Въ самомъ дѣлѣ, — разсматривая текстъ безъ заранѣе составленнаго, предвзятаго мнѣнія, нельзя не придти къ убѣжденію, что подъ понятіе jus privatum Ульпіанъ дѣйствительно подводитъ все то, что не входитъ въ рѣзко и точно проведенныя имъ границы jus publicum. Не будетъ, какъ намъ кажется, слишкомъ смѣлымъ заключеніе, что указанный текстъ вовсе не имѣлъ въ виду дать опредѣленіе гражданскаго права въ томъ смыслѣ, какой мы придаемъ этому понятію въ настоящее время, что подъ jus privatum юристъ понимаетъ не гражданское право въ нашемъ смыслѣ, а право, регулирующее взаимныя отношенія частныхъ лицъ, какъ таковыхъ, независимо отъ ихъ отношенія къ государству. Въ этомъ смыслѣ, подъ понятіе jus privatum во всякомъ случаѣ подойдутъ и уголовное право, и уголовный процессъ и многое изъ того, что мы въ наше время относимъ къ праву общественному[12]).

Къ тому же выводу приводитъ и разсмотрѣніе всего хода мыслей въ дальнѣйшемъ изложеніи юриста, которому, съ этой точки зрѣнія, не можетъ быть сдѣлано упрека въ непослѣдовательности: говорить о происхожденіи jus publicum излишне, такъ какъ jus publicum всегда окажется „ipsius pro-

12) Слѣдуетъ замѣтить, что и терминъ „jus publicum“ не всегда употребляется въ томъ смыслѣ, какой ему приданъ въ указанномъ текстѣ. Въ другихъ мѣстахъ источниковъ онъ имѣетъ, напримѣръ, значеніе принудительной нормы, такъ нпр. въ L. 38 D. de pact. 2. 14; L. 20 pr. D. de religios. 11. 7; L. 42 D. de op. lib. 39. 1; L. 45 § 1 D. de R. J. 50. 17. Ср. Savigny. Syst. I. стр. 58. Windscheid. Pandect. I. § 30. прим. 1.

prium civitatis", оно всегда будетъ такимъ „quod quisque populus ipse sibi constituit", поэтому оно можетъ быть немедленно-же опредѣлено по содержанію, что, какъ мы видѣли, и имѣетъ мѣсто въ дѣйствительности. Вся остальная совокупность гражданско-правовыхъ нормъ, опредѣленная съ отрицательной стороны уже положительнымъ опредѣленіемъ jus publicum, можетъ быть непосредственно разсмотрѣна по различію въ происхожденіи и естественнымъ является, поэтому, дальнѣйшее замѣчаніе „collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus". Еще яснѣе сказанное подтверждается тѣми примѣрами, которые Ульпіанъ приводитъ для различныхъ отношеній с в о е г о jus privatum. Vim et injuriam propellere, bella introducere, regna condere, gentes discernere — все это примѣры, которые врядъ ли были бы признаны удачными для поясненія понятія н а ш е г о гражданскаго права; между тѣмъ, юристы безъ всякаго затрудненія пользуются ими для выясненія понятія jus gentium, какъ части jus privatum [13]).

Мы приходимъ къ убѣжденію, что опредѣленіе Ульпіана, въ томъ смыслѣ, въ какомъ оно дано было самимъ авторомъ, не можетъ лежать въ основаніи опредѣленія гражданскаго права, такъ какъ понятіе jus privatum въ римскомъ смыслѣ и понятіе нашего гражданскаго права — двѣ величины несоизмѣримыя. Во всякомъ же случаѣ, римское опредѣленіе jus privatum не даетъ никакого основанія утверждать, что подъ singulorum utilitas понимается исключительно имущественный, денежный интересъ.

13) L. 3 D. just. et jur. 1. 1. L. 5. D. eod.

Называя невозможностью попытки создать опредѣленіе понятія гражданскаго права путемъ отвлеченнаго разсужденія, мы имѣли уже случай указать, что опредѣленіе это должно быть основано на подробномъ разсмотрѣніи всей совокупности юридическихъ нормъ, признаваемыхъ даннымъ положительнымъ правомъ за нормы гражданско-правовыя. Сомнительные случаи возможны и здѣсь; и здѣсь, поэтому, имѣетъ значеніе вопросъ о признакѣ, на основаніи котораго мы имѣли бы возможность различать нормы права гражданскаго отъ нормъ общественнаго права. Такой признакъ долженъ быть усматриваемъ въ способѣ осуществленія данной нормы, т. е. въ защитѣ ея гражданскимъ судомъ (judicium privatum) [14]).

Принципъ, на которомъ основанъ этотъ признакъ различія, принципъ, что отличительный признакъ гражданскаго права въ субъективномъ смыслѣ есть защита послѣдняго гражданскимъ искомъ, — новымъ названъ быть не можетъ: будучи точно формулированъ и обоснованъ Тономъ, онъ еще до него былъ болѣе или менѣе ясно высказанъ другими авторами [15]). Дернбургъ замѣчаетъ по этому поводу, что такой признакъ пригоденъ скорѣе въ качествѣ руководящей нити для практическаго примѣненія права, чѣмъ въ качествѣ существенной черты для опредѣленія природы гражданскихъ правоотношеній; онъ указываетъ на то обстоятельство, что „если возникаетъ сомнѣніе въ томъ, можетъ ли данное право быть осуществлено

14) О дѣленіи judicia на publica и privata ср. Hartmann. Der ordo judiciorum privatorum и т. д. 2 изд. стр. 311 сл. Bethmann-Hollweg. Civilproz. I. § 30. стр. 93 сл. II. § 70 стр. 92 сл. 99 § 81 стр. 180 сл.

15) Thon. Rechtsnorm und subjectives Recht. стр. 131. Z. 8 сл. и прим. 3.

путемъ гражданскаго процесса, и если сомнѣніе это не можетъ быть разрѣшено на основаніи или положительнаго предписанія закона или судебной практики — судья тѣмъ не менѣе будетъ вынужденъ, для рѣшенія такого сомнѣнія, вернуться къ принципіальной точкѣ зрѣнія и разсмотрѣть, стоитъ ли въ данномъ случаѣ на первомъ планѣ интересъ частнаго лица или интересъ общества.“ [16]) Вполнѣ правильное само по себѣ, замѣчаніе Дернбурга не можетъ, однако, имѣть примѣненія къ римскому праву: въ этомъ послѣднемъ рѣчь можетъ идти не о возникновеніи новыхъ притязаній, а лишь о свойствѣ тѣхъ нормъ, относительно способа практическаго осуществленія которыхъ вопросъ уже рѣшенъ давно; для римскаго права можно, поэтому, не опасаясь ошибокъ, установить, въ качествѣ общаго правила, что къ jus privatum принадлежало всякое правоотношеніе, которое защищалось посредствомъ judicium privatum [17]).

Основываясь на этомъ признакѣ, мы можемъ, такимъ образомъ, провѣрить на отдѣльныхъ правоотношеніяхъ, давало ли, и какимъ именно способомъ, римское гражданское право защиту интересамъ неимущественнымъ. Оставаясь при этомъ въ предѣлахъ нашей задачи, т. е. разсматривая этотъ вопросъ спеціально по отношенію къ праву обязательственному, мы коснемся, однако, въ нѣсколькихъ словахъ, въ своемъ мѣстѣ, и вещнаго права, гдѣ вопросу о неимущественномъ интересѣ также не можетъ быть отказано въ извѣстномъ

16) Dernburg. Pandect. I. § 21 стр. 47.

17) Къ judicia privata въ этомъ смыслѣ (въ противоположность publica) принадлежатъ и cognitiones extra ordinem.

значеніи. Это тѣмъ менѣе можно считать излишнимъ, что всякій гражданскій искъ, въ томъ числѣ и вещный, ведетъ къ установленію обязательственнаго отношенія между сторонами, въ силу общаго правила „judicio contrahitur.“

Глава вторая.

Отношеніе вопроса о неимущественномъ интересѣ въ обязательствѣ къ природѣ послѣдняго.

§ 11. Общія замѣчанія.

Излагая состояніе современной литературы по нашему вопросу, мы имѣли уже случай замѣтить, что многіе авторы ставятъ существенность требованія о наличности имущественнаго интереса въ обязательствѣ въ связь съ природой этого послѣдняго, какъ правоотношенія, входящаго въ область права имущественнаго. Правильность такого утвержденія, поскольку оно основывается на соображеніяхъ общей природы гражданскаго права, была уже отчасти разсмотрѣна въ предыдущемъ параграфѣ; нашей ближайшей задачей является, далѣе, изслѣдовать, можетъ ли такое требованіе быть выведено изъ понятія самого обязательства и, въ частности, оправдывается ли оно текстами римскаго права, приводимыми въ его подтвержденіе. Предварительно, должно, однако, обратить вниманіе еще на слѣдующее.

На основной и существенный вопросъ: ничтожно ли обязательство, лишенное имущественнаго интереса, прямаго и категорическаго отвѣта мы не находимъ почти ни у кого,

хотя косвенно къ этому результату приходятъ, конечно, всѣ сторонники необходимости такого интереса. Вообще — при ближайшемъ разсмотрѣніи всего матерьяла по вопросу о неимущественномъ интересѣ въ обязательствѣ, нельзя не вынести убѣжденія, что, въ сущности, весь споръ идетъ о двухъ вопросахъ совершенно различныхъ, что не можетъ не отразиться невыгодно на правильности и ясности конечныхъ выводовъ. Рѣчь ведется преимущественно не о дѣйствительности или недѣйствительности обязательства, а о практической осуществимости его: въ доказательство ничтожности такихъ обязательствъ, въ большинствѣ случаевъ, указываютъ, въ концѣ концовъ, на невозможность оцѣнить въ деньгахъ дѣйствіе, стоящее внѣ всякой связи съ имуществомъ. Что такое практическое препятствіе и юридическая ничтожность обязательства далеко не одно и то-же, ясно, однако, само собой: послѣдняя не допускаетъ возникновенія права, первое — относится лишь къ практическому осуществленію его и зависитъ исключительно отъ организаціи гражданскаго процесса, равно какъ отъ свойства тѣхъ средствъ, какія даны гражданскому суду для приведенія его приговоровъ въ исполненіе. Предположивъ, что дѣйствіе, не представляющее имущественной цѣнности въ моментъ возникновенія обязательства (нпр. въ моментъ заключенія договора), получаетъ такую цѣнность впослѣдствіи [1]) — мы должны будемъ рѣшить вопросъ

1) Такое позднѣйшее привступленіе имущественной цѣнности можетъ произойдти различнымъ образомъ: дѣйствіе можетъ поступить въ гражданскій оборотъ послѣ заключенія договора; къ договору позднѣе можетъ быть прибавлено соглашеніе о неустойкѣ; кредиторъ можетъ согласиться впослѣдствіи вознаградить должника за совершеніе дѣйствія и т. д.

о судьбѣ такого обязательства совершенно иначе, въ зависимости отъ того, объявимъ ли мы его ничтожнымъ съ самаго начала, или-же только практически неосуществимымъ. О томъ, что недѣйствительность обязательствъ, лишенныхъ имущественнаго интереса, есть недѣйствительность совершенно особаго рода, легко исцѣляемая простымъ прибавленіемъ договора о неустойкѣ, намъ приходилось уже говорить выше [2]).

Не мало способствовало дальнѣйшему затемненію всего вопроса еще и то обстоятельство, что, въ качествѣ исходнаго пункта дальнѣйшихъ разсужденій, онъ часто формулируется въ слѣдующемъ видѣ: „должно ли право брать на себя защиту интереса особаго пристрастія (Affectionsinteresse)“, достаточенъ ли такой интересъ для предъявленія иска [3]). Такая постановка служитъ только къ возникновенію отдѣльнаго спора о томъ, что такое „интересъ особаго пристрастія (Affectionsinteresse)“ и до какихъ предѣловъ онъ правомъ можетъ быть защищаемъ, причемъ она-же вызываетъ представленіе, что отъ права требуютъ защиты ни на чемъ не основанныхъ при-

---

2) Ср. § 8 стр. 106 сл. Тамъ же было указано, что прибавленіе соглашенія о неустойкѣ къ договору ничтожному, юридической силы и само не имѣетъ. Ср. объ этомъ Windscheid. Pandect. § 286 пр. 2. Arndts. Pand. § 211. Dernburg. Pand. II. § 46 стр. 126. Объ обязательствахъ, направленныхъ на дѣйствія невозможныя — L. 69 D. de V. O. 45, 1. „nec poena rei impossibilis comittetur.“ Такимъ образомъ, изъ общаго правила дѣлается положительное исключеніе въ пользу обязательствъ, лишенныхъ имущественной цѣнности; исключеніе, для котораго можно, конечно, сослаться на L. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1. и § 19 J. de inut. stip. 3. 19, но основанія котораго требуютъ болѣе точнаго изслѣдованія.

3) Такъ нпр. Kleine прямо даетъ своему изслѣдованію, посвященному нашему вопросу заглавіе: Genügt Affectionsinteresse bei Geltendmachung eines Forderungsrechts.

страстій и капризовъ отдѣльныхъ лицъ[4]). Конструировать юридическія понятія на такой почвѣ, очевидно, невозможно и поэтому, оставляя пока въ сторонѣ вопросъ о томъ, какіе именно интересы могутъ быть признаны достойными защиты права мы, въ слѣдующемъ, будемъ искать отвѣта на вопросъ, формулированный въ болѣе общемъ видѣ, именно: „можно ли, на основаніи источниковъ, утверждать, что римское право объявляло недѣйствительными обязательства, лишенныя имущественнаго интереса.“ Отвѣтъ этотъ будетъ данъ въ настоящей главѣ преимущественно по отношенію къ праву Юстиніана; историческіе моменты, имѣющіе въ этомъ отношеніи значеніе, будутъ отмѣчены въ слѣдующемъ отдѣлѣ.

§ 12. Источники: L. 9 § 2 D. de statulib. 40. 7.

Что касается, прежде всего, до самого опредѣленія понятія обязательства въ источникахъ, то по этому поводу можно ограничиться однимъ замѣчаніемъ, именно, что ни въ общемъ опредѣленіи, данномъ въ pr. J. de obligat. 1. 13.

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura[1]) ни въ болѣе подробномъ объясненіи сущности этого отношенія, какое даетъ Павелъ въ L. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7.

---

4) О значеніи терминовъ „affectus“, „affectio“ въ источникахъ см. выше § 3 стр. 16 прим. 2; эти термины, какъ мы указывали, всегда употребляются въ смыслѣ серьезной привязанности, серьезнаго интереса, которые для права безразличными никоимъ образомъ названы быть не могутъ.

1) О значеніи термина s o l v e r e ср. L. 176 D. de V. S. 50. 16. Ulpianus l⁰. 45⁰. ad Sabinum „... s o l v e r e dicimus eum, qui fecit quod facere promisit“.

Paulus l⁰. 2⁰. institutionum. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

о необходимости имущественнаго интереса не упоминается вовсе. Въ доказательство существенности такого требованія дѣлаются, поэтому, ссылки не на указанные тексты, а на рядъ другихъ, именно: на L. 9 § 2 D. de statulib. 40. 7, L. 95 D. de V. O. 45. 1, L. 8 § 6 D. mand. 17. 1, L. 7 D. praescr. verb. 19. 5, L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. и L. 38 § 17. D. de V. O. 45. 1. (§ 19 J. de inutil. stip. 3. 19). Къ подробному разсмотрѣнію всѣхъ этихъ текстовъ мы теперь и переходимъ.

I. L. 9 § 2 D. de statulib. 40. 7. Ulpianus l⁰. 20⁰. ad Sabinum. Illud tractatum est, an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum. Et Octavenus putabat liberari: et idem dicebat et si ex stipulatu Stichum deberet eumque statuliberum solvisset: nam et si ante solutionem ad libertatem pervenisset, extingueretur obligatio tota: ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest. Quae sententia mihi videtur vera.

Приведенный фрагментъ Ульпіана, точнѣе говоря, — положеніе, на которомъ основано рѣшеніе юриста, служитъ, какъ извѣстно, главнымъ доводомъ въ рукахъ сторонниковъ взгляда о необходимости имущественнаго интереса въ обязательствѣ. Высказываемое Октавеномъ утвержденіе, (утвержденіе съ которымъ вполнѣ соглашается и Ульпіанъ) понимаемое большин-

ствомъ въ томъ смыслѣ, что содержаніе обязательства должно быть способнымъ къ денежной оцѣнкѣ формулировано, на первый взглядъ, настолько ясно и категорично, что всякое отрицаніе его значенія можетъ казаться попыткой, не имѣющей никакихъ шансовъ на успѣхъ.

Не устранивъ съ дороги такого препятствія, нельзя было, однако, не становясь въ полное противорѣчіе съ источниками, браться за защиту противоположнаго взгляда о несущественности имущественнаго момента для дѣйствительности обязательства, поэтому Виндшейдъ, ко взгляду котораго присоединился и Іерингъ, старается придать L. 9 § 2 cit. такой смыслъ, который не шелъ бы, по крайней мѣрѣ, абсолютно въ разрѣзъ съ защищаемой ими теоріей. Оба автора прибѣгаютъ къ слѣдующему толкованію.

Въ приведенныхъ въ текстѣ случаяхъ, говорятъ они, обязательства, о которыхъ упоминаетъ Ульпіанъ, являются нестолько обязательствами лишенными имущественнаго интереса, сколько обязательствами невозможными (предоставленіе права собственности на свободнаго человѣка). Оба они указываютъ еще и на то, что нельзя понимать въ буквальномъ смыслѣ общія выраженія источниковъ, сдѣланныя по какому либо частному случаю [2]).

Съ послѣднимъ доводомъ соглашается и Клейне, первый онъ считаетъ не убѣдительнымъ. „Ульпіанъ, говоритъ онъ, изслѣдуетъ обязательство, о которомъ идетъ рѣчь, именно съ точки зрѣнія денежнаго интереса и, ссылаясь при этомъ еще

2) Windscheid. Pandect. II. § 250 прим. 3. Ihering. Jahrb. f. Dogm. XVIII. стр. 80. 81.

и на другаго юриста, Октавена, вполнѣ послѣдовательно приходитъ къ выводу, что искъ, направленный на передачу въ собственность statuliber'a, долженъ погаснуть, какъ только послѣдній достигъ свободы, т. е. пересталъ быть имущественнымъ объектомъ [3]).

Мы, съ своей стороны, считая правильнымъ въ общемъ, но неудачно обоснованнымъ, толкованіе Виндшейда и Іеринга, не можемъ согласиться, прежде всего, съ утвержденіемъ Клейне, что вопросъ о дѣйствительности обязательства изслѣдуется Ульпіаномъ съ точки зрѣнія денежной цѣнности послѣдняго; юристъ говоритъ о томъ „an liberatio contingat", „an obligatio extingueretur", вопросъ о денежномъ интересѣ выступаетъ, притомъ довольно неожиданно, только въ заключительныхъ словахъ разсужденія, вовсе не составляя его центральнаго пункта. Вмѣстѣ съ тѣмъ, оставляя даже въ сторонѣ то основаніе, какое даютъ своему толкованію какъ Виндшейдъ, такъ и Іерингъ, мы полагаемъ, что ничто насъ не принуждаетъ видѣть въ замѣчаніи „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt", общее правило, устранить которое съ дороги можно было бы только указаніемъ на опасность понимать такія правила въ буквальномъ смыслѣ.

Приступая, съ своей стороны, къ интерпретаціи даннаго текста, мы отмѣтимъ, прежде всего, то обстоятельство, что рѣчь въ немъ идетъ о трехъ различныхъ случаяхъ:

1. An liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum.

2. Освобождается ли должникъ, si ex stipulatu Stichum deberet, eumque statuliberum solvisset.

---

3) Kleine. Genügt и т. д. стр. 14, 15.

3) Освобождается ли онъ, si Stichus ante solutionem ad libertatem pervenisset.

Каждый изъ этихъ трехъ вопросовъ мы и должны разсмотрѣть отдѣльно, если желаемъ опредѣлить точно, насколько къ каждому изъ нихъ подходитъ основаніе, приводимое Октавеномъ и Ульпіаномъ. Обратимся къ первому изъ этихъ вопросовъ.

1. An liberatio contingat ei, qui noxae dederit statuliberum?

Отвѣтъ на него зависитъ отъ дальнѣйшаго вопроса: отличается ли чѣмъ либо statuliber, еще не получившій свободы, отъ обыкновеннаго раба, или нѣтъ. Если нѣтъ — то собственникъ, который statuliberum noxae dederit, не можетъ не быть освобожденнымъ отъ лежащаго на немъ обязательства, такъ какъ онъ лишь осуществляетъ свое право на раба.

Прямой и общій отвѣтъ на этотъ дальнѣйшій вопросъ даетъ намъ Помпоній въ L. 26 pr. D. de statulib. 40. 7.

> Pomponius l⁰. 18⁰. ad Q. Mucium. Statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt. Et ideo quod ad actiones vel ex delicto venientes vel ex negotio gesto contractu pertinet, ejusdem condicionis sunt statuliberi cujus ceteri.

Такого-же мнѣнія были и старѣйшіе юристы, на которыхъ ссылается Гай въ L. 15. D. de nox. act. 9. 4.

> Gaius l⁰. 6⁰. ad edict. provinc. Praetor decernere debet translationem judicii in statuliberum fieri: si vero rei judicandae tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas, Sabinus et Cassius liberari heredem putant tradendo (Trib. — mancipando G.) servum, quia toto suo jure cederet: quod et verum est.

Установивъ этотъ пунктъ (тотъ, что между положеніемъ statuliber'a до наступленія condicio libertatis и положеніемъ обыкновеннаго раба никакой разницы не существуетъ), мы можемъ перейдти къ разсмотрѣнію втораго случая, такъ какъ рѣшеніе его зависитъ отъ тѣхъ же моментовъ, что и рѣшеніе перваго.

2. Освобождается ли должникъ, si ex stipulatu Stichum deberet, eumque statuliberum solvisset?

Основываясь на только что приведенныхъ текстахъ Помпонія и Гая отвѣтъ на оба поставленные вопроса дать нетрудно. Если „statuliberi a ceteris servis nostris nihilo paene differunt"; если они и въ деликтныхъ искахъ и въ искахъ по договорамъ „ejusdem condicionis sunt, cujus ceteri servi; если, наконецъ, собственникъ, который ихъ традируетъ (манципируетъ), ихъ „toto suo jure cedit", — въ такомъ случаѣ ясно, что какъ тотъ „qui noxae dederit statuliberum", такъ и тотъ „qui ex stipulatu Stichum deberet, eumque statuliberum solvisset", освобождается отъ своего обязательства. Обязанность должника сводится въ обоихъ случаяхъ къ обязанности „Servum Stichum dare (dedere)" и эту обязанность онъ исполняетъ, такъ какъ servus Stichus и statuliber Stichus есть одинъ и тотъ же объектъ.

Ясно, что въ обоихъ первыхъ случаяхъ вопросъ о томъ или иномъ характерѣ интереса въ обязательствѣ не играетъ никакой роли, поэтому основаніе „ea enim in obligatione e. q. s." къ первымъ двумъ случаямъ не имѣетъ никакого отношенія и приведено спеціально для рѣшенія третьяго, который, какъ мы сейчасъ убѣдимся, значительно сложнѣе. Этотъ третій случай слѣдующій.

3. Освобождается ли promissor Stichi, si Stichus ante solutionem ad libertatem pervenisset.

По рѣшенію Октавена и Ульпіана — обязательство погасаетъ (extinguitur obligatio tota); для обоснованія этого рѣшенія и приводится получившее такую извѣстность положеніе „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt“; положеніе, которому придается смыслъ, что обязательство становится недѣйствительнымъ потому, что обязанность должника лишилась того имущественнаго характера, какимъ обладала.

Позволительно, однако, спросить: точно ли обязательство во всякомъ случаѣ лишается такого характера; точно ли искъ кредитора долженъ быть направленъ непремѣнно на luitio и reparatio libertatis и не является ли, скорѣе, содержаніемъ этого иска тотъ имущественный ущербъ, который возникаетъ для кредитора изъ невозможности получить раба? Другими словами: соотвѣтствуетъ ли приведенное Ульпіаномъ основаніе, если понимать послѣднее въ смыслѣ общаго правила, тому рѣшенію, которое юристъ изъ него выводитъ?

Что касается до этого вопроса, то замѣтимъ, прежде всего, что для аналогичныхъ случаевъ позже наступающая недѣйствительность обязательства обосновывается иначе.

Стипуляція, какъ извѣстно, ничтожна съ самаго начала ‚si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit . . . velut si quis hominem liberum, quem servum esse credebat, stipuletur“ [4]). Ничтожной въ зависимости отъ обстоятельствъ,

4) Gai. 3. § 97; L. 1 § 9 D. de O. et A. 44. 7; cf. § 1. 2. J. de inut. stip. 3. 19.

позже наступившихъ, стипуляція дѣлается, „licet ab initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit: extinguitur stipulatio“ [5]), такъ какъ, поясняетъ Павелъ: „una atque eadem causa et liberandi et obligandi est: quod aut dari non potest aut dari potest“ [6]). Еще яснѣе та-же идея выражена Помпоніемъ: „Verborum obligatio, говоритъ этотъ юристъ, aut naturaliter resolvitur aut civiliter; naturaliter, veluti solutione, aut cum res in stipulationem deducta in rebus humanis esse desiit“ [7]).

Случай, о которомъ говорятъ Октавенъ и Ульпіанъ — абсолютно аналогичный: стипулированный рабъ исчезъ, онъ пересталъ существовать, пересталъ быть объектомъ гражданскаго оборота, стипуляція, въ силу этого обстоятельства „in eum casum deducta est, quo ab initio consistere non potuit“; обязательство, на ней основанное, погасло naturaliter и притомъ именно вслѣдствіе той причины, на которую указываетъ Помпоній. Погасло бы, при подобныхъ обстоятельствахъ, и обязательство, направленное на такой объектъ, который по самой природѣ своей, способенъ къ точной денежной оцѣнкѣ. Это категорически подтверждается, нпр., L. 31 D. de V. O. 45. 1.

Paulus l⁰. 12⁰. ad Sabinum. Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur [8]).

---

5) § 2 J. de inut. stip. 3. 19. L. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1.
6) L. 83 § 5 cit.
7) L. 107 D. de solut. et liberat. 46. 3.
8) Ср. L. 26 § 1. L. 47 § 4, 6 D. de legat. 1⁰. (30).

Самъ Ульпіанъ, въ L. 51 D. de V. O. 45. 1. рѣшаетъ тотъ же случай, о которомъ идетъ рѣчь въ L. 9 § 2 cit., иначе, безъ всякой ссылки на недостатокъ имущественнаго интереса. Онъ говоритъ:

> Is, qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem ex stipulatu actione non tenetur: sufficit enim si dolo culpave careat. (Ulpianus. l⁰. 51⁰. ad edictum)[9]).

Ближайшая причина, по которой обязательство во всѣхъ этихъ случаяхъ, включая сюда же L. 9 § 2 D. cit., объявляется прекратившимся, есть, такимъ образомъ, позже наступившее исчезновеніе, уничтоженіе объекта; вопросъ — почему въ L. 6 § 2 Ульпіанъ сослался на другое основаніе, мы оставимъ пока открытымъ и сперва замѣтимъ слѣдующее.

Къ словамъ текста Ульпіана „statuliberum solvisset“, глосса дѣлаетъ примѣчаніе: „sine suo facto“, т. е., при томъ условіи, чтобы рабъ сдѣлался statuliber'омъ не вслѣдствіе дѣйствія самого должника; на то же требованіе „sine culpa promissoris“, „sine facto promissoris“ указываютъ и всѣ приведенные выше тексты. Если мы предположимъ, что такое factum, такая culpa promissoris на лице имѣется — тогда стипуляція, очевидно, не погасаетъ, должникъ остается должникомъ и судъ не избавляется отъ задачи „оцѣнивать свободу“, вѣрнѣе же говоря — ущербъ, происшедшій для кредитора отъ неисполненія обязательства должникомъ; ссылка на текстъ Ульпіана въ такихъ случаяхъ едва-ли освободила бы должника отъ отвѣт-

---

9) Ср. также подробное и точное изложеніе Павла въ L. 91 § 1 D. de V. O. 45. 1., гдѣ ясно указывается настоящая причина освобожденія должника.

ственности, какъ не освобождаетъ его, въ такомъ случаѣ и ссылка, при другихъ обстоятельствахъ вполнѣ дѣйствительная, на уничтоженіе объекта обязательства. Самый способъ, которымъ можетъ производиться оцѣнка объекта при такого рода условіяхъ, указанъ въ L. 5 § 4 D. de in lit. jur. 12. 3.

Marcianus. 1⁰. 4⁰. regularum. Plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est, veluti si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit, quia judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem quae non extat.

Случай Ульпіана долженъ былъ бы, очевидно, быть рѣшенъ на основаніи этихъ же правилъ. Что съ точки зрѣнія рабовладѣльческаго народа принципъ „libertas inaestimabilis res est“ вообще долженъ быть понимаемъ очень условно; что объявлять свободу неоцѣнимымъ благомъ съ этой точки зрѣнія положительно невѣрно, — это отмѣчаетъ и Пернисъ. Право, которому была извѣстна продажа свободныхъ людей въ рабство, говоритъ онъ, не могло затрудниться оцѣнкой вольноотпущеннаго, а на дѣлѣ никогда и не затруднялось: при извѣстныхъ условіяхъ можно было требовать отъ раба, неправильно отпущеннаго на волю, уплаты его собственной цѣны. Императорскіе законы рѣшаютъ даже этотъ вопросъ въ короткихъ словахъ: каждый такой вольноотпущенный долженъ уплатить за себя 2000 сестерцій [10]).

Далѣе — нельзя упускать изъ вида, что во всемъ текстѣ L. 9 § 2 cit. говорится только о стипуляціи и noxae deditio, т. е. объ искахъ stricti juris. Распространять правило, при-

10) Pernice. Labeo. III¹. стр. 192.

лагаемое къ этимъ искамъ, на всѣ обязательства, въ томъ числѣ и на obligationes bonae fidei, мы не имѣемъ никакого права и, уже поэтому, принципу „ea in obligatione e. q. s.“ можетъ быть, въ крайнемъ случаѣ, придаваемо только ограниченное значеніе.

И дѣйствительно, мы имѣемъ полное основаніе утверждать, что въ обязательствахъ bonae fidei аналогичные вопросы рѣшались совершенно иначе. Между тѣмъ, какъ стипуляція на dare свободнаго человѣка единогласно признается ничтожной — точно также единогласно утверждается, что купля — продажа его влечетъ за собой юридическія послѣдствія. Помпоній категорически заявляетъ, что „et liberi hominis, et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emitur“, то-же самое подтверждаютъ, напр., Юліанъ, Лициній Руфинъ, Модестинъ и др.[11]) Между тѣмъ въ actio empti оцѣнка свободы представитъ для суда конечно не меньше затрудненій, чѣмъ въ condictio triticaria.

Причину такого непонятнаго, на первый взглядъ, явленія, какъ обсужденіе двухъ вполнѣ аналогичныхъ случаевъ различно, смотря потому, относится ли данный случай къ obligationes bonae fidei или stricti juris, какъ выводы діаметрально противоположныхъ послѣдствій въ зависимости отъ формы возникновенія обязательства, объяснить, однако, на нашъ взглядъ, нетрудно, если, оставивъ въ сторонѣ матерьяльное гражданское право, обратить вниманіе на процессуальную сторону вопроса.

---

11) L. 4, L. 62 § 6. L. 70 D. de contr. empt. 18. 1. L. 39 § 3 D. de evict. 21. 2.

Искъ изъ стипуляціи, направленной на опредѣленный матерьяльный объектъ (certa res) назывался condictio triticaria и имѣлъ формулу: „S. p. N^m. N^m. A^o. A^o. (certam rem, въ данномъ случаѣ servum Stichum) dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam N^m. N^m. A^o. A^o. condemna. S. n. p. a.“

Формула actio empti гласила бы приблизительно такъ: „Quod A^s. A^s. de N^o. N^o. (rem) emit.... quidquid ob eam rem N^m. N^m. A^o. A^o. dare facere oportet ex fide bona..... condemna. S. n. p. a.“

Если мы заполнимъ приведенные бланки фактами, данными каждымъ изъ двухъ нашихъ случаевъ, то мы немедленно убѣдимся, что между condictio triticaria и исками изъ договоровъ bonae fidei не могло не существовать принципіальнаго различія.

Стипуляція, направленная на dare свободнаго человѣка, не можетъ не быть ничтожной, такъ какъ само dare (предоставленіе права собственности) невозможно; стипуляція направленная на dare раба, должна потерять силу, какъ только рабъ перестаетъ существовать, такъ какъ исчезаетъ объектъ, на который направлено dare oportere исковой формулы. А такъ какъ уничтоженіе, исчезновеніе объекта произошло не по винѣ должника (sine culpa promissoris), то, на мѣсто его, другаго объекта отвѣтственности (culpa promissoris, culpam praestare) не становится; такимъ образомъ, въ искѣ исчезаютъ всѣ условія, необходимыя для condemnatio. Къ оцѣнкѣ свободы (aestimatio libertatis) во всемъ процессѣ не встрѣчается ни малѣйшаго повода, такъ что выраженіе текста „libertas autem pecunia lui non potest nec repari potest“ указываетъ только на то обстоятельство, что исчезнувшій объектъ стипуляціи

не можетъ быть вновь возвращенъ на свое мѣсто, а къ оцѣнкѣ его въ деньгахъ нѣтъ никакого основанія, вслѣдствіе отсутствія culpa promissoris [12]).

Съ другой стороны — содержаніе формулы въ judicium bonae fidei дѣлаетъ понятнымъ, почему купля-продажа, предметомъ которой былъ свободный человѣкъ, влечетъ за собой юридическія послѣдствія. Dare свободнаго человѣка очевидно невозможно, но точно также очевидно, что вслучаѣ неисполненія обязанностей, вытекающихъ изъ договора купли-продажи, продавецъ на основаніи этого договора (ob eam rem) можетъ дать или сдѣлать (dare facere) что нибудь другое (quidquid). Если, такимъ образомъ, стало невозможнымъ точное исполненіе договора, то, при извѣстныхъ условіяхъ, на должника налагаются, взамѣнъ этого, другія обязанности.

Какъ бы то ни было, изъ сказаннаго выше во всякомъ случаѣ ясно, что aestimatio libertatis, о которой будто бы идетъ дѣло въ данномъ случаѣ, въ дѣйствительности затрудненій никакихъ не представляла и представлять не могла. Затѣмъ — не менѣе ясно, что истинная причина, почему стипуляція теряетъ въ случаѣ L. 9 § 2 cit. силу, есть исчезновеніе объекта обязательства безъ вины должника [13]). Остается,

---

12) Pernice. Labeo. III[1]. стр. 190—193 приходитъ къ тѣмъ же результатамъ нѣсколько инымъ путемъ. Въ словахъ libertas pecunia lui non potest онъ видитъ указаніе на невозможность вернуть исвобожденнаго раба обратно въ рабство путемъ частнаго соглашенія; въ словахъ libertas reparari non potest — повтореніе извѣстнаго правила, что противъ отпуска на волю in integrum restitutio не дается, со ссылкой на L. 9 § 6, L. 48 § 1 D. de minor. 4. 4. L. 9. D. de appelat. 49. 1.

13) Въ цитированномъ уже фрагментѣ Павла (L. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1. „una atque eadem causa et liberandi et obligandi est, quod aut dari non possit aut dari possit.“ мы встрѣчаемъ очевидное указаніе на dare oportere

поэтому, отвѣтить только на одинъ вопросъ именно: почему какъ Октавенъ, такъ и Ульпіанъ ссылаются на другую причину погашенія обязательства.

Намъ уже приходилось упоминать о томъ, что мы, съ своей стороны, не можемъ согласиться со взглядомъ, который усматриваетъ въ извѣстныхъ словахъ „ea enim in obligatione e. q. s.“ общее правило, относящееся ко всѣмъ обязательствамъ. Будь это иначе — такое правило, конечно, не могло бы быть устранено никакими толкованіями и единственнымъ исходомъ для подорванія его значенія оставался бы именно способъ, къ которому прибѣгаютъ Виндшейдъ и Іерингъ, т. е. напоминаніе о томъ, что общія выраженія источниковъ не должны быть понимаемы буквально [14]).

Но въ смыслѣ общаго правила, рѣшеніе Ульпіана окажется положительно непримѣнимымъ при малѣйшемъ измѣненіи фактической обстановки разсматриваемаго имъ случая. На возраженіе должника „мое обязательство потеряло силу, такъ какъ рабъ, на котораго оно было направлено, сталъ свободнымъ, а свобода есть благо, оцѣнкѣ въ деньгахъ не подлежащее“ — кредиторъ имѣетъ полную возможность возразить,

---

формулы. Если невозможно dare, то ничтожно всякое обязательство, осуществляемое посредствомъ формулы съ intentio „dare oportere“; поэтому dari posse и получаетъ значеніе causa obligandi, какъ его называетъ Павелъ. Ср. L. 103 D. eod. Liber homo in stipulationem deduci non potest, quia nec dari oportere intendi potest.

14) Kleine. Genügt Aff.-Int. и т. д. стр. 12. 14. видитъ въ L 9 § 2 cit. выраженіе устарѣлаго взгляда римскаго права, отъ котораго оно въ своемъ дальнѣйшемъ развитіи отказалось. Но, въ такомъ случаѣ, какой смыслъ имѣетъ этотъ фрагментъ въ кодификаціи Юстиніана? Объяснять принятіе въ эту кодификацію всякаго неудобнаго для толкованія текста недосмотромъ компиляторовъ есть, конечно, наиболѣе удобный, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, и наименѣе убѣдительный способъ интерпретаціи источниковъ.

что оцѣнки свободы въ деньгахъ онъ отнюдь и не требуетъ, что его искъ направленъ исключительно на вознагражденіе за тотъ убытокъ, который произошелъ для него отъ неисполненія обязательства отвѣтчикомъ, а это требованіе не имѣетъ ничего общаго съ „luitio и reparatio libertatis“. Устанавливать такое общее правило, которое оказывается непригоднымъ нетолько для большинства аналогичныхъ случаевъ, но даже и для служащаго предметомъ разсмотрѣнія (при наличности culpa promissoris) ни Октавенъ, ни Ульпіанъ конечно не могли.

Если же, напротивъ того, мы взглянемъ на основаніе, приведенное юристами, не какъ на общее правило и разсмотримъ его въ той непосредственной связи съ фактической обстановкой именно того случая, о которомъ у нихъ идетъ рѣчь, то мы не можемъ не придти къ убѣжденію, что, не будучи непосредственной и ближайшей причиной прекращенія юридической силы обязательства, основаніе это для даннаго случая, при данной обстановкѣ оказывается вполнѣ подходящимъ. Здѣсь отсутствіе имущественнаго интереса дѣйствительно лишаетъ обязательство всякой силы, о такомъ интересѣ не можетъ быть рѣчи уже и потому, что будь онъ даже на лице — онъ бы все равно не былъ принятъ во вниманіе и обязательство все равно бы погасло. Основаніе „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt“ получаетъ полный смыслъ и полное значеніе, не становясь въ противорѣчіе съ остальными текстами источниковъ [15]),

15) Ihering. Jahrb. f. Dogm. XVIII. стр. 81 находитъ, что формулированный въ этомъ текстѣ абстрактный принципъ противорѣчитъ конкретнымъ рѣшеніямъ, содержащимся въ источникахъ и полагаетъ, что, давая предпочтеніе послѣднимъ, онъ только слѣдуетъ правилу, данному для подобныхъ случаевъ самими же источниками (въ L. 1 D. de R. J. 50. 17).

если подъ obligatio мы будемъ понимать не обязательство вообще, а именно данное обязательство. Все разсужденіе, относящееся къ третьему случаю текста имѣетъ, такимъ образомъ, слѣдующій смыслъ:

> То же самое Октавенъ утверждалъ и для того случая, когда statuliber получилъ бы свободу раньше передачи его кредитору: обязательство погасло бы, такъ какъ содержаніемъ этого обязательства былъ объектъ, который могъ быть оцѣненъ въ деньгахъ (pecunia lui) и возмѣщенъ деньгами (praestarique); свобода же ни оцѣнена въ деньгахъ, ни обратно за деньги, пріобрѣтена быть не можетъ.

Въ результатѣ, мы приходимъ къ убѣжденію, что извѣстный текстъ Октавена и Ульпіана не можетъ быть понимаемъ въ смыслѣ общаго правила, примѣнимаго ко всѣмъ обязательственнымъ отношеніямъ и что требованія имущественнаго интереса для дѣйствительности обязательства въ немъ не содержится. Основаніе, здѣсь приведенное, имѣетъ отношеніе лишь къ данному фактическому случаю.

§ 13. Продолженіе. L. 95 D. de V. O. 45. 1; L. 8 § 6 D. mand. 17. 1; L. 7 D. praescr. verb. 19. 5; L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

II. L. 95 D. de V. O. 45. 1. Marcellus 1º. 5º digestorum. Qui insulam fieri stipulatur, ita demum adquirit obligationem, si appareat, quo in loco fieri insulam voluerit: si et ibi insulam fieri interest ejus.

Содержаніе приведеннаго текста Марцелла не можетъ, при ближайшемъ разсмотрѣніи его, не вызвать крайняго недоумѣнія и всѣ сдѣланныя до сихъ поръ попытки истолкованія этого текста нимало, на нашъ взглядъ, не способствуютъ устраненію такого недоумѣнія. Въ самомъ дѣлѣ: странно уже то, что кредиторъ, условившійся о постройкѣ дома, могъ сдѣлать въ договорѣ такой пропускъ, какъ обозначеніе мѣста, на которомъ домъ долженъ быть построенъ. Затѣмъ — отъ кредитора, договорившагося съ должникомъ о производствѣ дѣйствія, въ имущественномъ характерѣ котораго никакое сомнѣніе невозможно (постройка дома), категорически требуется представленія доказательствъ, что онъ имѣетъ интересъ въ исполненіи должникомъ лежащихъ на послѣднемъ обязанностей.

Виндшейдъ приводитъ L. 95 cit. въ числѣ тѣхъ текстовъ, относительно которыхъ онъ соглашается, что требованіе имущественнаго интереса въ нихъ содержится; онъ указываетъ лишь на то, что тексты эти объясняются принципомъ pecuniaria condemnatio, въ виду которой они писаны. „Указанный принципъ, замѣчаетъ по этому поводу Іерингъ, былъ, однако, въ силѣ для всѣхъ исковъ; между тѣмъ, нѣтъ никакого сомнѣнія, что въ rei vindicatio, condictio ex mutuo, actio empti, actio conducti и т. д. отъ истца не требовали доказательствъ въ томъ, что онъ имѣетъ интересъ въ предъявленіи иска.“ [1])

Что касается до самого Іеринга, то для объясненія текста онъ конструируетъ особый случай, главный недостатокъ ко-

1) Windscheid. Pand. II § 250. прим. 3. Ihering. cit. стр. 85 прим. 6.

тораго состоитъ, прежде всего, въ его чрезмѣрной искусственности, во вторыхъ, въ томъ, что о фактической обстановкѣ, созданной Іерингомъ, Марцеллъ не упоминаетъ ни однимъ словомъ. Заявивъ предварительно о своемъ прежнемъ абсолютномъ заблужденіи относительно смысла даннаго фрагмента, Іерингъ предлагаетъ слѣдующее объясненіе. Стипулянтъ условился о постройкѣ зданія не на своей собственной землѣ, а на землѣ должника, причемъ зданіе это и построено должно быть не для кредитора, а для самого-же должника. Такъ, напримѣръ, спекуляторъ распродаетъ подъ выстройку зданій большой участокъ земли по мелкимъ частямъ, въ мѣстности, еще не застроенной. Каждый, кто покупаетъ у него часть его земли и строитъ на ней домъ — поднимаетъ этимъ цѣнность участковъ, еще не застроенныхъ. Собственный интересъ продавца побуждаетъ его, такимъ образомъ, наложить на каждаго покупателя обязанность построить домъ (insulam fieri) на пріобрѣтенномъ участкѣ.

Общее непониманіе текста Іерингъ приписываетъ внесенію въ его толкованіе глоссой слова „s i b i“, котораго самый текстъ не содержитъ (глосса дѣйствительно даетъ L. 95 cit. слѣдующее разъясненіе: „si quis stipuletur, s i b i insulam fieri, debet locum designare, alias non valet stipulatio“). Насколько мнѣ извѣстно, замѣчаетъ Іерингъ, о возможности другаго толкованія никто изъ позднѣйшихъ авторовъ не догадывался [2]).

Послѣднее утвержденіе ошибочно. Донеллъ, разъясняя фрагментъ Марцелла, оправдываетъ рѣшеніе послѣдняго тѣмъ, что въ данномъ случаѣ „licet promissori aedificare insulam etiam in a l i e n o s o l o, hoc autem stipulatori inutile, quod enim in

2) Къ этому и слѣдующ. ср. I h e r i n g. cit. стр. 84 сл.

alieno aedificatur, id domino soli acquiritur, non stipulatori"; и продолжаетъ „sic ejus interest si vel stipuletur fieri in suo, vel in alieno quidem, sed ubi ipse prius insulam faciendam promiserat aut conduxerat." Возможность, что стипуляція была направлена на „in alieno aedificare", предусматривалъ, такимъ образомъ, уже Донеллъ, но возможность интереса въ этомъ для кредитора онъ видѣлъ лишь въ томъ случаѣ, если самъ кредиторъ къ постройкѣ дома былъ обязанъ передъ третьимъ лицемъ [3]).

Но, независимо даже отъ чрезмѣрной искусственности и произвольности объясненія Іеринга — противъ этого объясненія можно возразить многое. Авторъ считаетъ невозможнымъ требованіе о доказательствѣ интереса со стороны того, кто вступилъ въ договоръ о постройкѣ дома на собственной землѣ и притомъ на томъ основаніи, что о наличности такого интереса нельзя не заключить уже изъ самаго факта вступленія въ обязательство. Но, если достаточно простаго факта вступленія въ договоръ для того, чтобы быть освобожденнымъ отъ представленія доказательствъ интереса, то вѣдь фактъ этотъ имѣетъ на своей сторонѣ и тотъ, кто условливается о постройкѣ зданія на чужой землѣ: онъ также имѣетъ полное основаніе утверждать, что и онъ не заключилъ бы договора, не имѣя въ томъ никакого интереса. Сверхъ того — надо замѣтить, что если обязанность постройки дома была наложена на одареннаго или на покупателя дарителемъ или продавцомъ собственной земли, то такое соглашеніе, въ первомъ случаѣ какъ modus влекла бы за собой другія послѣдствія,

3) Donellus. Com. ad Tit. Dig. de V. O. (45. 1.) ad L. 115. N. 12.

во второмъ, какъ lex rei suae dicta, должна была бы быть преслѣдуема искомъ по главному договору (actio venditi), гдѣ о доказательствѣ самостоятельнаго имущественнаго интереса не могло бы и возникнуть вопроса.

Указаніе на правильный, по нашему мнѣнію, способъ удовлетворительнаго объясненія даннаго текста мы можемъ получить изъ тѣхъ же словъ его, которыя до сихъ поръ служили только къ возбужденію сомнѣній, именно: „ita demum adquirit obligationem, si apparet, quo in loco insulam fieri voluerit.“

Іерингъ совершенно справедливо высказываетъ недоумѣніе относительно того, какимъ образомъ возможенъ такой пробѣлъ въ стипуляціи, какъ обозначеніе мѣста, на которомъ долженъ быть построенъ домъ (упуская, однако, при этомъ изъ вида, что такой пробѣлъ абсолютно непонятенъ и въ конструированномъ имъ самимъ случаѣ). Именно этотъ необъяснимый пропускъ и долженъ былъ бы, однако, послужить указаніемъ на истинную фактическую обстановку дѣла.

Нельзя не согласиться съ тѣмъ, что едва ли возможно, чтобы при locatio-conductio operis въ договорѣ не было бы ничего сказано какъ о мѣстѣ, на которомъ зданіе должно быть построено, такъ и о всевозможныхъ болѣе мелкихъ условіяхъ соглашенія. Но о томъ, что обсужденію подлежалъ договоръ locatio-conductio — Марцеллъ и не упоминаетъ: онъ говоритъ о стипуляціи, содержаніе которой можетъ быть выражено въ формѣ „insulam fieri spondes? spondeo.“ Смыслъ такой стипуляціи конечно тотъ-же, что и locatio-conductio, но искъ, изъ нея возникающій, остается, тѣмъ не менѣе, actio ex stipulatu. Возникшій споръ предлагается на рѣшеніе судьи съ

формулой „quod A^s. A^s. a N^o. N^o. incertum stipulatus est... condemna“ и чтобы опредѣлить объемъ этого incertum, судья по необходимости долженъ разсмотрѣть содержаніе самой стипуляціи. Встрѣтивъ въ ней только слова „insulam fieri spondes“ — онъ, точно также по необходимости, возложитъ на истца ту обязанность, о которой говоритъ Марцеллъ, то есть обязанность доказать объемъ и предѣлы своего требованія къ должнику [4]).

Возможное сомнѣніе въ томъ, могла ли стипуляція по сколько нибудь значительному соглашенію быть формулирована до такой степени неудачно, устраняется слѣдующимъ соображеніемъ. Какъ извѣстно, общимъ обычаемъ римской жизни было облеченіе въ окончательную форму вербальнаго контракта всевозможныхъ соглашеній и особенно контрактовъ консензуальныхъ [5]). При этомъ, въ стипуляцію принимались всѣ достигнутыя соглашенія по всѣмъ пунктамъ и, сверхъ того, большею частью, весь договоръ совершался въ письменной формѣ (cautio) съ заключительной формулой „haec, quae supra scripta sunt, ea dari fieri praestarique stipulatus est.... spopondit.... [6]).

Что при такомъ ходѣ дѣла формула стипуляціи, большею частью составлялась чрезвычайно осмотрительно и въ точности передавала соглашеніе сторонъ — понятно само собой [7]).

---

4) P e r n i c e. Labeo III [1] стр. 188 полагаетъ, что споръ между сторонами имѣлъ мѣсто не in judicio, a in jure, что на основаніи такой stipulatio imperfecta преторъ отказывалъ истцу въ выдачѣ формулы. Вопросъ этотъ существеннаго значенія не имѣетъ: требованіе представленія доказательствъ могло имѣть мѣсто и in jure и in judicio.

5) Paul. Sent. Rec. V. 7. § 1. „obligationum f i r m a n d a r u m gratia stipulationes inductae sunt.“

6) и 7) Ср. формулировку стипуляціи для купли-продажи у V a r r o. de re rust. II. 2. § 5. B r u n s. Fontes (ed. 5) стр. 259. Для договора товарищества B r u n s. Fontes. стр. 268 и для mutuum — eod.

Нельзя, однако, видѣть ничего невозможнаго въ томъ, что на практикѣ встрѣчались и крайне неудачныя формулировки; тѣмъ неудачнѣе, чѣмъ подробнѣе было выработано предыдущее соглашеніе и чѣмъ болѣе были увѣрены другъ въ другѣ стороны. Съ неудачной формулировкой мы имѣемъ дѣло и въ данномъ случаѣ L. 95 cit.: стороны сочли вполнѣ достаточнымъ внести въ стипуляцію только общій результатъ своихъ переговоровъ.

Извѣстно, что стипуляція, разъ она не заключалась novandi animo, не погашала консензуальнаго договора, который лежалъ въ ея основаніи. Въ данномъ случаѣ, такимъ образомъ, могъ остаться въ полной силѣ предшествовавшій ей договоръ locatio-conductio operis. Этотъ вопросъ стоитъ, однако, внѣ всякой связи съ дѣйствительностью самой стипуляціи: если истецъ имѣетъ основаніе думать, что actio locati для него выгоднѣе, чѣмъ actio ex stipulatu, то онъ имѣетъ полную возможность предъявить первый, а не второй искъ. Но, что по иску изъ стипуляціи съ такой формулировкой, отъ него на судѣ необходимо должны потребовать болѣе точныхъ доказательствъ и объясненій относительно ея содержанія — удивляться этому трудно.

Но, сверхъ того, послѣднія слова текста „si et ibi insulam fieri interest ejus“ показываютъ, что кромѣ доказательствъ, касавшихся матерьяльнаго содержанія договора (мѣста, на которомъ долженъ былъ быть построенъ домъ), отъ истца требовалось еще и представленіе доказательствъ того, что съ постройкой дома для него связанъ извѣстный интересъ. Отмѣтивъ, прежде всего, что ничто не обязываетъ насъ понимать подъ этимъ выраженіемъ непремѣнно интересъ имущественный

(ср. дальше sub III.) и не упоминая пока о томъ, что данныя слова текста весьма вѣроятно представляютъ изъ себя ничто иное, какъ интерполяцію (ср. ниже § 13), мы ограничимся лишь замѣчаніемъ, что такое требованіе легко объясняется измѣненіемъ характера стипуляціи и постепенной потерей ею, въ императорскій періодъ, свойства абстрактнаго обязательства. Вслѣдствіе такого измѣненія, судъ вездѣ обязанъ былъ, не ограничиваясь формальной повѣркой условій дѣйствительности самой стипуляціи, войдти въ ближайшее разсмотрѣніе матерьяльнаго содержанія того соглашенія, которое вызвало совершеніе послѣдней. Что, при этомъ, долженъ былъ получить значеніе и вопросъ объ интересѣ, какъ о causa obligandi, ясно само собой, вмѣстѣ съ тѣмъ для обсужденія дѣла при этомъ стало важнымъ опредѣленіе и самого характера основнаго соглашенія, которое могло оказаться нпр. или дареніемъ или договоромъ въ пользу третьяго лица (о послѣднихъ подробнѣе придется говорить въ § 13).

III. L. 8 § 6 D. mand. 17. 1. Ulpianus. l°. 31°. ad edictum. Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest. Ut puta mandavi tibi ut fundum emeres: si intererat mea emi teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi vel alius mihi neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit probandum.

Указанный текстъ Ульпіана (оставляя пока въ сторонѣ

приведенные въ немъ примѣры) устанавливаетъ слѣдующія общія положенія:

1. Предъявленіе actio mandati (directa) становится возможнымъ съ того момента, въ который возникаетъ интересъ манданта въ совершеніи дѣйствія.

2. Размѣры иска стоятъ въ зависимости отъ объема этого интереса (eatenus competit, quatenus interest).

3. При отсутствіи какого бы то ни было интереса (si nihil interest) actio mandati предъявленъ быть не можетъ (cessat mandati actio).

Будучи разсматриваемы сами по себѣ, эти три положенія не заключаютъ въ себѣ ничего такого, что могло бы возбудить сомнѣнія и подлежать спору. Что всякое обязательство и всякій искъ могутъ — первое имѣть юридическую силу, второй — подлежать удовлетворенію лишь въ томъ случаѣ, если въ основаніи ихъ лежитъ какой либо интересъ управомоченнаго; что обязательство ничтожно и искъ не можетъ имѣть результатовъ при отсутствіи какого бы то нибыло интереса для управомоченнаго (si nihil interest) — все это основныя требованія, съ которыми нельзя не согласиться.

Въ чемъ, однако, мы имѣетъ полное право усомниться, это въ томъ, что подъ выраженіями „coepit interesse“, „nihil interest“, „quatenus interest“ мы обязаны, вмѣстѣ съ господствующимъ мнѣніемъ, понимать непремѣнно денежный, имущественный интересъ: о необходимости такого интереса Ульпіанъ не упоминаетъ ни однимъ словомъ и внесеніе такого признака не можетъ не быть названо произвольнымъ, до тѣхъ, по крайней мѣрѣ, поръ, пока не будетъ точно доказано, что подъ выраженіями „interest“, „quanti interest“ и т. д. источ-

ники понимаютъ исключительно интересъ денежный. Послѣднее однако, нетолько не доказано до сихъ поръ, несмотря на дѣлавшіяся въ этомъ направленіи попытки, но врядъ ли можетъ быть доказано[8]). Выше намъ приходилось уже говорить о томъ, что выраженія эти у Римлянъ, какъ и у насъ, не имѣли точнаго, разъ на всегда опредѣленнаго понятія, что самый терминъ интереса, поэтому, есть терминъ до извѣстной степени безцвѣтный[9]). Но какъ бы то ни было — изъ самихъ же источниковъ нетрудно привести любое количество примѣровъ, въ которыхъ этотъ терминъ безъ сомнѣнія стоитъ внѣ всякой связи съ имуществомъ. Interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi, interest patris filiam dotatam haberi, interesse heredis credendum est si testator monumentum fieri voluit, si filio prospectum voluit, defuncti existimationem purgari, interest statuam ejus non tolli и т. п.[10]) — эти интересы очевидно ничего общаго съ денежнымъ интересомъ не имѣютъ.

Примѣры, приведенные Ульпіаномъ для иллюстраціи своихъ общихъ положеній, выбраны имъ такимъ образомъ, что въ данныхъ случаяхъ истецъ дѣйствительно не можетъ имѣть абсолютно никакого интереса въ предъявленіи иска. Мандатъ былъ данъ на покупку недвижимаго имѣнья; это самое имѣнье было (вслѣдствіе неисполненія порученія) куплено самимъ ман-

---

8) Доказательству этого положенія посвящаетъ немало мѣста Fr. Mommsen. Zur Lehre von dem Interesse (Beitr. z. Obligat. B. II). Ср. Savigny. Syst. V. Beil. XII. стр. 441—461.

9) Выше § 2 стр. 7 прим. 1.

10) L. 14 § 1 D. de serv. corr 11. 3; L. 71 D. de evict. 21. 2; 12 § 17 D. mand. 17. 1. и L 7 D. de ann. leg. 33. 1; L. 71 pr. D. de cond. et demonstr. 35. 1; L. 1 § 4, 6 D. de injur. 47. 10; L. 11 § 1 D. quod vi. 43. 24.

дантомъ или другимъ по его порученію, причемъ никакого ущерба мандантъ не понесъ. Мандатъ былъ данъ на веденіе другихъ дѣлъ, несмотря на его неисполненіе мандантъ опять таки никакого ущерба не имѣлъ; спрашивается — можетъ ли онъ имѣть хотя бы какой нибудь интересъ въ предъявленіи иска? очевидно нѣтъ [11]).

Въ противовѣсъ L. 8 § 6 cit. обыкновенно ссылаются на L. 6 § 4 eod. — текстъ того же юриста, взятый изъ той же книги его комментарія къ эдикту и стоящій, такимъ образомъ, въ непосредственной связи съ L. 8 § 6 cit. Текстъ этотъ говоритъ:

> Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.

Объясненіе этого текста, въ которомъ Цельзъ и Ульпіанъ признаютъ дѣйствительность mandatum aliena tantum gratia представляетъ, въ свою очередь, затрудненія защитникамъ догмы о необходимости имущественнаго интереса въ обязательствѣ, затрудненія, на нашъ взглядъ, ни на чемъ не основанныя [12]). При толкованіи его до сихъ поръ, насколько намъ извѣстно, никѣмъ не было обращено вниманія на то обстоятельство, что какъ Цельзъ, такъ и Ульпіанъ говорятъ здѣсь о mandatum qualificatum, т. е. — объ одномъ

---

11) Kleine. cit. стр. 24 и прим. 31.

12) Ср. Buchka. Stellvertretg. стр. 6. Sintenis. Civilr. II. § 102 прим. 4. Girtanner. Bürgschaft. стр. 64 сл. — Съ друг. стор. Ihering. cit. стр. 70. 71. Kleine. cit. стр. 22 и ср. Zimmermann. Die stellvertret. Negotiorum gestio стр. 54 и прим. 69.

изъ видовъ поручительства, гдѣ имущественный интересъ главнаго договора (ut pro Sejo intervenias, ut Titio credas) стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія. Выраженіе „quod mea non interrat“ указываетъ, поэтому, лишь на то, что въ данномъ случаѣ изъ этого главнаго договора самъ поручитель никакой выгоды не извлекаетъ. Послѣднее, однако, для вопроса объ отвѣтственности поручителя передъ кредиторомъ, само собою разумѣется, совершенно безразлично [13]).

Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ выводу, что L. 8 § 6 cit. о необходимости имущественнаго интереса не говоритъ ничего. Этотъ выводъ подкрѣпляется еще и тѣмъ соображеніемъ, что, какъ мы увидимъ ниже (въ гл. 3), именно въ мандатѣ, отношеніи аналогичномъ fiducia, вопросъ о такомъ интересѣ имѣлъ менѣе всего значенія.

IV. L. 7 D. praescr. verb. 19. 5. Papinianus lº. 2º. quaestionum. Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

Мы имѣемъ здѣсь дѣло съ инноминатнымъ контрактомъ типа do ut facias: одно лице уплачиваетъ другому извѣстную сумму денегъ (10 000 сестерцій) съ тѣмъ, чтобы это послѣднее отпустило на волю принадлежащаго ему раба, и вопросъ идетъ о томъ, какія требованія можетъ предъявить первое ко второму вслучаѣ неисполненія послѣднимъ, по полу-

13) На что здѣсь направлена actio mandati, на отвѣтственность по поручительству или на cessio actionis — для нашего вопроса безразлично. Ср. Pernice. Labeo. III [1] стр. 185 и прим. 1. Sokolowsky. Mandatsbürgschaft. стр. 71 сл.

ченіи денегъ, принятой на себя обязанности. Папиніанъ отвѣчаетъ, что при отсутствіи интереса для кредитора искъ долженъ быть направленъ на возвращеніе уплаченной суммы (condicam tibi ut decem reddas), при наличности послѣдняго — на интересъ (ut solvas quanti mea interest). Въ первомъ случаѣ онъ даетъ, слѣдовательно, condictio causa data causa non secuta, во второмъ — actio praescriptis verbis.

Итакъ — actio praescriptis verbis допускается лишь въ томъ случаѣ, если кредиторъ имѣетъ интересъ въ исполненіи должникомъ принятыхъ на себя обязанностей и притомъ, поясняетъ господствующее мнѣніе, интересъ денежный (q u a n t i mea interest).

Въ послѣднемъ смыслѣ L. 7 cit. понималась, однако, до настоящаго времени нетолько господствующимъ мнѣніемъ, но и всѣми безъ исключенія представителями противоположнаго взгляда.

Такъ, напримѣръ, Виндшейдъ, причисляя данный текстъ опять таки къ ряду тѣхъ, гдѣ, по его мнѣнію, необходимость имущественнаго интереса признается безусловно, но объясняется принципомъ condemnatio pecuniaria [14]), прибавляетъ къ этому еще то объясненіе, что actio praescriptis verbis во время Папиніана была еще новымъ и неразвившимся искомъ [15]).

Іерингъ предлагаетъ для объясненія текста два способа. Прежде всего онъ обращаетъ вниманіе на то, что подъ „quanti mea interest“ не необходимо понимать непремѣнно интересъ

14) W i n d s c h e i d. Pand. II. § 250. прим. 3.

15) „Eine neue und schüchtern auftretende Bildung.“ Heidelb. Krit. Ztschr. II. стр. 539. прим. * * *

имущественный, но соглашается, что quanti interest указываетъ, повидимому, именно на деньги. Онъ предпочитаетъ, поэтому, второе объясненіе, состоящее въ томъ, что въ данномъ случаѣ договоръ былъ заключенъ объ отпускѣ на волю чужаго раба, а въ такомъ дѣйствіи кредиторъ не можетъ имѣть никакого личнаго интереса: такой рабъ ему также безразличенъ, какъ и многія тысячи другихъ, живущихъ въ Римѣ, рабовъ. Подтвержденіе такому объясненію Іерингъ находитъ въ L. 54 D mand. 17. 1. и L. 7 D. de serv. export. 18. 7., гдѣ тотъ-же Папиніанъ объявляетъ дѣйствительными соглашенія объ отпускѣ на волю или о хорошемъ обращеніи, заключенныя господиномъ при продажѣ собственнаго раба; сверхъ того, онъ указываетъ, что Папиніанъ, установившій, какъ общее правило, что въ искахъ bonae fidei долженъ быть принимаемъ во вниманіе и интересъ неимущественный (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam, въ L. 54 pr. cit.), противорѣчилъ бы самому себѣ, еслибы объявилъ наличность денежнаго интереса для actio praescriptis verbis, искъ, причисляемый Іерингомъ именно къ actiones bonae fidei. [16])

Второй способъ, къ которому прибѣгаетъ Іерингъ, не можетъ быть признанъ особенно удачнымъ уже въ виду того, что на такую причину (нельзя имѣть интереса къ отпуску на волю чужаго раба) не могъ бы не указать и самъ Папиніанъ, еслибы онъ видѣлъ въ ней главное основаніе для своего рѣшенія. Далѣе — является совершенно непонятнымъ, чтобы кто бы то ни было пожелалъ уплатить болѣе или ме-

16) Ihering. cit. стр. 86 сл.

нѣе крупную сумму за освобожденіе раба, который ему настолько же чуждъ, насколько и „многія тысячи другихъ, живущихъ въ Римѣ, рабовъ“. Мы имѣемъ полное основаніе предположить, что лице, заключившее договоръ такого рода, всегда будетъ въ состояніи доказать, почему оно въ договоръ вступило: чужой рабъ могъ оказать ему крупную услугу (нпр. спасти жизнь), рабъ этотъ можетъ быть ему родственникомъ и т. п.

Клейне, согласно своей основной идеѣ, усматриваетъ истинную причину рѣшенія, даннаго Папиніаномъ для этого случая, въ томъ, что actio praescriptis verbis есть actio ne bonae fidei, a stricti juris. Замѣчаніе L. 2 § 2 D. de precar. 43. 26 (текстъ, на который ссылается Іерингъ) „itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur“ онъ устраняетъ указаніемъ на § 28 J. de action. 4. 6, гдѣ характеръ bonae fidei признанъ за actio praescriptis verbis только въ двухъ случаяхъ: для actio „quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit“ [17]).

Въ противоположность всѣмъ указаннымъ авторамъ, Пернисъ даетъ L. 7 cit. именно то объясненіе, отъ котораго (упомянувъ о возможности его мимоходомъ) отказался Іерингъ и которое мы положили въ основаніе нашего толкованія L. 8 § 6 D. mand. Поставивъ L. 7 cit. въ связь съ L. 115 D. de V. O. 45. 1., фрагментомъ, принадлежащимъ тому-же Папиніану и также входившимъ въ составъ его liber secundus quaestionum, Пернисъ приходитъ къ выводу, что въ нашемъ

17) Kleine. cit. стр. 26—28.

текстѣ Папиніанъ обращаетъ главное вниманіе не на interest, а на confestim: истецъ можетъ жаловаться немедленно вслучаѣ промедленія отвѣтчика; предметомъ иска онъ можетъ, по желанію, избрать или отпускъ раба на волю или возвращеніе уплаченныхъ денегъ. Если первое для него безразлично — онъ предпочтетъ второе, такъ какъ возвращеніе денегъ для него безразличнымъ ни въ какомъ случаѣ не будетъ. Въ чемъ именно долженъ состоять интересъ истца въ первомъ случаѣ — объ этомъ Папиніанъ не говоритъ ничего; можетъ отсутствовать денежный интересъ, но можетъ просто измѣниться намѣреніе кредитора и вопроса о томъ, допустимо ли предъявленіе въ первомъ случаѣ actio praescriptis verbis, въ текстѣ вовсе и не ставится [18]). Къ объясненію Перниса присоединяемся и мы.

Аналогично этому можетъ быть истолкованъ и L. 5 D. praescr. verb. 19. 5, въ которомъ также находили подтвержденіе догмы о необходимости имущественнаго интереса [19]). Павелъ разсматриваетъ здѣсь слѣдующій случай:

> Paulus 1º. 5º. quaestionum. Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est e. q. s.

послѣ длиннаго отступленія, содержащаго въ себѣ извѣстное разсужденіе о природѣ инноминатнаго контракта, въ § 5 дается слѣдующій отвѣтъ: „ejus fiat condemnatio, quantum interest mea servum habere quem manumisi“ и на вопросъ „an dedu-

18) Pernice. Labeo III¹. стр. 186. 187.
19) Нпр. Kleine cit. стр. 28.

cendum est, quod libertum habeo"? Павелъ отвѣчаетъ „hoc non potest aestimari".

Не входя въ подробности, мы замѣтимъ только, что по нашему мнѣнію здѣсь дѣло идетъ не о наличности или отсутствіи интереса, а объ установленіи основаній для опредѣленія его. Сомнѣніе касается слѣдующаго пункта: долженъ ли искъ быть направленъ на тотъ интересъ, который связанъ для кредитора съ отпускомъ на волю (уже имѣвшимъ мѣсто) своего раба, или же съ отпускомъ на волю раба должника. Юристъ высказывается въ пользу перваго способа, опять не касаясь вопроса о характерѣ интереса.

V. L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Paulus l°. 2°. ad Plautium. Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione vel utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur[20]).

Отличіе какъ только что приведеннаго L. 33 pr., такъ и указанныхъ въ примѣчаніи L. 63 pr. D. ad leg. Falcid.

20) Почти тождественнаго содержанія, съ добавленіемъ нѣкоторыхъ другихъ примѣровъ — L. 63 pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2, Paulus. l°. 2°. ad legem Juliam et Papiam. ср. еще L. 6 § 2 D. de oper. serv. 77.

35. 2 и L. 6 § 2 D. de oper. serv. 7. 7 отъ всѣхъ разсмотрѣныхъ выше текстовъ состоитъ въ томъ, что сомнѣніе касается здѣсь не характера интереса, а способа оцѣнки его. Павелъ устанавливаетъ, что цѣнность особаго пристрастія не принимается въ разсчетъ при опредѣленіи размѣра ущерба въ actio legis Aquiliae и при опредѣленіи стоимости имущества для вычисленія quarta Falcidia; Ульпіанъ — что на нее не обращается вниманія въ искахъ, возникающихъ по поводу отказа operae servorum.

Что касается, прежде всего до L. 63 pr. D. cit., то этотъ фрагментъ мы можемъ оставить въ сторонѣ, какъ не имѣющій къ нашему вопросу никакого отношенія. Говоря о понятіи имущества и о способѣ опредѣленія величины и стоимости его, мы установили уже, что и то и другое основано на признакѣ гражданскаго оборота, т. е. на признакѣ той цѣны, какую составныя части, на какія разлагается имущество, имѣютъ для каждаго. Правило „pretia rerum non ex affectione vel utilitate singulorum, sed communiter funguntur“ лежитъ, такимъ образомъ, въ основаніи самого понятія имущества и никакихъ сомнѣній возбуждать не можетъ.

Въ примѣненіи къ L. 33 pr. cit. это правило безъ всякаго сомнѣнія устанавливаетъ тотъ принципъ, что подъ damnum въ actio legis Aquiliae понимается только ущербъ имущественный [21]); выводъ, который изъ этого долженъ быть сдѣланъ, есть, однако, лишь тотъ, что actio legis къ защитѣ интересовъ неимущественныхъ непримѣнима; выводъ, который не

21) Ср. въ текстѣ: „in lege enim Aquilia damnum consequimur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur“.

имѣетъ ничего необычайнаго для всякаго, кто хотя сколько нибудь знакомъ съ содержаніемъ и исторіей lex Aquilia; извѣстно, что даже понятіе самого имущественнаго ущерба первоначально установлено здѣсь было въ высшей степени тѣсное и было расширено лишь послѣдующими толкованіями юристовъ.

Несравненно важнѣе для насъ дальнѣйшій выводъ, который можетъ быть извлеченъ изъ того же текста: тотъ, что при вычисленіи цѣнности поврежденнаго предмета, для опредѣленія размѣра отвѣтственности правонарушителя, неимущественный интересъ, связанный для потерпѣвшаго съ даннымъ объектомъ, въ разсчетъ не принимается. При этомъ, прежде всего можетъ быть поставленъ вопросъ, составляетъ ли этотъ принципъ особенность actio legis Aquiliae или онъ въ равной степени имѣетъ значеніе для всѣхъ исковъ, направленныхъ на возмѣщеніе имущественнаго ущерба?

Въ первомъ случаѣ, непринятіе во вниманіе неимущественнаго интереса потерпѣвшаго въ actio legis Aquiliae могло бы быть, съ достаточнымъ основаніемъ, объяснено тѣмъ соображеніемъ, что этотъ искъ, какъ искъ штрафной, уже другими своими послѣдствіями достаточно ограждаетъ интересы любаго характера, связанные для потерпѣвшаго съ поврежденной вещью. Въ самомъ дѣлѣ: цѣна, которая клалась въ основаніе иска была, какъ извѣстно, не та, какую имѣлъ объектъ въ моментъ поврежденія, а высшая цѣна его за извѣстный промежутокъ времени до этого момента (за годъ — при поврежденіи скота, за мѣсяцъ — при поврежденіи другихъ объектовъ). Уже это одно могло повысить отвѣтственность правонарушителя далеко за предѣлы имущественнаго ущерба потерпѣвшаго, на что и обращаетъ особое вниманіе § 9 J. de lege

Aquil. 4. 3: „qua ratione, говорится здѣсь, creditum est, poenalem esse hujus legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe plurius.“ Затѣмъ — отвѣтственность правонарушителя въ значительной степени возвышалась, вслучаѣ отрицанія имъ своей виновности, тѣмъ, что actio legis Aquilia принадлежала къ категоріи исковъ, въ которыхъ lis infitiando crescit in duplum. Далѣе — къ тому же велъ принципъ конкурренціи штрафныхъ исковъ, который позволялъ потерпѣвшему нетолько избирать тотъ изъ нихъ, предъявленіе котораго было ему выгоднѣе, но допускалъ, сверхъ того, послѣдовательное предъявленіе одного за другимъ на излишекъ противъ того, что уже было имъ достигнуто предъявленіемъ первыхъ: такъ нпр. actio legis Aquiliae можетъ конкурировать съ actio injuriarum, съ actio arborum furtim caesarum и т. д. [21]). Всѣ эти соображенія достаточны для выясненія того, что всевозможные интересы потерпѣвшаго были въ достаточной степени ограждены и при такомъ способѣ опредѣленія цѣны поврежденнаго объекта, который не принималъ въ разсчетъ цѣнность особаго пристрастія.

Большинство видитъ, однако, въ правилѣ „pretia rerum non ex affectione vel utilitate singulorum, sed communiter funguntur“ общій принципъ, имѣющій примѣненіе нетолько къ actio legis Aquiliae, но и ко всѣмъ безъ исключенія искамъ, направленнымъ на возмѣщеніе имущественнаго ущерба (Scha-

21) L. 34 pr. D. de O. et A. 44. 7. L. 1 D. arb. furt. caes. 47. 7. — Сказанное получаетъ особую важность, если мы примемъ въ соображеніе, что фактическая обстановка damnum injuria datum чрезвычайно часто представитъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, всѣ данныя injuria.

densersatz). Къ этому результату приходитъ и Пернисъ изъ соображенія всѣхъ трехъ указанныхъ выше текстовъ. „Подъ интересомъ въ смыслѣ возмѣщенія ущерба, говоритъ онъ, всегда понимается исключительно ушербъ имущественный и при опредѣленіи размѣра этого ущерба эти границы не переступаются даже и для такъ наз. adfectio. Подтвержденіе этому мы находимъ въ цѣломъ рядѣ текстовъ, категорически устанавливающихъ такой принципъ какъ для деликтныхъ, такъ и для договорныхъ отношеній. Дважды въ связи съ этимъ правиломъ упоминается имя Педія, такъ что, по всей вѣроятности этимъ юристомъ оно или установлено или проведено въ практику; оно дѣйствовало и въ послѣдующее время [22]).

Противъ положенія, что подъ ущербомъ (Schaden, damnum источниковъ) понимается только и исключительно ущербъ имущественный, равно какъ и противъ дальнѣйшаго, что при оцѣнкѣ этого ущерба цѣнность особаго пристрастія въ разсчетъ не принималась, мы не имѣемъ возразить ровно ничего, но отмѣтимъ здѣсь же, что значеніе, какое можетъ быть придано обоимъ этимъ положеніямъ, носитъ въ высшей степени условный характеръ. Что касается до степени огражденія, при примѣненіи обоихъ этихъ правилъ, любыхъ интересовъ истца, то къ этому вопросу оба они ни въ какомъ отношеніи не стоятъ и препятствіемъ къ такому огражденію не служатъ. Цѣль ихъ — есть охраненіе отвѣтчика отъ неумѣренныхъ притязаній со стороны истца, но эта охрана дается только отвѣтчику добросовѣстному, такъ какъ вслучаѣ culpa, dolus или contumacia съ его стороны — истецъ получаетъ полную возможность перейдти, при оцѣнкѣ своего ущерба, далеко за предѣлы рыночной цѣны

22) Pernice. Labeo. III [1]. стр. 180 IV.

объекта и, вообще, денежныхъ убытковъ имъ понесенныхъ, посредствомъ juramentum in litem, въ которомъ „verum rei pretium“ не имѣетъ уже никакого значенія. Сверхъ того, утвержденіе, что гражданское право можетъ и должно защищать неимущественные интересы не обязываетъ насъ доказывать, что эту защиту оно обязано давать при всякихъ обстоятельствахъ, во всякомъ случаѣ, и для какихъ бы то ни было интересовъ.

Такимъ образомъ, считая вполнѣ правильнымъ положеніе, что подъ damnum (Schaden) какъ въ actio legis Aquiliae, такъ и въ другихъ искахъ понимается исключительно ущербъ имущественный, мы не предрѣшаемъ вопроса о томъ, что эти иски, тѣмъ не менѣе, давали всѣ средства и для защиты неимущественныхъ интересовъ, но, само собою разумѣется, не путемъ принятія ихъ во вниманіе при оцѣнкѣ стоимости предметовъ. Еще менѣе принятіе этихъ положеній противорѣчитъ взгляду, что обязательственныя отношенія могутъ возникать и изъ нарушенія интересовъ неимущественныхъ и изъ обязательствъ, направленныхъ на дѣйствія лишенныя имущественной цѣнности. Возможности и того и другаго не думаетъ, впрочемъ, отрицать и Пернисъ. „Дѣло идетъ здѣсь, говоритъ онъ, о различіи между actionem habere и in judicium venire, различіи, которое классическими юристами было положено въ основаніе изложенія всей системы исковъ. Тамъ, гдѣ притязаніе основано на adfectio, тамъ содержаніе иска можетъ быть поставлено въ связь съ condemnatio pecuniaria только тѣмъ, что оцѣнка его предоставляется officium judicis“[23]).

---

23) Pernice. Labeo. eod.

§ 14. Продолженіе: L. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1.

VI. L. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1. Ulpianus. l°. 49°. ad Sabinum. Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cujus nihil interest: poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis (за незначительными отступленіями = § 19 J. de inutil. stip. 3. 19).

Приведенный текстъ мы поставили отдѣльно отъ всѣхъ изложенныхъ выше потому, что онъ касается вполнѣ самостоятельной области о дѣйствительности обязательствъ въ пользу третьихъ лицъ и въ непосредственной и прямой связи съ нашимъ вопросомъ не стоитъ. Входить въ подробное изложеніе и разборъ первой теоріи, т. е. теоріи о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, вызвавшей свою самостоятельную и крупную литературу, мы, само собою разумѣется, возможности не имѣемъ и вынуждены будемъ, поэтому, коснуться ея лишь постольку, поскольку она соприкасается съ нашей ближайшей задачей.

Ульпіанъ въ Дигестахъ, Юстиніанъ въ Институціяхъ высказываютъ, какъ общее правило, что стипуляціи въ пользу третьихъ лицъ недѣйствительны: обязательства подобнаго рода изобрѣтены для того, чтобы каждый могъ пріобрѣтать себѣ

то, что представляетъ для него интересъ, а въ томъ, чтобы дано было другому, никакого интереса никто имѣть не можетъ. Средствомъ для приданія стипуляціи дѣйствительности можетъ, однако, служить соглашеніе о неустойкѣ (poena): въ послѣднемъ случаѣ вопросъ объ интересѣ не подлежитъ ближайшему разсмотрѣнію: обращается вниманіе лишь на сумму неустойки и на условія соглашенія.

Но какъ въ самихъ указанныхъ текстахъ, такъ и въ послѣдующемъ изложеніи [1]) приводится рядъ исключеній изъ этого общаго правила. Дѣйствительны, прежде всего, стипуляціи подвластныхъ лицъ (раба и filius familias) въ пользу домовладыки (что право иска въ такихъ случаяхъ принадлежитъ домовладыкѣ ясно само собой); дѣйствительна стипуляція и въ томъ случаѣ, если для стипулянта совершеніе дѣйствія въ пользу третьяго лица представляетъ извѣстный интересъ; такъ, нпр. — стипуляція опекуна, содержанія „rem pupilli salvam fore", заключенная съ соопекуномъ при передачѣ послѣднему управленія имуществомъ; стипуляція должника въ пользу кредитора, domini negotii въ пользу повѣреннаго и. т. п. Вопросъ о томъ, кому принадлежитъ право иска въ случаяхъ послѣдняго рода, самому стипулянту или третьему лицу, оставляемъ пока открытымъ.

По отношенію къ нашему вопросу, изъ всего сказаннаго выводится слѣдующее заключеніе: для дѣйствительности обязательства необходимъ собственный интересъ кредитора и право иска дается послѣднему въ объемѣ этого интереса. Само по себѣ это заключеніе для насъ не ново, мы встрѣча-

1) L. 38 D. cit. § 20—23.; J. cit ,§ 20.

лись съ нимъ уже въ L. 8 § 6 D. mand. 17. 1.; различіе между настоящими текстами и L. 8 § 6 mand. состоитъ, однако, въ томъ, что изъ всего хода изложенія первыхъ ясно слѣдуетъ, что подъ „интересомъ“ здѣсь понимается интересъ денежный, имущественный.

Въ основаніи всего, изложеннаго выше, разсужденія источниковъ лежитъ афоризмъ „alteri stipulari nemo potest“ и отъ установленія его точнаго смысла зависитъ, поэтому, убѣдительность всѣхъ дальнѣйшихъ выводовъ. Раньше чѣмъ перейдти къ разбору текста мы передадимъ, однако, въ общихъ чертахъ, современное положеніе вопроса о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ въ догмѣ пандектнаго права[2])

Безусловно господствующимъ еще въ настоящее время, несмотря на отдѣльныя противорѣчія, можетъ быть названо то мнѣніе, которое отрицаетъ дѣйствительность договоровъ такого рода, насколько, конечно, съ ними не связаны собственные имущественные интересы кредитора. Относительно чисто римскаго права перевѣсъ этого направленія въ доктринѣ стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія, по отношенію къ дальнѣйшему развитію его — можно отмѣтить рядъ періодическихъ колебаній. Теорія и практика 16-го, 17-го и 18-го вѣка высказывались въ пользу допустимости такихъ договоровъ[3]), съ начала 19-го можетъ быть отмѣченъ поворотъ въ пользу чисто римскаго права[4]) и лишь новѣйшая литература возвращается вновь

2) Къ слѣдующ. ср. Windscheid. Pand. II. § 316. 316a. Dernburg. Pand. II. § 18. Pernice. Labeo III¹. стр. 189 сл. 193.

3) Buchka. Stellvertretg. стр. 158 сл.

4) Buchka. cit. стр. 187—202. Savigny. Oblig. R. II. § 59 и мн. др.

ко мнѣнію о дѣйствительности договоровъ въ пользу третьихъ лицъ [5]).

Какъ бы то ни было — въ ничтожности стипуляцій такого рода до настоящаго времени не сомнѣвался никто [6]), оспаривалось только положеніе о ничтожности договоровъ другаго типа съ тѣмъ же характеромъ. Возстановленіемъ правильнаго взгляда на этотъ вопросъ мы обязаны Пернису. Названный авторъ приходитъ къ убѣжденію, что господствующее мнѣніе право (но только по отношенію къ стипуляціямъ, не другимъ договорамъ), устанавливая догму о ничтожности стипуляцій въ пользу третьихъ лицъ для юстиніанова права, но что мнѣніе это не можетъ быть защищаемо для періода классическаго римскаго права. Доводы Перниса заключаются въ слѣдующемъ.

„Разсматривая L. 38 § 17 D. cit. въ связи съ § 19 J. de inut. stip. 3. 19, нельзя, говоритъ онъ, не задаться вопросомъ, включенъ ли текстъ Ульпіана изъ 49-й книги ad Sabinum буквально въ Институціи или же весь текстъ въ Дигестахъ интерполированъ. По моему мнѣнію какъ внѣшніе, такъ и внутренніе признаки указываютъ на интерполяцію всего обоснованія афоризма „nemo alteri stipulari potest“. Правило это, наравнѣ съ другимъ: „nemo factum alienum promittere potest“ принадлежитъ къ тѣмъ древнимъ юридическимъ

---

5) Bähr. Jahrb. f. Dogm. VI стр. 131 сл. Unger. Jahrb. f. Dogm. X. стр. 1 сл. Gareis. Die Verträge zu Gunsten Dritter и др.

6) Противъ этого не возражаетъ и Гейеръ, который едва ли не первый изъ новыхъ юристовъ высказался за дѣйствительность какъ обязательствъ, лишенныхъ имущественной цѣнности, такъ и обязательствъ въ пользу третьихъ лицъ. Ср. Heyer. Abhandlungen. Nr 1 стр. 9.

поговоркамъ, которыя обыкновенно не обосновываются въ Пандектахъ, а сами служатъ для обоснованія дальнѣйшихъ выводовъ (ср. v. Holtzendorff's Encyclop. стр. 135 § 32). Здѣсь этому афоризму дается обоснованіе, настолько же неудачное по содержанію, насколько оно неудачно по формѣ. Inventae sunt hujusmodi obligationes — какія обязательства? безъ сомнѣнія стипуляціи, какъ объ этомъ можно заключить изъ предыдущаго; но если такъ — то hujusmodi не есть латинскій оборотъ. „Въ томъ, чтобы дано было другому, никакого интереса я имѣть не могу“ — рѣчь внезапно переходитъ въ дидактическое первое лицо и высказываетъ правило абсолютно ложное: такой интересъ вполнѣ возможенъ даже въ томъ случаѣ, если понимать подъ нимъ и имущественный интересъ, — § 20 sq. сами приводятъ примѣры подобнаго рода; въ крайнемъ случаѣ, поэтому, можно было бы сказать, что интересъ не всегда на лицо имѣется, но въ такомъ видѣ это положеніе не можетъ быть приводимо въ объясненіе стараго, не допускавшаго никакихъ исключеній, правила. „Если я, однако, хочу это сдѣлать“ — что сдѣлать? изъ предыдущаго nemo alteri stipulari potest слѣдуетъ извлечь „alteri stipulari“: въ связной рѣчи такъ никто не выразится. Необходимъ договоръ о неустойкѣ „чтобы“, или „такъ что“, право искать послѣднюю пріобрѣтаетъ и тотъ, кто не имѣетъ „интереса“ въ договорѣ. Логичнымъ и это назвать нельзя; надо было бы сказать: такъ какъ договоръ о неустойкѣ допускается, какъ средство обезпеченія, и при соглашеніяхъ, лишенныхъ имущественной цѣнности. Но и съ оборотомъ текста можно было бы примириться, еслибы ut не было согласовано здѣсь съ изъявительнымъ наклоненіемъ будущаго времени. Послѣднее обстоя-

тельство способно обезоружить наиболѣе снисходительнаго человѣка“ [7]).

„Правило „nemo alteri stipulari potest“ имѣетъ, такимъ образомъ для классическаго права только тотъ смыслъ, что никто не можетъ пріобрѣсти обязательства и права иска другому лицу, совершая стипуляцію на его имя. Если, поэтому, стипулянтъ не имѣетъ намѣренія стать кредиторомъ по стипуляціи лично, то, само собою разумѣется, никакого обязательства и возникнуть не можетъ. Что никакого другаго смысла указанное правило не имѣетъ — ясно уже изъ приводимыхъ въ текстѣ „исключеній“: лица подвластныя вполнѣ дѣйствительно стипулируютъ въ пользу своихъ домовладыкъ, т. е. послѣдніе пріобрѣтаютъ непосредственно право иска; изъ этого слѣдуетъ, что препятствій къ иску самого стипулянта не имѣется никакихъ. Дѣйствительно, на этомъ способѣ примѣненія стипуляціи основана возможность пользованія ею для установленія модальныхъ обязанностей и благотворительныхъ учрежденій“ [8]).

Причину интерполяціи, какой подвергся текстъ Ульпіана, заключаетъ Пернисъ, угадать нетрудно; причина эта — нелюбовь къ абстрактной стипуляціи, составляющая отличительную черту юстиніанова права. Тѣмъ же самымъ вызвана L. 13 C. de non numer. pec. 4. 30 и во всѣхъ отношеніяхъ неудачная L. 25 D. de probat. 22, 3. Судьѣ предписывается здѣсь входить въ разсмотрѣніе матерьяльныхъ основаній стипуляціи, а сторонамъ дается совѣтъ заключать договоръ о

---

7) Pernice. Labeo III [1]. стр. 189 и прим. 2.
8) Pernice. Cit. стр. 147 сл. 155. 193.

неустойкѣ потому, что въ такомъ случаѣ при процессѣ самъ собою поднимется вопросъ о дѣйствительномъ содержаніи обязательства [9]).

Итакъ, не отрицая даже правильности того мнѣнія, которое видитъ въ L. 38 § 17 cit. объявленіе недѣйствительности стипуляціи въ пользу третьихъ лицъ, мы приходимъ къ выводу, что, во первыхъ, постановленіе это относится спеціально къ стипуляціямъ, не касаясь обязательствъ другаго типа, во вторыхъ — что истинной причиной такого измѣненія было не отсутствіе имущественнаго характера обязательственнаго дѣйствія, а измѣненіе взгляда на характеръ стипуляціи и отнятіе у нея свойства абстрактнаго обязательства.

Мы разсмотрѣли, такимъ образомъ, всѣ тексты, какіе могутъ быть приведены, и приводятся дѣйствительно, въ доказательство необходимости имущественной цѣнности дѣйствія, составляющаго содержаніе обязательства. Результатъ, который долженъ быть выведенъ изъ всего изложеннаго, есть тотъ, что всѣ мѣста источниковъ, на которыя ссылается господствующее мнѣніе, могутъ и должны быть объясняемы иначе, чѣмъ это дѣлается обыкновенно. Результатъ этотъ чисто отрицательный и намъ предстоитъ, въ дальнѣйшемъ, перейдти къ представленію положительныхъ доказательствъ того что, независимо отъ той или иной формы процесса (обстоятельство, которому приписываютъ значеніе и представители противоположнаго взгляда), римское обязательственное право могло давать защиту и давало ее, интересамъ неимущественнымъ. Раньше, чѣмъ перейдти къ этому, мы остано-

9) Pernice. cit. стр. 190.

вимся еще, въ нѣсколькихъ словахъ, на защитѣ неимущественныхъ интересовъ въ вещномъ правѣ. Разсмотрѣніе этого вопроса въ прямой связи съ нашей задачей не стоитъ, но можетъ, тѣмъ не менѣе, какъ уже замѣчено, способствовать, до извѣстной степени, установленію правильныхъ точекъ зрѣнія и на обязательственное право.

§ 15. Приложеніе. Неимущественный интересъ въ вещномъ правѣ.

Можно было бы предполагать, что во всей области вещнаго права вопросъ о неимущественномъ интересѣ большаго значенія имѣть не можетъ и нельзя отрицать, что, дѣйствительно, вопросъ этотъ здѣсь далеко не такъ сложенъ, какъ въ правѣ обязательственномъ. Разсмотрѣнію здѣсь могутъ подлежать лишь немногіе пункты. Сфера интересовъ, могущихъ быть предметомъ защиты обязательственнаго права, значительно шире, чѣмъ сфера интересовъ права вещнаго; послѣднее охватываетъ точно опредѣленный и ограниченный кругъ принадлежащихъ субъекту чисто матерьяльныхъ благъ; объектами его являются отдѣльные, чисто матерьяльные предметы и возможныя притязанія, возникающія въ этой области, направлены всегда на такіе матерьяльные предметы. Сверхъ того — не противъ всякаго нарушенія сферы чужаго вещнаго права реагируется посредствомъ вещнаго же иска; если такое нарушеніе не затрогиваетъ непосредственно самой сущности этого права — послѣдствіемъ его является лишь обязательственная отвѣтственность лица виновнаго въ нарушеніи [1]).

1) Такъ, нпр., вслучаѣ damnum injuria datum (actio legis Aquiliae).

До настоящаго времени вопросъ о неимущественномъ интересѣ въ вещномъ правѣ и разсматривался исключительно въ двухъ направленіяхъ: достаточенъ ли такой интересъ для возникновенія сервитута и достаточно ли нарушенія его для предъявленія сервитутнаго иска [2]). Споръ и здѣсь сводится съ одной стороны къ отрицанію, съ другой — къ утвержденію этихъ двухъ положеній, причемъ Клейне и здѣсь, согласно своей общей идеѣ, старается поставить рѣшеніе вопроса въ связь съ историческимъ ходомъ развитія права. Правила „servitus fundo utilis esse debet“ было, по его мнѣнію, достаточно для удовлетворенія потребностей древнеримскаго земледѣльца; съ этимъ правиломъ можно было обходиться въ то время, когда диктатора брали отъ плуга, чтобы поставить его во главѣ войска. Но когда Римъ, обогатившись сокровищами покоренныхъ народовъ, усвоилъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и культуру ихъ; когда знатные Римляне стали украшать свои имѣнья фонтанами и искусственными рыбными прудами, тогда Папиніанъ долженъ былъ написать свою L. 3 pr. D. de aqua 43, 24: „Hoc jure utimur, ut etiam non ad irrigandam, sed pecoris causa vel amoenitatis aqua duci potest.“ Аналогичный ходъ развитія авторъ устанавливаетъ и для защиты сервитутовъ, со ссылкой на L. 16 § 1 D. quod vi 43. 24 и L. 13 § 4 D. de usufr. 7. 1, соглашаясь съ тѣмъ, что при отсутствіи какого бы то ни было интереса для управомоченнаго ни установленіе сервитута не допускается, ни защиты его не дается, со ссылкой на L. 15 pr. D. de servitut. 8. 1.

---

2) Къ слѣдующ. ср. Fr. Mommsen. Interesse. стр. 129. 130. Ihering. cit. стр. 74. 75. 96. Kleine. cit. стр. 50—54.

Съ э т о й стороны, привлеченіе къ разсмотрѣнію вещнаго права для паралелли и аналогія съ правомъ обязательственнымъ, ни къ какимъ практическимъ результатамъ, какъ намъ кажется, повести не можетъ. Расширеніе понятія utilitas за тѣсные предѣлы непосредственной пользы для сельскаго хозяйства, равно какъ и защита права сервитутно управомоченнаго во всей его полнотѣ не стоятъ къ вопросу о неимущественномъ интересѣ или ровно ни въ какомъ отношеніи или, если и стоятъ, то въ отношеніи очень отдаленномъ. Съ этой точки зрѣнія, Пернисъ вполнѣ правъ, давая совѣтъ при изслѣдованіи вопроса о неимущественномъ интересѣ въ обязательствѣ оставлять вещныя права совершенно въ сторонѣ, такъ какъ здѣсь содержаніе и цѣль права стоятъ другъ къ другу не въ томъ отношеніи, какъ въ правахъ обязательственныхъ: въ послѣднихъ они выступаютъ на первый планъ, между тѣмъ какъ права вещныя и въ томъ и въ другомъ отношеніи вполнѣ независимы[3]). Мы обратимъ, поэтому, вниманіе на другой вопросъ, стоящій въ болѣе тѣсной связи съ вопросомъ о неимущественномъ интересѣ въ обязательствѣ и разсмотримъ, съ этой точки зрѣнія, способы защиты такого интереса, возможнаго и въ вещномъ правѣ, при римской системѣ процесса. Сомнѣнія заключаются здѣсь въ слѣдующемъ.

По самой природѣ своей матерьяльные предметы, являющіеся объектами вещныхъ правъ, вслучаѣ нарушенія послѣднихъ легче всего поддаются денежной оцѣнкѣ и возстановленію in natura; при такихъ нарушеніяхъ мы в с е г д а будемъ въ состояніи точно опредѣлить, чисто арифметическимъ пу-

3) P e r n i c e. Labeo. III[1]. стр. 173. 174.

темъ, объемъ имущественнаго ущерба, получившагося въ результатѣ полнаго или частичнаго нарушенія вещнаго права; для того, чтобы это сдѣлать, достаточно въ первомъ случаѣ опредѣлить рыночную цѣнность объекта, котораго потерпѣвшій лишился, во второмъ — ту разность, которая получилась между прежней и настоящей цѣной его вслѣдствіе дѣйствій виновнаго въ нарушеніи права; размѣры отвѣтственности послѣдняго и выразятся, такимъ образомъ, въ точно опредѣленной денежной суммѣ, получившейся въ результатѣ нашего вычисленія. Именно здѣсь, поэтому, было бы вполнѣ умѣстнымъ строгое примѣненіе извѣстнаго уже намъ принципа „pretia rerum non ex affectione vel utilitate singulorum, sed communiter funguntur“, принципа, который Савиньи и его послѣдователями считается единственно возможнымъ для практическаго осуществленія права.

При этомъ можетъ, однако, возникнуть цѣлый рядъ сомнѣній. Какимъ образомъ можетъ быть защищено право того, кто предпочитаетъ возмѣщенію денежному возстановленіе своего права in natura? Какъ поступать въ тѣхъ случаяхъ, когда извѣстное матерьяльное благо имѣетъ для потерпѣвшаго, по какой либо причинѣ, особую цѣнность, независимую отъ рыночной его цѣны? Какимъ образомъ можетъ получить защиту тотъ, кто лишился вещи, вовсе не имѣющей рыночной цѣны, но имѣющей значеніе для потерпѣвшаго? случаи послѣдняго рода не будутъ, конечно, часты, но встрѣтиться, тѣмъ не менѣе, могутъ.

Съ точки зрѣнія Савиньи и всѣхъ, считающихъ необходимымъ условіемъ возможности практическаго примѣненія права, въ болѣе или менѣе совершенной степени, строгое про-

веденіе принципа „приведенія имущественныхъ правъ къ одному, общему имъ всѣмъ, третьему — деньгамъ“, т. е. вознагражденіе потерпѣвшаго въ соразмѣрности съ рыночной цѣной объектовъ, въ лишеніи или поврежденіи которыхъ выразился его имущественный ущербъ, на всѣ эти вопросы долженъ бы быть данъ, по отношенію къ формулярному процессу, слѣдующій отвѣтъ. Принципъ condemnatio pecuniaria, въ связи съ извѣстнымъ правиломъ pretia rerum non ex affectione vel utilitate singulorum, sed communiter funguntur“, ведетъ къ тому, что если отвѣтчикъ по вещному иску не соглашается на возвращеніе предмета in natura — онъ долженъ быть присужденъ къ уплатѣ такой суммы денегъ, полученіе которой истцомъ привело бы имущество послѣдняго къ той цифрѣ, какой достигало бы это имущество при отсутствіи факта нарушенія отвѣтчикомъ права истца, причемъ особыя пристрастія истца къ извѣстнымъ объектамъ принимаемы во вниманіе быть не должны. Возстановленія своего права in natura истецъ требовать не можетъ, такъ какъ фактическое приведеніе приговора такого содержанія (реальная экзекуція) [4]) формулярному процессу неизвѣстна; если же вещь, которой истецъ лишился, рыночной цѣнностью не обладаетъ, то по отсутствію имущественнаго ущерба для истца, слѣдовательно по отсутствію интереса — ему должно быть отказано въ искѣ.

Мы заранѣе оговариваемся, что такого разсужденія, представляющаго точную копію съ тѣхъ, которыя считаются безу-

4) Вопросъ о томъ, извѣстна ли была реальная экзекуція формулярному процессу, связанный съ толкованіемъ L. 68 D. de R. V. 6. 1, рѣшается громаднымъ большинствомъ романистовъ отрицательно. L. 68 cit. считается или интерполированнымъ или относящимся къ cognitio extra ordinem. Ср. однако Ziebarth. Die Realexecution. стр. 63 сл.

пречными по отношенію къ обязательственному праву, въ примѣненіи къ праву вещному мы не встрѣтимъ нигдѣ: оно стояло бы въ слишкомъ рѣзкомъ противорѣчіи съ природой правоотношеній, составляющихъ содержаніе послѣдней области права. Мы могли бы, однако, требовать, чтобы принципы, выводимые изъ самого понятія гражданскаго права, примѣнялись, съ равной послѣдовательностью, во всѣхъ областяхъ его и можемъ съ полнымъ основаніемъ усомниться въ правильности этихъ принциповъ, разъ они такого послѣдовательнаго примѣненія не допускаютъ. Между тѣмъ ставить наличность имущественнаго интереса условіемъ осуществленія вещнаго права не рѣшится, конечно, никто, несмотря на то, что принципъ condemnatio pecuniaria въ равной степени имѣлъ значеніе и для вещныхъ исковъ; по отношенію къ послѣднимъ слишкомъ ясно то обстоятельство, которое упускается изъ виду въ правѣ обязательственномъ, а именно — что защита права и защита имущества есть далеко не одно и то же [5]).

На первый взглядъ, дѣйствительно можетъ представиться несовсѣмъ понятнымъ, какимъ образомъ вещныя права, сущность которыхъ состоитъ именно въ обезпеченіи управомоченному фактическаго пользованія извѣстнымъ матерьяльнымъ

---

5) Fr. Mommsen (Zur Lehre von dem Interesse. стр. 8, 9) указываетъ, что и въ вещныхъ искахъ вопросъ объ интересѣ получаетъ значеніе, такъ какъ интересъ является предметомъ иска послѣ признанія за отвѣтчикомъ обязанности restituere rem cum omni causa и такъ какъ послѣ litis contestatio между сторонами возникаютъ квази-контрактныя отношенія. — Отрицать этого конечно нельзя, но здѣсь именно и возникаетъ вопросъ о способахъ оцѣнки интереса, о которомъ мы будемъ говорить ниже.

объектомъ, могутъ быть согласованы съ condemnatio pecuniaria; такое фактическое пользованіе, очевидно, не получаетъ полной защиты тамъ, гдѣ истецъ можетъ, противъ своей воли, быть вынужденъ удовлетвориться полученіемъ рыночной цѣны вещи вмѣсто самой вещи. Между тѣмъ, какъ извѣстно, формулярный процессъ обладалъ достаточными средствами для того, чтобы избѣгнуть такого результата. Средства эти, въ короткихъ словахъ, были таковы.

Самая конструкція вещныхъ исковъ требуетъ прежде всего рѣшенія той части спора между сторонами въ процессѣ, которая касается вопроса о правѣ[6]). Этотъ вопросъ выдвигался на разсмотрѣніе судьи уже въ виндикаціи легисакціонной, въ словахъ legis actio sacramento „fundum, qui e. q. s., eum ego ex jure Quiritium meum esse ajo“ и въ родственныхъ этому иску actiones confessoria и negatoria[7]); точно также была конструирована и actio in rem per sponsionem: рѣшеніе судьи въ этомъ процессѣ давало отвѣтъ, хотя и косвенный, именно на вопросъ о правѣ[8]). Въ формулярномъ процессѣ „ex jure Quiritium meum esse ajo“ процесса легисаціоннаго превратилось въ „si paret illam rem d. q. a. ex jure Quiri-

---

6) Въ искахъ по обязательствамъ, наоборотъ, на первый планъ выступаетъ обязанность должника: „ajo te mihi dare oportere“, „si paret dare oportere“, „dare facere oportere“ и т. д. O jus не упоминается ни въ intentio, ни въ demonstratio.

7) Cicero. pro Murena 12. Gai. 4 § 16. Valer. Prob. § 4, 6. L. 1 § 2 D. de R. V. 6. 1. Keller-Wach. Civilproz. § 15 стр. 75. Bethmann-Hollweg. Civilprozess. I. Стр. 139.

8) Keller-Wach. Civilproz. § 27. стр. 132. Bethmann-Hollweg. Civilprozess II. § 89.

tium Ai. Ai. esse“ (formula petitoria)[9]), аналогичныя измѣненія имѣли мѣсто и въ остальныхъ вещныхъ искахъ, включая сюда-же и actio Publiciana [10]). Кто опирался на jus, на того не могло быть, само собою разумѣется, возложено обязанности доказывать, что осуществленіе этого jus представляетъ для него интересъ.

Сообразно утвержденію истца въ дальнѣйшемъ ходѣ процесса на судьѣ лежала обязанность дать прежде всего отвѣтъ на вопросъ о правѣ; этотъ отвѣтъ и давался имъ въ формѣ pronuntiatio[11]). Изъ цѣлаго ряда мѣстъ, касающихся этого пункта, можно заключить что pronuntiatio давалась въ формѣ „res Ai. Ai. est“, „hereditas actoris est“, „fundus secundum legem Ai. Ai. (или Ni. Ni.) est“, „secundum actorem (или reum) pronuntio“ и т. п.[12]). Въ связи съ arbitrium de restituendo,

9) Gai. 4 § 41 „petitoria formula haec est, qua actor intendit rem suam esse“. L. 3 D. de hered. pet. 5. 3 „hereditatem nostram esse intendere possumus“. L. 10 § 1. D. eod. 5. 3.

10) Сказанное не относится, конечно, къ actio Serviana и quasi Serviana. Ср. Lenel. Edict. стр. 397.

11) Keller-Wach. Civilproz. стр. 137. — Bethmann-Hollweg. Civilproz. II. стр. 240 считаетъ pronuntiatio за промежуточный приговоръ (interlocutio) „который здѣсь былъ, конечно, необходимъ, но отъ котораго, вообще говоря, осторожный судья долженъ былъ удерживаться“ (со ссылкой на Gellius. Noct. Att. XIV. 2 § 17—19). Можно сомнѣваться, однако, тождественны ли interlocutiones въ этомъ смыслѣ (и нпр. въ Tit. C. de sententiis et interlocutionibus 7. 45) съ interlocutiones Геллія. Послѣдній говоритъ о „judex acer atque celer“ т. е. о горячемъ и нетерпѣливомъ судьѣ, который неумѣстнымъ выраженіемъ своихъ мнѣній „et suos sensus aperiat et litigantium deprehendat“; такое поведеніе со стороны судьи, конечно, одобрено быть не можетъ. Доводить, однако-же, осторожность до отказа постановить рѣшеніе по вопросу о правѣ (pronuntiatio, interlocutio) значило бы идти слишкомъ далеко.

12) L. 40 § 2 D. de procurat. 3, 3, L. 15 D. de exc. r. jud. 44. 2, L. 30 D. de pignor. 20. 1, L. 6 § 2 D. de confess. 42. 2.

входившимъ въ конструкцію всѣхъ вещныхъ исковъ [13]), pronuntiatio въ пользу истца налагала на отвѣтчика обязанность возвратить истцу объектъ иска и до этого момента искъ, очевидно, могъ быть проведенъ каждымъ вещно управомоченнымъ, вполнѣ независимо отъ наличности или отсутствія имущественнаго интереса. Если отвѣтчикъ подчинялся такому предварительному рѣшенію судьи — истецъ получалъ спорный объектъ in natura и, такимъ образомъ, получалъ удовлетвореніе какъ имущественныхъ, такъ и неимущественныхъ интересовъ, связанныхъ для него съ обладаніемъ спорнымъ объектомъ.

Но подчиненіе arbitrium de restituendo для отвѣтчика обязательнымъ не было и зависѣло отъ его доброй воли; возможны были, сверхъ того, случаи, когда отвѣтчикъ, несмотря на все желаніе возвратить вещь истцу, сдѣлать этого не могъ, не имѣя ея въ это время уже въ рукахъ. При такихъ обстоятельствахъ, дальнѣйшая задача судьи сводилась къ litis aestimatio, къ оцѣнкѣ спора, т. е. — къ опредѣленію размѣровъ той денежной суммы, къ уплатѣ которой истцу долженъ былъ быть присужденъ отвѣтчикъ. Принципы, положенные въ основаніе такой оцѣнки и имѣютъ, очевидно рѣшающее значеніе для рѣшенія вопроса о предѣлахъ защиты интересовъ истца.

Оцѣнка, основанная исключительно на признакѣ рыночной стоимости объекта спора (pretia rerum communiter funguntur), при извѣстныхъ обстоятельствахъ (если спорный объектъ рыночной цѣны не имѣлъ), могла бы повести къ тому, что

---

13) Ср. Keller-Wach. стр. 137. 138. Bekker. Actionen II. стр. 140 прим. 17. Lenel. Edictum. стр. 133.

истецъ, несмотря на признаніе его права со стороны суда, былъ бы лишенъ возможности получить какое бы то ни было удовлетвореніе. Во всякомъ же случаѣ послѣдовательное проведеніе такой оцѣнки дало бы возможность каждому желающему пріобрѣтать любые предметы независимо отъ желанія или нежеланія собственника уступить ихъ (уплата litis aestimatio приравнивалась, какъ извѣстно, къ куплѣ-продажѣ)[14]).

Что такой результатъ стоялъ бы въ полномъ противорѣчіи нетолько съ защитой нематерьяльныхъ интересовъ управомоченнаго, но и вообще съ требованіями наиболѣе элементарной справедливости, настолько ясно, что въ дальнѣйшихъ доказательствахъ надобности нѣтъ; упускать этого изъ вида римскіе юристы не могли, и мы имѣемъ точныя свѣденія, что эта сторона вопроса изъ вида ими и не упускалась[15]). Уплатой рыночной цѣны вещи, возмѣщеніемъ чисто матерьяльнаго имущественнаго ущерба истца отвѣтчикъ освобождался, поэтому только въ одномъ случаѣ: если онъ сначала и до конца, съ момента нарушенія права истца до момента litis aestimatio, былъ bona fide или если ему въ упрекъ могла быть поставлена только culpa levis[16]).

---

14) L. 1. L 3. D. pro emto. 41. 4, L 46. L 47 D. de R. V. 6. 1., но за исключеніемъ случая dolus со стороны отвѣтчика: L 63, L 69, L. 70 D. de R. V. 6. 1.

15) L. 70 D. de R. V. 6. 1. Pomponius l°. 29°. ad Sabinum „... ne in potestate cujusque sit per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare.“ L. 25 § 1 D. sol. matrim 24. 3. Paulus l° 36° ad edictum „... damnandum eum, quanti mulier in litem juraverit: quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat.

16) Въ этомъ смыслѣ надо понимать culpa въ L. 2 D. de in lit. jur. 12. 3; culpa lata и здѣсь, какъ и вездѣ приравнивалась къ dolus. Pernice. Labeo. II. стр. 398 сл.

Совершенно иначе, какъ извѣстно, опредѣлялась подлежащая со стороны отвѣтчика уплатѣ сумма въ томъ случаѣ, если неисполненіе arbitrium de restituendo основывалось на culpa lata, dolus или contumacia послѣдняго. Оцѣнка всего интереса, связаннаго для истца съ нарушеніемъ его права, предоставлялась, при условіяхъ такого рода, самому же истцу: онъ могъ подъ присягой (jusjurandum in litem) опредѣлить размѣры своего интереса по своему же собственному усмотрѣнію и мы легко можемъ себѣ представить, что при этомъ онъ соразмѣрялъ назначаемую имъ сумму такимъ образомъ, что получалъ полное удовлетвореніе всѣхъ интересовъ, связанныхъ для него съ обладаніемъ спорнымъ объектомъ [17]).

Все изложенное само по себѣ ничего новаго не представляетъ и поэтому останавливаться подробнѣе на jusjurandum in litem и на вещныхъ искахъ мы никакого основанія не имѣемъ; замѣтимъ только, что на эту сторону вопроса, на возможность защиты неимущественныхъ интересовъ даже и вещными исками, несмотря на принципъ condemnatio pecuniaria и на правило „pretia rerum communiter funguntur“, указаній мы нигдѣ не встрѣтили.

Что значеніе послѣдняго имѣетъ, такимъ образомъ, въ высшей степени условный характеръ, что управомоченный всегда получалъ п о л н о е удовлетвореніе (возвращеніемъ ли вещи in natura или возможностью личной оцѣнки собственнаго интереса); однимъ словомъ, что въ вещныхъ, по крайней мѣрѣ,

---

17) То обстоятельство, что судья и послѣ присяги истца могъ уменьшить показанную имъ сумму, говоритъ не противъ, а въ пользу сказаннаго въ текстѣ.

искахъ неимущественные интересы могли получать и получали полную защиту въ формулярномъ процессѣ, представляется намъ, въ виду сказаннаго выше, не подлежащимъ сомнѣнію. Для права Юстиніана, при возможности реальной экзекуціи, половина затрудненій отпадаетъ сама собой, другая — рѣшается на основаніи тѣхъ же принциповъ, какими пользовался уже формулярный процессъ.

Глава третья.

Защита неимущественнаго интереса въ зависимости отъ системы процессуальнаго производства.

§ 16. Общія замѣчанія.

Результаты, нами до сихъ поръ по отношенію къ римскому праву полученные, сводятся къ установленію того положенія, что требованія необходимости имущественной цѣнности дѣйствія для юридической силы обязательства источники не знаютъ. Мы старались, такимъ образомъ, дать отвѣтъ на основной вопросъ, касающійся нашей задачи, но отвѣтъ этотъ, въ силу самаго способа постановки вопроса, носитъ характеръ чисто отрицательный. Намъ предстоитъ теперь коснуться его положительной стороны и привести доказательства того, что защита неимущественнаго интереса римскому гражданскому праву была извѣстна, не выходя при этомъ, насколько это окажется возможнымъ, изъ области права обязательственнаго.

Дальнѣйшее изложеніе, по указаннымъ въ своемъ мѣстѣ причинамъ, будетъ основано на различіи процессуальнаго про-

изводства, составлявшаго характеристическую черту классическаго римскаго права: на различіи между ordo judiciorum privatorum и extraordinaria cognitio. Съ этой точки зрѣнія, могущія быть извлеченными изъ источниковъ данныя распредѣляются по указаннымъ двумъ группамъ крайне неравномѣрно: для одной изъ нихъ (cognitio extra ordinem) они являются чрезвычайно обильными, для другой (ordo judiciorum privatorum) — въ высшей степени ограниченными. Такая неравномѣрность, не составляющая никакого неудобства для извлеченія результатовъ по отношенію къ праву Юстиніана, затрудняетъ, до нѣкоторой степени, изслѣдованіе классическаго права, хотя, насколько намъ кажется, существеннымъ препятствіемъ къ составленію вѣрнаго взгляда на послѣднее она служить не можетъ. Фактъ этотъ не лишенъ, однако, значенія въ томъ отношеніи, что онъ самъ по себѣ можетъ служить нѣкоторымъ указаніемъ на то обстоятелство, что вопросъ о неимущественномъ интересѣ имѣлъ не одинаковое значеніе въ обѣихъ системахъ процессуальнаго производства.

Выше было уже замѣчено, что по отношенію къ римскому праву въ вопросѣ о защитѣ неимущественнаго интереса отмѣчается, обыкновенно, историческій моментъ: указываютъ, что защита эта есть продуктъ позднѣйшаго развитія права, что было время, когда римское право обращало вниманіе исключительно на интересы имущественные. Это признаютъ и Виндшейдъ и Іерингъ, въ болѣе подробномъ обоснованіи такого взгляда видитъ свою спеціальную задачу Клейне. Сходясь въ общихъ выводахъ, три названные автора расходятся, однако, въ частностяхъ: необходимость, въ прежнее время, имущественнаго интереса въ обязательствѣ Виндшейдъ ста-

витъ въ связь съ condemnatio pecuniaria формулярнаго процесса, Іерингъ — съ общимъ взглядомъ стараго права и недостаточнымъ развитіемъ потребностей, требующихъ юридической защиты; Клейне полагаетъ, что даже и въ позднѣйшее время римское право дѣлало различіе между obligationes bonae fidei и stricti juris: для послѣднихъ имущественный характеръ оставался, въ большинствѣ случаевъ, существеннымъ условіемъ дѣйствительности до послѣдняго времени, для первыхъ — онъ до извѣстной степени потерялъ значеніе уже въ классическую эпоху [1]). Насколько правиленъ каждый изъ указанныхъ взглядовъ, предстоитъ провѣрить общими результатами дальнѣйшаго изложенія; мы можемъ, однако, замѣтить здѣсь-же, что существеннаго значенія ни одному изъ приведенныхъ моментовъ, какъ намъ кажется, придаваемо быть не можетъ и что если мнѣніе о зависимости нашего вопроса отъ историческаго хода развитія права само по себѣ въ высшей степени правдоподобно, то мы, взамѣнъ этого, имѣемъ слишкомъ мало данныхъ, чтобы прослѣдить, хотя бы даже въ общихъ чертахъ, такой историческій ходъ развитія.

Что касается до общаго плана дальнѣйшаго изложенія, то оно, по самому содержанію своему, распадается на два отдѣла, изъ которыхъ въ первомъ будетъ разсмотрѣнъ ordo ju-

---

1) Самъ по себѣ этотъ взглядъ о различіи по отношенію къ нашему вопросу между actiones bonae fidei и stricti juris не новъ; примыкая къ замѣчанію Папиніана въ L. 54 pr. D. mand. 17. 1. „placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam“, онъ имѣлъ представителей уже между схоліастами Базиликъ. Ср. шпр. Basil. L. XIV. T. 1. L. 54 (= L. 54 D. mand. 17. 1). Schol. Stefani и Anonymi ad v. „nam affectus quoque ratio.“ L. LX T. 3 L. 33 (= L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2.) Schol. ad v. „non ex affectione“ и др.

diciorum privatorum, во второмъ — extraordinaria cognitio; въ первомъ отношеніи болѣе мелкое подраздѣленіе само собой дается различіемъ въ природѣ исковъ, во второмъ — различіемъ средствъ, какими могъ пользоваться магистратъ для огражденія подлежащихъ его защитѣ интересовъ. Въ заключеніе, наконецъ, мы должны будемъ дать общіе выводы по отношенію къ праву Юстиніана.

§ 17. I. Ordo judiciorum privatorum. 1. Обязательства по договорамъ.

Приступая къ болѣе подробному разсмотрѣнію защиты неимущественныхъ интересовъ въ обязательствахъ по договорамъ, мы можемъ, прежде всего, задаться вопросомъ, часто ли въ дѣйствительной жизни могутъ встрѣтиться договоры, абсолютно лишенные имущественнаго характера. Отвѣтъ на это долженъ быть данъ, безъ всякаго сомнѣнія, отрицательный; для того, чтобы обязательство не представляло никакого имущественнаго интереса для кредитора, необходимы два условія: во первыхъ, чтобы дѣйствіе, имѣющее быть совершено должникомъ, не стояло ни въ какомъ отношеніи къ имуществу, во вторыхъ, чтобы кредиторомъ дѣйствіе это не было оплачено [1]). Совпаденіе этихъ обоихъ условій настолько исключительно, что еслибы весь споръ о неимущественномъ интересѣ сводился къ дѣйствительности или недѣйствительности договоровъ такого рода — споръ этотъ носилъ бы чисто

1) Особое мѣсто, какъ намъ уже извѣстно, занимаютъ во всемъ этомъ вопросѣ договоры въ пользу третьихъ лицъ.

доктринальный характеръ и никакого, или почти никакого, практическаго значенія бы не имѣлъ[2]). Мы не можемъ, поэтому, имѣть надежды встрѣтить въ источникахъ примѣры договоровъ такого типа и, дѣйствительно, всевозможныя старанія въ этомъ направленіи не привели бы насъ ни къ какимъ результатамъ.

Практическая важность всего вопроса лежитъ не въ этомъ. Въ противоположность такимъ исключительнымъ случаямъ мы, въ дѣйствительной жизни, встрѣчаемъ на каждомъ шагу случаи такого рода, когда въ договоръ, носящій самъ по себѣ имущественный характеръ, включаются соглашенія, имѣющія цѣлью обезпеченіе интересовъ другаго рода: въ этихъ соглашеніяхъ можно часто видѣть причины и мотивы, побудившіе контрагентовъ вступить другъ съ другомъ въ обязательственныя отношенія, такъ что нарушеніе ихъ одной стороной лишаетъ дальнѣйшее существованіе обязательства всякаго смысла и всякой цѣли для другой. Затѣмъ — неменѣе возможно, что нарушеніе имущественнаго договора, не нанося никакого матерьяльнаго ущерба кредитору, затрогиваетъ въ высшей степени чувствительно интересы другаго рода, связанные для него съ обязательствомъ[3]). Господствующее мнѣніе, оставаясь на узкой точкѣ зрѣнія въ понятіи объ имущественной цѣнности обязательственнаго дѣйствія, признаетъ невоз-

---

2) Это можно заключить уже изъ характера примѣровъ, приводимыхъ противниками дѣйствительности такихъ обязательствъ. Спрашиваютъ: имѣетъ ли юридическую силу обѣщаніе сдѣлать туръ вальса, не ходить въ клубъ, раскланиваться на улицѣ и т. п.; конечно нѣтъ, но неимущественный характеръ дѣйствія тутъ не причемъ.

3) Примѣры случаевъ такого рода были уже даны выше.

можной даже защиту отношеній такого рода и въ этомъ положительно неправо. Такая защита римскому праву была хорошо извѣстна. Матерьялъ источниковъ, которымъ мы располагаемъ по этому вопросу, невеликъ, но вполнѣ достаточенъ для того, чтобы составить ясный взглядъ на отношеніе къ нему римскихъ юристовъ; онъ относится главнымъ образомъ къ договорамъ: купли-продажи, найма и мандата, сверхъ того — къ нѣкоторымъ квазиконтрактнымъ отношеніямъ. Этотъ матерьялъ намъ и предстоитъ разсмотрѣть подробнѣе.

1. Договоръ купли-продажи. Что договоръ этотъ, самъ по себѣ, носитъ характеръ чисто имущественный, ясно съ перваго взгляда: содержаніе его составляютъ съ одной стороны res, съ другой pretium. При заключеніи такого договора возможны, однако, различныя соглашенія, имущественнаго интереса для сторонъ не представляющія; чаще всего соглашенія такого рода, какъ мы можемъ видѣть изъ источниковъ, заключались при продажѣ рабовъ; послѣдніе продаются съ условіемъ „ut manumittatur“, „ne prostituatur“, „ut prostituta libera esset“, „ne eadem mancipia alterius servitutem quam Seji paterentur post mortemque ejus in libertate morarentur“ — условія благопріятныя. Нерѣдко встрѣчаются, однако, и условія противоположнаго характера: „ne aliquo loci moretur“, „ne manumitteretur“, „ne in Italia esset“, „ut, si Romae moratus esset, manus injicere liceat“ и т. п. Нарушеніе этихъ условій покупателемъ никакого имущественнаго ущерба продавцу не наносило и спрашивалось, поэтому, какое требованіе онъ можетъ предъявить къ первому вслучаѣ нарушенія имъ своихъ обязанностей.

Папиніанъ на этотъ вопросъ отвѣчалъ сперва слѣдующимъ образомъ:

L. 7 D. de serv. exp. 18. 7. Papinianus l⁰. 10⁰. quaestionum. Servus ea lege veniit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. Vix est ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter si non servata lege in poenam, quam alii promisit, inciderit. Huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestari cogitur: quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est. Quod si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur: nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem interest hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet.

Впослѣдствіи Папиніанъ, какъ извѣстно, измѣнилъ свой взглядъ и, сообразно съ этимъ, далъ на тотъ же вопросъ другой отвѣтъ, противоположный, по общему мнѣнію, первому. Онъ говоритъ:

L. 6 § 1 D. eod. 18. 7. Papinianus l⁰. 27⁰ quaestionum. Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promisisset: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.

Общее мнѣніе объ отношеніи двухъ приведенныхъ текстовъ Папиніана другъ ко другу есть то, что въ первомъ юристъ еще требуетъ наличности имущественнаго интереса

для предъявленія иска, во второмъ, подъ вліяніемъ Сабина, онъ признаетъ возможнымъ основаніемъ иска affectus, неимущественный интересъ [4]). Намъ, съ своей стороны, кажется, что о такомъ измѣненіи своего мнѣнія Папиніанъ не говоритъ ни слова.

Дѣйствительно, при анализѣ обоихъ текстовъ упускается изъ вида, что продавецъ въ данномъ случаѣ непремѣнно будетъ имѣть денежный интересъ въ предъявленіи иска, такъ какъ самый искъ направленъ на взысканіе неустойки, подъ которой заключенъ договоръ (convenit citra stipulationem ut poenam praestaret emptor). Неустойка эта не облечена, однако, въ форму стипуляціи (citra stipulationem) и поэтому можетъ быть потребована только посредствомъ actio venditi, принадлежащей къ разряду actiones bonae fidei; поэтому въ искѣ юристъ отказываетъ, основываясь на томъ, что „viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset“, что „poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet“, что „vindictae ratione“ искъ bonae fidei предъявленъ быть не можетъ. Отсюда же и все противоположеніе между affectus и duritia, проведенное черезъ L. 7. cit.

Въ требованіи неустойки продавцу, слѣдовательно, отказывается потому, что требованіе это безнравственно (solam duritiam continet); въ равной степени безнравственнымъ оно остается однако же и въ томъ случаѣ, если продавецъ, съ своей стороны, заключилъ договоръ о неустойкѣ съ третьимъ

4) Къ слѣдующ. ср. Ihering. cit. стр. 64. 86., Kleine cit. стр. 16. 17. Fr. Mommsen. cit. стр. 127—129.

лицемъ, тѣмъ не менѣе, при такихъ обстоятельствахъ право на взысканіе неустойки юристъ за нимъ признаетъ. Почему? Ходъ мыслей Папиніана, какъ ясно изъ текста, слѣдующій.

Покупную цѣну продавецъ получилъ; все, что онъ требуетъ сверхъ этого, было бы для него обогащеніемъ (quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est). Признать за нимъ право на такое обогащеніе, хотя и основанное на договорѣ, было бы несогласно съ природой договора bonae fidei. Но, съ другой стороны, было бы несправедливо заставить продавца нести ущербъ, вслѣдствіе неисполненія покупателемъ возложенной на послѣдняго по договору обязанности, такъ какъ отъ этого ущерба онъ спеціально оградилъ себя договоромъ о неустойкѣ (quod si aliter factum esset, convenit... ut poenam praestaret emptor). Поэтому, несмотря на невполнѣ нравственное содержаніе условія, истцу дается защита постольку, поскольку онъ самъ несетъ имущественный ущербъ (huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestare cogitur). Такимъ образомъ, для успѣшнаго проведенія иска недостаточно имущественнаго интереса, необходимъ имущественный убытокъ.

Впослѣдствіи Папиніанъ усматриваетъ, однако, вмѣстѣ съ Сабиномъ, что такой убытокъ можетъ получиться и другимъ путемъ: цѣна, полученная продавцомъ за раба, могла быть понижена въ виду возложенной имъ на покупателя обязанности; сообразно съ этимъ юристъ измѣняетъ и свое мнѣніе о данномъ случаѣ. Въ этомъ и состоитъ то „contrarium“, на которое ссылается Папиніанъ въ L. 6 § 1 cit. и ни къ чему другому оно относиться не можетъ, такъ какъ искъ все таки остается направленнымъ на poena.

Такимъ образомъ, мы вовсе не имѣемъ здѣсь дѣла со случаемъ, гдѣ въ искѣ отказывалось за недостаткомъ имущественнаго интереса и гдѣ позже былъ признанъ достойнымъ защиты интересъ неимущественный. Сомнѣніе касается пункта, должно ли быть дано удовлетвореніе „animo saevientis“ и Папиніанъ рѣшается отказать въ искѣ, обладающемъ вполнѣ имущественнымъ характеромъ, только потому, что искъ этотъ основанъ на мотивѣ невполнѣ нравственномъ (vindictae ratio). Аналогичный случай Папиніанъ разсматриваетъ въ L. 1 D. eod. 18. 7. Продажа раба была совершена подъ условіемъ „ne aliquo loci moretur“ (ср. ne in Italia esset L. 7 cit.), но мотивомъ такого условія была не poena homini inrogata, а безопасность прежняго собственника — рѣшеніе юриста сообразно этому мѣняется: „propter domini securitatem custoditur lex, ne periculum subeat“ [5]).

Гораздо важнѣе для насъ то соображеніе Сабина, которое побудило Папиніана измѣнить свое первоначальное рѣшеніе; соображеніе, состоящее въ томъ, что условія такого рода уменьшаютъ продажную цѣну вещи (quoniam hoc minoris homo venisse videatur). Основанное на томъ естественномъ фактѣ, что на цѣнность договора вліяютъ всѣ моменты, повліявшіе на его заключеніе, оно даетъ полную возможность денежной оцѣнки и неимущественныхъ интересовъ, нарушаемыхъ неис-

5) О такихъ условіяхъ при продажѣ рабовъ ср. Bechmann. Der Kauf. I стр. 281. О юридическихъ послѣдствіяхъ условій различнаго содержанія — Gai. I. § 97, L. 6 pr., L. 9. 10. D. de serv. exp. 18. 7, L. 71 § 2 D. de condic. 35. 1, L. 44 D. de manum. vind. 40. 4, L. 1 сл. D. qui sine manumiss. 40. 8 L. 1 сл. C. si mancip. ita venier. ne prostit. 4. 56 и L. 1 сл. C. si mancip. ita fuer. alienat. 4. 57. Развитіе законодательства по этому вопросу представляетъ огромный интересъ для исторіи рабства, но къ нашему предмету прямаго отношенія не имѣетъ.

полненіемъ договора; эта оцѣнка выразится въ разности дѣйствительно уплаченной цѣны и той цѣны, которая была бы уплачена при отсутствіи соглашеній такого рода. Мы получаемъ, такимъ образомъ, тотъ объективный критерій для оцѣнки неимущественныхъ интересовъ въ договорахъ, который отказывается найдти господствующее мнѣніе, и мы увидимъ ниже, что именно этимъ критеріемъ пользовалось римское право при договорѣ найма. Что касается до времени, съ какого римское право выработало такіе взгляды, то уже изъ ссылки Папиніана на Сабина, жившаго за полтора вѣка до него самого, можно заключить, что нововведеніемъ классической эпохи такіе взгляды не были.

Примѣръ прямой оцѣнки неимущественнаго интереса въ actio empti мы находимъ въ L. 43 D. de act. empt. vend. 19. 1. Покупатель отпускаетъ на волю раба, купленнаго имъ у наслѣдника, наслѣдодатель котораго въ завѣщаніи сдѣлалъ уже фидеикоммиссарное распоряженіе объ освобожденіи его изъ рабства. Рабъ, отпущенный на волю покупателемъ, узнавъ о томъ, что ему дана была libertas fideicommissaria, отказывается отъ патроната своего манумиссора, предпочитая имѣть патрономъ наслѣдника, манумиссоръ теряетъ такимъ образомъ, вольноотпущеннаго и предъявляетъ къ продавцу actio empti. Ульпіанъ права иска за нимъ не признавалъ, противоположное рѣшеніе этому вопросу дали, однако, Юліанъ и Павелъ. О денежномъ интересѣ истца въ данномъ случаѣ не могло быть и рѣчи (ср. L. 5 § 5 D. praescr. verb. 19. 5: an deducendum est, quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari) и, тѣмъ не менѣе, право на искъ за нимъ признается: оцѣнкѣ подлежитъ, слѣдовательно, право патроната.

Остается упомянуть, наконецъ, о L. 71 D. de eviction. 21. 2. Имѣнье, данное отцемъ въ приданое дочери, эвинцировано; имѣетъ ли отецъ право предъявить actio empti или искать по stipulatio duplae съ продавца? Возможность имущественнаго интереса для отца не представляется, конечно, въ этомъ случаѣ, абсолютно исключенной „propter spem quandoque recipiendae dotis“, но Павелъ, которому принадлежитъ указанный текстъ, категорически поясняетъ, что вопросъ о возможномъ имущественномъ интересѣ отца играетъ здѣсь второстепенную роль и приходитъ къ выводу, что, несмотря на могущія быть возбужденными сомнѣнія, отецъ право иска имѣетъ во всякомъ случаѣ. Главнымъ мотивомъ его рѣшенія является основаніе „interest patris filiam dotatam habere“ и заключается текстъ замѣчаніемъ „quod magis paterna affectio induxit.“ Съ неимущественнымъ интересомъ мы встрѣчаемся опять въ данномъ случаѣ, какъ съ интересомъ вполнѣ достаточнымъ для предъявленія иска.

Этимъ исчерпываются мѣста, имѣющія отношеніе къ договору купли-продажи и мы разсмотримъ, далѣе

2. Договоръ найма. Договоръ этотъ опять носитъ, самъ по себѣ, характеръ имущественный: и здѣсь съ одной стороны дается res, съ другой pretium, но и здѣсь, конечно, съ договоромъ могутъ быть связаны неимущественные интересы: покой, свѣтъ, воздухъ — такія качества жилища, которыя принимаются въ разсчетъ при наймѣ, напримѣръ, квартиры, несмотря на то, что въ непосредственномъ отношеніи къ возможности пользоваться ею они не стоятъ: квартира, оказавшаяся неудобной для одного, можетъ быть удобной для другого и своихъ денегъ, во всякомъ случаѣ, стоитъ. Что мо-

жетъ сдѣлать съемщикъ, если выговоренныя имъ при наймѣ квартиры качества не оказываются на лице, или если они теряются впослѣдствіи? съ точки зрѣнія имущественнаго ущерба онъ можетъ и не имѣть никакихъ притязаній, потерявъ, однако, тѣ удобства, на которыя онъ разсчитывалъ. Способъ защиты указанъ въ L. 25 § 2 D. loc. 19. 2.

Gaius l⁰. 10⁰ ad edictum provinciale. Si vicino aedificante obscurentur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. De mercedibus quoque si cum eo agatur, reputationis ratio habenda est. Eadem intellegemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat.

Съемщику дается, такимъ образомъ, право или отказаться отъ договора найма [6]), или требовать сбавки квартирной платы.

Изъ всего изложеннаго мы имѣемъ, какъ намъ кажется, право сдѣлать общій выводъ, что защита неимущественныхъ интересовъ въ договорахъ производилась римскимъ правомъ въ видѣ предоставленія потерпѣвшей сторонѣ возможности или отступить отъ договора, или требовать отъ контрагента уплаты денежной суммы, къ опредѣленію величины которой затрудненій ни въ какомъ случаѣ представиться не могло.

---

6) „. . . quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est“; согласно значенію quin въ согласованіи съ dubitari non oportet, non est dubium, non dubitandum, это выраженіе должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, какой ему приданъ въ текстѣ и не можетъ быть переводимо такъ: „нѣтъ никакого сомнѣнія. что арендаторъ или съемщикъ не могутъ оказаться отъ договора найма.“ Ср. L. 30 pr. D. de pact. 2. 14, L. 36 § 3 D. de hered. pet. 5. 3, L. 51 § 1 D. de aedil. ed. 21. 1.

Наиболѣе ясную картину о защитѣ неимущественныхъ интересовъ даетъ, однако, договоръ мандата, къ которому мы и переходимъ.

3. Мандатъ. Выше (стр. 154 сл.) мы старались установить положеніе, что имущественный характеръ дѣйствія не имѣетъ существеннаго значенія для договора мандата [1]). Положительное подтвержденіе этому мы находимъ въ извѣстномъ L. 54 pr. D. mand. 17. 1.

> Papinianus 1º. 27º. quaestionum. Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agetur: finge filium naturalem vel fratrem esse (placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam) e. q. s.

По своимъ окончательнымъ результатамъ приведенный текстъ немногимъ отличается отъ только что разсмотрѣнныхъ текстовъ того же юриста изъ титула Дигестъ de servis exportandis: вопросъ и здѣсь идетъ о дѣйствительности соглашенія, заключеннаго при продажѣ раба. Фактическая обстановка даннаго случая, однако нѣсколько иная.

Рабъ даетъ третьему лицу порученіе купить себя (т. е. раба); мандатъ такого содержанія не можетъ не быть ничто-

---

1) Такой характеръ мандата Пернисъ (Labeo III¹. стр. 184, ср. стр. 120 сл.) ставитъ въ связь съ аналогіей, какую этотъ договоръ имѣлъ съ fiducia, гдѣ денежная цѣнность дѣйствія не имѣла никакого отношенія къ дѣйствительности соглашенія. Причину этого Пернисъ видитъ въ томъ, что fiducia не была назначена служить орудіемъ гражданскаго оборота и, съ формальной стороны, какъ договоръ несамостоятельный, а придаточный къ mancipatio, опиралась на jus civile. Для мандата начало свободнаго развитія авторъ связываетъ съ L. 54 pr. D. mand. 17. 1. (см. текстъ).

жнымъ: права по договорамъ, заключеннымъ рабами, пріобрѣтаются ихъ собственникамъ и, такимъ образомъ, получается въ результатѣ, что собственникъ даетъ третьему лицу порученіе купить вещь ему же самому (собственнику) принадлежащую; такое порученіе не можетъ быть названо мандатомъ, оно есть предложеніе продажи.

Изъ слѣдующихъ словъ текста видно, однако, что договоръ купли продажи состоялся, но покупатель не исполняетъ обѣщаннаго и раба на волю не отпускаетъ. Мы знаемъ, что соглашеніе объ отпускѣ раба на волю, прибавленное къ договору купли продажи, было во всякомъ случаѣ искомо, а по закону императоровъ Марка и Коммода рабъ получалъ, съ наступленіемъ срока, свободу ipso jure[2]). Такимъ образомъ, въ данномъ случаѣ, казалось бы, нѣтъ надобности ни въ какомъ искѣ (рабъ освобождается, по указанному закону, ipso jure); между тѣмъ Папиніанъ даетъ продавцу даже не actio venditi, какъ бы слѣдовало ожидать, а actio mandati, искъ изъ договора, который имъ же съ самаго начала объявленъ ничтожнымъ (nullum mandatum est).

Объяснить это можно только тѣмъ обстоятельствомъ, что, при заключеніи договора купли продажи, объ обязанности покупателя отпустить раба на волю не было упомянуто вовсе; право раба на освобожденіе основано, поэтому, не на lex contractui dicta, а исключительно на его собственномъ соглашеніи съ покупателемъ, какъ на условіи мандата se emere. Предъявленіе actio venditi поэтому и невозможно, но, взамѣнъ того,

---

2) L. 3. 10 D. de serv. exp. 18. 7. L. 2 C. si manc. ita fuer. alien. 4. 57. Объ этомъ законѣ упоминаетъ и самъ Папиніанъ въ L. 8 D. qui sine manum. 40. 8.

affectus ratione, воскресаетъ объявленный прежде ничтожнымъ мандатъ и собственникъ раба получаетъ actio mandati directa на освобожденіе его, между тѣмъ какъ actio venditi можетъ быть предъявлена лишь на уплату покупной цѣны.

Независимо отъ частнаго случая признанія юридической силы обязательства, основаннаго исключительно на неимущественномъ интересѣ, L. 54 pr. высказываетъ, уже въ смыслѣ общаго правила, что въ „bonae fidei judiciis affectus ratio habenda est“. Можно, вмѣстѣ съ Пернисомъ, считать это мѣсто текста интерполяціей (доказательства въ пользу этого, на нашъ взглядъ, однако, неубѣдительны)[3]), но это, во первыхъ, не подрываетъ его значенія для права Юстиніана[4]), во вторыхъ, не препятствуетъ ему быть формулировкой, хотя бы и сдѣланной компиляторами, тѣхъ взглядовъ, которые, какъ мы видѣли, были признаны уже классическимъ правомъ.

4. Для отношеній квазиконтрактныхъ, примѣръ непосредственнаго примѣненія того же правила мы находимъ для actio tutelae: подопечный имѣетъ возможность предъявить искъ

---

3) Положеніе „placuit enim e. q. s.“, говоритъ Пернисъ (Labeo III[1] стр. 185. 186) высказываетъ правило, что affectus долженъ быть принимаемъ во вниманіе въ judicia bonae fidei, т. е. долженъ in judicium venire; это противорѣчитъ другимъ свидѣтельствамъ классиковъ. Сверхъ того, положеніе это не можетъ служить обоснованіемъ для рѣшенія предыдущаго случая; здѣсь, въ actio mandati, affectus есть causa ex qua agitur a ratione affectus agere и rationem affectus habere вовсе не одно и то же. — Мы ограничимся замѣчаніемъ, что rationem affectus habere можетъ относиться въ равной степени и къ допущенію иска на этомъ основаніи (искъ признается возможнымъ потому, что habetur ratio affectus) и къ принятію его во вниманіе въ judicium; о какихъ противорѣчащихъ свидѣтельствахъ классиковъ говоритъ Пернисъ, онъ ближе не поясняетъ.

4) Выраженіе это имѣетъ по меньшей мѣрѣ настолько же общее значеніе какъ и извѣстное „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt.“

къ опекуну, упустившему выдавать алименты семьѣ подопечнаго (матери или сестрамъ), несмотря на то, что такое упущеніе въ имущественномъ отношеніи для пупилла даже выгодно. [5])

5. Что касается до принадлежащихъ сюда же легатовъ, то въ нихъ вопросъ о неимущественномъ интересѣ занимаетъ особое положеніе. Завѣщательныя распоряженія пользуются интенсивной защитой, по отношенію къ нимъ право руководствуется, какъ это высказано римскими юристами не разъ, основнымъ принципомъ „non est circumvenienda testatoris voluntas“, „voluntas defunctorum servanda est“ и т. п. Такія распоряженія приводятся въ исполненіе совершенно независимо отъ ихъ имущественнаго характера: и легатарій и наслѣдникъ, на которыхъ завѣщателемъ возложена обязанность совершить какое либо дѣйствіе, принуждаются къ подчиненію волѣ завѣщателя независимо отъ характера этого дѣйствія. Средствомъ такого принужденія было, какъ извѣстно, denegatio actionis до дачи cautio [6]).

6. Ко всему сказанному остается добавить, что всѣ обязательства, направленныя на restituere и exhibere (иногда solvere и noxae dedere), относились, наравнѣ съ вещными исками, къ категоріи actiones arbitrariae; къ нимъ, поэтому, примѣнимо, по отношенію къ нашему вопросу, все то, что выше было сказано объ искахъ вещныхъ [7]).

7. Разсматривая систему обязательствъ по договорамъ, мы не должны, конечно, упускать изъ вида, что по римскому

---

5) L. 1 § 2 D. de tutel. 27. 3.
6) Pernice. Labeo III[1] стр. 36 сл. (sub II).
7) Выше: § 15 стр. 176 сл.

праву искомы только тѣ соглашенія, которыя подходятъ подъ одинъ изъ признанныхъ типовъ договора: искомость pacta еще и въ юстиніановомъ правѣ ограничена. Средствомъ придать юридическую силу всякому обязательству было, какъ извѣстно, облеченіе соглашенія въ форму стипуляціи. Особенную важность получаютъ, поэтому, тѣ выводы относительно этого типа обязательствъ, къ которымъ мы пришли выше. Мы старались, въ своемъ мѣстѣ, установить положеніе, что въ прежнее время дѣйствительность стипуляціи не стояла ни въ какой зависимости ни отъ характера обѣщаннаго дѣйствія, ни отъ характера интереса кредитора. Мы видѣли, что въ первомъ отношеніи не внесло никакихъ измѣненій и позднѣйшее развитіе права, а во второмъ, измѣненіе, съ потерей стипуляціей абстрактнаго характера, состояло въ томъ, что отъ кредитора стали требовать представленія доказательствъ, что обязательство имѣетъ для него интересъ, но интересъ этотъ не долженъ былъ необходимо обладать имущественнымъ характеромъ.

Съ изложеніемъ отношенія къ вопросу о неимущественномъ интересѣ обязательствъ по договорамъ наша главная задача можетъ считаться выполненной. Ни въ обязательствахъ по деликтамъ, ни въ экстраординарномъ производствѣ вопросъ этотъ спорнаго ничего не представляетъ и въ подробномъ изложеніи, поэтому, не нуждается, — здѣсь достаточно ограничиться краткимъ обозрѣніемъ общеизвѣстнаго матерьяла въ той мѣрѣ, въ какой онъ стоитъ въ связи съ защитой неимущественнаго интереса. Изложеніе это, такимъ образомъ, новаго ничего не дастъ, но оно не лишено значенія для полученія общихъ выводовъ, изложеніемъ которыхъ мы закончимъ нашу работу.

§ 18. 2. Обязательства по деликтамъ.

Что касается до обязательствъ по деликтамъ, то самаго поверхностнаго взгляда на содержаніе и возникновеніе ихъ достаточно для убѣжденія въ томъ, что этимъ путемъ дается защита цѣлому ряду интересовъ, ничего общаго ни съ имуществомъ, ни съ деньгами не имѣющихъ. Жизнь и здоровье, свобода, честь личная и честь членовъ семьи, уваженіе къ памяти наслѣдодателя и т. д. защищались тѣмъ, что нарушеніе этихъ нематерьяльныхъ благъ устанавливало обязательственныя отношенія между правонарушителемъ и потерпѣвшимъ: послѣдній получалъ право иска къ правонарушителю, иска подлежавшаго разсмотрѣнію гражданскаго суда и приводившаго къ уплатѣ извѣстной денежной суммы, величина которой опредѣлялась или непосредственно постановленіемъ закона или была предоставлена на усмотрѣніе суда (actio injuriarum aestimatoria). Въ обязательствахъ по деликтамъ, такимъ образомъ, какъ нельзя болѣе ясно выражается мысль, что неимущественный характеръ интереса не стоитъ въ противорѣчіи съ денежной оцѣнкой его; само собой разумѣется, однако, что оцѣнка эта основана не на рыночной цѣнности блага, а, съ одной стороны, на доставленіи потерпѣвшему удовлетворенія, за нарушеніе его интереса, предоставленіемъ ему другаго блага взамѣнъ утраченнаго (Satisfactionsfunction des Geldes, о которой говорятъ Іерингъ и Лабандъ), съ другой — на удовлетвореніи чувства мести потерпѣвшаго къ правонарушителю [1]).

1) Въ искахъ подобнаго рода денежный штрафъ, какъ извѣстно, замѣнилъ talio. — Существуютъ и необязательственные иски, гдѣ ясно проявляется идея vindicta, такъ напр. querela inofficiosi testamenti, revocatio in servitutem, искъ о возвращеніи подареннаго, вслучаѣ неблагодарности одареннаго.

Особаго вниманія заслуживаютъ тѣ деликты, послѣдствіемъ которыхъ являлась обязанность вознагражденія имущественнаго ущерба потерпѣвшаго, искъ по которымъ имѣлъ, такимъ образомъ, цѣлью защиту имущества. Мы видѣли уже, что, несмотря на категорическое признаніе принципа объ оцѣнкѣ имущественнаго ущерба по рыночной цѣнѣ, actio legis Aquiliae, напримѣръ, давала болѣе чѣмъ достаточную защиту всевозможнымъ интересамъ потерпѣвшаго, Остается обратить вниманіе на другое средство, примѣненное римскимъ правомъ для защиты такихъ интересовъ исками, предназначенными первоначально для возмѣщенія ущерба чисто имущественнаго; средствомъ этимъ было распространеніе этихъ исковъ на случаи, первоначально въ виду не имѣвшіеся, въ видѣ actiones utiles.

Одинъ примѣръ такого рода мы находимъ въ actio de servo corrupto utilis.

Actio de servo corrupto (quanti ea res est in duplum) собственникъ раба могъ предъявить противъ того, кто развращеніемъ этого раба наносилъ собственнику имущественный ущербъ; искъ этотъ (какъ utilis) былъ распространенъ позже на тѣ случаи, когда развращенію подверглись свободныя, подвластныя домовладыкѣ, лица (filii filiaeve familias), причемъ подлежащая уплатѣ сумма опредѣлялась усмотрѣніемъ судьи. Всѣ эти моменты ясно отмѣчены въ L. 14 § 1. D. de serv. cor. 11. 3.

Paulus l⁰. 19⁰. ad edictum. De filio filiave familias corruptis huic edicto locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse dominus probare potest digni-

tate et fama domus integra manente: sed utilis competit officio judicis aestimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi.

Защита здѣсь дается integritati et famae domus, интересъ къ предъявленію иска основывается на томъ соображеніи, что „interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi.“ Имущественный ущербъ, для огражденія котораго искъ былъ созданъ первоначально, нетолько отступаетъ но второй планъ, но исчезаетъ совершенно [2]).

Въ аналогію съ actio de servo corrupto utilis мы можемъ поставить то примѣненіе actio tutelae, о которомъ шла рѣчь выше [3]): подопечный предъявляетъ искь къ опекуну за невыдачу послѣднимъ алиментовъ семьѣ подопечнаго; содержаніемъ этого иска можетъ быть только уплата опекуномъ извѣстной суммы денегъ за praetermissio officii (по выраженію текста). Actio tutelae превращается, такимъ образомъ, въ actio poenalis и становится въ ближайшую аналогію съ actio injuriarum.

§ 19. IV. Extraordinaria cognitio [1]).

Доказывая возможность защиты неимущественныхъ интересовъ для классическаго римскаго права, Іерингъ, какъ мы уже видѣли, ссылается на положеніе, какое, рядомъ съ судьей,

2) Actio de servo corrupto utilis, какъ это ближе поясняетъ Павелъ въ L. 26 D. de injur. 47. 10 (1°. 19° ad edictum) есть необходимое дополненіе actio injuriarum.

3) L. 1 § 2 D. de tutel. 27. 3. Выше § 17 стр. 202.

1) Къ слѣд. ср. Keller-Wach. Civilproz. § 74 сл. Bethmann-Hollweg. Civilproz. II. § 98. § 119—122. Pernice. Labeo. III¹. стр. 174 сл.

занималъ преторъ: послѣдній располагалъ въ судебныхъ дѣлахъ тѣми же средствами, которыя вообще принадлежали къ его власти и могъ, такимъ образомъ, вынудить фактическое повиновеніе своимъ рѣшеніямъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы замѣтили уже, что для классическаго права такое утвержденіе является невѣрнымъ. Фактически, во время отправленія должности, преторъ могъ, конечно, если желалъ, рѣшить всякое дѣло лично и лично же позаботиться объ исполненіи своего рѣшенія, но такой актъ былъ бы съ его стороны актомъ чистѣйшаго произвола, который даже въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ былъ бы, по всей вѣроятности, лишенъ силы вмѣшательствомъ хотя бы, напримѣръ, трибуновъ: преторъ былъ связанъ своимъ же собственнымъ эдиктомъ и отступать отъ нормъ въ немъ установленныхъ не могъ уже въ силу lex Cornelia 687 г. u. c. [2]) Положеніе городскаго претора (praetor urbanus) въ этомъ отношеніи обрисуется еще яснѣе, если мы примемъ во вниманіе, что огромное большинство дѣлъ, разбиравшихся въ порядкѣ extraordinaria cognitio разсматривалось вовсе не имъ, а спеціальными магистратами (нпр. консулами, praetores fideicommissarii), такъ, напримѣръ, дѣла по фидеикоммиссамъ, по принужденію къ emancipatio и manumissio, по поллицитаціямъ, алиментамъ и дачѣ приданаго и т. д. Городской преторъ беретъ дѣло въ свои руки лишь въ томъ случаѣ, если онъ на это уполномочивается особымъ закономъ, какъ это и имѣло мѣсто нпр., относительно опеки и вскрытія завѣщаній (lex Atilia, lex Julia

2) Ср, Puchta. Instit. I. § 81 стр. 197. Karlowa R. Gesch. I. § 60 стр. 467.

vicesimaria). Право принужденія лица, принявшаго на себя обязанности третейскаго судьи (receptum arbitrii), къ исполненію этихъ обязанностей могло основываться на аналогіи отношенія претора къ судьѣ присяжному.

Во всякомъ случаѣ несомнѣнно, однако, одно: что во всѣхъ случаяхъ extraordinaria cognitio имущественный характеръ подлежащаго защитѣ интереса не играетъ никакой роли: магистратъ охраняетъ каждый интересъ, который признается имъ достойнымъ защиты и подчиненіе своему рѣшенію вынуждаетъ средствами своей дискреціонной власти. Этотъ интересъ можетъ имѣть имущественную цѣнность для извѣстнаго лица (нпр. алименты, dos), онъ можетъ такой цѣнностью не обладать вовсе (manumissio, emancipatio) — вопросъ о характерѣ его совершенно безразличенъ; средства, которыми магистратъ пользуется (pignoris capio, multae dictio), примѣнимы въ равной степени къ вынужденію какихъ угодно дѣйствій; чрезвычайно часто частный характеръ интереса отступаетъ на второй планъ или, лучше сказать, интересы частныхъ лицъ защищаются магистратомъ вовсе не для огражденія этихъ послѣднихъ, а въ цѣляхъ интереса общественнаго или религіознаго (manumissio, принужденіе къ погребенію, къ совершенію религіозныхъ церемоній на могилѣ, поддержанію въ ней неугасаемой лампады, къ возведенію надгробнаго памятника и т. д.).

Отъ случаевъ extraordinaria cognitio въ собственномъ смыслѣ слова, т. е. отъ такихъ, когда магистратъ, не передавая дѣла въ judicium, разсматривалъ его отъ начала до конца самъ и рѣшалъ декретомъ (въ противоположность sententia), отличаются, какъ извѣстно, cognitiones extraordinariae въ широкомъ смыслѣ т. е. тѣ спорныя отношенія, ко-

торыя издавна для передачи въ judicium и не предназначались. Сюда относятся интердикты, stipulationes praetoriae. missiones in possessionem и in integrum restitutio.

Что касается, прежде всего, до интердиктовъ, то основной цѣлью ихъ была не защита частныхъ интересовъ, а поддержаніе общественнаго порядка и спокойствія; характеръ интереса частныхъ лицъ, прибѣгавшихъ къ этому средству защиты не могъ, конечно, при этой точкѣ зрѣнія, играть никакой роли и былъ безразличенъ. Даже въ интердиктахъ, относившихся спеціально къ области гражданскаго права (interdicta possessoria, interdictum quod vi aut clam), понятіе интереса толкуется въ чрезвычайно широкомъ смыслѣ и далеко не ограничивается интересомъ имущественнымъ.

То же самое должно быть сказано о missiones in possessionem и stipulationes praetoriae. Первыя даются, напримѣръ, съ цѣлью принудить отвѣтчика вступить въ процессъ, вторыми преторъ можетъ пользоваться для огражденія его отъ повторенія иска (cautio amplius non peti); и въ томъ и въ другомъ случаѣ характеръ иска не можетъ играть никакой роли. Изъ обстоятельства, что большинство stipulationes praetoriae заключались на quanti ea res est, можно заключить, что опредѣленіе размѣра подлежащей по нимъ уплатѣ суммы было предоставлено судьѣ.

Что, наконецъ, имущественный или неимущественный характеръ нарушеннаго интереса, нарушеннаго права былъ совершенно безразличенъ для in integrum restitutio, извѣстно давно. Основная идея in integrum restitutio есть устраненіе несправедливости, возникающей для отдѣльныхъ случаевъ изъ строгаго примѣненія цивильнаго права. In integrum

restitutio дается, поэтому, съ одной стороны, при полномъ отсутствіи имущественнаго ущерба, съ другой — въ немъ отказывается, если имущественный ущербъ на лице есть, но не настолько большой, чтобы быть чувствительнымъ для потерпѣвшаго.

Изъ даннаго краткаго очерка, при которомъ мы считали излишнимъ входить въ подробности, такъ какъ эти послѣднія не дали бы ничего, кромѣ повторенія извѣстныхъ положеній, заключающихся въ любомъ курсѣ пандектнаго права и римскаго гражданскаго процесса, мы можемъ сдѣлать выводъ, что для extraordinaria cognitio, какъ въ тѣсномъ, такъ и въ широкомъ смыслѣ слова, тотъ или иной характеръ подлежащаго защитѣ интереса никогда никакого значенія не имѣлъ. Этимъ и объясняется, почему Іерингъ, собирая матерьялъ по вопросу о неимущественномъ интересѣ въ обязательствахъ, имѣлъ возможность привести въ пользу своего мнѣнія такое огромное количество текстовъ, какое мы у него находимъ [3]). Огромное большинство этихъ текстовъ относится именно къ случаямъ cognitio extraordinaria и, съ этой точки зрѣнія, каждый изъ нихъ легко найдетъ мѣсто въ схемѣ, данной въ настоящемъ параграфѣ.

§ 20. Результаты.

Выводы, къ которымъ мы приходимъ на основаніи всего изложеннаго выше, могутъ быть, въ короткихъ словахъ, формулированы слѣдующимъ образомъ.

---

3) Ihering. cit. стр. 61—77.

Требованіе необходимости имущественной цѣнности дѣйствія, какъ существеннаго условія дѣйствительности обязательства, не можетъ быть основываемо ни на природѣ гражданскаго права ни на природѣ обязательства.

Въ источникахъ римскаго права такого требованія мы не встрѣчаемъ.

Въ ordo judiciorum privatorum, condemnatio pecuniaria формулярнаго процесса классическаго права никоимъ образомъ не служила препятствіемъ къ возможности защиты какъ соглашеній, лишенныхъ имущественнаго характера, но входящихъ въ составъ договора имущественнаго, такъ и обязательствъ, вовсе имущественнымъ характеромъ не обладающихъ. Въ первомъ отношеніи, вопросъ яснѣе всего можетъ быть прослѣженъ на договорахъ купли-продажи и найма, но болѣе или менѣе точной картины историческаго развитія признанія возможности такихъ соглашеній при имущественныхъ договорахъ мы, за отсутствіемъ сколько нибудь подробныхъ свѣденій, составить себѣ не можемъ. Для дѣйствительности мандата характеръ дѣйствія, составлявшаго содержаніе обязательства, былъ безразличенъ. Для дѣйствительности стипуляціи — также; при этомъ въ классическомъ правѣ и стипуляціи въ пользу третьихъ лицъ давали стипулятору право иска, правило „alteri stipulari nemo potest“ относилось къ пріобрѣтенію иска третьему лицу, въ пользу котораго была заключена стипуляція. Въ этомъ отношеніи позднѣйшее развитіе права внесло измѣненіе: стипуляціи (но не другіе договоры) въ пользу третьихъ лицъ были объявлены недѣйствительными; отъ стипулятора стали во всякомъ случаѣ требовать доказательства собственнаго интереса, но нѣтъ достаточныхъ основаній утверждать,

что для стипуляцій на свое имя интересъ этотъ долженъ былъ быть непремѣнно имущественнымъ. Въ обязательствахъ по деликтамъ вопросъ объ имущественномъ характерѣ нарушеннаго интереса не играетъ никакой роли.

Вездѣ, гдѣ обсужденію суда подлежитъ интересъ неимущественный, въ формулярномъ процессѣ приговоръ направленъ на денежную сумму, величина которой могла быть или опредѣлена закономъ, или предоставлена усмотрѣнію судьи, или, наконецъ, при извѣстныхъ условіяхъ и съ извѣстными ограниченіями, самому истцу (посредствомъ juramentum in litem, примѣнявшимся во всѣхъ judicia bonae fidei).

Въ cognitio extraordinaria вопросъ объ имущественномъ характерѣ интереса значенія не имѣлъ никогда. Защита давалась здѣсь всякому интересу, который признавался ея достойнымъ; руководящимъ для магистрата признакомъ въ большинствѣ случаевъ былъ общественный характеръ интереса, общественная польза.

Съ уничтоженіемъ различія между ordo judiciorum privatorum и cognitio extra ordinem всѣ отношенія, которыя прежде защищались послѣднимъ путемъ, стали предметомъ обыкновеннаго производства. Для права Юстиніана общимъ принципомъ, вслѣдствіе этого, должна быть поставлена дѣйствительность обязательства и возможность защиты его вполнѣ независимо отъ того, обладаетъ ли или не обладаетъ дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, имущественнымъ характеромъ.

Изъ этого не слѣдуетъ, однако, чтобы всякое дѣйствіе, каково бы оно ни было, могло быть предметомъ обязательства. Каждое право беретъ подъ свою защиту опредѣленный кругъ

интересовъ, въ зависимости отъ потребностей даннаго народа въ данное время. Установить отвлеченнымъ путемъ признаки, по которымъ можно было бы отличить дѣйствіе, могущее быть предметомъ обязательства, отъ дѣйствія юридически безразличнаго, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, невозможно. Признаки эти должны быть извлечены изъ подробнаго разсмотрѣнія каждаго отдѣльнаго законодательства, что и составляетъ задачу юридической науки. Отъ судебной практики, въ свою очередь, можно было бы желать, чтобы эта послѣдняя не отказывала, изъ заранѣе предвзятыхъ мнѣній, въ своей защитѣ тамъ, гдѣ она и могла бы и должна была бы ее давать. Организація гражданскаго процесса, какова бы она ни была, сама по себѣ препятствіемъ къ этому никогда служить не можетъ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

Введеніе.

§ 1. Дѣйствительность обязательства въ зависимости отъ его объекта . . . . . 1— 7
§ 2. Интересъ и цѣнность . . . . . 7— 12
§ 3. Опредѣленіе величины цѣнности и интереса . . . . . 12— 16
§ 4. Имущественный и неимущественный интересъ въ обязательствахъ, возникающихъ изъ юридическихъ актовъ. . . . 17— 37
§ 5. Имущественный и неимущественный интересъ въ обязательствахъ изъ правонарушеній . . . . . 37— 42

Литература.

§ 6. Обзоръ положительныхъ законодательствъ: французское, итальянское, англійское, австрійское, прусское и русское право . . . . . 43— 69
§ 7. Догматическая исторія вопроса о необходимости имущественнаго интереса въ обязательствѣ . . . . . 70— 92
§ 8. Современная литература . . . . . 93—113

Имущественный интересъ въ обязательствѣ по римскому праву.

§ 9. Общія задачи дальнѣйшаго изложенія . . . . . 114—117

Глава первая.

§ 10. Опредѣленіе понятія гражданскаго права . . . . . 117—129

Глава вторая.

Отношеніе вопроса о неимущественномъ интересѣ въ обязательствѣ къ природѣ послѣдняго.

§ 11. Общія замѣчанія . . . . . 129—132
§ 12. Источники: L. 9 § 2 D. de statulib. 40. 7 . . . . . 132—147
§ 13. Продолженіе: L. 95 D. de V. O. 45. 1; L. 8 § 6 D. mand. 17. 1; L. 7 D. praescr. verb. 19. 5; L. 33 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2 147—168
§ 14. Продолженіе: L. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1. . . . . 169—176
§ 15. Приложеніе. Неимущественный интересъ въ вещномъ правѣ 176—187

Глава третья.

Защита неимущественнаго интереса въ зависимости отъ системы процессуальнаго производства.

§ 16. Общія замѣчанія . . . . . 187—190
§ 17. I. Ordo judiciorum privatorum. 1. Обязательства по договорамъ . . . . . 190—204
§ 18. 2. Обязательства по деликтамъ . . . . . 205—207
§ 19. II. Extraordinaria cognitio . . . . . 207—211
§ 20. Результаты . . . . . 211—214