



Est-A

Tartu Ülikooli
Raamatukogu

14 183

В. Боуффалль. Опытъ юридической конструкции просрочки вѣрителя (mora accipiendi) въ римскомъ правѣ. С. Петербургъ 1895 г. IX + 125 стр.

Вопросъ о просрочкѣ вѣрителя (mora creditoris) въ римскомъ правѣ не принадлежитъ къ числу вопросовъ особо сложныхъ и представляющихъ, въ зависимости отъ этого, какія либо особыя затрудненія. Въ виду этого и тѣ разногласія, какія могутъ быть отмѣчены по данному вопросу въ романистической литературѣ сводятся, въ сущности, къ немногимъ пунктамъ. Современное положеніе ученія о mora creditoris можетъ быть, въ короткихъ словахъ, очерчено слѣдующимъ образомъ.

Съ точки зрѣнія системы изложенія римскаго права могутъ быть, прежде всего, отмѣчены колебанія относительно того, какое именно мѣсто въ общихъ ученіяхъ обязательственнаго права должно быть отведено просрочкѣ вѣрителя. Рѣшеніе этого общаго вопроса зависитъ отъ предварительнаго рѣшенія другаго, болѣе частнаго, о томъ, должна ли просрочка вѣрителя быть излагаема, по аналогіи, въ связи съ ученіемъ о просрочкѣ должника или же каждому изъ этихъ институтовъ должно быть отведено свое особое и отдѣльное другъ отъ друга мѣсто въ системѣ общихъ вопросовъ обязательственнаго права.

Въ монографической литературѣ, какъ указываетъ и нашъ авторъ (стр. 8) ученіе о просрочкѣ вѣрителя въ прежнее время излагалось въ связи съ ученіемъ о просрочкѣ должника, причемъ теорія mora accipiendi подводилась, въ общемъ, подъ формулы, полученныя для mora



solvendi. На тотъ фактъ однако, что просрочка должника и просрочка вѣрителя должны быть разсматриваемы какъ два особыхъ, по существу между собой различныхъ института, указываетъ уже Fr. Mommsen (Beiträge zum Obligationenrecht. Abth. III. Die Lehre von der Mora. Braunsch. 1855. § 1, стр. 34). Изъ ряда позже появившихся въ свѣтъ монографій инья, такимъ образомъ, дѣйствительно, посвящены специально вопросу о mora solvendi, другія, къ числу которыхъ относится и трудъ г. Боуффалла, — вопросу о mora accipiendi (напр. Kniep. Die mora des Schuldners. Waldberg. Die mora debitoris съ одной стороны; Kohler. Annahme und Annahmeverzug. Jahrb. f. Dogm. т. XVII., v. Scheu. Begriff und Wesen der Mora Creditoris im oesterreich. u. gem. Recht. Hirsch. Zur Revision der Lehre von dem Gläubigerverzuge — съ другой). Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что и самъ Моммсенъ, несмотря на сдѣланное имъ-же замѣчаніе, тѣмъ не менѣе разсматриваетъ оба указанные вопроса въ связи одинъ съ другимъ, какъ это дѣлалось и до него. Такое же совмѣстное изложеніе ихъ встрѣчается нерѣдко и въ послѣдующихъ, сюда относящихся трудахъ. Уже въ виду этого одного нетрудно придти къ выводу, на которомъ подробнѣе остановиться придется ниже, — именно къ тому, что несмотря на извѣстное различіе между двумя институтами, внутренняя связь между ними всетаки существуетъ; если, поэтому, приемъ, сводящійся къ примѣненію всѣхъ правилъ, установленныхъ для mora solvendi, къ mora accipiendi является приемомъ, внѣ всякаго сомнѣнія логически и юридически ошибочнымъ, то едва ли не такой же ошибкой легко можетъ оказаться и безусловное отрицаніе всякой взаимной связи между двумя названными институтами.

Обращаясь отъ монографической литературы къ трудамъ, содержащимъ систематическое изложеніе пандектнаго права, нетрудно констатировать фактъ, что здѣсь подавляющее большинство авторовъ даетъ именно не раздѣльное, а со-



вмѣстное изложенеіе ученій о *mora debitoris* и *mora creditoris*, несмотря на то, что въ мѣстѣ, отводимомъ ими общему ученію о *mora* (просрочкѣ) можно отмѣтить значительное разнообразіе. Такъ напр. Тибо (Thibaut. Syst. d. Pand. R. § 98—101) относить это ученіе къ общей части пандектнаго права (Nebenbestimmungen der Rechte und Verbindlichkeiten. 1. Bedingung. 2. Zeitbestimmung, hierbei von der Zeitrechnung und Mora) Маккельдей (Mackeldey. Lehrb. d. röm. R. т. II. § 345—347) излагая его, вмѣстѣ съ другими авторами, въ общей части права обязательственнаго, подводитъ отвѣтственность за *mora* подъ точку зрѣнія отвѣтственности за вредъ и убытки (Schaden und Schadensersatz; Ursachen des Schadens: 1. Casus. 2. Dolus und Culpa. 3. Mora). Гёшенъ (Göschel. Vorles. üb. d. gem. Civilr. II². § 416—419) ставитъ ученіе о *mora* въ связь съ ученіемъ объ исполненіи обязательства (Zeit der Erfüllung). То-же дѣлаютъ Синтенисъ (Sintenis. Das pract. gem. Civilr. II. § 93. Vom Ausbleiben fälliger Leistungen und dem Verzug) и Баронъ (Baron. Pandecten. Das Entstehen des Schuldners für die Nichterfüllung und nicht gehörige Erfüllung. § 240. Entstehen des Schuldners für Mora. § 241. Anhang. Die Mora des Gläubigers). Рядъ авторовъ смотритъ на просрочку какъ должника, такъ и кредитора съ точки зрѣнія измѣненій, производимыхъ ею въ обязательствахъ. (Unterholzner. Die Lehre d. röm. R. v. d. Schuldner. I., стр. 106—131, № 52—62. Puchta. Pandect. §§ 268—270. Arndts. Lehrb. d. Pand. § 251. Brinz. Lehrb. d. Pandect. 2 изд. II. § 271—275). Дернбургъ (Dernburg. Pandect. II. § 40—43) отводитъ ей мѣсто въ общемъ ученіи объ объектѣ и содержаніи обязательственнаго отношенія, рассматривая ее рядомъ съ culpa, Interesse и *pena conventionalis*. Особое мѣсто въ ряду авторовъ систематическихъ курсовъ занимаетъ Виндшейдъ: просрочку должника онъ ставитъ въ связь съ ученіемъ о содержаніи обязательственнаго отношенія, просрочку кредитора съ ученіемъ о прекращеніи этого отношенія. (Wind-



scheid. Lehrb. d. Pandectenr. II. §§ 276—281; §§ 345, 346). Въ болѣе подробную мотивировку такого распределенія матерьяла Виндшейдъ, однако, не входитъ, ограничиваясь лишь общимъ замѣчаніемъ о неправильности совмѣстнаго изложенія ученій о *mora debitoris* и *mora creditoris* (Es ist nicht gerechtfertigt, den Verzug des Gläubigers mit dem Verzug des Schuldners in derselben Darstellung zusammenzufassen. Der Verzug des Schuldners gehört in die Lehre vom Inhalt, der Verzug des Gläubigers in die Lehre von der Aufhebung des Forderungsrechts — Windscheid cit. § 276, прим. 3).

Такимъ образомъ первый, наиболѣе общій вопросъ, связанный съ ученіемъ о просрочкѣ, есть вопросъ о взаимномъ отношеніи, о наличности или отсутствіи взаимной связи между просрочкой должника и просрочкой кредитора. Переходя дальше, спеціально къ вопросу о просрочкѣ кредитора, необходимо обратить вниманіе на слѣдующее.

Въ полной аналогіи съ ученіемъ о *mora debitoris*, въ общій планъ ученія о просрочкѣ кредитора должно было бы войти разсмотрѣніе трехъ слѣдующихъ пунктовъ. Во первыхъ — объ условіяхъ возникновенія *mora creditoris* (о существенныхъ моментахъ, предположеніяхъ — *Voraussetzungen* — этого понятія). Во вторыхъ — о послѣдствіяхъ ея для сторонъ, т. е. объ измѣненіяхъ, производимыхъ ею въ обязательственномъ отношеніи. Въ третьихъ, наконецъ, о причинахъ, вслѣдствіе которыхъ просрочка вѣрителя, уже наступившая, вновь прекращаетъ свое дѣйствіе (т. наз. *purgatio morae*).

Первостепенную важность для всего ученія о просрочкѣ вѣрителя имѣетъ, очевидно, первый изъ указанныхъ пунктовъ, которому и можетъ быть дано имя вопроса о юридической констукціи просрочки кредитора. Около этого пункта почти исключительно и вращаются всѣ разногласія въ литературѣ даннаго вопроса. Разногласія по второму и третьему ничтожны и сами эти пункты, съ точки зрѣнія юридической констукціи института, имѣютъ значеніе лишь



постольку, поскольку тѣ или иныя условія, при которыхъ прекращается дѣйствіе данной нормы, даютъ возможность, путемъ обратной дедукціи, выяснитъ цѣль и существо ея.

Мнѣніе, которое и въ настоящее время можетъ быть названо наиболѣе распространеннымъ въ литературѣ пандектнаго права, сводитъ условія, при наличности которыхъ возникаетъ *mora creditoris*, къ двумъ слѣдующимъ. Кредитору, во первыхъ, должно быть сдѣлано должникомъ предложеніе исполнитъ обязательство (*oblatio debiti*), причемъ такое предложеніе вѣрителю принять исполненіе по обязательству должно, въ свою очередь, удовлетворять цѣлому ряду частныхъ условій, которыя, въ совокупности, позволили бы характеризовать его предложеніемъ правильно сдѣланнымъ (*oblatio rite facta*). Исполненіе по обязательству должно быть, во вторыхъ, несмотря на правильно сдѣланное предложеніе, тѣмъ не менѣе не принято кредиторомъ. Такое непринятіе кредиторомъ исполненія по правильно сдѣланному предложенію должника есть со стороны перваго поступокъ неправомѣрный, могущій быть поставленнымъ кредитору въ вину (*culpa*); моментъ вины, однако, само собою разумѣется, отсутствуетъ и *mora creditoris*, слѣдовательно, не имѣетъ мѣста, если кредиторъ, въ свою очередь, можетъ привести въ оправданіе отказа принять исполненіе какія либо достаточныя основанія. Въ двухъ словахъ, слѣдовательно, изложенное мнѣніе для наличности *mora creditoris* ставитъ два условія: правильное предложеніе должника произвести исполненіе по обязательству и неосновательный отказъ кредитора принять предложенное ему исполненіе. Каждый изъ этихъ двухъ пунктовъ и является предметомъ разногласія для авторовъ, отступающихъ отъ господствующей теоріи просрочки вѣрителя.

Противъ необходимости правильного предложенія исполненія высказывается Колеръ (Kohler l. c., стр. 400 сл) и, вслѣдъ за нимъ, Шей (v. Scheu l. c., стр. 108 сл). По мнѣнію этихъ авторовъ для постановки кредиторовъ въ *mora*



требуется лишь готовность должника исполнить обязательство; доводить о своей готовности до свѣдѣнія кредитора должникъ не обязанъ, наличность же или отсутствіе такой готовности опредѣляется на основаніи положительной обстановки каждаго даннаго случая, являясь, слѣдовательно, *quaestio facti*. Излагаемый взглядъ, такимъ образомъ, освобождаетъ должника отъ необходимости активнаго дѣйствія (аналогичнаго интерpellяціи въ *mora debitoris*) и просрочка кредитора, по мнѣнію указанныхъ авторовъ (пользуясь, опять таки, терминомъ изъ ученія о просрочкѣ должника) *omnimodo ex re fit*. Послѣдователей по данному пункту взглядъ Колера и Шея не приобрѣлъ — *oblatio debiti*, по общему мнѣнію, есть, тѣмъ не менѣе, существенное условіе просрочки вѣрителя.

Значительно болѣе спорнымъ является вопросъ о необходимости виновнаго непринятія исполненія кредиторомъ, вопросъ о *culpa creditoris*, какъ существенномъ условіи просрочки. Противъ этого условія высказывается уже Schöman (*Lehre vom Schadensersatz*. 1806. II, стр. 36 сл.) и, вслѣдъ за нимъ, Mackeldey (*Lehrb. d. heut. röm. R.* § 345, extr., ср. Fritz. *Erläuter.*, стр. 357. *Sintenis. Das pract. gem. Civilr.* II. § 93, стр. 221); ту-же идею съ особымъ талантомъ и послѣдовательностью развиваетъ Колеръ въ вышеназванной статьѣ (*Jahrb. f. Dogm.* XVII, ср. „*Moderne Rechtsfragen bei islamitischen Juristen*, стр. 12), того же взгляда держится одинъ изъ новѣйшихъ авторовъ по данному вопросу Гиршъ (*Hirsch. Zur Revision der Lehre vom Gläubiger- verzuge. Leipzig 1895.* § 12, стр. 215 сл.); по существу, но съ извѣстными модификаціями, къ тому же выводу приходитъ и Mommsen (*Beitr. z. OR.* III. § 17, стр. 160 сл.). Въ противоположность этому взгляду въ ряду защитниковъ теоріи о безусловной необходимости *culpa creditoris* остаются, напр., Вольфъ (*Wolff. Zur Lehre von der Mora.* § 31, стр. 405 и § 35, стр. 433 сл.), v. Madai (*Die Lehre von der Mora.* §§ 36, 42), v. Schey (*l. c.* § 17, стр. 107 сл.), Arndts (*Pand.*



§ 251, Z. 2), Windscheid (Pand. § 345, Z. 3). Изъ изложеннаго ясно, что именно въ этомъ пунктѣ нельзя не быть затрудненнымъ въ характеристикѣ той или другой теоріи терминомъ „господствующая“ и если мы лично пользуемся этимъ терминомъ для обозначенія взгляда о существенности момента вины для просрочки вѣрителя, то дѣлаемъ это лишь для того, чтобы не отступать при разборѣ труда г. Боуффалла отъ терминологіи, усвоенной самимъ авторомъ.

Возможныя взаимныя комбинаціи между только что отмѣченными мнѣніями по двумъ основнымъ моментамъ просрочки вѣрителя повели къ образованію слѣдующихъ четырехъ взглядовъ на юридическую природу названнаго института.

Первый — для наличности просрочки вѣрителя необходимы и правильное предложеніе со стороны должника, и виновное непринятіе этого предложенія кредиторомъ (Arndts, Windscheid и др.).

Второй — правильное предложеніе существеннаго значенія не имѣетъ, необходима лишь простая готовность къ исполненію обязательства; виновность непринятія существенна (напр. v. Schey).

Третій — правильность предложенія несущественна, необходима лишь готовность къ исполненію; безразличны и причины непринятія исполненія кредиторомъ, моментъ вины роли не играетъ (Kohler).

Четвертый — правильность предложенія существенна, простой готовности исполнить обязательство недостаточно; но моментъ вины кредитора не имѣетъ значенія — просрочка наступаетъ совершенно независимо отъ характера причины, по которой исполненіе не принято кредиторомъ.

Последняя точка зрѣнія проводится Гиршемъ (Hirsch. Zur Revision u. s. w. §§ 11, 12, стр. 200—238) и авторомъ подлежащаго отзыву труда, г. Боуффалломъ. Совпаденіе — для послѣдняго до извѣстной степени фатальное, такъ какъ оно лишаетъ основную идею автора хотя бы и того интереса



новизны, который можетъ быть связанъ съ новой комбинаціей элементовъ уже извѣстныхъ. Трудъ Гирша появился въ свѣтъ въ концѣ Апрѣля — началѣ Мая 1895 г., предисловіе диссертациі г. Боуффалла помѣчена Юлемъ 1895 г. Предполагая, что оба они заняты были обработкой темы одновременно, изъ сопоставленія указанныхъ датъ нельзя, однако, не сдѣлать того вывода, что въ моментъ выпуска своего труда въ свѣтъ г. Боуффалль и могъ, и долженъ былъ знать о появленіи монографіи Гирша по тому же вопросу; онъ имѣлъ, такимъ образомъ, возможность принять во вниманіе выводы и результаты, къ которымъ пришелъ Гиршъ или, по меньшей мѣрѣ, хотя бы отмѣтить появленіе новаго труда по вопросу, его спеціально занимавшему. Этимъ мы, само собою разумѣется, отнюдь не имѣемъ въ виду сдѣлать г. Боуффаллу упрекъ въ намѣренномъ умолчаніи отмѣченнаго факта; наоборотъ — все содержаніе его труда приводитъ къ тому заключенію, что будь авторъ дѣйствительно своевременно ознакомленъ съ монографіей Гирша — его работа во многомъ могла бы носить иной характеръ, чѣмъ какой она имѣетъ въ данномъ видѣ. Но такой недосмотръ вредитъ самому же автору, указывая, во всякомъ случаѣ, на тотъ фактъ, что интересъ къ занимавшему его вопросу имъ былъ потерянъ съ момента написанія послѣдней строки своего труда и что съ этого времени до появленія труда въ свѣтъ онъ пересталъ слѣдить за литературой вопроса.

Отмѣченнымъ совпаденіемъ естественно подрывается, такимъ образомъ, утвержденіе г. Боуффалла о повизнѣ его исходной точки зрѣнія по вопросу объ общей конструкціи просрочки вѣрителя (стр. 12).

Интересъ новизны, представлялъ бы, поэтому, лишь второй пунктъ, въ которомъ авторъ, по его мнѣнію, расходится съ представителями всѣхъ направленій въ ученіи о *moda accipiendi* — принимаемая авторомъ (стр. 2, стр. 108 сл.) двойственность въ конструкціи отвѣтственности кредитора



за просрочку. Такая двойственность усматривается, по мнѣнію г. Боуффалла, въ томъ, что „отказъ вѣрителя принять правильно сдѣланное предложеніе влечетъ за собою „всѣ послѣдствія *morae accipiendi*, кромѣ отвѣтственности за „вредъ и убытки. Для того, чтобы получить вознагражденіе „за имущественный ущербъ, происшедшій благодаря не- „принятію предложенія кредиторомъ, должникъ обязанъ „не только доказать фактъ правильности предложенія, но и „наличность понесеннаго вреда (L. 24, § 4 D. loc. 19, 2). „Старая школа съ фонъ Мадай во главѣ отрицаетъ вообще „возможность убытковъ, какъ послѣдствіе просрочки креди- „тора; другіе писатели полагаютъ, что право должника на „вознагражденіе за *id quod interest* вытекаетъ прямо изъ „поставленія кредитора въ просрочкѣ. Какъ первое, такъ „и второе положеніе вытекаетъ изъ стремленія объединить „понятія *morae accipiendi* и *morae solvendi*, въ то время, какъ „эти два института по природѣ своей прямо противоположны „другъ другу“.

Двойственность въ конструкціи отвѣтственности кредитора за просрочку г. Боуффалль усматриваетъ, очевидно въ томъ, что должникъ не всегда и не безусловно имѣетъ право требовать возмѣщенія имущественнаго ущерба, происшедшаго для него, должника, отъ непринятія правильно сдѣланнаго предложенія, что право это возникаетъ для должника лишь въ томъ случаѣ, если отказъ кредитора дѣйствительно повлекъ за собою для него, должника, имущественные убытки. При этомъ авторъ, къ сожалѣнію, не объясняетъ подробнѣе, какимъ образомъ вообще могла бы подняться рѣчь о возмѣщеніи ущерба, разъ такого ущерба должникомъ понесено не было, и какимъ образомъ могутъ возмѣщаться убытки, вовсе мѣста не имѣвшіе. Мы имѣемъ здѣсь дѣло, очевидно, съ простымъ недоразумѣніемъ автора (смѣшивающаго, при этомъ, право на возмѣщеніе интереса съ возможностью доказать наличность ущерба), но въ этомъ недоразумѣніи „старая школа съ фонъ Мадай во



главѣ“, само собою разумѣется, отнюдь не повинна. Дѣйствительно, въ цитированномъ г. Боуффалломъ (стр. 108, пр. 1) мѣстѣ ф. Мадай (Die Lehre von der Mora. § 62, стр. 450) отмѣчаетъ только тотъ безспорный фактъ, что *mora creditoris* не непременно и не безусловно влечетъ за собой какіе либо убытки для должника (что не отрицаетъ возможности убытковъ въ отдѣльныхъ случаяхъ); на этомъ основаніи Мадай приходитъ къ выводу, что обязанность кредитора отвѣчать передъ должникомъ за интересъ не можетъ быть отнесена къ числу общихъ послѣдствій просрочки вѣрителя (Einen eigentlichen Schaden kann er, — der Gläubiger, — dem Schuldner durch seine Mora nicht zufügen, diesem vielmehr nur nützen, sofern er denselben dadurch von sonstigen strengeren Verbindlichkeiten befreit. Von einer gemeinschaftlichen Verpflichtung zum Schadenersatz als Folge der Mora des Gläubigers kann demnach auch hier nicht die Rede sein). Кстати замѣтить и въ замѣченномъ авторомъ стремленіи „объединить понятія *mora accipiendi* и *mora solvendi*“ Мадай упрекнуть едва ли возможно, такъ какъ именно Мадай (l. c. стр. 451) изъ всего сказаннаго дѣлаетъ слѣдующій выводъ: „Es wird sich daraus ergeben, das nur eine einseitige Abstraction die Gewohnheit herbeigeführt hat, von gemeinschaftlichen Wirkungen der Mora des Gläubigers und des Schuldners zu handeln“. Споръ по вопросу о послѣдствіяхъ просрочки вѣрителя сводится, такимъ образомъ, вовсе не къ тому, въ чемъ его, повидимому, усматриваетъ авторъ, а къ слѣдующему: могутъ ли всѣ эти послѣдствія быть сведены, какъ къ источнику, къ одному какому либо общему принципу или нѣтъ и если могутъ, то какъ этотъ принципъ долженъ быть формулированъ. Иными словами — мы опять подходимъ къ вопросу о *culpa* кредитора, какъ основномъ моментѣ *mora accipiendi*.

Опредѣливъ мѣсто, занимаемое г. Боуффалломъ въ ряду другихъ авторовъ, касавшихся спеціальнаго вопроса



о *morae accipiendi*, мы можем перейти къ детальному разсмотрѣнію его труда.

Диссертация г. Боуффалла распадается на четыре главы, которымъ предпослано краткое предисловіе. Въ этомъ послѣднемъ авторъ намѣчаетъ свои исходныя точки зрѣнія (съ которыми мы уже ознакомлены: просрочка вѣрителя возникаетъ на основаніи правильнаго предложенія, сдѣланнаго должникомъ своему кредитору и непринятія послѣднимъ предложеннаго ему исполненія; конструкція отвѣтственности кредитора за просрочку двойственна) и опредѣляетъ цѣль своего труда. Такой цѣлью является не написаніе монографіи о просрочкѣ вѣрителя, а изложеніе юридической конструкціи этого института въ томъ освѣщеніи, въ какомъ она представляется самому автору; другими словами: авторъ имѣетъ въ виду остановиться лишь на выясненіи двухъ основныхъ моментовъ просрочки вѣрителя, не входя въ разсмотрѣніе вопросовъ о послѣдствіяхъ просрочки и о *purgatio morae*. вмѣстѣ съ тѣмъ авторъ выражаетъ желаніе, чтобы въ основаніе оцѣнки его труда былъ положенъ критерій чисто субъективный, такъ какъ самъ авторъ, не имѣя въ виду написать монографіи о просрочкѣ вѣрителя, ставитъ себѣ болѣе скромную цѣль „произвести на „читателя то впечатлѣніе, которое онъ вынесъ изъ чтенія источниковъ и литературы предмета“. Исполненіе такого желанія само собою разумѣется, невозможно: сами по себѣ субъективныя впечатлѣнія автора для читателя особаго интереса представлять не могутъ, тѣмъ болѣе, что для правильной оцѣнки ихъ необходимо предварительно рѣшить рядъ вопросовъ, имѣющихъ мало общаго съ *morae accipiendi* (о томъ, нпр. въ какомъ отношеніи стоятъ сонеты Mallarmé къ стихотвореніямъ Sully-Prudhomme'a, драмы Maeterlinck'a къ трагедіямъ Шекспира, рассказы d'Annunzio къ романамъ натуралистовъ и т. п. — стр. 3, 4). Научный интересъ могутъ имѣть не субъективныя впечатлѣнія автора, а тѣ научныя выводы, къ кото-



рымъ онъ приходитъ, путь, какимъ они добыты и доказательства, какія представлены для ихъ обоснованія.

Четыремъ главамъ своей диссертации г. Боуффалль особыхъ заголовковъ не даетъ; взамѣнъ этого онъ въ оглавленіи (стр. I—IX) подробно конспектируетъ содержаніе каждой изъ нихъ, повторяя, затѣмъ, эти конспекты и въ текстѣ, передъ каждой изъ соответственныхъ главъ (стр. 7, 8; 22—24; 56—58; 91—93). Будь конспекты составлены умѣло, отгѣняя существенные вопросы, о которыхъ идетъ рѣчь у автора и отдѣляя эти послѣдніе какъ отъ вопросовъ второстепенныхъ, такъ и отъ дѣлаемыхъ авторомъ отступленій — они дѣйствительно могли бы значительно облегчить ознакомленіе съ трудомъ г. Боуффалла и сдѣлать снабженіе заголовкомъ каждой главы излишнимъ. Въ томъ видѣ, въ какомъ они даны — конспекты не только не облегчаютъ задачи, но, напротивъ того, въ значительной степени затрудняютъ его, погребая основныя темы подъ такой массой отступленій и мелочей, что опредѣленіе этихъ основныхъ темъ превращается для читателя въ особую, далеко не легкую, задачу. Быть можетъ не неумѣстно будетъ указать уже здѣсь на одинъ изъ капитальныхъ недостатковъ труда г. Боуффалла. Къ такимъ отступленіямъ, иногда не имѣющимъ ничего, иногда мало общаго съ основными вопросами, о которыхъ идетъ рѣчь, авторъ имѣетъ особое пристрастіе. Такое пристрастіе хотя и само по себѣ не можетъ въ значительной степени не вредить ясности изложенія, не могло бы еще быть поставлено въ особый упрекъ, еслибы оно свидѣтельствовало о широкомъ знакомствѣ автора съ предметомъ, специалистомъ котораго онъ является. Но въ данномъ случаѣ, оно, на нашъ взглядъ, производитъ противоположное впечатлѣніе, показывая лишь недостаточное знакомство автора съ элементарными понятіями римскаго права въ частности и гражданскаго вообще. Было бы для болѣе или менѣе краткаго отзыва совершенно невозможной и во всякомъ случаѣ крайне



неблагодарной задачей отмѣтить всѣ промахи г. Боуффалла въ этомъ направленіи — отъ такихъ промаховъ, можно смѣло утверждать, не свободна ни одна страница его труда и опроверженіе ихъ заняло бы больше мѣста, чѣмъ весь этотъ трудъ. Общая же черта ихъ можетъ быть сведена къ тому, что авторъ съ достойнымъ удивленія спокойствіемъ и такою же смѣлостью формулируетъ на каждомъ шагу положенія, которыя, будь они доказаны, произвели бы полный переворотъ въ наукѣ римскаго права, но которыя, пока они не доказаны, даютъ право сдѣлать обратный выводъ — что авторомъ такой переворотъ произведенъ не будетъ.

Въ видѣ примѣровъ можно указать на разсужденія г. Боуффалла объ основной идеѣ всего римскаго обязательственнаго права, которую онъ усматриваетъ въ томъ, что это право создано *in odium* кредитора и принципиально, безъ всякаго повода ставить должника въ привилегированное положеніе (стр. 11 сл.); на мнѣніе автора о послѣдствіяхъ приданія со стороны государства законной санкціи правственнымъ обязанностямъ (стр. 16); о натуральныхъ обязательствахъ (стр. 17 сл.); о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ (стр. 20); о происхожденіи и характерѣ стипуляціи (стр. 24 сл.); объ обязательственныхъ отношеніяхъ, возникающихъ и прекращающихся на основаніи односторонняго дѣйствія одного изъ контрагентовъ (стр. 32 сл.); о переходѣ *periculum rei* на покупателя (стр. 93 сл.) и безчисленное количество другихъ, съ окончательнымъ, въ заключеніе, выводомъ автора, что отвѣтственность кредитора за вредъ и убытки, причиненные должнику отказомъ принять исполненіе, слѣдуетъ опредѣлять на основаніи правилъ объ *obligationes quasi ex delicto* (стр. 124, 125 — мотивировка автора такова, что признавъ ее правильной, мы пришли бы къ выводу, что нѣтъ вообще ни одного иска, который не былъ бы основанъ на *obligatio quasi ex delicti*); мимоходомъ, наконецъ, авторъ, безъ малѣйшихъ колебаній, создаетъ такое



невѣроятное процессуальное чудовище, какъ *actio mandati contraria utilis in factum concepta* (стр. 47). Приведенные примѣры, число которыхъ при желаніи могло бы быть увеличено едва ли не до безконечности, такъ какъ ими съ излишкомъ снабжаетъ каждая страница труда г. Боуффалла, во всякомъ случаѣ, достаточны для того, чтобы выяснитъ, почему ознакомленіе съ этимъ трудомъ и оцѣнка его является задачей крайне неблагодарной. Съ одной стороны — для полноты представленія объ истинномъ достоинствѣ труда не слѣдовало бы, конечно, оставлять безъ возраженія ни одного изъ очевидныхъ промаховъ автора, съ другой же стороны такая задача потребовала бы массу труда, истраченного вполнѣ бесплодно и безцѣльно. Отказываясь, поѣтому, отъ достиженія такой цѣли, мы, въ дальнѣйшемъ, обратимъ вниманіе лишь на отношеніе автора къ основнымъ вопросамъ, рѣшить которые онъ пытается и на общій путь, которымъ онъ къ этому идетъ.

Насколько мы, при описанныхъ условіяхъ, были въ состояніи прослѣдить эти основныя мысли автора, изложенныя въ каждой изъ четырехъ главъ, мы опредѣлили бы содержаніе этихъ главъ слѣдующимъ образомъ:

Въ первой главѣ (стр. 8—21) авторъ разсматриваетъ взаимное отношеніе *moda solvendi* и *moda accipiendi*, причемъ руководящимъ принципомъ ставитъ то положеніе, что вопросъ о просрочкѣ вѣрителя слѣдуетъ разсматривать внѣ всякой зависимости отъ вопроса о просрочкѣ должника.

Вторая глава (стр. 24—55) посвящена вопросу о томъ, можетъ ли отвѣтственность кредитора за просрочку быть конструирована на основаніи принципа интереса должника въ принятіи исполненія по обязательству кредиторомъ. На этотъ вопросъ авторъ даетъ отвѣтъ отрицательный, опровергая лежащій, по его утверженію, въ основаніи такой теоріи взглядъ, что участіе кредитора необходимо



для прекращения обязательства. Къ этой главѣ должна была бы, въ сущности, быть отнесена и та часть первой главы (начиная со стр. 14 до конца), гдѣ идетъ рѣчь о правѣ должника на принятіе исполненія кредиторомъ.

Въ третьей главѣ авторъ разсматриваетъ основные моменты просрочки кредитора: правильность предложенія и вопросъ о винѣ кредитора. Результаты, къ которымъ приходитъ авторъ, намъ уже извѣстны.

Содержаніе четвертой главы, наконецъ, составляетъ разсмотрѣніе послѣдствій просрочки кредитора вообще и отвѣтственности его передъ должникомъ за вредъ и убытки (интересъ) въ частности. По послѣднему вопросу авторъ приходитъ къ выводу, что отвѣтственность эта должна быть опредѣляема на основаніи правилъ объ *obligationes quasi ex delicto*.

Остановливаясь на первой и второй главѣ диссертациі г. Боуффалла, которыя, какъ только что замѣчено, стоятъ въ тѣсной взаимной связи, мы увидимъ, что въ доказательство своего основнаго принципа (*moга accipiendi* должна быть излагаема внѣ всякой связи съ *moга solvendi*) авторъ приводитъ слѣдующія соображенія:

Первое. *Moга solvendi* входитъ въ составъ ученія о содержаніи обязательства, *moга accipiendi* — въ составъ ученія о прекращеніи обязательства (стр. 8–10). Въ этомъ, какъ мы уже видѣли, авторъ повторяетъ слова Виндшейда (*Pand. II, § 276, пр. 3*), но Виндшейдъ не мотивируетъ высказаннаго имъ положенія ничѣмъ, авторъ мотивируетъ его тѣмъ, что „теорія просрочки вѣрителя занимается изслѣдованіемъ юридическихъ средствъ, предоставленныхъ должнику для исполненія обязательства независимо отъ воли или даже противъ воли кредитора“. Здѣсь, въ свою очередь, авторъ совпадаетъ отчасти съ Колеромъ (*Jahrb. f. Dogm. XVII, § 3, стр. 281 сл.*), отчасти съ Гиршемъ (*l. c., § 8, стр. 168 сл.*), но, взамѣнъ этого, становится въ противорѣчіе съ самимъ собою. Дѣйствительно: необходимость предоставлять долж-

нику средства для исполненія обязательства независимо отъ воли или даже противъ воли кредитора (суррогаты исполненія вмѣсто акта исполненія, какъ ихъ называютъ Колеръ и Гиршъ) вызывается, по утверженію Колера и Гирша, слѣдующимъ соображеніемъ. Большею частью для исполненія обязательства необходимо участіе кредитора (Kohler I. c., § 1, стр. 251 сл.); поэтому, если и нельзя говорить о правѣ должника на такое участіе кредитора (Kohler I. c., § 2, стр. 265 сл., Hirsch I. c., § 9, стр. 179 сл.), то интересъ въ этомъ должникъ несомнѣнно имѣетъ (Kohler I. c., § 3, стр. 281 сл.); интересъ этотъ не защищенъ особымъ искомъ, но, взамѣнъ этого, должнику, при отказѣ кредитора отъ такого участія, предоставлены другія юридическія средства для освобожденія отъ обязательства (*depositio, derelictio* и т. д.); наличность этихъ средствъ даетъ возможность говорить объ особомъ субъективномъ правѣ должника на участіе кредитора въ исполненіи обязательства, т. к. защита интереса искомъ не есть, вопреки теоріи Іеринга, единственный отличительный признакъ субъективнаго права (Hirsch I. c., § 9, стр. 181 сл.). Въ двухъ словахъ слѣдовательно: конструкція *mora accipiendi* какъ ученія о совокупности юридическихъ средствъ, предоставленныхъ должнику для исполненія обязательства безъ участія кредитора логически возможна лишь при принятіи двухъ предмиссъ, — что участіе кредитора для прекращенія обязательства необходимо, что должникъ имѣетъ если не право, защищенное искомъ, то, по крайней мѣрѣ, юридическій интересъ въ этомъ участіи кредитора. Авторъ категорически высказывается противъ правильности каждой изъ этихъ предмиссъ (противъ первой — въ главѣ второй, противъ второй — въ главѣ первой, стр. 16 сл.), но соглашается съ результатомъ, который обусловливается признаніемъ ихъ правильности.

Но и независимо отъ этого, противъ отнесенія *mora solvendi* и *mora accipiendi* къ двумъ разнымъ областямъ



общихъ ученій обязательственнаго права можно было бы, несмотря на авторитетъ Виндшейда, представить немало возраженій. Прежде всего просрочка какъ должника, такъ и кредитора одинаково является причиной задержки въ исполненіи обязательства; затѣмъ — просрочка должника производитъ въ обязательствѣ измѣненія (въ пользу кредитора), просрочка кредитора — также (въ пользу должника); при этомъ — въ характерѣ модификаціи какъ въ ту, такъ и въ другую сторону не можетъ не быть отмѣчена извѣстная симметрія (нпр. измѣненіе отвѣтственности должника за *casus* и *culpa*, отвѣтственность за интересъ и т. п.). Если частой ошибкой было распространеніе всѣхъ правилъ о *mora solvendi*, по аналогіи, на *mora accipiendi*, то реакція противъ этой ошибки, въ видѣ отрицанія всякой связи между этими институтами и объявленія ихъ „по природѣ своей прямо другъ другу противоположными“ (стр. 3) идетъ, быть можетъ, всетаки слишкомъ далеко.

Второе. Послѣдствія просрочки вѣрителя не могутъ быть, какъ это возможно относительно просрочки должника, сведены, какъ къ источнику, къ одному общему принципу. — Въ этомъ съ г. Боуффалломъ согласятся многіе (ср. нпр. *Madai l. c.*, § 62. *Mommsen l. c.*, § 1), но не всѣ. И прежде всего разойдется съ нимъ самъ авторъ разбираемаго труда, усматривающій этотъ общій принципъ въ „обязанности всякаго нести отвѣтственность за дѣйствія или упущенія, благодаря которымъ нарушаются интересы другихъ лицъ“ (стр. 5).

Третье. Исходную точку заблужденія всѣхъ существующихъ въ литературѣ римскаго права теорій *mora accipiendi* авторъ усматриваетъ въ отступленіи этихъ теорій отъ началъ полнаго равенства въ положеніи должника и кредитора (стр. 14); конструкцію просрочки вѣрителя на основаніи такого равенства авторъ и ставитъ своей основной задачей. Оставляя въ сторонѣ бездоказательность упрека, дѣлаемаго авторомъ „всѣмъ существующимъ въ литературѣ римскаго права



теоріямъ “ нельзя не отмѣтить обстоятельства, уищеннаго изъ вида самимъ авторомъ — что самой постановкой своей задачи онъ запутывается въ цѣломъ рядѣ безыходныхъ противорѣчій.

Въ самомъ дѣлѣ, при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что всѣ существующія теоріи введены въ заблужденіе самимъ же римскимъ правомъ, которое „уже со временъ изданія XII таблицъ въ большемъ количествѣ случаевъ ставитъ должника безъ всякаго повода въ привилегированное положеніе“, такъ какъ „общая система римскихъ обязательствъ клонилаь всегда въ пользу должника и *in odium creditoris*“, хотя въ пользу принципа равенства высказывались уже отдѣльные представители классической римской юриспруденціи (стр. 10 сл.). Современное гражданское право должно, въ области обязательствъ, уравнивать положеніе должника и кредитора, провести этотъ принципъ въ ученіи о просрочкѣ кредитора и беретъ авторъ. Итакъ: всѣ существующія романистическія теоріи неудовлетворительны потому, что въ основаніи ихъ лежатъ взгляды римскаго права, теорія же автора имѣетъ быть построена на началахъ, удовлетворяющихъ современнымъ взглядамъ. Если это такъ, то неточнымъ является самое заглавіе труда г. Боуффалла „Опытъ юридической конструкторіи просрочки вѣрителя въ римскомъ правѣ“, такъ какъ конструкторія именно римскаго права построена, какъ утверждаетъ самъ авторъ, на противоположномъ принципѣ.

Этого мало. Въ такомъ случаѣ автору слѣдовало бы отказаться отъ своего основнаго положенія и вернуться къ конструированію просрочки должника и просрочки кредитора какъ одного общаго института, проводя между ними полную аналогію, безъ которой равенство въ положеніи должника и кредитора достигнута, очевидно, быть не могутъ.

Указанныя противорѣчія созданы, однако, самимъ же авторомъ, притомъ безъ всякой необходимости. Постановка должника безъ всякаго повода въ привилегированное поло-



женіе и ненависть къ кредиторамъ — эти двѣ черты приписаны римскому праву самимъ г. Боуффалломъ: если это право въ чемъ и повинно, то, какъ хорошо извѣстно всякому цивилисту, отнюдь не въ излишнемъ мягкосердечіи къ „пролетаріямъ должникамъ“. Надо при этомъ замѣтить, что въ доказательство своего мнѣнія, во всякомъ случаѣ не лишеннаго интереса новизны, авторъ приводитъ далеко не всѣ тѣ доводы, которыми онъ, при желаніи, могъ бы воспользоваться (*in dubio mitius, in dubio pro teo*), но которые, будь они даже и приведены, не могли бы, конечно, доказать принципа, въ самой своей основѣ невѣрнаго.

Четвертое. Въ основаніи господствующей теории, отождествляющей просрочку вѣрителя съ просрочкой должника, лежитъ, по утверженію автора, то предположеніе, что какъ для возникновенія, такъ и для прекращенія обязательства необходимо участіе обѣихъ сторонъ (стр. 15). Доказательству невѣрности этого предположенія специально посвящена вторая глава диссертации г. Боуффалла.

Дѣйствительно — конструкція исполненія по обязательству, какъ двусторонняго юридическаго акта, заключаемаго между должникомъ и кредиторомъ, дается цѣлымъ рядомъ юристовъ (*Gruchat. Zahlung der Geldschuld*, стр. 12. *Bekker. Bekker's und Muther's Jahrb. V*, стр. 377. *Heinrici. Jahrb. f. Dogm. XIV*, стр. 420. *Römer. Beiträge z. Lehre v. d. Erfüllung d. Obl.*, стр. 1, 20), она не осталась безъ вліянія и на судебную практику. Съ другой стороны, однако, издавна многими отмѣчено, что въ рядѣ случаевъ исполненіе обязательства возможно одностороннимъ дѣйствіемъ должника безъ всякаго участія кредитора (*Thering. Jahrb. f. Dogm. II*, стр. 137 сл., *IV* стр. 418 сл. *Bekker l. c. Mommsen. Beitr. III*, стр. 137. *Книер. Мора*, стр. 81 сл., *Köhler. Jahrb. f. Dogm. XVII l. c.*, § 1, стр. 261 сл.). Неоспоримости того факта, что въ большинствѣ случаевъ дѣйствительно, тѣмъ не менѣе, исполненіе обязательства невозможно безъ участія кредитора, отрицать,

однако, никто не может; не отрицают этого и авторы второй группы (обо всемъ этомъ вопросъ ср. Kohler l. c.). Что касается, въ частности, до утверждения, что участіе обоихъ контрагентовъ необходимо для возникновенія обязательства, то такого утверждения мы не встрѣчали нигдѣ.

Основная мысль второй главы автора: „римское право знаетъ цѣлый рядъ обязательственныхъ отношеній, возникающихъ или прекращающихся на основаніи односторонняго дѣйствія одного изъ контрагентовъ“ (стр. 24 сл.) оспариванію, сама по себѣ, не подлежитъ. Нетрудно, однако, убѣдиться, что такой формулировкой авторъ извращаетъ перспективу вопроса, вслѣдствіе чего вся вторая глава, желая доказать слишкомъ много, не доказываетъ ничего. Спорнымъ является вовсе не вопросъ о томъ, возможно ли прекращеніе обязательства безъ участія кредитора, а вопросъ о томъ, возможно ли исполненіе обязательства безъ такого участія. Что исполненіе (*solutio*) и прекращеніе обязательства (*liberatio*) далеко не одно и то же, ясно само собой. Исполненіе есть лишь одинъ изъ способовъ прекращенія; въ числѣ этихъ способовъ прекращенія имѣется цѣлый рядъ такихъ, которые погашаютъ обязательство не только безъ участія кредитора, но даже и безъ участія должника; въ этомъ автору нетрудно было убѣдиться, просмотрѣвъ оглавленіе любого курса римскаго права. — Цѣлый рядъ излишне привлеченныхъ къ дѣлу въ этой главѣ случаевъ достигаетъ только того результата, что вводитъ автора въ цѣлый рядъ заблужденій, на которыя отчасти уже было указано выше и на которыхъ останавливаться подробнѣе мы считаемъ излишнимъ.

Третья глава, конструирующая *modus accipiendi* на основаніи двухъ моментовъ (*oblatio rite facta*, непринятіе исполненія кредиторомъ, независимо отъ вопроса о *culpa*), по существу, какъ мы уже видѣли, совпадаетъ съ Гиршемъ (l. c., §§ 11, 12). Противъ возможности такой конструкціи возразить нечего; возможность разногласія по вопросу о



culpa creditoris въ ученіи о *morā accipiendi* вся основана на томъ фактѣ, что римскіе источники по этому пункту крайне немногочисленны и допускаютъ самое разнообразное толкованіе. Многое можно, однако, и здѣсь возразить противъ общаго хода разсужденій автора и противъ отдѣльныхъ частныхъ. Въ разсмотрѣніе условій, при которыхъ предложеніе должно быть названо сдѣланнымъ правильно, авторъ, къ сожалѣнію, не входитъ вовсе, ограничиваясь (стр. 36 сл.) лишь краткимъ ихъ очеркомъ. Уже и такой краткій очеркъ, однако, ставитъ его опять въ противорѣчіе съ самимъ собой — съ тѣмъ общимъ, но абсолютно ложнымъ, утверженіемъ (стр. 75), что „въ классическомъ римскомъ правѣ должникъ обязанъ былъ сдѣлать вещное предложеніе, со временъ императора Діоклетіана достаточно было сдѣлать обыкновенное словесное предложеніе“. Трудно согласиться съ толкованіемъ *L. 1, § 37 D. depos. v. contra, 16, 3*, и разсужденіями о правѣ депозиціи въ случаѣ субъективной и объективной неизвѣстности личности вѣрителя (стр. 59 сл.); съ выводами изъ *L. 24 pr. D. de usur. 22, 1* и др. (стр. 66, 67); съ разсужденіями и выводами о правильности предложенія, сдѣланнаго представителю кредитора (стр. 69 сл.), гдѣ авторъ, притомъ же, смѣшиваетъ представителя вообще съ *solutionis causa adjectus* (ср. стр. 2).

Въ четвертой главѣ, наконецъ, авторъ разсматриваетъ послѣдствія просрочки вѣрителя. Изложеніе этихъ послѣдствій носитъ, если можно такъ выразиться, спорадическій характеръ, отличаясь отсутствіемъ связности и немотивированными скачками отъ одной мысли къ другой (недостатокъ, общій, и для всего труда г. Боуффалла). Оставляя частности въ сторонѣ, мы остановимся вкратцѣ лишь на совершенно невозможномъ выводѣ автора, что „ответственность кредитора за вредъ и убытки, причиненные должнику отказомъ принять исполненіе, слѣдуетъ опредѣлять на основаніи правилъ объ *obligationes quasi ex delicto*“. Авторъ, повидимому, введенъ здѣсь въ искушеніе слѣдующимъ

соображеніемъ. *Obligationes quasi ex delicto* могутъ быть конструированы какъ обязательства, обязанныя своимъ происхожденіемъ такому факту, въ которомъ отсутствуетъ или субъективный моментъ деликта (*culpa*), или объективный (*damnum*), но, тѣмъ не менѣе, подчиняющіяся правиламъ деликтныхъ обязательствъ (уплата штрафа — возмѣщеніе интереса). Въ *in mora accipiendi* отсутствуетъ субъективный моментъ *culpa*, обязанность кредитора *damnum praestare* тѣмъ не менѣе на лицо имѣется; слѣдовательно обязанность эта возникаетъ *quasi ex delicto*. Это и утверждаетъ авторъ (стр. 124, 125). „Римское право, говоритъ онъ, знаетъ случаи отвѣтственности за причиненный имущественный ущербъ независимо отъ вопроса о виновности. Истецъ, требующій вознагражденія за вредъ и убытки изъ обязательства *quasi ex delicto*, долженъ доказать: 1) фактъ, съ которымъ законъ связываетъ извѣстныя юридическія послѣдствія, 2) наличность понесенныхъ убытковъ. Должникъ, требующій вознагражденія за имущественный ущербъ, нанесенный ему отказомъ кредитора принять исполненіе, обязанъ доказать: 1) фактъ поставленія вѣрителя въ просрочкѣ посредствомъ правильнаго предложенія, 2) наличность вреда, какъ послѣдствіе *mora accipiendi*“.

Излишне указывать на капитальную логическую ошибку, заключающуюся въ такомъ разсужденіи. Вездѣ и всегда, безъ исключенія, въ любомъ искѣ, направленномъ на возмѣщеніе интереса, каково бы ни было основаніе этого иска, истецъ обязанъ доказать: 1) фактъ, съ которымъ законъ связываетъ извѣстныя юридическія послѣдствія (основаніе иска) 2) наличность понесенныхъ убытковъ (объектъ иска). Такимъ образомъ, на тѣхъ же основаніяхъ, какія приводитъ авторъ, любой искъ о возмѣщеніи ущерба, т. е. подавляющее большинство всѣхъ гражданскихъ исковъ, долженъ былъ бы быть обрѣченъ на основаніи принциповъ квази-деликтныхъ обязательствъ.

Этимъ мы и закончимъ отчетъ о диссертациі г. Боуф-



Фалла, повторяя еще разъ, что мы не имѣемъ фактической возможности отмѣтить всѣ ошибки и неточности, которыми изобилуетъ каждая почти безъ исключенія страница труда названнаго автора. Само собою разумѣется, что при наличности всѣхъ указанныхъ условій едва ли возможно признать за трудомъ этимъ какое бы то ни было научное значеніе. Единственное, что могло было бы быть поставлено въ заслугу г. Боуффаллу — широкое пользованіе французской литературой вопроса, но и это пользованіе можетъ быть констатировано лишь изъ приведенія авторомъ именъ французскихъ юристовъ, — на содержаніи работы оно ничѣмъ не отражается.

Е. Пассекъ.