

ВСЕСОЮЗНЫЙ ИНСТИТУТ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК
МИНИСТЕРСТВА ЮСТИЦИИ СОЮЗА ССР

УЧЕНЫЕ ТРУДЫ

ВЫПУСК
XIII

ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО МИНИСТЕРСТВА ЮСТИЦИИ ССР
МОСКВА - 1948

Х623.2

Г-594-от

ЕВГЕНИЙ ГОДЭМЭ
Профессор гражданского права юридического
факультета Страсбургского
университета

Проверено
1957

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Перевод с французского
П. В. НОВИЦКОГО

85988 ✓
тип. СС.

код экземпляра

33760



ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО
МИНИСТЕРСТВА ЮСТИЦИИ ССР
МОСКВА - 1948

В русской переводной цивилистической литературе, вообще небогатой, почти совершенно не представлены французская наука. Перевод книги недавно умершего страсбургского профессора Годэма (Gaudemet) «Общая теория обязательств» (*Théorie générale des obligations*), изданной после смерти автора в 1937 г. (H. Desbois и J. Gaudemet), приобретает тем самым значение первого шага для заполнения отмеченного пробела.

Книжка Годэма является новейшей из французских работ в области общей теории обязательственного права. Автор использовал в своей работе и законодательные новеллы последнего времени и новейшую литературу по обязательственному праву, которую он подает читателю не в качестве сырых справок, а в обработанном, систематизированном виде. Ценной особенностью книги Годэма надо признать наличие в ней обильных иллюстраций основных положений курса справками из судебной практики.

Разумеется, советскому читателю этой книги необходимо помнить, что автор не марксист, что он — буржуазный идеолог, и поэтому в ряде случаев объяснения отдельных институтов гражданского права или законодательных норм, даваемых им, исходят на себе прямой отпечаток буржуазной идеологии автора. Так например, выражая интересы буржуазии автор подчеркивает (стр. 328), что право на стачку предоставлено рабочим исключительно для защиты их экономических интересов: если рабочие пользуются этим правом для других целей, в этом, по мнению Годэма, заключается злоупотребление правом. Перед социализмом автор испытывает положительно страх (стр. 39). Так называемая свобода договоров для Годэма есть настоящая свобода (стр. 240); он даже и не ставит вопроса, может ли быть такая свобода в условиях капитализма. Советскому читателю известно, что настоящей свободы не может быть «...у безработного, который ходит голодным и не находит применения своего труда», что «...настоящая свобода имеется только там, где уничтожены эксплуатация, где нет угнетения одних людей другими». (И. В. Сталин, Речь с г-ном Рай Говардом, 1937, стр. 16).

Для советского читателя работа Годэма все же представляет интерес и ценность ввиду того, что по этой книге читатель может составить себе представление о том, как трактуется основ-

ные вопросы обязательности го права французскими буржуазными учеными в судебной практике. «Общая теория обязательств» Годэма может служить советскому юристу одним из пособий при изучении иностранного гражданского права.

Книга Годэма написана ясным изложением. Местами автор пользуется тем же приемом изложения, какой обычен в устной лекции, когда лектор, в интересах лучшего усвоения слушателями того или иного тезиса, неоднократно повторяет его с различными вариациями. Этот метод изложения приводит иногда к некоторой разнузданности.

В заключение считаем долгом отметить, что цитированные статьи французского гражданского кодекса даются в большинстве случаев в переводе проф. Н. С. Петерского (М., 1941 г.).

ПРЕДИСЛОВИЕ К ФРАНЦУЗСКОМУ ИЗДАНИЮ

Эта книга позволит оценить, какой утратой была для французской цивилистической школы преждевременная смерть Евгения Годэма. Вместе с тем, она обогатит нашу юридическую литературу произведением, принадлежащим к числу наиболее совершенных, классических, специфически французских.

Количество печатных работ Годэма незначительно, но все, что вышло из-под его пера, отмечено такой изысканностью и совершенством, которые делают написанные им статьи, этюды, брошюры небольшими шедеврами. Их, конечно, было бы достаточно, чтобы показать его значение и увековечить его имя; но эти опубликованные работы не могут дать полной картины его творчества и его личности.

Дело в том, что Годэмэ был прежде всего профессором, посвятившим педагогической работе большую часть своих сил. Прежде всего он обращается к своим слушателям. Его курс был и остается его основным произведением; лекции, которые он сам соглашался дать в печать, являются в некотором роде только результатом этого курса.

В подробном отчете о его замечательных докладах по вопросу о толковании гражданского кодекса во Франции, сделанных им в Базеле, которые юридический факультет этого города решил опубликовать в знак уважения к его памяти и как свидетельство огромного впечатления, которое они производили на слушателей, — и выразил недавно желание, чтобы, по крайней мере, часть его курса гражданского права была, в свою очередь, напечатана. Его сыновья — Жан и Поль Годэма, с чувством сыновнего почтения (за которое и их благодарю и за которое им будет признателен весь юридический мир) помнят встречу моего желания. Они остановили свой выбор на центральной главе нашего гражданского права, на той части курса, которой к тому же их отец занимался особенно охотно и которой посвятил наиболее глубокие исследования, — на общей теории обязательств. Для того, чтобы сдать эту часть курса издателю, им не пришлось вносить никаких изменений в записки их отца, отредактированные с такой тщательностью, что они образовали уже рукопись целого тома. Они ограничились оформлением лишь некоторых мест, намеченных автором только схематически, во которые их студенческие воспоминания

ВВЕДЕНИЕ

Права, составляющие имущество, бывают двух категорий, — права вещные и права личные. Вещные права были изучены раньше. Личные права составят, хотя и не единственный, но центральный предмет изучения в настоящей части курса. Прежде всего: мы должны определить личное право, а для этого противопоставить его праву вещному. Эту первую задачу мы посвятим анализу двух названных категорий.

О собственности, usufructuare, субъекте сервитута прохода говорится, что они имеют вещное право. Заводевец, продавец, не покупавший покупкой вещи, имеют личное право. Обратимся к этим двум категорическим примерам и проанализируем их, чтобы видеть, в чем заключается между ними разница.

I. Вещное право. Что мы наблюдаем в первой категории? Лицо (собственник, usufructuар и т. д.) имеет непосредственное господство над вещью, более или менее полное, но в тех размерах, в каких это господство существует, — абсолютное; это право лично осуществляется без чего-либо одолевания; в этом случае нет необходимости для получения экономических выгод, даваемых господством над вещью, обращаться к кому-либо обязанному исполнить эти выгоды посылателя права. Например, собственник имеет (in aliendi, fructandi, abalendi (право пользоваться, извлекать доходы, уничтожать вещь); usufructuар — ius utendi, abutendi (право пользоваться и извлекать доходы); собственник господствующего участка имеет право проходить по служащему участку. В этих трех случаях господство является все более и более ограниченными и ограниченными, но и в наиболее скромном размере, в каком оно имеет место в третьем случае, как в в весьма широких размерах в первом случае, оно является прямым, в том смысле, что осуществляется без посредства другого лица, связанного с посылателем права юридическими связями; господство это — абсолютное в том смысле, что не требует чего-либо участия. Посылатель права действует самостоятельно и уверен, что один получит все практические выгоды, которые его право имеет целью ему дать.

Эти случаи были соединены Обри и Ро в единую, очень четкую категорию, которую можно признать классическим определением вещного права (De iud., т. II, § 172): «Вещными называются также права, которые складывают непосредственное и прямое отношение между лицом и вещью, власти которого эта вещь оказывается под-

чиненной более или менее полно, способным благодаря этому быть использованными не только против самого-то определяющего лица, но и в отношении всякого другого».

Несмотря на свою ясность, это определение, быть может, не вполне юридически точно. Это возмущает критика, которой оно подверглось со стороны Плянцоль (Traité élémentaire, т. I, 12-е изд., том 2159).

«Неправильно», говорит Плянцоль, утверждение, что вещное право устанавливает прямое юридическое отношение между лицом и вещью. «Прямое отношение есть только факт; у него есть свое наименование, это — владение. Отношение юридического порядка не может существовать между лицом и вещью; это был бы понсенс. По самому своему определению, вещное право есть отношение между лицами». В самом деле: «Дать человеку право на вещь было бы равносильным возложением обязательства на вещь в отношении лица, а это было бы абсурдно. Право может существовать только в пользу одного лица против других лиц, способных его переносить в качестве пассивных субъектов...» (ср. цит. соч., стр. 758, том 2).

Плянцоль предлагает такое определение: «Вещное право есть отношение, устанавливаемое между одним лицом, как активным субъектом, и всеми другими, как пассивными субъектами. Это не право лица на вещь, а это — право одного лица против всех других. Это — право, которое возлагает на всех обязательство уважать осуществление этого права его носителем. Вещное право с этой точки зрения было бы «обязательством, по которому обязанными являлись бы все третьи лица»¹.

Что сказать по поводу этого учения?

Начнем с некоторой уступки в его пользу. Совершенно правильно, что на всех и каждом лежит обязанность уважать осуществление вещного права, и что в этом самая яркая его вещная характеристика. Но только нужно признать, что в основном эта идея уже заключалась в определении Обри и Ро в конце: «Право, которое допускает неиспользование в отношении и против вещей». А это — то же, что сказать: на всех и каждом лежит в отношении посылателя вещного права отрицательная обязанность не мешать осуществлению его права.

Но что неприемлемо, это — толкование этого решения, первого самого по себе. Вещное право, говорит Плянцоль, не порождает непосредственного и прямого отношения между субъектами

¹ Ср. Michas. Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle. Paris, 1900; Quira. Synthèse du droit réel et du droit personnel. thèse 1905. Логическое развитие этой идеи приводит к тому, что понятие вещного права является частным случаем, выходящим из понятия личного права.

Автор более смелый приходит к сравнению двух категорий прав: акт права вещного и права личного, существует право универсальной природы, во всех пассивных субъектах в отдельных случаях имеет как личной классификации. См. Demogue, Notions fondamentales de droit privé, 1911, стр. 440 и сл.

и вещей, потому что не может существовать юридически отделимая вещь между лицом и вещью. Достаточно, по вещи по моменту отчуждения, чтобы вещь была в распоряжении лица.

Принцип этот можно выразить три положениями:

1) Нельзя существовать юридическим отношениям между лицом и вещью так, что один на вещь не будет возложена обязанность. Следовательно, вещь, что на вещь не может лежать обязанность, вещь не может быть предметом субъективных прав так же, как и вещицами. Но она может быть объектом прав; в это только и может состоять тогда говорит о юридических отношениях между лицом и вещью. Вещь, обремененная вещным правом, есть объект права, осуществляемого по нем прямо и абсолютно, без посредничества и субституции; вот все, что обозначается первой частью классического определения. В этом нет ничего нового, в том более — абсурдного.

2) Нельзя рассматривать понятие вещного права, как происходящее от понятия личного права. Исторически скорее правильнее обратное: личное право является порождением, правом, вытекающим от права вещного; например, в древнейшем римском праве право кредитора против должника есть почти вещное право из личности (теория нехитро, подписание нехи, рабство за долги). Позднее право кредитора становится менее суровым, менее становится ставшим образом правом на имущество, менее связанным, чем право вещное. Это — противоположно той доктрине, какая содержится в теории Пандекта.

3) Очень важно, что прямое отношение между лицом и вещью становится отношением правом, а не фактическим, как говорит Пленгольц. При возникновении общественной организации она, конечно, является только материальным обладанием, является владением. Но это фактическое обладание продолжается, укрепляется; защита его является соответствующей общественной интересу; право его записано. Фактическое состояние превращается в правовое; это — то, что право имеет еще теперь, и как раз в глазах в случае приобретательной давности. Можно доказать и исторически понятие превращения вещного права, но данная из него формы обязательства. Это — то, что называет соответствующим у Огюста Термином, — и в конституции и в теории гражданского права (см. Bigaud, Le droit réel, son origine institutionnelle, Mémoires, Toulouse, 1912; Carlier et Jotroff, Le droit du droit civil, 4^e éd., 1923, стр. 118 col. A. Colliard et Carlier et Jotroff, Cours élémentaire de droit civil, 8^e éd., t. II, p. 402).

Мы вот-таки будем придерживаться определения Анжю и Термина, с некоторым усилием, его заключительной части; только в этой части мы принимаем формулу Пандекта. В результате мы имеем следующие правила: вещь — то, которое, обладая вещным правом, является объектом отношения между лицом и вещью, влечет за собой обязанность подчиненной и более или менее

вещной мере, возлагает на все случаи на каждую индивидуальную вещь, возлагает на вещь по моменту отчуждения. Было бы уловить, что эта обязанность не есть привилегия и субституция. Нужно уловить, что эта обязанность не есть привилегия и субституция вещного права, но только его принадлежность и последствие. Но это еще не достаточно точно. Нужно конкретизировать, заключительную часть формулы. Эта отрицательная обязанность, заключаемая вещным правом на всех по отношению и моменту права, порождает два следствия, являющиеся необходимыми последствиями вещного права, его отличительными чертами: право преимущественства и право следования (le droit de préférence et le droit de suite).

Право преимущественства запрещает кому бы то ни было сорочничать с субъектом вещного права, осуществляющим свое право. Если на одну и ту же вещь установлено несколько таких прав, то в принципе ранг различных субъектов права определяется хронологическим порядком установления прав. Они осуществляют свое право один после других, но каждый осуществляет свое право без участия других.

Например, лицо установило в пользу третьего лица вещное право, перенесло право собственности на одну из своих вещей. До передачи вещи лицу, установившему право, становится несостоятельным. Для субъекта вещного права это неважно; он требует свое право на имущество несостоятельного. Он отрицает всякую другую претензию; он добьется полного осуществления своего права. Таким образом отрицательного обязательства не мешает субъекту вещного права.

Другой пример помогает нам объяснить, в чем состоит право следования. Установлено вещное право. Вещь находится во владении лица, установившего это право. Субъект сможет осуществить свое право против третьего приобретателя, хотя он с ним не договоривался. Он сможет следовать за вещью. Если бы он не имел вещного права, ему возмещался бы только вред возмещения ущерба с установившего права. Вещь была бы для него потеряна. Вот еще следствие отрицательного обязательства.

Прибавим к этому, что по французскому праву строгие принципы права преимущественства и права следования вещного видоизменяются при их применении — принципами публичности. Большая часть вещных прав на недвижимых вещах становится известной в отношении третьих лиц только посредством вписки в публичный реестр в бюро плательщиков. Этот принцип был установлен гражданским кодексом для Франции и земель (ст. 209 и 212, 213) и распространен на большую часть вещных прав на недвижимых вещей 23 марта 1855 г., ст. 43 (заключением декретом — законом 10 октября 1855 г.). В результате, вещь имеет вещное право на недвижимость, владение объектом вещного права в реестре вещном, она подвергается вреду следования или преимущественства других управомоченных лиц.

же, если их права были записаны ранее, чем его право. Это практическое следствие не подрывает принципа самого по себе.

Таким образом, принцип отношения между лицом и вещью, лежащий на всех обязательствах указывает право субъекта, променявшегося в праве следования и в праве преимущественного субъекта, — такими характеристичными чертами вещного права. С ними связана большая точность и сила права, большая обеспеченность или постоянная права, а следовательно, и экономические выгоды.

Но эти выгоды имеют и обратную сторону: вещь, обремененная в пользу третьего лица, становится, в той мере, в какой она обременена, мертвым капиталом для держателя вещи. Когда владеет вещью, собственником которой является другое лицо, или на которую другое лицо имеет usufruct или сервитут, владеет только ничтожным или весьма сокращенным элементом кредита. Устаревление вещного права исчерпывает кредит лица, установившего это право, более, чем установление вещного другого права. Экономической точки зрения, это обратная сторона выгоды вещного права, только что отмеченной.

Как с юридической, так и с экономической точки зрения, мы найдем в личном праве полную противоположность вещному праву.

II. Личное право. Переходим ко второй категории случаев, рассматриваемых вначале, а именно, к личным правам. Следуя тому же методу, берем отдельные примеры и их анализируем.

Лицо дает другому взаймы 1 000 франков. Заемщик обязан вернуть эту сумму, заимодавец имеет право требовать возращения.

Лицо заказывает художнику картину. Художник обязан исполнить заказ, сделавший заказ имеет право на это исполнение.

Один купец договаривается с другим о том, чтобы он не открывал в том же городе однородное предприятие. Положение создается аналогичное.

Что мы видим в этих трех примерах? Только двух лиц: одно, называемое кредитором, другое — должником. Первое лицо имеет право потребовать от второго или предоставления (возврата ценности) в первом случае, или действия — во втором случае, или воздержания от действия — в третьем случае. Право первого лица есть право требования, обременение второго есть обязательство. В том случае, когда предметом этого обязательства служит предоставление денежной ценности, обязательство также называемое долгом.

Личное право, таким образом, есть право требовать от определенного лица предоставления, действия или воздержания; со стороны кредитора, это — право принуждения. Со стороны должника, это — юридическая необходимость, которой он должен подчиниться. Это — связь между двумя лицами: одно из этих лиц — активный субъект, другое — пассивный субъект личного права.

Врывается в глаза отличие от вещного права. Из одного из элементов, только что установленных, здесь не найти: нет вещи, на которую субъект права имел бы исключительное право; нет всеобщей обязанности не стеснять субъекта права; правовое отношение, которое, в случае вещного права, существовало относительно и против всех, здесь существует только против одного лица, должника. Следовательно, здесь нет и права следования, нет и права преимущественного.

Таким образом, положение кредитора гораздо менее благоприятно, чем положение субъекта вещного права. Его право не имеет такой точности, силы, обеспеченности, какие мы только что установили в вещном праве. У него нет права на вещь, но право против личности. Он имеет право воздействовать на вещь. Если это другое лицо не может исполнить, право практически недействительно.

Не следует преувеличивать идею личного характера отношения и считать кредитора не имеющим права на имущество должника. Он приобретает непосредственно, в результате своего права требования, очень важное право — право генерального залого на имущество должника, предусматриваемое статьей 2092 гражданского кодекса. Это право выражается в наложении ареста в случае неисполнения обязательства. Эта гарантия очень ценна, но она только дополнительная и иногда неэффективна, ибо кредитор не имеет ни на какое имущество ни права преимущественного, ни права следования. Он находится в зависимости от конкуренции других кредиторов, которые могут сократить его право до такой-то доли; он беззащитен против третьих приобретателей, если должник отчуждает свое имущество.

В этом личном праве ступает вещному праву. Но здесь также есть обратная сторона: это — удобство, что за должником остается свободное распоряжение своим имуществом; меньше стесняется его хозяйственная активность; ему шире предоставляется возможность совершать мирные сделки, отчуждения, вещи, что перемещает или создает ценности.

Это замечание приводит нас к указанию основной хозяйственной идеи, лежащей в основе вещного установления личного права — идеи кредита. Кредитор — это лицо, которое оказало кредит другому лицу. Этим объясняется его положение: вместо того, чтобы обеспечить себя абсолютным, исключительным правом на определенную вещь, взятую из имущества должника, он оставил за должником свободное распоряжение его имуществом. Он оказал ему доверие; право требования (créance) доверия (confiance). Доверие, которое, как всякое доверие, содержит в себе риск.

Все подобные соображения экономистов о выгодах и невыгодах кредита могли бы здесь найти себе место. Обязательственным правом это — только юридический аспект общественных явлений, экономическим аспектом которых является кредит.

...мы не только что установили в осно-
...будет господствующей идеей влж
...и эти оны. Наша программа в основном итоге
...организации кредита. Мы увидим,
...которые мы должны будем
...откуда совершенно ос-
...теория.

Одно из двух: или кредитор пользуется
...правом, которое мы только что опре-
...испытывать потребность сделать свое по-
...обеспечить это право известными при-
...правом.

Иногда будет обязательство в том виде,
...что анализировали: Общая теория
...обязательства.

Мы теперь лучше предполагаем более сложная обстановка;
...обеспечивает исполнение гражданского права
...обязательств.

...право — в одних случаях
...право — а в иное обеспечение,
...право — право вещное; но и о обеспечение (залог,
...ипотека). Здесь, опять выступает вещное право, но с по-
...в качестве приточного права,
...права требования.

Наш курс будет состоять из двух частей: 1) общая
...обязательства; 2) теория личных и
...обеспечений.

В первой части, в соответствии с официальной программой,
...будет охватывать тексты 3-го и 4-го титулов III кн.
...гражданского кодекса (Договоры или договорные обяза-
...обязательства, возникающие без соглашения);
...1361—1366. С 3-го мы охватим обязательные тексты 20 ти-
...относящиеся к прекращению обязательств, просто-
...прекращения обязательств.

Наше же, законодатель регламентирован (титул 6-й и
...договоров. Каждый из них
...требует бы отдельного изучения. Недостаток, времени выставляется
...вопросы, относящиеся к этим текстам, ко-
...теории обязательств, в качестве приме-

* Действие его договор, по договору, право, принадлежит право
...общественности, собственности, исключитель, из которого и
...продать или продать имеет право, в отношении имущества, и
...статья 1361—1366. С 3-го мы охватим обязательные тексты 20 ти-
...относящиеся к прекращению обязательств, просто-
...прекращения обязательств.

нения общих принципов, или же в качестве исключения из этих
принципов.

Вторая часть содержит объяснение титулов 14, 16, 19 — лич-
ные и реальные обеспечения.

Мы выделим в качестве приложения теорию доказательств
(6-я глава 3-го титула III книги, ст. 1315—1369). В гражданском и
кодексе она является только главой содержания договорных
обязательств. Но ее значение — более общее; она применяется
по всем юридическим актам. Поэтому она должна быть выде-
лена. К тому же, это естественный переход от курса граждан-
ского права к курсу процесса.

85988



ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Общая теория. Мы дали предварительное определение обязательства путем противопоставления личного права вещному праву. Следовательно речь не о том, как личное право, а о том, как оно соотносится с вещным правом. Это — «право в отношении к другому и право другого в отношении к другому» или «взаимное отношение» (лат. *mutuum est iuris vinculum, quo necesse est alteri obire iuris vinculum, quo necesse est alteri obire iuris vinculum*). И гражданский кодекс определяет обязательство в связи с одним из его элементов, договором: «Договор есть соглашение, посредством которого две или несколько лиц обязываются, в отношении одного из них, сделать что-либо или не делать чего-либо».

Такая общая теория термина «обязательство». Существуют, конечно, еще и другие, частные смыслы этого термина:

(1) В юридической науке и в финансовой науке называют облигациями (или обязательствами) документы, удостоверяющие задолженность или известными юридическими лицами (ублаженными, дебиторами или кредиторами), для частных, юридических. Сумма займа делится на более или менее значительные части, каждая из которых получает столько документов, сколько займа долгу он дает займа; документы должны и представляют собой в его руках его право требования. Заемщик является гарантом.

(2) В специальном понимании в нотариальной практике называют обязательством нотариальный акт, удостоверяющий заем, и в нем много особенного смысла — заем, обеспеченный имуществом.

Общая характеристика обязательства — право во Франции. Отказывая в стороне от общего термина «обязательство», нотариальная и первая значительная часть французского гражданского законодательства, особенно в отношении общих характеристик черты обязательственного права во Франции.

Следует отметить, что в общем месте считать обязательство — это право, которое построено строгой логикой. Оно — это право, которое от римских классических юри-

тов, от них воспринято Поте, а затем перешло в гражданский кодекс.

Но это неверно. В праве нет ничего неизменяемого. Право — это регламентированная общественная жизнь, эволюция которой соответствует эволюции права.

Верно только одно: это — то, что изучаемая нами область права наименее чувствительна из всех к изменениям общественной среды.

И это легко понять, если противопоставить обязательственное право правам вещным и семейным. Вещные права связаны с политической и общественной организацией, поскольку дело идет о собственности или ее отчуждении. Феодальная система была с юридической стороны специальной организацией земельной собственности и отчуждения собственности. Это дало Танду основание сказать, что французская революция была «революцией в отношении собственности».

Семейные права связаны непосредственно с тем, что есть семья — *патриархальная и моральное состояние людей и также наиболее патриархальное по времени и месту*. Брак, родительская власть, опека составляли предмет различной регламентации в римском праве, в каноническом праве, в древне-французском праве и в новое время.

В течение последних лет семейные права быстро развивались.

Наоборот, на обязательственное право политические и моральные изменения, по видимому, могли действовать с трудом. Какое влияние могут иметь понятия этого порядка на право продавца — требовать покупной цены?

Аналогичным соображением объясняется тот факт, что обязательственное право народов сходной цивилизации, по видимому, можно унифицировать. Франция и Италия, например, разработали в 1929 г. объединенный проект обязательственного права. Таким образом, роль сравнительного права здесь значительная, чем в какой-либо другой области права.

Но если обязательственное право менее тесно связано с политическим и моральным развитием, чем другие отрасли права, оно тесно связано с другой эволюцией, более медленной, но также вполне реальной, и за последнее столетие исключительно ускорившейся, — с торговым развитием, или, выражаясь более общим образом, — с развитием экономическим.

Принимая сказанное: обязательство есть только определенная часть общественного явления, другим аспектом которого является кредит. Обязательство — это кредит, рассматриваемый с юридической точки зрения; кредит — это обязательство, рассматриваемое с экономической точки зрения.

Но мы знаем, как развивается кредит с течением времени. Мало развитый и мало назревший и первобытных обществах и в обществах античных, он развивается и укрепляется в течение столетий, потому что является *существенным элементом развивающегося*

Тем же образом обязательство подпадает наименованию с той же стороны вместе с развитием и укреплением кредита.

Нужно замечать также различие в юридическом значении и в юридическом характере обязательств именованных.

1) Юридический характер обязательств именованных права — гражданского права — заключается в том, что они являются в действительности, родом — обязательствами, а в смысле — в действительности — обязательствами, а в смысле — в действительности — обязательствами. Эти обязательства являются обязательствами на ценных бумагах. Эти обязательства являются обязательствами, заключающими в себе юридическое обязательство. Юридически это означает в действительности обязательство: есть имущество, которое является объектом для действия права, в которых находится право, в котором гораздо более сильных и надежных для укрепления права, чем в настоящее время. Это — признак развития и укрепления права; действительности правами лицами.

Тем же образом, юридическое право занимает все более и более место в законодательстве. Это видно из истории французского законодательства, в котором: право является основой права, широкого гражданского и гражданского права, и договорам, посвященными значительному числу случаев. Торговое право есть лишь частное право, специально приспособленное для удобства торговли, и для специальной категории дел — дел торговых. Ничего подобного в римском праве не встречается.

Эта разница можно наблюдать также и за границей. В настоящее время юридическое право принадлежит к себе своим собственным законодателям. Постепенно об обязательствах постепенно юридическое отношение составляет самую замечательную часть. Сравнение же с французским гражданским правом, давая результаты развития, производного и точности. Например специально учены, совершенно неизвестны в области гражданского права (ст. 414—419), бумага на предпринимательство, обязательство одно гражданское законодательство, обязательство право кодифицируется, по общему правилу, в 1831 г., пересмотренный в 1911 г.; Турецкий гражданский кодекс (1839 г., обязательство и вещное право). Японский гражданский кодекс.

Уже в начале Польши республика начала гражданскую законодательство составляется в 1931 г. гражданское подкрепление.

2. Именованная юридическая характеристика обязательства замечается в трех отношениях в современной французской праву.

А. Обязательство есть юридическая сила и способность. Эта первая характеристическая черта была отмечена замечательной. А между тем, она затрагивает существенные моменты обязательственного отношения.

У нас сказали, что обязательство есть связь между двумя лицами, кредитором и должником, и прибавили, что оно само по себе и то же время право на имущество должника. В самом деле, оно направлено на исполнение предоставляемая действия или на воздержание от действия, представляющее ценность, и обеспечено правом общего залога по ст. 2092 гражданского кодекса (обращение имущества на имущество). Следовательно, оно само есть ценность.

Вся история обязательства есть история развития второй характеристической черты за счет первой: все более и более за обязательство смотрят, как на ценность, как на основание залогового имущества, а характер обязательства, как связь между двумя лицами, не исчезал вовсе, терпит все более и более свое развитие и развитие.

Эта история ниже не написана, а в нескольких словах можно сделать вывод.

Ограничимся противопоставлением, в виде прямой противоположности, первоначального понятия обязательства, каковы оно было в Риме, в современного.

а) Первоначально кредитор, по видимому, мог быть в отношении абсолютно противоположных одно другому, должником или же субъектом права требования, заключенного на уровне, строгим правом гражданской общины, тогда он имел в отношении должника право исключительной и грубой силы: он мог, при отсутствии добровольного исполнения, заключить должника в тюрьму, свести его на положение раба (набалльного), а затем даже обратиться в рабство, продать, убить.

Наличие его право требования не было санкционировано действительным правом; тогда, в случае спора кредитор не имел других средств защиты, кроме третейского суда местного значения (честный человек), единственной санкцией этого арбитража являлось было общественное осуждение, которому подвергался недобросовестный должник.

В общих случаях обязательство есть личная связь в самом строгом смысле, и только это. В первом случае она принадлежит к личности инакшица на физическую личность должника, во втором оно, в качестве гарантии, имеет только личное значение должника, его честность, нравственность. Что касается залогового имущества, имеющего теперь столь важную роль, то оно само есть общего залога (всего имущества). Позднее система залогового

1) См. в частности работы Мейера, Мейера и Нерс Мейера и др. в «Revue de droit international», т. 1, 1930.

на это первоначальное понятие всегда оказывало давление на развитие римского права.

Эта идея привела к переходу капитальной задолженности — и передаваемости права требования и долга. Действительно, раз связь между этими двумя лицами, изменить предатора или должника значило изменить эту связь. Это настолько верно, что первоначально даже приприсаала его права требования и долга, не передаваемые и наследуемые. Впоследствии это замечалось, но в области римского права сохранили первоначальную идею неразрывности обязательства между лицами: нельзя было передать права требования или долг третьему лицу. Нужно было сделать превращение обязательства, чтобы затем снова установить его в другом лице. В этом смысле принцип сохранял значение; право им обладала, но никогда его не уничтожали.

В Риме, наоборот, личность кредитора или должника есть первоначальным предметом в обязательстве. В самом деле, кредитор не имеет никакой личной права на физическую личность должника. Во всех случаях кредитор имеет право общего взыскания, которое представляет в его распоряжение, в случае неисполнения обязательства, все свету мер изыскания, известную процессуальному порядку. Право требования сделалось ценностью или объектом изыскания с имущества.

В этом смысле можно было сказать, что современное право представляет в долг является отношением между двумя имуществами, а только в еще в большей степени, чем между двумя лицами; это кредитор и должник являются только юридическими представителями своих имуществ. Это не значит, что обязательство перестает быть отношением между лицами, но только объектом личности этих лиц с тех пор безразлична для существования обязательства: кредитор или должник могут существовать без уничтожения или изменения права требования или долга.

Это по общему правилу (и в этом отношении часто допускались отклонения), что современное обязательственное право построено объективно на экономических основаниях, без участия религиозных и моральных факторов. Мы увидим, что наше современное право, и особенно — судебная практика, все более и более трансформируется моральными и социальными факторами: пороки и недостатки, убитость, договоры посредством присоединения и др. (см. P. Perle, La règle morale dans les obligations civiles, 2^e éd., 1933; J. G. G. and, Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé, 1928).

В этом смысле, человек является личностью, объектом моральной и социальной заботы. Этот двойственный характер составляет различие, проводимому Kuntze и Delbosc между *Schuld* (экономическая точка зрения), и *Haftung* (личная и моральная точка зрения). Разница является не два различных предмета, но две точки зрения.

Отсюда вытекает, обязательство стало переданным с активной и пассивной стороны.

В то время, как все усилии римских юристов были направлены на изменение принципа неразрывности, составлявшегося значительное препятствие для развития учения об обязательстве, все усилии современного права направлены на развитие принципа передаваемости, на все большее и большее обеспечение оборота обязательства. Это развитие завершено, особенно — в торговом праве: процедура несения очень упрощена; существуют бумаги на предъявителя, Римские передачи долгов, бумаг на предъявителя, достиг большого совершенства в новейшем гражданском праве. К настоящему состоянию права в этой области можно применить выражение, которое Керниг, с мнением основанном, применил применительно к последнему этапу римского права: «Обязательство функционирует в юридическом обороте не хуже, так же, как в обороте древней эпохи функционировала сама вещь».

Легко заметить экономическую важность этого изыскания изменения. Мы видели, что большим экономическим преимуществом личного права является то, что за должником сохраняется свободное распоряжение ценностями, на которых состоит его имущество. Благодаря передаваемости, и этому преимуществу присоединяется другое: в то время как должник сохраняет свободное распоряжение, кредитор может, со своей стороны, считать на свое право требования, как на имущественную ценность, отчуждать его, продавать, превращать по своему желанию в наличные деньги. Помимо, насколько возрастает от этого значение кредита.

В. Объем защиты, предоставляемой обязательственным отношениям. В римском праве слабое развитие и незначительная обеспеченность кредита производили другой эффект: защита гражданского права давалась обязательственным отношениям лишь очень скупо; эти отношения защищались судебным путем лишь в случаях, исчерпывающим образом, притом узко, определенных законом. Примером могут служить отношения, возникающие из договоров. Было четыре категории договоров, признаваемых цивильным правом: *verba* (устные), *litteris* (писанные), *re* (реальные), *consensu* (консенсуальные). За пределами этих договоров простое договорное соглашение не защищалось иском. Юриспруденция и претор, с их учением о безличных контрактах и о неформальных соглашениях (*pacta*), никогда не могли полностью исправить эту первоначальную уязвимость.

Равным образом (и это, быть может, еще более поразительно) в области обязательственных отношений, возникающих из причинения вреда другому, казалось бы, что может быть справедливое и простое, как установить, в качестве общего принципа (ст. 1382 гражданского кодекса), что: «Владелец должен возмещать вред другому, обливающий того, по чьей вине это вред».

воле, возместить этот вред? Однако этот принцип иногда не был в его основе еще принят римским правом. Были ограничены в его объеме виды принят римскими которых потерпевшему от чужой ошибки отдают, на мучительных которых потерпевшему от чужой ошибки отдают. В этой области еще претор старался расширить границы в пользу. В этой области еще претор старался расширить границы в пользу. В этой области еще претор старался расширить границы в пользу.

В римском праве устоял первоначальный принцип уступки вещи другому, более широкому принципу: все обязательственное отношение, каковы бы они ни были, лишь бы они удовлетворяли условиям существования и действительности, предельно широко допускали передачу вещей, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй.

В римском праве устоял первоначальный принцип уступки вещи другому, более широкому принципу: все обязательственное отношение, каковы бы они ни были, лишь бы они удовлетворяли условиям существования и действительности, предельно широко допускали передачу вещей, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй.

В римском праве устоял первоначальный принцип уступки вещи другому, более широкому принципу: все обязательственное отношение, каковы бы они ни были, лишь бы они удовлетворяли условиям существования и действительности, предельно широко допускали передачу вещей, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй.

В римском праве устоял первоначальный принцип уступки вещи другому, более широкому принципу: все обязательственное отношение, каковы бы они ни были, лишь бы они удовлетворяли условиям существования и действительности, предельно широко допускали передачу вещей, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй.

В римском праве устоял первоначальный принцип уступки вещи другому, более широкому принципу: все обязательственное отношение, каковы бы они ни были, лишь бы они удовлетворяли условиям существования и действительности, предельно широко допускали передачу вещей, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй, санкционируются правом, при этом не требуется извещения второй.

вещных прав (ст. 1138). Договор, направленный на передачу или установление вещного права на определенный телесный предмет, производит сам по себе переносные или возмездные права.

Значение этого различия огромно; оно отразилось на всей организации права собственности и кредита.

Взять, хотя бы, продажу определенного предмета. Теперь договор, сам по себе, в одно и то же время и порождает обязательство перенести право собственности и исполняет это обязательство. Титул, устанавливающий обязательство, и титул, устанавливающий вещные права, сливаются в единый юридический акт.

В римском праве оба титула оставались раздельными: титул, устанавливающий обязательство, акт передачи порождал вещное право.

Следовательно, поскольку в римском праве оба титула раздельны, один может остаться действительным, а другой — нет. Договор может быть недействительным, и тем не менее, вещное право может возникнуть установленным или перенесенным благодаря действию специального титула. Если, например, лицо могло перенести право собственности на вещь другому лицу по титулу дарения, а это другое лицо считало, что первый имел власть дать взаимный договор, а от отсутствия согласия второго не менее, если проходила передача, право собственности переходило от одного к другому. Акт, устанавливающий обязательство, признавался несуществующим; акт, порождающий вещное право, имел силу, так как была justa causa traditionis (правильное основание передачи). Итак, этот акт производил действие, несмотря на несуществование первого (ср. Юлий, II, XLV, 1, De adq. dom. 36).

Сделаем такое же предположение для французского права: решение будет обратное. Здесь договор в одно и то же время устанавливает обязательство и переносит вещное право. Если договор недействителен, то так как он — единственный титул перенесения, вещное право не может быть перенесено. Таким образом, недействительность договора повлечет за собой недействительность перенесения вещного права.

Сравнение практической ценности обеих систем показывает наличие этого различия в принципах.

Французская система имеет преимущество, которое видно из следующего. В регулировании отношений сторон эта система более справедлива, лучше соответствует их обоюдному намерению; стороны желали перенести право собственности, но во исполнение договора. Если договор недействителен, более соответствует намерению сторон объявить недействительным также и перенесение права собственности. Какое же неуместным рассуждать, что это делает римское право, договор и воля договора, передаче права собственности и основание этой передачи.

Но эта система представляет неудобства с точки зрения третьих лиц и общего кредита. Недействительность акта, установ-

Книга I

Источники обязательств

Классификация гражданского кодекса имеет свои корни в римском праве. В римском праве мы находим две категории актов, порождающих обязательства: договоры и деликты.

Договоры представляли собой соглашения, направленные на установление личного права, а деликты — иском по гражданскому или уголовному праву; деликты это невольные действия, совершаемые самим гражданином. Связь между этими двумя категориями была установлена в пользу потерпевшего против совершившего деликт. Обе категории актов порождали иски, весьма различающиеся по характеру: иски договорные и иски *ex delicto*, из деликта, уголовного.

Нельзя сказать, чтобы две категории, другие факты порождающие обязательства, но не входящие под эти два определения. Они были разрозненными, и трудно их охватить одной формулой. Вот несколько примеров. Лицо получает платок, который ему не сделали, или удерживает, не имея поручения, делама другого; или совершает или претерпевает деликты. Римские юристы, не будучи в состоянии дать определение этих источников, группировали их под неопределенным наименованием: *vergius obligandi* (Гай, D., XLIV, 7, de off. p. r. j. Не исключили, что обязательства, возникающие из этих источников, стоило отнести к действиям, были похожи или на обязательства из договора или на обязательства из деликта. Будучи обоснованно говорить, что в первом случае обязательство возникает quasi *ex contractu*, как бы из договора (Ср. I. 2. III, 27 IV, 5). Не приди и более точно и менее обширному выражению, кончили признанием двух новых категорий обязательств: квази-контрактов и квази-деликтов. Такая образом, пришли к классификации источников обязательств на четыре категории: договоры (контракты), квази-контракты, деликты, квази-деликты. Деликт отличался от квази-деликта тем, что он был намеренным, тогда как квази-деликт не был таков¹.

¹ Ср. Yvonnet, La notion de quasi-contrat, these Bordeaux, 1912; Yvonnet et Chabot, Le notion de quasi-delit, these Bordeaux, 1927.

Еще Потье (*Obligations*, том. 113—115) классифицировал эту классификацию и присоединил к ней пятый источник — закон. Это может на первый взгляд удивить: с тех пор, как закон признал обязательство действительным, нельзя ли вообще считать, что обязательство вытекает из закона? Тогда закон стал бы единственным источником обязательств. Но следует заметить, что в четверть первых приведенных случаях закон только заставляет принять обязательную силу за известными действительными человека. Действие человека и есть подлинный источник обязательства, закон только посредственный его источник. Когда говорят об обязательствах, имеющих источником закон, имеют в виду те случаи, когда, помимо какого-либо человеческого действия, закон непосредственно устанавливает обязательство, например, обязательства из иски, из обязанности давать на содержание (алименты) (ст. 205, 207).

Таим образом в конце XVIII века установилась классификация источников обязательств на пять категорий. Она имела корни в римском праве, но римская теория была дополнена.

Эту классификацию находим в гражданском кодексе. Кодекс группирует договор в III, титуле III, а остальные четыре категории группировал в IV титуле «Обязательства, возникающие без соглашения».

Ст. 1370 напоминает классификацию Потье. Мы будем следовать этой классификации, в настоящее время очень критикуемой, и увидим, в связи с квази-контрактами, как нужно отнестись к этим критикам.

План книги I

- Раздел I. Договоры.
- Раздел II. Квази-договоры.
- Раздел III. Деликты и квази-деликты.
- Раздел IV. Обязательства из закона.

РАЗДЕЛ I ДОГОВОРЫ

Общие положения. Заглавие III раздела третьей книги гражданского кодекса «Договоры или обязательства из соглашений» указывает, что этот раздел, по мысли его редакторов, посвящен двоякой предмету: теории договоров и, кроме того, законным правилам, которые, как договор есть главный источник обязательств, являются по своему порождению общими правилами, относящимися и к другим обязательствам. Эти правила не являются специальными правилами договорных обязательств. Поэтому их нужно оставить в силе, они будут изучены во II книге. А здесь мы будем изучать только те, что относятся специально к договору.

I. Определение договора. Оно дано в ст. 1101: «Договор есть соглашение, посредством которого одно или несколько лиц обязываются, в отношении одного или нескольких других лиц, дать что-либо, сделать что-нибудь или не делать чего-нибудь». Это определение заимствовано у Полье (Обязательства, пом. 3). Для Полье договор есть вид родового понятия соглашения. А соглашение есть согласие двух или нескольких лиц, направленное на достижение какой-либо цели. Когда эта юридическая цель состоит в установлении обязательства, соглашение получает наименование договора (контракта).

Примечая, что ввиду происшедшего во французском праве слияния договоров, устанавливающих обязательства, и актов, устанавливающих или переносящих вещные права, договор слушал у нас не только для того, чтобы установить права требования, но и перенести вещные права (ст. 711 и 1138). Мы будем его изучать только в качестве акта, устанавливающего обязательство.

II. Классификация договоров. Эта классификация многочисленна, но менее сложна, чем в римском праве. Тогда нужно было искать, и иной изобретая, отнеси данный контракт, чтобы определить его, связанный с этим контрактом. Но французском праве, как увидим, практический интерес классификаций менее велик.

Для классификации, которую необходимо знать, указаны в ст. ст. 1102—1106, договоры синаллагматические и односторонние; договоры возмездные и безвозмездные; договоры меновые и распорядительные.

A. Договоры синаллагматические и договоры односторонние. Договоры являются синаллагматическими, или двусторонними, «когда два контрагента взаимно обязываются один перед другим» (ст. 1102). Договоры являются односторонними, «когда одно или несколькими лиц обязываются перед другим лицом или перед несколькими другими лицами, без возникновения обязанности со стороны этих последних» (ст. 1103). Примеры синаллагматического договора: купля-продажа, заем; одностороннего договора — заем.

Между этими двумя категориями хотелось ввести еще промежуточную. Бывают договоры, которые при их заключении обязывают только одну из сторон; но положение, созданное договором, таково, что последующее событие может обязать другую сторону. Так, в момент, когда заключается договор поклада, возникает обязательство только на одной стороне — поклажевателя. Точно так же при договоре ссуды (предоставление вещи в пользование) или залога. Но предположим, что поклажеприниматель, ссудополучатель или залоговый кредитор произведут затраты на поддержание вещи; другая сторона обязана возместить эти затраты. Таким образом, одно обязательство — первоначальное, возникающее из договора; другое — взаимное, возникающее позднее из случайного факта.

Эти договоры, в принципе односторонние, но которые могут их роль facto (в дальнейшем) убедиться синаллагматическим договорам путем возникновения другого взаимного обязательства, иногда обозначались как исполненные синаллагматические. В действительности, это односторонние договоры; ибо сами по себе они устанавливают только одно обязательство, обязательство встречное возникнет позднее из внедоговорного источника¹.

Практический интерес этого деления. (1) Применение статей 1325 и 1326. Акты, устанавливающие синаллагматические договоры, должны быть составлены по нескольким экземплярам, сколько обязанных сторон (ст. 1325). Наоборот только на односторонние договоры распространяется требование надписи «действительно» или «одобрено» (ст. 1326).

(2) Вопрос о несении риска ставится только в отношении синаллагматических договоров (ст. 1138).

(3) Наконец, иск о расторжении договора по ст. 1184 возникает, по мнению некоторых авторов, только в отношении синаллагматических договоров. Однако, мы увидим, что этот иск в известных случаях может быть распространен на односторонние договоры.

B. Договоры возмездные и безвозмездные и т. д. Договор является безвозмездным, когда одна из сторон доставляет другой стороне выгоду, ничего не получая взамен.

¹ См. критич. деления договоров на синаллагматические исполненные и исполненные у Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, т. I, стр. 7 (2-е изд.).

ст. 1105. Если вещь только одно предоставлено, без взаимно-
го предоставления. Договор является кооперативным, когда одна
сторона предоставляет другой стороне выгоду за другое пред-
оставление, которое она получает немедленно или получает вза-
менное. Если вещь обязательство предоставлений. Примеры без-
взаимности договора: дарение, поручение, договор хранения,
если только договоры, которые могут быть за плату; тогда
они являются взаимными договорами. Возмездные дого-
воры — взаимные, всем, процентный заем. Применение
этого принципа довольно редко затруднительно (см. J. C. h. a. n.
1931. Etude sur le motif juridique de l'acte à titre gra-
tuit ou fait en faveur, these Strasbourg, 1931). Следует из-
менить название возмездного договора с синаллагатического,
взаимности предоставления в взаимности обязательства. Законо-
дательная комиссия изменила в ст. 1106: «Возмездный договор
— это взаимный обязательство каждой из сторон что-либо дать
или сделать. Но если как бы вытекает, что возмездным дого-
вором является только тот, который порождает взаимные обяза-
тельства. Но договор и слишком узко. Такой договор есть до-
говор взаимности. То, что делает договор возмездным,
это взаимность обязательства, это — взаимность
договора и поэтому встречается во всех синаллагатических до-
говорах, но также встречается также и в односторонних договорах.
Так, например, есть договор односторонний, потому
что только возмездное обязательство только для заемщика. Одна-
ко это возмездный договор. И так, всякий синаллагатический дого-
вор есть договор возмездный; но обратное положение верно:
только договор взаимности, но исключаются синаллагатическим.
Договоры этой классификации: (1) Толь-
ко взаимные договоры могут приобретать торговый характер,
то есть когда заключается обмен и расчета, но совместно
договоры взаимности договоров.

(2) Если договоры определяются законом менее строго в безвза-
имных договорах по сравнению с возмездным (см. в области хра-
нения ст. 1121 и 1122; в области поручения — ст. 1192, абз. 2).

С. Договоры меновые и договоры ри-
ентажа. Во взаимности возмездных договоров. Меновой
договор — это договор, когда размер взаимных предоставлений,
каждому из сторон или обмениваются или, допускается
взаимности предоставления и не зависит, согласно договору,
от какой-либо случайного события. Примеры: продажа дома за
уменьшение цены, если дома за столько-то и год.

Договор рентажный, когда предоставление, обещанное
одной из сторон, является в смысле своего существования или раз-
мера, не зависящим от события, возможность которого не по-
дается взаимности предоставления. Примеры: аренда дома или
земли, аренда здания дома или коммунальную ренту продажу;

страховании, при котором страхователь платит страховые пре-
мии, тогда как страховщик уплачивает возмещение в случае
случая только в том случае, если наступит страховой случай.
Рентный договор аренды — взаимности предоставления и ст.
1104, ч. 2: «Когда оказывается событие в области не зависит от
или потеря для каждой из сторон, и независимо от непред-
виденного события, договор является рентажным».

Сравниваются, должны ли в рентажные договоры входить
каждый или на потерю обязательства предоставлять для одной
сторон или но они могут быть только для одной из них. Нужно
сказать, что они должны существовать для обеих сторон. До-
говоры рентажные по ст. 1104, которая дает в соответствии со
ст. 1101, следовательно рентажные договоры «Рентный договор
— это взаимное обязательство, независимо от стороны или в об-
ласть события, так и потеря, зависит для обеих сторон, или для
одной, либо исключается из них, от независимого события. Со-
гласно этому определению, стороны могут существовать только для
одной из сторон. Если договор меновой, который дан в ст. 1104.
В этом деле, то меновой договор содержит взаимные предостав-
ления, поэтому может быть для одной из сторон или потерю
или другой, в области. Чтобы объяснить ст. 1104, стараясь
быть точнее рентажные договора, где стороны обязательства только для
одной стороны. Следовательно, не страшно по страхованию рента-
же. Страховые рентаже, или коммунальные ренту, которые
взаимности предоставления потому, следовательно не взаимности
ренту. Если рентаже страховой случай, то существует только
для одной стороны. Договор для которого одна сторона утратить вещь.
Но в деле заключаются взаимности предоставления предоставления
ренту, или в страшно — ренту является взаимности предоставления
каждому, или в страшно случай не зависит. Договор для
которого одна сторона утратить вещь, в его отношении в таком об-
ласть предоставления. Следовательно, ст. 1104 имеет только взаимности
договора.

Договоры этой категории происходят в случае или в рента-
жные договора в ренту утратить вещь. Они же договоры при
каждом случае договоров, но стороны не зависят при рента-
же договоров. Также в рента, от договоров при рентаже (ст. 1104,
ч. 2) не зависит, или рентаже взаимности предоставления рента-
же (ст. 838).

О. Второстепенные классификации. Другие классифи-
кации не имеют юридического значения.

1. Договоры взаимные, а договоры взаимности
и ст. 1104. Договор взаимности, который может существовать
независимо от наличия другого, или не обе стороны. Примеры.
Примененный договор — это, который взаимности предоставления, рента-
жные договора, и которые не зависят (коммунальные, рента-
жные договора). Эти классификации должны отличаться, а стороны,
либо предоставления не предоставляет сторона рентаже или рента-
же.

категорий. Обе категории договоров подчиняются одним и тем же правилам. То, что различает заметным образом — это обязательства, порождаемые договорами. Представляет интерес различие главного обязательства и обязательства придаточного; но это различие относится к последствиям обязательств, а не связывается с особой теорией договоров.

2. Договоры именные и безименные. Это различие имеет свое значение в римском праве: именные контракты были те, теория которых была установлена гражданским правом и которым соответствовал иск, носивший название контракта.

Безименные контракты составляли специальную категорию, постронную посредством *interpretatio* (толкования), когда, несмотря на отсутствие санкции в *ius civile*, стали давать себе *rescriptis verbis*. Это были соглашения, которые становились обязательными для одной стороны с того момента, как другая их исполняла.

В настоящее время именными договорами называют те, теория которых дана специально в гражданском кодексе: купли-продажи, заем, товарищество, поручение, мировая сделка и пр., и безименными договорами — остальные, например заем сейфа (денежного шанса), текущий счет. Это различие бесполезно; будет ли договор именным или безименным, он имеет силу и защищается судебным иском; все договоры подчиняются одним и тем же общим правилам; ст. 1107, ч. 1: «Договоры как имеющие особое наименование, так и не имеющие такого наименования, подчиняются общим правилам, содержащимся в настоящем титуле».

Говорит иногда, что специальные правила, установленные законодателем, применимы только к именным договорам. Но эти правила, кроме некоторых повелительных распоряжений, называются только презумпциями воли, которые стороны могут прямо или косвенно отменить; таким образом, именной контракт может не подчиняться этим правилам, если оказывается, что стороны не желали распространить их на данный договор. С другой стороны, безименный договор может быть подчинен, в некоторых отношениях, правилам того или другого именного договора, если выяснится, что стороны желали подчиниться этим правилам. В итоге, когда идет перед собой соглашение, то прежде чем искать, каково его название, в какую категорию оно входит, нужно прежде всего установить намерение сторон. Юридические категории можно будет с пользой применить только позднее. Итак, не важно знать, получила ли договор в законе наименование или не получила.

План I раздела

- Глава I. Заключение договоров.
- Глава II. Действие (последствия) договоров.
- Глава III. Обязательства из договоров.

ГЛАВА I

ЗАКЛЮЧЕНИЕ ДОГОВОРОВ

Принцип автономии воли. Построение французского гражданского кодекса основано на принципе, абсолютно отличном от принципа римского права. В Риме первоначально человеческая воля в принципе была неспособна, сама по себе, установить обязательство; приходилось прибегать к определенным способам и формальностям, установленным гражданским правом. Действующее французское право основано на принципе автономии воли; это — обратный принцип: воля по общему правилу способна сама по себе установить обязательство, если не считать некоторых, совсем исключительных, случаев.

Отсюда вытекает первый вопрос, который нам необходимо с самого начала выяснить: каким образом перешли от одного принципа к другому? После этого мы рассмотрим, каково существующее состояние идей по этому пункту.

I. Историческое развитие. Существенная идея римского формализма заключается в том, что воля сама по себе есть нечто чрезвычайно абстрактное, что она ведет к неопределенностям. Она может произвести действие только в том случае, если она вопрекиволевалась в материальных чувственных фактах. Только тогда она представляет достаточно определенную величину. Также требуется, чтобы она была выражена образами чувственными, обращающими на себя внимание, определенными, или, по крайней мере, чтобы воля сопровождалась материальными актами, которые запечатлеваются в сознании.

Отсюда три древнейших категории договоров: договоры *verbales* — обязательства, образуемые устной, sacramентальной формулой; наиболее распространенным из этих договоров была стипуляция; литеральные договоры, заключаемые посредством записи формулы в книги *patrofamilias*, домовладельца; договоры *reales* — образуемые материальной передачей вещи. За пределами этих категорий были только раста, не снабженные юридической санкцией: *ex nudo pacto non nascitur actio* — из галогого пачта не возникает иска.

Однако, эта первоначальная узость была впоследствии смягчена. К началу VII столетия от основания Рима, четыре пачта были защищены иском: продажа, заем, поручение, товарищество. Они были названы *consensuales* договорами.

Эта была первая приваившая идея, что две воли, соединившись свободно и добровольно, могут установить обязательства, символически санкционированной властью.

На эту идею опирались также четырьмя договорами. В сущности этот вопрос упирается не столько так далеко. Обстоятельства жизни человека заключаются в том, что никто не пользуется силой, кроме как по санкции просто посредством посредничества государства — системы власти.

Самая идея во всем заключается. Но оно даже зародилась современная идея. Французской теории суждено было родиться в результате развития власти и отхода от контрактов формальности для реальности.

Впервые зародилась первая зародилась после вторичности. Греческая теория была одним из формализма, как и римская. Впервые контракты соотнесены с *ius in re*; реальным контрактом — это реальная индивидуальная контрактом — договором.

Французская теория около XIII столетия под трагическими условиями развития, кризиса, возмущения обычное право, индивидуальное право. Соединившись с индивидуальными властями, эта идея символически приваивается созданию шотландским иудейским правом и восточной форме, когда соглашение воли не является обязательным. Обсуждени в деталях теория, относилась к *ratio* (1:1 D. de rebus, II, 10), теория, что нужно заключать соглашения. Эта теория в римское время была только простой *ex officio*. А почему не действует воля? Это и было достигнуто в XIII столетии (Доктрина Гроция IX, 1, XXXV, 1 и 3). Бемангар и Шарде-Фонтен заявляют, что следует унаследовать соглашения. Эти принципы не нарушаются. В XVI в. он не возмущает против. Делайе (Wak, ock., III, 1, 2) пишет: «Простое обязательство или соглашение может быть не силу, как индивидуальная реальная власть. Но это теория автономия воли; эта теория и принцип автономии. Эта теория, утвердилась в XVII в., теория и индивидуальная воля; она утверждала что индивидуальная реальная воля. В ту же эпоху она была популярна в Скандинавии и Германии под названием теории воли».

Такая теория, но он действует исключительно. Наряду с индивидуальными договорами, существуют они в виде индивидуальных индивидуальных формальных договоров (символически символически — символически) и договоров реальности. Они многозначны и многозначны, прежде всего, чем прежде.

Теория автономия воли, представляющая собой, что воля. Чтобы установить эту власть, чтобы установить

1. De l'autonomie de la volonté dans le droit ancien et moderne, par M. P. de Lamoignon, Paris, 1771. Histoire du droit français, par M. de Lamoignon, de l'Académie des sciences, des belles-lettres, des arts et métiers, de l'Institut national de France, t. II, Paris, 1821. La théorie de l'individualisme contractuel dans le droit ancien et moderne, par M. de Lamoignon, Paris, 1921.

но обеспечить доказательства униз договором, в некоторых случаях, чтобы избежать единичного большого индивидуализма этой договором. Чтобы обязать стороны обратиться к закону и индивидуальной воле, — закон требует символически символически формы. Она состоит в участии государства действительного акта, чиновника учреждена по закону, такой индивидуальной властью или нотариуса. Бран и усмиряющая, дарение, установленная теория — важнейшие на этих договорах.

Реальные договоры не имеют никакой приваиваемой приваиваемости с контрактами или с *res praesita*. Они не являются волей идея, что воля не может произвести юридическую действительность, если она не подкреплена фактической передачей индивидуальной вещи. Она реальна силой воли. В самом деле, она индивидуальной обязательности возврата предоставленной личности или вещи — (даже, хранения, завещания). Такое обязательство, обязательство, может возникнуть только с момента передачи вещи. В этом смысле говорят, что эти договоры заключаются посредством передачи вещи. Например, ст. 1913 в отношении хранения объявляет: «Договор считается совершенным только посредством действительной или символической передачи вещи, отдаваемой на хранение».

Правильнее было бы сказать, что эти договоры заключаются посредством соглашения, но что, по самому предмету, это соглашение может образовать договор только, когда сопровождается передачей вещи (см. Baudry-Lacantinerie et Bédou, Oblig., t. I, стр. 21—23).

В конечном итоге, принцип автономии сохраняет основное значение. Один только торжественные договоры составляют действительное значение на него, в определенных и немногочисленных случаях. Значение этого принципа распространяется, кроме того, на все юридические акты, даже за пределами области договоров.

II. Направление современной науки и области автономии воли. Такого состояние французского положительного права. В дальнейшем стала наблюдаться тенденция, с одной стороны, ограничивавшая роль индивидуальной воли, а с другой стороны — развивавшая этот принцип до его крайних логических выводов.

A. Реакция против автономии. За несколько десятилетий лет в особенности можно констатировать в науке и в юридической практике своего рода реакцию против приваиваемости воли. Это объясняется те новыми потребностями кредита, вследствие экономического развития, те более общей реакцией против несколько исключительного индивидуализма XVIII в. В этом направлении есть много хорошего. Но крайности в нем были бы опасны (см. Goulet, L'autonomie de la volonté, Etude critique de l'individualisme juridique, diss. Douai, 1913). Это новое направление проявляется с трех точек зрения.

(1) Возрождение формализма. В последние годы есть тенденция увеличивать число торжественных актов,

Это придает актам больше определенности, кредиту — более солидную базу. В германском праве каждый договор, направленный на перенесение права собственности на недвижимость или на установление вещных прав на недвижимость, является торжественным и должен совершаться в суде или перед нотариусом (ст. 133). Вещный акт передачи — торжественный акт (ст. 873).

Самым большим распространением этой системы было бы, конечно, если бы она повлекла бы за собой осложнения и затруднения деловых отношений.

2) Теория изъяснения воли. Эта теория появилась в Германии и противопоставляется классической теории суверенной воли, развитой Савиньи. В этой последней теории обращается внимание на акт психологического хотения. Хотят сделать действие акта с субъективным намерением сторон. Но эта система встречает возражение: то, что знают третьи лица, это — не воля сама по себе, не субъективное намерение; это — то выражение, которое сторона придала своей воле. Выражение воли, объективное внешнее проявление намерения, должно иметь юридические последствия. Последствия юридического акта должны определяться не по внутреннему намерению, а по изъяснению, которое делает его существующим во внешнем мире. Внешнее намерение, если оно не получило внешнего выражения, будет отчасти лишено последствий. Если выражение воли не соответствует намерению, могут наступать известные последствия, которых не желало лицо, выразившее волю. Это потому, что лица, которые не знали выражения воли, должны были считаться с ним. Нельзя считать их подчиненными действию воли, не выраженной в волеизъявлении. Здесь опять решающее значение имеет интерес факта.

Но здесь еще создается опасность, что будет принесен в жертву автор юридического акта. Он может не точно выразить свою волю и, тем не менее, оказаться им связанным.

Поэтому необходима эклектическая система, которую стараются осуществить германские уложения: делают громадные уступки классической теории (ст. 133; выражение воли должно устанавливаться по действительной воле), оно отнюдь свое место в новой теории (напр. по вопросу о заблуждении ст. 119; см. ниже по поводу теории пороков соглашения)¹.

3) Теория социальной солидарности². Теория автономия воли родилась на почве индивидуализма XVIII века. С точки зрения этой системы, индивидуальная воля творит

¹ См. Saleilles, De la déclaration de volonté, в особенности стр. 5—8 и 167—168. Cp. Traité des obligations du Code civil allemand du Comité de législation comparée, 1, notes sous les articles 116 и 133; Meunier, Revue trimestrielle de droit comp., 1902, стр. 570; Jean Chabas, De la déclaration de volonté en droit civil français, diss., Париж, 1901.

² Saleilles, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, см. особенно стр. 208 и 210. Cp. Leubsdorf, Préface à la traduction du Code civil soviétique de l'Union des Républ. sovi. См. также Pierre Louis-Lucas, Volonté

право. Наоборот, согласно названной новой теории право рождается на почве социальной солидарности, которая объединяет всех индивидов. Два индивидуума только тогда, если они соответствуют юридическим правилам, вытекающим из социальной солидарности. Следовательно, действие юридического акта и специальность договора вытекает из социальной солидарности, а не из воли.

Опасность этого взгляда заключается в том, что при этом понимании, преувеличивая его значение, рискует подвести свободу соглашения и привести к государственному социализму. Идея солидарности ввести нужно, но следует избегать уничтожения ее идеи свободы³.

В Теория одностороннего обязательства. Противоположное направление не ограничилось признанием того, что соглашение воли и принцип есть источник обязательства. Оно стремилось пойти дальше и отставало ту точку зрения, что в современном праве принцип автономии получил еще большее развитие. Индивидуальная воля, с этой точки зрения, может установить обязательство, даже помимо того, согласна ли с ней в этом другая воля. Лицо может связать себя обязательством без договора, простым односторонним волеизъявлением, исходящим от него. Теория односторонней воли, признаваемой за источник обязательства, хочет создать, наряду с договором, новый добровольный способ установления обязательств.

Этим объясняются многие юридические явления современного права, например, бумаги на предъявителя, должник, в силу бумаги на предъявителя, говорит, связан одной своей волей; он принимает на себя обязательство уплатить каждому, кто предъявит ему документ; будущий предъявитель неизвестен, потому что согласие воли связывает должника; это — единственная односторонняя воля. И эта идея находит применение во многих других случаях: применительно к учреждениям, обещаниям награды, договорам в пользу третьего лица, предложениям договора и пр.

Впервые эта теория была выражена в Австрии Siegel'em в 1871 г. (Das Versprechen als Verpflichtungsgrund), затем воспринято René Worms'ом в его диссертации De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation, 1891 (ср. Saleilles, Théorie générale de l'obligation, стр. 147 и сл.; Guichard, De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté, diss., Париж, 1900). Она имела определенный успех. Однако, в настоящее время стремится ее ограничить и дать ей более благоумное применение. И это кажется правильным.

¹ Cf. также, diss., Париж, 1918; Gény, Science et technique, т. IV, стр. 116; Hourcade, L'ordre social, la justice et le droit, Rev. tram. de droit civ., 1927, стр. 786.

² В данном месте представляется буржуазная теория, в которой признается автор. — Приказание в требовании.

И потому, а также отмеченный долей зрения нельзя сделать вывод об их зрительной способности. Одна сторона утверждает, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. Другая сторона утверждает, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере.

В этом случае можно утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере.

С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере.

С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере.

В этом случае можно утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере. С точки зрения зрения, нельзя утверждать, что способность видеть себя существует в абсолютной мере.

ниги обязательства, следует отметить (ср. Gluz, Methode d'interprétation et de la loi, стр. 155 и сл.).

В области законодательства законодатель имеет возможность при условии не устанавливать условия применения, а также не регламентировать частные случаи, и наоборот законодатель не должен это делать.

Тем и поступило германское гражданское законодательство. Ст. 136 отвергает общия условия Зигери². Но оно сохраняет частные по-прежнему старые, исключившие условия специального законодательства, основанного на принципе абсолютного обязательства, и специально регламентирует эти вопросы: 1) удержание вещи (ст. 852); 2) обязательная награда (ст. ст. 657—664; ст. ст. 856—859); 3) обязательная компенсация (ст. 859); 4) некоторые требования участия в исполнении воли (см. ниже).

Содержание главы I

Отделение I. Существенные условия действительности договоров.

Отделение II. Условия формы.

Отделение III. Случаи отсутствия или плагиризации требуемых условий: теории недействительности.

Отделение I

СУЩЕСТВЕННЫЕ УСЛОВИЯ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ДОГОВОРА

Для условия содержится в ст. 1308: «Четыре условия являются существенными для действительности договора: волеизъявление, которое обуславливается его способностью заключить договор, его предмет, составляющий содержание обязательства». Во всем, например, предмету дела за 10 000 франков. Соглашение есть согласие между двумя лицами, действительное для него волеизъявление означает согласие с юридической силой; предмет состоит в передаче права собственности на дом и в ином вещном акте; юридическое обязательство означает «обязательство», предмет обязательства — обязательство покупателя, для покупателя — обязательство продавца.

Для четыре условия нам предстоит теперь рассмотреть. Для выяснения ясности мы в первых двух параграфах изучим предмет соглашения, затем пороки соглашения: §§ 134 и 135 и посвящаем посвящаем распоряжению, предмету, объекту.

² Ст. 1362: «Для установления действительности договора условия являются существенными: волеизъявление, которое обуславливается его способностью заключить договор, его предмет, составляющий содержание обязательства».

Соглашение есть согласие воли сторон, направленное к одной из тех же юридической цели. Это согласие содержит в себе два противоположных друг другу выражения воли. Одна из сторон берет на себя инициативу, предлагает другой стороне заключить договор. Другая сторона выражает свое согласие. Первое из выражений воли есть оффер, предложение; второе волеизъявление есть акцепт.

Мы рассмотрим их отдельно. По этому предмету в гражданском законодательстве нет никаких указаний, тогда как их много в иностранных законах и в судебной практике. Этот вопрос, по существу признания, остается очень трудным для применения.

1. Предложение. Это — одностороннее выражение воли, направленное одним лицом другому, посредством которого первое лицо выражает намерение считать себя связанным, если другая сторона примет это предложение.

Нужно остановиться на двух вопросах: А) из каких фактов можно вывести выражение воли? В) какие юридические последствия вытекают из предложения до его принятия?

А. Факты, из которых будет вытекать выражение воли. Первый пункт ясен: нужны внешние, чувственные факты. Простого намерения недостаточно.

Нужно, с другой стороны, чтобы это выражение воли было объявлено и другой стороне, прямо или косвенно. Недостаточно было бы, например, в ходе переговоров с третьим лицом сказать: я хочу намерение продать вещь Палу.

Вяк, требуется внешнее выражение воли, обращенное к другой стороне. Фактически оно передается или с помощью слов, произнесенных при устных переговорах, или путем предложения, сделанного через представителя, или с помощью письма или всяким другим выражением воли, содержащим два необходимых характерных признака.

Определим точнее это первое понятие, вызывающее два замечания:

(1) Нужно обратить внимание, что из того, что предложение должно быть обращено к другой стороне, не следует, что оно непременно должно быть обращено к определенному лицу. Этого нет при публичных предложениях. Например, торговый выставщик определяет предметы на выставке с указанием цены; это — предложение, которое всякий может принять и которое предлагающий не может более взять назад после принятия (см. швейцарский федеральный обязательственный кодекс, ст. 7, ч. 2; ср. решение торгового трибунала, департ. Сены, 5 января 1869, D. 69, 3, 14; купец выставил товары с указанием цен, желая поступить; ему пытаются передать за указанную цену другие предметы, а те, которые были выставлены на выставку. Такое предложение купца трибуналом отвергнуто).

Можно ли считать предложением выражение воли, обращенное и публике, передно является очень трудным; это — вопрос факта и обстоятельств. Так, возьмем раскладку тарифов, прейскурантов, проспектов; будет ли это предложение, которое не может быть принято обратно рассматриваем эти документы, если адресат заявит о принятии? В принципе это — не предложение, но простое оповещение, приглашение вступить в деловые отношения. Предложение же будет исходить от адресата, который предложит заключить договор на указанной базе. Разославший тарифы волен их пересмотреть (так — швейцарский федеральный обязательственный кодекс, ст. 7 ч. 2). Было бы иначе, если бы по тексту разосланного документа было видно характерное предложение, например, когда заявляют: «Мы имеем на ваше распоряжение такие-то товары, за такую-то цену, которые мы вам отпразим, если вы заявите нам о желании их получить».

(2) Может случиться, что предложение сделано с известными прямо или молчаливо выраженными ограничениями. В этом случае оно может быть принято только с этими ограничениями (швейцарский федеральный обязательственный кодекс, ст. 7). Например, купец предлагает товары в розницу по слишком низкой цене, чтобы привлечь клиентуру; это — форма рекламы. Требование оптового торговца, который желал бы купить все имеющиеся товары по объявленной цене, было бы неприемлемым: это ограниченное предложение относится только к продаже в розницу (ср. торг. триб., департ. Сены, 15 июня 1869, D. 69, 3, 55).

Ограничение может быть молчаливым, т. е. вытекать из обыкновений, обычая, обстоятельства. Если лицо сдает внаем помещение за такую-то цену, то это не значит, что данное лицо согласию заключить договор с любым заинтересованным: оно сохраняет за собой право отказать в сдаче помещения лицу, которое, хотя и обещает платить назначенную цену, не представляет гарантий платежеспособности, порядочности и пр., в отношении которых окончательное решение принадлежит собственнику. Равным образом хозяин гостиницы может отказаться принять лиц, присутствие которых повредило бы его предприятию. Итак, здесь нужно различать много нюансов, и теория остается очень трудной для применения.

В. Юридический эффект предложения. Этот очень трудный вопрос возникает на практике только тогда, если принятие не следует непосредственно за предложением. В самом деле, если принятие не отделено от предложения никаким промежуточным временем, договор образуется сразу. Предложение ни на один момент не существует в одиночку. Но часто бывает иначе, например, в случае предложения через представителя, или посредством письма либо телеграммы. Во всех этих случаях предложение в течение определенного времени существует одна. Каким тогда его юридическое действие?

не в смысле их содержания, потому что эти заявления требуют дальнейшего анализа ввиду допускаемых в них существенных изменений.

В принципе предложение не является предложением, пока оно не будет принято. Оно является лишь тем, чтобы непосредственно урегулировать дело при одностороннем волеизъявлении, так или иначе связанном с принятием, которое одно образует договор. Поэтому в принципе предложение остается отвлеченным до тех пор, пока оно не будет принято.

Но на этом факте требует внимательнейшего рассмотрения при рассмотрении дел, на которых видно, что в этой формуле предложение имеет значение.

Вопрос, когда становится предложение, имеет юридическое значение, является ли оно до принятия? Логически можно различить два случая.

1. Предложение, еще не дошедшее до сведения адресата. Все согласно в том, чтобы принять, что предложение может быть вазу обратно, поскольку оно не имеет никакой силы. Если после приема, содержащего предложение, сделано возмущение, отменяющее предложение, причем тогда как раньше предложение отпадает (ср. ст. 9 постановления федерального обязательственного кодекса: «Предложение отменяется по желанию лица, если до сведения адресата предложение или одновременно с ним доходит его отмена, как еще раньше была и подана, но сообщена адресату раньше, чем он узнал о предложении»).

2. Предложение дошедшее до сведения адресата. Здесь могут представиться две возможности.

а) Часть высказывает, что предлагающий (офферент) возмущает своему корреспонденту (оффеции) «Я также оба связанных друг предложением в случае когда кто-либо может идти нашего ответа является дано. В том случае офферент в течение назначенного срока обязан в отношении другой стороны не отступить от своего предложения. Следовательно, здесь не применяется принцип взаимности предложения».

Как объяснить эти действительности?

Во всяком случае обязательство офферента — договорной характер. Этот пункт анализируется Демоломбом (Traité des obligations, т. I, par. 56) следующим образом. Когда одно лицо делает другому предложение договора, предлагая, что будет считать себя обязанным этим предложением в течение «несколько дней», тут имеется два предложения: главное предложение — выслушать договор, которое преобразуется в окончательный договор только посредством принятия, выразленного корреспондентом, и побочное предложение — прекращается главным предложением в течение указанного срока. Это второе предложение также является в принципе, чтобы стать обязательным для офферента,

Только здесь, в отличие от того, что происходит в отношении главного предложения, принятие со стороны корреспондента — молчаливое. Оно означает согласие с тем предложением, как и предложение. Оно означает согласие. Но предложение, которое является предметом корреспондентом не бы отменено предложением. В предложении обязательного договора есть часть отмены и изменения, но здесь не предлагается — в течение указанного периода. Также не предлагается, что не является предложением. Также не предлагается. Также образом, обязательства офферента не отменить своего предложения в течение указанного срока основывается на принципе волеизъявления договор, заключающийся раньше указанного срока и заключающийся раньше на стороне корреспондента. Следовательно, в течение срока обязательства отмены предложения является своего предложения.

Эти случаи не являются исключением. Они являются для того, чтобы избежать договор, который предлагается сторонам в виде исключения. Это — частая функция, ни одна из сторон об этом не знает.

С другой стороны, молчаливое принятие, в отношении назначения адресата предложения, недопустимо. Без сомнения, принятие предложения, как мы увидим, может не быть выражено явно, но только если, чтобы оно вступало в действие, требуется действительность, позволяющая сделать заключение. Молчаливое принятие, само по себе, недостаточно, чтобы образовать договор, если только, когда предложение вступает в силу (см. Паркс, цит. соч., стр. 175, 176). Следовательно, тут нет договора.

Демоломбом много труда, чтобы объяснить и определить срок действия обязательства, которое на самом деле не является. Книга заключает в том, что здесь перед нами есть не только проблема отмены, но и проблема и должно принять обязательство, вытекающее из одностороннего выражения воли. Предложение является одним из способов действия, что не будет достигнуто только предложением. Но здесь есть определенная воля отменить, да хотя обязательства, в отношении которой требуется, чтобы в этот момент была выполнена юридическая необходимость. Мы знаем, что когда мы хотим достигнуть обязательства посредством одностороннего выражения воли, посмотрев на модельную модель.

¹ Там же: Cf. Collin et Carlier, Cours élément. de droit international, 3 e éd., т. II, § 28. Согласно Лан, вопрос зависит от того, является ли предложение обязательным, если предложение является в силу обязательства, которое предлагается в течение определенного срока, и если предложение, содержащее, в течение указанного срока, не является предложением и обязательством по договору. Но так как тут есть обязательство в отношении обязательства договора, то можно сказать, что обязательства, которое предлагается, является обязательством в отношении обязательства, и до тех пор, пока оно не будет принято, Collin et Carlier, op. cit., т. II, § 28, стр. 29, прим. 1. Cf. об этом же обязательствах в отношении договора между Stefan Sierowski et Jean Waskowski, op. cit. par. 1150-1151.

Следствие Потье (Poite, там. 32) отказ от предложения про-
извольно в данном случае ненадлежащим образом, но все-таки пред-
ложение было либо обратно. Следовательно, договора не было
бы. Не имея офферента, получателя бы акцептанту, если отмена
практически от ушерб, требовать возмещения вреда от офферен-
та. В этом случае акцептант должен будет доказать ущерб и
размер ущерба. При этом условии и в этой мере он будет возна-
гражден.

Эта гипотеза недостаточна. Если держаться мнения Потье, то
пострадавшему ущерб будет трудно его доказать. Оно не дает ему
никакого удовлетворения: он несет не возмещения ущерба, а
заключенный договор. Это решение необходимо для прочности
слова.

Возможно юридически достигнуть этого результата. Действи-
тельно предложение нельзя было отменить в течение известного
срока. Если оно было отменено, эта ненадлежащая отмена не
может являться в отношении корреспондента. Следовательно,
он не может предъявлять предложение в пределах срока. А раз договор за-
ключен, он может им воспользоваться и понуждать офферента к
исполнению.

Однако есть случаи, где наше решение применить трудное.
Допустим, что отменив ненадлежащим образом свое предложение,
офферент изложил такое же предложение третьему лицу, кото-
рое его приняло. Затем пришел его корреспондент, в свою очередь,
приняв предложение в пределах назначенного срока. Нет за-
трудностей, если договор можно исполнить сразу в отношении обо-
их принявших предложение: офферент будет обязан это сделать
в отношении обоих (напр., в случае продажи 1 000 кило зерна).
Он должен будет полагаться сторон, если договор можно испол-
нить только в отношении одного из двух, если, например, дело
идет о продаже индивидуально определенной вещи, скажем, —
картина!

В момент заключения договора со Вторым еще не было дого-
вора с Первым; таким образом, договор со Вторым заключен
только по отношению к Первому. Второму нужно будет дать предпоч-
тение перед Первым, кроме случая ст. 1141, когда дело идет о
демократии, или случая применения правил записи в земельные
книжки, если дело идет о недвижимости. Первому в этом случае
придется ограничиться в принципе иском к офференту о возме-
щении ущерба; основанием этого ища будет договорное, а не де-
кларационное.

Однако есть случаи, когда следует предпочесть Первому
Второму. Это — тот случай, когда Вторым, договариваясь с

офферентом, знал о предложении, сделанном до того Первому,
и об обязанности, принятом перед ним. В этом случае Вторым
стал соучастником вины офферента. Он обязан, со своей стороны,
стать возмещением ущерба Первому: но наиболее действительным воз-
мещением является — дать договору приоритета свое действие
между офферентом и Первым (см. Pierre Hugueney, De la
responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation
contractuelle, дисс., Дижон, 1912).

Если срок истек, а принятия предложения не последовало,
офферент не обязан более придерживаться своего предложения.
Оно опять становится отменным.

Следует далее пойти дальше и решить, что предложение от-
меняется в силу закона с истечением назначенного срока. Оффе-
рент получает опять полную свободу, ибо таковы его предла-
гаемые намерения (Бордо, 29 января 1892, D. 92. 2. 390, герм.
гр. улож., ст. 148; швейц. фел. код., ст. 3). Если принятое по-
следует по истечении срока, договор не сможет образоваться, так
как отпало предложение. Но принятие может иметь значение в
качестве предложения, направленного к первому офференту,
который будет волен его принять или отклонить (герм. гр. улож.,
ст. 150).

б) Офферент не назначил срока для приня-
тия. Ввиду молчания закона, следует в принципе признать пред-
ложение отменным.

Однако на практике трудно применить этот принцип со всей
строгостью. С одной стороны, необходимо допустить, даже при
отсутствии прямой оговорки, срок, хотя бы самый короткий, в
течение которого предложение не может быть отменено; следу-
ет предположить, что офферент имел в виду предоставить своему
корреспонденту минимальный срок, в соответствии с торговыми
обычаями, необходимый для того, чтобы обдумать и ответить.
Например, в отношении предложения купли-продажи, если ад-
дресат принимает предложение с ближайшей почтой, офференту
нельзя будет сказать, что за этот промежуток времени он на-
значил свое решение. Здесь еще имеется с его стороны односторон-
няя связанность. Это принято судебной практикой, но крайней
мере, в области торговых сделок (Бордо, 17 января 1870, D. 71. 2.
96; Кам. касс. жал., 28 февраля 1870, S. 70, 1, 296; Кам. касс.
жал., 27 июня 1894, S. 98, 1.434).

С другой стороны, нужно допустить молчаливый срок, раз-
личной продолжительности, смотря по обстоятельствам, с истечением
которого предложение надает само собой, без прямой
отмены, если за ним не последовало принятия. Если, например,
на предложение купли-продажи не получается ответа, то приня-
тие, последовавшее 6 месяцев спустя, было бы запоздалым, хотя
и не был назначен срок. Практика пошла по этому пути дальше;
она допускает, что, в зависимости от обстоятельств дела и обя-
затель, молчаливый срок может быть очень коротким. Такое пред-

... в силу закона с предложением
... (Касс., 25 февраля
1891, г. 2, 136).

... хотя он и не пред-
... построил
... стороны
... рациональ-

... в силу и отныне предложе-
... 187² и 187³. Эти
... теории и тем ба-
... суждения.

... предположения
... уменьшающего на
... например, молчаливой,
... предположения, из
... который был предложен, или ка-

... что пред-
... оферента, дискуссионной
... оферента
... 21 апреля, 1891, S. 93, 1, 336).

... 11, 2-й акт.
... предложение, не связанным
... Но если оферент
... характера, он
... тотчас, а
... 14 марта 1913, D. P. 1913, 1, 25, по
... 14 декабря 1931, S. 1931, 2, 11,
... 1912, 22,
... 1912, 22,
... 1912, 22,

... Когда не
... Буре
... другую сторону,
... другая
... условия
... 64
... 64
... 64

... 64

Действительно, нет обязательства, установленного предложением; с этого момента наследники не могут быть связаны.

Впрочем, этот пункт является спорным. Негативски известно, что предложение, выходящее за пределы юридической воли, существует независимо, несмотря на уничтожение этой воли вследствие смерти или недееспособности ее автора. Это правило более соответствовало бы идею выражения воли. Следовательно, если предложение не было отменено надлежащим образом наследником или законным представителем, оно может быть принято (так по герм. гр. улож., ст. 130, ч. 2¹).

И. Принятие. Здесь возникают два вопроса: из каких фактов оно вытекает и каковы его последствия?

А. Из каких фактов вытекает принятие? В принципе эти факты такой же природы, как факты, устанавливающие предложение. Это — внешнее выражение воли, направленное к оференту.

Впрочем, оно очень разнообразно по своим формам. Принятие может быть даже молчаливым и считаться полученным без словесного выражения воли акцептанта, путем толкования его действий. Так, когда на предложении договора акцептант ничего не отвечает, но исполняет предложенное, исполнение равносильно принятию (например, в области поручения, ст. 1935, ч. 2).

Иногда принятие будет считаться полученным даже без какого-либо внешнего действия, в силу одного того, что лицо, получившее предложение, не отвечает на него. Но это бывает очень редко и должно допускаться только при специальных обстоятельствах, оправдывающих предположение принятия. Так, лицо, подписавшееся на газету, по окончании срока подписки пропускает случай ее возобновить. Ему продолжают доставлять газету, а он не возражает против этого. Он может считаться молчаливо возобновившим подписку.

Но это молчаливое принятие допустимо редко; в этих случаях необходима трудная оценка обстоятельств². При очень легком видоизменении конкретного случая получалось бы противоположное решение. Газета послана лицу, которое никогда не подписывалось. Оно получает ее в течение трех месяцев без каких-либо возражений; после этого ему предлагают квитанцию

¹ [В том же духе, ст. 64 польского обязательственного кодекса постановляет, что во исключочном тех случаях, когда имеется предложение воли стороной или невозможность, связанная с правовой волей, предложение и принятие сохраняют силу в случае смерти или недееспособности автора предложения воли].

² [Этим объясняется двойственность судебной практики. См. например в Trib. paix Compiègne, 16 августа 1895, D. 96, 2, 588 против. Trib. 10 марта 1874, D. 74, 2, 133. [Новая судебная практика имеет тенденцию требовать — для того, чтобы молчаливо имело значение принятие — чтобы общезначим и тот, к кому обращено обещание, были между собой в близких отношениях еще до предложения; ср. тогг. Trib. Lille, 16 марта 1925, D. 1925, 2, 104; Reims, 27 декабря 1930, D. 1931, 1, 124].

В первом издании. Она имеет отказаться признать себя подписавшей. Действительно, там как здесь не было предыдущей посылки, была бы первоначальным исполнить его возможно или сданным. Следовательно бы признать даже тогда, если редакция гласит: «предлагая», что, при поступлении возражений от адресата в течение указанного срока, он будет считаться подписавшимся. Однако истинная воля, для того, чтобы избежать презумпции принятия, заключается в том, чтобы указать на отсутствие воли (fauteuil).

Такой образом выражение не всегда равнозначное само по себе и признанию. В весьма незначительных случаях, когда имеется, что признано на себя обязательства вытекает из молчания, действительная является преодоление признания, затекающего из первоначальной обязательности. Договорная молчаливо — знак согласия не есть юридический принцип (см. Valéry, *Essai sur la loi de silence créateur d'obligation*, diss., Дижон, 1912)¹.

В последствии признания. Договоры между отсутствующими. Принятие имеет двойное значение: оно превращает и заключено договора. Простое, отменяемое выражение воли само превращает в окончательный юридический акт, а воле момента существует соглашение воли.

Но возникает важный вопрос: как достигается это соглашение? Происходит ли это путем выражения воли акцептанта, с того момента, как она выражена, или же это наступает только, когда об этом выражении воли узнает offerent?

Следует предположить, чтобы выжить проблему, что offerent и acceptant не присутствуют в одном и том же месте, когда предложение признания. В противном случае два различных момента сведутся в один: offerent узнает о принятии в тот самый момент, когда это принятие выражено. Но рассмотрим договор между отсутствующими. Петр из Парижа сделал предложение заключить договор Павлу, находящемуся в Лионе. Павел признает, что он принимает предложение. Письмо приходит на следующий день. В какой момент это принятие образует договор? Будет ли то, когда Павел выражает свое принятие на пись-

ме? Или когда Петр знакомится с содержанием письма? В промежуток между этими двумя моментами — имеется ли уже договор или только проект договора?

¹ Cp. Gilault, *Des contrats par correspondance*, 1892; Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895; Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 3e éd., стр. 144 и сл.; *Déclarations de volenté*, стр. 182 и сл.; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, т. VI, *sur l'acceptation*, § 155 и сл.; Marcaggi, *De la formation des contrats entre absents*, thèse Aix, 1902; Cohen, *Des contrats par correspondance en droit français, anglais et anglo-américain*, thèse Paris, 1922.

ме? Или когда Петр знакомится с содержанием письма? В промежуток между этими двумя моментами — имеется ли уже договор или только проект договора?

« Это старая и известная контроверза. Это существенный вопрос теории договоров между отсутствующими »¹.

Прежде чем начать рассуждение, посмотрим на практические интересы. По распространенному взгляду, они сводятся к двум взаимно связанным пунктам: от того или иного решения зависит время и место заключения договора, ибо договор должен считаться заключенным в том месте, где произошел факт, означая договор завершенным.

а) От момента заключения договора зависит весьма многочисленные вопросы, ибо договор с этого момента начинает производить свои бесчисленные последствия. Тогда вполне определенно и принятие становится окончательно действительным. Если договор имеет действием перенесение права собственности от одной стороны к другой, это перенесение датируется моментом совершения договора. Переход риска происходит в тот же момент. Этот момент представляет еще интерес, если стороны, для установления цены продажи, сослались на справочные цены на день заключения договора, и пр.

б) Место совершения договора представляет двойной интерес:

aa) В процессуальном смысле. Предположим, что возникает процесс из договора между отсутствующими. В принципе он поддается трибуналу по месту жительства должника (ст. 59 процессуального кодекса). Но если договор имеет торгово-характер, ст. 420 решает, что он равным образом будет подведен и трибуналу того места, «где дано обещание»; по общему правилу под этим понимают место, где договор совершен (см., однако, Fergon, *De la compétence ratione personae des tribunaux de commerce d'après le lieu de la promesse*, Rev. crit., 1901).

bb) В международном частном праве два принципа относятся к нашей проблеме. Форма актов регулируется законом места их совершения, а с точки зрения толкования существа этого правила, примыкают (допуская для разных случаев известные особенности), что стороны согласившись подчиниться закону того места, где акт становится завершенным; следовательно, имеется двойной интерес установить место заключения договора.

В настоящее время есть тенденция разорвать эту двойную зависимость, установившуюся между вопросом места и вопросом

¹ Cp. Gilault, *Des contrats par correspondance*, 1892; Valéry, *Des contrats par correspondance*, 1895; Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 3e éd., стр. 144 и сл.; *Déclarations de volenté*, стр. 182 и сл.; Planiol et Ripert, *Traité pratique*, т. VI, *sur l'acceptation*, § 155 и сл.; Marcaggi, *De la formation des contrats entre absents*, thèse Aix, 1902; Cohen, *Des contrats par correspondance en droit français, anglais et anglo-américain*, thèse Paris, 1922.

принимать условия договора. Может быть поставлен первый вопрос без обязательной воли о времени (договор по телефону). В дальнейшем время все больше и больше стараются разрешать. В настоящее время и подлинны законов с помощью соображений, выраженных в нашей теории. Ответы вопрос о времени, так, как они вытекают от нашей теории.

3. Идея о различных систем. Возьмем для примера различные и обдумай его. Петр предложил Павлу сделку или предложение. Павел принял предложение письмом, датированным из Лонда 17-го ноября и приходили в Париж 18-го, когда Павел получил договор?

Если считать по этот вопрос, было предложено много систем. Для абсолютных систем предлагаются в priori противоположные одна другой и обе неизменяемы на практике. Ряд средних между ними систем составляют смитчение двух крайних систем, которые, на практическом соображении, почти перестали быть различиями.

Для противоположных крайних, редко противоположных, предложены две абсолютных системы, борющихся одна с другой.

4. Первая система. Что такое договор? Это — соглашение воли. Воля имеет значение воли? Когда обе воли направлены в одну и ту же сторону. Когда это происходит в нашем случае? Намного, когда выходящий предложение решает его принять. Следовательно, в этот момент заключается договор. Но важно, что решение не должно окончательно до офферента.

Вторая система. Она отправляется от следующего момента. Лицо, имеющее намерение вступить в договор добровольно, не может считаться состоящим в договоре, само того не зная. А что так и было бы при предыдущей системе, при этой системе договор заключается, когда второй контрагент принимает это решение. Таким образом, офферент здесь связан, но связан, как это мы знаем, так как, при этой системе, он узнает об этом решении только поздно. Это предположение противно его намерению и значит предложение. Поэтому договор будет завершен только тогда, когда офферент будет осведомлен о принятии. Это — система уведомления.¹

Эти две абсолютных системы, построенных a priori, обе практически невозможны. В такой абсолютной форме они не получили применения. Необходимо было внести в них смитчения, потому что мы были и более сближали на практике, не объединили их, однако, вполне.

Согласно первой системе, и заключению договора приводит решение, принятое акцептантом.

Но когда он принял свое решение? Это неизвестно: момент, когда его воля согласилась с волей офферента, фактически неизвестна. Это — внутреннее психологическое явление, для которого

¹ Ср. Baudry-Lacantinerie et Baignat, Veale, § 31.

нет никакого доказательства. Следовательно, невозможно предприниматься изъятия, согласно которому договор заключается простым сосуществованием воли. Для того, чтобы произвела юридический эффект, необходимо, чтобы воля акцептанта была изъяснена, выражена волею, заявления, например, фактом подписания письма о принятии. Это — система уведомления.²

Но нельзя еще остановиться на этом. Письмо написано, какое-либо выражение воли существует. Кто скажет, что это выражение полное и окончательное? Письмо можно разорвать, уничтожить, потому что офферент его не знает. Отсюда новая система: договор считается заключенным не в момент выражения воли, но в момент, когда акцептант выпускает его, когда он более не владеет этим выражением и терпит возможность его уничтожить, например, когда он передал письмо доверенному, из которого выдано поручение передать его офференту, просто, когда он его сдал на почту. Это — система отсылки.³

Но нельзя остановиться на этом. Принимая идею, что выражение воли совершенно окончательно только тогда, когда автор волеизъявления не может более взять его обратно, необходимо признать, что это условие не вполне осуществляется в момент, когда выражение воли выходит из рук автора, например, отдается на почту. Пока письмо не дошло до офферента, автор письма может взять его обратно: он может потребовать его обратно от почтового управления, которое ему вернет его, если он докажет, что письмо исходит от него; он может его аннулировать телеграммой, которая придет к корреспонденту раньше письма (ср. выше, стр. 44, по поводу отмены предложения, не дошедшего до адресата). В итоге: принятие отменяемо до его получения. Это сводится к тому, чтобы сказать, что договор заключается и только с получением принятия офферентом. Это — система получения.

Таким образом, незаметно, отправляясь от первой идеи, по которой решение, принятое акцептантом, приводит к заключению договора, мы пришли, путем практических соображений, к признанию, что это решение принимается окончательно только в момент получения принятия офферентом, что договор заключается в этот момент.

Но теперь мы установим, что, исходя из диаметрально противоположной идеи, из других практических соображений, мы приходим почти к тому же действительному решению.

Противоположная идея — идея уведомления. Ничто не может согласиться быть обязанным, сам того не зная. Следовательно, в принципе офферент может быть обязан только тогда, когда он узнает о принятии.

Но когда он об этом узнает? Практически об этом ничего неизвестно. Он узнает о принятии, тогда вскрыта прочтено письмо.

² Ср. Baudry-Lacantinerie et Baignat, Des obligations, 2e éd., т. I, § 37; Bataillon, Propriété et contrat, стр. 403.
³ Ср. Aubry et Raou - 2e éd., т. IV, § 343, стр. 287.

Часто невозможно доказать, в какой момент это произошло. Чаще всего применимо правило было бы приемной за обещанием, строго применимо правило купли-продажи. Он расценивает как. Если сделка предложена куплю-продажу. Однако, не а кто, признает эту сделку для себя невыгодной. Однако, он считает выгода от своего корреспондента; он думает, что это — не выгодно. Исправляя договор для себя невыгодным, он воздерживается. Исправляя договор таким образом воздерживает по желанию от выражения письма и таким образом воздерживает по желанию от выражения договора так долго, как ему угодно. Он может или заключить договор так долго, как ему угодно; затем, решившись, берет выгоды (для себя) предложения; затем, решает изменить письмо и пишет своему корреспонденту, что письмо изменить письмом и пишет своему корреспонденту, что письмо изменить письмом раньше, чем было осведомлен об этом моменте. Таким образом логические выводы из системы уведомления. Они не спорят и не спорят и не спорят на практике.

Сделаю — возможность корреспондента: придется предположить, что оферент узнал о принятии с того момента, или принятие пошло от в том, с момента его получения. Так опять приходит другая сторона в систему получения, и которой нас привела практика корреспондента, когда мы уходим из абсолютно противоположного принципа.

Однако, есть элемент, который часто остается незамеченным. Если принимаю идею получения, исходя из принципа заключительного договора путем принятия решения акцептантом, то следует считать получение или показателем, что выражение воли окончательным. Оно равносильно окончательному выражению. Оно может быть иметь такой характер. Следовательно, договор и с о г л а в будет заключаться в этот момент. Если исходить из противоположного принципа (договор заключается путем осведомления оферента о принятии предложения), то в получении придется считать предположение того, что оферент узнал о принятии. Оно может иметь значение предположения уведомления. Но эта предположения не является неопровержимой. Если оферент может доказать, что он не узнал о принятии во время его получения, причем эта информация не является следствием его письма, придется применить правило: придется сказать, что договор образуется только в тот момент, когда оферент узнал или должен был узнать о принятии.

Итак, два противоположных принципа при применении почти совпадают, но не совпадают совершенно.

2. Юридический разбор. Теперь нужно сделать выбор между всеми этими учениями. Задача обогачается предположением. Мы уже отвергли, как непригодные для практики, системы выражения воли и отсылки этого выражения; равным образом — и строгую систему уведомления. Остается система получения. Но она принимает, как мы только что видели, двоякий юридический характер, достаточно различный в обоих случаях. Сначала по тому, основывается ли система на том или другом из двух противоположных принципов: заключения договора посредством выражения воли акцептантом, ставшего

окончательным, или заключенным договором путем уведомления об этом выражении воли, получаемого оферентом. Если, представляется интерес — выбор между этими двумя принципами.

Мы должны их обсудить с точки зрения. Затем мы рассмотрим тонкости закона, которые вводят в спор, и законные основания с точки зрения практики и некоторых особенностей законодательства.

а) Теоретический спор. Два дела имеют одинаковое значение для этой проблемы. Либо, делание предложения, волею его не делать, равным образом — также совершить свое предложение, прямо или молчаливо, тем или иным образом, или как признает уместным.

Всякое лицо заинтересовано знать, на каждый данный момент, состояние своего актива и пассива, а следовательно, заинтересовано в том, чтобы не оказаться обязанным без своего ведома.

Комментируя эти две идеи, мы скажем: оферент принимает молчаливо и своему предложению отбору; согласно которой он не будет связан договором, договор не будет заключен без его воли; другими словами, договор заключается путем молчаливого осведомления о принятии.

Таким образом, мы приходим к системе получения, принимаемой в смысле предположения получения сведений о принятии оферентом.

Это соображение одно только имеет практическую базу и предположением намерений сторон, тогда как противоположное соображение является чисто метафизическим, когда оно обмывает: имеется совпадение воли, с того момента, как они направлены к одной и той же цели. Это — слова. Мы имеем дело с договором, где намерение является господствующим; очень важно знать, что стороны разумеют под совпадением воли, производящим юридические последствия. Мы только что видели, что это — не метафизическое совпадение воли, причем выражение каждой из них известно другой стороне; но, в д. д., в данном случае действуют две воли, содержание которых взаимно известно сторонам.

Делаю следующее возражение против предлагаемого нами толкования: наш принцип замыкает нас в порочный круг: чтобы оферент был связан, мы требуем, чтобы он знал, или чтобы предположилось, что он знает о принятии. Логически следует поэтому допустить, что принимающий предложение будет связан только тогда, когда он узнает, что оферент обязался, т. е. когда он узнает, что оференту стало известно о принятии предложения. В свою очередь нужно будет требовать, чтобы оферент знал, что акцептанту стало известно о получении оферентом сведений о принятии предложения, и т. д.

Но это неверно. Необходимо только одно уведомление при какой системе: уведомление о принятии, полученное оферентом. Что касается акцептанта, то безусловно, чтобы он получал известие об этом первом уведомлении. С тех пор как он отправил свое предложение, он знает, к чему он обязан; он знает, что ему было пред-

...и что он принял, он знает также, когда придет его принятие, так, когда оферент будет предполагаться известным о принятии; так, когда оференту будет предложено исполнение договора в момент, когда он не имеет возможности исполнить договор и момент, когда он не имеет возможности исполнить договор. Это предложение весьма отличается от предложения о принятии. Оно отличается тем, что оференту не известно, когда он будет принят, и от того, когда он будет принят, он знает, когда это будет.

Важно отметить, что предложение о принятии не предполагает уведомления о принятии.

4) Текст закона. Она дает только аргументы, но никак не большого значения ни за, ни против нашего решения. Но из этого не следует.

В первом случае выражения воли ссылаются на ст. 1985 ч. 2 и ст. 1121, последняя фраза.

По ст. 1985 ч. 2, принятие поручения может быть молчаливым и вытекает из исполнения. Договор заключается исполнением, если оно известно оференту. Отсюда делают вывод, что в общем принципе, согласно которому уведомление оферента о принятии не нужно для заключения договора.

Но здесь очень опасно, имея специальное решение закона по определенному случаю, выводить из него, несмотря на молчаливый закон, общий принцип, применением которого, по нашему мнению, только и является закон. Решение закона может объясняться не общим принципом, применяемым этим законом, а особенными обстоятельствами того индивидуального случая, каков он и установлен. И тогда закон не позволяет делать никакого общего вывода.

Это и происходит здесь. Ст. 1985 очень хорошо согласуется с общим принципом. Мы сказали, что договор заключается только путем уведомления оферента о принятии предложения, в особенности это предполагается намерением оферента. Но если принцип договора таков, что следует предположить у оферента иное намерение, для принципа не получат применения. Именно это и имеет здесь место. Лицо дает другому поручение сделать для него нечто, для чего важно не то, чтобы это другое лицо ответило, а чтобы оно поручение, а важно, чтобы оно как можно скорее исполнило поручение. Этому желанию и отвечает ст. 1985, устанавливая, что исполнение будет равносильно принятию. Можно было бы возражать то же или аналогичное соображение по всем договорам, допускающим молчаливое принятие. Таким образом, ст. 1985 не затрагивает принципиального вопроса. Она ничего не решает ни за, ни против.

Так же обстоит дело с последней фразой ст. 1121. Она касается случая договора в пользу другого лица. Лицо выговорило у другого, чтобы оно дало 100 франков третьему лицу, но исполнило это обещание в пользу третьего. Это обещание может быть отменено, но право отмены прекращается, когда третье лицо выразило волю исполнить обещание.

Но, говорят, договор в пользу третьего лица есть предложение, обращенное к этому третьему лицу. Когда оно выражает волю воспользоваться этим договором, оно принимает предложение. А в какой момент предложение становится исполненным? С момента выражения воли, говорит закон. Тогда должно заключаться о новом применении общей идеи, согласно которой договор заключается с момента выражения воли акцептанта.

Но этот текст закона еще меньше доказывает, чем предыдущий. Можно было бы обратить внимание на то, что здесь еще идет дело о специальном решении для договора в пользу третьего лица. Но есть ответ лучше: в настоящий момент все более и более признается всеми, что договор в пользу третьего лица не заключается в отношении этого лица предложением договора и что его выражение желанием воспользоваться этим договором не есть принятие. Право приобретено третьим лицом до какого-либо принятии, и заявление им воли только закрепляет окончательно в его лице ранее приобретенное право. Если это не есть принятие, то выражение воли не позволяет, следовательно, сделать никакого вывода относительно принятии в собственном смысле.

Таким образом, теория заявления не находит солидной поддержки в текстах закона. Так же обстоит дело и с нашей теорией.

Впрочем, ссылались в пользу предлагаемого нами решения на ст. 932, ч. 2-ю. Этот текст относится к форме дарения между женой и мужем. Дарение обременяет дарителя только при условии, если дарение прямо принято. Если принятие происходит позднее акта дарения, оно должно быть совершено нотариальным актом и имеет действие в отношении дарителя только с того дня, когда акт, в котором удостоверится это принятие, станет ему известным. Тогда говорит: не выражение воли одаряемого связывает дарителя, а заявление об этом выражении воли. Следовательно, не принятие предложения приводит к заключению договора, а факт получения сведений оферентом о принятии предложения.

Мы здесь имеем перед собой тот же порок рассуждения. Из ст. 932 нельзя извлечь ни одного аргумента, потому что она регламентирует специальную область и может объясняться особыми соображениями, относящимися к дарениям. Дарение есть торжественный договор, для которого установлена строгая определенная форма, несоблюдение которой влечет суровую санкцию в виде полной ничтожности акта. Ст. 932, которая действительно касается о специальных формах принятия дарения, повидимому, рассматривает сообщение о принятии, как одну из этих специальных форм. Раз так, эта статья не дает никакой опоры для общей теории совершения нотариальных договоров.

Таким образом наше решение продиктовано исключительно практическими соображениями и сделанным выше анализом воли, а в часто цитируемых текстах закона нельзя найти для этой теории ни подтверждения, ни опровержения.

Из всего сказанного рассуждения вытекают следующие заключения: 1) Договор в принятии заключается с получением принятого. 2) Это заключение имеет такое же значение, как и презумпция или фикция. 3) Договор имеет доказательство, что уведомление о принятии с получением. Оно лежит на обязанности offerenta. Если оно сделано и если объявлено, что на offerenta не было никакой вины, возникновение договора откладывается до момента действительного извещения.

4) Судебная практика. Судебная практика очень неопределенна. Из нее невозможно вывести отчетливо общую тенденцию. Она так пестра, что все проблема сводится к вопросу: каковы она в презумпции или, таким образом, обстоятельство, на котором лежит вина и в каком случае большое значение.

Так, решение апелляционных судов делится на две группы: 1) Система решения Гран, 28 февраля 1874, D. 77, 2, 222; Пуатье, 21 января 1871, D. 72, 2, 249, пояснит. замечание Glanville; Лион, 17 января 1872, D. 73, 2, 324; Лион, 2 марта 1894, D. 95, 2, 257; Лион, 3 февраля 1880, D. P. 1913, 2, 1, пояснит. замечание Verrier; 2) Система получения: Лион, 27 июня 1867, D. 68, 2, 103; Лион, 8 июня 1877, D. 78, 2, 113; Ним, 15 июля 1909, D. 1901, 1, 415; Лион, 13 ноября 1908, D. 1909, 2, 61.

Кассационный суд всегда избегал высказываться. Повидимому, он избегает под влиянием замечания, что решения судов апелляционных по существу, нередко диктуются соображениями, выходящими из обстоятельств дела. Кассационный суд доводит до того, что объявляет, что вопрос о времени и месте извещения договора есть вопрос факта, предоставленный самостоятельному решению со стороны судов первой и апелляционной инстанции. Это очень преувеличено, здесь в первую голову вопрос права (см. Кам. касс. изв., 6 апреля 1867, D. 68, 1, 33; Лион, 18 января 1875, D. 77, 1, 450, пояснит. замечание Glanville; Гран, 20 марта 1881, D. 81, 2, 359; Кам. касс. изв., 29 января 1923, S. 1923, 1, 428; Гран, 2 февраля 1932, S. 1932, 1, 65).

4) Иностранное законодательство. Система получения является там общепринятой. По швейцарскому федеральному обязательственному кодексу (ст. ст. 9—10) договор считается с получением offerenta сообщением о принятии. До этого момента предложение может быть взято назад. Но, благодаря факции обратной вины, действие договора признается за два момента освобождения.

Германское гражданское уложение (ст. 130) устраивает эту факцию обратной вины. Это — чистая система получения:

¹ Дарбоис, Париж 1862 Кам. касс. изв., поводом, высказалась в пользу системы получения; D. P. 1933, 1, 63, пояснит. замечание Sellé de la Courbe, S. 1933, 1, 178. В пользу этой тенденции приверженного решения см. Glanville, op. cit. (1) в т. 1, 197, стр. 11, § 30. Протиа, Св. правосудия, Св. правосудия, 20 мая, т. VIII, § 83, стр. 64.

Извлеченные воли, которое должно быть сделано по адресу другого лица, при совершении и отсутствии того лица, становится действительным с того момента, когда оно дойдет до него. Впрочем, в виде исключения договор может быть совершен посредством отомли (сообщения о принятии), если такой обычай или намерение offerenta (ст. 151)¹.

Приложение. Договоры посредством присоединения.

Излагающаяся до сих пор теория есть классическая теория, сложившаяся в течение XIX века. Она еще удовлетворяет в значительном большинстве случаев. Но экономическое и социальное развитие породило случаи, где она плохо применима. Иной образом шло развитие в недавнее время параллельно с классической теорией предложению и принятию новой теорией, еще очень неопределенной, известной под именем теории договора посредством присоединения. Этому названию, предложенному Сажидом (Désignation de volonté, 1907, стр. 229) посвящен раздел 7.

Классическое учение о заключении договора посредством соглашения между предложением и принятием построено для конкретного случая; две стороны, по взаимному, по взаимной известности, соглашению, вступают в деловые отношения, обуславливая с полной свободой и с полным знанием дела и приходя к соглашению. Служит предположить, что во время обмена выражениями согласия все условия были известны, изучены, обсуждены, свободно приняты обеими сторонами. Так бывает в случае продажи недвижимости, покупки книги в магазине,

¹ Ст. 2 проекта франко-итальянского обязательственного кодекса устанавливает систему получения, потому что offerent может отказаться от своего предложения, поскольку принятие издано до его сведения, и offerent может отменить принятие, поскольку о нем не узнал offerent. Но это решение умеряется строгими презумпциями: предложение, принятое, отменяется только если известными с момента, когда оно доходит по адресу, или только адресат не докажет, что он не мог узнать о них в этот момент. Ст. 20 проекта обязательственного кодекса постановляет: «Когда есть сообщение о принятии до момента и времени заключения договора, соглашение считается действительным в месте и в момент получения ответа на предложение, а в случае, если известие о принятии не является необходимым, в месте и в момент, когда началось исполнение договора стороной, получающей предложение».

² Dollat, Des contrats d'adhésion, thèse Paris, 1906; Fortier, Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion, thèse Dijon, 1909; Darras, De la nature juridique des contrats d'adhésion, Rev. crim. de dr. com., 1910, стр. 569; см. Hauriou, пояснит. замечание, S. 1908, 3, 19; Gauthier, L'adhésion de la volonté; Gauthier, De la nature juridique des engagements de droit, thèse Dijon, 1913. Ср. еще Demogène, art. com., t. II, 1900, стр. 100; Pénard, Ripert et Esmein, art. com., t. VI, § 122; Ripert, Les engagements morales dans les obligations civiles, 3e éd., § 35, n. 1.

Но наряду с этими случаями встречаются все чаще и чаще случаи, где положение очень отличается. И тут часто в отношении с трансформированным предпринимателем, например, покупая железнодорожный билет. И подлинная воля на страхование от огня. Рабочий вынужден из-за большой заботы, где условия труда определяются правилами внутреннего распорядка, вывешенными в мастерской.

Во всех этих случаях нет равенства между сторонами; с одной стороны, отягощенное лицо, которое может быть плохо информировано, а с другой стороны, компания или капиталист, могущественный, иногда пользующийся юридически или фактически монополией. Тут нет переговоров, во время которых изучаются условия договора, заключаются каждой стороной. Условия акта установлены заранее одной из сторон: условия и тарифы перевозки, условия, включенные в страховой полис, правила внутреннего распорядка завода. Другая сторона не обсуждает; она берет акт таким, каков он предложен, нередко она даже не допускается к ознакомлению с условиями, во всяком случае — не имеет возможности устроить какое-либо из них. Вместо принятая, изученная до мелочей, здесь имеется только присоединение, сделанное в целом и почти без проверки, к предварительному акту, которого нельзя обсуждать, которое, быть может, даже нельзя узнать во всех его деталях.

И тем не менее, обязательства возникают на стороне, как офферента, так и присоединяющегося и предложенному. Но не всегда можно будет утверждать, что — подобие тому, как в договоре классического типа, — эти обязательства имеют своим источником волю. Здесь нет согласия, кроме как по принципиальному вопросу: здесь скорее сопоставление двух изъятий односторонней воли.

Чрезвычайно странно здесь обычную теорию, так как договор нередко содержит условия, которые были бы отвергнуты при свободном обсуждении. Например, условие, содержащееся в железнодорожном абонементном билете, по которому абонирующий несет ответственность; условие страховых полисов о том, что при выплате страховой премии в течение 15 дней после срока застрахованный лишается всякого права при наступлении страхового случая, даже если страховое общество получает премию на дому, но не прислало своего агента; драконовские штрафы, введенные правилами распорядка мастерских: 10 франков за опоздание в мастерскую и в деревенских башмаках и пр. Эти условия не только присоединяющийся, но всегда она ему понятны или непонятны.

Самое главное против такого положения заключается во вмешательстве государства (например, в отношении железнодорожных тарифов), или в коллективных договорах, где рабочие,

входящие в профсоюзы, рассматриваются как равные с предпринимателем¹. Но это не без неудобств. Эта система не является общей, да не обобщенно и нежелательно.

За этими пределами мы имеем перед собой чистый и простой договор присоединения. Можно ли сказать, что присоединяющийся связан всеми без исключения условиями, как в обыкновенном договоре, в результате принятии?

Нет, ибо тут нет волевого согласия воли. Посмотрим, каковы по этому пункту позиции судебной практики в отношении двух следующих вопросов: А. Какие условия можно выставить против присоединяющегося? В. Как их толковать и оценивать их силу?

А. Условия, которые можно выставить против присоединяющегося. В судебной практике различают:

(1) Условия, о которых присоединяющийся знал во время заключения договора.

Их в принципе можно выставить против него, так как они считаются им принятыми, оставляя открытыми вопросы толкования этих условий.

Но в какой момент заключается договор? Следовательно бы решить вопрос так, что это — момент присоединения, который рассматривается как принятие. Для перевозки пассажира — требование билета; для покупки места в театр — требование места согласно афиши. Договор заключается до передачи билета, который является только квитанцией об уплате цены. Следовательно, присоединяющийся не должен бы быть связан условиями, помещенными на билете, и которого он не мог знать до совершения договора. Впрочем, судебная практика, кажется, решает вопрос противноположным способом (trib. по торг. делам, Сенс, 19 апреля 1900. D. 1900. 2. 255).

(2) Условия, которых присоединяющийся не мог знать, не могут быть ему противопоставлены (Cass., 19 марта 1894, S. 95. 4. 353; Trib. Кольн, 29 декабря 1898, S. 97. 4. 5., поспит. замечание)².

(3) И наконец, условия, которые он мог бы узнать, но которых фактически он не знал, в принципе можно ему противопоставить. Здесь совсем оставляют классическую теорию соглашения воли (Cass., 25 июля 1898, S. 99. 4. 74; Брюссель, 28 мая 1902. S. 1904, 4. 10, поспит. замечание).

¹ См. Pierre Louis-Lucas. Les conventions collectives de travail. Rev. trim. de dr. civ., 1919, стр. 65 со. [Закон 24 июля 1836 г. касается и дополняет главу IV bis, отдал II, книги I Кодекса о труде De la convention collective de travail. Journal officiel, 26 июля 1936].

² Ср. еще: Гражд., 31 июля 1930, S. 1931, 1. 281 и поспит. замечание G. в у. Жюль 13 июля 1930 принял меры обеспечения интересов застрахованных: ст. 5, § 3, 8, § 4; 9, и конце.

Эта несомненно может иметь разную важность; по этому поводу различают три категории заблуждения: заблуждение, заключающее в себе существенное заблуждение, не меньшее соглашения; существование заблуждения; заблуждение, оставшееся без влияния на силу договора.

1. **Заблуждение, исключающее соглашение.** Это заблуждение настолько важно, что воли не существует или не совпадают. Нет порока соглашения, но само соглашение не существует. Это — то, что называют заблуждением — *error in negotio*. Оно не было предусмотрено ни одним текстом гражданского права. Достаточно логических принципов, чтобы полагать, договор имеет заблуждение. Оно может быть двух видов:

1. **Заблуждение в природе соглашения и.** Здесь нет другого пути. У первого из них — намеренно продать вещь, второй думает, что получит ее в пользование. Договор не является действительным совпадением воли (ср. заключение договора в пользу страхователя, в том случае, когда думают, что заключают договор страхования на условии платежа определенной премии).

2. **Заблуждение в тождестве объекта.** Это может означать договор купли-продажи картин. Но один может об одной картине, а другой — о картине, висевшей рядом. Здесь воля воли сторон не сходится. Договора нет.

Вторым в этих двух случаях присоединяют случай заблуждения в отношении (смысла), о котором мы встретимся в дальнейшем в связи с теорией основания.

2. **Заблуждение, не исключающее соглашение, но порочащее его.** В этих случаях соглашение существует. Согласно воле было. Но соглашение порочно. Ст. 1110 различает две категории заблуждений: заблуждение в сущности (субстанции) предмета и заблуждение в лице, которое имеет значение только в некоторых случаях.

1. **Заблуждение в сущности предмета.** Его можно специально отличать от заблуждения в тождестве предмета. То, что называют заблуждением в сущности предмета, есть заблуждение в существенных качествах предмета, в то время как соглашение относительно его индивидуальности предполагается действительным. Это — так называемые существенные качества предмета, в зависимости от случайным или второстепенным свойствам, в отношении которых заблуждение само по себе юридически безразлично. Однако возникает трудный вопрос: какие качества будут существенными, какой критерий предложить при решении этого вопроса?

В этом вопросе выступают две противоположные идеи, которые определяют или изучают этот вопрос. Можно искать критерий в самой вещи, объективный критерий, или в возможности контрагентов, — субъективный критерий. Первая система имеет то преимущество, что она позволяет дать четкую формулу, независимую от различий индивидуальной воли, формулу, которая будет источником прочности отношений; неудобство же этой системы заключается в том, что она приводит в жертву волю и добровольно опасности возможных неопределенностей. Вторая система имеет обратные преимущества и неудобства. Мы встретим эти теории, из которых одна — чисто объективная, другая — чисто субъективная; третья — средняя, повидимому, принята германским гражданским уложением и может быть удержана и при действиях французского гражданского кодекса ввиду расхождений выражений ст. 1110. Из этих трех теорий, первая — объективно проводится римскими юристами, она же была отправной точкой для взглядов нового времени, через посредство Полья; две другие разделяются современной доктриной.

а) В римской теории заблуждение *in substantia* (в сущности) есть заблуждение в материале, из которого вещь сделана (пример: Ульпиан, D., 18. 1. De contr. etpr. 14; я покупаю вещь, думая, что она золотая, а она — медная; купля-продажа будет недействительна). Итак, тут критерий чисто субъективный, несколько не считающийся с намерением сторон; это зависит от материальной природы предмета. Это — одна философская теория Аристотеля и Зенона о различии материи (смысла, сущности, термин, употребляемый Ульпианом, D. h. t., 9. 2) и качества.

Какова законодательная ценность этой концепции? Она имеет практическое преимущество, а именно, дает достаточно строгий критерий; но с ней связано и серьезное неудобство: во многих и некоторых случаях кажется абсолютно несправедливым. Таким является заявление Ульпиана в том же самом тексте, что если считают, что продается вещь целиком золотая, тогда даже она в большей части медная, но все-таки содержит в себе немного золота, то купля-продажа будет действительна, потому что все же продан золота. Или: куплено вино, а оно оказалось: купля-продажа действительна, потому что здесь, вино и произведено, но все-таки вино (Ульпиан, h. t., 9. 2, *quidam vitae sibi*, почти та же сущность). Нооборот, если бы медьность была укусом, не было бы больше тождества материи, купля-продажа была бы ничтожна.

Эти примеры доказывают неудовлетворительность теории: имеется ли нет несколько частиц золота в медном слитке, считается ли проданный напиток прокисшим вином или укусом. — по здравому смыслу заблуждение покупателя имеет, очевидно, определенную важность. Следовательно, необходимо считаться с субъективным мнением сторон для установления нашего критерия.

11971. Le sigle novale dans les obligations civiles. 3^e ed. § 42 cl.; J. o. r. 2024. Les motifs dans les actes juridiques de droit privé. § 30 cl. 1110. De l'erreur, thèse Paris, 1922; P a h m y, l'erreur, vice des contrats en droit français et en droit anglais, thèse Lyon, 1929.

5. Обширная теория обязательности

принадлежит к этой категории, образованных общепринятым мнением.

Там же, впрочем, была мысль Обри и Ро (5-е изд., т. IV, стр. 144) и — в 1895 г. Под сущностью вещи следует понимать не только материальные элементы, составляющие ее, но также и ее юридическую сущность, определяемую ее специфической индивидуальностью, значением, которыми она обладает. Ввиду различия обиху мнению.

Эта мысль отталкивается от римской системы тем, что допускает различие в природе и характере, которое принимается во внимание. Но это более особое намерение контрагента, это — волеизъявление, а не то более общее намерение с принятыми обычаями контрагентов, признаваемое в этой системе. Таким образом, таким образом, что имеет место существенное заблуждение римской системы, что имеет место существенное заблуждение в римской системе, что имеет место существенное заблуждение в римской системе, что имеет место существенное заблуждение в римской системе.

Критерием этого критерия будет иногда затруднительным. Как решить вопрос относительно заблуждения в происхождении предмета для его антиквариатного характера? Для Обри и Ро это заблуждение не существенно. Но это мнение кажется слишком общим, чтобы было последовательным, имеет ли вещь такой характер, что различие в происхождении или древности переводит ее из одной категории в другую. Я думаю, что по отношению к Рембрандту, в действительности, я покупаю по сути заблуждением существенно: оригинальные картины и вещи существуют, но общепринятому в торговле взгляду, два критерия различия категорий. Но если я имел намерение купить картину Рембрандта, что она принадлежит кисти такого-то художника, а не кисти другого — произведение другого художника, то заблуждение не будет существенным: личность автора не имеет значения для критерия согласно общему мнению (см. Cass., 2 октября 1886, S. 87, 1, 193).

Заблуждение в лице. Оно является основанием недействительности только в исключительных случаях (ст. 1110). Следовательно, по общему правилу, мнение относительно лица контрагента не существенно. Купец продает Первому, а думает, что продает Второму, это не имеет значения.

В некоторых случаях, в отдельных договорах соображение относительно лица контрагента является решающим, например, для ученика, приобретающего предмет расположения и одаряемому заблуждение в лице будет случаи недействительности дарения. Другие договоры замечаются по отношению к известным личностям или талантам, личным способностям, доверию, по

хорого лица заслуживает (также картины художнику, вступающему в договор товарищества с предпринимателем, поручение управлять имуществом). Здесь также заблуждение в лице делает договор оспоримым, потому что соображение относительно личности контрагента имеет решающее значение; но нельзя дать перечня случаев, в которых заблуждение в лице делает договор действительным. Все зависит от фактических обстоятельств. Абсолютного правила нет (см. Joussand, Des mobiles dans les actes juridiques de droit privé, том 44 и сл.).

Вопрос, общий для всех случаев заблуждения, заключается в следующем: достаточно ли заблуждение было на обеих сторонах, или же достаточно, чтобы оно было у одной из сторон? В принципе достаточно, чтобы оно было у одной стороны для того, чтобы соглашение было недействительным. Это может быть местом в отношении другой стороны. Но уместно сделать три замечания.

(1) На обязанности стороны, ссылающейся на заблуждение, лежит его доказать и установить, что оно такого характера, что приводит к недействительности договора. Это может быть трудно, так что это — тяжелая обязанность для истца.

(2) Бывают случаи, когда заблуждение, хотя и такого характера, что нормально приводит к недействительности договора, однако, не производит такого действия. Так будет в тех случаях, когда оказывается, что тот пункт, в отношении которого имеется заблуждение, фактически не был принят во внимание сторонами, которые с обоюдного согласия его оставили в стороне. Купец пускает в продажу связку книг по минимальной цене, не обращая внимания на их ценность. Я покупаю эту связку; оказывается, что она содержит очень редкую и ценную книгу. При обычной продаже пришлось бы сказать, что здесь имеется заблуждение в существенном свойстве вещи. Но здесь сама природа продажи доказывает, что она имеет известный характер азартности (рисковой характер), покупатель пользуется счастливым шансом, который ему дает природа договора.

(3) Что касается стороны, совершившей ошибку, то она допустившая ее по своей вине (напр., потому что не сделала справок у другой стороны); поскольку недействительность договора, вытекающая из этой ошибки, приносит вред другой стороне, ответственная за заблуждение сторона должна будет возместить ущерб своему контрагенту (ср. выше теорию ответственности в случае недействительности договора).

С. Заблуждение безразличное для действительности договора. Это — остальные категории заблуждения, например, заблуждение в вещных свойствах предмета, заблуждение в лице в обычных случаях, или такие заблуждения в мотиве договора, так же как в расчете пользы или удовольствия, которые толкают стороны на заключение договора. Например, я покупаю автомобиль, рассчитывая себе

...принятие делает это ду-
рничью дурачеством, зато ина-
...продажи той же вещи остаются в силе
... 1908, S. 91, I. 248).

Случаи в которых следует оспорить. Но трудно предположить,
...другой факт, который сам по
...недействительности для при-
...был в двух случаях:

(1) Заблуждение, само по себе недостаточное, чтобы оправ-
...было вызвано недобросовестными
...одной из сторон, которая вызвала у другой стороны
...Тогда можно будет добиться при-
...но этот результат будет по-
...виду заблуждения, по врану обмана.

(2) Было прямо или молчаливо условлено, при заключении
...отличия от значения того или иного качества вещи, того или иного
...Если этого свойства или
...договор падает. Но это не есть дейст-
...заблуждения, но действие революционного услови-
...виду неисполнения обязанности
...от сторон (ст. 1184).² Таким образом, авбитель спрашивает
...переплатить, переплатенную таким-то переплат-
...По проданная книга пере-
...заблуждение относится
...качеству, и тем не менее продана подленит
...потому что не исполнено обязательство индонпро-
...в специальном соглашении. Но растор-
...не в силу теории заблуждения, и это пред-
...иск о расторжении полагается
...а по десятилетней — срок давности
...виду заблуждения.
...для успешного проведения иска потребуются
...как при заблуждении.

Сравнительное право. Германское гражданское
...от французского
...нужно исслед-
...Германское право, придаю-
...принципу извещения воли, принимает
...но еще внешне
...принципе, видимою воле

Решая вопрос заблуждения, чтобы иметь влияние на юри-
...и содержанию волеизъявле-
...договора, которое
...своего

...в которой должно быть заблуждение,

чтобы иметь действие (вопрос ставится в отношении заблуждения
в свойствах лица или предмета), то при этой аналогии тому,
который мы дали для существенного заблуждения: это — «сущ-
ности, которые в деловых отношениях (в обороте) считаются суще-
ностями» (ср. ст. 24, п. 4 швейц. федер. кодекса)³.

Каковы последствия заблуждения? Крайне редко случаи,
когда оно влечет за собой несуществование договора. Это имеет
место только в случаях, когда изъявление воли не составлено:
например, в случае письма, ошибочно адресованного и другому
лицу, вместо подлинного дестиватора. Помимо таких исключитель-
ных случаев, заблуждение составляет только порок выражения
воли. Волеизъявление существует до времени, пока не оспорено.
Необходимо его уничтожить выраженные воли о признании перво-
волеизъявления недействительным. Таким образом, когда
волеизъявление упоминает совсем о другой вещи, чем хотел
такое волеизъявление будет просто порочить, признанное недей-
ствительным (ст. 119). По признании недействительным волеизъяв-
ления, пораженного заблуждением, будет ли то предложение или
принятие, можно будет считать договор как бы не заключенным,
путем применения статей 154 и 159 (см. Saleilles, Dé-
claration de volonté, стр. 41—39. Перевод герм. гражд. улож.
Комитетом иностранного законодательства, объяснения к статье
119 и 154).

II. Насилие. В случае заблуждения, согласие порочно поть-
му, что оно было дано без знания обстоятельств дела. В случае на-
силия, оно порочно потому, что оно не свободно. Одно лицо при-
нуждено принуждение воли другого лица, заставило его заключить
договор, угрожая значительным злом: согласие было дано под
влиянием страха. Этот страх и служит пороком акта. Итам, по-
роком является не насилье; страх определяет порочность акта.

¹ [Ст. 15 франко-итальянского проекта «создан» сформулирован образом:
«Заблуждение а факте влечет за собой признание договора недействительным,
когда оно относится к качеству вещи или к какому-нибудь обстоятельству,
которые стороны считали за существенные или которые должны считаться
такими с точки зрения доброй совести и убеждений, в которых заключен
договор. Ст. 372 § 2 немецкого обязательственного кодекса постановляет:
«Можно считать только на существенное заблуждение, такое, что если бы
нетого заблуждения не было и воля была бы оспаривана разумно, то сторона,
которая ошиблась, не слезала бы своего волеизъявления или не приняла бы
волеизъявления другой стороны» (франц. перев. изд. Sirey, 1935).]

² [Ср. Colla et Carliani, cit. loc. cit. § 42 и сл.; Jorja-
rand, cit. loc. cit. II, § 78; Pianiol et Ripert, cit. loc. cit. II, § 1070
нот.; Aubry et Rau, op. cit. cit. IV, § 343 bis; Pianiol
et Ripert, cit. loc. cit. Obligations, VI, paragr. Exer. 1,
§ 191 и сл.; Demogue, Traité des obligations, cit. loc. cit. § 292 и сл. и
Rev. trimen. 1914, стр. 435 и сл. La violence dans les actes de commerce, Jorja-
rand, Les mobiliaires dans les actes juridiques de droit privé, Ripert,
La règle morale dans les obligations civiles, § 43 и сл.; Pianiol et Ripert,
de nécessité en matière civile, thèse, Paris, 1922, paragr. 1. La violence de caractère
en fait que vice du consentement, thèse Cass., 1925, paragr. 100, cit. loc. cit. D. P.
1925, 1. 12.]

т. е. не на эту сторону внимания, иначе можно было бы прийти к выводу о формальном понимании, можно было бы думать, что только действительность имеет в этом случае полную ценность, что только действительность имеет в этом случае полную ценность, что только действительность имеет в этом случае полную ценность. Мы увидим, что, рассматривая эту сторону дела, мы не могли бы сказать, что это действительно так. Карательная точка зрения присуща только римскому праву. Здесь дело идет только об анализе воли. Гражданское право признает договор недействительным, ввиду страшилки, выражение *metus* (страх) или *intimidatio* (угроза). Римское выражение *metus* (страх) или *intimidatio* (угроза) федеративного кодекса, говорит о том, что это выражение более точными.

Чтобы определить виды применения насилия в области договора, можно выделить в стороне две категории случаев:

(1) Фактическое принуждение: лицо берет руку другого и его подпись под документ; лицо вынуждает другого, находясь в состоянии гипнотического сна, принятие обязательства. Здесь нет никакого осознания; лицо, подписавшее документ, было пассивным и безвольным инструментом, договор лишен обязательной значимостью.

(2) Случай, когда обязательство, заключенное посредством насилия, не имеет автономного основания: лицо принуждает другого подписать документ, удостоверяющий заем. Но этого займа никогда не было. Здесь также договор абсолютно недействителен, но это действует ввиду отсутствия законного основания, а не ввиду порока соглашения (ср. Баста, 6 августа 1892, D. 93. 1. 329).

Наоборот, в случаях, к изучению которых мы переходим, соглашение существует, но оно пороочно: *coactus voluit, sed voluit* (я вынужден был, под давлением принуждения, но все-таки я вынужден был). Недействительность будет тогда только относительная.

А. Характер акта, составляющего насилие. Чтобы вызвать указанное действие, насилие должно иметь две характерных черты:

1. Оно должно быть, прежде всего, *metus atrox* (страшная угроза, или *potestas terribilis*, угрожающая римскими юристами) (Ульман, II, IV, 2, Quod metus, 3, 1). Ст. 1112, часть 1-я, требует, чтобы насилие «по своей природе могло произвести впечатление на разумного человека», и чтобы насилие вынуждало ему совершить нечто дельное и наличное зло».

2. Оно должно быть, прежде всего, *metus atrox* (страшная угроза, или *potestas terribilis*, угрожающая римскими юристами) (Ульман, II, IV, 2, Quod metus, 3, 1). Ст. 1112, часть 1-я, требует, чтобы насилие «по своей природе могло произвести впечатление на разумного человека», и чтобы насилие вынуждало ему совершить нечто дельное и наличное зло».

Но вторая часть той же статьи, как будто, противоречит этому принципу. Она добавляет: «В этих случаях надо принимать во внимание возраст, пол и положение лица». Таким образом, после того как было сказано, что интенсивность насилия следует оценивать по абстрактному типу нормального человека, здесь добавляется, что нужно будет разграничить *in concreto*, в данном конкретном случае, энергию жертвы.

Согласовать оба текста не трудно: первая часть указывает максимум напряжения, требуемого для того, чтобы насилие могло произвести впечатление на обыкновенного человека, даже в том случае, если жертва насилия обладает исключительной энергией. Вторая часть добавляет, что эта степень напряженности является достаточной для каждого случая, не всегда будет необходимой страх, который не произвел бы впечатления на обыкновенного человека, может иметь решающее влияние на женщину, на старика, на больного. В этих случаях, хотя насилие не достигает минимума, установленного первой частью ст. 1112, договор можно, тем не менее, оспорить; и это новый прогресс по сравнению с римской теорией, которая вместе с тем делается человечнее (см. Кам. касс. жал., 19 ноября 1925, D. P. 1926. 1. 121, поспсвт. замечания А. Breton).

Закон не указывает нам только, какова должна быть интенсивность насилия. Он говорит также о том, чему угрожает насилие. Значительное зло может угрожать либо личности контрагента, либо его имуществу. Больше того, нет необходимости в том, чтобы угроза направлялась лично против контрагента: основанием для недействительности акта была бы другая образом и угроза, направленная против известных лиц, в отношении которых закон предполагает у контрагента большое расположение. Ст. 1113 перечисляет супруга, нисходящих и восходящих, но этот перечень не исчерпывающий. Угрозы в отношении более отдаленных родственников, или даже друзей могут служить основанием для оспаривания акта. Только в этих случаях нет законной презумпции тождества влияния. Стороне, которая ссылается на недействительность, пришлось бы в этих случаях доказать, что, действительно, насилие, примененное к третьему лицу, было равнозначное с насилием в отношении ее самой.

Один страх оговорить восходящего родственника—отца, мать, деда и т. д. не служит пороком соглашения. Надо доказать, что в отношении восходящего, чтобы обязать к заключению договора, было осуществлено настоящее насилие или грубость (ст. 1114).

2. Насилие должно быть противоправным «*Contra bonos mores*» (противоправным добрым правам). Это означает, что угроза не делает договор недействительным, если она относится к осуществлению права, даже если осуществление этого права само по себе должно причинить значительное зло. Кредитор может, находясь в состоянии

из обещания. А Tortier (там выше) будет то же самое, когда
или обещает значительную сумму тому, кто спасет от робота
из воды, потому что здесь точно нет насилия; есть страх перед
смертью вероятной опасностью, но опасностью случайной.

Вопрос, можно ли признать, что обязательство, принятое при
таких условиях, будет всегда неоспоримым? Такого было римское
правило. Обещанная сумма была ценой услуги. Эта услуга не
распространялась на смерть, поэтому нельзя было утверждать, что обещан-
ная сумма была чрезмерна (Уильямс, D., IV, 2, 9, 1; Павез, там
же, ст. 11, 6). Это крайнее учение было уже в старом праве смель-
чан. Обещанную сумму можно уменьшить, если она чрез-
мерна. Но Павез не указывает юридического обоснования своего
решения.

На первый взгляд, кажется затруднительным допустить кор-
рекцию Павеза в таком общем виде. Одно из двух: или имеет место
недействительность в обязательстве падает полностью; или нет
недействительности в обязательстве сохраняет силу цели-
ком. Но мы знаем, что в данном случае нет недействительности
ввиду насилия, следовательно, в принципе договор сохраняет силу.

Однако, нужно ввести в этот принцип две поправки:

а) В известных случаях, обязательство, принятое при таких
обстоятельствах, может быть признано неоспоримым вследствие
насилия, а несуществующим, будет ли то ввиду отсутствия согла-
шения, или же ввиду отсутствия основания. Нет соглашения,
если оказывается, что лицо, принявшее обязательство, было под
влиянием такого страха, что его возможности были абсолютно
исчерпаны. Нет основания, если услугу, за которую обещана
чрезмерная сумма, можно было оказать, не подвергаясь опасно-
сти, просто предполагая немого снисходительности или человеч-
ности.

б) В некоторых случаях окажется, что лицо, получившее
чрезмерное обещание, недобросовестным образом злоупотребило
нуждой другой стороны, чтобы возложить на нее «львинные» усло-
вия. Это можно будет очень легко признать, если обещанная
сумма была установлена по требованию стороны, в пользу кото-
рой дано обязательство, после переговоров, в которых другая
сторона старалась добиться более благоприятных условий. Тогда
можно будет считать обязательство недействительным, или
исключить сумму, или в силу ст. 6. Итак, обещанное лицо будет
обязано вернуть сумму обязательства. Только, когда другой конт-
рагент является неоспоримым, нужно будет его вознаграждать со-
ответственно мерзавецкому эксплоататору в силу теории первоначаль-
ного обязательства (см. Lacombe, цит. соч., пом. 85). Таким
образом, есть прецедент и doctrine уменьшения, предложенной
Павезом.

Суды и парламент и законодательство делают интересное
различение этой идеи в области обязательств, подписанных при

несчастных случаях капитанами парохода, от которых капитан дру-
го парохода потребовал чрезмерную сумму за спасение судна и
его груза: датский пароход, севший на мель у сваяго Гавра, на-
ходился под угрозой гибели, заметил буксирное судно; он обратил-
ся к нему с просьбой пристать его на буксире до Гавра; капитан
буксирного судна потребовал более 18 000 франков. После долгих
переговоров датский капитан, которому угрожала опасность ос-
таться без помощи, подписал обязательство. Прибыл в Руан, он
заявил спор, сославшись на недействительность обязательства.
Недействительность была признана последовательно верховным
трибуналом, судом Руана и кассационным судом, которые утвер-
дили только платеж возмещения ущерба около 4 000 франков
(Кам. касс. излож., 37 апреля 1887, S. 87. 1. 372). Признали, что
в этом случае было насилие. Может быть, было бы правильнее
говорить об обмане или еще лучше о недействительности в поряд-
ке применения ст. 6.

Германское гражданское уложение проводит систему, позво-
ляющую приводить в нашем случае и недействительности сделки.
Ст. 123, признающая оспоримым волеизъявление, «сделанное под
влиянием угрозы, осуществленной незаконным способом», не поз-
воляет притти к оспариванию сделки. Но ст. 138 признает недей-
ствительными, ввиду нарушения добрых нравов, договоры, в
которых злоупотребили «нуждой, легкомыслием или неопытно-
стью другого», так, чтобы получить преимущественную выгоду, раз-
пор которой находится в разительном несоответствии с тем
предоставляем, которое обещают со своей стороны. Не ссылаются
более на порок согласия, а на абстрактное понятие нарушения
добрых нравов. В швейц. федер. кодексе 1911, ст. 21, содержится
аналогичное решение, в силу распространения идеи убыточ-
ности (ср. франко-итал. проект 1929, ст. 22). Во Франции нужно
будет дать законодательную регламентацию состояния крайней

¹ С тех пор судья протеста установил: Aix, 30 января 1880 и 19 ав-
густа 1881. Rev. int. de Droit maritime, t. V, стр. 416, t. IX, стр. 186; Руан,
23 марта 1906. Gaz. Trib., 1906, 1 sem. 2. 307.

Можно было бы выразить пожелание — распространить этот принцип
на другие случаи, напр., на случай чрезмерного вознаграждения, полученного
хирургом ввиду крайней необходимости операции. Но судьями даны
показания, что не идет на это (Триб. Сев., 29 февраля 1907. Gaz. Trib., 24
апреля 1907, дело Duval. См. критическое замечание R i p e r t. Etudes
de droit, Rev. crit., 1907, стр. 193 сл. Оригинально этой теорией эксплоатации
у Perrin, Etude sur la réductibilité des obligations excessives, thèse
Paris, 1905).

Законодательство пошло по пути, указанному решением 27 апреля 1887 г.,
договорившись позже. По закону 20 апреля 1916 г. о помощи и поддержке во время
ст. 7, последнее соглашение о помощи или спасении, состоявшееся в момент
под влиянием опасности, может быть, по просьбе одной из сторон, признано
недействительным или изменено трибуналом, если он признает, что условия
решения условия несправедливы. Во всех этих случаях, когда договор имеет
чрезвычайного характера в том или другом смысле, не исключены в кон-
кретности с оказавшей услуги, соглашение может быть признано недействитель-
ным трибуналом по просьбе заинтересованной стороны.

миз, камен. *Palmenoy*¹. См. по поводу случая обмана путем умолчания. *Грива*, 30 мри 1927, D. hebdom, 1927, стр. 416, и ср. *Гранд*, 17 февраля 1874, S. 74, 1. 249).

На основании бы уподобить обману некоторые хитрости, которые сами по себе не содержат в себе ничего нечестного и которые допускаются добрыми общими принципами; так, нередко бывает помехой интересам добрых дел, который превращивает свой товар и увеличивает поднять его цену; это не является на действительность договора. Римляне говорили, что в этих случаях имеется *dolus* (или *fraus*) (вонный умысел), и противоположность *dolus* (или *fraus*) (вонный умысел), который один только осуждается. В этом смысле можно понимать текст D. IV, 4, de min. 16, 4: *In rebus mercatorum et venditionis naturaliter licet contrahentibus uti dolo sine iniuriam*. При установлении цены купля-продажи контрагенты, естественно, могут обманывать друг друга².

В Условии, при которых обман влечет недействительность договора. Для того, чтобы эти конститутивные факты обмана повлекли за собой недействительность договора, требуются два условия:

1) Необходимо, чтобы обман имел решающее значение для заключения договора (ст. 1116, ч. 1). Если обман своим действием только получиле лучших условий, договор не подлежит признанию недействительным.

Обман, который имел решающее значение для заключения договора, называется главным, основным обманом. Обман, относящийся к дополнительным оговоркам, называется приходящим обманом. *Dolus dans contractui* и *dolus incidens in contractum* — «Обман, порождающий договор» и «обман, приходящий к договору», говорили старые романисты, которые думали, что эта вещь эту теорию в текстах. Приходящий обман не является для всяких юридических последствий. Он не позволяет считать договор действительным, но потерпевший от него может получить от виновника обмана возмещение вреда.

Который этого различия — вопрос факта, передаваемый на усмотрение оценку судов, рассматривающих дело по существу (Жанс, 13 января 1885, S. 85, 1. 302). Впрочем, судебная практика во многих случаях применяет это различие (см. Demogue, *Obligations*, т. I, ном. 360, и Ripert, *цит. соч.*, ном. 47).

2) Необходимо, чтобы обман исходил от одной из сторон. Это указано явно ст. 1116, говорящей только об обмане, совершенном «одной из сторон». В этом смысле различие от теории насилия, которое трудно объяснить.

¹ Жанс, стр. 31 закона 13 июля 1830 в области страхования, и — Жанс, 29 ноября 1885, S. 1912, 2. 261 с пометкой, замечанием Rodière, Кан. масс. жид., 15 мая 1870, D. P. 1873, 1. 142.
² Жанс, стр. 108, жид., 23 мая 1833, D. P. 1833, 1. 143 с ссылкой советника Родière.

В римском праве решение было такое. На это стараясь дойти специальными принципами этого права. Структура характер иска из обмана (*actio doli*) позволяла дать его только против виновника обмана; что касается мошенника (мошенника), то она составлялась *in personam*, а не *in rem*, как характерно для, в ней уплачивалось имя потерпевшего: *Si nihil in ea re doli malo Auli Agrii factum sit poque fiat* (если ничего в этом деле не было и нет по злому умыслу Авила Агриуса). Судья, назначенный которого определялся формулой, мог считаться только с обманом, исходящим от потерпевшего.

Это решение перешло в наше право. Как его обосновать?

а) Первая система допускает, что римское решение перешло к нам потому, что сохраняет значение мотив, излагающий эту систему в Риме. Несомненно, процессуальные подробности изменились; несомненно, и в нашем гражданском праве нет больше истинного иска; но остается то, что обман понимается в нашем праве, как деликт, обязывающий виновника возместить вред потерпевшему. Исходя отсюда, признают: обман дает право только на возмещение вреда; но если виновник вреда — сторона в договоре, то — лучшее средство вознаградить потерпевшего это — признать недействительным обязательство, которое он заключил. Недействительность тогда — только специальная форма возмещения. Если виновник обмана — третье лицо, иск о возмещении принимает свою нормальную форму иска о вознаграждении за вред, и договор останется существовать. Таким образом объясняется решение закона (см. Demante et Colmet de Saligny, т. V, §§ 26 и 26 bis).

Объяснение соблазнительное (*séduisant*). Заметим, что если бы оно было правильным, оно абсолютно разрушило бы идею, которую мы положили в основание теории, считая обман пороком соглашения. На оно наталкивается на решительное возражение: оно действительно предполагает, что обман не есть порок соглашения, а дозволенный факт, дающий место возмещению вреда; но это противоречит ст. 1109, которая прямо причисляет обман к числу пороков соглашения.

б) Другая система признает, что следует вернуться к идее, согласно которой в случае обмана имеет место оспоримость, потому что имеется порок соглашения.

Но тогда как объяснить отличие от насилия? Порок соглашения будет один и тот же, кто бы ни был виновник обмана. Итак, следуя логике, не следовало ли бы применить недействительность во всех случаях? Некоторые авторы допускают это, усматривая во французской теории чистый пережиток римского права, в настоящее время не имеющий практического смысла (Colin et Capitant, т. II, § 45; Jozzeaud, *цит. соч.*, ном. 95).

Мы думаем, что можно все-таки обосновать различие между решением, принятым в области насилия, и решением, господствующим

в области обмана. В самом деле, если теория обмана облечена идеей справедливости, общественной порядочности, то сама идея, которая оправдывает признание недействительности сделки вследствие обмана, может в известных случаях привести к противоположным выводам из принципов. Это здесь и имеет место. Строго логически, нужно было бы сказать, что, так как обман есть порою соглашение, то он приводит к недействительности лишь порок соглашения, то он приводит к недействительности лишь волеизъявление, если же исходит от третьего лица. Но это было бы неверно, дело здесь исходит от третьего лица, который он был явно недобросовестным; обман совершен Вторым; этот последний не только решил заключить договор со Вторым; этот последний не только вступил в обман и о нем не знает. Было бы несправедливо не возмещая и обману и о нем не знает. Было бы несправедливо не возмещая или предостерегать к нему или о недействительности договорности. Несомненно, мое сознание было порою: но в известной мере моя вина в том, что я дал себя обмануть. Провиня больше виноватая и непредусмотрительности, и, быть может, мог бы заметить вина третьего лица. Отсюда, позволить мне сослаться на недействительность, это значит позволить мне возложить на виноватое лицо последствия моей вины или моей непредусмотрительности. Справедливо, справедливо сохранять договор, а мое дело и возмещая вред против совершившего обман.

В случае несения положения совсем иное. Когда подвержены изъятию, подвергаются ему фатально, без всякой вины или непредусмотрительности; потерпевший не может его наблюдать. Возникнет ли никакого основания создавать привилегированное положение для третьего лица — контрагента в договоре. Нет вины с его стороны, но нет вины также и со стороны потерпевшего: положение обоих одинаково. Снова подпадают под действие общих принципов, в силу которых порок соглашения влечет недействительность. (Напомним, впрочем, что даже в этом случае можно допустить смягчение. См. ст. 29 швейц. фед. код., выше стр. 123, стр. 1).

Итак, можно заключить, что условие, поставленное ст. 1116 для недействительности по причине обмана, есть изъятие из сферы общей принципов, вызванное соображениями практики и справедливости: французское законодательство вставило здесь исключение перед общественной частью.

Обманом, данное нами ст. 1116, приводит нас к ограничению волеизъявления. Мы сказали, что в случае обмана, совершенно третье лицом, иск о недействительности не может быть предъявлен против стороны, не участвовавшей в обману, потому что она не имеет никакого видения, чем жертва обмана. Очевидно, что это соображение будет неприменимо, если контрагент знал об обмане и сознательно им воспользовался. Тогда он приравняется к участнику или даже к виновнику обмана. Он не заслуживает быть объектом защиты. Можно направить признание недействительности и против него (Кам. касс. итал., 20 марта 1883, 5, 84, 1, 417).

Было бы дело совершенно справедливо для законодательства распрост-

ривить это исключение на другой случай. Предположим, что контрагент не знал об обмане, но мог легко о нем узнать. Он о нем не знал только потому, что поступил легкомысленно, без достаточной информации. Тогда нет оснований защищать его против теории обмана; легкомыслие является с обеих сторон. В порядке законодательства следовало бы в этом случае еще вернуться к признанию и сказать, что иск о недействительности можно предъявлять против третьего лица. Но, при умалчании в кодексе, возмещение по французскому праву идти так далеко. Ст. 1116 ставит в качестве условия недействительности, чтобы обман пошел от одной из вступающих в договор сторон. Этот текст закона провозглашает, конечно, признать договор недействительным в отношении контрагента — участника в обмане или недобросовестного; но не в отношении контрагента добросовестного, повинного и притом легкомысленно, не являющегося участником обмана.

Германское гражданское уложение приняло (ст. 123) формулу, допускающую признание договора недействительным также и в этом последнем случае: «Если обман есть дело третьего лица, волеизъявление может быть оспорено только в том случае, если другая сторона знала или должна была знать об обмане» (Ср. Saleilles, *Déclaration de volonté*, стр. 64 сл.). Такое же решение находим в ст. 28, 2-й ч., швейцарского федерального кодекса: «Сторона, потерпевшая от обмана третьего лица, остается обязанной по договору, за исключением тех случаев, когда другая сторона знала или должна была знать об обмане при заключении договора». Наоборот, систему, идентичную с французской, приняли в итальянском гражданском кодексе (ст. 1115) и в немецком гражданском кодексе (ст. 1270). Также в английском праве (*T & Riddle*, изд. 1890, стр. 150 сл.).¹

Е. Последствия недействительности вследствие обмана. В принципе это — общее последствия объявленной недействительности: договор падает, а с ним — и весь юридический эффект (см. теорию недействительности). Этот принцип применяется без затруднений и самим сторонам. Но в отношениях сторон с третьими лицами возникает специальный вопрос, который нужно здесь обсудить, потому что он имеет связь с рассуждением об юридическом основании недействительности вследствие обмана: каковы последствия недействительности вследствие обмана в отношении третьих приобретателей?

Первый своим обманом обрел вещь мое решение продать ему дом. Затем он его продал, в свою очередь, Второму. Я обману-

¹ Польский обязательственный кодекс постановляет для тех случаев, когда стороны третьего лица равносильно обману одной из сторон, если они знали о нем и не предостерегли другую сторону об его добродетели. Текст довольно строгий: ст. 21 франко-итальянского проекта, обман есть причиной недействительности, когда узнан контрагентом одной из сторон, или третьим лицом с ведома стороны.

договор обмена и признается им против Первого в признании действительности. Второй решение и признание действительности отказывается — в духе Второго. Может ли быть признан обмен? Попробуем. Второй во уважении к тому и другому не обменяется? Попробуем. Второй не уважает к тому и другому или к одному из Первого — отказаться? Попробуем. Но не уважаем, если один из нас отказывается (отказываясь от обмена), то не уважаем, если один из нас отказывается (отказываясь от обмена), то не уважаем, если один из нас отказывается (отказываясь от обмена).

...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность.

...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность.

...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность.

...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность.

...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность.

...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность.

...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность.

...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность. ...Возвращаясь к моменту, какой признается действительность.

каждый из нас лично, представляющее нас, должно установить, каковы были бы условия соглашения, которое бы заключились между нами в том же случае, если бы мы были свободны от влияния друг друга.

41. Убыточность (lésion). А. Общее понятие. Это — убыток, связанный с теорией пороков соглашения, которая обличена в ст. 1118. Можно определить убыточность так: вред, который испытывает один из сторон в возможном договоре, когда другой предоставляет один из сторон и ценности контрагенту; напр., когда в продажу выставляется вещь стоимостью 200 000. Это не является убытком для продавца, который стоит 200 000. Это не является убытком для покупателя, который стоит 50 000 франков, а позднее приобретенная вещь удорожала его стоимость, мне не будет дано вернуть деньги покупателю, что и на этом договоре потерпел ущерб (ст. 1160 и 1161).

Эта теория имеет ограниченное значение, притом по двум основаниям.

1) Слово понятие «убыточности» неприменимо к двум важным категориям договоров: договорам безвозмездным, ибо здесь нет никакого предоставления, и ренковым (алеаторным) договорам, в которых каждая сторона предоставляет, но которые по существу представляют собой потерю или выгоду, из которых выигрывает одна сторона.

2) Даже в возможных возмездных договорах, редакторам кодекса не удалось окончательно установить в качестве общего принципа, что убыточность порождает договор. Это значило бы установить как теорию обвинения и открыть источник неисполнимых обязательств. В самом деле, определение стоимости вещи затруднительно, оно зависит от обстоятельств и лиц. Недобросовестные лица могут всегда утверждать, что нет соответствия между предоставленным, которое они обещали, и тем, которое ему следует.

Эта теория имеет руководила редакторами кодекса. Бывает много случаев, когда, напона бы ни была природа договора, убыточный характер вытекает из очевидного использования одной из сторон неблагоприятных обстоятельств, в которых находится другая сторона (см. примеры в 4 ш е, по поводу теории наследия или договоров посредством присоединения). Теория наказания в области наказания недостаточна, чтобы защитить в этих случаях контрагента.

Таким образом, признали в 1804 г., что закон должен снизить юридические последствия в убыточностью только в исключительных и строго регламентированных случаях. Это постановляет ст. 1118, согласно которой убыточность, которая в принципе не применяется на деле соглашений, может в виде исключения применяться во вред, в известных истеричизирующим образом указанных случаях. Тогда говорят, что имеет место расторжение договора вследствие убыточности, заменяя термин «расторжение» термином «исполнение вследствие убыточности».

В. Случай применения расторжения договора на основании убыточности.

Каковы же эти исключительные случаи?

а) Убыточность случится пороком соглашения в определенных случаях (ст. 1116): несовершеннолетним (ст. 1305 и сл.). Здесь расторжение допускается в отношении всех договоров. Здесь расторжение допускается в отношении всех дел при определенных договорах или, точнее, при определенных юридических актах. Гражданский кодекс называет четыре таких случая: принятие наследства (ст. 783 в конце, ст. 784 и сл.); раздел имущества (ст. 887 и сл.); купля-продажа (ст. 1074 и сл.); товарищество (ст. 1854).

В последнем случае убыточность даже не является в собственном смысле слова основанием расторжения договора; она только дает право на иск об исправлении расчета.

Остаются раздел имущества и купля-продажа, в отношении которых мы и приступаем к изучению теории убыточности, кратко — в отношении раздела имущества, с которым мы снова встретимся в области наследования, и более подробно — в отношении купли-продажи.

В этих двух случаях законодатель, допуская расторжение ввиду убыточности, руководствовался не одним и тем же соображением, вследствие чего в обоих случаях конструкция различна.

1. Раздел имущества. Господствующая идея та, что раздел имущества есть такой акт, сама природа которого предполагает равенство долей. «Равенство — душа раздела». Следовательно, неравенство, в силу одного факта, что оно превышает известное установленное законом соотношение, дает основание для иска о расторжении. Убыточность не рассматривается в этом случае, как порок соглашения. Отсюда следствия:

а) чтобы признать раздел подлежащим отмене, закон довольствуется относительно минимальным ущербом — свыше одной четверти (ст. 887, ч. 2).

б) Этот ущерб порождает за собой отмену раздела, не только в случае раздела по соглашению, но и в случае судебного раздела. В самом деле, в обоих случаях требуется равенство долей. Несомненно, в судебном разделе определение долей совершается авторитетом судебной власти, а не соглашением сторон; но это соображение не имеет значения, так как иск о расторжении не основывается здесь на порок соглашения.

с) Поскольку иск об отмене раздела основывается исключительно на неравенстве, участии раздела, означенном в более выгодном положении, может предупредить иск для восстановления его равенства, добровольно восстановив равенство, которое не было соблюдено при разделе (ст. 891).

д) В виде исключения бывает раздел, при котором идея равенства не является необходимой, может случиться, что сто-

идея имеет в виду устранить расу и опасность, взаимные шансы
идеи расы и убытка. Тогда раса приобретает расовой (альтер-
нативной) характер, отягчающий самую идею ущерба. В этом
случае идея и расторжения не дается (ст. 889).

2. **Купля-продажа.** Здесь — идея совсем другая;
идея является необходимым и юридически не предполагается рас-
хождения между стоимостью вещи и покупной ценой; в противном
случае была бы нарушена свобода соглашения, и, кроме того,
идея была бы весьма-таки практически затруднена.

Но другая идея возникает и допущению и известных случаях
расторжения ввиду убыточности: слишком значительное несоот-
ветствие между ценю и ее ценой заставляет предполагать, что
продавец не был вполне свободен, давая свое согласие, что он
подвержен своего рода моральному принуждению (напр., если он
нуждается в деньгах), и ввиду острой нужды в деньгах). Убы-
точность заставляет тогда предполагать порока соглашения; на ос-
новании этой презумпции и допущен иск о расторжении договора.

Такая идея, объявленная ст. 1674 и следующие. Логически
она должна была бы привести к гораздо более широкому приме-
нению убыточности, потому что она справедлива не только в
области купли-продажи.

Впрочем, на эту идею очень нападали, особенно экономисты
либеральной школы. Утверждали, что достаточно теорий обмена
и насилия, что убыточность нарушает свободу соглашения, под-
разывает прочность договора. Поэтому теории убыточности при
купи-продаже почвала из современных кодексов (швед. фед.
кодекс, герм. гражд. улож.).

Однако эта теория целесообразна. Мотив расторжения дого-
вора ввиду убыточности в области купли-продажи тот же, по-
тому что ведет к борьбе с ростовщическими процентами. Без
такой идеи, соглашения свободны, но бывают известные соглашения,
одна сторона из которых нарушает правила честности, по-
тому что эти соглашения с необходимостью предполагают, что
одна из сторон эксплуатировала другую. Против этих соглашений
нужно давать средство борьбы, так чтобы стороны, потер-
певшей ущерб, не приходилось представлять специальное дока-
зательство обмена или насилия. Заметим, кроме того, что осуд-
ившие традиционное уложение исключило теорию убыточ-
ности, но заменило ее другой, — построгой идеей, но испол-
няющей ту же практически роль и даже более широкую.

Следует ст. 138. Слова противная добрым нравам, ничтожна.
В частности, исключена сделка, посредством которой одно лицо,
исполняя нужду, легкомысленно или неосторожно другого,
вещью или-либо услуг со своей стороны, выговаривает или
предоставляет себе или третьему лицу имуществомую
вещь, расторжения которой настолько превосходит ценность услуг,
что сделка при всяком обстоятельстве дела представляется
или чрезмерной или иным образом.

Германский закон устраняет идею предположения порока
соглашения; но он заменяет его, расширяя понятие акта, про-
тивного добрым нравам. Эта теория, весьма отличная от старой
в своих деталях, исполняет ту же практическую роль (см. Zei-
lleiltes, Déclaration de volonté, стр. 291 сл.). Точно так же фран-
цузское право устраняет специальную теорию убыточности при
купи-продаже, но выставляет аналогичный обиход принципа в
ст. 21.

Итак, не только не приходится желать устранить идею убыточ-
ности из сферы купли-продажи, но следует распространить ее
на другие возмездные меновые договоры, определяя при этом
условия ее применения.

Теория расторжения договора ввиду убыточности в области
купи-продажи восходит к римскому праву. Констатация
(С. I, IV, 44, 2), приписываемая Юстинианом Двоклевияну, и
быть может, интерполированная, допускает расторжение дого-
вора продажи недвижимостей ввиду убыточности более, чем на
половину ценю.

Ее принцип был воспринят в старом праве под влиянием капи-
листов и теории справедливой цены. Санкционировали растор-
жение договора вследствие чрезмерной убыточности или убыточ-
ности свыше половины. Отмененная законом 14 фруктидора III
года в момент большого обесценения ассигнаций она была вос-
становлена 3 жерминала V года.

Во время редактирования гражданского кодекса на этот
принцип очень нападали, именно Берлиэ. В результате долгой
дискуссии эта теория была сохранена после весьма активного
противоположения Первого Консула (см. Legé, XIV, стр. 62—73
и 76—113). Идея презумпции порока соглашения привержен
Тронше (там же, стр. 93—94); принятая система представляет
примерительный характер. Решения, вытекающие отсюда, фор-
мулированы в ст. 1674 и след.

Следует рассмотреть три пункта: условия по существу; усло-
вия формальные; последствия расторжения.

а) Условия иска о расторжении договора
по существу.

aa) Требуется наличие ущерба в области купли-продажи
недвижимостей. Не допускается расторжение договоров продажи
движимостей, применения старую поговорку: «Res mobilis non cito-
diminuitur». Это вытекает из ст. 1674, говорящей
о «цене недвижимости». Если бы купли-продажа включала
сразу и движимость и к недвижимости, допущена была бы спе-
циальная для определения цены недвижимости.

Исключение из ст. 1674 было внесено законом 8 июля 1807 г.
В договорах продажи норма и предмет, предназначенный для
содержания животных в сельском хозяйстве, ущерб свыше четверти
должен место для иска, но не о расторжении договора, а об уменьшении
ценю и о возмещении убытков. Иск дается в пользу покупателя.

судом; это — решение, которое трибунал обязан учитывать, но не его решение, которому он обязан следовать (ст. 323 проп. код.).
Присудить, которую нужно выносить в случае закона 1907 г., оправдывается специальными правилами.

в) Последствия расторжения. В принципе они те же, что и при вине о недобросовестности договора. Договор уничтожен с обратной силой. Он считается никогда не существовавшим. Покупатель считается никогда не имевшим права собственности. Отчуждения и установления вещных прав теряют силу. Третьи приобретатели теряют свои права. Собственность возмратывается и продавец свободен от всех обременений, явившихся за время после продажи. Уплаченная цена возмратывается покупателю.

Начисление регулирование расчетов между покупателем и продавцом. Продавец за время после продажи пользовался доходами от покупки; покупатель получил плоды недвижимости. Как будет обстоять дело с их возвратом? По этому поводу надо различать два периода:

а) До дня предъявления судебного иска, происходит зачет доходов с капитала и плодов с имущества. Следовательно, покупатель и продавец сохраняют то, что они получили до этого момента. В виде исключения (ст. 1682 ч. 3, в конце), если покупатель не получал никаких доходов со времени заключения договора, продавец должен ему проценты с покупной цены за время со дня платежа.

б) С момента предъявления иска покупатель обязан вернуть плоды в соответствии с общими принципами. Взаимо продавец должен уплатить покупателю проценты с покупной цены (ст. 1682, ч. 2 и 3).

Закон предоставляет покупателю средство остановить иск о расторжении или повлиять на решение в исполнение решения о расторжении договора. Он может сохранить недвижимость при условии уплаты депозитной суммы до справедливой цены (ст. 1681). Продавец таким образом получает удовлетворение; нет ничего недобросовестного и оставления в силе нуля-продажи.

Ст. 1681 позволяет покупателю, который предпочитает доплатить покупную цену, внаем¹ до всей цены. Эта доля считается эквивалентной выгодой, данную можно извлечь из приобретенной недвижимости.

Та же возможность изложить последний расторжения договора путем доплаты до справедливой цены признается законом за третьими приобретателями, которым угрожает расторжение договора (ст. 1681, ч. 2).

Но закон сохраняет за ними средства гарантии против их про...

¹ Таким образом гражданское решение. В настоящее время есть тенденция считать не только узкой. Выясняются за распространение со стороны покупателя в отношении продавца, если ущерб значительный и если покупатель, для чего на стороне покупателя затруднением, нуждой, по...

§ 3. Дееспособности

Для действительности договора недостаточно, чтобы существовало соглашение и чтобы оно было свободным от пороков; нужно еще, чтобы оно исходило от дееспособного лица (ст. 1108).

Дееспособность есть способность совершать юридические акты, имеющие силу. Это существенное условие не зависит от соглашения.

Общий принцип содержится в ст. 1123. Всякое лицо дееспособно, за формальными исключениями, введенными законом.

Эти исключения — случаи недееспособности. Существует два вида недееспособности: общая недееспособность и специальная недееспособность.

Недееспособный, пораженный общей недееспособностью, не может совершить с юридической силой ни одного юридического акта, кроме как в исключительных случаях, допущенных законом.

Специальная недееспособность препятствует только совершать акты, определенные законом.

1. Общая недееспособность. Список лиц, пораженных общей недееспособностью, содержится в ст. 1124.

А. *Несовершеннолетние*. Под несовершеннолетними следует понимать несовершеннолетних не эмансипированных; только их недееспособность является общей. Они неспособны совершать все акты гражданской жизни. Однако, нужно оставить в стороне акты чисто личные; брак, завещание, брачный договор, для которых существуют специальные правила. За этими пределами акты, ка-

комиссия или поспешность другой стороны. См. в этом смысле предложение закона Guibal et Darin, 1920 г. в дискуссию в Общ. собр. законод. в 1921 г. (см. доклад Levy-Ullmann, Bulletin de la Soc. d'Et. Légit. 1921, стр. 216 в сл., в 1922, стр. 37). Ст. 22 французского проекта устанавливает: «Если обязательство одного из контрагентов прекратит существование, которую он извлекает из договора, или предоставляется другой стороне, то что, по обстоятельствам дела, надо предположить, что его согласие не было достаточно свободным, суд может по просьбе стороны, потерпевшей ущерб, признать договор недействительным или уменьшить обязательства».

Равным образом, ст. 42 польского закона, который устанавливает: «Если одна из сторон, платящая законным путем, глупостью, неопытностью или затруднением другой стороны, принимает от контрагента или выговаривает для себя или для другого предположение, уменьшение ценности которого во время заключения договора было непропорционально в отношении стоимости встречного предоставления, другая сторона может процудить иск об уменьшении собственного предоставления или об увеличении встречного предоставления, а когда подобное уменьшение или увеличение трудно реализовать — может освободиться от юридических последствий своего обязательства».

[См. также M a r t y, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit privé, thèse Toulouse, 1920; D e m o n t e s, Étude sur la lésion dans les contrats entre majeurs, thèse Paris, 1924 и Du fondement juridique de la lésion dans les contrats, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1924, стр. 37 сл., 181 сл.; R i p e r t, rev. com., том 67—73; J o s s e r a n d, rev. com., том 95—104; P i e r r e L o u i s L u c a s, Lésion et contrat, 1926; H e s s e t, Du redressement de la lésion dans les obligations contractuelles, notamment, en droit commercial, thèse Montpellier, 1927. (Ср. еще доклад Paul Demay у S. 1933. I. 377, с автором замечаниями Tortat].

своими такими лиц, совершаемых их законным представителем. Она в них дана по умолчанию.

В. Находки свои под запрещением. Выдают последние под запрещением по закону (ст. 29, 31 проц. код.) и по судебному решению (ст. 489 и сл.). Они приравниваются к несовершеннолетним в отношении их личности и имущества (ст. 509).

С. Иакумини менция. (ст. 215 и сл.)*. Она недееспособна без всяких изъятий, кроме актов чисто личных: завещания, признания внебрачного ребенка. С изданием закона 6 февраля 1933 г. разлучение супругов, без расторжения брака, возвращает им полностью ее гражданскую дееспособность (ст. 311 гр. код., ч. 2 второй текст).

Добавим, что простая раздельность имущества увеличивает дееспособность менцины, которая приобретает способность совершать акты управления и распоряжения движимостью. Вообще, ее дееспособность становится специальной (ст. 1449).

И. Специальная недееспособность. Ст. 1124 в конце намекает на нее. Вот главные случаи применения.

1. Недееспособность менцин, живущих по режиму раздельности имущества;
2. Недееспособность имандирированных несовершеннолетних, способных совершать одни акты управления (ст. 481, 484);
3. Недееспособность лиц, которым назначена опека судебным решением, ограниченная и определенная ст. 499 и 513;
4. Еще более специального случая недееспособности: распоряжения, запрещающие определенным лицам продать или купить.

а) Такого запрещения продажи между судьями (ст. 1595). (Контроверза относится к вопросу, следует ли эту недееспособность распространять на другие возмездные сделки).

б) Такого еще запрещения некоторым управляющим имуществом другого лица покупать имущество, находящееся у них на сохранении (ст. 1996).

Мотив этого запрещения заключается в том, что в качестве управляющих или поверенных они обязаны продавать возможно дороже в интересе представляемого лица, тогда как, в качестве владельцев, она были бы заинтересованы продать возможно дешевле. Надлежит тогда предупредить конфликт между долгом и интересом. Это запрещение установлено в интересе собственника имущества. Отсюда следует, что если запрещение нарушено, оно — ничтожная и недействительная сделка (Кам. касс. мал., 20 января 1927, 5, 77, 1, 22).

* По закону 13 февраля 1933 г. это положение изменено. По действующему закону ст. 215 вынужденная менция осуществляется в полном объеме лишь судьями правосудия. Впрочем реальное значение этой менции сомнительно. — Предметный перечень.

с) Аналогичная недееспособность существует при продаже в заложенной недвижимости (ст. 711 гражд. проц. код.).

д) Другой вид недееспособности покупать устанавливает ст. 1597: «Судья, добавочные судья, магистраты, входящие в состав прокуратуры, секретари суда, судебные приставы, поверенные и нотариусы не могут стать пралопреемниками в порядке процессуальных судебных процессов, спорных прав и исков, которые входят в компетенцию трибунала, в округе которого они исполняют свои обязанности, — под страхом ничтожности и ответственности за расхищение и убитие».

Этот текст относится к продажам спорных прав, т. е. прав в отношении которых идет судебный процесс (ст. 1700). Продажа этих прав возможна по общему праву, кроме уступки участником в споре (ст. 1699, 1701). Но в виде исключения она запрещена лицам, исполняющим судебные обязанности в округе трибунала, компетентного рассматривать этот процесс. Та же недееспособность распространена на секретарей, судебных приставов, поверенных, адвокатов, нотариусов, исполняющих свои обязанности в том же округе. В данном случае дело идет об очень старом распоряжении нашего права, внесенном ординаром 1356 г., затем Ординарским ординаром 1560 г. и Кодексом Мишо в 1629 г.

Это постановление вызвано двумя мотивами. Прежде всего боялись злоупотребления властью ввиду специального положения перечисленных лиц. Кроме того, когда спорное право уступлено магистрату или адвокату, создается большое неравенство между этим новым истцом и ответчиком. Таким образом дело идет о защите цедента (уступающего право) и ответчика.

Следствием отсюда является то, что в случае цессии, совершенной вопреки ст. 1597, о недействительности ее может предъявить иск цедент или ответчик. Может ли на нее создаться также проксионарий? Это утверждали, говоря, что недействительность есть явление публичного порядка и на нее может ссылаться всякий заинтересованный. Но это неверно; недействительность установлена только в интересе двух лиц. Она внушена мыслью, направленной против проксионария; поэтому нельзя ему позволить ссылаться на нее.

З а м е ч а н и я: (1) Следует избегать смешения недееспособности и ограничений несоостоятельных. Ст. 443 гражд. кодекса признает купца, начиная с решения, объявленного несоостоятельным, лишением права управления своим имуществом, который переходит к управляющему конкурсной массой, представляющему кредиторам в массе. Этим хотят предупредить совершение несоостоятельным актов во вред его кредиторам. Но это ограничение не создает личной недееспособности несоостоятельности. Оно порицает только имущество недоуправляемым распоряжаться до окончания процесса. Если несоостоятельный, вопреки ограничению, совершит договор после решения об объявлении несоостоя-

жальности, этот договор не является ничтожным; его только нельзя признать действительным предиторам при ликвидации имущества, т. е. вступившее в договор о несостоятельности, не может участвовать в конкурсе с массой кредиторов на активное участие несостоятельности. Но если позднее, по окончании несостоятельности, имуществом приобретено новое имущество, договор, заключенный во время ограничения, вызовет все связанное с ним последствия, именно что он действителен. Кредитор, вступивший в этот договор, имеет в состоянии обратный притязание на новое имущество несостоятельности. Если бы взамен место недееспособности, договор был бы признан и не породил правовых последствий даже по окончании несостоятельности. Итак, лишение права распоряжения имуществом не приводит к личной недееспособности несостоятельности, а к реальному ограничению распоряжения его имуществом.

(3) Различают иногда недееспособность гражданскую и недееспособность естественную. Под гражданскую недееспособность понимают ту, которая патенат на текста закона, следовательно, не имеет естественности общей или специальной, которые мы только что перечисляли. Естественная недееспособность существует, говорит, вне закона, силой вещей. Так обстоит дело, с этой точки зрения, с объединенными, лишенными гражданской личности в состоянии объявлении. Неточно говорить в этих случаях о недееспособности; в первом случае — абсолютное отсутствие гражданской личности; во втором и третьем случае — абсолютное отсутствие воли. Соглашения, заключенные в таких условиях, не только подлежат признанию недействительными ввиду недееспособности, но просто не существуют, ввиду отсутствия законности соглашения или, по крайней мере, согласия одной из сторон. Следовательно, нет никакой аналогии со случаями недееспособности, которые мы только что перечисляли; было бы неточно и ошибочно назвать эти случаи то же самое название, потому что принципиально законно совсем разное в обоих случаях. Для того, чтобы можно было говорить о недееспособности, нужно сначала признать за лицом законно существующее лицо, имеющее волю, способную произвести юридический эффект. Необходимо предположить, кроме того, что закон вмешивается, чтобы ограничить возможность этой воли. Это приводит к выводу, что не существует других выданных случаев недееспособности, кроме случаев гражданской недееспособности, перечисленных нами перед этим.

§ 4. Предмет (объект)

Для основных условий, изученные до этих пор, являются субъективными. То, и рассмотрению которых мы переходим теперь, являются объективными: они существуют вне личности сторон.

I. Определения. Предмет обязательства сводится к тому, что должна обязывающаяся сторона. Первый дает взаймы 1000 франков Второму; предмет возврата 1000 франков. Чтобы назвать предмет в договоре, нужно поставить вопрос: *Quid debetur?* (что должно быть дано?). Ответ обозначит предмет: предоставление, действие или воздержание обязанного лица (ст. 1129).

Это определение показывает, что не всякая вещь говорит о предмете договора. В действительности не вся вещь имеет предмет, а обязательство, установленное договором. Чтобы быть точным, следовало бы сказать: предмет обязательства, возникшего из договора. Пользуясь фигурой эллипса (соединение отдельных слов), говорит о предмете договора. Этим объясняется, почему закон говорит то о предмете договора (ст. 1125—1128), то о предмете обязательства (ст. 1129—1130).

Если договор порождает несколько обязательств, то в этом случае может быть столько же различных предметов, сколько обязательств. Так, в синаллагматических договорах каждый из взаимных обязательств имеет различный предмет. Продажа имеет два предмета: перенесение права собственности на продаваемую вещь и платеж покупной цены, ибо продажа есть договор, по которому одна сторона обязуется перенести на другую право собственности на вещь за определенную цену.

Когда предмет состоит в передаче вещи, вещь смешивает с предметом.

II. Характерные черты предмета. Предмет должен содержать в себе четыре характерных черты: он должен быть полезным, определенным, возможным, дозволенным.

1. Полезность предмета. Нужно, чтобы кредитор получал выгоду от исполнения обязательства должника. В противном случае, составлено не было бы серьезным; оно не должно быть защищено правом.

Не следует понимать требование полезности слишком узко: она может быть вообще относительна к кредитору и может быть чисто морального характера. В течение долгого времени говорили, что выгода, которую кредитор получает от исполнения обязательства, должна быть оценена в деньги. Это не точно, потому что достаточно морального интереса. Ограничительное положение не имело бы у нас разумной базы. Требование полезности денежной оценки выходит от римского права. В формулярном праве се великая пенденциация* была денежная. Поэтому, право могло быть предметом судебного иска только при условии, если этот иск имел интерес, допущенный денежную оценку. Впрочем, начиная с классической эпохи появились исключения: моральный интерес защищался *actio gratiosa* (в особом, чрезвычайном порядке). В настоящее время принцип денежной пенденциации утрачен.

* Т. е. та часть формулы иска, которая представляла собой денежную сумму, которую судьям было оправдать истца. — В римском праве перевод на.

* Обшир спектр обязательств

можно доказать только утратив значение и вывод из этого принципа. Достаточно морального интереса и лица кредитора, чтобы обременять судебный иск, при условии, что этот моральный интерес является определенным. Эта идея все более и более распространяется в последние времена, и особенно, под влиянием Неринга! (Ср. Nörring, *Théorie générale de l'obligation*, стр. 7, 8; Doryville, *De l'indivisibilité dans les obligations*, thèse, Paris 1904). Ср. герм. гр. ст. ст. 241.

Наконец, в области договоров в пользу третьего лица одно лицо может стипулировать от другого, чтобы это последнее совершило предостаточно третьему лицу. Обещавший тем самым обязан по отношению и стипулянту, хотя стипулянт не имеет действительного интереса в предоставлении, так как оно должно быть совершено в пользу другого лица.

2. О **определенности**. Это требование связано с предыдущим. Неопределенный предмет бесполезен, так как должник может освободиться, сделав предоставление, не имеющее ценности. Тут может быть неопределенность в отношении природы вещи (общая или определенная специально вещь) или в отношении количества: обещают хлеб, не устанавливая числа килограммов.

В принципе, определенность должна быть достаточной для того, чтобы конкретное предоставление, соответствующее составлению, представляло интерес.

Следовательно:

a) Предмет должен быть определен в отношении рода (закон говорит — вида, ст. 1129, ч. 1).

b) Он должен быть определен в отношении количества.

в) Не требуется определять предмет в отношении качества: не следует ли из этого, что должник может освободиться, предоставив товар некоего усюдно качества? Объем обязательства в этом отношении будет определяться предполагаемым намерением и справедливостью.

Если договор синаллагатический, то чаще всего стоимость предоставляемая, обещанного другой стороной, будет служить мерой оценки качества вещи, составляющей предмет обязательства должника. Пример: я продаю 100 гектолитров вина за 20 000 франков. Я должен буду дать вино такого качества, чтобы оно стоило по курсу дня заключения договора, 200 франков за гектолитр.

Если это элемент определенности нет, закон выдвигает правило справедливости: должник считается обещавшим вещь определенной ценности (ст. 1245, по поводу платежа)¹.

¹ Неринг и другие в прибавлении обязанности покупателями неопределенно обещанной, конкретной предоставляемой. Напротив провайдены, период *Rechtswörterbuch*, т. 11, стр. 143 и 44.

² В принципе об определении фактурные документы специально определены на законных ст. 1347, при продаже вещей, которые в обмен пробовать до покупки (цена, место и пр.). Продажи нет, вина покупателя не испробовал и не оценил этот товар.

d) Не является необходимым, чтобы требуемое законом определением было сделано в самом договоре. Достаточно, чтобы договор или обстоятельства его заключения содержали элементы, достаточные для определения в будущем. Пример: директор учебного заведения договаривается с купцом о том, чтобы он поставил количество вина, необходимое для потребления заведением в течение года. Количество не определено, но оно определенно; и этого достаточно (ст. 1129, ч. 2).

Такой минимум определения объекта, необходимый для таинственного соглашения. Обязательства, предмет которых определен таким образом, называются родовыми обязательствами.

e) Но определение может быть более точным. Возможны две степени определения:

aa) **Ограниченный род: *genus limitatum***. Я обещаю вам 1 000 кг хлеба, которые находятся в моем амбаре. Обещанный предмет не определен в своей индивидуальности, но он определен уже, чем в обыкновенном родовом обязательстве.

bb) **Предмет определен своими видами и индивидуальными признаками**. Я продаю вам такую-то лошадь моей конюшни. Здесь определение достигает максимума точности. Говорит, что в этом случае имеется обязательство на определенный предмет. Весьма важно это различие обязательств индивидуально определенных и обязательств родовых. Это — важно с двух точек зрения. Прежде всего, обещание индивидуально определенного предмета переносит право собственности (ст. 1138).

Наоборот, обязательство родового характера не переносит права собственности. Больше того, должник, обещавший дать индивидуально определенный предмет, освобождается ввиду случайной гибели предмета; должник по родовому обязательству не может освободиться таким же способом, потому что род никогда не погибает весь целиком: *genus non perit*. Во всяком случае, с этой точки зрения представляется интерес различие *genus a genus limitatum*, правило *genus non perit* не применяется к *genus limitatum*, который может погибнуть; хлеб в моем амбаре может погибнуть. В этом случае долг, относящийся к этому *genus limitatum*, погашается, как долг на индивидуально определенный предмет погашается гибелью вещи.

f) **Определение цены в купле-продаже**. В принципе (ст. 1591) цена продажи должна быть определена в обмене сторонами. Пока цена не определена, нет купле-продажи, потому что обязательство покупателя не имеет определенного предмета. Заключение договора задерживается до достижения согласия в отношении цены. Таким образом, не имело бы смысла продажа согласованно, в котором было бы сказано: я вам продаю такую-то вещь за цену, которая должна быть определена между нами.

Для применения этого правила заслуживает, чтобы не так оставаться:

ка) При продаже мерами (также пазны, проданной весом, числом, мерой, взор, и вам продаю вино моего урожая по 20 франков за гектолитр) продаваемая вещь взвешивается, а цена нет; она определяется только путем измерения. Канона действия этого соглашения! Продавец не завершена, потому что нет определенной цены, следовательно, не будет переноса собственности, и риск остается за продавцом до измерения. Однако, если соглашение еще включает себя куплю-продажу, оно производит уже обязательственный эффект: покупатель имеет право требовать, чтобы вещь была измерена и мерена под угрозой возмещения ущерба; продавец может требовать покупателя принять исполнение (ст. 1585). Цена при покупке ставится продавцу с измерением продану в полном (ст. 1586), в которой цена определена *in globo* (за все) (и вам продаю урожай за 20000 франков). Эта продажа непосредственно завершена и производит весь свой эффект (ст. 1586; см. Paris, 15 июня 1888, D. 92, 2, 257; Cass, 1 июля 1889, D. 91, 1, 203).

3) Если случается, что стороны, не определяя цены в соглашении, договорились своим договором третьему лицу mission по определению (ст. 1592). С того момента, как назначено для цены третье лицо, цена становится определенной. Стороны обязаны принять его решение. Итак, продажа существует, хотя цена фактически еще не определена сторонами.

Но что произойдет, если третье лицо откажется исполнить свою миссию или ему в этом помешают? Ст. 1592 отвечает, что продажа нет. Это нужно понимать так: продажа будет уничтожена с обратной силой. Она была совершена под условием, что цена будет определена третьим лицом; но условие не осуществилось¹.

Может случиться, что третье лицо не обозначено в договоре. Стороны просто соглашаются воздержаться в этом на экспертов, которые они вызовут позднее. Если они их назначают, все идет как в предыдущем случае. Но если они не могут в этом вопросе достигнуть согласия, продажа не состоялась. Это оспаривали, говоря, что одна из сторон может просить трибунал назначить экспертов. Это не точно: трибунал не может в это вмешиваться. Соглашение таково, что эксперты будут назначены сторонами; трибунал не может подставить себя на их место. Итак, отсутствие назначения эксперта (см. Dijon, 15 февраля 1893, S. 94, 2, 144).

Однако, если назначенная экспертом помещала вина одной из сторон, другая может искать с ней возмещение вреда. Действи-

¹ Вопрос об этом оговорительное условие на случай невозможности или неисполнения из случая купли-продажи? Условно является спором о количестве вещи. *Adieu et Nam*, т. IV, стр. 338. Практический интерес вопроса заключается в вопросе о *risco pendente conditione* (пона условие de suspensiva), ст. 1282, ч. 1. Но с того момента, как договор содержит определение количества вещи, он превращается в договор и должен производиться по своим правилам, включая под этот определение риска (См. за образцом *Paris* 17 июля 1881 et *Paris*, *op. cit.*, т. II, 11 и 12, § 1584, который договорен, что условием обусловилось, и что риск переходит к покупателю).

тельно, обе стороны были обязаны одна в отношении другой назначить экспертов; в этом было специальное соглашение, которое существовало независимо от договора купли-продажи. Если одна из сторон по своей вине не исполняет обязанности, которая на нее возлагается это соглашение, она должна возместить другой стороне убытки (см. *Paris* — Dijon, 15 декабря 1891, S. 92, 2, 286).

3. В каком объеме. Нельзя обязывать действительным образом к невозможному предмету; это — правило общего права.

Для того, чтобы вызвать недействительность обязательства, невозможность должна быть абсолютной. Недостаточно объективной невозможности для должника. Пример: малый предприниматель, имеющий только небольшое число рабочих, берет на себя исполнить в очень короткое время большое сооружение. Он обещает невозможную вещь, но невозможную только для него, для превышающую его силы. Следовательно, он связан действительным образом; не будучи в состоянии исполнить, он должен будет платить убытки. Наоборот, допустим, подрядчик обещает возвести сооружение на указанном ему участке. Он понимает, что подпочва не позволяет возводить солидных сооружений; здесь невозможность — абсолютная. Поэтому подрядчик не будет отвечать по обязательству, даже в форме платы убытков.

Вот другой пример абсолютной невозможности: было обещано определенная вещь, а она погибла во времени установления обязательства. Обязательство — ничтожно. Это содержит (по поводу договора купли-продажи) ст. 1601.

Если во время заключения договора вещь погибла частично, закон в случае купли-продажи (ст. 1601, ч. 2) решает, что обязательство имеет предмет; следовательно, могло возникнуть. Но возможно, что вещь, частично уничтоженная, не отрезает часть, которую преследовал кредитор, вступая в договор. Поэтому перед ним открыт выбор; покупатель может по своему выбору или отказаться от договора или удовольствоваться сохранившейся частью вещи. В этом втором случае происходит уменьшение цены пропорционально стоимости погибшей части вещи; размер этого уменьшения определяется посредством оценки.

Рассмотренный случай нужно тщательно отличать от того, когда вещь погибает вся или в части после заключения обязательства. Тогда обязательство во всяком случае могло возникнуть; вопрос заключается в том, чтобы вынести, каковы последствия гибели вещи; это — вопрос об освобождении должника и о *risco pendente conditione* (ст. 1302 и 1158).

Случаю, когда вещь в момент договора уже не существует, нужно противопоставить случай, когда она в это время еще не существует; обещание будущих вещей. И обещание урожая ближайшего года. Такое обещание действительно (ст. 1133, ч. 2). Если вещь не появится, обязательство не осуществляется.

4. **Должностность.** Предмет обязательства не должен принадлежать ни лицам, ни принципам публичного порядка или порядка (ст. 619 код.). Частное применение этого правила дано законом в ст. 1328: «Лишь те вещи, которые находятся в обороте, могут быть предметом соглашения». Ст. ст. 1398: «Все то, что находится в обороте, может быть продано, если особые законы не запрещают отчуждения». Слово «оборот» имеет исключительный, узкий смысл, чем обычное значение (слова — *commerce*). Это слово означает не только торговые операции в собственном смысле слова, включаемые в торговый кодекс, ст. 632—633, но также юридический акт, имеющий целью установить, изменить или прекратить права. Внеоборотная вещь — это вещь, которая не может служить предметом юридических актов, совершаемых частными лицами.

Такое положение, очевидно, может вытекать только из закона. Вот несколько примеров. Внеоборотными предметами являются:

а) гражданское состояние и правоспособность лиц;
б) акция, составляющая государственную собственность (ст. 228 и сл.);

в) облигами должностей. Продажа должностей не допускается во Франции. Соглашение, по которому должностному лицу обещают денежную сумму за то, чтобы он отказался от своей должности, были бы ничтожным.

Очень важное исключение установлено в отношении министерских должностей (закон 28 апреля 1816, ст. 91). Министерские должники могут продавать свои должности. Они не могут назначать себе преемника, это право принадлежит исключительно государству. Но закон позволяет им рекомендовать преемника на утверждение государственной власти. Лицо, занимающее должность в настоящее время, выговаривает в свою пользу от преемника за осуществление этого права рекомендации известную сумму денег, называемую ценою должности. Государственная власть по усмотрению преемника имеет право превратить личность рекомендованного преемника и выговоренной ценой, которая, в случае изменения, может быть уменьшена. Таким образом, не абсолютно точно считать министерскую должность частью имущества. В состав имущества входит только право рекомендации. Кроме того, можно купить-продать, которую мы только что разбирали, все другие договоры, относящиеся к министерским должностям, и прежде всего запрещение (аренда, вклад и пр.). Специально запрещено образовывать товарищество для приобретения должности. Однако, специально включено для биржевых маклеров (закон 2 июля 1862, законный ст. 75 торг. код.).

Можно продать уступку министерских должностей с продажей клиентуры лицам, осуществляющими совершенно частную профессию. Однако не распространяется сила сделок в отношении клиентуры, составляющих существенный элемент уступки юридическим лицам: покупка покупателей. Уступающая

обязывается не производить торговли в определенном районе и рекомендовать своего преемника своим старым клиентам. Здесь нет услуги вещи; есть лишь обязательство совершить как не совершать действие (ср. Гражд. 26 марта 1928, D. P. 1928, 1, 145, посп. замечание P. 156).

Но были споры против того, что клиентура может быть предметом договора, если это не торговая клиентура, а приобретенная осуществлением свободной профессии — врача, адвоката, архитектора. Трибуналы, когда перед ними встал этот вопрос в отношении врачей и архитекторов, признали их клиентуры непередаваемыми, потому что клиентура основывается на личном доверии (ср. в отношении врачей, Париж, 25 июня 1884, S. 84, 2, 176). Но этот аргумент должен был бы привести к тесной связи уступкой к недействительности уступки торговой клиентуры. Нужно квалифицировать эти уступки, как уступки покупателям: дело идет не о продаже бесцельной вещи, а об обязательстве совершить или не совершить действие; уступающий обязывается рекомендовать своего преемника своим клиентам и поддерживать их от всякой конкуренции. А если так, соглашение оказывается имеющим вполне определенную предмет; следовательно, оно имеет силу. Впрочем, судебная практика признает уступку клиентуры свободной профессией недействительной только тогда, если уступка принята и безоговорочная. Если же договор содержит по возможности выраженные оговорки, обязывающие уступающего клиентуру рекомендовать своего преемника и поддерживать их от конкуренции, обязательство установлено действительным образом (ср. Paris, 13 марта 1891, S. 95.2. 43, который утверждает уступку медицинской клиентуры, совершенную таким именно образом). Заметим, что это допущение должно привести судебную практику к тому, чтобы отнестись к этой вещи, как к вещи, которая с необходимостью анализируется как обязательство совершить или не совершить действие. Уступка, даже безоговорочная и простая, и без оговорок, молчаливо содержит эти оговорки, которые судебная практика признает действительными: в противном случае, она не имела бы смысла. Следовательно, уступка даже чистая и простая, имеет силу (ср. в отношении уступки клиентуры адвоката, в смысле недействительности: Дуз, 25 мая 1906; в смысле действительности: Париж, 10 марта 1910, S. 1910, 2, 198; Париж, 6 ноября 1927, D. hebdom. 1528, стр. 91).

д) Целая категория законодательных распоряжений запретила, по различным основаниям, продажу известных вещей: животных, страдающих различными болезнями (закон 21 июля 1881, ст. 13), иловых вещей (закон 19 июля 1846).

Запрещение соглашений относительно будущих наследств. Закон запрещает оставление

¹ [Ср. Colin et Capitant, *loc. cit.*, т. II, § 8, ст. III; J. J. Toussier, *loc. cit.*, т. II, § 120; ср. Planiol et Ripert, *loc. cit.*]

относительно будущих наследств, т. е. соглашения относительно наследства, еще не открылись. Если, напр., предполагаемый наследник лица продает при его жизни права, которые он получает по смерти этого лица, то на основании общего права следовало бы сказать, что продана, как относящаяся к будущей вещи, действительна. Но ст. 1130, ч. 2-я, постановляет: «Нельзя, однако, отказываться от наследства, которое не открылось, ни совершать договоров, касающихся такого наследства, даже в согласии того, о чем наследство идет дело».

Законодатель придавал большое значение этому запрету, так как он повторил его в других статьях (ст. 791, 1600 и 1389).

1. Корни запрещения. Мотивы и значение его очень трудно определить. Эта теория установилась исторически последовательными властями. Она почти однородна и логически мало удовлетворительна.

А. Прямое всего она — римского происхождения. В Риме запрещение имело двойное значение и логически объяснялось двумя элементами:

Во-первых, существовавшим запрещением лицу распоряжаться по акту между живыми своим собственным наследством, например, обмениваться по отношению к третьему лицу оставить ему наследство; это запрещение имело целью обеспечить свободу завещания и право отмены своих завещательных распоряжений вплоть до самой смерти (С. J. П. 3. De pactis, с. 15).

На втором месте, запрещением распоряжаться всем или частью наследства третьего лица, чтобы не допустить безразличного и опасного соглашения, которое создавало бы у сторон интерес в смерти третьего лица: *Pactio per odiosam... et plenam tristissimam et periculosam eventum* (соглашения одиозные... и вполне весьма печальных и опасных последствий) (С. J. П. 3. De pactis, с. 30). Впрочем, в этом втором случае соглашение могло получить силу, если лицо, о наследстве которого шло дело, присоединилось к соглашению; тогда считали, что опасность исчезала. Впрочем, это присоединение не связывало собственника имущества, который оставался свободным составить завещание, противоречащее соглашению.

В. Второй источник заключается в старом французском праве. Теория принимала новый вид, под влиянием германских и феодальных. Принцип запрещения существует, но с двумя важными исключениями.

Во-первых, германское право допускало назначение наслед-

ника по договору между живыми и вследствие этого признавало вопреки римскому праву силу за договорами, совершенными лицом в отношении своего собственного наследства. Обычное право занимает среднюю позицию; оно признает силу за такими соглашениями, когда они были сделаны в брачном договоре; можно было в брачном договоре обещать свое наследство другому супругу или детям.

На втором месте, введено было другое исключение, чтобы облегчить сосредоточение имущества в руках старших сыновей в феодальную эпоху. Отсюда практика предварительных отказов от наследства со стороны дочерей или младших сыновей; эти отказы по общему правилу совершались также путем брачного договора. В некоторых случаях отказ дочери предполагался и силу одного того факта, что она получила приданое, как бы независимо оно ни было (ср. Pothier, Oblig. пом. 132; Succession, т. 1, отд. 2, ст. 3, § 3 и гл. III, отд. 3).

С. Революционное право видит в теории наследственных соглашений только феодальные элементы, т. е. предварительные отказы, вид практического дополнения к праву старшинства. Оно отменило их вместе с этим правом (законом 13 марта 1790 г., 8 апреля 1791, 18 янв. ап. V).

Н. Гражданский кодекс. В гражданском кодексе отражается предыдущая сложность вопроса, так как теория прошла уже три весьма различных исторических фазы. Кодекс содержит смесь идей этих трех периодов.

Объяснение и значение общей формулы ст. 1130, ч. 2, нельзя вывести из какой-нибудь единой разумной идеи. Запрещение предусматривает три категории соглашений и объясняется для каждой из них идеей различного исторического происхождения. С другой стороны, законом употреблена слишком общая формула; она подводит под запрещение соглашения, которые логически должны бы быть дозволены.

Итак, нам нужно здесь исследовать, каковы различные основания запрета, а затем каково его значение.

А. Основания запрета. (1) Кодекс воспринял идею законодательных собраний, воспрещавших отказываться заранее от наследства, хотя бы по брачному договору. Запрещение прямо упомянуто в ст. 1130, ч. 2-я, а в ст. 791. Этому редакторы придавали большое значение (см. ил. мотивов Бюро-Презид. Ком. т. XII, стр. 324; доклад Фавера трибунату, там же, стр. 428; речь трибуна Муриоль в Законодательном корпусе, там же, стр. 524).

Чтобы не допустить обходов запрета, правильно указано, что соглашения не становятся действительными, вследствие отказа от наследства того лица, о наследстве которого идет дело (ст. 1130 в конце). Это распоряжение очень понятно для тех случаев отказа, которыми мы занимаемся. Но, поскольку оно выражено в общей форме, его труднее объяснить применительно к другим категориям.

ст. 1130, ч. 2, § 1017 и ст. Planiol et Ripert, Traité théorique et pratique de droit civil français, т. VIII, § 33, с. 1; Naegli, Étude sur la possibilité des pactes sur successions futures, thèse Paris, 1905; Capitani, Le pactum de successione futura, Mélanges Ascoli, 1931, в Revue critique de législation et de jurisprudence, 1933, стр. 85 с. 1; Ср. еще: Guye et al. Des successions contractuelles, thèse Dijon, 1905; Pascaut, De la possibilité des pactes sur successions futures, thèse Paris, 1907.

2) Римская идея, согласно которой лицо не может посвятить на свою собственную свободу завещания, вчет за собой ничтожность соглашения, посредством которых лицо обещает наследство другому.

Однако, под влиянием идеи обычного права, были введены для определенных случаев исключения, точными указаниями на которые:

а) Наиболее важное исключение следует из статьи 1082 и она и повсюду распространяется по договору или дарению по брачному договору всего или части наследства дарителя, будет ли то в пользу супругов, или одного из них, или детей, или иных родственников.

б) Ст. 1080 разрешает также распоряжение этого рода со стороны одного из супругов в пользу другого.

в) В своем очерке, статьи 1075 и сл. разрешают разделить имущество наследника; наследник может разделить при своей жизни свое имущество между наследниками.

г) Наконец, ст. 918 допускает соглашение относительно будущего наследства.

3) Третья группа распоряжений запрещает договоры, относительно и наследству третьего лица при его жизни, хотя бы они были совершены с согласия собственника имущества.

Взглянуть разумно основано этого запрета труднее.

Подготовительные работы создаются на римскую идею, под влиянием которой была введена 30-ая конституция. В таких соглашениях выдвигается спекуляция по поводу жизни лица. (См. в этом отношении любопытное место в изложении мотивов Чюрчелла и ст. 1690, Loigé, т. XIV, стр. 152).

На это объяснение неудовлетворительно по двум соображениям.

а) Если принимала римскую идею, следовало также допустить, как и конст. 30, что запрещение не применимо там, где это более не подходит, следовательно, что согласно собственности имущества, отнимая у соглашения всякий односторонний или двусторонний характер, делает его действительным. Но кодекс принял противоположное решение.

б) Если бы идея Порталиса была верна, следовало бы воспретить все договоры, содержащие расчеты на шансы смерти лица, так как об этих договорах, как и о договорах относительно наследства третьего лица, можно сказать, что они спекулируют человеческой жизнью. Но сам гражданский кодекс разрешает и регулирует одна из этих договоров; договор пожизненной ренты (ст. 1933 и сл.). Другой договор, востроенный на расчете шансов смерти, не имеет себе места в гражданском кодексе. Но он признан действительным в 1818 г. император Государственного совета и с тех пор получил огромное практическое распространение: это — договор страхования жизни. Этот договор может быть заключен в пользу третьего лица, который с того времени заинтере-

сованно и смерть застрахованного, с тем не менее договор имеет силу¹.

Отсюда вытекает происхождение — прибавить и другой идеи, экономического порядка. Соглашения, о которых мы говорим, представляют эконолическую опасность, какой нет в договорах с будущими лицами вообще. Будущее наследство есть абстрактная имущественная масса; до открытия наследства права наследника часто ориентуальны; разрешить им распорядиться или обзавестись к этому, значит позволить наследнику получить минимал кредит. Это опасно с точки зрения обеспеченности оборота вообще. Такова разумная идея, очень хорошо объясняющая, что подлинительно согласно даже в случае присоединения к нему третьего лица, и что должно проводиться различие между этим договором и договором пожизненной ренты или страхования. Таким образом, это соображение объясняет факт сохранения запрета в новых кодексах: герм. гр. улож., ст. 312; «Договор относительно наследства третьего лица еще при его жизни действителен».

В. Значение запрещения. Таким три идеи, которыми можно обосновать запрещение. Логически они должны были бы привести к запрещению трех определенных категорий соглашений. Законодатель, неблагоприятно относившийся к этим соглашениям, употребил, наоборот, общую формулу; из нее следует, что запрещение имеет более широкое значение, чем мотивы, обосновывающие его, и мало удовлетворительным способом оно применяется в случаях, где оно неуместно.

Так представляется дело в отношении соглашений по поводу наследства третьего лица, запрещенных потому, что они являются средством фиктивного кредита. Возражение правильно для тех соглашений, в которые предполагаемый наследник вступает с лицом, которое впоследствии будет чуждо наследству. Здесь запрещение понятно. Но предположим сделку между будущими наследниками; за исключением сделанного зарисов от наследства такая сделка окажется по содержанию в себе ничего опасного или безразличного. Так обстоит дело с обещанием исключить при разделе такой-то предмет в долю такого-то наследника, а также — со взаимным обязательством считать

¹ Порталис правильно подметил связь, какую это правило устанавливает между соглашениями о наследстве и страхованием жизни. Поэтому он признает это последнее соглашение безразличным. «Мы знаем, что закон не имеет никакой морали настолько активной и активной, не говоря о коммерческом соображении, что так разрешают страховые законы Англии. Но во Франции подобный вид соглашения всегда был запрещен. Мы имеем договоры этого в Орлеане о наследстве 1681 г., который только повторил предыдущие запрещения... Прямое исключение жизни человека есть договор, находящийся в зависимости от жизни этого лица. В нем, следовательно, то же отношение к опасности, которое исключает азартный договор страхования жизни людей» (Loigé, т. XIV, стр. 152).

исполняющим завещание, которое ставило бы одного из них в более выгодное положение. Это не опасно и может быть полезно для облегчения миродобрых соглашений в семье. Однако, это запрещено абсолютной формулой ст. 1130. (См. Касс., 13 мая 1884; S. 64. 1. 336)¹.

Германское право, упомянутое, принимая в прираще действительности наследия относительно наследства третьего лица, допустило исключение (ст. 342, ч. 2): «Эти правила не применяются к договору, заключенному между будущими наследниками по закону относительно причитающейся по закону или поестественной доли наследства кого-либо из них. Подобного рода договор должен быть облечен в форму судебного либо нотариального акта». Кроме того, германское уложение, под влиянием германских идей, отвергло два первых логических основания недействительности, которые были приведены выше: оно допускает отпав от наследства вперед (ст. 2346 в сл.), и назначение наследства по договору, даже помимо брачного договора (ст. 1941 и 2274 в сл.).

Итак, во французском гражданском кодексе дана слишком широкая формула. Но как бы широка она ни была, не нужно преувеличивать ее значение. Она применяется только к соглашениям относительно наследства. И это приводит к двум следствиям:

1) Договор не становится договором о будущем наследстве в силу одного того, что он содержит расчет на шансы смерти лица (повышенная рента, страховые жизни).

2) Под запрещением не подпадает соглашение, исполнение которого отлагается до смерти лица, если это соглашение не имеет предметом само наследство. Так обстоит дело с установлением владного, которое должно быть уплачено по смерти usufructуария. Договор не относится к наследству; он порождает в пользу лица, получающего приданое, срочное право требования, причем осуществление этого права отложено до смерти; получающий приданое будет его истребовать не по титулу наследника, а по титулу кредитора. Следовательно, договор действителен.

Недействительность, которая является санкцией запрещения, основана на соображениях публичного порядка; следовательно, она абсолютна и на нее может ссылаться любое заинтересованное лицо.

III. Договоры, относящиеся к чужой вещи. Мы рассмотрели четыре принципа, которые характеризуют предмет обязательства, установленного договором. Остается исследовать один важный вопрос. Может ли составлять предмет договора

¹ См. упомянутое решение, сделанное судебной практикой и санкционированное постановлением 247 граждан. деп. восточного департамента (Гражд. 24 июля 1901, S. 184. 1. 422, который упоминает Lyon-Caen; Суд. палаты, 2 июля 1903, 1904, S. 182. 1. 497, выданный генеральным прокурором Бодуэна, 24 июля 1904, S. 182. 1. 497).

вещь, принадлежащая не контрагентам, а кому-то другому? Этот вопрос о договорах относительно чужой вещи особенно обсуждался применительно к купле-продаже, но он может возникнуть и в отношении других договоров. Мы изучим его сначала в области купли-продажи, а потом в других договорах.

A. Продажа чужой вещи.¹ Первый предмет Второму дом Третьего. Действительна ли купля-продажа? Следует в этом оставить в стороне случай, когда Первый имеет поручение от Третьего, ибо тогда не было бы продажи чужой вещи.

Уточним вопрос. Дело идет не о том, чтобы знать, можно ли владеть на продажу против подлинного собственника; его право, очевидно, остается в полной мере. Он имеет видокационный иск против истинного фактического обладателя, следовательно, в против Второго, за исключением того случая, когда Второй приобрел право собственности посредством приобретательной давности или пользуется защитой по ст. 2279.

Итак, наш вопрос не касается собственности. Он сводится к следующему: порождается ли продажей обязательства в отношении между продавцом и покупателем? По ст. 1601 купля-продажа действительна; но сила и значение этой недействительности спорны. Мы рассмотрим: 1) логический принцип; 2) принцип надежды; 3) выводы из него; 4) его силу; 5) возмещение убытков, следующим покупателю.

I. Логический принцип. Купля-продажа не может в этом случае перенести право собственности, но она действительна постольку, поскольку договор порождает обязательство. Это следует из решений, принятых выше в отношении будущих вещей; продавец не имеет права собственности на вещь, но он может приобрести его позднее. Право собственности в отношении его есть будущая вещь; оно может составлять предмет договора. Итак, главные обязательства возникают непосредственно. Продавец обязывается доставить покупателю право собственности.

Такое логическое решение вопроса было в римском праве. Правда, его в римском праве старались объяснить такими соображениями, что, если бы они были верны, они должны были бы привести к изменению принципов и теперь. Утверждали, что в Риме сила купли-продажи чужой вещи объясняется особыми основаниями при римской купле-продаже. Римская купля-продажа не обременяла продавца и передачу права собственности покупателю. Продавец был только обязан предоставить покупателю *в а с с а р о з e s s i o*, свободное владение (Юван. В. XIX, 1, De act. emp., 30, 1). Купля-продажа могла быть совершенна несовершеннолетним, потому, что владение мог передать и несовершеннолетний. Если бы это соображение было единственным, оправдывавшим римскую теорию, нетрудно было бы отсюда сделать из-

¹ [Ср. Colin et Capitant, *op. cit.*, т. II, § 421, в сл.; Planiol et Ripert, *op. cit.*, т. II, § 1415 в сл., 1304; Jost, *op. cit.*, т. II, § 1040 в сл.]

плечию, что французское право, обильнейшее, в отличие от римского права, продавца передать право собственности, логически должно, в отличие от римского права, воспретить продажу вещи, собственником которой продавец не является. Но это объяснение недостаточны. В самом деле, римское право признавало действительным не только соглашение, направленное на приобретение вещи в собственность чужой вещи, но также и соглашение, направленное на передачу права собственности. В Риме можно было стимулировать *datio* чужой вещи. (Ср. D., XLV, 1, De verb. oblig. фр. 91 § 1 и фр. 137, § 4 в конце; XII, 3, De iur. et iuris. fructuano, 15, § 3). Здесь возможно единственное объяснение, в соответствии с приведенной рациональной идеей, римляне признавали возможным обещание передать право собственности на вещь тогда, когда эта передача была в действительности невозможна: это было обещание будущей вещи.

Такое же решение было принято и в старом французском праве: продажа чужой вещи действительна.

Итак, логические соображения и исторические прецеденты совпадали в таком образом побуждали редакторов кодекса допустить действительность такого рода соглашений.

Но они приняли диаметрально противоположное решение: ст. 1599: «Продажа чужой вещи ничтожна; она может дать основание для взыскания убытков, если покупатель не знал, что вещь принадлежит другому лицу».

Чем объясняется эта разница?

2. Принципы кодекса. Возможно единственное объяснение, в тому же подтверждаемое подготовительными работами. Ст. 1599 представляет собой неправильное заключение из ст. 1138. Законодатель, решив в ст. 1138, что обещание передать право собственности содержит в себе и самую передачу, сделал отсюда неправильное заключение, что купля-продажа чужой вещи ничтожна.

Это требует пояснений. Изучая общие характерные черты обязательственного права по гражданскому кодексу, мы видим, что одной из наиболее поразительных черт является допущение в кодекс смешение способов установления обязательности в способ передачи вещных прав. Договор служит теперь двум целям. По общему правилу, договор, направленный на передачу права собственности на определенный предмет, не устанавливает только, как в римском праве, обязательство передать право собственности; он это непосредственно передает. Купля-продажа, являясь теперь целью передачи права собственности на продаваемую вещь, производит не только обязательство для продавца совершить передачу, она непосредственно производит эту передачу; ст. 1583 говорит это, применяя и куплю-продажу принцип ст. 1138.

Но в этом заключается принцип, теоретически абсолютно новый, истинно новый, что редакторы кодекса ни с какой сторо-

ны не пришли к тому, чтобы выразить его в ясной формуле, что они не охватили его правильного значения и построили совершенно неправильное его обоснование, которое привело их к их теории купля-продажи чужой вещи.

Вот это обоснование. Продажа сама по себе непосредственно переносит право собственности на вещь (ст. 1138 и 1583). Но это перенесение невозможно, когда вещь не принадлежит продавцу: *Nemo dat quod non habet* (никто не может дать то, чего не имеет). Следовательно, продажа чужой вещи является ничтожным договором ввиду невозможности предмета договора.

Но тут допущено смешение. Продажа по общему правилу переносит право собственности; но от того она не перестала быть прежде всего договором, устанавливающим обязательство. И продаю дом. Два последствия наступают; и вступают в обязательство передать право собственности покупателю и, в силу статьи 1138 и 1583, это обязательство считается непосредственно исполненным, без совершения какого-либо специального акта передачи вроде римской манципации или традиции. Итак, тут наступают два последствия, логически весьма различные: одно — личное, другое — вещное. Но в большинстве случаев, в силу принципа гражданского кодекса, эти два последствия практически смешиваются, потому что они наступают одновременно и в силу одного и того же акта. Обычно, вещный эффект закрывает собой личный эффект.

Впрочем, остается то положение, что эти два последствия логически различны: первое может наступить, хотя бы второе было невозможно. Я продаю дом Петра; первое последствие может наступить; я могу обязать перед покупателем передать ему право собственности по договору — невозможно. Логически следовало бы сказать: вещный эффект невозможен, существует только личный эффект.

Рассуждению редакторов кодекса в этом вопросе уклонился от правильного пути. Вопреки всякой логике, они из невозможности одного из этих последствий сделали вывод о невозможности другого. Обычно вещное действие продажи настолько закрывает и их главный личный действие, что они перестали его замечать. Из того, что продажа чужой вещи не может сама по себе передать право собственности получателю, они сделали вывод, что эта продажа не может произвести и обязательственного эффекта. Поэтому они установили ничтожность этого договора.

Эта логическая ошибка видна в каждой строке подготовительных работ. Троица считает продажу чужой вещи смешением (Докр., т. XIV, стр. 52; Порталис: «Противоречит всякой логике, всякому принципу, чтобы две стороны могли разделить собственность, принадлежащую третьему» (там же, стр. 254; Фор: «Нет права продать вещь когда нет права передать на нее право собственности. Передача права собственности есть предмет про-

догода (там же, стр. 136). Гренизю: «Единственной целью продажи должна служить передача права собственности... Поэтому законом более соответствующим природе вещей и взглядам народа не признать за соглашением силу купли-продажи» (там же, стр. 241).

Взгляд, очевидно очевидное. Последствия, вызываемые им, по законодательству признаны продажу чужой вещи ничтожной, ст. 1399 подразумевает под этим, что продажа ничтожна не только как акт передачи права собственности, но и как договор, устанавливающий обязательство. Первоначальный текст так прямо и гласил: «продажа чужой вещи ничтожна и не порождает обязательства» (ст. 18 проекта, *Loisg6*, т. XIV, стр. 39). Последние слова были опущены после официального сообщения Трибунату, для сохранения, а не для изменения смысла статьи.

3. **Выводы.** Они вытекают из неясной идеи, под влиянием которой находились редакторы: продажа ничтожна ввиду невозможности и незаконности предмета.

а) Следовательно, вещь заинтересованный может ссылаться на ничтожность, как продавец, так и покупатель, безразлично, была ли при совершении договора та или иная сторона добросовестной или недобросовестной. Ничтожность абсолютная. Во всяком случае следует выделить случай, когда обе стороны, и продавец и покупатель, знали при совершении договора, что вещь принадлежит другому лицу (см. ниже, стр. 199).

Когда продавец ссылается на ничтожность после передачи вещи, он не может требовать от покупателя вещь обратно. Но он не освобождается; следовательно, его иск не взыскательный. Он требует вернуть ему вещь: *condictio possessionis*.

б) **Исковая давность.** Ст. 1304, устанавливая тридцатилетний срок, неприменима, потому что это — специальный срок для случаев относительной недействительности. Следует применить общие правила. Но следует допустить возможность приобретательной давности.

в) **Невозможность придания соглашения в силу последующими фактом.** Если настоящий собственник одобрит продажу или продавец приобрел право собственности, то эти факты останутся без влияния на силу договора. Можно только предъявить иск о недействительности соглашения.

4. **Критическая оценка.** Эта система практически мало удовлетворительна. Это — полное доказательство того, что закон несправедлив. Выводы из него неудовлетворительны: а) Продавец разрешается, наравно с покупателем, предъявить иск о недействительности договора; это значит давать ему защиту, в которой следовало бы ему отказать: ибо, если он продал чужую вещь, он виноват и тогда, очевидно, не заслуживает никакой защиты; или он продал его, считая себя за собственника, и тогда он не является недобросовестным, но непонятно, почему покупатель обязан дать ему защиту, а не наоборот.

или как собственник не проявляет активности, и обоим сторонам продавец должен подвергнуться последствиям совершаемого им акта.

б) Прямо иска о недействительности договора ограничена после одобрения договора собственником или приобретением права собственности продавцом; однако в этот момент покупатель не повода для опознаний; он уверен, что не подделывает никакой выдумки.

Нельзя этих практических дефектов, решение ст. 1599 вводит абсолютные несообразности в общую систему права.

Если продажа чужой вещи абсолютно ничтожна, она не должна бы быть способной составлять справедливое основание для давности в 10—20 лет по ст. 2265; однако известно, что это — наиболее частый случай из всех. Равным образом покупатель, от которого собственник отступил вещь индивидуальным иском, будет иметь иск о возмещении ущерба к продавцу. При этом иск на это сделан в ст. 1635. Каким образом абсолютно ничтожный договор может служить основанием для этого иска? Вот второй недостаток.

Но такой результат систематически получается, если толковать текст закона на основании подготовительных работ. Когда воля законодателя ясна, толкователь должен следовать ей, хотя бы и критикуя ее, если есть место для критики.

Впрочем, некоторые интерпретаторы отказались принять принцип редакторов и сделали вывод из него. Отсюда две теории: удовлетворительные практически, но которые, к сожалению, имеют прогрессивность в своем основании: система расторжения и признания окончательной потерей чужой вещи.

а) **Система расторжения.** (Ср. *Damiano et Solimato de Santero*, т. VII, § 28 bis.). Предельно ясная теория переводит термин «иск» в ст. 1599 — «исковое заявление расторжения». Купля-продажа, соответствующая логическим принципам, имеет силу в качестве договора. Но действительный сигнал расторжения по просьбе одной стороны, если другая не исполняет своей обязанности (ст. 1184). Ст. 1599 просто применяет этот принцип и купле-продаже: продавец обязан юридически действительным образом передать покупателю право собственности на вещь. Если он не исполняет этой обязанности, покупатель может предъявить иск о расторжении договора. Этот иск покупатель ст. 1599 источно квалифицирует как иск о признании договора недействительным.

Практические выводы отсюда замечательны:

а) Только покупатель может предъявить иск. Продавец, который не может сослаться на неисполнение обязанности в отношении его, в иске о расторжении соглашается.

б) Трибуналы, в случае предъявления иска покупателем, могут отложить решение о расторжении договора, предоставить продавцу льготный срок для исполнения его обязанности (ст. 1184, т. II).

г) Если продавец становится собственником или если собственник одобряет продажу, ответственность переходит к покупателю, обязательство продавца тем самым исполнено, и иск о расторжении не допускается.

д) Длительный срок будет 30-летний.

И) Данная система справедлива, она практична и логична. Исполнения этой системы подкупает, она приведена и той путем применения общих, естественно, были бы приведены и той путем применения специальных принципов, если бы кодекс не содержал специальных постановлений, относящихся к продаже чужой вещи. К сожалению, постановления ст. 1599, причем невозможно ее перевести так, как делают сторонники этой системы: «*non*» не означает «*indole*» расторжения, да и подготовительные работы и кодексу подготавливают букву закона.

к) Система относительной недействительности. Эта теория явилась под влиянием двойной идеи: уважать текст закона, не давать продавцу иска о недействительности договора.

К этому приходит путем таких рассуждений: здесь имеет место недействительность, но недействительная, установленная только в интересе покупателя, следовательно, относительная. Покупатель один может на нее сослаться; он же может подтвердить покупку-продажу. Иск ему дается только в течение десяти лет (ст. 1304).

При этой системе, если продавец становится собственником или если собственник одобряет продажу, логически нужно сказать, что покупатель сохраняет свой иск о недействительности договора. В самом деле, порок его титула может быть поправлен только актом воли, исходящим от него. Эта система, следовательно, с практической стороны уступает системе расторжения. Она очень далека от идеала, если принять ее отравленную точку. Но она не имеет над собой ничего в логического основания. В самом деле, она придерживается текста закона, но не соответствует известной или воле авторов кодекса, которая состояла в том, чтобы дать постановление о недействительности договора вследствие некомпетентности его предмета, следовательно, о недействительности абсолютной.

Помимо этого, на чем обосновать эту относительную недействительность? На пороке соглашения? Но на каком пороке? Головокружение — на пороке со стороны продавца. Но тогда пришлось бы сказать недействительность в-иске, когда продавец был добросовестен. Тогда стоило говорить о заблуждении покупателя. Но о каком заблуждении? С точки зрения одних, это — заблуждение в деле; следовательно, стал продавец собственником (ср. Jozegand, Cours de droit civil, t. II, § 1043 и сл.). С точки зрения других, заблуждение в личности (субстанция) предмета, в праве собственности, в существующем факте, в котором покупатель ошибался в отношении сделки (C a r t a u t, De la cause dans les obligations, t. III). Но это объяснение противоречит закону; из ст. 1302 вытекает, что покупатель может предпринять иск о недей-

ствительности, даже если он при заключении договора знал, что вещь не принадлежит продавцу. Единственное отличие, которое ст. 1599 устанавливает между покупателем, знавшим, что вещь принадлежит другому, и не знавшим об этом, заключается в том, что первый не может требовать возмещения убытков. Но это решение также предполагает, что он может предъявить иск о недействительности договора. Следовательно, система падает за отсутствием прочной базы.

л) Судебная практика оставляет в стороне эротический вопрос. Она повторяет вместе со ст. 1599, что продажа ничтожна, не высказываясь относительно основания ничтожности. Она выбирает из обеих систем — относительной недействительности договора и его расторжимости — наиболее практичные решения и, как кажется, особенно склоняется в сторону относительной недействительности (отказ в иске о недействительности продавцу: Кам. касс. жал., 29 апреля 1873, S. 73. 1. 377; Касс., 4 марта 1891, D. 91. 1. 313); [Кам. касс. жал., 15 января 1934, D. hebdom., 1934, p. 97]. Впрочем, путем заимствования из системы расторжения, судебная практика стоит на том, что порок договора покрывается приобретением права собственности продавцом или одобрением договора со стороны настоящего собственника, тогда как идея относительной недействительности не привела бы логически к этому решению (Ажан, 17 декабря 1851, S. 52. 2. 392; Бордо, 23 февраля 1883, S. 83. 2. 176). Во всяком случае судебная практика требует для применения этого решения, чтобы факт подобного рода наступил до предъявления покупателем иска о недействительности. Если он наступает после предъявления иска, но до вынесения решения, порок не покрывается и договор должен быть объявлен недействительным (Кам. касс. жал. 30 декабря 1872, S. 73. 4. 125).

В итоге, перед нами скорее — серия решений, чем определенная координированная система: результат, вытекающий при таком юридическом положении, которое ставит суд перед альтернативой, или отойти от руководства, даваемого ему законом и подготовительными работами по изданию кодекса, или внести изменения, противные практическим потребностям. Такой результат злополучного текста ст. 1599; его следовало бы отменить в порядке законодательной реформы и заменить теорией расторжения.

Впрочем, не нужно преувеличивать его практическое значение. Действительно, основание недействительности заключается в невозможности передачи права собственности по закону. Следовательно, венский раз, когда будет видно, что стороны согласились не осуществлять передачи собственности путем чужой сделки договора, продажа будет действительна. Следовательно, не будет порока недействительности.

м) Продажа родовых вещей. В продажу 1000 кг зерна. В момент зерна в момент продажи, это не зерно, это в этот момент,

на самой передаче сделки, продажа может привести к передаче права собственности только с момента передачи.

bb) Соглашения, посредством которых одно лицо принимает на себя ответственность в отношении другого лица добиться того, чтобы определенная вещь перешла к нему или к другому лицу, и создание действия: получить согласие собственника.

в) Продажа чужой вещи, когда продавец и покупатель знали в момент заключения договора, что вещь принадлежит другому лицу. Действительно, обе стороны знали, что непосредственно они лишены права собственности, следовательно, следовательно, они не принимали им абсурдное намерение совершить неосуществимое дело, нужно предположить, что они имели в виду отпущение передачу права собственности; для признания недействительности тогда нет более оснований¹.

С этими ограниченными случаями применены ст. 1599 будут, вероятно, очень редкими на практике. Они встречаются в особенности в области сделок с недвижимостями; ибо в отношении движимых вещей ст. 2279 защищает добросовестного покупателя. Но в отношении недвижимостей прокурор происхождения права собственности, прежде чем вступить в договор.

В наиболее частые случаи: дело идет о мужке, продающем собственное имущество жене без ее на то согласия, об опекуне, продающем имущество своего подопечного без соблюдения законных формальностей, о собственнике в идеальной доле, отсутствующем вещь целиком, так что продажа, действительная в идеальной доле продавца, недействительна в остальной части. В этом последнем случае уместна оценка в долях уменьшения цены. Покупатель может добиться недействительности всего договора, если докажет, что он воздержался бы от покупки, если бы знал о недействительности имущества (ст. 1638) (Ср. об этом последнем случае Васс., 28 февраля 1894, S. 96. I. 209, пояснит. замечание Кюль-Сен; Гери, рейхсгерихт, 2 марта 1894, S. 95. 4. 25, пояснит. замечание Wahl; Гражд., 20 июля 1925, D. hebbl., 1925, p. 649 и Берн, 20 апреля 1926, D. 1927. 2. 103 с пояснит. замечанием С. Манншю).

б. Возмещение убытков. В своей заключительной части ст. 1599 постановляет: «[продажа] может дать основание для возмещения убытков, если покупатель не знал, что вещь принадлежит другому лицу».

Нужно рассмотреть два возможных случая:

aa) Продавец добросовестен. Вступая в договор, он знал, что вещь принадлежит не продавцу, а другому лицу. В этом случае он не может искать убытков; он не может жаловаться.

bb) Продавец недобросовестен. Вступая в договор, он знал, что вещь принадлежит не продавцу, а другому лицу. В этом случае он не может искать убытков; он не может жаловаться.

¹ Ср. в противоположной мысли закон ст. 18 проекта [L. o. g. e., т. XIV, ст. 20]. Обращаясь к чужой вещи, хотя бы она так была квалифицирована в договоре, недействительна. На это верное решение не было подтверждено в 1894.

недействительность, но может стать для продавца источником обогащения. Следовательно, покупатель сможет потребовать покупную цену, если он ее уже заплатил; ибо тут был какой-то недостаток. Если он еще не заплатил ее, он освобождается от платежа.

bb) Покупатель добросовестен. Тогда он будет иметь право на возмещение убытков, чтобы возместить вред, вытекающий из недействительности договора.

Как объяснить этот факт юридически? Очень простое объяснение тому даст и система, которая в лице о недействительности видит плохо квалифицированный акт о расторжении, основанный на ст. 1184; сторона, не исполняющая своей обязанности, должна возместить убытки другой стороне.

Но мы видели здесь подлинную и абсолютную недействительность. Тогда сказали, что продавец, как совершивший вину, должен за нее отвечать согласно ст. 1382.

Это объяснение достаточно, если продавец — недобросовестен. Но если он — добросовестен, нельзя более говорить об его вине. Однако он должен будет платить убытки даже в этом случае, так как ст. 1599 не проводит различия¹. Тогда нужно сказать, что дело идет о частном применении более общей теории, с которой мы встретимся при изучении недействительности сделок: ответственность за недействительность договора. Эта идея получила развитие в Германии (отрицательный договорный интерес). Она теперь проникает к нам. Когда одно лицо заключает с другим договор при таких условиях, что договор оказывается недействительным, оно отвечает за всякую недействительность, происходящую от его действия, владения риском, принимаемого на себя при заключении договора. В дальнейшем мы увидим юридическое обоснование и значение этого принципа (ср. Saleilles, Théorie générale de l'obligation, том. 161, и немного отличную теорию Legros, Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats, thèse Dijon, 1900, p. 111 и сл.).

Иностранное законодательство. Принципиальная идея абсолютной недействительности не встречается за границей.

Два законодательных типа в противоположность друг другу:

(1) Итальянская гражданская кодекс 1865 г. обязывает недействительность. Но на эту недействительность не может ссылаться продавец; следовательно, она — относительная (ст. 1478).

(2) Германское гражданское уложение допускает аннуляцию продажи, возвращая к риску продавцу. Германский законодатель не мог впасть в смешение обязательств, и в случае последующего договора, допущенного французским законодательством.

¹ [Васс. суд вполне прав, что покупатель не может искать возмещения убытков, если продавец был добросовестен и если его добросовестность была признана (Гражд., 31 октября 1923, D. 1924. 1. 26)].

можно было, что германское право сохранило в чистом виде древнее различие между договорами, устанавливавшими обязательство, и договорами, переносившими вещные права. Немцы же купля-продажа и дарение, переносившие вещные права. Немцы же купля-продажа и дарение, переносившие обязательство перенесли право собственности, но не перенесли его сама по себе. Отсюда само собой идет различие в фундаментальных принципах: продажа чужой вещи имеет значение для продавца обязательства с тем, что покупатель может пользоваться вещью, а дарение — с тем, что даритель несет ответственность за передачу вещи. А такая норма существует только для одного договора — дарения (ст. 1727): «Все прочее правила, предписанные для договора продажи, применяются и к дарению».

Следовательно, мы обязаны распространить правило ст. 1599 на продажу чужой вещи. Во второй договор (кроме купли-продажи) относительно чужой вещи ст. 1599 имеет исключение: она предусматривает только куплю-продажу и дарение, а относительно на долговой акт. Следовательно, ее применение к дарению путем аналогии при отсутствии прямой нормы невозможно. А такая норма существует только для одного договора — дарения (ст. 1727): «Все прочее правила, предписанные для договора продажи, применяются и к дарению».

Следовательно, мы обязаны распространить правило ст. 1599 на продажу чужой вещи.

Во второй договор (кроме купли-продажи) относительно чужой вещи ст. 1599 имеет исключение: она предусматривает только куплю-продажу и дарение, а относительно на долговой акт. Следовательно, ее применение к дарению путем аналогии при отсутствии прямой нормы невозможно. А такая норма существует только для одного договора — дарения (ст. 1727): «Все прочее правила, предписанные для договора продажи, применяются и к дарению».

Во второй договор (кроме купли-продажи) относительно чужой вещи ст. 1599 имеет исключение: она предусматривает только куплю-продажу и дарение, а относительно на долговой акт. Следовательно, ее применение к дарению путем аналогии при отсутствии прямой нормы невозможно. А такая норма существует только для одного договора — дарения (ст. 1727): «Все прочее правила, предписанные для договора продажи, применяются и к дарению».

§ 5. Основание (цель) договора¹

Изучение теории не позволяет нам еще понять вполне возникновение договора. Мы видели, как он заключается и к какому предмету может относиться.

¹ Cf. Collin et Capitant, *op. cit.*, т. II § 57 сл.; Josseland, *op. cit.*, т. II, § 126 сл.; Planiol et Ripert, *op. cit.*, т. II, § 1026 сл.; Aubry et Rau, *loc. cit.*, т. IV, § 345; Demog. *op. cit.*, т. II, § 773 и сл.; Planiol et Ripert, *op. cit.*, при участии P. Esmein, т. VII § 29 сл.; Capitant, De la cause des obligations, 3-е изд., 1930; Josseland, Les motifs dans les actes juridiques du droit privé; Cf. Ripert, La cause dans les obligations civiles, 3-е изд., 1935, § 31 сл.; Timbal, De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français, Paris, Librairie, 1921; Melierades, Etude critique sur la théorie de la cause, Paris, 1927; Pierre-Louis-Lucas, Volonté et cause, Paris, 1928; Bin, La théorie de la cause, Liège 1919; Maury, La théorie de la cause, Paris, 1920; Chevalier, Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations, Paris 1926; Renaud, La cause et le motif dans les obligations civiles, Paris, 1930, *op. cit.* J. ouasso, Les raisons des motifs de la cause dans les obligations, Rev. trim., 1931, стр. 29.

Остается еще вопрос. Для чего он заключается? Какой юридической цели и обязательства? И купля-продажа за 100 000 франков. Я должен уплатить покупную цену. Почему? На этот вопрос отвечает теория основания (цели). Это учение Уло и Форста, старшей классической. Чтобы найти предмет договора, спрашивают: *Quid debetur* (что должно)? А чтобы узнать основание, спрашивают: *Cui debetur* (почему должно?).

Но это понятие слишком неопределенно; на поставленный так вопрос можно получить множество ответов. Возникновение обязательства предшествует и его сопровождает множество обстоятельств, более или менее объясняющих его. Достаточно указать на себя обязательство под влиянием очень многочисленных соображений. В нашем примере почему и обязанность уплатить покупную цену? Потому что и хочу стать собственником дома. Но почему и приобрел его? Потому что я хочу поместить там торговое заведение, или там жить, или перепродать этот дом, подарить, спасти его и пр.

Отсюда возникает важная проблема: признает ли право во внимание все те соображения, которые определяют волю должника, все ли они становятся составными элементами договора? Это невозможно; это привело бы к выводу, что абсурдно — относительно одного из этих оснований, каково бы оно ни было, полагать бы за собой недействительность договора. Но эти соображения могут быть совершенно значимы, которых другая сторона распознать не может; отсюда получалась бы крайняя неустойчивость в деловых отношениях. Например, я купил дом, чтобы сдать его внаймы одному из моих друзей, потому что я думал, что он собирается поселиться в городе. Но он имеет другие намерения. Можно ли сказать, что продажа недействительна ввиду отсутствия основания? Это было бы неразумно.

Отсюда исходит необходимость проводить известное различие между всеми соображениями, объясняющими возникновение обязательства: с одной стороны, стоит те, которым не приписывается никакого юридического значения; с другой стороны, — те, которые образуют составной элемент договора, влекущий, в случае их неосуществления, несуществование самого договора. Первые называют мотивами, вторые — основаниями в собственном смысле слова. Можно сказать, что мотив безразличен для существования и силы договоров, что основание одно только является существенным условием.

Отсюда возникают два существенных вопроса: 1) Какой должна быть критерий различия между основанием и мотивом? 2) Каково практическое значение основания?

Изучение этого понятия приведет нас к следующим пяти вопросам:

- 1) Понятие основания.
- 2) Его историческое развитие.
- 3) Его практическое значение.
- 4) Доказательство основания.
- 5) Критический разбор французской системы и сравнительное право.

1. Понятие основания. Определенно основанием характеризуется каждая обязанность. Мы сразу встретимся с так называемой и каузальной теорией, наиболее распространенной в настоящее время, которая стремится дать формулу, применимую ко всем договорам. Противоположное учение направлено и тому, чтобы полностью устранить понятие основания, как посягающее на личный аспект и без пользы для дела, затрудняющее гражданское право. Мы будем держаться среднего мнения, менее радикального, умеренной каузальной теории.

А. Каузальная теория. Почти все крупные классические авторы придерживаются ее (ср. Carfant, De la cause des obligations, 3-е изд., 1930).

1. Определение основания. Основание есть непосредственная цель, которую сторона имела в виду при заключении договора; часто говорят также, что это — конечная цель, непосредственно объединяющая обязательство, сама прохита (латинское слово). Таким образом, основание противопоставляется более или менее отдаленным соображениям, по которым заключаются договоры, которые могли влиять на волю обязанного лица; эти соображения являются мотивами, совсем гештофе (отдаленные основания), каковыми иногда побуждаются при этом.

Возьмем для примера продажу дома. Основание обязательства заключается в предоставлении, обещанное продавцом, либо также непосредственно и при том же продавце для покупателя. Что касается допустимых соображений в том, чтобы жить в доме, перепродать его, сдать внаем и т. д., то это — мотивы, более или менее отдаленные, но имеющие юридическое значение; эти — мотивы договора.

Это определение приводит к важному замечанию, еще более существенному это противопоставление, а определенное договорное обязательство одной из сторон будет всегда одно и то же, оно зависит исключительно от природы договора, тогда как всегда будут равнообразны до беспечности, в зависимости от отдаленных видов. Так, по волеи продаже основанием обязательства покупателя служит предоставление вещи, обещанной продавцом; основание обязательства продавца — получение цены, обещанная покупателем. Наоборот, мотивы договора бесспорно равнообразны.

Следует отметить, что по волеи договоре основание неизбежно является общим элементом, так как оно зависит от самой природы договора. Иначе, мотив может остаться неизвестным и различным. Но волеи право может принимать в соображении различное, но не общее.

2. Сфера применения. Итого, можно установить два основных мотива в определении для каждой категории, которая будет означать обязательство сторон.

Следует также образовать различать три группы:

а) Синаллагматические договоры. Обязательство одной стороны служит основанием обязательству другой стороны; таким образом, обязательство покупателя имеет основанием обязательство продавца. Некоторые авторы считают основанием предоставление, обещанное другой стороной. Иначе, то, что является основанием обязательства одной из сторон, служит предметом обязательства другой. Отсюда следует, что одно из обязательств в синаллагматическом договоре действительно ввиду отсутствия его предмета, соответствующее обязательство будет недействительным ввиду отсутствия основания. Так, в случае продажи дома, сторонишего по волеи продавца, обязательство продавца не может возникнуть из отсутствия предмета; обязательство покупателя имеет, конечно, предмет — платимая вещь; но оно не возникает из отсутствия основания. Следовательно, имеется тесная связь между основанием и предметом синаллагматического обязательства.

б) Односторонние возмездные договоры. В этих случаях имеется только одно обязательство. Основание состоит в предоставлении, ранее совершеном кредитором. При займе основание обязательства заемщика заключается в передаче вещи, ранее совершеном займодателем. Следовательно, здесь основанием обязательства служит не соответствующее обязательство, но предоставление.

в) Безвозмездные договоры. Здесь нет никакого соответствующего обязательства, ни предоставления. При дарении, как выражаются, основанием служит выделение имущества одаряемого, но получения ничего взамен этого.

В. Теория протекта каузальная. Эта теория состоит в радикальной критике классической теории, которая признается бесполезной и несправедливой. Она впервые высказана в работе Эрста, профессора в Льеже, опубликованной в 1826 г. (См. проект пересмотра бельгийского гражданского кодекса, стоящий на точке зрения упрощенной теории оснований и систему Laurent, т. XVI, стр. 111, ретрение которого содержится общими трактатами: Hue, Commentaires du Code civil, т. VI, VII, 1894; Planiol et Ripert, опр. соч. т. II, §§ 1026 и сл.; Serradiès, Etude critique sur la théorie de la cause, thèse Paris, 1875; Dabin, Théorie de la cause, thèse Liège, 1919, и Les récentes destinées de la théorie de la cause des obligations, Belg. jur. 1925).

Сторонники этой теории отмечают, прежде всего, нецелесообразность общего определения основания: непосредственная цель, конечное основание, на которое прямо направлена воля. Такое определение является им слишком широким; мотив также может в известных случаях служить непосредственной целью и конечным основанием. Исходя из этого заключения, авторы рекомендуют для авторов, признающих каузальную теорию, противопоставить основание мотиву и тесной формуле. Так, по

сформулированы Обри и Го, основание — это то, что стороны приносят сторону и обязательству; мотив — это единичный случай, который складывает стороны и заключение договора (ср. там, в IV, § 345, п. 2). Невозможно уловить здесь различия, быть может, будет искать другой критерий; основание необходимо образом принимается во внимание обеими сторонами, тогда как мотив остается личным для одной из них (ср. Carpentier). На этот критерий также неудовлетворительно; ибо очень хорошо известно, когда истинный мотив быть известен обеим сторонам и при этом и наоборот. Так, и поступая дом, чтобы сдать его внаем Первому; этот мотив может быть известен моему продавцу; тем не менее, он остается безразличным, равно как и не прямо сделали его условием договора. Странно, если этой теории укажут откуда, что определить основание невозможно.

Она добавляет, что эта невозможность объясняется при научном применении понятия основания в трех различных договорах. Указывают классической теорией; утверждают, что в трех этих категориях это понятие неправильно и бесполезно.

а) Синдакатические договоры. Классическая теория говорит, что одно из обязательств здесь служит основанием другого. Это логически невозможно, возражают против этого. Обязательство продавца имеет основанием обязательство покупателя. Итак, оно может образоваться только, если до этого существует обязательство покупателя; но обязательство покупателя имеет основанием обязательство продавца; следовательно, оно может образоваться только в том случае, если до этого существует обязательство продавца. Это — порочный круг; следовательно, идея неправильна.

Кроме того, это понятие бесполезно. Когда нет основания, договор действителен за отсутствием предмета; ибо мы видели, что основание одного обязательства есть предмет другого обязательства. Если договору можно действителен за отсутствием предмета, и чему нужно добавлять, что он действителен также за отсутствием основания?

б) Односторонние возмездные договоры. Обязательство заемщика имеет основанием полученное им предостережение. Это предостережение исходит из ссужения. Этот договор — реальная, но заключается передачей вещи. Без передачи займа вещь не займа. Следовательно, то, что здесь принимают за основание договора, есть акт, порождающий самый договор. Здесь такое понятие основания неправильно.

Оно верно и здесь бесполезно. Если предостережение не имело места, договор недействителен за отсутствием основания. Мотив — это акт, порождающий договор; если его не было, договор не может быть действителен, зачем возразить то, что не было получено.

в) Безвозмездные договоры. Основанием является намерение проявить щедрость. Частая тактика — возражают против этого; это равносильно тому, чтобы сказать, что основание щедрости есть щедрость.

Поэтому теория основания должна быть выгнана из гражданского права.

С. Предлагаемая система. Как относиться к этим двум мнениям? (Ср. Pierre Louis-Lucas, Volonté et cause, thèse Dijon, 1918, и с combination иной ориентации — Mangy, La notion d'équivalence en droit français, 2 tomes, thèse Toulouse, 1920).

Классическая теория в некоторых пунктах приемлема. В других пунктах она имеет значение. Рассмотрим: (1) что нужно принять из критических замечаний на классическую теорию и (2) что нужно сохранить из теории основания.

1. Что нужно принять из критических замечаний на классическую теорию.

а) Она соединяет под общим названием «возмездные» основанию два понятия «абсолютно» различные, одно — для договоров возмездных, синдакатических или односторонних, другое — для договоров безвозмездных. В возмездных договорах основанием обязательности служит или соответствующее обязательство, в котором обязательное лицо является кредитором, или предоставляющее, получившее обязательным лицом; в обоих случаях оно имеет тот общий характер, что является экономической ценностью, правом требования в первом случае, переданной вещью — во втором. Поступление этой экономической ценности в имущество должника объясняет возникновение обязательства; он обременяет себя долгом, увеличивает свой пассив, потому что соответственно увеличивается его актив. Это понятие совершенно ясно. В безвозмездных договорах основанием есть намерение обладать лицом, намерение проявить щедрость, следовательно, чисто психологический элемент, совсем отличный от экономического элемента возмездных договоров. Невозможно второе значение соединить с первым в общем названии и общем определении.

б) Из этих двух различных понятий второе — бесполезно и неправильно. Оно — бесполезно: намерение проявить щедрость, которое идентифицируют, как основание щедрости, есть психологический элемент, следовательно, элемент воли или соглашения, который основывается на теории соглашения. Специальная теория щедрости не нужна. Сказать, что основанием щедрости является намерение щедрости, это значит сказать, что основание щедрости есть сама щедрость.

Большее того, это понятие основания в актах щедрости — неправильно. Что такое намерение щедрости, независимое от волеизъявления ее? Воля непонятна без мотива. Различия (акта

в призыв) — галам абстракция. Таким путем приходят и понятия, которые кажутся разумными и которые по имеют реальной почвы под собой.

Практическая проверка подтверждает эти замечания. Изучая дарения, мы увидим, что многочисленные судебные решения говорят об основании при дарениях. Но эти основания — побуждения от причины, т. е. мотивы. Намерение простить никогда не является основанием. Так, судьи признают дарения недействительными, ввиду незаконности оснований, дарения, совершенные родителями детям, родившимся от прелюбодеяния или из внебрачного союза. Что является основанием? Не намерение простить, а побуждение само по себе, по мотив дарения, совершающего в пользу супруга, заступающего дарить или завещать детям, пропавшим от прелюбодеяния или из внебрачного союза, это-либо другое, другое элемент (ст. 782 и 908, ч. 3). Судьи признают недействительными также дарения под влиянием насилия, угрозы или недозволенного условия, например ст. 900, которая считает такие условия не написанными и сохраняет силу за актом щедрости. Почему? Потому, что наличие условия было побудительной причиной, главным мотивом акта щедрости (ср. *Case 1, La cause dans les libéralités*, цитированная выше диссертация, и *Joussierand, Les mobiles*, том. 108 и сл.).

Далее замечание: в актах щедрости мотив может иногда иметь значение, которое мы определим позднее. Основание в классическом смысле в этих актах никогда не имеет значения. Этого мнения надо избегать в безвозмездных договорах. В этой части критика противников классического учения имеет решающее значение.

Классическая доктрина не может дать критерия для различия между основанием и мотивом. Действительно, разум под одним названием основанию два несходные понятия, классическое учение напрасно старается определить основание вообще. Чтобы дать определение, охватывающее основание безвозмездных актов, оно неудачно делает из него психологический элемент договора. Эта тенденция очень ярко выражена в цитированном выше произведении Каштана, еще больше — в сочинении Жюссера. Отсюда различные выражения: непосредственная цель, желаемая сторона, конечная основание, определяющее соглашение. Однако основанию на это возражали, что мотив также может быть непосредственной целью или решающей конечной целью, и что этот критерий не имеет значения. Даже Жюссер сам допускает, ввиду сближения в классическом, узком смысле, более широкого понятия, охватывающего, по крайней мере, некоторые элементы (ср. номера 157 и 162). Далее (в цит. статье в *Revue juridique*, 1926) указывает откуда, что если понятие основания выводится от мотива, то это равносильно тому, чтобы

сказать, что понятие основания не соответствует ничему отличному от мотива, что оно не существует, и притом вновь в антикаузальной доктрине, изложенной им в 1919 году.

Итак, на этой критике следует замечать: 1) что уместно ограничить понятие основания возможными договорами; 2) что трудно повсюду вновь определению.

По этим двум пунктам мы отменяемся от классической теории. Но помимо этих двух пунктов, теории должна быть сохранена, несмотря на полую критику, направленную против нее.

2. Что следует сохранить из теории основания? а) Определенное вытекает из предыдущей критики; мы должны искать только определенное, применимое к возможным договорам.

Основанием обязательства в этих договорах служит экономическая ценность. — право требования или предоставление, которое увеличивает актив должника, компенсируя увеличение пассива, произошедшее вследствие возникновения обязательства. Мотивы представляют собой совокупность психологических соображений, определяющих согласие obligated лица и обязывающих принятие им на себя обязательства. Следовательно, основание в существе своем — экономическое и объективное, мотив в существе своем — психологический и субъективный.

Раз критерий дан, то система французского кодекса может быть формулирована так:

а) В возмездных договорах существование обязательства — и, следовательно, договора, его устанавливающего — зависит всегда и необходимо от существования юридически достаточного основания.

б) В тех же случаях договоров существование и сила обязательства не зависят от мотива, с некоторой, принятой судебной практикой, оговоркой, с которой мы встретимся дальше.

в) Оба предельных предложения не применимы к безвозмездным договорам.

г) К этому суженному понятию основания критика со стороны антикаузальной теории не относится.

Действительно:

а) В синаллагатических договорах основанием обязательства одной из сторон служит право требования, принадлежащее ей против другой стороны. Так, основание обязательства продавца состоит в праве требования цены от покупателя.

Необходимо принять во внимание это определение, чтобы понять отношение обоих обязательств в синаллагатическом договоре. Без идеи основания нельзя понять, как недействительность одного влечет недействительность другого.

Это остается непонятным в новом учении, утверждающем, что достаточно теории предмета. Когда нет основания одного обязательства, нет предмета другого обязательства, договор ничтожен.

ка отсутствием предмета. Этого недостаточно, потому что имеют-
ся два обязательства. Отсутствие предмета хорошо объясняет не-
существование одного обязательства; но другое обязательство
существовало бы само по себе существовать. Чтобы объ-
яснить предмет в то время бы само по себе существовать. Чтобы объ-
яснить тот факт, что оно не возникает, нужно обратиться к идее ос-
нования, которая является необходимой.

Антиквалитеты возражают еще, что понятие основания за-
ключено в порочный круг; невозможно, чтобы оба обязательства
были основаны одно на другом, потому что это предполагает,
что каждое существует раньше другого. А этого нет, они возник-
ают в одно время и взаимно служат опорой одно для другого.
Возможно предполагать хронологическое существование од-
ного раньше другого (Жоссеран, цит. Соч., том. 113).

(b) В односторонних взаимных договорах основанием слу-
жит предоставление кредитора, например, уплаты денег при займе.

Антиквалитеты утверждают, что тут допустить смешение
между основанием договора и самим договором. Реальные до-
говоры, говорят они, заключаются путем передачи вещи. Следо-
вательно, предоставление на основании обязательства; оно — сам
договор.

Но легко им ответить, что они сами допускают смешение реаль-
ных контрастов французского права и реальных контрактов рим-
ского права. В римском праве правильно сказать, что передача
вещи одна только образовывала договор, потому что согласие не
могло тогда установить обязательства. Но теперь принцип обрат-
ный; согласие образует договор. Это верно в отношении реаль-
ных договоров, как и всяких других. Следовательно, реальный
договор, как и всякий другой, образуется согласием. Чтобы
объяснить, что обязательство должника возникает только посред-
ством передачи вещи, нужно обратиться к другой идее — к идее
основания.

Следовательно, в взаимных договорах необходимо эту теорию
ограничить.

II. Историческое развитие. Развитие шло очень медленно.
Это объясняется абстрактным характером понятия, которое мо-
жет быть отчетливо подмечено только в эпохи более высокого
юридического развития.

Она возникла три фазы и только в последней — теории абстрак-
ции.

A. Римское право. Полая идея еще не выявляется. В
самом деле, из четырех родов договоров три она не могла
существовать. В четвертой группе, в повозвучальных контрактах, —
она была бы понятна, но анализ юристов не шел так далеко.

(1) Договоры *verbiis* (словесно, устно) и *lit-*
eris (письменно). Здесь обязательство возникает путем произ-
вольного акта, или путем записи в *codex* (приходо-рас-
ходный книгу). Таким образом, взаимными способами обязательство
возникает независимо от всякого другого основания. Слово или

письмо являются causa civilis, гражданским основанием, произ-
водящим обязательство причинной, без всякого отношения к иному
экономическому основанию. Обязательство возникает, прямо
из основания в современном смысле не существует. Так, пред-
положим, что Первый имеет в виду с Первого обязательство вернуть сумму
этого займа. Затем Второй отказывается уплатить Первому сумму
этого займа. Обязательство Первого не имеет под собой экономическо-
го основания. Тем не менее, Первый отвечает ex stipulatu (за сто-
пуляцию) в силу *verbiis*, слов, causa civilis. Эта независимость
обязательства от его экономического основания выражается со-
временными авторами так, что договоры этого рода являются абст-
рактными договорами.

Эта концепция влечет за собой несправедливое следствие. В
нижем примере stipulant может предъявлять иск и обязать
мусу лицу, которое ничего не получило, чтобы истребовать от него
возврат того, что никогда не было ему уплачено. Правда, два пре-
торских средства обличали эту теорию с современной правдой, од-
нако, не достигая ее: а) обещающий мог иски ex stipulatu проти-
воставить *exceptio doli*; б) он мог, даже не ожидая предъявления
к нему иска, предъявлять к stipulanti *condictio*. Если он сам не
уплатил, он получит освобождение от своего обязательства по-
средством *condictio liberationis*.

Несмотря на все это, положение было далеко не таково, как
при современной идее о необходимости экономического основания
для образования обязательства. Несмотря на отсутствие эконо-
мического основания, обязательство возникает. Но его исполне-
ние было бы несправедливым, вечно бы неосновательное обе-
щание; нужно его парализовать с помощью *exceptio* или поста-
вить специально приравленным к этому способам.

(2) Реальные контракты. Заключение договора про-
исходит посредством передачи вещи. Возьмем для примера *mutuum*
(займ); заемщик обязан в силу *datio* вещи. Юристы говорят, что
договор заключается *re*. *Res*, вещь, играет здесь ту роль, которую
играли перед этим слова или письмо.

Является ли *re* основанием в современном смысле? Нет, так
но, как в *verbiis* или записи в *codex*. В римском понимании, пе-
дача вещи есть своего рода материальная торжественность, пе-
торая дополняет бесцелью чистого и простого соглашения. Вот
почему она образует договор. Она не понимается, как у нас, в
качестве передачи вещи, необходимой для обязательности и
исполнительности — увеличенной его граница, выходящая за
пределы долга. Следовательно, тот же самый факт, который
вещи, рассматривается римским и французским юристами в двух
современных различных точках зрения. Эти объяснения, что, при-
близился в этом к современной идее, римское право не дошло
до нее.

Аналогичное соображение можно применить и к *condictio*

контракт, сторона приобретает иск против другой стороны по определенной основанию обязательства, в которой она вступила в определенную основанию обязательства; так бывает при мене. Здесь также позиция этой другой стороны; так бывает при мене. Здесь также обязательство порождает иск, но по ипсилон основанию в современном смысле.

В Консенсуальные контракты. Это — единственная договор, имеющие юридическую структуру, сходную с консенсуальными договорами. Сходственно образуют договор при купле, вдове, товариществе, поручении.

Дело в том, что не представляло бы никакой трудности теории основания. При римской купле, как и при французской купле, можно было бы сказать: основание обязательства продавца есть иск право требования к покупателю и обратно.

Римские юристы не сделали этого; они остановились в анализе качества примера — ср. Павел, D, XVIII, 1, De bonis emptio- rum, §. 27, p. Я узнал дом, но шил, что он старый в момент продажи. Тут иск продавца, потому что иск предмета: Novea, Sabinae, Cassina nihil potuisse aiunt (Нерва, Сабина, Кассия говорят, что продажа законна). Следовательно, если и купля, и могу требовать обратно уплаченную цену. Юрист не замечает, что он не обосновывает этого последнего решения; его обосновать можно было бы только современной идее основания. В самом деле, его решение дом был предметом обязательства продавца, но не обязательства покупателя; с помощью теории объекта понятие только ответственности обязательства продавца. Но для того, чтобы обосновать, что обязательство покупателя не возникает, нужно сказать, что так как обязательство продавца было его основанием, то оно действительно за отсутствием основания. Римское право дает решение, не объясняя.

Следовательно, здесь оно могло бы достигнуть современного решения; оно прошло мимо его, не отразившись на нем, оно не сближалось с римским правом.

В Старое право до XVII столетия. Говорят вообще, что для теории основания это — бесплодный период и в этом вопросе не было никакого развития вплоть до Домэ¹.

С. От XVII столетия до наших дней. 1. Теория была вполне сформулирована автором Домэ (Гражданские законы, I, 1, §. 1, том. 5, 6) в очень точной форме, ибо все элементы современной классической теории были изысканы.

Домэ не дает общей формулы. Он различает: консенсуальные договоры, при которых основанием обязательства одного служит обязательство другого; реальные договоры, где предоставленное есть основание обязательства.

¹ См. введение к контрактам, достигнутое законодателями в романистах и теории — в немецком языке диссертация Шенкеля в статье Meil- lera. Les Obligations médiévales: concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation. Rev. d'hist. du droit de Neaumont, 1936, стр. 355—357.

эти шедрасти, в отношении которых Домэ не говорит, что основание устанавливается намерением продать шедрасть. Здесь мотивы имеют значение основания.

«Обязательство дарителя имеет свое основание в каком-либо будь разумном и справедливым мотиве, как, например, оказание услуги одаренным или какаим-нибудь другая заслуга одаренного, или даже лишь удовольствие сделать хорошее. И этот мотив заменяет основание на стороне того, кто дает, вместо же закону чая».

Следовательно, очень верно замечает Домэ, что при договорах безвозмездных нельзя говорить об основании в том же смысле, как при возмездных договорах, и то, что вызывает в других случаях основание, в этих сделках — только мотив.

Теория становится немного менее четкой у Потье (Обязательства, том. 62 и сл.). Этот юрист также избегает общего определения. Он различает договоры с интересом и договоры с проделанной благотворительностью; но он менее ясно выражается относительно этих последних: основанием служат шедрасть, которую одна из сторон хочет проявить в отношении другой стороны. В этом есть приближение к теории, которая станет классической теорией.

Редакторы гражданского кодекса, возмездному, приняли понятие основания на веру от Потье, но пытались анализировать и определить его. Обсуждение проходило очень расплывчато (I, c. 6, т. XII, стр. 138 и сл.; т. XIV, стр. 77 и сл.). Не выработано ни одной ясной идеи, допущено смешение оснований и мотива, сущест- ва права и доказательств, отсутствия оснований и убыточности. Церера комментаторы, имея перед собой текст закона кратко и аналитично, статьи 1103, 1131, 1133, обратились к Домэ и Потье. Но они показали доктрину Домэ, стараясь сделать ее более систематичной. Злоупотребляя обобщением, они хотели включить в единое определение различные понятия, примененные Домэ к трем категориям договоров. Стремясь к симметрии, они попытались найти в безвозмездных договорах основание, отличное от мотива. Благодаря этому, она получили, прежде всего, непонятное общее определение, затем абстрактное понятие намерения проявить шедрасть, не являющее практического значения и дающее реаль- ной почвы.

Мы знаем уже, как эта двойная ошибка вызвала реакцию, которая сама вошла дальше цели, так что правильное учение нужно по теперь искать между этими двумя крайними выкладками. Строй- ность такого учения, мы только возвращаемся назад к учению и первоначальному учению Домэ.

III. Практическое значение. Теория основания определяет власть суда при проверке обстоятельств, объясняющих возникновение обязательства. Ему предоставлено проверять основание (существование, правоспособный характер, дозволенность), но в принципе запрещено оценивать мотивы.

² См. также теория обязательства

Роль понятия основания определена в ст. 1131: «Обязательство, не имеющее основания или имеющее должное основание, или имеющее действительное основание, но не могущее получить правовой силы». Мы рассмотрим, следовательно, должное основание, отсутствующее основание, и недозволенное основание.

А. Должное основание. Стороны думали, что основание существует. Оказывается, что его нет. Имеется заблуждение в основании.

Так, завещатель обещывает известному лицу определенную вещь. Наследник, чтобы расплатиться, обещает легатариям денежную сумму. Оказывается, что завещание было отменено юридической суммой. Обязательство, принятое на себя наследником, имеет должное основание. Точно так же обязательство покупателя дома имеет должное основание, если дом сгорел, а стороны об этом во время сделки не знали. Этот случай приравнивается Кантингом к отсутствию заблуждения. Но в действительности дело идет о существенно более важном, но отличающемся глубоко от отсутствия основания (Ср. A. Louis-Lucas, цит. соч., стр. 150). Перед нами не относительная недействительность; договор не может иметь никакой силы.

В. Отсутствующие основания. Этот случай отличается от предыдущего тем, что здесь нет заблуждения сторон. По первой взгляду, этот случай кажется непонятным. Как можно предполагать, чтобы лицо обязательно обладалось без основания? Однако, практика дает примеры.

Первый случай. Лицо, вследствие несправки или ошибки не исполнило расписку, признающую заем, которого в действительности не было. Основание отсутствует.

Но как же тогда прибегать здесь к понятию основания, так как уже имеет место недействительность ввиду несправки или ошибки? Однако, имеется двойной интерес констатировать, кроме отсутствия основания: 1) доказательство, которое придется дать, если не одно и то же; 2) недействительность ввиду порока не имеет той простой оспариваемости, как о недействительности принадлежит только потерпевшему и погашается 10-летней давностью, тогда как действительность ввиду отсутствия основания — абсолютная, это — истинное несуществование, установление которого принадлежит каждому заинтересованному.

Второй случай. Здесь уже нет ни несправки, ни ошибки, но — вещь легкая и практичный случай последствий любезности. Человек, купив, суммирует в долгих. Он обращается ко Второму и получает от него, хотя тот ничего ему не должен, подлинный оригинал документа (документа по приказу). Затем он отдает документ баширу, который его учитывает, в свою очередь передает документ; документ предостерегает циркуляризовать. Таким образом без основания. Вместо ордерного документа человек был бы итти нехотел.

Третий случай. Обещание дано ввиду предоставленной будущей вещи, которая не появилась; продавец будущего урестал, который погиб. Обязательство покупателя не имеет основания.

Впрочем, возможно, что стороны несли совершить авансированный (рисковый) договор, на риск и страх покупателя. Тогда говорит, что имеется *opinio rei* (покупка надежды), тогда как в предыдущем случае была *opinio rei speratae* (покупка ожидаемой вещи). Покупатель купил шансы; соответственно обещана цена. Он должен будет платить эту цену, даже если шансы не оправдаются, основанием его обязательства была не вещь, а намеченные шансы. Основание существует.

Четвертый случай (ст. 1722 гр. код.). Инициаторский заем кончается вследствие гибели вещи. Но в силах дома год за 10 000 франков. Дом сгорает по истечении шести месяцев. Заем превращается в силу закона; и буду должен уплатить заемную сумму только за 6 месяцев пользования, допустим 5 000 франков. Как объявить это толкование? Если бы вместо аренды дело шло о купле-продаже, гибель вещи после продажи не мешала бы покупателю быть должным всю цену. Почему решение меняется в случае займа? Отвечают, что в случае займа обязательство нанятого возникает последовательно по мере пользования вещью. Это пользование устанавливает для обязательства нанятого последовательное основание. Поэтому, если вещь погибает, основание пропадает, и обязательство нанятого падает с этого времени, как не имеющее основания. Напротив, при продаже основание не возникает последовательно; основание обязательства платится лишь есть передача права собственности на вещь. С момента осуществления этой передачи обязательство покупателя существует на полную сумму сразу. Следовательно, он должен будет ее уплатить полностью, даже если вещь после продажи погибла.

К случаю несуществования основания без злого случая его недостаточности. Вернем для примера расписку, подписанную в платное долги на игри. Лицо, подписавшее во восточном судебном иске о платном долге на игри (ст. 1461). Из этого заключают, что расписка, подписанная во восточном долгу, не имеет достаточного основания, так как не может зависеть от сторон подписанном расписки устанавливать судебные акты, в котором закон отменил. Следует тщательно отличать истинное основание от незаконного основания; уплатить долги на игри не есть дозволенное основание, мы имеем тому доказательства в ст. 1461; добровольно уплаченную сумму можно вернуть обратно.

Вот другой случай недостаточного основания. Человек, чтобы избежать споров, соглашается принять на себя обязательство в известной сумме, чтобы получить то, что ему должен. Обещание будет ничтожно ввиду недействительности основания. Так, лицо подвергается иллюзии замышляя на недействительность. Однако

... передает лицу, в пользу которого предусмотрено на-
ложение запрещения, документов о праве собственности на нед-
вижимость. Лицо, в пользу которого налагается запрещение, вы-
ступает, чтобы обратиться в суд, или оно имеет на то право, согла-
шается выдать расписку лицу, подвергнутому запрещению,
или же получить от него документы. Это вручение документов есть
актом, влекущим за собой ответственность, потому что его и без того обя-
зательно это лицо; следовательно, обязательство лица, в поль-
зу которого налагается запрещение, недействительно.

Не следует смешивать с несуществованием или ложным ха-
рактером основания симуляцию (притворство). Симулированное
основание — сиречь основание. Сторона не указывает подлин-
ное основание из договора. Пример. Я даю вам 1 000 фр.
Первому. На расписку, которую он мне выдает, Первый ула-
живает меня, получившая за товар. Основание притворное. Судя
по расписке, казалось бы, что Первый является моим должником
лишь, что я ему что-то продал, тогда как он должен потому, что
я ему дал взаймы. Симуляция не служит сама по себе основанием
недействительности. Чтобы оценить силу обязательства с симу-
лированным основанием, нужно познать под притворным реаль-
ное основание. Если это реальное основание — достаточно и
действительно, обязательство действительно; так и есть в приведенном
нашем примере. Если симуляция взяла целью прикрасить несущест-
вование, недостаточность или дозволенный характер реального
основания, обязательно недействительно (ср. Agen, 7 июля 1886,
S. 86, 2 (80); Гражд., 25 апреля 1887, S. 87, 1. 149; Кам. касс.
пал., 9 ноября 1893, Gaz. Pal. 98, 2. 574).

С. Недозволенное основание. Оно определено
в ст. 1133: «Основание является недопустимым, когда оно запре-
щено законом, когда оно противно добрым нравам или публич-
ному порядку». Так бывает в случае, когда лицо обещает другому
денежную сумму за совершение деликта.

В судебной практике есть интересные случаи применения этого
принципа:

(1) Тайные документы, увеличивающие
лицу за передачу министерских должнос-
тей. Мы знаем уже, что можно уступать министерские должнос-
ти. Но комиссия назначает государственная власти; она осу-
ществляет таким образом право контроля. Это право относится
как раз к тому, имеется публичный интерес в том, чтобы комиссо-
нар не платил чрезмерной цены, которая могла бы повести к
нарушению долга. Становится, что стороны прибегают к обход-
ному маневру: они совершают один договор явный, который про-
двигается в министерство и в котором содержится умеренная
цена; затем — другой договор, оставшийся в секрете и устанавли-
вающий более высокую цену; этот второй договор и называется
«тайной запиской» (contre-lettre). Обязательны ли такие тай-
ные записки? Судебная практика отвечала отрицательно, ввиду

недопустимости основания (ср. Гражд., 13 июля 1885, S. 86, 1.
205). Это решение подтверждено финансовым законом 27 июля
1912 г., ст. 6.

(2) Договоры, заключаемые с брачным
бюро. Это — особого рода маневренное предприятие. Брачное бюро
служит посредником при переговорах, происходящих между бра-
ком. Если брак не состоится, бюро довольствуется минимальным воз-
награждением; если брак состоится, по договору выговаривается
значительная сумма, нередко в процентном отношении к бра-
чному. Следовательно, брачное бюро заинтересовано в том, что-
бы добиться любой бы то ни было ценой успеха в заключении бра-
ка; это — дело чисто коммерческое, но противное достоинству
брака. Поэтому судебная практика давно уже единодушно пра-
вила, что в этом случае имеется недопустимое основание и можно
потребовать судебным порядком обещанного вознаграждения
(ср. известное решение, Касс. гр. 1 мая 1855, S. 55, 1. 337; Бельж-
сон, 6 марта 1895, S. 95, 2. 196; Севский триб., 15 марта 1904, Gaz.
Pal. 1904, 1. 457).

Не следует преувеличивать значение этой судебной практики.
Основание не дозволено, потому что характер обещанных мер,
способ вознаграждения за них противоречат достоинству брака.
Но факт принятия поручения ввиду переговоров о браке не со-
держит в себе ничего недопустимого, даже если поверенному обе-
щано известное вознаграждение. Такое обещание могло бы быть
достойным порицания с точки зрения строгой требовательности;
оно не содержало бы ничего безнравственного в собственном смысле,
так как в нем не было бы ничего противного достоинству брач-
ного союза; следовательно, оно могло бы быть действительным¹.

Можно приравнять к предыдущим договорам соглашения об
организации успеха драматических произведений. Автор обра-
щается к агентуре, которая организует успех. Судебная практика
долгое время признавала в этих случаях недопустимое основание².
Здесь также все зависит от средств и условий договора³.

(3) Обещание, данное лицу, с которым
обещавший живет в конубинате. В довер-
жденном праве лица, живущие в конубинате, были порочены
взаимной неспособностью распоряжаться или принимать. С

¹ Эта судебная практика имеет тенденцию к изменению. В ноябре 1902 г.
Камера касс. жалоб по соответствующим заключениям адвоката Гийона
удовлетворила жалобу на решение Тулузского суда, признавшего соглаше-
ние недопустимым (см. Gaz. Pal., 14 ноября 1902, ср. W. 41). Le mariage
matrimonial, Rev. trim. de dr. civ., 1904, стр. 471 и сл.; F. 400 et s.,
Globe Dijon, 1908, ср. также Гражд. гр. 5, Лион, 21 ноября 1903, S. 100,
2. 182; Agen, 13 декабря 1909, Gaz. Pal., 30 декабря 1909, который признал
за трибуналом право увеличивать вознаграждение; (Собинат, 19 ноября 1902,
Gaz. Pal., 1934, 1. 194).

² Париж, 8 августа 1855, S. 53, 2. 490; Лион, 27 марта 1873, S. 73, 2. 176.
³ Поворот обозначился, Париж, 5 апреля 1909 г., S. 100, 2. 444.

обещание, особенно было недействительно, ввиду неспособности обещавшего.

В настоящее время неспособность в этом случае нет. Но ввиду того, что теория недействительного основания. По этому поводу можно различать три случая:

а) Обещание было дано, чтобы исполнить установленное или провозглашенное безразличных отношений. В таком случае это — вид законного договора, предмет которого с одной стороны, в отношении с другой стороны, безразличны. Договор ничтожен (Кам. касс. изв. 4 января 1897, D. 97. 1. 126; Париж, 8 июля 1926, S. 1926. 2. 81);

б) Обещание было дано по прекращении отношений, по титулу вознаграждения, чтобы заставить врод, причиненный выгодоприобретателю, или чтобы наказать его на будущее время от негодности и склонности прибегать к такого рода безразличному поведению (Merlin). В этом случае нет ничего недействительного, договор действителен (Гренобль, 23 января 1864, S. 64. 2. 222; Кам. касс. изв. 8 июня 1926, D. P. 1927. 1. 113);

в) Обещание представляет собой дарение. В этом случае, как мы знаем, не может быть вопроса об основании. Но если мотив или побудительная причина не дозволена, если даритель ставит в качестве условия сохранение отношений, судебная практика признает дарение ничтожным (ср. Кам. касс. изв., 8 июня 1926, D. P. 1927. 1. 113).

З а к л ю ч е н и е. Мы только что рассмотрели значение теории основания: существование обязательства зависит от основания.

Наоборот, оно не зависит иногда от мотива. Следовательно, различие в мотиве безразлично, точно так же, как его безразличность или недействительный характер: такова покупка без цели, чтобы устроить там запрещенное предприятие, подделку монеты. Мотив — недействительный, но не основание, которое является для одной стороны перенесение собственности, для другой — право требовать покупную цену. Точно так же, законный заем, предназначенный на недействительное предприятие, имеет законный мотив, а не основание, которым является платимая сумма (ср. пример продажи, сохраняющей силу, несмотря на безразличность мотива, Бордо, 6 февраля 1885, S. 86. 2. 36. Но всегда происходит смешение, Сенский коммерч. триб. 1 мая 1928, Gaz. Pal. 83, 4. 797)¹. Напомним, что в области дарения,

¹ Ср. в отношении займа, признанных ничтожными потому, что деньги должны были быть использованы безразличным способом, Кам. касс. изв., 1 января 1923, S. 96. 1. 289. Это доказывает, быть может, что теория основания основана в мотиве спертит в себе нечто слишком строгое (ср. с. 206, стр. 266 и сл.). Судебная практика имеет тенденцию, все более и более строго, относиться к мотивам, особенно в случае безразличности или недействительности их, в отношении Локкегаф, Les mobiles dans les actes juridiques. Et même pratique в отношении мотива, при депозите денег, признанном недействительным из-за негодности депозитариуса, Тулуз, 11 ян-

судебная практика признает недействительным эту сумму недействительности мотива. Это значение основания в области займа будет изучено в дальнейшем.

IV. Доказательство основания. Этот вопрос должен быть выведен из общей теории доказательства. Необходимо, чтобы лучше понять точное практическое значение основания, изучить этот вопрос перед за общей теорией основания.

Руководящая принцип заключается в том, что тот, кто ссылается на право, должен установить его существование. Следовательно, тот, кто ссылается на договор, должен доказать существование всех его существенных элементов, в частности, основания.

Вообще титул, устанавливающий обязательство должника, в то же время прямо устанавливает и основание обязательства. Так, в акте продажи основание обязательства покупателя заключается упоминанием проданной вещи; точно так же расписка, удостоверяющая заем, упоминает об уплате денег.

В этих случаях, наличие частых, основание обязательства доказываются в то же время, как и факт обязательства. Если должник утверждает, что основание, названное в документе, симулировано в прикрывает отсутствие основания, ложное основание или основание недействительное, на нем лежит доказательство этого: *onus in excipiendo fit actor* (ответчик в своих возражениях становится истцом).

Но вот другой случай, где возникает затруднение: документ сфальсифицирован так, что он устанавливает обязательство должника, не упоминая об основании.

Расписка сфальсифицирована так: «Я обещаю уплатить г-ну X сумму в 3 000 франков и 1 января ближайшего года», или так: «Я признаю себя должным г-ну X сумму, которую я уплатил ему...» Перед нами расписка без указания основания.

Здесь обязательство доказано. Но нет указанного упоминания об основании. Была ли продажа, заем, дарение? Расписка этого не говорит. Тогда встает вопрос: кредитор, предъявитель документа, будет ли обязан доказать, помимо обязательства и собственными словами, существование основания, продажи, передачи денег и пр.? Или будет ли основание считаться доказанным по внутреннему смыслу документа, устанавливающего обязательство, будет ли обязан подписавший документ, чтобы освободиться от искипания по нему, доказать отсутствие основания, в то время как предъявитель сохраняет оборотительное подписание?

Это имеет большое практическое значение, так как обязательство доказательства может быть очень трудной. Успех продавца

января 1926, S. 1926. 2. 21. Наоборот, суд Пусто, решение 2 февраля 1922, (D. P. 1922. 2. 33, помнит замечание Savatier S. 1922. 2. 190, что мотивы не содержались для терминами договора имущества действительности. Ср. также Сенский триб., 16 июля 1928, (D. P. 1928. 2. 117, решение, вынесенное Muviellet).

денег зависимость от определения лица, на которое возложено обязательство.

Ст. 1131 гласит: «Действительность обязательства не уменьшается, хотя бы основание его не было в нем выражено».

Этот пункт не ясен; он устанавливает окончательный пункт долгого исторического развития, которое одно позволяет понять этот закон.

А. Проблема восходит к римскому праву. Она зародилась в Риме по поводу *mutuum* и специально депозитного займа. *Mutuum* возникало посредством *datio* денег. Кредитор, предъявляя иск о платеже, должен был доказать передачу вещи собственности на денежную сумму заемщику. Но это доказательство часто затруднительно. Чтобы его упростить, прибегали к расширенной процедуре: *mutuum* подкрепляли стипуляцией. Кредитор *brax* с должника устное обещание (*verbis*) вернуть сумму займа. После этого должник был связан своим обещанием, независимо от передачи ему валюты займа. Кредитор, чтобы добиться платежа, предъявлял иск на стипуляцию (*ex stipulatu*) и добивался успеха, доказывая стипуляцию, и не имел надобности доказывать факт платежа. Очень часто эти стипуляции удостоверялись на письме, *cautiones*, которые можно сравнить с современными расписками.

Эта процедура получила общее применение ввиду ее простоты. Но она влекла за собой злоупотребления; люди не очень сообразливо добивались стипуляции и расписки, затем отказывали в передаче валюты или передавали ее только частично. Однако, они имели тогда иск из стипуляции (*ex stipulatu*) на всю стипулированную сумму.

Первое средство против этого было дано в виде *exceptio doli*, противопоставлявшейся должником (I. 2 § 3, De doli mal. et mal. except., D. XLIV, 4), которая парализовала иск *ex stipulatu*. Второе средство состояло в *condictio*, предъявлявшейся должником, чтобы освободиться от долга (D. XII, 4, de cond. sine dat. I. § 1).

Но эти два средства общего права оказались недостаточными. Для того, чтобы с успехом использовать *exceptio* или *condictio*, должник должен был доказать несовершенство платежа валюты, а это нередко было невозможно.

В III веке императорское право сделало новый шаг вперед и защитило должника, создав *querela non numeratae pecuniae*. Должник теперь может противопоставить домогательствам кредитора *exceptio non numeratae pecuniae*, или же предупредить иск кредитора, а потребовать освобождения от долга. Эта система имеет глубокое отличие от *exceptio doli* и *condictio*; в силу одного того, что должник прибегает к *querela*, обязанность доказывания перекладывается: кредитор, несмотря на стипуляцию или расписку, обязан доказать платеж валюты. Должник от доказывания освобождается (C., IV, 30, v. 3 и 10).

Позднее увидели, что зашли слишком далеко. Было признано различие. Если расписка прямо упоминает о платеже валюты (*cautio disticta*), должник связан; он должен, по представлении документа о долге, заплатить или доказать передачу валюты. Если же в расписке не упоминается о платеже валюты (*cautio indiscreta*), сохранили права должника на кредитора.

Итак, римское право признало различие двух видов расписок: с указанием основания и без указания основания. В первом случае тяжесть доказывания лежит на должнике; во втором случае — на кредиторе (ср. C., IV, 30, De non num. pec., c. 13, и интерполяцию текста Паппа, D., XXII, 3, De prob. 25, § 4).

В. Старое французское право, различавшееся в последнем отношении на втором из двух случаев, различавшихся в последней стадии римского права. Каково значение расписки без указания основания? Следует ли сохранить римское решение, вытекающее из теории *querela* (обязанность доказывания на кредиторе) или обязать должника доказывать отсутствие основания?

Боролось три мнения:

(1) Расписка должна содержать основание, под страхом недействительности соглашения¹. Но это мнение, по видимому, ограничивалось, в эпоху приведенного в примечании решения, документами на предъявителя. Во всяком случае, другие позднейшие решения ясно показывают, что соглашение действительно, даже если в расписке не указано основание.

Но если соглашение действительно, хотя бы в расписке не было указано основание, остается вопрос о доказательстве. В этом отношении противоположны два других взгляда.

(2) Делается следующее различие. Если расписка, не указывая основания, составлена как признание ранее существовавшего долга, в таких выражениях: «Я признаю долг...», то с стороны должника имеется признание существования основания; следовательно, кредитору не приходится ничего доказывать. Но если расписка содержит только обещание платежа (обязанность уплатить...), и кредитор должен доказать основание: в этом случае сохраняют римский принцип *exceptio non numeratae pecuniae* (ср. Danty, по поводу Воиссеа, Traité de la preuve par témoins, 1752, стр. 483).

(3) Третья система отвергает римскую теорию без различия обоих различий. Расписка, не содержащая основания, служит полным доказательством. Должательство возлагается на должника, который должен доказать отсутствие основания.

¹ Таково было мнение канонистов. Упоминается в расписке основание посредством неясной торжественной формы. Это является условием действительности: *rectum videtur a solemnitate*. sed non videtur a forma. (ср. в. Канонисты, не имеющие торжественной формы, но не имеющие основания). Это решение было также принято постановлением парламентского собрания, 24 мая 1459 г. (Новый Denizard, под словом «Расписки», том II).

Это мнение было наиболее обширным и в конце дореволюционного периода права (ср. Лоуэл, Изв., соч. изд. V, т. II, ком. 6; «Выводы из исследований в области права», т. II, ком. 6; «Выводы из исследований в области права», т. II, ком. 6; «Выводы из исследований в области права», т. II, ком. 6). Промежуток Davol к этому изречению: «По Франции это мнение не доказывается, признаю существование доказательства». Это решение было особенно судебной практикой парламентов XVIII века: решение 17 июля 1706 г. (Ср. Merlín, Questions de droit, под словом: Sauf des obligations).

Таким образом, параллельно гражданскому кодексу была возобновлена практика, что расписка, даже не содержащая указания основания, является полным доказательством против должника.

С. Гражданский кодекс. Верно и теперь и теперь ст. 1132. Действительность обязательства не устанавливается, хотя бы основание его не было в нем выражено. Для его подтверждения достаточно подготовительных работ; но исторический процесс дает нам путеводную нить.

Три мнения выдвигаются по этому поводу.

Первое мнение. Ст. 1132 не имеет в виду доказательства; она говорит о действительности соглашения, безотносительно к документу, удостоверяющему его; это значит, что неуказание об основании не мешает соглашению быть действительным. Таким образом, и совершил продажу; под печатью подписан мне расписку, содержащую только следующую мне сумму. Продажа действительна, несмотря на несоблюдение основания; ст. 1132 хочет сказать только это (ср. Обри и Ро, т. IV, § 345, ком. 1 и коммент. зам. 20; Колян и Канпан, цит. соч., т. II, § 63).

Тогда остается урегулировать вопрос о доказательстве. По общему, следует применить правило общего права: «Actori incumbit probatio» (доказательство ложится на истца). Следовательно, кредитор, предъявляющий расписку, не содержащую основания, должен будет доказать существование основания, продажу. Это — сохранение римской системы *cautio indiscreta* (ср. Обри и Ро, цит. соч. и место. Против Канпан, цит. соч. и место, за освобождение от доказательства).

Это мнение хорошо согласуется с буквой ст. 1132. Но вызывает две категории возражений:

(1) Эта система превращает ст. 1132 в ненужный текст. Само собой выходит, что сила соглашения не зависит от способа редактирования расписки и специально от обозначения основания. Это правило зависит от принципа, что договоры заключаются одним обязательством, и никаких формальностей не требуется. Когда закон требует в акте заключения поставить силу обязательства в зависимость от указания об основании, он говорит об этом так было сказано в феврале 1822 г. в области ордерных бумаг или векселей (ср. ст. 110 и 111, ком. под.). Но для того, чтобы объяснить, что на обязанность против чего указание не требуется, не нужно специально указывать на этот предмет.

Быть может, возражат, что редакторы желали положительным образом указать на одну из систем старого права, именно — решение парламентов 1650 г. Но мы видели, что эта система, всегда очень распространенная, но была господствующей в судебной практике XVII и XVIII веков.

(2) Это мнение, наоборот, находится в абсолютном противоречии с системой, преобладавшей в XVIII веке; она возлагает доказательство основания на кредитора, тогда как наиболее общепринятым со времени Луазеля было противоположное решение.

Второе мнение. Расписки следует различать по употребленным в них выражениям. Таким образом возвращается к старой системе; если расписка ссылается на ранее существовавшее обязательство: «Я признаю долг...», доказательство основания считается полученным, и дело должника его оспаривать. Если расписка гласит: «Обязуюсь уплатить...», кредитор должен доказать основание.

Это мнение подвергается критике: а) его историческая база — недостаточна; это — воспроизведение мнения, сложившего в старом праве особняком.

б) Оно мало удовлетворительно логически. Тяжесть доказательства зависит от чистой случайности — редакции документа. На практике стороны, редактирующие расписку, не делают никакого различия между обеими формулами. Следовательно, неправильно ставить тяжесть доказательства в зависимость от чисто случайного выбора редакции.

Третье мнение. Оно воспроизводит наиболее распространенную доктрину старого права со времени Луазеля. Расписка, не содержащая указания основания, служит полным доказательством против должника, если он не обоснует это доказательством, установленная отсутствие основания. Это — основа римской теории.

Это толкование ст. 1132 правильно. Действительно:

(1) Оно является нормальным продолжением исторического развития дореволюционного права, которое все более и более отходило от старой системы *exceptio non numeratae pecuniae*.

(2) Оно — рационально. Должник, обещавший уплатить, даже без указания основания, молчаливо признает, что его обязательство имеет основание, потому что не обещает без основания, кроме совсем исключительных случаев, которых нельзя предполагать. Следует предполагать, что составивший расписку сделал это не без основания. Верно, что римское право при *cautio non numeratae pecuniae* признало обратную презумпцию; но оно сделало это только в области денежного займа и во многих случаях, объяснявшихся римскими правами. Зависимость в законе империи была по общему правилу ростовщическая, и поэтому было такое недоверие. Но счастью, было бы совершенно неправильно и в этом отношении возвращаться к старому праву и занести

материю III века. Наме товнование ст. 1132 есть естественное развитие прогресса морального начала в частных отношениях.

3. С точки зрения закона, наше мнение может быть согласовано с буквой ст. 1132. «Соглашение здесь употребляется в смысле документа, устанавливающего для обозначения *instrumentum*, верней договор или обязательство для обозначения *instrumentum*, верней договор или обязательство означает записанный силу с практической точки зрения, т. е. когда дело идет о документе, то — «достаточно с точки зрения доказательства». Приходит и такому вопросу: «Документ составляет полное доказательство, хотя основание в нем не обозначено». Несмотря на общую неясность подлинных работ, можно сослаться в этом смысле на заключение Бюго-де-Прамеши в Государственном совете (Лонга, т. XII, стр. 139): «Греховный признает себя должным известную сумму, но забыл о наличии долга; его обязательство действительно, потому что это записано, что он должен, заставляет предполагать, что есть основание... Впрочем, если на самом деле его не было, разрешается это доказать и опровергнуть презумпцию».

Далее возражения против нашего мнения: возложить тяжесть доказательства на должника — это значит в большинстве случаев потребовать от него невозможного. Он должен будет доказать отрицательный факт, отсутствие основания. Но обязательство может иметь бесконечное число оснований; следовательно, нужно будет должнику пройти эту бесконечную вереницу возможных случаев, чтобы показать, что ни один из них не имел места в действительности.

Это верно. Должнику придется доказывать только совершенно определенные факты: невозможный характер основания, его недостаточность (долг по игре) или полное отсутствие (например, что ему обещали платен валюты и не исполнили этого обещания). Это может быть будет трудно, но никогда не будет невозможно и даже.

Можно еще привести последний аргумент в пользу нашего мнения. Он вытекает из декрета 17 мая 1808 г., относящегося к распискам, подписанным ипотечниками, и по которому доказательство основания будет зависеть от обязанности кредитора. Если в обязательстве указана норма закона, значит, общее право возлагает тяжесть доказательства на должника.

Выводы. Не следует смешивать со случаем расписки, где основной элемент основания, случай расписки с симулированным основанием. Этот случай совсем иной, с точки зрения доказательства. Документ, расписка удостоверяет факт. Должник утверждает, что это основание симулированное, что заем не был. После этого кредитор должен будет установить наличие основания. Нельзя было бы попытаться сказать, после доказательства симулированного расписки становится идентичной расписке без расписки ипотечной; следовательно, должник обязан доказать наличие факта симуляции, отсутствие реального основани-

ния. Это неправильно. Оба случая абсолютно различны. Расписка, не содержащая оснований, составляет доказательство, потому что она содержит со стороны должника обязательство признания обязательства, имеющего основание. Но в расписке с симулированным основанием не содержится этого обязательного признания. Здесь должник признал определенное основание, а кредитор должен доказать существование (Касс., 9 февраля 1854, D. 64. 1. 211).

В законе не и следует сказать, что расписка, даже не содержащая указания оснований, составляет полное доказательство основания, потому что она, с точки зрения существа права, есть необходимая составная элемент обязательства; но с точки зрения доказательства упоминаемое основание не является необходимым элементом доказательного документа.

Судебная практика установилась в этом смысле (Ком. канц. 28 октября 1885, S. 86. 1. 200; Гранд., 25 февраля 1890, D. P. 93. 1. 193 и S. 93. 1280).

У. Критическая проверка и сравнительное право. Французскую систему можно резюмировать в виде абсолютной противоположности основания и мотива: первое всегда является необходимым составным элементом обязательства, второй — никогда, за исключением области безвозмездных договоров. Как относиться к этому двойному принципу?

Признавая основание необходимым элементом обязательства, французский гражданский кодекс хотел выступить против юридического формализма. Он обращает внимание в области договоров на все признаки юридического действия, вместо того, чтобы прикрываться надлежащим на поверхности, довольствоваться внешним обещанием, не требуя, чтобы была вскрыта реальная экономическая операция, с которой связано обязательство. Вот почему французское право отвергает абстрактные договоры, законы рамочной estipulation. В таком договоре должник был связан формулой, причем экономическое основание его обязательства было неизвестно. Право кредитора было защищено только, но при этом не забываясь узнать, была ли, наряду с формулой, серьезная операция между сторонами, оправдывающая право требования. Вот чего не хотело французское право. Оно желало, чтобы суд представляли не чисто формальную операцию, но реальную экономическую операцию, имеющую место между сторонами: продажа с взаимными представлениями, которая она содержит, заем с передачей валюты, которую он предоставляет. Право санкционирует договор только, если может оценить его в его реальности и в его целом. «Нельзя получить выгоды от закона, неизвестно почему» (Дюфреу).

Неясные мотивы являются противоречием этой идее.

которая направлена на то, чтобы позволить суду контролировать реальную юридическую операцию. Ибо мотив таски является элементом воли, следовательно, элементом акта.

Но это исключение обязывается деловых отношений и предит, взаимным обещанием прочностью деловых отношений и предит. Если мотивы, нередко тайные, нередко чисто личные, будут признаны, то внимание при оценке силы соглашения, иногда будет рассчитывать на силу соглашения, никогда нельзя будет рассчитывать на силу договора; всегда можно будет опираться, не полагая ли признания акта действительным открытым мотивом. До того неизвестного, и который окажется ложным, следовательно, безразличным.

Итак, французское право пришло к заключению, что нужно провести неопределяемую пограничную линию между двумя категориями соображений, которыми объясняется обязательство, — эмпирическими (основание) и психологическими (мотивы), абсолютно отвергнуть второе, тогда как первые принять всецело. Таким образом оно присоединилось к примолвиной системе, без исключений, принятой законодательствами, родственными ему: итальянским кодексом, статьи 1419—1422; испанским кодексом, статьи 1274—1277.

Однако, и эта система не свободна от критики. Приведем нам ее для приложения;

А Основание всегда является составной элементом обязательства. Но не могли ли стороны решить, чтобы было иначе, договориться, чтобы из соглашения было действительным возмещение от всякого соображения, относящегося к основанию? Другими словами, не могли ли они обратиться к абстрактному договору римского права? А если они знали этого, почему признавать, что они не могли сами сказать, я что, вопреки их воле, будет отыскивать основание обязательства, чтобы вставить в зависимость от него силу договора?

Стороны могли иметь интерес в том, чтобы воскресить старое римское понятие абстрактного акта. Это не первый случай, когда на западе, или современные хозяйственные потребности придают в жизни, истории можно было считать мертвыми; мы уже видели, что обязательства германское и англо-саксонское воссоздали принцип абсолютного различия между способами установления обязательств и способами установления и перенесения обязательств. Здесь мы увидим, что и в наше современное право абстракция говорит за допущение абстрактного обязательства, и германское традиционное право восстанавливает систему (ст. ст. 780, 781, санивонировавшие абстрактное обещание и абстрактное признание долга).

Но как же абстракция это действует? Дело в том, что абстрактное обещание имеет исключительную юридическую ценность и дает в руки кредитору документ чрезвычайной силы. Долж-

ник связан своим обещанием. Суд не должен проверять, знает ли для того основание; этот предмет споров исключен. Отсюда следует, что кредитор охотнее охотнее кредит должнику, если последний согласен обещаться по абстрактному обещанию. Кредит оказывается упреждающим.

Стороны и третьи лица получают отсюда выгоды отношения; это — ценный способ окончательного урегулирования деловых отношений.

а) Стороны. Выгоды будут состоять в большей прочности отношений, что — ценный способ окончательного урегулирования деловых отношений. Напрямом, два лица состоят в деловых отношениях в течение ряда лет или нескольких лет, нередко друг другу дебиторами, и эти предостережения делают их взаимно кредитором и должником. Они желают ликвидировать такое положение. Выводится с каждой стороны баланс дебитора и кредита. Получается в результате, что Перриль должен 3000 франков Второму. Он подписывает расписку, подтверждающую это — баланс взаимных расчетов. Чтобы избежать всякого сомнения, нужно было бы перебрать все элементы каждого спорного по поводу основания взаимный бы вопрос о всех старых обязательствах сторон, о всем том прошлом, что стороны хотели ликвидировать.

Очевиден интерес сторон в том, чтобы воспользоваться таким способом установления обязательства, при котором всякий спор, касающийся основания, был бы заранее признан невозможным. Абстрактное обязательство дает им такое средство: Перриль обещает 3000 франков Второму и стороны договариваются, что Перриль связан одним своим обещанием, независимо от основания; так самым будет пресечен источник будущих споров. Таким образом, современное абстрактное обязательство является своего рода мирной сделкой. При мирной сделке два лица, имеющие друг к другу юридическую претензию, договариваются взаимно изложить посредством установления некоторых новых обязательств. При абстрактном обязательстве стороны предусматривают взаимное положение этих взаимоотношений, относящихся к основанию, следовательно, обязательства должника общим итогом и окончательно.

Вторым обещанием, что германская судебная практика признала еще раньше германского упоминания силу абстрактного обязательства, установленного вследствие окончательных расчетов между сторонами. Здесь, в самом деле, практически значение абстрактного обязательства проявляется особенно ясно.

б) Третьи лица. Предполагая, что право традиционное усугубило третьему лицу. Положив предостережения, будет более благоприятным, если право требовать уплаты по абстрактному обещанию, чем если основание будет считаться элементом обязательства. В своем деле, основываясь на сделке, имевшей место между кредитором и должником, а этот сделке действительной не участвует; нередко он не имеет средств проверить ее существование. Следовательно, для него всегда имеет опасность, что должник может ему доказать, что сделка

неотъемлемо основания. Так, в первом примере оно составляет основание, второе, второе условие свое право требовать существования основания, которое является результатом одной серии связанных действий, от которых Гротий отходит в сторону. Его уверенность в том, что он может опасаться, как бы должник не предъявил суду возражения, вытекающих из отсутствия основания. Наконец, если должник ищет на себя абстрактное обязательство, Гротий будет иметь вполне прочное положение; он нечего опасаться возмещения, вытекающих из отсутствия основания, так как сила обязательства не зависит от основания.

В конечном итоге право требования, вытекающее из абстрактного обязательства, легче будет диконтировать, по сравнению с правом требования, вытекающим из обыкновенного обязательства, потому что депозитарий, будучи более обеспеченным, легче согласится на цессию. Циркуляция ценных бумаг оказывает обеспеченной в том самом — кредит упроченным.

Таким образом, теории абстрактного обязательства были первоначально применены германским правом к торговым предметам, в документах по прокату, и векселям, назначенным в которых заключаются, прежде всего, в безразличности абстракции; эта теория была признана торговым уложением 1802 года.

Собранием о всех указанных практических удобствах привело германское законодательство, после пятидесяти лет споров, к признанию силы абстрактного обязательства вообще, не только в торговой области, но и в общегражданской. Предыдущее требование — письменная форма, потому что абстрактный характер акта представляет для должника исключительную опасность (параграфы 780—781)¹.

В заключение следует сказать, что первое предложение состоит в признании французской системы слишком строгой. Различно признавать крайним утверждение, что основание всегда должно быть составным элементом обязательства. Целесообразно было бы признать за сторонами право устанавливать, если они того желают, обязательства, отвлеченные от их основания.

В третьем образе, является крайним утверждением устанавливается принцип, что мотив всегда не должен приниматься во внимание. Первым мотив, по мысли сторон, имеет такое же большое

¹ Должник, утверждающий, что он обязан без основания, должен приложить к своему делу о факто или в реальном праве. В силу принципа действительности основания, германская судебная практика (Рейс-Ландт, № 30) допускает при абстрактном обязательстве §§ 780—781, что должник должен, основываясь на не существовавшем обращении кредитора, доказать, что кредитор не имел действительного права требования, что спорно. Это утверждение принципа значительно увеличивает противоречивость германской и французской систем. Если сравнить со ст. 1132, обе системы почти совпадают по мысли судебной практики.

значение, как основание в собственном смысле слова. Нередко он был известен обеим сторонам. И тем не менее суд должен будет всегда его игнорировать.

Однако, этот принцип в действительности не проводится так строго, как вначале пытались его признать. Прежде всего, тем, что в области безвозмездных договоров суд была признана пришла к признанию юридической силы за мотивом по крайней теории побудительной причины.

С другой стороны, даже в области возмездных договоров стороны имеют средство поставить действительность их соглашения в зависимость от мотива; это средство состоит в превращении мотива в прямо выраженное условие обязательства.

Но за этими пределами, в принципе за мотивами никакого значения не признается, за исключением лишь того, что было нами сказано о некоторых новых решениях, иначе подходящих к этому вопросу.

Здесь также менее уаксе ученые, лучше отвечающее разнообразным потребностям практики, считают, что сила соглашения зависит не только от основания в узком смысле французского права, но от всякого элемента, которому стороны имели в виду придать решающее значение, хотя бы этот элемент был простым психологическим мотивом. Достаточно будет, чтобы он фигурировал в содержании волеизъявления. Суд должен будет тогда восматриваться с ним, если из обстоятельства дела следует, что стороны желали, чтобы было так, хотя бы они не сделали этого мотива прямо условием своего договора. Это вывод из принципа волеизъявления.

Такова концепция германского уложения. В одном пункте даже власть суда шире, когда акт противен добрым нравам. Ст. 133, ч. 1, признает недействительными юридические акты, противные добрым нравам. Но из подготовительных работ следует, что суд имеет, чтобы оценить безразличность акта, исследовать не только основание по французскому смыслу, но также содержание волеизъявления в германском смысле, но также мотивы, не указанные в волеизъявлении. Единственная граница его прерогативы исследования состоит в том, что эти мотивы должны считаться по общепринятым взглядам достаточно важными, чтобы их безразличность влекла за собой безразличность всего акта в целом. В этом германское право сближается с тем отечественной тенденцией новой французской судебной практики признавать соглашения недействительными ввиду безразличности мотива.

Этой системой объясняется, что германское право устраняет различие основания и мотива и не делает более обязательного различия. Все зависит то от содержания волеизъявления, то от его особенностей, по которому возмещают против акта.

Таким образом, и этой очень гибкой системы, одной стороны, контрагенты могут сделать свое соглашение не зависящим от об-

выяснен посредством абстрактного обязательства. С другой стороны, она может считаться его не зависящим от мотива. Германской семье, она может считаться его не зависящим от мотива. Германской семье, она может считаться его не зависящим от мотива. Германской семье, она может считаться его не зависящим от мотива.

Отделение II ФОРМАЛЬНЫЕ ТРЕБОВАНИЯ

Мы знаем уже, что в принципе для силы договора не требуется соблюдения какой-либо определенной формы. По общему правилу вся договорная французского права *консенсуальна*.

В виде исключения некоторые договоры требуют торжественной формы. Они существуют законным образом только в том случае, если формальные требования, предписанные законом, соблюдены наряду с условиями по существу. Форма дает силу делу, форма дает бытие делу. Формы не создают, они отсутствию условия по существу. Оно имеет значимость акта в силу закона или несуществование акта.

Из этих договоров два относятся к образованию семьи (брак и развод), пять договоров имущественного характера:

1. Принцип франко-германского обязательственного права остается верным и в отношении формы. Ст. 10 признает его в числе условий, необходимых для существования договора, а ст. 27 § 1 устанавливает, что соблюдение его без соблюдения или выполнения иного условия, или несоблюдение или невыполнение другого, не имеет ни одной силы. Ст. 28, о заключении брака ст. 133 франк. гражд. код., добавляет, что действительна ст. закон не устанавливает от того, что условие в нем не указано. Но официальное толкование к закону, в котором текст закона не позволяет определить, какие условия являются условиями.

Обязательственный вид не указан в ст. 133 франк. гражд. код. не упоминает об условиях. Но из этого нельзя делать вывод, что если условия нет в полном законодательстве, или ст. 50 устанавливает, что стороны, заключившие договор, могут по желанию установить между собой дополнительные условия, лишь бы содержание и цель договора не противоречили ни публичному порядку, ни закону, ни добрым нравам. Однако из условия, указанного в предположении, бесспорно, в силу закона и публичного порядка. И в ст. 1 и старшей редакции пункта 1 ст. 133 франк. гражд. код. от заключения, сообщенного по этому поводу Генеральной ассамблеей, от которого, по мнению комиссии, присланной в собрание при заключении договора, она не должна быть освобождена, лишь бы содержание и цель договора не противоречили ни публичному порядку, ни добрым нравам. Поэтому, в порядке исключения, можно допустить обязательство, не соответствующее содержанию, обязательство, устанавливаемое на основе не предположения или из принципа обязательственного. Это имеет только значение, не устанавливаемое законом, типа договоров, или как не зависит от основания, принятого сторонами, например, дарения, признания на себя долга, отказа долга, договору гарантии Ср. стр. XIII предисловия к франк. гражданскому, код. Валу, 1925).

дарение (ст. ст. 931, 932, 948), брачный договор (ст. 1391), установление наследства (ст. 2127), договорное иступление и право кредитора (суброгация) с соблюдением законности (ст. 1250 ч. 2), суброгация в законной факте замужней женщиной (закон 23 марта 1896 г., ст. 2).

Мы встречаемся с этими договорами и изучим по поводу каждого из них правила относительно формы, свойственные им. Общий характер отличает форму пяти торжественных договоров, указанных в предыдущем разделе. Они должны совершаться в установленной форме. Но основания этого требования для отдельных договоров различны: обеспечить подлинное доказательство, обеспечить возможность обратиться за советом и нотариусу, сделать соглашение более затруднительным и, следовательно, менее частым (дарения).

Не следует смешивать этих формальных правил торжественных договоров с правилами, относящимися к действительности договоров вообще. Первые касаются самого заключения договора, они установлены законом *ad solennitatem* (для торжественности). Вторые касаются только доказательства и установлены *ad probationem* (для доказывания). Их нарушение не мешает заключению договора, но известные способы доказательства станут невозможными. Например, ст. 1341, введенная законом 1 апреля 1928 г., предписывает, что соглашения должны устанавливаться *из письма, если интерес обязательства превышает 20 франков*. Это — простая норма доказательства, цель которой — не допустить доказательства путем свидетельских показаний. Если соглашение не установлено в письменной форме, его нельзя будет доказывать свидетелями. Но оно существует, следовательно, его можно будет доказывать другими способами, например, признанием или присягой. Наоборот, установление писанной формы нотариального акта по закону не существует и письменный акт не будет от него отменен.

Случается, что совершая договор, стороны решают, чтобы на него был составлен письменный акт, даже нотариальный акт. Будет ли существование договора зависеть в зависимости от составления такого акта? Этот вопрос решается, смотря по воле стороны и в каждом фактическом случае. Как обычно правило, и намерение сторон, совершающих договор, входит, чтобы в какой-либо момент началось существование и момента соглашения. Но когда, наоборот, указывается, что имелось в виду, чтобы до составления акта ничего не было. До этого момента стороны будут иметь право отказаться от договора; если нет акта, нет и договора. Можно сказать, что в этом случае стороны своим соглашением установили формальное требование, которого не было в законе.

Ситуация необходимых условий договора. Теория недействительности

Недостаточно определять условия, необходимые для действительности договора. А что будет, если предписания закона не соблюдены? Какие санкции будут тогда применены?

Мы уже нередко упоминали, что в этом случае договор будет недействителен. Что следует понимать под этим? На этот вопрос отвечает теория недействительности. Значение этой теории очень обширно и вытекает из ринки учения о договорах. Она была сформулирована в классической доктрине, которая одна господствовала до последних лет, но с некоторого времени стала подвергаться серьезной критике и в курсах и в докторских диссертациях. Эта критика, и известных путях решительная и окончательная, сопровождалась попытками конструировать по-новому. Мы рассмотрим в двух следующих параграфах классическую доктрину и поправки, которые были направлены против нее, а потом предлагаем вам нашу систему¹.

§ 1. Классическая доктрина и ее критика

1. Классическая доктрина. В классической доктрине случаи недействительности делятся на две категории. Это двучленное деление должно дать решение всех вопросов, иначе возникают при их изучении. Разберем последовательно эти две идеи.

А. Должно случаев недействительности на две категории. Когда говорят о недействительности договора, то можно понимать это выражение в полном его смысле: договор не существует. Он — юридический нуль и не может в отношении никого породить никакого эффекта. Каждая часть его не признавать.

Однако, не всегда бывает такая абсолютная санкция. Отсюда вторая категория случаев недействительности. Наряду с ра-

¹ Юридически теория недействительности и ринности проблем, по-прежнему см. ср. Collin et Carré-Saunders, *op. cit.*, в. I, § 44 и сл., в т. II, § 162 и сл.; Joubert, *op. cit.*, т. I, § 128 и сл., в т. II, § 225 и сл.; Planiol et Ripert, *op. cit.*, т. II, § 1271 и сл.; Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, т. VI, § 200 и сл.; Ch. Bédarride, *op. cit.*, т. VIII, § 261 и сл.; Dugou, *Essai d'une théorie générale sur les nullités*, th. Aix, 1802; Loyat, *Des actes inexécutoires*, th. Rennes, 1807; La Rivière, *Des nullités en matière d'actes judiciaires*, th. Dijon, 1808; Pédellier, *Des effets produits par les actes nuls*, th. Paris, 1810; Bastien, *Essai d'une théorie générale de l'illégalité*, th. Paris, 1829. Ср. еще заключения сынов: O. Cohnendy, *De la notion de la distinction entre l'illégalité et les nullités d'ordre public*, *Revue française de droit civil*, 1911, стр. 255 и сл.; Koyat, *Les nullités d'ordre public*, *Rev. franc.*, 1912, стр. 111 и сл.; Bouzat, *De la clause par laquelle une partie, dans une convention, s'engage à ne pas en demander la nullité*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1921, стр. 260 и сл. §

дикальной недействительности, недействительность в известном роде ослабленная. Договор существует; он производит эффект. Только определенные лица могут это опровергнуть судебным порядком и добиться отмены его недействительным. Они могут также отказаться от его исполнения договора. В этих случаях говорят, что договор действителен; он становится вполне действительным. В случаях этой второй категории говорят об относительной недействительности, или также, принимая во внимание, что на эту недействительность могут сослаться только определенные лица — об относительной недействительности. В первом случае договор, имеет место недействительность в силу самого закона, абсолютная недействительность или несуществование договора.

Как понимать этот дуализм санкций? Классическая теория дает два объяснения, одно — логическое и другое — историческое.

(1) Логически условия заключения договоров не все одинаково важны. Существуют две категории этих условий: условия существования и условия силы.

а) Условия существования это те, которые с необходимостью предполагаются самим понятием договора, или оно вытекает из природы вещи или из закона. С точки зрения природы вещи эти условия таковы: согласие воли сторон, наличие предмета или оснований, а с точки зрения закона — дозволяющий характер предмета, соблюдение формы — в торгово-судебных договорах. При отсутствии этих условий акт юридически не существует. Недействительность наступает в силу закона.

б) Условия силы не существенны для бытия договора. Логически договор возникает, несмотря на их отсутствие. Но они введены в защиту определенных лиц. Существует две категории таких условий: одни касаются отсутствия пороков согласия (завлаживание, насильство, обман), другие — дееспособности. Эти условия имеют, в качестве санкции, оспариваемость.

Различие двух видов санкций объясняется различием их назначения (*raison d'être*). В первом случае договор недействителен; ему недостает существенного органа. Он — юридически недействителен. Во втором случае договор закончен, но он страдает пороком. Это — больной организм, который, может быть, излечится (в случае подтверждения), а может быть, погибнет (в случае оспаривания). Это концепция «анта-организма».

В качестве примера первого случая можно привести случай продажу без предмета; в качестве примера второго случая — куплю-продажу, пороченную пороком завлаживания.

(2) Исторически оба вида недействительности имеют совсем различные корни.

В римском праве полная ничтожность существовала только в одной вещи. При отсутствии существенности элемента сделки юристы говорили, что акт — ничтожен, считаясь несуществующим (*nullum est negotium; nulla obligatio nihil actus, nec profecta habetur*).

Претор, вопреки волеизъявлению из процедуры, *созданной* претором для защиты известных лиц против актов, которые признаны претором действительными *resistitio in iudicio* (возражениями в процессе), это средство защиты (возражениями в процессе) и процессуальное средство защиты (возражениями в процессе), и случаи, когда в договоре есть сторонний элемент или договор заключен лицом в возрасте, которое считается малолетним или договор заключен лицом, но доведен нотариусом до акта. Претор не объявляет акт ничтожным, но доводит нотариусом волеизъявление стороны к тому, после брочерии обстоятельства акта (сторона, возраст), если случай казался заслуживающим акта (сторона, возраст), если случай казался заслуживающим акта (сторона, возраст), что претор должен быть возмещен в процессе по закону (in iudicio) и имеет право рассматривать акт как бы не существовавший в отношении его.

Там была, именно в спорных случаях оспоримости, акт договора, признано (предварительно) действительного, но который может быть *недействительным по решению претора*.

Нельзя оспоримость развилась из этой *resistitio* посредством двух разновидностей: а) она превратилась в объявление судебной или вследствие несовместности противоположности между *resistitio* (судебной властью) и *impetium* (административной властью); б) *закон отменил элемент возмещения, который в Риме определялся cognitio scilicet*. Закон сам определял условия, при которых договор будет аннулирован, вместо того, чтобы поручать установление этих условий на усмотрение магистрата. Если эти условия все равно, судья обязан объявить договор недействительным.

Некоторые авторы пытались выработать более тонкое учение, которое дает трехчленное деление недействительных сделок: именно относительной недействительности договоров, эти авторы проводят еще различие несуществующих договоров и абсолютной недействительных. Это различие, *впрочем, не всеми авторами признано одинаковым способом* (ср. Па и н о л з, 12-е изд., т. 1, § 332).

По мнению Обри и Ро (5-е изд. т. 1, § 37), если недостаточно ясности договора — фактического характера, перед нами недействительный договор (отсутствие предмета договора). Если акт противоречит положению или запрету закона, имеет место ничтожность (предмет не дозволенного предмета). Практическое значение этого различия *неясно*. В случае несуществования акта его недействительность не зависит от какого-либо судебного признания. В случае ничтожности, наоборот, требуется признание этого судебного признания. Это различие неясно, но большинство авторов признает его бесполезным. Действительно, до тех пор пока различие признается в законе и санкции в этих случаях будет ли действительный или действительность договора элемент фактический или юридический, он имеет одинаковое значение — в первом случае *сделка всегда, во втором случае — по воле закона*. Что касается утверждения, что отсутствие законного элемента по

может привести к недействительности договора без судебного о том решении, то в нем неясно, что означает действительность и основанная претором, будет ли подходить к понятию фактического состава или к понятию субъекта, требованию претора, договор с точки зрения закона — действительный; нужно только это доказать.

Во в этом отношении нет различия между обманом каторжника, Классическое учение сводится к различию деления — недействительности и силу самого закона и оспариваемости акта.

В. Следствия этого двухчленного деления. Это двухчленное деление делится на две ветви: все вопросы, относящиеся к недействительности сделок. Если имеет определенная недействительность, достаточно установить, в какой категории она относится, и тогда все решается методически, применяем к ней акт — органически. Эта проблема, побуждаемая недействительностью акта, — три: нужно ли предъявлять иск? кто может ссылаться на недействительность? можно ли устранить недействительность, подтвержденную давностью?

С точки зрения классического учения эти вопросы неразрывно связаны между собой. Рассмотрим их, последовательно беря две категории двухчленного деления.

(1) Если акт — *мортифицируемый*, во в этом случае нет судебного иска, потому что по предписанию аннулировать то, что акт. Недействительность наступает непосредственно, даже если она не объявлена судом.

Это не означает, что никогда не бывает обязанности обратиться в суд, чтобы установить факт недействительности в силу закона. Акт — *юридически ничтожен*, но он может по какому-либо обстоятельству, быть *момент, в связи с этим актом* создается определенное фактическое состояние, например, ничтожный акт удостоверен документом, или — еще лучше — по этому акту явлено в подписание. Чтобы прекратить это фактическое состояние, нужно добиться аннулирования документа или вернуть иск, данные в исполнение этого акта. Для этого придется предъявить иск (вандикационный, иск о возврате незаконно удержанного). И нужно будет доказать недействительность.

Но этот иск весьма отличается от иска об оспаривании акта. Его цель заключается не в уничтожении договора, а в констатации уже до того существовавшей *инвалидности*. Судебное решение констатирует недействительность, оно ее не создает. Собственно нельзя говорить об акте, направленной на аннулирование акта. Следовательно, когда акт ничтожен в силу закона, стороны могут непосредственно вступить в акт, как если бы данного акта вообще не было.

1. б) На ничтожность акта может сослаться всякое заинтересованное лицо с теми же для всякого различия акт.

с) Невозможно подтвердить действительность

и акта, не существующего по моменту ничего пропавшего. Следовательно не может быть признано и жизни. В мире юрисдикции нельзя ничего создать из ничего (ex nihilo), как и в мире материальном. Ничтожность *vollständig*.

В некоторых случаях, однако, ставит перед собой вопрос, не будет ли случай, когда подтверждение было бы возможно. Если *procurator* порока, порвавшего договор, прекращается, нельзя ли будет, если он признания, подтвердить договор? Так, нельзя ли будет подтвердить соглашение о будущем наследстве, если старший наследник? Вообще на такого рода вопросы ответ первоначальный порок акта, вытекающий из первоначального характера предмета, существует, поэтому необходимо совершить договор заново.

Точно так же невозможна давность. Ничтожность не может быть покрыта истечением времени: акт, которому предшествует какого-то условия для существования, не получит его в силу истечения определенного срока. С другой стороны, в этом случае нельзя сослаться на принцип ст. 2262 гражданского кодекса, согласно которой все иски погашаются 30-летней давностью, ибо в данном случае дело, собственно, идет об иске о признании акта *ничтожным*; *ничтожность имеет место, независимо от срока бы то ни было судебного иска* (против — Кам. касс. жал., 5 мая 1879, S. 79, 1. 313, D. 80, 1. 145, посылит, замечание *Ben-ning*).

Таким образом, фактическое положение, складывавшееся в результате ничтожного акта, может быть до бесконечности под вопросом, а это влечет известную неустойчивость в деловых отношениях. Но классическая доктрина приходит к выводу, что опасность в действительности менее значительна, чем кажется. В самом деле, согласно этому учению могут быть два положения:

а) *Или акт не получил исполнения. В этом случае всегда можно будет иному, имеющему своим основанием ничтожный акт, противопоставить ссылку на ничтожность акта, и его не будет практически неудобно, так как будет сохраниться прежнее положение.*

б) *Или акт исполнен. Тогда сторона, создававшаяся на ничтожность, попытается вернуть предмет своего предоставления, или путем ища о возврате недожного или вindikationным иском. Но иски о возврате недожного погашаются 30-летней давностью (ст. 2262). Ничтожность не покрывается 30-летним давностью сроком, но применительно иск о возврате удачного будет иметь давность.*

Возвратительный иск не будет погашен давностью, потому что *акт сам по себе не уничтожается погасительной давностью. Не только сторона, получившая фактическое владение вещью, может приобрести ее по давности; тогда она против вindikationным иском ссылается на приобретательную давность, что не имеет ничего общего с погасительной давностью ища о признании акта*

ничтожным. И поэтому пришли к заключению, что действительно, от того, что ничтожность не покрывается давностью, практического неудобства.

Неудобство, однако, возникает, если представляется *voluntarischer* иск, а приобретательная давность была для ответчика невозможна. Такой случай может быть вследствие дарения родственности неразрешенному религиозному обществу. *Act Societatis* в этом случае вполне ничтожным, за отсутствием действительности у одаренного; при этом одаренный по той же причине не мог бы приобрести имущество по давности. Даритель мог бы предъявить к нему иск о признании акта ничтожным в течение установленного времени. Камера по рассмотрению касационного ищного, встретив подобное дело, отступила перед таким решением: она применила 30-летнюю давность к иску о признании ничтожности акта (5 мая 1879, цитир. выше). Заметим, что это решение исходило из предположения ища о ничтожности договора, *inliquidationem* абсолютно ничтожным, что находится в противоречии с классической доктриной (Ср. *Wagner, Privatrecht et contrat*, стр. 658 и сл. Ср. с определенным 1879: *Kass.*, 6 апреля 1856, S. 59, 1. 17; Лимог, 22 июля 1873, D. 74, 2. 69).

(2) Если акт может существовать, по прочем, решение будет противоположное. а) Необходимо предъявить иск, так как требуется авторитетный акт, уничтожающий данный акт. б) *Этот иск дается только определенным лицам*, — тем, о защите которых идет речь. в) Возможно подтверждение акта; оно уничтожает его порочность; большой акт исправляется. Точно так же недействительность подложит давности путем молчаливого подтверждения.

II. Критика классического учения. Это учение, простое и увлекательное, вызывает тройного рода возражения.

(1) Оно полагается на двух юридических понятиях, не имеющих объективного значения: а) идея акта-организма распространяется на правовой порядок понятия, которые к нему неприменимы: таковы понятия жизни, смерти, болезни, выздоровления. С этой точки зрения приходит к пониманию ничтожности акта, как его юридического качества, неизбежно влекущего за собой известные атрибуты. Это понятие не имеет под собой реальной почвы.

б) *Разным образом, разграничивая условия существования и силы акта не полагается на четком различии; ряд условий вызывает переход от одних условий к другим.*

(2) Это учение не имеет опоры в текстах *Винтона* или *Либера* или предельных. Несомненно, теория недействительности юридических актов имеет двойное историческое происхождение, но иногда авторы старого права не делали отсюда вндикationным иском общим двузначным делением, отграничивая все вндикationным иском недействительности актов. Нет также указания в этом смысле в подготовительных работах и *Гражданскому кодексу Кам.* в его текстах. Постановленная кодексом *verordening* говорит в отношении

ности, во имя которой можно оспорить, но никто из нас не претендует на универсальность или на исключительные заслуги с точки зрения догматических взглядов, которые хотел с нам сказать по трем основным вопросам, ставшим предметом настоящего курса (см. Drogoul et Jari, *Le droit de l'obligation* в отношении реорганизации).

3) Итого. Эта теория плохо уживается с теориями закона. По закону, это теория порождает только три принципа: а) Вывод от случая абсолютной ничтожности, когда допускается различие: а) наследия, добровольно исполненного дееспособным лицом, не может считаться действительным; б) На ничтожность акта, основанную на неспособности лица, может ссылаться только заинтересованный (теория судимой пристрасти в отношении брачного договора и наследственных дел); в) Обратное, на ничтожность акта, основанную на неспособности сам недееспособный ссылаться не может (случай законного запрещения, но наиболее правдоподобному мнению; случай ст. ст. 1593 и 1597, выше стр. 95).

Итак, классическая теория неприменима ни с точки зрения общих соображений, ни с точки зрения закона. Она не отвечает потребностям практики.

Ввиду неудовлетворительности этой теории, раньше критики предлагали отказаться от всякой классификации и конструкции и предоставить суду решать каждый случай ничтожности в зависимости от обстоятельств (см. Drogoul, *цит. соч.*). Но было невозможно остановиться на этом. Это значило разрушить, по крайней мере, научную основу. Научным отречением ученый отказывался от своей существенной роли, заключавшейся в том, чтобы определить руководящие принципы права.

§ 2. Предложенная система

Наше усилie разрешить этот вопрос приводит к иному Jari, который, вваривая предыдущим критикам, старается построить новую теорию недействительных актов. Не принимая во внимание его изложение, мы присоединимся к его отправной точке и существу его метода.

Этой отправной точкой является абсолютное понятие недействительности. Отбрасывая идею недействительности, как несправедливую и не отвечающую идею акта-организма, рассматриваем недействительность в качестве санкции нарушения принципа закона. Эта санкция состоит в предоставлении определенным лицам права оспаривания акта. Отсюда теория недействительности сводится к теории права оспаривания. Три основных вопроса (допускается ли иск? кому он принадлежит? можно ли оспаривать недействительность?) привели к новой формуле: 1) Как

осуществляется право оспаривания? 2) Кто его субъект? 3) Как и когда оно может прекратиться?

Формулирование таким образом эти три вопроса должно быть решено по существу двумя соображениями: 1) целью недействительности, которая будет выведена из природы нарушенной формы права и необходимости оспаривания; 2) средой, в которой развивается недействительность, или скорее противопоставления в настоящее время интересам, более или менее заслуживающими внимания в соответствии с обстоятельствами. Но эти различия и различия между двумя категориями недействительности. Три основных вопроса, поставленные выше, решаются. Мы должны излучить один за другим, после чего исследуем вопрос в целях определения ответственности в случае недействительности договора.

I. Осуществление права оспаривания. Если этот вопрос представить в его классической форме, то он сводится к следующему: когда дается судебный иск, чтобы осуществить недействительность акта?

Прежде всего, нужно пояснить терминологический вопрос. Иск, направленный на лишение силы востановленного акта, обозначается в законе так как иск о признании акта недействительным (action en nullité), то как иск о расторжении (action en rescision). Существует ли какая-нибудь разница между этими двумя исками?

Старое право различало две категории случаев лишения акта силы: случаи, покончившиеся на ординарах или кутюмах, например, отсутствие разрешения мужа, и случаи, переводимые на римского права, например, несовершеннолетие, убыточность, *сильное повреждение (avisio enormis)*, заблуждение, насилие, обман. В первой категории случаев говорили об action en nullité. Можно было обратиться в трибунал без предварительных формальностей. Иск погашался 30-летней давностью. Во втором случае был иск о расторжении, правила которого отличались от первого. Так как этот иск не был основан на нормах французского происхождения, то считали, что королевский прерогатива временно отменяла предьявление этого иска *à r i a m o (à plano)* в трибунале. Было необходимо, прежде предьявления иска, испросить своего рода королевское разрешение (см. Juri et J. *Le droit de l'obligation*, 1556, слово «Contrat», цитированное Планцолон, т. II, 13-е изд., том. 1272, стр. 477, прим. 1). Это разрешение давалось посредством королевского письма. В конце эпохи старого права разрешение превратилось в чистую формальность, писанная декларация парламентарными канцлерирами без проверки дела за отсутствием права. С другой стороны, новое отличие от иска о признании акта недействительным заключается в том, что этот иск погашался 10-летней давностью.

Эти два различия исчезли. Королевские письма были отменены законом 7-11 сентября 1791 г., а ст. 1301 гражданско-го кодекса применяет и случаи обжалования 10-летнего давности. В этом — один из результатов унификации астриванской пре-

на, которая устраняла основанно прешной противоположности, Гримальиной может устроить тактико оба эти выражения, как взаимные (ср. ст. 1117, в случае порока соглашения).

Итак, старая противоположность искала. Но новые авторы отменили эту противоположность. На техническом языке выражение «иста» означает договор. На техническом языке выражение «иста» означает договор. На техническом языке выражение «иста» означает договор. На техническом языке выражение «иста» означает договор.

Еще вышележе мнение, что иста о признании акта действительности различно от иска о признании акта действительности, как бы ни было, в том, что тот, к кому можно предъявить иста, может его приостановить, предложив денежное вознаграждение, или же, наоборот, может его прекратить, предложив денежное вознаграждение, или же, наоборот, может его прекратить, предложив денежное вознаграждение.

А. Случай, в которых необходим иск о действительности акта.

1. Принцип. Согласно классической теории иск необходим в случаях относительной недействительности, но не в случаях абсолютной ничтожности. В первом случае акт оспорим; во втором — он ничтожен в силу самого закона. Это приводит к тому, что иск о признании акта недействительным допускается только в случаях порока соглашения или недееспособности (ст. ст. 1117 и 1125). В других случаях акт может, в силу закона, считаться несуществующим.

Это решение искусственно. Есть много случаев недействительности, в том числе случаев абсолютной недействительности, но где недействительность может быть допущена только в силу судебного решения. Вальт доти бы акт, недействительный ввиду недействительности его основания; в этом случае недействительность абсолютная. Но допустимо ли, чтобы акт считался несуществующим без судебного решения? Бывают такие документы или акты, которые можно уничтожить только через суд. С чем тогда закон не видит различия между этим актом и актом, совершенным недееспособным лицом, или актом, сфаль-

дующим пороком соглашения. Это хорошо замечает Обри и Ро в своем двухтомном трактате о недействительности фактического акта, если акту не хватает существенного элемента фактического состава, но имеется, тем не менее, внешнее существование (например, был обмен согласных волеизъявлений), требуется судебный иск для того, чтобы эту видимость уничтожить.

Таким образом, мы приходим к необходимости иска, если есть видимость акта (ср. теорию недействительности в области брака, где необходим иск с того момента, как произошло совершение брака). Предъявление иска называется существованием выражения воли.

Но какова природа иска о недействительности акта? Теория, предложенная Жакье, заявляет, что не существует иска о недействительности, отличного от других исков. Право оспаривания осуществляется посредством особого иска. В самом деле, заявить, что акт недействителен, это значит сказать, что он не имеет действительной силы, не вызывает юридических последствий; акт имеет юридическую цену только в силу своего аффекта. Следовательно, добиваться признания недействительности, это не значит осуществлять специальный иск, преследующий характерную для него цель, но просто добиваться силы тех прав, которые данный акт уничтожил бы или уменьшил, если бы он был нормальным. Такова будет форма осуществления права оспаривания, без какого-либо различия между случаями абсолютной и относительной недействительности. Таким образом, когда недееспособное лицо продает недвижимую вещь, а затем желает получить ее обратно после того, как недвижимость передана, оно должно будет предъявить виндикационный иск. Это лицо остается собственником, и следовательно, осуществляет право собственности; точно также недееспособный, простивший долг, будет требовать уплаты долга, который служит гашением ссуженного долга; то же самое — в отношении дарения, недействительного ввиду несоблюдения формы и т. д.

Но это понимание вызывает некоторые возражения.

Оно противоречит истории: иск о признании акта недействительным есть иск самостоятельный, происходящий из римской *restitutio in integrum* (восстановления в первоначальное состояние).

Это понимание другим образом противоречит тексту закона: ст. 1304 предполагает, что существует иск о недействительности, но крайней мере — в специальных случаях, историче они имеют в виду, регулируя погашение по давности.

Наконец, это понимание противоречит практике: когда закон требует осуществления недействительности акта, то делает заключение из того, что недействительность признана судом. Это — исключение заключение, отличное от дальнейших. Даже когда в то же время делается заключение о восстановлении в первоначальное состояние. Иском об обратной передаче недвижимости, передаче

на каковы-либо недостатки в порядке, сначала добавляются признания судом акта действительным, а затем и решение в последовании первоначальной волеизъявления. И так, это не есть обычный гражданско-правовой акт, тут есть две различные части вольной. Желая видеть в этом только процессуальную часть акта, а не самостоятельную волю, Утиновский подвешивает акт (с его точки зрения) только средством для подкрепления вольной. Но это не верно. Если бы акт был чисто волеизъявлением, он был бы чисто вольным; он подкрепил бы процессуальным порядком в вольных актах, с исключительной подсудностью трибунала по месту нахождения недвижимости. Но ст. 131 часть 4 процессуального кодекса доказывает, что здесь имеется и вольная. Тут две подсудности: подсудность трибунала по месту нахождения недвижимости или по месту жительства ответчика. Таким образом, наряду с вольным гражданско-правовым актом другой элемент, который может быть только актом о действительности, личным сам по себе, как направленный на восстановление договора, породившего обязательство.

Итак, следует рассмотреть существование акта о действительности, направленного на то, чтобы издать вольный акт. Для того, чтобы уничтожить договор. Но, с каждой волеизъявлением, этот акт будет применяться также, чем представляется казенная теория: он необходим не только в случае порока волеизъявления и недееспособности, но также во всех случаях абсолютной недействительности в классическом смысле, где акт, по крайней мере, вольность акта, подлежащего уничтожению.

С установленными этих положений, в отношении общего решения нашего первого вопроса, остается специальный случай, трибунальный акт о расторжении: это — случай актов, совершенных несовершеннолетними, случаи, подлежащий старому трибуналу.

2. Сферы применения и актов несовершеннолетних и актов о расторжении и акты о действительности. Здесь мы стоим перед очень трудной контролерией.

По общему правилу, договор, совершенный несовершеннолетним, недействителен в силу одного того, что он совершен от несовершеннолетнего лица (ст. 454). Исключением, сверх того, установленная подсудность для актов для несовершеннолетнего лица совершаемых утврждениями, чтобы акт был действителен в состоянии недееспособности.

Но здесь мы имеем отступление от этого общего принципа в случае несовершеннолетних? В тех случаях, когда акт заключен несовершеннолетним, достаточно ли будет для того, чтобы доказать действительность этого акта, доказать недееспособность или наоборот, промаха, доказать убыточность? Старое

право признавало, что несовершеннолетнему предоставляется право сослаться на недействительность, но как несовершеннолетнему, а как потерпевшему ущерб: minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus (несовершеннолетний восстанавливается не как несовершеннолетний, а как потерпевший ущерб). Это по как несовершеннолетнему, а как потерпевший ущерб.

В настоящее время возникает вопрос при сравнении статей 1305 и 1311. По ст. 1305 акты несовершеннолетних, подлежащие только расторжению ввиду убыточности, а по статье 1311 акты недействительными ввиду недееспособности. По ст. 1311 добавляет, что от несовершеннолетнего не принимается просьба о пересмотре обязательства, подписанного им во время несовершеннолетия, если он одобрял это обязательство по достижении совершеннолетия, вне зависимости от того, является ли это обязательство ничтожным по форме, или же оно дает основание для восстановления (реституции). Ст. 1311 различает, следовательно, две категории актов — ничтожных по форме и подлежащих расторжению.

Следовательно, решение ст. 1305 не имеет такого общего значения, какое ему пытались приписать. Среди актов несовершеннолетних один будет ничтожен по форме, другие — подлежат расторжению ввиду убыточности. Затруднение возникает из того, что закон не указывает сферы применения расторжения акта ввиду его убыточности и признания акта действительным. Тут же вопрос встает в отношении эмпирического несовершеннолетнего, акты которого равным образом предусматриваются ст. 1305.

Начиная с общих чертах организацию этих двух видов недееспособности. Несовершеннолетнего несовершеннолетнего порока общими положениями. Его представляет собой группу, действующую за него (ст. 454). Для некоторых, особенно актах, закон не предусматривает представительства за несовершеннолетнего его обязан: он, кроме того, возлагает на обязанность соблюдать известные формы, как то: получение разрешения семейного совета или утверждение трибунала (ст. ст. 457, 458, 464, 463 и сл.).

Эмпирическим несовершеннолетним является также ограниченная и недееспособная. Есть акты, которые он может совершить один, это — акты управления (ст. 481). Для всех остальных, выходящих за пределы этой ограниченной недееспособности, он нуждается в содействии своего попечителя (ст. 482). Начиная с некоторых важных актов недееспособный содействием попечителя. Необходимо разрешение семейного совета и утверждение трибунала (ст. 483 и 484).

а) О предметных различиях. После этой справки нужно сказать, что три описанных пункта не исключают контролерии:

(1) В отношении актов, по поводу которых закон требует специальных форм, имеет место ничтожность вследствие несоблюдения

линей формы, или форма не соблюдена, независимо от волевого утвора. Таким образом, ожидается ничтожной предвика чеден-уахуади баг разрошенки семидного совета или утверждения три-бунала, барманто, принадлежит ли независимость эмпа-интераманному несовершеннолетнему или неэманципирован-ному, или совершена ли продажа несовершеннолетним одним, или обоим, или эманципированным несовершеннолетним при определенных обстоятельствах.

Он может смиривать эту ничтожность с ничтожностью пла-ту в подобной форме торжественных актов. Форма не имеет здесь такого же характера, как в торжественных актах. Она не является основным элементом акта. Она предписана только для обеспечения защиты интересов недееспособного: это — форма, или бы недееспособная дееспособность. Следовательно, если она не соблюдена, только недееспособное лицо может ссылаться на ее недействительность.

(2) Изберет, бывают акты, которые закон прямо объявляет за недействительными, если они совершены в предписан-ной форме. В этих случаях не может быть речи ни о недействительности, ни о расторжении вследствие убыточности. Акт имеет силу так, как если бы он был совершен лицом совершеннолетним (ст. 1314, отлученные подданностей или раздел имущества; ст. ст. 466 и 480 — раздел; ст. 463 — дарение; ст. 252 — дарение сына).

(3) В специальном случае с эманципированным несовершенно-летним бывают акты, которые он может совершать один. Эти акты не подлежат оспариванию, даже на основании чрезвычайной убыточности. Это вытекает a contrario (по заключению от про-тивоположного) из второй фразы ст. 1305 (ср. ст. 481 и 487, специально несовершеннолетнего за совершеннолетнего, по-скольку для этих актов). Следует, однако, отобо-реть возможность в этих случаях иска об уменьшении цены, предусмотренного ст. 484, ч. 2.

В *Сборнике случаев*. Итак, остается только исследо-вать силу акта, при совершении которых несовершеннолетний может быть представлен другим лицом или действовать содей-ствием другого лица, но так, что никакой из них других формаль-ностей не предписывает. Мы рассмотрим только случаи с несовер-шеннолетним эманципированным; проблема в решении толь-ко касается с тем, можно ли в отношении актов, при которых эманципированный несовершеннолетний должен действовать при содействии или с участием.

Можно представить себе две возможности: или акт совершен совершеннолетним, представляющим интересы несовершеннолетнего, в соответствии с законом, или акт был совершен, вопреки закону, лицом несовершеннолетним.

Первая предположения: акт был совер-шен совершеннолетним. Тогда он по форме правильный. Но мож-

но ли его оспорить ввиду убыточности? Заключая также можно (ср. D'Amato, *Аналитический курс*, т. V, стр. 261-270). Но это мнение теперь можно отвергнуть.

В пользу действительности иска о расторжении привели мно-жество аргументов двух категорий: исторической традиции и дей-ствительности.

В римском праве акт, совершенный несовершеннолетним с auctoritas tutoris, или лицом в возрасте 25 лет с согласия родителей, хотя и имел силу, но мог быть расторгнут ввиду убыточности путем restitutio in integrum (восстановления в первоначальное положение, С. J. II, 24, Si tut. vel. cur. intercessit, 2, 3, 4). Это решение было принято старым правом (Holtz, *Die restitutio in integrum*, т. IV, гл. 6, попр. 22, в его *Lehrbuch*, т. II, стр. 257 и сл.).

Тексты кодекса доказывают как будто сохранили этой тра-диции. Ст. 1305 объявляет подлинными расторжением ввиду убыточности все акты без различия. Таким образом, эта норма охватывает даже акты, совершенные с участием. Это толкование подтверждается бы ст. 1314, которая прямо исключает иск о рас-торжении ввиду убыточности в отношении некоторых актов, дей-ствительных по форме. Следовательно, a contrario она допускает иск иск в отношении всех других актов.

К этому присоединяет аргументы, вытекающие из ст. 2252 гра-жданского кодекса и 481 процессуального кодекса. Ст. 2252 при-останавливает давность в интересах несовершеннолетних. Ст. 481 допускает просьбу о пересмотре решения в интересах несовер-шеннолетних, которые не были эманципированы или иначе. В этих двух случаях, когда опекун не ограждает интересы несо-вершеннолетнего, закон восстанавливает несовершеннолетнего в первоначальное состояние в защиту от избыточности опекуна. Вслед за тем восстановить несовершеннолетнего под влиянием избы-точности ведения дел опекуном. Следовательно, можно допустить вообще, что несовершеннолетний может добиваться расторжения акта опекуна.

Эта система, хотя и хорошо построена, все-таки интересна. В каком деле?

(а) Практически это учение под внешним видом устанавливает за-щиту несовершеннолетнего от злоупотреблений и его выгоды. Вста-вила его предостережения, которые, выступая с несовершенно-летним в деловые отношения, примут все меры предосторож-ности, чтобы избежать опекуна, будут, тем не менее, когда под угрозой иска о расторжении вследствие убыточности акта. Это тем более очевидно, что в этом случае закон не определяет размера убыточности, необходимого для того, чтобы отменить действительность акта. Таким образом, никто не помешает заключить какой-нибудь договор с несовершеннолетним, даже если его представ-ляет другим образом опекуна.

(б) Исторически, конечно, верно, что в принципе старое право

сохранило римское учение, допускавшее *testitudo in integritate*. Но оно было изменено в XVIII столетии в важном пункте: под влиянием практических соображений, каментальных выше, но судьи делают иск о расторжении в интересах кредита несовершеннолетнего, когда акт, совершенный опекуном, был актом управления (*Pothier, Traité de proc. civile, 5-я часть, 4 глава, § ст. 1-я в конце*).

Учение, которое нам предлагают, было бы отступлением назад от этого последнего состояния старого права. В самом деле, допускают расторжение ввиду убыточности всех актов опекуна без различия, следовательно, даже актов управления, фантастически кажутся желали санкционировать учение, против которого уже начали выступать их предшественники. Гораздо более вероятно, что они продолжали начавшееся историческое развитие и распространяли на все вообще акты, совершенные опекуном, решение, принятое Потье для актов управления.

сс) Текстеты показывают, что они это сделали. Когда ст. 1305 дает иск о расторжении по поводу «всех видов соглашений», это не означает necessarily также по поводу соглашений, совершенных опекуном». Есть два других способа объяснить формулу закона. Или закон противопоставляет положению эмансипированного несовершеннолетнего, в пользу которого иск о расторжении был допущен только по поводу соглашений, «выходящих за пределы его дееспособности» — положение немансипированного совершеннолетнего, пораженного общей недееспособностью и все соглашения которого будут подлежать расторжению. Или же закон противопоставляет положению несовершеннолетнего, положение совершеннолетнего. В пользу совершеннолетнего иск о расторжении был допущен только по поводу известных договоров, очень немногочисленных. Для несовершеннолетнего это ограничение не существует: иск может быть допущен по поводу любого угода соглашения.

Итак, ничем не доказавается, что формула ст. 1305 относится ко всем актам, совершенным опекуном. Ее очень хорошо можно видеть, как относящуюся к актам, совершенным одним несовершеннолетним.

Впрочем, можно доказать прямо, что ст. 1305 не имеет в виду акты, совершенные опекуном. Последующие тексты (ст. 1307—1311) очевидно, имеют в виду акты, совершенные несовершеннолетним, а не опекуном. Такое же различие имеет ст. 1304.

Ст. 1314 явно исключает иск о расторжении при известных актах, совершенных правильно. Доплате на этого заключил, что не следует включать все акты, даже правильно совершенные опекуном, подлежат расторжению: по аргументу а contrario в пользу закона. Если он неверен, так как ст. 1314 не дает никакого из общего правила, но специальное примечание обобщает принцип.

вопреки акт, совершенный для малолетнего согласно закону, имеет силу, как если бы он был совершен во время совершеннолетия.

В самом деле мотив, объясняющий ст. 1314, применим и к другим актам, как и к предусмотренным этим текстом. Цель ст. 1314 заключается в том, чтобы обеспечить третью лиц, вступающих в договорные отношения с несовершеннолетним с соблюдением предписаний закона. Это соображение имеет общее значение; оно подходит так же хорошо к актам управления, как и к отчужденным недвижимостям, и даже еще лучше, ибо акты управления — самые частые и самые необходимые.

Если это правило по формулировано в общих выражениях, то это объясняется исторически. На своем последнем этапе старое право отказалось от римского принципа расторжения ввиду *убыточности* в отношении актов управления. Оно сохранило этот принцип для актов распоряжения. Гражданский кодекс, не связываясь в отношении актов управления, по поводу которых не было спора, также говорит только о важнейших видах распоряжения, чтобы и в отношении их также уйти от римского правила и закончить начавшееся развитие.

Относятся ст. 2252 гражданского кодекса к 481 процессуального кодекса. Аргументация по аналогии, которую хотели обосновать на этих текстах, по оправдывается, так как нет никакой аналогии между полномочиями, предусмотренными этими текстами, и теми, которые мы изучаем. В случаях, предусмотренных этими статьями, закон опасается, как бы несовершеннолетний не пострадал от небрежности опекуна; здесь же ничего подобного нет, предполагается, что опекун действовал правильно. Впрочем, если бы эти статьи что-нибудь доказывали, они доказывали бы совсем много; простолюдины давно установили не только в пользу несовершеннолетнего, но также и для лиц, лишенных дееспособности, гражданский иск дается не только в отношении *личных*, но в *государстве, местным общинам и публичных учреждений*. Если же ст. 2252 и 481 делают исключение, что акты, действительным образом совершенные законным представителем несовершеннолетнего, могут быть оспорены ввиду *убыточности*, то предается распространить то же решение на акты, действительным образом совершенные представительными лиц, лишенными дееспособности, государства, общин и публичных учреждений, — *теперь, которую невозможно поддерживать*.

В итоге, акты, совершенные опекуном от имени несовершеннолетнего, в соответствии с законом, — вполне действительны, как если бы они были совершены совершеннолетним: они не подлежат расторжению ввиду *убыточности*.

Решение должно быть идентичное и для актов, совершенных эмансипированным несовершеннолетним, где законная его де-

неименной, в силу чего, когда это содействие требуется законом, и обязанность его исполняет сам же способом.

Второе предположение: Акт был совершен одним несовершеннолетним. Преположить, что никакой специальной формы не требовалось (например, что надо было об этом написать на суде по крайней мере).

Акт недействителен. Но какую санкцию нужно будет применить вследствие недействительности или расторжения акта ввиду убыточности? На первый взгляд вопрос касается лишь наличия практического интереса. Недостаточно ли акт ввиду недействительности или расторжения можно считать убыточным, если фактически будет иметь интерес в отношении акта только, если он терпит ущерб, следовательно, не будет представлять интерес только в том случае, если он потерпит ущерб. Но интерес этот потерпит представляется с двух точек зрения.

а) В отношении доказывания. Если акт недействителен ввиду неспособности, достаточно будет доказать неспособность, чтобы добиться аннулирования акта; доказательство в этом случае очень простое. Если акт только подлежит расторжению, нужно будет доказывать ущерб, а это будет гораздо труднее.

б) Область применения права о признании акта действительным касается также вопроса, чем область применения права о расторжении акта. Это вытекает из двух точек зрения. С одной стороны, если акт недействителен ввиду неспособности, несовершеннолетний доблестного аннулирования даже в том случае, когда ущерб сведется к простому моральному вреду (продажа недвижимости, с которой связаны неизбежно хлопоты и расходы). В самом деле, вообще нельзя считать за случайными причинами, заставляющими несовершеннолетнего совершить акт. Если акт только подлежит расторжению, нужно будет доказать реальный вред. С другой стороны, расторжение ввиду убыточности не допускается, если реальный вред не зависит от договора (ст. 1300). Наоборот, вся о недействительности акта будет применяться даже, если вред возник из случайного факта, наступившего позднее договора (повышение цены проданной вещи).

Итак, представляется большим интересом выбрать чек о недействительности акта ввиду неспособности, так как с ним связана очевидная гарантия более энергичная, чем с актом о расторжении.

После прошедших объяснений и споров решение для нас будет прямо следовать из ст. 1305. Этот текст предусматривает расторжение ввиду убыточности соглашений, заключенных несовершеннолетним. Но мы знаем, что под этим нельзя понимать акт, для совершения которого закон требует специальной формы, которая или вполне действительна или ничтожна за отсутствием формы, не акта, совершенным обычным в пределах своей компетенции, подлинку, силу которых мы признаем. Остается

поставить категорию актов, в области тех, которым для признания здесь. Только в этих актах и можно предполагать ст. 1305. Пусть, для полноты исследования, мы станем различать акт между убыточностью и актом признания только и актом, совершенным одним несовершеннолетним, в то время как их следствием совершение поступит, приставляющему несовершеннолетнего, при этом другая форма не требовалась. Действительно, если предполагать, что это не ранее при исследовании предыдущего курса.

Впрочем, автор, продолжая анализ статьи с Демблем, тем же взглядом, что если, следовательно по сравнению с актом, подлежащим расторжению, указывает вообще, что ст. 1305 применяется к актам, совершенным одним несовершеннолетним. Эти акты были бы недействительны ввиду неспособности. В этом смысле он выделит на две категории аргументов, вытекающих в той же мере возражениями против нашего мнения:

(1) Общее право в области неспособности вытекает из недействительности акта, совершенного несовершеннолетним, независимо от всякой идеи ущерба. Это вытекает из ст. 1125, выражающей общей принцип. Почему ст. 1305 стала бы создавать для несовершеннолетних специальное положение среди несовершеннолетних, в то время как в ст. 1125 ничего не указывает на это намерение?

Но на это возражение можно дать три ответа:

а) Если допускают, что ст. 1305 не применяется в случае, заключенном одним несовершеннолетним, нужно, чтобы сказать для этой статьи какой-нибудь смысл, признать ее и актом, совершенным действительным образом обычным; но мы знаем, что это было невозможно;

б) Ст. 1125 имеет только одну цель — показать, что неспособность не производит абсолютной ничтожности. Эта статья принадлежит в отношении ее, принципам санкции неспособности и специальным положениям, установленным под чеком для каждой категории неспособности (замужья женщина* — ст. 224; децелной дееспособности по суду — ст. 502—504; несовершеннолетней — ст. 1305). «Несовершеннолетний, — говорит ст. 1125, — может оспаривать свои обязательства только в случаях, предусмотренных законом. Эти случаи, добавляет ст. 1305, будут случаи убыточности. Таким образом, ст. 1305, как мы ее понимаем, не противоречит ст. 1125, она ее дополняет.

в) Что касается специального положения, созданного для несовершеннолетнего среди неспособности, то, быть может, можно оправдать противность. Если сказать, что неспособность менее энергична, чем санкция в других случаях неспособности, то это потому, что этот случай недействительности объясняется не тем же способом, как другие случаи. В организации неспособности вынужден женщиной совершить

* Как уже отмечалось выше, статья 12 февраля 1898 г. введена в силу, что и по отношению к признанию дееспособности. — При этом статья 12 февраля 1898 г.

дана власти мировой власти акт, совершенный несовершеннолетним, да-
же если он не убыточен, может нанести удар авторитету суда,
по сути не по убыточности, а по суду поинт-

Выводственность внешнего дееспособности по суду поинт-
... до признания, что акт совершен в состоянии умнопомешатель-
ства. Начиная подобный акт в случае совершения акта несовершенно-
летним, здесь дело идет только о том, чтобы вычитать его от его
собственного поведения разумия или возможности. Но если, посмотрев
на свой возраст, он совершил акт, который сам по себе не при-
надлежит к акту, нельзя более ссылаться на принцип, оправдыва-
ющий защиту несовершеннолетнего. Становится беспомощным
признать этот акт недействительным; это может быть даже вред-
но, ибо, нельзя слишком защитить недееспособных, губит их
судит. С другой стороны, в общем интересе, не следует увеличи-
вать число ищущих о недействительности; мы увидим, в самом деле,
что эти иски могут влечь за собой глубокие потрясения в полномо-
чиях, которые назвали окончательно установленными.

Теперь обратит первый аргумент.
(2) С другой стороны, возражают, что, когда несовершенно-
летний один совершает акт, в котором он должен был быть пред-
ставлен своим опекуном, имеется порок формы, следовательно,
недействительность по тому же основанию, как если бы была упу-
щена специальная формальность, вроде получения разрешения
родного совета или согласия трибунала.

Добавляют, что такое было уже римское решение: акт, со-
вершенный без auctoritas tutoria, был недействителен
между несовершеннолетних существующей формальности. На последнем
этапе развития римского права, лицо моложе 25 лет, совершаю-
щее без согласия curatoris акт, ухудшающий его
положение, могло быть восстановлено в первоначальное состояние
вспрепятству этому акту, причем не было необходимости доказывать
убыточность (C. 1, 11, 21, De i. i. r., 3).

Но трудно ответить на это какое возражение.

а) Нет никакой аналогии между римской auctoritas Tutoris
и современным представительство опекуна на несовершеннолет-
ного. Римский опекун не представляет купила. Акт совершенный
просто auctoritas tutoris есть торжественная и существующая
форма этого акта. Поэтому нельзя сделать никакого заключения
на основании этой системы для современного права.

б) Можно было бы попытаться придать большее значения ре-
шению, относящемуся к лицу, моложе 25 лет. Но это решение бы-
ло вынесено старым французским правом; когда такое лицо со-
вершило один акт, для которого требовалось согласие попечи-
теля, которое было изложено ему опровергать акт, только дона-
ше убыточности акта: Minor revocatur non tanquam minor, sed
tanquam laesus — minor* восстанавливается не потому, что он minor,

* Т. е. поврежденный и до 25 лет. — Вряд ли это пере-
вод.

а лишь поскольку он истеряет умъ (Bochet, Droit Com-
mun de la France, т. VI, раздел VII, гл. 5, статья 3). Это учре-
ждение было абсолютно установленным в эпоху римского. Попро-
бодобно, чтобы редакторы кодекса попытались, без объяснения
этого, перенести и светом Юстиниана, оставивший уже не менее
столетий назад. Истинно, историческая традиция не дает никакого ар-
гумента в пользу необходимости акта за несовершеннолетним формой.

в) Впрочем, исторический кодекс говорит о различных фор-
мах, когда несовершеннолетний один заключает сделку, которая
должна была бы быть совершенна опекуном. Учение описана за
форма, как римская auctoritas. Акт, совершенный одним
несовершеннолетним, совершен не тем лицом, которое должно
было его совершить. Он совершил недействительный договор; но он
не грешит против какой-либо формы. Он не является порочным
со стороны формы. Но мы выше установили, какая санкция дол-
жна быть применена, когда акт совершен недействительным.

В заключение можно сказать, что акт, совершенный
одним несовершеннолетним, в то время
как для того, чтобы иметь силу, он должен
был бы быть совершен опекуном без какой-
либо других формальностей, — подлежит
решительному по причине убыточности,
но не признается недействительным по
одному только основанию недееспособ-
ности.

Решение и обоснование были бы тождественны в для актов,
совершенных эмансипированными несовершеннолетними без
участия попечителя с прекращением границ их дееспособности.

Резюме. Мы можем резюмировать полученные результаты
в следующих формулах:

1) Ничтожным ввиду нарушения формы акты несовершеннолет-
них, или эмансипированных, так и неэмансипированных, когда
для совершения акта предписаны законом специальные формаль-
ности, а эти формальности не были соблюдены.

2) Могут быть оспариваемы ввиду убыточности акты, для
которых закон не требует никакой специальной формы, если эти
акты были совершены неэмансипированным несовершенно-
летним, действовавшим без опекуна, или эмансипированным несо-
вершеннолетним, действовавшим без попечителя и притом с пре-
вышением границ своей дееспособности.

3) Абсолютно действительны: а) акты, совершенные нормаль-
ным порядком опекуном, представляющим несовершеннолетнего
несовершеннолетнего; б) акты, совершенные нормальным поря-
дком эмансипированным несовершеннолетним при участии его
попечителя; в) акты, совершенные эмансипированным несовершен-
нолетним одним, но в пределах его дееспособности.

Замечания. Чтобы закончить этот вопрос, нужно сде-
лать еще три замечания:

(1) Как оценивается ущерб, отрицающий возможность иска в будущем? Когда дело идет о изрешках, закон устанавливает максимальный предел, выше которого ущерб не принимается во внимание. В отношении несовершеннолетних не установлено никакого предела: это — вопрос оценки суда.

Ст. 1324 устанавливает, что ущерб не принимается во внимание, когда он является только следствием случайного и непредвиденного события. Не следует отсюда заключать, что ущерб должен быть связан с самим актом. Достаточно, чтобы вследствие факта совершившего давнего акта несовершеннолетний потерял вред, который можно отнести за счет его неосторожности. Таким образом, ущерб признают в том случае, когда несовершеннолетний, продавая движимую вещь, променяет попутную цену, тогда как раньше было бы другим, если бы дело шло о совершеннолетнем.

(2) Доказательство ущерба ложится на истца по делу о признании акта, следовательно, на несовершеннолетнего.

Истцом было допущено в отношении платежа по ст. 1241. В случае платежа несовершеннолетнему, можно потребовать второй платеж, разве только совершающий платеж (solvens) докажет, что первый платеж пошел на пользу несовершеннолетнему. Здесь доказательство ложит на обязанность ответчика по иску: он должен установить, что ущерба не было.

Это отступление от принципа нельзя объяснить логически и обоснованно. Это — ошибка в толковании одного римского текста, совершенная Потье и перенесенная им в гражданский кодекс. Марциан (D., XLVI, 3, De solut. 47 pr.) решил, что платеж, сделанный несовершеннолетнему sine tutoris auctoritate, был недействителен и что несовершеннолетний мог предъявить иск, чтобы получить новый платеж. Но solvens мог возражать с помощью exceptio doli, доказывая, что первый платеж был обращен в пользу несовершеннолетнего; доказательство в этом случае ложилось на solvens, плательщика. Все это рассуждение возмущает нас, ибо, что акт, совершенный sine tutoris auctoritate, недействителен по существу порока формы. Следовательно, решение должно было бы быть изменено в гражданском кодексе, который допустил другой принцип. Акт, совершенный несовершеннолетним без участия опекуна, не является недействительным по форме; его можно оспорить только потому, что несовершеннолетний бы требовать, чтобы несовершеннолетний доказал solvens, что он не исполнил первого платежа, а истцу нужно было бы освободить от доказательств, которые на него возлагало римское право. Однако, Потье (Общ. зак. 364) отклонил римское решение, не замечая его несоответствия с принципом признания относительно несовершеннолетия, а признавая, что закон без всякой критики его санкционировал. Решение ст. 1241, наоборот, очень логично в отношении другого принципа, иррационального, иррационального (законный

ионияна*, лишенный способности по закону). Применительно к ним санкцией недееспособности является первоначально; плательщику (solvens) нужно доказать, что первый платеж обращен в пользу этих лиц и что второй платеж несовершеннолетнему обогатил бы их (см. Vaïnoir, цит. соч., стр. 691—694).

(3) Может случиться, что несовершеннолетний, являясь истцом в договоре с другой стороной, вступающей с ним в договор, заявляет в акте, что он — совершеннолетний. Будет ли это заявление признано истцом для иска, направленного против этого акта? Ст. 1307 отвечает на этот вопрос отрицательно. Несовершеннолетний не освобождается от своей недееспособности. Если бы закон волею отказался от своей недееспособности, из того статьи о совершеннолетии должно договор неоспоримым, из того статьи о совершеннолетии должно договор неоспоримым, из того статьи должно без участия опекуна, и покровительственные постановления закона были бы сведены к нулю оговоркой, которая превратилась бы в тупую.

Однако, если несовершеннолетний применяет недобросовестные ухищрения, чтобы скрыть свою недееспособность, ст. 1307 не применяется. Она говорит только о простом заявлении, что не исключает преднамеренное заявление; если был обман по стороне несовершеннолетнего, он виновен в долите, и следовательно бы применить не ст. 1307, а ст. 1310, согласно которой несовершеннолетний не может получить восстановления в отношении обязательств, вытекающих из его правонарушений или как бы правонарушений. Итак, несовершеннолетний, виновный в обмане, не сможет возразить против акта ссылкой на его недееспособность.

В. Последствия оспаривания акта. Чтобы обеспечить саму норму права, нарушенной недействительным актом, нужно, чтобы этот акт не имел юридических последствий. В случаях, когда иск о признании акта недействительным не является необходимым, этот результат наступает в силу закона. Если иск о признании недействительности необходим — т. е. в подавляющем большинстве случаев — акт существует, по крайней мере, по внешности. Он производит действие. Следовательно, чтобы добиться цели недействительности, нужно, чтобы действие акта силой действовало не только на будущее время, но и на прошлое, чтобы оно имело обратное действие. В данном случае это не функция; обратное действие оправдывается самой целью признания акта недействительным, как заключающейся в обеспечении законности за нарушенной нормой права.

Это решение не указано в законе, который предлагает действительным один общий текст, недостаточный и полновластный и безусловный. Ст. 1234 упоминает о признании акта недействительным среди способов прекращения обязательства. Это неправильно. Когда обязательство прекращено, например, актом, его предыдущее существование не считается уничтоженным

* См. примечание переводчика на стр. 312.

с обратной силой. Юридические последствия, вытекающие из признания, охраняются. Наоборот, признание договора недействительным не считается, что договор никогда не заключался. Следовательно, все правовые последствия, вытекающие из признания в прошлом, нечестно. Это отчасти частично следствием, которое имеет за собой уничтожение приобретенных преимуществ. Однако опасность иска о признании договора недействительным с точки зрения обеспеченности кредита.

Для обладателя совершенно определенной и фиксированной прав, из-за основного принципа, действующего договор в один и тот же момент и время, устанавливающим обязательства, и титулом для перехода вещей прав. Основа служит, что признание договора недействительным в счет за собой уничтожения не только обязательства, установленных им между сторонами, но также и вещей прав, если он мог установить. Но эти вещи прав могут быть переданы третьим лицам, которые не знают о пороке договора; эти вещи даже исторгнут ущерб вследствие признания договора недействительным.

Однако, мы увидим некоторые отступления от этого строгого принципа, если будем изучать: 1) последствия признания договора недействительным между сторонами и 2) также же последствия в отношении третьих лиц.

4. Последствия для сторон. Когда признание недействительности вступает до исполнения договора, положение очень простое: предъявить иск об исполнении будет нельзя.

Наоборот, положение труднее, когда договор исполнен. Нужно восстановить прежнее состояние, следовательно, вернуть сделанные представления, что влечет за собой расхождение стоимости расчетов между сторонами.

Но здесь возмещаются известные затраты:

a) Когда недееспособный восстанавливается в отношении одного из принятых им на себя обязательств, то ст. 1312 устанавливает, что он не должен возвращать свое обогащение от этого обязательства. Когда, например, недееспособный, получивший по закону плату в 50 000 франков, потративший на нее 15 000 франков, добившись признания акта недействительным, он получает обратно незначительность, но возвращает только обогащение, в данном случае 35 000 франков. Доказательство обогащения падает на ту сторону, которая требует возврата.

b) Реституция, касающаяся плодов и процентов. Принцип реституции легко применяется в той части, которая касается платежей. Но в отношении плодов (доходов) или процентов, полученных до признания акта недействительным, невозможно на принятие иметь возможность возврата. Для возврата устанавливаются расчеты. С другой стороны, плоды и проценты рассматриваются полученным их или доходами; их, вероятно, потребовала их по мере получения; возвращение их

будет для него титолом. Однако, принцип реституции применяется, но с двумя исключениями, иными, а именно, случаи: а) Когда сторона, обладающая реституцией, была добросовестной, применяется ст. 549, которая предполагает этой стороне сохранить плоды, полученные за время пользования вещью.

Простая этого потребовала, что ст. 549 не имеет в виду этого случая (см. Виллог, нит. соч., стр. 846 и сл.). Эта статья предусматривает тот случай, когда предъявляется виндикационный иск к третьему лицу, например, когда и кредитор стал собственником. А здесь другой случай: дело идет о двух лицах, совместно заключивших договор; иск предъявляется виндикационный, а личный — о признании акта недействительным. Но ст. 549 не может быть распространена за пределы того фактического состава, который ею точно предусмотрен, ибо это — ключевой закон, отменяющий общий принцип, в силу которого собственники освобождаются плоды от вещи.

Итак, в случае признания договора недействительным, плоды должны быть возвращены вместе с вещью отчуждателю, который считается никогда не перестававшим быть собственником.

В этих рассуждениях заключается простая уловка: так-когда; случай признания договора недействительным вводит в круг предусмотренных статьей 549. Она касается двух лиц, никогда не заключавших совместно договора, но именно в случае признания договора недействительным стороны считаются никогда не состоявшими в договоре, так как договор утрачивает силу с обратным действием. Ст. 549 предполагает виндикационный иск; но иск о признании договора недействительным производит такое же последствия, как и виндикационный иск, так как он увеличивает титул первоначального права собственности. Различие между виндикационным иском о недействительности договора и виндикационным иском пошито в таком праве, как германское, которое отличает договор от титула перехода права собственности. Французское право смешивает оба титула и рассматривает иск в качестве смешанного (ст. 54 протессуального кодекса). Следовательно, различие не имеет под собой разумного основания и следует допустить, чтобы добросовестная сторона сохранила за собой плоды.

В защиту этого мнения ссылались на ст. 1378, в силу которой, в случае платежа недоленного, кредитор (получивший) добросовестно (добросовестный приобретатель) не должен отвечать за использованное. Исполнение недействительного договора есть платежный платеж недоленного. Следовательно, купив соли времени ст. 1378.

Но было бы неточно ссылаться в данном случае на теорию платежа недоленного. Иск о возврате переданных вещей в силу договора, признания недействительным, не есть простой требование возврата недоленного. Возврат после признания

или действительности основан на том, что следует устранить последствия, произведенные договором, и восстановить, по возможности, прежние условия. Эти идеи абсолютно чужды принципу истребования, обратного педального. Нет никакой аналогии между этими двумя теориями, и не следует здесь ссылаться на ст. 1380. Кроме того, если на нас оказывается, то следовало бы вернуть вещь и отсудить ее, должно возратить вещь, а не ее реальную стоимость. Это невозможно, ибо это противоречило бы самой цели вещи в прежнем состоянии, которая состоит в том, чтобы вернуть вещь в прежнем состоянии.

Итак, можно допустить, что в области возмездных договоров, *исключение, купля-продажа*. Если сделаны взаимные предложения, вещь — с одной стороны, цена — с другой. Покупатель получает вещь, продавец — деньги. Если договор признан недействительным, полная ли вернуть, что принцип взаимного возврата сведен просто и к чему использованного?

Этот вопрос установлен законом в случае расторжения купли-продажи вследствие убитости (ст. 1982). Он действует в области вещи в случае выкуса выкуса, ибо невозможно обязать покупателя вернуть пользование. Взаимо, сдатчик получает полную плату.

Но можно эти двух случаев, невозможно допустить, чтобы пользование обеих сторон компенсировалось в силу закона. Не в других случаях выкупаются под действие общего принципа. Впрочем, чтобы упростить регулирование расчетов, суд может установить, по своему усмотрению, определяя стоимость каждой из сторон, полученных каждой стороной, и просто присудить того, кто получил больше, чем другая сторона, — вернуть разницу. Он должен будет считаться с добросовестностью в той мере, как это определено выше. В этом случае будет удобный закон.

2. Последствия в отношении третьих лиц. Если одна из сторон установила на предмет договора права в пользу третьего лица, а договор признан недействительным, то эта сторона тем самым признается не имевшей прав по договору, а приобретенное от нее права третьего лица падает в силу принципа *bona fidei...* никто не может передать другому прав больше, чем сам имеет (см. пример в ст. 2125). Но здесь такое возможно только

1. Можно распространить решение, данное в ст. 349 в отношении плательщика, на покупателя в отношении покупателя, на продавца с денежной суммой, приобретенной покупателем, вследствие недействительности. Следовательно, если продавец, выкупающий выкупающим, был признан плательщиком, то покупатель, выкупающий выкупающим, должен вернуть сумму, которую он получил в результате этого решения, применив ст. 1378. Действие ст. 1378 не на ст. 349.

а) Третье лицо может приобрести право по договору, или, если дело идет о движимой вещи, — права чужды и ст. 2129. В обоих случаях на него не распространяются последствия признания договора недействительным.

б) Издание более общего характера касается различия между правами, приобретенными третьим лицом в силу акта распоряжения, и правами, вытекающими из акта управления. В первом случае применяются общие принципы. Во втором случае, наоборот, допустимо, что акт управления сохраняет значение, несмотря на декларацию. Принцип сохранения актов управления (например, противоречия *ввиду выкуса*) в пользу третьих лиц не вытекает из общего закона. Но он подтвержден законом в некоторых частных случаях (ст. 695 для usufruct, 1673 — для договоров выкуса выкуса, заключенных покупателем, противоречия выкуса выкуса с оговоркой о праве обратной покупки). Эти статьи имеют целью обеспечить третьих лиц, чтобы обеспечить акты управления, которые, хотя и не имеют большой ценности, но в то же время имеют большое значение, то следует включить, что этот закон имеет общее значение, то следует включить, что ст. 695 и 1673 являются только частными приложениями общего принципа права, сохраненного в пользу третьих лиц в силу акта управления, даже совершенные недействительным (а не *bona fide*). Этот принцип применяется в данном случае.

Следовательно, принцип будет применяться только в отношении расторжения актов, совершенных в пользу третьего лица, не приобретенного права по договору; в этом случае недействительность будет иметь обратное действие против третьего лица, но будет необходимо привлечь его и делу и процессу признания договора недействительным.

в) Однако, здесь представляется, в частности, трудный случай, который приводит к закону излучению из принципа. Предположим, что право было передано третьему лицу стороной, которая предполагает иск о недействительности. *Первый продавец Второму выкупающему*. На договор был порочный выкуп выкупающей покупателем. Этот последний в свою очередь продает эту выкупающую Третьему до обнаружения своего выкупающего (в противном случае, как мы увидим, в этом можно видеть молчаливое подтверждение). Затем, обнаружив выкупающего, он предлагает иск о признании договора недействительным. Если он добьется признания недействительности первой купли-продажи, потеряет ли выкупающий Третий?

Это было бы недопустимо. В самом деле, известно бы, что Третий является владельцем вследствие действия своего продавца. Но продавец обязан предоставить гарантию, а кто должен гарантировать обладание вещью, не может гарантировать. Следовательно, Третий сохранит владение.

Но тогда возникает большое затруднение. Второй не может

вернуть вещь Первому. Невозможно восстановить состояние, существовавшее до договора.

На этого хотели сделать заключением, что в нашем случае иск о недействительности договора невозможен, так как правильно что должен гарантировать и т. д.) препятствует постановлению правильного состояния вещей. Но это также недопустимо: иск о недействительности, принадлежащий Второму, может быть утрачен только подтверждением или приобретением по давности; во всем остальном ни того, ни другого. Следовательно, Второй сохранил свой иск о недействительности договора и может его предъявить.

Следовательно, необходимо соединить эти две идеи: сохранение качества договора в пользу Второго и сохранение права собственности в пользу Третьего. Единственное средство — аукцион: Третий останется собственником, продавец вернет покупную цену; покупатель, не имеющий возможности вернуть ему вещь, вернет ему ее стоимость в деньгах. Оба долга будут зачтены, а продавец уплатит только излишек цены по сравнению со стоимостью вещи. Другими словами, покупатель, вместо возвращения вещи в натуре, вернет ее в той форме, что получит меньше.

Итак, если распорядительный акт был совершен тем, кто утверждает иск о недействительности договора, право третьего лица сохраняется в силу принципа гарантии.

Хотели присоединить еще четвертое изъятие из принципа, утверждая, что признание договора недействительным по причине обмена никогда не может действовать против третьих приобретателей. Но мы уже опровергли это мнение выше (стр. 84—85).

В итоге, в отношении третьих лиц признание договора недействительным уничтожает распорядительные акты, совершенные сторонами, против которых получено такое решение. В отношении этих актов, самими же, впоследствии признания недействительности не наступают, если третье лицо защищено приобретательной давностью или ст. 2273 гражданского кодекса.

Ограниченное таким образом действие признания договора недействительным в отношении третьих лиц остается важным и очень опасным. Для третьих лиц представляло бы большой интерес знать об основаниях недействительности. Но французский закон не предусматривает в этом отношении достаточной публичности.

Итак, основным распоряжением, относящимся к публичности признания сделки недействительной, содержится в ст. 4 закона 23 января 1835 г., организующего публичность решений о расторжении признания недействительности или отмене, следовательно, только в отношении обжалованного судом признания недействительности, но не в отношении основания возможного признания

недействительности. Достигается эта публичность отнюдь не в полных актах, признания недействительным, в распоряжении. Следовательно, она принадлежит только и исключительно публичным актам, подписанным самим согласно статьям 4 и 2 иными (видоизмененным и дополненным указом — законом 30 октября 1835 г.). С другой стороны, санкция этих распоряжений исполняет: на судебном решении о признании договора недействительным, не записанном в книгу, можно сослаться против третьих лиц, оно только стирает возможность наложения штрафа в 100 франков на неаккуратность адвоката.

II. Активные и пассивные субъекты права оспаривания. Недействительность оказалась для нас санкцией нарушения нормы права. Теперь рассмотрим, кто может сослаться на это нарушение и против кого можно на это сослаться.

A. Активные субъекты. Определяя истца по делу о признании недействительности, классическая доктрина опять повторяет проводимое ею различие: 1) если иск представляет чистый нуль, то всякий заинтересованный может сослаться на недействительность: она абсолютна; 2) если иск поражен простым пороком, ссылка на недействительность возможна только для определенных лиц: она относительна.

Мы сохраняем аналогичное различие, но построим его на другой идее, а именно на идее цели нормы права, которая не была соблюдена. Нормы права бывают в общем интересе и в частном интересе. Если нарушенная норма была в общем интересе, то всякий заинтересованный может сослаться на ее нарушение и добиваться признания недействительности акта: мы можем говорить здесь об абсолютной недействительности. Если нарушенная норма была в частном интересе, право спора против акта будет признано за теми, для кого норма установлена; недействительность — относительна.

Но аналогия обеих теорий на этом не кончается; в самом деле, прежде всего, в каждой из обеих категорий круг лиц, обладающих правом заявить спор, более или менее широк, смотря по особому характеру нарушенной нормы. Больше того, в каждом случае недействительности различна борьба интересов: признает, кто заинтересован в действительности, стоит заинтересованный в сохранении акта в силе; признает по преимуществу среди тех, кто обладает им.

Рассмотрим, пользуясь на два замечания, две основные категории недействительности.

I. Недействительность, служащая общим интересом. В принципе по такому виду недействительности могут сослаться все, но закон хотел ограничить. Но санкция этого вида более или менее широка.

a) В наиболее широкой мере он применяется в отношении случаев недействительности чистого нуля, при которой

право оспаривания ограничивается одним единственным лицом и не может быть осуществлено кредитором в силу ст. 4163. Тем не менее тот же самый выкуп, посредством которого наследник оспаривает процесс наследственного права, совершаемый сособственным третьему лицу или недействительности договора, совершаемого между несовершеннолетним и опекуном в нарушение ст. 412. Таким образом, действительность совсем исключительная, она осуществляется либо в пользу или, скорее, в интересах привилегированного лица.

3) Число сторон недействительности, допускаемой в пользу одного лица, но без строго личного характера; здесь сослаться на недействительность может сам инициатор это право, его наследники, кредиторы и даже сингулярные правопреемники, если они в том заинтересованы (мы встретимся с этим случаем по поводу ст. 4338). Этот случай наиболее частый; таков, например, случай порочной сделки.

4) Право сослаться на недействительность может быть дано нескольким лицам на разных основаниях. В некоторых случаях недействительности право оспаривания принадлежит не только недееспособному, но и еще определенным лицам, чаще всего представителю недееспособного, — что юридически не представляет ничего особенного, — но иногда также другим лицам, помимо представителя: судному совету над ратифицированным, непечально эмансипированного несовершеннолетнего, мужу жены, не взявшей разрешения на совершение сделки, заключенному, у которого не спросили согласия на брак несовершеннолетнего.

5) Форма недействительности может быть сделана несколькими лицами на одном и том же основании, когда нарушение норм права затронуло одновременно права нескольких лиц или интересов лиц, которых право касается по тем же основаниям: оспаривание переписки, потерпевшие ущерб в размере более 1/2 оспариваемой в договоре между супругами вещи ст. 4495.

6) Наконец, можно отметить, в качестве правые исключительности случаи, относительную недействительность общего для всех характера. Это — недействительность, установленная на основе идеи защиты, не столько, однако, может сослаться всякий заинтересованный, как будто это абсолютная недействительность. Какое, будто дело, в отношении между целью недействительности и ее регламентацией. Но это объясняется признанием во внимание среда. В тех случаях, когда сослаться на недействительность предоставляет одному лицу, это лицо должно в силу рунка суду или в силу права, с ним связанного. Третья лица не имеют никакого средства возбудить это дело против решения. Это очень исключительное, если оспариваемый акт затрагивает многочисленные и различные интересы. В этих случаях закон и судьям при-

тика иногда предоставляет каждому заинтересованному лицу право оспаривания, чтобы достичь неопределенности. Так, раздел, произведенный вступлением, при условии обмена имущества, может быть оспорен каждым. Равным образом, на действительность брачного договора может быть оспорена действительность брачного договора, как и в случае недействительности. Эти решения в сточии аренах являются основой документа, который...

2. Недействительность. Как следствие норм, установленных в общественном интересе. Здесь каждый заинтересованный может и должен осуществить право спора, ввиду цели недействительности. Он осуществляет право спора в силу собственного права, в отличие от правопреемника, который ссылается на недействительность от лица своего правопреемника. По значению этих формул в отдельных случаях различно. Здесь следует различать:

а) Недействительность по соображениям общественного порядка. Если нарушенная норма представляла вышший социальный интерес или интерес публичной морали, что определяется на основании общепринятых взглядов (например, продажа предметов контрабанды), список лиц, имеющих право оспаривания, достигает максимального расширения. Он охватывает не только всех заинтересованных частных лиц, но и государственного прокурора, общественного представителя и судью, имеющих право выносить такого рода постановления по должности. Несомненно, государственный прокурор может внять инициативу предъявления иска (ст. 46 закона 20 апреля 1819 г.), а судья начать дело по должности. Но если дело в суде начато сторонами, государственный прокурор может дать заключение о недействительности, а суд признать недействительность ex officio, хотя бы заинтересованные лица и не делали заявления в этом смысле.

б) Случай естественной недействительности предполагает отсутствие существенного элемента дела, но без нарушения этим публичного порядка (например, возможность предмета сделки). Круг инициаторов права на оспаривание тогда более ограниченный; он охватывает всех заинтересованных частных лиц, но не государственного прокурора, и не суд, устанавливающий решение ex officio (в силу закона); общество в этих случаях не заинтересовано.

в) Случай недействительности ввиду общего частного интереса затрагивает тогда вышший общественный интерес по затрагиваемому, но в частные лица заинтересованы, как индивидуумы, в смысле нарушенных норм; так обстоит дело при неоплаченных безделье части форм, требуемых ad solennitatem (для торжественности), например, в области шлоцкого права.

Что касается осуществленной права оспаривания, то законные лица то же самое, как и в предыдущей категории, но также

собственного права ни государственный прокурор, ни суд, но имеет такое право любое заинтересованное частное лицо.

б) Случаи недействительности штрафов характера устанавливаются по титулу штрафа для частного лица, например, для лица, находящегося под законным надзором.

Это совсем особенное положение невозможно регулировать на основе классической доктрины. Недействительность тут в принципе абсолютная, но из списка лиц, имеющих право начать дело о недействительности, нужно исключить того, против кого установлена штрафная санкция. Это — недействительность относительная в обратном смысле. Суд и государственный прокурор могут по доказности провести признание акта недействительным.

В. Пассивные субъекты. Против кого можно осуществлять право оспаривания?

По классической теории этого вопроса нет. На недействительность, с того момента, как на нее сослался имеющий право, можно ссылаться против всех вообще. Действительно, одно из двух: или акт не существует, и нуль есть нуль для всех; или есть оспариваемый акт, и тогда оспаривание обосновывается качеством акта, который существует, как акт сам по себе, в отношении всех. Следовательно, не признает ограничения с пассивной стороны субъектов права оспаривания. Это находится в связи с основной концепцией, делающей из недействительности объективное качество акта. Раз такое свойство акта выявляется, оно выявляется против всякого, кто заявляет желание воспользоваться недействительным актом.

Наоборот, при нашем понимании может явиться вопрос. Силы этой теории, и недействительности приходит посредством права оспаривания. Но подобно тому, как бывают лица, которые не могут в некоторых случаях осуществлять это право, так же бывают лица, против которых нельзя осуществлять оспаривание даже лицу, имеющему нормальное право.

Эти исключительные случаи объясняются принятием во внимание среды. Бывают случаи, когда положение лица, заинтересованного в сохранении актом силы, кажется более достойным защиты по сравнению с лицом, заинтересованным в недействительности акта и имеющим в принципе право требовать признания недействительности. В этом случае право оспаривания отпадает.

Зарубец различает по этому поводу две категории случаев:

1. Ограничения, основанные на личном положении заинтересованных лиц.

а) Бывают некоторые положения, создаваемые недействительным актом, которые по видимости представляются настолько правильными, что все третьи лица могли принимать их в расчет с полной уверенностью; тогда в интересах кредита необходимо не делать или о недействительности против третьего добросовест-

ного лица (см., например, точку зрения судебной практики в том, что является актом мнимого последования).

б) В случаях, когда на субъекте права оспаривания лежит ответственность за недействительность, он не сможет осуществлять право оспаривания против тех, кто не несет за это ответственности; так, на недействительность торговых товариществ между невозможности требований публичности товарищи не могут ссылаться против третьих лиц. В силу этой же идеи на недействительность акта вследствие обмана, согласно нашей точке зрения, стороны по договору не может сослаться, если обман исходит от третьего лица. Потерпевший от обмана третьего лица несет частично ответственность за обман, а именно, отвечает за недостаток блаженности.

2. Ограничения, основанные на природе последствий акта. В принципе недействительность акта влечет за собой недействительность его последствий. Но если эти последствия не прямые, или если имеются специальные юридические соображения за их сохранение, можно будет признать, что право оспаривания неприменимо в отношении этих последствий. Так допустили отмену легата продажей отказанной вещи, совершенной позднее завещания, хотя бы продажа была недействительна; ибо, несмотря на недействительность, продажа обнаружилась у завещателя намерение, достаточное для отмены легата. Равным образом на брак, недействительный ввиду сумасшествия одного из супругов, можно сослаться в доказательство происхождения детей, рожденных от этого брака; эти дети не являются законными, но их происхождение можно доказывать способами, установленными для детей, рожденных в браке.

III. Прекращение права оспаривания. Право оспаривания, входящее в состав имущества, может прекратиться двумя способами: 1) добровольным отказом субъекта этого права, или подтверждением, 2) истечением срока давности.

А. Подтверждение. Возможность подтверждения есть следствие самого понятия права оспаривания. Это право входит в состав имущества известных лиц. Следовательно, эти лица могут отказаться от использования этого права, без каких-либо ограничений, кроме imaginable потребностями публичного порядка; если недействительный акт противоречит публичному порядку или другим правам, отказ от права оспаривания будет страдать тем же пороком.

По классической теории возможность подтверждения ограничивается случаями относительной недействительности. «Вещь не может получить существование. При иной точке зрения это ограничение необязательно. Раз существует право оспаривания, может иметь место подтверждение акта, хотя бы недействительность была абсолютная. Но это право понимается, конечно, так, что отказ лица может прекратить только его собственное право оспаривания, а не право другого лица. Следовательно, подтвер-

какие акты освобождают его от последствий недееспособности
вещи, в случае абсолютной недееспособности только при
решении, если подтверждение исходит от всех субъектов права
владения. Фактически это никогда не осуществляется, и в
таких случаях можно сказать, что акт, абсолютно недееспособный,
не может быть полностью подтвержден.

Нам нужно будет рассмотреть здесь: а) юридическую при-
роду подтверждения; б) его условия; в) его последствия. Ст. 1338 —
единственная общая статья по этому вопросу. Нужно и ей при-
менить для специальных случаев статьи 1315 (наказано) и
1311 (несовершеннолетие).

а) Юридическая природа. Подтверждение есть
связь от возможности оспорить акт. Это влечет за собой два след-
ствия:

(1) Подтверждение есть односторонний
акт. Оно — не договорной природы, не требуется, чтобы оно
было принято. Достаточно одной воли. Акт, которым подтвер-
ждается договор, может быть составлен в единственном экземпляре,
хотя бы подтверждаемый договор был сингаллаграмматическим.
Ст. 1338 здесь не применяется.

(2) Подтверждение не есть исправле-
ние договора. Оно представляет три отличия от него:
а) Исправление договора предполагает новое соглашение воли,
предложение и принятие. Допустим, например, что дарение не-
действительно ввиду несоблюдения формы; даритель может его
исправить, но нужно новое принятие со стороны одаренного. На-
оборот, продажа, подлежащая оспариванию вследствие порока
согласия продавца, может быть подтверждена продавцом без
принятия со стороны покупателя. Судьба договора абсолютно
в руках продавца.

б) После подтверждения юридическая связь, соединяющая
сторону, уступающую, не сама подтверждающим, но под-
твержденным договором, который она является получившим силу.
Наоборот, в случае исправления договора юридическое отноше-
ние детуруется по времени исправления. В этом есть практиче-
ский интерес в случае получения за время до подтверждения или
исправления плодов от вещи, составленной предмет договора.
В случае подтверждения сторона, получившая проценты или пло-
ды, сохраняет их за собой, независимо от оспаривания догово-
ра. В случае исправления акта, проценты и доходы должны
будут в принципе подлежать возврату, как полученные без об-
язанности. Если же хотят, чтобы сторона их сохраняла, нужно бу-
дет оговориться об этом в акте посредством дополнительной
оговорки в новом договоре. Это в особенности важно, если дого-
вор был дарением. Предмет нового дарения охватит всю стоимость
исправленного и просуществовавший период, и нужно будет учесть это
обстоятельство, чтобы иметь, во всяком случае, новое дарение де-

подлежащую свободному распоряжению, или чтобы применить
сокращение, предусмотренное ст. 923.

в) Если договор порождает право, которое должно быть у-
становлено публично для того, чтобы на него можно было рассчиты-
вать против третьих лиц, в случае исправления новый договор
нужно будет совершить публично. В случае подтверждения
публичность не требуется; достаточно, чтобы старый договор был
совершен публично. Это решение очень логично, во имя упрощения
практические неудобства.

Характер подтверждения, в противоположность исправле-
нию, резюмируется одним словом: подтверждение не порождает
нового юридического акта. Оно есть только отмена от права оспаривания
старого акта. *Confirmatio nihil dat novi* —
подтверждение не дает ничего нового.

Нужно различать подтверждение от акта подтверждения. Акт
подтверждения есть только способ доказательства подтверждения,
instrumentum probationis, в противоположность
negotium iuris, юридической сделке. Закон сме-
шал в ст. 1338 обе эти вещи, вследствие чего — известная неясность
в его редакции.

Разным образом нужно различать подтверждение и призна-
ние. Признание применяется к предыдущему юридическому
акту, который может давать повод для спора ввиду недоста-
точности доказательства. Сторона, против которой представ-
ляется акт, его признает, т. е. признает его существование. Это
не заключает в себе отказа от права сослаться на недееспособность.
Признание доказывается актом признания, который проти-
вопоставляется акту подтверждения.

Наконец, нужно различать подтверждение и одобрение, хотя
закон смешивает оба термина в статьях 1338 и 1311. Одобрение
proptio sensu (в собственном смысле) не имеет никакого
отношения к подтверждению. Предположим юридический акт,
совершенный лицом с превышением своих полномочий, в инте-
ресе другого лица. Акт в принципе не обязательен для заинте-
ресованного лица, которое в нем не участвовало; но это лицо
может с ним согласиться; тогда все пойдет так, как если бы акт был
совершен самим заинтересованным или его уполномоченным. Этот
акт есть в действительности чужий акт, а согласие есть одобрение.

б) Условия подтверждения. Требуется три
основных условия:

(1) Подтверждение должно исходить от лица, ко-
торое могло сослаться на недееспособность.
Это вытекает из самого определения: связь от права
оспаривания может исходить только от субъекта этого права.

(2) Нужно, чтобы подтверждение было свободным от
порока, который делал оспаривание дей-
ствительным договором. В противном случае под-
тверждение имело бы не больше силы, чем сам договор.

Из этого принципа можно вывести два следствия:
а) Если договор оспорен вследствие порока соглашения, подтверждение может иметь место только после того, как порок отменен. Это прямо сказано в отношении искипии в ст. 1445 и подтверждается в ст. 1338 в отношении других пороков (см. ч. 1, в конце).

Затруднения представляют случай убыточности. Желая признать принцип, по которому ущерб должен быть устранен или возмещен, чтобы было возможно подтверждение, решили, что потерпевший от убыточности договора может подтвердить договор с юридической силой только после получения возмещения ущерба, которое устраняет вред или сводит его к такому размеру, с которым закон не считается. Это именно приводит к уравниванию и безразличию случаев подтверждения в случае убыточности, ибо мы знаем, что в двух наиболее важных случаях — разделе и прокламе закон признает силу о расторжении приостановленным в случае предложения возмещения ущерба потерпевшему (ст. 891 и 1681). Следовательно, во крайней мере, в этих двух случаях возмещение ущерба одновременно с отрыванием является необходимым для подтверждения договора делает его ненужным, так как тем о расторжении становится невозможным.

Но эта теория представляет неправильное применение принципа. Почему ущерб в известных случаях является основанием оспаривания? Или — потому, что он составляет предположение порока соглашения (продажа), или — потому, что он противоречит данному законом принципу равенства сторон (раздел). В первом случае несообразность предоставления сама по себе опровергает договор, здесь презюмируется порок соглашения. Следовательно, подтверждение может наступить и без того, чтобы возмещение ущерба устранило несообразности. Достаточно, чтобы были такие обстоятельства, при которых искипа более выгодно, чем порок соглашения, на заблуждение, на моральное принуждение. Во втором случае закон признает ущерб в качестве основания для оспаривания, потому что *ждет равенства* между сторонами. Но закон не делает из равенства нормы публичного порядка, которую стороны не могут отменить. Если один из участников раздела не может подтвердить раздел, который причиняет ему ущерб, без возмещения вреда, это просто означает, что это лицо имеет в виду отказаться от того принципа равенства, которым закон позволил ему воспользоваться. Этот отказ является дозволенным. Следовательно, подтверждение возможно без возмещения вреда.

В этом смысле можно получить аргумент в ст. 1311, которая указывает условия подтверждения убыточного акта, совершенного до прек. несовершеннолетнему, но содержит указания, что подтверждение зависит от возмещения вреда.

б) Если договор может быть оспорен вследствие недееспособности, он может быть подтвержден или несовершеннолетним, достигшим

тем образом признанным дееспособным или представителем, либо одним только вторым актом, но тогда, когда недееспособность прекратилась. (ст. 1314).

(3) Требуется, чтобы подтверждение было совершено с *знанием* оснований, т. е., что подтверждающая сторона должна знать порок и иметь намерение его исправить. Это содержится в ст. 1338, требующей упоминания об этих двух обстоятельствах в акте подтверждения.

Наряду с этими тремя условиями по существу не ставятся никаких требований в смысле формы. Ст. 1338, ч. 1 может в этом отношении ввести в заблуждение. Она предписывает известие указания в акте о подтверждении. Но эти предписания касаются только акта, рассматриваемого как средство доказательства. Нарушение этих предписаний может лишить акту доказательную силу акта, а не на силу самого подтверждения.

Из этого отсутствия формализма вытекает следствие подтверждения может быть молчаливым. Его можно вывести, при отсутствии всякого прямого заявления, из актов стороны, имеющих право на подтверждение. Но нужно будет, чтобы эти акты содержали в себе указанные выше условия по существу.

Сам закон предусматривает случай молчаливого подтверждения в ст. 1338, ч. 2: *«При отсутствии акта о подтверждении или об утверждении достаточно, чтобы обязательно было исполнено добровольно по источнику ирремии, в течение которого обязательство могло быть действительным образом подтверждено или утверждено»*. Этот закон вводит подтверждение посредством добровольного исполнения договора, т. е. совершенного свободно и со *знанием* оснований. Для применения законной презумпции нет необходимости в том, чтобы исполнение было полное; достаточно частичного исполнения, например, частичного платежа долга, о котором анали, что он может быть оспорен ввиду порока соглашения. Нельзя было бы в этом случае в отношении *остаточной* части долга сослаться на действительность.

Постановление ст. 1338 не является ограничительным. Молчаливое подтверждение можно вывести и из других актов, имеющих добровольного исполнения, не предусмотренных законом. Так, исполнение вещи, составляющей предмет оспоримого договора, совершенное при *знании* оснований лицом, имевшим право иска и признания недействительности, может иметь силу молчаливого подтверждения (применение в случае раздела в ст. 892). Равным образом, если покупатель недействительности договора, совершено *имеет* равноправное *подлинностью*, часть дома сносит, перестраивает и др., можно будет из этих фактов заключить о молчаливом отказе от иска о признании договора недействительным, ибо покупатель сознательно делает для себя невозможным восстановление *status quo ante* (прежнего положения).

На этой границе между этими случаями подложного под-
тверждения и случаев, вроде оговоренных в ст. 1338, ч. 2. В случае
подложного, совершенного в условиях, указанных в этой статье,
лицо, исполнившее предумишную волю совершить сделку. Сделка
действительна, так, что подлежит на подтверждение, но должной пред-
метности и надлежащего доказательства такой воли; далее было бы
нужно доказать иррациональное доказательство (ст. 1352). В слу-
чае же, предусмотренном текстом ст. 1338, нет законной пре-
суппозиции, которую будет право доказывать, что факты, на ко-
торых основана оспора, заключают в себе волю подтвердить
сделку, причем возможно будет и противоположное доказа-
тельство.

Доказательство подтвержденной совер-
шенной в принципе по общим правилам. Однако закон устанавли-
вает известные правила составления актов о подтверждении. Он
требует трех указанных: существа подтверждаемого обязатель-
ства, указания основания недействительности, выражения наме-
рения исправить порок (ст. 1338, ч. 1). При отсутствии одного из
этих элементов, акт о подтверждении не является достаточным до-
казательством подтверждения. Но само подтверждение имеет
силу. Следовательно, его можно доказывать всякими другими
способами — свидетельскими показаниями, если интерес спора
не превышает 500 франков, признанием, присягой. Неправильный
акт подтверждения может даже служить началом письмен-
ного доказательства (ст. 1347).

б) **Последствия подтверждения.** С этого мо-
мента в отношении недействительного договора нельзя более
возникать право оспаривания. Все происходит так, как если
бы права оспаривания не было с самого начала, а *in initio*.
Это выражено иногда словами, что подтверждение имеет обратное
действие. Нужно избегать вводить сюда понятие обратного дей-
ствия — бесподобную фантасию; здесь имеет место просто за-
крепление существовавшего ранее положения.

Это действие подтверждения указано в ст. 1338, ч. 3, по
тексту закона делает оговорку о правах третьих лиц. Что нужно
понимать под этим?

Пример: Недееспособный продал недвижимость.
Сделка недействительна. Если дееспособный, он вновь продает
ее на независимость другому лицу. Затем он заявляет, что под-
тверждает первую сделку. Если применить общий принцип,
нужно было бы решить, что первая сделка действительна, сле-
довательно, что вторая сделка не имеет силы и второй поку-
патель не имеет права.

Таким образом, подтверждение действовало бы против второ-
го покупателя. Нога же результата и хотел избежать закон. Счи-
тается, что вступающий в договор со стороны, которая имеет право
оспорить на недействительность, второй покупатель приобретает
не действительное право сослаться на эту недействительность.

Его продавец не может отнять у него это право по результату
подтверждения договора.

Это объяснение позволяет нам определить значение оговорки,
установленной в конце ст. 1338. Третье лицо это та сторона,
которая приобрела на вещь — предмет договора — от стороны, совер-
шившей прелег и о недействительности, права, которые были бы
нарушены подтверждением.

Наоборот, распоряжение закона неприменимо, если право
было установлено стороной, которая не могла сослаться на не-
действительность. Действительно, третье лицо в этом случае не
могло приобрести собственного права сослаться на недействитель-
ность, потому что его продавец сам не имеет такого права.
Недееспособный покупатель недееспособности. Продавец, указывая
недействительность договора, вторично продает недвижимость
третьему лицу. Вместо того, чтобы предъявить иск о недействитель-
ности договора, недееспособный подтверждает его. Под-
тверждение будет иметь силу против второго покупателя, потому
что его права — производные от продавца, а акт продавца не
может уничтожить подтверждение, принадлежащего первому по-
купателю.

Желаем еще ограничить значение этой оговорки о праве треть-
его лица, различая среди случаев, в которых право третьего
лица возникает на основании права стороны, которая может
подтвердить недействительный акт, — такие случаи, когда это пра-
во юридически несовместимо с правом, вытекающим из подтвер-
жденного договора, и другие случаи, — когда сочетание обоих прав
возможно. Приведем пример для первого случая: оспариваемый акт
есть продажа; акт, совершенный в интересах третьего лица, та-
коже продажа; обе сделки несовместимы. Точно так же, если вто-
рой акт — установление ипотеки или сервитута. Предположим,
наоборот, другой случай, когда оспариваемый акт — установление
ипотеки, а акт в интересах третьего лица, — продажа или уста-
новление второй ипотеки. Здесь понятно, что оба акта сохра-
няют силу один наряду с другим; можно продать недвижимость
после установления ипотеки, или можно установить вторую ипо-
теку.

Исходя из этого различия, говорили, что в случае, когда два
последовательных установленных права несовместимы, требование
ст. 1338 применяется. Если сочетание этих двух прав возможно,
требование ст. 1338 не применяется. Подтверждение сохраняет
свое полное действие в отношении третьего лица, которое должно
будет подтвердить последующий подтвержденный договор,
если третье лицо купило недвижимость, на него зарегистрирована
действие подтверждения ипотеки; если третье лицо купило — ипо-
течный кредитор, оно будет поставлено по ряду первоначальных
лиц (см. О б р и н Р о, 5-е изд., т. IV, § 428, текст и прим. 23,
и т. III, § 266, текст и прим. 31).

Как оправдать это различие решений? Если оба права действ-

система, следует предположить, что, устанавливая второе право, закон признал право требовать признания сделки действительной, следовательно обладал не подтверждением, а в противном случае из стороны было бы недобросовестной или совершено бы незаконный акт. Если, наоборот, согласие обоих продавцов было бы незаконным, если предположить, что устанавливая второе право, субъект права в действительности сохранил из себя возможность подтверждения акта сделки. Следовательно, презумпция отказа от права подтверждения не применяется. Что касается третьего лица, то оно не может возражать: оно знало об оспаривании и могло доказать его подтверждением.

Следует отметить эти детали случаев. Даже если право, вытекающее из оспариваемого договора, можно владчески сочетать с правом третьего лица, подтверждение не будет иметь значения права него. Действительно, почему на третье лицо не распространяется по ст. 1338 последняя подтвержденная? Это зависит не потому, что его праводатель считается добровольно отказавшимся в его интересах от права подтверждения. Это зависит потому, что третье лицо приобрело собственное право считать сделку не действительной. Это право оно приобрело посредством своего договора, независимо от всякой мысли о молчаливом отказе его праводателя. Оно это право приобретает, как своего рода принадлежность вещи, являвшейся предметом договора. После этого не приходится различать, позволяет или нет рассматриваемый случай предполагать со стороны лица, устанавливающего право, молчаливый отказ от права подтверждения.

В обоих случаях третье лицо приобрело право не признавать последствием подтверждения. Единственным условием существования этого права является то, чтобы в этом был юридический интерес. Но этот интерес существует в обоих случаях, которые хотят различать. Приобретатель недвижимости заинтересован в том, чтобы не иметь возможности устранить последствием ранее установленной ипотеки; ипотечный кредитор заинтересован в том, чтобы третьим кредитор не отнес его на второе место. Против этого возражают, что третье лицо должно было знать о ранее установленном праве и понимать, что оно может быть подтверждено. Это — мнение рецензентов, так как попросту говоря в том и заключается, что третье лицо, зная ли подтверждение возможным в отношении третьего лица, и не упрямомощивает ли его признание само по себе не признавать последствием подтверждения.

В первом по всем тем случаям, когда третье лицо производит свое право от стороны, совершающей подтверждение, это подтверждение не имеет силы в отношении его, так что всегда и в любом случае либо различия относительно применения конца ст. 1338.

Чтобы отстоять это решение в его общем виде, мы признаем, что право третьего лица опирается на действительность сделки

но зависит от какого-либо добровольного отказа от подтверждения. Этот принцип позволяет нам еще лучше определить значение текста закона. Может случиться, что третье лицо приобретет свое право от того, кто подтверждает действительный акт, а, однако, помимо воли этого последнего. Ст. 1338 не ставит от этого менее признание. Так будет, например, если третье лицо является кредитором, обеспеченным ипотечной или судебной ипотекой; несовершеннолетний продал недвижимость; поземельный и его жена приобретает законную ипотеку на нее имущество; потом он подтверждает продажу. Составляет ли это подтверждение препятствие для осуществления законной ипотеки на недвижимость? Некоторое утверждали это, опираясь на идею молчаливого отказа. Поскольку установленная законом ипотека есть акт, не зависящий от воли несовершеннолетнего, этот акт не дает основания предполагать с его стороны молчаливый отказ от права подтверждения. Мы, наоборот, применим здесь распоряжение ст. 1338; не имеет значения можно или нельзя презюмировать молчаливый отказ, так как основание права третьего лица — совсем другое (так — Дуз, 18 мая 1840, S. 40, 2. 289).

Несмотря на благоприятное распоряжение ст. 1338, подтверждение можно противопоставить третьим лицам, которые вступают в договор после того как подтверждение состоялось. Следовательно, для них представляет большой интерес знать о нем. Но мы уже видели, что для подтверждения не устанавливается никаких правил публичности. Это новый пробел, который мы устанавливаем в этом отношении во французской системе.

В. Погашение по давности иска о недействительности. Общее правило, по которому иски погашаются давностью (ст. 2262), применяется и к искам о недействительности. Великий раз, когда недействительность осуществляется посредством иска, иск подлежит погашительной давности, даже если недействительность абсолютная. Это решение, противоположное классической теории, принято судебной практикой (дело братьев de St-Viateur, Кам. касс. жал., 5 мая 1879, S. 79, 1. 313, D. 80, 1. 165).

Давностный срок этого иска — в принципе тридцать лет; но допущены очень значительные исключения статьи 1304, которая устанавливает во многих случаях иском о недействительности более короткую давность по сравнению с погашительной давностью общего права (ст. 2262): десять лет вместо тридцати. Разсмотрим: а) разумное основание и юридическую природу давности; б) условия ее осуществления; в) ее действия.

а) Разумное основание и юридическая природа. По весьма распространяемому взгляду давность основывается на предположении молчаливого подтверждения. Закон предполагает, что сторона, которая имела право сослаться на недействительность и которая пропустила десять лет, не осуществив этого права, молчаливо подтвердила договор.

Судящему вниманию на то, что ст. 1304 по всем отдельным случаям, которые она предусматривает, относит начало течения давности срока к моменту прекращения пороча догубора, то есть к моменту, начиная с которого ст. 1338 позволяет считать подделку. Ст. 1115 объявляет молчаливое признание о долговязе. Наконец, приводит доклад Жюбера трибунату (Докра, т. XII, стр. 301). *Молчаливое признание без возражений должно служить основанием для признания одобрения.*

Давность имеет молчаливого подтверждения не является достоянием общественности ст. 1304. В самом деле, если бы юридическое основание этой статьи была признания добровольного подтверждения, то следовало бы отсюда заключить, что срок никогда не течет против лица, которое, на самом деле, не в состоянии добровольно подтвердить, например, которое не знает об акте или об его пороке. Но не таково правило закона. Мы увидим, что против некоторых *недобросовестных, против лиц, лишенных дееспособности, при том, и даже не беспомощных* унаследователи, знали ли эти лица об *своих правах*. Таким образом, последние стороны, известные из *предшествующих подтверждений*, должны не знать о пороке акта и поэтому срок против него будет течь. Следовательно, идея молчаливого подтверждения недостаточна, так как давность применяется даже в тех случаях, когда бездеятельность субъекта права не будет доказывать его намерения отказать от сделки на *недействительности*.

Идея заключается в том, что давность в данном случае не есть следствие презюмируемого индивидуального намерения; она объявляется, как все вообще случаи давности, мотивом социального интереса. Существование иска о признании недействительности, который может опровергнуть приобретенное положение, является опасностью для прочности деловых отношений и в *предельной безопасности, возмущающие последствия недействительности* нашей системы публичности. Необходимо также ограничить осуществление этого иска известным сроком, который должен быть по *должной части* пороке срока обычной давности. Этим объявляется *двадцатипятилетний* срок давности. Эта давность уже была принята в *старом праве для ипотечных расторжения договоров* (Ord. de Ville-vaucouleurs, август 1559, ст. 134). Иск о признании недействительности *традиционной давности* отдалека слова оставляются для *молчаливым* традиционной давности. Гражданский кодекс распространяет *на них* применительно двадцатипятилетней давности. Мотив публичного интереса *очевидно* выступает в подготовительных работах, в *представлении* мотивов Баро-Презаме (Докра, т. XII, стр. 390) *как в докладе Жюбера* (цит. место): «Необходимость срока *длинной* *предельной* *интересом*, необходим он для того, чтобы *проникновения* не оставались в течение долгого времени в *неопределенном состоянии*».

Если закон в отдельных случаях, предусматривает ст. 1304

желал, чтобы течение срока начиналось только с того дня, когда порок сделки устранен, то это потому, что *противоположное* решение могло бы в известных случаях сделать надзорной *защиту*, *попытки* *выпавшую* *из оспариваемости*. Иск о недействительности сделки не может быть осуществлен, если *остается пороком*; если он *прежде* не может быть осуществлен, *если* *вообще* был бы невозможным, этого *должен* *избежать*. Но это не может служить *аргументом в пользу* *идеи* *молчаливого* *подтверждения*.

Наскогда преувеличивали значение идеи, которую мы принимаем на основании ст. 1304. Говорили, что *когда*, *желая* *ограничить* *продолжительность* *идеи* *о недействительности*, *позже* *этот* *срок* *из действия* *оснований* *простоисчисления* *давности*, *установленных* *общим* *правом* (ст. 2242—2258). Действительный срок, с этой точки зрения, по давности срок, а *простоисчисления* *срок*, *предельный* *срок*, который не может быть *преван* *или* *простоисчисления* *после* *того*, *как* *началось* *его* *течение*. Главный аргумент в этом смысле *выводится* *из формулы* *ст. 1304*, *которая* *не* *употребляет* *слова* *«давность»*, *но* *протоглашает*, *что* *этот* *иск* *продолжается* *десять* *лет*. Другой аргумент, с этой точки зрения, *дает* *ст. 2264*, *по* *которой* *правила* *о давности*, *касаясь* *предметов*, *не* *указанных* *в настоящем* *разделе*, *вложены* *в разделы*, *посвященных* *этим* *предметам*. *Следовательно*, *эта* *статья* *отсылает* *к* *ст. 1304*; *но* *эта* *последняя* *статья* *не* *говорит* *о простоисчислениях*.

Эти доводы недостаточны. Ст. 1304 *продолжает* *настоящий* *давностной* *срок*, *к* *которому* *применяются* *некоторые* *особые* *правила*, *но* *применяются* *в* *общее* *принципы* *давности*, *в той* *мере*, *в какой* *закон* *их* *прямо* *не* *отменил* *для* *этих* *и* *ков*. Следовательно, основания простоисчисления к этому сроку *применяемы*. Там *решает* *вопрос* *судебной* *практа* (Кам. касс. жал., 8 ноября 1843, § 44.1.129; Касс., 18 ноября 1884, D. 85.1. 101). В самом деле, *на* *отсутствия* *в* *ст. 1304* *слова* *«давности»* *не* *должны* *получить* *какого* *либо* *аргумента*: *«иск* *возможен* *в течение* *десяти* *лет* *если* *своим* *выражением* *иск* *погашается* *десятилетней* *давностью»*. *Что* *касается* *отсылки*, *сделанной* *ст. 2264*, *то* *она* *означает*, *что* *для* *отдельных* *случаев* *давности* *имеются* *особые* *правила*, *ограничивающие* *общие* *пределы*; *но* *не* *возбраняется* *обращаться* *к* *общим* *принципам*, *ст. 1304* *может* *быть* *дополнена* *статьями* *2242* *и* *ст. 2258*. Впрочем, *положительный* *аргумент* *в пользу* *нашего* *мнения* *дает* *ст. 1676*, *фиксирующая* *срок*, *в продолжение* *которого* *должен* *быть* *предъявлен* *иск* *о расторжении* *договора* *вследствие* *убыточности* *по* *договорам* *между* *совершенными* *и* *два* *года*. *Эта* *статья* *прямо* *говорит*, *что* *этот* *срок* *не* *допускает* *простоисчисления*. Если бы *таковыми* *были* *общие* *правила* *исков* *о признании* *«идеи* *недействительной* *и* *о расторжении*, *то* *это* *предельное* *было* *бы* *ислужили*. Оно уже *содержалось* *бы* *молчаливо* *в* *ст. 1304*. *Право* *включая* *его* *в* *ст. 1676*, *гражданский* *кодекс* *выглядит* *показывает*, *что* *общее* *правило* — *иск*.

Следовательно, десятилетний срок ст. 1304 имеет юридическую природу давностного срока, а не простого прокательного срока.

б) Условия осуществления. Нужно рассмотреть изменение срока в случаи его применения.

1. Изменение срока. Срок — десятилетний, но подлинный ли правосудительный, ли перерыву. Ст. 1304, ч. 1 оговаривает случаи, когда специальный текст закона ограничивает срок более коротким промежуток времени. Это имеет место в единственном случае ст. 1675, когда срок — двухлетний. Впрочем, здесь срок не той же юридической природы, как по ст. 1304.

Если бы здесь применяли общий принцип погасительной давности, в силу которого течение срока начинается с момента возникновения иска, то следовало бы решать, что течение срока начинается со дня совершения оспоримого акта, за исключением случая ст. 503. Но это было бы практически неудобно: иск мог бы быть погашенным давностью раньше, чем его можно предъявить.

Такая ст. 1304, ч. 2 и 3, приводит ряд частных решений, в отличие от общего принципа. Рассмотрим эти решения; затем проверим, уместно ли распространять исключения из общего принципа на случаи, не предусмотренные прямо законом.

а) В области пороков соглашения течение погасительной давности неа начинается со дня прекращения порока соглашения; следовательно, со дня обнаружения заблуждения или обмана, или со дня прекращения насилия (ч. 2, первая фраза). Закон не говорит об убывочности срока.

По делам недееспособных давность начинается течет для несовершеннолетних со дня совершеннолетия (ч. 3, в конце; ср. ст. 2154), для замужних женщин — со дня расторжения брака (ч. 2, в конце).

Здесь представляется затруднение: иск о недействительности принадлежит и жене и мужу (ст. 225). Решение ст. 1304 понятно, когда иск осуществляется женой; жена недееспособна до прекращения брака*. Но муж дееспособен; по его иску течение погасительной давности не должно ли начинаться со дня совершения акта? Это мнение имело сторонников (см. Б ю ф и у а р, Собственность и договор, стр. 731 и сл.). Однако закон не проводит различия по тому моменту, предъявлен ли иск женой или мужем.

Впрочем, хотя муж дееспособен, есть практические соображения определить начальный момент давностного срока прекращения брака: если бы давность начиналась со дня акта, муж, во избежание утраты неа, был бы обязан, быть может, предъявить иск во время брака; можно было считать, что в этом заключается опасность для семейного мира. Засегают, впрочем, что при таком решении давность будет применена только к ограниченной части

* Эдикт, как и во многих других местах, автор имеет в виду правовую природу законной женщины до издания закона 1928 г. (закон Година 1928 г.) — Примечание переводчика.

гипотез мужа. Действительно, допускают, что прекращением брака погашает иск мужа о недействительности договора всякий раз, как этот иск не представляется для него действительного второго и является только самими мужской властью. Следовательно, давность можно будет применить только и искам о недействительности, осуществляемым мужем против актов жены, способных иметь денежные последствия для имущества договора.

Другой вопрос возник из закона 6 февраля 1893 г. о раздельном иждивении. Раздельное иждивение не прекращает брака, но дает жене полную гражданскую дееспособность. Не является ли течение десятилетнего срока против женщины, живущей раздельно с мужем, со дня раздельного иждивения, так как ее недееспособность кончается с этой датой? Это решение было бы разумным. Но оно противоречит тексту ст. 1304, которая не была изменена законом 1893 г. и которая говорит только о прекращении брака. Равным образом, и по общепринятому взгляду течение давностного срока начинается не со дня раздельного иждивения, а только с последующего развода или смерти одного из супругов.

В отношении лиц, находящихся под запрещением (ч. 3) первая фраза относит начало течения срока ко дню снятия запрещения. Это решение в законодательстве неудачно. Находящийся под запрещением может во времени снятия запрещения не иметь никакого воспоминания об оспариваемом акте. Истечение десятилетнего срока может погасить его иск о недействительности так, что он даже не знал о его существовании.

Лучшую систему установил закон для смешанной с находящимися под запрещением категории недееспособных: душевнобольных, помещенных в больницу или лечебницу. Закон 30 июня 1838 г., ст. 33, позволяет им оспаривать, на основании психической ненормальности, акты, совершенные в течение их нахождения в этих заведениях. На этот иск распространяется давность ст. 1304, но течение срока начинается только со дня объявления о совершении акта его автору, во избежание его выхода из лечебного заведения или со дня получения сведений об акте другим путем. Было бы желательным, чтобы эту систему можно было распространить на находящихся под запрещением. Но при наличии ст. 1304 это невозможно. Во всяком случае, если душевнобольной был одновременно и под запрещением и был помещен в лечебное учреждение, он получает выбор между актом по ст. 1304 и иском по ст. 39 закона 30 июня 1838 г., смотря по тому, какой из этих исков для него выгоднее.

Судебная практика и большинство авторов распространяют решение, данное ст. 1304 в отношении лиц, находящихся под запрещением, на лиц, которые не могут действовать без согласия опекуна, назначаемого трибуналом. Закон о них не говорит, но почти все согласны в том, что пробел в законе, поскольку они касаются этих недееспособных, должны быть заполнены реше-

недействительности, отмененной и запрещенной; действительно их можно считать только ослабленными и видоизмененное запрещение. Следовательно, началом течения десятилетнего срока будет прекращение взыскательности (т. е. Касс., 8 апреля 1891 г., S. 3013; Обр. и Р. в, т. IV, § 339, текст и пр. 35).

42. Какие вопросы по детальным вопросам, какие можно ставить по ст. 1304. Как решить в случаях, не предусмотренных законом?

Вопрос — спорный. Впрочем, он не имеет большого практического значения; случаи, оставшиеся вне действия ст. 1304, очень немногочисленны; если отделить случаи абсолютной недействительности, регулируемые ст. 2262, остается только иск о расторжении ввиду убыточности сделок между дееспособными, да еще в случае продажи ст. 1676 нечисляет двухлетний срок со дня продажи. Отдельно случаи раздела и неправильные акты отчуждения, совершаемые департаментами, общинами и публичными учреждениями, и должностными по закону административному контролю.

Акты, которые хотят обосновать ст. 1304 на Idee молчаливого подтверждения, предлагали обобщить мысль этого текста закона и увеличить срок только со дня, когда подтверждение стало возможным. Течение срока начинается с этой точки зрения только со дня, когда узнали о пороке.

Мы не можем принять это рассуждение. Мы видели, действительно, что ст. 1304 не основывается на Idee молчаливого подтверждения; она предусматривает погасительную давность, основанную на общих мотивах общественного интереса. Следовательно, общие принципы погасительной давности будут применяться во всех раз, как ст. 1304 не будет применяться. В случаях, не предусмотренных этим законом, срок будет течь со дня акта в соответствии с общими правилами.

2. **Случаи и с.** Существование в нашем праве десятилетней давности и тридцатилетней давности создало затруднение. По общему правилу, десятилетний срок ст. 1304 истечет раньше тридцатилетнего срока ст. 2262. Тогда нет никакого затруднения.

Но может случиться, что десятилетний срок истекает после тридцатилетнего, потому что их начальные моменты различные: тридцатилетний срок течет со дня договора; десятилетний в большинстве случаев начинается позднее договора (напр., при недействительности вследствие обмана, если обман обнаружен через двадцать лет после договора, срок по ст. 1304 истечет десять лет спустя после обнаружения обмана, следовательно, через тридцать пять лет после договора, пять лет спустя после истечения тридцатилетнего срока).

Из сказанного следует сделать вывод, что должен быть изучен вопрос, будет ли еще возможен иск о недействительности во истечение тридцатилетнего срока. Это отрицать, значит, что по истечении тридцатилетнего срока иск о недействительности по истечении десятилетнего срока значило бы идти против цели ст. 1304.

Устанавливая десятилетний срок, законодатель хотел сократить продолжительность иском о недействительности, считая их особенно опасными. Следовательно, нельзя основываться на этом распорядении, чтобы продлить срок иста свыше срока установленного общим законом. Тридцатилетний срок, считая со дня договора, есть максимум, который ст. 1304 не позволяет никогда превышать (в этом смысле высказалась Обр. и Р. в, т. IV, § 339, текст и прим. 42; Париж, 22 июля 1853, S. 54, 247).

Противоположное мнение, однако, заслуживает внимания (см. консультацию Валетта по делу, бывшему на рассмотрении парижского суда, изобр. выше, Mélanges, т. II, стр. 3, сл. 6 и ф. и у в р. Собственность и договор, стр. 741). Если исходить из текста закона, то ст. 2264 отменяет в отдельных случаях давности в статьях закона, которые их регулируют; это значит, что по в просу длительности срока ст. 1304 достаточно сама по себе, и не требуется считаться со ст. 2262. С практической точки зрения, противоположное мнение имеет большие неудобства; если порок договора вскрыт через тридцать лет после заключения договора, сторона не будет иметь ни минуты для предъявления иска. Это гораздо более противоречит цели ст. 1304, чем удлинение срока свыше тридцати лет. Действительно, совершенно верно, что иск о недействительности таит в себе опасность и должен в принципе ограничиваться более короткими сроками, чем другие; но мы видели, что эта идея не единственное рациональное основание ст. 1304; все постановления, относящиеся к началу срока, объясняются намерением не дать субъекту иска о недействительности пропустить срок раньше, чем он получит возможность предъявить иск. Это истечение срока сделало бы иллюзорной защиту закона. Противоположное мнение во всех случаях противоречит между тридцатилетним сроком и ст. 1304 разрешает противоречие посредством устранения ст. 1304, а это — невозможно.

Кроме того, неудобства, вытекающего при нашем взгляде из продолжительных сроков, часто можно будет избежать применением приобретательной давности.

2. **Случаи применения и ст. 1304** объясняют, что этот срок применяется в исках о недействительности или о расторжении объявленных. Следовательно, нужно, чтобы был предъявлен иск о недействительности или о расторжении и чтобы этот иск был направлен против соглашения.

Рассмотрим значение этих двух требований, заметив при этом, что текст, содержащий исключительные правила, должен толковаться ограничительно.

а) Требуется иск о недействительности или о расторжении. Собразно с принципом, лежащим в основе ст. 1304, и ее историческим происхождением, дело идет только об относительной недействительности, под чем — значит, иск ввиду порока соглашения или недееспособности. За пред-

или этих случаев нужно применить тридцатилетнюю давность.

Само собой, этой давности остаются подчиненными: иски об абсолютной недействительности; иски о расторжении ввиду неисполнения обязательств, обремененный или условный, когда нет никакой оговорки в договоре; основания иска здесь возникает только в момент заключения договора (напр., иск по ст. 1184, иски о со-единении или об отмене дарения, ст. 929 и 953); иски о расторже-нии, которые превращают договор без обратного действия (ст. 1272, расторжение имущественного найма ввиду частичной ги-бели вещи); иски о возврате недоплатного (ст. 1377), об исправле-нии расчета (ст. 541 проц. код.), заявление о симуляции; наконец, иски о признании иском (Касс, 9 января 1865 г., S. 65.1.65).

Ну необходимо, чтобы иск был направ-лен против соглашения.

Всем признается, что этой формулой не охватываются акты, по отношению к имуществу: брак, усыновление, признание наоборотного ребенка и пр. Ст. 1304 ограничивается актами, имело-щими двусторонний интерес.

Но следует ли ограничивать ст. 1304 договорами или распростра-нить ее на односторонние акты денежного характера, которые могут быть обременены такими же пороками, как и договоры: пла-тены, квитанции, принятие или отказ от наследства? Текст оставляет место для сомнений: в первой части он говорит «согла-шения», в следующих частях — «акты». Следует распространить статью на односторонние акты, потому что нет разумного мотива для различия между договорами и односторонними актами. Большин-ство авторов приходит к выводу и в этом смысле (см. Обр и П, т. IV, § 339 текст и прим. 15 и 16. Бюф и у в р, цит. соч., стр. 737, Кам. васс. изд., 27 июля 1837, S. 58.1.425. Против Паллиоль, цит. соч., 11-е изд., т. II, § 1288; Касс., 25 ноября 1857, D., 57.1.425, признающие эту статью закона неприменимой и раздельно, сделанному в форме завещания).

г) Действие давности (правило «Quae tempore sunt ad operandum, perpetua sunt ad excipiendum» (то, что является временным, срочным в отношении предъявления иска, является постоянным в отношении возражения). Один пункт является определенным: давность погашает иск. Следовательно, можно было опираться на договор если он исполнен, следовательно представляется нельзя потребовать обратно. Это действие посту-пает аналогично, в отношении исков, следовательно, даже в отно-шении срочных исков. В этой разнице по сравнению с подтвержде-нием она заключается даже авторами, объясняющими ст. 1304 «исключением и подтверждением» (Бюф и у в р, цит. соч., стр. 738).

Но если недействительности не единственное средство добить-ся признания акта недействительным. Сторона, составлявшая на недействительность, может играть роль ответчика, если договор не исполнен, и другая сторона предъявляет иск об исполнении;

тогда на недействительность будет сделана ссылка, в качестве средства защиты. Например, вследствие продажи, короткой ввиду обмена, которому подвергся продавец, покупатель предъявляет иск о предоставлении вещи, а продавец ссылается на недействительность договора в порядке возражения.

Отсюда большая трудность. Погашает ли давность, погашаю-щая иск, также и возражение? В нашем примере, если обмен был обнаружен более десяти лет спустя после продажи, сможет ли про-давец, который не мог бы более предъявить иск о недействитель-ности, чтобы лишить договор силы, сослаться на недействитель-ность в форме возражения, когда покупатель предъявляет иск о предоставлении вещи? Другими словами, применим ли в рас-сматриваемой области афоризм «quae temporaria sunt ad operandum, perpetua sunt ad excipiendum»?

(1) С практической точки зрения нельзя не признать удобства сохранения возражения после погашения иска давностью. Это удобство вымывается с двух точек зре-ния.

Возражение не имеет тех же неудобств, как иск. Опасность иска заключается в том, что он разрушает положение, образовав-шееся в результате исполнения договора. Но если на недействительность делается ссылка в порядке возражения, то это предла-гает, что договор не исполнен. Успех возражения состоит в предотвращении выполнения договора, это значит, что он обещает сохранение statu quo (существующего положения). Следовательно, из этого не произойдет неуспокоенности положения. Следовательно, практические соображения, которые составляют признак дей-ствия иска, здесь не имеют места.

Положительные соображения говорят в пользу сохранения возражения. Противоположное решение может привести к несправедливым результатам. Мы видели, что в известных случаях действительный срок течет, тогда как субъект права на иск не действителен (находится под запродажей; наследник субъекта права на иск). В этих случаях иск может погаситься давностью, так, что выгодоприобретатель иногда не знает о его существовании. Если возражение погашается давностью в то же время, претянута сторона будет иметь очень простое средство явиться тогда, в случае интереса признанию договора недействительным, ввиду д. до-даты: дождаться истечения срока, чтобы предъявить иск об от-мене полного договора. Защищенность и недействительность до-говора упадет тогда о существовании договора или порока, по-сильном познании, чтобы иметь возможность заставить фактически давности возражения, достаточно будет противной стороне яв-лять молчаливо в продолжение десяти лет, чтобы договор, который в недействительности был отменен из уст другого субъекта был признан. Следовательно, имеется практическая выгода в сохране-нии в продолжение.

(2) Телесты закона и не ставят препятствий к сохранению возражений.

Ст. 1304 говорит о погашении по давности иска, а не возражения. Молчаливое виновое оспаривает свободное поле для толкователя, который может принять наилучшее с практической стороны решение.

Эти соображения направлены судебной практикой в сторону допущения применения правила *quae temporaria sunt...* (Toulouse, 9 июля 1859, S. 59, 2. 407; Кам. пал., жд., 21 июля 1880, S. 21. 1. 297. Ср. Обри и Ро, 5-е изд., т. VIII, § 771, текст в прим. 1—3; Демоломб, т. XXIX, ном. 136 и сл.). Однако, встречало противодействие и противоположное решение (см. Кольма-Сантерр, т. V, § 265 bis, ном. VI—VII, Лоран, т. XIX, ном. 57 и сл.; Бюфигуар, цит. соч., стр. 733 и сл.).

Авторы, допускающие погашение по давности возражения, по общему правилу — не те, которые объясняют ст. 1304 презумпцией подтверждения. Действительно, если по истечении десятилетнего срока договор считается подтвержденным, он становится вполне действительным, и нельзя будет оспаривать на срок, как в форме иска, так и в форме возражения против иска.

Но мы видели, что ст. 1304 не основывается на презумпции подтверждения сделки. Кроме того, аргумент, выводимый из этой презумпции, обращается против тех, кто на него ссылается: нельзя говорить о презумпции подтверждения в тех случаях, когда сторона, имеющая право оспаривать недействительность, не знает о договоре или о пороке; следует признать, что, во всякой мере, в этих случаях эта сторона сохраняет свое возражение.

Следовательно, для объяснения погашения давностью возражения нельзя обратиться на идею подтверждения. Если, с другой стороны, отказаться от этой идеи, становится невозможным найти разумное и практическое основание для погашения давностью возражения; действительно, мы сказали, что практические возражения иска о недействительности не существуют в отношении возражения. Следовательно, нет мотива для распространения десятилетней давности с одного на другое.

Приводили также другие аргументы исторического порядка, но достаточно слабые.

а) Афоризм *«quae temporaria...»* был создан интерпретаторами римского права, обобщившими частное решение, относящееся к *exceptio dolae* (Павел, D., XLIV, 4, 5, 6). В то время как *actio dolae* должна была предъявляться в течение очень короткого срока, вина *actioe* (т. е. года, истечения которого так, что время, в течение которого можно было предъявить иск по уважительным причинам, в римское не принимается), а позднее — в течение четырех лет (исключительно подряд, без принятия во внимание уважительных обстоятельств) возражение было постоянным.

Поэтому, что в данном случае имело место частное решение,

которое не следует обобщать и, в особенности, поразиться в современное право. Постоянный характер *exceptio dolae* объясняется особыми соображениями римского права, непрактичными и современному возражению о недействительности сделки. В римском праве постоянный характер исключения был следствием специального характера *actioe dolae*. Этот иск был очень трудным и имел дифференциальный характер (сопровождался ее отсужкой; предъявлять его позволяли только лицам, которых инициала было заключить никаким другим правовым средством; эту черту *actioe dolae* выражают словами, что этот иск имеет субидиарный характер. Так, когда лицо имело исключение для защиты против кредитора, например, всякий раз, когда договор, страдавший пороком как заключенный под влиянием обмана, еще не был исполнен, в этом иске отказывали. Следовательно, исключение должно было необходимым образом пережить иск. Если бы исключение погасалось в тот же срок, потерпевший от обмана не имел бы никакого средства защиты. В продолжение срока существования иска лицо не могло бы предъявить иск, потому что оно имело возражение; но так как эта исключение сама по себе могла быть использована только, если виновный обман предвзяла иск об исполнении договора, то этому виновнику нужно было бы только не предъявлять иска в течение пяти *actioe* или (позднее) в течение четырех лет подряд; после этого он мог бы предъявить иск по истечении срока и, если бы возражение погасалось, потерпевший от обмана был бы отдан на волю неба. Отсюда возникала необходимость поставить дело так, чтобы возражение переживало иск. Но эта необходимость вытекает единственно из субидиарного характера *actioe dolae*. Иск о недействительности сделки по современному праву не имеет такого характера. Следовательно, говорит положение *«quae temporaria...»* не применимо в нашем праве.

Это соображение доказывает только одно: сохранение возражения после погашения иска в римском учении о *actioe* имело такие основания, которых в настоящее время нет. Но мы показали, что сохранение возражения в настоящее время может быть оправдано другими практическими соображениями, которые являются соображениями римского права и которые, кроме того, были, по видимому, замечены Парлом в цитированном ранее тексте. Следовательно, историческое объяснение, которое дает этому афоризму, не доказывает ничего против его сохранения в современном праве.

bb) Тогда ссылаются на старое право. Афоризм *«quae temporaria...»* был принят старой судебной практикой. Но утверждает, что *ordres* в этом отношении исправляли практику. Ст. 134 *ordres* Villers-Cotterets, установившая десятилетнюю давность для актов, совершенных лицами, не достигшими 25 лет, объявляет, что по истечении этого срока недействительность нельзя более оспаривать ни путем иска, ни путем возражения. Следовательно, *ordres* прямо утверждает давность

такой срок для возращения, тот же самый, как и для иона. Таков был последний этап старого права. Если ст. 1304 не говорит о погашении возращения по давности, то это значит, что она молчаливо отсылает к праву ординаров. Следовательно, она отвергает приведенный афоризм.

На это возражение можно ответить двояко. Во-первых, текст ординаров не имеет общего значения; он не касается всех оспариваемых актов, но только тех, порождение которых вызывается недееспособностью несовершеннолетних. С другой стороны, очень сомнительно, чтобы практика уступила ординару. Действительно, на афоризм *quies interpretatio...* ссылалась еще в XVIII столетии. Поэтому мы принципиально исходим из молчания ст. 1304 как противную отсылку к тексту, иными же 250-летний возраст и *суборбит* которого был спорным.

Следовательно, нет ни одного решающего соображения, ни юридического, ни исторического, в пользу распространения десятилетней давности на возращение. В этих условиях молчание ст. 1304 дает нам полную свободу принять решение, практически выходящее из вида, что таким *резолютом* *индигет* охранению возращения после погашения века.

Дополнение. Недействительность актов по сравнительному праву. Система германского гражданского уложения и швейцарского гражданского уложения позволяет посредством сравнения оценить французский режим. Мы рассмотрим:

A. Различие двух категорий недействительности. B. Формы оспаривания. C. Последствия оспаривания.

A. Различие двух категорий недействительности. Германское гражданское уложение в принципе признает различие между недействительностью в силу самого закона и оспариваемостью (*Nichtigkeit* и *Anfechtbarkeit*). Оно отвергает, как это и мы сделали, различие между абсолютной ничтожностью и несуществованием. Однако, оно, по видимому, признает, *вердунд с ничтожностью в силу самого закона, мало отличающейся от ничтожности положения, которое германское уложение называет Unwirksamkeit, недействительность.* Различие по своему месту в его практическое значение плохо установлено и комментаторами (см. Salicrú, *Déclaration de volonté*, стр. 332—333).

По поводу различия оспариваемости и ничтожности в силу закона нужно отметить три важных пункта:

(1) Много пороков, санкционируемых по классической французской теории полной ничтожностью, санкционируются в германском праве простой оспариваемостью. Это — вывод, который мы уже привели на основе принципа выражения воли (см. выше, стр. 70—71, по поводу теории заблуждения, ст. 119 герм. гр. уз.).

(2) По французскому праву, недееспособность, за крайне ред-

кими исключениями, дает место только относительной недействительности в пользу заинтересованных.

По германскому праву принцип, исключивший недееспособность, иной акт, совершенный без согласия законного представителя, в тех случаях, когда это согласие требуется (ст. 106—107), недействителен (ст. 108 и 111). Здесь большая разница по сравнению с французской оспариваемостью: на недействительность может сослаться лицо, которое вступило в договор с недееспособным (право отмены, *Widerruf*, ст. 109, при условии, что оно не знало об этом пороке. Однако, порок может быть покрят отменением (*Genehmigung*) представителем или самого недееспособного по достижении совершеннолетия (ст. 106, 110, 111). Третье лицо может сделать ему заявление в целях исполнения его намерения (ст. 108, ч. 2).

(3) В случае подтверждения, германское уложение (ст. 141) отвергает принцип *confirmatio nihil dat novi* (подтвержденное не дает ничего нового). «Если истинный акт подтвержден его автором, подтверждение должно рассматриваться как *новый юридический акт*».

Но германское уложение устраняет в одном пункте логическое выведение из этого принципа. Стороны обязаны, при отсутствии иного соглашения, взаимно гарантировать одна другой то, что они имели бы, если бы договор был действительным с самого начала» (ст. 141, ч. 2). Следовательно, доходы, полученные до подтверждения, останутся приобретенными. Здесь решение такое же, как и по французской системе. Но сохранение права за третьими лицами более полное, чем по ст. 1338 (*Салейр*, *ант. соч.*, стр. 332—343). Это решение не повторено в отношении подтвержденных несоответствий.

B. Формы оспаривания. Французское право допускает только судебную форму. Требуется акт о недействительности, санкционируемый судебным решением. Такая была традиционная система, начиная с римской *restitutio in integrum*. Но здесь германское гражданское уложение осуществило очень смелое нововведение, воспринятое в швейцарском уложении. Формы оспаривания упрощены до крайности: достаточно простого заявления, обращенного стороной, имеющей право сослаться на недействительность, и другой стороне (ст. 163). Если другая сторона его оспаривает, то она должна предъявить иск, чтобы обессилить заявление. Следовательно, простое заявление, выражающее волю считать акт недействительным, будет иметь такое же действие, как судебное решение о признании недействительности по французскому праву (см. *Салейр*, *ант. соч.*, стр. 31 и 21).

Эта система проиступает отсюда идеями. Первая стремится к тому, чтобы упростить деловые отношения. Вторая — что оспариваемый договор считал неустойчивым элементом, которому каждая сторона должна была подвергаться как можно скорее. При французской

субъект права на иск о недействительности, который держит копию договора в своих руках, может злоупотребить этим положением и вместо того, чтобы предъявить иск о недействительности, может добровольно явиться инициатором контрагента об отмене акта, угрожать ему иском, которого он не предъявит, т.е. отказаться. Что он знает предъявить иск, то, наоборот, что он знает отказаться от него; откуда — поспешность, поспешку аннулирование акта — могут устранить и который может продолжаться до потухания иска до давности. Наоборот, при системе заявления, как только лицо, в интересах которого устанавливается недействительность, осознано, что оно знает не может отказаться, оспаривание окончательно совершено. Доказавший заявление не может более отказаться от своего заявления. Договор уничтожен с обратной силой. Единственным средством — составить новый договор, с новым совпадением воли (ср. С а д е й л ь, цит. соч., стр. 360 и сл.).

Несмотря на эти соображения, важное нововведение ст. 143 было принято германским законодателем не без колебаний, и, впрочем, что с законодательной точки зрения традиционная система судебного оспаривания заслуживает предпочтения. Действительно:

(1) Хотели упростить деловые отношения. Можно опасаться, напротив, или бы этим не увеличить источник судебных споров. Несомненно, необходимость предъявления судебного иска для оспаривания договора усложняет осуществление оспаривания. Но неудобство компенсируется выгодой: предъявление иска о недействительности не может оставить никакого сомнения в намерениях лица, в пользу которого акт признается недействительным. Более того, судебное разбирательство позволит сторонам урегулировать все детали положения, которое может быть сложным. Эта выгода нет при системе оспаривания посредством заявления. Суд не участвует здесь в урегулировании взаимного положения сторон; в особенности, одностороннее заявление, для которого не требуется никакой формы, нередко оставит неустраиваемые моменты относительно измерений заявителя. Пусть, например, договор порочен ишду заблуждения. Контрагент, находившийся в заблуждении, ищет другому, чтобы обратить на внимание на этот порок. Он добавляет, что, по его мнению, этот порок достаточен для того, чтобы оспорить договор. Является ли это заявление об оспаривании? Будет ли во всех случаях — оспаривать воле заявителя, если репутить, что это заявление уничтожает договор, что является действительность о обратной силой и (с всеми ее последствиями)? Не может ли адриет, выходящий это письмо, использовать его совсем иначе, как простое приглашение вступить в переговоры относительно действительной сделки, чтобы обсудить ее значение, проверить, можно ли найти договор силы или просто индифферентно довести новую оговорку? Это второе возможно тем более правдо-

подобно, что оценить юридическое последствие заблуждения что это трудно. Трудно предположить, что заявитель имеет в виду поставить себя в положение судьи во всем вопросе, и даже могут возвыситься в этом отношении. Следовательно, здесь отлучается в точности для злоупотреблений, отнесением к точному истолкованию заявления.

(2) Больше того, очень сомнительно, чтобы даже эти акты получали вторую практическую выгоду, которую хотели иметь, гоминать лицу, в пользу которого устанавливается недействительность, злоупотреблять своим положением в отношении других заинтересованных лиц. Ему достаточно будет для этого сообщить, что он знает о порочности акта, и вместе с тем указать на то, чтобы сказать, знает ли он намеренно воспользоваться этим обстоятельством. Тогда положение станет точно таким же, какое имеет место по французскому праву, когда субъект воле о недействительности угрожает заинтересованным лицам предъявить этот иск, все отказывавшись принять окончательное решение. Практическая выгода новой системы по этому второму пункту выкается не более значительной.

Следовательно, мы приходим к заключению о практическом преимуществе судебного оспаривания перед оспариванием путем прямого заявления¹.

С. Последствия недействительности. Здесь превосходство германской системы бесспорно. Мы видели большую опасность французской системы: недействительность имеет силу против третьих приобретателей, даже добросовестных.

Эта опасность значительно уменьшена в законодательствах германской группы, и, в известной мере, — в законодательствах англо-саксонской группы, благодаря сочетанию принципов, относящихся к обязательствам, и принципов, относящихся к приобретению вещных прав, причем второе вносит поправки в первое.

Общий принцип, установленный ст. 142 германского гражданского уложения, является совершенно таким же, как и во французском праве: «Если сделка, которая может быть оспорена, оспаривается, то она рассматривается как ничтожная с самого начала». Следовательно, это принцип обратного действия.

Но, чтобы оценить его практическое значение, нужно сравнить другой принцип: в отличие от французского права, германские законодательства различают, или некое различие между

¹ Германское заявление, как и французский иск — уничтожает договор, но должно последовать в течение определенных сроков. Лишь в исключительных случаях устанавливается недействительность, которая устраняет срок установления заявления, которую можно поставить ему в известность, и при этом, когда оно узнало об основании оспаривания. Кроме того, при этом моменте, в который лицо узнало об этом, оно утрачивает право оспаривания. Но для лица. По французскому праву заявление должно быть сделано в течение года по приращению порока соглашения, как в случае утраты, в течение года по совершении договора (ст. 31 и 32).

ную, устанавливаемую обязательством, и, anzi, устанавливаемую самим правом. Когда договор имеет признанный отчужденный, он не устанавливает отчуждения сам по себе. Он только создает обязательство это сделать. Чтобы потом реализовать отчуждение, требуется другой юридический акт: фактически — передача для движимых вещей (ст. 824), соглашения о передаче права в записке в недвижимым вещам — для недвижимости (ст. 873 и 825).

Следовательно, действительность договора, установленного — действительна, но означает с необходимостью сама по себе действительность акта, порождающего вещное право. Она только позволяет предъявить личным или отчужденным против приобретателя, но она не приводит действия против третьих лиц, которым приобретатель уже совершил права. В этом besteht принципальная разница по сравнению с французским правом.

Но нужно заметить, что порок договора, порождающего обязательство, не практично обанкетен и в акте, установленном вещное право, и признанию недействительности делает приобретателя в действительности без титула.

Не следует отсюда заключить, что в этом случае третья приобретатель будет поранено недействительностью, как это было бы во французском праве. Необходимо проводить различие.

(1) Если дело идет о передаче движимой вещи (случай, предусмотренный ст. 822), третья приобретатель, приобретший вещь путем нормальной передачи, имеет неоспоримый титул, даже если титул его приобретателя был ничтожным или оспоримым, потому что передача есть акт абстрактный. Следовательно, недействительность не будет иметь значения против него.

Исключением сделано для того случая, если третий приобретатель добросовестен, т. е. если в момент приобретения он знал как минимум был знает о порочности титула отчужденца.

В этом, ясно, практические последствия аналогичны тем, какие происходят у нас ст. 2279: третье лицо, если оно добросовестно, защищается.

(2) Если дело идет об отчуждении недвижимости, различие же это различие обеих систем. По французскому праву недействительность договора в области недвижимости отменяется даже на добросовестных третьих приобретателях. Единственное преимущество, которое имеет добросовестного приобретателя в том, что ему позволяют ему охранять за собой доходы и применяется давность со сроком давности как двадцать лет, при условии, если в то же время есть законный титул владельца. В этом — необходимая практическая опасность — как о недействительности, угрожающая третьим лицам.

Французское право избегало этой опасности с помощью системы защиты действительности сделки третьим лицам, однако, восточный закон, исключительность права собственности. Великое преимущество восточной системы предлагается запись права приобретателя в государственном реестре. Но каждый принцип, определяющий действительность недвижимых книг, состоит в том, что каждая за-

пись, содержащаяся в поземельной книге, считается признанной его истинной, в отношении всех (ст. 892). Это — принцип доказательственной силы записей, сделанных в поземельной книге. Следовательно, если приобретение ничтожно или оспоримо, но этот порок не выявляется из записей, приобретатель будет считаться действительным. И, следовательно, все права, которые он сам установит, будут существовать, как если бы его правоустановление не было порочным. Только в том случае, если третий приобретатель в момент приобретения добросовестен, недействительность правоустановления его приобретателя действует против него. Но в этом случае он не может жаловаться.

Это обеспечивает абсолютную запись третьим лицам. Но не принесен ли в жертву субъект права на оспаривание? Запись, сделанная в поземельной книге без упоминания о недействительности, лишает его навсегда прав на неподвижность? Нет, потому что в его интересах имеются две категории покровительственных распоряжений:

а) Когда недействительность признается, сторона, которая на нее ссылается, может требовать исправления записей в реестре (§ 894). После того как это исправление сделано, третья лица не могут более приобретать на данную недвижимость прав, противоречащих праву того лица, в пользу которого признана недействительность.

б) Даже до признания недействительности субъект права на оспаривание может сделать его имеющим силу против третьих лиц посредством предварительной отметки (Vorzeichnung). Он будет добиваться записи в восточном реестре означенной недействительности, расторжения сделки либо условного, или условного права, которое, по его утверждению, существует в его пользу. Если право, на которое он претендует, впоследствии будет признано, его можно противопоставить против третьих лиц, которые приобрели права на недвижимость после отметки в поземельной книге. Эти лица не могут жаловаться, так как из реестра они могли знать об условной угрозе. Если право для недействительности сделки не признано, предварительная отметка будет погашена и не произведет действия (§§ 883, 886).

Так осуществляется, в меру возможного, публичность, которой нет в нашей французской системе. Механизм ее очень простой, сочетающий права лица, в пользу которого устанавливается недействительность, с прочностью положения третьих лиц в потребностях кредита. Но эта система предполагает организацию восточных книг, а наша система записей очень различна от этой восточной системы.

IV. Ответственность в случае недействительности договора. Ничтожный или оспоримый договор устанавливает в действительности фактическое состояние ввиду его исполнения или исполнения акте исполнения. Рассчитывая на силу соглашения, стороны совершают обещанные предоставления (отказу от права, прекращение

разрешения продавцов недвижимостью и др.). Они или истребуют в суде истребуют с третьими лицами или отплативаются от третьих лиц, которые сделаны им. Затем сделка признается действительной и расходы становятся частью потерь, иногда по недостатку. Покупатель получает по недостатку с тем, в каком бы он был, если бы сделка была по недостатку, а оставшаяся невыплаченная, напр., в случае отмены сделанного предположения. Остаток на стороне, понесшая это потерю, всегда без средств защиты? По справедливости нельзя дать ответа на этот вопрос без учета различия отдельных случаев. Ответ будет удовлетворительным, если сторона знала о недостаточности или доверяла тому, кто ее не знал. Но, быть может, сторона не имела никакой информации о тех действиях, на которых действительность зависит; тогда кажется справедливым признать за этой стороной как и другой стороной о возмещении вреда.

Но здесь возникают большие трудности:

а) Прежде всего, как обосновать иск об ответственности? Главная особенность возмещенных случаев, отличающих всевозможные отношения, состоит в том, что первое затруднение. Иногда имело место совпадение воли, но договор порвался абсолютной или относительной недействительностью; продажа внеоборотной вещи, продажа в порочном заблуждении. В других случаях нет совпадения воли, но продавец передает обществу или принципалу. Таким примером приводимый Нерингом: в то время как биржевому маклеру было дано поручение продать, телеграф передает поручение купить (Kaufbefehl вместо Verkaufbefehl); маклер купил, а затем эта ценная бумага упала. Наконец, предложение может быть отменено равным образом. Вот три категории различных случаев. В каждой из них возможны подразделения; то потерпевшая сторона может доказать на вину своего контрагента, то доказать ее ей будет невозможно. Какие решения должны быть предложены? Допустить ли во всех этих случаях возмещение убытков?

б) Вторая трудность заключается в определении меры ответственности: как нужно будет определять размер вреда, вытекающего из недействительности договора?

Во всем этом вопросе во второй половине XIX века в науке гражданского права очень важное развитие, которое можно разделить на три фазы:

1. В первой фазе рассматривали ответственность как возмещение. Потерпевшая сторона предъявляет иск об убытках, считая на вину другой стороны (ст. 1382 гр. код.). Это — первая мысль, которая приходит на ум, причем самая простая (см. Обр. в П. С. Суд. в. 1, 137). Она для него была бы достаточно для того, чтобы обосновать иск об ответственности, в этом объяснении, был одобрен принцип как вполне удовлетворительный.

Однако, эта идея принципа уже в не удовлетворяет полностью

практических потребностей: так как она представляет для недостатка:

а) Успех иска об ответственности предполагает наличие гражданского деликта. Но гражданский деликт имеет в своем фактическом составе вину или небрежность лица, совершившего деликтный акт. Следовательно, придется исключать возможность иска об ответственности во всех тех случаях, когда деликт не допущен вины или небрежности. Но даже в этих случаях вина в иске может быть несправедливой: либо добровольно вступив в оборотной воле и предлагая другому предмету по нему. Препятствия происходят, затем обнаруживаются действительность. Трудно отказать покупателю в иске об убытках, а между тем добросовестный продавец не виноват в смысле ст. 1382.

б) принцип деликтной вины обязывает истца доказать вину ответчика, а это — очень тяжелая обязанность;

в) этот принцип оставляет большую неопределенность относительно пределов ответственности: ст. 1382 не определяет, как должно производиться возмещение вреда.

Несомненно, будут случаи, когда эти три недостатка не обнаружатся на практике; тогда идея деликтной вины будет в состоянии удовлетворить. Но при обратном предположении трудно будет найти другое юридическое основание для иска о возмещении вреда.

2. На второй фазе развития разработали теория договорной ответственности. Новая идея была выдвинута Нерингом в 1860 г. в его известной статье: De la culpa in contrahendo, или об убытках при договорной недействительности или оставшихся невыполненными. (Исбр. прак. юрид. Моисея, т. II, стр. 1—100). Он четко установил три вида, на которых одна остается окончательно условными, тогда как другой полагал только отрывочной точкой для начала развития.

а) В отношении размера вреда Неринг различает возмещение вреда от неисполнения правильно заключенного договора и возмещение вреда от незаключения договора. Первое следует к случаю действительного договора, который не был исполнен, второе — в случае договора, который не мог состояться или который не был исполнен. В первом случае возмещение имеет своим содержанием действительное исполнение. Если по заключении договора вредная вещь погибает по вине продавца, он должен будет возместить покупателю эквивалент того, что ему дано бы исполнением, действительно — стоимость вещи, а равно учесть еще стоимость, которую вещь могла получить после договора. Для Неринга возмещение полагательным договорным интересом.

Но в нашем случае дело идет не о действительном договоре, который не был исполнен. Дело идет о неисполненном договоре. Сторона, которая предъявляет иск об убытках, не имеет требовать эквивалента выполненного, так как договор не заключен, или считавшийся исполненным не заключенным, но иск об убы-

это право на возмещение. Все, чего может требовать управомоченный на возмещение, — это, чтобы попытка законченной и исполненной сделки по договору не служила для него источником какого-либо ущерба. Следовательно, если опять привести тот же пример — продажу, — то, если этот договор исполнен, покупатель не может требовать стоимости вещи. Но он может требовать возмещения расходов, которые он понес потому, что считал договор действительным, совершил на основании, которые становятся бесполезными, забыл, возмещение вследствие отъезда от выгоды договора в расчет на юридическую действительность договора купля. Следовательно, в то время как возмещение вреда за неисполнение сделки нельзя считать исполнением договора, возмещение в случае недействительности договора имело целью просто привести вещь в такое состояние, как если бы договор никогда не был предложен.

Это Перриг признает отрицательным договорным интересом. Этот анализ является законченным, и его результаты сводятся к ст. 122 германского гражданского уложения. Она может быть принята за основание почтения убытков при всякой системе, так как она не зависит от юридического основания ответственности.

В это юридическое основание ответственности по Перригу входит договорная природа. Отправной точкой для него послужили римские тиасты (Нист, Ует., III, 23, 5), которые, рассматривая продажу res extra commercium (внеоборотной вещи), призвал ее к действительности. Однако, добросовестный покупатель будет иметь и в случае и продавцу о возмещение вреда (ср. Мелестин, В., III, 4, De solut., art. 62, 1). Это правило очень интересно. Продавец действительна, и все-таки покупателю дается иск от вещи, который, казалось бы, предполагает существование предмета. Следовательно, несмотря на недействительность договора римские право допускали добросовестная стороны воспользоваться или хотя договором, чтобы потребовать возмещение вреда. Нельзя ли объяснить это решение и сказать, что когда договор ничтожен, то это правило в том смысле, что покупатель не может требовать исполнения, но что он, тем не менее, может судить основанием для иска о возмещении отрицательного интереса? Таким образом, этот иск имеет договорное основание.

Но можно возразить: это будет противоречиво. Договор не исполнен и дело и то же время и быть и не быть, быть ничтожным и в то же время исполненным и действительным с точки зрения возмещения убытков.

Это возражение неосновательно. И Перриг из него отвлечен выходящим анализом. Когда две стороны соглашаются заключить договор, каждая из них встала под влиянием обязательства в отношении другой стороны, не причиняя ей никакого вреда фактом заключения договора. Если договор недействителен в отношении одного из элементов предмета, то его специальное обязательство не причиняет вреда тем не менее существующим и основанном в спе-

циальном действительном договоре. В силу этого действительного обязательства гарантии, потерпевшая от недействительности договора сторона может предъявить к другой стороне иск о возмещении вреда. Другая сторона причинила ей вред тем, что вступала с ней в договор при таких условиях, что договор оказался ничтожным; эти она нарушила обязательство, в которое вступила с ней; она также отвечает за убытки, в это случае самостоятельной особом рода договорной линии. Таким образом, приходит и установленный, наряду с действительной виной и виной при исполнении договора, третьей категорией вины, допускаемой в процессе заключения договора, culpa in contrahendo, за которую стороны отвечают вследствие самого факта ничтожности договора.

Эта система представляет большое практическое преимущество над системой действительной ответственности, потому что она не требует от истца специального доказательства вины: все основано на одном факте недействительности. Дело истца будет доказывать, что с его стороны не было вины.

Эта вторая фаза означает, следовательно, большой прогресс теории. Однако, она остается еще неудовлетворительной, и критика, направленная против двух кунтов учения Перрига, будет включением нового прогресса.

Во-первых, идея обязательства, основанного на недействительности договора, отсутствует в одном случае — в случае отмены предложения раньше его принятия. Если эта отмена поступает по истечении сроков неотменяемости, предложение как бы не было по сути отменено, принимаясь уметь тому, а кому предложение было направлено, он может предъявить иск об ответственности. Между тем здесь невозможно основывать иск на договоре, потому что никакого соглашения вост не было. Следовательно, идея Перрига невозможна с этой первой точки зрения.

С другой стороны, эта теория основана на идее вины. Она позволяет истцу сказать с собой ответственность, доказывая, что он не допустил вины при заключении договора. Она приводит только к перемещению доказывания. Но этой перемещению не вполне еще удовлетворено. В случае вины при передаче телеграммы, например, дефинитивар вступает в договор, основанный на доверии и телеграмме, которая поправительно передает телеграмму. Договор недействителен, кто должен теперь возмещать этого? Этого нельзя возлагать на адресата, который не виноват никакой виноватности. Это — ответственность. Но также не сказать, что он виноват? Находится ли вина адресата в телеграмме для передачи предложения? Перриг, из этой ответственности своей теории, вынужден ответить на этот вопрос утвердительно. Но это противоречит постоянным торговым обычаям. Следовательно, вина нет, а ответственность тем не менее есть.

— 3. Отказ в третьей фазе — теории об абсолютной ответственности (Виндшайда). Так, кто виноват при недействительности договора, отвечает в соответствии с законом

идей молчаливого договора и от всякой идеи вины. Ответственность — ли деликтная, ли договорная — она законная. Следовательно, она наступит, даже если невозможно предположить какое-либо соглашение. Она оправдывается следующей идеей; пропавши купчая или истребована в розыск, ответственна с другим лицом, принимающим на себя весь риск, связанный с пропавшим или истребованным договором есть риск, который берут на себя. Эта идея идеи вины и идеи риска позволяет понять ответственность в случае отмены при передаче телеграммы. Лишь обратившись к услугам телеграфиста, не совершающего никакой вины; но оно принимает на себя весь риск ошибочной передачи; следовательно, оно должно быть ответственно по последствиям недействительности. Это позволяет также оправдать ответственность в случае отмены преддоговора и даже в случае нарушения деловых связей, имеющих место до преддоговора (см. по этому последнему пункту *Radde*, который сделал первую попытку целостной юридической конструкции: *Del periodi precontrattuali* в *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, 1906, т. III, стр. 171 и сл.). Это — принцип теории преддоговора ответственности.

Таким образом, прогрессивное развитие привело теорию от теории узкой идеи деликтной вины к более широкой идее договорной вины, а затем к идее риска, принимаемого на себя независимо от всякой вины и всякого соглашения.

Какое можно сделать заключение из этого развития науки? Но законодательству ни одна из этих трех систем не является идеальной. Три доктрины наследуют одна на другую без их уничтожения; каждая из них распространяет свою сферу применения дальше, чем предшествующая. Таким образом, можно будет обратиться к той или другой, в зависимости от того, какая окажется более соответствующей практическим потребностям. В конечном итоге приходит к эклектической системе, очень широкой и очень гибкой.

Такова идея, которая, по видимому, выступила под именем германского гражданского уложения. Но разрешает проблема общей теория закона, она дает частные решения, исходя из ее объективной теории, то же идея вины. Ст. 122 в случае недействительности ввиду заблуждения или непреднамеренной передачи, признает ответственность автора пользования, но притом ни во каком случае вины он или нет; наоборот, ст. 307, в случае недействительности ввиду невозможности предмета, признает ответственность ответственным, только если он знал о пороке при заключении договора или по своей вине не знал этого.

В вышеупомянутом французском праве ни один общий текст не устанавливает ответственность за недействительность договора. Следует ли отсюда заключить, что этим же следуют к ст. 1382 и к теории деликтной вины? Таким образом, возможные идеи более широкие доктрины основаны на практических и различных соображениях общего анализа. Следовательно, не-

смотря на отсутствие прямого текста закона, эти теории применимы в силу одного того, что ни одна статья закона не противоречит им. Даже больше, германский кодекс допустил частное применение этой ответственности в ст. 1599, предусматривая возмещение вреда в случае продажи чужой вещи. В этом доказательство, что эта идея не противоречит общим принципам нашего права, и новое основание принять ее во всей ее широте¹.

¹ Кроме ранее цитированной статьи *Perrens* *op. cit.* см. *Salles*, *op. cit.* 111 и сл.; *Declaration de Volonte*, стр. 45—50 и стр. 207—208; *Leprêtre*, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité personnelle*, *Revue de Dijon*, 1900; *Salles*, *De la responsabilité personnelle*, *Revue de Dijon*, 1907, стр. 627 и сл.; *Robinet*, *Essai sur la responsabilité personnelle*, *Revue de Lyon*, 1911; *Roysse*, *Un système de la responsabilité personnelle, contractuelle ou précontractuelle d'après la jurisprudence française et la jurisprudence belge*, *Gand*, 1905.

ГЛАВА II ДЕЙСТВИЕ ДОГОВОРОВ

Гражданский кодекс смешивает этот вопрос с вопросом об эффекте обязательства (кн. III, тит. III, гл. III). А между тем необходимо различать их. Действительно, с одной стороны, обязательство может проистекать из других источников, кроме договора (как из контрактов, правонарушений или как бы правонарушений, а также из закона), причем действие обязательства во всех этих случаях одинаково (дать кредитору право на исполнение); с другой стороны, договор не всегда порождает обязательство; он может установить вещное право, а также прекратить, передать, изменить права вещные или личные, его действие подчиняется одним и тем же принципам, каков бы ни был желаемый объект.

Три идеи видятся господствующими при этом изучении:

(1) Юридическое положение, создаваемое договором, определяется в основном волей сторон; это — принцип свободы договоров².

(2) Во всяком случае, действие договора ограничено в отношении лиц. Оно наступает в принципе только между сторонами; так правило, его нельзя противопоставлять третьим лицам; это — принцип относительного действия договоров.

(3) В виде исключения и в изъятие из этого второго принципа, договоры могут, при известных условиях, производить действие в отношении третьих лиц; эти условия определяются тем же действием обязательства за другое лицо и договором в пользу третьих лиц.

Эти идеи мы и должны теперь изучить в трех следующих отделах.

Отделение I СВОБОДА ДОГОВОРОВ

I. Принцип. Это — следствие из принципа автономии воли, примененно которого мы видели, когда изучали заключение договоров. С точки зрения заключения договоров, этот принцип вытекает из общей естественно-юридической формализации, а из

² Точнее, как, например, в случае взаимозависимой свободы договоров, ч. 4, ст. 1102, где договоры в формальном смысле. Принцип этот не вытекает из

месте общего правила, неимущественных договоров; с точки зрения их действия, он объясняет принцип свободы договоров. Этот принцип формулирован в ст. 1134, ч. 1: «Договоры, за исключением случаев, стоит наравне с законом для тех, кто их совершил». Из этой формулы вытекают три следствия:

(1) Договор обязательен для суда. Суд не может его отменить; он может его только толковать (применение к ст. 1133). Однако, допускаются отступления от этого правила по соображениям справедливости (ст. 1231, сокращения паузы при в случае частного ирреденции; ст. 1244, предоставление судом льготного срока исполнения)³.

(2) Норма закона, определяющая действие договоров, будет ли та общо-положения об обязательствах или нормы специальных договоров, а принцип является правилами, постановляемыми или впоследствии волю сторон. Законодатель считает, что стороны, заключая договор, не могут предусмотреть все последствия своего договора. Он определяет за них самые важные последствия. Но это определение имеет силу только в том случае, если стороны его не отменили или прямо или косвенно модифицировали.

В этом отношении проводится классическое разделение содержания договоров на три категории элементов:

а) Существенные элементы обязательства должны содержаться в соглашении определенного рода; их отсутствие превратило бы данное соглашение в соглашение другого рода. Таково определение цены при купле-продаже; продажа без цены не была бы продажей, ибо она не имела бы характерной для нее черты взаимности и взаимности (синалаксическостности). Но в этом случае продажа не была бы непременно ничтожной как соглашение; здесь можно было бы усмотреть дарение, неправильно квалифицированное; соглашение было бы действительным, если бы оно соединило в себе условия, необходимые для возникновения и силы дарения.

б) Естественно (обычные) элементы — это те, которые подразумеваются, если только стороны их не исключили. Таково обязательство гарантии при продаже. Если договор молчит по этому предмету, обязательства гарантии все равно существует. Чтобы его устроить, нужно доказать при помощи положительной или отрицательной акту в этом смысле.

³ Под влиянием отечественной иное реакция против принципа автономии старался расширить применение суда. Можно сравнить это с тем, что в Европе, которое расширилось в судебной практике по поводу взаимозависимых договоров. Оно определяется, хотя и в меньшей мере, в наших кодексах: первоначально в ст. 1131, а затем в ст. 1132 и 1133.

Оно определяется, хотя и в меньшей мере, в наших кодексах: первоначально в ст. 1131, а затем в ст. 1132 и 1133. Оно определяется, хотя и в меньшей мере, в наших кодексах: первоначально в ст. 1131, а затем в ст. 1132 и 1133. Оно определяется, хотя и в меньшей мере, в наших кодексах: первоначально в ст. 1131, а затем в ст. 1132 и 1133.

в) Наконец, случайные элементы — это те, существование которых не предполагается, по которым стороны волеизъявили, но для этого должны доказать свое на то намерение, напр., срок или условие.

1) Соглашение сторон, устанавливающее договор, может и отменить его (ст. 1134, ч. 2). Но эта отмена не уничтожает договора с обратной силой; это — второй договор, противоположный по смыслу первому договору. Действие, произведенное в прошлом первым договором, остается. Если, например, первый договор признает переход права собственности, то второй договор признает новый переход этого права. Придется два раза оплачивать переход права; если в промежутке между двумя договорами были установлены вещные права, они продолжают существовать. В этом разница между отменой договора и расторжением или осуждением договора, которые уничтожают договор с обратной силой.

II. Ограничения этого принципа. Понимаемый так принцип свободы договоров терпит некоторые ограничения, общие и специальные.

A. Общие ограничения. а) Договор не может нарушить неприкосновенность имущества третьих лиц: это — другая форма выражения принципа относительного действия договоров.

б) Законы, затрагивающие публичный порядок и добрые нравы, не являются исполняемым воли сторон, но императивными (безусловно обязательными) нормами; отменить их соглашением сторон нельзя (ст. 6 и 1133).

B. Специальные ограничения. Они существовали в отношении трех договоров: ассоциация (объединения), кредитного займа, ипотечного займа. Второе ограничение отменено, первое — сокращено новыми законами. Закон 1 июля 1901 г. приравнивает договор ассоциация к общему праву. Война и экономический кризис привели к отмене ограничений размера процентов и, наоборот, вызвали ограничения, относящиеся к ипотечному займу.

1) Договор ассоциации в широком смысле есть договор, посредством которого несколько лиц объединяют свою деятельность для достижения условленной цели. Если эта цель — экономические выгоды (напр., содержание торгового заведения с тем, чтобы доходы делились между участниками), то объединение называется товариществом; товарищество может быть гражданское или торговое. Договор товарищества регламентируется гражданским кодексом (ст. 1822 и сл.), торговым кодексом и специальными законами.

2) Это понятие общества, не преследующих цели ивлечения прибыли, как ассоциация *stricto sensu* (в узком смысле слова), то же имеет много благотворительные, артистические, литературные, религиозные и пр. (см. зак. 1 июля 1901, ст. 1).

В отношении их законодательство первой империи установило наиболее исключенное из принципа свободы соглашения. Гражданский кодекс не только не упоминал об них, но их образование могло составлять деликт (ст. 291 уг. код.). Важное объединение более, чем 30 человек, могло законным образом возникнуть только с разрешения правительства (професора или профессора права). Санцией служила роспуск объединения и штраф от 16 до 200 франков, payable на начальников, директоров или президента (ст. 292). Это законодательство, подчинившее право образования союзов правительственному усмотрению, подверглось сильной критике, начиная с 1850 г.

Начиная с этой даты, была издана целая серия специальных законов, регламентирующих некоторые объединения: законы 15—20 июня 1850 г. об обществах взаимопомощи; 21 июня 1865 г. — о союзах собственников сельских недвижимостей; 12 июня 1875 г., ст. 19, — об обществах свободного высшего образования; 21 марта 1884 г. — о профессиональных союзах; 22 декабря 1888 г. — о союзах собственников городских недвижимостей; 30 ноября 1892 г., ст. 13, — о союзах врачей; 1 апреля 1898 г. — о союзах взаимопомощи. Но несмотря на эти специальные законы, принцип статей 291 и 292 уголовного кодекса оставался в качестве общего правила.

Начиная с 1890 г. общественное мнение более энергично потребовало отмены ст. ст. 291 и 292 и возвращения к общему праву (см. именно: *Vareille-Sommière*, Договор ассоциация, Париж 1893; *Dagreste* в *Revue de Deux Mondes*, 1891). Министром Дюпюи был представлен в 1899 г. проект закона Государственному совету и внесен в парламент 14 декабря 1899 г. министром Вильдек-Руссо. 1 июля 1901 г. проект стал законом.

Этот закон распространяет на договор ассоциации общее договорное право (ст. 1 в конце). Из этого следует, что договор ассоциация имеет силу, независимо от чьего-либо разрешения или предварительного заявления (ст. 2). Ст. ст. 291 и 292 угод. кодекса были прямо отменены статьей 21.

Но если сила договора с этих пор не зависит от всяких административных формальностей, то не так не обстоит дело с юридическим положением объединения, и специально с его правоспособностью. Закон предоставляет (ст. 6) ограниченную правоспособность. Чтобы получить правоспособность, от объединения требуется не получить разрешение, а сделать заявление в префектуру или суррефектуру, регламентируемое статьей 5. Кроме того, объединения могут получить более широкую правоспособность, определенную в ст. 11, при условии, если объединение признано в качестве общественно-полезного декретом, изданным в форме регламента государственного управления (ст. 10).

2) Процентный заем. Потребительный заем в принципе — безвозмездный; заемщик должен вернуть то же количество того же рода вещей, какие были получены займом (ст. 1892).

Но можно высказать сомнения (ст. 1905), которые, в экономическом смысле зрения, представляют собой как бы плату за пользование заемным капиталом. Этим оправдывается договор о процентах.

Эта плата не всегда признавалась. Процентный заем возмещался исключительно правом и порождаемым юридическим, или по крайней мере, под предлогом, что нельзя принуждать и покровительствовать сумм, чем была получена. Это запрещение противоречит экономическим потребностям, обходилось значительными расходами; одним из наиболее важных было установление ренты.

Этот период запрещения окончивается вместе со старым режимом. Декрет 3—12 октября 1789 признает процентный заем дозволенным. Закон 3 Термидора IV года, ст. 1, устанавливает абсолютную свободу, без ограничения размера процентов.

Гражданский кодекс признает дозволенным характер процентного займа (ст. 1905). Но система абсолютной свободы средневекового права оказалась опасной, так как она благоприятствовала ростовщичеству. Тут возник вопрос: не следует ли ограничить размер взимаемых процентов? Этот вопрос не был разрешен гражданским кодексом; ст. 1907 есть максималистский закон, когда он объявляет, что договорные проценты могут превышать дозволенные проценты во всех случаях, когда закон этого не указывает. Размер договорных процентов должен быть установлен в денежной форме). Закон, на который ссылается ст. 1907, был опубликован 3 сентября 1807 г.; максимальный размер договорных процентов был установлен в 5% при гражданских сделках и в 6% при торговых сделках. Этот закон был дополнен законом 19 декабря 1830 г.

Этот режим подвергся сильной критике. В нем видели стеснительный закон под предлогом защиты. Признавали, что законодатель не может брать на себя определение размера процентов, под которым можно давать денежные займы, так как размер процентов естественно меняется в зависимости от обстоятельств, от риска, которому подвергается заимодавец, и пр., и что размер процентов можно определить только свободным соглашением. К тому же законодательное ограничение оказалось бы на практике недействительным, как это было с запрещением старого права. Его легко обойти, подписав расписку, в которой указана большая сумма, чем полученная в действительности.

Авторы этой критики получили частичное удовлетворение в законе 12 января 1896 г., который отменил ограничительно договорных процентов при торговых займах.

Ограничение признали свободой договора свелось таким образом к общегражданским договорам займа. Это ограничение так же естественно преобразовалось в виду новых экономических условий, как и раньше в связи с войной. Закон 18 апреля 1915 г., ч. 1, постановляет, что расторжения закона 3 сентября 1807 г., содержащего ограничение размера договорных процентов в области обще-

гражданских сделок, приостановлены на время войны и на последующий период не менее пяти лет, считая от прекращения военных действий. Ключевой момент этого приостановления должен быть определен декретом. Постановку такого декрета еще не видно, определение размера процентов при общегражданских сделках остается вполне свободным.

Ст. 1154 регламентирует анатоцизм, т. е. условия, при которых можно начисленные проценты присоединить к капиталу, чтобы они приносили в свою очередь проценты (см. П а л а в о в а и Р и н е р, лит. соч., т. II, 11-е изд., § 206 и сл.).

Ограничение договорных процентов нет в большинстве иностранных законодательствах (см. анал. гр. код., ст. 1831; исп. зав. 14 марта 1856 г.). В Германии свобода определения размера процентов допущена ст. 246 гражданского уложения. Но постановления в защиту должника вытекают из ст. 217. Если установленный в договоре размер процентов превышает 6, должник может, по истечении 6-месячного срока, вернуть капитал, сделав предложение об этом за 6 месяцев. Ветное противоречащее этому условие недействительно. Кроме того, по закону 24 мая 1890 г., измененному законом 19 июня 1893 г., велелась борьба с ростовщичеством¹. Несмотря на свободу определения размера процентов, признается ростовщичеством, если заимодавец обманчивым образом злоупотребляет положением должника, чтобы добиться слишком больших процентов. Ростовщичество влечет за собой санкцию и уголовную в гражданскую, а именно, ст. 138 германского гражданского уложения признает недействительными ростовщические договоры (ср. Saleilles, Déclaration de validité, стр. 292 и сл.).

(3) И м у щ е с т в е н н ы й з а е м. Под влиянием войны, глубокие изменения были внесены в действие имущественного займа в отношении обязательства платежа денежной платы, расторжения и возобновления договора. После 19 декретов о моратории, были изданы закон 17 августа 1917 г. о расторжении аренды остальных участков, а в области городского имущественного займа — законы 9 марта 1918 г., 1 марта 1921 г., 1 апреля 1926 г., 21 июня 1927 г., 29 июня 1929 г., 30 июня 1935 г.; декреты — законы 16 июля и 20 октября 1935 г., касающиеся повышения арендной платы на 10%; закон 20 июня 1936 г., изменяющий закон 30 июня 1935 г.².

¹ Ст. 3, отменяющая санкции в отношении действия франк уложения, ст. 47.

² Ср. Коэн и Кантэн, лит. соч., т. II, § 700. Закон 12 июля 1923 г. установил порядок пересмотра договоров аренды и договоров купли-продажи. В области сельской аренды и в области жилищной аренды пересмотр, серия законов, из них ст. 127 и др. — закон 19 июля 1924 г., в 2 июля 1925 г., так же как закон 12 августа 1925 г. — в отношении аренды арендаторов. См. об этой области законодательства на предмете рента обзор Кантэна и D. hebdom. 1934, стр. 1. R. P. et L. Le régime démocratique et le droit civil moderne. Librairie générale de Droit, 1935.

За исключением этих ограничений, принцип свободы договора сохраняет свое господство. Поэтому важное значение имеет толкование договоров.

III. Право суда толковать договоры. В этом отношении принцип таков, что все договоры *bonae fidei*. Нет больше договоров строгого права, как у Рима. Суд никогда не обязан ограничивать их узким выражением формулы, употребленной сторонами. Обычно в справедливые условия подразумываются (ст. 1134, ч. 3 и ст. 1135; Каз. касс. суд., 4 мая 1905 г., D. 1905, I, 359).

В руководстве суду в этом широком толковании закон установил известные правила, заимствованные из *Traité des obligations* Порта, том III—402 (см. ст. 1155—1154).

Одна — ст. 1162 — заслуживает замечания. «В случае сомнения договоры должны толковаться против того, кто выговорило условие, и в пользу того, кто принял на себя обязательство». Это — применение правил о доказательстве, согласно которым тот, кто ссылается на право, должен доказать его существование. Если, следовательно, соглашение вызывает сомнения, последнее устанавливается в пользу должника, так как кредитор не может установить обоснованность своей претензии. Исключением сделано в области купли-продажи. Ст. 1602 объявляет, что договор не исполняется против продавца, даже если сомнительное условие касается прав покупателя. Почему такое различие? Это — потому, что продавец определяет условия продажи. Если в договоре есть неясность, он и должен нести последствия своей вины.

Определение правомочий суда, рассматривающего дело по существу, в отношении толкования договоров является, по классической теории, исключительно проблемой психологического анализа и исследования намерения.

Но часто бывает, что подлинное намерение сторон не выявляется потому, что они не предусмотрели спорного вопроса. Нередко говорят, что суд должен тогда искать их предполагаемое намерение. Но в этом заключается частая фикция: как вскрыть намерение сторон относительно случая, которого они не предвидели, или в отношении которого они имели бы противоположные намерения, если бы они его предвидели? Пример дан в решении Паризского суда 15 февраля 1902 (Gaz. Trib., 2 мая 1902). Дело шло о том, чтобы узнать, могли ли агенты с биржи обратиться против хозяев предприятий на закон 1893 года о несчастных случаях на работе. Ответ получался положительный, если договор рассматривать, как наем услуг, и отрицательный, если же это был наем вещей (кареты). Паризский суд решил, что следует определить согласно общей воле сторон. Но вполне очевидно, что вопрос об юридической природе договора не был предусмотрен, и что в отношении спорного пункта стороны имели разные взгляды на вещи. По сути общего намерения здесь чуждая фикция (другой пример: Бордо, 4 февраля 1907, Gaz. Trib., 21 февраля 1907; ср. R. port, Rev. crit., 1907, p. 197). Гораздо

точнее сказать, что в этих случаях суд должен решить по справедливости в нормам права, выведенным из соображений экономического и социального интереса.

Примирение в этой области, с одной стороны, классической теории воли и, с другой стороны, новых теорий, выдвинутых предположительнее значение объективной справедливости, является возможным в следующей формуле: если есть индивидуальная, но познаваемая воля, суд должен ее применить; если же такую волю установить нельзя, суд должен ее применить, а решить в соответствии с справедливостью и общественным интересом (см. D. og. et L'interprétation des actes juridiques privés, thèse Paris, 1905).

Служит ли ошибочное толкование основанием для кассации? В принципе в кассационный суд можно обратиться только с жалобами на превышение правомочий или нарушение закона. На фактическую ошибку, допущенную инстанцией, рассматривающей дело по существу, нельзя жаловаться кассационному суду. Является ли неправильное толкование законом нарушением закона или ошибкой в факте?

Очень старая судебная практика кассационного суда Ломы снала в этом случае кассационную жалобу. Исходя из ст. 1134, ч. 1, она заключала отсюда, что ошибка в толковании договора равносильна неправильному толкованию закона. Очень скоро признали неправильность этого толкования (Cass., 2 февраля 1803, S. 08. 1. 183). Толкование договоров предполагает выяснение намерения; это — частный вопрос факта. Решения суда первой инстанции все-таки самостоятельны. Такое разрешение вопроса прискорбно, потому что оно отрицает возможность разных решений по делам одного рода.

Однако два средства позволяют нередко кассационному суду исправлять, несмотря на этот принцип, ошибочное толкование: 1) Когда суды установили содержание договора, они не могут отказать ему в его законных последствиях. В противном случае было бы превышение полномочий, служащее основанием для кассации. Например, если они признают, что стороны имели вступить вещь за известную цену, они не могут отказать признать за этим соглашением законные последствия продажи. 2) Мы видели, что суды связаны договором; они могут его только толковать, но не заменять. Если под предлогом толкования они изменяют соглашение, они совершают превышение власти, которое дает возмещение кассационное обжалование. Этим обеспечивается фактически контроль кассационного суда над толкованием (см. Marty, De la distinction du fait et du droit, thèse Toulouse, 1929¹. Ср. Cass., 18 декабря 1893, S. 95. 2. 134).

¹ [Официально при кассации, ст. 461 ср. ст. 710. 21 февраля 1931, с дополнен обжалована Bourdet, D. P. 1931. I. 135, 4. 1931. I. 231, с изменением Обои: 21 октября 1930, S. 1931. I. 227, авторство Paul Esmein]

В соответствии с принципом предыдущими замечанными, он действует еще в том возрасте. Во всех случаях, когда, при отсутствии воли одной стороны, мы допустили, что суд должен применить правила, вытекающие из справедливости или общественной пользы, дело идет не о предположении фактической воли, а о применении нормы права. Это применение могло бы подвергнуться контролю каскадного суда¹.

Отделение II

относительное действие договоров

По ст. 1165 соглашения имеют силу между сторонами, но не имеют силы в отношении третьих лиц.

Формулирование таким образом принято не является новым. Между сторонами и третьими лицами существует категория лиц, которые не участвовали в договоре и которые, однако, могут им воспользоваться или подвергнуться последствиям из него, но крайней мере, при известных обстоятельствах или в известной мере: это — правопреемники, т. е. согласно общему, незыбкому правилу воли, лица, приобретающие, на основании прав сторон, права на имущество сторон, или на вещь, предмет договора. И так, нам предстоит изучить в трех параграфах сорока и договора, третьих лиц, правопреемников.

§ 1. Стороны в договоре

Определение их легко; это — лица, воли которых связаны договором: продавец и покупатель; наймодавец и наняемый, и пр.

Но здесь нужно учитывать правила представительства. В отличие от римского права, французское право допускает, что лицо, не участвуя лично в договоре, может быть в нем представлено другим лицом. Представитель является только посредником. Все происходит так, как если бы представляемая сторона лично участвовала в договоре. Права и обязанности, вытекающие из договора, возлагаются прямо и имущество представляемого. Они ос-

¹ См. также 501. В. Р. 1901, т. 5, замечание Savatier и доклад генерального прокурора Mallat. Грэнб., 16 февраля 1904. S. 193, L. 257, замечание Mallat.

² В статье германского гражданского уложения см. Salaffitz, *Rechtswörterbuch*, в статьях 133 и 157. В германском праве эта проблема является предметом усовершенствованных принципов возмездия. Принципы возмездия, как они существуют на их субстантивной воле, но на воле — по существу, являются субъективными и вольноизменчивыми. Указанное применение этого принципа применимо не для римского права при формальных договорах, и тогда любая воля не соединяется с волей, если она не походит на текст формулы. Это было бы совершенно с потребностями естественной правды; однако, в римском праве, воля была невольна и невольна была между классическим периодом в истории римской цивилизации. В результате германского права, возмездие является невольным от своей природы (см. также Salaffitz, *Rechtswörterbuch*, 1901, т. 5, 193).

таются чужими для представителя, юридическая личность которого стирается. Иначе было в римском праве; права и обязанности устанавливались сначала в имущество лица, которое материально заключало договор; если это лицо умерло, то дело вошло за счет другого, было необходимо перенести права и обязанности посредством нового юридического акта.

Нормальный случай представительства это — случай договора поручения (ст. 1164 в сл., и специально ст. 1998). Представитель участвует в акте в силу договора, ранее заключенного с представляемым; этот договор служит основанием и границей его прав. Другой смежный случай — ведение чужих дел без поручения. Этот случай отличается от поручения тем, что акт, совершенный от имени другого, совершен без договора или предварительного полномочия. Акт, совершенный таким образом лицом, ведущим дела, в принципе не может иметь силы в отношении хозяина дела; но этот последний может его одобрить. С этого момента все происходит так, как если бы акт лица, ведущего дела, был совершен в силу поручения: «*Ratihabitis mandato acquiescat*» — одобрение приравнивается к поручению.

Ново, что принцип представительства не есть исключительно из правила об относительном действии договоров. Он только расширяет понятие сторон в договоре, понимаемое в праве сличном уже в сличном материально (см. Pilon, *De la représentation dans les actes juridiques privés*, thèse 1898).

§ 2. Третьи лица.

Выражение «третьи лица» имеет иногда в нормах закона смысл, недостаточно определенный; оно означает различные категории правопреемников. По точному смыслу ст. 1165, третьи лица — это те, которые не фигурировали в договоре ни лично, ни через представителей, и которые не производят от сторон никакого права, делающего их правопреемниками. Следовательно, для уточнения этого понятия необходимо определить понятие правопреемников. Эти третьи лица *stricto sensu* (в строгом смысле) являются *res inter alios acta*, совершенно посторонними.

Ст. 1165 объявляет, что соглашения не вредят третьим лицам, и с другой стороны, что они в не дают им выгода. Этот принцип выражается афоризмом: *Res inter alios acta nihil prodest alteri nec prodest, nec prodest* (дело, имеющее место между одними, другим не вредит, ни приносит пользу).

Как применяется этот принцип?

1. Соглашения не вредят третьим лицам. Возьмем двух собственников и наследника участка. Один совершает какое-то ухудшение этого участка. Один из собственников, действуя в одиночку, договаривается об ограничении размера ущерба, подлежащего возмещению. На это соглашение наследник участком

преступления против другого сообственника, который сохраняет в пользу свой иск о возмещении убытков и взысканию долга.

В качестве исключения из этого принципа, допускают, что на акты чужого управления, совершенные мнимым собственником или чужим титулом (основание права) которого недобросовестный или поддельный приобретатель, можно сослаться и против настоящего собственника, хотя он является третьим лицом. Мы видели принцип этого решения в случае оспаривания договоров (ср. ст. 1673, 1674, више, стр. 173).

Важное второе исключение: хотя принято правило по обязанности по актам есть акт управления, оно имеет силу и против поддельного субъекта права требования, если платеж сделан добросовестно владельцу документа, в котором выражено право требования (ст. 1210).

Насколько судебная практика допускает еще более широкое исключение в случае актов, совершенных мнимым наследником, т. е. лицом, которое, не будучи наследником, владеет, однако, наследством по титулу наследника. На акты, совершенные мнимым наследником, можно будет сослаться и против настоящего наследника, когда он будет введен во владение наследством. Требуется только, чтобы акт был совершен с добросовестным лицом, но не приходится различать акты управления и акты распоряжения. Это правило учено принято судебной практикой, почти без всякой оговорки для него в тексте закона, в интересах устойчивости соглашения и кредита. Это учение вызывает большие споры между отдельными авторами. Впрочем, по видимому, судебная практика в этом отношении, по крайней мере практика апелляционных судов, в настоящее время менее твердо проводит такое учение. По высшему суду остается верным своей традиционной практикой (см. Гранд., 26 января 1897, *Pand. fr.*, 1901, 1. 209 и посылит. замечание Sarrut, D. 97, 1. 33 и замечание Chagnont, *Rev. crit.*, 1902, стр. 16—22; Crémieux, *Des actes de l'héritier apparent*, *Rev. trim.*, 1910; [Colin et Capitant, цит. соч., т. II, § 121 и т. I § 930; Jossierand, цит. соч., т. II, § 261 и т. I, §§ 1547 и сл.; Planiol et Ripert, цит. соч., т. II, §§ 1472 и сл.]).

В торговом праве мировое соглашение между несостоятельным и собранием кредиторов, совершенное с соблюдением условий закона, обязательно для всех кредиторов несостоятельного (Торг. код., ст. 507—510).

2. Соглашения не имеют силы в пользу третьих лиц. Воля должника ограничивается в своем действии только тем, что он выражает.

Ст. 1121 вводит в это правило полное исключение, прямо предусмотренное в ст. 1165. Мы увидим, в связи с теорией договоров в пользу третьих лиц, что это исключение должно допущения общего правила.

Другое исключение из принципа — более специальное: в обла-

сти платежа (ст. 1236, ч. 2) лицо может уплатить чужой долг и этим платежом освободить должника, но участвовавшего в платеже. С другой стороны, лицо может с согласия кредитора принять на себя долг и этим освободить должника, помимо его участия (ст. 1274)¹.

§ 3. Правопреемники

Это — лица, которые приобрели права на основании воли сторон по договору. Ст. 1165 не говорит о них; ст. 1122 постановляет, что «считается, что лицо заключает договор для своего себя и для своих наследников и правопреемников, кроме тех случаев, когда противоположное выражено в соглашении или вытекает из природы соглашения». Под «sibi et heredibus» здесь нужно разуметь «заключить договор». Следовательно, договоры имеют силу и в отношении правопреемников. А это порождает два вопроса: кто эти правопреемники и какова сила договоров в отношении их?

1. Определение правопреемников². Различают две категории правопреемников: действительно, есть два способа приобретения прав от сторон: универсальное приобретение или на универсальном титуле и приобретение на индивидуальном (частном) титуле.

Универсальное приобретение, или на универсальном титуле, имеет место в случаях приобретения права на всю совокупность имущества или на долю этого имущества ($\frac{1}{2}$, $\frac{2}{3}$), без приятия отдельных предметов. Отсюда первая категория правопреемников: правопреемники универсальные или на универсальном титуле.

¹ Принцип относительности договоров должней, впрочем, пониматься в разумном способе. Он обозначает только, что лица, посторонние договору, не могут сослаться на содержание из договора права или обязательства, вытекающие из него обязательства. Но этот договор существует в отношении их, как и в отношении сторон, поскольку договор — акт действительный, которых они, как таковые, должны уважать. Поэтому не третье лицо, которое является соучастником в нарушении договорного обязательства одним из контрагентов, несет действительную ответственность (Нам. касс. мал., 12 янв., 1926, D. hebdom., 1926, стр. 116; Гранд., 14 ноября 1927, D. P. 1929, 1. 131. Ср. P. Hugueny, *La responsabilité, du tiers contractuel de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, 1910. L'aj. s. n. 1282 contra 1165, D. hebdom., 1928, Chronique, стр. 169; Уксал., 22 марта 1928, D. hebdom., 1928, стр. 273). Точно так же контрагент может возразить против лицу, желающему выступить против него с иском de in rem verso, основывая на договор, в силу которого предоставление было ему сделано для доставки устанавливает справедливое основание обязательства, которое должно уважать и третье лица: универсальное имущество, которое они могли бы иметь в соответствии с этим обогащением, ограничивается в силу этого факта только недостаточным, чтобы легитимировать иск о несостоятельном обогащении (Нам. касс. мал., 12 февраля 1923, D. P. 1923, 1. 64). О применении к отсутствующим от своего имени, ср. Colin et Capitant, цит. соч., т. II § 121 и сл., и Sarrutier, *Le principe de la relativité des contrats*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1934).

² Ср. Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1912; Вольфелло, *La notion juridique du créancier chirographaire*, *Rev. trim.*, 1920, стр. 102 и сл.

приведено к точности (ср. Гай, III, 109, упомянутый Юстинианом, Inst., III, XIX, 13). Действующее решение есть логическое следствие принципа свободы соглашения.

В стипуляциях post mortem, хотя осуществление права или обязанности отлагается до смерти стипулянта или должника, наследник приобретает право или обременяется долгом только в качестве преемника в имущество своего предшественника. Право или обязанность возникает не непосредственно в его имущество, а в имущество de suis (т. е. предшественника); но их исполнение в силу задержано до того момента, когда они переходят к наследнику. Это — не простая юридическая точность. Она имеет очень важное практическое последствие: если дело идет о праве, оно поступает к наследнику только после того, как прошло через имущество de suis, и, следовательно, вошло в состав залога кредитором наследства. Наследнику нельзя будет претерпевать на незначительное использование этого права. Это решение не применяется в случае страхования жизни по закону 13 июля 1930 г., ст. 63, ч. 2, и ст. 67. Когда лицо страхует себя в пользу своих наследников, капитал, увеличиваемый в случае его смерти, должен был бы, если применить общее правило, войти в состав залога кредитором застрахованного. Если он умер неплатежеспособным, наследники не могли бы эту сумму освободить от залога кредиторов. Это решение было в течение долгого времени источником больших затруднений. Но закон 1930 г. применяет здесь принцип договора в пользу третьих лиц; наследники считаются третьими выгодоприобретателями названной суммы; они имеют на них собственное право, которое можно противопоставить кредиторам наследства.

Невозможность обременить или предоставить выгоды по договору некоторым из наследников. До сих пор эти стипуляции или обязательства рассматривались нами, как производящие влияние в отношении всех наследников без различия, в меру их наследственных долей. Но можно ли стипулировать или обещать от имени одного или нескольких из своих наследников так, чтобы на других долги не распространились?

Затруднение в данном случае в том, что здесь дело не в одном решении автономной воли. До сих пор мы имели в виду, что обязательства ст. 1122 могут быть упомянуты автором акта, потому что стипуляция, вытекающая просто из исключения срока, вошла в его компетенцию. Но здесь возникает новый вопрос: дело идет об исключении нормальных последствий перехода имущества по наследству, отчасти отмена права и обязанности распределять наследственную долю, в которых признает каждый из наследников. Дело идет о том, чтобы дать выгоды или возложить обременения на одного или нескольких наследников с исключением других. Это возможно по завещанию или посредством дарения по преимуществу; но этого не бывает посредством обычной

ного соглашения между живыми. Таким соглашением устанавливалось бы договор о будущем наследстве, а было бы не действительным, кроме очень исключительных случаев, когда закон позволяет распорядиться посредством акта между живыми своим собственным наследством.

Остается определить значение этого решения.

(1) Нельзя при заключении договора обременить одного или нескольких наследников с освобождением от обязанности других наследников. Против этого решения указывали на ст. 1221 и 4, который предусматривает случай, когда документом возложено исполнение на одного из наследников; кредитор может тогда предъявлять к нему иск в полной сумме. Но это — ошибка. Этот текст не противоречит нашему принципу. Действительно, когда наследник уплатит полностью весь долг, он будет иметь обратный иск против своих сонаследников, чтобы получить то, что он уплатит сверх своей наследственной доли (ст. 1221 в конце). Таким образом, обязанность в конечном счете окажется распределенной на равные части: сонаследники, на которого возложено исполнение, только дает аванс.

Принимая принцип, держались тогда того взгляда, что этот принцип допускает исключение. Признают, что невозможно обременить одного или нескольких наследников всей суммой долга, свыше их наследственных долей. Но нельзя ли признавать некоторых наследников одних ответственными за долг в размере только их наследственной доли, с уменьшением долга в оставшейся его части? Допустим, существует долг в 3 000 франков. Должник имеет двух наследников — Первого и Второго. Нельзя ли будет заключить договор, что по смерти должника Первый оставит одна обремененным этим долгом в размере его наследственной доли, т. е. 1 500 франков, и то время, как Второй будет свободен от ответственности? Высказывались за возможность этого, замечая, что обремененный сонаследник не несет в действительности какой-нибудь дополнительной ответственности, сверх той, какую на него возлагает его приращение к наследству, на основании общих правил. И добавляют, что это решение — традиционное (Цельс, D., II, 14. De pactis, 33. Пот. и о. Обязат., ком. 65).

Это — неправильно. Принцип применяется даже здесь, так как отличие этого случая от предыдущего только внешнее. Сущность сводится к следующему: долг делится на две части, одна — возложенная, которая со смертью прекращается, другая — наследственная. Эта часть может быть возложена целиком на одного из сонаследников, в то время как другая будет от этой ответственности освобождена. В отношении этой части складываются в точности все элементы общего случая и, следовательно, не приходится проводить между ними различия. Представленное решение Цельса объясняется, без сомнения, тем, что этот между завещательное соглашение о будущем наследстве не было еще ясно определено.

(2) Нельзя предоставить выгоду на договор одному из наследников, исключив других. Это решение установилось начиная с римского права (Номиней, D., XLV, 1, De verb. obl., 137, 8; Потье, Obligat., нем. 64).

Держась той точки зрения, что существовало исключительно, когда право требования имело предметом действие должника. Мысль, возникшая ранее патентованным тестам, выговорить по договору, что один из наследников будет иметь право требовать выгоду, а другие наследники такого права иметь не будут. Потье приводит в качестве примера обязательство написать картину. Это решение можно принять, но следует тогда эту оговорку толковать, как простое поручение, данное наследнику на исполнение исполнения; оно не создаст бы препятствия для права других наследников требовать, чтобы предмет предоставлен был всем в наследственную массу. Мысль Потье в этой части, впрочем, была, как кажется, темного происхождения.

Следует, однако, сохранить возможность привилегированного действия совершаемого в виде преимущественного права одному преимущественному наследнику в размере доли, которой меньше распределяется.

Другая оговорка следует из возможного применения ст. 1121. Автор акта может считать одного из своих наследников не в качестве преемника в своем имуществе, но в качестве нового третьего лица, который будет иметь силу вследствие применения не ст. 1112, а ст. 1121. И это представляет большой практический интерес: право не было получено по титулу наследника и вследствие этого не подпадает под действие залога кредиторов наследника. С другой стороны, по общему мнению, третье лицо может приобретать право в силу ст. 1121 только в том случае, если оно в момент договора родилось или, по крайней мере, было живым. Отсюда вытекало бы, что предоставленное право возможно только в пользу наследника уже зачатого. Мы увидим, наоборот, что в действительности возможно выговаривать право в пользу будущих лиц (см. ниже).

Эта оговорка и ст. 1121 играли очень важную роль в развитии страхования жизни; оно позволяло сообщить полный эффект страховке в очень практическом случае, когда застрахованный договаривался, чтобы страховая сумма была уплачена по его смерти одному или нескольким из его наследников, с исключением других наследников (см. закон 13 июля 1830 г., ст. 63—64).

В. Правопреемники на сингулярном титуле. Не исключенно абсолютно иное по сравнению с пред-

дущей категорией. Сравните, например, положение при Бретеле недвижимости с положением наследника: первый не имеет никакого права на имущество, а второй имеет право на отдельную вещь.

Это различие проявляется двумя способами:

1. Переход вещных прав и возможности. Акт отчуждения, увеличивающий или уменьшающий вещное право, которое отчуждатель имел на вещь, и следовательно до отчуждения, приведет свое действие в отношении приобретателя. Это — необходимое следствие той идеи, что приобретатель является преемником своего праводеятели в отдельном праве со всеми преимуществами или ограничениями, какие с ним связаны. Это положение легко можно применить к случаям установления вещных прав, придаточных и переданному праву, или обременения этого права. Будучи советником в значительном участии, я выговариваю себе от соседа сервитут прохода. Если я продаю участок, покупатель будет в состоянии пользоваться сервитутом, хотя бы в договоре продажи и в этом отношении не было никаких обязательств. В самом деле, покупатель приобретает право собственности на господствующий участок. Сервитут был действительным свойством этого права собственности, привязанным реальной связью к продаваемому участку. Следовательно, он приобретен вместе с участком. Обратно, если я согласился на установление сервитута прохода через мой участок и потом участок продаю, покупатель должен будет терпеть сервитут. Во время продажи я имел только ограниченное право собственности. Передать другому я мог только то, что имел, и правопреемник мог приобрести только ограниченное право.

Уместно оговорить принцип земельной записи, когда установленное право фигурирует в переписи статей 1 и 2 закона 23 марта 1855 г. В этом случае, для приобретателя будет иметь значение вещное право, установленное до отчуждения, только тогда, если это право было включено в книгу раньше его отчуждения титула.

2. Непередаваемость прав требования и долгов. Правопреемники на сингулярном титуле не имеют никакого общего права на имущество. Поэтому акты, касающиеся всего имущества в целом, но не индивидуально, в частности, передают право, не будут иметь действия в отношении правопреемника. Следовательно, он не сумеет воспользоваться правами требования, приобретенными его праводеятелем, и не должен будет отвечать по долгам, которые лежат на том. Обязательственные акты не могут признавать реальными свойствами переданного права. Долги обременяют имущество правом общего залога, но из этого не вытекает никакого вещного обременения, касающегося того или иного предмета в отдельности.

Это остается правильным в принципе, даже если право требования или долг были установлены по поводу отчужденной ве-

¹ См. Leprêtre, *De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats plurilatéraux d'obligations*, Rev. trim., 1924, стр. 461 и сл.; *La relative*, Le prétendu principe de la relative des contrats, Rev. trim. de droit civil, 1924.

ца. Если, например, собственники дома заключили договор с подрядчиком на производство некоторого ремонта, он приобретает отсюда право требования. Но если до исполнения ремонтных работ он продает дом, покупатель не может воспользоваться договором. Если собственник участка обещает соседу снести стену, аккредитованную вид, в следствие этого скрывается обремененным личным обязательством. До исполнения обязательства он продает свой участок. Покупатель не будет обязан снести стену, потому что здесь было обязательство, обременяющее имущество должника in se (в целом), а не реальное обременение, лежащее отдельно на передаче право собственности.

• Можно ли отсюда сделать замечание, что во всех случаях нельзя передать право требования или долги на случайного приобретателя вещи? Такое решение было бы неприемлемым практически. Выдают права требования или обязанности, которые имеют тесную связь с передаваемой вещью, потому что они усложняются только ввиду владения этой вещью. Если они не переходят к приобретателю, то после отчуждения вещи они утрачивают значительную часть своей хозяйственной ценности. Например, новым субъекту сервитута прохода через участок Первого. Чтобы обеспечить осуществление своего права, он договорился с Первым, что если тот будет мешать пользоваться сервитутом, он уплатит ему 500 франков. Практически это право требования связано с господствующим участком; оно нужно только тому, кто собственник этого участка. Если этот собственник продает господствующий участок Второму, право требования становится для него бесполезным. И наоборот, оно было бы очень нужно для Второго, который приобретает сервитут. Скажем ли мы, что этот последний не может стать субъектом права требования? Обратно, если Первый продает слугающий участок Третьему, разве, чтобы новый собственник был обременен обязательством уплатить условленную сумму в случае непредоставления пользования проходом, потому что именно он с этих пор должен будет терпеть сервитут. Нельзя ли передать на него обязательство?

Мы знаем, что ни права требования, ни обязанности не могут передаваться в силу закона. Но передача возможна благодаря практическим поправкам. Здесь уместно различить, идет ли дело о правах требования или о долгах.

а) Если дело идет о правах требования, отчуждатель сможет уступить свое право требования приобретающему депозитным договором и казенному договору (ст. 1689—1690). Но, в принципе, нужно будет прямое соглашение с вытекающими необходимыми формальностями.

В некоторых случаях, при прямом соглашении не будет необходимым; связь между правом и переданной вещью окажется настолько тесной, что будет сделана презумпция, что стороны имели в виду передать право требования приобретателю вместе с вещью. Так будет в случае неустойки, присоединенной

к установлению сервитута (ср. Павла, D., II, 14 De pactis, 17, 5; Потье, Област, том 67—69). Разным образом, возмем право требования, обеспеченное поручительством. Субъект права требования передает его право, не упоминая о поручительстве; будет, тем не менее, признано, что поручитель вступает в права против поручителя в то же самое время, как и против главного должника, ибо поручительство есть отношение, предшествующее и главному обязательству.

б) Если дело идет о долгах, проблема сложная, между двух сообразностей: нельзя будет допустить презумпцию перехода долга так же легко, как только что презюмировался переход права требования, потому что нельзя легко презюмировать, что лицо согласилось взять на себя обязательство; но обратное правило нужно, чтобы с его стороны было специально доказано принятие на себя долга. С другой стороны, нельзя назвать кредитором *по умолчанию должника*. Следовательно, передача долга не освобождает первоначального должника, который остается обязательным наряду с новым должником, кроме того случая, когда кредитор примет личное участие, чтобы освободить первого должника.

С этими двумя оговорками можно признать, что на право римлянина при известных обстоятельствах перейдет долг праводеяния, причем в одних случаях в силу соглашения, в других — даже в силу постановлений закона.

а) Договорная передача. Отчуждатель может возложить на приобретателя личное дополнительное обязательство с помощью договора о передаче долга. Кредитор, хотя бы и не участвовавший лично в договоре, получает иск против нового должника в силу ст. 1121 и принципов договоров в пользу третьих лиц. Он будет считаться выгодоприобретателем по договору, совершенному в его пользу, чтобы дать ему возможность получить нового должника.

Таким образом, по общему правилу необходимо заключить специальное соглашение между двумя должниками, причем действие его ограничено, так как старый должник остается ответственным.

Однако в некоторых случаях можно не применять этого правила.

Вызывает исключительные случаи, когда можно будет признать, что передача долга приобретателю освобождает отчуждателя. Может быть, что кредитор, при установленном обязательстве, смотрел на личность должника, как на безразличную; что он хотел иметь в качестве должника не такое-то определенное лицо, которое станет собственником недвижимости. Он отнял с самого начала соглашение не то, что на любое отчуждение недвижимости сироченца является для него изначальным должником. Он устанавливает то, что в Германии называют обязательством с неопределенным владельцем субъектом. Следовательно, он заранее освобождает отчуждателя от его обязательства перед всем должником обязательством.

ном приобретателе. Это — простое применение принципа свободы завещания. Но чтобы получить такой результат, нужно было, чтобы воля кредитора была твердо установлена. И точно так же, приобретатель в этом случае может быть обязан только при условии, если он прямо или молчаливо принял на себя такое обязательство по договору о приобретении имущества. Следовательно, из двух только что приведенных нами предположений одно ступает, другое — остается.

Нельзя ли пойти дальше и в известных случаях признать, что не только отчуждатель освобождается, но и приобретатель освобождается от обязанности без специального соглашения? Мы считаем, что это произойдет, если обременение представляет собой реальное обременение. Мы выводим из этого важное следствие. Когда обременение будет вещным? Этот вопрос не представляет трудности, если обременение фигурирует в перечне ст. 543. По известной точке зрения признают, что этот перечень не является исчерпывающим, что стороны могут по своему желанию устанавливать вещную повинность в единственном условии, чтобы повинность не возлагалась на определенное лицо, т. е. не состояла ни в предоставлении вещи, ни в действия, а только в воздержании, *in patiēdo* (ст. 686). Таким образом, чтобы вещь, имеет ли обременение личный или вещный характер, нужно обратиться единственно к намерению сторон, его установивших: это намерение решает вопрос в только что указанных пределах. Если оказывается, что обременение имелось в виду, как вещная повинность, оно будет ложиться на дальнейших приобретателей помимо специальной оговорки в договоре о приобретении, и даже без волеизъявления приобретателя, но с правом иска о гарантии.

Таким образом, право охоты может быть установлено по договору в качестве вещного обременения участка и переходить к дальнейшим приобретателям. Это — настоящее право ограниченного пользования (судебная практика устойчива, начиная с Амыя, 2 декабря 1885, S. 86, 2, 198).

Более яркий пример заимствуем из судебной практики по горному делу¹. Горнопромышленник по закону отвечает за вред причиненный собственникам земной поверхности эксплуатацией рудника, даже гражданской. Нередко, горнопромышленник слагает с себя эту ответственность по соглашению с собственником поверхности. Предполагаю, что собственник поверхности отчуждает свое право собственности, ничего не говоря в этом договоре относительно соглашения о сложении ответственности. Будет ли это соглашение иметь силу в отношении приобретателя? Да, если его признают установленным в качестве вещного обременения права собственности на поверхность (так разрешен по-

прос в руднике. Димонетного учета 30 декабря 1893, в *Revue bourgeoise de l'enseignement supérieur* 1897, т. VII, стр. 227 и сл.; Cass., 12 декабря 1899, S. 1901, 1, 497, *note*, замечание Tissier; Pand. fr. 1900, 1, 211, *note*, замечание Gény, который, однако, указывает от истинных оснований относительно общего характера рудника. (Ср. Gény, *De l'effet des clauses d'interdiction de la mine à l'égard des tiers sous particulière du propriétaire*, qui les a consenties, *Rev. bourgeoise*, 1897, стр. 183 и сл. и стр. 191 и сл.; *Le rapporteur*, *loc. cit.*) Таким образом, расширение чуждого имущества права собственности передо мной на предмет вместо поправки той, где было бы предложено уним применение ст. 1122 (См. E. Gardey, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, *thèse Dijon*, 1893, стр. 374—388).

bb) Переход по завещанию. Помимо этих решений, какие мы выводим из общих принципов, есть две категории случаев: предусмотренных гражданским кодексом, когда вещная обременение определенной вещи переходит к индивидууму правопреемнику.

1-й случай (ст. 698—699). Когда осуществление сервитута связано с расходами, эти расходы ложатся на собственника господствующего участка. Однако, основание, по которому устанавливается сервитутное право, может повлечь эти расходы на собственника служащего участка. Обязательство будет тогда переходить последовательно к дальнейшим приобретателям. Это — обязательство *propter rem* (связанное с вещью), от которого собственник служащего участка может освободиться, отчуждая право собственности на участок субъекту сервитута (см. Обри и Ро, 4-е изд., т. III, стр. 154, 155, § 253, *text* и прим. 7—11, которые считают обременение реальной повинностью, состоящей, в виде исключения, *in faciendo* — в совершении подлежащего действию).

2-й случай (ст. 1743). «Если наймодатель продает вещь, то приобретатель не может выселить фермера или земледельца, который имеет удостоверенный акт или акт, дата заключения которого является определенной, право тех случаев, когда наймодатель сохранил за собой это право по договору найма». Следовательно, обязательство наймодателя переходит к покупателю. Это соответствует истинной необходимости, но это — историческое по происхождению.

В римском праве было другое правило: покупатель не был обязан уведомить договор имуществом найма, ранее заключенный продавцом; этот последний был связан перед покупателем личным обязательством, которое не переходило к его юридическим правопреемникам. Однако, иногда в договорах продажи включали оговорку, обязавшую покупателя уведомить ранее заключенные договоры имуществом найма (C. J., IV, 65, 9: «*Particularis status colonis nomine sui est, cuius lege actus*, т. е. покупателю

¹ Cf. Lacombe, *De la responsabilité de l'exploitant du trefonds vis-à-vis des propriétaires de la surface*, *Rev. trib.*, 1901, стр. 245 и сл.

ника не обязан считаться с арендатором, кроме того случая, когда он покупал именно с таким условием).

Старое французское право представляет достаточно сложную систему. Оно сохранило римский принцип, по крайней мере при найме дома. При найме сельских участков (аренде) право арендатора было в точности продолжительного времени вещным правом над движимым вещью аренды. Однако, когда приобретатель хотел воспользоваться правом *выселить арендатора, он был обязан предоставить ему известный срок*. Впрочем, имелись случаи, когда в договоре продажи включались условия о сохранении в силу договора аренды, обременявшие покупателя унаследовать аренду. Это условие исполнялось, как договор в пользу арендатора, позволявший последнему защищаться против нарушения, которое покупатель мог бы совершить в отношении его пользования, и пользоваться в отношении покупателя теми же самыми правами, как в отношении первоначального наймодателя. Такая оговорка становится типической в конце дореволюционной эпохи, ее признавали при актах дарения (H o t t e, Наем, ном. 292, 293, 296). В XVIII столетии в судебной практике была тенденция распространить эти правила также на аренду сельских участков, несмотря на то, что эти договоры сохраняли черты вещного характера.

Переходное право сохранило право расторжения договора в отношении аренды сельских недвижимостей и сохранило принцип старого права в отношении найма дома (закон 28 сентября — 6 октября 1791, глава 1, отделение II, ст. 2—3).

Гражданский кодекс завершил то историческое развитие, которое было направлено на все большее и большее ограничение права приобретателя выселить арендатора. Кодекс признает приобретаемую связанными обязательствами первоначального должника, разве только в арендном договоре оговорено, что в случае аренды недвижимости приобретатель не будет связан обязательствами должника. Следует заметить, что, если такая оговорка не была включена в арендный договор, то было бы самым возможным включить ее в договор продажи, потому что арендатор получает из своей аренды право, которое он может противопоставить приобретателю и которое не может быть отменено соглашением, в котором арендатор не участвует.

В исключительных случаях, когда арендный договор позволяет приобретателю выселить арендатора, эта возможность обременяет в акте ограничения и гарантии, указанным в ст. 1744—1745.

Как понимать постановление ст. 1743?

По *Troplong (Léonard, т. I, ном. 6; т. II, ном. 473)* гражданский кодекс изменил природу права арендатора: он сделал из этого права вещное право, обременяющее движимую и аренду вещи собственности, обязательной для дальнейших приобретателей, следовательно, например, праву usufructuaria.

Это объяснение противоречит той исторической традиции: право арендатора всегда рассматривалось в римском праве, как простое личное право, и та же самая тенденция обнаруживалась в последней фазе старого права. Нет никаких доказательств тому, что Гражданский кодекс имел предвидеть такую революцию в принципах. Впрочем, норма закона дана в этом смысле положительное доказательство: по ст. 1747, если третье лицо возбуждает против арендатора дело об отобрании от него движимой вещи, арендатор не может защищаться одна против лица; он должен привлечь наймодателя, в качестве гаранта, и участвовать в деле и может быть освобожден от участия в судебном деле, если он этого требует. Этого нельзя было бы объяснить, если бы арендатор имел вещное право; он мог бы тогда сам защищать свое право, и не мог бы требовать устранения себя от участия в деле (ср., например, положение субъекта сервитута, против которого предъявлен иск третьим лицом).

Поэтому мнение Troplong теперь всеми отвергается. Оно было осуждено кассационным судом под председательством самого Troplong (Касс., 6 марта 1861, S. 61, 1. 713; 21 февраля 1865, S. 65, 1. 113. См. изложение подробностей и авторитетное согласие Troplong у Colmet de Santerre, Cours analytique, т. VII, § 193 bis, II—XLII).

Но если право арендатора личное, то как объяснить, что оно в силу закона дожито на приобретателя на сангулярном титуле.

Распространенное объяснение сводится к тому, что ст. 1743 связана со старой практикой оговорки о сохранении аренды, включавшейся в договор продажи. Поскольку эти оговорки стали типическими, гражданский кодекс признает их в силу закона. Он подразумевает в акте отчуждения арендованного имущества договор, заключенный отчуждателем в пользу вышележа или арендатора, обременяющий приобретателя унаследовать аренду. Так согласовывается личный характер обременения в период этого обременения и приобретателю.

Эта теория обязательна (nécessaire), так как она представляется системой кодекса, как историческое продолжение старого права. Но она наталкивается на решительное возражение: если бы ст. 1743 объяснялась единственно законной презумпцией соглашения в пользу арендатора, включенного в договор отчуждения, то следовало бы отсюда заключить, что возможно и противоположное соглашение, что покупатель, например, мог бы посредством оговорки в договоре продажи остаться за собой право вышележа на имущество. Но по такому решению ст. 1743, который допускает сохранение права вышележа в пользу приобретателя только в арендном договоре, а не в договоре отчуждения. Кроме того, это решение абсолютно противоречило бы духу ст. 1743, который заключается в том, чтобы дать полную уверенность наемателю или арендаторам, ограждая их от всякого вмешательства

интересной вследствие отчуждения, совершенного сдвлатком (Ср. Сблуд, *Вос. сит.*, 1889, стр. 463—464). Таким образом, сохранение принципа личного характера права арендатора, нужно отказать от объявления ст. 1743 посредством протумации соглашения между сдвлатком и правообладателем.

Отдается возможность объявить право арендатора есть право личное, которому закон в виде исключения придает одну из характерных черт вещного права, а именно, силу в отношении спугдарных правообладателей установления права. Таким образом, это право признают специальным юридическим воз, который делает его правом sui generis (особого рода), в принципе личным, а вместе с тем вещным, поскольку это право предоставляет своему носителю над права следования. Это понятие, незнаго гибрида, не содержит в себе ничего удивительного. Несомненно, как мы говорили, существует очень четкая логическая противоположность между правом вещным и правом личным; но эта противоположность двух логических категорий не мешает возможности признать, по практическим соображениям, существование прав, которые имеют одновременно черты как той, так и другой природы. Классификация в праве, как и в других областях, никогда не является только средством для определения идей и, в силу этого соображения, необходимыми инструментами при изучении; но несколько строгие разграничительные линии, устанавливаемые ими, должны смягчаться всякий раз, когда необходимость и практическая необходимость требует этого. В этом заключается существенный принцип метода. Мы уже видели применение этого принципа, когда признали за контрадантами, устанавливающими право, — возможность придать ему характер вещного, даже если оно не входит в законный перечень вещных прав. Другое применение того же принципа мы находим в ст. 1743.

Впрочем, ст. 1743 не единственная норма во французских законах, которая присваивает праву арендатора одну из характерных черт вещного права. Наряду с правом следования, арендатор имеет настоящее право преимущественного выкупа (от противного) из ст. 634 процессуального кодекса. В случае продажи недвижимости в публичного торго, кредиторы и купивший с торгов обязаны уважать арендные договоры, заключенные на недвижимость лицом, подавшим заявку выкупа, если эти договоры имеют определенную дату, более раннюю, по сравнению с датой аукциона, на основании которого недвижимость продана с аукциона торго. Следовательно, арендатор по такой же причине, как и в другой, ограничивающейся долей и пошурсе на выкупной акции. Его право осуществляется вопреки другим кредиторам; он вопреки настоящим правом преимущественного выкупа. Отсюда вытекает, что если собственник сдает два раза подряд одну и ту же недвижимость, преимущественно получит арендатор первой по времени, а второму придется ограничиться иском о гарантии

против наймодателя. Все эти решения были бы необъяснимы, если придраться к виду личного права.¹

Нужно заметить, впрочем, что за несомненным эта отступлением от норм на личного характера права, отступлений, основанных на текстах законов, — берет верх идея, по которой право арендатора в принципе — простое обязательственное право.

Отсюда ряд выводов, которые отличают на практике нашу теорию от теории Troplong.

(1) Право арендатора есть движимое право: это — простое обязательство, которое имеет предметом действие арендодателя — предоставлять спокойное пользование силами в изем местах, в течение срока аренды. Но право, имеющее предметом действие, есть непременно движимое право.

Если бы право было вещным, оно было бы недвижимым, как всякое вещное право на недвижимость.

Практический интерес этого различия представляется с точки зрения построения общности имущества, которая, при законном режиме, распространяется на движимые права, принадлежавшие супругам до брака, тогда как недвижимые остаются в отдельной собственности каждого супруга. Равным образом, практический интерес различия представляется с точки зрения прав мужа (при общности имущества) и опекуна, которые могут предъявлять иски о движимости, но не о недвижимости.

Впрочем, Кольме де Сантерр (шт. место) настаивает, что движимая или недвижимая природа права не зависит от его вещного или личного характера (как же Boudant, *Vente et louage*, стр. 424, прим. 1).

(2) Если бы право было вещным, оно защищалось бы недвижимым вещным иском. Трибуналом, компетентным разбирать такой иск, был бы трибунал места нахождения недвижимости (ст. 59, ч. 3, проц. код.). В нашей системе — и с л а ч и з и й, компетентный трибунал — трибунал места жительства ответчика (ст. 59, ч. 1 (Касс., 17 декабря 1867, S. 68. 1. 26; Лион, 1 июля 1881, S. 83, 2. 212).

(3) Право арендатора, как право личное, не позволяет в принципе предъявить бессессорный иск, в случае нарушения пользования, произведенного третьим лицом. Иначе было бы, если бы право было вещным. Бессессорный иск (мало) был допущен Парижским судом (8 июля 1881, S. 62. 2. 274) в эпоху, когда теория Troplong была еще принята в судебной при-

¹ Эта теория смешанной природы права вытекает из исторической традиции; мы видели, что до XVIII века твердо сохранялась теория вещного права (см. J a n i a u, *Essai sur l'application dans l'ancien Droit romain*, т. III, Дижо, 1806).

ливо (затем, contra — Париж, 26 июля 1879, S. 81. 2. 229). Следует, впрочем, сохранить возможность иска о возращении владения, в случае его нарушения или насильственного отнятия (Гражд., 13 февраля 1912, S. 1912. 1. 132).

6) Если бы приобретатель был связан каким-либо обременением, он не был бы преемником во всех обязательствах сдатчика в отношении иждивателя. На самом деле, обязательства его двух видов, один — отрицательные (не сослать пользоваться арендатора), другие — положительные (например, принимать необходимые меры для поддержания владения в годном для пользования состоянии, ст. 1719, ч. 2; 1720, ч. 2). Но если приобретатель обременен вещной повинностью, эта повинность, в соответствии с общим принципом (ст. 688), не может возложить на обязанное лицо совершение положительного действия. Следовательно, приобретатель был бы в силу ст. 1743 преемником только в отрицательных обязательствах иждивателя. Это — порочный практический результат: если бы, например, арендатору нужно было добиться выполнения необходимых исправлений по содержанию снятого имущества, он не мог бы требовать исполнения этих работ от приобретателя. Он имел бы на этом основании или только и первоначальному арендатору, который не является больше собственником. Этого результата нет при старой системе: арендатор осуществляет в силу ст. 1743 личное право, вытекающее для него из аренды, без всякого ограничения. Следовательно, он может требовать от приобретателя исполнения всех обязательств арендатора, даже положительных (см., впрочем, contra — Объя в Ро, цит. соч., т. IV, § 363, прим. 32)¹.

В заключение. После того, как мы изучали общее действие договоров в отношении преемников, остается исследовать, с одной стороны, как определяется дата соглашения, обязательных для преемников, и с другой стороны, в какой мере симуляция может изменить действие акта в отношении третьих лиц (теория тайных сделок).

I. Теория определенной даты. Мы знаем, какие договоры имеют силу в отношении сингулярных преемников. Но в тех пределах, какие мы определили, договоры могут производить действие в отношении их только при условии, если эти договоры представляли приобретенную права преемником. Это выражают словами, что сингулярные преемники наследуют приобретенными только по договорам, установленным раньше, чем наступила основа преемства, и что по позднейшим договорам

¹ На такую обязанность части аренды для приобретателя см. еще Collin et Carlier, *unt. соч.*, т. II, § 649 н.сл.; Fozzeraud, *unt. соч.*, т. II, § 1319 н.сл.; Planchet et Hupert, *unt. соч.*, т. II, § 1267 н.сл.; Maxime Chenuveau, *Classification nouvelle des droits réels et personnels* (Recueil crit. de législation et de jurisprudence, 1911, § 25 н.сл.).

они являются третьими лицами. Отсюда наш первый вопрос: когда можно будет сказать, что договор предшествует основанию преемства? Сравнение двух дат не достаточно, потому что датой второй договор датировать задним числом. Доказать обман будет вообще невозможно, потому что в действительности акт, имеющий более раннюю дату, будет составлен легально и без участия детей. Отсюда большая опасность, которая обитывает заставила выработать специальную теорию датирования юридических актов. Это — теория определенной даты, правило которой изложено в ст. 1328. Эта норма различает:

А. Удостоверенный акт, который сам порождает доверие к своей дате. Здесь, в самом деле, нет никакой опасности обмана, так как акт был удостоверен гоударственным чиновником. Указание даты пользуется верой до возбуждения в гражданском суде вопроса о подложности акта (ст. 1319—1320).

В. В отношении частного акта необходимо проводить новое различие:

а) Между сторонами. Акт сам удостоверяет свою дату. Во всяком случае, следует сохранить возможность доказательства противного. Одна из сторон может заявить, что акт помечен более ранней или поздней датой. Тогда ей позволяет доказывать это всеми средствами, потому что дело идет об обмане (ст. 1353).

Точно также акт внушает доверие к его дате в отношении универсальных преемников, наследников или простых кредиторов. Мы видели, в самом деле, что они несут последствия всех актов своих праводателей без различия; следовательно, вопрос о дате должен быть решен в отношении их так, как он решался бы в отношении их праводателей.

б) В отношении сингулярных преемников. Здесь берется точный момент, предусмотренный ст. 1328. На первый взгляд эта статья как будто имеет в виду другую категорию лиц, потому что она говорит о третьих лицах. Здесь пример неточности, с которой закон употребляет этот термин. Здесь не может идти речь о третьих лицах в точном смысле, какой мы придали этому термину, и имелно смысл *renus extranei*, т. е. лиц, которые не имеют никакого юридического отношения к сторонам. Мы знаем, что договоры им никогда не вредят, вопрос даты их не может интересовать.

Третьи лица ст. 1328 это — сингулярные преемники. Закон энергично гарантирует их против опасности датирования задним числом. Сама по себе дата частного акта не имеет значения в отношении сингулярных преемников. Они могут его отвергнуть *de plano*, не будучи обязаны доказывать обман, причем нельзя опровергать их возражения ссылкой на правдивость даты.

Но закон не может на этом остановиться. Если акт сам по себе не удостоверяет показанной в нем даты, то ст. 1328 предусматривает известные факты, которые могут наступить позднее, и, начиная с них, акт получает определенную дату, обязательную для

правопреемников. Эти факты имеют ту общую характерную черту, что они доказывают бесспорным образом то обстоятельство, что акт существовал в то время, когда пропал этот факт, а следовательно этого она исключают всякую возможность обмана. Из этого три:

(1) Наиболее важным юридическим фактом — регистрацией акта. Регистрация устанавливает официально существование акта. Он упоминается в реестре, и должностное лицо записывает на оборотной стороне или на полях акта приобретенные права, с датой представления. С этого момента и до момента выдачи акта акт получает определенную дату в день регистрации. Таким образом, представляется большой интерес добиваться регистрации частных актов как можно скорее.

(2) Когда существование акта удостоверено в удостоверенном акте (например, в протоколах собрания или в нотариальной описи, где перечислены акты), то это констатирование становится элементом удостоверенного акта, который о нем говорит; так как дата удостоверенного акта достоверна, то частный акт приобретает после этого такую же силу. Закон хочет, чтобы удостоверенный акт содержал в себе существование частного акта, т. е. суммарный признак его существования. Простого упоминания было бы недостаточно, потому что оно могло бы подать повод к сомнению.

(3) Наконец, смерть одного из лиц, подписавших акт, с точностью удостоверяет, что акт составлен раньше смерти. Под подписавшими акт нужно понимать каждого, кто дал свою подпись на акте, хотя бы он и не был стороной, например, простых свидетелей (ср. ст. 1410).

В этих трех случаях акт получает точную дату, без обретенной силы. Для правопреемников обязательна дата регистрации, дата удостоверенного акта, дата смерти подписавшего акт; но имеет высшего значения дата, упоминаемая в содержании акта, в качестве даты его совершения.

Перечень ст. 1328 — ограничительный. Только три фактора, упомянутые этой статьей, могут гарантировать точность даты. Если, например, один из подписавших акт потерял способность писать, этот факт должен было бы приравнять к смерти подписавшего, вопреки тому только предусмотрено в этой норме закона. Для строгости толкования объясняется исключительным характером постановления закона.

Четкое приращение этой теории дано в ст. 1743, который признает временный договор, являющийся значительным для приобретателя только в том случае, если договор удостоверен или имеет определенную дату (ср. ст. 1764 прен. код.) аренда переходит из кредиторов должника при банкротстве к торговцам только в том случае, если договор получил определенную дату до постановления о торговле.

Важно и сказать об этой теории определенной даты обязательна для всякого лица. Признали, что квитанция или

расписка в получении, удостоверенные печатью, признаются достоверными с указанной в них датой в отношении правопреемников, независимо от наступления было допущено судебной практикой ст. 1328. Это исключение было допущено судебной практикой, без прав и на то нормы закона, во внимание к доказательственным и практической необходимости. Иначе обязательным было бы требовать регистрации квитанций, а это возможно было бы только в исключительных случаях и было бы противно обычаям собой значительные исключения и было бы противно обычаям (см. Dalloz, Jur. gén. Suppl., слово «Obligations», том. 1897).

Практическое значение этой теории уменьшилось после закона 23 марта 1855 г. До этого закона споры между последовательными приобретателями прав на ту же самую вещь разрешались единственно по принципам ст. 1328 с отсылкой к дате применения правил гражданского кодекса относительно записи в Реестр и ипотеки. Но реформа 1855 г. определила ипотечную запись, подлежащую записи. С этого времени, акты, удостоверяющие эти права, перестали в силу одного факта получения определенной даты быть обязательными для правопреемника, который сам внес в реестр записей свое правопреемство; приобретатель, сохраняющий права в соответствии с законом (ст. 3), мог считать для себя обязательными акты, даже прошедшие определенную дату, только в том случае, если эти акты были внесены в реестр раньше его права.

Теория таким образом потеряла свое значение для всех актов, предусмотренных статьями 1 и 2 закона¹, то есть, для большей части актов, устанавливающих вещные права. Нужно к ним присоединить арендные договоры на срок более 18 лет, которые подлежат записи (ст. 2—4), под страхом сохранения обязательную силу только в продолжение 18 лет максимум (ст. 3, ч. 2). Равным образом становится обязательными только посредством записи в Реестр или документы о лессе по уплаченной взаймы или арендной плате, когда они относятся к сумме, равной по крайней мере трехгодичной взаймы или арендной плате (ср. Обр и Р. § 174, текст и прим. 15—22). Но за этими пределами теории определенной даты сохранила свою практическую силу.

II. Теория «тайных ищес» (contre-lettres). (Письма, содержащие в себе отступление от договора) (ст. 1321). Общие правила действия договоров в отношении универсальных или ситуационных правопреемников вытекают из значительного изменения в том случае, если акт, об определении силы которого идет речь, есть симулированный акт².

¹ Ипотечных договоров — законом 30 октября 1855 г.

² [Ср. относительно общей теории симуляции *Callis et Capitani*, *loc. cit.*, т. II, § 120 и сл.; *Jousserand*, *loc. cit.*, т. II, § 119 и сл.; *Pillet et Ripert*, *loc. cit.*, т. II, § 1185 и сл.; *Paul Glaxton*, *De la simulation*, thèse, Paris, 1897; *Paul Lecaillon*, *Principes de la jurisprudence mandataire ou prêt d'affaires agencés en non prout*, thèse Caen, 1892; *Jousserand*, *Les meubles dans les actes judiciaires*, 1892 и сл.]

Симуляция имеет в тех случаях, когда действие договора, как таковое по видимости, изменяется или отменяется другим соглашением, предназначенным оставаться в тайне. Следовательно, суррогативная цель симуляции заключается в том, чтобы установить иное юридическое состояние, не соответствующее действительному положению. Это подлинное соглашение по общему правилу устанавливается документом, предназначенным доказывать его; таково — тайное письмо. В повелительном языке, за исключением которого, впрочем, следует и ст. 1321, упоминает документ, служащий доказательством, с самим тайным соглашением, которое называет тайным письмом. Этим объясняется, что ст. 1321 не попала в теорию доказательств, тогда как ее логическое место было бы следом за ст. 1122. Мы будем держаться здесь этой распространенной терминологии.

От сказанного существенно отличается тот случай, когда первый договор изменяется последующим соглашением, заключенным открыто и гласно (например, случай продажи за определенную цену, когда как потом соглашается о другой цене). Это второе соглашение по сути тайное письмо, потому что оно не предназначалось оставаться тайно. Закон, впрочем, употребил это слово по поводу случая этого рода, в статьях 1396—1397 (соглашение об изменении брачного договора, имевшее место в промежуток между заключением договора и совершением брака).

А. Случай применения симуляции. Симуляция может иметь место в весьма различных практических случаях, которые можно разбить на три категории:

(1) Дело идет о том, чтобы заставить поверить в существование соглашения, которого в действительности нет. В этом случае тайное письмо устанавливает несуществующее видимое юридическое действие. Несостоятельный должник, которому грозит исполнение ареста, делает вид, что продает одну из своих недвижимостей третьему лицу, чтобы не дать ее кредиторам. Тайное письмо устанавливает, что продавец остается собственником. Подлинный акт есть акт *фантазийный*.

(2) Соглашение реально существует, но дело идет о том, чтобы скрыть его юридическую природу или существенные условия, представлять дарение в виде продажи, увеличить установленную цену в договоре продажи. Здесь тайное письмо устанавливает истинную юридическую природу акта или действительные существенные условия. Говорит тогда, что это — акт *притворный*.

(3) Соглашение воспроизводит с его подлинной юридической природой в его действительными условиями, но хочет прикрыть очевидные выгоды приобретателя. Тайное письмо указывает на эти выгоды или указывает подставного лица.

В. Действие тайных писем. Во всех этих случаях основное соглашение содержится в тайном письме. Общая

теория действия договоров привела бы и объяснила видимость акта по имманентной силе, потому что он не отменяет первоначального трактата, и в юридическом смысле только во втором тайном письме. Но это было бы невозможном из практики, так как если можно было бы способствовать обману. Акт известный гласно, это — видный акт. Следовательно, для того чтобы акт, третья лица выступили в договоре со старым, чтобы стать их правопреемниками. Общее правило привело бы к тому, что тайное письмо стало бы обязательным для этих правопреемников в указанных выше пределах, тогда как они не могли подозревать их существование, обманутые иными актом. Такой результат был бы недостаточным.

Несомненно, общее правило не остается во всех этих случаях таких третьих лиц безразличным. Приобретатель вещей прав приобретателя, по крайней мере, после закона 1856 г., в большинстве случаев применял поддельный акт. В самом деле тайное письмо по общему правилу не записано в регистре или иначе оно получило бы известность; третья лица, права которых внесены в регистр, защищаются от этого правилом ст. 3 закона 23 марта 1855 г.

С другой стороны, приобретатели движимых вещей будут защищены ст. 2279.

Но помимо этих случаев нет защиты. Так, например, случай, если симулированный акт не подделан записи; или если дело идет об обыкновенных предателях.

Следовательно, было необходимо защитить правопреемников специальным постановлением. Этой потребностью отмечает ст. 1321, разъясняя, что тайное письмо (содержащее в себе отмену или отмену от договора) имеет силу лишь для договорящихся сторон; оно не имеет силы против третьих лиц. Эта норма закона выставляет два принципа:

(1) Тайное письмо имеет силу для договорившихся сторон. Это — принцип общности принципа: тайный акт, как единственно серьезный, один закон приводит юридической офенды. Это предполагает, что тайный акт имеет силу сам по себе, а соответственно с общими принципами договоров. Если бы он был ничтожным, он не имел бы никакой силы даже для сторон. Таково положение, как мы видели, с тайным письмом, увеличивающим цену за уступку движимых вещей; эти письма ничтожны ввиду незаконности соглашения. Таково решение судовой практики после акта определенной Камеры по рассмотрению касационных жалоб (7 июля 1861, S. 61. 1. 572 и 693); эту практику санкционировал финансовый закон 27 февраля 1912 г. ст. 6).

Точно так же начисто, по тексту ст. 7 того же закона, в законе соглашение, имеющее целью скрыть часть покупной цены за недвижимость или за уступку торгового заведения или за уступку, всю или часть суммы, получаемой при мене или разделе, или,

иметь при этом в виду водившееся имущество, торговое заведение или канцелярию.

Можно случиться, что одна из сторон может воспользоваться против другой стороны иным актом. Если другая сторона сомневается на тайный акт, она должна доказать его существование. По ст. 1341, именованной законом 1 апреля 1828 г., письмо шлое должно требоваться при сумме свыше 500 франков. Оно может быть необходимым также и при сумме ниже 500 франков, если таковой акт составлен в письменной форме. Действительно, если акт тогда об определенных содержаниях акта, а это доказательство, по ст. 1341, 2-ой фразе, не может производиться в пользу свидетельских показаний, даже на сумму выше 500 франков.

Можно было бы только догадываться, что симуляция есть обман, и что ст. 1343 позволяет истинными средствами доказывать обман. Это должно бы допустить смешение. Симуляция не содержит обмана в отношении сторон, которые согласились совершить сделку. Это соглашение особой природы, в котором нет обмана, так как при обмане предполагается, что одну из сторон обманули. Здесь вопрос об обмане можно было бы ставить только в отношении лиц, которые не были сторонами в симулированном акте.

(2) Тайные письма не имеют силы против третьих лиц. Смысл этого постановления необходимо упомянуть по двум пунктам: о каких третьих лицах говорит ст. 1321, и каково значение формулы закона?

а) Слово «третьи лица» в ст. 1321, как и в ст. 1328, употреблено в весьма точном смысле. Третьи лица по речению закона (символично поставленные), которых упоминает ст. 1165. Следовательно, это — правопреемники. Но какие? Это не универсальные преемники (наследник, например), отыскивающие по обязательствам своих предшественников и находящиеся точно в таком же юридическом положении, как они. Тайные письма в отношении их имеют силу, как и в отношении сторон.

Остается две категории правопреемников, простые кредиторы и сингулярные правопреемники. Эти две категории лиц составляют третьи лица в смысле ст. 1321. На тайное письмо могут бы повредить: простым кредиторам — тем, что оно напоминает кредитору кредитора, составляющий предмет их залогов; сингулярным правопреемникам — тем, что оно напоминает видение акта их предшественников, на которых они строили свои расчеты. Для их защиты и вводится постановление ст. 1321.

Следовательно, выражение «третьи лица», употребленное здесь в исключительном смысле, как в ст. 1328, не имеет, однако, одинакового значения; наряду с сингулярными правопреемниками, которые один только предусмотрен в ст. 1328, оно охватывает еще некоторых универсальных правопреемников: простых кредиторов.

б) Каково значение ст. 1321, когда она утверждает, что тайные письма не имеют силы против этих двух категорий правопреемников? Этой формулой закон имеет в виду два лица, из которых вторая не названа прямо в законе.

а) Если третий лица заинтересованы в том, чтоб отвергнуть тайное письмо, чтобы воспользоваться актом, как им вымышленным, тайное письмо не будет для них обязательным. Это — прямое речение закона.

б) Но закон говорит только, что тайное письмо не имеет силы. Это не значит, что они не смогут им воспользоваться, если для них представляется больше интереса сослаться на вымышленный акт, чем на истинный. Если тайное письмо не может им помешать, они могут на него сослаться в своих интересах, а противным случае, постановление закона, изданное в защиту их, обратилось бы против них. Следовательно, положение третьих лиц зависит от того, что соответствует их интересу.

В известных случаях тайное письмо будет отвергнуто третьими лицами, например, в случае фактивного отчуждения. Если *обязательные кредиторы фактивного приобретателя* захотят оспорить взыскание на проданное имущество, польза будет против них сослаться на тайное письмо, признающее отчужденное приобретение.

Равным образом, если фактивный приобретатель в свою очередь продаст имущество, польза будет представлять против покупателя тайное письмо, даже если оно было записано в регистр раньше его собственного приобретения; ибо запись не смывает порочность основания; а основание порочно в отношении дальнейшего приобретателя в силу ст. 1321.

В других случаях, напротив, третьи лица будут сослаться на «тайные письма». Возьмем опять тот же случай: обыкновенные кредиторы отчуждателя, знавшие «тайное письмо», могут на него сослаться, чтобы добиться оставления фактивно отчужденного имущества в составе их залога и чтобы можно было обрести на него выкупные.

Следовательно, может возникнуть конфликт между правопреемниками двух сторон: один будет заинтересован в том, чтобы воспользоваться истинным актом, а другое — тайным. Так, в примере с фактивным отчуждением кредиторы приобретателя будут желать обратиться выкупными на имущество, сославшись на вымышленный акт, а кредиторы отчуждателя — сослаться на тайное письмо. Какую из этих двух несовместимых и противных обязанностей предпочесть? На этот трудный вопрос, как правило, отвечает так, что следует отдать предпочтение правопреемникам, которые остаются на вымышленном акте, в силу его особенностей прочности оборота и кредита. Только если вымышленный акт существует публично, только на нем и основаны могут строить свои расчеты третьи лица. Следовательно, их акт должен иметь на тайный акт, надо предпочесть тем, кто сослается на тайный

инт (Касс., 17 мая 1873, S. 74, 2. 46; Орлеан, 10 февраля, 1876, 76.2. 321).

В тех случаях, когда третьи лица связываются на тайное письмо против видимого акта, они обязаны устранить со своего пути всякий акт посредством иска о признании симуляции. Доказательство тайны свободно; оно не обременено ограничениями, какие мы находим в ст. 1341, когда доказательство симуляции направлено одной из сторон. В отношении третьих лиц симуляция только факт, в отношении которого они не могли добыть письменного доказательства (ст. 1348). Часто даже это — обман, который можно установить всеми средствами, в соответствии со ст. 1353 (в конце). Следовательно, доказательство с помощью всякой вещи будет допущено без ограничений.

Сравнительное право. Германское гражданское уложение (ст. 117) устанавливает, как правило, что в случае симуляции письменное постановление вызывает подлинный акт, следовательно — тайный. Германское уложение не содержит никакого ограничения в пользу третьих лиц, аналогичного нашей статье 1321 (ср. швейц. федер. код., ст. 18). Это объясняется очень заурядной защитой в германском праве третьих добросовестных лиц. Можно считать, что принципы общего права достаточны, чтобы применить их к тайным письмам (см. Saleilles, *Déclaration de volonté*, стр. 9—10).

Отделение III

ОБЕЩАНИЯ ЗА ДРУГОГО И ДОГОВОРЫ В ПОЛЬЗУ ТРЕТЬИХ ЛИЦ

До настоящего времени мы предполагали, что договор заключен в интересе сторон, что он не имеет силы в отношении третьих лиц, и что его относительная сила оправдывается принципом автономии воли. Но изменим предположение. Если стороны желают, чтобы их договор производил действие в отношении определенных третьих лиц, если они прямо обязались за третье лицо или заключили договор в его пользу, то могли ли они обременять его обязательствами или приобрести для него право?

Римское право отвечало отрицательно, но додал никакого различия между отдельными случаями, между формальными и строго личными характером обязательства; договор может произвестись вследствие только для тех, кто в нем участвовал непосредственно. То же самое соблюдение приводило к отрицанию возможности представительства в юридических актах.

Но эта коорривация само по себе в настоящее время силы не имеет, с тех пор как формализм уступил место автономии воли. Почему бы не взглянуть свободно воли произвестись последствия в отношении третьих лиц?

Искашивают только одно ограничение этой возможности: нельзя допустить, чтобы лицо нарушало неприкосновенность

имуществва третьего лица. Логически, эта идея должна применяться и различно, которого римское право не сделало, между обязательствами за другого, целью которых было бы возложить на третье лицо обязанность, и договорами в пользу другого, целью которых было бы привести и приобрести на третье лицо право. В первом случае дело идет об уменьшении имущества другого, во втором — об его увеличении. Таким образом, придется решить, что обязательства за другого ничтожны, потому что они направлены на уменьшение имущества другого, тогда как договоры в пользу другого действительны, потому что они направлены на увеличение имущества другого. Можно, следовательно, сделать так, чтобы третье лицо приобрело право, даже без своего ведома, с сохранением за третьим лицом возможности оспариваться потом от этого права, если оно не согласно им возмущаться. Таковы две рациональные руководящие идеи.

Нормы закона, на первый взгляд, как будто, не признают этого различия и сохраняют абсолютное решение римского права (ст. 1119 «По общему правилу нельзя ни обязываться, ни приобретать права по договору от своего имени иначе, как для самого себя»). Но если договоры в пользу третьих лиц допущены ст. 1121 в случаях, представляемых как исключительные. Мы увидим, что эти исключения поглотили правило. Несмотря на такой буквальный текст, современное право санкционирует теперь рациональную теорию, а не устаревшую теорию римского права.

В двух параграфах мы изучим обязательства за счет другого, а потом договоры в пользу третьих лиц.

§ 1. Обязания за счет другого

Буквальный текст ст. 1119 согласуется с логическим принципом. Обязательства за счет другого порождают абсолютной действительностью.

Ст. 1119, добавляя, что нельзя обязываться от своего имени, намекает на тот случай, когда обещающий действует от имени другого, как представитель, например, в силу поручения. В этом случае обязательство было бы действительным; оно пошло бы так, как если бы третье лицо обязалось само. Действительно, третье лицо было бы тогда стороной в договоре.

Не следует смешивать обязательство за другого, с договором, очень полезным на практике и совершенно действительным, договором de porte fact (выступающего за третье лицо).

Часто бывает при заключении договора, что нельзя непосредственно получить согласие одного из заявителей, или, потому что он в отлучке или недееспособен. Предполагая, что дело идет о разделе наследства, один из наследников которого — несовершеннолетний, раздел потребует в суде, или в нотариальных актах, или путем будет означать совершеннолетие. Так, а между тем было бы желательно превратить раздел наследования

во французском праве третьим лицом, при условии, что это право относится к нему по контракту. Следует пролетерить, является ли это правило, под названием картам стипендиат, договором дарения или завещательного права, и анализировать юридически сложное отношение, вытекающее из такого договора. Но прежде всего необходимо дать краткий очерк развития идеи в этой области.

Исторический обзор. 1. Римское право. Оно признавало одно лишь исключительное характер действия договора, но признавало и в этом отношении принцип автономии воли. Отсюда правило: *Alienari potest sine rebus* — никто не может договориться с кем-либо и в пользу другого (Inst. Jur., III, 19, 49; ср. Павол, D., XLV, 1, De obl., 31).

Это правило, вопреки своему обобщенному характеру, было признано в римском праве практически. Это историческое право не видело необходимости признавать частным лицам совершение договоров в интересе других лиц, оно не знало институтов для предохранения будущего. Мы увидим, наоборот, что в современной цивилизации развитие договоров и в пользу другого связано с развитием институтов провизии, предусмотры, и в частности — обеспечения. Юридическое развитие было тесно связано с социальным развитием. Однако, несмотря на эту сторону принципа, римское право по практическим соображениям допускало некоторые отступления от него. В особенности имеет историческое значение три изъятия.

(1) Стануант мог договориться, что при неисполнении договора по отношению к третьему лицу, должник уплатит или передаст стануанту. Третье лицо не получает непосредственно выка против должника; но стануант имеет косвенное средство возбудить взыскание и исполнить, угрожая ему яском о взыскании штрафа (Inst., III, 19, 19). Это — практика *штрафной истребования*.

(2) Члены общества платили, в стануанции указывают, что должник может уплатить долг или стануанту или указанному для этой цели третьему лицу: *Mibi aut Titio dari prodesse?* (обещать ли уплатить мне или Титию?) Третье лицо называлось *adjectus solationis gratia* (лицо, введенное в договор для получения платежа). В этом, собственно говоря, нет включения в приказ, так как адъект (присоединенное лицо) не получал никакого выка против должника. Это было плативанием, а не отменой независимости стануанции в пользу другого.

(3) В двух случаях имеет место, наоборот, полная отмена этого запрета. Допущено, что установитель признает третьему лицу приобретать сущий или против мужа (Павол, D., XLV, 2, De obl. imp., 65, C. J., I, 14, 7). Императорские конституции допускают аналогичное решение в случае дарения с возложением обязанности на дарителя и в пользу третьего лица, *дарения sub modo*. Здесь, в пользу которого устанавли-

е *sub modo*, может представлять все об исполнении и дарителю (Домасенин, Fragm. Vat., 293, в С. J., VIII, 54, De donat. quod sub modo, с. 3). В этих двух случаях нет, как и в третьем случае, есть *adjectio solae* (исп. по аналогии, а не прямой исп.). Это показывает, что он был признан по существу своим различием в отступлении от общего принципа. Но это различие особенно с другим принципом.

2. Старое французское право. Оно охраняет, как правило, запрет договоров в пользу другого и сохраняет его тем, что кредитор не имел никакого интереса в исполнении такого договора (Pothier, Obligations, ном. 79).

Но оно развилось ввиду прогресса, сохранившегося в римском праве:

Оно охраняет теория штрафной истребования. Вот пример (там же): «Если и такому-то сроку вы не подарите Якову (Павол) Мерисипа, вы заплатите мне 20 пистолетов в качестве штрафа за сделку, которую мы совершили с вами».

С другой стороны, развилась система *adjectio solationis gratia* и дарения *sub modo*.

Признали иск и должнику за *adjectus* om. Этот иск был признан в XVI в. (Charondas, Répertoire du droit français, liv. X, стр. 85).

Иск, признанный императорскими конституциями за выгоды приобретателем в случае *modus* при дарении, был распространен на все случаи, когда договор в пользу третьего лица является как бы придаточным и предоставленным, сделанному или обещанному одной стороной другой, — дане возмездному. Система, уже указанная Бартолом в XIV в., обобщается в XVI в., а Пothier комментирует в XVIII в. (цит. соч., ном. 71 и сл.).

В случаях, с тех пор весьма многочисленных, где третье лицо приобретает право посредством договора, совершенного в его пользу, это право приобретает он непосредственно, без всякого его личного содействия, одним действием договора, являющегося местом между кредитором и должником. В этом пункте нет возражений. Единственный дебатировавшийся вопрос сводился к тому, может ли право, приобретенное таким образом, быть отменено (см. Потье, цит. соч., ном. 73).

Это развитие теории объясняется большой ее практической полезностью в старом праве. Старое право действительное имеет чистое применение актов широты с оговоркой относительно исполнения в пользу третьего лица, посредством которых даритель обязывается сохранить подаренное имущество и передать его третьему лицу, в пользу которого оговорка введена (Ординар, февраль 1731, о дарениях, ст. 11).

3. Гражданский кодекс. Он развил теорию детально этот предмет в двух статьях (1119 и 1121). Его федеральность, если их сопоставить со старой судебной практикой, показывает она полностью реконструирует, но эти статьи очевидно отменяют и туманит, если оторвать от вышедшей практики их смысл.

В то же время, гражданское законодательство упростило практику, исключившую главным образом условия в древнем праве, истребования исполнения (субсидиумов). Результатом была уверенность в развитии и дано отступление назад: увеличилось применение которого стало редким в судебной практике. Строганн численности законодательства как системы из текстов, совершенно забыла практическую потребность в традиции старого права.

Возрастание интереса к развитию институтов, основанных на предосторожности, особенно начиная с 1890 г.; таковы: третьи лица в пользу третьего лица, страхование от несчастных случаев, совершаемое хозяевами предприятий, договоры, совершаемые публичными учреждениями в пользу частных лиц (в частности — бескорыстно, исключение в порочии обязанностей, заключенных в пользу рабочих при слаче работ с публичных работ), коллективные трудовые договоры.

Во всех этих случаях трибуналы были призваны регулировать сложное юридическое положение, отвечающее абсолютным потребностям общественной жизни. Они прибегали к теории договоров в пользу третьих лиц, но находили ее изуродованной и ограничили поразой половины столетия. Они должны были ее усовершенствовать и смелее; в этой работе они нашли поддержку со стороны науки (См. в особенности пояснит. замеч. Лаббе, S. 77, 1. 20; 81, 1. 145; 85, 1. 5; равным образом, Краузе, S. 89, 1. 133). В настоящее время эти соглашения, которые прежде, по-видимому, не допускает в ст. 1149, стали одним из величайших средств юридического прогресса. Нет лучшего примера действительной общественной жизни на развитие права.

Наиболее значительные результаты, достигнутые судебной практикой в пользу, были санкционированы законодательством. В области страхования комиссия, назначенная министром торговли (распоряжением 2 мая 1902 г.) разработала очень полный проект закона, направленный в 1904 г. министру торговли, о очень ценном докладе Анри-Кана, председателя комиссии. Проект, внесенный в бюро Палаты 12 июля 1904 г., разрешил, между прочим, все существенные вопросы, относящиеся к страхованию в пользу третьих лиц. Он был принят в 1920 г. и применяется добросовестно с началом закона 13 июля 1930 г. С другой стороны, вопросы, касающиеся отношений между предпринимателями и рабочими (коллективный договор), были разрешены в законе в пользу, ст. 35 в сл. (закон 25 марта 1919 г. о коллективных договорах [включенный законом 23 июля 1930 г.]). Обширо распространены договоры в пользу третьих лиц таким образом содействуют развитию новых институтов, которые будут иметь общественную и юридическую жизнь.

¹ По интересам страхования жизни в пользу третьих лиц — см., кроме прочего, доклад комиссии Анри-Кана, Le Code de Commerce, Traité des assurances, t. II, 2^e éd., 1926, Dupuis, L'assurance sur la vie, 1922, Paillet, Les et Capital, L'assurance sur la

Мы должны будем изучить: I. Силу договора в пользу третьего лица. II. Приобретение права третьими лицами. III. Юридические отношения между кредитором, должником и третьим лицом. IV. Договоры в пользу необрученных третьих лиц или будущих лиц.

I. Сила договора в пользу третьего лица. Ст. 1149 провозглашает действительность таких договоров. Но исключение отменяли правило.

Чтобы обосновать действительность этих договоров говорили, что кредитор не заинтересован в исполнении договора. А право не может санкционировать соглашение, в котором не имеет интереса тот, кто его заключил; нет интереса, нет в иска.

Но все пойдет иначе с того момента, когда кредитор получает интерес в исполнении. Отсюда исключены, вытекающие из этого закона или из общих принципов.

A. Исключения, указанные в законе. Ст. 1121 (первая фраза) приводит два случая.

(1) Выговариваемое обязательство есть условие договора, заключенного лицом в свою пользу. Это — старый случай договора для другого со штрафной неустойкой. Я выговариваю, чтобы вы передали недвижимость «А» Петру, а если вы этого не сделаете, уплатите мне 10 000 франков. Это равносильно тому, если бы сказать: «Вы обещаете мне 10 000 франков на тот случай, если вы не дадите третьему лицу недвижимости». Таким образом, договор в пользу другого связывается условием договора, совершенного для себя самого.

(2) Договор есть условие дарения, совершенного в пользу другого. Это — случай дарения sub modo (с возложением). Лицо совершает дарение, возлагая на одаренного обязательство внести капитал, который служит бы рентой для третьего лица. Это соглашение имеет силу.

По своей редакции, ст. 1121 предусматривает только дарение. Но ее значение — гораздо шире. Действительно, договор в предвещающем случае имеет силу потому, что даритель имеет интерес в исполнении; если исполнение не осуществлено, он может предъявить иск об отмене дарения в виду неполной исполнения (ст. 953).

Но если таков мотив силы договора, нужно будет распространить решение ст. 1121 на все случаи, в которых исполнение договора в пользу третьего лица дает повод кредитору предъявить иск об отмене или о расторжении. А это решение приводит нас к признанию исполнимости, в виду толковательской мотивов, двух новых категорий договоров в пользу третьего лица.

vis au profit d'un tiers et la responsabilité à l'égard du Cocontractant de l'obligé, t. I, стр. 517—522. По вопросу о страховании жизни см. также Paillet, Traité des assurances terrestres (Ср. сущ. с Paillet, Traité théorique et pratique des assurances terrestres, de la responsabilité de l'obligé, 1917 et l'assurance terrestre des assurances terrestres, éditée en 1920, Hachette, Paris).

Федеральный закон от 18.07.1999 г. № 180-ФЗ (ср. Федеральная газета 1999 г., ст. 4112).

II. Приобретение права третьим лицом при приобретателе. Термин «приобретение права третьим лицом» означает, что приобретатель не имеет связи с приобретателем. Как тот его приобретает?

Ст. 1121 дает безусловный ответ по второй своей фразе «Тот, кто заключил этот договор, не может отменить его, если третье лицо заключило о своем желании воспользоваться этим договором». Мы видим, что третье лицо приобретает право и что оно право, начиная с известного момента, становится действительным. Но как право приобретено? От кого оно приобретено? Статья закона об этом не говорит.

Вот те два вопроса, которые нужно разобрать:

1) Приобретает ли третье лицо право непосредственно по договору или только посредством завладения о нем или этим правом? Вопрос касается притязаний исторической правды, а именно, что истинная сторона в договоре умирает до того, как законит в этом случае, если право уже существует, оно может быть осуществлено третьим лицом.

2) За кого третье лицо приобретает свое право? Подается ли оно право должнику или кредитору и имеет ли оно право на право против должника, или следует сказать, что третье лицо само по себе имеет право на должника, то это лицо имеет право на должника непосредственно против должника? Или это вторая мысль, нужно будет считать, что ступают один из сторон договора, один приобретает иск против должника. Когда третье лицо предвзывает иск к должнику, оно только осуществляет этот иск ступает в силу ст. 1166. Главной практической проблемой этого вопроса является следующее: если третье лицо осуществляет иск ступает, оно должно будет терять конкуренцию кредиторов ступанта, которое имеет это право в составе общего залога, принадлежащего им, или же третье лицо имеет право право против должника, или же оно имеет право в конкуренции.

По двум этим пунктам были предложены четыре различных системы:

A. Третье лицо приобретает право. Она была включена во второй пункт проекта Закона о праве (Принципы гражданского права, т. XV, стр. 574, 578) и была принята в начале судебного решения на основании практического наблюдения в отношении того, что в области права ступает.

B. Третье лицо приобретает право на основании обязательства должника. Оно было включено во второй пункт проекта Закона о праве (Принципы гражданского права, т. XV, стр. 574, 578) и была принята в начале судебного решения на основании практического наблюдения в отношении того, что в области права ступает.

Она исходит из принципа абсолютности личного характера обязательства договора и различает этот принцип с абсолютной абстрактной долевой, не считаясь с волей контрагентов.

Так как договоры не имеют связи с отношением третьих лиц, то эти последние не могут выводить право на свое право из договора, заключенного в их пользу. Если ст. 1121 признает за ними право, то это возможно только в силу второго договора, заключенного после истечения должника в обязательство в отношении ступанта. Договор заключен между кредитором и ступантом, после этого кредитор передает третьему лицу выгоды от договора. Если третье лицо принимает, исключается второй договор между кредитором и им; из этого второго договора третье лицо и выводит свое право. В юридической литературе, как правило, хотят вскрыть два последовательных договора.

Добавляет, что эта система соответствует ст. 1121, которая объявляет договор отменным до указанного воле третьим лицом; следовательно, в отношении его это — только обещание. Заведение, в котором говорит норма закона, есть притязание, через которое образуется новый договор.

Вследствие этого:

(1) Право третьего лица возникает только из его завладения, которое приводит к заключению второго договора. Если кредитор умрет раньше, предложение утратит силу и притязание со стороны третьего лица не может более последовать с соответствующим результатом.

(2) Третье лицо, в силу своего притязания, не приобретает никакого прямого права против должника, с которым оно не вступило в договор. Оно становится лишь кредитором кредитора, в силу второго договора. Следовательно, если оно может предъявить иск к должнику, то это лишь, осуществляя право кредитора, своего должника, в силу ст. 1166. Оно должно будет тогда подчиняться конкуренции других кредиторов кредитора и может быть ограничено при признании известной долей.

Эта концепция — строго логична; но она ставит притязание практической реализации теории. В области страхования жизни в пользу третьего лица она привела бы к признанию, что предложение отменяется смертью застрахованного, если выгода приобретателя не пришла его до этой смерти. Но в большинстве случаев выгода приобретателя унаследует только после этой даты. С другой стороны, если застрахованный умирает до того, как выгода приобретателя не получает известной доли; эти два результата противоречат цели страхования.

Поэтому в существующую систему было внесено изменение в отношении судебного решения, которое пыталось изменить ее в пользу третьего лица. Они признали, однако, что это было предложено и принято. Но практика признавала обратное действие со дня предложения; в так же предложено было было

следствием договора между кредитором и должником, то право третьего лица также детерминировано этим договором. Чтобы избежать его обратное действие, рассматривали принятие как уступку приобретенного права третьим лицом, а по ст. 1179 условно имеют обратное действие (См. доклад Сабера, Касс., 2 июня 1884, S. 55, 1. 5, кейс, заключение Labbé, и доклад Georges Lemaire, Касс., 23 января 1889, S. 89, 1. 353).

А с точки зрения изменения, эта система становится более практичной. Она позволяет избежать прекращения силы предложения смерти кредитора. Но она не избегает другого следствия системы Лорана: даже при иже обратной связи принятия, третье лицо не становится прямым правопреемником должника. Кредитор должен ему предложению; только по отношению к кредитору оно может приобрести привилегии права.

С другой стороны, образование, предложенное для оправдания обратного действия, невозможно видеть в принятии договора условно этого договора, в смысле ст. 1179. Это значит — играть словами. Условно, в смысле ст. 1179, есть действительный элемент в договоре, простое видоизменение, без которого договор может сложиться. Принятие же — существенный элемент, входящий в необходимый состав договора, без которого договор невозможен. Следовательно, нельзя применить статьи ст. 1179 к принятию. Если хотим обосновать право выкупноприобретателя по договору принятием предложением, необходимо принять вместе с Лораном, что права возникают только в дня принятия¹. Этим объясняется, что повеление судебные решения основаны от этой конструкции.

Другой вариант этой теории был предложен Thaller (доклад, замеч., Везапсон, 2 марта 1887, D. 88, 2. 1.) Здесь вместе с предложением, по волеизъявлению должника, например, от страхователя или владельца. Следовательно, оно не зависит от смерти кредитора, и третье лицо есть прямой правопреемник должника. Эта объяснения очень заманчиво, если его применить к страхованию жизни, но оно не удовлетворительно в качестве общей системы. Право, даже при этой системе, приобретает третьим лицом только посредством его принятия. Если должник не юридически лицо, а лицо физическое, которое умирает до принятия, встретится опять практически неудобства системы Лорана.

Кроме того, во всех трех формах система предложения встречается два недостатка. Она не имеет никакой исторической почвы и, с точки зрения нормы закона, она берет из ст. 1121 (которая прежде бесполовой тонет; если эта фраза означает просто, что предложение может установить права только через принятие, она была бы лишней, так как это решение достаточно вытекает из общего принципа).

В. Теория «ведения» дел. Она имеет таинственным

представителем Labbé (De la ratification des actes d'un gérant d'affaires, стр. 55, выше цит. кейс. у Sirey, и S. 88, 2. 49; ср. Vignes, Rapports de la stipulation pour autrui et de la gestion d'affaires, thèse Paris, 1892) и была принята Дильшомом, но не получила применения в судебной практике. Она направлена на то, чтобы сделать из договора в пользу другого частный случай представительства. Кредитор мог бы действовать в силу поручения третьего лица; третье лицо тогда приобрело бы из договора непосредственно и привилегии права, как если бы оно было в нем стороной. Но кредитор действовал без поручения. Нельзя ли его рассматривать, как ведущего через себя без поручения? Третье лицо будет в состоянии одобрить и оно пойдет, как если бы было дано поручение, в силу правила *habilitatio mandato acquiritur* (последующее одобрение приравнивается к поручению). Это одобрение имеет в виду ст. 1121, когда она говорит о заключении. Так договор в пользу другого оказывается одним из случаев ведения дел, следовательно, представительства.

Эта система представляла большое практическое преимущество по сравнению с теорией предложения; приобретение права приурочивается к договору, совершаемому в пользу третьего лица и последнее становится прямым правопреемником должника. Все происходит так, как если бы он сам заключал договор.

Однако, наряду с несколькими, но имеющими решающего значения, возражениями (ср. Planiol, 11-е изд., том 122, с. 1 и 2), против этой системы должна быть сделано одно основное возражение. Неправильно из кредитора делать представителя третьего лица. Представитель не есть лично сторона в договоре; он выступает за другого; его личность стирается, она полностью поглощается личностью представляемого. Договор, который он совершал от имени другого, не может установить для него ни права, ни обязанности в отношении того, с кем он заключал договор для другого. Такое положение будущего дела после одобрения его действий. Он полностью выходит из юридической отношений, вытекающих из совершенного им акта.

Если применить эту идею к договору в пользу третьего лица, придем к результату, совершенно противоположному тому, которого желали стороны. Придется решить, что после возникновения третьего выкупноприобретателя, кредитор не состоит в юридических отношениях с должником. Договор превращает действие только в отношении между третьим лицом и должником. Но не только намерение кредитора. Он имел намерение быть и оставаться стороной по договору, иметь лично права и обязанности в отношении должника, даже после заключения третьего лица, например, он может быть, обещая что-нибудь должнику взамен права, установленного в пользу третьего лица (страховые премии); можно так же сказать предположить, что он сохранил за собой исключительное право относительно исполнения, подлежащее за ним, при условии от-

¹ Ср. Labbé, *op. cit.* 1. 353.

равительных мер, иногда даже предъявления взыскания об исполнении. Стимулом является кредитор в отношении исполнения в пользу третьего лица, а это не мирится с идеей ведения дела.

На это отвечают, что юридические последствия договора сложны, что нужно различать отношения между должником и третьим лицом и отношения между должником и кредитором. Кредитор его — лицо, ведущее дело, поскольку дело идет о возмещении на должника обязательства в отношении третьего лица; но он не владеет таковым и том, что касается его личных отношений с должником.

Правильно, что следует различать отношения между кредитором и должником и отношения между должником и третьим лицом. Но эти две категории отношений проистекают из одного и того же акта, договора в пользу другого, об определенном юридическом природе которого и идет речь. А этот акт не может быть одновременно и ведением чужих дел, поскольку речь идет об отношениях между должником и третьим лицом, в чем-то другом — в отношениях между должником и кредитором.

В заключение, приходится сказать, что принципы ведения чужих дел не могут объяснить, во всей его сложности, сложившиеся результаты договора в пользу третьего лица. Здесь два связанных юридических акта, которые, быть может, трудно различить на практике, но которые юридически должны оставаться раздельными, потому что они отвечают различным известиям воли сторон.

С Теория обязательства из одностороннего волеизъявления¹. Она ссылалась на германскую идею, по которой договор в пользу третьего лица составляет в отношении его одностороннее выражение воли, связывающее своего автора. Это выражение воли обязательно само по себе, независимо от волеизъявления. Таким образом, право приобретает непосредственно третьим лицом, как прямое правопреемником должника.

Эта идея была предложена уже в XVI столетии во Франции президентом Фуаром (Lumbert, цит. соч., § 43), мнение которого оставалось единственным.

Мы уже указали, что не было принципиальных возражений против теории обязательства из одностороннего волеизъявления, в нем обращались к этой идее для объяснения некоторых решений. Но здесь применение этой теории нельзя принять: должник связан в отношении третьего лица не своей односторонней волей, а согласием воли — своей и кредитора. Обязательство должника в отношении третьего лица имеет, следовательно, договорное происхождение. Таким образом, должник может предъявить против третьего лица возражения, вытекающие из его договора

с кредитором и возмещение на его личных отношениях с этим последним; напр., отсутствие платежа страховой премии при страховании жизни. Идея одностороннего обязательства, следовательно, не удовлетворительна во всех отношениях.

D. Теория прямого волеизъявления в силе. Эта теория была предложена Ламбером, воспринявшим учение наших старых авторов. Можно сказать, что она принята в настоящее время судебной практикой; она поступила основанием реформированной статьи 13 июля 1930 г. о страховании жизни в пользу третьих лиц.

Она признает, что право третьего лица возникает прямо из договора, в котором это третье лицо не было стороной. Теория договоров в пользу третьих лиц есть отмена принципа личного характера послужительного договора, отмена принципа *res inter alios acta*... Все предыдущие системы признали, что не признавая открыто этой отмены, искали обходными путями третьего лица, то делая его стороной по договору посредством принятия предложившим или через представительство, то делая его выгодоприобретателем из одностороннего волеизъявления. Это были искусственные и несчастлившие юридические построения.

Эта отмена принципа *res inter alios acta* оправдывается принципом автономии воли. Она, кроме того, соответствует исторической традиции, которая, как мы уже отмечали, держалась этой системы от римского права до Порта.

Норма гражданского кодекса ранним образом составлена в этом смысле: ст. 1165 установила правило *res inter alios acta*..., но прямо оговаривает случай ст. 1121, что равносильно тому, чтобы сказать, что в случае действительного договора в пользу другого имеет дело с договором, порождающим право сего должника в имуществе третьего лица.

Непризнание этой простой, практической и соответствующей традиции идея объясняется тем, что договор в пользу другого за 50 лет, следовавшие после издания гражданского кодекса, не играл большой роли. Занимались акционерной и частой торговлей. Но в настоящее время практика выдвинула новые требования и, естественно, возвращаются к ранее созданной системе. Судебная практика, которая держалась теории предложения, должна была сделать из нее вывод, который ей представляется. Можно сказать, что в конце концов судебная практика от нее отказалась. Начиная с 1888 г., некоторые решения излагались так, как будто она принимает идею прямого установления права (Журн., 8 февраля и 27 марта 1888, S. 88, 1, 121); Действие договора страхования выражается в том, что выгодоприобретатель прямо получает право против страхового общества. «Так как договор в пользу другого, когда он заключен в качестве простого безусловного договора, дает непосредственно право третьему лицу, в пользу которого он заключен, так как здесь нельзя применять ни ст. 932, ни общие принципы, регули-

¹ D. Worms, De la volonté individuelle considérée comme source d'obligations, thèse Paris, 1891. Cf. стр. 240, 241, 247, 257.

руководно заключение договора посредством принятой предположения и т. д. Следовательно, судебная практика ориентировалась на принятие нами системы. Она остается очень устойчивой в этом смысле (Григд., 29 апреля 1903, D. 1904. 1. 454; Григд., 4 мая 1903, *Recht. An.*, 1904. 1. 321).

В Германии признали колебания в кассационном решении 24 февраля 1902 (D. 1903. 1. 443), говорящем, что выгодоприобретатель становится прямым кредитором страхового общества посредством принятия с его стороны. Это казалось возвращением к системе предположения с иррацией, имеющим обратную силу (см. Wolf, *вопн. зам.* S. 1903. 2. 17). Но *Dürich* (*вопн. зам.* D. 1903. 1. 443) показал, что это решение согласуется с учением, проводимым в действующей судебной практике.

Закон 13 июля 1930 г. только последовал за указаниями судебной практики, воплотив и подкрепив их (см. ст. 63, ч. 3, в ст. 67).

Эта система подвергалась критике. Прежде всего, против этой системы возражали, что она констатирует результат, не объясняя его.

Но результат достаточно объясняется принципом автономии воли, позволяющим установить право в пользу третьего лица, или в пользу стороны по договору. Впоследствии после этого старались признать договор в пользу третьего лица к другому юридическому лицу. К тому же это значит обречь себя на нарушение правильного поведения, потому что оно имеет специальную юридическую структуру, которая противится всякому отождествлению с другими договорами.

Далее еще то возражение, что по ст. 1121 выгода по договору может быть отменена до принятия со стороны третьего лица; из этого заключают, что третье лицо не имеет права до его заявления в что, следовательно, право не защищает из самого договора.

Но на эти возражения можно ответить, что стороны имели возможность установить отменяемое право, и это они и сделали. Это не мешает тому, чтобы право было приобретено непосредственно. В первом французском праве единодушно признавали непосредственное приобретение. Но некоторые авторы стояли за отменением права третьего лица. Другие принимали неотменяемость, что была призна была санкционирована ординаром о подлинности наследников 1747 г. Потье передает (*Obligations*, том 7) эту контрверзу, не высказывая своего мнения. Григдлинский также ее разрешил в ст. 1121, но эта статья ничего не решает в отношении самого приобретения права. В этом вопросе только подтвердил старую традицию, как это достаточно показывает ст. 1165. Такого рода права, приобретенные, но отмененные, существуют и в других случаях, напр., в случае дарения между супругами (ст. 1093).

Итак, ясно видно, о котором говорит ст. 1121, не есть принятие, дающее приобретение права, как принятие предложения, и

но есть одобрение ведения дела; это — принятие подтверждающее, подобное принятию наследства или долга.

Из этого следует, что право третьего лица не зависит от смерти сторон. Со времени заключения договора, третье лицо является прямым правопреемником должника.

Этот принцип прямого возникновения права третьего лица основывается на презумпции воли. Поэтому он не будет признаваться, если доказывают противоположную волю, например, волю сделать простое предложение или волю вести дело другого лица.

Германское гражданское уложение избегает всякой презумпции воли. Оно признает в своей ст. 328 юридическую возможность непосредственного приобретения права третьим лицом. Но оно добавляет, что при отсутствии прямого соглашения в этом отношении, все вопросы, относящиеся к приобретению и к преемству права третьих лиц, должны будут регулироваться в соответствии с обстоятельствами и целью договора. Суд, следовательно, не получает руководства от закона. Швейцарский федеральный кодекс (ст. 112, ч. 2) устанавливает аналогичную систему.

В виде исключения, в известных случаях, из которых наиболее важный — случай страхования жизни в пользу третьего лица, ст. 330 германского гражданского уложения допускает презумпцию прямого приобретения права третьим лицом (см. *Salleilles, Théorie générale de l'obligation*, том 8 в 245 и сл.).

III. Юридические отношения между заинтересованными лицами. Эти отношения бывают трех категорий: отношения между кредитором и должником; между должником и выгодоприобретателем; между кредитором и выгодоприобретателем.

А. Отношения между кредитором и должником. Здесь дело идет только об отношениях, возникающих из договора самого по себе. Если договор является придаточным к другому договору, из этого договора возникнут юридические отношения, регулируемые общим правом и не относящиеся в предмет нашего изучения. Мы должны заниматься только отношениями, вытекающими из договора, и в частности, — средствами, с помощью которых кредитор может принуждать должника к исполнению в пользу третьего лица. По этому поводу следует различать средства косвенные и средства прямые.

(1) Непрямые средства существуют во всех тех случаях, которые связываются со ст. 1121.

а) Если договор есть условие предоставления или обязательства, данного кредитором должнику, кредитор в случае неисполнения имеет иск о возврата предоставления или о расторжении обязательства (ст. 953 или 1184).

б) Если договор есть условие предоставления, которое кредитор выговорил в свою собственную пользу, напр., при ипотечном выговоренной на случай неисполнения, то неисполнение порождает иск о платеже неустойки.

2) Тот затруднительный признак, что кредитор, кроме того, имеет и право иски об исполнении и должнику, когда кредитор имеет двойной интерес в исполнении. Нужно рассмотреть это решение на тот случай, когда имеется только моральный интерес; иного интереса достаточно, чтобы представлять собой предмет договора, а следовательно — и иск к 1979.

Это относится к признанию иски кредитора и должнику во всех договорах в пользу другого. Точно так же, как он мог признать иски, он будет иметь и иск, чтобы добиться защиты этого права.

Это решение прямо подтверждено в статьях 112 швейцарского федерального кодекса и 35 германского гражданского уложения.

Это очень важно в известных случаях, потому что может случиться, что на практике третье лицо может только с трудом предъявить иск, который ему принадлежит, тогда как кредитор легко исполнит свой иск. Так бывает в договорах, представляющих публичный интерес, например, в договорах, заключаемых городской общиной в интересах жителей. Вопрос о праве общины требовать по такому договору исполнения был поставлен перед бельгийским пессивным судом по поводу договора, заключенного с компанией по освождению, содержавшего некоторые условия в пользу общины. Компания отказалась исполнить эти условия. Община в праве предъявлять иск, делала необходимой меру иски, предъявляемых индивидуально каждым абонентом в компании. Такая постановка имела бы следствием большое осложнение, и была бы опасна, это санкция оказалась бы мало действительной, так как абоненты должны были бы колебаться предъявлять иски из-за ничтожности индивидуального интереса. Следовательно, было очень целесообразно признать иск за кредитором из договора. Однако, эта теория была отвергнута бельгийским кассационным судом под предлогом отсутствия двойного интереса у городской общины (Contra—L a b b d, S. 89, 4, 9, *Revue de Droit International*, 1888, стр. 425 сл.; Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 3-е изд., § 246, стр. 269, ном. 4).

В отношении между должником и третьим лицом. Мы знаем, что третье лицо приобретает право признать иск, независимо от какого-либо признания. Но возникает ли вопрос, иными возражениями может должник предъявлять иск третьему лицу? иными гарантиями может воспользоваться третье лицо, предъявляя свой иск?

Эта теория остается еще спорной неясной. Мы ограничимся здесь кратким изложением полученных результатов (см. кроме этого, наш *Etude sur le contrat de vente*, 2-я часть, гл. 1).

(1) Должник может привести три категории возражений к 1979. а) Возражения, оспаривающие договор абсолютной по-

действительностью или относительной — именно, в отношении должника; должник может сослаться на порок формы, недействительность с точки зрения публичного порядка, соглашение о будущем исследовании, порочность согласия должника вследствие заблуждения или насилия. Обман порождает последствия только против того, кто его совершил; поэтому, на порок договора, являющийся следствием обмана кредитора, нельзя сослаться против третьего лица, разве только оно последнее участвовало в обмане.

б) Возражения, вытекающие из оговора о расторжении, сделанной в договоре.

в) Возражения, вытекающие из неисполнения обязательств кредитора в отношении должника. Это соответствует верооятному измерению сторон. Впрочем, это мнение спорное (contra—Desmoussé, т. I, пом. 257; Aubry et Rau, т. IV, § 343 ter, текст и пр. 31; Laurent, т. XV, пом. 570.— с расхождениями в деталях). Ввиду этих сомнений, благоразумно исключать в договоре прямую оговорку о том, что третье лицо утрачивает свое право, если кредитор не исполнит своей обязанности в отношении должника. Так поступают страховые компании, исключая в прямую оговорку о расторжении договора, если застрахованный в течение определенного срока не платит страховой премии¹.

(2) Когда кредитор получил, в качестве гарантии права третьего лица, личное или вещное обеспечение (напр., вступление поручителя, установленная ипотека), третье лицо может воспользоваться этими обеспечениями, ипсессионными (добавочными) и его праву.

Затруднение может возникнуть, когда обеспечение не было оговорено по договору, но связывается, в силу закона, с правом кредитора в виду его природы. Так, привилегия продавца связана по закону с правом требовать покупной цены и гарантирует также, в принципе, дополнительные обязанности, лежащие на покупателе. Если среди этих обязанностей оказывается договор в пользу третьего лица, может ли это последнее воспользоваться привилегией продавца при осуществлении своего права требования против покупателя, ипсессионного должником? В этой части нужно ответить отрицательно, так как третье лицо не продавец. Но привилегия дана законом только тому, кто отдал вещь и ипсессионно покупателю. Этот вопрос, впрочем, является спор-

¹ Относительно признания положения, которое занимает во время расторжения. см. *Balléudier et Carliant*, *net. com.*, стр. 341—342. По акту 13 июля 1930, ст. 75, части I и 2 «страховые не имеют права, чтобы взыскать платен страховых премий. В договорах страхования на случай смерти, совершенных на всю продолжительность жизни ипсессионного, в по дост договоров, где страховые суммы выплачиваются по истечении известного ряда лет, не платен может иметь право ипсессионно только увеличенная страхового капитала или ренты, несмотря на то, что при этом, по истечении известного ряда лет, бы был произведен платеж, по крайней мере, трех годовых страховых премий». Относительно условий и последствий увеличения см. ст. 74.

ном (в нашем смысле, — Demolombe, Contests, т. 1, пом. 256; contra—Lobry et Van, т. IV, пом. 343 ter, текст и прим. 39). Зато все согласны признать, что третье лицо не может предъявлять исков об отмене или расторжении, право на которое мы признаем за кредитором в случае неисполнения договора. Этими жеками может пользоваться один только кредитор, но не третье лицо, которое ничего не давало должнику.

С. Отношения между третьим лицом и кредитором. Известно, что кредитор не может обвинять третье лицо в отношении себя, ни самому обвиняться в отношении третьего лица. Следовательно, договор не устанавливает никакого обязательственного отношения между кредитором и третьим лицом. Впрочем, известный юридический эффект может явиться результатом предыдущих отношений обоих заинтересованных лиц как права отмены договора, прямо предоставленного кредитором статей 1121.

1. Юридически последствия, являющиеся результатом премий отношений. Когда на договор может вытекать для третьего лица на приобретение возмездного или безвозмездного.

а) Возмездное приобретение: если кредитор был должником третьего лица и предоставил ему выгоду из договора, чтобы освободиться от долга, отношения обеих сторон регулируются общими правилами о возмездных актах; в частности, если долг, который кредитор желает возместить, не существовал, кредитор будет иметь иск и третьему лицу о возврате недоплаченного.

б) Безвозмездное приобретение. Может быть, что спондирует, на будучи ничего должен третьему лицу, совершил договор и его пользу с намерением продовать щедрости.

1. Так вероятно будет в случае страхования жизни. Впрочем, в отношении страхования жизни в пользу третьего лица обеспечивая то, чтобы договор мог когда-либо иметь в отношении третьего лица характер дарения. Действительно, страховая по существу есть договор о возмещении, предназначенный возместить ущерб выгодоприобретателю капитала на вред, причиненный несчастным случаем. Следовательно, страхование жизни имеет целью возмездность третьего лица за вред, причиненный смертью застрахованного. Выгодоприобретатель приобретает, следовательно, всегда свое право возмездно. *Le fort*, *op. cit.*, 3-е изд., 1920, т. 1, стр. 177 сл.). Это правило применяется и в отношении принципа. Страхование жизни, как всякий договор в пользу третьего лица, может быть возмездным или безвозмездным. Он будет таковым только в том случае, когда третье лицо ничего не приобретало кредитором, или же приобретатель ему выгоды, во всех тех случаях, когда кредитор не исполняет или частично исполняет. Возникает, что в этих случаях страхования, как дарения, потому, что кредитор считает себя как бы обязанным возместить на вред после своей смерти о существовании дня, который является днем жизни, жизни, зрелой и т. д. Это — верно, но в этом нет никакой юридической обязанности или хотя бы натуральной обязанности, это — возмещение в смысле морального долга. Но предоставление, следовательно, безвозмездной обязанности, во исполнение морального долга, как дарения. *Le fort*, *op. cit.*, 3-е изд., *La notion juridique de l'acte à titre gratuit*, Paris, Sirey, 1921.

В этом случае нужно признать, в принципе, правило о дарениях.

Но договор не будет подпадать правилам относительно формы дарения, потому что он является следствием договора между кредитором и должником. Для его силы достаточно, чтобы этот последний договор был действительным, но, если он сам не является дарением, никакой формы не требуется. Это правило прямо дано законом в ст. 1973 для поименованной формы, установленной в пользу третьего лица.

Норма, относящаяся к существу акта, в принципе будет применена, напр., нормы, относящиеся к способностям давать и принимать. По выводу, следует также признать применимыми правила, относящиеся к страховым взносам и к редукции, уменьшению страховой суммы. Но тогда представляется трудность, как установить сумму дарения? Здесь одаренный получает не то, что уплатил даритель. В страховании жизни даритель платит страховые премии, одаренный получает страховой капитал. Одаренный ли одаренный сделать взносы, произведет ли редукцию страхового капитала? Вопрос был спорным. Решение 8 февраля 1888 г. (S. 88, 1, 121), находящееся под влиянием системы предложения, приняло взносы страхового капитала. Затем эта установленная практика была оставлена; решение 20 июня 1896 г. (S. 96, 1, 361) признало, что должны быть только взносы страховых премий. (Ср. *Class.*, 4 августа 1908, S. 1908, 1, 5, полка, *азия*, Lyon-Caen, 2 августа 1909, S. 1910, 1, 540; 30 мая 1911, S. 1911, 1, 560. См. Charmont, *Revue critique*, 1897, стр. 337 сл.; Wahl, *L'assurance sur la vie dans la succession et la communauté*, Rev. trim., 1902, стр. 20 и сл.). Аналогичный вопрос поднимался при применении ст. 559 и 564 торгового кодекса в случае договора в пользу другого, и специально — о страховании жизни, совершаемого несовершеннолетним купцом в пользу своей жены.

— Закон 13 июля 1930 г. (ст. 68 и 69) разрешает контролеру в том смысле, что взносы или редукция подпадают только страховые премии и с очень значительным ограничением: при условии, что сумма либо чрезмерна по отношению к доходам и социальному положению застрахованного («возможности» застрахованного). То же самое правило действует в отношении права кредитора в случае несостоятельности.

2. Право отмены. Это право принадлежит кредитором и третьему лицу третьего лица, которое должен этот договор исполнить. Текст закона говорит только о кредиторе, и именно он чаще всего им пользуется. Что касается должника, то он, конечно, никогда не сможет отменить что-либо, если кредитор, потому что он связан по отношению к нему и обязан к должнику. Однако, в известных случаях кредитор не сможет отменить его без согласия должника. Здесь — вопрос взаимности согласия двух сторон будет необходимо в каждой ред. или дарении будет заинтересован так же, как и кредитор, в соответствии с

третьего лица. Таким образом, договор в пользу общего родственника кредитора и должника может быть отменен только по соглашению обеих сторон.

4. Право отмены переходит к наследникам субъекта. (Пасс., 27 февраля 1884, S. 83, 1. 422; Дув., 10 декабря 1895, S. 98, 2. 243). Отсюда очевидна, специально в случае страхования жизни в пользу третьего лица; наследники наследуют отменить договор до утвержденного записания третьего лица и таким образом исключаются из числа. Чтобы спарировать эту обязанность, предлагали принять, что договор становится неотменимым со смертью кредитора, но крайней мере, в том случае, когда он умышленно держит в пользу третьего лица. Но при отсутствии соответствующей нормы закона, нельзя принять подобную презумпцию даже в лице кредитора. Остается один выход: если кредитор не доверяет своим наследникам, он может лишить их права отмены специальной оговоркой в договоре.

5. Кассационный суд никогда не высказывался по вопросу о страховании жизни. Решение 27 февраля 1884 г. относится к другому случаю договора в пользу третьего лица.

В области страхования закон 13 июля 1930 г. (ст. 64) сохраняет право отменить договор за застрахованным, пока он жив. После его смерти, его наследники могут осуществить это право только после того, как станет возможным высказание капитала и, во всяком случае, не раньше, как три месяца спустя после того, как выгодоприобретатель по страхованию окажется просрочившим с заявлением о принятии им предоставленного ему права.

В результате отмены, третье лицо теряет свое право. Но осуществляется ли этим должник, или же кредитор приобретает право требовать исполнения в свою пользу. И здесь — вопрос неясный. При страховании жизни, если кредитор отменяет договор, заключенный в пользу третьего лица, без уничтожения вклада, он приобретает право на капитал для себя или своих наследников; иначе, страховые премии были бы уплачиваемы без толку.

IV. Договоры в пользу неопределенных третьих лиц или будущих лиц. До сих пор мы предполагали, что договор совершен в пользу определенного, притом живого третьего лица, или, по крайней мере, заключен в момент договора. Теперь мы будем иметь дело с более трудным случаем: в момент совершения договора выгодоприобретатель может не быть указан; это — случай договора в пользу неопределенных лиц или выгодоприобретателя, или в пользу лица, а значит, это — случай договоров в пользу будущих лиц. Эти случаи очень частые. Договор в пользу третьего лица, действительно, есть средство для провозглашения работы и оказания помощи следовательно, нужно, чтобы его можно было заключить даже с лицом, еще не известным индивидуально или вообще не существующим.

Иногда это будет город, который заключает с подрядчиком договор на общественные работы и включает в подрядные условия договора в пользу рабочих относительно максимум зареботной платы и максимума часов работы. Тут имеют место договоры в пользу неопределенных лиц, так как неизвестно, какие будут избраны рабочие. То же самое имеется в договоре относительно общественно-полезных предприятий, по которому предоставляется монополия эксплоатация и включаются оговорки в пользу будущих пользователей. Таким же равным образом договор страхования от несчастных случаев, заключаемый хозяином в пользу рабочих своих предприятий.

В других случаях, это будет отец, заключающий договор страхования жизни в пользу детей рожденных и имеющих родиться от его брака. Он хочет, чтобы выгоды от страхования принадлежали всем детям, которых он оставит после своей смерти, даже если в момент совершения договора они еще не были зачаты; тогда перед нами договор в пользу будущих лиц. Эти специальные случаи выливают трудный вопрос — вопрос о правах, которые будут иметь эти неопределенные выгодоприобретатели после того, как они определятся, или эти будущие лица, после их прихода в юридическую жизнь? Можно ли будет сказать также и в этих случаях, что третьи лица получают право непосредственно из договора, совершенного в их пользу. Можно, действительно, возразить, что в момент договора потенциальный субъект права не был определен индивидуально, или что он не явился личностью в юридическом смысле. Следовательно, если принять возникновение права непосредственно в силу договора, то это право окажется, по крайней мере, в течение некоторого времени без активного субъекта, известного или существующего. Но право не может существовать без активного субъекта; оно есть отношение между лицами и вещами; оно предполагает носителя.

Сейчас же приходит к мысли о возможном средстве избежать практически этого возражения. Можно сказать, что из договора непосредственно возникает право для кредитора, и что он передает это право из договора на третье лицо; тогда оно определится или будет зачато. Таким образом, третье лицо становится преемником кредитора, или в качестве кредитора (таков случай со страхованием рабочих их хозяином) или в качестве наследника (таков случай с имеющими родиться детьми — выгодоприобретателями по страхованию жизни, ст. 1122). Но это — только средство недостаточное на практике; мы знаем, в самом деле, что договор в пользу третьего лица исполняет свое назначение только в том случае, если достигают того, что договор является выгодоприобретателем прямым правопреемником кредитора. И при данном объяснении он будет иметь полную силу только в случае

смерью. Следовательно, выговорившая по договору неспособность наследует в имущество кредитора и будет таким образом предметом удовлетворения для его кредиторов; больше того, если выговорившая наследует по договору только при условии принятии наследства. Эти два последствия касаются всю операцию выкуп, которых от нее ожидали. Так, при страховании в пользу имеющих родиться детей, застрахованная жена обязана для своих детей капитал, который не зависел бы от случайности этой судьбы. Предположим, что он умирает несостоятельным; дети могут возмутить требование в отношении страхового суммы только в качестве наследников; следовательно, нужно будет, чтобы сначала они приняли наследство, и больше того, чтобы они оплатили кредиторам, имеющимся в отношении выговорившего по договору капитала. Цель предусмотрительности контрагента по договору не будет достигнута.

Поскольку это впрямую действительно недостаточно, то посмотрим, нельзя ли опровергнуть возражения и установить, что выговорившая, даже неопределенный или не зачатый в момент договора, получает все-таки из него право прямо против должника.

Наша теория, основанная на традиции старого права, возмещает нам получить этот результат. Теперь мы должны дать сначала теоретическое доказательство, а затем разберем состояние судебной практики и новые специальные законы.

А. Теоретическое доказательство. 1. В отношении неопределенных лиц нет затруднений. В самом деле, мы сказали, что право возникает не путем принятия выговорившим предложением, но что оно возникает прямо из договора без его участия. Тогда не представляется никакого затруднения допустить возникновение права в пользу лица, которое будет определено позднее. Мы признали также, что предмет договора может быть определен только после заключения договора.

Но здесь нужно набегать сшибки; если верно, что точное обязательство выговорившего не является необходимым при совершении договора, то необходимо, по крайней мере, чтобы этот договор содержал в себе элементы для определения его в дальнейшем. Но когда контрагент просто оставил за собой право назвать выговорившего наследника (так бывает при страховании жизни, когда в договоре установлено, что выговоривший будет наследником в зажиточном застрахованного), спрашивается, содержит ли договор достаточно элементов для его определенности в отношении наследника, будет ли выговоривший наследником кредитора? Было высказано мнение, что в этом случае контрагент (кредитор) может и в виду отсутствия взаимного договорных выгод и что, следовательно, право, возникшее из договора, исходит в это имущество

следовательно, третье лицо может явиться только правопреемником (Piano), цит. соч., том. 1293). Такое решение слишком безусловно; на самом деле это, прежде всего, вопрос намерения. Если кредитор не имел приобретения права для себя, а потом передать его третьему лицу, несомненно будет его правопреемником; но если он не имел предоставить ему право это-таки-таки, он мог это сделать, и именно такую волю следует предполагать в случае страхования жизни (закон 13 июля 1900, ст. 63, ч. 5).

2. Трудности значительнее в отношении того, что касается будущих лиц. Прежде всего, если рассудить, оставаясь в стороне текста закона, то из видно основания для того, чтобы отличать этот случай от предыдущего. Если признают, что право возникает прямо из договора, без участия выговорившего, логически следует допустить возможность установить право его пользу, даже тогда, когда он еще не существует. Можно с таким же успехом обойтись без его существования, как и без его воли (Планоль).

Однако, возможно такое возражение: поскольку не существует выговорившего, то как понять существование права. Ведь это будет право без субъекта?

Нужно ответить на это, что действие договора будет отложено до появления на свет выговорившего; в этом нет ничего невозможного. Мы уже признали равным образом, что будущие вещи могут быть предметом договора, но с оговоркой, что действие договора откладывается до появления вещи. А между тем, право не может существовать в без объекта и такой же мере, как без активного субъекта. Следовательно, если будущий вещь может быть предметом договора, то будущее лицо может быть его субъектом.

Но другое, более важное, возражение вытекает из статей 721 и 938. Чтобы иметь возможность наследовать, нужно быть живым в момент открытия наследства; чтобы получить дар, требуется то же на момент смерти завещателя, для дарения — на момент дарения.

На эти тексты закона смотрели, как на чистые подтверждения более общего принципа: чтобы можно было сослаться на право, нужно существовать или, по крайней мере, быть живым в момент юридического акта или правообразующего факта. Следовательно, нельзя по договору в пользу третьего лица установить право в пользу будущих лиц.

В этом случае мы имеем пример очень опасного способа юридического рассуждения — обобщения частных реальных актов для того, чтобы вывести потом другие заключения на доброту таким путем принципа.

Две приведенные статьи закона предусматривают только три случая: наследование, дарение. Если мы обратимся к решению этих статей специальными соображениями относительно каждого из этих случаев, то нет никакого основания их объединять.

Эти два толста являются для нас исключительными. Договор в пользу третьего лица может остаться под действом приведенной рациональной теории. А ограниченное толкование статей 725 и 906 обязательно и с юридической и с исторической точки зрения.

Ст. 725 объясняется особым соображением. Если бы допустим переход по наследству к будущему лицу, то наследственная масса оставалась бы без субъекта до зачтения выгодоприобретателя. Это невозможно, потому что не может быть пережива в собственности. Притом кого представляли бы иск кредиторов наследства? Этот принцип был принят еще в старом праве в виде поговорки: мертвый хватает живого.

Ст. 906, в той части, в какой она касается legata, объясняется исторически. Старое право допускало условное назначение наследника в пользу будущих лиц. Это влекло за собой неопределенности в переходе права собственности. Ординам 1735 г. о завещаниях в ст. 49 воспретил назначение в пользу лиц, еще не зачатых в момент смерти завещателя. Этот принцип не был распространен на legata. Но гражданский кодекс, отменяя обязательность назначения наследника (в завещании), переносит на legata решение, принятое ординамом. Здесь опять решение закона объясняется без обращения к общему принципу.

Что касается дарений, то ст. 906 имеет целью не допустить дарения, совершаемых непосредственно в пользу еще не зачатых лиц. Эти дарения были нередки вплоть до XVI столетия. Они влекли за собой злоупотребления и были воспретены ординамом Вайс-Коттра в августе 1539 г. (ст. 133) и ординамом февраля 1733, ст. 5. Это решение было санкционировано гражданским кодексом.

Но речь идет только о прямых дарениях, а не о выгодах, вытекающих из договоров и в пользу третьего лица. В прямой дарение еще предложено, адресованное к одаряемому, и принятие со стороны одаряемого; чтобы иметь возможность принять, он должен существовать юридически. Не может быть согласия воле с будущим лицом. В договоре в пользу третьего лица нет ни предложения, ни принятия в отношении третьего лица; согласие воле получается между кредитором и должником; воле третьего лица — безразлична. Его право возникает без его участия. Следовательно, третье лицо может не существовать в момент договора. Нет никакого основания распространять на договор в пользу третьего лица решение ст. 906, п. 1.

История определения выгодоприобретателя ограничивается тем, когда в XVI столетии запретили дарения будущим лицам, кресты, наиболее существенно запрещению, очень вышито, лишь оговорить, что это запрещение не распространяется на договоры в пользу третьего лица. Потман (Diskussionen, т. VII, том. 28) заявляет, что прямое дарение будущему лицу запрещено; но можно в дарение, совершаемое зачатому лицу,

включить обременение в пользу будущего лица (ср. Poitier, Donations, отдал II, ст. 1-я). Единственное разногласие: Nicolas Duval высказался за запрещение договора в пользу не зачатых третьих лиц. Но он сам признает исключительный и парадоксальный характер своего мнения (См. Lambert, cit. loc., § 148 и сл.).

Ст. 906 ч. 1, воспроизводящая отчасти решение старого права в области прямых дарений, должна получить такое же толкование, следовательно не следует распространять на договоры в пользу третьих лиц.

Из этого можно заключить, что ничто, ни в принципах, ни в текстах закона, не мешает силе договора в пользу третьего не зачатого лица.

В Судебная практика и законодательство. Они не всегда подтверждали полностью нашу теорию. Судебная практика складывалась несколько случайно и различными путями. Но она характеризуется очень высокой ориентацией на нашу систему. Развитие законодательством в области страхования жизни в законе 13 июля 1930 г.

1. Лица неопределенные. Если пишется простая неопределенность, но не доказано, что выгодоприобретатель, но был зачат во время совершения договора, судебная практика по общему правилу оставляет договор в силе.

Эта система была применена к случаям страхования за счет того, кого это будет касаться. Собственник вещи хочет ее застраховать против риска гибели, пожара и пр. Но вещь предназначена многим раз собственникам. Хотят, чтобы каждый последовательно наступивший собственник мог воспользоваться страхованием, если вещь погибнет, тогда она будет в его руках; отсюда страхование за счет всех, кого это будет касаться. Это страхование особенно распространено в морском праве в отношении товаров, отправляемых парходом, часто продаваемых несколько раз в течение одного плавания. Страхование совершено в пользу того, кто в момент наступления случая будет обладателем коносамента по приходу. Выгодоприобретатель неопределенный, а однако страхование имеет силу (см. например, Cass., 5 марта 1889, S. 88, 1. 315).

Разный обривом имеет силу оговорки в пользу рабочих в подрядах условиях при отдаче в торгов общественных работ (Пуэты, 20 июня 1889, D. 90, 2. 159).

В отношении страхования жизни судебная практика, пожалуй, менее устойчивая, имела, однако, тенденцию к подтверждению той же принципам. Эта тенденция очень четко выражена в законе 13 июля 1930 г.

Необходимо различать две категории случаев:
(1) Присвоение права выгодоприобретателю, не упомянутому в тексте. Могут встретиться несколько случаев.

в) Застрахованная жизнь указала выгодоприобретателя и по-
каза, в котором указал другого в дополнении к полису. Второе ли-
цо имеет прямое право, деформируемое полисом, так или дополни-
тельно составляет единое право с полисом (Касс., 16 января 1898,
S. 23, 1. 121; Гренобль, 22 января 1901, S. 1963, 2. 17, посп. за-
меч. Wahl, Дижон, 13 января, 1910, S. 1913, 2. 19).

г) Застрахованная жизнь, заключив договор для себя, в даль-
нейшем указывает выгодоприобретателя в дополнении к полису.
Суд в Дуэ (11 февраля 1886) решил, что выгодоприобретатель не
приобрел прямого права, что право перешло от застрахованной
жизни к выгодоприобретателю. Но кассационный суд отменил
это решение (7 августа 1888, S. 89, 1. 97), признав прямое право
выгодоприобретателю, потому что застрахованная считается со-
держивавшей за собой подчиненное право изменить в дальнейшем на-
значение (contra Wahl, цитированное выше посп. замечание).
Это решение было подтверждено ст. 63, ч. 5, закона 13 июля
1930 г.

д) Указание выгодоприобретателя вытекает не из дополнения
к полису, а из посп. застрахованная жизнь уступает полис тре-
тьему лицу, например, путем индоссамента. Имеет ли третье ли-
цо прямое право? Судебная практика в течение долгого времени
проявила различия.

а) Цедировавшая полис первоначально был в пользу треть-
его лица; тогда цессионарий, ставший на место первого выгодопри-
обретателя, приобретает прямое право. Застрахованная жизнь в
этом случае только пользуется своим правом указания, чтобы
изменить лицо выгодоприобретателя (Касс., 4 мая 1904 г., Равд.
ф. 1904, 1. 321, посп. замечание Лефор; S. 1904, 1. 385, посп.
замеч. Лави-Кане).

б) Цедировавший полис был исключительно в интересах
застрахованной жизни. Сначала признали, что он мог только
передать свое собственное право; третье лицо не имело прямого
права и становилось правопремником застрахованного (Гренобль,
22 января 1901, S. 1903, 2. 17).

Это решение было слишком суровым. Застрахованная жизнь
только осуществляет свое право указать выгодоприобретателя.
Так в Париже 1904 г., ст. 55, принимая, что посп. посредством
индоссамента всегда дает третьему лицу прямое право (Ср. Луон-
Сен, мнение Лави, S. 1905, 1. 257). Кассационный суд последо-
вал этому мнению и признает прямое право также и в этом случае
(Париж, 19 ноября 1907, S. 1907, 1. 481, посп. замеч. Люн-
Кане). Это решение было санкционировано законом 13 июля
1930 г. (ст. 63, ч. 2).

в) Застрахованная жизнь указала выгодоприобретателя в
своем завещании. В этом случае судебная практика до закона
1930 г. не признавала прямого права; третье лицо было право-
преемником застрахованной, как тототарий легатарий (Касс., 24
февраля 1902, S. 1902, 1. 165; см. Люн-Кане, посп. замеч. S. 1907,

1. 481). Требования распространить прямое право на этот слу-
чай. Закон 13 июля 1930 г. санкционировал это распространение
в общем виде (ст. 60): «В случае указания выгодоприобретателя
в завещании, платит отряхнутой сумы, произведшей тому, кто,
без этого указания, и был бы на это право, освобождает добросо-
вестного страховщика».

(2) Страхование в пользу наследников.
Предположим, что ролик зачат в момент составления полиса.
Два завещания выказались в судебной практике.

Некоторые решения признавали, что застрахованная жизнь,
если он того хотел, мог установить собственное право для выгодо-
приобретателей. Это было вопросом намерения. Если застрахо-
ванная жизнь хотел установить право, входящее в наследство,
тогда применяли ст. 1122, и наследник не имел своего права; а
если он хотел считать наследников как третьих лиц, тогда воз-
вращались к случаю ст. 1121 и эти лица имели собственное право
(Руан, 12 мая 1871, S. 71, 2. 279).

Другие решения, более новые и более строгие, отрицали и
признания права считать наследников за третьих лиц. Эти ре-
шения предпочитали применение ст. 1122 (Руан, 27 июля 1875,
S. 77, 1. 395; Касс., 15 декабря 1873, S. 74, 1. 499; 15 июля 1875,
S. 77, 1. 326).

Здесь, вероятно, сказывалось воспоминание о теории предло-
жения, от которой судебная практика ко времени этих решений
еще не освободилась. Наследники, которые выясняют только
в момент смерти лица, могут совершить принятие только после
смерти. Но, по теории предложения, предложение отменяется
смертью. Следовательно, принятие может наступить в этом слу-
чае только тогда, когда предложение отменено, в тот момент,
когда право окончательно вошло в состав имущества застрахо-
ванного кредитора. Это опять приводит к выводу, что при страхо-
вании, так понимаемом, право всегда входит в наследство за-
страхованного. Наоборот, по теории прямого возникновения
права не было основания оставаться при этом решении. Такая
образом, противоположное решение получило перевес в законе 13
июля 1930 г. (ст. 63, ч. 2), который признает за наследниками
прямое право.

2. Будущие лица. Здесь судебная практика еще сложна.
В отношении учреждения судебная практика допускает уста-
новление прямого права по договору, заключенному в рети анте-
рости, совершенные по отношению к юридическим лицам в пользу
будущих лиц, например, в пользу бедных общин.

При страховании в пользу супругов
родиться детей Кассационный суд до закона 1930 г.
не признавал прямого права. Дети, имеющие родиться, не могли
в момент договора получить выгоду из договора в качестве на-
следников. Это было мало логичное решение. Кроме того, было
трудно различить трудности, возникающие отсюда, что выгодо-

приобретатель — лицо будущее, от трудностей, вытекающих из простоты неопределенности этого лица.

Судебная практика прошла три фазы:

а) До 1872 г. апелляционные суды решали, что страхование вызывает последствия, которых не имел застрахованный; страхователь сохраняет собственное право для выгодоприобретателя, хотя бы он ни был, если таково было намерение кредитора, независимо от термина, употребленного в полисе: наследники, правопремники, дети и т. п. (Кольмар, 25 февраля 1865, D. 65. 2. 93), и безразлично, родились ли уже дети или имеют родиться. Судебная практика, notwithstanding, не замечала трудностей, она считала договор, или договор *in genere* (особого рода), по отношению к теории договоров в пользу третьего лица.

б) От 1872 г. до 1884 г. Кассационный суд, впервые столкнувшись с этим вопросом, увлекся юридическими тонкостями. Он признавал различие в зависимости от редакции полиса. Если кредитор назвал поименно выгодоприобретателей, они имеют собственное право. Если он сказал о своих наследниках, о своих детях, неопределенно выгодоприобретателя или будущее лица не имеют собственного права; право приобретается кредитором, а в выгодоприобретателях переходит *iure hereditario* (по наследственному праву) (Касс., 7 февраля 1872, D. 72. 1. 209; Дело Лобоз, Касс., 7 февраля 1877, D. 77. 1. 337 и 27 января 1879, D. 79. 1. 230; 10 февраля 1880, S. 80. 1. 152). Этим системно последовали апелляционные суды с некоторым сопротивлением.

в) После 1884 г. признали, что таким образом открыто нарушалась воля кредитора слишком буквальным толкованием иррациональный полис. Кассационный суд признает, что суды инстанций по существу несут, даже при отсутствии названного обозначения выгодоприобретателей, признавать за ними собственное право, при условии во всяком случае, что выгодоприобретатели были упомянуты в момент договора. В отношении незачатых, или права будущим образом только *iure hereditario*, в порядке наследственного права (Касс., 2 июля 1884, S. 85. 1. 5; 8 февраля 1898, S. 88. 1. 131; ср. Lotot, *Traité des assurances sur la vie*, т. II, стр. 262 и сл.).

Заметим, кроме того, что когда Кассационный суд не признает собственного права за детьми, имеющими родиться, он мотивирует свое решение тем, что считает их неопределенными лицами, и что он всегда избегал проводить в своих рассуждениях тонкую теорию относительно будущих лиц. Он этим позволял надеяться, что в тот день, когда признают просто возможность установить право в пользу неопределенных лиц уже зачатых, можно будет признать в то же время простое право и за незачатыми (см. *Valley d'Or et Carignan*, *nat. soc.*, стр. 580).

Но чем существовал закон 1930 г., который не делает различия в зависимости от того, заключено ли страхование в пользу детей зачатых или незачатых во время составления полиса (ст. 63,

ч. 4). Единственное условие — это существование лица в момент допустимости изъятия капитала или ренты (ст. 64, ч. 5). Кроме того, здесь только простая презумпция, ограничивающая страхование по титулу подлости.

« Это развитие дает хороший пример процессов развития судебной практики, с ее медленностью, переходными фазами, которые встречаются в одно и то же время решения, применяющие разные точки зрения. Наказуемо закона 1930 г. имел место одна из таких переходных фаз, сдвинувшаяся еще несовершенным образом намерение застрахованного. Закон 1930 г. под влиянием научных соображений, изложенных выше, признал, по крайней мере в области страхования жизни, простое право также в пользу не зачатых третьих лиц. Это — простое логическое развитие общих принципов, уже принятых кассационным судом, начиная с 1888 г., относительно приобретения права третьими выгодоприобретателями.

ГЛАВА III

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ЗАКЛЮЧИТЬ ДОГОВОР*

Там, где мыслится соглашение, заключаемое своим предметом заключенное в дальнейшем договора. Лицо принимает на себя обязательство по отношению к другому лицу совершить с ним договор: обещание дать займам 1000 франков (соглашение о предоставлении или кредита), сдать внаем квартиру, продать дом.

По этому поводу нужно избежать двойного смысла;

(1) Следует отличать обязательство заключить договор от одностороннего обещания. Обязательство заключить договор есть само по себе заключенное соглашение, предполагающее согласие как в порождающем обязательство. Обещание есть акт одного из сторон, означающий и не устанавливающий никакого обязательства.

(2) Разным образом следует отличать обязательство заключить договор от договора, заключенно которого он подготовил. Лицо, принимающее на себя обязательство по обещанию договора, обязывается заключить этот договор; сам этот договор будет заключен позднее посредством нового соглашения волею. Так, обещание сдать внаем квартиру обязывает заключить договор аренды; оно не равносильно договору имущественного займа.

В итоге, обязательство заключить договор есть договор, порождающий обязательство совершить действие, состоящее в заключении нового договора.

Определяемое таким образом обязательство заключить договор не требует в принципе каких-либо специальных замечаний, исключенное весьма важного случая обещаний договоров, имеющих целью передачу права собственности, и специально обязательство заключить договор продажи. Единственная норма закона, ст. 1583, недостаточна сама по себе, касаясь этого случая. Мыслью со сопоставить с *Traité de la vente* (Трактатом о продаже) Потье, ном. 476 сл. Так как толкователи ст. 1583 не знали такого сопоставления, они построили ложную теорию, без возможности оспорить. Правильное учение дано Паланье, *op. cit.*, т. II, ном. 1436 и сл.).

* *Lois. Des grand-colests, Dépt Paris, 1809; [Cofis et Capitans], art. 10, n. 113 и сл.; [Lokkerand], art. 204, II, § 1066 и сл.; [Pianal] et [Prest], art. 204, II, § 1308 и сл.*

Ограничивая наше учение обязательствами заключить договор продажи, мы разделим законные на три отделения, в которых последовательно рассмотрим: обязательства продать или купить; опровержение теории синаллагматического обязательной продажи; задаток. Наконец, в приложениях мы рассмотрим кратко постановления закона 30 июля 1930 г. относительно обязательства продажи, касающегося разделения земли на участки.

Отделение I

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ПРОДАТЬ ИЛИ КУПИТЬ

I. Обязательство продать. Это соглашение представляет следующую практическую выгоду. Лицо может иметь желание купить нечто впоследствии, но не может связывать себя покупкой. Следовательно, очень важно получить от собственника обязательства согласиться продать вещь по первому требованию, пока не связывая себя непосредственно в качестве покупателя. Обязательство продажи дает для этого средство. Предположим, что промышленник желает образовать предприятие в данной местности. Ему нужен дом, чтобы разместиться. Но он не уверен в успехе предприятия. Он не хочет покупать дом немедленно, но стремится все же сохранить за собой возможность купить его позднее, в случае успеха. Он возьмет дом в аренду и вместе с тем заручится от собственника обязательством продажи, например, по окончании срока аренды. Говорит в таких случаях, что он оставил за собой выбор. С наступлением этого срока он будет в состоянии в случае успеха предприятия обязать собственника передать ему право собственности; в случае неуспеха он сможет отказаться от дома. Это и называют правом выбора. Очевидно, что для достижения его цели обещание должно быть односторонним, т. е. обязывать только обещающего продать, эвентуального продавца; другая сторона, стимулант — по терминологии касационного суда, сохраняет свободу (вступить в договор или нет).

Чтобы определить юридические последствия этого акта, необходимо различать два периода:

1. До волеизъявления покупателя, прекращающего обязательство продать в окончательную продажу, обещавший обязан продать, но продажа еще не совершена. Следовательно, ни одно из последствий продажи не наступает: не переходит право собственности; риск случайной гибели вещи остается на обещавшем. Имеет место только на стороне обещавшего обязательство совершить действие.

Что происходит, если этот последний нарушит свое обязательство? Предположим, что обещавший продаст вещь третьему лицу, третье лицо становится собственником, потому что оно приобретает в добрую (от собственника). На это приобретение можно

обеспечиться в частности возращением против кредитора, даже когда обязательство было бы заранее ранее продано, совершенной третьей лицу, потому что обязательство продать не переносит права и займы и поделительную книгу в этом случае безвозвратно (см. Кам. класс. изд., 26 мая 1908, D. 1909, 1. 425, посп. закон Пирогов).

Кредитор не будет иметь никакого права против третьего покупателя, но он сможет взыскивать ущерб с должника, нарушившего свое обязательство.

Во всяком случае, практическое средство позволяет предоставить кредитору более прочное право, во крайней мере, в отношении кредитору более прочное право, во крайней мере, в отношении должника по действительности, а именно — установить на недвижимый объект предмет обязательства продажи, ипотеку ипотечное обязательство должника. Кредитор приобретает таким образом на недвижимость реальное обеспечение, которое можно противопоставить третьему лицу, если эта ипотека занесена раньше занесения титула права третьего лица.

2. После заявления покупателя, т. е. когда кредитор делает выбор и заявляет о своем намерении превратить общинно и окончательную продажу, — могут представиться два случая.

а) Обещавший исполняет свое обязательство. Он принимает предложение совершить продажу.

В результате наступает продажа, а следовательно, и перемена собственности в руках покупателя: ст. 1138 (см. Кам. класс. изд., 21 февраля 1910, D. 1911, 1. 389, и 18 марта 1912, D. 1913, 1. 156). Занесение будет тогда полезной.

Во эти последствия наступают без обратной силы, т. е. считаясь с момента окончательного договора, а не с момента обязательства заключить договор. Следовательно, покупатель должен будет продать все права, установленные в пользу третьего лица и занесенные раньше его собственного акта продажи. Он не становится собственником, если другая продажа была заключена раньше и занесена до его титула.

Позднее записать ту точку зрения, что продажа, заключенная по исполнению обязательства заключить договор, производится действительной силой со дня такого обязательства. Из этого вытекало бы, что все вышние права, установленные в пользу третьего лица после обязательства заключить договор, утрачивают силу. Утверждаю, что заявление покупателя действительное, или существенное условие, что обязательство заключить договор или продажа под существенным условием заявления покупателя, должно быть так признано к нему ст. 1179.

б) Если же обещавший. Обещание продажи не есть продажа, но действительная и действительная заключить продажу. Пока продажа не совершена, акт даже условной продажи. Заявление покупателя не есть, следовательно, обязательное условие предвари-

тельно заключенного договора; это — один из элементов существования договора, который будет состоять заключенным только тогда, когда наступит этот момент. Следовательно, договор продажи заключается только посредством этого заявления и только в этот момент производит свое действие. Можно только сказать за собой, как мы видели выше, возможность обеспечить исполнение предварительного обещания ипотекой.

в) Обещавшийся заключить договор отказывается исполнить свое обязательство. Какими будут права кредитора? В этом случае получает применение ст. 1599: «Обещание продать равносильно продаже, если имеется взаимное соглашение обеих сторон о вещи и о цене.

Этот текст можно объяснить только исторически. В старом праве вопрос был спорным (Потье, Продажи, том 479). Ставили перед собой вопрос, может ли кредитор, несмотря на отказ должника заключить договор, считать продажу совершенной и, следовательно, требовать передачи права собственности, или же он должен довольствоваться помещением преда, а собственность остается за общинным. В пользу этого второго мнения приводили то соображение, что должник обязан на основании своего обещания только совершить действие, а именно, вступить в договор. Если он отказывается исполнить это обязательство, польза его прямо прицелена к этому; nam potest praesidio cogi ad factum (польза этого принудить в точном смысле к совершению действия). Следовательно, договор не будет заключен. Переход права собственности не будет возможен, а в распоряжении кредитора будет единственное средство — взыскать ущерб, возможный ввиду неисполнения обязательства совершить действие.

Но Потье не признал этого взгляда, будучи в этом отношении в согласии с практикой своего времени. Если обещавший отказывается совершить обещанное действие, заменил заключение договора судебным решением, присуждающим обещавшего и заключению продажи; если обещавший не подчинялся судебному решению, последнее праравнялось и акту продажи, подлежащему общинным. Наступали все последствия продажи; несмотря на отказ обещавшего, покупатель получал вещь в натуре.

Ст. 1589 санкционировала решение Потье в старой практике, упростив его еще больше. «Обещание продать равносильно продаже» означает, что после заявления покупателя продажа считается совершенной. Если продавец отказывается передать вещь, он будет принужден к этому судебным решением. И отличие от старого права, это решение не присуждает к заключению договора, ибо договор считается заключенным в силу ст. 1582, судебное решение признает существование продажи.

Юридически это решение можно оправдать: своим обещанием обещавший сделал предложение продажи и обязан держаться своего предложения, так что кредитор имеет предложение, как к своему усмотрению. Польза, без согласия кредитора, в-д-

нить в это обязательство, которое покончен на согласии воли. Отказ обязательного исполнить обязательство не отменяет предложения; этот предположенно остается в силе и принятие со стороны покупателя приводит к заключению окончательного договора (см. Кам. касс. жал., 1910 и 1912, выше, стр. 272).

Ст. 1589 добавляет: «когда имеется взаимное соглашение относительно вещи и цены». В этой формуле думали найти намек на двустороннее обязательство продавца и покупателя; здесь зародилась выразительная теория синаллагматических обещаний. Объяснение нужно искать в сопоставлении с текстом Потье. Него продавец обещания продавца, без согласия о цене, вымышленно заурядности (номера 481 и сл.). Гражданский кодекс хотел выдвинуть эти вопросы. Любопытное постановление указывает, что обещание будет равносильно продаже после заявления покупателя только при условии, если существенные элементы продажи, вещь и цена, уже определены. В противном случае, суд должен будет рассмотреть по фактической обстановке намерение сторон, чтобы рассмотреть, было ли оно достаточно определенным, чтобы можно было считать договор заключенным.

Если стоимость вещи возросла за время между обязательством заключить договор и продажей, то должна быть уплачена та цена, которая была определена в момент обязательства. Но если при продаже недвижимости несоответствие между ценой и действительной стоимостью составляет в момент продажи ущерб свыше 1/12, возможно ли будет расторгнуть договор вследствие убыточности? Другими словами, стоимость вещи должна определяться на момент обязательства заключить договор или по моменту продажи? Этот вопрос часто возбуждался во время падения франка и обещаниях предшествующих этому обещания, исполненных после начала денежного кризиса. В соответствии с тем, что мы только что сказали, нужно определить стоимость недвижимости на момент продажи, потому что только тогда происходит продажа; следовательно, иск о расторжении будет возможен в том случае, если превышение стоимости будет более 1/12 по времени исполнения обязательства заключить договор (так, Кам., 1 августа 1924, S. 1926, I, 54; Гражд. 19 апреля 1926, S. 1926, I, 128). Ср. еще, Кам. касс. жал., 28 декабря 1932, D. hebdom. 1933, стр. 43; 17 января 1934, Gaz. Pal. 1934, I, 1038).

Это различие вызвало критику со стороны M. Wahl, La légalité dans les promesses unilatérales de vente, Rev. trim., 1927, стр. 471, contre — Laloü, по исп. замеч. D. 1922, 2, 91 и D. 1929, 2, 23. Ср. Jariot, по исп. замеч., S. 1926, 2, 119 [Ср. еще: Laloü, Des promesses unilatérales de vente d'immeubles, D. hebdom., Chronique, 1928, стр. 1; Les pactes de préférence, D. hebdom., Chronique, 1929, стр. 41].

Во всяком случае, было бы непорочным, чтобы заявление покупателя вызвало юридические последствия в какой-нибудь другой момент, кроме того, когда оно последовало. Стороны име-

ли в виду, что обязательство заключить договор будет иметь значение только в течение известного срока, после которого оно не будет запрошено. Иначе, обещание оставалось бы бессмысленно долго в неизвестности. На практике срок по общему правилу определяется в договоре. Если этого нет, то будет иметь толкование — решить, сообразно обычаям и предположенному измерению сторон.

II. Обязательство купить. Случай — обратный предыдущему. Первый обещает Второму купить у него дом; отсюда — одностороннее обязательство Первого: не отступать от своего предложения и покупки до заявления продавца, которое превратит обещание в окончательную продажу.

Теория тождественна с теорией обещания продать, но этот случай — гораздо менее частый на практике. Потье (De la vente, ном. 490) давал пример с покупателем мебелированного дома, по отношению к которому продавец, имеющий право обратной покупки, обещал купить у него в течение года всю обстановку, какую он не пожелает оставить за собой. Приводит также, по слову Потье, пример с публичными торгами (ст. 705, ч. 2 проц. код.). Участник торга (делающий надбавку) делает предложение купить по цене, предложенной его надбавкой, при условии, если не предложено более высокой цены. Но этот анализ неточен. Надбавка на торгах — больше, чем обещание купить; это — принятие предложения продажи, сделанного фантом назначенных торгов. Представленная в зависимости от условия, что не будет предложено другой, более высокой цены. Следовательно, это — синаллагматический договор, а не односторонний, как простое обязательство заключить договор. Поэтому, когда сделана надбавка, продавец не может изменить предложенных условий продажи, он не может изменить назначенной цены.

Отделение II

ОПРОВЕРЖЕНИЕ ТЕОРИИ СИНАЛЛАГМАТИЧЕСКИХ ОБЕЩАНИЙ

Мы видели, что обязательство заключить договор по существу своему является односторонним. Этого требует его практическое значение; нельзя связать только одну из сторон, сохранив за другой свободу. Однако, некоторые хотели стирать синаллагматические обещания, обязывающие одну из сторон продать, а другую — купить. Эта теория возникла на почве ст. 1589, которая говорит о взаимном согласии и объявляет, что обещание имеет силу продажи. Это постановление, порождаящему двустороннее обязательство — продать, с одной стороны, купить — с другой стороны.

Но тогда важна разница между этим договором и продажей в собственном смысле слова? Здесь авторы расходятся. По мнению одних, все вышесказанное происходит уже осуществлением в момент обязательства заключить договор. Собственность переходит непосредственно. Запись обещания и возмездную вещь — возмездие и возмездие. Покупатель несет риск. Если стороны не заключили от своего обещания, то это — риск по возмездному соглашению обратного отклонения, право перенесение собственности, право залога (Им. расс. исл., 26 марта 1884, S. 86. 1. 233).

По другому мнению, нет непосредственной продажи. Акт осуществляется только взаимное обязательство вступить в дальнейшее в договор продажи. Отсюда выводы, обратные тем, какие мы только что назвали.

Эти два мнения имеют неправильную отправную точку. Они применяют ст. 1590 к соглашениям, тогда как она применяется к одностороннему обязательству заключить договор, и мы знаем, что немецкое двусмысленное формула этой статьи выводится путем сравнения с историческими прецедентами.

Что касается соглашения обещания, на котором основаны некоторые, и о котором Поте иногда не говорит, то это — продажа, в которой стороны плохо выразились. Они сказали: «я обещаю продать» или «я обещаю купить», вместо того, чтобы сказать: «я продаю» или «я покупаю». Здесь нет обещания договора, а договор, к которому нужно будет применить выводы из первого мнения, изложенного выше, но бездан квалификацию обязательства, или обязательство заключить договор, и обосновать решение статьи 1590.

Заметим, кроме того, что употребление формулы «я обещаю» не будет указывать на намерение сторон односторонне действовать до известного срока или совершить условную продажу. Но даже в этом случае не будет обещания договора, а будет договор по сроку или условный.

Отделение III

ЗАДАТОК

Часть при продаже или другом договоре одна сторона вручает другой стороне определенную вещь, по общему правилу денежную сумму. Это дополнительное предоставление, совершаемое за предельно предельный, составляющий предмет договора, называется задатком. Задаток нужен отличать от залога. Аванс есть часть вещи, уплачиваемая которой, она идет в счет цены. Задаток — это часть денег, уплачиваемая которой, она идет в счет цены. Задаток — это часть денег, уплачиваемая которой, она идет в счет цены. Задаток — это часть денег, уплачиваемая которой, она идет в счет цены.

водить отступить от договора (среди тех отступлений: задаток — отступное).

На случай, когда соглашение не определяет характера задатка, закон установил по поводу обещания продавца презумпцию. Ст. 1590 решает, что задаток — это задаток, а не задаток отступления и праве отступления.

Следует ли распространять эту презумпцию на случай законченной продажи? Поте («Продажа», том 307) отвечает отрицательно. Презумпция не обоснована. Нельзя договор, обязательство от решения, следовательно, нет основания предполагать, что стороны скорее хотели сохранить за собой средством отступления от договора, чем средством доказательства. А Готтш (тем более) не следует распространять ст. 1590 на другие договоры, кроме продажи.

Приложение. Закон 30 июля 1930 г. относительно обещаний продажи, касающихся земель, разделенных на участки или подлежащих разделению.

Закон 30 июля 1930 г. хотел устранить злоупотребления спекуляцией при специальной категории обещаний продажи, а именно, при тех, которые относятся к продаже небольшими участками земель, разделенных на такие участки или предназначенных к разделению. Случай — очень частый; спекуляторы именованной покупателем большие участки, которые они делают на участке и пускают в продажу. Эта операция представляет опасность, ибо она являлась спекулятивной. Это — приобретение спекулятивное, имеющее в виду перепродажу после того, как наступит повышение цены на землю.

Средство против этого состоит в том, чтобы обязать такого приобретателя уплатить ту же часть цены и непосредственно вступить во владение землей. Таким образом предупреждают чисто спекулятивные приобретения земли и искусственное повышение цены на землю.

В связи с этим новый закон вразвил к ст. 1589 два абзаца: «Если это обещание (т. е. продажа) касается земли, разделенной на участки или подлежащей разделу на участки, то принятие предложения и соглашение, которое от этого получится, устанавливается в силу платежа и счет цены, какое бы название ни было дано этому платежу, и в силу передачи владения участком. Датой соглашения, даже оформленного позднее, является дата первого платежа».

Таким образом новый закон не применяет в этом специальном случае презумпцию ст. 1590 даже тогда, когда платеж определен в договоре как задаток.

РАЗДЕЛ
КАК БЫ ДОГОВОРЫ
(КВАЗИ-КОНТРАКТЫ)

Гражданский кодекс не содержит общей теории квази-контрактов. Он рассматривает только для квази-контракта: ведение дела и платеж незаконного (ст. 1371—1381). Это — только частные случаи. Следовательно, нужно построить общую теорию при отсутствии текста закона.

Мы изучим в двух главах: понятие квази-контракта вообще, а также условия возникновения, вообще для различных квази-контрактов, а затем специальные теории, применительно к главным квази-контрактам.

*Введение в курс
Общая теория квази-контрактов
1946*

Ch. VI 1912. Le notion de quasi-contrat, thèse Bordeaux, 1912.

ГЛАВА I
ПОНЯТИЕ И УСЛОВИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ. ОБЩИЕ
ДЛЯ РАЗЛИЧНЫХ КВАЗИ-КОНТРАКТОВ

Отделение I

ПОНЯТИЕ КВАЗИ-КОНТРАКТА

Кодекс, не определяя в каких случаях бывает квази-контракт, ограничивается определением квази-контракта, как дозволенного действия, порождающего обязательства, сходные с договором, но не вытекающие из соглашения воли; ст. 1371, «Как бы договором являлись совершенные исключительно по собственному побуждению действия человека, из которых вытекает какое-либо обязательство перед третьим лицом, и иногда взаимное обязательство обеих сторон».

Квази-контракт, следовательно, бывает то sinalматический, то односторонний, смотря по тому, производит ли он взаимные обязательства, или только одно обязательство. Там, гражданский кодекс говорит о ведении дел, выполненном лицом, ведущим чужое дело без поручения и порождающим, таким образом, двусторонние обязательства, и о платеже незаконного, обязывающим только лицо, получившее платеж, и возврату (одностороннее обязательство).

Но это только примеры двух обычных квази-контрактов. Судебная практика, развивая эти постановления, распространила это понятие квази-контракта на другие случаи.

Прежде всего, она установила распространительно квази-контракты, признанные гражданским кодексом. Так, она считает ведением дел — управлением общей вещью со стороны одного из собственников, не имеющего на то поручения. Таким образом, практика признала, что имел место платеж незаконного, хотя по титулу платежа долга, которого в действительности не было, представляю другое обязательство. Больше того, признала, что гражданский кодекс, помимо статей 1372—1381, знает другие квази-контракты: когда лицо совершает работы из участия другого (ст. 555), когда третье лицо — держатель заложенной недвижимости ухудшает заложенную вещь или делает на нее затраты (ст. 2176). Это — частные случаи понятия несомнительного обогащения.

Но практика пошла еще дальше: независимо от всякого рас-
суждения закона, было допущено существование квази-конт-
рактов, тогда этого требует принципа справедливости, согласно
которому никто не должен обогащаться без основания за счет
другого. В этом состоит принцип неосновательного обогащения.
Следовательно, при настоящем состоянии науки и практики, ква-
зи-контракты признаются законом или выводятся из общего
принципа справедливости.

Недавно была сделана попытка определить понятие квази-
контракта и точно установить его место среди источников обяза-
тельности (Planiol, Classification des sources des obligations,
Rev. crit., 1904. Ср. Planiol et Ripert, nat. soc., т. II,
11-е изд., ном. 800 ст.). Новую теорию можно резюмировать в
трех предложениях: 1) все признаваемо квази-контракты сво-
дится к неосновательному обогащению; 2) неосновательное обо-
гащение устанавливает обязательство, законченное на недо-
вольном действии, следовательно, это — частный случай квази-
деланта. Следовательно, квази-контракт перестает существовать
в качестве специальной юридической категории. «Нельзя быть
чуждым во всей системе права выражению более неправильного и
заведомого и заблужденного, чем квази-контракт, потому что пред-
мет, который его слово имеет своим назначением обозначать, не
существует» (Планиоль и Рипер, нат. соч., ном. 812); 3) ква-
зи-делантно обязательства, в своем очерке, как и действител-
ные обязательства, являются в действительности обязательствами
из закона, ибо обязательство должно возникнуть из наме-
рения принять на себя обязательство; оно прямо связывается
законом с данным фактом.

Таким образом, некая разрушением традиционных концеп-
ций в области классификации источников обязательства. Вместо
целой группы признаков только две: договоры, при которых обяза-
тельство возникает из воли сторон, и закон, когда обязательство
возникает по воле законодателя или прямо или в виду какого-то
предыдущего факта, но всегда независимо от намерения обязать
со стороны должника (Ср. Goublet, La notion de quasi-contrat,
thèse Paris, 1904; Ripert et Teissière, Essai d'une théorie
de l'enrichissement sans cause en droit civil français, Rev. trim.,
1904, стр. 727 ном.; Vixier, nat. soc.; Ripert, La règle morale
dans les obligations civiles, §§ 133 и ст.).

Мы хотим оценить это новое учение только после детального
изучения главных квази-контрактов, признающих положитель-
ным правом.

Отделение II УСЛОВИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ

Для того, чтобы определить эти условия, необходимо руковод-
ствоваться принципами, применяемыми в области договоров, а ви-
да и при этом, вытекающие из отсутствия согласия воли.

В квази-договорных обязательствах никогда не бывает тре-
бований и отклонения формы. Что касается условий по существу
отношения, то аналогия с договорами довольно отдаленная, тем
как здесь нет согласия воли, нет и встречного согласия. Зато по-
нятие предета и основания здесь вытекают и не представляют ка-
ких-либо особенностей.

Единственным условием по существу, которое остается неизменно
доказывать, это — неспособность. Но тут крайне приходится разли-
чить. При квази-контрактах обязательства возникают по воле
того, чье личное действие образует квази-контракт, то есть с дру-
того лица, без всякого действия с его стороны.

В этом последнем случае не приходится говорить о неспособ-
ности, потому что обязательно возникает независимо от воле-
ного акта воли. Так, в случае ведения чужих дел, если дело ведется
целесообразным способом, тот, чье дело велось, отвечает по не-
известным обязательствам перед ведущим (ст. 1375). Если же
дело ведется неспособным, этот последний будет связан и обязан
ослажаться на свою неспособность. Против этого решения возра-
жали, что по одному мнению Дюге (D., V, 6. De neg. gest., 37, рг.),
несовершеннолетний, дело которого велось, отвечает только в
пределах своего обогащения. Это решение хотело перенести в
современное право. Но это невозможно: римское решение несо-
местимо с идеей, согласно которой обязательство возникает без
действия, совершенного по воле лица. Чтобы говорить о неде-
еспособности, нужно иметь возможность говорить о соглашении.
А здесь нет соглашения.

Наоборот, когда обязательство возникает из личного дейст-
вия, воля обязанного лица должна быть принята в considera-
цию. Следовательно, здесь будет возможно применение теории
дееспособности, но в различной, смотря по характеру отдельных
случаев, мере.

Некоторые случаи не представляют трудностей. Так, в слу-
чае платежа недолжного, ассиренца (исполняющий) обязан только
в том случае, если он способен вообще признать нормальный пла-
тель реального долга; иначе он будет обязан только в пределах свое-
го обогащения, лишь бы с его стороны не было злого умысла.

Наоборот, спорен вопрос в случае ведения дел. Может ли не-
дееспособное лицо, ведущее дело другого лица, ослажаться на свою
недееспособность, чтобы освободиться от исполнения обяза-
тельства, вытекающих из ведения им дел.

Римское право отвечало утвердительно (D., III, 5, 37, 1 и 4).
Лицо, не способное обязываться добровольно по договору, не может
также обязываться и посредством ведения дел. Несовершеннолет-
ний, который не мог бы принять на себя обязательство по до-
говору поручения, не может обязываться равным образом и по
средством ведения дел. Следует это решение соотнести с ана-
логией между

Впрочем, против него доказана возражение. Аналогия между
случаем договора и случаем квази-контракта несравнима.

В случае договора, лично, вступающее в соглашение с недееспособ. Лицо, зная, чему оно себя подвергает, или, если не знает, то это может быть только ввиду грубого его легкомыслия. Следовательно, не, оно не может илаговаться, когда ему противопоставит силу по недееспособности. Но в случае купли-контракта, недееспособ. Лицо действует помимо участия воли другой стороны. Следовательно, оно не может илаговаться, когда ему противопоставит силу по недееспособности. Представляется несправедливым не допустить, чтобы он подвергался выводам из недееспособности лица.

Следовательно, это возражение не является решающим. Лицо, порочающее себя недееспособностью, может добровольно обидеться только в пределах, признанных законом. Но закон не ограничивает недееспособности на случай ведения дел. Что касается дел (хозяйства дела), он будет иметь средство защиты; если великие дела недееспособным причинило ему ущерб и он может доказать, что имел место небрежность, составляющая правонарушение, он будет в состоянии просить возмещения ущерба, согласно ст. 1310. С другой стороны, недееспособный всегда остается на факте своего обогащения. Но, с двумя этими оговорками, делами будет подчиняться выводам из недееспособности. Это решение разумно: признание акта действительным по признаку недееспособности не имеет целью наказывать штрафом за небрежность лица, вступившее в отношение с недееспособным, а лишь защитить недееспособного. Но это соотношение применяется также в том случае, когда недееспособный обиделся без участия воли кредитора.

Эта теория легко применима к несовершеннолетнему, вступившему в брак. Но она вызывает специальное возражение, когда дело идет о применении его к замужней женщине. Ст. 217, основанная на базе этой недееспособности, говорит только о замужней женщине, абсолютно неспособной обидеться, но только по определенным актам, которые эта статья перечисляет в своих мотивах под видом дел. Несомненно, статья 221 в 222 доказывают, что контракт (от противного), что женщина не может обидеться по договору*, но та одна статья закона не позволяет распространять это решение на купли-контракты. Но, говорят, статьи мотивов, устанавливающие недееспособность, подлежат ограничению по отношению к делам, следовательно, замужняя женщина по крайней мере способна оказаться обиденной путем ведения дел. Однако, следует сохранить в этом отношении общий принцип, что женщина не может обидеться по договору. Следовательно, она не может обидеться по добровольному действию, следовательно, по купли-контрактам. Такого было мнение Потье (Traité de la vente de l'art. 150), и оно тем более замечательно,

что Потье обосновывает свое решение. 194 Орлеанских купцов, и король не говорит, подобно германскому кодексу, об общей неспособности обидеться, порочившей замужнюю женщину.

В качестве возражения против этого приводят одно место из Domat (Grand. зак., кн. II, т. IV, глава 4, нем. 10). Но это место относится к недееспособности женщины в таком смысле, как это понимало римское право, и вельдланской недееспособности*, порочившей женщину propter uxorem (ввиду ее состояния ее пола) независимо от брака. Эта недееспособность не имеет никакого отношения к недееспособности по германскому кодексу**, вытекающей из брака и являющейся следствием мужской власти. Следовательно, мнение Domat не может иметь значения для настоящего случая.

Остается, впрочем, аргумент, выводимый из молчания ст. 217 и следующих, и на принципе, что случаи недееспособности — есть право ограниченного. Этот аргумент подкрепляется соображениями, являющимися на подготовительных работах. Первоначальный текст признавал женщину недееспособной обидеться вообще. Он был изменен на основании замечания Трибуната, нашедшего формулу слишком абсолютной. Тогда на место общей формулы поставили перечень ст. 217.

Но если ближе исследовать этот эпизод подготовительных работ, то видно, что он не имеет того значения, какое стараются ему приписать. Если Трибунат нашел формулу первоначального текста слишком широкой, то единственно потому, что из нее, по видимому, получалось, что женщина не может действительным образом обидеться вообще, даже совершая долги или купли-делиты.

Чтобы сохранить возможность действительной ответственности и поставили в формулу перечень. Вопросы о купли-контрактах не было, и нужно заключить, что они остаются подчиненными общим принципам, признанным уже Потье.

* Ст. ст. 217, 221, 222 мотивов 12 февраля 1833. — Примечание переводчика.

* До закона 1898 г. — Примечание переводчика.

** Вельдланская и сантуконская запретила вступление замужних женщин в купчие долги в форме ли поручительства или в иных формах. — Примечание переводчика.

СПЕЦИАЛЬНАЯ ТЕОРИЯ ГЛАВНЫХ КВАЗИ-КОНТРАКТОВ

Мы рассмотрим три квази-контракта: ведение дел, платон исласимасо, неосновательное обогащение.

Отделение I

ВЕДЕНИЕ ДЕЛ¹

Ведение чужих дел имеет место в тех случаях, когда лицо добровольно и без поручения совершает один или несколько актов, касающихся имущества другого лица. Ведение дел состоит в совершении без поручения акта, который мог бы быть совершен и исполнен поручением.

Следовательно, это — средство помощи другому, и эта цель отличает ведение дел от договора в пользу другого. Но различие между этими двумя актами состоит в том, что в первом: ведущий дела может быть простым представителем; кредитор по договору в пользу третьего лица желает получить из договора собственным путем, относясь к исполнению в пользу третьего лица (см. выше, стр. 257, теорию, объясняющую договор в пользу другого, ведением дела и ср. Vignès, *Rapports de la stipulation pour autrui et de la gestion d'affaires*, дисс., Париж., 1892).

§ 1. Конститутивные элементы ведения дел

Они указаны в ст. 1372, но недостаточно. Можно различить три элемента:

(1) Должны быть один или несколько фактов ведения дел. Этими фактами могут быть какие угодно акты, совершаемые в интересах другого. Это первое условие понимают единичным образом: лицо, для которого совершен акт, может быть присутствующим.

¹ Ср. Collin et Carlier, *unt. soc.*, т. II, § 952 и сл.; Jousse, *unt. soc.*, т. II, § 1430 сл.; Pignol et Ripert, *unt. soc.*, т. II, § 2272 и сл.; в *Traité pratique* т. VII в сотрудничестве с Esmein, *Unt. soc.* et *Garantie*, § 721 и сл.; Maurice Picard, *La notion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, *Rev. trim. de droit civil*, 1921, стр. 419, и 1922, стр. 2 и сл.; P. Guillot, *Essai critique sur la notion d'affaires*, *Revue de droit*, 1928; Maurice Maréchal, *La notion juridique de gestion d'affaires*, *Revue de droit*, 1929.

лицом. Таким образом, имеется ведение дел во всех тех случаях, когда что-то сделано сверх предельной порученности.

Передо говорит, что факты ведения дел должны представлять характер материального вмешательства в имущество чужого; это означало бы, что ведущий дело должен заботиться о предмете, уже входящем в имущество другого (напр., распорядиться о производстве ремонта дома соседа). Акт, посредством которого хотели бы добить и приобретения другому нового права, мог бы быть только договором в пользу другого лица. В этом смысле скажутся на термины ст. 1372 и сл., которые квалифицируют того, чье дело ведут, как «собственников».

Но в обоих этих случаях может быть ведение дел, потому что ведение дела состоит в совершении без поручения таких действий, которые мог бы совершить «мандатарий» (Лаббе). В обоих случаях одинаково можно видеть договор в пользу другого: все зависит от намерения автора акта. Что касается выражения «собственников», то оно объясняется тем, что закон имел в виду только наиболее распространенный случай.

Не является необходимым, чтобы ведущий дело знал, что он действует от имени другого. Он может действовать от своего собственного имени, так что третье лицо не будет знать, что акт должен вызвать последствия для другого имущества. Тогда ведущий дело является подставным лицом. Его поведение подпадает действию общих правил в этой области; но их нужно сочетать, в отношении с третьим контрагентом, с правилами о симуляции (см. *Letourbe-Pigeonnière, De préto nom, mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre*, *Revue de droit*, 1897).

(2) Второй элемент — намерение вести дела для другого, или, по крайней мере, совершить акт, в отношении которого можно считать себя представителем другого лица, акт допускающий одобрение. Необходимость этого второго элемента оспаривалась, потому что закон прямо не упоминает о нем. Однако необходимость этого второго элемента bona. В противном случае не могло бы быть ведения дел, подомонение регулировалось бы принципами неосновательного обогащения. Это — существенным различием между ведением дела и неосновательным обогащением (ср. Гражд., 25 июня 1919, D. P. 1923, I. 223).

Может случиться, что ведущий дела ошибается в личности должника; тем не менее, в этом случае будет квази-контракт с тем лицом, чье дело велось.

(3) Наконец, нужно, чтобы не было согласия и хозлия. Если имеется согласие, перед нами — молчаливое поручение, и тогда нет случая ведения дел. Отсюда возникает практическое затруднение — знать, в каких случаях будет молчаливое согласие. Это — вопрос факта; знание о ведении дел само по себе недостаточно для предположения о согласии.

Если ведение дел предпринято вопреки воле должника, и если

всегда видеть владения, так как нельзя представить себе владения прочим без взы. Но в этом может быть поинт как владения, так и взы. Взыто взыто о возмещении взы, или, по крайней мере, о возмещении обогащения.

§ 2. Юридические последствия

Взыто для устанавливает обязательства на стороне взыто и на стороне хозяина.

1. Обязательства взыто. Они по-добны обязательствам доверенного, но являются более строгими. Действительно, вмешательство в чужие дела без поручения является более серьезным, чем вмешательство в силу нормального првомочия.

Ст. 1372 возлагает на взыто все обязательства доверенного (ст. 1981—1997). Но, кроме того, он обязан продолжать вести начатое дело, пока хозяин дела или его наследники не взяли на себя руководство делом (ст. 1373), в противном случае он мог бы причинить ущерб имуществу хозяина дела. Это — обязательство более строгое, чем обязательство доверенного, который обязан продолжать ведение дела в случае смерти доверителя только в том случае, если промедление грозит опасностью (ст. 1991).

Взыто отвечает за вину, допущенную при ведении дела. Ст. 1374 обязывает взыто, как хороший хозяин, и называет условия, при которых ответственность взыто может быть уменьшена.

2. Обязательства хозяина. Они похожи на обязательства доверителя, но подчинены специальным условиям.

Хозяин всегда связан своим одобрением, какова бы ни была степень пользы ведения дела. С момента одобрения хозяин дела приравнивается к доверителю: *Kaibabitio mandato aequiparatur* (одобрение приравнивается к поручению).

Независимо от всякого одобрения, на хозяина лежат обязательства, если взыто дела принесло ему выгоду (ст. 1375). Выгодность ведения дела должна оцениваться по моменту акта ведения. Не имеет значения, что полученная от ведения дела выгода впоследствии утрачена по случайной причине. Таким образом, хозяин будет отвечать даже тогда, если дом, отремонтированный взыто, потом случайно сгорел.

По отношению к взытому дела хозяин обязан возместить все издержки и титоты, связанные с ведением. Если взыто лично приняла на себя по договорам известные обязательства в отношении третьих лиц, хозяин должен ему это возместить (ст. 1375).

В отношении третьих лиц хозяин обязан исполнить обязательства, принятые от его имени взытому дела, как в том случае, когда хозяин одобрял ведение, так и в том случае, когда ведение дела оказалось выгодным для хозяина. Помимо этих случаев,

хозяин не является ответственным, а третье лицо имеет только иск о возмещении вреда к самому взытому делу.

Обязательства хозяина дела отличаются в двух случаях от обязательств доверителя:

а) Когда имеется несколько доверителей, они отвечают солидарно (ст. 2002). Ничего подобного не бывает, когда в првомочии без поручения дела заинтересовано несколько лиц.

б) Если доверенный произвел расходы из своих средств, доверитель должен уплатить проценты в силу закона со дня првомочия расходов (ст. 2001). Если расходы произведены взытому делу без поручения, проценты не текут в силу закона, а только со дня требования платежа (ст. 1153, с изменениями по закону 7 апреля 1900 г.).

Отделение II

ПЛАТЕЖ НЕДОЛЖНОГО

Лицо (*solvens*) сделало предоставление с намерением уплатить долг, а этот долг не существовал. Отсюда возникает для ассипиента (получающего) обязанность вернуть полученное. Это обязательство представляет некоторую аналогию с обязательствами, возникающим из займа; Потье называл этот как бы договор *promissum* (как бы займом). Иск о возврате недожного, которым защищается это обязательство, имеет римское происхождение: *condictio indebiti* (иск о возврате недожного), комбинируемый с *condictio sine causa* (иском о полученном без основания); гражданский кодекс подвергся в этой области непосредственно влиянию римского права.

Мы изучим в двух следующих параграфах условия и последствия платежа недожного¹.

§ 1. Условия (ст. ст. 1376—1377)

Их числом три:

(1) Должно быть предоставление, совершенное по титулу платежа, т. е. имея в виду исполнение предыдущего обязательства. В этом отличие от неосновательного обогащения.

(2) Требуется, чтобы долг не существовал, по крайней мере, в отношениях между *solvens* и ассипиентом.

Это условие оценивается наличием в трех случаях: а) долг мог никогда не существовать, так как отсутствовало одно из условий его существования (напр., долг, основанный на основании, отсут-

¹ [Ср. Colly et Capital, *op. cit.*, т. II, § 103 с. 122; *op. cit.*, т. II, § 105 с. 123; Pionis et Ripert, *op. cit.*, т. II, § 922 с. 124; *Traité pratique de droit civil*, т. VII, § 78 с. 125; *Le paiement de l'indu*, thèse Grenoble, 1937.]

переводом ранее платима). Не нужно отождествлять с несудебным долгом долг, возникшим из натурального обязательства. Добровольный платеж натурального долга нельзя потребовать обратно (ст. 1376, ч. 2).

В) Долг может существовать, но в отношении другого кредитора, а не дебитора: Петр, состоявший должником Павла, платит Жану, а не дебитору: Петр, состоявший должником Павла, платит Жану. Долг существует, но платеж был совершен другому лицу, а не кредитору.

В) Наоборот, долг может существовать, но не в лице должника должника, а другого лица: Петр платит Павлу долг Жана, должника, а другого лица: Петр платит Павлу долг Жана, должника, а другого лица. Петр платит не своему собственному долгу. Долг, следовательно, существует не от должника, а от другого лица. Иск о взыскании будет возможен. Однако, ст. 1377, ч. 2 предусматривает исключение: если кредитор, после получения платежа, считает долг прекратившимся, уведомит свой документ, истребовать от кредитора вернуть полученное им, потому что кредитор считался бы безоружным против настоящего должника и так бы не в состоянии доказать существование обязательства. Истец (платящий) будет только иметь иск о возмещении убытков должнику, долг которого он уплатил (иск из ведения чужих дел или де в bono suo), основанный на неосновательном обогащении. Это решение справедливо, потому что *solvens* допускает доброту при уплате долга.

Г) Наконец, платеж должного предполагает о н и б и у платящего. Если платит, зная, что долга нет, предоставление будет считаться сделанным с намерением проврать кредитору. Следовательно, иск о возврате не будет иметь места.

Это положение, что ошибка платящего лишает во всех случаях условия обратного требования, вызвало споры. Обращали внимание на то обстоятельство, что закон говорит об ошибке только в ст. 1377, но по поводу специального случая платежа, совершенного другим лицом, а не должником. Ст. 1376, содержащая общую норму, об этом не говорит. Из этого закона заключают, что ошибка *solvens* (платящего) требует только в случае ст. 1377.

Это мнение противоречит устойчивой традиции, восходящей к римскому праву и основывающейся, к тому же, на презумпции разумной воли: невозможно признать, чтобы лицо, производящее платеж, зная, что оно ничего не должно, сохранило право предъявить позднее иск о возврате уплаченного. Против этого можно возражать только, что платящий (*solvens*) мог иметь другое намерение, кроме намерения совершить дарение, что он мог подать совершить заем или отдать на хранение, с обязательством возврата; но тогда он не мог совершить договор специального дарения, который ему придется доказать, если он хочет на него опираться. Что касается аргумента, выводимого из молчания ст. 1376, то на него трудно отвечать. Ст. 1376 на самом деле занимает не только молчаливое *scrinio* (получающего). Она обязывает его стать дебитором, независимо от того, сознательно ли он полу-

чил или по ошибке. Но эта статья оставляет безотступным кредитор, подпадающий исследованию, и именно, требуется ли заблуждение в лице *solvens* (платящего). Этот вопрос нужно решать, обращаясь к традиции и в признакам закона.

От этого случая нужно отличать смежный случай, в котором заблуждение не требуется. Великий раз, когда платеж совершается во исполнение договора, который был потом оспорен или расторгнут, оспаривание дает право потребовать уплаченное обратно, причем нет необходимости ссылаться, кроме того, на заблуждение. И на самом деле, здесь *solvens* основывает свой иск о возврате уплаченного не на теории платежа недействительного, а на принципе, имеющем общее значение в области недействительности договоров, на принципе обратного действия оспаривания договора; исполнение недействительности ищет за собой восстановление прежнего положения (*status quo ante*) и, в частности, автоматический возврат предшествовавшей, сделанной в силу оспоренного акта.

Получается такое же положение, как если бы платеж был произведен вследствие договора, недействительного ввиду отсутствия основания.

Отметим, что из этого замечания вытекает одно из больших практических преимуществ нашей точки зрения по вопросу об основании договора. Мы говорим, что основание во французском понимании, по крайней мере, в области возмездных договоров было существенным элементом договора, и что отсутствие основания делало договор недействительным. Следовательно, отсутствие основания позволяет истребовать обратно предоставленный, сделанный во исполнение договора, причем не будет надобности вводить соображения о заблуждении. Наоборот, при теории, которая признает силу за абстрактным обещанием, независимо от основания, иск о возврате будет иметь успех только при условии, если платеж был совершен по ошибке.

С этими замечаниями заблуждение остается условием существования *quasi-contrata* в собственном смысле. Отсюда практический вопрос: кто должен будет это доказывать? По общему правилу тот, кто ссылается на право, как на принадлежащее ему, должен доказать его существование. Следовательно, *solvens* (платящий), предъявляя иск о возврате, должен будет доказать платеж, существование долга и заблуждение (ср. *шведск. федер. кодекс*, ст. 63). Таково было уже римское решение в отношении *condictio indebiti*.

Однако очень часто обстоятельства дела будут таковы, что суд сможет презюмировать заблуждение, как только будет доказано несуществование долга. Придется очень легко допустить, что лицо, которое платит несуществующий долг, не совершает этот платеж в полном знании основания. Таким образом, третий пункт доказательств не составит, вообще, очень большого бремени для истца. Нередко даже принятие судом презумпции заблуждения переложит бремя доказывания, в смысле чуждым предметом доказа-

воле, что платон был сделан не по заблуждению, а, например, с намерением подарить или на основании займа.

Германское гражданское уложение пошло в этом отношении еще дальше: оно признает в пользу solvens законную презумпцию добросовестия, которая приводит к тому, что с плеча платящего снимается бремя доказывания третьего пункта во всех случаях, связанным с переносом на assériens (принимающего платон) и его наследников персонального права de l'obligation, 3-е ed., нем. 343, стр. 454 и сл.). Это, может быть, крайнее решение.

§ 2. Последствия платежа недолжного

Она сводятся к обязанности реституции, возлагаемому на assériens. Чтобы придать силу этому обязательству, solvens имеет личный иск. Но имеет ли он, кроме того, вещный иск? Таков вопрос, который нужно рассмотреть.

1. Вещный иск. Нужно сначала выделить случай, когда предметом платежа были родовые вещи (денежная сумма). Она смешалась с общей массой имущества assériens. Здесь будет возможен только личный иск.

Но предположим, что предметом предоставления была индивидуально определенная вещь. Тогда можно поставить перед собой вопрос, не имеет ли solvens вещного иска о возврате вещи, не может ли он ее индентифицировать, или он должен ограничиться личным иском против assériens. Практический интерес этого вопроса вытекает из случая отчуждения вещи со стороны assériens: можно ли будет предъявить иск к третьим приобретателям? Поставленный таким образом вопрос сводится к другому вопросу: имеет ли платон недолжного перенести право собственности? При утвердительном ответе будет возможен единственно личный иск; наоборот, если solvens остается собственником, он будет иметь, кроме того, вещный иск.

В римском праве платон недолжного переносил право собственности на assériens.

Действительно, платон осуществлялся посредством настоящей традиции, соединявшей в себе все элементы, требовавшиеся для переноса права собственности, — фактическую передачу владения и взаимное намерение отчуждить и приобрести. Следовательно, assériens становился собственником. Следовательно, акт, во исполнение которого происходила традиция, сам по себе был действительной. В этом было следствие вещного принципа различия между актами, порождающими обязательство, и актами, переносившими вещные права. Так, solvens имел только vindictio, а не rei vindictio.

* Но в современном французском праве этого различия не существует. Действительно, французское право не знает акта, уста-

навливающего вещное право, невозможное от своего осуществления, как это было при традиции или манипации.

Предоставление, совершаемое ввиду негодности должника, у нас может быть только актом без оснований, законным юридическим последствием в силу статей 1131 и 1137 гражданского кодекса. Платон недолжного не переносит права собственности. Итак, solvens остается собственником. Параду с condition, он имеет vindикационный иск не только против assériens, но и против третьих приобретателей.

Против этого решения возражали ссылкой на закон; возражение выводили из ст. 1380 гражданского кодекса. По этой статье добросовестный assériens, продавший вещь, должен вернуть только цену вещи. Это правило объясняют следующим образом: если solvens в случае отчуждения вещи имеет всегда только право на цену, то значит, что он не имеет вещного иена, чтобы вернуть вещь. Но таким образом приписывают закону значение, которого он не имеет. Ст. 1380 очень хорошо согласуется с решением, к которому нас приводят общие принципы. Мы признаем за solvens вещный иск, но мы не отрицаем этим его личного иском к assériens. Он может выбирать между этими двумя исками. Ст. 1380 не говорит ничего другого: она признает за solvens личный иск к assériens и лимитирует сумму иена, если assériens добросовестно отчуждил вещь, но несколько не отказывает solvens в праве предъявить вещный иск к третьим лицам, если он предпочитает этот иск личному.

Тогда заявляют, что это решение косвенно приводит к нарушению ст. 1380, возлагая иногда на добросовестного assériens более тяжелую ответственность, какой эта статья закона не имела в виду. Предположим, что assériens отчуждил вещь посредством продавца, взявшего за собой обязательство гарантии; solvens, пользуясь нашей теорией, предъявляет вещный иск и покупатель и получает благоприятное решение. Отсюда возникает иск покупателя, лишившегося вещи, к своему продавцу — assériens, который по отношению к нему является гарантом. Но покупатель будет искать с assériens, кроме проданной вещи, также возмещения расходов и убытков, предусмотренных ст. 1620, между тем ст. 1380 возложила на него только возврат цены. Следовательно, наше решение отягчает его положение.

В данном случае также ошибаются в истинном значении ст. 1380. Этот текст закона касается только отношений между assériens и solvens. Он не применим к юридическим отношениям, которые могут существовать между assériens и третьими лицами, с которыми он вступил в договор. В тексте этой статьи нет никаких упоминаний и тому, чтобы assériens отвечал в отношении дальнейших приобретателей вещи по обязательству гарантии, более тяжелому, чем обязательство, возлагаемое ст. 1380 в отношении solvens.

Кроме того, даже при нашем взгляде, assériens, с которого не

ную о гарантии вынужт более значительную сумму, чем полученная цена, не останется без сурового штрафа. В самом деле, *solvens* или *creditor* ст. 1380 не может подложить на *accipiens* прямая или косвенная сумма возмещенной цены; но что он не может сделать прямо, он не может сделать и обходным путем. Следовательно, если *accipiens* по иску о гарантии заплатит больше полагавшейся суммы, он не может сделать и выдвигания *solvens* таким образом, будто имеет место иск; выдвигания *solvens* против третьего лица; иск о гарантии третьего лица против *accipiens*; иск о возмещении ущерба приобретателя против *solvens*. Во всем этом *accipiens* имеет право на возмещение, и все-таки *accipiens* не заплатит ничего сверх того, к чему его обязывает ст. 1380. С этой точки зрения также ст. 1380 не служит препятствием и по отношению должника вещи *solvens*.

2. **Делный иск.** Наряду с вещным иском, который в некоторых случаях принадлежит *solvens* как собственнику, он может в тех же случаях, в силу квази-контракта, предъявить делный иск, который один только предусмотрен текстами закона. Его последствия определены статьями 1378 и 1381.

а) В принципе *accipiens* один отвечает по обязательству. Его обязательство различается в зависимости от того, был ли он добросовестным или нет. Нужно рассмотреть два варианта.

aa) Если платеж был совершен в деньгах или в родовых вещах, *accipiens* должен вернуть капитальную сумму во всех случаях. Проценты он должен платить только, если в момент платежа он был недобросовестным (ст. 1378).

ab) Если имеется место передача индивидуально определенной вещи, *accipiens* должен вернуть ее в натуре (ст. 1379).

Если вещь принесла плоды, недобросовестный *accipiens* приобретает их себе; если он добросовестен, он должен их вернуть, считая с того дня, когда началась его недобросовестность, следовательно, во дни передачи вещи, если он получил ее недобросовестно (ст. 1378).

Но может оказаться, что вещь в натуре нет в имуществе *accipiens* во время иску о возврате. Тогда могут представиться два случая.

1) Вещь была отчуждена. Если *accipiens* добросовестен (ст. 1380), он отвечает только в размере цены, которую он получил или продавал. Если он недобросовестен, то при молчании по этому вопросу закон следует решить, что он должен будет вернуть стоимость вещи, даже если он продал ее дешево.

2) Вещь погибла. Если она погибла по вине *accipiens*, он должен отвечать. Следовательно, он должен будет уплатить ее стоимость безразлично, добросовестен он или нет.

Если вещь погибла случайно, добросовестный *accipiens* освобождается от ответственности; если он недобросовестен, он со-

держится ответственным (ст. 1379). Это последнее решение аналогично тому, какое дает ст. 1302 в отношении вора. Когда вещь не погибает совершенно, а терпит ухудшение, *accipiens* отвечает при наличии вины (ст. 1379).

б) В принципе на *solvens* не лежит никакой обязанности. Только в случае, если *accipiens* имеет расходы по поводу вещи, он будет иметь право на возмещение, причем если он даже недобросовестен; а в противном случае *solvens* несправедливо обогащается бы (ст. 1381).

Ст. 1381 не говорит, в каком размере должно даваться возмещение. Поэтому следует применять общие правила (ст. 555) и различать: необходимые издержки (неизбежные для сохранения вещи), дающие право на возмещение полной суммы расходов; полезные издержки (повышающие ценность вещи), в отношении которых возмещение не может превышать сумму увеличенной стоимости для суммы затрат; издержки, составляющие расходы, в которых ст. 1381 не говорит, и которые, по общему праву, не дают права на возмещение, и только на отделение того, что является в вещь, если такое отделение возможно без ухудшения вещи.

Отметим неточность языка в ст. 1381, которая говорит о «необходимых и полезных издержках, сделанных для сохранения вещи». Издержки, сделанные для сохранения вещи лица, признаются всегда необходимыми; полезные издержки — те, которые, не будучи неизбежными для сохранения вещи, просто повышают ее ценность.

Замечание. Особый случай имеет место тогда, когда платеж состоял в погашении дозволенного или безразличного обязательства.

Обязательство было ничтожным, возврат допустим. Это не представляет трудности, если безразличность или дозволенность характер имеет место только на стороне *accipiens*. Там, судебная практика признает иск об истребовании дополнительной цены за уступку миноритарной доли, обещанной «тайным письмом» и уплаченной допонарием (см. Касс., 7 июля 1841, 2 решения, S. 41. 1. 572 и 693; 28 марта 1895, S. 93. 1. 11; Париж, 29 ноября 1899, D. 1908. 2. 197.)

Но возникает затруднение, когда дозволенный или безразличный характер имеет место с обеих сторон. *Solvens*, предъявляя иск, должен доказать безразличный характер обязательства, следовательно, свою собственную безразличность. Можно ли допустить иск с таким обоснованием? В течение долгого времени отвечали отрицательно: «*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» (суд не принимает заявления того, кто ссылается на собственную безразличность). Было бы противно достоинству суда принимать претензию, основанную на безразличности вещи. Следовательно, *accipiens* останется владельцем полученной вещи: *in pari causa turpitudinis melior est causa*

responsa) (при наличии на каждой стороне одинаково пострадавших) повелевает выгодное положение владельца).

Это решение давно уже подвергается, и вполне по праву, критике; оно приводит фактически к сохранению сил за безнравственным договором, т. е. к результату, худшему по сравнению с тем, к какому хотели прибегнуть (Dethlefsen, т. XXXI, ном. 434). Также и судебная практика благоприятно относится к переносу ответственности этого акта (потому что она понимает ограниченность безнравственности акта. Приведенная поговорка применяется к договорам, касающимся деловых терпимости (Париж, 1 февраля 1930, D. hebdl., 1930, стр. 228); она не порождает приобретения, уплатившего дополнительную сумму и покушавшейся не исполнить таинного соглашения, составленного, чтобы обмануть плательщика. (Гранд, 3 декабря 1929, G. P. 1930, 1. 21). Ср. по этим вопросам Caritat, De la source, ном. 114 и сл.; Ripert, cit. loc., § 104 и сл.; Savau-Cazard, Le refus d'actes pour cause d'indignité, thèse Lyon, 1930. Ст. 27 проекта франко-итальянского кодекса обязательственного права постановляет, что тот, кто произвел платеж по обязательству, противопному добрым нравам, не может предъявить иска о возврате непозвонного, кроме тех случаев, когда с его стороны не было нарушения добрых нравов. Следовательно, solvens может предъявлять иск о возврате только тогда, если он остался в стороне от безнравственного характера акта].

Отделение III

НЕОСНОВАТЕЛЬНОЕ ОБОГАЩЕНИЕ

§ 1. Установление принципа

В данном случае перед нами пример квази-контракта, признанного без прямого указания закона, под влиянием идеи справедливости, проливающих в положительное право (См. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, в частности, §§ 133—148). Он встречается, когда имущество увеличилось незаконно за счет другого лица. Но существует принцип, что никто не должен обогащаться без основания за счет другого. Отсюда следует, что лицо, за счет которого имело место обогащение, получает иск против обогатившегося в пределах обогащения. Независимо оттого иск замещенно из рамочного права, это иск de la rem verso (об обогащении). Но в Риме этот иск был просто частью condemnationis (присуждения) по одному из придаточных исков (ad iudicium qualitatis), иску de re sollo. Настоящее его название, следовательно, не соответствует его первоначальному смыслу.

На одна из статей закона не устанавливает принципа этого иска в его общем виде. В этом отличие французского граждан-

ского кодекса от германского гражданского уложения (ст. 812 и сл.) или швейцарского федерального кодекса (ст. 62 и сл.). [Ср. ст. 73 проекта франко-итальянского обязательственного кодекса: «Обогатившийся неосновательно за счет другого должен возместить последнему, в пределах своего обогащения, то, что второе лицо лишилось», а также ст. 123 обязательственного кодекса Польской республики: «Получивший несправедливо выгоды из чужого имущества обязан возвратить в натуре полученную выгоду, а если такое возмещение не может быть более исполнено, то возмещать ее стоимость»].

Но не имея общей статьи этого рода, французский кодекс содержит ряд статей, применяющих этот принцип в специальных случаях: сооружения из чужим земельным участком (ст. 563), издержки третьего держателя (ст. 2175), возмещения между супругами (ст. ст. 1433 и 1437), спецификация (ст. ст. 570—571); расходы на наследственное имущество (ст. ст. 861—862), платеж недееспособному (ст. ст. 1241 и 1312), покупка с соглашением о выкупе (ст. 1673), товарищество (ст. 1864).

При таком состоянии текстов закона неудивительно, что давно существуют разногласия относительно этого принципа. Научная доктрина довольно быстро признала, что независимо от этих специальных случаев общий принцип позволяет дать иск de in rem verso во всех случаях неосновательного обогащения.

Но судебная практика долго оставалась враждебной такому расширению за пределы случаев, прямо предусмотренных статьями закона. Она отказывала в иске лицу, за счет которого другой обогатился, за исключением тех случаев, когда его акт мог войти в состав ведения дела, впрочем, понимаемого в широком смысле (см. Cass., 22 февраля 1888, S. 90. 1. 535; 11 июля 1889, S. 90. 1. 97, объяснение Labbé). Затем произошел поворот по поводу дела, относящегося к заказу норм, сделанному одним фермером. Собственник был признан обязанным (Cass., 15 июля 1892, S. 93. 1. 281, объяснение Labbé): «Достаточно, — говорилось в решении, — для удовлетворения иска, чтобы истец доказал наличие выгоды, полученной ответчиком в результате затраты или личного действия истца. Этот новый принцип может считаться утвердившимся, несмотря на некоторые разногласия апелляционных судов (см. напр., реш. суда в Дуэ, 9 апреля 1900, D. 1901. 2. 1; а в пользу нового принципа, реш. Cass. суда 24 июля 1903, S. 1904. 1. 21; 23 ноября 1908, S. 1910. 1. 425, пояснит. зам. Naquet; Кам. инсс. жал., 12 мая 1914, S. 1918. 3. 41; 2 марта 1915, D. 1920. 1. 102; Гранд., 12 февраля 1923, D. 1924. 1. 423; объяснение Rouast).

Но если этот принцип теперь принят и в науке и в судебной практике, остается много разногласий относительно его характера и значения.

Вначале доминировалось тем, что оправдывали этот принцип справедливостью (Kass., 15 июня 1892; Aubry et Vaio, т. VI, § 578). Но усилия добиться более точного объяснения привели к построению детального учения. Были высказаны три мнения.

1) Delebecq и Laurent видели здесь только *pro bono* чужие ведение дела. Это мнение теперь оставлено. Действительно, здесь нет существенного элемента ведении дела — намерения представлять интересы другого.

2) Во мнении Rivière обязательство основывается на предположении действия: это — частное применение теории ответственности (ит. соч., т. II, пом. 812; ср. Классификация источников обязательств, Rev. crit., 1904, стр. 224). Признать обогащение, но иметь на него права, значит совершить недозволенное действие: обогатившийся нарушает законное обязательство, следовательно, он должен дать возмещение.*

Но это мнение признает два возражения.

Если бы обязательство вытекало из недозволенного действия, должник был бы должен возместить вред, он был бы ответственным в размере затрат того, кто привел к обогащению. А он отвечает только в размере обогащения, хотя бы оно было меньше затрат. Следовательно, нельзя применить теорию ответственности.

Кроме того, иск обосновывается не действием обогатившегося, который остался чисто пассивным, а действием обогатившего, а в этом действии ничего недозволенного нет.

3) Наоборот, во мнении Рипара и Тейссыра, теории неисполнительности обогащения не сводится к теории ответственности: это теории обратная и она симметричная.

Мы увидим, что во известной современной теории ответственности признают, что в силу причинной вред должен в принципе причинителем и потерпевшим окончательно бремя должно быть возложено на того, кто причинил уменьшение имущества, в силу идеи причинности.

Если вместо укорба имеет место обогащение, окончательно удовлетворение должно быть дано тому, кто был причиной обога-

щения, скорее, чем обогатившемуся, который оставался пассивным. Отсюда и *de in rem verso*.

Этот анализ правильный, и можно сказать, что Рипар от него отступает (*Règle morale*, ит. место), чтобы изменить это мнение точными соображениями морального порядка. Но необходимо внести в этот анализ некоторые дополнения.

а) Обязательство возникает только в том случае, если обогащение причинно провозглашено необычной активностью. Если имеется простое применение обычной активности, этого иска не будет, так как обогащение тогда является только результатом обычной игры общественной жизни. Так, собственник, который спешит сплыв и итм отпущает соседнему учелку более широкий вид, но будет иметь иена *de in rem verso*, потому что он только нормальным способом осуществлял свое право собственности. Мы увидим при изучении теории ответственности, что причинный вред также может быть изнесен только, если вред причинен социально ненормальной активностью.

б) Согласно тому же принципу обогащение может быть истребовано только в том размере, в каком оно причино обогатившим. Следовательно, если оно увеличилось — случайно или вследствие действия обогатившегося, этот последний не должен будет возвращать это увеличение ценности. Так, отделка, произведенная для улучшения дома, увеличившая стоимость дома до суммы более значительной по сравнению с затратами, не даст истребования основания тому, за чей счет произошло обогащение, предъявлять иск в сумме, превышающей его затраты, так как он является причиной обогащения только в размере затрат.

в) На основании той же идеи необходимо, чтобы было у истребование имущества истица, соответствующее обогащению ответчика. В противном случае истец не мог бы утверждать, что он — причина обогащения (Kass., 18 октября 1901, S. 1907, F. 465, поясн. зам. Wahl).

д) Наконец, последняя характеристика черта признана за иском *de in rem verso* судебной практикой: этот иск — *sub specie* римля, т. е. что он допустим только, если у истица нет никакого-нибудь другого иска, позволяющего ему получить удовлетворение (Kass., 12 мая 1914, S. 1918, F. 31; 2 марта 1915, D. 1920, 1. 102; 21 ноября 1917, S. 1920, 1. 293). Этот характер иска объясняется следующим образом: если бы был возможен другой иск, истребование было бы, собственно, говорить об обогащении, так как фактуальный ответчик был бы обязан вернуть известное количество правовым путем, не зависящим от иена *de in rem verso* (см. Ойе и Ро, 5-изд., т. IX, § 578, прим. 40; Руо, ит. место, стр. 81 и сл. и поясн. зам. под Гривел., 12 февраля 1923, D. P. 1924, 1. 429).

Если исходить из этих замечаний, иск допустим очень строгим. Действительно, чтобы было обогащение, неправомерно полученное вследствие действия другого лица, на иском бы то ли было те-

¹ Ср. Collin et Carliani, ит. соч., т. II, § 238 и сл.; Jozzeff, ит. соч., т. II, § 359 и сл.; Rivière et Teyssier, Essai sur l'histoire de l'enrichissement sans cause, Rev. trim., 1904, Kana, 4, L'action d'enrichissement sans cause et le préjudice, Rev. trim., 1922, стр. 253 и сл.; Rouast, L'enrichissement sans cause, § 132 и сл.; Gatoia, L'enrichissement sans cause en droit allemand, these Paris, 1924; Meuzak, L'enrichissement injuste en droit allemand, these Paris, 1927.

туне. Для условия вара, нам условия, требующиеся для возврата
завещанного недвижимого.

Впрочем, иногда условия являются более ограничительно.
Требует, чтобы обогатившийся получил какую-либо выгоду, или еще,
чтобы был переход вещиности из имущества обогатившего в иму-
щество обогатившегося (См. Касс., 11 июля 1889, S. 96, 1. 97;
24 июля 1890, S. 96, 1. 397). Но это требование чрезвычайно доста-
точно, при сделанных выше замечаниях, отношении причин-
ности, чтобы все имел основание.

Дано тогда, когда все эти условия оказываются налицо, обо-
гатившийся может освободиться от возврата обогащения, если
докажет, что его обогащение имеет основание, которое можно
признать соответствующим закону. Такое решение было принято по пово-
ду одного дела, в котором один коммерсант передал, в качестве
гарантии при открытии кредита, в залог Генеральному обществу
швейцарии; затем он завещал третьему лицу его сундук, и обще-
ство, вследствие увеличения стоимости залога, согласилось вы-
дать дополнительный кредит. Третье лицо, не имея возможности
получить платеж, предъявило в Генеральному обществу иск
de in rem verso. Его иск был отклонен Лионским судом
(15 января 1906, D. 1906, 2. 132). Отказ в иске был справедлив,
не выданный основанье судом не было дано. В действительности
обогащение общества не было неосновательным, так как его пра-
ва залога с увеличением его ценности вытекают из договоров, на
которые можно ссылаться против третьих лиц (ср. Касс. рассм.
каз., 12 февраля 1923, D. P. 1923, 1. 64).

Заключение. Теперь мы можем остановиться на об-
щей теории, предложенной Плянцолом в калужской вышней,
отказав которой следует отбросить понятие квази-контракта,
или же для чего не нужное, потому что: 1) все квази-контракты
сводятся к неосновательному обогащению; 2) это последнее
само является только случаем обязательства из дозволенного дей-
ствия и должно, вследствие этого, фигурировать в теории от-
ветственности; 3) наконец, обязательства из недозволенного дей-
ствия являются только обязательствами из закона.

Эти три положения нам кажутся неправильными: 1) ведение
иск нельзя свести к неосновательному обогащению, ибо оно вклю-
чает в себя намерение представлять хозяина дела, а этого нет в
каждом квази-контракте. Он также отличается и от платежа не-
должного, так как часто ассиренс отвечает свыше своего обога-
щения; 2) неосновательное обогащение не является случаем обя-
зательства из дозволенного действия; 3) оно не является обя-
зательством из закона, потому что возникает из человеческого
действия, а не прямо из закона. Следовательно, нужно сохра-
нить квази-контракты, как особый источник обязательства.

Но следует, впрочем, заметить:
(1) Что это понятие остается всецело неопределенным. Оно
охватывает различные случаи, которые римляне помещали сре-

ди variis sanarum figurarum (различные виды отношений). Нельзя
дать им точное определение, простой критерий. Распространенное
название квази-контракта оправдывается сходством этих от-
ношений с некоторыми договорами — поручением, займом. Но
связь с ними остается достаточно слабой.

(2) Ввиду этой неопределенности понятия, им злоупотребля-
ли. Проявляли тенденцию с помощью квази-контрактов объ-
яснить то, что было трудно объяснить иначе: обязательства общины,
соседей в нераздельном имуществе, наследника, пра-
вобладателя и отчуждающего своим собственным имуществом
соседей. Эти объяснения недостаточны, потому что нужно воз-
вратить, когда тотчас признавать новый квази-контракт, связать его
с особым юридическим принципом, как это мы сделали в отношении
неосновательного обогащения. Эти различные обязательства,
которые хотели считать квази-контрактами, в действительности
являются обязательствами из закона.

Итак, мы признаем существование только трех квази-контрак-
тов — ведение дела, платеж должного, неосновательное обога-
щение, которые не могут быть сведены к другому понятию и об-
щим элементом которых является возникновение обязательства,
вследствие выгоды, доставленной третьему лицу. — критерий,
обратный тому, какой мы сейчас встретим при изучении долгов
и квази-делантов.

РАЗДЕЛ III

ДЕЛИКТЫ И КВАЗИ-ДЕЛИКТЫ. ТЕОРИЯ ГРАЖДАНСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ¹

Эта теория в течение продолжительного времени считалась твердо установленной. В настоящее время она находится на пути полного обновления под влиянием социальных потребностей, которых редакторы гражданского кодекса не могли предвидеть, в особенности, вследствие развития транспортных предприятий и фабричной промышленности (несчастные случаи на железных дорогах и на предприятиях, в последнее время — несчастные случаи от автомобилей). Стало ясно, что старые принципы не соответствуют реальной обстановке. Сначала предлагали большие усилки в судебной практике и наука, особенно, начиная с 1880 г., чтобы попытаться приспособить старые идеи к новым потребностям. С 1897 г. характер этих усилки изменился, и перешли к выработке новых принципов. В то же время произошла важная законодательная реформа по одному специальному пункту. Законом 9 апреля 1898 г. регламентировалась ответственность за несчастные случаи, жертвами которых становятся рабочие при выполнении работы; этот закон потом был дополнен и изменен. Все эти факты выдвинули в противоположность с традиционными идеями совершенно новые принципы.

Следовательно, это — теория очень живая, но в то же время весьма запутанная отдельными авторами. Существуют большие расхождения. Можно, однако, заметить тенденции к объединению их на практической почве, несмотря на противоположность принципов.

Будем исходить из простого предположения. Лицо потерпело вред личным или имущественным. Может случиться, что этот вред происходит от виновной причины или от естественной причины, независимой от всякой человеческой деятельности (молния). Тогда имеет место случай или непреодолимая сила. Потерпевшее за-

¹ См. Кавері et Léon Méxand, Traité de la responsabilité civile, 2^e éd., 1901, 2 том.

² Можно видеть себе ответ в литературе науки с 1869 по 1891 г., если сравнить два десятилетиях издания «Общей теории обязательств» Салейна (1844, 1869, 2^e том, 1891). См. специально во 2-м издании номера 302-333.

по вину вред без возможности связать с повреждением, как вред, связанный с человеческой жизнью или правом собственности. Его по возможности может быть устранено только путем договорного страхования от этого риска.

Но предположим, наоборот, что вред оказывается связанным с действиями причинности и деятельностью другого лица, которое виновато этот вред. В этом случае было бы несправедливо оставить потерпевшего беззащитным. Справедливость требует, чтобы тяжесть вреда нес не тот, кто пассивно потерпел ущерб, но скорее тот, кто его причинил; это и выражают словами, что виновный вред отвечает за него. Вред будет для него источником обязанности возмещения. Уплата ущерба производится, и вину виновного, законное возмещение тяжести вреда на причинителя.

Но тут возникают трудности. Мы допустили предположение, что вред причинен деятельностью другого. Можно ли сказать, что всегда и во всех случаях такой вред следует действовавшее лицо ответственным, не нужно ли будет проводить различие среди отдельных случаев?

Прежде чем определить значение этого вопроса, нужно заметить, что его можно поставить в двух категоричных случаях, весьма между собою различных; можно, прежде всего, предположить, что причинитель вреда и потерпевший были до этого связаны обязательственной отношением; вред состоит в нарушении этого обязательственного (напр., продавцов до передачи проданной вещи ухудшает ее). Но можно также предположить, что никакой обязательственной связи не существовало до причинения вреда (напр., прохожий разбивает стекло магазина).

Эти две категории случаев уже давно стали различать, в то время как первую категорию случаев квалифицируют в известной мере договорной, для второй категории случаев сохраняли выражение деликтной ответственности в собственном смысле. Первая категория случаев изучалась в связи с действительным обязательством. Ответственность в этих случаях, в самом деле, есть следствие неисполнения обязательства. Только во втором случае действительно имеется возникновение нового обязательства из независимого источника.

Это различие, которое кажется хорошо обоснованным природой вещей, было, однако, оспорено Паланьолом, мнение которого во внутренне большого сочувствия (см. Traité, 11^e изд., т. II, том, 873 и сл.). Согласно теории этого автора можно было бы свести оба случая к единой теории. Мы будем иметь случаи вернуться к этому мнению, когда будем излагать теорию деликтного обязательства. Здесь ограничим наше изучение случаев деликтной ответственности деликтной или квази-деликтной в собственном смысле слова. Мы можем теперь опять вернуться к нашему вопросу, предположая причинение вреда другим лицом, помимо всякого отношения и предыдущему обязательству. Можно ли сказать, что всегда и во всех случаях такой вред следует причинителю ответ-

вещей? Действительность, способная повредить другому, не всегда имеет единственную природу. Можно с этой точки зрения различить три категории случаев:

(1) Действительность, причиняющая вред намеренно: лицо действовало, имея волю причинить вред. Тогда говорят, что вред выражением Потея, что здесь имеется гражданская вина (пример: намеренный поджог).

(2) Действительность, произведенная без намерения вредить, но при таких условиях, что действие составляет вину, заключающуюся в непредусмотрительности или небрежности, т. е. это акт, которого не совершил бы человек внимательный и заботливый. Так, лицо, прогуливаясь по лесу, бросает по небрежности алого погуманную спичку и поджигает лес. Тогда говорят, что здесь простая небрежность, или, повторяя традиционный термин, доходящий к Потею, что здесь как бы долгий.

(3) Действительность, связанная с вредом, отягощенная простой причинности, без намерения вредить и без небрежности. Например, линия железной дороги проходит по опушке леса, идет паровоз и искра, ударившая на ходу, зажигает лес. Тогда говорят, что здесь простая объективная причинность, в противоположность предыдущим случаям, в которых имели место субъективные моменты, алая намерение или небрежность действующего лица. ☉

Но все проблемы, возбуждаемые в настоящее время гражданско-юстициальной мыслью, сводятся к следующему: нужно ли третий случай ставить наравне с двумя другими, или уподобить недоделанной силе в случае? Другими словами, нужно ли основывать гражданскую ответственность на вине, намеренной или ненамеренной, или на простом факте, независимо от вины? Так ставится в настоящее время существовавшая проблема основания гражданской ответственности.

Эта проблема еще осложняется. Мы предполагали до сих пор факт, а именно совершение лицом, отвечающим за вред. Но нужно рассмотреть еще другие случаи. Можно быть ответственным не только за свое личное действие, но и за действие другого лица (родителя за детей, хозяина за служащих и т. д.). Можно отвечать за действие животного, собственником которого является лицо, или за вред, причиненный вещью, находящейся под контролем данного лица. Эта ответственность окажется установленной при известных обстоятельствах и с известными различиями, которые недостаточно указаны законом.

Наконец, умение устанавливать соотношение между гражданской и уголовной ответственностью. По этому вопросу имеются две глубоко различные теории, хотя и имеющие связь между собой, принципы которых нередко впадают в дело в одно и то же время одной и той же факта.

Эти различные проблемы мы рассмотрим в пяти отделениях:

I. Взаимноотношение гражданской и уголовной ответственности. II. Ответственность за личное действие. III. Ответственность за действие другого. IV. Ответственность за вред, причиненный животными или неодушевленными предметами. V. Ответственность при несчастных случаях на работе.

Отделение I

ВЗАИМНООТНОШЕНИЕ ГРАЖДАНСКОЙ И УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Различие между этими двумя видами ответственности объясняется их целями, существенно между собой различными. Цель теории гражданской ответственности заключается в том, чтобы вознаградить частное лицо за вред, причиненный ему другим лицом. Цель теории уголовной ответственности состоит в борьбе с действиями, нарушающими общественный порядок. Гражданская ответственность относится к уплате вознаграждения, эквивалентного причиненному вреду; уголовная ответственность направлена на применение наказания, соразмерного виновности.

Эта противоположность в настоящее время очень ясна, и мы увидим, что действительные тенденции права гражданского и права уголовного делают ее все более и более острой. Но она не существовала во все времена. Она прошла историческое развитие, из которого мы здесь отметим только исходную точку и заключительное положение.

I. Римское право. Одна из характерных черт первоначальных законодательства заключается в абсолютном смешении ответственности гражданской и уголовной. Репрессия против должника посредством частной мести соединяет в себе возмещение вреда и штраф. Удовлетворение поглотилось наказанием, которое, впрочем, остается простым частным штрафом (*pena privata*), определенным потерпевшей стороной без участия публичной власти.

Это первоначальное смешение проявляется все еще и в следующей фазе юридического развития, когда публичная власть выступает, с одной стороны, чтобы назначать наказания, служащие санкцией известных делитов против общественного порядка, а с другой стороны, чтобы облагать частную муть, назначая в известных случаях денежный выкуп, уплачиваемый потерпевшему. В этих денежных выкупах продолжается смешение гражданской и уголовной точки зрения, возмещения вреда и наказания. Оно остается ясно выраженным в более развитых законодательствах, как римское классическое право.

В этой фазе вред, причиненный частным лицам, преследуется в помощь некоем, называемым штрафными, и преследуется неким *rei persecutio* (о восстановлении имущества и права), которым чужды идеи штрафа и репрессии. Эти вещи, выража-

материальное содержание, имеют характерные черты, большая часть которых ясно отличает их от гражданских исков о возмещении вреда по общественному праву. Можно считать четыре таких различия различия:

(1) Иск дается не во всех случаях вреда, причиненного другим лицом, но только в случаях, ограничительно указанных в законе или в преторском эдикте: *actio legis Aquiliae* (три главы) или по Аппулеяскому закону, *furtum* (кража), *rapina* (грабень), *peculatus* (присвоение), *dolus* (обман), *fraus creditorum* (нарушение интересов кредиторов). Во всех этих случаях имеется *delictum privatum* (частное правонарушение), *ius ex delicto* (из деликта). Сюда следует проводить сходные случаи, по поводу которых Юстиниан говорит, что иск возникает *quasi ex delicto*, как бы из деликта. Это выражение есть неточный термин *quasi delictum*, который обозначает нецивилизованную вину. Иск *quasi ex delicto* сам определялся ограничительно.

(2) Сумма присуждения не является необходимо равной причиненному вреду. Это не возмещение, это — *poena* (штраф), аналогичный современной денежной пенне, но уплачиваемый в пользу частных лиц; иск в двойном размере при *furtum nec manifestum*, в тройном размере при *furtum concertum*, в четверном размере при *furtum manifestum*.

(3) Иск возмещает смертью лица, совершившего деликт, и не переходит на наследников.

(4) Три предыдущих характерных черты обличают римский штрафной иск с нашим понятием, основанным на уголовной ответственности. Наоборот, четвертый характерный признак их различает: штраф назначается, не принимая во внимание субъективную виновность совершителя деликта. Перинг показал, что он соразмерен гораздо более с обидой потерпевшего лица. Таким образом, виновность одинакова и при краже, захваченной на месте преступления, и при *furtum nec manifestum*; однако, в первом случае применяется штраф в четверном, а во втором случае — в двойном размере; здесь сказывается пережиток эпохи частной мести, осуществлявшейся с обильной напряженностью против виновника вредного поступка, захваченного на месте преступления.

Таким образом, римский штрафной иск сходен с нашим гражданским иском об ответственности в том, что он предельно близок по своей сущности к государственной власти. Но тремя своими характерными признаками из четырех он приближается к нашему публичному искому, основанному на уголовной ответственности, потому что это — иск репрессивный, а не о возмещении ущерба (по поводу этого сравнения римской поимки с современным см. *Ungering*, *Vinca* в гражданском праве).

II. Современное право. Все усилия юридического прогресса в эпоху Европы, начиная с римского права, были направлены к тому, чтобы постепенно разграничить то, что было смешано вместе:

с одной стороны, уголовная ответственность, открывавшая дорогу публичному искому репрессивного характера, с другой стороны, гражданская ответственность, открывавшая путь гражданскому искому, простому искому о возмещении вреда.

Следовательно, если мы опять возьмем четыре точки зрения, на которых мы остановились, чтобы охарактеризовать рамочный штрафной иск, мы тогда же установили и сформировали право противоположности между частным и публичным иском.

A. Противоположность двух деликтов.

(1) Случай, когда доводится иск. С уголовной точки зрения факт может служить основанием для публичного ища только тогда, если он составляет официально предусмотренный и наказуемый по закону деликт. Это напоминает римский принцип вечеринающего перечня единичных исков, но основанное здесь другое, это — желание обеспечить частных лиц от судебного произвола.

Наоборот, для того, чтобы факт послужил основанием для гражданского ища об ответственности, не требуется, чтобы он был *своякостно* предусмотрен и определен законом. Статьи 1382 и 1383 заменили римский принцип вечеринающего перечня весьма широкими формулами.

Таким образом, очень большое число фактов представляет собой гражданские деликты, не будучи уголовными преступлениями: *dolus* в договорах, когда он не является одновременно мошенничеством; сокрытие последствий, связанных с наследованием и пр.

Обратно, факт может составлять уголовное преступление, но создавая основания для гражданского ища; действительно, факт может нарушать общественный порядок, не причиняя вреда отдельному лицу (покушение на убийство, на кражу и пр.).

(2) Мера присуждений. В случае гражданской ответственности возмещение, уплачиваемое потерпевшему, равно причиненному ущербу. В уголовном деле наказание соразмерено с тяжестью нарушения общественного порядка и субъективной виновностью совершителя деликта.

(3) Переход по наследству на пассивной стороне. Гражданский иск, как и простой иск о возмещении вреда, будет дан против наследников причинителя вреда. Публичный иск порождает смертью совершителя деликта.

(4) Определение размера ответственности. При определении размера уголовной ответственности все больше принимается во внимание психологическое состояние совершителя деликта, моральное и психологическое состояние потерпевшего и каждого виновника, чтобы придать наказанию индивидуальное и социальное эффекты (см. *Sauvillain*, De l'individualisation de la peine). Откуда теория смягчения вину обстоятельств, оправдание несовершеннолетних, различие ме-

жду преступными первичными и рецидивистами. Эту тенденцию выражают словами, что уголовное право становится все более и более субъективным. Лучшим гражданской ответственности совершает теперь как раз обратную эволюцию. Оно становится все более и более объективным. Это нужно понимать так, что оно освобождается от психофизиологических соображений, что оно становится все более и более независимым от последования умственного и морального состояния действующего лица. После того как еще намерения вредить, субъективного элемента и на нем основан различие деликта и квази-деликта. Теперь признают, что в принципе этот элемент должен быть устранен. Несомненно, общее мнение допускает еще, что гражданская ответственность предполагает вину, сущность которой требует субъективного рассмотрения. Но этой классической доктрине противопоставляется более новая, которая с ней борется. Этого гражданство лет и которая основывает ответственность на простом факте свободной деятельности. Здесь субъективный элемент сводят к минимуму. Новая доктрина сама называет себя доктриной объективной ответственности.

Этим все более и более подчеркивается разрыв между двумя первоначально связанными теориями гражданской и уголовной ответственности.

Однако, даже в современном праве можно отметить известное переживание старой идеи гражданского штрафа. Принят надолго на то, что современное частное право утратило «карательную сферу». Эта критика может быть не абсолютно обоснована, известные актуальные тенденции науки и судебной практики могут быть истолкованы как решение уголовного права на гражданское. В некоторых случаях деликтное возмещение дается без материального вреда, за один моральный вред, в других случаях возмещение дается с преципием причиненного вреда (возмещение в двойном размере по горькому законодательству). Известны два принципа намеренно причинять вред в специальных теориях, например, в теории злоупотребления правом. В этом можно было видеть поданные частные штрафы (Нидероуэ, 1904). Это своего рода прогрессивная эволюция, которая по некоторым специальным вопросам возвращает современное частное право к старым воззрениям, тогда как его общее развитие направлено в том, чтобы удаляться от них все более и более (Ср. Виллард, Правовая мораль и гражданские обязательства, и, по вопросу о гражданском и уголовном, — Laborde, L'essence, Уголовная ответственность в ее взаимоотношении с ответственностью гражданской и моральной, дисс. Бордо, 1912).

II. Взаимосвязи между гражданским и уголовным иском. Но если гражданский и уголовный иски представляются нам теперь в принципе основан-

ными на идеях абсолютно различных и логически несогласованных, тем не менее правильно, что они могут находиться между собой в тесной связи. Действительно, очень часто один и тот же факт составляет одновременно уголовный и гражданский деликт (например, умышленный подлог). Оба иски существуют тогда одновременно и их сосуществование порождает определенные юридические последствия.

(1) Подсудность. Нормально гражданский иск подсуден гражданскому трибуналу; публичный иск подсуден уголовному трибуналу. Но иногда один и тот же факт является сразу и гражданским и уголовным деликтом, потерпевший имеет возможность жаловаться своей гражданской иски в уголовном трибунале, который рассматривает тогда одновременно оба иски. Потерпевший становится гражданским истцом. Иногда уголовный трибунал даже один компетенция рассмотреть гражданский иск (закон 29 июля 1881, ст. 46).

(2) Давность. Гражданский иск погашается 30-летней давностью; уголовный иск — в гораздо более короткое время: десять лет для проступков, три года — для проступков, один год — для дисциплинарных нарушений. Но когда оба иски вытекают одновременно из одного факта, закон постановляет, что гражданский иск погашается по давности в тот же срок, как и публичный иск (ст. 2, часть 3; ст. 637—642, Code d'instr. crim.). Это объясняется намерением того, чтобы, по погашении публичного иски, факт, который его обосновал, мог быть опять поставлен на обсуждение в гражданском процессе под формой иски об убытках. Это решение подверглось критике с точки зрения логики, но теперь оно установилось в судебной практике и принято всеми. Оно применяется не только к гражданскому иску, предъявленному в уголовном трибунале, но также и к иску, предъявленному в гражданском трибунале.

(3) Уголовный иск прерывает гражданский. Когда в гражданском трибунале предъявлен иск по поводу деликта, переданного в то же время на рассмотрение уголовного суда, то гражданский трибунал должен отложить вынесенные решения по иску о возмещении вреда до решения уголовного трибунала.

(4) Уголовный приговор по делу имеет обязательное значение для гражданского суда. Если публичный иск разрешен раньше гражданского, гражданский трибунал обязан признавать первоначальным то, что признано уголовным трибуналом. Этот принцип применяется во избежание противоречия судебных решений.

Отсюда не следует заключать, что оправдание уголовным трибуналом подсудимого обязательно защищает его от иски потерпевшей стороны о возмещении вреда. Это иногда может произойти, но не всегда бывает. Если, например, уголовный трибунал оправдал подсудимого потому, что признал, что не он совершил

...признавая, что гражданский трибунал, очевидно, не может преследовать его и возмещению вреда. Но невозможно, что уголовный трибунал оправдал его потому, что подлежащий по содержанию данного действия, и потому, что это действие не составляет указанного деяния. Но мы видели, что действие может быть признано уголовным деянием. Гражданский трибунал, не будучи уголовным деянием, не будучи элементом гражданского преступления, может воздать и возмещение вреда, несмотря на принадлежность к уголовному суду; его решение не будет противоречить уголовному приговору.

Отказав таким образом уголовную проблему от гражданского, мы можем теперь сосредоточиться исключительно на гражданской ответственности.

Отделение II

ответственность за личное действие

Здесь возникает два вопроса: каковы конститутивные элементы такой ответственности и каковы ее последствия.

§ 1. Конститутивные элементы и основания ответственности

По этому вопросу подразделения закона очень кратки: две статьи — 1382 и 1383, которые, по-видимому, относятся к понятиям, абсолютно современным и новым. Наоборот, германское законодательство дает гораздо более материал. Оно посвящает этому вопросу шесть статей, под заголовком «недоказанные действия» (ст. 823—831). Точно так же, швейцарский федеральный кодекс (ст. 41—61), [Проект франко-итальянского обязательстваного кодекса (ст. 74—78), так же, как обязательственный кодекс Польской республики (ст. 134—141) также уделяют свое внимание ответственности за личные действия, чем французский гражданский кодекс]. Но критический французский кодекс делает возможным толкование более гибкое и более конститутивное изложенному состоянию идей.

Анализ позволяет различать два элемента ответственности, которые являются бесспорными, и третий элемент, относительно которого существует очень трудная контрверсия по существу: вред сам, причиненный вред; вина.

А. Вред. Это — самая первая задача. Не может быть вопроса об ответственности, если не было вреда, так как гражданский закон возмещения имеет целью удовлетворение и возмещение. Следовательно, факт, как бы он ни был достоин порицания, никогда не представляет основания для гражданского иска об ответственности, если не доказан вред (Nesl., 17 февраля 1874, D. 74, 1, 360; 30 июля 1902, D. 1903, 1, 533). Ст. 1382 говорит, кроме того, о вреде, причиненном другому лицу.

Проблема вреда не определяется также ст. 1382-ой. Римское право было уже строго в этом вопросе: не во Аквилеву закону (de

legis Aquiliae) давался первоначально только в случае *damnum corpore corpori datum* (вред, причиненного телесным воздействием на телесный предмет). Теперь достаточно вреда какого угодно характера. Это может быть вред, причиненный имуществу, или, говоря вообще, действительный вред, вред, причиненный личности, или даже вред чисто моральный (вспомните возмещение вреда в случае диффамации: Cass., 7 июня 1853, S. 25, 1, 413; железнодорожная компания присуждена к возмещению вреда лицам, потерпевшим родители при несчастном случае, хотя эта угроза нарушила их личные интересы, а не имущественные: Anger, 12 июля 1872, D. 72, 5, 385; Бордо, 30 ноября 1881, S. 82, 2, 183; Гражд., 13 февраля 1923, D. 1923, 1, 52, посп. замеч. Lalou, и Кам. касс. жд., 10 апреля 1922, там же). Ср. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, том. 181 и сл.р.

Б. И. Действие лица, причинившее вред. Эта причина связи устанавливает отношение между вредом и ответственным лицом. Успех иска об ответственности обусловлен существованием такой связи. Суд, рассматривающий дело по существу, самостоятельно устанавливает существование этого отношения; но если он признает, не установив причины связи, его решение подпадает под удар кассационного суда (Cass., 6 февраля 1894, S. 94, 1, 309; 9 декабря 1902, S. 1903, 1, 95).

Чтобы определить это отношение причинности, нужно определить характерные признаки, которым должен отвечать вредоносный факт. Таких признаков два.

(1) Вредоносный факт должен происходить из проявленной положительной деятельности. Простое воздержание не может влечь ответственности. Лицо отказывается другому в своей помощи. Тот терпит вред, которого он избежал бы, если бы помощь была оказана. Ответственности здесь не будет за отсутствием причинной связи.

¹ Ср. еще Кам. касс. жд., 2 февраля 1901, D. P., 1901, 1, 35, доклад от имени Плена; Париж, 16 марта 1902, D. P., 1902, 2, 85, посп. замеч. Voisin, Илм, 12 мая 1903, с посп. замеч. Tenat. Судебная практика требует для того, чтобы моральный вред, вытекающий из нарушения интереса личности, дал право на удовлетворение, чтобы истец и потерпевший были соединены связями родства или свойства. Колонубан, который трибуналы дают вознаграждение за имущественный вред, связанный со смертью лица, в котором это лицо (Jugis, 23 февраля 1909, D. P., 1909, 1, 146, посп. замеч. Voisin и S., 1931, 1, 145, посп. замеч. Annon, Marty); но получает никакого вознаграждения морального вреда (ср. Хроника Jessorand и D. heb., 1901, стр. 45).

² Cf. P. L. Маволид, Гражданская ответственность, возникшая в договорных, 2-е изд., т. 1, § 292 ст. Doguille, Моральный интерес в обязательствах, дисс., Париж, 1901; Garot, Возмещение морального вреда, дисс., Париж, 1928; Родер Тебве, Основание и характер возмещения морального вреда, дисс., Мюнхен, 1932.

³ Cf. Фокс, Отношение причины и следствия в договорных обязательствах, дисс., Кельн, 1904; Маттео, Причинность в гражданской ответственности, дисс., Алж, 1914 [Essai sur la Rev. 1914, D. 1914, стр. 317 и сл.].

Пытались против этого сослаться на ст. 1383, которая возлагает ответственность за вред, причиненный по небрежности или непредусмотрительности. Можно ли сказать, что небрежность есть непредусмотрительность? Но если проанализировать положение, предусмотренное этой статьей, видно, что непредусмотрительность или небрежность не обосновывает ответственность сама по себе, но *титулу* воздержания, по которому, что она связана с предыдущим преддущей деятельностью, от которой она происходит, так сказать, ее элемент.

Предположим, что лицо роет канал в людном месте и не удерживает на ночь шлюза, с помощью фонаря. Другое лицо падает в канал и получает повреждение. Наступает ответственность первого; но она будет основываться не на предостережении, а на положительном действии — вырытии канала, создании опасности. Небрежность — только элемент этого положительного действия, причинившего вред.

Впрочем, есть один случай, когда чистое воздержание будет основанием ответственности; это — тогда, когда воздержание составляет нарушение положительной обязанности совершить действие, к которому был обязан воздержавшийся. Лицо, обязанное исполнить известное законное формальное, но невыполняет их. Если из этого происходит вред, он подпадает за собой ответственность этого лица. Но здесь ответственность является скорее санкцией неисполнения преддущей обязанности, чем воздержания, вытекающего *само по себе*.

(2) Действие должно исходить от лица свободного и сознающего свои поступки.

Лицо, действующее под влиянием внешней, непреодолимой силы, не является причиной своего действия; оно только — пассивное орудие, употребляемое лицом, действующему *de facto*. Следовательно, нельзя сказать, что вред причинен его деятельностью. Так будет в случае с зашифрованными лицами, лишенными своей воли; или: ружейный выстрел направляется в другую сторону, потому что третье лицо толкнуло ружье.

Наравне с этими случаями надо поставить те, когда действует сумасшедшие или дети младшего возраста, не имеющие никакого рассудка и действующие под влиянием побуждений, которыми они не могут управлять. Они — не причина своих действий или последствий, которые те несут за собой. Их деятельность не принадлежит им; это — слепая сила, которую можно сравнить с силой природы. Следовательно, сумасшедший и ребенок, не являясь сознанием, если они причиняют вред, не могут быть обязаны возмещать потерпевшему за причиненный вред.

«Ср. Н. et J. Mahouat, *op. cit.*, т. I, § 324 и ст. P. Art. 1310 в. Виссонье воздерживает в области деликта, гражданских и уголовных. Rev. Crit. de Droit Civ., 1912, стр. 604 и сл.; Colin, Виссонье воздерживает в гражданском и уголовном праве».

Потерпевший сможет только предъявить иск об ответственности и лицам, на которых лежит наблюдение за этими недееспособными лицами (см. для случая сумасшедших, Cass., 21 октября 1901, S. 1903. 4. 22; Кам. касс. исл., 20 июля 1906, D. 1907. 1. 315).

Это решение было подвергнуто критике. Говорили, что дело идет о возмещении, а не о наказании, и что, поскольку *сумасшедший или ребенок* может иметь имущество, можно их обязать возмещать вред. Недопустимым было бы не дать потерпевшему, который может быть бедным, иска о возмещении. Под влиянием этого соображения германское гражданское уложение приняло, что в нашем случае причинитель вреда обязан возместить ущерб «в тех пределах, в каких, сообразно обстоятельству, а, в частности, положению заинтересованного лица, справедливость требует возмещения. Однако это обязательство не возникает в тех случаях, когда оно имело бы результатом лишение недееспособного средства, в которых он нуждается для пропитания по своему общественному положению и для исполнения своих законных обязанностей алиментирования» (ст. 829; ср. S a l e i l - l e s, Общая теория обязательств, 2-е изд., стр. 388, пом. 1).

Как с законодательной точки зрения, так и с точки зрения положительного толкования французского права, подобная доктрина должна быть отвергнута; приведенные соображения не пересматривают положенного выше принципа: лицо, которое не является направляет свою деятельность, не может нести риск вреда, причиняемого его деятельностью. Риск деятельности может быть по справедливости возложен только на лицо свободное и разумное. Все, что можно принять, это — в известных случаях — моральное обязательство, долг милосердия возместить вред потерпевшему; но не юридическое обязательство, санкционированное правом.

Наоборот, как только у действующего лица есть сознание, оно обязано возмещать вред и возмещать его; здесь не де-

«Эта ответственность лица, лишенного рассудка, была принята судом Монпелье (31 мая 1896, S. 66. 2. 259). Ср. в этом смысле Cassad, Гражданская ответственность сумасшедших, Rev. Crit., 1905».

«(Ст. 76 Франко-итальянского проекта предусматривает, что если потерпевший не мог получить возмещение от того, кто обязан возмещать за лицо, лишенным рассудка, суды могут, приняв во внимание положение спорящих, присудить причинителю ущерба и разумному потерпевшему. Последней обязан возместить — каждая сторона несет равные же постановления. Ст. 138. § 1, предусматривает: «Что в случае вреда, причиненного лицом, страдающим отсутствием развития умственных способностей, душевной болезнью или какими-либо другим психическим расстройством, причинитель вреда возмещает по мере своей ответственности. Но ст. 143 пишет оговорку: «Когда потерпевший не может получить возмещение от лица, на которого возложено возмещение (лицом, которому нельзя возместить вред, вследствие его возраста, либо вследствие его физического состояния), обязательство возмещения возлагается на и части может быть возложено на самого причинителя, если последний не отсутствовал, а особенно из материального положения потерпевшего и причинителя вреда, что такое возмещение отвечает требованиям справедливости».

дства, как в уголовной сфере, различия в зависимости от степени ответственности. Гражданская ответственность или имущественная или не имущественная; она не допускает степеней. В области возмездия вдова лет или индивидуализация, на считающих обособленности.

Специально, что касается несовершеннолетних, то следует ли признавать ответственными с того времени, как они начинают фактически, что они действовали с разумением. Это решение прямо дано законом в отношении деликтов и квази-деликтов (ст. 1319). Почему сюда применить теорию уголовного несовершеннолетия по ст. ст. 66 и 67 уголовного кодекса, которая остается специальной для уголовной ответственности.

Гражданское гражданское уложение (ст. 829) регламентировало, наоборот, гражданскую ответственность несовершеннолетних различно, в зависимости от их возраста. До наступления 7 лет они никогда не отвечают; от 7 до 18 лет они отвечают только в том случае, если вина докажет их разумение; начиная с 18 лет, они предпологаются действующими с разумением. Ничего подобного нет во французском праве.

Юридические лица (государство, департаменты, общины, учреждения публичного значения и пр.) имеют имущество и осуществляют деятельность. Следовательно, они могут нести гражданскую ответственность; имеется лишь специальная трудность и отклонения того, что касается их ответственности за действия их агентов и, в частности, ответственности государства за действия его чиновников (см. по этому предмету работы по административному праву. По вопросу, гораздо более трудному для изучения, могут ли юридические лица быть обязаны к уголовной ответственности, см. *Deville Matre*, Юридические лица и проблема их уголовной ответственности, дисс., Париж, 1890).

III. Вина. Наряду с этими двумя первыми элементами, традиционная теория, в течение долгого времени не вызывавшая спора, требовала третьего элемента: вины. Новая теория, наоборот, отрицается в принципе двумя первыми элементами.

А. Классическая теория. Это понятие гражданской вины в классической доктрине очень различно. Оно содержит два элемента: один — объективный, другой — субъективный. Первый заключен в действие, второй — в действующий день.

а) Обязательство вина предполагает противоправное действие, нарушающее обязательства сделать что-либо или воздержаться от действия. Вина есть недовольный акт *in bono vel in malo* (в хорошем смысле).

б) С субъективной стороны старая теория требовала намерения причинить вред и различала вину умышленную, или деликт,

и вину неумышленную, или квази-деликт. (10 т. 9. Обязательства, том. 118)¹. Теперь признано, что принципиально намерение имеет значение только в уголовной теории вины, а не в гражданской, где дело идет просто об установлении случаев правонарушения и размеров возмездия вреда. Следовательно, различие деликта и квази-деликта не имеет значения.

Но если отвергает всякое собрание, отклоняется и альтернативу, то сохраняет в силе вина другой субъективной элемент. Требует, чтобы совершением действия мог предвидеть вред и его избежать. В противном случае действие было бы подобно случаю. 8

Судящие, руководствуясь одной этой формулой, отказались бы слишком неопределенным. Возможность предвидеть или избежать вред видоизменяется фактически в зависимости от умственных способностей или моральной энергии индивидов. Такие образом оценивают действие не по личным качествам действующего лица, а по нормальным и средним качествам разумного человека, критерий, напоминающий абстрактное понятие добропорядочного отца семейства (*bonus pater familias*).

Установленная таким образом, эта теория далеко не казалась удовлетворительной. Споры были простые и относились к таким разновидностям, где элементы вины легко выявлялись. Но во второй половине XIX в. железнодорожные несчастные случаи и несчастные случаи в промышленности выдвинули очень сложные фактические обстоятельства. Начинают все более и более ясно признавать, что классической теории недостает точности и что она неудовлетворительна на практике.

Ей недостает точности: Как составить список обязанностей, нарушение из которых придает факту недовольный характер, элемент вины? Как фактически знать, было ли возможно избежать или предвидеть вред? Мера требуемого предосторожия или предосторожности фатально колеблется в каждом отдельном случае. 6

Эта теория неудовлетворительна на практике, потому что она возлагает доказательство вины на потерпевшего ущерб. Но помимо того, что это доказательство уже очень затруднено различительностью понятия вины, очень часто потерпевший оказывается в такой фактической обстановке, что соединить элемент доказательства для него невозможно (например, потерпевший от того, что поезд сошел с рельсов). Эта теория фактически привела бы к и лишнюю жесткого орудия защиты.

Эти неудобства привела некоторых авторов к новому изменению оснований ответственности. Они пошли в этом по пути, подготовленному судебной практикой, которая, не отыскивая от идеи вины, приходит в тех случаях, когда эта идея является

¹ Ср. рубрику статей 823 и ст. гражданского гражданского уложения *Недобольные действия*.

² Относительно другого смысла слова *in bono vel in malo* у старых авторов и в некоторых современных решениях, см. *Ильдеболь*, *инт.* том. 1. II. том. 823—824.

практическим препятствием для осуществления ответственности, и устранив плюри-конститутивных элементов и называет виновной простую совершившую действия. Так, в отношении железнодорожных несчастных случаев никогда не освобождали железнодорожные компании от ответственности под предлогом, что несчастие не является следствием их вины (Бердо, 21 июля 1859, D. 59. 2. 186; ногай, провозвешивая от углей, упавших из локомотива; компания утверждала, что она приняла все возможные меры предосторожности, предписанные правительством и рекомендованные наукой; тем не менее, она была признана ответственной. Кан. касс. мая., 3 января 1887, D. 88. 1. 39; событие накали запада был прасушино в возмещение ущерба, причиняемого дымом, хотя было признано, что у него не было средств предотвратить ущерб. Эти решения можно сравнить с теорией Иеринга о culpa in contrahendo (вина в заключении договора), которая приводила и признанию вины в пользуе и телеграфом для передачи поручения баржовой единицы.

В Объективной теории. Авторы были смелее, чем судьи были решены. Так как фактически пришли и квалификация в качестве вины действия, в которых нет элементов вины, то не проще ли было сказать, что вина не есть необходимая элемент гражданской ответственности, что достаточно вреда, причиняемого свободной и разумной деятельностью?

Это мнение защищалось в Германии с 1888 г. Метаян, в Италии — в 1891 г. — Ориандо. Во Франции оно полагается в ту же пору — в 1897 г. (Joussier and. Ответственность за действие несуществующих вещей, 1897; Saleilles, Несчастные случаи на производстве и гражданская ответственность; Профессорская работа в гражданском праве, Réforme sociale, 1898). Эта идея получила быстрый успех (Gény, Метод толкования, и.м. 174, который, впрочем, сделал затем и историю оговорок; Leon Michel, Гражданская ответственность хозяев перед рабочими, Rev. crit., 1901, стр. 592 и сл.; Toussier, Опыт общего учения об основании ответственности, дисс., Aix, 1901; R. Vendant et Capitant, Опыт общего учения о гражданской ответственности, Ann. de l'Université de Grenoble, т. 18, Ср. Massigli, Учение Саллиеса в области гражданской ответственности по юридическим трудностям Рамонда Салебля, 1914; Betteremieux, Исторический и критический опыт об основании ответственности, дисс., Лиона, 1921).

Требования вины, как элемента ответственности, в общепринятом учении является последним остатком смешения гражданской и уголовной ответственности, возмещения вреда и уголовного наказания. С парализованной точки зрения действие должно составлять вину; с точки зрения обязанности действие должно возмещать вред достаточно причинной силой.

Действительно, всякое проявление деятельности содержит в себе риск, создает опасность нарушения интересов. Когда

подобное нарушение происходит, вся проблема опять сводится к тому, чтобы узнать, должен ли потерпевший от несчастия окончательно нести риск этого, или же ему дадут иск, чтобы перенести это бремя на причинителя. Очевидно, что переносится это бремя на причинителя. В выборе между потерпевшим, который остается виновным, и лицом, совершившим действие, виновником предосторожного действия, — не может быть сомнений; риск должен быть на том, кто действовал и кто отдал распоряжение, ставшим последствием своего действия. Таким образом, ответственность оказывается не зависящей от идеи вины. Единственным условием, необходимым для того, чтобы применить ответственность на деле, это — осуществление свободной и разумной деятельности; в противном случае нельзя было бы возложить риск на действующее лицо. ☉

Таким образом, на место классической формулы: «каждый отвечает за вред, причиняемый по его вине» подставляется новая формула: «каждый должен нести риск вреда, причиняемого его деятельностью». И это подтверждает правильность фразы Иеринга: «И теория идеи вины можно рекомбинировать как непрерывное уничтожение».

На практике эта теория приводит к следующему выводу: потерпевший вред, предъявляя иск об ответственности, выигрывает дело, если докажет ущерб и действие; он будет освобожден от доказательства вины. По классической теории действие без вины было приравнено к случаю и вред оставался на потерпевшем; по новой теории действие достаточно, чтобы обосновать ответственность и возмещать вред на причинителя.

С. Оценка объективной теории. Это — теория простая и смелая-увлекательная. Однако, наилучшие исследования заставляют власти в нее смигчить и некоторые элементы, которые сохраняли те принципы. Работы, вышедшие позднее работ Салебля и Жюссара, уже обнаруживают известное движение в этом смысле (Жюсси, Риск и ответственность, по поводу диссертации Тобдсабра и по поводу диссертации Ринара — Осуществление права собственности в его отношениях к соседним собственникам; Rev. trim., 1902, стр. 812 и сл.; Гюгони, Идея частного штрафа, Дисциплинарная диссертация, 1904).

(1) В некоторых ограниченных областях права мы уже повстречали возврат к старой концепции частного штрафа; впрочем, как очень редкое исключение (см. Гюгони, цит. соч.)

(2) Сама формула объективной ответственности, как формула обща, должна быть видоизменена. Она слишком упрощена и несколько груба с двух точек зрения:

☉ в точки зрения справедливости — есть нечто неприемлемое в отношении на автора всякого произвольного действия, даже самой естественной и самой нормальной, риска причиняемого вреда. Это опасно и может подвигать к крайностям. Отсюда перасположение к объективной теории в закнутых юридических кругах.

сказано этим словом, элемент, порождающий ответственность, есть действие: «Великое действие того-либо...», «... отвечают не только за свои действия... Уменьшение в вине полагается только в том случае, когда в ст. 1382...», «... вот, по чьей вине произошло...». Но в своем изложении ст. 1382... не может, по чьей вине произошло...». Но в своем изложении ст. 1382... не может, по чьей вине произошло...». Но в своем изложении ст. 1382... не может, по чьей вине произошло...».

Эти объяснения очень остроумны, но неверны. Невозможно сказать против того, что ст. 1382 и сл. имеют в виду случаи ответственности не за простое действие, а за вину.

Аргумент, приведенный Жоссераном, слаб. Прямое всего, очень спорно (мы не увидим дальше), что предписано ст. 1384, ч. 1, объяснений, по мысли редактора, независимо от идеи вины. С другой стороны, если бы это было доказано, то отсюда следовало бы только, что существует ответственность за действие вообще, но выходящая от идеи вины; но ничто не позволило бы распространять это решение на случаи действия лица.

Аргумент Саллаля более подкупает, хотя он не больше соответствует подавляющей мысли редакторов кодекса. Эти последние выказались под влиянием Порта, который никогда не думал о теории ответственности, не зависящей от вины. Подготовительные работы, начатые на некоторых фразы доклада Бертрама де-Грейля¹, доказывали, что редакторы никогда не думали порывать с традиционными идеями в санкционировании теории, которая, особенно в 1804 г., доказывала бы юридическую революцией, писанную во вызывавшей практическим надобностями. Следовательно, редакторы видели смысл в том, чтобы исключить вины. Они могли бы сказать это ясно, а не заговорить упоминание об этом элементе в предисловии предисловия. Если они этого не сделали, то это потому, что они считались на идеи, в частности, по их мнению, бесспорно, что они не считали необходимым больше их уточнить².

Итак, нужно признать, что ответственность, не зависящая от вины, не была прямо санкционирована гражданским кодексом. Но это не доказано, чтобы ее отвергнуть. Если кодекс не санкционировал эту теорию, то сейчас и по осуждению: он просто совершенно не знает ее. Он говорит, что отвечает при наличии вины. Современная теория этого не отрицает; она только присоединяет к этим

случаями ответственности другие, основанные на ненормальности действия. В этом нет противоречия между ними в принципе, который не думает о таких случаях. Между тем, если ненормальность не может никогда идти против нормального решения закона, он имеет право закончить проблему закона, руководствуясь соображениями справедливости или общественной пользы. Так оправдывается новая теория, и нет нужды в возвращении ее текста закона (ср. Борю, цит. соч., том 174; Леона Нидель, цит. место).

Е) Уточнения, которые должны быть внесены в объективную теорию. Вернее, чтобы оценить правильно значение этой теории, необходимо уточнить ее. Ответственность может не наступить, когда вина будет считаться из непреодолимой силы, из действия непреодолимой или из осуществления права лицом, совершившим вред-повинный факт (кроме случаев злоупотребления правом). С другой стороны, теория вины в некоторых случаях может с успехом воспринять идею ответственности новой теории.

1. Случай освобождения от ответственности. а) Само собой разумеется, что совершивший действие может освободиться от вины ответственности, доказав, что его действительность была вызвана случаем непреодолимой силы, ибо в этом случае его действительность не была свободной; он был только орудием чужих сил. Но на него лежит тяжесть доказательства, и он должен будет доказать определенный факт.

б) Помимо случая непреодолимой силы, ответственность может оказаться уменьшенной или даже устраненной, если устанавливается, что потерпевший был причиной вреда отчасти или полностью. Мы уже видели, что редко бывает так, что вред причинен исключительно активностью одного лица, хотя это может наступить (предположим, например, что экипаж разбивает витрину магазина). Число в него потерпевший будет играть активную роль; вред будет результатом активности одновременно с двух сторон. Так будет, когда лицо заезжает экипажем при переходе через улицу. Здесь вред причиняется активностью с двух сторон. Два риска имели место. Будет уместно исследовать фактически, но должен ли риск, который лежит на потерпевшем, быть зачтен за риск, лежащий на том, кто совершил данное действие, а это выразится в уменьшении ответственности действующего лица, т. е. в уменьшении размера его вреда. Здесь нужно ввести много нюансов, соответственно от активности виновности потерпевшего. Таким образом, будет проведено различие в зависимости от того, переходил ли потерпевший улицу нормально шагом и тогда ничто не могло вызвать предположение об опасности, или он переходил улицу среди множества машин

¹ Loc. cit. t. XIII, стр. 40-41.
² Loc. cit. там же, стр. 31 и 37-38.

правом. Там, по мнению Плиньози (ит. соч., том. 871) понятие злоупотребления правом кончилось на недостаточной точной терминологией. Выражение «противозаконное использование права» заключает в себе противоречие. Сказать, что злоупотребляют своим правом, это значит сказать, что выходят за пределы права, чем, конечно, действую, но имея на то права». Там, где ищется злоупотребление, право кончается». Следовательно, не может быть незаконного пользования правом, а только могут быть совершены действия без соответствующего права. Осуществление права никогда не может быть источником ответственности.

Это не верно. Мы очень хорошо понимаем противозаконное пользование (злоупотребление) правом, наряду с добрым, совершенным без права. Собственник может устроить на своем участке какой-либо заводчик (Etablissement); если он это делает, он здесь осуществляет свое право, не выходя за его пределы. Но в этом может быть злоупотребление правом, если он совершает действия вопреки социальной цели. Тогда будет, конечно, ответственность при осуществлении права.

В основе этот спор не имеет практического значения, потому что все авторы сходятся на том, чтобы одобрить решения судебной практики, но он имеет значение с теоретической точки зрения, потому что влияет на само понимание права.

Акт злоупотребления противопоставляется таким образом, как полагал Жессаран, действительному действию и действию, составляющему предметом границ права.

Некоторые авторы предлагали другой критерий, менее надежный — измерение вреда, ссылаясь при этом на поговорку «*Il faut se habiller sans se faire de mal*» (не следует относиться снисходительно к своим антам). Но установить это измерение трудно; нужно будет доказать, что действия было совершено единственно с намерением причинить вред. Фактически, чтобы доказать намерение, придется опять вернуться к критерию нормальности или ненормальности действия. Намерение вредить может служить показателем злоупотребления; но тут есть и другие показатели — этический аспект и осуществление права, отсутствие законного интереса и пр.

Суды на практике много раз применяли теорию злоупотребления правом. Мы возьмем только несколько примеров (см. для полного изучения судебной практики Жессаран, цит. соч.).

Право на стачку было признано за рабочими законом 25 мая 1894 г., но с тем же определением и целью — позволить владельцу свои экономические интересы. Если они пользуются стачкой для другой цели, тогда наступит злоупотребление правом*. Таким образом, стачка, направленная на то, чтобы добыть

ся удовлетворения рабочего — на члена профессии составляет нарушение свободы труда. Рабочий получил возможность предъявить иск о возмещении убытков против устроителей стачки (Касс., 22 июля 1892, D. 92. 1. 449, закл. Courat, Lyon, 2 марта 1894, D. 94. 2. 305; Гранд., 9 июля 1896, D. 96. 1. 582, закл. Desjardins).

Равным образом, выдвигались решения, что третьи лица имеют право вмешиваться в стачку; но они не должны пользоваться этим правом для того, чтобы отклонить стачку от ее законной цели¹. В противном случае они обязаны возместить вред (дело Бюкье против Жореса, в стачке de la Verrerie de Carmaux, Касс., 22 июля 1897, S. 93. 1. 17, D. 97. 1. 537, поясн. энци. Dupont).

Осуществление псков и суде. Каждый имеет право предъявить иск, чтобы добиться признания своего права, а также защищаться на суде, чтобы отклонить претензию, которую действительно считает плохо обоснованной. Но то, что предъявляет иск или возражает против исна без серьезного в том интереса, по склонности к шикане, чтобы вынудить своего противника на хлопоты или издержки, или также вследствие неосторожности или грубой ошибки, осуществляет право на иск не в соответствии с целью этого права, а будет обязан возместить ущерб своему противнику (Касс., 3 июля 1895, S. 95. 1. 344, 6 ноября 1900, D. 1901. 1. 42; Кам. касс. жал., 7 мая 1924, S. 1925. 1. 27, поясн. зам. Brèthe²).

Злоупотребление правом собственности. Даже при осуществлении права собственности, наиболее абсолютного из всех, может идти речь о злоупотреблении. Судебная практика признает, что независимо от легальности сервитута, установленных точными предписаниями закона, осуществление права собственности подложит ограничениям в интересе соседей. Она не допускает осуществления каверзного или ненормального (см. Капитан, Обязательства соседства, Rev. стр. 1900; Ривар, ранее цитир. диссертации, 1901; Готье, Ограничения, внесенные путем судебного толкования в право собственности, Париж. дисс., 1902). Вред, причиненный дымом завода, может obligать собственника и возмещению (Кам. касс. жал., 3 января 1887, D. 88. 1. 39)³. Точно так же является злоупотреблением правом собственности устройство предприятий, спо-

¹ Иногда по этому вопросу отмечали различие в практике Кам. касс. жал. и Гранд. палаты: Гранд. палата взыскала возмещение или убыток, а Кам. касс. жал. довольствовалась простой иски (см. доклад Lepelletier, D. 84. 1. 437). По существу, эта противоположность возможна при условии (см. Жессаран, цит. соч., том. 60).

² Ср. дело Клемента Байар: Trib. civ. Compiègne, 19 февраля, 1912, D. 1913. 2. 177, поясн. замеч. Жессаран; Amiens, 12 ноября 1913, в Кам. касс. жал., 8 августа 1915, D. 1917. 1. 79. [Ср. еще H. et L. Mazeaud, цит. соч., т. 1, 459]. По существу, Кам. касс. жал. не меняла своей практики, придерживаясь и формулы Гранд. палаты 17 января 1893 (D. 93, стр. 116 в поясн. энци. Жессаран и D. 1934. 1. 49).

* В означенном вопросе применяется теория вреда интереса буржуазии — Промышленники и предприниматели.

Во всяком случае, принцип полного удовлетворения подлежит должному ограничению:

а) Если потерпевший несет долю ответственности, она будет распределена между ним и причинителем вреда.

б) Вред может состоять из позитивных элементов, прямых плодотворных действий (раны, удары и т. п.), и трудоспособности и негативных моментов (упущенно заключенная выгода), однако, страдало имущество вследствие плохого ухода за имуществом, а также вследствие за это последствие возникнет только в той мере, в какой его действию опалелась прочной этих последствий, но не в той части, в которой для того, чтобы их избежать, и его действия должны были присоединиться другие действия. Но присоединение этих посторонних факторов будет иметь все больше и больше значения по мере того, как рассматриваемые последствия будут менее прямыми. Отсюда — прогрессивное уменьшение ответственности. Таким образом, когда вследствие легкой раны, которая становится из-за плохого ухода или органической болезни потерпевшего, несчастный умирает, нельзя будет на манерного рана или возложить полную ответственность.

(3) Предмет в природе вознагражден и в области контроля. Ставился вопрос, должен ли потерпевший всегда довольствоваться денежным вознаграждением или он может добиваться возмещения в натуре, когда это возможно. Судья предложил проводить следующее различие: если действие удовлетворено, можно просить удовлетворения в натуре; если имеет место злоупотребление правом, можно просить только денежного вознаграждения. От этого различия, лишнего создания основания, отказались. Во всех случаях можно требовать удовлетворения в натуре, если оно возможно (см. Ж о с о р а н, шт. соч., том. 326 и сл., и Кам. касс. жал., 3 августа 1915 г., Д. 1915. 1. 79). [Ср. еще М а з о, цит. соч., т. III, §§ 2302 и сл., Р я д о в, Возмещение за вред при деликтной ответственности, дисс., Пермь, 1933].

Отделение III

ответственность за действия другого

До сих пор мы предполагали, что ответственность была вызвана действием данного лица. Гражданский кодекс предусматривает в ст. 1384 случаи ответственности за действия другого при исключительных обстоятельствах. Текст закона ограничительный. Мы рассмотрим, какие это случаи и каково юридическое основание этой ответственности.

§ 1. Случаи ответственности за действия другого

Ст. 1384, ч. 1, перечисляет лиц, за которых возлагается ответственность.

(1) Это — прежде всего, отец и мать (ст. 1384, ч. 2) за детей или несовершеннолетних, вышедших вместе с ними. В первую очередь отвечает отец, мать — только в том случае, если нет отца, когда он умер, отсутствует или лишился разума. Эта ответственность основывается на обязанности присмотра. Она прекращается с достижением ребенком совершеннолетия или когда ребенок перестает жить с родителями. Но она не отождествляется с предоставлением лицу самостоятельности (эмансипацией), разве только предоставление самостоятельности вытекает из брака (Кам., 7 ноября 1924, Д. 1922. 1. 12, ребенок передан на некоторое время родителями третьим лицам).

Потом (Обяз., ком. 124) приравнивал к отцу и матери опекуна. Но опекуна не назван в ст. 1384, которая является ограничительной. Поэтому он будет отвечать только в некоторых исключительных случаях, когда это вытекает из специальных указаний закона (деревенские делиты, лесные, рыбная ловля, охота; см., напр., закон 15 апреля 1829, ст. 74; закон 3 мая 1844, ст. 28; Лесной кодекс, ст. 216).

(2) Наставники (ч. 4) отвечают за действия их учеников за то время, пока те находятся под их надзором.

Закон 20 июля 1899 г. поставил на место гражданской ответственности наставников, работающих по народному просвещению, ответственность государства*. В отличие от обычных наставников, эти последние не могут выбирать своих учеников, помещать персонал; следовательно, справедливо освободить их от этой ответственности. Эта идея была осуществлена в деле Лебан (Пермь, 31 мая 1892 г., S. 99. 2. 133). Ник потерпевшего будет осуществлен против государства, которое отвечает по закону. Государство само имеет иск к наставнику, если может установить его ответственность.

Закон оставил под действием старого постановления частных учителей Ком. о применении закона 1899 г., Кам., 11 августа 1905, S. 1905. 1. 429; 24 февраля 1909, Gaz. Trib. 1909, 2-е сем. 1. 115; Кам. касс. жал., 19 мая 1909, S. 1911. 1. 449, посп. замеч. Шлегель, кам. касс. жал., 10 июня 1942, Д. 1945. 1. 54; Гражд. 24 января 1913, Д. 1913. 1. 9; 1 февраля 1933, В. hebbl., 1933, стр. 162).

[Закон 6 апреля 1937 г.** Закон 6 апреля 1937 г. в форме изменил режим ответственности наставников и вообще работников в области народного просвещения.

* Постановлением 20 июля 1899 г. отменено 6 апреля 1937 г. — Прямое и переводчика.

** В оригинале помещено в конце книги в качестве приложения. — Прямое и переводчика.

на возмещали поручения (см. в Rev. trim. 1909, стр. 893, много-численные примеры из судебной практики).

Во всех этих случаях лица, признанные ответственными за дея-ния другого, имеют все в совершившему действию (Kass. 24 фев-рала 1894, S. 86. I. 460). Но этот как будет часто иллюзорным возмещением неадекватности лица, на которое возложено поручение.

§ 2. Юридическое основание

Традиционная теория (см. Понтиль, *Repr. de fait d'autrui*, Rev. trim. 1909) объясняет различие ответственности этих различ-ных категорий лиц.

Три верных — отец и мать, наставники, ремесленники — рас-сматриваются законом, как лица, обязанные иметь наблюдение. Если ребенок причинит вред, предполагается недостаточное наблюдение родителей, которым объясняется их ответственность.

Хозяева и лица, давшие поручение, обязаны на другого наблюдать. Они должны тщательно выбирать своих слуг, служащих или рабочих. Если эти последние причиняют вред, предпола-гается плохой выбор, — *culpa in eligendo* (вина в выборе), а не толь-ко недостаточное наблюдение (см. Э о и р-э, т. XIII, стр. 24—25 и стр. 43).

Этим различием законом двух категорий случаев пытаются объяснить очень важное практическое различие их регламента-ции в законах.

Лица, которые отвечают только ввиду презумпции недостат-ка наблюдения, могут защищаться против иска об ответственности, доказав, что на самом деле они выполняли эту свою обязан-ность, но что для них было невозможно помешать наступлению вреда (ст. 1384, ч. 7. Кам. касс. ж.-д., 31 октября 1921, D. 4932. I. 12). Наоборот, лица, отвечающие на основании плохого выбо-ра исполнителя поручения, не могут защищаться против иска об ответственности. Это решение, основывающееся теперь на умол-чении ст. 1384 в конце, было принято уже в старом праве (П о т ь е, *Responsabilité*, том. 463). Хозяин отвечал, причем доказательство вредителя было невозможно.

Тут же заметна, что почитаемая таким образом система не являлась. Если спору дано основание ответственности, следовало бы допустить доказательство противного в обоих случаях; толь-ко из доказательств вина бы во втором случае другой предмет — следовательно в первом; нужно было бы доказать, что не было действительной вины в выборе слуг или лица, которому дано поручение (ст. 831 германского гражданского уложения и ст. 51 французского гражданского кодекса).

Объяснительная теория позволяет притя и более удовлетвора-тельному решению. Она воспринимает то же различие, но истол-ковывает его иначе.

В первом случае, принимая на себя руководство делом, при-нимает риск за его действительность. Этим становится возможной причиной вреда. Отсюда ответственность, которая вовсе не осно-вывается на идее вины. Действие другого лица превращается в личному действию данного лица. Но это превращение должно отступить в отношении действий, которые нельзя было помешать, потому что тогда нельзя применить идею возможной причинности. Этим объясняется освобождение от ответственности посредством доказательства, что нельзя было помешать действию. Это объяс-нение очень хорошо соответствует тексту ст. 1384.

В отношении холмов в лиц, возлагавших поручения на дру-гих, ответственность объясняется иначе. Идея основания та же самая, какая объясняет теорию профессионального риска предпри-ятий. Хозяева извлекают выгоду из хозяйственной деятельности слуг или рабочих. Они должны в обратном нести тяжесть вреда, причиненного этой деятельностью. Уби опол-ченцами, иби овец (где выгода, там и бременение). Риск вреда, причиненного предприятием, есть один на шансов невыгод, которые должен нести предприниматель, как обратную сторону шансов на прибыль.

И этим очень хорошо объясняются две особенности этого учения: 1) хозяин отвечает только за действия, совершенные при во-полнении возложенных на лицо обязанностей, потому что только от этих действий он может получить прибыль; 2) ответственность не допускает доказательства противного, потому что даже если не было *culpa in eligendo* (вина в выборе), хозяин, получивший выгоду от деятельности служащего, должен нести риск этой дея-тельности¹.

Эти идеи чужды редакторам кодекса (ср. П о т ь е, *Обязатель-ства*, том. 121). Но оказывается, что они лучше согласуются с решениями закона, чем традиционные идеи.

Специальные случаи ответственности за другого установлены различными законами (общими — закон 5 апреля 1884, ст. 106; содержатели постоялых дворов и гостиниц — ст. 73 угод. код., с изменениями по закону 16 апреля 1914 г.; сельская страна — ве-рон 6 октября 1791 г., т. 1, отдел. VII, стр. 7)².

¹ (По этому вопросу об основании ответственности лица, давшего поручение, ср. H. et L. M a z o u d, *rev. doc.*, т. 1, § 938 и сл.; D a l l a n, *La notion de préposé dans l'article 1384 C. c.*, *disc.* Пуарье, 1927; J a c q u e s P l a n c, *Les rapports de commettant à préposé*, *disc.* Кан, 1893. P. Еммеа, *Responsabilité civile du commettant*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, стр. 124 сл.; *noves. avoc.* А н д р е Б о с с о н и *responsabilité civile du juge*, 29 июля 1927 г. в D. P. 1928. 3. 13).

² (Ст. 8) против франко-итальянского обязательства отвечать за действия исполнителя. Хозяева и работодатели на другого поручение отвечают за вред, причиненный незлоумышленным действием их слуг и лиц, возлагавших на поручения, при исполнении возложенных на них обязанностей. Вследствие обязательственной теории права систему с возложением ответственности на исполнителя возлагавшего поручение основывается то же преимущество эле-ментарного выбора, то же отношение возложения. В первом случае об ответствен-

ответственность за вред, причиненный животными или неодушевленными предметами¹

В кодексе нет построения общей теории. Текст закона предусматривает два специальных случая: вред, причиненный животными (ст. 1385), и вред, причиненный строениями (ст. 1386). Намек на более широкий случай находится в ст. 1384, ч. 1 в конце, говорящей «в лесах, находящихся под надзором леса». Помимо этих трех случаев, закон молчит. Итак, мы должны будем изучать в трех параграфах: вред, причиненный животными, вред, причиненный строениями, и вред, причиненный лесами, находящимся под охраной леса. Затем в двух дополнениях мы рассмотрим вопрос о вреде, причиненном в случае пожара, и некоторые специальные законы.

§ 1. Вред, причиненный животными (ст. 1385)

Согласно ст. 1385 собственник животного или тот, кто им пользуется, отвечает за вред, причиненный животным, которое находилось под его надзором или которое заблудилось или убежало.

По традиционной теории эта ответственность объясняется презумпцией вины, недостатком наблюдения со стороны собственника или поклачевачи. По объективной теории здесь усматривают риск, составляющий выгоду, которую получают от пользования. Это — частный случай общего положения об ответственности за вред, причиненный лесами.

Текст закона признает ответственным «собственника или того, кто пользуется животным». Это понятие пользователя — скорее фактическое, чем юридическое; под этим разумеют того, кто, не будучи собственником, *использует животное для своей выгоды*: ухаживатель, фермер, наемщик и пр. (см. поясн. замеч. Жэбб, S. 86, 2. 97). Сюда не подходит лицо, на которого возложено пользование, для которого животное не служит источником личной выгоды (пастух, кучер). Ответственность за вред падает

посты может быть роль только тогда, если человек был обратен к непрофессионалу (ст. 134 § 2) и затем, когда применяется презумпция, не можно устранить доказательство, что никакой вины в выборе не было допущено (ст. 144, § 1). Назборот, ответственность терала также, когда она вытекает из обязательства. Возникший из другого поручения не может освобождать от ответственности, раз только вред причинен подвигством ему лицом при исполнении обязанностей на него обязанностей (ст. 145) Намек бы на было освобождение ответственности, лицо, отвечающее за действия другого, имеет не и притомство чужого, или которого держала (ст. 147).

* * * Souchet. Rev. Dém. 1923, стр. 23 ст.; Mазеаод. La faute dans la responsabilité de fait des choses, Rec. D. 1927 и наш обзор в Rev. Dém. Soc., t. II, § 1068 et.).

в этом случае на собственника или пользователя (Alger, 18 января 1899, D. 1901. 2. 14).

Этот последнее решение достаточно трудно объяснить на классическому учению. На лице, которому дано пользование, лежит обязанность наблюдения. Следовательно, оно, а не собственник или пользователь, должно бы презюмироваться виновным. Кажется, что это решение, принимаемое одинако всюду, содержит признание идеи ответственности, связанной с правом собственности или с правом пользования. Точно так же ряд решений кассационного суда (11 марта, 29 мая, 2 июля 1902, S. 1902. 1. 309 и 448; 2 мая 1911, S. 1913. 1. 11) признал, что в случае причинения вреда животным представителю и нему сторожу, собственник животного отвечает за вред, даже независимо от доказательства его вины. Этого нельзя оправдать идею недостатка наблюдения, так как собственник *вышел из наблюдения* позволил на пользование. Здесь можно сослаться только на идею ответственности, связанной с правом собственности (см., впрочем, Кам. касс. жем., 30 декабря 1907, S. 1909. 1. 377, поясн. зам. S i a g n o i t; присоедините — поясн. зам. P a t r o u, S. 1902. 2. 217).

Ответственность возникает в результате действия каждого животного, составляющего предмет права собственности или пользования, идет ли дело о домашних животных или даже диких, если они захвачены в собственность или составляют предмет пользования, каковы животные в зверинце, пчелы на пчельнике, птицы в садке для кроликов (об этом последнем случае см. Касс. 29 октября 1889, S. 90. 1. 53).

Но это не относится к дикам животным, не составляющим предмет собственности, на предмета пользования, даже если они живут обычно на земле определенного собственника — паша, паша, паша в лесу, кролики, не попавшие в садок. Собственник за них не отвечает, разве только он своим действием благоприятствовал их размножению, например, разведением дичи или неосторожным загонем. Тогда он будет отвечать не в силу ст. 1385, но за свое личное действие (см. среди решений очень обильная судебной практики, Касс. 21 октября 1895, S. 95. 1. 12; Гранд. 23 декабря 1917, D. 1917. 1. 208. Присоедините к этому ст. ст. 1, 4, 7 закона 4 апреля 1889 г. о сельскохозяйственном кодексе в закон 12 июля 1893, ст. 16).

Лица, отвечающие по ст. 1385, могут быть не об ответственности, доказав, что вред в действительности причинен непреодолимой или случаям — освобожденной силы. Точно также требуемого доказательства вины. По классическому учению *достаточно доказать, что не было упущения в наблюдении* (P a n t o l e и P a n a r, цит. соч., т. II, ном. 920). Другие авторы требуют прямого доказывания основания, к которому не имеет отношения собственник животного (Обри и Ро, т. VI § 445, ном. 10. Для более углубленного изучения этого вопроса — см. Souchet, цит. соч.). В том же смысле *достаточно доказать*

(Насе. гражд., 23 ноября 1904, S. 1906, 1. 488; Кам. насе. жал., 10 марта 1924, D. 1925, 1. 49 и поясн. зам. Саватью); это решение вытекает и из областной теории¹.

§ 2. Вред, причиняемый строением (ст. 1336)

Ст. 1336 делает собственника строения ответственным за ущерб, причиняемый его разрушением, если разрушение произошло вследствие недостаточности ремонта или вследствие неправоильной постройки. Это постановление исходит из *Dominus* (Гражданские законы, кн. II, т. VIII, ст. 3). Эта норма ограничительна: авторитетные примеры демонстрируют, что здесь дело идет только о постройках в строениях оштукатуренных, каменных подвалах, а также вред от буксировки тележек, казавшийся под водой этой статье вред, причиняемый иппогризами.

В известную эпоху судебная практика распространила эту статью на машины, укрепленные на земле, недвижимые по своему назначению (Насе., 19 апреля 1887, S. 87, 1. 247; Кам. насе. жал., 22 марта 1897, S. 93, 1. 65, поясн. замеч. Эмена), на обвалы земли или на падение деревьев (Париж, 20 августа 1877, S. 78, 1. 48; Гренобль, 4 февраля 1892, S. 93, 2. 295). Но затем она вернулась к более ограничительной тенденции (ср. поясн. замеч. де-Мостра к S. 1925, 1. 413 и его подробное изложение в *Revue critique*, 1925, стр. 333 сл., *Responsabilité des propriétaires d'arbres en raison des dommages causés aux réseaux d'électricité*). Эта тенденция ограничить применение ст. 1336 не имеет большого значения после развития современной судебной практики, относящейся к области применения ст. 1384. Эта последняя статья применяется теперь в несомненных случаях с выходящими на горы (Кам. насе. жал., 6 марта 1923, S. 1928, 1. 228, объяснение Гюго-

¹ Ст. 51 проекта франко-итальянского обязательственного кодекса содержит следующие слова в значении: «Собственник животного или тот, кто им пользуется, за вред, причиненный от него, отвечает за вред, причиненный животным, безразлично, было ли оно под его иль бездельем и можно ли было избежать наступления вреда или избежать его, за исключением лишь тех случаев, когда доказано, что несчастный случай произошел по вине потерпевшего или вследствие действия третьего лица или вследствие случая — чуждого виновности самого». —

Этакая обязанность отвечать более устанавливает более сложный режим, чем ст. 1336, и более строгий и более строгий для наблюдателя за исполнением ее, следовательно, она не нуждается в объяснении, доказано, что животное виновно, или нет, или нет, или нет, за вред, который он причинил. Но ст. 149 позволяет возложить на это лицо ответственность за вред, когда оно представило доказательства противности действия ст. 148. Однако когда собственник животного или тот, кто им пользуется, не отвечает в силу предыдущей статьи за вред, причиненный животным, третьим лицом, применяя во внимание обстоятельства дела, и следовательно, ответственность возложена потерпевшего и собственника животного или того, кто им пользуется, — обязан, этот лиц возместить потерпевшему или третьему вред, если это требует справедливости»].

вред; такая статья Magnin, *La responsabilité du dommage causé par les animaux et l'art.*, 1384 C. civ., *Rev. trim.*, 1930, стр. 1 (ср. также и случаи причинения ущерба падением деревьев, Гренобль, 11 июня 1936, *Gaz. Pal.*, 1936, 1. 265).

Этот совсем частное постановление кажется хорошо обоснованным абсолютной специальными причинами. В случаях, с которыми мы встречались до сих пор, было возможно объяснить ответственность презумпцией вины. Здесь же ответственность не зависит от идеи вины. Презумпция вины бы была понята в случае вреда от недостаточности ремонта; но ее нельзя понять в случае плохой постройки, которая может быть без вины собственника, во вине подрядчика или архитектора. Однако, собственники отвечают, причем не может ссылаться на то, что не знал недостатков в постройке и не мог помешать наступлению несчастия (Гренобль, 19 апреля 1887, S. 87, 1. 247; Кам. насе. жал., 20 июля 1909, S. 1930, 1. 446). Он будет только иметь иск к подрядчику или архитектору (ст. 1792).

Единственно возможное объяснение это — считать эту ответственность связанной с правом собственности. Это — обременение, возложенное на собственника строения независимо от воли и вины с его стороны, и мы увидим, как некоторые современные авторы хотели обобщить это решение. Впрочем, Colin et Capitant пытались объяснить эту статью законом идей наказания. «Здесь презумпция вины, не допускающая доказательств противного» (цит. соч., т. II, § 26). Это — ответственность за вещи, находящиеся под наблюдением лица, которую мы должны теперь рассмотреть¹.

§ 3. Вред, причиняемый вещами, находящимися под надзором лица (ст. 1384, ч. 1)

«Ответственность возникает не только за ущерб, который кто-либо причинил своим действием, но и за ущерб, который причинен вещами, которые находятся под его надзором».

Это постановление как бы затерялось среди текстов, относящихся к ответственности за действия другого. Долгое время оно оставалось незамеченным. Затем оно получило большое значение в новейших учениях, старавшихся обосновать текстами закона общую ответственность, не зависящую от идеи вины. Прямая пассивного суда и свою очередь овладела этим постановлением.

В действительности, по мысли авторов статьи, ее значение ограничительное. Это видно из вышесказанного этим постановлением места. По мысли редакторов, эта статья провозглашает здесь, как

¹ Ст. 83 проекта франко-итальянского в ст. 151 полного обязательственного кодекса содержит следующие положения:

² (Ср. для подробной библиографии H. et L. Metzger иб. *op. cit.*, т. II, § 1128; *Planiol et Ripert*, *Traité pratique de droit civil*, т. VI, при устье Esmein, § 612 (2).

т в области ответственности за деяние другого, презумпцию по-
стоянно надзора, следовательно, презумпцию первоначаль-
но индивидуальную, основанную на определении первоначаль-
но личной ответственности, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.

Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.
Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.
Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.

Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.
Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.

Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.
Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.

Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.
Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.

Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.
Этим разнотипным основанием определяется первоначаль-
но личная ответственность, которую он предусматрива-
ет, включая только случаи, когда на лицо возлагается надзор за вещью.

торонней причины, причем это ограничение применялось только
в случае вреда, причиненного недостатком вещи, но не дей-
ствием человека (Кам. васс. васс., 19 января 1914, D. 1914. 1. 303).
Немного позднее строгость возросла: допустима ответственность,
связанную прямо с надзором за вещью, так что не стало необхо-
димо, чтобы эта вещь была собственностью потерпевшего (Гражд.
16 ноября 1930, распространение пожара, S. 1922. 1. 97, поясн.
зам. Демени; решение, которое послужило материалом для
закона 7 ноября 1922 см. ниже, стр. 246).

В новую стадию вопрос вошел в связи с несчастными случаями
с автомобилями (Гражд. 21 февраля 1927, дело Jandheur, S. 1927.
1. 137; поясн. зам. Демени, D. 1927. 1. 97, поясн. зам. Ри-
пара; Гражд., 29 июля и 26 октября 1927, S. 1923. 1. 89, поясн.
зам. Демени). Военная опасная вещь делает необходимым надзор,
и влечет ответственность надзирателя при наступлении несчаст-
ного случая, причем невозможно доказательство для освобожде-
ния от ответственности, кроме доказательства причины вреда, по-
сторонней для данной вещи.

Это распространение понятия вины было таково, что пришла
как раз к применению выводов объективной теории, по крайней
мере, в отношении опасных вещей (см. ранее цитиров. статью Rev.
trim. 1927, стр. 893 и сл.). Апелляционные суды пытались проти-
виться этому расширению ответственности (Лион, 7 июля 1927,
S. 1927. 2. 106, дело Jandheur). Но решение содвинутых вала
13 февраля 1930 г., совсем не склонное следовать по этому пути,
по говорит более об опасной вещи (D. P. 19.0. 1. 97, поясн.
зам. Рипара и заключение генерального прокурора Matier).

Презумпция ответственности, которую это решение призна-
ет против лица, под надзором которого находится вещь, касает-
ся всех вещей, каковы бы они ни были, опасны или нет, движимы
или недвижимы, оговорной, сдвинутой в законе 7 нояб-
ря 1922 г. (см. ниже, стр. 246). Таким образом, решение соеди-
ненных владет владет волею контроверзе, возникшей относительно
значения применения ст. 1384, формулой, имевшей весьма ши-
рокую сферу применения: но отходя от классического по-
нятия вины и исходя из понятия надзора, кассационный суд
санкционирует р. шенне, которое с экономической точки зрения при-
водит к результатам, которые можно сравнить с теми, какие по-
лучаются при теории риска. Лицо, под надзором которого нахо-
дится вещь, для того, чтобы сложить с себя ответственность, должно
доказать, что исключительной причиной несчастного случая
является вина потерпевшего или третьего лица, случай или по-
преодолимая сила¹.

¹ Прест. франко-итальянского обязательства возмещает вред
пострадавшему, которое общим характером своих операций дает повод для
возникновения ответственности, как ст. 1384 § 1 (ст. 82) возмещает за вред, причинен-
ный вещами, находящимися под надзором данных лиц, кроме тех случаев,

Помимо этого принципиального вопроса, толкование ст. 1384 вышло много затруднений в деталях применения.

а) Сравнивая ст. 1384 с законом, перевозимое без водителя, воспользоваться против перевозчика ст. 1384? Историческим отрицательный ответ на вопрос, потому что перевозчик считается принявшим на себя риск перевозки тем, чем он участвует в перевозке вещей: он может сослаться только на силу перевозчика по ст. 1362 (ср. гражд., 27 марта 1928 г., D. P. 1928. 1. 145, замеч. Рипера, S. 1928. 1. 353, поясн. Жене).

б) Возникает еще вопрос, по поводу случая кражи автомобиля, кто должен считаться ответственным по ст. 1384 за вред, причиненный машиной: собственник, или хозяин в более общей форме тот, на ком лежит надзор за машиной в момент кражи? или, наоборот, вор?

3 марта 1936 г. гражданская палата признала собственника ответственным по ст. 1384, так как кража автомобиля, оставленного на общественной дороге, не составляет, сама по себе и при отсутствии других обстоятельств, случая или непреодолимой силы (D. P. 1936. 1. 81, поясн. зам. Анри Кавитана. Ср. еще по этому предмету хроника Жюмэрана в D. hebд., 1936, Хроника, пом. 19, стр. 37 са.)^{*}

Возникает, что вред причинен не актом виновного или действиям третьего лица или случайю либо вследствие непреодолимой силы).

Решатели обязательственного кодекса Польской республики признали решение более позитивное, ибо вообще освобождение от доказательств вещи устанавливается только в пользу тех, кто потерпел ущерб, вследствие ее употребления естественных сил собственности или промышленной предпринимательства. Это выражение подразумевает «вещи, являющиеся самостоятельным объектом деятельности силы», которыми перевозчик «часть французские» ученых пришлось ограничить применение ст. 1384.

Ст. 153 признает это правило и транспортным механизмом, приводимым в движение посредством сил природы и считает ответственным собственника или же, кто был привлечен за свой счет в риск, а не за счет собственности.

Приме случаи действия сил природы, применяются общие правила, и перевозчик должен доказать вину. Иначе бывает только в исключительном случае, когда имеет место освобождение от ответственности со ст. 1364 ст. 150 кодекса. Освобождение от ответственности относится за вред, причиненный выбором или действием предмета из этого помещения, если только он не является, что является случай является следствием непреодолимой силы или вследствие или действия сил природы третьего лица, за которое он не отвечает и действие которых не было было предотвращено (ср. в частности в хронике и в других статьях, кроме того упомянутого председателя Анри Кавитана, лит. соч., стр. X11—XIV, указ Анри Мазо, опубликованный в *Revue de la Loi de l'Édition comparée*, 1933—1934, стр. 193 сл.).

Ст. 154, § 2 исключает обязательственного владельца санкционирует это правило: «В случае вред, причиненного актом, перевозчиком из освобождения, освобождение лишь случается только в отношении с общими принципами».

Статья 154, § 2 исключает обязательственного владельца санкционирует это правило: «В случае вред, причиненного актом, перевозчиком из освобождения, освобождение лишь случается только в отношении с общими принципами».

По поводу ответственности собственника угнанного автомобиля^{*}, ссылка на дело, по которому гражданская палата признала ответственным в силу ст. 1384 даже в случае кражи, суд Безингола высказался в противоположном смысле и освободил собственника от ответственности, 25 февраля 1937 г. (D. hebд., 1937, стр. 183), совершенно так же, как и суд Нанси 10 июля 1931 г. (D. P. 1936. 1. 83, под ранее цитированным решением гражданской палаты 3 марта 1936 г., с пояснительным замечанием Анри Кавитана).

е) Случай столкновения экипажей является еще контроверсам. В подобном случае находит одна из сторон презумпция ответственности. Гражданская палата установила систему, разрешающую эту проблему посредством интерпретации презумпции (20 марта 1933, D. P. 1933. 1. 57, поясн. замеч. Саватье, 1933. 1. 257, поясн. замеч. Анри Мазо; 3 я 22 января 1934 г., D. P. 1934. 1. 30, поясн. замеч. Саватье).

Но этим еще не исключена всякая дискуссия. Достаточно спросить себя, следует ли обе презумпции применять отдельно, причем каждый из тех, на ком лежит надзор, должен проявить на себя возмещение вреда, понесенного другим, или если, наоборот, должна быть образована общая масса, то ее распределение должно ли быть сделано пополам, или даже более сложным способом, считаясь, в частности, с более или менее опасным характером столкнувшихся экипажей (ср. Н. и L. Mazeaud, лит. соч., т. II, 1530 сл.; P. Pigny, *Essai sur la responsabilité qui résulte des collisions de véhicules*, диссерт. Гренобль, 1933)¹.

Приложения. I. Распространение пожара. Остаются ли применимы при причинении вреда распространением пожара принципы, относящиеся к ответственности за вред, причиненный вещами? Если огонь с движимого или недвижимого имущества переключается на вещь, принадлежащую третьему лицу, как будет регулироваться ответственность?

Нужно оставить в стороне случай ответственности владельца за пожар убитого дома, регулируемый специальными нормами (ст. 1733—1734), с которыми мы встретимся в дальнейшем. Здесь мы предполагаем, что потерпевшее третье лицо не связано договором найма с держателем вещи.

Поэтому, следует признать неприменимыми правила, изложенные выше. Вред причинен не вещью, а фактом пожара. Поэтому нужно оставить в стороне теорию ответственности за вред, причиненный вещами, как субъективную, так и объективную.

* В оригинале — помещено в конце книги в качестве приложения — Примечание переводчика.

1 Ст. 154, § 1 польского кодекса утратил здесь применение ответственности: «В случае столкновения механических транспортных средств, лиц, ответственных по предыдущей статье, могут взаимно претендовать на возмещение вреда, понесенного фактом столкновения, только в отношении с общими принципами».

зачем здесь нет в действительном смысле ни презумпции вины, ни риска, связанного с правом собственности. Следовательно, нужно будет доказать, что причину вреда можно прямо отнести ответчику, по примеру статей 1382—1383.

Судебная практика давно признала это решение (см. в отношении пожара, произошедшего с недвижимостью: Касс., 13 июля 1903, D. 1903, I. 507, который оставляет в стороне ст. 1380; в отношении пожара, произошедшего с движимостью: Париж, 23 марта 1911, S. 1911, 2. 302, который отходит от ст. 1384). Но с этим принципом находится в противоречии решение гражданской палаты 6 ноября 1920 (S. 1922, I. 97, D. 1921, I. 169). Пожар, возникший в древесной смоле, сложенной для перевозки, вспыхнул в пристани винной компании и перекинулся в соседям; компания была признана ответственной за вещи, находившиеся под ее надзором, в силу ст. 1384.

Решение привлекло к себе внимание. Страховые компании, опасаясь увеличения риска, объявили об увеличении страховых премий. Отсюда два проекта закона, чтобы устранить решение высшестоящего суда. Они были соединены в один в ходе подготовительных работ и стали законом 7 ноября 1922 г. (Rev. lég., 1922, стр. 713 и 966). Новый закон дополнил первую часть ст. 1384 следующим постановлением: «Однако тот, у кого находится, по какому бы то ни было основанию, целиком или в части, недвижимое или движимое имущество, в которых возник пожар, является ответственным перед третьими лицами за ущерб, причиненный этим пожаром, лишь в том случае, если доказано, что пожар обусловлен его виной или виной лиц, за которых он является ответственным». Продолжение текста оговаривает, однако, применение статей 1733 и 1734 в отношениях между нанимателем и собственником (см. Besson, Le recours des voisins en cas d'incendie et la loi du 7 nov. 1922, Rev. cit., 1927).

Законодатель закона теоретически очень спрессован. Это — закон, предусматривающий узкий круг отношений (только случай пожара). Закон имел целью только исключить на этот случай применение положений решения 1920 г. Он оставляет незатронутым в остальной части учение об ответственности, не желая принять участия в дискуссиях общего значения. Это вытекает из подготовительных работ и из обстоятельств редактирования закона. Этот закон, кроме того, мало изученный и слишком быстро принятый, дал место большим затруднениям в толковании (см. Париж, 19 апреля 1923, S. 23, 2. 36; Кам. касс; мал., 10 февраля 1925, D. 25, I. 97, поясн. зам. Жюссарана, Гражд., 16 июля 1925, Gaz. Pal. 1925, 2. 529; 21 декабря 1925, S. 1925, I. 354; Кам. касс. мал., 13 января 1926, D. hebdom. 1926, 65; Гражд., 23 марта 1926, D. 1926, I. 129, поясн. зам. Жюссарана).

* [1] — ст. 82 § 2 проекта французско-итальянского обязательственного кодекса с тем же специальным исключением абзаца, введенного законом 7 ноября 1922 под ст. 1384, § 1.

По последним решениям, этот закон является толкованием ст. 1384; следовательно, он применяется с обратной силой и фактам, предшествовавшим его обнародованию.

II. Специальные законы. В течение нескольких лет специальные законы уточняли некоторые решения в области ответственности.

Один — административного характера — касается ответственности государства в различных случаях. Они стараются очень четко установить объективную ответственность, но соображениям, которые, быть может, были бы связаны с судебной практикой на гражданскую сферу и которые связаны с судебной практикой на гражданскую сферу в области вреда, причиненного старым Государственным советом в области вреда, причиненного государственными работами (см. поясн. зам. Орфу, S. 1919, 3. 23 и 1923, 3. 57); закон 8 июня 1895 г. — о пересмотре уголовных процессов; 16 апреля 1914 г. заменяющий ст. 106 закона 5 апреля 1884 г. об ответственности за вред, причиненный сборщиками и мятежниками, специально в случае войны; закон 17 апреля 1919 г. и следующие за ним законы о военных убытках; закон 3 мая 1921 г. о несчастных случаях, имевших место с третьими лицами в предприятиях, работающих в интересах национальной обороны.

Другие — имеют чисто частный характер. Мы встретимся ниже с законом, касающимся несчастных случаев на работе.

Закон 31 мая 1924 г. о воздухоплавании (ст. 53) объявляет пользователя воздушного судна ответственным в силу закона за вред, причиненный лицам и имуществу, находящимся на земной поверхности и происходящий при поднятии самолета или от падения предметов, отделавшихся от него. Это — ответственность, строго объективная, которая распространяется даже на случай непреодолимой силы. Ее можно устранить или уменьшить, только доказав вину потерпевшего (ст. 53, ч. 2). Вред, причиняемый друг другу самолетами во время движения, регламентируется общим правом (ст. 53). Строгость ответственности по ст. 53 объясняется ненормальным характером риска (см. доклад Рипера в Soc. d'ét. lég., в Bull. de la Soc., 1923). Поминилили об аналогичной системе ответственности для автомобилей (см. доклад Кожея, Bull. Soc. d'ét. lég., 1907). Работа была возобновлена в 1932 г. (см. доклад Малу, Bull. Soc. d'ét. lég. 1932, стр. 73, сл., 1933, стр. 30 сл.).

Отделение V

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕСЧАСТНЫЕ СЛУЧАИ, В КОТОРЫХ ПОТЕРПЕВШИМИ ЯВЛЯЮТСЯ РАБОЧНИЕ НА ПРОИЗВОДСТВЕ

Этот случай, развивающийся с развитием промышленности все более и более частым, в течение 50 лет занимал отдельное место в научных изысканиях. Он был отправной точкой большинства новых учений об ответственности. Эти работы привели к закону 8 апреля 1898 г., который внес глубокие изменения в принципы

ответственности. До того на эти несчастные случаи отвечали по общим правилам. Но особенно с 1880 г. обратили внимание на недостаточность в этом случае классической теории.

§ 1. Положение до 1895 г.

Три системы были последовательно предложены, по мере развития, которое шло параллельно развитию учения об ответственности за неисполнение договора: эти системы сменялись попеременно с понятием деликтной ответственности, договорной ответственности, риска.

(1) Ответственность хозяина сначала была чисто деликтной или квази-деликтной. Рабочий, потерпевший при несчастном случае, должен был доказать вину хозяина. Это была чисто классическая доктрина.

Это была система французской судебной практики, по крайней мере, в принципе, с тем исключением, что ее фактически считали путем большого облегчения представлений доказательства и благодаря широкому пониманию вины, нередко почти тождественному с другим фактом. Но бремя доказательства оставалось в принципе на рабочем, а неопределенность понятия вины делала процессивными с раском (Kass., 2 декабря 1884, S. 86. 1. 367; ср. поном. ком. Дюон-Кала, S. 85. 1. 129 и заключенный Sarrail, D. 97. 1. 439).

(2) Теория договорной ответственности возникла под влиянием желания считать с рабочего бремя доказательства вины. Она была предложена Sampeleto (Responsabilité et garantie, 1884) в Бельгии и Saugot во Франции (Rev. crit. 1883).

Основная ее идея состоит в том, что в трудовом договоре есть оговорка о молчаливой гарантии, принятая хозяином и от которой получает выгоду рабочий. Первым обязуется обеспечить безопасность рабочего во время работы. Следовательно, если произошел несчастный случай, хозяин не исполнил своего обязательства: он будет отвечать, причем рабочий не обязан доказывать его вину; освобождение от ответственности хозяина сможет только доказать случай, непреодолимую силу или вину потерпевшего.

Эта система не была принята французской практикой (Rev. crit. 26 марта 1883, D. 93. 2. 256). Принята в принципе бельгийской судебной практикой (Валль. васс. 8 января 1886, S. 86. 4. 25, поном. ком. Labbé; 23 марта 1889, S. 90. 4. 17), она проводилась только во судах в городах, которые признали ее практического значения. Рабочий был обязан доказать, что хозяин допустил вину, а тем, по крайней мере, гипотезе, что рабочий должен был доказать недостаток предусмотрительности.

С тех пор времени обосновали эту систему покаялась на чужой фланк. Неправильно говорить, что условно молчаливой гарантии отвечает предосторожному намерению хозяина. Он не

выражает согласие что-либо прибавить к обязательствам, вытекающим для него из закона или общих принципов. Кроме того, размер обещанной гарантии оставался очень произвольным. С точки зрения Сепиталетта, гарантия была абсолютная: хозяин принимает рабочего в некотором роде на свою ответственность, как транспортное предприятие принимает на свою ответственность груз, который ему доверили; он должен его предоставить самому себе в хорошем состоянии. Другие говорили, что нельзя упреждать рабочего неодолеваемому предмету: у рабочего есть инициатива, которая может быть, будет причиной несчастия; гарантия должна не может простирается и на такие случаи. Таким образом, приходит к заключению, что хозяин обещает только принять меры предосторожности для предупреждения несчастных случаев, связанных с характером предприятия, и этим уменьшает выгоды, которые должны были следовать для рабочего из новой идеи: он должен будет доказать, по крайней мере, недостаточную осторожность. Это была теория бельгийской судебной практики. Другие авторы высказывались еще более сдержанно: с их точки зрения хозяин отвечал только за недостаток оборудования и рабочий должен был доказать такие недостатки (Deménil, S. 97. 1. 17).

Наконец, последнее неудобство: если ответственность хозяина по контракту на предполагаемом согласии воле, то противоположное согласие воле может его отменить. Можно будет исключить в трудовой договор оговорку об освобождении хозяина от ответственности при наступлении несчастного случая. Таким образом, практически выгода, представляемая этой теорией, будет утрачена.

Эта теоретическая и практическая неудача объясняет появление новых теорий, разработанных специально, имея в виду этот случай, ответственность за факт независимо от вины, и в особенности ответственность за вред, причиняемый неодолеваемыми предметами, основанная на риске. Выше мы имели случаи изучать эти теории подробно.

Они были еще недостаточны. Их нельзя было применять к несчастным случаям, являвшимся следствием работы, помимо какого-либо действия со стороны хозяина, поставленного им лица или оборудования. Возникли трудности при несчастных случаях, происходящих от машины, собственником которых хозяин не был.

Тогда прибегли к смежному понятию, выработанному экономистами, к понятию профессионального риска деятельности и риска права собственности, допуская риск предприятия. Тот, кто руководит хозяйственным предприятием, имеет в виду получить от этого выгоды, должен нести и риск предприятия, следовательно, тяжесть вреда, причиняемого предприятием. Выгода бы несправедливо возложить эту тяжесть на

рабочего, заработная плата которого, в принципе, не зависит от вида предприятия. Работник должен нести риск, который существенно ограничивает стоимость этого риска в общих интересах производства кроме покрытия его путем страхования (Chaussan, *Journal des économistes* 15 марта 1888).

Эта идея не была принята в качестве общей теории судобной практики, но она вошла в основу закона 1898 г.

§ 2. Закон 9 апреля 1898 г.

Идея законодательного изменения общих принципов в области несчастных случаев при производстве работ появилась во французском парламенте с 1880 г.; в мае было внесено законодательное предложение, известное в виду добавления к ст. 1384 новую часть, устанавливавшую презумпцию вины против хозяина, что привело к перемещению тяжести доказательства. 11 февраля 1882 г. в предложении Феликса Фора была выдвинута идея профессионального риска. Этот проект стал законом 9 апреля 1893 г., но с самого начала вызвал столько затруднений, что исполнение закона в силу было отложено до 1 июля 1896 г. После этой даты ряд законов его изменял, улучшал, распространял: закон 30 июля 1897 г., относившийся к сельскохозяйственным предприятиям в употреблении механических двигателей; закон 22 марта 1902 г., расширяющий процессуальную сторону; закон 31 марта 1905 г., исправлявший некоторые статьи закона; закон 12 апреля 1906 г., распространявший его действия на торговые предприятия; закон 18 июля 1907 г., устанавливавший для предпринимателей возможность добровольно подчиняться этому закону; закон 15 июля 1914 г. для лесных предприятий; закон 25 ноября 1916 г. — для предприятий национальной обороны; закон 25 октября 1919 г. — относительно профессиональных рабочих; закон 15 декабря 1922 г., распространявший этот закон на все сельскохозяйственные предприятия; закон 2 августа 1923 г. в отношении преемства в долевых предприятиях. Таким образом, почти все предприятия, за исключением некоторых сельскохозяйственных предприятий небольшого масштаба, были подчинены принципу закона 1898 г. Специальный режим применен к сельскохозяйственным предприятиям, пользующимся помощью государства.

Новый закон выносится на идею профессионального риска, но не детализируется применением общих принципов гражданской ответственности, а дает ей эту расширенную базу. Ответственность, возлагаемая этим законом на хозяина, темнее, чем того требует общий принцип: он отвечает в таких случаях, когда по общим принципам его следовало бы признать не несущим ответственности.

Le Poincaré et Girard, *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles*, 1924.

возможности. В ходе законодательных работ общий характер закона изменился. Он перестал быть просто законом, регламентирующим ответственность, и стал законом помощи или страхования. Это влечет за собой некоторую двусмысленность общего понятия закона (см. Lefebvre-Pigeonnière, *Rev. trim.*, 1904, p. 905).

Мы рассмотрим здесь только способ определения размера вознаграждения и случаи применения ответственности.

I. Способ определения размера вознаграждения. Здесь проявляется специальный характер закона. Вместо того, чтобы предоставить суду исчислять вред и устанавливать размер возмещения, закон сам одновременно определяет его. Это объясняется отчасти одной из характерных черт нового законодательства: оно не имеет своим предметом только регламентацию ответственности, это также закон помощи. Кроме того, другая идея объясняет этот прием: рабочий в известной мере пользуется иногда приближенности предприятия, ибо его заработная плата увеличивается, когда увеличивается производительность труда; следовательно, он должен нести долю профессионального риска; он будет иметь право только на одновременное возмещение, которое может не равняться вреду.

Поскольку возмещение основано на двух элементах: характере и продолжительности нетрудоспособности, с одной стороны, размере заработной платы рабочего, с другой стороны (ст. 3, измененная законом 31 марта 1905 г.).

Увеличение возможно, согласно специальным законам, посредством предварительных вычетов в страховой фонд.

Если утрата трудоспособности продолжается менее четырех дней, с вред не считаются. Смысл этого различают нетрудоспособность временную, нетрудоспособность постоянную частичную и постоянную полную.

Если нетрудоспособность временная, более четырех дней, возмещение за день выражается в половине заработной платы, получаемой в момент несчастного случая. Закон 1923 г. установил для сельскохозяйственной промышленности другую систему исчисления.

Постоянная частичная утрата трудоспособности дает право на пожизненную ренту, равную половине уменьшения заработной платы, вызванного несчастным случаем.

В случае смерти права пережившего супруга, детей и восходящих родственников регламентируются ст. 3, измененная законом 1905 г.

II. Случай применения ответственности. Ст. 1 признает возлагаемую ответственность за несчастный случай, наступивший вследствие исполнения работы или в связи с работой. Эти различные термины вызвали протесты из-за затруднения. Как нужно решать, если, например, рабочий, который должен быть до-

тажеден с одной корки на другую, а дороге рваной? Судебная практика в этом случае признает ответственность, если есть связь между несчастным случаем и работой. Таким образом, она допускает ответственность в случае и работой. Таким образом, она допускает ответственность в случае и работой. Таким образом, она допускает ответственность в случае и работой.

Самый несчастный случай произошел на территории фабрики, где рабочий находился без приказа, из любопытства (Траб. Сент., 29 октября 1925, S. Rec. S. 1100, 1926, том. 1355). Закон 1898 г. применялся только к профессиональным работникам, выполняющим предельно характер производства; но будущим несчастным случаем, они не влезли за собой ответственности несчастным случаем, но в силу этого закона. Этот пробел был законодательно закрыт законом 25 октября 1919 г., распространившим на профессиональных работников принципы законодательства 1898 г.

Хозяин не может освободиться от ответственности путем соглашения; великое соглашение между хозяином и рабочим, посредником исторического рабочего отказывается от своих возможных прав, инициально в силу закона (ст. 30, примененная законом 1905 г.). Впрочем, после несчастного случая некоторые подобные соглашения относительно возмещения допущены.

Но сможет ли хозяин освободиться от ответственности, представив известные доказательства? По общему закону, как и в законе, ответственность не наступает, если потерпевший — единственной причиной вреда, а если потерпевший отчасти виноват, то ответственность уменьшается.

Но закон усиливает ответственность, возложенную на хозяина. В этом случае опять закон перестает быть настоящим законом об ответственности и становится законом об обязательной помощи. Ответственность хозяина прекращается только в том случае, если рабочий намеренно вызвал несчастный случай. Но если вред причинен действием или даже неосторожностью рабочего, ответственность имеет место. Она даже не всегда уменьшается; трибуналы уполномочены уменьшать размер возмещаемого вреда только в случае грубой небрежности рабочего, называемой «незначительной небрежностью». Здесь выходят за пределы логических выводов из идеи профессионального риска (см. ст. 20).

Утверждала д'Ано (Léon Michel, Rev. crit., 1902, стр. 28), что хозяин должен отвечать за вред, причиненный во время работы вследствие непредосторожной елки или действия третьего лица. Это — крайнее толкование, исключающее формулу «финти, произошедшее не по работе или в связи с работой».

Трибуналы могут увеличить размер возмещения в случае грубой небрежности хозяина. Это — настоящий частный штраф.

Самостоятельно, закон представляет большие различия по сравнению с общим правом. Впрочем, рабочим или служащим, но они получают выгоду от закона (ст. 2), не вестя иск на основании общего закона. Такие рабочие и служащие не могут требовать доказательств виновности хозяина, в соответствии со ст. 1302, чтобы таким образом получать более значительное возмещение, чем то, которое предусмотрено ст. 3. По общему праву дана только возможность предъявить иск против третьих лиц, но предусмотренных законом, которые назвали несчастный случай (см. 7, Кам. масс. жал., 29 декабря 1925, Gaz. Parl., 10 февраля 1926).

Очень тяжелая обязанность, возложенная таким образом законом 1898 г. на французскую промышленность, смягчена страхованием. Хозяева страхуются против риска. Когда происходит несчастный случай, вознаграждение уплачивается страховой компанией за счет премий, внесенных всеми застрахованными хозяевами: это приводит к распределению риска между всеми застрахованными; это — своего рода взаимное страхование.

Впрочем, в случае неплатежеспособности хозяина или страховой компании, уплата возмещения за смерть или постоянную утрату трудоспособности обеспечивается кассой оказания помощи на случай старости. Для этого закон предусматривает (ст. 24) устройство гарантийного фонда, состоявшегося первоначально посредством дополнительных начислений и налога с капиталов промышленников или купцов, подвизавшихся риску, а теперь, в соответствии с постановлениями ст. 1 закона 30 декабря 1922 г., за счет сборов с застрахованных предпринимателей, payable с уплачиваемых премий на основании законодательства о несчастных случаях на работе, и сборов с незастрахованных предпринимателей, взимаемых с капиталов, состоятельных из возложенных на этих предпринимателей рентах платоней. Страховые компании, которым предоставлено обеспечивать риск, получают директивы и контролируются правительством (ст. 27).

РАЗДЕЛ IV
ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ИЗ ЗАКОНА

Эта — вторая источник обязательств, различаемый Потье. Закон или вводит об обязательствах, которые не вытекают из чужой волеизъявления, но которые устанавливает непосредственно закон по соображениям справедливости (ст. 1370, ч. 2 и 3).

Мы уже отметили тенденцию некоторых авторов расширить это понятие обязательства из закона. Наряду с обязательствами, установленными законодательным законом, все вообще недоговорные обязательства (как бы договоры, *relaxatio, nunc pro tunc* и т. д.), с этой точки зрения являются обязательствами из закона, потому что, если они признаются *ex imperio legis, то это происходит по воле закона* (см. Planiol, Classification des sources des obligations, Rev. crit., 1904, стр. 224 сл.). Мы видели, что это учение было крайним. Эти обязательства не имеют никакого сходства с обязательствами из закона в собственном смысле, потому что они не установлены непосредственно законом. Если предельно расширить понятие, можно было бы с таким же успехом сказать, что обязательства, возникающие из договоров, являются обязательствами из закона.

Таким образом, если понимать обязательства из закона в ограниченном смысле, то это — обязательства очень разнообразного характера: обязательства алиментирования (ст. ст. 205 сл., 206, 207, 208, 209, 2, 762, 955 и пр.) и, более общая категория — обязательства, возникающие из семейных отношений (обязательства, возникающие на основании и законных управляющих чужим имуществом).

К этому добавлены обязательства, которые по закону ограничивают волеизъявление субъектов: естественные и законные супружества, обязательства соседства. Нередко, впрочем, в этих случаях нет обязательства *stricto sensu* (в точном смысле). Это — то размытое (вообще) понятие, то обязательства *propter rem* (связанные с вещью).

Нередко эти договорные нужно связать с различными волеизъявлениями и зависимости от которых они происходят. Единственно общее значение, которое должно быть сделано здесь, сводится к тому, что эти обязательства, как по зависящие от воли и даже от действия obligated лица, относятся и на недееспособных.

Книга II

Действие обязательств

Гражданский кодекс дал нормы, относящиеся к действию обязательств, по поводу договорных обязательств. Но его постановления имеют общий характер и нужно их отделить от специальных правил, касаемых по поводу действия договоров. Мы рассмотрим вопрос о действиях обязательств в четырех главах

Глава I. Исполнение обязательств.

Глава II. Прекращение обязательств.

Глава III. Исполнение обязательств.

Глава IV. Переоформление обязательств.

ГЛАВА I

ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Существенное обстоятельство обязательства заключается в том, что оно порождает право на исполнение, санкционированное правом взыскания и исполнения. В момент, когда кредитор требует исполнения, оно может быть возможным в натуре; это будет добровольное исполнение, добровольное, если должник исполнит по своей воле и принудительное — в противном случае. В других случаях исполнение в натуре невозможно, например, если предмет обязательства погиб. За эту невозможность должник несет ответственности (вопрос о риске) или ее можно отнести на его ответственность и обязать к возмещению убытков, причиненных неисполнением. Наконец, это право исполнения обеспечено правом генерального залога кредитора и средствами обеспечения, связанными с некоторыми договорными обязательствами.

Таким образом, нам нужно будет изучить вопрос по четырем отделам: исполнение нормальное; неисполнение, за которое должник не отвечает; неисполнение, за которое должник отвечает; облик средства обеспечения исполнения.

Отделение I

НОРМАЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ

Нормальное исполнение заключается в предоставлении в натуре предмета обязательства. Именно это нужно постоянно стараться получить. Это предоставляется и состоит в том, чтобы дать, т. е. передать право собственности на вещь, сделать что-нибудь или не делать что-то.

Таким образом, нужно различать, в зависимости от характера предмета, обязательства дать, сделать, не делать. С другой стороны, в различных случаях (продажа, заем) должник связан различными и им обязательствами — обязательствам гарантии. Эти три обязательства мы должны рассмотреть в этом отделе.

§ 1. Обязательство дать

Это обязательство нужно рассмотреть отдельно в отношении вещей реальных и индивидуально определенных и отметить особенности продажи в отношении вещей.

I. Вещи, определенные родовыми признаками. Должник связан двумя обязательствами: а) он должен передать право собственности на общинные вещи, потому что договор не может сам по себе передать право собственности; б) он должен передать, т. е. передать вещь в фактическое обладание кредитора.

Если он отказывается и предоставляет, переходит к принудительному исполнению. Тогда могут представиться два случая: если кредитор имеет исполнительный документ, снабженный исполнительской формулой (например, копию судебного решения), то он прямо переходит к принудительному исполнению через судебного исполнителя. Если он же имеет исполнительского документа, в простой частный акт, он должен сначала получить против должника судебное решение о приращении. Это судебное решение составит исполнительный документ, который позволит произвести принудительное взыскание.

II. Индивидуально определенные вещи. Здесь также должник отвечает по двум обязательствам: передать право собственности и передать вещь. Только перенесение права собственности производится в силу самого закона посредством договора (ст. 1138).

Но если договор переносит право собственности, он не может произвести перенесения факта владения. Нужна будет материальная передача. Следовательно, должник обязан передать вещь и сохранить ее до передачи (ст. 1136).

Если добровольное исполнение не последует, переходит к принудительному исполнению, которое имеет предметом обеспечить передачу вещи в натуре путем вмешательства публичной силы.

Если должник нарушает свое обязательство сохранить вещь и через это делает исполнение невозможным, имеет место неисполнение, которое можно поставить в вину должнику и последствия которого мы увидим в дальнейшем.

III. Передача вещи в отношениях купли-продажи. Ст. 1140 устанавливает по этому поводу специальные правила. Цель передачи была двойная в римском и в старом французском праве: передача права собственности и передача фактического пользования. Теперь первое действие осуществляется до передачи вещи посредством самого договора, но крайней мере, если дело идет об индивидуально определенных вещах. В принципе, следовательно, цель передачи — просто передача пользования (ст. 1604).

Статьи 1605—1607 урегулировали способ, которым исполняется передача, в зависимости от того, идет ли дело о недвижимости, о движимости или о правах требования. Ст. 1605 допускает по этому поводу неточность, которая объясняется традицией; она предполагает, что обязанность предоставить недвижимость является взаимной со стороны продавца, если он передает ключи, поскольку дело идет о строении, или передает документы, устанавливающие право собственности. Передача ключей или документов в римском праве была достаточно для перенесения права собственности. Это называли символической передачей. Но

сти вещи не могут прояснить передачу пользования, пушино, кро-
ме того, являются проданные недвижимости (таже и случаях
ст. 1600, 2 и 3 части).

Ст. 1600 возлагает несомненно издержки при этом на продавца,
применяя общий принцип ст. 1248, в силу которой издержки
владельца относятся на счет должника.

Передача вещи происходит так, где *каждодельца вещь в по-*
лучит продавца (ст. 1609); такое положение получается посредством
такого же *предпологаемой воли* сторон. Если дело идет о вещи,
специальной волею признаками, причем место передачи не
указано, передача вещи происходит в местожительстве
должника (ст. 1247). Обязательство санкционировано предоставле-
нием *деуладом* смешанного веса (ст. 59, ч. 4, проп. под) или
вещи и расторжении договора по ст. 1184 (ст. ст. 1610—1611).

По статьям 1612 и 1613 передача происходит в срок, установ-
ленной соглашением, и при отсутствии прямого соглашения —
обязком. Но по общему правилу покупатель может получить
вещь, только уплатив цену: *emptor venire debet sum-*
ma (покупатель должен приходить с мешком). В противном
случае у продавца будет право задержать исполнение. Во вся-
ком случае, продавец не может задерживать передачу, если он
отказался от отсрочки платежа, кроме того, случаи, когда по-
купатель становится несостоятельным или прекращает платежи,
когда *не тогда* *покупателя* *лишается* *выгод*, означенных со-
глашением (ст. 1188), и продавец может вставить передачу вещи в
полномочия от *покупателя* *платежа*. В противном случае ему
угрожала бы опасность лишиться и вещи и цены. Впрочем, поку-
патель может потребовать *передачи* *вещи*, если идет поручитель и
он, не уплатит в срок (ст. 1613). Специальные правила на слу-
чай несостоятельности предусмотрены *статьями* 437 и са. тор-
гового устава.

Статьи 1614 и 1615 определяют, в каком состоянии должна
быть передана продавцом вещь.

Когда в договоре указано, в каком виде *должна* *быть* *переда-*
на *предмет* *вещи*, продавец обязан гарантировать, чтобы вещь
имела ту же (ст. ст. 1616—1623, *предельно* *различно*, и *записи-*
мости *от* *того*, *каким* *место* *продажа* *недвижимости* *с* *указанием*
вспомогательств — ст. ст. 1617—1618, *или* *другого* *содержания*, ст. ст.
1619—1620). Но правило очень чисто устраняют применение
этих статей, исключая отсрочку о том, что *продажа* *со-*
держания *без* *гарантии*, что вещь имеет определенную вид.

§ 2. Обязательство совершить или не совершить какое-либо
действие

Таким образом, обязательство *позитивного*, *рабочего*,
или *негативного*. Оно может возникнуть из договора, как бы
он ни назывался (купли или аренды). Обязательством по

делать будет, например, обязательство не возводить строения, в
тех случаях, когда не устанавливается *исключительное* *обременение*,
настоящий *сервитут*.

I. Средства обеспечить исполнение таких обязательств, пре-
дусмотренных гражданским кодексом. Если должник отказы-
вается исполнить такое обязательство добровольно, может ли
кредитор добиться его исполнения в натуре? Ст. 1142, из первого
взгляд, отвечает, повидимому, отрицательно, не делая никаких
исключений. Но статьи 1143 и 1144 доказывают, что *принцип*
по так абсолютен, как кажется в первом взгляде. Общия форму-
ла ст. 1142 имеет корни в римском праве, в котором господствовал
принцип денежных condemnation. Цельса (D. 42, 1, De re iudic.,
13, 1) выводил из этого принципа то следствие, что *вещное* *обя-*
зательство *сделать* *что-либо* *разрешается* *вынесением* *убытков*.
Но теперь применяется обратный принцип: присуждение должно
нормально принуждать к исполнению в натуре, даже если до
идет об *обязательстве* *сделать* *что-либо*.

Остается объяснить, каким образом ст. 1142 является нарушаю-
щий этот принцип. Прежде всего, заметим, что обязательство
сделать или не делать отличается от обязательства дать в отно-
шении фактической или моральной возможности принудитель-
ного исполнения. Когда лицо отказывается дать, можно взыскать
с помощью должностного лица; когда лицо отказывается сделать,
невозможно его принудить к действию; если лицо намерено
совершить действие, вопреки обязательству не совершить его,
очень трудно ему в этом помешать.

Будем исходить из этого, чтобы определить значение ст. 1142.
Следует различать три случая:

(1) Физически невозможно добиться в натуре. Например, драматический артист от-
казывается исполнить роль. Здесь ст. 1142, конечно, получит при-
менение. Суд сможет присудить только и возмещение убытков:
pena *potest* *praesertim* *soci* *ad* *factum* (ликого нельзя в букваль-
ном смысле принудить к совершению действия).

(2) Принудительное исполнение физиче-
ски возможно, но оно заключает в себе
нарушение физической свободы должника.
Артист обязан не играть в известном театре; принудить
его к этому можно только, посягнув на его личную свободу.
Но это не доведено. Ст. 1142 будет применена в данном случае
по существу, видна этот случай она и имеет в виду (P. 1 et
XII, стр. 232). Этим статьей *автора* *хотела* *не* *допустить* *возмож-*
ности *для* *судебной* *власти* *посягнуть* *на* *индивидуальную* *свободу*.

(3) Принудительное исполнение физиче-
ски возможно, без принудительного
воздействия на личность. Это бывает тогда, ко-
гда обещанное действие может быть исполнено, вместо должника,

Коллеж-актам, или когда в случае нарушения должником обязательства не делать, или когда в случае нарушения состоятельности был его личное участие. В этих случаях суд предпочитает или бы его личное участие. (Примеры: обязательство срубить дерево; из моста срубить по судебному решению; обязательство ссуд по назначить ступку; суд предпочитает снести возведенную ступку, ст. 1143—1144).

Судья при рассмотрении ст. 1142 ограничивается, таким образом, двумя видами случаев.

II. Жюри принуждения¹. Проститка постаралась восполнить эту систему. В обоих случаях, когда трибуналы не могут присудить право исполнения в натуре, они стараются понудить должника к этому исполнению. Это — система принудительных мер (astreintes), созданная судебной практикой, хотя она и не предусмотрена законом. Она представляет нам весьма интересный пример нового образования исключительно путем судебной практики.

A. Определение и характеристика. Слово *astreintes* есть неологизм, выражающий идею давления на волю должника. Эта система — старая в судебной практике; приводит примеры из практики, начиная с 1811 г. Но термин относительно новый: он появляется в первый раз в решении кассационного суда 20 марта 1889 г. (S. 92. 1. 565). Этот термин был употреблен, вероятно, в первый раз в законодательном тексте — финансовым законом 47 апреля 1906 г., ст. 5.

Эта система основывается на следующем принципе: суд присуждает должника исполнить, и добавляет к этому, что в случае отказа он подвергнется денежному штрафу за просрочку. Почти всегда этот штраф пропорционален просрочке; по общему правилу он определяется по сто франку-то за день. Должник оказывается таким образом под бременем долга, который растет по мере продолжения просрочки. Этот долг может стать огромным. Приводит пример, где он возрос свыше миллиона: княгиня Вюффрэн, вследствие установления раздельного владения, была признана к передаче детей на попечение отца под угрозой штрафа в 500 франков, а затем в 1 000 франков в день по истечении первого месяца (L. a. h. b., Rev. prat., 1881, стр. 62 и сл.). Были и практики штрафы до 10 000 франков за каждый день просрочки (Пасс., 1 декабря 1907, S. 99. 1. 284, устройство электри-

ческого освещения в отеле). Должник, которому такое бремя угрожает разорением в случае неисполнения, предпочитает исполниться решением.

В этой системе есть любопытная аналогия с *astiones* римского права: судья классической эпохи мог присудить только в денежной сумме. Но многими искам (напр. вынужденному) было предпочтительным исполнением в натуре; тогда судья присуждал к платежу суммы, определенной присягой истца, а формулу *с о н д е м в а т i o* добавлял словами *с и т i t u d i n a* (если не отдаст в натуре). Ответчик, над которым нависала угроза присуждения к уплате значительной суммы, предпочитал исполнить в натуре.

Astreintes представляют две главных юридических черты, которые связаны с идеей принуждения:

(1) Присуждение не соотносится с ущербом, причисляемым кредитору просрочкой; оно не имеет характера возмещения ущерба. Вообще, оно будет гораздо более значительным, чем причиненный ущерб. Следовательно, юридически *astreintes* не являются возмещением ущерба, хотя в большинстве случаев судебные решения употребляют этот термин. Этим объясняется, что в *astreintes* не делал частный штраф (L. o. p. i. e. N. g. u. e. n. s. e. u. L'idee de peine privée en droit continental, дисс., Дижон, 1904, стр. 303 сл.). Эта концепция сложилась впервые под влиянием английского права, которое считает неисполнение судебного решения должником (Beecher, int. comp. дисс., том. 207). Но она, кажется, трудно согласуется со второй характерной чертой *astreinte*.

(2) Присуждение *astreinte* имеет характер угрозы. Это по существу угроза, которая будет применена только, если должник упорствует в своем отказе от исполнения (реш. Тулузского суда, 30 июня 1909, S. 1909. 2. 272). Этот характер является от специфики в решении суда первой инстанции (Гранд., 14 марта 1927, S. 1927. 1. 231).

Эта судебная практика сложилась постепенно. В период 1811—1824 гг. теория *astreintes* не выдвинулась еще на теория возмещения вреда за просрочку. Размер присуждаемой суммы часто устанавливался общей суммой. Характер угрозы не утверждался ясно (см. решение 11 июля 1811, Касс., 22 ноября 1841, S. 42. 1. 170). Этот характер утвердился в решении кассационного суда 28 декабря 1824, (S. гл. 7. 1. 604); присужденное, установленное в 10 франков в день и составившее в итоге 11 000 франков, было сокращено до 400 франков после исполнения. В 1834 г. новый шаг вперед. Кассационная инстанция утверждает, что *astreinte* может быть назначена даже, если просрочкой не причинено никакого вреда (29 января 1834, S. 35. 1. 123). С тех пор эти две характерные черты более не подвергались оспариванию (Касс., 23 ноября 1889 г., D. 91. 1. 31 [Гранд., 5 июля 1911, D. P. 1911. 1. 133, поим. замеч. Sifs, в S. 1911. 1. 137, поим. замеч.

¹ Кр. Collin et Carliant, int. соч., т. II, § 115 и сл.; Joubert, int. соч., т. II, § 139; Pichot et Ripert, int. соч., т. II, § 267 и сл.; Demogue, Traité des obligations, т. VI, § 267 и сл.; Pichot, Ripert et Rodière, int. соч., т. VII, § 297 и сл.; Mallin, De l'obligation légale des obligations de faire ou de ne pas faire, Париж, 1904; Crutaud, Les astreintes, дисс., Париж, 1906; Jacques, Droit des astreintes, дисс., Париж, 1906; Hugueno, L'astreinte de peine privée, дисс., Париж, 1907; Les astreintes des Tonlois, 1925; Meunier, De la nature et des obligations de faire ou de ne pas faire, Revue pratique, 1906, стр. 101; A. Cassin, L'astreinte et la logique de la responsabilité et des astreintes, Rev. Min. 1902, стр. 5.

выбор, признающего, что судебное решение, назначившее штраф, не должно обесценивать наличие вреда).

Однако, известные недостатки еще остаются. Встречаются решения, допускающие, что трибуналы не всегда вполне свободны от старого смысла с ущербом (Вемон, лит. соч., стр. 23 и сл.). Неизвестно, есть, таким образом, в том, что касается обвинения *astreinte*, назначенной трибуналом первой инстанции. Трибуналы первой инстанции назначали с должника *astreinte* в размере *un franc* за каждый день. Если апеллиционная инстанция отменяет решение, то с какого дня должно начисляться *astreinte*? Если в ней видеть средство принуждения, то, так как срок исполнения решения начинается только со дня его опубликования, не может быть вопроса о мерах принуждения за период, предшествующий решению апеллиционной инстанции. Идея ущерба, наоборот, приводит к заключению, что *astreinte* начисляется со дня решения первой инстанции, так как вред существует с этого момента. Это последнее решение вопроса дается кассационным судом (см., наряду с другими решениями, *ress. 15 novembre 1881*, S. 82. 1. 52; ср. Париж, 28 мая 1913 г., S. 1914. 2. 88). Но оно не соответствует общему духу системы (ср. *supra*, Лавр, 9 апреля 1859, S. 60. 2. 49; Париж, 1 апреля 1882, S. 83. 2. 244). В настоящее время апеллиционные суды имеют тенденцию прямо указывать, что *astreinte* будет начисляться только со дня объявления решения апеллиционной инстанцией (Париж, 2 января 1903, D. 1903. 2. 47; см. по этому вопросу *lexicon. заметк. к S. 1810. 2. 137*, в по аналогичному вопросу, действие кассационной жалобы на принуждение к *astreinte*, Париж, 12 февраля, 1908, S. 1910. 2. 137, *lexicon. заметк.*).

Отказываясь от знания некоторых деталей, можно сказать, что судебная практика организовала настоящую систему принуждения к исполнению, в исполнение и средствам принуждения, установленным законом. Эта система подверглась критике в некоторых странах. Великобританская судебная практика осудила систему принуждения, допущенную французскими трибуналами (Вестсаль, 1 марта 1900, S. 1900. 4. 15; Льеж, 2 января 1912, S. 1913. 1. 6; Васс, *Beilage*, 24 января 1924, *Pascht.*, 1924. 1. 151, по аналогичным генеральным прокурора Терлинден, 23 ноября 1925, *Pascht.*, 1927. 1. 62).

В. О де в в. С практической точки зрения эта судебная практика выполняет пробел в праве; это — единственная система, позволяющая добиваться, несмотря на противодействие должника, исполнения в натуре большей части обязательств (найти это либо это — единственная система, позволяющая добиваться исполнения противоположных решений о принуждении к исполнению, в натуре фактически их аннулирует. Эта обязан-

ность устойчивости применения в судебной практике мер принуждения, хотя до последнего времени наука относилась к ним единодушно враждебно.

Эта оппозиция становится позитивной, если иметь в виду юридическую сторону проблемы.

С этой точки зрения, прежде всего, судебная практика не входит никакой споры в текстах Гражданского кодекса. Судебные решения часто ссылаются на статьи, относящиеся к возмещению вреда, причисляемого к неисполнению или просрочке исполнения (ст. 1142 и сл.). Но этим не дается точного обоснования: эти статьи закона касаются интереса, представляющего возмещение за вред. Но, как известно, *astreintes* (меры принуждения) имеют совсем другую природу и рассчитаны на совсем иное основание.

Если это признать, то спрашивается: противоречит ли эта система текстам закона и его принципам?

Таково и было общее мнение в науке с давних времен. Это — пример столь частых расхождений между наукой и практикой. Какие аргументы можно было привести в пользу этого мнения?

Первое возражение направлено против системы в целом и против цели, в которой была направлена судебная практика. Желают принуждать к исполнению обязательств «сделать», но согласно ст. 1142, обязательство приводит к возмещению убытков; понимает эту статью так, что она приводит к этому результату «*en e o b x o d и м о*», а это значит, что принуждение и исполнение в натуре запрещено.

Этот аргумент не имеет большого значения. Он преувеличивает значение ст. 1142. Этот текст означает, что обязательство приводит к возмещению ущерба в случаях, когда исполнение в натуре нельзя получить или в силу физической невозможности или в силу принципа индивидуальной свободы. Но он не касается случаев, когда исполнение в натуре можно добиться без нарушения индивидуальной свободы, касаясь принуждения. А таков именно и есть наш случай.

Приводились также другие, более специальные аргументы против определения ее размера без соотношения с реальными убытками и против причисления ей характера угрозы.

(1) Против первой из этих особенностей выдвигают два аргумента:

а) Это противоречат, говорят, ст. 1149, которая обязывает суд определить возмещение в соответствии с ущербом. А здесь присуждается сумма, представляющая ущерб.

б) Судебная практика вводит полагавший штраф, присуждая к сумме, представляющей причиненные убытки. Это — наказание *privata* (частный штраф), но оно может быть штрафом, предусмотренного законом.

* [Этот указательный пункт не предусматривает принуждения (*astreinte*), так же как и указательный пункт.]

Оба эти аргумента не являются решающими. Первый имел бы значение только тогда, если бы *astreinte* играла роль возмездия убытков; но она означает совсем не это; она есть средство принуждения. Следовательно, только путем *religio principii* возмездия. Следовательно, только путем *religio principii* возмездия. Следовательно, только путем *religio principii* возмездия. Следовательно, только путем *religio principii* возмездия.

(2) Против характера угрозы ссылаются на принцип авторитета судебного решения. Присуждение, объявленное судебным решением, вступающим в законную силу, неоспоримо. Судебная практика нарушает это правило, когда допускает, что присужденная сумма может быть сокращена, если должник подчинится решению.

Что касается этого пункта, то тут забывают природу *astreinte*. Это — ковенант принуждения, следовательно, присуждение по природе своей условное; должник подвергается денежному присуждению только при условии, если он не исполнит, и лишь постольку это присуждение является целесообразным принуждением. Если должник не подчиняется, он может и должен быть освобожден от этих платежей. Новое решение, которое оканчивает *astreinte* после исполнения, вовсе не противоречит решению, объявленному *astreinte*, а только его применяет.

Таким образом, притязание на применение против судебной практики, неубедительно. Но констатирование этого факта не позволяет еще оправдать эту практику с точки зрения права. До сих пор мы имели в пользу судебной практики только строгий аргумент; остается рассмотреть, можно ли подкрепить эту практику другими и положительными аргументами.

Эммен, в поданной выше статье вновь поднимая этот вопрос, старался доказать зависимость этой системы историческими аргументами.

Astreinte можно разделить на два элемента: приказ, даваемый судом, и денежное присуждение на случай неисполнения.

Но, по Эммену, исторически свидетельствует, что суд имеет право объявлять приказ. Его аргументация может быть резюмирована в трех пунктах.

(1) В старом праве законы устанавливали, что суд, наряду с правом разрешать споры (*judicatio*), имеет власть повелевать, напоминать третей принцип римского магистрата, право объявлять приказы. Это пришло уже в XIII столетии. Эммен цитирует в этом смысле стрижин на *rescritum iuris* (правовой обзор) Дираса. Эта власть сохраняется в продолжение всего этого периода (см. стр. 37—48). Всякая эффективность санкции этого периода была объявлена посредством издания повеления, которое можно определить по усмотрению суда (см. *loc. cit.*, стр. 46).

(2) Принцип разделения властей, принятый Учредительным собранием, по подорвал этого права. Это подтверждает Эммен де-Мурсей, признающий за судом право повелевать, говоря, что и праву судить присоединяется долг публичной власти, в той мере, в какой она необходима, чтобы обеспечить исполнение распоряжений суда (*De l'autorité judiciaire dans le droit public espagnol-chique, cit. Эмменом, стр. 10*).

(3) Наконец, эта система была санкционирована Национальными кодексами. Ст. 1036 процессуального кодекса придает право объявлять приказы. Эммен отсюда делает заключение о законности *astreinte*, которая является ничем иным, как приказом, снабженным санкцией, в виде денежного возмещения.

Можно, однако, сомневаться в подлинности этого доказательства. Эммен доказал существование права давать приказы. Может быть, аргумент, извлеченный из ст. 1036, привлечен несколько искусственно. Согласно общему толкованию, опирающемуся на контекст, эта статья имеет, по видимому, ограничительное значение. Она относится к оскорбительным вынесением, властных документам и касается только судебного-полицейских актов. Но можно обойтись без этой статьи закона, так как установлено: 1) что право издавать приказ существовало до 1789 г., 2) что новый принцип разделения властей его не затронул. Следовательно, оно остается.

Но этого недостаточно. *Astreinte* не только приказ; она есть приказ, снабженный санкцией в форме присуждения, которое растет по мере просрочки должника. Законна ли такая санкция? Эммен этого не доказал. И здесь текст закона позднее 1789 г. молчит. Даже для старого права ни один из патристических текстов не подтверждает денежного присуждения в его современной форме. Они говорят только о возмещении вреда. Санкция является из теории возмещения ущерба. Этого понятия было достаточно, потому что убытки по старому праву назначались по усмотрению; виду этого характера убытков она неизбежно печальдилась в соответствии с причиненным вредом. Теперь точка зрения изменилась (ст. 1149), и понятие убытков стало недостаточным вследствие этого изменения. Имеет ли суд право создать *ковенант принуждения: принуждение путем денежного присуждения* пропорционально продолжительности просрочки? Но вопрос, так поставленный, аргументами Эммена не отвечает.

Можно, однако, завершить это доказательство. Но для этого нужно власти повелевать иная; власть суда в случае пробела в законе. Если современное право признает, с одной стороны, право давать приказ, а с другой стороны, не содержит санкции этого приказа, система остается неполной, потому что приказ без санкции практически бесполезен. Но суд может возмещать пробелы закона, если он это делает, не противоречит никакому приказу в изданном тексте закона. Следовательно, принуждение по решению судебного присуждения является законным, так как мы знаем, что

суд не имеет право отступить ни от текста закона, ни от общего принципа права. После этого обстоятельство достаточно оправдывает ее применение. Так устраняется старый антагонизм между законом и судебной практикой относительно законности *astreintes*.

§ 3. Обязательство относительно гарантии

Это — обязательство, действительное и некоторым обязательством «заста» или «депозит». Оно встречается в возмездных договорах, имеющих предметом передачу права собственности или пользования вещью. Оно принципиально исключается, если передача невозможна. Мы будем здесь изучать это обязательство только при договоре продажи (ст. 1625 и сл.) и займа (ст. 1720—1727).

1. *Обязательство гарантии в области продажи*¹. Предмет гарантии — двойной: гарантия на случай нарушения и защиты отнесается к обязательству обеспечить спокойное владение; гарантом отсутствует серьезного недостатка в вещи, пороков, явных и таковых договором, относится к обязательству дать владение, действительное *вещное пользование*.

Следовательно, имеются две различные теории, хотя иногда трудно сказать, имеет ли место первая из этих двух гарантий, или вторая (продажа бумаг на предъявителя, договоры основанные на спор: ср. *Wahl* к рож. Закон, 29 июня 1894, и Париж, 13 июля 1894, S. 93. 1. 121).

Прежде всего, нужно рассмотреть два общих вопроса.

1) Кто имеет право на гарантию? Это — покупатель. Его право переходит на его наследников, а с другой стороны, может быть осуществлено его кредитором в силу ст. 1028.

Если покупатель уступает вещь спущившему приобретателю, то считается, что он в то же время уступает ему и право требовать гарантии от продавца (Бордо, 11 января 1883, S. 31. 2. 5). Это верно, если означение (титул) второго приобретателя не дает ему само по себе права на гарантию против его продавца. Так, при дарении одаренный не имеет права на гарантию и дарителя, но он *уступает* в право гарантии своего производителя против продавца. Точно также, в случае двух последовательных договоров продажи, из которых вторая совершена без гарантии, второй приобретатель предъявит *иски о гарантии* первого покупателя. Следовательно, он не будет подлежать ответственности кредиторов покупателя (Касс., 12 ноября 1884, S. 93. 1. 149).

¹ Ср. *Flandrot et Ripert*, *Traité pratique*, т. X, при участии *Duméril*, 1894.

(2) Кто обязан давать гарантию? Такое обязательство лежит на продавце, его универсальных преемниках, его поручителях.

Специальное затруднение встречается в области продажи при преемственном изъятии. На недвижимое Первое обращено взыскание, она продана с публичного торга Второму. На нем лежит обязательство гарантии: из взыскателя? из должника, подвергнутого изменению? из кредитора? Взыскатель не гарант, ибо он не продавец. Он просто добывается продажей, чтобы на вырученную сумму получить платеж, причитающийся ему по обязательству. Он может оказаться ответственным, если допустит ошибку в самом взыскании, но это в порядке применения ст. 1382, а не в качестве гаранта (Кам. касс. жал., 18 апреля 1866, S. 56. 1. 402; *По: в том же* 1891, D. 92. 2. 328). Кредиторы тоже не гаранты, потому что и они не были продавцами. Иначе, если приобретенный недвижимостью на публичном торге подвергнется эвенту, они должны вернуть ему цену, которую они получили, но это не в силу обязательства гаранта. Их обязательство основано на идее, что они *неосновательно обогатились бы*, если бы удержали за собой покупную цену имущества, которое не было в собственности должника (Алжир, 2 января 1883, S. 84. 2. 17). Остается должник. Он обязан к гарантии в отношении приобретателя на публичном торге, потому что он — продавец. *Против этого возражали, что, так как продажа была принудительная, то продавец не должник, а суд. Но это неверно. Несомненно, должник не давал согласия на продажу, но по-прежнему место продавца, а при всякой продаже продавец — тот, кто был собственником до совершения юридического акта и кто перестает им быть в результате этого акта. Следовательно, должник — гарант. Не приходится проводить различия в зависимости от того, участвовал ли должник или нет в составлении условий торга. Во всяком случае, гарантия не будет иметь места, если должник заявил, что он не был собственником* (Касс., 28 мая 1862, S. 62. 1. 747).

Определив эти два общих вопроса, мы можем теперь изучать последовательно гарантию за нарушение владения или за эвенту и гарантию за пороки вещи.

1. *Гарантия в случае нарушения владения или эвенту*. Мы изучим: (А) случай применения гарантии и ее действие; (В) ее юридическую природу; (С) договорные видоизменения правил закона; (D) *данность по закону* о гарантии.

A. *Случай применения и действие*. Нужно различать два случая, в зависимости от того, *объявлено* ли покупателем сам продавец или третье лицо.

а) *Покупатель бесспорно объявляет* продавец. Тогда имеет место гарантия за личное действие. Обязательство продавца в этом отношении очень широкое; оно существует в

фактически нарушена и в случае нарушения
закона.

Фактически нарушение предполагает, что про-
давец нарушил *норму* взвешивания автом. часто физиче-
скими, но высшим характером юридического. Этот акт, против-
ночный закону, возмещает ответственность продавца. Коммер-
ский продавец сам торговое предприятие, а затем открывает по
заказу также и предприятие; покупатель может предъявить и
иск о гарантии (Кас., васс. изд., 29 июля 1908, S. 1909, 1,
231; ср. васс. изд., васс. Ласка, O. 1909, 1, 251). Тогда так же ког-
да продавец предпринимает, установив которого признаются в дис-
позитиве *своим* лицом, вызывает административные меры, сокра-
щаясь единично продавшей вещи (Кас., 8 января 1851,
S. 1, 1, 1851). Покупатель может предъявить иск о возмещении вре-
да или *заказ* в ресторанной продаже.

Нарушение права происходит в тех случаях, ког-
да продавец предоставляет юридическую претензию, совмести-
тельно права покупателя и хочет ее осуществить путем судебного
ища. Например, Первый продает Второму недвижимую, собет-
ственным образом он не ищет и; затем, унаследовав он от настоя-
щего собственника, он хочет осуществить выданный. В этом слу-
чае обязанность продавца санкционировано средством защиты,
заключительной и-судитивом, возмещением о гарантии. «Кто
хочет дать гарантию, не может зашифровать», quem de
causatione tenet actio, cum agente perel-
lit excerptis. Это средство защиты в сущности парализу-
ет вся продажу. Оно отлучается от возмещения о гарантии пре-
судитивного подвига (ст. 175 вл.), от *просто* *отлагательного*
возмещения, даваемого *своем* в других случаях (см. ниже, стр.
26-27).

Покупатель бесспорно третье лицо.
Примерно, в таких случаях гарантия будет иметь место и на
заказе действии.

1) *Случай* применения гарантии. Она
может применяться в предположении *каждой* (ст. 1626). Должен быть
акт, совершаемый юридическим *предметом* с правом покупате-
ля. Это означает фактически нарушение, приносимое третьим
лицом, законным или фактическим *захват*. В этих случаях
у покупателя будет иск об ответственности или *владельческой*
иск *против* того, кто производит нарушение.

Когда продавец истребует ответственность, он может отвечать
или на *состояние* или на *вины*. Безоспорно есть юридичес-
кая претензия третьего лица, *шанс* *вины*, но еще не подтвержден-
ная судебным *признанием*, *вытекающая*
из *просто* *состояние* *вины*. Покупатель, который узнал о *праве*,
предоставляющем *третьему* лицу, не может предъявить иск о га-
рантии, *потому* *что* *третье* *лицо* *еще* *не* *осуществило* *свое* *пра-*
во (Кас., васс. изд., O. 30, 1, 181). *Виной* *лицо* *место*, когда

претензия третьего лица признана в судебном порядке; *потому*
что *тогда* *полностью* *или* *частично* *лишается* *права* *на* *иск*.

Виной может быть *полная* или *частичная*; *полная* — ког-
да *третье* *лицо* *добивается* *признания* *его* *собственником*; *частич-*
ная — когда он добивается только признания *сособственником*,
без *разделения* *вещи*, или *собственником* *части* *вещи*.

Особый случай *частичной* вины предусмотрен ст. 1638.
случай, когда *именно* *она* *называется* *обременением* *сервитута*,
о котором не было известно и не было объявлено при *совершении*
договора. Если *такой* *сервитут*, *который* *не* *мог* *быть* *известен*
покупателю и не был ему объявлен при *заключении* *договора*,
записан в *реестр*, *покупатель* *не* *будет* *считаться* *знающим* *его* —
с точки *зрения* *гарантии*, потому что *запись* *неравносильна* *объя-*
влению *при* *совершении* *акта* и не *превращает* *сервитута* в *со-*
стут *закон*. К *сервитутам* *нужно* *привратить* *повинности*, *ко-*
торые, *не* *будучи* *вещными* *повинностями*, *добавят* *на* *приобрета-*
теля, *например* *имущественный* *наем* в *условиях* *ст. 1743* (Кас.,
O. *васс* 1897, S. 97, 1, 409).

Виной не приводит к ответственности за *гарантию*, если
виной является *следствием* *вины* *покупателя*. Так *будет*, *на-*
пример, если *покупатель* *требования*, *обеспеченного* *залогом*,
пропускает *срок* *завис* *своей* *ипотеки*.

С *другой* *стороны*, в *случае* *степенной* *покупателя* *или* *зави-*
дцы, *гарантия* *будет* *иметь* *место* *только* *в* *том* *случае*, если *право*,
на *которое* *ссылается* *третье* *лицо*, *настает* *на* *основании*, *пред-*
шествующего *продаже*. *Покупатель*, *который* *допустил* *заключе-*
ние *договора* *после* *продажи*, *не* *получит* *возможности* *предъя-*
вить *иск* *о* *гарантии*; *впрочем*, если *основание*, *хотя* *и* *поздней-*
шее, *вытекает* *на* *личного* *действия* *продавца* (напр., *перепродажа*
второму *покупателю*, *который* *пропавшей* *запись*, *разные* *перво-*),
гарантия *применится*.

Нельзя *нужно* *привратить* *и* *завидцы* *случай*, когда *поку-*
патель *сохраняет* *вещь*, *но* *обязан* *для* *этого* *ссылаться* *на* *титул*,
не *связанный* *с* *продажей*. Так, *лицо*, *приобретенное* *в* *нов* *дом*
(от *несобственника)* *и* *старшее* *в* *внесудебном* *наследственном* *надле-*
жного *собственника*, *будет* *пользоваться* *защитой* *норм* *об* *завидце*
он *будет* *в* *состоянии* *предъявить* *иск* *о* *гарантии* *против* *самого*
продавца.

(2) *Д* *е* *б* *с* *т* *я* *и* *и*. *Нужно* *различать*, *было* *ли* *беспособство*,
состоящее *в* *записке* *претензии*, *или* *бывании*. В *случае* *заяв-*
ления *и* *третьим* *лицом* *претензии*, *покупатель* *привлечет* *продав-*
ца *на* *основании* *обязательства* *о* *гарантии*, *т. е.* *потребует* *его* *вс-*
тупельства *на* *своей* *стороне* *в* *процесс* *и* *защиты* *себя*. *Для* *этой*
цели *процессуальный* *кодекс* *предоставляет* *ему* *срок*, *которым*
он *может* *воспользоваться* *против* *истца*, *сделав* *возражение* *дан-*
ного *отложения* *дока* (ст. 175 и *сд.* *прод.* *код.*). *Он* *получает* *таким*
образом *отсрочку* *рассмотрения* *иска* *и* *тому* *до* *истечения* *с* *де-*
лом *продажи*. *Он* *может* *даже* *добиваться* *его* *исключения* *в* *иск*.

зависимо от личного участия (ст. 182). Это возмещение несли бы продавцы от возмещения о гарантии, посредством которого покупатель возмещается от нарушения права, выходящего от продавца; это право процессуальное средство получить откупную, а не защита во существу.

Покупатель, который не осуществляет права явиться и делу прийти герман, подвергает себя опасности: если он будет плохо заботиться об этом, он будет лишен всякого исца против продавца (ст. 1647).

Предполагая, что виндикация наступила, право на гарантию осуществляется тогда посредством исца, и если продавец явится к делу, в одном и том же решении суд восстанавливает и об виндикации и о гарантии.

Иск в иску предания долга обеспокоить исполнению возмещения вреда, причиненного виндикацией. По этому поводу можно различать три случая:

а) При полной виндикации закон предоставляет возмещению полное возмещение вреда (ст. 1630). Возмещение охватывает цену вещи (то — минимум, который всегда следует); убытки подлежат возмещению только тогда, если покупатель был добросовестным (ст. 1599) и охватывают доходы от вещи, судебные издержки, расходы и законные платежи при заключении договора. Закон добавляет: «Наконец — возмещение убытков, что включает в себя возмещение за ухудшение» (ст. ст. 1641—1645), всю сумму необходимых издержек, сумму понесенных затрат и размеры увеличенной стоимости, наконец, сумму затрат, не связанных с хозяйственно целесообразными, если продавец был добросовестен, а в случае его добросовестности, покупатель может их вернуть (право взять обратно также затраты).

Вопрос заключается, что же именно представлял иса стоимость, была увеличилась или уменьшилась по сравнению с моментом заключения договора. Как это изменение повлечет за собой размер возмещения, зависящего от обязанности должника? По ст. ст. 1631—1633 закон проводит следующие различия. Если вещь увеличилась в цене за время между продажей и отобранием во суду, продавец обязан возместить покупателю этот излишек цены (ст. 1633). Если вещь уменьшилась в цене, продавец будет обязан уплатить действительную цену (ст. 1631) и это даже в том случае, если действительная цена значительно ниже действительной цены покупки. Если же цена понизилась до того, когда продавец понес издержки на увеличение или уменьшение цены вещи; в этом случае продавец имеет право вернуть из цены вещи сумму, равную действительной стоимости вещи (ст. 1632).

В том же случае, когда продавец противоречивым. В случае увеличения цены, продавец обязан уплатить стоимость вещи по цене судебного определения ее, а не договорную цену; в обратном случае он обязан уплатить покупателю цену, а не стоимость, на данный момент. Это приводит к тому, что неблагоприятные исски остаются

ся покупателю, а неблагоприятные — возлагаются на продавца. В римском праве, наоборот, когда покупатель предъявил иск о гарантии посредством *actio ex empto* (иск из купли), он должен возместить вред, причиненный ему судебным определением, и только, когда бы он заплатил более высокую цену (D. XXI, 2. De evict., 70, 1).

Каким образом в германском праве пришли к этому решению, при котором размер покупной цены считается минимумом, который продавец всегда обязан уплатить? Приводим два основания: одно — принципальное, другое — историческое.

(1) В случае полной виндикации исца место продавца чужой вещи. Но германский кодекс признает ее истинной. Следовательно, цена была уплачена без достаточного для того основания, произошло платен недобросовестного, и продавец обязан вернуть покупателю цену. Наоборот, по римскому праву продавец чужой вещи была действительна; следовательно, уплата цены не была платением недобросовестного; покупатель не имел права на возврат действительной цены, а только на *quod interest*, т. е. на возмещение ущерба, причиненного виндикацией, другими словами, на стоимость вещи на день виндикации. Это первое основание недостаточное. Вторая виндикация может быть даже тогда, когда продавец был добросовестным, например, если виндикация произошла в результате неправомерного изъятия кредитором. В этом случае иск представляется чужой вещи. Продавец была действительной в иску признается ст. 1631 (см. другое объяснение — П а р т и к л а Р и м с к о г о, цит. соч., т. II, пом. 1504).

(2) Подлинное основание — историческое. Начиная с Дитмара (De eo quod interest, пом. 61) римляне считали, что историческое выше римские тексты имели в виду только платен действительных убытков, но что цена всегда должна была быть уплачена (см. в этом смысле еще П о т т е, Продавец, пом. 65). Неправильность этого толкования теперь установлена, но редакторы германского кодекса выразили его в ст. 1631 и со., stating, что они подтверждают римское учение.

Когда иск о гарантии предъявлен вторым приобретателем, необходимо проводить различия. Если дело идет о дальнейшем приобретателе безвозмездным способом, то он имеет право против продавца только права своего предшественника. В отношении дальнейшего приобретателя вещи, получившего ее возмездным путем, нужно различать: если он заплатил дороже, чем его продавец, он имеет право на всю разницу в цене по титулу возмещения убытков, следовательно, только если он добросовестен. Если он заплатил дешевле, то по общему правилу признают, что он имеет право только на уплаченную им самим цену. Но это кажется несправедливым; ведь приобретатель является несомненным по иску своего предшественника добросовестным, он имеет те же права, как и тот, т. е. право на цену, уплаченную продавцом.

bb) Частичная виндикация (ст. ст. 1635—1637). В историческом

данных покупателя может требовать расторжения договора. Для этого необходимо, чтобы было видно, что он не купил бы вещи без этой части, которой он лишился. Это обстоятельство устанавливается судом, рассматривающим дело по существу. Если покупатель решил о расторжении договора, продавец должен вернуть цену и уплатить убытки, если покупатель был добросовестен. Если продажа не расторгнется, покупатель имеет право на возмещение стоимости отобранной у него части. В отличие от этого, что касается при ликвидации всей вещи, сумма возмещения исчисляется по стоимости отобранной части на время отобрания, независимо от уплаченной цены. Обыкновенно это решение обосновывается следующим образом: по цене возмещение цены, в случае отобрания всей вещи, обязательств не существует, провозглашено в ст. 1369. Здесь же продажа не является ничтожной, так как вещь принадлежала другому лицу только в части.

Следовательно, падение цены не был платенным владельцем, и цену нельзя потребовать обратно по этому основанию. Покупатель имеет только право получить за поврежденный ущерб возмещение, равное стоимости отобранной у него части, на момент ее отобрания. Но это основывается не на действительном, а на случае частичной ликвидации цены части — остается в руках покупателя без достаточного основания. Следовательно, раз дано специальное выше правило на случай полной ликвидации, то следовало бы допустить требование возврата недостающего в отношении части цены пропорционально к описанной доле вещи. Таким был решен *Венте* (Vente, н.н. 133 и сл.). В действительности в традиционном праве тут противоречие, которое нельзя объяснить рационально. В случае частичной ликвидации редакторы просто переписали и логически решили, от которого они ушли в случае полной ликвидации только по основанию чисто педантичному, как это показано выше.

с) Зависит ли от основания сервитутного права (ст. 1633). Это — настоящий случай частичной ликвидации; поэтому решение закона то же самое, как в предыдущем случае.

Следует и случаем, предусмотренному законом, приравнивать тот случай, когда единичность куплена как имеющая сервитут в активном смысле, а этого сервитута и действительности не существовало.

В. Юридическая природа гарантии. Обязательство гарантии заключается в себе три различных обязательства: отрицательное обязательство не нарушать спокойного владения покупателем, положительное обязательство принять участие в его доле и положительное обязательство возместить покупателю убытки, если он подвергнется эвэнции.

Должно ли возмещение обязательство в этих трех формах? Интерес этого вопроса проявляется, например, когда продавец уверяет, что вещь совершенно безопасна, например, когда продавец

на них по этому обязательству только в своей индивидуальной доле или в полном размере? Если обязательство признано действительным, то каждый сонаследник будет отвечать за гарантию только в своей доле. Следовательно, если он не может предъявить и исполнить видяционный иск, то этот иск будет страшен с помощью возмещения о гарантии только в этой доле. В остальной части он может выиграть дело. Если и нему предъявлен иск о возмещении убытков покупателем, подтвержденный эвэнция, он будет отвечать только в размерах соответствующей доли убытков. Если, наоборот, признавать обязательство неделимым, то каждый сонаследник будет отвечать перед покупателем в полном размере. Следовательно, он не может зашифровать проданную вещь даже в части и будет отвечать в полной сумме убытков в случае эвэнции, а сам будет иметь иск к сонаследникам. Таким же образом решались бы все вопросы в случае, когда продажа была бы совершена несколькими сопродавцами.

Некогда этот вопрос был спорным. В настоящее время, по видимому, достигнуто единение волею в пользу следующей системы: проводимой различие между тремя элементарными обязательствами, к которым сводится общее обязательство гарантии:

а) Положительное обязательство возместить убытки покупателю, у которого отсуждена вещь — неделимо, ибо это обязательство уплатить денежную сумму, которое в силу закона делится между сонаследниками или сопродавцами.

б) Положительное обязательство принять участие в деле в интересах покупателя — неделимо: его содержание защищать на суде. Можно зашифровать или нет, но нельзя зашифровать в доле.

в) Отрицательное обязательство не нарушать спокойного владения покупателем также неделимо, но по другому основанию. Здесь предмет сам по себе делим, хотя это оспаривали, утверждая, что или происходит нарушение или нет, но не может происходить нарушение в доле. Это неверно, но крайней мере в отношении нарушения права; очень легко предать себе индивидуализацию, представляющую в доле. Неделимость здесь основывается на предположении намерения сторон. Покупатель считал, что он не встретит помехи со стороны своего праводелителя или его правопреемников, но в полной мере, на частично. Следовательно, возмещение о гарантии принадлежит ему в полном объеме в случае видяционного, предъявленного сонаследником или одним из продавцов (Касс., 14 апреля 1885, S. 87. 1301; 8 ноября 1893, D. 94. 1317).

г) Договорные именные права законной гарантии. Изложенные выше правила закона представляют собой простое толкование воли. Стороны могут их изменить прямо выраженным соглашением (ст. 1627). Тогда говорят о договорной или фактической гарантии. Эти соглашения могут рас-

защиты или ограничить общие правила относительно обязательности гарантии.

Она не распространяется, когда продавец отвечает на такие специальные условия, на которых он не отвечает бы по общим правилам (распространяется на общественные надобности, шараши-пиво (распространение на общественные потребности), или когда он сообщает более детальные общественные сведения, чем предусмотрено в законе (например, в размере размера покупок ценны), что на практике потребности весьма редки. Ограничительные оговорки устранили необходимость оснований для законоположений *отого обязательства*. Они имеют лишь роль отменить гарантию. Впрочем, ст. 1628 постановляет, что, несмотря на отмену гарантии, продавец продолжает нести ответственность за свои личные действия. Противоположное правило не является предпочтительным, так как нельзя сложить в себя ответственность за умышленное причинение вреда. Но следует отметить этот случай с тем, когда продавец специально сохранил за собой некоторые притязания в отношении проданных им предметов и возмещает для себя право предъявлять их, по отношению к себе и этим отношениям ответственности; такое удержание действительно, так как здесь нет злого умысла.

Ст. 1629 постановляет, что, несмотря на условие о сохранении ответственности за гарантию, продавец обязан возратить цену купленного, если вещь отобрана по суду, так как считают, что оно возмущено без основания. Однако, это постановление не распространяется, продавец может быть освобожден от возращения в том случае оговоркой, если признали продажу совершенной за риск и страх покупателя. Договор становится относительным. Условно так же ст. 1629 не применяется, если гарантия покупателю общей оговоркой в договоре, и если в то же время доказано, что покупатель по времени продажи знал о том, что имущество было заложено об зловещих, обременяющих законодательную недвижимость.

Весьма интересно, применительно законопую гарантию, как отмечено общие нормы, подлежащие ограничительному толкованию.

4. Действие условий о гарантии. Нормы о гарантии не имеют нарушению владения покупателем или условия погашения в течение 30 лет со дня аукциона (ст. 2262 в сочетании со ст. 2261).

5. Гарантия за пороки вещи, действующая независимо для расторжения договора. Она должна в обязательном порядке обеспечить владение в целях пользования, и тому обеспечивающим должны известные серьезные недостатки, должны быть признаны для того обязательства, и поэтому не распространяется. Соответственно таковы пороки ве-

щи, по характеру весьма разнообразны — пороки конструкции, отсутствие определенного качества и пр., — берет за собой ответственность продавца.

Принципиальное основание этой ответственности отличается от содержания гарантии за аукцион. Ее историческое происхождение отчасти другое: она восходит к римским искам римского права — *actio redhibitoria* (иск о расторжении договора) и *actio quanti minoris* (иск об уменьшении покупки цены).

Система общего права введена в ст. 1641 в ст. гражданского кодекса. Но она не относится к одному очень важному случаю — к случаям продажи домашних животных, на которых распространяется особое законодательство. Отсюда подпадает рассмотрение дальнейшего.

А. Подотчетное общего права. В принципе искания продавца порождает гарантию; это вытекает из общего характера терминов ст. 1641, говорившей о «проданной вещи».

Ст. 1649 делает, впрочем, исключение, для случаев продаж, совершенных по распоряжению суда. Эта статья должна толковаться ограничительно; она применяется только к продажам, для которых обращение к суду обязательно (продажи крепостного имущества, продажи имущества несовершеннолетних), но не к тем продажам, когда стороны добровольно обратились за содействием к суду (продажи с аукциона, совершаемые двуспособными).

1. Условия осуществления этого средства защиты. Необходимы четыре условия для того, чтобы недостаток вещи послужил основанием для гарантии:

a) Необходимо, чтобы недостаток верно отражался на полезности вещи. Недостаточно, чтобы он уменьшал «приятность» вещи. Необходимо, чтобы вещь была «приспособлена к употреблению, к которому она предназначалась» (ст. 1641).

b) Недостаток должен быть наличием до продажи, во крайней мере в принципе (Касс., 8 марта 1892, Д. 92. 2.104). После продажи риск переходит на покупателя (ст. 1138).

c) Порок должен быть скрытым (ст. 1643). Продавец не отвечает за явные пороки, потому что предполагается, что покупатель осмотрел вещь и купил, зная положение дела. Если этого не было, покупатель допускает недобросовестность, за которую должен нести последствия.

d) Наконец, необходимо, чтобы порок был неизвестен покупателю. В самом деле, даже скрытый порок может быть известен покупателю. Тогда он считается отказавшимся от гарантии (ст. 1641, в конце).

При наличии этих четырех условий продавец отвечает, даже если он добросовестен (ст. 1643).

2. Действие. Покупатель имеет выбор между двумя исками, соответствующими двум римским искам римского права:

¹ Римские и французские правила за себя сив, т. X, искусство, 125 и сл.

а) он может требовать расторжения и продажи (actio redhibitoria). Тогда он должен вернуть вещь, если она еще существует. Если она погибла вследствие ее плохого качества, тобыть возлагается на продавца (ст. 1647). Покупатель получает обратно цену, а также надбавки по содержанию договора. Он может также получить возмещение убытков, если продавец был недобросовестен (ст. ст. 1644—1646). Этот иск не дается, если вещь погибает от случайного события (ст. 1647, § 2).

б) Он может оставить вещь за собой и требовать уменьшения цены (actio aestimatoria или quanti minoris). Размер уменьшения определяется экспертами (ст. 1644, в конце).

Эти два ища должны продолжаться, по выражению ст. 1648, в краткий срок, определяемый в соответствии с местными обычаями, а при отсутствии обычая, его определение передается на усмотрение суда. Этот срок есть срок утраты права, определяемый, но допускающий ни отсрочки, ни перерыва.

Согласно, устраняющее гарантии, возможно при условии, что продавец добросовестен, т. е. не знает о пороке вещи. В противном случае был бы обман (ст. 1643, в конце).

Понятие плохого качества, служащего основанием для расторжения договора, представляет аналогию с понятием существенного заблуждения. В обоих случаях покупатель не знал подлинного состояния вещи; больше того, оба критерия — существенное заблуждение и определенная коммерческая категория; порок, дающий право расторгнуть договор, это порок, который дает вещь пригодной для назначения, которое предполагалось ей придать. Однако, эти два понятия не тождественны. Понятие существенного заблуждения уже включает пороки, дающего право на расторжение договора; оно предполагает, что есть ошибка в более существенном качестве, относящемся к самой природе вещи. Также и доказательство, возлагаемое в этом случае на истца, труднее. Он должен установить, не только, что вещь непригодна для пользования, на которое хотели ее употребить, но что она с точки зрения торговой линии отличается от той, которую хотели приобрести. С другой стороны, иск в случае заблуждения это — иск о недействительности сделки, предполагающей давность в 10 лет, а не в короткий срок ст. 1648. Этот иск не превращается, вследствие уменьшения цены (см. *Vuillard & Fribert. La nature juridique de la garantie du vendeur pour les vices cachés*, Rev. trim., 1903, стр. 259 ca.).

В. Специальное положение в случаях продажи домашних животных. Положение гражданское не удовлетворяло практику применительно к продаже домашних животных. Главнейший недостаток этих общих

норм — неопределенность понятия порока, дающего право на расторжение договора, вследствие чего происходит элемент неясности. Было трудно определить случаи, когда животное непригодно к своему использованию. Кроме того, было необходимо определить срок для предъявления ища. Это послужило предметом закона 20 мая 1838 г., заменившего законом 2 августа 1864 г.

Это законодательство отличается от общих правил в следующем:

а) Оно дает исчерпывающий перечень пороков, дающих право на расторжение сделки (закон 1838 г., ст. 2, с изменениями по закону 31 июля 1836 г., ст. 2, и закон 23 февраля 1865 г., ст. 2).

б) Оно определяет срок для предъявления ища в 9 месяцев (кроме одного специального случая, когда срок увеличивается до 18 дней, ст. 5).

в) Иск допускается только при продажах с ценою в 100 франков для ища (ст. 4).

С этими замечаниями иск о расторжении договора и иск об уменьшении цены остаются на выбор покупателя. Но у продавца есть специальное право. Он может уклониться от ища об уменьшении цены, предложив покупателю принять от него обратно животное и возратить ему цену (ст. 3).

Это законодательство оставалось недостаточным для тех случаев, когда продано животное, страдающее заразной болезнью. Ибо здесь дело идет не об одном только интересе покупателя; интерес публичного порядка требует более энергичных мер, чем простое ища о гарантии.

Отсюда новая категория законодательных постановлений, которые исключили из категории пороков, дающих право на расторжение договора, заразные болезни, чтобы подчинить их новой системе.

Принцип этой новой системы формулирован в законе 21 июля 1881 г. о санитарном надзоре в отношении животных, ст. 13, ч. 1. Здесь содержится запрещение продавать животных, больных заразными болезнями или подозреваемых в таких болезнях. Кассационный суд на это сделал заключение, что эти животные изъяты из торгового оборота, и что их продажа — ничтожна по соображениям публичного порядка (Касс., 20 июля 1883, S. 924.393). Это было правдиво; на ничтожность не может влиять каждый заинтересованный и в течение неопределенного срока, в соответствии с классическим условием о недействительности сделок. Также закон 31 июля 1885 г. в принципе санкционировал практику кассационного суда, но смягчил ее последствия. Продавца ничтожно в силу закона, т. е., у покупателя нет ища выбора, а суду не предоставлено права оштрафовать порока. Но вследствие недействительности может только покупатель. Срок — по общему праву 45 дней, в отдельных случаях этот срок увеличивается или уменьшается (см. также закон 23 февраля 1865 г., ст. 4).

См. Закон 1895 г., измененный ст. 2 закона 23 февраля 1905 г., предусматривает порочен, данное право на расторжение договора, только в случае под действием закона 1884 г. Нужно заметить, что бывший акт порочен, данный право на расторжение договора, до пороков развития скота, а только заразные болезни, на которые распространяется действие закона 1895 г.¹

В итоге, в отношении домашних животных теперь возможны три случая: 1) порок, данный право на расторжение договора, трамбуется в ветеринарных актах закона 1884 г.; 2) заразные болезни (закон 1895 и 1905 гг.); 3) пороки случаев порочения, указанные в перечне, или заразных болезней, проданы действующим, без всякой гарантии, если нет специального соглашения.

II. Гарантия при договоре найма. Сдатчик обязан в отношении наймателя обеспечить ему пользование предметом вещи в течение срока найма. Это обязательство — сделать (facere). Сдатчик обязан не только передать право пользования, наймателю, как собственнику с т. н. полным правом в отношении usufructuaria. Он, кроме того, обязан и положительным действием: обеспечить вещь в хорошем состоянии, передать ее, поддерживать в течение срока найма (напр., производить все необходимые поправки), за исключением мелких поправок, так называемых «мелких работ» наймателя, которые лежат на обязанности наймателя, ст. ст. 1719—1720). Это обязательство переходит по наследству. Оно возобновляется в течение всего срока найма.

Это главное обязательство, хотя само по себе совсем не отличается от обязательства продавца, содержит дополнительные обязательства, различные обязательства продавца. Пользование имуществом, или владение имуществом, должно быть спокойным и свободным от предостережений и предостережений. Отсюда обязательство гарантии, также входящее в акте пунктом: гарантия против порчи и гарантии относительно пороков вещи.

A. Гарантия против порчи вещи. Она применяется в нарушении, возникающих в результате личного действия сдатчика или действия третьего лица.

а) Личное действие сдатчика. Ответственность сдатчика является личным действием, стеснением пользования имуществом, например, когда сдатчик, сдал помещенье под торговлю, делом сдал в том же доме другому купцу магазин для продажи и тем одновременно торговал (см. интереснейший случай в решении Верховного суда, 26 декабря 1902, S. 4903, 2, 303). Во

¹ В частности туберкулез рогатого скота возмнил затруднение по порочению скота, закон 1905 г. породил типично типично в том смысле, что закон дан в ливитов, исключая обязательной ответственности помещателя имущества. Нужно до помнить, что при совместности, ответственности, см. ст. 1719, S. 90, 2, 103). Закон 1905 г. предусматривает, что при покупке имущества, если он сдал в аренду, он должен возместить вещь, которая не.

всяком случае, ст. 1724 обязывает наймателя допустить производство неотложных исправлений.

б) Действия третьего лица. Два случая подлежат рассмотрению.

aa) Стеснение является результатом простого действия и т. н. не содержащих юридической ответственности на предмет займа. В этом случае сдатчик не отвечает (ст. 1725).

Особое затруднение возникает, когда стеснение исходит от наймателя, исходящего в договорных отношениях с тем же самым сдатчиком. Например, найматель находит малуется на стеснение, причисленное другим наймателем; отвечает ли собственник? Если стеснение причислено нормальным и обыкновенным осуществлением прав, вытекающих из займа, собственник будет отвечать, так как в основе здесь лежит его личное действие, причисленное стеснение. Так будет в том случае, если он сдал помещенье промышленнику для того, чтобы тот устроил мастерскую, работа которой связана со стеснением соседей. И наоборот, если стеснение является результатом фактов, не зависящих от осуществления займа, сдатчик не будет отвечать; например, когда найматель оставил открытым край, вследствие чего затоплена иная расположенная квартира (см. Cass., 17 июля 1900, S. 90, 1, 321).

bb) Когда стеснение заключается в себе претязанию и право на сие имущество, например, когда третье лицо инципрует сие имущество или претендует на осуществление сервитута на это имущество, сдатчик должен тогда предоставить наймателю гарантию, т. е. должен его защитить по его просьбе. Он должен будет согласиться на уменьшение наемной платы, если найматель вследствие вна встретит препятствия для пользования (ст. 1726).

Эта система помещает гарантию за стеснение в праве и за экипацию при продаже. Но она представляет в существенную разницу по сравнению с той системой. Покупатель, и которому предъявлен век третьим лицом, имеет возможность предъявить продавца и делу в целях гарантии, но он не обязан это делать; он может записаться против века на свой риск в страх. Напротив, найматель не может записаться ови. Он должен признать, что найматель, не имеющий позитивного права на вещь, не может защищаться против лица, которое заявляет право на эту вещь.

B. Гарантия за порочение вещи. Ст. 1721 возлагает на наймателя ответственность за порочение, «естественное пользование» вещь. Это не нужно понимать в смысле абсолютного претязания; достаточно серьезного неудобства при пользовании имуществом, но не простого уменьшения ценности (плохая тиг в трубах, делавшая невозможным пользование для жильцов Аншю, 4 августа 1888, S. 89, 2, 39). Нужно, чтобы порок не был известен наймателю и чтобы он не был виноват (Барон, 3 июля

1892, 8, 84, 2, 79). Но не важно, является ли он наймодателем (ст. 1721, ч. 1). Этот последний должен дать гарантию лишь за порочит, явившийся по условиям договора. Эта разница по сравнению с гарантией, которую должен дать продавец, связана с различным характером обязательства наймодателя.

Существенное условие влечет за собой расторжение договора или уменьшение цены платы. Оно может повлечь также возмещение убытков (ст. 1721, ч. 2).

Отделение II

ВЕНСКОЛИКНИЕ, ЗА КОТОРОЕ ДОЛЖНЫ НЕ ОТВЕЧАТЬ. УСЛОВИЯ РИСКА¹

Постановка проблемы. Предположим, что нормальное исполнение невозможно вследствие события, которое нельзя поставить в вину должнику. Стороны оказываются попеременно взаимными потерями. Которая из сторон должна быть за это отвечать? Таков вопрос о риске. Когда рассматривает вещь исключительно как предмет вещного права, помимо всякого обязательства, относящегося к ней, распределение риска гибели или ухудшения вещи не затруднительно: гибель относится на субъекта права, *res perit domino* (вещь погибает за счет собственника). Наоборот, когда вещь составляет предмет личного права, можно ли возложить ущерб от гибели вещи кредитор или должника? Принципиальное решение, данное в ст. 1302, заключается в том, что должник освобождает случайной гибель вещи или случайная невозможность исполнения. То же бывает, когда не исполнено является следствием недостатка силы. Следовательно, риск лежит на кредиторе.

Это правило не применяется к обязательствам предоставлять вещь, определяемые родовыми признаками; мы видели, что такие вещи не погибают. Следовательно, возможно освобождение должника вследствие гибели вещи. Так и ст. 1302 имеет в виду только обязательства предоставлять индивидуальные вещи или что-нибудь сделать.

Эти очень простые мысли не удовлетворяют, когда рассматривают обязательства, возникшие из синаллагматических договоров. В этих случаях и относится проблема риска. В синаллагматическом договоре имеется два взаимных обязательства. Предположим, что одно из них имеет предмет индивидуальной вещь, которая погибает случайным образом или вследствие непреодолимой силы, либо действительно, которое становится случайно невоз-

можным. Ст. 1302 объявляет, что обязательство прекращается. А что станет с другим обязательством, соответствующим первому, с обязательством предоставить аванс? Прекратится ли в силу и то же самое время или будет существовать? Таким важным аспектом вопроса о риске. Например, продавец индивидуальной вещи освобождается от своего обязательства передать вещь, раз она случайно погибла. Но освобождается ли покупатель от своего обязательства уплатить цену? При утвердительном ответе риск лежит на продавце, который теряет вещь без аванса; в противоположном случае риск на покупателе, который должен платить цену, но получает вещь.

Можно формулировать определенную таким образом проблему следующим образом: «Если даны два взаимных обязательства, возникших из одного и того же договора, и одно из них прекращается, потому что в силу случайной причины исполнение стало невозможным, то остается ли другая сторона обязанной исполнить свое обязательство?» (Панильоль и Рипар, цит. соч., т. II, § 1374).

Панильоль показал, что по этому вопросу в нашем праве есть два решения: одно, которое является общим правилом, и второе, сформулировано; другое, исключительное правило, содержится в ст. 1136. Эта последняя применяется в очень частных и весьма важных практических случаях, например, при продаже. Таким образом, часто делается исключение из общего правила, и это является все тем же.

Мы изучаем сначала общее правило, а потом — исключение из него.

§ 1. Общее правило

Прекращение обязательства одной из сторон вследствие случайной невозможности исполнения влечет прекращение обязательства другой стороны.

По своему оба обязательства, возникшие из синаллагматического договора, взаимно опираются одно на другое. Одно есть основание другого, и как не могут они возникнуть одно без другого, так не могут они существовать одно без другого.

Некоторые применения этого принципа можно найти в законодательных актах: ст. 1722, когда нанятая вещь случайно погибает, обязательства наймодателя и наймателя в одно и то же время прекращаются на будущее; ст. 1790; рабочих, получивший материал для работы, не имеет права на оплату труда, если изготовленная вещь погибнет по ее сдаче, за исключением лишь того случая, когда гибель вещи является следствием влохого качества материала; согласно ст. 1867, ч. 1, товарищество прекращается, если один из товарищей обанкротился, а качество капитала. Передача право собственности на вещь, а вещь погибла до перехода права собственности.

¹ Ср. Collo et Capitani, *loc. cit.*, т. II, § 91 сд.; Josseland, *op. cit.*, т. II, § 266 сд.; Planiol et Ripart, *loc. cit.*, § 1381 сд.; Ch. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, т. VIII, § 273 сд.; Baudry-Lacantinerie et Planiol, *loc. cit.*, т. I, § 419 сд.; Planiol et Ripart, *Traité pratique de droit civil*, т. VI, при участии Esmein, § 412 сд.; Capitani, *La cause dans les obligations*, § 122 сд.

Вот принцип признания судебной практикой (Hugo, 16-е издание 1801, II, 91, § 329) Кассационный суд складывает чрезвычайно строгие обязательства со ст. 1134. Но это неправильно, потому что в некоторых случаях по воле стороны, за которую ст. 1134 предостерегает исполнителем другой стороне предвзятости отчасти и потому позволяет другой стороне предвзятости или в отношении. Наоборот, в нашем случае невозможно иметь дело с случайной невозможностью, и взаимные обязательства превращаются в силу закона, без вмешательства суда, в силу принципа, взаимного выкупа.

§ 3. Исключительное правило

Ст. 1138 представляет собой исключение из общего правила. В силу этой статьи, например, когда обязательство пережить проданный дом не может быть исполнено вследствие разрушения здания, и обязательство продавца прекращается, должно бы равным образом прекратиться и обязательство покупателя. Покупатель не платит бы купленной цены, и только вещь должна бы продавцу. Ст. 1138 принимает это решение; риск переходит на кредитора; следовательно, на покупателя, в момент совершения договора; покупатель будет обязан уплатить цену, ничего не получая. Это решение имеет большую практическую важность, потому что оно применяется к синаллагматическим, самым распространенным договорам, но всем тем, которые имеют предметом перемену права собственности на индивидуальную вещь или передачу другого вещного права. Таким образом, это решение является скорее от глас. Такого рода существование принципиального правила, взаимного выкупа.

Другое основание отклонило в обход с правильного пути это решение. Желая провести принципы римского права, которые очень трудно выразить разумными соображениями в которых сам римский закон принят или исключение в силу исторических причин. Таким образом и ввиду смысла и значимости решения в начале ст. 1138, такой по себе очень простой и очень ясный (см. Saville, Théorie gén. de l'obl., том. 181 и сл., в Planiol et Ripert, loc. cit., т. II, том. 134 и сл.).

Поэтому необходимо помнить разумное объяснение этого правила, прежде чем изложить юридическое учение и критику, к чему следует пройти него вытекают.

А. Рациональное объяснение правила ст. 1138. Мы считали, что прекращение обязательства одной из сторон, вследствие невозможности, пеняется последствием случайной смерти или непреодолимой силой, плочет на себя

¹ [Судебная практика признает требование ответственности требовать исполнения ст. 1134, но если бы дело шло о неисполнении обязательств. См. доклад министра Панаццо, в B. P. 1891, I, 329; Франк, в Arch. 1820, §. 1821, I, 236].

предпринимать обязательства другой стороны. Сама собой очевидно, что это правило не может быть применено, когда случайное событие наступит после исполнения обязательства. В этом случае должник сделал обещанное предоставление. Предмет предоставленного предмета и имущество кредитора, который с этого времени должен нести риск, уже не на кредитора, а на собственника, вследствие примененной афоризма *res perit domino*, вещь погибает за счет собственника. Если, следовательно, кредитор не исполнил со своей стороны своего обязательства по отношению и должнику, он остается ответственным перед ним. Он должен будет заплатить, хотя лишился выгоды от предоставленного. Таким образом, если только переключит тяжесть риска, переключит его с должника на кредитора.

Ст. 1138 принимает просто и в чистом виде эту идею. Действительно, предположим обязательство таким, каковы они оказались бы исполненным при заключении договора. Сообразно с всем тем, что мы только что видели, со времени договора риск будет на стороне кредитора, обязанного исполнить свое обязательство, хотя он лишился выгоды от предоставленного должника.

Но в нашем праве существует целая категория обязательств, очень важная, которые считаются исполненными с момента заключения договора: это — обязательства о перемене права собственности на индивидуальную вещь. Это переменение осуществляется самим договором, независимо от какой-либо реальной передачи. Ст. 1138 сама это провозглашает. Вот почему эта статья решает, что при синаллагматических договорах, направленных на перемену права собственности на индивидуальную определенную вещь, риск переходит на кредитора со времени заключения договора. Правило, относящееся к риску, есть вытек из принципа, относящегося к перемене права собственности. Кредитор несет риск с момента заключения договора, потому что он становится собственником с этого момента. Сама редакция статьи в своем изложении достаточно это показывает. Статья дает простую формулировку очевидного положения *res perit domino*. Покупатель несет риск, потому что он собственник вещи.

Это правило, понимаемое таким образом, получит применение на всем синаллагматическим договорам, которые переключают право собственности на индивидуально определенный предмет, и продаже, мене, наравне с которым можно поставить дарение с возмездием обязательства, когда одаренный, став собственником подаренной вещи, остается ответственным за неисполнение обязательства, несмотря на случайную утрату вещи.

Наоборот, оно не получит применения, если предположить, что договор, направленный на перемену права собственности, не осуществлен сам по себе или передан права. Этот случай, хотя и мало встречающийся на практике, может однако иметь место в силу синаллагматических соглашений между сторонами, например, в силу отсрочки, по которой право собственности должно перед-

ны и покупателя только в результате фактической передачи вещи. И правоотношение между продавцом и покупателем возникает в момент передачи вещи. Так как переход риска есть следствие перехода права собственности, мы скажем, что за это последнее в праве риска наступает на продавца; в случае гибели вещи покупатель освобождается от своего обязательства уплатить цену; здесь мыслают под действием общего принципа.

При таком объяснении, правило ст. 1138 не представляется ни общим, ни исключением из общего логического принципа одновременного прекращения двух соответствующих обязательств. Оно применяется к случаю, не предусмотренному этим принципом. Оно предполагает по существу, что случайное событие наступает тогда, когда оба обязательства еще существуют одновременно, т. е. до исполнения обязательства переноса права собственности. Правило ст. 1138 предполагает, наоборот, что до собственности. Правило ст. 1138 предполагает, наоборот, что до собственности. Правило ст. 1138 предполагает, наоборот, что до собственности. Правило ст. 1138 предполагает, наоборот, что до собственности.

В. Традиционное объяснение. По традиционному объяснению, принцип ст. 1138 есть чистое изъятие из общего принципа.

Чтобы его понять, нужно обратиться к римскому праву. Римские юристы подметили общий принцип одновременного прекращения двух корреспондирующих обязательств. Лabeon (D, XIX, 4, 50) сформулировал его, как это сделали мы, вдобавок доброй совестью. Но в это правило было внесено очень замечательное исключение на случай продажи. Если вещь погибала от случайного события до передачи, покупатель оставался обязанным уплатить цену; он не риск (Inst. Юст., III, 23, 3: *periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit*, риск гибели проданной вещи немедленно переходит к покупателю, хотя бы эта вещь и не была до этого передана покупателю). Это правило позднее было распространено по аналогии на менажу. Впрочем, оно было спорным, и во всяком случае, это не было общим принципом.

Как понять это изъятие? Его нельзя объяснить так, как это мы сделали в отношении ст. 1138, потому что в римском праве продажа не переносит сама по себе права собственности. Переход права собственности может быть следствием только специального акта: эманципации, или акта ознания (доушии на суде) или передачи. До того покупатель только кредитор. И все-таки риск лежит на нем с момента договора.

Упоминание всегда означивалось в тушке перед этим и делами много делами римского объяснения, но имеющих значение. С. 1138. *Manuel de droit romain*, 8-е изд., стр. 581 сл.; *Manuel de droit romain*, т. II, стр. 180—181). Там же критика, что объяснение менажу — исторического порядка. Риб-

ное правило в области продажи является переносом. По распространению мнению допустимо, что оно возникло в эпоху, когда продажа не была еще консенсуальным договором, а осуществлялась посредством двойной стипуляции, причем покупатель стипулировал вещь, продавец стипулировал цену. Эти две стипуляции перенесли на односторонний обязательство, но изменили одно от другого. Одно могло существовать, несмотря на прекращение другого вследствие гибели вещи. Таким образом, сторона, которая обладала вещь, могла оставаться кредитором по требованию цены, хотя сама и была свободна от обязательства вследствие гибели этой вещи. Позднее, когда договор продажи стал консенсуальным синаллагматическим договором *bonae fidei* (добрый совестью), следовало бы, толкуя в соответствии с предположенным намерением сторон, изменить это правило, признав, что предположенное намерение сторон было здесь, как и в других случаях, направлено на то, чтобы обязательство каждой стороны прекращалось, как только прекращается обязательство другой стороны. Но традиция сохранилась до последнего этапа римского права.

Она удерживалась даже за пределами римского права. Старая французская судебная практика восприняла римское правило и сообщила его в искусство: *res perit creditori* (вещь погибает на риск кредитора). В старом праве, как и Риме, договор не переносил сам по себе права собственности. Однако, риск был на кредиторе вещи в promissu между договором и переносимым права собственности, и он нес его не в качестве субъекта права, а в качестве кредитора (см. Потье, Продажа, ном. 307). Традиционное объяснение ст. 1138, поскольку оно применяется к риску, состоит только в заявлении, что эта статья подтверждает афоризм, извлеченный старым правом из римского права: *res perit creditori*. Следовательно, принцип был не извлеченный от права, отмененный и перенесенный права собственности; это было просто продолжением старой традиции.

С. Критика традиционного объяснения. Это объяснение неправильно. Ст. 1138 противит со старой традицией, подставляя на место *res perit creditori* — правило *res perit domino* совершенно с рациональным объяснением, данным выше.

И это по трем основаниям:

(1) С логической точки зрения: мы видим, насколько объяснение, считающее переносом риска с переносом права собственности, просто и естественно, и логически связано с общим принципом в области риска. Наоборот, положение *res perit creditori* может быть объяснено только историческими основаниями, замечательными из древнейшего римского права, которое невозможно перевести в современное право. Однако, пытались его опровергнуть. С помощью синаллагматического договора, оба обязательства юридически связаны в том смысле, что они не могут возникнуть одно без другого. Они служат

е живании одно для другого. Но раз возникнув, они стабилизируются, и одно может прекратиться, тогда как другое — существовать. Но это obviously поощряет на обмен, существование. Но это obviously поощряет на обмен, существование. Но это obviously поощряет на обмен, существование.

2) С исторической точки зрения, положение *res perit creditoris*, которое нельзя опровергнуть логически, подтверждается *сильным исповеданием в XVII и XVIII столетиях*, именно со стороны Пuffендорфа и Бербаура, которые, от кривизны собственности права, признавали необходимым порвать с римской традицией. вещь должна оставаться на риске продавца, поскольку он — ее собственник; риск должен перейти на покупателя только с правом собственности: *res perit domino*. Следовательно, если вещь погибает между продажей и передачей, покупатель должен быть освобожден от обязательства уплатить цену.

3) Статьи закона доказывают, что гражданский кодекс не стал санкционировать это мнение, отличающееся от старого права. Мы уже обратили внимание на редакцию ст. 1138, которая предостерегает распределение риска, как следствие на продажу в переходе права собственности. Это первое впечатление подтверждается подготовительными работами: «Кредитор становится собственником немедленно по наступлении того момента, когда должна быть совершена передача вещи. Тогда у кредитора не простое право требовать вещь, но — право собственности. Следовательно, если она погибает, ответственность в преобладающей силе для случайного события, наступивших после того, как она должна была быть передана, гибель вещи относится на счет кредитора по правилу *res perit domino* (Фенк, т. XIII, стр. 230). Иной раз, ст. 1138, ч. 1 и 2, дает аргумент в пользу этого толкования. Она предполагает общение со стороны товарища внести в общее имущество право собственности. Если вещь погибает до того, как участники товарищества стали со-собственниками этой вещи, то-

варищество прекращается; если она погибает после того, как перенесение права собственности осуществилось, товарищество сохраняется. Следовательно, риск переходит на участника товарищества с лица, делающего взносы, одновременно с правом собственности. Они не получают риска, пока они только кредиторы. Здесь также имеется соотношение между переходом риска и переходом права собственности.

В заключение Гражданский кодекс санкционировал не рациональное правило *res perit creditoris*, а рациональное *res perit domino*; такой же разрыв с римской традицией утверждается и в более поздних законодательствах (ст. 446 герм. гражд. улож.).

Независимо от большого теоретического интереса, имеется ли практический интерес и выбор между этими двумя положениями? Он, конечно, был в старом праве, когда продажа не переносила сама по себе права собственности. Покупатель до передачи вещи был кредитором, не будучи собственником; поэтому было важно знать, выделяется ли бремя риска с его помещением, как кредитера, или как собственника. С изданием гражданского кодекса этот практический интерес сильно уменьшился. Покупатель — собственник со времени совершения договора. Следовательно, он одновременно и кредитор и собственник; оба положения одинаково возлагают на него риск. Впрочем, интерес этого выбора будет важен, если предположить, что стороны своим соглашением отложили перенесение права собственности до известного срока. Тогда, до наступления срока, покупатель — кредитор в отношении вещи, не будучи собственником; при нашей системе риск будет на продавце, при традиционной системе — на покупателе. Впрочем, это — случай, редкий в жизни; примера его в судебной практике не найти.

То же участие надо применить и в случае частичной гибели или ухудшения.

Отделение III

НЕИСПОЛНЕНИЕ, ЗА КОТОРОЕ ОТВЕЧАЕТ ДОЛЖНИК. ТЕОРИЯ ВОЗМЕЩЕНИЯ ВРЕДА

Мы видели, каково взаимное положение должника и кредитора, когда неисполнение нельзя поставить им в вину. Оно поощряется на такой идее: когда причина неисполнения не в должнике, его обязательство прекращается вследствие невозможности исполнения, явившейся следствием случайного события *force majeure*.

Здесь иной случай. Причина неисполнения в должнике. Таким образом, он не освобождается от обязательства. Его обязательство, наоборот, может стать более тяжким, если невозможное причинило вред кредитору. Только это предельно, в силу закона.

должник. Должник будет должен денежную сумму, возмещение убытков.

Идут различия два случая. Или наступают неисполнение или частичное, либо или частично, потому что должник в какой-то момент частично исполнил, например, уплатил часть долга — кредитору. Тогда возмещение вреда имеет место — вредителю. Это возмещение убытков, имеющее место исполнением. Или же имеет место простая задержка должника, а нужно вознаградить кредитора за эту задержку: возмещение убытков вознаграждением за просрочку.

Возмещение убытков отличается от того, с которым мы встречаемся по поводу общей теории гражданской ответственности (ст. 1382 и сл.). Должник должен в данном случае платить сумму за неисполнение обязательства, уже ранее существовавшего между лицами, которые уже были кредитором и должником в силу определенного юридического отношения. Обязательство возмещения убытка есть только продолжение этого предыдущего обязательства, у которого просто изменился предмет. Наоборот, в случае статьи 1382 и сл., не было предмета существовавшего обязательства, возникшего из определенной правовой сфeры. Возмещает долг, по которому ничего не было. Отсюда, между двумя возмещениями — различия в делах, которые мы отметим.

Обе категории убытков, имеющие характер полной компенсации и вознаградительны за просрочку, подлежат одинаковому режиму правды: вознаграждение — всегда действительное. Это по существу и немыслимо, но это вытекает из того, что деньги — единственная общая измерительная ценность. Суд не может, не применяя своих принципов, присудить и чему-нибудь другому, кроме денежной суммы¹.

Также в случае неисполнения обязательства о платонической сумме не бывает убытков, имеющих значение компенсации. Суды могут присудить только следующую сумму, а не аннулировать случаи. Долгов этого рода возможны только убытки за просрочку.

¹ Казовый принцип признает, однако, в некоторых случаях более определенное правило. Ср. Крамер, *Principles of Obligations*, изд. 1907, т. II, § 435. Таким образом, признавая действительным договор, неисполнение или неисполнение, или, наоборот, сохранение силы за договором, возмещение возмещения, признавая необходимость возмещения убытков, предполагая, что он совершил ошибку, полагая, что в первом случае способен вознаградить. При делении, а именно, в случае действительного неисполнения, прома должник суммы, в случае неисполнения о действительном судебном решении в процессе в качестве возмещения (Пен, *op. cit.*, т. II, § 435, 1926, § 1926, 1. 299, почитает за должником возмещение). Однако, в договорной области, как и должником, требуя, чтобы не признавали действия должника, можно ли должник вознаградить действия должника, признавая, а именно, обязанность вознаградить, если, в спорных случаях для исполнения долга. Гринд, 4 *op. cit.* 1924, § 1925, 1. 77, доводит возмещение Луи Гольдштейн.

рочку. Возмещение убытков с возмещением вознаградительности может только при обязательных «долгах», или «не делая», или при обязательных «делах» какую-либо другую вещь, право, право.

Мы рассмотрим в трех параграфах: 1) Возмещение убытков в целях компенсации; 2) Возмещение убытков за просрочку; 3) Сравнение ответственности за неисполнение обязательства и ответственности за действие, причиняющее вред. Наконец, в приложениях мы рассмотрим ответственность за неисполнение в случае неустойки.

§ 1. Возмещение убытков и цели компенсации

Необходимо, прежде всего, определить случаи, в которых такое возмещение следует, а затем способ подсчета их размера.

I. Случаи, в которых следует возмещение таких убытков. Необходимы два условия: чтобы неисполнение причинило убыток кредитору; чтобы неисполнение можно было поставить в вину должнику.

A. Убытки, причиненные кредитору. Кредитор, который по поводу никакого ущерба, не заинтересован в предъявлении иска: нет интереса, нет вреда. Там же стоит дело, когда можно доказать, что нормальное исполнение не дало бы кредитору никакой выгоды. Например, кредитор, давший поручение относительно выдачи ипотеки, упустил это сделать; но доказано, что ипотека, если бы она и была выдана, не могла бы изменить *reser* ипотеки, не могла бы при определенных обстоятельствах ничего дать. Кредитор не потерял ущерба от факта упущения выдачи ипотеки.

Отсюда следует, что возмещение убытков не может даваться наряду с действительным исполнением. Это прямо сказано в ст. 1229 для сравнительного случая возмещения убытков, определенных неустойкой.

В случае частичного неисполнения возмещаемая сумма убытков должна быть уменьшена, т. е. доведена до суммы реального ущерба.

Доказательство этого вреда падает на кредитора, или на ответчика, в зависимости от его иска в суде. Он не может просить возмещения ущерба, не установив его.

B. Ответственность за вред. Чтобы судить о случаях, в которых должник отвечает, имеет место возмещение из четырех категорий. В трех первых должник отвечает, в последней он не отвечает, за исключением того случая, когда он допустил просрочку. Неисполнение может быть следствием умысла, небрежности, активного действия, пассивности, случайности, события либо непреодолимой силы.

1. В случае умысла должник всегда отвечает, по разнице степени серьезности умысла: *in aliiis non est id diligendum* (недобросовестности не следует возмещать). Умысел характеризуется намерением причинить вред.

2. В случае небрежности, наоборот, необходимо делать различие. Должник не может быть признан всегда ответственным за любую небрежность. Выходит вина или непредусмотрительность такой легкой, что классный их допускает на какому-нибудь а было бы несправедливо возлагать на должника ответственность за них. Кредитор должен бы их предвидеть, оказавши кредит должнику. Это — риск, который он принял на себя. Это принятие риска является, равно бы не был источник обязательства. Но это трудно можно объяснить для договорного обязательства. Но это замечание одинаково правильно и в отношении обязательств, возникших независимо от воли кредитора: от него зависело потребовать себе уплаты наличным; оказание кредита есть акт воли, следовательно в себе принятие риска.

Наоборот, в случаях ответственности за действие, причисляемое кред. по зависящий от какого-либо ранее существовавшего обязательства, нет никакого акта воли кредитора, следовательно, нельзя считать, что он принял на себя риск. Таким образом, в этом случае вина *levissima culpa venit* (присваивается по минимуму даже самая легкая вина). Это различие, впрочем, ослаблено необходимостью определить *culpa levissima* по абстрактному типу. Но этот абстрактный критерий понимается неодинаково двумя теориями.

Одна из них, послужившая названию теории ответственности за вину, старалась определить, на какой степени вины начинается ответственность. Решения старого права, очень искусственные в этом пункте, были отклонены гражданскими кодексами.

Новые старые авторы думали пойти в текстах Digest классификацию видов вины по трем категориям: грубой вине, *culpa lata*; легкой вине, *culpa levis*; совсем легкой вине, *culpa levissima*. Грубая вина — та, которую невнимательный человек не допускает в своих личных делах; легкая вина — та, которой не совершал бы лицо средней предусмотрительности; самая легкая вина — та, избежать которой мог бы только исключительно заботливый человек. Принимая такую классификацию, выставляли следующее правило. Если договор был заключен единственно в интересе кредитора, должник отвечает только за грубую вину; если договор был в интересе и кредитора и должника, последний отвечает за легкую вину; наконец, если договор был исключительно в интересе должника, он отвечает за самую легкую вину (см. *П о т т е*, Обязательства, том. 124).

Эта теория, встретившая нападку в 1766 г. со стороны Лобриера (Le Briere), адвоката из Парижского парламента, была окончательно разрушена в XIX столетии Гассе. Действительно, теперь они признавали в умислу, в вину легкую, для вину и собственному умыслу. Эта легкая вина вообще означалась по тому способу, каким собственник управляет своими делами, т. е. по абстрактному типу: *culpa levis in abstracto*.

В виде исключения, при некоторых договорах она определяется по степени заботливости, которую должник применяет фактически к управлению своим собственным имуществом: *culpa levis in concreto*.

Гражданский кодекс не принял ни теории Потье, ни настоящей римской теории. Ощущалась потребность в более простом критерии, который и установлен в ст. 1137, ч. 1: «Обязанность заботиться о сохранности вещи, так в тех случаях, когда соглашение имеет своим предметом лишь пользу одной из сторон, так в тогда, когда оно имеет своим предметом общую пользу сторон, обязывает того, на кого возложена ответственность за сохранность вещи, прилагать все заботы, свойственные хорошему хозяину».

Следовательно, в принципе, без каких-либо различий отдельных случаев, должник отвечает за свою *culpa levis in abstracto* (легкую вину, определяемую абстрактно), и только за нее (см. применение во множестве специальных статей закона: ст. 450 — оверта; ст. 601 — узуфруктуар; 627 — пользователь; 1728 — заложитель; 1924 — продавец; 1880 — заемщик; 2080 — залог; и пр.).

На ряду с этим принятом в ст. 1137, ч. 2 дано много исключений. Много специальных статей закона ограничивают ответственность: ст. 804 — наследник, принявший наследство с условием составления описи, отвечает только за грубую неосторожность; ст. 1374, ч. 2 — ведущий дело другого лица; статьи 1927 и 1928 — повластительный вознаградитель. Во всех этих случаях должник оказывает кредитору бесплатную услугу. Отсюда — его положение более благоприятно (в смысле ответственности).

Действительно, все эти специальные тексты закона указывают критерий ответственности, почти для каждого случая особый, и это уменьшает значение общего правила, установленного в ст. 1137, ч. 1. В этом отношении следует отметить первое различие с ответственностью по статьям 1382—1383, которая определяется одним критерием.

Нередко добавляют другое различие, касающееся важности вины в области деликтной ответственности. В противуположность вине ст. 1137, достаточно даже самой легкой вины для обоснования этой ответственности. Но следует заметить, что мера заботливости определяется в соответствии с общепринятым и средним воззрением: такое понимание необходимо фактически, хотя ни одна статья закона об этом не говорит. Следовательно, здесь опять встречаем абстрактный критерий, называемый критерий ст. 1137. Впрочем, быть может, есть различие: степень заботливости, требуемая в случае ст. 1382, больше по сравнению с требуемой в случае ст. 1137, потому что нельзя сказать, что кредитор пришел на себя риск за самую легкую небрежность. Интерес этих различий, впрочем, невелик при объективных теориях ответственности, которые сводят к минимуму роль вины в ответственности за действие, причинившее вред.

Должник отвечает не только за свою вину, но и за свое активное поведение, когда этим действием он создает положительное исключение обязательства. Это указано в двух статьях закона, относящихся к особым случаям: ст. 1042 — по поводу завещания, относящихся к особым случаям индивидуальной воли, завещания ст. 1245 — в случае укушения индивидуальной воли, исключая от обязательства своим действием, даже незаконным.

4. Когда неисполнение является следствием случайного события или непреодолимой силы, должник, поскольку он не является причиной неисполнения, освобождается от своего обязательства (ст. 1302, ср. ст. ст. 1147—1148). Впрочем, в трех исключительных случаях вопрос решается иначе:

а) Случайные события можно по договору отнести на счет должника. Это — своего рода страховой договор, где должник становится страховщиком своего продукта. Этот случай предусмотрен ст. 1302, п. 3.

б) В одном случае должник отвечает за случайные события в силу распоряжения закона: когда он — в просрочке, т. е. пропустил срок исполнения, причем этот факт является основанием передатком требования (ст. 1302, ч. 1, в конце). После заявления о просрочке случайное событие не освобождает должника. Однако, он может сослаться на свою ответственность, доказав, что хотя и произошло событие бы у кредитора, если бы она была переведена вовремя (ст. 1302, ч. 2).

в) Исключительное распоряжение, относящееся к вору, вытекает из ст. 1302, ч. 4. Вор, обязанный вернуть украденную вещь, отвечает за случайные события, без заявления о просрочке и без предоставления возможности доказывать, что вещь однократно погубил бы и у кредитора. Это постановление, очень строгое в противоречии с принципом, было заимствовано у Потае, обязательства, нем. 664). Его можно оправдать только, как исключение постановления.

С. Время доказательств. Зная случаи, когда должник отвечает за неисполнение, остается разрешить вопрос: на ком лежит бремя доказательств? Должен ли кредитор доказать умысел, небрежность или действие должника; или же этот последний несет обязанность доказать случайное событие, которое его освобождает?

Вопрос должен быть решен по общим принципам о бремя доказательств.

¹ Ср. в Жодане, Le cas fortuit et la force majeure, Paris, 1929, Ср. des Demande, Obligations, t. VI, том 520 и ст. 1147 и 1148 и R. P. art. 1. Traité pratique de droit civil, t. VI, стр. Уильям, Жемини, том 301 и ст. VII, стр. Уильям Радуана, том 241 и ст. 1147. Le Massard, стр. 601, т. II, том 140 и ст.; Ch. Bonnard, Cours de droit civil français, 2^e éd., т. VIII, том 579; Жодане, Le cas fortuit et le cas fortuit, промиса в D. heid., 1931, стр. 25; P. F. Жемини, La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile, D. heid., 1931, стр. 52.

ства. Существует право требования и должника; это право доказано, следовательно, кредитор имеет право предъявить иск об исполнении. Чтобы освободиться от исполнения в натуре или посредством эквивалента должник обязан доказать, что он свободен, следовательно, доказать случайное событие. Кредитор освобожден от всякого доказательства в силу одного того, что он установил свое право и интерес, который он имеет в исполнении (ст. 1302, ч. 3; ср. 1147, в конце).

Часто говорят, что вина должника предполагается. Но эта формула неточна. Никакого предположения нет, не предполагается ни небрежность, ни действие или умысел. Просто применяются правила доказательств: долг доказан против должника; на нем лежит обязанность доказать свое освобождение от долга.

Отсюда новое различие по сравнению со статьей 1302-я ст. В случаях, предусмотренных этими статьями, нет никакого существования права требования. Тот, кто заявляет себя кредитором, обязан установить свое право на вознаграждение, доказать существование действия, причиняющего вред и представляющего необходимые черты, чтобы оправдать вознаграждение.

Договорные соглашения ответственности должника. Имеют ли стороны право распарить или ограничить своим соглашением ответственность должника? Мы уже ответили утвердительно на этот вопрос в части, касающейся расширения ответственности, показав, что должник может принять на себя ответственность за случайное событие, за которое он в силу закона отвечает бы, путем подлинной оговорки о страховании. Труднее ответить на вопрос в части ограничения ответственности должника (см. Boutau d, Etude sur les clauses d'irresponsabilité, в D. et J. d., Des conventions d'irresponsabilité, diss., Париж 1931).

Нужно различать: (1) Должник не может вступить в соглашение о том, что он не будет отвечать за умысел. Такое соглашение было бы противно общественному порядку.

(2) За небрежность или действие должника ответственность по соглашению в принципе возможно? Но словесная ответствен-

² Ср. еще: Planiol et Ripert, оп. соч., т. VII, § 331 и ст. II, ст. B. Massard, оп. соч., т. II, § 2519 и ст. Ch. Bonnard, оп. соч., § 584 и ст.; P. Жемини, Des clauses de non-responsabilité, Rev. Gén., 1925, стр. 313 и в 1934, стр. 317 и ст. F.

³ Во всяком случае, судебная практика связывает с этими исключениями только ограниченное действие; они приводят к освобождению только от доказательств. При такой интерпретации на должнике не лежит обязанность доказать освобождение и доказать случайное событие или непреодолимую силу, а наоборот, кредитор должен доказать, что должник несет ответственность. Ср. по поводу этого вопроса, промиса в D. heid., 1931, стр. 25; P. F. Жемини, Le cas fortuit et le cas fortuit, промиса в D. heid., 1931, стр. 25; P. F. Жемини, La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile, D. heid., 1931, стр. 52.

дети за небрежность поправимо и грубой небрежности (Kass., 15 марта 1876, S. 76. 1. 357, посп. замечание Лаббье). Действительно, грубую небрежность приравнивают к умыслу.

Заявление о просрочке. Эти два условия, необходимые для возмещения убытков, и качество возмещения, в то же время достаточны. Заявление о просрочке было бы бесцельным, кроме одного случая, когда дело идет о возложении на ответственного лица *случайного события*. Наука и судебная практика довольно устойчивы в этом отношении до решения Кассационного суда 16 января 1892 г. (S. 92. 1. 117), которое, по видимому, устанавливает в качестве общего принципа, что убытки, даже с целью возмещения, иногда не должны принуждаться без предварительного заявления о просрочке. Решение опирается на ст. 1146, которая действительно требует, по видимому, заявления о просрочке во всех случаях.

Было бы неправильно видеть в этом решении показатель поведения в судебной практике. Требования заявления о просрочке были приняты в отношении возмещения компенсаторных убытков, возмещаемых с тех пор, как есть вред и виновность. Ст. 1146, несмотря на ее порочную редакцию, применима только к убыткам за просрочку, следовательно ввиду просрочки, которая должна быть установлена посредством соответствующего акта. Когда рассматривается решение 1892 г., то ясно, что оно предусматривает настоящий случай убытков за просрочку: судьям недвижимостей просрочил проведение необходимого ремонта и *взыматель потерпел ущерб*: решение устанавливает, что нужен акт о просрочке, чтобы взыскать убытки. Здесь была просрочка исполнения, а не неисполнение в собственном смысле. Исполнение оставалось возможным. Следовательно, было бы противно духу этого решения распространять его на случаи неисполнения в собственном смысле.²

II. Исчисление компенсационных убытков. Нормально оно зависит от суда и в соответствии с принципами закона. Но оно может также быть установлено заранее в целом сторонами в их соглашении; это указали штрафной оговоркой.

A. Ошибка суда. Возмещение должно представлять вред. Но он ограничивается двумя элементами: неисполнение может уменьшать имущество кредитора, налагая на него потерю; оно может

по лицу убытков об освобождении от ответственности за легкую небрежность и при этом возмещает умеренную сумму французов и английской практики, которая приравнивается к возмещению убытков допустимости, ибо ст. 105 устанавливает, что виновник не может по договору возместить с себя ответственность за последствия своего умысла или грубой небрежности.

² См. также L. et V. Massard, *La responsabilité de la faute lourde au delà de la faute simple*, 29 июля 1932, B. P. 1932. 1. 49, посп. замечание Lohrstein и Камбас, *Revue de droit français et étranger*, 1932, 1. 285, посп. замечание Zemanek.

³ См. по этому вопросу Lohrstein, *Revue de droit français et étranger*, 1932, 1. 285, посп. замечание Zemanek, *Revue de droit français et étranger*, 1932, 1. 285, посп. замечание Zemanek.

помешать ему осуществлять выгоду, заставить его потерять выгоду (давши ему ошибку и истину севана). Возмещение за потерю и неполученную выгоду составляет в принципе сумму убытков (ст. 1149).

Впрочем, это только максимум, который может подвергнуться двум ограничениям.

1. Ст. 1150 различает убытки, которые можно было предвидеть, и непредвиденные. Должник отвечает за непредвиденные убытки только в том случае, если неисполнение вызвано его умыслом. Если была просто небрежность, он отвечает только за предвиденный вред или за тот, который он мог предвидеть при заключении договора. Различие — вопрос факта. Важное применение этого различия сделано судебной практикой в случае утраты багажа при железнодорожной перевозке. Если не было объявленной стоимости, железнодорожная компания отвечает только по обычной и нормальной стоимости багажа, перевозимого при себе пассажиром.

2. Ст. 1151 отличает прямо убытки от косвенного вреда. Должник всегда отвечает только за вред, который является непосредственным и прямым следствием неисполнения, а не отдаленным последствием, которое могло иметь исполнение. Здесь не приходится различать, был ли умысел или нет. Это — традиционное правило, заимствованное у Петье, который давал следующий пример: торговый продает большое животное, которое заражает все стадо покупателя; тот оказывается не в состоянии обрабатывать свои земли, лишается своих доходов; его имущество подвергается изъятию со стороны кредиторов и т. д. Продавец должен будет возградить за гибель животных, *загубивших их заражением, но не за последствия не обработки земли*.

Эти правила определения убытков представляют новое отличие по сравнению с теорией статей 1382 и сл. Мы видели, что возмещение вреда, причиненного действием, вызвавшим ответственность, должно быть тогда полным, что оно распространяется на непредвиденный вред и может даже простираться на косвенные убытки. Это различие, впрочем, подвергалось разумной критике. Его нет в германском гражданском уложении, ст. 243, которое устанавливает во всех случаях принцип полного возмещения.

B. Договорное определение убытков. Стороны могут предусмотреть в своем соглашении случаи неисполнения и определить возмещение, которое тогда должно быть предоставлено должником. Эта штрафная оговорка может быть сделана отдельным актом, после главного соглашения (см. ст. ст. 1132 и 1236—1237).

Она играет большую роль в римском праве, где она служила средством обеспечить косвенно переданные обязательства, по общему германскому праву (*ius civile*). В настоящее время ее практическая роль совершенно изменилась. Это — просто общее

исчисление убытков, предмет которого — предупредить судебный процесс и трудности определения убытков.

Из того, что эта договорная имеет предметом компенсацию вреда от неисполнения, вытекает несколько сведений:

(1) Если главное обязательство ничтожно, перебитое лишь так же и штрафная неустойка (ст. 1227). Не может быть возмещения вреда за неисполнение ничтожного обязательства.

(2) Возмещение вреда следует только в том случае, если долгик отвечает за неисполнение. Оно не будет иметь места, если неисполнение является следствием случайного события, разве только неустойка может быть использована, как содержимая со стороны должника намерение взять на себя ответственность за случайное событие; предполагается в этом смысле делать нельзя.

(3) Штраф не может сочетаться с исполнением (ст. 1229, ч. 2). Если было частичное исполнение, должник будет отвечать в доле штрафа, пропорционально неисполненной части обязательства (ст. 1231).

Таковы сведения права, что неустойка компенсирует ущерб. С другой стороны, она дает общее определение суммы убытков. И это влечет за собой два новых следствия:

(1) Неустойка следует кредитору, причем нет необходимости установить размер ущерба, да даже — существование ущерба. Цель неустойки именно в том и заключается, чтобы устраничь в этом отношении всякий спор.

(2) Требования не могут изменить размер обязательной неустойки, даже если она является им непропорциональной действительному ущербу (ст. ст. 1152 и 1231). Это — вывод из принципа свободы соглашения. Ноги, наоборот, допускал, что кредитор может получить дополнительное возмещение (Обязат., ном. 342).

Такой правомочие суда уменьшать размер неустойки признало германским гражданским уложением (ст. 343) и швейцарским федеральным кодексом (ст. 163).

§ 2. Убытки от просрочки

Если обязательство, хотя и исполнено, но с некоторой просрочкой, за это следует возмещение убытков. На каких условиях возмещаются убытки и каков будет их размер? Таковы вопросы, требующие рассмотрения, причем нужно различать положения, примененные в качестве общего правила, и положения о возмещении убытков при действительных обязательствах.

1. Общее правило. Она та же самая, как и правила, относящиеся к убыткам, нанесенным назначением компенсировать неисполнение, кроме одного пункта.

Определяется убыток на основании закона (ст. ст. 1149—1151) и охватывает убыток материальный (положительный ущерб) и потеря дохода (урученную прибыль), к чем добавляется разница с ак-

санта (вещам понуждения), и также договорными убытками в форме неустойки.

Условием, необходимым для того, чтобы можно было требовать возмещения убытков, здесь также — наличие убытков и ответственности за них должника. Но прибавляется третье условие: необходимо, чтобы должник был в просрочке. С убытками ответственности, только начиная с этого момента (ст. 1146).

Просрочка не должна смешиваться с простой задержкой. Лицо, которое было обязано доставить вещь 1 мая, не доставляет ее, этого недостаточно, чтобы возместить с него убытки за просрочку. Закон не хотел, чтобы должник мог быть ответственным в силу самого закона, в результате общего наступления срока. Он требует энергичного заявления и отсылает полностью себя *interpellat pro homine*, срок упоминает вместо человека. Поскольку кредитор не предупреждает должника, предполагается, что он мирится с задержкой.

В каких актах выражается предупреждение о просрочке? Ст. 1139 требует в принципе аутентического акта: требования, совершаемого через судебного исполнителя. Но *не надобности* в исполнительном документе. Обратно, простого частного акта (письма) недостаточно (см. впрочем, в р о т и в этого, Кам. пал., 3 декабря 1883, D. 84, 1. 130). В торговой области, напротив, довольствуются каким угодно актом, обнаруживающим волю кредитора получить исполнение. Можно удовлетворяться простым устным заявлением.

Но а *fortiori* (тем более) приводит к просрочке более энергичные акты, чем предупреждение: распоряжение, предварительное предупреждение о принудительном взыскании, которое предполагает, что кредитор имеет исполнительный документ; вызов на суд повесткой о слушании дела; предложение судебного соглашения, при условии, что за ним последовал вызов на суд в течение срока, считан от начала по приглашению или от действительного соглашения (ст. 57 проц. код).

В виде исключения просрочка признается в результате общего наступления срока в двух случаях:

a) Когда стороны условились, чтобы было именно так (ст. 1139, в конце). Закон предполагает такое соглашение (ст. 1146, в конце), когда предоставление могло быть совершено только в определенный срок и должник его пропустил (ст. ст. 1157). В действительности, в этом последнем случае приходит к материальным компенсаторным убыткам, потому что имеет место окончательное неисполнение.

b) Помимо всякого прямого или предполагаемого соглашения, закон относится особенно строго и должнику в двух случаях: если это — *вор* (ст. 1102, ч. 4) или лицо, получившее возмездно-бесплатным образом платенное чуждого (ст. ст. 1378—1379).

II. Возмещение вреда по действительным обязательствам. Это — всегда убытки от просрочки. Но также и убытки за нарушение

исключая убытков от просрочки взыскания ст. 1153, наменительно, законом 7 апреля 1900 г. и 18 апреля 1918 гг.

Тем же путем подпадает подумтретство: доказательство убытков, их взыскание, приступ к делу об убытках.

А. Доказательство убытков без возмещения на него обязательства право на возмещение убытков без возмещения просрочкой (ст. 1153, ч. 2), может доказывать кред. причисленный просрочкой (ст. 1153, ч. 2), считая, что кред наступил всегда, как только кредитор допустил просрочку с причитающейся ему суммой, которую он мог бы взыскать под проценты.

В. Исчисление убытков. Оно делается без определения судом понесенного ущерба и упущенной прибыли. Закон исключает сам, в общем, размер возмещаемых убытков. Там же, как закон предписывает убытки, он предполагает в их размер, как закон предписывает проценты, которые можно бы взыскать помещению капитала при средней доходности. Такая общая такса процентов определена законом; что — законная норма (ст. 1153, ч. 1, первая фраза).

Размер законных процентов по был установлен в гражданском кодексе. Закон 3 сентября 1897 г. определил его в 5% в области общегосударственной и в 6% в делах торговых. С повышением платы за пользование капиталом эти цифры стали слишком низкими. Потребовалась реформа, которая привела к закону 7 апреля 1900 г., статья 1 которого установила размер процентов в 4 и 5. Вследствие войны, эти цифры опять стали слишком недостаточными. Закон 18 апреля 1918 г. довел законные проценты до 5 в общегосударственных отношениях и 6 — в торговой сфере. В Алмате размер процентов определен единообразно в 6%. Действие этих такс не было ограничено временем.

Несмотря на эту общую правило, в трех категориях случаев должник может быть присужден к более высоким процентам.

а) Некоторые такие случаи вытекают из закона; они указаны в ст. 1153, ч. 1, в конце (в торговой области — ст. ст. 177—186 торгового кодекса: реванша, взаимный вексель, взаимные расчеты).

б) Может случиться, что кроме вреда, вытекающего из просрочки и определяемого в общем виде законом, кредитор пошео другой вред, причисленный должником. В этом случае наряду с правом кредитора на проценты, основанным на ст. 1153, имеется другое право на возмещение, основанное на ст. 1382. Два основания компенсации, соединяющиеся вместе, позволяют кредитору получить возмещение, превышающее норму 5 или 6%. Это не противоречит общему характеру законных процентов. Определение в общем виде применяется только к вреду, вытекающему из просрочки. Может быть другой вред, который подлежит возмещению наряду с этим.

Этот принцип был доведен судебной практикой до закона 7 апреля 1900 г. (исключая решение: Касс., 3 мая 1897, S. 97, 1,

319). Закон 1900 г. хотел прямо санкционировать эту практику, которую достаточно оправдывали общие принципы. Такое изменение выразилось в докладе Lebiševic сенату (J. off., Pos. par. I, Senat, 1899, стр. 387, приложение 156). К сожалению, это сделано в формуле, недостаточно точной. К ст. 1153 была введена 4-я часть: «Кредитор, которому просроченный долг причинил вред, не зависящий от этой просрочки, может получить возмещение убытков отдельно от уплаты процентов за просрочку и в полном объеме требования».

Повидимому, кредитор будет иметь право на отдельное (кроме процентов за просрочку) возмещение убытков только в случае умысла должника, что исключает все другие основания ответственности по общим правилам и имеет ответственность за небрежность. Это противоречит прежней судебной практике, которую хотели санкционировать, и не может быть оправдано логически. Выразитель закона исключил мысль законодателя. Следовательно, лучше держаться прежнего решения и признать, что выражение «недобросовестность» имеет значение не ограничительное, а объяснительное.

г) По общему правилу за пределами денежных обязательств стороны волины установить размер вознаграждения за просрочку. Это правило в принципе сохраняется и при денежных обязательствах.

Стороны волины заключить законную таксу, при условии не нарушать законов, ограничивающих договорные проценты, иначе соглашение сторон становится расточительным. Напомним, что по закону 18 апреля 1918 г. размер процентов можно определить по договору свободно.

Следовательно, в этих двух пунктах — доказательство вреда и его исчисление — возмещение в данном случае глубоко отличается от режима общего права.

С. Приступ к делу об убытках. По третьему пункту в гражданском кодексе существовало новое понятие, в настоящее время отмененное, а том, что касается формального установления просрочки.

По общему праву достаточно напоминания. Но кодекс был гораздо требовательнее, если делошло о денежном обязательстве: требовалась подача заявления в суд. Вследствие этого, единственным средством для кредитора добиться начисления процентов было предъявить иск к своему должнику (ст. 1153, ч. 3, старая).

Это требование подверглось большому нападкам. Сам по себе оно под собой никакого основания. Впрочем, может быть очень много изъятий из этого принципа, которые на практике почти аннулировали правило, по крайней мере, в гражданско-правовой области и в отношении долгов из капиталам. В некоторых случаях было достаточно простого предупреждения (ст. ст. 474, ч. 2; 1852, ч. 4; 1936; 1906). В других случаях проценты взыскивались в силу закона (ст. 474, ч. 1, остаток счета, оставленного долгу кред.

1898 — возрат в наследство; 1378 — платон недобросовест-
но приобретенного недвижимого; 1440 и 1570 — проценты с придано-
го; 1882 — продажа вещи, принадлежавшей наследнику; 1846, 2001, 2023

и др.)
Гражданско-правовая ст. 1153 применялась только в торговых
отношениях, а в гражданско-правовой области — и долги, име-
ющие своим предметом не капиталы, а доходы или заработные про-
центы.

С 1901, по этому пункту вернулись к общему праву; просте-
но предусматривали в принципе достаточно для долгов на до-
ступную сумму, как и для других (ст. 1153, ч. 3, до сих пор).

Это именно более важно по видимости, чем в действитель-
ности, потому что оно относится к принципу, практическое при-
менение которого было очень ограниченным. Оно особенно важно
к торговому праву. В гражданском праве оно фактически при-
меняется только к долгам по доходам.

§ 3. Различия между ответственностью за действие, прино- сящее вред, и ответственностью за неисполнение обязательства¹

Казалось бы формула «равенства между должной виной и
виной договорной» единична у нас. Существует ответственность за
действие весьма характерной вины и, с другой стороны, неиспол-
нение обязательства может породить ответственность не только при
договорах, но и при обязательствах из всякого другого источника.

При таком положении различия между этими категориями
случаев вытекают из следующего основного различия: в первом
случае нет предшествующей обязательственной связи между сто-
ронами, действие порождает обязательство; во втором случае
имеется предшествующее обязательство; оно не возникает вновь, а
продолжается, ввиду неисполнения.

Эта основная протекционность оспаривалась. И в п. 1 об-
щ. соч., т. II, пом. 873 и сл.), по мнению которого не бывает
ответственности без вины, следовательно, без предшествующего
нарушения обязательства; обе категории случаев, с его точки зре-
ния, идентичны. Но против этого мнения можно привести два во-
зражения.

(1) Бывает ответственность за действие, независимую от вины, а
следовательно, и от нарушения обязательства.

¹ По поводу различия между ответственностью договорной и внедоговор-
ной см. Collin et Capitant, т. II, § 193 и сл.; Fuzier, op. cit., т. II, § 193 и сл.;
Mareau, т. I, § 126 и сл.; André, op. cit., т. I, § 126 и сл.; André, op. cit., т. I, § 126 и сл.;
Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Rev. trim. de
droit, т. II, 1928, стр. 334 и сл.; P. Lamy et al., Le fondement de la respon-
sabilité délictuelle, Rev. trim. de droit, т. II, 1928, стр. 337 и сл.

(2) Даже в случаях вины в классическом смысле нужно отли-
чать вину по ст. 1382 от вины при неисполнении обязательства. С
точки зрения Палляоли в обоих случаях ответственность возни-
кает из нарушения предшествующего обязательства. Например, я
раню влятов в пользование животного, имею нарушение обяза-
тельства по договору; я раню животное, но составляющее пред-
мета никакого договора, я нарушаю таким образом обязательство
не причинять вреда другому. Следовательно, нет различия между
этими двумя случаями. Несомненно, в обоих случаях имеется, если
удобно, нарушение обязательства в самом широком смысле,
и в этом смысле было бы неправильно сказать, что есть различие
в природе вины в каждом из этих двух случаев.

Но допуская это, нужно признать, что оба нарушения обя-
зательства отличаются не одинаковым характером; первое вы-
текает из договора осуды, является точным обязательством, со-
здающим в самого виновникового определенную юридическую
связь между кредитором и должником; обязательство не причи-
нить вреда другому есть обязательство неопределенное, не делая-
щее само по себе ничего ни кредитором, ни должником, а на-
чинающее вытекать юридически впоследствии только со време-
ня его нарушения. Действительно, только вследствие недостаточ-
ности терминологии применяют к обоим положениям одно и то
же слово «обязательство». Строго говоря, его можно бы сохранить
только для первого случая; это мы и делаем. Мы введем случаи
«делать аналогичное замечание по поводу гражданской ответст-
венности, когда мы противопоставляли осуществление определен-
ного права осуществлению широкого права, позволяющего на-
дому развернуть свою деятельность (см. выше, стр. 326).

Это различие в природе вины в обоих случаях объясняет де-
тальные различия между ответственностью в каждом из этих слу-
чаев, эти различия часто преувеличивались или плохо представ-
лялись старой доктриной. Но они существуют в трех пунктах,
которые здесь достаточно напомнить кратко:

1. Пределы возмездия. Статья 1150 и
сл. применяются только к ответственности за неисполнение оп-
ределенного обязательства, а не к случаю ст. 1382.

2. Степень вины, необходимой для ус-
тановления ответственности. Ст. 1157 приме-
няется только к ответственности за неисполнение определенного
обязательства.

3. Доказательство вины. Говорят иногда, что договорная
вина предполагается. Такой формула неточна; просто есть различие
в том, что касается доказательства. В случае определенного обяза-
тельства, кредитор имеет право на исполнение. Достаточно дока-
зать обязательство, чтобы признать должника ответственным, не-
зависимо от доказательства действия или вины должника; до-
казательство, если он претендует на освобождение от ответствен-
ности вследствие случайного события, увеличивает эту обязан-

ответа. В случае ответственности за действие, причиняющее вред, вне правовой связи, предшествующей этому действию; следовательно, предатору необходимо доказать такое действие как вину. На это падает это бремя доказывания.

Эти два последние различия оспаривались Пальмолем (цит. соч., стр. 883 и 887), в соответствии с его отправной точкой, противником выводов (см. примеры различия между двумя теориями ответственности по поводу исполнения договора перевозкой пассажира, в полетат, замечания Ллон-Кав, S. 1914. 4. 5).

Приложение. Ответственность нанятателей в случае пожара.

Это — особенно трудный случай, регулируемый статьями 1733 и 1734, причем последние изменены законом 5 января 1883 г.

Поименованные платить взаимную плату, но нанятатель несет обязанность до окончания найма вернуть вещь; поэтому нанятатель должен пользоваться вещью, как хороший хозяин, и в соответствии с этим законом, какое дано вещи по договору (ст. 1728). Выводы из этого принципа сделаны в статьях 1729—1732. В частности, ст. 1732 делает нанятателя ответственным за ухудшение или гибель вещи, наступившие за время его пользования, если он не докажет, что они произошли без его вины. Это — применение общих правил, касающихся должника, обязанного вернуть вещь.

Врамени ли эти принципы также в том случае, если ухудшение или гибель вещи являются следствием пожара?

Предположим сначала, что никаким постановлением закона этот случай не предусмотрен. Каковы тогда, согласно общим принципам, права собственника, дом которого находился в пользовании нанятателя и уничтожен пожаром? Мыслимы два исхода ответственности, в результате применения двух теорий, и деловых или, различающихся в отношении представляемой доказательств в размера получаемого возмещения.

Первое исхо, иск, основанный на договоре займа. На должнике, обязанном вернуть займную вещь, лежит ответственность, основанная на неисполнении этого обязательства после пожара.

На собственника тогда не будет лежать никакого специального доказательства: ему достаточно будет доказать договор и убыток. Нанятатель будет считаться ответственным, если не докажет случайного события, которое его освобождает.

Но должник, будучи обязан только вернуть займную вещь, должен будет возмещать единственно стоимость помещенной, но не потерянной, до тех пор (потери займной платы до возмещения). Он не будет отвечать за вред, причиненный ему того помещения, нанятателем

которого был; если он занимает только часть дома, он не будет отвечать за вред, причиненный уничтожением остальной части здания, потому что он не должен возвращать эту часть.

С другой стороны, мыслим иск, основанный на теории ответственности за действие, причиняющее вред (ст. 1382). Нанятатель отвечает за пожар, если он причина его своим действием или по своей вине, как любое третье лицо.

В этом случае доказывание гораздо тяжелее для собственника. Он должен будет установить, что нанятатель вызвал пожар своим действием, своей небрежностью или непредусмотрительностью.

Наоборот, он будет иметь право на полное возмещение вреда, причиненного пожаром, а не только вреда, связанного с гибелью найтого помещения.

Если бы применять общие правила, то оба исхода должны быть в распоряжении наймодателя одновременно: один — более легкий и более выгодный, другой — более трудный и более выгодный.

Но две статьи закона здесь ввели изъятие из общего правила, проводя при этом различие в зависимости от того, был ли займ дан одним нанятателем (ст. 1733) или несколькими нанятателями (ст. 1734).

1. Единственный нанятатель. По ст. 1733 нанятатель в силу закона отвечает за пожар. Но он может освободиться от ответственности, представив известные доказательства.

1. Рассмотрим сначала основания освобождения от ответственности. Три случая предусмотрены законом: случайное событие или непреодолимая сила; неправильности постройки; переход огня с соседнего дома.

Нередко возникает вопрос, исчерпывающий ли это перечисление. Но этот вопрос не имеет смысла. Нанятатель признан ответственным, каково бы ни было основание этой ответственности; есть только одно средство избежать ее: доказать чуждость, случайное событие или непреодолимую силу. На это указывает первый пункт предусмотренного законом перечня, который охватывает все случаи освобождения от ответственности, догматически мыслимо. Два доказательства, упомянутые затем, являются только частными примерами случайного события или непреодолимой силы. Все другие случаи этого порядка освободят нанятателя от ответственности, потому что они войдут в первый номер перечня, который действительно является общей формулой, соответствующей общему праву.

Должен ли будет нанятатель прямо доказать причину пожара, которую нельзя ему поставить в вину, или достаточно будет, чтобы он доказал, что пожар не является следствием его действия или его вины? Это второе толкование иногда применялось (Орлеан, 4 декабря 1886, S. 88. 2. 134). Оно догматично, потому что доказывая, что пожар произошел не от его действия, нанятатель

кажется доказывает, что он произошел по случайной причине. Не ясно, что он не установленный, так как именно случайная причина могла повлиять достаточно, чтобы он доказал, что она не была виновной. Но суд был принят в расчет более строго и судья вынес его. Но суд был принят в расчет более строго и судья вынес его. Но суд был принят в расчет более строго и судья вынес его.

2. Когда наемщик не может освободиться от ответственности, какова будет его ответственность? Возможны два решения, в соответствии с тем, что было сказано выше.

(1) Ответственность может быть основана на договоре найма имущества. Наемщик, должник в отношении вещи, должен ее вернуть; в противном случае он несет ответственность за неисполнение своего обязательства. Ст. 1733, толкуемая таким образом, была бы лишь простым применением общих правил.

(2) Ответственность может быть основана на провозвращенной вещи. Закон в этой точке зрения предполагает, что наемщик, пользующийся домом, вызван пожар своим виновным действием или своей небрежностью. Если собственник был бы тогда основан на ст. 1382, тогда применение общего правила. Наемщик был бы освобожден от обязанности доказывать действительную причину вреда, в силу законной презумпции, вытекающей из ст. 1733.

Каково значение имеет выбор между этими двумя обязательствами? Мы видели, что по общему праву два различия различают эти виды, основанные на договоре найма имущества и на ст. 1382, а именно, — в отношении доказательства и размера ответственности. Первое различие становится не имеющим интереса при применении ст. 1733, которая возлагает доказательство на наемщика. Но второе различие сохраняет все свое значение. Если возложить ответственность наемщика на обязательство, лежащее на нем, — вернуть наемное имущество, — он будет отвечать только за неисполнение этого обязательства, следовательно, за неосторожное или неумышленное и следовательно отсюда следствия (получить полную ликвидацию и следовательно доход до момента ликвидации). Если же возложить ответственность на провозвращенную вещь, он будет отвечать за весь ущерб, причиненный пожаром. Но этот вред может признан стоимостью взятого имущества; например, когда наемщик нанял только часть стора-

щего дома, а он погиб полностью. Если собственник, при таком толковании, сочтет бы в себе выгоды стороны общей нормы общего права. Отсюда видно, какой интерес представляет этот вопрос.

Как общее правило, отвечают, что закон устанавливает презумпцию вины и складывают в этом смысле из римского: *incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium* (пожары по большей части происходят по вине живущих в домах), усвоенное судебной практикой старых парламентов. Ноэль (Нач. ком. 194) и в докладе Жюбера (Докр. т. XIV, стр. 457): «Презумпция должна быть установлена против наемщика, потому что пожары обычно происходят по вине тех, кто живет в домах».

Однако, предпочтительнее видеть в ст. 1733 простое применение договорной ответственности. Презумпцию вины против наемщика трудно оправдать логически. Это признали в Палате при обсуждении закона 1883 г. Пожар может произойти от множества причин, не связанных с наемщиком; слишком жестоко предполагать наемщика виновным только ввиду того, что он живет в доме.

Что касается исторических аргументов, то их ценность более кажущаяся, чем действительная. Римское положение заимствовано из текста, абсолютно чуждого вопросу об ответственности наемщика и относящегося к позитивным обязательствам начальника стражи (D., 1, 15, De off. praef. vigill., 3, 4). Парламентская судебная практика была посприделенной. Ноэль, который, повидимому, принимает идею вины, отвергает некоторые выводы из нее, когда в доме живет несколько наемщиков. Жюбер воспроизводит римское положение, но, повидимому, не подозревая всех практических трудностей, разрешение которых заключается в нем.

Наконец, исторические аргументы не могут преобладать над аргументом разумности. Ст. 1733 санкционирует общее право, в силу которого наемщик, обязанный вернуть наемное имущество, отвечает за неисполнение этого обязательства.

Собственник может, впрочем, получить возмещение в большей сумме, при условии, если докажет прямо против наемщика, что пожар причинен им, и будет пользоваться общим правилом ст. 1382.

Исследование статьи 1734, упомянутой законом 1883 г., подтверждает это толкование.

II. Случай plurality нескольких наемщиков. Предположим, что дом занят несколькими наемщиками и совершено несчастное событие пожаром. Если собственник не может доказать вину одного из наемщиков и сослаться на ст. 1382, он будет иметь, в силу ст. 1734, иск против всех наемщиков, считающихся ответственными в силу закона.

Но они могут освободиться от ответственности.

1. Основания освобождения. Кроме случаев, когда пожар не случился в силу по ст. 1733, два средства освобождения от ответственности предусмотрены законом:

а) займатели могут доказывать, что огонь начался в помещении одного из них; только этот последний и будет отвечать, и все зависит, как в случае с единственным займателем;

б, они могут также доказывать, что пожар начался не у них. Обязательство возмещать ущерб лежит только на тех, кто не мог при такой талии воз допознательство.

2. Природа и размер ответственности. И тем, что касается природы и размера ответственности, затруднение, отмеченное по поводу ст. 1733, вновь встает здесь, представляла она весьма очинчатый практический интерес.

Допустим, что дом стоимостью в 90 000 франков имеет три квартиры, стоимость каждой из которых 30 000 франков. Первый освобождается от ответственности, доказав, что пожар начался на его месте. Второй и Третий остаются ответственными. Но как распределить между ними ущерб? Применяя решение, принятое в случае ст. 1733, Второй и Третий, ответственные каждый за свою квартиру, будут должны по 30 000 франков каждый. Собственник может требовать от каждого из них только эту сумму и должен будет предъявить иск к каждому займателю отдельно. Следовательно: 1) он получит только максимум 60 000 франков, хотя 30 000 франков, представляющих стоимость квартиры займателя, освобожденного от ответственности, останется ему неиспользованной; 2) эта 60 000 франков нельзя будет требовать с каждого из двух ответственных займателей в целом, не проводя разделки. Собственник будет обязан предъявить иск отдельно к каждому из них и ограничить свой иск суммой стоимости занятой отщепенной квартиры. Если Третий заплатит немедленно, последствия этого долга лягут на собственника. Второй заплатит ему только 30 000 франков.

Следовательно, ответственность каждого займателя ограничивается стоимостью помещения, которое он занимает; однако солидарности между займателями в платеже возмещения не существует.

Остаются ли эти принципы применимыми при наличии ст. 1734? По двум пунктам гражданского кодекса принят решение диаметрально противоположные, в старой ст. 1734. Обязанные займатели отвечали за весь вред и отвечали солидарно. Собственник выбрал, на которого предъявить иск против каждого из них по своему выбору. Займатель, к которому предъявлен иск, имел только иск к другому займателю в размере его доли, и нес риск неисполнительности этого последнего.

Это решение оправдывалось то идеей презумпции вины, отмеченной на всем займателями и возмещающей на них платной суммой вреда, то презумпцией молчаливого соглашения, устанавливавшего между ними солидарность.

Такое решение было принято уже в старом праве некоторых парламентами. Потье (Имунд, наом, пом. 194) его испоривал и допускал ответственность только в отношении займателя, у которого начался пожар. Если неизвестно, где начался пожар, но отвечает на один займатель.

Решение гражданского кодекса, гораздо более строгое, подвергалось сильной критике. Оно было замечено впервые 5 января 1883 г.; но осталось полностью относительно значимая этой реформы.

Согласно новому тексту ст. 1734, ч. 1, один пункт влечет солидарность между ответственными займателями исключая. Собственник не может предъявить иск в полной сумме и получить одну и обязан его уплатить все вперед, вместо того, чтобы искать ее всех обязанных и размере части каждого. Ответственный займатель не несет более риска неплатежеспособности других займателей.

По первому пункту новый закон вернулся к принципу, который нам диктовала идея договорной ответственности: это — ответственность, разделенная между займателями.

Но система гражданского кодекса отошла от рациональной системы по другому пункту. Он не только принял солидарную ответственность, но и полную ответственность за вред. Что сделал закон 1883 г. по этому пункту?

Согласно судебной практике, прочно установившейся, закон не внес ничего нового. Следовательно, собственник может получить полное возмещение с ответственных займателей. Единственное различие по сравнению с ранее действовавшим правом заключается в обязанности предъявлять иск отдельно к каждому из нескольких займателей, пропорционально вземной доли занимаемых помещений; так, в приведенном выше примере — по 45 000 франков с каждого, тогда как при нашей рациональной системе собственник мог бы предъявить иск только в сумме 30 000 франков к каждому (Касс., 5 апреля 1887, S. 87. 1. 125; 9 мая 1893, S. 93. 1. 240).

Логически эту судебную практику можно оправдать, только приняв принцип ответственности, основанный на презумпции вины. Мы показали, что логически эту презумпцию нельзя оправдать. Потье сам отказался применить ее здесь полностью.

С точки зрения статей закона, судебная практика аргументирует односложным словом 2 и 3 частей, но измененных в 1883 г. В словах «en son lieu» en означает (отвечает) за вред, за вред, причиненный пожаром, а не только за стоимость занятой помещений.

Даже если принять буквальный точность этого перевода, многозначительные работы по паданию закона 1883 г., помещенные, устанавливая, что никакие аргументы отсюда нельзя получить. Намерение закона состояло в том, чтобы заменить также по этому пункту прочие принципы. Везде было предложено отрази-

читься исключительном солидарности, сохраняя ответственность в
возможном размере. Этот, принятый палатой, определен: «И другие
ответчики в том же размере; или иначе вышло». В сенате доклад-
чик Батби подверг критике эту систему, обратил внимание, что
этот *смысл* законодателя вытекает не из презумпции вины, а
из договорного обязательства возратить выш; отсюда он сделал
заключение, что ответственность должна ограничиваться взаимно-
вычетом. Сенат исключил часть последней фразы, при-
няв помешанности. Исполненный таким образом текст опять по-
шел в палату; докладчик отметил противоположность взгля-
дов обоих законодательных собраний. Однако, палата приняла
текст, одобренный сенатом. Но следует ли заключить, что сло-
во «или» не имеет того смысла, какой ему приписывает судебная
решения, и что оно сохранено только на недосмотр?

Таким образом, другое толкование закона 1883 г. должно бы-
вать в том, что, по нашему мнению, мы находим уже в
ст. 1733 безусловное и простое применение принципов ответвен-
ности за неисполнение обязательств, без какой-либо презумп-
ции вины. Собственник может, с этой точки зрения, иметь право
на *полное возмещение*, только представив *прямо доказательство*
факта, причиняющего вред, или небрежности.

Противоположная судебная практика наша неоднократно под-
держана в теории, предложенной самим Батби (New. CrL., 1884 г.),
который отошел от идеи ограниченного вознаграждения и пере-
шел к идее *полного вознаграждения*, стараясь привести ее в со-
гласование с принципом договорной ответственности. Должник, не
возвращающий вещи, презюмируется виновным. Таким образом,
возвращаются к презумпции вины. Следовательно, ответвен-
ность должника должна быть полной. Но это неверно. Должник
отвечает только потому, что *не может* установить, что он свободен
от ответственности. Это не презумпция вины.

В частном случае, когда собственник закладывает часть дома,
только что предложенные нами решения останутся при старой си-
стеме применения без всякого изменения. Наиматель будет
отвечать пропорционально стоимости закладываемых им помешаний.
В том же случае, когда они окажутся свободными от ответвен-
ности согласно статье 1733—1734.

Судебная практика, до и после закона 1883 г., дает, напротив,
иные решения, вновь принимая плю презумпция вины, которая
определяется здесь выгодной для *заемателя*. Она признает,
также независимо на таком же основании, как и заемателя. Он
тогда не будет иметь против них основания, как и заемателя. Он
что пожар начался не у него (см. Cass., 20 января 1855, S. 56. 1.
103; Grenoble, 19 декабря 1893, D. 94. 2. 471. В отношении по-
ражения помешаний см. Cass., 20 октября 1885, S. 96. 1. 342, и
отношения общественных помешаний — Lyon, 18 января 1894,
D. 94. 2. 182).

ОБЩИЕ ГАРАНТИИ, КОТОРЫМИ ОБЕСПЕЧЕНО ПРАВО КРЕДИТОРА

Мы определили права, которые обязательство дает кредитору.
Мы знаем, в каких случаях он может получить исполнение в фор-
ме добровольное или в принудительном порядке, и другие усло-
вия, в которых он получит исполнение только в форме залогова-
ния, состоящего в возмещении ущерба. Но эти права не имеют без-
практической силы, если бы закон не упрочил их общими гаран-
тиями, отличающимися от специальных обеспечений, привилегий
и вето. Эти гарантии заключаются, прежде всего, в общей ве-
логе, признаваемой во кредиторами на имущество их должника
(ст. 2092), дающей кредиторам ряд преимуществ; а во-вторых,
в отношении прав требования, возникших из договоров, обяза-
тельств стипендии и взаимным предоставляемым, — право кре-
дитора отказать в исполнении, поскольку должник не исполнил
своего обязательства: возмещение о неисполнении договора (*non
impleti contractus*) или даже возможность предъявлять иск о
расторжении, если должник не исполняет своего обязательства
(ст. 1184).

Эти две категории гарантий мы изучим в двух параграфах:
§ 1. Права, связанные с правом общего залога на имущество долж-
ника. § 2. Возражение о неисполнении договора и расторжении
договора ввиду неисполнения.

§ 1. Права, связанные с правом общего залога

Всякое обязательственное право гарантировано всем имуще-
ством должника (ст. 2092). В этом — основание принудительного ис-
полнения: арест на имущество это — только реализация этого за-
лога.

Таким образом, кредитор очень заинтересован в сохранении
имущества своего должника. Всякое уменьшение актива и иму-
щества должника есть уменьшение залога. Если актив исчезнет,
арест ударит по пустому месту. Вот почему за кредиторами при-
знается право наблюдать за сохранением имущества, составляю-
щего предмет их залога. Такой принцип прав, которые мы изу-
чим.

Но необходимо ограничить и регламентировать это право.
Недопустимо, чтобы кредитор, под предлогом предохранения
своих мер, мог постоянно вмешиваться в ведение дел должника.
Должник остается хозяином своего имущества и сохраняет пол-
ную свободу управления и отчуждения. Лишь для этого права до-
пускается только после объявления должника дееспособности, если дол-
жник — купец. Цель этой теории — прехранить право кредитора со-
свободой должника.

Это осуществляется признанием в пользу кредитора трех ка-
тегорий прав. Они могут: 1) привлекать предпринимательские меры;

2) представлять свои доли; 3) представлять свои об отмене иска, совершенных во вред их правам (actio Pauliana).

I. Предварительные меры. Они являются, в особенности, процессу. Их цель заключается в следующем.

(1) Помешать уничтожению актива. Кредиторы могут, в случаях и при условиях, специально указанных в законе, требовать выписки почтовой и составленной инвентаря (в случае смерти должника, если у них есть исполнительный документ или разрешение председателя трибунала — пром. код., ст. ст. 909, 930, 941; в случае несостоятельности — торг. код., ст. 455 и сл.).

Они имеют право вступить в производство раздела, в котором участвует должник, чтобы помешать выделить кому-нибудь из участников раздела более его доли во вред интересам кредиторов (ст. 882).

(2) Помешать вольному соглашению с другой стороной в процессе, в котором участвует должник: право вмешательства (ср. напр. статьи 648 и 1447).

II. Осуществление исков должника. Должник, оставшийся должником своего имущества, может привести его к разорению, но имуществом принадлежащих ему иском. Закон позволяет тогда кредиторам осуществлять его иски вместо него (ст. 1166).

Выражение «права и иски», содержащееся в ст. 1166, может вызвать повод к недоразумению и внушить мысль, что кредиторы могут встать на место должника для осуществления всех его прав. Это противоречило бы принципу, который имеет в виду сохранять за должником свободу худо ли, хорошо ли управлять имуществом, без контроля кредиторов. Эти последние могут только осуществлять от его имени судебные иски, защищая права, свободно им приобретенные. Например, если должник оставляет свою землю без обработки, кредиторы не могут отдать ее внаем. Но если должник заключил договор имущественного найма с фермером и не продолжает пося об уплате наемной платы, кредиторы могут предъявлять и взыскивать иск, так как дело идет об осуществлении, в форме судебного иска, права, уже возникшего в имуществе должника. Следовательно «права и иски» обозначает просто иски в суде.

После того, как общий смысл постановления таким образом определен, остаются разрешить три вопроса: а) К каким искам применима ст. 1166? б) Каковы условия осуществления их кредиторам? в) Каково их действие? Трудности в этой области возникают из-за краткости текста и неадекватности исторических документов.

A. Иски, которые могут быть осуществлены кредитором. По ст. 1166 некоторые иски не могут быть осуществлены кредитором. Таких исков две категории:

(1) Иски, которые не могут иметь прямо значения из залогового права кредитора; в этом случае кредитор не имеет бы интереса в их осуществлении. Таковы:

а) иск, относящийся к личному состоянию, которое само по себе не производит действия на имущество, имущественные иска (иска о недействительности брака, об отрицании отцовства, о разводе и пр.);

б) иски, относящиеся к имущественным правам, но таких, которые нельзя распространить взаимно: пенсия, рента и пр. Так как на эти права не распространяется право залогового кредитора, то последние не заинтересованы в осуществлении иском, относящихся сюда.

(2) Другая, более неопределенная в своих границах, категория отвечает иски о действительном интересе, которые также не имеют прямого действия, но осуществлению которых предполагает оценку морального интереса, в отношении которого единственным судьей должен оставаться должник. Например, иск об установлении раздельности имущества; инициатор может воздерживаться от предъявления иски по соображениям личного расположения, для все имеющих больше значения, чем соображения денежного характера. Закон не хочет, чтобы кредиторы могли предъявлять иски по своему положению; он только позволяет им принять участие в иске, предъявленном женой (ст. ст. 1446—1447). Точно так же при иске об отмене дарения вследствие неблагодарности одаренного, даритель должен оставаться свободным в оценке своей временности отмены; или такие некоторые иски о недействительности, в случаях, когда недействительность имеет строго личное значение.

B. Условия осуществления. Необходимы три основных условия: (1) Необходимо, чтобы кредитор имел право, подлежащее исполнению. Права срочного или условного недостаточны. Оно позволяет кредитору предпринимать действия для сохранения права; здесь настоящее вмешательство кредитора в дела должника.

(2) Необходимо, чтобы должник воздерживался от предъявления иски; в противном случае, не было бы никакого основания для кредитора предъявлять иск со своей стороны. Он мог бы только вступить в дело в суде. Вопрос о необходимости установить просрочку является спорным. На практике этого не требуют.

¹ [Ср. Ив. мес. изд., 25 марта 1924, D. hebdom. 1924, стр. 267 и 8. 1924, t. 67. В этом смысле, P. Laroche et Ripert, оп. соч., t. II, p. 287; J. Carra-Saunders, оп. соч., t. II, § 669. В противоположном смысле, Callin et Carré, оп. соч., t. II, § 254. По этому последнему мнению, кредиторы по обязательству срочным или условным могут осуществлять иски, так как в этом случае дело идет не об акте исполнения, а об акте взыскания генерального вклада, а в этом кредиторы по срочным или условным обязательствам заинтересованы столько же, сколько кредиторы по простым. Безусловным обязательствам, инициатор единственно требовать исполнения права требования, без которого интерес в предъявлении иски бы бы социальным. Ст. 108 Франции устанавливает взыскание иски кредитором по срочным обязательствам предъявлять иски.]

3) Требуется, чтобы истребование не было способно привлечь кредитора, а напротив случается не было бы истребования с предъявителем неса (Касс., 13 января 1873, S. 73. 1. 145).

Важных требований в отношении форм и содержания.

а) Нет необходимости иметь исполнительный документ, потому что осуществление неса не есть непременно взыскание (Касс., 8 июля 1901, S. 1902. 1. 113, пояснит. замеч. Леон-Капа).

б) В старом праве требовалась судебная суброгация. Кредитор был обязан получить разрешение от суда, мандат, который давал бы его за место должника. В настоящее время при молчаливой статье закона невозможно сохранить это требование. Судебная практика вообще идет в этом направлении (Касс., 24 февраля 1882, D. 70. 1. 64; Bourges, 7 ноября 1900, D. 1902. 2. 424).¹

Во всяком случае, очень поземная формальность, всегда осуществляемая на практике, состоит в том, чтобы привлечь должника и делу; таким образом, судебное решение будет иметь силу исполнительного дела в отношении должника, тогда как без этой предвзятости моря такое действие судебного решения могло бы быть спорным. Но это не есть абсолютное требование для предъявления неса с юридической силой.

С. Действие. Оно определяется двумя общими идеями:

1) кредитор осуществляет право, входящее в состав имущества должника; также называют часто его иск к о с л а в н и м и о с к о м; 2) но он не осуществляет этого иска, в качестве представителя должника, мандатария, охраняющего общий залог.

3) Из того, что кредитор осуществляет право, входящее в состав имущества его должника, вытекают два следствия:

а) Все возражения, какие принадлежали ответчику против должника, могут быть противопоставлены и кредитору, например, возражения о прощении долга. Это бесспорно, если возражение возникло до осуществления неса. Но как будет обстоит дело, если возражения возникают в течение процесса? Например, в течение процесса, начатого кредитором, должник заключит с ответчиком мировое соглашение. Можно ли сослаться на это мировое соглашение против кредитора? Это отрицают, утверждая, что осуществление неса кредитором уподобляет его кредитору, налагающему арест должника, как подтвержденный залогом арест на имущество, не может распространяться своим правом. Эта аналогия неверна. Осуществление неса не есть залоговое арест; оно не лишает должника владения вещью, должник сохраняет свободу

¹ Вероятно, существует возможность в отношении залогового ареста (см. о суброгации в ст. 1303). — Парам, 8 февраля 1902, D. 1903. 2. 236, требующий суброгации, в Cassation, 14 мая 1902, там же, признающий ее безоговорочно; за исключением суброгации с. ст. Парам, 22 ноября 1900, S. 1902. 2. 309.

распоряжения своим правом. Иначе говоря, лежащими в течение процесса, могут быть противопоставлены кредитору (Касс., 13 февраля 1862, S. 62. 1. 415).

б) Если кредитор с успехом проводит свой иск, то сумма, уплаченная ответчиком, идет не исключительно только в пользу кредитора — истца. В самом деле, осуществление и права залогодателя в состав имущества должника. Оно составляет часть общего залога всех кредиторов. Следовательно, единственный результат успеха кредитора, предъявляющего иск, будет состоять в том, что стоимость предмета спора пойдет в сумму общего залога. Таким образом, успех неса пойдет на пользу всем кредиторам, которые могут принять участие в распределении суммы, поступившей в состав их залога. Если должник неплатежеспособен, кредитор, предъявивший иск, получит только соответствующую долю.

Следовательно, для кредитора представляло бы большую интерес иметь возможность предъявить прямо иск. Тогда выгода, достигаемая иском, не подделана бы выгода, аналогичная той, какую представлял собой признание прямого неса за третьим приобретателем против должника по договору в пользу третьего лица). Такой прямой иск признает законом за некоторыми кредиторами: за собственником — против поднаемателя (ст. 1753); за рабочими подрядчика — против хозяина (ст. 1783); за работником — против агента, которое поверенный подготавливает на свое место (ст. 1994); в случае покрытия судебных издержек (ст. 133 проц. код.).

Иногда закон, не признавал прямого неса, приходит к тому же результату обходными путями. Так было при решении, установленном ст. 3 закона 19 февраля 1889 г., относившейся к действиям страхования против риска найма, заключенного наемателем, до опубликования закона 13 июля 1930 г. Наематели страхуются против риска отвечать по иску в случае пожара. До 1889 г. собственник мог предъявить иск в страховой компании только на основании ст. 1160, потому что он не состоял в договорных отношениях с компанией, действующей должником одного только наемателя. Это ставило его в необходимость подвизаться наемателем. Это ставило его в необходимость подвизаться наемателем (Касс., 31 декабря 1862, S. 63. 1. 531). Закон 1889 г. не делал прямого неса собственнику против страховой компании, решил, что застрахованный может получить вознаграждение только после того, как вознаграждение собственник. Таким образом, собственник шло гарантию в том, что он получит вознаграждение раньше других кредиторов, так как наематель мог получить вознаграждение только при этом условии; это было равносильно практическому применению ст. 37 § 8 закона 13 июля 1930 г. ссылаясь на это положение вещей: «1) случае страхования риска наемателя или убытков союда, страховщик обязан платить кому-либо другому, кроме собственника сбитого объекта, всегда или третьему лицу»

авантюриста променяном на прав, всю или часть должной суммы, поскольку признания собственни, следовало для третьих лиц, ставших от их места, не получили удовлетворения за последствием несчастного случая в размере *сделанной* суммы)].

3) Кредитор, осуществляющий его не в качестве представителя. Ведомство именованного, на суде должно решиться в отношении кредитора нельзя ссылаться против должника (ст. 1351). Должник может не признавать *этого решения* и была назначить процесс против ответчика. Старались избежать этого, имея неудобного на практике, следовательно, утверждал, что должник дает *молчаливое поручение* кредитору предъявить иск за него. Но это толкование неправильно и противоречит намерению должника. Другое толкование требует судебной суброгации кредитора на место должника, судебного мандата. Мы видели, что это требование недопустимо ввиду упоминания о нем в тексте закона.

Процессуальное средство избежать затруднений состоит в привлечении к делу должника. Таким путем он становится стороной в процессе и не может более ссылаться на ст. 1351. Этим объясняется, почему фактически привлечение должника к делу всегда имеет место и стало на практике равносильным формальному указанию о участии иска кредитором. Демонстративно утверждал даже (крайне редко), что процесс имеет значение только при этом условии. При отсутствии толста закона, единственной санкцией и привлечение должника к делу будет невозможность противоставить в отношении его судебное решение.

III. *Исполнение* иск.¹ Он применяется в различных случаях. Должник, вместо того, чтобы воздерживаться от действий, совершает во вред кредиторам акты, имеющие для них преюдициальное значение. Например, зная свою неплатежеспособность и видя угрозу предъявления исков, он отчуждает свое имущество, чтобы вынуть его из круга предметов общего залога кредиторам. Или он отказывается от выплаты долга. Иногда акт будет спонсорским (тайное соглашение). В этом случае, как мы видели, кредитором можно будет предъявить иск о признании симулиции. Если акт не был симуляцией, кредиторы могут оспаривать акт, как совершённый им во вред (ст. 1167).

Этот иск имеет римское происхождение.² В римском праве он иска для оригинальных характерных черты: он представлялся со стороны *curator bonorum vendendum* — своего рода управляющим конкурсной массы, от имени кредиторской массы, во время *venditio bonorum* (продажа имущества). Помимо того, этот иск

¹ См. Alex. Gruber, *Wacton Paulienne et droit civil français contemporains*, 2^{me} ed., Paris, 1912.

² *Origine de l'acte de la Paulienne*, Nouv. Rev. hist. de droit français, 1919, pp. 167.

имел штрафной характер, для борьбы с *fraus legis* (обманом).

В старом французском праве этот иск утратил свои коллективный характер, вместо с именованным *curator bonorum*, а равно и свой штрафной характер. Его приставочная пригодность была, впрочем, невелика, потому что все кредиторы, имеющие исполнительный документ, обладали общей ипотечкой, дававшей им право следования. Также не было необходимости предъявлять иск об отмене в самом крайнем случае, когда акт представлял собой недобросовестное отчуждение *имущества*. Этим объясняется, что Потье нигде не дает общей теории иуданова иска.

С изданием гражданского кодекса этот иск снова получил очень большое значение, вследствие именованной общей ипотечкой, связанной с нотариальными актами. Но, по нахождению у Потье стройной теории, редакторы ограничились установлением принципа. Ведомство этого для установления такой теории необходимо обратиться к римским источникам. Это очень любопытный случай сохранения института, имеющего двадцатичетырёхлетний возраст. Однако, этот институт утратил две первоначальные характерные черты — свой коллективный характер и штрафной характер.

Мы рассмотрим: А) его юридическое основание; В) условия его осуществления; С) его действие.

А) Юридическое основание. В принципе, кредиторы являются правопреемниками их должника и подлежат последствием всех его актов, относящихся к их залого (ст. 1122). Часто говорят, что должник представляет своих кредиторов. Эта формула правильная, если ее ограничить этим смыслом, но не следует превращать должника в поверенного, именуемого в силу молчаливого уполномочия.

Вся теория иуданова иска основывается на исключении из этого принципа. В случае, когда он должник совершает сознательно во вред кредиторам, он перестает иметь силу против них. Кредиторы перестают быть его правопреемниками и становятся третьими лицами. Должник *fraudator* более не представляет их. Цель иска состоит в том, чтобы добиться признания, что акт должника не имеет силы против них, а также признания тех выводов, которые с этим связаны.

Отсюда выводится решение двух вопросов: 1) На каком титуле предъявляют иск кредиторы? Ст. 1167 отвечает: «от своего собственного имени». В этом большая разница между данным случаем и с.учаем, предусмотренным ст. 1166. Здесь кредитор предъявляет *propter nomine* (от собственного имени) прямой иск, а не косвенный иск за права должника. Он осуществляет право, которое составляет часть его собственного имущества.

2) Какой юридический характер этого прямого иска? В Риме этот иск был штрафным, нацеленным на то, чтобы наложить частный штраф за долг, за *fraus legis* (обманом)

кредиторов). Он не производится прямо и отмена акта. Но нередко можно было получить вознаграждение в натуре; иск был *actio in rem*, т. е. *actio in rem* (ответчик возвращался и возмещал ущерб только если он не исполнил предписаний суда о реституции).

В настоящее время акт утрачивает графический характер. Иск направляется прямо на восстановление в натуре существовавшего положения. Он должен привести к тому, чтобы кредитор-истец оказался в том же положении, как если бы акта не было совершено. Это и выражено словами, что это — иск об отмене акта.

Отсюда большое сходство между этим иском и исками о недействительности. Нередко говорят, что кредитор оспаривает акт (ср. ст. 243). Но это выражение не точно, потому что, с одной стороны, оспаривание происходит в отношении всех, тогда как отмена действует только в интересах кредитора, предъявляющего иск, и, с другой стороны, поскольку акт отменяется только в той мере, в какой он причиняет ущерб, он продолжает существовать во всех других отношениях; наконец, отмена не всегда задает третьих приобретателей.

Следовательно, иск имеет особую юридическую природу, сходную между исками о возмещении ущерба и исками о недействительности акта. Он сходен с иском о недействительности в том, что приводит к восстановлению в натуре, с иском о возмещении вреда в том, что он не производит полного уничтожения акта, а действует только в той мере, в какой этого требует интерес обманутого кредитора. Это — своего рода относительная недействительность, иск о признании невозможности ссылки на акт.

Возникал вопрос, был ли это иск вещный или личный, владетельские выражений, употребленных Юстинианом (Inst. IV, 6, 6) или тот же, требовать эту вещь). В современном праве иск — определенное личное, так как он не сопровождается никаким вещным правом кредитора, осуществляемым им. Но он производит действие, тождественное с действием вещных иском: он приводит к возвращению в натуре отчужденного имущества. Следовательно, также и с этой точки зрения иск занимает особое гражданское положение.

В. Условия предъявления. Подлежат рассмотрению три вопроса: 1) какие акты можно оспаривать? 2) кто может предъявить иск? 3) против кого можно предъявить этот иск?

1) Определение актов, которые можно оспаривать. Оно сделано в ст. 1167, но нуждается в дополнении.

Необходимо два условия: ущерб, нанесенный кредиторами (или самим должником) и обманное поведение должника (сознание fraudis).

а) Ущерб. В широком смысле всякий акт, посредством которого у должника уменьшается имущество или по которому он берет обязательства, причиняет ущерб кредиторам. Но в данном случае речь идет о злоупотреблении в отношении более узкого класса.

Акт должен повлечь обманное поведение, т. е. *увеличить стоимость* актива. Недостаточно, что он упускает возможность получить обогащение. Если должник совершает дарение, продажу или отказ от исполнения долга, иск можно предъявить. Если он отказывается принять предложение дара, нельзя принять дар за него.

Это решение объясняется самой природой акта; это — иск об отмене, а такой иск позволяет вернуть в состав законного имущества элементы, которые на него вышли, но не добывать из него новые элементы. В противном случае этот иск имел бы свой характер и превратился бы в такой иск, посредством которого кредитор ставит себя на место должника, чтобы приобрести какие права; но мы знаем, что это невозможно.

Такое твердое правило, начиная с римского права (Ульпиан, D., XLII, 8, 6 р. 1). Его сохранение в гражданском кодексе оспаривалось Обра и Ро (т. IV, § 313, текст и прим. 16), которые ссылаются на общий характер вырванной ст. 1167. Но нужно, как это показала Паллиани (Inst. сов., т. II, § 302), отметить, что ст. 1167 молчаливо отсылает к традиции. Она прямо не ссылается на одного из специальных правил об этом иске. Аргумент Обра и Ро привел бы к заключению об отмене всех этих правил, а это невозможно. Следовательно, римское правило в этом вопросе сохранило силу.

Впрочем, по одному пункту можно считать, что римские решения изменились: ст. 783 позволяет кредиторам добиваться отмены акта, посредством которого должник отказывается от наследства, которое ему открылось. В римском праве, наоборот, отказ от наследства в этом случае не допускался. Это два различных решения, однако, являются выражением одной и той же концепции иска. Различие объясняется тем, что природа открытого наследства изменилась со времени римского права. В Риме, когда наследство открывалось в пользу наследника (ср. необходимого), оно не принадлежало ему в силу одного факта смерти; требовался акт приобретения с его стороны, вступление в наследство. Следовательно, отказ от наследства был актом, посредством которого должник упускал возможность обогатиться, но не становился беднее. В настоящее время, когда наследство приобретает наследником без вступления в наследство, в силу самого закона, отказ приводит к тому, что из состава имущества выходит часть, которая там уже находилась; лицо становится беднее. Следовательно, традиционная все должно быть по-прежнему.

Среди актов, уменьшающих актив, фигурирует платеж, совершаемый должником. Но иск не будет в этом случае допустим, вследствие традиционного исключения из общего принципа. В самом деле, кредитор, получивший платеж, поставил то, что ему следует из обычного основания требовать от него возврата полученного.

Следует заметить, что это решение позволяет кредиторам общему должнику поставить одного из своих кредиторов и

более выгодное положение путем полного платежа ему, тогда на оставшиеся долины ограничиться долей причитающейся сумми. Но кто не противоречат принципам гандикавого права, которое не возводит в правило равенства между кредиторами. Наоборот, торговое право требует равенства между кредиторами несостоятельного должника и, в качестве следствия отсюда, допускает возможность оспаривания платежей, сделанных известным кредиторам в ущерб другим, и период, предшествующий решению об объявлении несостоятельности, называемый подозрительным периодом (la période suspecte) (ст. 446—447 Торг. код.).

Нельзя считать актами, приводящими к обеднению, акты, увеличивающие пассив без уменьшения актива, вроде новых обязательств, принимаемых на себя должником по договорам, которые увеличивают число кредиторов, и, следовательно, уменьшают долю каждого в залоге. Эти акты не порождают содержания залога самого по себе. Паулинов иск также не будет допустим в этом случае. Но иск о признании симуляции может иметь место, если новое обязательство имеет целью прикрыть притворный акт в отношении актива; необходимо будет тогда доказать симуляцию.

Этого первого условия, требования уменьшения имущества должника, недостаточно. Нужно, чтобы это уменьшение имущества определяло или увеличивало его неплатежеспособность. Поскольку должник не является неплатежеспособным, залог кредитором остается достаточным. Они не могут оспаривать актов должника.

Доказательство этого характера акта ложится на кредитора-актива, который может доказывать всеми средствами. Нет необходимости предварительно принимать меры в отношении должника, т. е. описывать и продавать его недвижимое имущество. Эта мера в продаже необходима только в том случае, если другими средствами невозможно фактически доказать неплатежеспособность.

б) **Обман.** Обман имеет место тогда, когда акт, причиняющий вред, совершен должником, с знанием своего положения, с целью сознанием ущерба, причиняемого кредиторам. Нет необходимости, чтобы акт был совершен с намерением причинить ущерб. Достаточно сознание вреда, являющегося следствием знания платежеспособности. Следовательно, это — понятие, весьма отличное от понятия злого умысла, предполагающего ухищрение, которое только побудить и выражению согласия. Ср. посп. замеч. Нам в рещ. М.-Июлье, 7 июля 1932, D. P. 1933, 1. 97.

Необходимость этого элемента в принципе бесспорна. Но утверждали, что допускались исключения в том случае, когда акт был совершен отчасти от права. Тогда было достаточно причиненный ущерб. Ст. ст. 622 и 788, казавшиеся вставкой отмены, не говорят об обмане, тогда как проект XIII года о нем упоминает. Исключением этого упоминает, говорит, дополняет,

что хотели устранить это требование, когда иск направляется против отказа.

Эта теория вообще отвергнута. Первое соображение должно ее сделать сомнительной: другой текст закона, относящийся к паулинову иску вследствие отказа, требует наличия обмана, ст. ст. 1464 по вопросу об отказе от общности имущества. Следовательно, допуская, что ст. ст. 622 и 788 не требуют обмана, решение этих статей нельзя принимать за общее правило.

Но можно установить, что даже в случаях, предусмотренных этими статьями, условие обмана молчаливо требуется. Когда обсуждали эти две статьи, ст. 1167 еще не была принята. На условиях предъявления паулинова иска не останавливались: хотели оставить для отдельного обсуждения вопрос о необходимости обмана. Те две статьи редактировали так, чтоб ничего не предвещать в этом отношении. Позднее, требование обмана было указано общим способом в ст. 1167, а ст. 1464 дала применение этого принципа. Следовательно, решение ст. 1167 должно применяться в случаях статей 622 и 788, как и в случае ст. 1464. К тому же не было бы никакого основания их различать.

Эти два условия, пред и обман, являются необходимыми и достаточными. Ст. 1167, ч. 2 называет два исключения — в области наследования и брачного договора, которые достаточно трудно определить. По общему мнению, это упоминание касается ст. 882 и 1476. Ст. 882 в случае раздела добавляет, в качестве третьего условия, что кредиторы могут оспаривать раздел ввиду обмана только при условии, если они предварительно возражали против того, что имело место в их отсутствие. Ст. 1476 объявляет правила раздела наследства применимыми и разделу общности. Следовательно, требование предварительного возражения находит и в этом случае.

(2) **Лица, которые могут предъявить иск.** Не все кредиторы могут предъявлять паулинов иск. Необходимо, чтобы они обладали титулом, более раннего происхождения по сравнению с оспариваемым актом. Те, которые вступали в договорные отношения позднее акта, не могут утверждать, что этот акт нарушил их залог. Они вступали в договор, имея в виду имущество должника таким, каким оно было во время возникновения их права требования. Эти кредиторы могут только предъявить иск о признании симуляции, если акт был симулирован с целью введения их в заблуждение в том, что касается состояния актива.

Исключение сделано, однако, для того случая, когда обман, предшествующий установлению обязательства, был направлен прямо против кредитора; например, чтобы ввести в заблуждение о состоянии залога (см. Касс., 30 мая 1905 г., D. 1905, 1. 408).¹

¹ Ср. еще: Париз, 24 июля 1928, S. 1929, 2. 67; посп. замеч. Бюшар; Грожэ, 23 января 1928, 4 декабря 1929, D. P. 1931, 1. 81; посп. замеч. Норт и S. 1931, 1. 261; посп. замеч. Hubert; Париз, 1 июля 1931, S. 1935, 2. 41.

За пределами этих неслучайных случаев очень важно знать, является ли основное обязательство более ранним, чем дань, направленный во вред кредиторам. Это можно установить, например, с помощью средств, причем не является необходимым, — чтобы установленное обязательство имело определенную дату в смысле ст. 1338. Теория определенной даты создана не для этого случая. Она имеет назначением регулировать конфликт между правопреемником одного и того же производителя; а «де» кредитор предъявляет иск, как третье лицо (см. Обри и Ро, т. IV, § 313, note 15; *Voisard*, 18 июля 1892, S. 93. 2. 210).

б) Ответчик по иску. Паулианов иск не всегда предъявляется к должнику. В римском праве, наоборот, иск редко предъявлялся к нему. В самом деле, бесполезно предъявлять к нему иск, чтобы добиться отмены акта; необходимо предъявлять иск к тому, кто воспользовался выгодами от акта в то время, когда он может вернуть отчужденное имущество в состав залогового имущества для кредиторов.

Иск будет предъявляться различно, в соответствии с различием, основанном на традиционных принципах, и зависимости от того, направляется ли он против непосредственных правопреемников или последующих приобретателей.

в) Непосредственные правопреемники. Тут следует проводить некое различие между правопреемниками на законном титуле и на беззаконном.

г) Прямая правопреемника из беззаконном титуле иск дается всегда, без различия, добросовестности или недобросовестности правопреемника, а также иск не имеет об обманном действительном обмане.

д) Против правопреемника из беззаконном титуле иск дается только тогда, когда он является соучастником в обмане (*complicité fraudis*), если, вступая в договор, он знал об обмане, совершаемом должником.

Чтобы понять это различие, нужно сравнить в обоих случаях возникающие интересы. Приобретатель из беззаконном титуле обогатился вследствие обманного акта. Следовательно, он обязан отвечать кредиторам, который судится, желая избежать ущерба, а третье лицо, которое судится, желая защитить обогащение. Интерес кредитора более достоин защиты, чем интерес третьего лица. Наоборот, если третье лицо приобрело на законном титуле, акт не обогатил его; третье лицо улетело обогащение. Отмена акта приведет его к ущербу, потому что его иск к приобретателю, как не имевшему возможности, будет невозможным.

Римское право — *Collin et Scilliani*, loc. cit. т. II, § 206; *Joussier*, loc. cit. т. II, § 206; *Plantet et Ripert*, loc. cit. т. II, § 206; *Roche*, *Revue de Droit*, т. 1, 1900, p. 157; *Voisard*, *Revue de Droit*, т. 1, 1900, p. 157; *Voisard*, *Revue de Droit*, т. 1, 1900, p. 157; *Voisard*, *Revue de Droit*, т. 1, 1900, p. 157; *Voisard*, *Revue de Droit*, т. 1, 1900, p. 157.

Следовательно, здесь и кредитор и третье лицо судятся обоим, желая избежать ущерба: *certant de damno vitioso* (спорят об избежании ущерба). Они равно достойны защиты. Поэтому с третьего лица будет взыскано только в случае, если оно было участником в обмане. В этом случае различия в положении кредитора и третьего лица больше нет, так как он недобросовестен (см. *Ulpien*, D., XLII, 8, 6, 8 и 11).

е) Дальнейшие приобретатели. Предположим, что имущество отчуждено должником и передано приобретателем третьему лицу. При каких условиях это третье лицо будет отвечать?

Если непосредственный правопреемник *fraudator'a* (т. е. совершившего обманный акт) не находится в таком положении, когда по изложенным выше принципам он был бы ответственным, то дальнейший приобретатель будет пользоваться выгодами отчуждения. У его правопреемника имущество было в силу отчуждения, но подлежащего оспариванию, а потому и отчужденное, следовательно, не может оспариваться.

Предположим, наоборот, что непосредственный правопреемник отвечает по паулианову иску. Дальнейший приобретатель будет отвечать, в соответствии с различными действиями для непосредственного приобретателя: всегда — если он приобрел безвозмездно; только при условии соучастия в обмане, если он приобрел возмездно.

Это положение дальнейшего приобретателя наглядно показывает, что паулианов иск не есть настоящий иск о действительности акта. В самом деле, иск о действительности действую против третьих приобретателей и добросовестных и недобросовестных, причем нет места для какого бы то ни было различия сообразно их положению.

Когда эти три вида условий соединяются вместе, иск может быть предъявлен с полной силой. Давность иска определяется ст. 1334, так как иск не есть настоящий иск о действительности акта. Он будет погашаться, в соответствии с общим правилом, 30 лет (ст. 2262).

С. Действие. Чтобы определить действие иски, нужно припомнить три существующих характеристики его черты: иск признает, осуществляемый кредитором в силу собственного права; иск об отмене, действие которого наступает только в меру интереса кредитора, предъявляющего этот иск; иск индивидуализный, а не коллективный от имени всех кредиторов коллективно.

Мы будем различать действие иски: а) в отношении иски; б) в отношении третьего ответчика и его кредиторов; в) в отношении должника — *fraudator'a*; г) в отношении кредиторов *fraudator'a*, не индивидуальных сторон в процессе.

а) В отношении иски отмена имеет место только в той мере, какой этого требует его интерес; он имеет право только на часть отчужденного имущества, необходимую для уплаты

на его требование. Он не имеет никакого права на остаток, размер которого мы определяем в дальнейшем.

б) Третье лицо обязано вернуть вещи в прежнее состояние в отношении кредитора — истца. Оно должно возместить, если возможно, в натуре; если невозможно, — в эквиваленте. Кроме того, он должен будет возместить ущерб, если бы был соучастником обмана.

Оно может подать иск, вознаградив кредитора, т. е. уплатив долг *fraudator*'у.

Каково будет положение кредиторов третьего лица? Они могли рассчитывать на ценности, какие должник был погустить по отмененному договору и увеличить размер их залога. Во всяком случае, они не могут претендовать на то, чтобы спорить с кредитором-истцом, и это по двум основаниям: с одной стороны, это решение противоречило бы цели иска, которая заключается в том, чтобы вернуть вещи в прежнее состояние в отношении кредитора-истца; с другой стороны, кредиторы третьего лица являются правопреемниками и подлежат действию отмены.

Однако, это применяется только в том случае, если отчужденный предмет остается в натуре в имуществе третьего лица. Если он заменен его стоимостью (предмет отчужден третьим лицом) или если отмененный акт не имел предметом отчуждения определенной вещи (платеж денежной суммы, отказ от взыскания долга), истец силой вещи является только как носитель простого права требования против третьего лица и подвергается тогда конкуренции других кредиторов этого последнего.

в) В отношении *fraudator* отмена имеет место не в его интересе. Он не может получить от нее выгоды. Акт будет продолжать производить свое действие в отношении его. Разным образом, когда кредитор получит удовлетворение, — остаток, который может оказаться, будет принадлежать третьему лицу, а не *fraudator*'у. С другой стороны, третье лицо, лишившееся владения, может предъявить иск о вознаграждении за убытки к *fraudator*'у. Юридическая природа этого иска спорна: гарантия за отсужденные вещи или иск из ведения дела. Проблема представляет небольшой практический интерес, потому что иск в большинстве случаев будет иллюзорным, поскольку *fraudator* неплатежеспособен.

д) Кредиторы *fraudator*'а, не являющиеся в своей стороне в процессе, получали по римскому праву выгоду от осуществления иска, представлявшегося коллективным и увеличивавшего общий залог. Теперь иск является индивидуальным. Кредиторы, не выступавшие в качестве истцов, не могут воспользоваться судебным решением по делу, в котором они не участвовали. С другой стороны, акт не оспаривается в отношении должника; следовательно, вещи не попадают в его имущество. Они возвращаются к иному предмету залога только в отношении истца.

В конечном выводе, кредитор, предъявляющий иск, один пользуется выгодами отмены. Другим в этом не участвуют. Это — новое следствие того, что в гражданском праве нет принципа равенства между кредиторами неплатежеспособного должника.

Можно сравнить паулианов иск с двумя смежными институтами:

(1) В процессе — возражение (протест) третьего лица. Если состоялось судебное решение, имеющее преюдициальное значение для прав третьего лица, не привлеченного к делу, это третье лицо может спорить против него посредством специального иска (ст. 474 и сл. процесс. код.). Если решение было результатом злонамеренного сговора сторон, имевшего целью обмануть кредиторов одного из таковых, этот иск представляет большую аналогию с паулиановым иском.

(2) В торговом праве, наоборот, оспаривание актов, совершенных несостоятельным во вред кредиторам с известного момента, определяемого трибуналом, в качестве момента прекращения платежей (ст. 446—447), представляет большие различия в деталях по сравнению с паулиановым иском. Кроме того, иск в этих случаях имеет коллективный характер; он предъявляется управляющим конкурсной массой от имени кредиторов этой массы. Аннулирование приносит выгоду всем в силу принципа равенства.

§ 2. *Exceptio non adimpleti contractus* (возражение о неисполнении договора) и расторжение договора ввиду неисполнения

В отличие от прав, изучавшихся до сих пор, гарантии, составляющие предмет этого параграфа, не принадлежат некоторым кредиторам, независимо от источника их права требования. Они ограничиваются кредиторами, которые выводят свои права из договора, обязывающего стороны к взаимным предоставлениям. По мнению некоторых авторов, такая формула даже слишком широка; эти гарантии имеют место только при синаллагматических договорах, а не при односторонних возмездных договорах. Мы увидим, однако, что распространение этих гарантий на такие договоры возможно. Таким образом, мы изучим их сначала при синаллагматических договорах, где они бесспорны, а затем — при односторонних возмездных договорах.

I. Синаллагматические договоры¹ Здесь, как и в учении о сроке или о цене, в основе юридической конструкции лежит тео-

¹ См. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, том. 168 и сл.; Les théories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie, en paiement lorsque son adversaire, de son côté, n'a exécuté pas ses engagements (Ann. du droit commercial, 1892—1893); René Cassin, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (*exceptio non adimpleti contractus*) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, Paris, 1914. *Capitant* nous fait remarquer qu'il y a une analogie entre la théorie de l'obligation [sic] (int. com., 3^e éd., стр. 258—284 и 321—338).

ни несут друг взаимных обязательств. В учении о цене илдет речь, что возмездность одного обязательства является условием исполнения другого. В учении о цене илдет речь, что возмездность одного обязательства является условием исполнения другого. В учении о цене илдет речь, что возмездность одного обязательства является условием исполнения другого.

Первое следствие из этого соотношения заключается в том, что в принципе то и другое исполнение должно быть одновременным: в полном смысле это действительное (Zug um Zug). Если одна сторона пытается предъявить иск об исполнении раньше, чем другая сама, ее иск будет обесценен безразличием о неисполнении договора (non adimpleti contractus). В области продажи это выражается договорной «*emptor venico debet omnia passim*» (ср. ст. 1612).

Можно пойти еще дальше и решить, что неисполнение договора одной из сторон позволяет другой стороне требовать расторжения договора. Это новое право отличается от предыдущего и трех пунктах: 1) это — иск, а не простое средство защиты (возражение); 2) он приводит к уничтожению договора, тогда как возражение оставляет договор в силе, и как только неисполнение стороны исполнит договор, должна исполнять и другая сторона; 3) возражение нельзя сделать, если одна из сторон не исполняет договора ввиду оказанного ей доверия (кредита) другой стороной, иск о расторжении возможен, как только договор исполнен.

История нам показывает, как пришла к этому дальнейшему развитию. Римское право допускало *exceptio non adimpleti contractus* (продажа за наличный расчет; Гай, IV, 126-а); впрочем, называемое это — производное толкователь римского права. Возражение вообще представлялось в форме *exceptio dati* или одной из производных от нее инстанций.

При бенефициальных контрактах, помимо этого, находим систему практически прибавляющуюся к нашему иску о расторжении договора, хотя и отличающуюся от него в принципе. При этих договорах каждая сторона связана только в результате исполнения другой стороной. Следовательно, если одна сторона исполнила договор, получалось, что она сделала это в силу несуществующего обязательства, и могла потребовать свое предоставление обратно посредством *condictio ob rem dati* (см. в отношении меня — §. 184; De rer. petitiis. 1, 4).

При сингалитарных договорах, посвятивших определенное название, система была менее законченной. В принципе, если одна из сторон не исполнила договора, другая сторона не могла требовать его расторжения (C. I, IV, 39, De contr. empt., 8). Впро-

чем, при продаже сподвальной подложная гарантировалась платен цены. Передача переносила право собственности только после уплаты покупной цены, за исключением лишь того случая, когда продавец оказал кредит покупателю (Inst. Justin., II, 1, De rer. div., 41). Этот первый иск об защите был недостаточным для продавца, потому что он был неприменим к продаже со сроком. С другой стороны, он отдавал продавца на усмотрение покупателя, который мог по своей воле задержать переход права собственности, задерживая платеж. Сверх этого, практика признала, что стороны могут присоединить к договору продажи соглашение, называемое *lex commissoria* (D., XVIII, 3, De leg. comm. 4, пр. 1, в силу которого продажа уничтожается путем револютивного условия, если цена не будет уплачена в определенный срок.

Это учение оставалось недостаточным, потому что оно относилось специально к продаже, и расторжение договора возможно только в случае прямого соглашения.

В старом праве, парламенты местностей общего права пришли к тому, чтобы подразумевать соглашение о расторжении, и это решение было распространено с продажи на все сингалитарные договоры. Таким образом старое право выражало соглашение о расторжении договора прямо выраженной револютивным условием (Potter, Обязательства, пом. 672; Договор продажи, пом. 476). Но оно не действует в силу закона. Его нужно было доказать на суде.

Это учение перешло в гражданский кодекс, ст. 1184 (ср. ст. 1654 в отношении продажи).

Таким образом, мы имеем две гарантии исполнения: иск о расторжении, прямо анципированный статьей 1184, и возражение о неисполнении договора (оно, non adimpleti contractus, которое не засвидетельствовано прямо в общей статье закона, но существующее которого следует в fortiori из ст. 1184. Кроме того, оно анципировано для отдельных случаев местными статьями закона.

В настоящее время иск о расторжении не есть простое предложение оменительное условие; под влиянием учения о цене его рассматривают, как сингалитарный с своей природой сингалитарного договора. Следовательно, неправильно называть его как это продолжают делать, молчаливым оменительным условием. Рассмотрим теперь, каковы условия расторжения и каковы его последствия.

* [Ср. O. Douet, Recherches historiques sur la résolution des contrats, origine de l'article 1184 du Code civil (Paris, Toussain, 1921, стр. 288—320).

† [Выражение молчаливого оменительного условия, впрочем, встречается в нашей старой практике и объяснение расторжения молчаливым условием было уже известно канонистам. Ср. Douet, cit. loc. cit.]

А. Условия расторжения. Существует положение закона, которое может быть изменено обычаями оговоренными (Условиями).

1. Теория закона. Расторжение производится с помощью судебного иска, успех которого предполагает три условия:

а) Прежде всего, нужно, чтобы имел место неисполнение. Нет никаких трудностей, особенно действительные. Нет никаких трудностей, особенно неисполнение полное. Если оно частичное, расторжение будет возможно только, если неисполнение касается пункта, признаваемого сторонами существенным, что заменяет оценку суда (Касс., 14 апреля 1891 г., D. 91. 1. 329; Saleilles, цит. соч., том. 196).

б) Завлечение о просрочке — необходимо, чтобы установить неисполнение. До этого можно сказать, что имеется простая задержка, не имеющая юридического действия сама по себе. Установление просрочки не требуется, если невозможность исполнения очевидна, например, в случае нарушения обязательства по долгу или уничтожения вещи, обещанной должником.

в) Исковое неисполнение должно быть таким, что его можно поставить должнику в вину. Если оно является следствием случайного события, применяют теорию риска. Мы уже видели, что судебная практика применяет ст. 1184 даже в случае неисполнения вследствие случайного события, что теоретически неправильно, но позволяет исправлять на практике теорию риска (см. выше).

При соединении этих трех условий, расторжение не происходит в силу самого закона; нужно предъявить об этом иск в трибунале. До этого договор существует. Следовательно, кредитор имеет выбор — сохранить договор или добиться его расторжения (ст. 1184, ч. 2). Но не вполне зависит от суда, согласиться или отказать в расторжении. Если все условия явны, он должен вынести решение о расторжении. Впрочем, его роль не чисто пассивная, он может предоставить срок на исполнение (ст. 1184, ч. 3). Это — частный случай льготного срока, даваемого ст. 1244, ч. 2 (для продажи недвижимости, см. ст. 1655).

Поскольку судебное рассмотрение не закончено, должник может остановить иск о расторжении исполнением, потому что договор продолжает существовать. То же самое имеет место и после решения, поскольку оно не стало окончательным в силу разрешения (решенного дела).

2. Изменение по соглашению. Требование выполнения в судебном иске нередко делает положение должника самым сложным для практики. Таким образом, оговорки, устанавливающие обычно в договорах, изменяют более или менее условия закона. Они бывают вообще в трех формах:

а) Иногда действительное соглашение, что, в случае неисполнения, договор будет расторгнут. Это — простая отсылка к ст. 1184, ничто не прибавляя.

б) Когда договариваются, что договор будет расторгнут в силу самого закона, расторжение будет иметь место, в случае неисполнения, без вмешательства суда. Суд сможет тогда только констатировать расторжение договора, но не вынести решение об этом. Следовательно: 1) суд не сможет дать отсрочку; 2) расторжение наступит с истечением срока, поставленного для исполнения.

Однако эта оговорка, отменяющая одну из формальностей — иск в суде, — сохраняет, по мнению большинства авторов, необходимость напоминания. В отношении продажи недвижимости ст. 1655 прямо решает, что если условлено, что расторжение договора будет иметь место в силу самого закона при неплатеже в установленный срок, расторжение все-таки будет иметь место только после напоминания.

в) Чтобы избежать всякого спора, можно договориться, что расторжение будет иметь место в силу самого закона и без напоминания.

В тех случаях, когда условлено, что расторжение будет иметь место в силу самого закона, за кредитором сохраняется выбор между правом требовать расторжения и правом добиваться исполнения. Сторона, не исполнившая договора, не может воспользоваться правом расторжения; иначе судьба договора была бы в ее руках. Это нередко прямо указывается; например, при продаже недвижимости устанавливается, что при неплатеже покупной цены в назначенный срок продавца будет расторгнута в силу самого закона по желанию продавца.

Иногда обстоятельства будут таковы, что нужно будет внести в договор, что обе стороны согласились сохранить за собой право на расторжение договора. Это — настоящее *droit de repentir* (право отступить от договора) для стороны, которая может по своему желанию нарушить договор, отказываясь от исполнения. Например, при продаже, совершенной за цену 20 000 франков, покупатель платит наличными 2 000 франков, причем стороны соглашаются, что если остальная часть покупной цены не будет уплачена в течение двух месяцев, договор будет расторгнут в силу самого закона, а аванс остается за продавцом в качестве вознаграждения за убытки; нужно отсюда заключить, что покупатель имеет право отказаться от договора, уплатив авансом 2 000 франков, которые имеют значение отступного (Касс., 29 ноября 1896 г., S. 87. 1. 63).

В. Последствия расторжения. Посредством расторжения договор превращается с обратной силой. Он считается никогда не существовавшим. Он падает со всеми своими последствиями, как в случае осаритания.

Однако против некоторых последствий факта обратной силы бессильна; это — фактические последствия, произведенные

договором. Но всегда возможно восстановить *status quo* (прежнее состояние); например, в области имущественного найма сделать так, что найматель не пользовался (в течение предыдущего периода) предметом найма. Это пользование существует, и наймода-тель сохраняет полученную за то время наемную плату. Имущественный заем превращается только во будущее время. Тут имеет место прекращение, а не расторжение.

С этой оговоркой, расторжение договора обязывает стороны к взаимной реституции (востановлению прежнего состояния). Больше того, возможно возмещение убытков (ст. 1184, ч. 2).

В отношении третьих лиц, установленные на вещь права отпадают. Но и здесь принятием не смещения, как при исках о недействительности: добросовестный владелец получает доходы, акты управления сохраняют силу. С другой стороны, действия приобретательной давности или прописки ст. 2279 могут защитить совершенные акты от расторжения.

Этих смягчений, однако, недостаточно. Расторжение имеет серьезные неудобства с точки зрения кредита. Этим объясняется, что Германское гражданское уложение ограничило пределы применения расторжения и сместило его последствия: 1) Расторжение допустимо только при условии, если исполнено в натуре возмещение. Не достаточно простой злой воли при исполнении. 2) Расторжение в принципе не отражается на передачах права собственности или вещных прав. Здесь опять применяется система записи в земельную книгу и предварительных отметок (*S a - l e i l l o s*, цит. соч., том. 188—197).

Во Франции неудобство существующего положения часто отмечалось, но эта критика не привела к изменению всего учения в целом. Во волеином случае, в частности результаты были достигнуты на двух пунктах:

(1) Закон 23 марта 1855 г. устанавливал публичность судебных решений, объявляющих расторжение договоров, подлежащих записи (ст. 4). По этому недостаточно, потому что это предписание применяется только к расторжению, объявленному в решении суда: до этого третьи лица не уведомляются. С другой стороны, единственная санкция заключается в штрафе против поверенного, который получил судебное решение.

(2) В случае расторжения продажи недвижимостей владу покупателя покупной ценой, зачета третьих лиц, частичная и льдо-считочная, вытекает из следующих распоряжений закона.

а) В случае принудительного отчуждения для общественных нужд закон 3 мая 1841 г., ст. 16¹, постановляет, что все

¹ [Ст. 22 декабря закона 3 августа 1835 г. изменявшего порядок принудительного отчуждения, относился он не к этому решению].

о расторжении не может остановить принудительное отчуждение или помешать его действию. Право злого приобретателя требования о возмещении вреда.

б) В случае продажи недвижимости, на которую обращено ипотечное право, закон 2 июля 1841 г., изменивший ст. 717 процессуального кодекса, ставит приобретенного ипотечника на торгах под защиту от исков о расторжении, принадлежавших предыдущим продавцам*, если только ипотечное заявление предыдущего продавца не будет заявлено для регистрации до присуждения имущества на торгах (ст. 717, ч. 2—5). Это решение распространено на аукционную продажу в случае добровольного отчуждения законом 21 мая 1898 г., изменившим ст. 833 процессуального кодекса.

в) В силу ст. 7 закона 23 марта 1855 г. иск о расторжении не может быть предъявлен после прекращения публикации продажи на недвижимость, во вред третьим лицам, записанным отметкой или записью в земельной книге. Имеется взаимная связь двух гарантий.

В подготовительных работах к закону 1855 г. предложено было пойти дальше. Требовали недопущения иска о расторжении в отношении третьих лиц в случае продажи недвижимости. Это требование вызвало возражения Валетта, как противоречащее основным принципам французского права, и осталось безрезультатным (см. речь Валетта в Национальном собрании, *Mélanges*, т. II, стр. 531).

д) В случаях судебной продажи недвижимостей, расторжение продажи ввиду неуплаты покупной цены лицом, за которым осталась недвижимость, заменено системой продажи с аукциона с безусловной надбавкой (*sur folle enchère*) (ст. 733 процесс. код.).

II. Односторонние взаимные договоры. Следует ли распространять на эти договоры *exceptio non adimpleti contractus* в иск о расторжении? Этот вопрос можно ставить, так как ст. 1184 говорит только о синаллагматических договорах.

(1) *Exceptio non adimpleti contractus* допускаются без затруднений; например, залоговый кредитор, исполнивший затраты на вещь, движимую и недвижимую, имеет право удержания против должника, отказывающегося их возместить.

(2) Труднее допустить иск о расторжении за продажей синаллагматических договоров. В применении его объясняли, говоря, что ст. 1184 — текст исключительный, который

* т. е. тем, от которых недвижимость приобретена путем, с которого производится ипотечное. — В ряде случаев...

неградушает оговорку в соглашениях и который, или содержащая фанция, не должен быть распространено за пределы своего буквального текста. Но это соображение ошибочно. Мы видели, что ст. 1184 не санкционирует фанция, а решение, вытекающее из природы синаллагматического договора.

Чтобы разрешить вопрос, заметим, прежде всего, что в гражданском кодексе имеются отдельные статьи, которые, повидимому, благоприятствуют этому распространению. Дарение с возложением обязанности расторгается при неисполнении возложения (ст. 953). Против этого возражают, что дарение с обременением является синаллагматической сделкой. Но этого возражения нельзя сделать относительно другого текста, а именно, ст. 1912. В отношениях по постоянной ренте допускается расторжение, когда должник по постоянной ренте не уплачивает необходимых сумм в течение двух лет. Тогда кредитор по ренте может потребовать рентный капитал. Однако, этот договор односторонний, потому что он устанавливает обязательство только на стороне должника. Следовательно, нет никакого противоречия духу закона в том, чтобы допустить иск о расторжении одностороннего договора, когда этот договор влечет взаимные предоставления. Кроме того, здесь указывается мотив, под влиянием которого составлена ст. 1184, — предполагаемое намерение сторон. Как при синаллагматическом договоре одна сторона не может оставаться обманной, когда другая сторона не исполняет, так и при одностороннем договоре сторона, сделавшая предоставление, имеет право иметь возможность взять предоставление назад, если другая сторона не исполняет своего обещания. В обоих случаях это решение является выходом из понятия основания.

Что касается молчания ст. 1184, на которое делается ссылка в системе, которую мы оспариваем, то оно объясняется происхождением этой статьи. Она была заимствована у Потье (Обязательства, том 672), который говорил о молчаливом соглашении об отмене и связи с прекращением обязательства; но расторжение имеет такое действие только при синаллагматических договорах. При односторонних договорах оно позволяет только требовать обратно предоставления. Таким образом Потье был вынужден говорить только о синаллагматических договорах. Но он сам распространил свое решение на односторонние договоры, например, на установление ренты (Treaté de la constitution de rente, ст. 48).

Следовательно, иск о расторжении должен быть допущен при односторонних договорах, когда они содержат взаимные предоставления.

Впрочем, из этого решения есть два исключения: (1) Ст. 1978, в области пожизненной ренты, решает, что если должник по ренте не платит в течение сумм, кредитор по ренте не может предъ-

явить иск о расторжении и получить капитал. Он может лишь истребовать аренд, добиваться продажи имущества должника и требовать, в отношении вырученных от продажи денег, расторжения или согласия на употребление достаточной суммы на исполнение непроизведенных рентных платежей. Это объясняется рисковым характером договора: должник по ренте имеет неблагоприятные шансы, он должен сохранить возможность воспользоваться благоприятными шансами. Но расторжение отняло бы у него эту возможность; в случае смерти кредитора по ренте после расторжения, он уплатил бы предоставленную сумму и лишился бы капитала, подвергаясь риску без компенсаций.

(2) В области раздела, если один из участников раздела обещал деньги и не заплатил, расторжение невозможно. Это объясняется принципом ст. 883: декларативное действие раздела. Решение было бы таким же в случае раздела с функциями между наследниками, когда получивший имущество не платит назначенную цену.

ПРЕКРАЩЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

В настоящей главе мы остановимся на способах прекращения обязательств, перечисленных в ст. 1234, а именно: на платеже, покаянии, добровольном отказе кредитора от своего права, зачете, списании, уничтожении вещи, ничтожности обязательства, отменительном условии и давности. Из этого списка нужно исключить невозможность обязательства, которая является следствием первоначального порока договора. Обязательство имеет только временную существование. Осуществление обязательства или расторжение заданно устанавливает первоначальный порок. Отсюда его обратное действие. С другой стороны, уничтожение вещи есть частный случай невозможности исполнения, которая прекращает обязательство, только при условии, если невозможность нельзя возложить в вину должнику. Следовательно, основанием прекращения обязательств можно считать только случайную невозможность его исполнения.

С точки зрения закона можно разделить способы прекращения обязательств на три группы:

1) Платеж (ст. 1235—1260), нормальный способ прекращения обязательств, состоящий в исполнении предоставленной, подлежащей его предметом (денежная сумма или другой предмет). Если кредитор отказывается его принять, должник может воспользоваться процедурой реального предложения, соответствующей исполнению на границе соответствующей суммы или вещи (ст. 1257—1264).

2) Способы прекращения обязательств, являющиеся следствием не исполнения предоставленной, и соглашения сторон.

а) Предоставление (дача) вместо платежа, когда кредитор принимает в уплату другую вещь, а по обязательству предоставленной, например, домом вместо суммы в 2000 франков.

б) Покаяние, которое состоит в том, что должник платит на место другого и этим прекращает покаяние (ст. 1271—1281). Существует три вида покаяния: а) посредством изменения предмета: Первый должник Второму 1000 кг зерна; заменяется соглашением, что он будет должен вместо зерна должнику сумму; б) посред-

ством изменения кредитора: Первый должен 100 франков Второму; состоялось соглашение, что он будет с этих пор должен эту сумму Третьему и этим освобождается от обязательства перед Вторым; в) посредством изменения должника: Первый должен 100 франков Второму; Второй освобождает Первого, договариваясь, что в дальнейшем Третий будет должен ему ту же сумму.

с) Добровольный отказ кредитора от своего права (ст. 1282—1288), когда должник освобождается в отношении кредитора, но давая ему эквивалент. Закон регламентирует вопрос о доказательствах и презумпциях, вытекающих из добровольного отказа кредитора от своего права и освобождения должника.

д) Договорный зачет, посредством которого два лица, являющиеся взаимно кредиторами и должниками друг другу, договариваются о прекращении обоих долгов. Первый должен Второму 1000 кг зерна; Второй должен Первому 800 франков; обе стороны взаимно освобождаются от обязательств.

е) Взаимная отмена: две стороны, связанные договором, соглашаются прекратить существование этого договора.

ф) Отменительное условие и погасительный срок.

3) Прекращение в силу постановления закона, помимо соглашения сторон.

а) Законная компенсация, осуществляемая тогда, когда два лица являются взаимно кредиторами и должниками, причем оба долга бесспорны, могут быть предметом исполнения и относятся к заменимым вещам; такие долги зачисляются в силу самого закона, т. е. они взаимно прекращаются в пределах меньшего, единственно в силу закона, со дня их одновременного существования (ст. 1289 и сл.).

Судебный зачет отличается от всех других форм зачета. Он вытекает из судебного решения, объявляющего его вследствие взаимного на суде встречного требования.

б) Служебно предполагает, что обе роли — и кредитора и должника — оказываются объединенными в одном и том же лице: Первый, должник Второго, наследует после него. Его долг прекращается, потому что нельзя быть своим собственным должником (ст. 1300).

с) Освобождающая или погасительная давность прекращает обязательство по истечении времени.

д) В совершенно исключительных случаях, смерть одной из сторон служит основанием прекращения обязательства. Это имеет место, если стороны договорились в этом смысле, а также, независимо от какого-либо соглашения, если такое прекращение обязательства вытекает из закона или из природы обязательства: ипотечная рента, наем работы (ст. 1795), товарищество (ст. 1835, ном. 3), поручение (ст. 2003, ч. 4).

ГЛАВА III ИЗМЕНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

До сих пор мы предполагали обязательство простым, с одним предметом, с одним активным субъектом, с одним пассивным субъектом, предполагали, что не возникновение обязательства, ни возможность взыскания по нему не отменяются.

Но часто осложнение, называемые модальностями, видоизменяет это простое положение и вводит вариации (различия) в обязательствах. Тогда необходимы специальные правила. Они уже выделены со времен римского права. Гражданский кодекс предвидя некоторые из этих вариаций, но были бы возможны и многие другие. Наиболее важны из них — *сальважности*.

Можно разделить их на три группы: 1) видоизменения, относящиеся к силе обязательства; 2) к его предмету или к его содержанию; 3) к активному или пассивному субъекту обязательства. Мы их изучим по этим трем группам.

Отделение I

Видоизменения, относящиеся к силе обязательства

Она касаются существования или возможности взыскания права требования. Это — срок и условие.

§ 1. Срок (статьи 1185—1188)

Срок есть отсрочка, приложенная к исполнению обязательства. Его наступление зависит от будущего, известного события. Он может быть договорным или законным.

Срок бывает отлагательный или отлагательный.

Срок отлагательный (*diés ad quem*) прекращает действие обязательства и действует только на будущее время.

Срок отлагательный (*diés a quo*) задерживает возможность взыскания на основании права требования, но не задерживает его существование. Кредитор по срочному обязательству *не может потребовать вещи, но его право уже существует* (ст. 1185). В этом различие между сроком и условием, которое действует на свое существование права. Следовательно, если должник по срочному обязательству по ошибке уплатит до наступления срока, не

может быть требования о возврате уплаченного недоимного (ст. 1186). Нельзя следовательно, сказать: «кто должиц и известному сроку, ничего не должен».

Срок устанавливается по общему и интересам должника, закон это презюмирует в ст. 1187. Но он может быть также в интересах обеих сторон или даже одного кредитора, если, например, желает поместить капитал под проценты в руках должника с гарантией, что он не будет потребован ранее известной даты. Определить, в интересах какой стороны был предусмотрен срок, можно будет или по прямому содержанию договора или по фактическим обстоятельствам.

Эта проблема представляет практический интерес, так как сторона, в пользу которой установлен срок, может от него отказаться. Следовательно, если срок — в интересах должника, он будет в состоянии освободиться ранее наступления срока. Если срок — в интересах кредитора, он может отклонить преждевременный платеж. Если срок — в интересах обеих сторон, нужна будет их соглашение для того, чтобы платеж мог быть досрочным.

Независимо от добровольного отказа, можно представить себе два случая, в которых должник в силу закона не может пользоваться *выгодой срока* (ст. 1188) (1) и случае *несостоятельности*, начиная от решения, объявляющего несостоятельность; это распространяется на судебную ликвидацию (закон 4 марта 1889, ст. 8, ч. 1) и на несостоятельность торговую; (2) и случае, когда должник уменьшил своими действиями предоставленные им по договору обеспечения интересы кредитора, например, после кредитор обеспечен законом, ипотекой или привилегией, а должник уменьшает стоимость вещи, служащей обеспечением. К этому случаю следует прибавить тот, когда должник отказывается дать обещанное обеспечение.

Наряду с юридическим сроком, законным или договорным, нужно упомянуть льготный срок, срок милости (*le terme de grace*), который суд может дать должнику (ст. 1213, ч. 2).

§ 2. Условие

Это — будущее и неизвестное событие, от которого зависит наступление или прекращение обязательства. *Случайность*, условие отличается от срока по своей природе, так как оно состоит в неизвестном событии, и по своему действию условие является не только на возможность взыскания по обязательству, но и на его существование (ст. 1168), а с другой стороны, оно действует с обратной силой (ст. 1179). Оно может быть простым, с разных точек зрения, разгруппировать условия на несколько категорий.

(1) По способу исполнения. В зависимости от роли, предоставленной воле сторон, различают условия *касуальные* (случайные), *потестативные* (произвольные) и *обещанные* (ст. 1169—1171). Чисто потестативное условие на стороне должника

не делает обязательство недействительным (ст. 1174), ибо оно приводит к тому, что должнику предоставляется избирать, если он того желает, а это равносильно тому, чтобы вовсе не избирать. Условно невозможное, *безправственное* или невозможное так-же делает обязательство недействительным (ст. 1172—1173).

Впрочем, о том, как ухватить, когда условие исполнено, решают не различия права, основанная на презумпциях воли (ст. 1175—1178).

(2) По *практическому значению* условия бывают *главные* (резолутивные) и *отлагательные* (сuspensives).

а) Когда условие резолутивное, договор существует предварительно (проvisorно); наступление условия уничтожает его в обратной силе (ст. 1183).

Продажа с возможностью обратной покупки, представляет собой важный пример резолутивного условия. Собственник, нундаясь в деньги, продает вещь и договаривается себе право обратно приобрести ее в течение определенного срока, оплатив ее покупателю; в случае обратного получения вещи, говорит, что он осуществляет право *выкупа*. С *экономической точки зрения*, этот институт можно сравнить с антихризой* или зипотной; это — средство кредита, вернее, — первое, употребившееся в истории (ср. фидуциарную закладную в римском праве). Юридически это — продажа под отменительным условием, которое состоит в осуществлении продавцом права *выкупа*. Если условие наступает, продажа растворяется с обратной силой. Ст. 1659 говорит о «возможности выкупа» и о получении назад проданной вещи с возмещением (прибавлением) первоначальной цены. Эта редакция неудачно составлена. Она порождает мысль, будто имеет место обратная продажа *вдоль* покупателем продавцу. В действительности имеет место растворение. Собственность покупателя уничтожается и продавцу считается все время *право собственности* (Потье, Пролина, пом. 430—431).

Ввиду опасности расторжения, закон устанавливает 5-летний максимальный срок, в течение которого возможен выкуп. Если по акциону право выкупа договорено в течение более продолжительного срока, то он сокращается до указанного периода (ст. 1660).

Чтобы изучить действие соглашения о выкупе, нужно различить три фазы:

а) от продажи до осуществления права выкупа покупателем — действительная; он имеет распоряжаться вещью, с тем, что возмещает отмену передаваемых им прав. Однако, если проданная вещь была ранее продана одному из них, покупатель не сможет

* т. е. договором займа, по которому закладнику предоставляется получить деньги из заложенного имущества с заданного возврата. — Примечание переводчика.

высчитать неплатежа pendente conditione (даже если соблюде и условия ст. 1743); он должен будет ждать истечения срока, установленного для выкупа (ст. 1751).

bb) Судебная практика признает, что для осуществления выкупа достаточно, чтобы продавец заявил, что он готов вернуть покупателю цену, лишь бы его предложение было принято и серьезно. Выкуп будет считаться осуществленным в день предложения, если в дальнейшем продавец исполнил его (Кам. касс. жал., 14 января 1873, S. 73. 1. 134; Кам. 9 марта 1890, S. 96. 2. 63).

cc) После осуществления выкупа, соглашение производит обычные последствия резолутивных условий между сторонами и в отношении третьих лиц (ст. 1673 и 1664). Все вышнее право теряют, кроме случая применения давности или ст. 2279. Одна только акты управления, совершенные покупателем, остаются в силе. Это решение прямо дано для договора иущественного характера в ст. 1673, в конце.

Если продавец установил права на вещь в промежуток между продажей и выкупом, эти права будут существовать, так как считается, что продавец, вследствие обратного действия условия, все время был собственником. Таково мнение большинства авторов. Судебная практика, придерживавшаяся вначале противоположной точки зрения (Кам. касс. жал., 21 декабря 1825, S. 26. 1. 275; Париж, 12 августа 1871, S. 71. 2. 193, примеч. LaMh), становится теперь на эту точку зрения (Алжир, 2 ноября 1895, S. 80. 2. 132).

Серию частных случаев предусматривают статьи 1666—1672, представляющие мало интереса.

Иногда продажа с правом выкупа скрывает под собой договор, *имеющий предметом обход статей* (2078, ч. 2, и 2088), запрещенный кредитор становится собственником вещи, давшей в залог, в силу одного факта неплатежа в срок. Тогда она становится залоговым договором (Кам. касс. жал., 30 июля 1895, S. 91. 1. 277).

b) В случае отлагательного условия, *пока* же обратное. *Pendente conditione* (в. в. пока условие находится в неопределенном состоянии), обязательство не существует. По наступлении условия оно существует с обратной силой со дня договора (ст. 1179).

Впрочем, если право требования и не возникло до осуществления условия, кредитор не имеет *волевого* права. Он имеет право в зародыше, право на то, чтобы условие могло в дальнейшем осуществиться в его интересах. Он может также *pendente conditione* совершать акты, в целях охраны права (защита ипотек, перерыв давности, ст. 1180). С другой стороны, если кредитор умрет *pendente conditione*, его право перейдет к его наследникам (ст. 1179, 2-я фраза).

* т. е. до исполнения вопроса о наступлении условия. — Примечание переводчика.

Примечание. Теория риска при условных обязательствах

Существенные правила касаются теории риска при условных обязательствах.

Предположим сначала *обязательство* под отлагательным условием, действительный случай, предусмотренный кодексом в ст. 1182, например, продажу вещи под отлагательным условием: *Гибель вещи погубит случайно, а потом исподвлет* условие. Кто должен будет нести риск?

Цитируя *сначала рассуждать так*: условно имеет обратное действие; следовательно, все должно идти так, как если бы продажа была в силе с самого начала. Но по ст. 1138 риск лежит на покупателе; следовательно, здесь также риск будет на покупателя, который будет должен заплатить цену, по цене вещи.

Это решение было бы неправильным. Условно действует с обратной силой, но для этого нужно, чтобы в момент его исполнения существовали еще фактически все существенные элементы для исполнения договора. Но не таков данный случай; в тот момент, когда исполняется условие, исчезает существенный элемент договора, потому что вещь погибла и в договоре больше нет предмета. Следовательно, нет продажи. Гибель вещи пойдет за счет продавца. Покупатель ничего не будет должен. Так решает ст. 1182, части 1 и 2.

Теперь предположим частичную гибель или ухудшение *реvente conditione*. Условие наступает. Здесь невозможно то же самое рассуждение. Логически следовало бы сказать: договор имеет предмет в момент наступления условия; следовательно, в силу обратного действия условия, все пойдет, как если бы ухудшение наступило после окончательного получения вещи продавцом. Риск будет на покупателе, который должен будет заплатить цену полностью, а вещь получит в том состоянии, в каком она есть.

Таково должно бы быть логическое решение. Таково было мнение Италы (Обязат., том 219). Но оно было изменено кодексом (ст. 1182, в. 2). Перед кредитором открыт выбор: он может взять вещь без уменьшения цены, или потребовать расторжения договора. Эта возможность, расторжения договора — *важное нововведение*; это — *исключительный случай*, когда частичная гибель вещи порождает две обязанности. Это приводит к перемещению риска, к тому требованию расторжения договора, который фактически кредитор будет подвергаться серьезным ухудшениям. Это — нелогичное решение, вытекающее из общей критики.

Если частичная гибель или ухудшение наступили по *вине должника*, то ст. 1182, часть 4, *применяет* общих правил предоставляет кредитору выбор между расторжением договора

а требованием вещи в том состоянии, в каком она оказывается, с возмещением всех понесенных убытков.

Ст. 1182 не дает решения проблемы риска на тот случай, когда обязательство установлено под отлагательным условием. *Откуда — монговерри*. В общем, принимается *мнение Давола*, согласно которому риск несет покупатель в соответствии с общим правилом ст. 1138. Действительно, продажа под революционным условием должна рассматриваться *реvente conditione* как простая безусловная продажа. Под условием находится расторжение, а не продажа. Впрочем, против этого решения спорят (ср. Пляньюль, цит. соч., т. II, том. 1532 и примечание).

Отделение II

ВИДОИЗМЕНЕНИЯ, ОТНОСЯЩИЕСЯ К ПРЕДМЕТУ ИЛИ К СОДЕРЖАНИЮ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Предмет может быть не простым, а сложным. В этом случае обязательство иногда называют сложным. Этот частный случай не представляет интереса, если все обремененные вещи составляют предмет долга кумулятивно; все будет идти так, как если бы обязательство было простым и безусловным.

Но представляется трудность, когда несколько предметов составляют содержание обязательства так, что один исключает другой. Например, должник обещал бочку вина или 1 000 кг зерна. Тогда говорят, что обязательство — *альтернативное*, потому что оно предполагает несколько предметов один наряду с другим (кумулятивно), составляющих содержание обязательства, но так, что предоставление одного из них освобождает от предоставления остальных. *Альтернативное обязательство предполагает выбор в момент исполнения между предметами*, составляющими содержание обязательства. Этот выбор, в зависимости от начернения сторон, будет принадлежать то должнику, то кредитору.

Альтернативное обязательство регламентировано законом в статьях 1189—1196, которые дают в особенности правила выбора воли. Вопрос риска и ответственности в случае гибели вещи урегулирован статьями 1193—1196. В принципе гибель одной из вещей не освобождает должника от его обязательства.

Следует от альтернативного обязательства отличать *фактативное* обязательство. Здесь предмет долга — *единственная вещь*. Но должник оставляет за собой возможность освободиться платежом вместо предмета обязательства иного рода. Говорят, что вещь, составлявшая предмет долга, — *in obligatione* (т. е. в содержании обязательства), а другая вещь — *in facultate solutionis* (в возможности платежа). Например, я продаю лошадь, но сохраняю за собой право освободиться от долга предоставлением другого предмета.

Факультативное обязательство представляет *важное практическое отличие* от альтернативного обязательства. Если вещь,

установления предмета долга, постигает случайным образом, должник освобождается, потому что эта вещь (одна только) была в обременении. Наоборот, если бы обременением была альтернативная вещь, долг, если бы освобождение было, потому что другая вещь, а в этом случае по освобождению вещь в долгу была бы также состояла in obligatione, уцелевшая вещь в долгу была бы освобождена.

Отделение III

Исполнения, относящиеся к субъектам обязательства

Возможно, что в обязательстве несколько субъектов активных или пассивных. Первый и Второй берут от Петра обязательство в свою пользу на сумму 30 000 франков, или Петр берет с Первого, Второго и Третьего обязательства на 30 000 франков.

В принципе права требования и долги делятся в силу закона. Возмущается три самостоятельных права требования или три долги по 10 000 франков, по поводу которых можно будет предъявить три отдельных иска. Тогда говорят о совокупном обязательстве; правильно было бы говорить о раздельном обязательстве, потому что право требования или долг делятся. Это деление по общему праву производится на равные доли; между сонаследниками деление производится пропорционально наследственным долям (ст. 1220).

Но этот принцип терпит два исключения — в случае обязательств нераздельных и обязательств солидарных.

§ 1. Обязательство неделимое

Неделимость вытекает из характера, присущего объекту предоставленному. Предоставление не допускает деления исполнением (ст. 1217).

Этот случай совершенно исключительный. В принципе, исполнение по частям возможно, даже если предмет обязательства состоит в передаче определенного телесного предмета, который не может быть разделен физически. Так, передача лошади юридически возможна, потому что можно передать долю нераздельного права собственности или разделить право собственности.

В соответствии с классификацией, восходящей к Алциату, различают естественную неделимость и договорную неделимость (obligationes indivisibiles naturaliter — по природе, или civiliter — по воле сторон).

Неделимость является естественной, когда предмет не допускает исполнения по частям по самой своей природе: установление сервитута, совершение такого фактического действия, как отпирание двери, или воздержание от действия (например, не строить дома).

Неделимость бывает договорной, когда предмет по своей природе делимый, но стороны договорились, что он не может предъявляться по частям. Это соглашение может быть прямо вы-

раженным или молчаливым. Например, общими 100 000 франков за постройку дома; здесь можно будет предположить договор о неделимости, потому что частичный платеж по времени бы и не мог, которую предлагал кредитор в этом обязательстве.

Неделимость предмета не представляет интереса, когда перед нами один единственный кредитор или один единственный должник, потому что по ст. 1244 нельзя принуждать кредитора принимать платежи по частям. Вывод из этого принципа сделан в первой фразе ст. 1220: «Обязательство, которое может быть раздельным, должно быть исполнено по взаимной воле между кредитором и должником, как если бы оно было нераздельным».

Интерес неделимости проявляется, наоборот, в тех случаях, когда в обязательстве участвуют несколько кредиторов или должников. Этот случай особенно интересен, когда кредитор или должник умирает, оставляя несколько сонаследников; если предмет обязательства делимый, право требования или долг разделяется (ст. 1220); если же он неделимый, то каждый кредитор может предъявить иск о всем предмете в целом и к каждому должнику может быть предъявлено требование полностью, без прекращения других кредиторов или без предъявления требования к другим должникам (ст. 1222—1225).

Эта сложная теория особенно получила развитие сохранившейся Дюмуляна. Все свое практическое значение она приобретает в области наследования.

§ 2. Солидарность

Солидарность отличается от неделимости тем, что здесь делимость не принцип деления имеет своим источником по характеру предмета, а отношение между лицами — субъектами по обязательству, установленное сторонами или законом.

Солидарные обязательства это — те, которые, хотя бы из предмет был и делимым, дают каждому кредитору право предъявить иск возлагать на каждого должника обязательства полностью. Платеж, совершенный одним кредитором или одним должником, прекращает обязательство.

Следовательно, бывает два вида солидарности: солидарная и солидарность пассивная.

1. Активная солидарность (ст. 1197—1199). Она почти не встречается, за исключением случаев, некоторых торговых операций (средств выкупа, см. закон 31 марта 1903 г., ст. 7 и 20 закона 1903 г., ст. 3).

¹ (Ср. Collin de Capitani, t. II, p. 111 col. 1; Javariet, loc. cit. t. II, p. 754 col. 1; Planché et Ripert, loc. cit. t. II, p. 120 col. 1; Baudry-Lacantinerie et Bédaride, loc. cit. t. II, p. 107 col. 1; Baudry-Lacantinerie et Bédaride, loc. cit. t. II, p. 107 col. 1; Ripert, Traité théorique et pratique, t. VII, loc. cit. p. 107 col. 1.)

Она имеет происхождение от римского права, постепенно утратившая свое значение. В Риме солидарные кредиторы назывались *coacti aequaliter*.

Действие солидарности была весьма значительна: каждый кредитор имел право погасить весь долг в целом посредством *actio solutio*. Если он получал сумму долга, другие кредиторы не могли против него средств защиты, кроме случая спекулятивного товарищеского соглашения. В старом французском праве проливали товарищество. Каждый кредитор был обязан проливать товарищеское. Но сохранили право каждого из означенных перед другими. В настоящее время эти права кредитора прекратились: долг в целом. В настоящее время эти права кредитора ограничены: каждый может освободить должника от долга только в своей части (ст. 1198, ч. 2). Активная солидарность сходится таким образом на практике к взаимному поручению обеспечить право требования в общем интересе (ст. 1199—1199).

В таком сокращенном виде, эта своеобразная форма мало практична, ибо она не дает большей выгоды, а между тем представляет опасность: один из кредиторов может выискать долг без ведома других кредиторов и израсходовать искомую сумму. Гораздо лучше заключить простое *сообщество обязательств*. Если впоследствии кредиторы найдут целесообразным, чтобы в общих интересах действовать один из них, будет время дать ему право, спекулятивное поручение. Это постоянно и делают на практике. Таким образом, никогда не встречается договорной активной солидарности. С другой стороны, нет ни одного случая *законной активной солидарности*. Следовательно, касающиеся ее нормы остаются почти без применения (См., впрочем, Trib. Instot, 29 июля 1910 г., S. 1911, 2, 257 и поясн. замеч. Tribier, O. 1012, 2, 233 и поясн. зам. Pélissier).

II. Пассивная солидарность (ст. 1200—1216). Эта форма солидарности, наоборот, очень распространена. Она предполагает несколько должников по одному долгу, ответственность каждый за весь долг. Каждый, совершивший одним из них, освобождает остальных. Таким образом каждый должник отвечает за других и сам несет риск провала, если он платит общий долг. Пассивная солидарность обличает таким образом выискивание долгов и увеличивает обеспеченность кредиторов.

В этом сходство с поручительством, но между двумя этими институтами глубокая разница. При поручительстве есть два вида поручителя: обязательство главного должника и обязательство поручителя отвечает только субординированно. Таким образом, если главный должник не платит, он получает в отношении себя и главного должника право требовать предварительного выискивания и главного должника, а в случае нескольких солидарителей, они взаимно пользуются выгодами на разделении долга между ними.

Пассивная солидарность имеет свои корни в римском праве. Римское право знало два основных института: пассивную корреля-

цию и обязательство *in solidum*, стандартное. Корреляция характеризуется единством обязательства между соот-ветствующими (содолжниками). Нет, притом взаимной и одному из них и дополненной до *litis contestatio*, освобождая всех. Наоборот, если было солидарное обязательство, солидарники освобождались только действительным исполнением, совершенным одним из них. Кредитор различия между двумя институтами точно установить трудно. По общему мнению, корреляция вытекала из случайной воли сторон, тогда как солидарность представляется в качестве естественной связи, основанной, например, на общей воле нескольких лиц (см. G. Gerardin в Nouv. Rev. Hist. de droit, 1884—1885).

С прекращением погасительного действия *litis contestatio* исчез главный практический интерес этого различия. В старом праве встречается только *soliditas* (взаимная ответственность) между должниками. Более современная терминология — солидарность.

В настоящее время наблюдается попытка выйти и в науке и в судебной практике различия между двумя видами солидарности: *полной солидарностью, с одной стороны, и неполной солидарностью, или обязательством in solidum, с другой стороны*. Таким образом, мы рассмотрим сначала пассивную солидарность в собственном смысле, а потом подвергнем практической проверке теории *неполной солидарности и обязательства in solidum*.

Пассивная солидарность в собственном смысле. Необходимо рассмотреть три вопроса: А) источник пассивной солидарности; В) ее действие; С) ее прекращение или изменение.

А. Источники. В гражданском праве солидарность — явление исключительное. Таким образом она не предполагается (ст. 1202). При наличии сомнения, должно быть сделано предположение, что содолжники просто участвуют в долгах. Наоборот, в области торгового права, по *мнению большинства авторов*, предполагается солидарность между содолжниками (Lyon-Caen et Renault, Trib. Instot, ч. III, ном. 38). Из принципа, принятого в гражданском праве, получается следствие, что пассивная солидарность может наступить только в силу двух оснований — *законно составлении или закона* (ст. 1202). Следовательно, солидарность бывает договорная или законная.

Случаи *законной солидарности* достаточно многочисленны: между несовершеннолетними, вступившими во второй брак, и отцами и матерями, сошедшими детей от первого брака, по обязательствам, исполняющим из опеки (ст. 395—396); между наследниками исполнителями завещания (ст. 1033); между пережившим супругом и заместителем опекуна несовершеннолетних детей (ст. 1443); была составлена *опека при прекращении опеки* (ст. 1443); между несколькими лицами, совместно владеющими суммой в ту же вещь *взаимно* (ст. 1987); между наследниками договорными (ст.

2002) законом 4 апреля 1899 г., ст. 3, 22 февраля VII года, ст. 32 (взаимность ответственности сонаследников и отношения «права взаимности») * 13 июля 1900, ст. 19, ч. 4 (солидарная ответственность сонаследников или совместных приобретателей застрахованной вещи за платеж страховой премии).

В торговом праве, членам полного товарищества (ст. 22 Торг. уст.) солидарно ответственны за общетоварищеские долги, точно так же совместно подписавшие бумаги на предъявителя или векселя (ст. 140 и 187).

В уголовном праве ст. 55 Уголовного кодекса установила солидарную ответственность нескольких совершителей или соучастников одного из того же преступления или проступка за штрафы, реституции, возмещение убытков и расходов.

В. Действие. Для изучения этой стороны вопроса возьмем следующий пример. Петр имеет право требовать 30 000 франков с солидарных содолжников — Первого, Второго и Третьего.

Общий принцип, оправдывающий все ученое, вытекает из определения пассивной солидарности, данного в ст. 1200: «Солидарность существует на стороне должников, если они обязаны и одному и тому же таким образом, что каждый может быть принужден к исполнению обязательства в полном объеме, и что платеж, сделанный одним, освобождает всех других от обязанности перед кредитором».

Два идеи вытекают из этого текста. Солидарность содержит в себе единство предмета (une même chose); этим объясняется, что платеж, сделанный одним из содолжников, освобождает других; вместе с тем, солидарность заключает в себе множественность связей, каждый содолжник связан особой и независимой от других юридической связью. Эта связь может подлежать уничтожению, тогда как другие связи сохраняют силу; она может прекратиться, в то время как другие продолжают существовать; она может быть условной или срочной, в то время, как другие — безусловные и не имеющие срока (ст. 1201). Эти два принципа имеют существенное значение. По французскому праву присоединяют еще третий принцип, но указанный в статьях 1200 и 1201: солидарники представляют один друг друга, в той мере, в какой этого требует гражданское право кредитора. Но значение этого принципа спорно.

Мы рассмотрим теперь из этих принципов, изучив действие солидарности в отношениях кредитора с содолжниками и в отношениях содолжников между собой.

1. Отношения между кредитором и содолжниками. Здесь можно различать тройное действие: а) первое, главное, является следствием правила об обязательстве

в полном объеме; б) вторичное действие, являющееся следствием принципа взаимного представительства; в) наконец, протекция кредитора может быть выставлена возражениями.

а) Действие. Являющееся следствием обязательства в полном объеме (ст. 1203). Кредитор может предъявить иск на все содержание обязательства к любому из содолжников, по своему выбору. Из этого следует, что должник, к которому предъявлен иск, не может противопоставить ему требования применить льготу разделенной обязательности, т. е. требования разделения платежа между всеми должниками. Это прямо указано в ст. 1203, в конце, так как в старом праве возбуждалась сомнительная в силу Новеллы 69. По мнению некоторых авторов (Домб), этот текст распространяет на себя льготу разделения, введенную для поручителей (fiduciarius). Это решение право исключительно гражданским кодексом, как противоречащее цели солидарности.

Но должник, против которого предъявлен иск, может принадлежать к делу своих содолжников, чтобы осуществить непосредственно свое право иска против них. Он может для достижения этого результата выставить соответствующие иском гарантии по ст. 175 Проп. код. Пользуясь одним местом из Потье (Обяз., пом. 331), это решение поставили под сомнение. Но оно — определенное, потому что содолжники являются гарантами друг за друга, в смысле ст. 175.

Кредитор, который не получает удовлетворения по первому иском, может предъявить иском к другим содолжникам в иском ему угодно порядке, пока не получит полного платежа (ст. 1204). Классическое римское право допускало иное решение в области корреспондирующих обязательств ввиду неосуществленного действия sine coactatione. Юстиниан (C. J., III, 26 de fideiuss., 28) признал, что право кредитора не погашается иском, а платежом, и это решение стало решением и современного права.

Обратно, кредитор, получивший платеж от одного из нескольких содолжников, не может больше предъявлять иски к другим содолжникам (ст. 1200).

Если из содолжников может освободить от обязательства других не только платежом, но и прощением обязательства может быть достигнуто и другими способами.

Так при зачете. Если содолжник, к которому предъявлен иск, является в то же время кредитором, он может предъявить свое право требования к зачету, при условии, что оба встречных долга представляют собой необходимые условия для зачета. Он освобождает этим своих содолжников, так как зачет равносильна платежу.

Точно так же, если кредитор совершает помеху с одним из содолжников, он создает новое обязательство, которое освобождает прежде и освобождает содолжников, как платеж (ст. 1281, ч. 1). Н. можно особо оговорить случай, когда кредитор потребовал присоединения содолжников и новому долгу (ст. 1281, ч. 3).

* «Принцип взаимности (sine coactatione) в феодальном праве означал право кредитора заставить должника в случае невозможности исполнения — при помощи поручителя».

Отказ от права требования, сделанный кредитором в отношении одного из содолжников, предполагается абсолютным и сохраняет в себе отказ в отношении всех (ст. 1284). Момент बात, что кредитор имел в виду отказаться только от доли своего права в отношении одного из содолжников, с которым он договорился, во имя этого можно, чтобы он прямо оговорил за собой свои права в отношении других содолжников (ст. 1285).

Принцип, провозглашенный кредитором одному содолжнику, который является, что долг не, идет разным образом в пользу и других содолжников (ст. 1305, ч. 4).

б) Действие, вытекающее из взаимного представительства солидарных содолжников. Мы только что видели, что каждый из содолжников отвечает in totum (к полному объему) в отношении кредитора. Этой идеи недостаточно, чтобы объяснить все последствия солидарности. Последствия, вытекающие из взаимного представительства содолжников одна другим, очень многочисленны. Они указаны в статьях 1295—1027. Согласно этим статьям, иск кредитора против одного из содолжников производит юридическое действие против других, даже если они не были привлечены к делу, и известные акты одного содолжника оказывают влияние на положение других. Объясняют эти решения идеей взаимного представительства, но имеются серьезные сомнения относительно смысла и значения этого объяснения.

Посмотрим сначала на решения закона; мы рассмотрим затем объяснения, какое можно им дать.

а) Решения закона. (1) По ст. 1206 перерыв давности в отношении одного производит действие в отношении всех. Перерыв является следствием требования, обращенного кредитором (вызов, распоряжение, наложение ареста, вызов для примерения при известных условиях, указанных в ст. 2245) или признания долга одним из содолжников (ст. 2219). Это решение, традиционное в старом праве, совмещается с концом § Кодекса VIII, 39 (40).

(2) Ст. 1205 решает, что вина одного содолжника производит действие в отношении других, но действие ограниченное. Если вещь погибла по вине одного из содолжников, другие не отвечают; наоборот, должнику рассматривать вину одного, как случайное событие для других. Не таково решение закона: содолжники отвечают друг за друга.

(3) Просрочка одного из содолжников действует в отношении других; следовательно, она относит риск на всех содолжников. Если вещь погибает вследствие случайного события после того, как все отвечают солидарно за стоимость вещи.

Таковы последствия, наступающие совместно в отношении всех должников. Но только эти последствия и наступают (ст.

1205, в конце). Кроме обязательства уплатить стоимость вещи и перемещенный риск, вина и просрочка могут вызвать обязательства возмещения ущерба в более широком размере. Без ответственности остается лично на виновном или просрочившем содолжнике; он один отвечает за убытки, сверх стоимости вещи; остальные отвечают только в пределах стоимости вещи.

Это ограничение объясняется исторически. В римском праве вина и просрочка вызывали по одной и той же последствия. Вина одного из содолжников действовала и в отношении других, но не просрочка. D. 45. 2. 18: Da duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet (если два должника обещали одного и того же Стуха, то действие одного из должников вредит другому) и D. 22. 1. 32 § 4. Alterius mora alteri non nocet (просрочка одного не вредит другому). Таким образом решения противопоставлялись столько же с точки зрения нарушения обязательства, сколько с точки зрения возмещения убытков. Дюмулен хотел согласовать оба текста, исходя из идеи, что вина и просрочка должны были юридически трактоваться одинаково. Он воображал, что эти тексты говорят, что вина и просрочка производят действие в отношении всех, в том смысле, что все отвечают за стоимость вещи, но это не вредит им в том смысле, что они не отвечают за убытки. *Supra nocet conservando, non vigilando obligationem* (вина вредит тем, что сохраняет обязательство, а не увеличивает его). Толкование насильственное и неверное, но принятое в старом праве и затем перенесенное в Кодекс.

(4) Ст. 1207 добавляет действие солидарности, которое не допускалось старыми авторами (Потье, *Обн.*, том. 273). Теперь требование исполнения производит такое же действие, как просрочка. Это трудно согласовать с решениями, принятыми по вопросу об уплате убытков, имеющих значение удовлетворения. Это решение, внутреннее, вероятно, практическими соображениями, увеличивает выгоды солидарности для кредитора.

б) Объяснение. В старом праве, эта историчекая последствия солидарности объяснялись Дюмуленом в известной формуле, что содолжники отвечают не только in totum (во всей сумме), но totaliter (целиком). Каждый обязывается так же полно, как если бы он был один (ср. аналогичную идею у Потье, *пет. сох.*, том. 262).

Когда эти решения были приняты *Гражданским кодексом*, то для них искали новых объяснений, и стали предполагать молчаливое поручение, которое содолжники считают должным друг другу, с тем, чтобы им представлять друг друга по отношению к кредитору. Но нельзя принять эту идею mandates без ограничения; невозможно предположить, что содолжники хотели, чтобы каждый акт одного из них или в отношении одного из них, все кредитные акты одного из них или в отношении одного из них, все кредитные акты от *regretmandat*, non autem ad verborum obligationem (для сохранения и продолжения, но не для увеличения обя-

материала) это — принятие и распространение уже цитируемой формулы Дюмулена. Но Дюмулен не говорил о молчаливом поручении и применил свою формулу исключительно и последовательно лишь в прокредити.

Так возникла идея молчаливого поручения, в основном простое юридическое объяснение статей 1205 и сл.

Но подобная практика пошла дальше. Она сделала на молчаливое поручение настоящий написанный юридический принцип, к которому значительная часть статей 1205—1207. Кассационный суд отменил решение апелляционных судов, провозгласив этой идее (16 декабря 1891, S. 93. 1. 81), встал на защиту принципа солидарности, не написанный в законе. Так, тот вывод, что после кредитора предъявляют все к одному из содолжников, но при этом и делу других, то судебное решение имеет силу и в интересах всех (Cass. 1^{re} div. 1885, S. 89. 1. 55. См., однако, смитинский в рел. Кам. касс. жал., 25 ноября 1903, S. 1906. 1. 345). Также так же апелляция со стороны одного из содолжников на судебное решение, присуждающее их солидарно, действует и в интересах других, хотя бы они не воспользовались правом обжалования в установленный срок (Кам. касс. жал., 10 ноября 1890, S. 91. 1. 24).

Эта идея молчаливого поручения в настоящее время подкрепляется сильной критикой (см. Тиссерэ, повел. замеч. под ранее указ. Cass. S. 93. 1. 81; Rivet, Essai d'une théorie générale de la représentation, diss., Камп, 1897, стр. 240 сл.; Oudinot, de la représentation imparfaite en droit français, diss., Париж, 1900; Gény, Méthode d'interprétation, стр. 149 сл.).

Действительно, если смотреть с точки зрения истории, то Дюмулен, на Поляе во оборот о молчаливом поручении. С точки зрения закона, во соответствии намерение содолжников давать друг другу поручение в интересах исключительно кредитора. И, наконец, эта идея становится совсем искусственной в случае солидарности по закону, которая иногда существует между содолжниками, которые по установленным обязательствам совместно и даже по инициативе друг друга (например, в случае предусмотренном старой статьей 1734).

С точки зрения такого закона, поручение ad perpetuandam non exigendam obligationem объясняет статьи 1205—1206, но не ст. 1207; когда начисляются проценты против содолжников за требование, предъявленное к одному из них, имеет место отгласнение обязательства.

Итак, нужно отвергнуть идею молчаливого поручения, основанную на предположении воле содолжников, и объяснить ст. 1205—1207 вместо законом представительства, дефиниция по юридическому соображению, для того, чтобы усилить право кредитора. Но нужно предпринять быстрая закона и забегать распространения идеи представительства за пределами случаев, предусмотренных законом. Нужно отвергнуть решения судеб-

ной практики, основанные на таком распространении. Впрочем, кассационный суд сам не всегда применял свой принцип. Решения показывают своего рода реакцию (напр., 16 декабря 1891, S. 93. 1. 81). Когда содолжник выиграл в суде дело, возбужденное им и кредитором, объявлено решение, сделанное в его пользу, не приводит к тому, что тот же суд не апелляция и отменены всех. Точно так же, если содолжник просужден в его пользу, возражение одного не действует в пользу других (Cass. 1^{re} div. 1901, S. 1902, 1. 433, поименит. замеч. Lacombe), а это, несомненно, трудно по согласовать с решением суда 1890 г., утвердившим идею относительно последствий апелляции (р. также: Trib. Дижон, 29 апреля 1931, D. hebdo., 1931, стр. 311).

Германское гражданское уложение (ст. 424) не проводит идеи представительства, даже с тем ограниченным значением, какое мы придаем ей по французскому закону. Оно придерживается идеи обязательства на весь предмет в целом и отвергает принятую во Франции теорию относительно последствий вины, просрочки, прерыва давности. [Точно так же, франко-итальянский просят содержит форму, по которой обязательство каждого должника не зависит от обязательств других должников, за исключением того, что касается платежа].

с) Возражения, которые можно противоставить кредиторам. Возражения в данном случае нужно понимать как возражения по существу, а не только так называемые отсрочивающие возражения. В каких случаях и в какой мере содолжник может воспользоваться средствами защиты, которых возникает в лице одного из его содолжников?

Чтобы ответить на этот вопрос, нужно распределить возражения по трем категориям:

Возражения общие, по преимуществу личные и исключительно личные (персональные) (ст. 1208).

Общие возражения это — те, которые могут быть заявлены в одной сумме всеми содолжниками.

На возражения по преимуществу личные может сослаться в целом тот, в чьем лице они возникли, а во других содолжника — только в части.

* [Впрочем, некоторые решения возвращаются к расширенной компетенции представительства (р. Кам. касс. жал., 3 декабря 1923 г. Ож. Рел. 1924, 1. 332); это решение позволяет должнику, по предъявленному ему, предъявленному кредиту, совместно с другим содолжником. Кам. касс. жал., 28 июня 1928 г., D. P. 1930, 1. 151, поименит. замеч. HOLLAND, согласно этому последнему решению, когда судом вынесено решение в пользу нескольких содолжников с оспариванием, следовательно одним из них кредитор, приводит в течение апелляционного срока и отклонения всех. Но такое дело изучено ср. Collinet Carlier, art. dent. оод. в H. § 474 сл.; J. Ozeron, art. dent. ст. в H. § 700 сл.; Pignatelli et Ripert, art. оод. в H. § 150 сл.; Pignatelli, Ripert et G. Abolde, art. оод. в VII, § 1076 сл.; Ch. Bédarride, art. VIII, § 816 сл.]

Возражения относительно личные могут быть заявлены тогда, когда, в чем либо они возникли.

(1) Общия возражения это — те, которые касаются существования, природы или предмета общего долга. Характер общности есть следствие принципа единства предмета. Та же общность есть следствие принципа основания, претращения, например, отсутствия предмета или основания, претращения, является следствием выполнения или замены исполнителя, платежа, инвизия, безоговорочного отказа от права требования, платежа. Возражение должно быть сделано, для того, чтобы оно было принято для зачета, только тем из содолжников, в лице которого оно возникло (ст. 1294, ч. 3). Но после того как оно заявлено, оно действует в пользу всех.

(2) Возражений по преимуществу личных — два. Славяне (ст. 1209) если становится наследником Первого, долг последнего Петру погашается славянином. Второй и Третий могут сослаться на славянина, но не во всей сумме долга, а только в части (ср. ст. 1301, ч. 3).

Отказ от права требования, о котором кредитор договорился специально с одним из содолжников, с сохранением прав против других, позволяет этим последним сослаться на отказ, но не в полной сумме, а в части.

Эти два решения объясняются тем, что если бы освобожденные содолжники были обязаны платить долю, падающую на освобожденного должника, они имели бы против него иск в том же размере. Таким образом, освобождение не получило бы полного действия. Оно может его произвести только при условии, если каждый содолжник может им воспользоваться в части.

(3) Возражения иска являются выводом из единственности связей. Может оказаться, что обязательство возникло путем, соединившим одного из содолжников с кредитором, порождено пороком или ограничено оговоркой, которых нет в других связях (недееспособность содолжника, порок соглашения в лице одного из содолжников, срок или условие, поставленные одному из них). Вытекающее отсюда возражение другие содолжники не могут заявить ни в целом, ни в части.

В торговом праве подобное соглашение порождает чисто личное возражение (ст. 143 торг. код.).

В этой категоризации ну дать особое место зачету, на основании ст. 1294 ч. 3. Предположим, что Петр должен Первому 30 000 франков. Зачет освобождает Первого, в отношении Петра, в силу закона, но никоим образом не освобождает Второго и Третьего.

Нужно различать два случая. Предположим, что Петр предъявил иск к Первому, а тот, в качестве возражения, сослался на зачет. Мы уже видели, что иск пойдет так, как если бы Петр получил платеж. Другие содолжники получают возможность воспользоваться прекращением долга: в этом случае возражение будет для них общим.

Но если Петр предъявил иск не к Первому, а к Второму,

тот последний не может, в силу ст. 1294, ч. 3, предъявить в зачет требование Первого. Возражение становится исключительно личным. Его характер общий или исключительно личный зависит, таким образом, от того, к кому из содолжников предъявлен иск.

Логически это различие неоправдано; оно противоречит принципам солидарности и зачета; ибо зачет рассматривается как нечто в силу закона действует сам собой в тот момент, когда имеет одновременное существование два долга, независимо от наличия судебного иска. Это также противоречит традиции; Пotho (т. 20, 274) допускает, что содолжники могут в своей части сослаться на зачет требования, принадлежавшего одному из содолжников.

Каков мотив этого изменения? 3-я часть ст. 1294 была изменена, по замечанию Трибунала, по практическим соображениям. Чтобы предъявить к зачету требование, принадлежавшее должнику, ответчик будет обязан доказать, что содолжник также является кредитором общего кредитора. Для этого ему пришлось бы войти в рассмотрение дела содолжника. Закон здесь явно наклоняется. Совсем другое дело, если на зачет уже взыскан содолжник, в лице которого возмало право на зачет. В этом случае долг признается погашенным, а другие содолжники могут воспользоваться прекращением долга, без вмешательства в дело другого. Так объясняется различие, дозволенное французским законом.

2. Отношения солидарных содолжников между собой. Если один из содолжников, к которому предъявлен иск, уплатил весь долг, будет ли он иметь иск к содолжникам, в каком его порядке?

а) Случай, в котором «солвер» (увлажняющий долг) имеет иск. Этот вопрос от предмета настоящего вопроса: в чем интересе устанавливается в договоре солидарная ответственность? Иногда обязательство представляет интерес только для одного из содолжников. Он один был заинтересован в деле. Другие пришли на себя обязательство только в его интересе, чтобы усилить его кредит. В этом случае заинтересованный должен в конце концов один внести все бремя долга. Если он полностью уплатил долг по иску кредитора, он не получает права к содолжникам; если уплатил один из них содолжников, тот будет иметь иск на всю сумму к единственно заинтересованному содолжнику (ст. 1216; см. примеры в ст. 1431—1432).

Но это положение — ненормальное; закон предполагает, что все солидарные содолжники имеют одинаковый интерес. Из этого делают вывод, что по общему правилу бремя долга должно одинаково распределяться между ними. Следовательно, когда один из содолжников уплатил полностью, он имеет иск к каждому из содолжников в приходившейся на него часть (ст. 1213). Иначе было в римском праве. Названной связи между «солвером» (увлажняющим) и прочими содолжниками, в означенном случае предполагался, который не предполагался.

в) Природа иска. Какова юридическая природа иска в том случае, когда он имеет место? Уплативший содолжники может предъявить иск двумя способами. Он может предъявить иск на основании поручения, если он уплатил в силу поручения содолжника. Если поручения не было, будет возможен иск на основании того, что уплативший действовал в интересах содолжника, приравная их долг в отношении кредитора.

Ст. 1201, ч. 3, предлагает уплатившему содолжнику другой способ, допуская его безусловно в силу закона в правах кредитора, имея уплатившего долг, по которому он был обязан вместе с другими. Следовательно, он может осуществить против содолжника тот же самый иск, какой принадлежал кредитору.

Если право кредитора было надлежащим образом обеспечено (поручением или ипотекой), у содолжника будет интерес взыскать долг долевой частью. Наоборот, в некоторых случаях будет выгодно для уплатившего — получить проценты на расходы, произведенные доверием из своих средств, начисляемые со дня удостоверения происхождения этих расходов (ст. 2001).

Можно было бы думать, что есть другая выгода воспользоваться вступившим в права кредитора. Кредитор имел иск в полной сумме и к каждому содолжнику. Должник, который произвел платеж из своих средств, вносящийся в качестве вступившего в права кредитора, не сможет ли осуществить его иск в полной сумме против любого из содолжников по своему выбору? Ст. 1214, ч. 1, против этого высказывает возражения: иск к содолжникам возможен только в размере части, причитающейся на каждого. И это решение практически оправдывается заботой упростить положение. Неужели допустили иск в полной сумме против одного из содолжников, он мог бы в свою очередь осуществить иск против другого и так далее. Этого содолжники избегают, заставши с самого начала содолжника, уплатившего долг, предъявлять иски к другим содолжникам в соответствующих долях.

В случае когда тот, который произвел платеж, не может вернуть свой расход вследствие неплатежеспособности одного из содолжников, было бы несправедливо возлагать исключительно на него этот ущерб. Так, ст. 1214, ч. 2, распределяет этот ущерб между содолжниками. Например, Первый заплатил 30 000 франков; он имеет иск по Второму и Третьему в сумме 10 000 франков и каждому. Но Третий неплатежеспособен. Следовательно, вместо 10 000 франков подлежит распределению между Первым и Вторым на каждого лишь половина этого ущерба (5 000 франков). Второй возместит Первому 15 000 франков, вместо 10 000 франков, которые только он был бы должен, если бы Третий был платежеспособен. Первый таким образом повесит расход также в сумме 15 000 франков вместо 10 000, которые в конце концов возместит он же в случае неплатежеспособности Третьего.

С. Препращение или изменение солидарности. Не следует этого смешивать с препращением

долга. Он существует, но превращается или изменяется вследствие связи, возникающей из солидарности.

(1) Изменение. Фанты могут изменить солидарность, устраняя ее. Так бывает при смерти солидарного содолжника, оставляющего несколько наследников. Солидарность существует в том смысле, что наследники наследуют в солидарном обязательстве из преемства. Но они наследуют в этом обязательстве только совокупно; солидарности между ними нет. Действительно, предмет долга не является неделимым. Следовательно, принцип разделения долгов между наследниками сохраняет свою силу. Получается солидарность, разделенная на части. Например, Первый умирает, оставляя наследниками Пьера и Жана. Они наследуют раздельно в солидарном обязательстве. Первый отвечает перед кредитором в сумме 30 000. Павел и Жан будут отвечать каждый в сумме 15 000.

Ст. 2213, ч. 2—4, регламентирует последствия перерыва давности в этом специальном случае. Перерыв производит действие только против того наследника, в отношении которого он имел место. В отношении других содолжников он прерывает давность только в той части, в которой этот наследник отвечает.

Практически избегают деления солидарного долга между наследниками тем путем, что улаживают по договору одновременно и о солидарности и о неделимости.

(2) Отказ от права на солидарное взыскание. Его не следует смешивать с отказом от самого права требования, последствия которого мы знаем. При изучении отказа от солидарного взыскания возникают два вопроса: из каких фантов следует отказ и каковы его последствия?

а) Основания. Отказ от солидарности по общему правилу вытекает из соглашения, которое может быть прямо выраженным или молчаливым.

Наряду с этим отказом по соглашению, в некоторых случаях отказ предполагается по закону (ст. 1211 и 1212).

Если кредитор получает отдельно часть долга, принадлежащую на долю одного из содолжников, и в расписке только упоминает, что платеж совершил содолжником в своей доле, считается, что кредитор отказывается от солидарности, но относительно своего вклада; кредитор не считается отказавшимся от солидарности в отношении других содолжников. Ст. 1211 препращает к этому случаю тот, когда кредитор предъявил иск к одному из содолжников только в его части. Но тут закон требует еще для того, чтобы солидарность прекратилась, — чтобы содолжник, к которому предъявлен иск, согласился с требованием или чтобы последовало судебное решение о присуждении требования. До этого момента солидарность существует без изменения. Второй случай предусмотрен ст. 1212: если кредитор принимает в течение 10 лет платеж по частям с долга от одного из содолжников просрочившимся его доле долга, считается по истечении этого срока, что кредитор не

владельца в отношении личного содолжника от солидарности, но только в части уплаты процентов, но и самого капитала.

б) Наследство. Когда отказ от солидарности а б вступает, обязательство перестает быть солидарным и становится только общим между содолжниками.

Если отказ относительный, последствия солидарности прекращаются только. Петр отказался от права солидарного должника в отношении Первого. Он может предъявить и иску только на 10 000 франков. Но может ли он в отношении Второго и Третьего еще предъявить иск в сумме 30 000 франков, т. е. в полной сумме долга? Ст. 1210 отвечает отрицательно. Кредитор может предъявить к солидарным содолжникам только остаток, за вычетом доли содолжника, освобожденного от солидарности.

В тех случаях, когда после относительного отказа от солидарности, один или несколько содолжников, не освобожденных от солидарности, становится неплатежеспособным, все содолжники, включая и освобожденного от солидарности, будут нести ущерб (ст. 1215). Принцип ст. 1214, ч. 2, продолжает применяться здесь, несмотря на отказ от солидарности, на который согласился кредитор. Действительно, кредитор не может своим отказом от солидарности в отношении одного ухудшить положение несостоятельных должников. А это имело бы место, если бы он освобожденного от солидарности должника освободил и от риска неплатежеспособности содолжников, чтобы этот риск сосредоточить в лице освобожденного содолжника. Обра и Ро (т. IV, с. 298 leg., там же пр. 43) предлагала в этом случае другое решение. Освобожденный от солидарности не должен нести риск. Следовательно, в случае ущерба, возникшего вследствие неплатежеспособности, кредитор должен нести долю ущерба, которая приходилась бы на освобожденного, если бы не был отказ от солидарности. Такое решение признают почти ст. 1215 и подготовительным работам (см. в пр. 43) предлагала в этом случае другое решение. Освобожденный от солидарности не должен нести риск. Следовательно, в случае ущерба, возникшего вследствие неплатежеспособности, кредитор должен нести долю ущерба, которая приходилась бы на освобожденного, если бы не был отказ от солидарности. Такое решение признают почти ст. 1215 и подготовительным работам (см. в пр. 43) предлагала в этом случае другое решение.

Вопрос, следует ли в солидарности применить ст. 1211, относящуюся к поручительству. Согласно этому тексту, если кредитор, исполнив обязательство, допустил приращение обязательства, то поручитель может отказаться платить, так как не участвовал в нем. Кредитор по ст. 1251, ч. 3, не может больше нести часть в убытке для поручителя результатом. Это решение можно распространить на солидарного должника, позволившему другому вступить. Солидарность лишена и имеет целью поставить кредитора под защиту от возражений, которые могут предъявить поручители. Следовательно, дозволено, при отсутствии точного постановления о солидарности, применять ст. 2037 о поручительстве к солидарности. Отказ вступает в силу только в практических случаях, когда солидарный поручительства от солидарности в действительности, хотя она весьма близка к дру-

тому вследствие неприменения льгот по разделению ответственности. В случае поручительства, даже солидарного, ст. 2037 применяется (см. Касс., 3 апреля 1861, S. 61. 1. 586; Париж, 8 января 1908, Gaz. Pal. 24 января 1908).

Приложение. Сравнение солидарного обязательства с неделимым обязательством.

Различия вытекают из противоположности принципов, на которых основываются неделимость и солидарность. Солидарность есть синтез, но зависящий от характера предмета, на который простирается право требования кредитора. Неделимость стоит в связи с характером предмета, с его естественными или обусловленными качествами.

Отсюда различия в последствиях этих двух разновидностей:

(1) В случае неделимости должника, к которому предъявлено судебное требование, может признать к делу своих содолжников и требовать, чтобы они были присуждены к платежу долга одновременно с ним (ст. 1225). Солидарный содолжник хотя и может привлекать к делу содолжников, но только в качестве гаранта. Он не может требовать присуждения их к платежу кредитору.

(2) Статьи 1205 и 1207 не применяются в отношении неделимости. (Решение ст. 1206 распространено с солидарности на неделимость статьей 2249, ч. 2).

(3) Если должник по неделимому обязательству умирает, долг остается неделимым в отношении его наследников. Наоборот, солидарный долг становится совместным долгом между наследниками умершего содолжника.

Критическое рассмотрение теорий невольной солидарности в обязательстве «in solidum». Ставился вопрос, не существует ли в нашем праве, наряду с пассивной солидарностью, которую мы только что изучили, других видов солидарности, своего рода ослабленной предусмотренного и в законе типа, производящих менее энергичные последствия. Отсюда идут две теории: теория невольной солидарности и теория обязательства in solidum. Первая основывается на старых юридических идеях, все более и более отживающихся. Вторая была в точности некоторого времени усвоена судебной практикой, и мы полагаем, что она должна быть принята наукой, как основанная на фактической необходимости.

А. Невольная солидарность. Среди многочисленных случаев солидарности по закону бывает также, когда солидарная связь не может произвести всю полноту действия, какое мы за ней признали. Действительно, среди случаев солидарности по закону бывает также, когда прарада может не поболлет предположить молчаливое поручение между содолжниками.

вещи, которые объясняет статья 1206—1207 и ключет за собой другие случаи, которые мы отметили выше. Солидарность по материальной стороне статей 1206—1207, по сопровождающим их доводительным последствиям. Она производит только свой главный эффект — обязательства в целом. Тут солидарность поспешивает. Эта теория поддерживалась М о н т о и А б т у и. (В. и. т. IV, § 283 seq., то же в примеч. 5—8).

Важно различать случаи солидарности полной и неполной? Да — возможный камень, о который разбивается теория на практике. В отношении некоторых случаев авторы почти согласны с тем, чтобы признать солидарность только неполной (старая ст. 173); нельзя предположить молчаливое поручение между несколькими участниками, которые не знают друг друга; ст. 55 уголовного кодекса; участники в уголовном деликте не могут давать друг другу поручения; оно было бы ничтожно ввиду позановности предмета; ст. 1442, ч. 2; переживший супруг в заместителем участку над несовершеннолетними детьми). Но в отношении статей 213—216, 1033, 1887, 2012 гражданского кодекса, статей 140 и 181—торгового кодекса существуют большие расхождения.

Эта теория производит и доказывает ясность притерии. Кроме того, эта теория шатливается на несколько решительных возражений. Она не имеет основания в текстах закона, которые говорят о солидарности, но проводят никак-либо различий. Действительно она основывается на той идее, что некоторые последствия солидарности объясняются молчаливым поручением. Мы отвергаем эту идею в объяснении таких последствий, которые принадлежат представителю, принятого по умолчанию в обществе авторов солидарных обязательств и требованиям кредитора. Если принцип чисто законный и не зависящий от канонической или иной его последствиями во всем случаях солидарности по закону.

Таким образом, трудно отвергнуть это понятие неполной солидарности. Впрочем, в некоторых случаях солидарности по закону не наступает всех последствий полной солидарности: например, различные залдисты несут ответственность солидарно, и, хотя во всем, ст. 1206 и там не применима. Но это относится к точкам отсутствия молчаливого поручения. Следовательно, этот случай не может служить аргументом в пользу оспариваемой нами теории.

В. Обязательство in solidum (в полной сумме). Основание этой второй теории совсем другое. Следишь предположить, что силой вещей несколько лиц отвечают полностью за один и тот же долг, хотя бы настоящей солидарности между ними и не было.

Там бывает, если одно и то же действие, приносящее вред, совершено несколькими лицами. Если это действие составляет

уголовный деликт, то наступает настоящая солидарность в силу ст. 55 уголовного кодекса. Если же уголовное деликт не, а факт, причиняющий вред, случившийся основанием для простого гражданского иска, обнаруживаемого на статьях 1382—1383, то судебная практика допускает, что кредитор может предъявить иск в полной сумме и каждому из соучастников предостережения факта (Касс., 14 марта 1882, S. 84. 4. 238).

Эта идея — старая: еще в римском праве участие в общей виновном действии отвечал в полной сумме, хотя бы обязательство не было коррелятивным. Право кредитора превращалось не в момент litis contestatio, а только действительным исполнением (D. IV. 2, quod metus causa, 15; IV. 3, de dolo malo, 17 ff.).

В настоящее время, судебные решения пользуются термином солидарности и ищут иногда законную базу для их теории в ст. 55 уголовного кодекса (Касс., 15 января 1878, S. 78. 1. 293).

Действительная тенденция судебной практики состоит в том, чтобы видеть тут настоящую солидарность. Практика даже признает, что солидарность производится здесь последствиями итервенции порядка о новации на идею молчаливого поручения: так, инициация, заявленная одним из участников, имеет действие и в пользу других (Кав, 5 марта 1894, D. 95. 2. 329; ср., в отношении отказа от требования долга, Касс., 17 марта 1902, D. 1902. 1. 541, см. также Касс., 11 янв. 1905, S. 1905. 1. 72).

Наука и более старые решения исходят вообще из разного понимания. Нет дается в полной сумме, но нет солидарной солидарности. Ст. 55 уголовного кодекса не может быть распространена за пределы случая уголовного деликта. Но ст. 1202 не позволяет признать солидарность, если она не вытекает из текста закона, или из соглашения. Таким образом, авторы говорят об obligation in solidum (обязательство в полной сумме). Они объясняют это фактической необходимостью. Когда кредиторовый факт совершен несколькими лицами, вообще невозможно определить долю каждого в причиненном вреде. Отсюда своего рода необходимость солидарности. Прибегают к полной сумме за невозможностью распределить ответственность. И это не противоречит ст. 1202, которая имеет в виду только солидарность в собственном смысле слова. Эта идея принята некоторыми равешими, хотя они сохраняют термин солидарности (Касс., 10 апреля 1852, D. 52. 1. 48; 11 июля 1892, S. 92. 1. 505). Поименовано в прикорме или в месте

¹ [Ср. Гранд., 7 июля 1902 г., S. 1902. 1. 23; «Там же» и др. в отношении своего виновного порождения и действительного наступления вреда самим действием, без другого, причем взаимно возмездно долгу каждой стороне в результатах этого действия. Трибуналы принимают это решение на практике в совместном совершении гражданского деликта или иного действия во ст. 1202 и 1383, но только в одном, и только в том порядке и обстоятельствах, которые указываются в ст. Гранд., 7 июля 1902, при том, также, старшему из инициаторов и доводительного обязательства (Кав, в ст. 10206, 2 июля 1890, S. 1901. 1. 200). Ср. еще Кам. Касс. Дел., 25 февраля 1905, S. 1905. 1. 439, с примеч. 2000. Н. Рейсман].

ли обязательства in solidum вытекают только из последствий, которые вытекают из обязанности платить всю сумму. Здесь не нужно допускать исключений солидарности, основанной на законном представлении (ст. 1205—1207).

В исключительных случаях, где нет неделимости, где можно различать доли каждого в причиненном вреде, но будет обязательство in solidum: кредитор должен будет различать свой испрошенный доль ответственности каждого причинителя (Дантес, 7 мая 1874, под Касс., 21 декабря 1875, S. 79, 1, 97; Нун, 30 апреля 1893, D. 95, 2, 335; Касс., 31 января 1899, S. 1900, 1, 283).

Из одного из обязанных, с которого просудили полную сумму, и другим участвующим, возбуждает трудные вопросы. Существует ли этот вопрос и при утвердительном ответе следует ли применять к нему ст. 1214, или допустить иск, пропорциональный доле участия каждого в причиненном вреде, или иск неделимости доли каждого, за вычетом личной доли должника, уплатившего всю сумму? (См. по этим вопросам, диспут, замеч. Sarrailh под Касс., 14 ноября 1898, D. 99, 1, 65. Присоединить: Касс., 26 ноября 1907, D. 1008, 1 139).

Гражданское уголовное уложение в статьях 830—840 постановляет, что обязанности совершающие деяния отвечают солидарно и в силу применяются общие правила о солидарности. Но эта солидарность имеет чисто широкое последствие, чем солидарность по Французскому гражданскому кодексу; она производит только последствия, которые вытекают из обязательства в целом, а не вторичные последствия, связываемые во Франции с идеей совместного предположения. Различие, следовательно, менее значительное, чем кажется сначала, с обязательством in solidum.

Важнейшим признаком права является в этом смысле: ср. Нун, 5 ноября 1907, S. 1007, 2, 36 под Касс. 1903, Грассл., 27 февраля 1904, Gaz. Pal., 1904, 1, 106. Отличия между солидарностью и совместным обязательством и между ними, ср. Sarrailh et Sarrailh, op. cit., т. II, § 285 и сл.; Rivier et Rivier, op. cit., т. II, § 228 и сл.; Н. и А. М. Жакванд, дис. соч., т. II, § 134 и сл.; Жакванд, op. cit., т. VIII, § 831 и сл.; Р. Кассер, La solidarité en droit romain, thèse critique de droit, et de jurisprudence, 1921, Paris, Sirey, 1921, 207 с. и сл.; Delicq, in in solidum et solidarité entre débiteurs, Revue de droit, 1926, стр. 31 и сл.

ГЛАВА IV

ПЕРЕКЕСЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Одной из существенных характеристик черт обязательства в современном праве является его передаваемость. В этом отношении современное обязательство резко отличается от обязательства первоначальных законодательств, в частности, от римского права.

Это различие связано с противоположностью кощепной обязательств. В римском праве обязательство понималось исключительно как личная связь: изменить кредитора или должника означало уничтожить само обязательство. В современном праве обязательство, не утрачивая своего характера связи между двумя лицами, приобрело еще другой характер: это — имущество, являющееся для кредитора, имуществом обремененным — для должника. Оно становится таким образом независимым от личности активных и пассивных субъектов, которые могут меняться, не оказывая влияния на обязательство. Отсюда — возможность передачи обязательства на активной и пассивной стороне.

Переkesение обязательства может происходить по универсальному (общему) титулу или по сингулярному (частному). Переkesение по универсальному титулу происходит тогда, когда права требования и долги переходят как элементы имущества, которое само передается в качестве общей, пассивной массы. Наиболее важным типом такого перехода является переход по наследству. Переkesение по частному титулу имеет место тогда, когда обязательства передаются индивидуально.

Первым способом переkesения был признан исторически римское старое. Древнейшее римское право его не знало. Но оно появляется с V века от основания Рима. Его применение было облегчено фидуцией о продолжении личности умершего в лице наследника. Наоборот, активная и пассивная передаваемость по частному титулу никогда не была признана римским правом, которое применяло только исключительные пути для достижения этой цели. Под влиянием римских идей теоретическая возможность переkesения обязательства оспаривалась еще в XVIII веке. Однако, в эту эпоху передача права требования давно уже была допускаема на практике. Она была затем признана и регламентирована гражданским кодексом. Напротив, теоретической признания переkesения долгов по частному (сингулярному) особенно является гораздо более явным. Гражданский кодекс его не знает, как продолжает существо-

это только посредственными и косвенными способами. Германия
эти требования законодательно перело, а за тем — Швейцарский
федеральный кодекс 1912 г., наоборот, урегулировали передачу
этих прав.

Мы не будем здесь рассматривать передачу по универсальности
основанию, которая должна быть изучена в связи с изложением
этих, а только рассмотрим передачу прав требования и передачу
долгов. Мы остановимся в передаче прав требования и платеж с суб-
рогатора. Мы рассмотрим три отделения этой главы: Отделение
I. Передача прав требования; Отделение II. Платеж с суброгацией;
Отделение III. Передача долгов.

Отделение I

ПЕРЕДАЧА ПРАВ ТРЕБОВАНИЯ¹

Первый кредитор, по обязанности на сумму 1 000 франков
по отношению ко Второму, а в акт передать свое право требова-
ния Пьеру. Первый — дебит; Второй — должник; Пьер — цес-
сионарий.

Предположим, что эта цессия имеет место между тиннами. Она
могла бы произойти только по случай смерти, посредством завещания.
Но тогда трудно было бы промочь правила о сущности и
форме легатов.

Стороны желают, чтобы цессионар стал на место дебитора в
его правах по отношению к должнику, и чтобы должник не мог
возражать этой передаче. Этот двойной результат стал достижимым
только в итоге медленного исторического развития.

Исторический обзор. Римское право переходило на принципе
непередаваемости обязательственного права. Но это было
связано с большим практическим неудобством. Субъект права
требования может иметь надобность воспользоваться стоимостью
этого права до наступления срока. Нужно позволить ему продать
это право. Эта необходимость стала более ошутительной по мере
развития торговли и кредита. Поэтому уже в Риме появляются
практические способы, чтобы косвенным путем осуществить то,
что принцип непередаваемости не позволял сделать прямо (Ср.
P. Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances*
en deux tomes, 1873, стр. 231—376).

Первым способом была novatio в форме замены кредитора.
Новый кредитор стипулировал у должника сумму долга. Таким
образом, старое обязательство в отношении первоначального
кредитора прекращалось, а новым кредитором приобреталось
новое обязательство.

Этот результат был несовершенным в двух отношениях: 1) Не-
обходимо было, чтобы должник согласился на novatio. Если он

¹ De Colla et Capitali, пр. соч., II, § 376 сл. Pignori et
Nipoti, пр. соч., т. II, § 1693 сл. Jhering, пр. соч., II, § 305
сл. Pignori et Nipoti, Inst. jurispr., VII, пр., прим. § 1130 сл.]

отказывался ответить на стипуляцию нового кредитора, novatio
не могла осуществиться. 2) Вместо передачи права требования
происходило прекращение старого права и возникновение нового.
Вследствие этого, возражения, которыми мог возражаться долж-
ник против старого кредитора, не принадлежали ему против ново-
го кредитора. Обеспечения (поручительства, залога и пр.),
которые принадлежали прежнему кредитору, не переходили к
новому.

Второй способ означал большой прогресс и может рассматриваться
как зародки современной цессии. Это — *procuratio in
rem sua* (казначейство судебного представителя с правом оставить
приговоренное себе).

Кредитор дает поручение цессионару предъявлять в суде иск
и должнику. Поручение дается в интересе мажоритария, таким
образом, цессионар освобождается от представления отчета.
Цессионар предъявляет иск и должнику в посредстве дейст-
вия *litis contestatio* приобретает личное право против должника,
потому что формула составлялась на его имя. Он получает платон
и оставляет полученное себе, так как он освобожден от представ-
ления отчета мажоранту.

Эта система означает большой прогресс по сравнению с новаци-
ей: согласно должник не является необходимым; возражения
и обеспечения, сохраняются в отношении *litis contestatio*,
сохраняются. Однако, этого было недостаточно. Цессионар
становится кредитором только с момента *litis contestatio*.
До этого он — простой поверенный. Но поручение может быть
отменено *ad nutum* (по воле доверителя); оно в силу закона пре-
кращается со смертью доверителя. Это создает для цессионара,
пока он не произведет возмещения с должника, весьма несправедли-
вое положение.

В третьей фазе, ряд императорских конституций допускает,
в случаях все более многочисленных, цессию посредством простого
соглашения цедента и цессионара. Цессионар приобретает
право против должника с момента соглашения. Только для того,
чтобы отдать дань принципу непередаваемости, признала, что он
осуществляет иск цедента в форме иска по аналогии (*actio utilis*).

Эта очень удовлетворительная система была все-таки еще
несовершенной. Должник может не знать о цессии и уплатить перво-
начальному кредитору раньше, чем цессионар предъявит
actio utilis. Чтобы избежать этой опасности, придумали способ
делать цессию обязательной для должника посредством *denuntiatio*,
сообщения, после которого должник может платить с дейст-
вительной силой только цессионару.

Таким образом, всецело сохраняя свой теоретический прин-
цип, римское право приняло и установило все элементы сов-
ременной цессии права требования.

Старое французское право, наряду с novatio, различало цес-
сионные акты по аналогии (*actio utilis*). Встречаясь здесь в

deputatio, значение которой увеличилось под влиянием феодальных идей, она ведет и передаче цессionario права требования. В этом отношении *deputatio* сходна с передачей телесной вещи. Она осуществляет передачу права между сторонами и в юрисдикции. Она дает цессарию новому лицу по только в отношении того же права, какое цессарию имела старая сторона. Парижский кодекс допускает, но и в отношении всех третьих лиц. Парижский кодекс допускает, но и в отношении всех третьих лиц, нужно сообщить главному должнику. В XVII веке допустили другой способ о переводе права требования: согласно со стороны должника к переводу права требования (см. П о ть о, Продажа, том. 201—209), который заключается, впрочем, при наличии этой системы, отрицать теоретическую возможность цессии).

Гражданский кодекс сохранил новацию посредством замены кредитора, и, наряду с ней, регламентировал цессию права требования. Принципы передаваемости более или менее оспариваются. Эти два способа мы и должны здесь изучить.

§ 1. Новация посредством замены кредитора (ст. 1271, ч. 3.)

Она происходит вследствие юридического акта, называемого заменой (передачей). Кредитор передает своего должника тому, кто должен стать кредитором на его место. Должник принимает обязательства в отношении этого нового кредитора, а первоначальный кредитор освобождает его от обязательства перед собой.

Следовательно, новация подставляет новое право требования на место старого. Этим она не осуществляет того, что желательнее с законодательской точки зрения. Действительно: Цессионарий (делегатарий) не является сингулярным правопреемником старого кредитора (делеганта); его право требования — новое право. Поэтому обеспечение старого права к нему не переходит, кроме тех случаев, когда кредитор прямо их оговорил (ст. 1278), в средства защиты, которыми мог воспользоваться должник и отношении первоначального кредитора, против него не применимы. 2) необходимо участие должника; нужно, чтобы он согласился обязаться перед новым кредитором.

Итак, этот способ является несовершенным, как и древняя римская novatio. Впрочем, хотя это и низшая ступень по сравнению с цессией в собственном смысле, этот способ не исчез на практике. Он представляет, действительно, известное удобство для сторон, так как он становится вносимым силу в отношении третьих лиц, без соблюдения формальностей ст. 1630, требующихся в случае цессии обязательственного права.

§ 2. Цессия обязательственного права

Это — институт, вошедший от римлян, означавший окончание этой категории римского права и старого французского права. Гражданский кодекс о ней говорит в статьях 1689 и сл.,

статье е р о д а ж и ». Это место выбрано поправками. Цессия обязательственного права может наступать при исполнении продажи, но также и всякого другого договора об отчуждении, — lease, дарение и пр. Право требования может даже составить предмет простого установления залога (ст. 2075).

При определении условий и последствий этого института нужно провести существенное различие. Необходимо рассмотреть два момента в отношении между сторонами, дебитом и кредитором и в отношении третьих лиц.

1. Условия и последствия между сторонами. А. Условия. По принципу, аналогичному с выраженным в ст. 1136, переход осуществляется посредством простого соглашения. В этом заключается изменение принципа Парижского кодекса: простое переписанное право вводит цессионара в обладание им, по крайней мере, в отношении дебента.

Ст. 1689 может ввести в заблуждение своим постановлением, что предоставление требования дебитом цессионару производится посредством передачи документа. Это не так; переход права осуществляется со времени соглашения, как при продаже телесной вещи. Единственная цель ст. 1689 указать, что цессионар может, во исполнение соглашения о цессии, требовать передачи документа. Но он — цессионар с момента соглашения, до передачи документа, так же как приобретатель телесной вещи становится ее собственником со времени продажи, хотя бы фактически передача еще не осуществилась.

В. Последствия. Некоторые последствия являются общими, другие — специальными для продажи и возмездных договоров, ей подобных.

(1) Цессия имеет своим общим последствием присвоение цессарию права в праве дебента. Он приобретает его — с его преимуществами и пороками: его гарантиями, поручительством, правами залога, ипотеками (ст. 1692), исполнительным характером документа, удостоверенного право (ст. 2214), с его торговым характером по отношению к его порочам, возмездным, уменьшающим сумму долга или вовсе его устраивающим (Ком. ком. экон., 6 ноября 1889 г., S. 91, t. 407). Должник может, однократно, отказаться от этих возмездий, прямо или молчаливо. В одном случае закон предполагает молчаливый отказ: должник считается отказавшимся от возмездия в случае, которое он мог сделать дебиту, если он безоговорочно согласился на уступку требования (ст. 1236, ч. 1).

(2) Когда цессия является следствием продажи, дебит, продавец, обязан и гарантии. Это обязательство составляет предмет специальной регламентации в ст. 1693—1695.

Эта гарантия может быть законной, существовать в силу закона (гарантия права), или быть внесенной по соглашению (гарантия факта).

а) Гарантия права (ст. 1093) относится исключительно к существенному праву требования должника (ст. 1094). Следовательно, гарантирует платежеспособности должника (ст. 1094). Следовательно, он будет отвечать только в том случае, если право требования не существовало, или оно было обесценено возложением, или оно принадлежало третьему лицу, или если нет необходимости обеспечения. Но он не отвечает, если должник неплатежеспособен.

б) Новое условие требует, сверх этого, гарантия платежеспособности должника. Эта оговорка предусмотрена в объеме в ст. 1094—1095. Закон предполагает, что в этом случае должник не в виду гарантировать платежеспособности должника только на данное время. Его ответственность не будет распространяться на случай неплатежеспособности, наступившей после сделки. Но можно гарантировать (специальным соглашением) даже будущую платежеспособность должника.

И противопоставить таким расширительным оговоркам, другие оговорки могут, наоборот, ограничить обязательство гарантии: можно договориться, что если не сопровождается гарантией (или) против этого сослаться на текст ст. 1333 в конце).

Во всех случаях гарантия, лицо, принимающее на себя гарантию, если цессionar предъявляет к нему иск, не обязан возмещать цессionario номинальную стоимость права требования; это должно ему только по возмещению (ст. 1094 в конце) и убытки, если она есть. Этих хотели воспрепятствовать ростовщическим спекуляциям; принимающие спекуляцией иначе могли бы спекулировать на право требования и неплатежеспособным с должником соглашением о гарантии, а потом пользоваться бы иском и цесситу в размере номинальной суммы требования. Закон решительно пресекает всякие расчеты этого рода, ограничивая иск цессором, уплаченной цессionario. Так как нетив этого предписания — публичного порядка, то всякое противное этой норме соглашение — ничтожно.

II. Удочия и наследствия в отношении третьих лиц.

Если верование права требования является заверенным в отношении сторон друг к другу одним соглашением, то в отношении третьих лиц оно получает силу только по исполнению известных формальностей, при отсутствии которых третьи лица могут не признавать.

А. Формальности. Они требовались старым правом для того, чтобы цессionar вступил в право. Но их действие оказывалось и ограниченным, после того как они порастали быть необходимыми для того, чтобы цессionar вступил в право в отношении третьих лиц. Это и говорит ст. 1090: «цессionario отвечает, по отношению к третьим лицам, приобретенное право только в силу уведомления о переходе

требования». Сделанного должнику. Однако, цессionar не может быть признан приобретенным требованием в силу выраженного и удостоверенном акте согласия должника на переход требования.

Уведомление состоит в повестии судебного исполнителя должнику и публичном о передаче права. Ст. 1093 Наринского кодекса требовала «вручения копии» должнику. Гражданский кодекс дозволяет актом, освещающим о передаче права и об ее существенных условиях (Вас., 6 августа 1894, D. 95. 1. 23).

Выражение согласия должником в удостоверенном акте, в части этого требования удостоверенности акта, есть положение Кодекса.

Согласие, выраженное в домашнем акте, не было бы лишено всякого действия; но это действие произошло бы только в отношении должника, но не в отношении других третьих лиц. Если сила признания судебной практикой (Вас., 6 февраля 1878, 3. 78. 1. 168).

По обычаю правду говорит, что уведомление или согласие должника делает передачу права имеющей силу в отношении третьих лиц потому, что в них заключаются формальности, удаляющие публичности. Формальность публичности заключает в себе юридический акт, доступный ознакомлению третьих лиц (напр., запись в книге). Формальности ст. 1090 имеют совсем другой характер: уведомление должника или согласие с его стороны предполагают, помысли, что должник предпримет о переходе права, но этот переход будет оставаться неизвестным всем другим третьим лицам, и все-таки исполнением этой формальности он становится имеющей силу против них.

Эти формальности объясняются исторически: в старом праве формальности требовались для того, чтобы известить цессionario в обладание правом, точно так же, как передача телесной вещи владения во владение приобретателю (ср. П о т т е. Продажа, пом. 534). Переход получал силу в отношении третьих лиц, независимо от величия совершаемой публичности, в силу одного только ввода, сделанного для цессionario. Гражданский кодекс отменяет необходимость формальностей, как условия ввода и обладания правом со стороны цессionario в отношении цедента; но он их сохраняет как условия ввода в обладание правом в отношении третьих лиц. И настоящее время, как в старом праве, действие этих формальностей в отношении третьих лиц объясняется идеей ввода во владение (на жданье), а не идеей публичности.

— Впрочем, есть один совсем исключительный случай, когда формальностей одной установкой настоящей публичности. После этого

При этом понимании эта идея как бы не удовлетворяет требованиям системы, потому что, если бы она была признана обязательной, даже в отношении третьих лиц ст. 1090, то цессionario, уведомив должника, хотя и исполнил формальности, но только в отношении должника, а не в отношении третьих лиц, и следовательно не исполнил условий ст. 1090.

ной платы, для которой еще не наступил срок, за период трех лет по крайней мере, должна быть записана в поземельную книгу для того, чтобы она имела значение в отношении приобретателя для того, чтобы она имела значение в отношении кредиторов (закон 23 марта 1855, ст. 2-5). Эта публичность широко проводилась в Бельгии: ипотечный закон 16 декабря 1851 г. требует записи каждой цессии прав требования, обремененных ипотекой. Моран (предварительный проект проекта гражданского кодекса) предлагал также требовать записи в реестр ипотеки цессии права требования, даже не обремененного залогом. Запись должна была иметь место в бюро ипотек по настоятельному требованию должника.

В. Последствия. С этими формальностями связывается то следствие, что передача права становится имеющей силу в отношении третьих лиц. Под третьими лицами нужно понимать всякого лица, кроме сторон и их универсальных преемников, которое заинтересовано в том, чтобы знать о цессии и избежать ее последствий, чтобы сохранить приобретенное право. Это может быть должник, право требования к которому составило предмет цессии, другие цессионары или залоговые кредиторы по данному требованию, кредиторы цедента в случае несостоятельности или наложения ареста.

1. Должник может до выполнения формальностей игнорировать цессию, т. е. поступать так, как будто он остается должником cedentia. Следовательно, платеж, который он может сделать cedentu, будет действителен (ст. 1691). Если цессионар предъявит ему иск, он противопоставит расписку в получении, причем не требуется, чтобы эта расписка имела определенную, предшествующую уведомлению, дату. Мы знаем, что в этом отношении долгая общинность имеет терпимость, так как на практике такие расписки никак не регистрируются. Только так же, если до уведомления должник стал кредитором cedentia, он может предъявить цессионару свое право требования к зачету (ст. 1285, ч. 2).

По выполнении формальностей, цессия получает силу против него. Должник не может более поступать, как должник cedentia; он не может более совершить действительного платежа cedentu, или предъявить к зачету требования, возникшие по выполнении формальностей.

Эти последствия являются общими и для уведомления и для согласия должника на цессию. Но согласно, кроме того, имеет специальное действие. Согласно — нечто большее, чем уведомление: это — присоединение к передаче, тогда как в уведомлении должник играет чисто пассивную роль. Также ст. 1285, ч. 1, решает, что должник, который выразил согласие на передачу, не может предъявить против цессионара к зачету даже те права требования, которые возникли в его пользу против cedentia до выражения согласия. Закон предполагает, что, выразив

согласие на передачу, должник молчаливо отказался от согласия на зачет. Это решение будет применено даже в том случае, если согласие состоялось путем простого домашнего акта, а не посредством удостоверенного акта, предусмотренного ст. 1690. Действительно, присоединение вытекает из согласия, выраженного в домашнем акте, так же, как и из согласия, выраженного удостоверенным актом. Также и ст. 1285 говорит о согласии, не вводя этого различия.

2. Последующие цессионары или кредиторы, которым подорожное требование дано цедентом в залог. Если кредитор уступает свое право требования последовательно двум лицам, то преимущество будет иметь цессия, о которой раньше сделано уведомление должнику или на которую им раньше выражено согласие в удостоверенном акте. Но здесь было бы недостаточно выражения согласия должника домашним актом, чтобы сделать цессию имеющей силу в отношении последующего цессионара. Приведенные выше соображения здесь не подходят. Согласно должно быть выражено в удостоверенном акте.

Так же решается вопрос, если переданное право требования не передается вновь, а отдается в залог (ст. 2075).

3. Некоторые кредиторы цедента. Цессия уменьшает залог кредиторов цедента. В принципе цессия имеет в отношении их силу, даже если формальности ст. 1690 не выполнены (ст. 1122). Но может случиться, что их право имеет более значительное содержание, чем простое право общего залога по ст. 2092. Тогда она становится третьими лицами в смысле ст. 1690. Цессия в отношении их получает тогда силу только путем выполнения формальностей, предусмотренных этой статьей. Так бывает в случае несостоятельности цедента или наложения ареста на его право требования.

а) В случае несостоятельности, цедент лишается управления своим имуществом путем декларативного судебного решения. Цессия обязательственных прав, совершенные перед этим, не имеют силы в отношении его кредиторов, кроме тех случаев, когда о них было сделано уведомление или если было выражено согласие должника удостоверенным актом ранее даты лишения управления (тождественно будет решаться вопрос и в случае назначения по суду ликвидационной комиссии, ст. 5 закона 1889 г.; в отношении несостоятельности см. Касс. 26 января 1893 г., S. 69. 1. 64).

б) При наложении ареста на право требования кредитор цедента положение более трудное. Затруднения возникают здесь из столкновения прав налагающего арест в цессии. Эти затруднения для большинства случаев устраняются законом 17 июля 1907 г., изменившим ст. 567 процессуального кодекса.

До закона 17 июля 1907 г. нужно было различать два случая.

1-й случай. По праву требования жено-
вой арест одним только кредитором до-
пустим.

Первый случай не представляет трудности. Если на момент
ареста на первом уже состоявшееся уведомление о ней или выраже-
ние согласия должника, или объявлен имеющей силу против треть-
их, следовательно, и против налагающих арест. Наложение
ареста не будет иметь практического результата, так как оно име-
ет целью изъять вещь изъяснит имущества, который уже лишен
ее владения. Налагающий арест не получает права. Цесснона-
р не может получить преимущество перед ним.

Но когда ссылка на уступленное право требования делается
не самостоятельной формальностью, требованием ст. 1690, наложени-
е ареста производится до того, как цессия получила силу в отноше-
нии третьих лиц. Следовательно, оно может произойти свое дей-
ствие.

Каково же это будет действительное? Если судебное решение относи-
тельно силы ареста будет объявлено раньше уведомления или
выражения согласия на передачу права, то налагающий арест бу-
дет пользоваться преимуществом перед цессонаром, так как су-
дебное решение присвоило ему данное право требования (см.
Журн. 27 июня 1892, D. 93. 1, 25, дополнительное замечание Глас-
кова). Но решение становится ничем, если уведомление о переда-
че права сделано до судебного решения о законности наложения
ареста. Тогда нельзя давать налагающему арест преимущество
по сравнению с цессонаром. Действительно, позаранее само по
себе не может присвоить налагающему арест ту ценность, которая
является предметом ареста. Оно поражает только право требования
независимостью с распоряжением. Налагающий арест получает
преимущество право только путем судебного решения о законности
ареста. Следовательно, он не пользуется цессонаром.

Когда державец противоположного взгляда (V 1116-
13) в Revue hist. de droit, 1862) и утверждала, что налагаю-
щий арест должен был быть удовлетворен полностью раньше цес-
сина, и ссылался при этом на ст. 178 Парижского устава
торговли, в случае последовательного наложения ареста це-
ссонаром и цесснаром, предоставляла первою наложившему
арест преимущество перед тем, кто наложил арест позднее. Но
этого преимущества больше не существует. Последовательно один за
другим налагающие арест удовлетворяются по соразмерности.
Следовательно, инициатор, наложивший арест, не может иметь
преимущества по сравнению с цессонаром. В свою очередь в це-
ссии не существует преимуществ по сравнению с наложив-
шим арестом, так как в отношении его он рассматривается как вто-
рой кредитор, наложивший арест. Он стал кредитором только
после наложения ареста следовательно, он мог бы требовать наложив-
шим арестом. Когда же он уведомляет о передаче права. У в с-
ледствии уведомление возвращено. Сле-

довательно, конфликт будет урегулирован так же, как и между
двумя кредиторами, последовательно наложившими арест. По-
ложивший арест и цессонар получат удовлетворение своей
взыскных прав по соразмерности.

2-й случай. Имеется несколько арестов
на право, один наложен до, другим
после уведомления о цессии. Пусть этот
право требования на 6 000 франков. Первый накладывается на него
арест в сумме 3 000 франков. Павел уступает свое право Петру
ранее судебного решения о законности ареста. Петр выполняет
формальность по ст. 1690. Затем Второй налагает арест на то же
право в сумме 3 000 франков. Как урегулировать взаимные пра-
ва различных кредиторов-арестовых лиц?

Вопрос один из наиболее спорных. Затруднение возникает
вследствие столкновения двух принципов: с одной стороны, це-
ссонар должен терпеть только арест, предоставляющий уведом-
ление, а по следующей за ним, который в отношении его силы не
имеет с другой стороны, первый арест не имеет первою, наложив-
шему арест, никакой привилегии в отношении Второго. Как пре-
доставить цессонару преимущественное право перед Вторым, на-
ложившим арест, не признавая в то же время за Первым, наложив-
шим арест, привилегии по отношению ко Второму? На этот вопрос
нельзя предложить абсолютно никакого удовлетворительного от-
вета.

Выявились три главных системы: две крайние — крайняя
третье — среднее:

aa) Предлагали рассматривать промежуточную цессию, как
просто наложение ареста в отношении второго кредитора. Это
будет удовлетворяться по соразмерности. Первый получит 1 000
франков, Петр — 2 000, Второй — 3 000. Но это невозможно.
Цессонар уведомил о цессии до наложения второго ареста.
Следовательно, этот арест в отношении его не имеет силы, а Пе-
рой, наложивший арест, не может с ним конкурировать. Проме-
жуточная система противоречит этому принципу.

bb) Тогда предлагают объявить цессию полной и абсо-
лютно обойти Второго, наложившего арест. Конкуренция
будет иметь место только между Первым и Петром. Первый
получит 2 000 франков, Петр — 4 000, Второй ничего не получит.
Эта вторая система является крайней в обратном смысле и не
доставляет Первому настоящей привилегии в отношении Второго.
А это противоречит второму принципу. Однако эта система
иногда применяется, в силу ее простоты.

cc) Средняя система устраняет второго кредитора в отношении
цессонара, но не в отношении Первого инициатора. Она при-
дает за цессией полное действие, как будто Первым только на-
ложил арест. Цессонар получит 3 000 франков, инициатор
получит 3 000 франков, но остальные 2 000 франков будут конку-
рировать с наложившим арестом. Но по какому принципу? Если

Первый арест получает по соразмерности. Действительно, если Первый не имеет приваляции и отношения Второго, он не может в другой стороне, страдать от неубренности этого последователя, в другой стороне, страдать от неубренности о переходе права, в другой стороне арест после уведомления о переходе права, в другой стороне, Первый должен будет получить, по крайней мере, Соматарио, Первый должен будет получить, по крайней мере, что он получал бы, если бы арест Второго был наложен до уведомления и ареста. В этом случае все три заинтересованных лица должны бы по соразмерности: Первый получил бы 1000 франков, Второй — 2000, — Второй 3000. Следовательно, Первый должен будет получить 1000 франков, которые он получил бы, если бы Второй арестовал бы без таковой. Будучи безработным, он получит только 1000 франков, которые остаются сверх 2000 франков, подлежащих разделу. Но для Первого, ни для Второго не возможен никакой иной процесс цессionario (см. Касс., 25 августа 1869, S. 40, 1. 213; 16 июля 1873, S. 99, 1. 401, поясн. замеч. Тиссье; Кан., 1 февраля 1893, S. 90, 2. 218. Ср. Fraissin go, Les principes de la cession sur le conflit des cessionnaires de créances et de débiteurs assignés, Rev. trim., 1896, стр. 487 сл.).

Во время издания закона 17 июля 1907 г., лицо, на право требования которого наложен арест, может по всяком положении обратиться к председателю трибунала с заявлением, чтобы арест разрешенная сдать на хранение сумму, равную сумме ареста, но которая наложена арест, с тем, чтобы после этого можно было распорядиться своим правом требования. Этот вклад является правомочием платежа в пользу наложившего арест. Практически интерес контроверсы таким образом сводится к тому, в каких случаях, когда не применяется эта новая процедура.

ПРИЛОЖЕНИЕ. Решим, установленный ст. 1690, составляет общее правило. Но некоторые права требования подлежат специальным правилам.

(1) Чужие права на заемную или арендную плату, по уплаченной сумме, чем за три года, подлежат записи в поземельную книгу по закону 1855 г. (ст. 2, 5).

(2) Очень значительная категория прав передается без соблюдения формальностей ст. 1690. В правам требования, подтверждаемых документально, применяются упрощенные формы.

а) Чужие документы передаются путем передачи, отмечаются в реестре предпринимателя должника.

б) Документы «по приказу» передаются посредством подписанного кредитором передаточного документа «приказу» цессionario, путем проставления формулы на оборотной стороне: «Уплачено приказу № (торговой поднески, ст. 136—139).

в) Чужие документы на предъявителя передаются простым проставлением формулы (ст. 35 торгового кодекса).

г) Чужие документы и эти способы передачи были введены в торговый оборот. Эти способы цессии и называются иногда торговыми цессиями. Чужие документы передаются торговыми зако-

нами, возникла вопрос, нельзя ли их распространить и на гражданскую область. Вопрос был поставлен сначала в отношении формы по приказу. Его допустила в гражданской области судебная практика (Касс., 8 мая 1878, S. 78, 1. 241; поясн. замеч. Вадан; Кан., масс. жал., 15 марта 1892, S. 91, 1. 495; 18 января 1922, S. 1922, 1. 222). Точно так же не встречается теоретических затруднений допустить гражданские обязательственные права в предъявительской форме: германское гражданское законодательство так и разрешило этот вопрос в ст. 793 и сл.

В области страховая закон 13 июля 1930 г. прямо допускает плате по приказу и полис на предъявителя (ст. 10 и 11). Впрочем, ст. 61 исключает предъявительскую форму в полисе страхования жизни. Наоборот, нельзя распространить на общегражданские отношения правила об именных документах, потому что гражданин, не принадлежащий к торговому классу, не может вести реестра передач (см. P. Esmein, Etude sur le régime juridique des titres à ordre et au porteur, Rev. trim. 1921, стр. 5—55; Br è t h e, Théorie juridique des titres à ordre, Rev. trim., 1926, стр. 637—710).

Отделение II

ПЛАТЕЖ С СУБРОГАЦИЕЙ (С ВСТУПЛЕНИЕМ В ПРАВА КРЕДИТОРА)

По общим правилам, когда третье лицо платит чужой долг, долг погашается, а третье лицо может искать с должника уплаченную за него сумму посредством иска из поручения или ведения чужих дел. Но право требования, осуществляемое третьим лицом в отношении должника, отличается от того, по которому платит третье лицо; оно не пользуется гарантиями, связанными с тем правом.

В некоторых случаях, пользующихся особым покровительством закона, признали, что это средство общего права недостающему. Признали, что кредитор (уплачивающий долг) может предъявить к должнику, наряду с иском из поручения или ведения дел, тот же иск, который принадлежал кредитору, со всеми его гарантиями и дополнительными правами. В этом — большая выгода для платящего, который вступает во все права кредитора. Это и выражают словами, что он стал на место кредитора (происходит суброгация). Это — платеж с вступлением в права кредитора.

Слова «суброгация» употребляются в праве в очень различных случаях, из которых платеж с вступлением в права кредитора является только частным случаем. В общем виде суброгация имеет

* [Ср. Colin et Capitant, op. cit., т. II, § 310 и сл.; Joste- gan d., op. cit., т. II, § 876 и сл.; Planiol et Ripert, op. cit., т. II, § 475 и сл.; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit des Français, т. VII, § 1219 и сл.]

титу тогда, когда в определенном отношении между двумя участ-
никами, один из них находится без именной самого отношения.

Эта суброгация бывает двоякая. Суброгация бывает именная, когда
ее в отношении между двумя лицами и вещью, вещь является другом,
за и в отношении между двумя и вещью, переходит без изме-
нения права принадлежания лицу на вещь, переходит без изме-
нения на иной предмет (ст. 747, 132, 1507, 1534—1535; право на
вещь может принадлежать на вещь или на вещь, приобре-
тенную на вещь). Суброгация бывает личная, когда право, существую-
щее между двумя лицами, переходит существовать, хотя
иногда и между двумя личностями. Наш пример является только
частным случаем личной суброгации.

Он представляет очень замечательную особенность; нормаль-
ное действие платежа заключается в том, чтобы прекратить долг
по иному и тому кредитору. А в данном случае, долг и его при-
надлежность продолжают существовать в пользу должника
иногда. В этом отношении существует большое сходство между
сделками с суброгацией и процессом обязательственного права.
Вступающего на место кредитора можно считать с должника.
Однако мы заметим различные различия между этими платежами.

В настоящее время платеж с суброгацией является самостоя-
тельным институтом, для которого существуют свои правила. Не так
было при возникновении этого института. Современный платеж с
суброгацией является результатом влияния двух римских ин-
ститутов, абсолютно различных: собой льготы, заключавшейся в
ступлении искон, и *cessio in locum creditoris* (ступлении на место
кредитора).

Залог уступил искон был предоставлен добавочным долж-
нику, поручителю, *mandatorum pecuniarum cedendarum* (т. е. по-
лучатели поручение сделать кому-либо кредит) и прочим, против
которых кредитор предъявлял иск о платеже. Они могли проти-
воставить иски кредитора *exceptio cedendarum actionum*. воз-
ражая о том, что должник был уступлен иски, чтобы поста-
вить иском в зависимость от предварительной уступки иски,
который принадлежал кредитору против главного должника. Эта
возможность была распространена (на некоторых различиях пла-
тированных между толкователями) на содомиников, степенно
in solidum (а по всем размерам) или на *seculo promissionis* (се-
кулярных должников), которые платят общий долг, а также на
преемника должника залопенного имущества, который оплачи-
вал залопенного кредитора.

Cessio in locum creditoris (ступлении на место кредитора)
представляет, что лицо удовлетворяет залопенного кредитора при
известных условиях и занимает его ранг в смысле преемствен-
ности удовлетворяясь из залопенного имущества. Она пред-
ставляет и степенно кредитору, поднявшись по рангу, кото-
рым платит иному кредитору, осуществляя *ius offerendae*
ранг и *ius* (право предлагать платеж) поумноженно залопенно

того имущества, который удовлетворяет покупателя иному на то,
чтобы удовлетворить залопенных кредиторов; лицу, которое дает
иными деньги, чтобы удовлетворить залопенного кредитора.
Successio in locum иски, по общему мнению, более ограниченный
действием, чем процесс иском: эта возможность предоставляется
иногда, только продолжаться кредитору; допустимо даже иски
ранг залода (см. Лаббея, *Præsumptio et Instinutes Opte* п. 7.
II, прил. XII).

Старое французское право оты эти два института *cessio in*
locum иски приближилась к процессу иском. Эта новая теория
была разработана Демулом, Решоносом (*Traité de la subro-*
gation), Дуало, Полью (супPLEMENTAIRE ДОЛГ ПЛАТЯТЕСЯ СОХРАНЯЮЩИМИ
и пользу уплатившего, *Oblig.*, пом. 522). Наряду с этим нау-
ным слиянием законодательства и судебная практика создала
случай суброгации, известный римскому праву и который по-
зволяло объяснить римскими теориями; суброгация по соглаше-
нию с должником (*Quæstiones Rempm. IV, mai 1605*; постано-
вление Парижского парламента 8 июля 1630, позднее названное
«постановление о суброгации»). В XVIII веке встречается субро-
гация по соглашению с кредитором.

Мы рассмотрим в двух параграфах, в каких случаях платеж
включает суброгацию, в каком ее природе и последствиях.

§ 1. Случай суброгации

Суброгация — явление исключительное, ибо она основана
общий принцип погашения долга платежом. Следовательно, она
может быть допущена только в силу точных указаний закона,
подлежащих ограничительному толкованию.

Ст. 1249 различает два случая суброгации: суброгацию по
договору и суброгацию по закону.

I. Суброгация по договору. Она вытекает из соглашения, в
котором лицо, вступающее в права кредитора, уплатило иском,
а другой стороной был тот кредитор, то должник. Этот случай
предусмотрен статьей 1250.

A. Суброгация по соглашению с кре-
дитором (ст. 1250, п. 1). Кредитор получает платеж от треть-
его лица и признает, что это третье лицо уступит в его права и
получает его иски против должника. Эта операция является чрез-
вычайно простой теоретически. Но затем допустить эту суброга-
цию наряду с процессом права, в качестве исключительной операции? Рим-
ское право придерживалось в этом случае принципа *in rem* иски
(т. е. назначенное процессуального представителя, с предоставлен-
ным ему право оставить себе иски иски) и системы *in rem* иски
in rem (искон по аналогии). Суброгация, по общему мнению, была известна
и старом французском праве нотариальной практикой. Уступка
прав требовала иски то означало, что уплативший
вступал в права кредитора. Само иски
исключило: во этом случае должником иском судами случаи иски

суброгация, который связан с общей теорией, исходящей из льготы должника в отношении и locus. Дома и Потье знают эту суброгацию.

Для суброгации требуется два условия, указанные в законе:

(1) Чтобы в момент платежа было соглашение о суброгации. В самом деле, если платеж принят без суброгации, долг погашен и его нельзя больше восстановить.

(2) Требуется прямое уполномочие относительно воли на иступавшего должника и права кредитора. На практике это уполномочие доказывается в расписке. Но это уполномочие не предполагает никаких специальных терминов. Слово «суброгация» неустойчиво. Тем не менее, благоразумнее вставить это слово, чтобы избежать сомнения относительно действительной воли сторон. Никакой формы не требуется: суброгация может произойти устно, но только тогда возникают трудности доказывания. Формальности ст. 1690 здесь не применяются. На суброгацию можно ссылаться в отношении третьих лиц, помимо уведомления или согласия должника. Это представляет опасность, потому что можно таким образом обойти требования формы передачи обязательств, представляли ее, как простую суброгацию. Впрочем, соглашение будет иметь силу в отношении третьих лиц только, если оно получило определенную дату, в соответствии со ст. 1328. Эта статья закона применяется здесь, хотя суброгация упоминается в расписке. Без сомнения платежные расписки имеют, ввиду своей определенности, дату сами по себе; но здесь, наряду с распиской в платеже, есть дополнительное соглашение о суброгации. Это соглашение подчиняется, в отношении определенности его даты, общим правилам.

В. Суброгация по соглашению с должником (ст. 1250, п. 2). Эта суброгация представляет исключительную теоретическую особенность: должник передает право в залоге, принадлежащее его кредитору, третьему лицу, без согласия самого кредитора. Эта особенность объясняется практическими соображениями. Нужно сделать суброгацию возможной даже тогда, когда кредитор отказывается в своем согласии третьему лицу, предлагающему платеж. Закон позволяет должнику получить его согласие принудительно. Это будет особенно целесообразно, когда обязательства хорошо обеспечены и должник имеет выгоды для кредитора. Видится третье лицо, предлагающее заем с тем, чтобы была суброгация; это третье лицо удовлетворяет своим интересам, чем получаемые этим кредителем выгоды для кредитора. Видится третье лицо, предлагающее заем с тем, чтобы была суброгация; это третье лицо удовлетворяет своим интересам, чем получаемые этим кредителем выгоды для кредитора. Видится третье лицо, предлагающее заем с тем, чтобы была суброгация; это третье лицо удовлетворяет своим интересам, чем получаемые этим кредителем выгоды для кредитора.

Видится третье лицо, предлагающее заем с тем, чтобы была суброгация; это третье лицо удовлетворяет своим интересам, чем получаемые этим кредителем выгоды для кредитора.

это объясняется. Римское право допускало только successio in locum в пользу залогодателя (C. J., VIII, 18, De his qui in loc., 1). В 1609 г. декларация Генриха IV преобразовала это преимущество в суброгацию. В XVI столетии широко практиковалось помещение капиталов в ренты, наименьший размер процентов по которым, установленный эдиктом, был в период религиозных войн очень высок (в 1579 г. Карл IX определил его в 12-ую долю, или 8 ²/₁₀₀; в 1601 г. он был понижен до 16-ой доли, или 6 ²/₁₀₀). С этого времени должники, заключавшие договоры с прежним размером процентов, были заинтересованы в том, чтобы заключать займы с новым размером процентов, для удовлетворения их прежних кредиторов. Но многие из них не имели возможности установить для залогодателей новое обеспечение, а прежние кредиторы не соглашались принимать платежи с уступкой своих гарантий залогодателя. Чтобы их побудить к этому, в странах писанного права применяли successio in locum. Обычное право никакого подобного средства не знало. На этой почве и появилась декларация мая 1609 г., которая дала должникам право самим передавать залогодателям права и залога своих кредиторов. Декларация касалась только установленных рентах обязательств. Потом она была распространена на все виды долгов постановлением Парижского парламента 6 июля 1680 г. (приказ о суброгациях), которое лежит в основании ст. 1250, п. 2.

Эта система создает опасность злоупотреблений и недобросовестности со стороны должников. Когда обязательство превращается нормально платежом, ипотека и гарантия, которыми оно было снабжено, кончаются, и залоговые кредиторы, занимающие следующую очередь за удовлетворенным кредитором, занимают его ранг. Но если должник желает заключить договор с залогодателем, он может сохранить в действительности недобросовестным образом эти прежние гарантии, предложить своему залогодателю ипотеку первую по рангу, в ущерб кредиторам, занявшим ранг удовлетворенного кредитора. Если бы закон ничего не сказал, мог бы применяться очень простой способ: симулировать, что заем совершен раньше, чем платеж, составив задним числом акт, удостоверяющий заем, по соглашению с предъявителем, или проставив более позднюю дату на расписке и получении долга по соглашению с удовлетворенным кредитором. Таким образом, заем оказался бы предшествующим платежу, и должник мог бы дать своему залогодателю согласие на суброгацию, предусмотренную ст. 1250 п. 2. Это соглашение недобросовестным образом восприняло бы прекратившуюся ипотеку и таким образом лишило бы последующих кредиторов ранга, который им давало прекращение этой ипотеки.

Для предупреждения такого злоупотребления, закон подчинил суброгацию, производимую по соглашению с должником, строгим формальным условиям. Акт о займе и расписке в платеже залога должны быть составлены в определенном порядке совершения в таком порядке позволяет избежать указания неправды.

ной (взнос равный или более великой) дана и может быть затруднена или невозможна вследствие конкуренции. Кроме того, я хочу отметить, что закон должен быть установлен, что деньги заложны для производства займа должны быть указаны, что платон производится, а в равном случае должен быть указан, что платон производится, предоставляется для этого законом (ст. 1251, п. 2. 2-я фраза).

По моему мнению, чтобы эти два акта были разделены, Закон и платон могут быть подтверждены одним и тем же актом. Иными словами требуется, чтобы деньги заложны и уплачены кредитору были фактически те же самые. Это — единственная крайность. К требованиям закона ничего добавлять не надо, а закон не предполагает даже платежа денег в присутствии нотариуса.

Если кредитор отказывается подписать расписку, ему будет сделано реальное предложение, сопровождаемое слатом денег в залог.

II. Законная суброгация. В этих случаях суброгация прямо установлена законом ввиду соответствующих обстоятельств. Чтобы способствовать платежу, закон сам улучшает положение залогового платона, передавая ему, своей силой, права и интересы кредитора, которому он платит.

Случай, когда имеет место такая суброгация, ограничивается перечисленными в законе и стоящих под строгим контролем закона. Четыре случая предусмотрены гражданскими кодексами (ст. 1251), один — торговым кодексом (ст. 158—159), один — законом 22 февраля VII года (ст. 29—30).

(1) Ст. 1251, п. 1, признает суброгацию за пользу того, кто, будучи сам кредитором, оплачивает другого кредитора, пользуя своего права или преимуществ, ввиду его принадлежности или протеста. Допустим, имеется три кредитора: Первый, Второй и Третий, обеспеченные ипотекой или привилегией на недвижимость. Недвижимость стоит 100 000 франков. У Первого протеста на сумму 80 000 франков, у Второго — на 40 000 франков, у Третьего — на 60 000 франков. Период преимуществ (ранг) следующий: Первый, Второй, Третий. Первый требует продажи недвижимости. Если происходит продажа, он получит полностью, Второй — получит 20 000 франков вместо 40 000, Третий — не получит ничего. Следовательно, для этих последних есть интерес поощрять продажу, чтобы выдать момент более благоприятный, когда цена недвижимости возрастает. Один из них платит из своих средств Первому, который, получив удовлетворение, не может более требовать протеста. К уплатившему переходит протест Первого, что позволяет ему с полной уверенностью ожидать благоприятного момента для реализации залога.

Уже в римском праве кредитор, истребующий по рангу, имел право предложить вышестоящему кредитору платон. Но это, что платон вышестоящему кредитору, вышестоящий должен был иметь in loco (исполнение на его место,

получение его ранга). Теперь в этом случае представляется суброгация.

Применение этого закона ограничено формулой закона. Ниже следует:

а) что суброгация может произойти не только в пользу привилегированного или залогового кредитора, но и в пользу обыкновенного, который удовлетворяет привилегированного или залогового, потому что эти кредиторы пользуются перед или преимуществом по выражению ст. 1251, п. 1. Наоборот, равное право в этом случае не допускало *visatio in loco*;

б) что суброгация не будет иметь места в пользу привилегированного или ипотечного кредитора, который уплатит кредитору нижестоящему по рангу, потому что этот последний не пользуется преимуществом по сравнению с ним. В этом случае, наоборот, равное право допускало *visatio in loco*. Этот платон может представлять для кредитора, который его производит, интерес, заключающийся в уменьшении числа залегавших кредиторов и в облегчении, таким образом, распределения цены недвижимости в подобном порядке, менее дорогое, чем судебный (ст. 771 и 751 процесс, код.).

(2) По ст. 1251, п. 2 приобретатель недвижимости, который употребляет цену, за которую он приобрел недвижимость, для оплаты кредиторов, имеющих протест на эту недвижимость, ищет в права этих кредиторов.

К оплате ипотечных кредиторов нужно присоединить оплату привилегированных кредиторов.

Этот платон представляет интерес для приобретателя. Он его предохраняет от протеста кредиторов. То же самое было бы, если бы одаренный оплатил ипотечных кредиторов. Здесь — старый случай *visatio in loco*.

С помощью этой суброгации покупатель приобретает ипотеку на свою собственную вещь. Интерес в этом заключается тогда, если ипотечный, эта уплаченная цена не достаточна для того, чтобы удовлетворить всех ипотечных кредиторов. Не будь суброгации, они стали бы первыми по рангу. Они могли бы заложить арест на недвижимость и требовать продажи за цену, какая сложится на торгах. Конечно, покупатель в том бы шел о возврате своей цены, но кредиторы имели бы перед ним преимущество. При суброгации, наоборот, если кредитор желает добиться продажи, и покупатель, купивший в права первого кредитора, которого он оплатил, будет иметь преимущество перед ними в очередности и будет обеспечен в получении, по крайней мере, всей купленной цены. Вообще, кредитор, видя, что покупатель имеет перед ним преимущество, не будет предъявлять ипотечный арест на недвижимость.

Напротив покупатель имеет право более надежно себя защитить от протеста залоговых кредиторов, это — право и процедура *visatio in loco* (ст. 1251 и ст. 771).

(3) Ст. 1251, п. 3, предусматривает очень важный случай, названный того, кто, будучи обязан вместе с другими или за других в платежу долга, был заинтересован в погашении долга. В законе сказано, что «если должник, будучи обязан вместе с другими, это — солидарный должник, который обременен вместе с другими», содолжники по неделимому или должник (закон, стр. 443 и сл.), содолжники по неделимому долгу, совместно поручители, принявшие гарантию по одному и тому же долгу, в своих отношениях с главным должником друг друга — это поручители, их отношения с главным должником (стр. ст. 2029), жена, заложившая свое недвижимое имущество за долг другого лица (реальное обеспечение), третья держатель заложной недвижимости, отягчающие в виде ипотеки. Эти две последние категории лиц отвечают не лично, а реально, по залоговому ипотечному. Но они отвечают за других, в смысле ст. 1251.

В отличие от других предыдущих случаев, этот третий случай является суброгацией, возникшей из льготы уступки иска. Он осуществляется в римском праве путем эмпеции. В старом французском праве эмпеция исчезла, но лицо, производящее платеж, должно было по отработке суброгации. Это лицо не становилось на место кредитора и силу закона, хотя кредитор и не мог отказаться в требуемой суброгации (Pothier, Introduction au titre des actions de la cour. d'Orléans, nom. 76). Гражданский кодекс убрал эту систему, отменив необходимость такого требования и предоставив суброгацию в силу закона.

(4) Закон, ст. 1251, п. 4, предусматривает суброгацию в силу закона в пользу наследника, принявшего наследство с условием составления описи и уплаты долга из своих средств должника наследства.

В силу принятия с условием составления описи, наследник отвечает лично за долги наследства. Он отвечает за них только в пределах наследственной массы, которую он принял и которую он обязан ликвидировать. Но наследник может быть заинтересован в том, чтобы уплатить из своих средств долг наследства, например, потому, что залоговый кредитор наследства угрожает потребовать продажи залоговой недвижимости, а можно думать, что такая продажа была бы невыгодна. Наследник уплатит кредитору долг из своих средств и вступит в права по ипотеке.

Этому случаю нет аналогии в римском праве. Его существование учтенное в XVII веке Лебрёном (Succ., кн. III, гл. IV, п. 19).

(5) Ст. 158—159 и 187 торгового кодекса, в случае платежа вступившим в отношении по векселю или по бумаге по приказу, признают уплатившему в права предъявителя.

(6) Закон 23 февраля VII года, ст. 29 и 30, решает, что государственные чиновники, внесенные за своих клиентов аканс на подержива по регистрации актов, совершающих ими или перед ними, вступают в права регистрационного учреждения.

§ 2. Юридическая природа и последствия

Несмотря на разнообразие случаев применения суброгации является по французскому праву однородным институтом, который имеет всегда одинаковый характер и одинаковые последствия, таково бы ни было происхождение суброгации. Но эта дилемма вопроса возбуждают затруднения вследствие недостаточности закона: по первому из них закон молчит, а второму — посвящает только одну статью 1152.

I. Юридическая природа. В науке в отношении юридической природы суброгации выявились две противоположные концепции.

По мнению одних, первоначальное право требования прекращается, по его гарантии переходит на новое право, приобретаемое лицом, совершающим платеж. Это — идея, напоминающая римское понятие *successio in locum*. Она ограничивает действие суброгации. Старое право не переходит и вступившему лицу, а только переходит некоторые предательные права: договорная ипотека или поручительство, и даже законная ипотека или привилегия, хотя бы они были связаны с особенностями кредитора, потому что ст. 1250, п. 1, прямо объявляет, что привилегия переходит к вступившему в права кредитора. Но качества, связанные с самым правом требования, не переходят к вступившему в права кредитора (исполнительный титул, торговый характер и пр.).

Эта узкая концепция теперь абсолютно оставлена. Она противоречит текстам закона, которые говорят, что вступивший в права приобретает все права кредитора, следовательно — и само право требования (ст. 1249, 1250, 2029). Она противоречит истории. Потье говорил, что оплаченное право требования считалось продолжающим существование в пользу вступившего в права, и та же идея уже совсем ясно выражена в декларации 1609, в конце. Следовательно, суброгация теоретически приближается больше к льготе уступки иска, чем к *successio in locum*.

При этой второй концепции суброгация является настоящим передачей права требования, договорной или законной.

Однако большинство современных авторов принимает эту идею только с ограничениями. Неточно, говорит, суброгацию можно уподоблять перенесению права; оба действия имеют различный характер. Перенесение прав есть акт расчета; суброгация обременяется услугой, оказанной должнику. Отсюда следовало заключено, что суброгация есть двусторонний акт: платеж в отношении должника, право которого погашается; передача права в отношении должника и других заинтересованных, путем факции, по которой этот истребует свое погашение.

Это среднее мнение должно быть отвергнуто. Прямое истребование приводит к неясной концепции: каким образом один и тот же акт может быть платежом в отношении должника и передачей права в отношении других заинтересованных? Каким образом

... а в то же время требование может быть прекращено в отношении должника и кредитор и продолжать существовать в отношении должника. Передача права (будет ли это, по крайней мере, означать его отчуждение тогда. Передача права на требование в некоторых случаях есть акт расчетов; но он не всегда является таковым. Она зависит от природы договора, в исполнение которого она производится. На передачу права (цессия) сам по себе не влияет от договора (продажи, дарения и пр.), который она осуществляется. И обратно, платом, из которого происходит акт отчуждения, не является обязательно актом благоволения в отношении должника; он может быть средством исполнения платежа и для вознаграждения плательщика.

Важно, следовательно, признать, что суброгация устанавливает действительную передачу права требования, по договору или по закону, односторонне или в отношении кредитора, пользующегося правом, так и в отношении всех других заинтересованных лиц. Это различие соответствует также традиции, оно гармонизирует с историческим происхождением института — передачей права.

II. Сравнение с цессией права требования. Но нужно признать также, что если здесь происходит цессия права требования, то — цессия права акт одного рода. Ее особый характер вытекает из того, что эта цессия производится за плату и с целью удовлетворения права, а не покупки вещи, но зарисовой от номинальной стоимости. Отсюда вытекают ее отличия от уступки права требования по общему правилу.

Эти различия главным образом следующие. Говорили, что суброгация не предполагает воли, согласно кредитора, тогда как цессия по воле кредитора без его согласия. Но в этом нет различия абсолютного значения: известны различные случаи обязательных цессий. Так же можно сказать, что суброгация по воле кредитора, кредитор не заинтересован в том, чтобы возразить против перехода его права и вступающему на его место, так как кредитор получает плату. Следовательно, в этом отношении различие главным образом различие. Говорили еще, что цессия права требования обязывает должника к гарантии, чего никогда не бывает при суброгации. В такой общей форме это замечание не имеет смысла, если она вступает по исполнению продажи или по оплате по договору; но ни одного обязательства гарантии нет при суброгации. Следовательно, обязательство должника по отношению к кредитору, а по цессии права требования — к себе. В этом не приходится внутренней разницы, которая известна бы противопоставлять ее суб-

... и следовательно, существует только три различия, касающиеся различия в предмете, предмете и последствиях суброгации.

A. Различия с точки зрения условий осуществления. Суброгация, будучи ли то по договору или по соглашению, с момента ее осуществления существует сама собой (в отношении всех). Для нее не требуются формальности ст. 1690. Достаточно, чтобы ее дата была известна. Это замечание важно в отношении и случаев суброгации по соглашению с кредитором. Суброгация может заменить цессию права; она позволяет избежать ее формальностей. Утверждали также, что в случае ст. 1250, п. 1, формы ст. 1690 должны соблюдаться. Но это требование неприемлемо. Оно привело бы к упреждению случаев договорной суброгации. Ст. 1250, п. 1 сделала бы безусловной и различия ст. 1689 и следующих. Также важно на практике знать, с чем она имеет дело — с договорной суброгацией или цессией обязательственных прав. Это — трудный вопрос толкования воли.

Это отсутствие формальностей вызывает различные последствия или по вопросу об обязательности суброгации для третьих лиц, и эти особые последствия вместе с тем являются детальными отличиями от цессии обязательственных прав:

a) если должник опаздывает кредитора после суброгации, он, тем не менее, остается ответственным и отношению вступившего на место кредитора, и это даже тогда, когда он не участвует в суброгации. Во всяком случае, ст. 1250 направляет слишком строгие выводы из этого решения, устанавливая, что платом, добросовестно совершивший владельцу права требования, освобождает должника. На практике лицо, вступающее на место кредитора, будет благодарно, если уведомит должника о суброгации. С этого времени, должник, удовлетворивший старого кредитора, не мог бы более воспользоваться своим добросовестием, чтобы сослаться на ст. 1250. Это уведомление, впрочем, не подлечит никакой форме; нет необходимости в удостоверенном акте, которого требует ст. 1690 в случае цессии права;

b) если цессия права требования совершена кредитором после суброгации, лицо, вступающее на место кредитора, пользуется преимущественным правом по сравнению с цессионаром, хотя бы оно не совершило ни одной формальности. Цессионар получит только иск к плательщику, который его обманул. Также так же, в случае последовательных суброгаций по одному и тому же праву, столкновение между несколькими вступающими в право регулируется в соответствии с известной датой их суброгации;

c) кредитор кредитора, участвовавшего в суброгации, не может вложить зреть на право требования после суброгации.

B. Различия с точки зрения пределов суброгации. Цессионар по праву требования приобретает все содержание права требования, какое бы он был и имел, которую он уплатил за право. Так, когда право требования на сумму 10 000 франков было уступлено за 5 000, цессионар становится кредитором должника на сумму 10 000 франков.

Иначе происходит в случае суброгации. Цель суброгации в

том, чтобы просто гарантировать защиту интересов лица, совершающего платеж, чтобы позволить ему наверняка получить оплату его аванса. Следовательно, он вступает в права кредитора только в той сумме, в какой совершил платеж.

С. Различия в точки зрения последствий. Мы знаем, что в принципе последствия суброгации те же самые, как и в цессии: право требования переходит к вступающему вместо кредитора в полной своей юридической самостоятельности, со своим характером, со всеми притатными, исключениями, но только в пределах уплаченной суммы. Судебная практика вывела из этого принципа интересное следствие. Когда продавец получил платеж от третьего лица, это последнее вступает во все права продавца в отношении покупателя: право требовать цену, принадлежавшую продавцу и даже иск о расторжении договора по ст. 1184 на случай неплатежа, хотя это лицо и не является лично продавцом (Касс., 28 февраля и 22 октября 1894, S. 93, t. 321; D. 96, t. 585).

Однако эти, столь широкие, последствия подвергаются известным ограничениям. Они могут проистекать из соглашения сторон при договорной суброгации. Но, кроме того, имеют место два вида законных ограничений при всяких суброгациях в четко отграничивают их от цессии обязательственного права. Они касаются отношений между вступающим по суброгации к кредитору (вариант не может никогда кредитовать второму: «Nemo solvit se subrogasse separatim») и отношений между вступающим по суброгации и другими содолжниками в случаях законной суброгации, происходящей в отношении лиц, которые отвечали бы во всем или в части долга (ст. 1251, ч. 3).

Рассмотрим эти два ограничения.

a) Первое ограничение. Суброгация не может быть во вред кредитору, который ее осуществляет. Предполагаем, что лицо, вступающее по суброгации, уплатило только половину долга. В остальной части долга кредитор сохраняет свои права с относящимися к ним гарантиями. И тогда он *стает их осуществлять*, он будет пользоваться преимущественным правом по сравнению с вступающим по суброгации. Например, долг в 20 000 франков обеспечен ипотекой. Вступающий по суброгации платит 10 000 франков. Недвижимость продана за 16 000 франков. Кредитор получит преимущественно недополученные им 10 000 франков. Из вырученных при продаже 16 000 франков он получит 10 000 франков, а вступающий по суброгации получит только 6 000 франков (ст. 1252). И *этим путем* отлучает суброгации от цессии права. Если кредитор, вместо того, чтобы принять платеж с суброгацией в полном объеме своего права требования, депозитом бы эту половину, цессionar стал бы в положении ипотечным кредитором, с тем же рангом, какой имеет ипотечник. Оба имели бы равные права на по-

купную цену. В приведенном примере каждый получил бы по 8 000 франков. Почему такая разница?

Правило «nemo contra se subrogasse concessit», конечно, понятно, в случае добровольной суброгации по соглашению с кредитором (ст. 1250, п. 1). Его можно было бы объяснить условием, подразумевающимся в соглашении, в силу которого нельзя считать кредитора *выразившим желание* уступить свои собственные гарантии, если он признает вступление в свои права лица, делающего частичные платежи. Но правило ст. 1252 имеет *общий характер*. Как его объяснить в случаях ст. 1250, п. 2 и 1251?

Ссылались на понятие суброгации, понимая ее как *двузначный акт*: она есть платеж в отношении кредитора; но последний получил платеж только в части, следовательно, в остальной части он сохраняет свои прежние права. Но мы отвергли это понимание суброгации. За пределами суброгации, совершаемой по соглашению с кредитором, распоряжение ст. 1252 можно объяснить только волей закона. Закон не желал, чтобы суброгация, совершаемая по соглашению с должником или в силу закона, производила в отношении кредитора более сильное действие, чем суброгация по соглашению с самим кредитором. Кредитор может, *ипочем*, по договору отказаться от преимущественного ранга, который за ним таким образом признан по закону.

Кредитор, совершающий суброгацию, будет иметь преимущественное право по сравнению с тем, кто вступает по суброгации только тогда, когда этот последний осуществляет старый иск кредитора. Но он имеет против должника другой иск, иск из поручения или ведения дел, который он осуществляет от своего имени как *оплативший долг* другого лица. Если он осуществляет этот второй иск, кредитор не пользуется по сравнению с ним преимуществом; он будет участвовать в конкурсе на равных с ним началах, и будет удовлетворяться из общей массы, из которой удовлетворяются простые кредиторы. Этим объясняется, что иск, на зависший от суброгации, хотя в совсем простой (необеспеченный), бывает иногда для лица, оплатившего кредитора, *выгоднее*, чем иск, который он получает из суброгации. Так бывает, когда обеспеченная недостаточна, чтобы гарантировать сразу и кредитора и лицо, вступившее по суброгации.

В одном случае примененно ст. 1252 может показаться трудным. Кредитор получил частичную уплату с суброгацией. За ним осталось право на часть суммы, и в этой части он пользуется преимущественно перед вступающим по суброгации. Предполагаем, что он уступает эту часть права или что он получает по ней *новый платеж* с суброгацией. Цессionar или новое лицо, уплатившее суброгацией, будут ли пользоваться преимущественным правом по сравнению с первым, вступающим по суброгации, в силу ст. 1252? В отношении цессionar нет сомнения: он вступает в права *первоначально*, следовательно, вступает его и в преимуществе, которое принадлежит кредитору в отношении первого вступающего из *лиц*

преимущества по суброгации. Но может показаться труднее признать преимущество вступившего по суброгации пользующимся преимущественно по сравнению с первым лицом. Это, прежде всего, противоречит, во-первых, принципу, по которому, между лицами, послужившими друг за другом вступившими по суброгации, порядок преимущественности определяется хронологическим порядком суброгаций. Как тогда дать преимущество второму перед первым? Но это возможно только в том случае, когда первый вступивший по суброгации совершил совершенный суброгацию, когда эти суброгации совершены в одном и том же праве. Здесь — другой случай второй, совершенный суброгацией, вступает в право, отличное от права первого, в часть старого долга, ставшую в силу ст. 1251, пользующийся преимущественно по сравнению с тем, который отнесся к первому уплатившему. Следовательно, второй, вступивший по суброгации, вступает, подобно цессionario, в право преимущественно, принадлежащее кредитору.

Второе ограничение. Оно имеет менее общий характер и применяется только к одному из случаев, предусмотренных ст. 1251, п. 3: суброгация в пользу лица, обязанного и платежу долга полностью. Если бы применять строго идею, из которой лицо, оплатившее долг с суброгацией, вступает в право кредитора, следовало бы решить, что, поскольку кредитор имел иск в полной сумме и каждому из содолжников, то в ставший на его место должен также иметь иск в полной сумме, за вычетом его доли в долге. Но это решение было бы связано с серьезными практическими осложнениями. Каждый содолжник должен в конечном счете отвечать только за свою долю долга; если бы кто-нибудь из них был должен по иску вступившего по суброгации plaintiff, это натурально сразу устраняют, обязывая вступившего в право кредитора разделить свой иск между содолжниками. Таким образом, он является одной из льгот, принадлежащих кредитору. Мы уже видели, что аналогичное решение было принято в случае солидарности (ст. 1214). Так же обстоит дело с сопоручителями (ст. 202, ч. 1) или соисполнителями (ст. 875).

Отделение III

Перевод долгов

Здесь перед нами случай, обратный предыдущему: перенесение обязательства рассматривается с правовой точки зрения. Первый должник в сумме 1000 франков в отношении Петра, должником по Второму, что этот последний берет на себя долг — переводит долг на сингулярном титуле.

Эта теория исторически сложилась постепенно в числе светом, относящихся к перенесению обязательств. Никаких позитивных юридических конструкций не было до 1853 г. (Delbortek, Die Uebernahme fremder Schulden nach römischem und preussischem Rechte); в 1864 г. появилась книга Salpina: Novation und Delegation. Проблемы, возникшие в Германии, нашли свое разрешение в ст. 414 и сл. Германского гражд. уложения. Во Франции она была впервые отмечена Saleilles, Traité général de l'obligation, том. 81—105; De la novation de dette, Ann. de dr. comm., 1890, стр. 1—17¹. Швейцарский федеральный обязательственный кодекс санкционировал теорию в своих статьях 175 и сл., под названием принятия на себя долга.

Перенесение долга играет экономическую роль, аналогичную с перенесением права требования; оно облегчает регулирование расчетов, без перемещения денег. Второй, должник Первого, имея свободных средств, может расплатиться, передав свое право требования против Павла или приняв на себя долг Первого в отношении Петра. В обоих случаях операция имеет единственно и тождественное значение: имущество Второго уменьшается, имущество Первого увеличивается. Вместо уплаты обязательства перевод долга может, подобно цессии обязательственного права, реализовать дарение или заем. Все зависит от соглашения, исполнение которого он происходит.

Воля сторон может посредством перевода долга привести к трем различным результатам.

(1) Минимальный эффект получается в тех случаях, когда стороны желали установить соглашение, которое не должно иметь влияния в отношении кредитора. Первый просто берет от Второго обязательство, что он уплатит ему сумму долга, или дает ему поручение уплатить за него кредитору. Соглашение тогда не изменяет ничего в правах кредитора, который сохраняет до выплаты иск в Первому и не получает иска по Второму; это — не что иное, как переводом долга.

(2) В других случаях стороны желают, чтобы кредитор получил иск и новому должнику, но терли своего ища к старому должнику: у него будет вместо одного два ища для обеспечения своего в того же долга. Это — акт солидарности, исполняемый и у нас, а не переводом.

(3) Наконец, намерение сторон может быть направлено на то, чтобы кредитор получил иск и долговому должнику, но с утратой своих прав в отношении старого должника. Первый освобождается от ответственности; отвечать будет только Второй. Это — не что иное, как настоящий перевод.

В признании этого частного перевода и состоит настоящая проблема перевода долга: с кем связаны отношения?

¹ Ср. E. G. de Met, Etude sur le transfert de dette à titre gratuit, Rev. droit, Dijon, 1898; Saleilles, Ann. de dr. comm., 1899, стр. 82—84.

ности, которые вытекают при анализе. По рассмотрении их мы изложим обоснования положительного французского права, затем поставим вопрос о возможности их применения во Франции.

§ 1. Анализ проблемы

Законодательная проблема перевода долга — тройная. Нужно: 1) освободить старого должника одновременно с возложением обязанности на нового; 2) осуществить сингулярное преемство в долге, т. е. сделать так, чтобы долг, во всей его юридической целостности, перешел от старого должника на нового, с сохранением обеспечений и возражений, какие могут быть связаны с долгом; 3) достигнуть того или другого результата посредством соглашения между двумя должниками, с полным сохранением интересов кредитора.

Это тройное законодательное пожелание встретило с самого начала два возражения:

(1) Отрицали возможность сингулярного преемства долга. Передавая одного должника вместо другого, это значит совершить в силу необходимости новацию в форме замены должника. А новация влечет за собой прекращение обеспечений и возражений.

Это возражение предполагает, что прадорживаются узко старой римской концепции обязательства, как часто личной связи. Но мы видели, что от этой концепции отказались в области перенесения права требования (цессии): признали, что право требования может перейти изменению кредитора. Обязательственное право считается теперь искусственной ценностью, не зависящей от личности должника. Но логически та же самая идея должна править и возможность сингулярного преемства в долге, потому что долг это — обязательство, только рассматриваемое с пассивной точки зрения. Если право требования может перейти владельцу кредитора, то и долг может перейти изменению должника. Следовательно, признали возможность сингулярного преемства в правах требования логически приводит к возможности сингулярного преемства в долгах. Те современные законодательства, которые допускают первое и не допускают второго, останавливаются на полдороге.

(2) Второе затруднение заключается в том, чтобы осуществить перевод долга путем соглашения между двумя сменяющими друг друга должниками, вполне обеспеченный освобождение прав кредитора. Это осуществимо, которого нет при цессии обязательственного права. Цессия права можно легко осуществить посредством соглашения между двумя лицами: должник, право против которого передается, не заинтересован в том, чтобы иметь своим кредитором лица, предположительно перед цессionarом. Поэтому полагают, что цессия производится без активного участия

должника, и что достаточно уведомления должника, чтобы сделать цессию для него обязательной. Должнику можно навязать изменение кредитора, но нельзя кредитору навязать изменение должника. Кредитор выбрал должника, принял во внимание его платежеспособность. Нельзя навязать ему вместо этого должника другого, быть может неплатежеспособного. Следовательно, если хотят, чтобы перевод долга освобождал старого должника, то достигнуть этого последствия в отношении кредитора можно только при его активном участии.

Остается определить характер этого участия. Совместно ли оно с идеей перенесения долга по соглашению между двумя должниками? Все законодательства, за исключением германского, отвечают отрицательно: *приватный перевод долга может осуществляться только посредством акта с участием кредитора; этот перевод датируется только тем моментом, когда участвует кредитор с целью освободить старого должника и обязать нового.* Такова точка зрения швейцарского федерального кодекса. Он не осуществляет третьего законодательного пожелания, которое мы указали вначале.

Но такое решение вопроса идет слишком далеко. Для ограничения прав кредитора достаточно решить, что перевод долга не будет для него обязательной до его присоединения к этому акту. Такое условие не противоречит идее перевода, осуществленного по соглашению двух, сменяющих один другого, должников. Это соглашение осуществляет перевод долга; но в отношении этого соглашения кредитор — третье лицо; соглашение становится для него обязательным только посредством его присоединения. Эта система представляет большое сходство с передачей права требования. Единственное различие состоит в том, что передача права становится обязательной для должника в силу простого уведомления, без необходимости в его присоединения к этому акту, в то время как передача долга становится обязательной для кредитора в силу его п р и с о е д и н е н и я.

Следовательно, приватный перевод долга с его тремя характеристиками моментами, является юридически возможным.

§ 2. Положительное французское право

Нормы французского закона позволяют достигнуть исковой тройной цели только неприим и несовершенным способом. Можно прибегнуть к двум процедурам: пассивной передаче в договоре в пользу третьего лица.

I. Пассивная передача. Она является противоположностью активной передачи, с которой мы уже встречались. Первый должен 100 франков Петру. Он делегирует (передает) Петру Второго для платежа этого долга. Петр принимает. Каковы последствия этого акта? По ст. 1275 нужно различать два случая:

1. Если кредитор, соглашаясь на вступление в обязательство нового должника, прямо заявил об освобождении прежнего должника, то происходит, в соответствии со ст. 1275, передача по своему желанию должника, или совершенная делегация.

В какой мере этим достигается тройной результат, которого ищет теория перевода долга? Получается только первый результат: первоначальный должник освобождается от обязательства. Два других результата не достигаются.

Применение в долге не осуществляется, так как имеет место передача. Вследствие этого, кроме тех случаев, когда делается прямая оговорка, обеспечения и возражения, которыми сопровождалось обязательство, прекращаются (ст. 1279—1280).

С другой стороны, переносом долга требует участия кредитора в качестве стороны в юридическом акте: он именно переносит долг с дееспособного должника на нового должника, освобождая от обязательства первого и соглашаясь на вступление в обязательство второго.

Следовательно, эта форма не достигает цели.

2. Кредитор может не освободить от долга первоначального должника. Тогда делегация — неполная. В этом случае долг, существовавший до делегации, не прекращается; не происходит новации. Следовательно, обеспечения и возражения остаются. И в этом отношении можно бы считать цель перевода долга достигнутой. Но остается много несовершенств:

а) первоначальный должник не освобождается. Он остается ответственным наряду с новым должником: перевод — только кумулятивный;

б) юридическая природа обязательства нового должника недостаточно определена. Является ли он солидарным содолжником, отвечающим солидарно, или простым поручителем?

в) операция предполагает участие кредитора в качестве стороны в акте.

Следовательно, эта вторая форма также недостаточна.

II. Договор в пользу третьего лица. Некоторые авторы хотели видеть в ст. 1121 удовлетворительное средство для перевода долга (см. E. Lambert, La stipulation pour autrui, thèse Paris, 1893).

Первый заключил договор со Вторым о том, что он уплатит долг Первого в отношении Петра. Кредитор становится третьим выгодоприобретателем; первый должник — стипулянт, второй — промиттент.

Эта форма имеет большое преимущество по сравнению с делегацией: она производит действие без участия кредитора, в том смысле, что новый должник, промиттент, обязывается, по договору специально с кредитором. Это соответствует общей теории договоров в пользу третьих лиц.

Однако договор в пользу третьих лиц также только несовершенное средство осуществить перенесение долга. Он имеет два серьезных неудобства:

(1) Первоначальный должник не освобождается, потому что по договору в пользу третьего лица можно предоставить третьему лицу права, но только их у него отнять. Следовательно, передача только кумулятивная.

(2) Обязательство нового должника по тождеству с обязательством старого должника. Кредитор приобретает новое право, и представляется затруднительным узнать, сохраняются ли в пользу нового обязательства старые обеспечения, и можно ли предъявить кредитору возражения, принадлежавшие старому должнику.

Итак, следует прийти к заключению, что ни одно из средств, предусмотренных гражданским кодексом, не осуществляет тройной цели, которую преследует совершенная передача долга.

§ 3. Сравнительное право

Такая передача долга установлена германским гражданским уложением, которое знает, наряду с цессией права требования, противоположный институт — принятие на себя чужого долга (Schuldübernahme). Оно может быть осуществлено посредством договора с кредитором (ст. 414) или посредством договора между двумя должниками, сменяющими один другого (ст. 415). Оно производит действие в отношении кредитора вследствие уведомления, делаемого сторонами, в сопровождающемся изъявлением согласия со стороны кредитора. Принятие долга освобождает старого должника. Новый должник вступает в старый долг и может противопоставить кредитору те же возражения, как и прежний должник (ст. 417). Впрочем, в изъятие из принципа примения, установленные в обеспечение долга поручительства и залоговые права посягаются после перевода долга, за исключением тех случаев, когда поручитель или собственник залогового имущества изъявил согласие на перевод долга (ст. 418).

Теоретическое объяснение этой системы очень спорно. Можно, путем простой идеи, сблизившей ее с иными французскими юридическими идеями, считать принятие долга в качестве договорной суброгации (иступления) нового должника в старый долг, осуществляемой посредством договора между старым и новым должниками, в принятой, после ее осуществления, кредитором.

Осуществима ли такая операция во Франции, при действии гражданского кодекса? На такой вопрос нужно ответить утвердительно.

Принятие долга не противоречит основным принципам нашего права: не противоречит оно и нормам закона, ибо, если нормы французского закона не предусматривают принятия долга, то они

я по воспринятию его. Следовательно, оно возможно наряду с де-
лицией и договором в пользу третьего лица.

Впрочем, мало вероятно, чтобы французская практика орже-
выразилась в этом смысле, пока не будет изменен закон. Ибо много
детальных вопросов, которые трудно разрешить без пря-
мого указания со стороны закона: выполнение извещения креди-
тора, выражения согласия с его стороны, сохранение в силе обе-
щания и прочее. Французская практика будет стараться больше
считать делегацию в договор в пользу третьего лица, чтобы при-
знать их и принятию долга. Это проще и естественнее, чем
проводить координацию новую идею, и можно уже заметить неко-
торые признаки в этом смысле.

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПЕРЕДАЧА АРЕНДЫ

Она упоминается в единственном тексте закона — ст. 1717
гражданского кодекса, которая сближает ее с поднаймам.

Передача найма есть юридический акт, посредством которого
наиматель передает третьему лицу свои права по договору най-
ма против наймодателя, с условием взять на себя за это в обя-
занности по найму. Она имеет целью поставить цессionario,
насколько возможно, в юридические отношения, связывающие
передающего договор наймателя с наймодателем. Следовательно,
это одновременно и перенесение права и перевод долга.

Цель поднайма другая: это не перенесение ни права, ни дол-
га; это — наем, совершенный наймателем с поднаймаем, на-
ем второго порядка. Существенная разница по сравнению с цес-
сией заключается в цели, преследуемой сторонами. Здесь нет речи
о том, чтобы подставить цессionario на место cedente. Найма-
тель остается ответственным по всем обязательствам, возникшим
из его договора найма, а поднаймаем находится в отношениях
только с наймателем (с оговоркой, предусмотренной ст. 1753).

Это различие оспаривалось Пляньюзом (попозн. замеч., D.
972. 2. 521; Traité, том. 1748 и сл.) по следующему мотиву. В ста-
ром французском праве его не было. Передачей найма называла
поднаем всей наймой вещи в целом, а названием поднайма прише-
ли и поднайму, касающемуся только части снятого имущества.
Следовательно, оба акта различались не по их юридической при-
роде, а по их объему. Цессия была сделкой поднайма всего
снятого предмета; поднаем — частичная цессия. Потье (Louage,
том. 280 и сл.) смешивает оба акта под названием поднайма.
Ст. 1717 должна была употребить оба слова в смысле старого пра-
ва. Следовательно, между этими двумя актами нет различия ни
по характеру, ни по последствиям.

Это толкование, однако, идет вразрез с общим мнением. За-
мечание Пляньюзи относительно терминологии старого фран-
цузского права правильно. Можно было бы даже добавить, что
и теперь в практике очень часто именем цессии найма нази-
вают простой поднаем всего предмета найма в целом. Но тем не
менее необходимо различать оба акта, потому что они соответст-
вуют двум различным оттенкам в воле сторон: подставить треть-

либо на место нанятого в юридических отношениях, возникших из найма, или оставить нанятому этими отношениями, и установить новый договор найма между нанятым и нанимателем (поднанимателем). Таким же образом по их воле, можно дать два разных найма, первый из которых следует сохранить по воле передачи, второй наменить на другой.

Исходя из этого различия, мы должны определить последствия передачи найма и поднайма, сравнивая их друг с другом; при этом мы рассмотрим сначала последствия, возникшие между сторонами, а затем — отношения между сторонами и первоначальным наймодателем.

§ 1. Последствия в отношениях между сторонами

Передача найма есть пролонгация обязательственного права; поднаем есть (новый) договор найма.

Из этого различия вытекают три следствия.

(1) Поднаниматель может, как и сам нанятый, требовать, чтобы вещь была предоставлена в хорошем состоянии, с выполнением необходимого ремонта (ст. 1720). Цессionario должен принять вещь в таком состоянии, в каком она была в момент цессии (ст. 1614).

(2) Цессант не может осуществлять против цессionario привилегию наймодателя в обеспечении получения цены цессии. Поднаниматель, наоборот, может осуществлять привилегию наймодателя для обеспечения исполнения нанимательной платы, которую обязан платить поднанимателю (ст. 2102, 1-я часть).

(3) Статьи 1715—1716, устанавливающие специальные правила доказательств в области договора индивидуального найма, применимы и к поднаему, но не к передаче найма.

§ 2. Последствия в отношениях между сторонами и первоначальным наймодателем

Первоначальный найм установил между наймодателем и нанятым нанятым два ряда отношений: право требования нанятого и наймодателю, являющееся предметом предоставления пользования вещи; обязательство нанятого, являющееся предметом оплаты нанимательной платы.

Каково с этой двойной точки зрения положение сторон после цессии найма и после поднайма?

1. Права сторон против наймодателя. В передаче найма выключается право права нанятого цессionario. Следовательно, 1) нанятый, передавший право, теряет свои права против наймодателя; 2) цессionario получает прямой иск к наймодателю, как

¹ (Финансовый иск) право отделилось от основного действия между двумя сторонами, обязательство их друг к другу остается (ст. 419).

если бы он заключил с ним договор; 3) из этого, чтобы сделать цессию имеющей силу против наймодателя и третьих лиц, будут необходимы формальности ст. 1690.

Поднаем есть только обычный договор найма, заключенный между нанятым и поднанимателем. Его последствия обратны: 1) нанятый сохраняет свои права в отношении наймодателя; 2) поднаниматель не имеет никакого права в отношении первого наймодателя. Он — только кредитор первоначального нанятого, с которым он вступил в договор. Только в силу этого может обращаться поднаниматель по вопросам ремонта, гарантии в случае стеснений в пользовании и т. д. Он не может предъявлять прямой иск к наймодателю, а только косвенный иск по ст. 1166. Этот пункт оспаривается многими авторами, которые хотят признать за поднанимателем прямой иск к наймодателю; но такое решение противоречит природе поднайма; 3) формальности ст. 1690 в этом случае беспредельны.

II. Обязательства сторон в отношении наймодателя A. Положение первоначального нанятого после цессии или поднайма в обоих случаях тождественное; первоначальный нанятый остается ответственным, потому что он не может освободиться от своего долга в отношении наймодателя по акту, в котором нанятый не участвовал в качестве стороны. Следовательно, наймодатель сохраняет право требовать нанимательную плату с цедента или с поднанимателем (Лион, 30 июня 1887, S. 89. 2. 180). Он сохраняет также свой иск о вознаграждении за вред в случае пожара (Рубин, 11 августа 1891, D. 92. 2. 175). Нанятый не может просить разделить ответственность между ним и поднанимателем или цессionario, ибо ст. 1734 (новой редакции) устанавливает такое разделение только между несколькими нанятыми. Наконец, нанятый отвечает за ухудшения предмета найма, совершенные поднанимателем или цессionario (ст. 1735).

B. Положение поднанимателя в случае цессии, наоборот, различно.

Наймодатель, сохраняющий свои права против прямого нанятого, не приобретает нового права в отношении поднанимателя, тогда как в отношении цессionario он приобретает новое право.

1. В принципе, поднаниматель не должен нести ответственности перед наймодателем, так как он не вступил с ним в договорные отношения. Наймодатель против него будет иметь только косвенный иск по ст. 1166.

Внесясь в том смысле, что нанятый отступил от своего решения в ст. 1753. Этот текст закона говорит, обязывает поднанимателя ответственным. Это следует понимать в смысле прямого личного иса (Касс., 13 января 1892, S. 92. 1. 83). И его обяза-

ответственность за случай ответственности за взыскание распространяется также на случай ответственности за взыскание.

Это значит преимущественно значение ст. 1753. Эта статья важна в отношении не к личному взысканию наймодателя и поднайма, а к обеспечению прав кредитора, принадлежащей наймодателю на мебель поднайма. Наймодатель, в обеспечение платежа наемной платы, имеет преимущественное право в отношении мебели, которая служит обстановкой помещений, даже если эта мебель не принадлежит наймодателю (ст. 2102). Следовательно, в случае поднайма, у наймодателя будет в отношении мебели, предоставленной поднаймаемому, преимущественное право требования поднайма, и первоначальному наймителю. Он будет в состоянии обратиться взысканием на мебель поднайма не потому, что поднаймаемому обязан перед ним, но единственно потому, что его мебель служит обстановкой снятых помещений. Ст. 1753 имеет значение ограничение осуществления этого права обращения взыскания. Наймодатель может обратиться взысканием на мебель поднайма только в размере задолженности поднаймаемому перед наймитом, а не в полном размере права требования наймодателя и первоначальному наймителю. Это толкование подтверждается историей: ст. 1753 являлась на месте ст. 162 Парижского купчая 1580 г., который касался только права наймодателя обратиться взысканием на мебель наймитов.

Итак, наймодатель не имеет никакого личного иска к поднаймаемому. Последний отвечает, по содержанию ст. 1753, только за аренду мест, мебелью, внесенной в наемные помещения. Эти обязанности, что по тексту ст. 1753 он не может сослаться против наймодателя на платежи наемной платы, сделанные вперед. За пределами права обращения взыскания, наймодатель может предъявлять требования к поднаймаемому только путем осуществления взыскания взыскания. В этом смысле есть много решений гражданского суда (см. Пуатье, 21 января 1889 г., S. 83. 1. 182).

2. Напротив, цессionario по договору найма отвечает прямо перед наймодателем. Это соответствует намерению сторон, которые хотели установить непосредственные отношения между наймодателем и цессionario, поставив последнего на место децента в правах и обязанностях. Тут кумулятивный характер долга, так как, наряду с цессionario, остается ответственным в предмете, что объясняется вообще принципом долга и пользы третьего лица.

В случае ряда последовательных передач найма, сменяющиеся друг друга цессionario будут все отвечать в отношении наймодателя. Из спорных наймодатель будет иметь иск только против первого децента — своего непосредственного наймитов, и последнего цессionario, действительного владельца недвижимо-

сти, а все промежуточные цессionario будут освобождены от ответственности? Судебная практика держится этого последнего решения (Париж, 29 февраля 1876, S. 76. 2. 329; Каен, 19 июля 1876, S. 76. 1. 465; Лион, 30 июня 1887, S. 89. 2. 181). Оно чрезвычайно понятно, во его трудно объяснить в соответствии с французскими понятиями о переносении долга, в частности, идея договора в пользу третьего лица в интересах наймодателя.

В принципе эта возможность сдать в поднаем или передать наем всегда принадлежит наймителю. Но ст. 1717 предусматривает противоположную оговорку, запрещающую поднаем или передачу и постановляет, что эта оговорка должна всегда строго соблюдаться. Эта фраза была вставлена для изменения практики старого права (Потье, Наем, том. 333): несмотря на запрет поднаем, какой мог быть оговорен, парламенты объявляли наймодателя признавать цессию или поднаем, когда у него не было серьезного интереса возражать против этого. Это право трибуналов оценивать фактически обстоятельства было упразднено гражданским кодексом.

Часто возникают затруднения в истолковании смысла и пределов этой оговорки, обязывавших исследовать намеренно сторон. Так, запрещенная поднаем заключает в себе и запрещенно цессии, так как цессия есть акт с более тяжелыми последствиями; наоборот, запрещенно цессии не подразумевает в себе необходимого запрещения поднайма (согласно решению парижского суда 18 марта 1892, D. 92. 2. 521, толкование оговорки должно быть всегда ограничительным).

НАТУРАЛЬНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Они отличаются от обыкновенных, или гражданских, обязательств отрицательной чертой: они не вызывают существенного эффекта обязательства, заключающегося в предоставлении вещи об исполнении. Однако некоторые юридические последствия они имеют. Самое важное указано в ст. 1235, ч. 2: платон по натуре

¹ [Ср. Lagarde, Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour une cession de droit. Rev. cit. de légal. et jurispr., 1928, стр. 65 сл.; Savatier, L'interdiction de sous-bailler ou céder de bail. D. hebdom., 1928, chronique, стр. 29. Трибуналы судят так, что оговорка, согласие которой наймодатель должен выдать, перед или сдать в поднаем только с согласия наймодателя, отменяет от оговорки о запрещении, а исключает наймодателя возражать против передачи займа или поднайма только, если у него есть серьезные интересы для этого. Грозд., 16 ноября 1917 г., D. P. 1925. 1. 61 с дополнением Коде. Брину. Нам. васс. изд., 18 июля 1927, S. 1882. 1. 349.]

² [Ср. Colin et Capitant, art. 1235, II, § 272 сл.; Jourdain, art. 1235, II, § 337 сл.; Aubry et Rau, art. 1235, IV, § 297; Planiol et Ripert, art. 1235, VIII, § 463 сл.; Traité pratique, VII, § 978 сл.; Ch. Bédant, art. 1235, VIII, § 463 сл.; La sanction du devoir moral, thèse Pothier, 1316; Condrieh, Les effets de l'obligation naturelle à l'égard des créanciers civils, thèse Roubaix, 1932; Thomas, Essai sur l'obligation naturelle, thèse Montpellier, 1921.]

³ Обоснование приняты в ст. диссертацию Solus, L'action de faits et l'interprétation des articles 1753, 1795, 1904, Париж, 1914.

дальшему обязательству, сделанный добровольно, нельзя по-
требовать возм.

Следует отличать натуральные обязательства от гражданских
обязательств, основанных на естественном праве как, например,
обязательство платить алименты (называвшееся в старой ст. 349
естественным обязательством). Это — подлинно гражданские
обязательства, у которых только особый источник.

Таким образом, их нужно отличать от простых моральных
обязательств, но санкционированных правом. Юридически ве-
домство таких обязательств является дарением, а по платежом
(например вздача милостыни).

Кроме ст. 423, ч. 2, гражданский кодекс не посвятил им ни
одной статьи. Также в установление таких обязательств не оп-
ределено право. В применении их много неясностей.

В римском праве понятие натурального обязательства было
гораздо важнее, чем во французском праве. Для этого имеются
два основания:

(1) Это понятие дополнило узкую теорию гражданских (ци-
вильных) обязательств. Оно позволило санкционировать, косвен-
но и невозможным образом, юридические отношения, которые стро-
го цивильное право не признавало (например, обязательство
рба, вассалского, высшего займа вопреки сенатусконсульту
Мариана; обязательство между лицами, подчиненными
одной и той же родительской власти; обязательство ex parte ratio,
из неформального соглашения, кроме спорных случаев).

(2) Натуральное обязательство вызвало более энергичное
воздействие, чем теория: платеж, даже произведенный ошибочно,
не мог быть истребован обратно; натуральное обязательство мож-
но было предъявить и зачету.

Таким образом, натуральное обязательство было средством
юридического прогресса, которое позволило развивать и попол-
нять теорию обязательств, первоначально очень ограничен-
ную.

Незначительные формальности в старом французском праве умень-
шили значение натуральных обязательств (П о тье, Обязатель-
ства, том. 191—197). Натуральное обязательство вызвало юри-
дически последствия только в том случае, если оно исполнялось
добровольно.

В новом праве его место было очень незначительно. Его по-
рочно считают своего рода юридическим «отходным». Но в настоя-
щее время развивается очень живая реакция против этой
идеи. В частности, Райер показал, что и в настоящее время нату-
ральное обязательство есть средство прогресса — морализации
права. Это — гражданское обязательство в зачаточном состоя-
нии (ст., например, новую роль, которую сыграло понятие нату-

рального обязательства отца в отношении необратного ребенка
и его матери в развитии судебной практики¹.

При недостаточности текстовых указаний закона, необхо-
димо исходить от Потье, чтобы установить условия существова-
ния и действия таких обязательств. Можно также использо-
вать мотивы Бюго-Праамонэ (Fenei, т. XIII, стр. 263 сл.).

I. Главные случаи натуральных обязательств. Их нельзя от-
делить общей точной формулой. Натуральное обязательство пред-
полагает сочетание всех элементов, необходимых для существо-
вания обыкновенного обязательства. Но основание обязате-
льства препятствует ему произнести всю полную последствия. Эти
основания могут быть двух категорий: это может быть поро-
к обязательства, который влечет его недействительность, но не
делает его несуществующим; или же законная презумпция па-
рализует гражданское обязательство. Поэтому натуральные обя-
зательства называют недоразвившимися гражданскими обяза-
тельствами или вырождающимися гражданскими обязательства-
ми.

A. Недоразвившиеся гражданские обя-
зательства. Таково, например, обязательство недееспособ-
ного лица, имеющего, однако, сознательную волю (несовершен-
нолетний, психически больной, находящийся под опекой, во
время светлого промежутка).

Иногда называют также обязательства, недействительные в
случае порока соглашения, предполагая, что этот порок не иск-
лючил полностью волю. Но этот случай вызывает споры.

С этим случаем следует сопоставить случай дарения, недей-
ствительного во форме. Оно не существует в отношении дарителя,
но если его наследники исполняют его, они не могут его потребо-
вать обратно (ст. 1340). Это решение объясняют натуральным
обязательством в лице наследников. Судебная практика приме-
няет то же решение к распоряжениям последней воли, недейст-
вительным с формальной стороны, содержащимся в неавторизован-
ном составленном завещании или совершенном устно (Касс., 20 ноя-
бря 1876, D. 78. 1. 376; Тулуза, 5 апреля 1890, D. 92. 2. 568).

Статья 1965 отказывает в иске о взыскании долгов из игры в
бара (исключения составляют спортивные игры). Но если такие
долги оплачиваются добровольно, ст. 1967 не даст ища о возвра-
те уплаченного. Иногда эти постановления закона обосновывают
идею натурального обязательства, лежащего на проигравшем.
Но это толкование очень сомнительно. Игра считается законом 18
опасный и бесправственный акт: она не может породить нату-
рального обязательства. Распоряжение ст. 1967 скорее исключе-

¹ Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 3^e éd., § 126 sq.

се применением для частного случая поговорки: in pari causa turpitudinis cessat repetitio (возврат не допускается, если обе стороны одинаково совершают бесчестное дело). Следовательно, здесь можно допустить только отказ в иске, а по другим последствиям натуральных обязательств.

В отношении стылых исков, увеличивавших цену уступки должником в министерствах, старая судебная практика признавала натуральное обязательство общающего и на этом основании отказывала в иске о возврате доплаты. Эта практика уже давно отбавлена, так как эти соглашения, противные государственному порядку, не могут устанавливать натуральных обязательств.

В. Выразившиеся гражданские обязательства. Первоначально имелись силу, эти обязательства вытекают одного из своих существенных элементов, и это лишило их значения гражданских обязательств. Таковы обязательства, по которым введена давность; обязательства должника, записанного в исправительном о решимом деле; должника, давшего решительную присягу относительно существования долга; обязательства несоответственного, с которым заключено мировое соглашение. Впрочем, суды имеют в этом вопросе широко полномочия свободной оценки отдельных случаев.

П. Юридические последствия. Натуральное обязательство производит действие только по воле должника, который его признает. Здесь проявляется принцип, напоминающий принцип подтверждения оспоримых обязательств.

Отсюда следствия:

(1) Натуральное обязательство допускает добровольный платеж (ст. 1235, ч. 2). Этот платеж нельзя потребовать обратно. Не нужно, чтобы платеж производили, зная, что погашаемое обязательство является только натуральным. Этот платеж, не составляя акта щедрости, не подпадает нормам о дарениях ни по существу, ни по форме. Напротив, платеж несуществующего обязательства, который также может быть сделан с знанием основателя, составляет акт щедрости.

(2) Возможна погашение, если она добровольная. Она преобразовывает натуральное обязательство в гражданское (ср. принцип в судебной практике теорию обязательства в отношении матери, состоявшей в браке, или избранных детей)¹.

(3) Протеста возможна при том же условии.

(4) Исполнен, возможно также поручительство. Ст. 2012, ч. 2, это прямо говорит в отношении обязательства несовершенно-

летнего, и во время следует распространить на другие случаи натуральных обязательств.

Этих трех последних проявлений силы не поступает в случаях долгов из игры или пари, которые не являются натуральными обязательствами¹.

Наоборот, наличие натурального обязательства не служит основанием для зачета. Это следует из ст. 1291, ч. 1, которая требует для произведения зачета, чтобы были долги, которые и о ж-но взыскать. Но натуральное обязательство не подлежит взысканию в этом смысле, так как его исполнению не требуется в судебном порядке.

¹ Ср. Кам. касс. 1884, 2 ноября 1882, D. 1882, стр. 572; Кам. касс. 1884, 20 января 1884, 2. 1884, 1. 341.]

¹ [Pronys—Aulry et Riv. civ. 1887, т. IV, § 267, пункт 2 и 3; Riv. Colla et Capitant, civ. 1887, т. II, § 276.]

ОБЪЯСНЕНИЕ СОКРАЩЕНИЙ

- S.** — сборники судебной практики, изд. Sirey
D. — сборники судебной практики, изд. Dalloz
Cass. — решения кассат. суда
Бордо, 28 января 1892 — решение окружного апелляц. суда Бордо (в т. II)
Касс. касс. пал. — Chambre des Requêtes — Камера по предварительному рассмотрению кассат. жалоб
Гресс. — rev. гресс. палаты (камеры) кассат. суда
D. hebdom. — Recueil hebdomadaire — Еженедельное собрание судебной практики (изд. Dalloz)
D. P. — Recueil périodique — периодическое собрание решений (помесечно) судебной практики (изд. Dalloz).
Триб. — Решения трибунала
G. P. — Gazette du Palais (период. изд. высшего суда)
G. T. — Gazette des Tribunaux (период. изд. трибуналов)
Rev. trim. — Revue trimestrielle de droit civil (четырёхмесячные гражданского права (журнал).
Тезе — диссертация.

СОДЕРЖАНИЕ

От переводчика	5
Предисловие к французскому изданию	7
Введение	10
Определение обязательства. Общая характеристика французского обязательственного права	10
1. Его возрастающее значение 20	
2. Новые характерные черты обязательства 21	
А. Обязательство, как имущественная ценность 21	
В. Широкая защита обязательственных отношений 23	
С. Способы установления обязательства 24	

КНИГА I

ИСТОЧНИКИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ 29

РАЗДЕЛ I

ДОГОВОРЫ 30

Общие положения	30
I. Определение договора 30	
II. Классификация договоров 30 А. Симультантические и односторонние договоры 31 В. Договоры возмездные и безвозмездные 31 С. Договоры меновые и расчётные 32 В. Второстепенные классификации: 1. Договоры главные и придаточные 2. Договоры, имеющие наименование и безымянные	33

Глава I

Заключение договоров 35

Принцип автономии воли	35
I. Историческое развитие 35	
II. Направления современной науки в области автономии воли. А. Революция против автономии 37 В. Одностороннее обязательство	38

Отделение I

Существенные условия действительности договоров 41

§ 1. Соглашение	42
I. Предложение 42 А. Факты, из которых вытекает предложение 43 В. Юридический эффект предложения 43 3. Приёмление, или ак-	47

законности 187 в) Разумное основание и юридическая пре-
 рогия 187 б) Условия осуществления 190 1. Нечисленно
 сила 189 2. Случай применения 193 с) Действие лично-
 сти 194

Договоры: Сравнительное право 198 А. Различия двух кате-
 горий недействительности 198 В. Формы осуждения 199
 С. Подлинная единственность 201

IV. Ответственность в случае недействительности договоров 203. Раз-
 личие сроков 1-й фазы действительная ответственность 204; 2-й
 фазы: договорная ответственность 205; 3-й фазы: объектив-
 ная ответственность 207

Глава II

Действие договоров 210

Отделение I

Свобода договоров 210

- I. Принцип 210
- II. Его ограничения 212 А. Общее ограничение 212 В. Специальные
 ограничения (ассоциация, процентный взнос, имущественный
 взнос) 212
- III. Право суда толковать договоры 216

Отделение II

Относительное действие договоров 218

- 1. Страны в договоре 218
- 2. Третьи лица 219
- 1. Соглашения об кредите третьим лицам 219 2. Соглашения
 об ином силе в пользу третьих лиц 220
- 3. Правонарешения 221

I. Определенные правонарушений 221

II. Действие договоров в отношении правонарушений 222

А. Универсальные правонарушения (или на универсальном та-
 тале) а) обременение кредитора 222; б) универсальные правонарушения.
 223 Исключения 223 Возможность обременить или предоста-
 вить выгоды кредиторам из наследников 224 В. Правонаре-
 шения на индивидуальном уровне 226: 1. Переход вещных прав
 в собственности 227; 2. Непредоставление прав требований и долгов,
 преимущественно истребования; а) права требования; б) долги;
 в) договорная передача; бб) переход по закону (исходы, единич-
 ные с наследниками; сила недвижимости, природа права иници-
 зации) 227

Примечание 1. Теория определенной даты 226
 II. Теория тайных сделок 229 А. Случай применения симуляции
 230 Б. Действие тайных сделок 240

Отделение III

Обещания за третье и договоры в пользу третьих лиц . . . 244

- 1. Обещания за третьего 245
- 2. Договоры в пользу третьих лиц 247

Исторический обзор 245 1. Римское право 245 2. Старое фран-
 цузское право 249 3. Гражданской кодекс 249

I. Сила договоров в пользу третьего лица 251 А. Исключения;
 указанные в законе 251 В. Исключения, вытекающие из общих
 принципов 252

II. Приобретение права третьим выгодоприобретателем 254
 А Теория предложения 254 В. Теория ведения вол 255
 С. Теория обязательства из одностороннего волеизъявления 258
 Д. Теория прямого возникновения права 259

III. Юридические отношения между заинтересованными лицами 261
 А. Отношения между кредитором и должником 261: средства обе-
 спечить исполнение обязательства 261 В. Отношения между
 должником и третьим лицом 262 С. Отношения между третьим
 лицом и кредитором 264 1. Юридические последствия, вытека-
 ющие результатом прежних отношений 264 2. Право отмены 265

IV. Договоры в пользу неопределенных третьих лиц или будущих лиц 266
 А. Теоретическое понятие 268 1. В отношении неопре-
 деленных лиц 268 2. В отношении будущих лиц 269 В. Судебная
 практика и законодательство 271 1. Неопределенные лица 271
 2. Будущие лица 273

Глава III

Обязательства заключить договор 270

Отделение I

Обязательство продать или купить 272

- I. Обязательство продать 277 1. Юридические последствия до исполне-
 ния покупателя 277 2. Юридические последствия после
 волеизъявления покупателя: а) обещанный исполняет свое обяза-
 тельство 278; б) он отказывается его исполнить 279
- II. Обязательство купить 281

Отделение II

Опровержение теории συναλλαγματικής οφειλής 281

Отделение III

Палата 281

Приложение. Закон 30 июня 1930 г. относительно обещаний продать
 или купить земель, разделенных на участки или подлежащих
 разделению 283

ЧАСТЬ II

КВАЗИ-КОНТРАКТЫ 284

Глава I

Понятие и условия возникновения, общие для различных
 квази-контрактов 285

Отделение I

Понятие квази-контракта 285

Отделение II

Условная возмездность 286

Глава II

Специальная теория **главных квази-контрактов** 293

Отделение I

Ведение дел 290

§ 1. Конститутивные элементы 290

§ 2. Юридические последствия 290

Г. Обязательства из судебного дела 292

2. Обязательства хозяина 292

Отделение II

Платеж должника 291

§ 1. Удержание 293

§ 2. Последствия 296

1. Бонусный иск 296 2. Личный иск 298 3. Завещание 299

Отделение III

Неосновательное обогащение 300

§ 1. Установление принципа 306

§ 2. Его значение 302

Общие замечания о квази-контрактах 304

РАЗДЕЛ III

ДЕЛИКТЫ И КВАЗИ-ДЕЛИКТЫ. ТЕОРИЯ ГРАЖДАНСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ 306

Отделение I

Взаимоотношение гражданской и уголовной ответственности 309

1. Римское право 309

2. Современное право 310

А. Противоположность двух возмещений 311 В. Взаимоотношение между гражданским и уголовным иском 312

Отделение II

Ответственность за личное действие 314

§ 1. Конститутивные элементы и основания ответственности 314

а. Вред 314

1). Действие лица, причиняющее вред 315

2). Вина 316 А. Классическая теория 316 В. Обязанная теория 320 Г. Основа обязательной теории 321

3). Общественная теория и теория гражданского возмещения 321

Е. Уточнения, которые должны быть внесены в обязательную теорию 325 1. Случай освобождения от ответственности: а) непредосторожность вины; в) вина потерпевшего; с) осуществление властного права (применение теории злоупотребления правом) 325; 2. Частичное сохранение классической теории (пред. исключений из неисполнения обязательства сделать) 323

§ 2. Последствия ответственности 331

Отделение III

Ответственность за действия другого 332

§ 1. Случай ответственности за действия другого 332

§ 2. Юридическое основание 336

Отделение IV

Ответственность за вред, причиненный животными или неодушевленными предметами 338

§ 1. Вред, причиняемый животными 339

§ 2. Вред, причиняемый строениями 340

§ 3. Вред, причиняемый вещами, находящимися под надзором лица 341

Приложение: 1. Вред, причиненный распространением пожара (закон 7 ноября 1922 г.) 345 2. Специальные законы 347

Отделение V

Ответственность за несчастные случаи, в которых потерпевшими являются рабочие на производстве 347

§ 1. Положение до закона 1898 г. 348

§ 2. Закон 9 апреля 1898 г. 350

3. Способ определения размера возмещения 351

1). Случай применения ответственности 351

РАЗДЕЛ VI

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ИЗ ЗАКОНА 354

КНИГА II

ДЕЙСТВИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ 355

Глава I

Исполнение обязательств 356

Отделение I

Нормальное исполнение 356

§ 1. Обязательство лица 356

1. Годовые вещи 357

1). Пятикратное увеличение цены 357

11). Передача вещи в отношении купли-продажи 357

111). Передача вещи в отношении купли-продажи § 2. Обязательство совершить или не совершить какое-либо действие 358

1. Средства обеспечить исполнение, предусмотренные гражданским кодексом 359

II. Меры поощрения 369 А. Определение и характеристика 369	
В. Оценка системы 369	
§ 1. Обязательство гарантии в области продажи 366	
I. Обязательство гарантии в области продажи или залога 367	
I. Гарантия в случае нарушения заложения или залога 367	
А. Случай ареста имущества и действия 367	
а) Покупатель беспокоит продавца 367	
б) Покупатель беспокоит третье лицо 368	
В. Юридическая природа гарантии 372	
С. Договорные основания права законной гарантии 374	
Д. Давность исков о гарантии 374 2. Гарантия за порок вещи.	
А. Положения об основаниях для расторжения договора 374 А. Положения об основаниях права 1. Условия осуществления этого средства защиты 375	
2. Действие 375 В. Специальное положение в случае продажи движимых вещей 376	
II. Гарантия при договоре найма 378 А. Гарантия против нарушения: а) личное действие; б) действие третьих лиц 378 В. Гарантия за порок вещи 379	

Отделение II

Непополнение, за которое должник не отвечает	
Теория риска	380

Поставлена проблема: Вопрос не должен рассматриваться только применительно к области синаллагматического договора	380
§ 1. Общее правило	381
§ 2. Исключительное правило	382
А. Рациональное объяснение 382 В. Традиционное объяснение 384	
С. Краткая традиционное объяснение 385	

Отделение III

Непополнение, за которое должник отвечает.	
Теория возмещения вреда	387

§ 1. Возмещение убытков в целях компенсации	389
---	-----

I. Случай, в которых следует их возмещение 389 А. Убытки, причиненные кредитором 389 В. Ответственность за вред:	
1. Умысел 389; 2. Небрежность 390 3. Активное действие 392	
4. Случайное событие и непреодолимая сила 392 С. Бремя доказывательства 392.	

1. Договорные ограничения ответственности должника 393	
Важность о просрочку 394	

II. Исчисление компенсационных убытков 394 А. Оценка суда:	
1. Убытки предвиденно; 2. Убытки прямо 395 В. Договорные ограничения убытков 395	

§ 1. Убытки от просрочки	396
I. Общие правила 396	

II. Возмещение вреда по договорным обязательствам 397 А. Доказательство убытков 398 В. Исчисление убытков 398 С. Проступ	
и делу об убытках 399	

§ 3. Сравнение между ответственностью за действия, являющиеся вред, и ответственностью за неисполнение обязательств	400
---	-----

I. Предметы вознаграждения 401 2. Требуемая вина 401 3. Доказательство вины 401	
---	--

<i>Приложение. Ответственность заемщиков в случае пожара</i>	401
I. Единственный заемщик 403. 1. Основания освобождения от ответственности 403 2. Пределы ответственности 404	
II. Случай наличия нескольких заемщиков 405 1. Основания освобождения от ответственности 405 2. Природа и размер ответственности 406	

Отделение IV

Общие гарантии, которыми обеспечено право кредитора	408
---	-----

§ 1. Права, связанные с правом общего залога	409
--	-----

I. Предохранительные меры 410	
II. Осуществление исков должника (ст. 1168) 410 А. Иски, которые могут быть осуществлены кредитором 410 В. Условия осуществления 411 С. Действие 412	

III. Неудовлетворенный иск 414 А. Юридическое основание 415	
В. Условия предъявления 416 С. Действие 421	
§ 2. Возражение о неисполнении договора и расторжении договора ввиду неисполнения	426
I. Синаллагматические договоры 423 А. Условия расторжения.	
1. Теория закона 425 2. Намеция по соглашению 426	
В. Последствия расторжения 427	
II. Односторонние взаимные договоры 429	

Глава II

Преобразование обязательств	430
---------------------------------------	-----

Глава III

Изменение обязательств	431
----------------------------------	-----

Отделение I

Видоизменения, относящиеся к силе обязательства	434
§ 1. Срок	434
§ 2. Условие	438
<i>Приложение. Теория риска при условных обязательствах</i>	438

Отделение II

Видоизменения, относящиеся к предмету или к содержанию обязательства	439
--	-----

Отделение III

Видоизменения, относящиеся к субъектам обязательства	440
§ 1. Обязательство неделимое	440
§ 2. Солидарность	441
I. Активная солидарность 441	
II. Пассивная солидарность 442. Пассивная солидарность в составном смысле 443 А. Источники 443 В. Действие	444
1. Отношения между кредиторами и должниками 441	
а) Действие, являющееся предметом обязательства в целом 443	

объекты 447 В. Исполнение, вытекающее из двоякого представления должника солидарных обязательств 446; а) решение закона 445 б) обязательство 447; в) соглашение, которое можно противопоставить воле кредитора (обязательство, просто должное, чисто личное) 446
 2. Отношение солидарных обязательств 451 С. Превращение или изменение солидарности 452

Примечание. Сравнение солидарного обязательства с неделимым обязательством 455
 Кратчайшим рассмотрением теорий полной солидарности и обязательства in solidum 455 А. Неистинная солидарность 455 В. Обязательства in solidum 456

Глава IV

Перенесение обязательств 459

Отделение I

Передача прав требования 460

§ 1. Новый посредством замены кредитора 462
 § 2. Частичное обязательственного права ... 462

I. Условия и последствия волеу сторонними. А. Условия 463 В. Последствия 463

II. Условия в отношении третьих лиц 464 А. Формальности 464 В. Последствия 465 1. Должник 465 2. Последующие кредиторы или кредиторы, которым передано требование дано залогом и залог 467 3. Некоторые кредиторы несут 467

Примечание. Специальное правило для некоторых прав требования 470

Отделение II

Цессия с суброгацией 471

§ 1. Случай суброгации 473

I. Суброгация по договору 473 А. Суброгация по соглашению с кредитором 473 В. Суброгация по соглашению о должнике ... 474

II. Законная суброгация 476
 § 2. Юридическая природа и последствия 479

I. Юридическая природа 479

II. Сравнение с цессией права требования 480 А. Различия с точки зрения условий осуществления 481 В. Различия с точки зрения пределов суброгации 481 С. Различия с точки зрения последствий 482

Отделение III

Переход долгов 484

§ 1. Австрон проблем 486
 § 2. Полномочиями французского права 487

I. Полномочия передачи 487 1. Передача понаем 488 2. Передача понаем 488

II. Договор в пользу третьего лица 488
 § 3. Сравнительное право 489

ПРИЛОЖЕНИЕ

ПЕРЕДАЧА АРЕНДЫ 491

§ 1. Последствия в отношении между сторонами 492
 § 2. Последствия в отношении первоначальным наймодателем 492

I. Права сторон против наймодателя 492

II. Обязательства сторон в отношении наймодателя 493
 А. Обязательства первоначального наймодателя 493. В. Обязательства: 1) поднаемщика 493; 2) поднаемщика 494

НАТУРАЛЬНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА 495

I. Главные случаи натуральных обязательств 497 А. Недоразвившиеся гражданские обязательства 497 В. Выродившиеся гражданские обязательства 498

II. Юридические последствия 498
 Объяснение сокращений 498

Редактор *В. П. Усков*

Технический редактор *А. Н. Махорова*

Подписано к печати 30.VIII 1947 г.
Печ. л. 32. Уч.-изд. л. 35,95. В печ. л.
47200 экз. Формат бумаги 60 × 92 $\frac{1}{2}$.
Л108776. Тираж 5000 + 5000.

Цена 16 р.

Набрано и заматрицировано в
1-й Образцовой типографии треста
„Полиграфинта“ Огиза при Совете
Министров СССР. Москва, Валовая, 28.
Заказ 7147.

Отпечатано с матриц в типографии:
Москва, ул. Чехова, 6. Зак. 219.